nach § 7b SGB IV Sinn und Zweck derselben (§ 7 Abs. 1a S. 1 SGB IV).[33] Gleichwohl bestehen während der Freistellung keine Hauptleistungspflichten mehr im Gegenseitigkeitsverhältnis, da die Pflicht des Arbeitnehmers als bereits geleistet gilt, so dass möglicherweise bei einer vollständigen Freistellung ein ruhendes Arbeitsverhältnis angenommen werden könnte. Ein ruhendes Arbeitsverhältnis setzt indes voraus, dass die wechselseitigen Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis beiderseitig suspendiert sind.[34] In der Freistellungszeit im Rahmen von Zeitwertkonten ist kein ruhendes Arbeitsverhältnis gegeben, da der Arbeitgeber zu seiner Hauptleistungspflicht – Zahlung der Vergütung – weiterhin verpflichtet ist und der Arbeitnehmer mit obiger Argumentation seine Arbeitspflicht bereits im Vorhinein – während der Einbringungsphase – erbracht hat, so dass er von dieser Hauptleistungspflicht nicht mehr suspendiert werden kann.[35] Im Ergebnis ist das Rechtsverhältnis der Parteien während der Freistellungszeit als einseitig erfülltes, regelmäßiges Arbeitsverhältnis einzuordnen. Auf dieses Arbeitsverhältnis finden grundsätzlich die regelmäßigen arbeitsrechtlichen Bestimmungen Anwendung, soweit sich aus den besonderen Umständen der Freistellung von der Arbeitsleistung oder aus der Wertguthabenvereinbarung nicht etwas anderes ergibt.[36]

V. Ergebnis und Zusammenfassung

Die vorangegangene Darstellung verdeutlicht, dass eine Wertguthabenvereinbarung komplexe und weitreichende Regelungen im Rahmen des Arbeitsverhältnisses betrifft. Die Wertguthabenvereinbarung als solche ist dabei als Schuldänderungsvertrag gemäß § 311 Abs. 1 BGB zu qualifizieren. Die Ansprüche im Rahmen eines Zeitwertkontos sind als gestundete Vergütungsansprüche einzuordnen. Das Freistellungsverhältnis stellt ein einseitig erfülltes, regelmäßiges Arbeitsverhältnis dar. Im Gesamtergebnis ist einer Wertguthabenvereinbarung große Bedeutung für das Arbeitsverhältnis insgesamt beizumessen.

Allgemein ist festzustellen, dass die Zeitwertkonten als gesellschaftspolitische Notwendigkeit für Politik, Wirtschaft und die Arbeitsvertragsparteien eine immer größere Bedeutung und damit einhergehend natürlich auch eine weitergehende juristische Konkretisierung erfahren werden. In den nächsten Jahren gilt es, diesen Prozess für die Modelle voranzutreiben. Die Zeitwertkonten unterstützen hierbei Arbeitnehmer und Arbeitgeber als, aufgrund der Erhöhung des Renteneintrittsalters und des Wegfalls der gesetzlichen Förderung der Altersteilzeit, notwendiges Vorruhestandsmodell und als Flexibilisierungsinstrument im laufenden Arbeitsverhältnis.

// Autoren

Dr. iur. Andreas Peiter, Rechtsanwalt, ist Prokurist und Leiter der Rechtsabteilung der Höchster Pensions Benefits Services GmbH in Frankfurt a. M. Sein Aufgabenbereich umfasst u. a. die arbeitsrechtliche und insolvenzrechtliche Betreuung von Zeitwertkontenmodellen sowie Modellen der betrieblichen Altersversorgung. Er ist Mitglied des Arbeitskreises Recht in der Arbeitsgemeinschaft Zeitwertkonten e. V.

Stefan Westphal ist Rechtsanwalt und betreut bei der Pensionskasse der Mitarbeiter der Hoechst-Gruppe WaG, Frankfurt a. M., die Trägerunternehmen in den Fragen der Ausgestaltung von Systemen der betrieblichen und tariflichen Altersvorsorge.

33 Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger, Rundschreiben vom 31.3.2009, S. 17 f.
34 St. Rechtsprechung BAG, 15.3.2005 – 9 AZR 143/04, BB 2005, 2584 Ls = DB 2005, 1858, 1859.
35 Vgl. zur Freistellungsphase bei verblockten Altersteilzeitverträgen BAG, 15.3.2005 – 9 AZR 143/04, BB 2005, 2584 Ls = DB 2005, 1858, 1859; so auch *Heide*, Lebensarbeitszeitkonten aus arbeitsrechtlicher Sicht, 1. Aufl. 2008, S. 53.
36 Vgl. auch zur Begrifflichkeit *Heide*, Lebensarbeitszeitkonten aus arbeitsrechtlicher Sicht, 1. Aufl. 2008, S. 53; Unabhängig von der Vereinbarung zu Zeitwertkonten gibt es noch Abweichungen vom regelmäßigen Arbeitsverhältnis bei Krankheit in der Freistellung vor der Altersrente und in den Rechten bei Betriebsratswahlen (§§ 7, 8 Abs. 1 BTRVG); zu verblockten Altersteilzeitverträgen; vgl. *Natzel*, NZA 1998, 1262, 1262 f.

Oliver Timmermann

Die Anrechnung gewährter Altersversorgung auf den Ausgleichsanspruch gemäß § 89b HGB

– ein Thema auch für den Franchise-Geber –

Nachdem das BSG[1] für sog. Stand-Alone Franchise-Nehmer den Anwendungsbereich des § 2 Nr. 9 SGB VI als gegeben erachtete und sich damit – durchaus als Chance für das gesamte Franchise-System – für diese auch der persönliche Geltungsbereich des Betriebsrentengesetzes[2] eröffnete, verdient die Frage nach der Anrechenbarkeit einer Altersversorgung im Rahmen des Ausgleichsanspruches eine noch größere Aufmerksamkeit. Gesteigert wird die Bedeutung der Rechtsprechung zu diesem Thema für die Franchise-Branche zusätzlich noch dadurch, dass infolge der Maßgaben des neues BilMoG auch die Strategie der Pensionszusagen für GmbH-Geschäftsführer[3] und anderer Franchise-Nehmer, die nicht dem Anwendungsbereich des § 17 BetrAVG unterfallen, insgesamt auf den Prüfstein gehören, das Prokrustesbett überholter Vorstellungen hier ausgeschüttelt ge-

1 Urt. vom 4.11.2009 – B 12 R 3/08 R; vgl. Bespr. des Verfassers in BetrAV 2010, 596 f.; BB 2010, 2366.
2 § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG – Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung.
3 Vgl. hierzu u. a. *Briese*, BetrAV 2010, 31 ff.; *Arens*, DStR 2010, 115 ff.; *Mink*, GmbHR 1995, 644 ff.

hört.[4] Dass nach vorherrschender Meinung die Norm des § 89b HGB analog auf den Franchise-Nehmer bei dessen Vertragsbeendigung anwendbar ist, darf als Prämisse angenommen werden.[5] Im Folgenden soll daher das Augenmerk darauf gerichtet werden, worauf ein Franchise-Geber nach der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung[6] bei der „Anrechnung" einer – aus o.g. Gründen sicher anwachsenden – Altersversorgung für den Franchise-Nehmer auf dessen Ausgleichsanspruch nach § 89b HGB analog insbesondere zu achten hat.

I. Ausgangslage

Mit seinen Ausführungen vom 8.12.2008 legt die 14. Handelskammer des LG München[7] den Finger in die dogmatischen Wunden dieser „Anrechnung", wenn es ausführt: „Eine Klausel, die eine zwingende Anrechnung des Barwertes[8] einer vom Prinzipal gewährten Altersvorsorge auf den Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters vorsieht, ist nach der Rspr. des BGH[9] wegen Verstoßes gegen § 89b Abs. 4 HGB sowie § 89b Abs. 1 Nr. 3 HGB[10] unwirksam. (...) Darin liegt eine nach § 89b Abs. 4 HGB unzulässige Vorausverfügung über den Ausgleichsanspruch. Zudem wird der Kläger unangemessen im Sinne von § 307 Abs. 1 S. 1 BGB benachteiligt, indem eine nach § 89b Abs. 1 Nr. 3 HGB vorzunehmende Billigkeitsabwägung vollständig ausgeschlossen wird."

Bis zu diesem Punkt befand sich die Handelskammer auf gesichertem Boden der höchstrichterlichen Rechtsprechung, deren weitere Eckpunkte es folgendermaßen zusammenfasst: „Nach der st. Rspr. des BGH sind im Regelfall ausschließlich mit Mitteln des Unternehmers aufgebrachte Versorgungsleistungen aus Billigkeitsgründen auf den Ausgleichsanspruch des Vertreters anzurechnen. (...). Von einem derartigen Regelfall ist nach Ansicht des BGH insbesondere dann auszugehen, wenn keine Fälligkeitsdifferenz zwischen Ausgleichsanspruch und Versorgungsleistung besteht."[11]

Bereits bei diesem Sachverhalt, bei der mit dem Renteneintritt des Handelsvertreters die Frage des Ausgleichsanspruches und der Altersversorgung zeitlich zusammenfällt, möchte im Weiteren die Handelskammer dann jedoch von der h.M. abweichen. Der BGH stütze seine Auffassung, im Rahmen der anzustellenden Billigkeitsabwägung des § 89b Abs. 1 Nr. 2 HGB n.F. die Altersversorgung auf den Ausgleichsanspruch anzurechnen, vor allem auf die Aspekte der „funktionellen Verwandtschaft" zwischen diesen Ansprüchen und dem der Doppelbelastung. Davon könne aber selbst hier beim scheinbaren zeitlichen Zusammentreffen der beiden Versorgungsansprüche nach Ansicht der Handelskammer nicht gesprochen werden, da „ein Anspruch auf eine Barabfindung und der Barwert einer Rente funktionell grundverschieden sind". Denn der Ausgleichsanspruch dient nicht ausschließlich der Altersabsicherung, über diesen könne der Handelsvertreter frei verfügen, seine Zweckrichtung sei „multifunktional", während die der Altersversorgung allein auf einen Zweck festgeschreiben sei.

Dieser grundsätzliche Zweckunterschied würde deshalb (als ein Hauptargument) eine Anrechnung schon in diesem Falle ausschließen. In seinem Berufungsurteil erwidert der 7. Senat des OLG München, dass „keine überzeugenden Gründe (bestehen), von dem Gedanken der ‚funktionellen Verwandtschaft' – wie ihn der BGH in st. Rspr. seit der Entscheidung aus dem Jahre 1966[12] zu Grunde legt – abzurücken". Zwar würde auch der BGH anerkennen, dass der Ausgleichsanspruch rechtlich kein Versorgungsanspruch i.e.S. sei, sondern ein Entgelt für frühere Dienstleistungen, rein tatsächlich diene aber auch dieser Anspruch einem Handelsvertreter, der wegen Erreichung der Altersgrenze aus seinem Beruf ausscheide, der Altersversorgung. Weiter heißt es: „Der Begriff der ‚funktionellen Verwandtschaft' ist gerade nicht so zu verstehen, dass Identität und Deckungsgleichheit beider Ansprüche gegeben sein muss, sondern eine gleichartige Zielrichtung ausreichend sein kann." Dagegen findet diese Überlegung der Handelskammer – auch nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung – Berücksichtigung, wenn es um Fälle geht, bei denen der Ausgleichsanspruch weit vor eventuellen Ansprüchen aus einer Altersversorgung fällig wird, eine Fälligkeitsdiskrepanz zwischen beiden besteht.

In solchen Fällen „kann eine dem Handelsvertreter zustehende Versorgungsanwartschaft (...) nicht die Funktion erfüllen, die dem Ausgleichsanspruch nach § 89b HGB zukommt".[13] Der Ausgleichsanspruch soll nachwirkende Vorteile des Prinzipals aus der vorangegangenen Vertretertätigkeit gegen entstehende Nachteile, die dem Vertreter wegen des Vertragsendes treffen, kompensieren. „Neben dem Vorteilsausgleich hat der Anspruch aus § 89b HGB damit auch die soziale Funktion einer ‚Überbrückungshilfe'."[14]

Dass es in Fällen mit einer Fälligkeitsdiskrepanz dennoch zu einer Anrechnung der Altersversorgung kommen kann, wird dann nicht mehr auf den Aspekt der „funktionellen Verwandtschaft" gestützt als vielmehr unter dem der „unbilligen Doppelbelastung".[15] Für die konkrete Handhabe dieses Topos in der konkreten Fallbearbeitung würden jedoch keine „starren Regeln" existieren. Auszugehen sei aber von folgendem Grundsatz: Selbst wenn eine Anrechnungsklausel beider Ansprüche zwischen dem Prinzipal und dem Handelsvertreter[16] wegen eines Verstoßes gegen § 89b Abs. 4 HGB i.V.m. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam sei, so könne diese dennoch im Rahmen der Billigkeitsabwägung gem. § 89b Abs. 1 Nr. 2 HGB n.F. „ein Indiz für den grundsätzlichen Anrechnungswillen der Vertragsparteien liefern".[17]

4 Insb. *Höfer*, BetrAV 2009, 591 ff.; *Fink/Kunath*, DB 2010, 2345 ff.; *Zwirner*, BB 2009, 2303 ff.; *Prost*, BetrAV 2010, 27 ff.

5 *Röhricht/v. Westphalen*, in: Giesler, HGB, zu § 89b „Franchising" Rn. 122 ff.; i.E. zur Rspr. und Mindermeinungen *Prasse*, MDR 2008, 122 ff.; *Flohr*, Die Anwendbarkeit des § 89b HGB auf den Ausgleichsanspruch des Franchise-Nehmers bei Beendigung des Franchise-Vertrages; *Emde*, Vertriebsrecht – Kommentierung der §§ 84–92c HGB, 2009, zu § 89b Rn. 30 ff.

6 BGH, 20.11.2002 – VIII ZR 146/01 = BB 2003, 330; 20.11.2002, VIII ZR 211/01; OLG München, 16.11.2006 – 23 U 2539/06; 5.8.2009 – 7 U 2055/09; 10.11.2010 – 7 U 3385/10.

7 LG München I, 8.12.2008 – 14 HK O 24599/07; inhaltlich ging es um die Anrechnung einer Versorgungszusage für einen (selbständigen) Versicherungsvertreter auf dessen Ausgleichsanspruch, nachdem dessen Tätigkeit für das Unternehmen wegen dessen Erreichen der Altersgrenze endete.

8 Insb. dieser Punkt verdient infolge des BilMoG und seiner neuen Bewertungsregeln für Altersvorsorgeverpflichtungen in § 253 Abs. 1 und 2 HGB, der Diskontierung in § 253 Abs. 2 HGB und zwingenden Saldierung in § 246 Abs. 2 HGB verstärkte Aufmerksamkeit, vgl. *Hasenberg/Hausen*, DB-Beilage 5 zu Heft 23, 2009, S. 38 ff.; zur Berücksichtigung auch steuerlicher Vorteile *Löwe/Schneider*, ZIP 2003, 1129 ff. – die m. E. nach dabei den Steuerstundungseffekt der Pensionszusagen (*Lucius*, Hdb. zur Altersvorsorge, 2009, 5 J Rn. 1 ff.) unberücksichtigt lassen.

9 Hier erfolgt der Hinweis auf Urt. BGH, 20.11.2002 – VIII ZR 146/01 = BB 2003, 330, und 211/01; NJW 2003, 1241 ff. und 1244 ff.

10 Geändert seit der Entscheidung des EU-Gerichtshofes vom 26.3.2009 – C-348/07 und angepasst an die EU-Handelsvertreter-Richtlinie durch Gesetz vom 5.8.2009 (BT-Drs. 16/13672) in § 89b Abs. 1 Nr. 2 HGB n.F.

11 Hinweis auf BGH, 17.11.1983 – I ZR 139/81 = BB 1984, 365 m. BB-Komm. *Honsel*, auf das auch die beiden Urteile des BGH vom 20.11.2002 rekurrieren.

12 Das OLG München bezieht sich in seinem Urt. v. 5.8.2009 – 7 U 2055/09 auf BGHZ 45, 268, NJW 1966, 1962.

13 OLG München, 16.11.2006 – 23 U 2539/06 unter Bezugnahme auf OLG Köln, VersR 1997, 615 ff.

14 OLG München wie vor.

15 Das OLG München bezieht sich dabei wiederum auf das OLG Köln (VersR 2001, 1377, 1379).

16 Zum Zeitpunkt der (Mit-)Übernahme der Altersversorgung durch den Prinzipal.

17 Beinahe identischer Wortlaut zwischen BGH, 20.11.2002 – VIII ZR 146/01 = BB 2003, 330, und 211/01, wo es heißt: „Auch bei einer Fälligkeitsdifferenz zwischen Ausgleichsanspruch einerseits und Altersversorgung andererseits von 24 Jahren hat der BGH eine Kürzung des Ausgleichsanspruch anerkannt, wenn dies zwischen den Parteien vereinbart worden war (BGH, 17.11.1983 – I ZR 139/81 = BB 1984, 365 m. BB-Komm. *Honsel*), während er bei Fehlen einer solchen Vereinbarung bereits bei einer Fälligkeitsdifferenz von 21 Jahren die Nichtanrechnung (...) unbeanstandet gelassen hat (Senat Urt. vom 23.2.1994 – VIII ZR 94/93 = BB 1994, 1590 m. BB-Komm. *Küstner*)."

Allein der 7. Senat des OLG München möchte auch im Falle der Fälligkeitsdiskrepanz an dem Aspekt der „funktionellen Verwandtschaft" festhalten. Im Leitsatz seines Urteils vom 10.11.2010[18] heißt es:
„Haben Unternehmer und Handelsvertreter keine Vereinbarung über die Anrechnung der vom Unternehmer freiwillig geleisteten Altersversorgung auf den Handelsvertreterausgleich geschlossen, entspricht eine hälftige Anrechnung der Altersversorgung der Billigkeit i.S. des § 89b Abs. 1 Nr. 2 HGB, wenn die Fälligkeitsdifferenz zwischen Ausscheiden des Handelsvertreters und dessen Eintritt in den Ruhestand neun Jahre und 16 Tage beträgt (...)."

II. Analyse

Die Frage stellt sich, ob der Wegfall der „funktionellen Verwandtschaft" durch eine zunehmende Fälligkeitsdiskrepanz nicht doch Einfluss auf die Berücksichtigung der Altersversorgung im Rahmen des Ausgleichsanspruches haben kann. Die vorherrschende Auffassung setzt schlicht voraus, dass es sowohl in der Variante ohne als auch mit Fälligkeitsdiskrepanz tatsächlich zu einer Anrechnung kommt. Nur dies rechtfertigt den „kreativen" Umgang einer unwirksamen Vereinbarung im Rahmen einer der Einzelfallprüfung des Tatrichters vorbehaltenen[19] und dogmatischer Festigkeit entzogenen Billigkeitsabwägung.
Von einer „Anrechnung" spricht man allgemein,[20] wenn bei der Bestimmung des Umfanges eines Anspruches ein bestimmter unselbständiger Abzugsposten berücksichtigt werden muss, wie dies z.B. bei der Differenzmethode des Schadensersatzes nach § 281 BGB anzutreffen ist.[21] Es handelt sich dabei jedenfalls immer nur um eine einseitige Willenserklärung.[22] Demgegenüber bedeutet eine „Verrechnung" die Schließung eines Aufrechnungsvertrages, bei dem zwischen zwei Personen bestehende selbständige Forderungen aufgehoben werden.[23]
Voraussetzung für die Verrechnung ist neben der Gleichartigkeit der betreffenden Forderungen nun eigentlich auch deren Gegenläufig- bzw. Gegenseitigkeit, was dessen Anwendung auf die Forderungen des Ausgleichs- und Altersversorgungsanspruch ausschlösse, da hier lediglich der Handelsvertreter der Gläubiger ist. Andererseits ist diese Voraussetzung nach h.M. dahingehend einzuschränken, dass jede Partei über die zu verrechnenden Forderungen verfügen kann.[24] Dies wäre jedenfalls sowohl bei dem Ausgleichs- als auch bei dem Altersversorgungsanspruch der Fall, über die auch der Handelsvertreter als Gläubiger zumindest in Gestalt entsprechender Anwartschaftsrechte verfügen könnte.[25]
Es ist die Unterscheidung zwischen unselbständigem Rechnungsposten und selbständiger Forderung, die den Unterschied zwischen An- und Verrechnung nun auch für den § 89b HGB bedeutsam werden lässt.
Fällt die Stellung des „Ausgleichs"- und des „Versorgungsanspruches" wegen des Renteneintrittes des Handelsvertreters zeitlich zusammen, so sind beide Forderungen – wie oben dargelegt – unter den Oberbegriff der Versorgung subsumierbar. Mithin findet hierbei eine Anrechnung unselbständiger Forderungen statt.
Liegt jedoch eine Fälligkeitsdiskrepanz vor, so verliert sich zusehends die „gleichartige Zielrichtung"[26] und es tritt die unterschiedliche Rechtsnatur[27] beider Forderungen umso deutlicher hervor. Der gemeinsame Zusammenhalt unter den Oberbegriff „Altersversorgung" entfällt mit dem Ergebnis, dass es sich um zwei selbständige Forderungen handelt, die also eine Verrechnung erforderlich werden lassen.

III. Haltbarkeit der BGH-Auffassung und Ergebnis

Eine Verrechnung, als schuldrechtliches Verfügungsgeschäft sui generis,[28] setzt nun allerdings zwingend eine wirksame Vereinbarung voraus. Genau dies wird jedoch durch die Regelung des § 89b Abs. 4 S. 1 HGB erschwert/unmöglich gemacht, wenn zu Beginn Verrechnungsklauseln getroffen werden, die zwingend eine Anrechnung vorschreiben, eine Billigkeitsabwägung im Einzelfall damit per se desavouieren. Verstößt eine solche Klausel gegen § 89b Abs. 4 S. 1 HGB i.V.m. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB, so tritt die Rechtsfolge der Unwirksamkeit nach § 306 Abs. 2 BGB ex tunc ein,[29] soweit nicht zunächst dispositives Recht oder die ergänzende Vertragsauslegung herangezogen werden können.[30] § 89b Abs. 1 Nr. 2 HGB stellt in dieser Überlegung kein dispositives Recht zu der durch die Unwirksamkeit der Vereinbarung entstandenen Lücke dar. Innerhalb der Billigkeitsabwägung wird – wie die Rspr. des BGH eindrucksvoll belegt – die Unwirksamkeit der Vereinbarung gerade nicht „geheilt". Die Rechtsfolge bleibt danach unangetastet, es wird lediglich die erkennbare „Willensrichtung" als Indiz herangezogen. Demzufolge muss auf die ergänzende Vertragsauslegung gem. der §§ 133/157 BGB zurückgegriffen werden. Die höchstrichterliche Rechtsprechung bedient sich der ergänzenden Vertragsauslegung immer dann – und hiermit schließt sich der Kreis –, wenn es unbillig wäre, dem Vertragspartner des Verwenders der Klausel einen einseitigen Vorteil zu belassen, der das ursprünglich gewollte Vertragsgefüge einseitig verschöbe.[31] An die Stelle der unwirksamen Verrechnungsklausel tritt sonach eine Vertragsgestaltung, die die Parteien bei sachgerechter Abwägung der beiderseitigen Interessen gewählt hätten, ihnen mithin die Unwirksamkeit bekannt gewesen wäre.[32]
Auf diese Art wird, ebenfalls mit Wirkung ex tunc und unter denselben Voraussetzungen mit denen der BGH juristische Lyrik im Rahmen der Billigkeitsabwägung anstimmt, die Wirksamkeit der Vereinbarung gerettet und damit für die Konstellationen der Fälligkeitsdiskrepanz eine Verrechnung ermöglicht.

18 OLG München, 10.11.2010 – 7 U 3385/10.
19 BGH, 20.11.2002 – VIII ZR 211/01 verweist hierfür zusätzlich auf BGH, 14.4.1983 – I ZR 20/81 und Senat Urt. v. 5.6.1996 – VIII ZR 07/95.
20 *Staudinger-Gursky*, Neubearbeitung 2000, Vorb. zu § 387, Rn. 93; Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl. 1994, S. 227 unterscheidet daneben noch „den Bezug von Leistungen auf eine bestimmte Schuld (...)".
21 *Palandt-Grüneberg*, BGB, 70. Aufl. 2011, zu § 281, Rn. 19; *Staudinger-Otto*, Neubearbeitung 2004, zu § 280, Rn. E 54; BGH, 25.3.1983 – V ZR 168/81 heißt es (zum Schadensersatz wg. Nichterfüllung des alten Schuldrechts): „Im Rahmen des Anspruchs auf Schadensersatz wg. Nichterfüllung kann der Gläubiger nach der sog. Differenzmethode verlangen so gestellt zu werden, wie er gestanden hätte, wenn der Vertrag ordnungsgem. erfüllt worden wäre. Ihm ist die Wertdifferenz zw. der Vermögenslage, die sich bei ordnungsgem. Vertragserfüllung ergeben hätte, und derjenigen zu ersetzen, die sich infolge der Nichterfüllung tats. ergeben hat. Dabei wird das Vertragsverhältnis in der Weise umgestaltet, dass an die Stelle der beidseitigen Leistungspflichten ein einseitiges Abrechnungsverhältnis innerhalb dessen die einzelnen ‚Ansprüche' nur noch unselbständige Rechnungsposten sind." Hervorhebung durch Verf.
22 *Peters*, JZ 1986, 669, 671; BGH, 25.9.1958 – VII ZR 181/57, NJW 1958, 1915; *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl. 1994, spricht von (einseitiger) Leistungszweckbestimmung; *Höfer*, BetrAVG, Bd. I, Stand 2003, zu § 5 Rn. 3991.
23 *Staudinger-Gursky*, Neubearbeitung 2000, Vorb. zu § 387, Rn. 61 ff.; *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl. 1994, S. 326 ff.
24 St. Rspr. seit RGZ 72, 377 f.; so auch BGHZ 94, 132, 135.
25 *Palandt-Bassenge*, BGB, 70. Aufl. 2011, zu § 929 Rn. 45 m.w.N.
26 Vgl. oben OLG München, 5.8.2009 – 7 U 2055/09.
27 Zur Rechtsnatur des Ausgleichsanspruchs, vgl. oben OLG Köln, VersR 1997, 615 f., zur Rechtsnatur der Altersvorsorge vgl. z.B. *Beckmann/Matusche-Beckmann/Schwintowski*, Versicherungsrechts-Hdb., 2. Aufl. 2009, § 43 Rn. 7 ff.
28 *Staudinger-Gursky*, Neubearbeitung 2000, Vorb. zu § 387, Rn. 85; *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl. 1994, S. 327; beide gehen auch davon aus, dass ein antizipierter Aufrechnungsvertrag über künftige Forderungen möglich sein soll, vgl. etwa *Staudinger-Gursky*, Neubearbeitung 2000, Vorb. zu § 387, Rn. 71.
29 Z.B. BGH, 24.3.2010 – VIII ZR 304/08.
30 BGH, 4.7.2002 – VI ZR 502/99, NJW 2002, 3098 ff. m.w.N.
31 BGH wie vor mit Verweis auf BGH, 13.11.1997 – IX ZR 289/96 = BB 1998, 238 und BGHZ 137; 153, 157.
32 D.h. eine weniger zwingende, die die Möglichkeit der Einzelfallabwägung nicht zunichte macht.

Unhaltbar ist demgegenüber die Auffassung des 7. Senats des OLG Münchens, wenn dieser ohne jegliche Vereinbarung eine Berücksichtigung der Altersversorgung bei dem Ausgleichsanspruch konstatiert. Der Aspekt der „funktionellen Verwandtschaft" kann nicht als dogmatikferner Topos gesehen werden, sondern stellt – umgekehrt – seinerseits lediglich einen Unterpunkt bei der Frage nach der Notwendigkeit einer Vereinbarung dar. Franchise-Geber tun also in Zukunft gut daran, bei der Gewährung einer Pensionszusage, wie sie sich durch das neue BilMoG „rechnet", stets auf eine Verrechnungsklausel zu achten!

// Autor

Oliver Timmermann, Assessor bei der Debeka, Spezialbereich Altersvorsorge und betriebliche Altersversorgung.

BAG: Betriebsübergang – fehlerhafte Unterrichtung und Verwirkung des Widerspruchs

BAG, Urteil vom 24.2.2011 – 8 AZR 469/09

Volltext des Urteils: // BB-ONLINE BBL2011-1787-1
unter www.betriebs-berater.de

ORIENTIERUNGSSÄTZE

1. Das Recht zum Widerspruch nach § 613a Abs. 6 BGB kann verwirkt werden. Die Tatsachengerichte stellen fest, ob in der Gesamtschau von Zeitmoment und Umstandsmoment Verwirkung vorliegt.

2. Nimmt ein Arbeitnehmer eine vom Betriebserwerber nach dem Betriebsübergang erklärte betriebsbedingte Kündigung widerspruchslos hin, so rechtfertigt dies grundsätzlich das Vertrauen des früheren Arbeitgebers in die Nichtausübung des Widerspruchsrechts nach § 613a Abs. 6 BGB dann, wenn der Arbeitnehmer dadurch über sein Arbeitsverhältnis disponiert. Entsprechendes gilt, wenn der Arbeitnehmer durch Abschluss eines Aufhebungsvertrages mit dem Betriebserwerber über sein Arbeitsverhältnis disponiert.

3. Bei der Feststellung des Umstandsmoments ist eine Gesamtwürdigung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles vom Tatsachengericht vorzunehmen. Dabei ist der Vortrag des Arbeitnehmers, die spätere „Disposition" über sein Arbeitsverhältnis gegenüber dem Betriebserwerber sei schon vor dem Betriebsübergang mit dem Betriebsveräußerer als dem früheren Arbeitgeber, etwa im Sinne eines Vorvertrages, abgesprochen worden, ein in die Gesamtwürdigung einzustellendes Element. Ein solcher Vortrag kann nicht schon deswegen als unbeachtlich angesehen werden, weil allein auf die rechtsverbindlichen Gestaltungsakte mit der Betriebserwerberin abzustellen wäre.

4. Die schriftliche Bestätigung einer „Kenntnisnahme" stellt grundsätzlich keine Willenserklärung, also auch keinen Rechtsverzicht dar.

BGB §§ 242, 613a

SACHVERHALT

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen vor dem 1.11.2004 ein sog. „Frühruhestandsverhältnis" vereinbart wurde. Hilfsweise streiten sie darüber, ob nach dem Widerspruch des Klägers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses dieses zwischen den Parteien über den 31.10.2004 hinaus besteht. Außerdem macht der Kläger die sich je nach Art eines zwischen den Parteien bestehenden Vertragsverhältnisses ergebenden Zahlungsansprüche geltend. Der Kläger war seit dem 1.4.1968 bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten mit einer Vergütung von zuletzt 4939,89 Euro brutto pro Monat beschäftigt. Sein Arbeitsbereich gehörte zum Geschäftsbereich „C I" (CI).

Die Rechtsvorgängerin der Beklagten, die A-G AG musste sich schon seit Jahren mit Effektivierung, Rationalisierung, Personalabbau und Betriebsänderungen befassen. Für den Geschäftsbereich CI wurden dabei ab Herbst 2003 zwei Umstrukturierungsmaßnahmen in Angriff genommen: zum einen ein Personalabbau, der die Schwellenwerte für eine Betriebsänderung nach den §§ 111 ff. BetrVG überschreiten sollte, das sog. CIPP 2, zum anderen die Übertragung des Geschäftsbereichs auf die Tochterfirma A GmbH. Der Personalabbau wurde auch durch Abschluss sog. „Frühruhestandsvereinbarungen" oder durch Altersteilzeitverträge bewältigt, bei denen den betroffenen Arbeitnehmern zum Teil erhebliche finanzielle Leistungen zugesagt wurden. Das Arbeitsverhältnis des Klägers war von beiden Maßnahmen betroffen. Unter dem 23.9.2004 erstellte die Beklagte für den Kläger eine „Frühruhestandsberechnung", bei der ein Ausscheiden durch betriebsbedingte Kündigung zum 31.5.2005 oder 30.6.2005 sowie anschließende Leistungen bis zum 20.7.2007 zugrunde gelegt wurden. Am 20.10.2004 fand zwischen der Geschäftsleitung der Beklagten und dem Betriebsrat eine Besprechung zur Sozialauswahl hinsichtlich der Personalabbaumaßnahme statt. Nach dem Protokoll dieser Besprechung ist der Kläger für „FRS" (d.h. „Frühruhestand") vorgesehen.

Für die vom Betriebsteilübergang betroffenen Belegschaftsmitglieder fanden Informationsveranstaltungen statt, u.a. am 19.8.2004. Auf dieser Veranstaltung gab das Vorstandsmitglied der Beklagten R, der spätere Geschäftsführer der A GmbH, Informationen zur wirtschaftlichen Situation der Betriebserwerberin. In einer Mitarbeiterzeitschrift vom September 2004 wurde für die A GmbH ein Eigenkapital i.H.v. 300 Mio. Euro und Barmittel zwischen 70 und 72 Mio. Euro angegeben. Mit Schreiben vom 22.10.2004 informierte die Beklagte den Kläger über die beabsichtigte Übertragung des Geschäftsbereichs CI auf die A GmbH. Dieses Schreiben lautet auszugsweise: „die A-G AG plant, den Geschäftsbereich C I (CI) mit Wirkung zum 1.11.2004 auf die A GmbH zu übertragen. Für die Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiter, die dem Geschäftsbereich CI zugeordnet sind, führt diese Übertragung zu einem automatischen Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse. Dies ist in § 613a BGB geregelt, dessen Bestimmungen auf den Übergang zwingend anwendbar sind. § 613a Abs. 5 BGB sieht eine schriftliche Information des von einem solchen Übergang betroffenen Arbeitnehmers vor, der nach § 613a Abs. 6 BGB dem Übergang auch widersprechen kann. Diese Bestimmungen lauten: Der bisherige Arbeitgeber oder der neue Inhaber hat die von einem Übergang betroffenen Arbeitnehmer vor dem Übergang in Textform zu unterrichten über: 1. den Zeitpunkt oder den geplanten Zeitpunkt des Übergangs, 2. den Grund für den Übergang, 3. die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen