

Aktenzeichen: 3 AZR 191/06
Bundesarbeitsgericht 3. Senat

Urteil vom 13. November 2007
- 3 AZR 191/06 -

I. Arbeitsgericht
Cottbus

Urteil vom 4. Mai 2005
- 6 Ca 1516/04 -

II. Landesarbeitsgericht
Brandenburg

Urteil vom 8. Dezember 2005
- 9 Sa 324/05 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichwort:

Ablösung einer tarifvertraglichen Altersversorgung durch eine nach einem Betriebsübergang beim Erwerber abgeschlossene Betriebsvereinbarung

Gesetz:

BGB § 613a

Leitsatz:

1. Tariflich geregelte Ansprüche auf Versorgung können nicht im Wege der sog. Über-Kreuz-Ablösung durch eine beim Erwerber bestehende Betriebsvereinbarung abgelöst werden.
2. Der Regelungsgegenstand "Altersversorgung" ist nur teilmitbestimmt. Damit fehlt es für diesen Regelungsgegenstand an der notwendigen Kongruenz des Umfangs der "erzwingbaren" Regelungsmacht der Tarifpartner auf der einen und der Betriebspartner auf der anderen Seite.



BUNDESARBEITSGERICHT



3 AZR 191/06
9 Sa 324/05
Landesarbeitsgericht
Brandenburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
13. November 2007

URTEIL

Kaufhold, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagter, Berufungskläger und Revisionskläger,

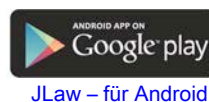
Streitverkündete,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 13. November 2007 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Reinecke, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Zwanziger, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Schlewing sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Schmidt und Lohre für Recht erkannt:

1. Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Brandenburg vom 8. Dezember 2005 - 9 Sa 324/05 - wird zurückgewiesen.
2. Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob der beklagte Verein dem Kläger die Versorgungsleistungen verschaffen muss, welche dieser erhalten würde, wenn er über den 31. Mai 2003 hinaus an der Zusatzversorgung nach Maßgabe des Tarifvertrages über die zusätzliche Altersvorsorge der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes teilnehmen würde.

Der am 29. Oktober 1943 geborene Kläger ist seit dem Jahre 1958 Mitglied der Gewerkschaft ver.di bzw. deren Rechtsvorgängerin. Auf Grund Arbeitsvertrages vom 31. August 1993 war er ab dem 1. September 1993 zunächst befristet bei der Stadt C als Angestellter, und zwar als Sozialarbeiter in der ambulanten Suchtbetreuung, tätig. Am 28. Februar 1994 schlossen der Kläger und die Stadt C einen weiteren Arbeitsvertrag. Danach wurde der Kläger für die Zeit ab dem 1. März 1994 auf unbestimmte Zeit als vollbeschäftigter Angestellter weiterbeschäftigt. § 2 der jeweiligen Arbeitsverträge lautet:

„Das Arbeitsverhältnis bestimmt sich nach dem Bundes-Angestelltentarifvertrag - Ost (BAT-O) und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) jeweils geltenden Fassung



sowie nach den für Angestellte des Arbeitgebers im Gebiet nach Artikel 3 des Einigungsvertrages jeweils geltenden sonstigen Regelungen. Außerdem finden die für den Arbeitgeber jeweils geltenden sonstigen einschlägigen Tarifverträge Anwendung.“

Mit Änderungsvertrag vom 18./21. Februar 2003 vereinbarten die Stadt C und der Kläger schließlich die Fortführung des Arbeitsverhältnisses für die Zeit vom 1. März 2003 bis zum 31. Oktober 2008 als Altersteilzeitarbeitsverhältnis.

Entsprechend dem Tarifvertrag über die zusätzliche Altersvorsorge der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes - Altersvorsorge-TV-Kommunal - (ATV-K) zahlte die Stadt C für den Kläger in die Zusatzversorgungskasse des Kommunalen Versorgungsverbandes Brandenburg ein. Zusätzlich unterhielt der Kläger bei dieser Kasse eine freiwillige Zusatzversorgung als Eigenvorsorge.

Am 24. Mai 2003 trafen die Stadt C und der beklagte Verein eine Vereinbarung zur Durchführung der ambulanten Suchtbetreuung. Darin beauftragte die Stadt C den beklagten Verein, dafür Sorge zu tragen, dass ein fachgerechtes Angebot für die Betreuung und Beratung von Abhängigkeitskranken, -gefährdeten und ihren Angehörigen vorgehalten wird. In § 5 des Vertrages ist geregelt, dass der beklagte Verein die Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer gem. § 613a BGB übernimmt.

Mit Wirkung zum 1. Juni 2003 ging das Arbeitsverhältnis des Klägers schließlich im Wege des Betriebsteilübergangs auf den beklagten Verein über. Zu dem Zeitpunkt existierte bei dem beklagten Verein die Übergangsbetriebsvereinbarung zur betrieblichen Altersversorgung vom 17. Dezember 2002, die in ihrer Anlage für die dort namentlich aufgeführten Arbeitnehmer Aufwendungen des beklagten Vereins in unterschiedlicher Höhe vorsah. Durch ergänzende Vereinbarung vom 13. Mai 2003 war diese Übergangsbetriebsvereinbarung für ein Jahr verlängert und ihr Anwendungsbereich auf diejenigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter erstreckt worden, die im Jahr 2003 eine unbefristete Beschäftigung beim beklagten Verein aufgenommen und die Probezeit beendet hatten.



Mit Schreiben vom 8. Oktober 2003 informierte der Kommunale Versorgungsverband Brandenburg - Zusatzversorgungskasse - den Kläger darüber, dass die Stadt C ihn mit Ablauf des 31. Mai 2003 mit Abmeldegrund 23 (Ende der Versicherung wegen Aufgabenübergangs auf einen anderen Arbeitgeber) aus der Pflichtversicherung abgemeldet hatte. Mit Schreiben vom 14. Oktober 2003 teilte er dem Kläger sodann mit, dass sich dessen bis zum 31. Mai 2003 erworbene Anwartschaft auf Betriebsrente aus der Pflichtversicherung auf 75,68 Euro belaufe.

7

Am 5. Dezember 2003 schloss der beklagte Verein mit der N AG einen Gruppenvertrag über Direktversicherungen auf das Leben der fest angestellten Mitarbeiter mit Beginn ab dem 1. Juni 2003 ab. Nach dessen § 1 Satz 2 handelt es sich um Versicherungen als Kapitalversicherungen auf den Todes- und Erlebensfall. Nach § 4 Nr. 2 des Vertrages wird die Versicherungsleistung fällig beim Tod der versicherten Person, spätestens jedoch bei Erreichen des versicherungstechnischen 65. Lebensjahres. Auch der Kläger, der eine Einwilligung zu diesem Gruppenversicherungsvertrag nicht erklärt hatte, wurde durch den beklagten Verein mit halbjährlichen Beiträgen in Höhe von 77,32 Euro versichert. Im Leistungsfall sollte eine einmalige Kapitalleistung in Höhe von 665,00 Euro ausgekehrt werden.

8

Mit Schreiben vom 3. Februar 2004 erteilte die Zusatzversorgungskasse des Kommunalen Versorgungsverbandes Brandenburg dem Kläger die Auskunft, dass er - unter Berücksichtigung seiner Altersteilzeit und mit dem Hinweis, dass zukunftsbezogen lediglich fiktive Daten angenommen werden könnten und sich die Rente ggf. noch um Abschläge wegen vorgezogener Inanspruchnahme vermindern könne - eine Betriebsrente in Höhe von monatlich 123,76 Euro zu erwarten habe, wenn er weiter nach Maßgabe des ATV-K versichert worden wäre.

9

Am 12. Februar 2004 schlossen der beklagte Verein und der bei ihm bestehende Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung über die betriebliche Altersversorgung (BV 2004) ab. Darin heißt es, soweit für den vorliegenden Rechtsstreit von Bedeutung:

10



„§ 1 begünstigter Personenkreis

A: Neufälle

1. Ansprüche aus dieser Betriebsvereinbarung erwerben Arbeitnehmer des Arbeitgebers, die ihre Beschäftigung nach dem 31.12.2001 aufgenommen haben oder noch aufnehmen werden.
2. Vom Anspruchserwerb auf betriebliche Altersversorgung aus dieser Betriebsvereinbarung aufgenommen sind Arbeitnehmer,
die am 01.01.2002 das 55. Lebensjahr bereits vollendet hatten, oder ...

B: Altfälle

Ansprüche aus dieser Betriebsvereinbarung erwerben ferner Beschäftigte, für die der Arbeitgeber bereits Leistungen nach der gekündigten Betriebsvereinbarung vom 12.02.1997 erbracht hat (siehe Absatz 2 der Präambel).

§ 2 Versorgungsform, Direktversicherung

Der Arbeitgeber schließt für den berechtigten Personenkreis Lebensversicherungen im Rahmen einer Gruppendifraktversicherung ab.

...

§ 4 Leistungshöhe

1. Gruppenbildung

...

b. Altfälle

Der berechtigte Personenkreis im Sinne des § 1 B dieser Vereinbarung erhält ab dem 01.01.2004 anstelle des in der Betriebsvereinbarung vom 12.02.1997 genannten Satzes einen einheitlichen Leistungssatz vom Arbeitgeber (einschließlich Nebenleistungen wie Steuern, Sozialversicherungsbeiträge etc.) in Höhe von 3,5 % des jeweiligen Arbeitnehmerbruttomonatsgehaltes monatlich. Sonderzahlungen des Arbeitgebers werden bei der Berechnung nicht berücksichtigt.

...

§ 12 Befristung

Diese Betriebsvereinbarung ist befristet bis zum 31.12.2004 und verlängert sich nicht.“



Der Kläger hat die Auffassung vertreten, der beklagte Verein sei verpflichtet, ihm im Versorgungsfall die Versorgungsleistungen zu verschaffen, die er erhalten würde, wenn er auch über den 31. Mai 2003 hinaus an der Zusatzversorgung nach Maßgabe des ATV-K teilgenommen hätte. Der beklagte Verein sei in die Rechte und Pflichten aus dem im Zeitpunkt des Übergangs mit der Stadt C bestehenden Arbeitsverhältnis eingetreten. § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB komme nicht zur Anwendung. Er falle auch gar nicht unter den Geltungsbereich der BV 2004. Als „Neufall“ sei er nach § 1 A. 2. der BV 2004 von Ansprüchen auf betriebliche Altersversorgung ausgenommen. Die Kapitallebensversicherung, die der beklagte Verein abgeschlossen habe, sei kein Äquivalent zu der Betriebsrente, die er bei der Zusatzversorgungskasse erhalten würde. Hier hätte er die Möglichkeit gehabt, bis zum Eintritt des Versorgungsfalls eine um 48,08 Euro/Monat höhere Rente zu erwerben. Im Übrigen ergebe sich sein Anspruch auf Verschaffung der begehrten Versorgung bereits aus der arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf den ATV-K.

11

Der Kläger hat zuletzt beantragt

12

festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger bei Eintritt des Versorgungsfalles die Versorgungsleistungen zu verschaffen, die er erhalten würde, wenn er auch über den 31. Mai 2003 hinaus an der Zusatzversorgung nach Maßgabe des Tarifvertrages über die zusätzliche Altersversorgung der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes (Altersvorsorge-TV-Kommunal) teilgenommen hätte.

Der beklagte Verein hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat geltend gemacht, er könne nicht Mitglied des Kommunalen Versorgungsverbandes werden. Die bei ihm bestehende BV 2004 regle die Altersversorgung des Klägers neu. Der Kläger sei als „Altfall“ zu behandeln. Die BV 2004 verdränge die Altersvorsorge nach dem ATV-K. Sie löse den ATV-K nach § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB ab. Eine Über-Kreuz-Ablösung sei möglich. Dem stehe nicht entgegen, dass die BV 2004 erst nach dem Betriebsübergang abgeschlossen worden sei. Im Übrigen handele es sich um eine äquivalente Versorgungsleistung, für die er sogar höhere Beiträge aufwende als die damalige Arbeit-

13



geberin des Klägers. Die Stadt C habe bis zum 31. Dezember 2003 ihren Angestellten 0,9 % des Bruttoeinkommens gezahlt; 0,2 % seien vom Arbeitnehmer zu zahlen gewesen. Ab dem 1. Januar 2004 habe sich der Anteil der Stadt C auf 0,6 % verringert. Demgegenüber zahle er, der beklagte Verein, 1,1 % des Bruttogehalts zur betrieblichen Altersversorgung.

Der beklagte Verein hat der Stadt C mit Schriftsatz vom 12. August 2004 den Streit verkündet; diese ist mit anwaltlichem Schriftsatz vom 29. Oktober 2004 dem Rechtsstreit auf Seiten des beklagten Vereins beigetreten. 14

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung des beklagten Vereins blieb erfolglos. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der beklagte Verein sein auf Klageabweisung gerichtetes Begehren weiter. 15

Entscheidungsgründe

Die Revision des beklagten Vereins ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben der Klage zu Recht stattgegeben. Der Kläger hat den geltend gemachten Versorgungsverschaffungsanspruch erworben und weder infolge des Betriebsübergangs noch sonst wie zwischenzeitlich verloren. 16

I. Der Kläger hatte zunächst einen Anspruch auf Verschaffung einer Zusatzversorgung gegenüber der Stadt C erworben. 17

Nach § 46 BAT-O, der sowohl auf Grund beiderseitiger Tarifgebundenheit (§ 4 Abs. 1, § 3 Abs. 1 TVG) als auch auf Grund arbeitsvertraglicher Inbezugnahme des BAT-O auf das zwischen dem Kläger und der Stadt C begründete Arbeitsverhältnis Anwendung fand, hat der Angestellte Anspruch auf Versicherung unter eigener Beteiligung zum Zwecke einer zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung nach Maßgabe eines besonderen Tarifvertrages. Nach § 2 Abs. 1 ATV-K hat diese Versicherung bei der öffentlichen Zusatzversorgungseinrichtung, bei der ihr Arbeitgeber Mitglied/ 18



Beteiligter ist, zu erfolgen. Dies war im Streitfall die Zusatzversorgungskasse des Kommunalen Versorgungsverbandes Brandenburg.

II. Der Anspruch ist nicht dadurch erloschen, dass der Kläger seit dem 1. Juni 2003 seine Tätigkeit nicht mehr für die Stadt C, sondern für den beklagten Verein erbracht hat. Nunmehr richtet sich der Anspruch - soweit er nicht von der Zusatzversorgungskasse erfüllt wird - gegen den beklagten Verein. 19

1. Der beklagte Verein hat den Betriebsteil, in dem der Kläger bei der Stadt C tätig war, im Wege des Betriebsteilübergangs gem. § 613a Abs. 1 BGB übernommen. Damit ist er in die Rechte und Pflichten aus dem mit der Stadt C begründeten Arbeitsverhältnis eingetreten. Zu diesen Rechten und Pflichten gehört auch das Versorgungsversprechen. 20

Dies gilt auch bei tarifvertraglich begründeten Ansprüchen auf Versorgungsleistungen, die über eine Versorgungseinrichtung erfüllt werden sollen. Diese sind gem. § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB Inhalt des Arbeitsverhältnisses geworden. Durch den Betriebsteilübergang auf den nicht einschlägig tarifgebundenen beklagten Verein endete die Tarifgebundenheit gem. § 3 Abs. 1 TVG, dh. eine kollektivrechtliche Weitergeltung des BAT-O und des ATV-K war mangels Tarifgebundenheit ausgeschlossen. Nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB werden bei einem Betriebsübergang, der mit einem Ausscheiden des Betriebs oder des Betriebsteils aus dem betrieblichen/fachlichen Geltungsbereich verbunden ist, die durch Rechtsnormen eines Tarifvertrages oder einer Betriebsvereinbarung geregelten Rechte und Pflichten Inhalt des Arbeitsverhältnisses zwischen dem neuen Inhaber und dem Arbeitnehmer und dürfen nicht vor Ablauf eines Jahres nach dem Zeitpunkt des Übergangs zum Nachteil des Arbeitnehmers geändert werden. Die Rechtsnormen des Tarifvertrages verlieren ihre bis zum Betriebsübergang bestehende unmittelbare und zwingende Wirkung (§ 4 Abs. 1 TVG). Sie gelten als individualrechtliche Regelungen statisch weiter (*so zuletzt BAG 19. September 2007 - 4 AZR 711/06 -, zu II 3 c der Gründe*). 21

Darüber hinaus hatten der Kläger und die Stadt C den BAT-O und damit auch den ATV-K arbeitsvertraglich in Bezug genommen. In die so auf 22



vertraglicher Grundlage begründeten Rechte und Pflichten ist der beklagte Verein gem. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB eingetreten.

2. Es kann offenbleiben, ob es dem beklagten Verein überhaupt möglich ist, den Kläger - ggf. rückwirkend - bei der Zusatzversorgungskasse des Kommunalen Versorgungsverbandes Brandenburg zu versichern und dementsprechend Beiträge zu zahlen; dies würde voraussetzen, dass der beklagte Verein, der nicht nach § 11 der Satzung des Kommunalen Versorgungsverbandes Brandenburg Mitglied werden kann, nach § 12 Abs. 5 der og. Satzung eine Servicevereinbarung abschließen könnte. Dies hat er in Abrede gestellt. Selbst wenn eine Versicherung bei der Zusatzversorgungskasse ausgeschlossen sein sollte, so wäre der Anspruch des Klägers auf Verschaffung der Versorgungsleistungen durch den beklagten Verein dennoch nicht infolge Unmöglichkeit untergegangen mit der Folge, dass der Kläger auf die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs beschränkt wäre.

23

Es ist zwischen der arbeitsrechtlichen Grundverpflichtung und den Durchführungswegen zu unterscheiden. Für die Grundverpflichtung spielt es keine Rolle, ob sich der Arbeitgeber verpflichtet, die Versorgungsleistungen selbst zu erbringen (unmittelbare Versorgungszusage, Direktzusage) oder ob er sich zur Leistungsgewährung eines rechtlich selbständigen Versorgungsträgers bedient (mittelbare Versorgungszusage). Die eingeschaltete Versorgungsanstalt ist ihrer Funktion nach nur ein Instrument des Arbeitgebers zur Erfüllung seiner arbeitsrechtlichen Versorgungsverpflichtungen. Wird die geschuldete Versorgungsleistung nicht auf dem vorgesehenen Durchführungsweg (Unterstützungskasse, Pensionskasse, Pensionsfonds oder Versicherungsunternehmen) abgewickelt, so hat der Arbeitgeber erforderlichenfalls selbst die Versicherungsleistungen zu erbringen. Diese Grundsätze sind auch bei einer tarifvertraglich geregelten Zusatzversorgung zu beachten. Obgleich § 46 BAT/BAT-O und der ATV-K eine versicherungsförmige Abwicklung der Zusatzversorgung vorsehen, ändert dies nichts daran, dass eine vom Durchführungsweg unabhängige Grundverpflichtung des Arbeitgebers besteht (vgl. BAG 7. März 1995 - 3 AZR 282/94 - BAGE 79, 236).

24



3. Entgegen der Auffassung des beklagten Vereins steht dem Übergang der Verpflichtung zur Verschaffung einer Zusatzversorgung auf ihn auch nicht entgegen, dass sich die Höhe des klägerischen Anspruchs im Versorgungsfall derzeit noch nicht konkret bestimmen lässt und die dem Kläger durch die Zusatzversorgungskasse des Kommunalen Versorgungsverbandes Brandenburg erteilte Auskunft, er habe im Versorgungsfall voraussichtlich eine Betriebsrente in Höhe von monatlich 123,76 Euro zu erwarten, auf fiktiven Daten beruht. Der Anspruch des Klägers ist nicht auf die Feststellung gerichtet, im Versorgungsfall einen bestimmten monatlichen Betrag als Versorgung beanspruchen zu können, sondern darauf, dass der beklagte Verein ihm im Versorgungsfall eine Versorgung verschafft. Dieser Anspruch wird erst fällig und ist vom beklagten Verein auch erst dann zu erfüllen, wenn der Versorgungsfall eingetreten ist (*BAG 18. September 2001 - 3 AZR 689/00 - BAGE 99, 92*). Zu diesem Zeitpunkt lässt sich ohne Schwierigkeiten ermitteln, wie hoch der Betrag ist, den der Kläger hätte monatlich an Altersversorgungsleistungen beanspruchen können, wenn er weiterhin bei der Stadt C beschäftigt gewesen wäre.

25

III. Der beklagte Verein hat den Anspruch des Klägers nicht dadurch erfüllt, dass er am 5. Dezember 2003 mit der N AG einen Gruppenvertrag über Direktversicherungen auf das Leben der fest angestellten Mitarbeiter mit Beginn ab dem 1. Juni 2003 abgeschlossen hat und hierauf für den Kläger halbjährliche Beiträge in Höhe von 77,32 Euro zahlt. Die Unterscheidung zwischen der arbeitsrechtlichen Versorgungszusage und den Durchführungswegen hat auch Bedeutung für den Fall, dass die geschuldete Versorgung nicht auf dem vorgesehenen Versorgungswege abgewickelt werden kann oder abgewickelt wird. Dann hat der Arbeitgeber gleichwertige Leistungen zu erbringen. Er muss deshalb, etwa durch Abschluss einer Direktversicherung oder durch Selbsteintritt, im Versorgungsfall die Leistungen verschaffen, die der Arbeitnehmer erhalten hätte, wenn er bei dem ursprünglichen Arbeitgeber verblieben und entsprechend den ursprünglich in Bezug genommenen Bestimmungen versichert worden wäre (*BAG 18. September 2001 - 3 AZR 689/00 - BAGE 99, 92*). Damit ist entgegen der Auffassung des beklagten Vereins für die Gleichwertig-

26



keit nicht von Bedeutung, in welcher Höhe er für den Kläger Versicherungsbeiträge zahlt und dass diese ggf. höher sind als diejenigen, die die Stadt C an die Zusatzversorgungskasse abgeführt hat. Es kommt vielmehr auf die Gleichwertigkeit der Leistung aus Sicht des Arbeitnehmers, damit auf das an, was dem Kläger, wäre er weiterhin entsprechend den ursprünglich in Bezug genommenen Bestimmungen versichert gewesen, im Versorgungsfall zugeflossen wäre. Dies wäre - unabhängig davon, ob ein Wechsel von einer laufenden Rentenzahlung auf eine einmalige Kapitalabfindung überhaupt möglich wäre - erkennbar erheblich mehr gewesen als die einmalige Kapitalleistung in Höhe von 665,00 Euro. Vor diesem Hintergrund fehlt es bereits an der erforderlichen Gleichwertigkeit der Leistungen. Im Übrigen hatte der Kläger zu keinem Zeitpunkt das gem. § 159 Abs. 2 Satz 1 VVG (aF) erforderliche Einverständnis mit der Versicherung erteilt.

IV. Die Regelungen des § 46 BAT-O sowie des ATV-K finden weiterhin im Arbeitsverhältnis des Klägers Anwendung. Sie wurden nicht durch die beim beklagten Verein bestehende BV 2004 gem. § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB abgelöst. 27

1. Einer Ablösungsmöglichkeit nach § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB steht bereits entgegen, dass der BAT-O und der ATV-K nicht nur kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit auf das zwischen dem Kläger und der Stadt C begründete Arbeitsverhältnis Anwendung fanden, sondern der Kläger und die Stadt C zudem den BAT-O sowie die diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträge in der für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) jeweils geltenden Fassung arbeitsvertraglich in Bezug genommen hatten. Einer solchen Bezugnahmeklausel kommt eine rechtsbegründende (konstitutive) Bedeutung zu; sie begründet die individualvertragliche Geltung der in Bezug genommenen Tarifnormen. Diese gelten bei einem Betriebsübergang auch im übergegangenen Arbeitsverhältnis nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB vertraglich weiter, so dass Satz 2 und damit auch Satz 3 des Abs. 1 des § 613a BGB keine Anwendung finden (BAG 29. August 2007 - 4 AZR 767/06 -). 28



2. Des ungeachtet können tarifvertraglich geregelte Ansprüche auf Versorgung, die gem. § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB Inhalt des Arbeitsverhältnisses mit dem Erwerber werden, nicht im Wege der sog. Über-Kreuz-Ablösung durch eine beim Erwerber bestehende Betriebsvereinbarung abgelöst werden. 29

Der Erste Senat hat mit Urteil vom 6. November 2007 (- 1 AZR 862/06 -) entschieden, dass im Rahmen von § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB Regelungen einer beim nicht tarifgebundenen Betriebserwerber geltenden Betriebsvereinbarung nicht geeignet sind, Rechtsnormen eines zwischen Veräußerer und Arbeitnehmer auf Grund beiderseitiger Tarifbindung geltenden Tarifvertrages verschlechternd abzulösen. Dies gelte auch dann, wenn mangels Sperrwirkung eines Tarifvertrages nicht schon § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG einer solchen Ablösung entgegensteht. Jedenfalls außerhalb des Bereichs der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrats sei für eine sog. Über-Kreuz-Ablösung der Rechtsnormen eines Tarifvertrages durch Regelungen einer Betriebsvereinbarung kein Raum. Zur Begründung hat der Erste Senat sich auf systematische und teleologische Gründe berufen. Die Möglichkeit einer Über-Kreuz-Ablösung würde gegen den Schutzzweck von § 613a Abs. 1 BGB und der ihm zugrunde liegenden Richtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14. Februar 1977 in ihrer Fassung durch die Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 verstoßen. Art. 3 der Richtlinie und § 613a Abs. 1 BGB verfolgten ersichtlich das Ziel, die Rechtsstellung der Arbeitnehmer vor Verschlechterungen aus Anlass eines Betriebsübergangs weitgehend zu schützen. Dem widerspräche es, wenn es dem Erwerber ermöglicht würde, ursprünglich tarifvertraglich begründete Rechtsansprüche der Arbeitnehmer nach dem Betriebsübergang durch ungünstigere Regelungen einer Betriebsvereinbarung abzulösen. Außerhalb eines Betriebsübergangs könnten die Betriebsparteien allein wegen § 4 Abs. 3 TVG tarifliche Regelungen nicht durch Betriebsvereinbarung verschlechtern. Auch eine gem. § 4 Abs. 5 TVG nur nachwirkende Tarifnorm könnte zumindest außerhalb des Bereichs der zwingenden Mitbestimmung nicht durch eine ungünstigere Betriebsvereinbarung abgelöst werden. 30



Dem schließt sich der erkennende Senat an. Tariflich geregelte Ansprüche auf Versorgung können nicht im Wege der sog. Über-Kreuz-Ablösung durch eine beim Erwerber bestehende Betriebsvereinbarung abgelöst werden. Zwar hat der Betriebsrat auch bei Leistungen der betrieblichen Altersversorgung gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 8 bzw. Nr. 10 BetrVG mitzubestimmen; entscheidend ist jedoch, dass der Regelungsgegenstand „Altersversorgung“ nur teilmithbestimmt ist. Der Arbeitgeber bestimmt eigenverantwortlich, ob er eine betriebliche Altersversorgung schaffen, wie viele Mittel er hierfür bereitstellen und welchen Personenkreis er begünstigen will (vgl. BAG 26. April 1988 - 3 AZR 168/86 - BAGE 58, 156). Demgegenüber bezieht sich das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats im Wesentlichen auf den Leistungsplan und die Heranziehung der Arbeitnehmer zu Beiträgen. Damit fehlt es für den Regelungsgegenstand der betrieblichen Altersversorgung an der erforderlichen Kongruenz des Umfangs der „erzwingbaren“ Regelungsmacht der Tarifpartner auf der einen und der Betriebspartner auf der anderen Seite.

Reinecke

Zwanziger

Schlewing

Schmidt

Lohre

