

Entscheidungen



BUNDESARBEITSGERICHT Urteil vom 29.1.2008, 3 AZR 42/06

Überbrückungsversorgung - Neuregelung - Betriebsratsbeteiligung - Geschäftsgrundlage

Tenor

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 21. September 2005 - 8 Sa 827/04 - aufgehoben.
2. Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten darüber, ob dem Kläger für die Zeit von seinem 60. bis zu seinem 65. Lebensjahr Überbrückungsleistungen nach einer vertraglichen Regelung aus dem Jahre 1974 zustehen oder ob eine ändernde Regelung aus dem Jahre 1984 maßgeblich ist.
- 2 Der Kläger ist am 29. Dezember 1944 geboren. Auf Grund eines Anstellungsvertrages vom 2. Oktober 1969 trat er am 1. Januar 1970 als Außendienstmitarbeiter in die Dienste der S AG, einer Rechtsvorgängerin der Beklagten. Die S AG gehörte schon damals zur N-Gruppe Deutschland, die ihrerseits aus einer Vielzahl von Unternehmen bestand.
- 3 Der Anstellungsvertrag vom 2. Oktober 1969 (AV 1969) lautet auszugsweise:
“...
11. Das Vertragsverhältnis gilt auf unbestimmte Zeit geschlossen, längstens jedoch bis zu dem Monatsende, das der Vollendung des 60. Lebensjahres des Vertreters folgt.
...
12. Mit Rücksicht darauf, daß die S Angestellten-Pensionskasse normalerweise eine Altersrente erst vom 65. Lebensjahr an zahlt ..., wird S für die Zeit vom 60. bis 65. Lebensjahr des Vertreters ... folgende Sonderleistungen der Pensionskasse erwirken:
a) Zahlung der Firmen- und Mitgliederbeiträge zur Pensionskasse in gleicher Höhe wie im Pensionierungszeitpunkt (60. Lebensjahr).
b) Zahlung der gleichen Rente wie die, welche er von der Pensionskasse ab Vollendung des 65. Lebensjahres auf Grund der bisher gezahlten und gemäß a) weiterzuzahlenden Beiträge erhalten wird.
c) Zahlung eines anteiligen Ausgleiches für die Angestelltenversicherungsrente nach Maßgabe des beigefügten ‚Sonderanhanges‘; ...

Während der Dauer dieser Überbrückungsregelung darf der Vertreter nur auf Grund einer vorherigen schriftlichen Einwilligung von S für eine andere Firma der Lebensmittel- oder

damit verwandten Branche tätig werden; anderenfalls erlöschen die zu a - c genannten Ansprüche.”

- 4 Unter dem 20. Mai 1974 kam es zu einer “Ergänzung zum Anstellungsvertrag” zwischen dem Kläger und der S GmbH. Diese Regelung lautet auszugsweise wie folgt:

“Das auf unbestimmte Zeit geschlossene Vertragsverhältnis endet spätestens am letzten Tag des Monats, in welchem Sie Ihr 60. Lebensjahr vollenden.

Mit Rücksicht darauf, daß die N Pensionskasse die volle Altersrente erst ab dem der Vollendung des 65. Lebensjahres folgenden Monatsersten zahlt, treffen wir für die Zeit vom oben angegebenen Ablauf des Vertragsverhältnisses bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres folgende Regelung:

- a) Wir zahlen die Firmen- und Mitgliederbeiträge für diese Zeit in gleicher Höhe wie im Pensionierungszeitpunkt (60. Lebensjahr) an die Pensionskasse und bewirken damit,
- b) daß Sie die gleiche Rente erhalten, die Ihnen die Pensionskasse ab dem der Vollendung des 65. Lebensjahres folgenden Monatsersten aufgrund der bis zur Vollendung des 60. Lebensjahres geleisteten und von uns gemäß a) zu leistenden Beiträge zahlt.
- c) Die Pensionskasse erhält von uns ... Sonderzuwendungen, woraus Ihnen nach Maßgabe des beigefügten Sonderanhangs ein anteiliger Ausgleich für die Angestelltenversicherungsrente und den Rentner-Krankenversicherungsbeitrag gezahlt wird. ...”

- 5 Die im Sonderanhang vorgesehene Rente bestand aus einer “Pensionskassenrente” und einer Ausgleichsrente für die Angestelltenversicherungsrente, die zwischen der Vollendung des 60. und des 65. Lebensjahres zu zahlen waren. Die Ausgleichsrente betrug 50 % der Beitragsbemessungsgrenze in der Angestelltenversicherung bzw. des letzten Einkommens, wenn dieses niedriger war als die Beitragsbemessungsgrenze. Gesetzliche Renten, die nach Beginn der Ausgleichsrente einsetzten, sollten danach mit 50 % auf die Ausgleichsrente angerechnet werden.

- 6 Im Jahre 1984 schlug die S GmbH dem Kläger eine Änderung dieser Regelungen vor, die er annahm. Die S GmbH schrieb dem Kläger dazu unter dem 17. Februar 1984 Folgendes:

“Überbrückungsregelung für die vorzeitige Pensionierung von
Mitarbeitern im Außendienst (60-Jahres-Außendienstregelung)

...

Zwanzig Jahre sind in der heutigen, schnellebigen Welt eine lange, mit vielen Veränderungen behaftete Zeit.

Etwa zwanzig Jahre alt ist auch unsere sogenannte ‚60-Jahres-Außendienstregelung‘, nach der Sie bekanntlich ab Vollendung des 60. Lebensjahres, also von der Beendigung Ihres Arbeitsverhältnisses an bis zum Einsetzen der Angestelltenversicherungsrente eine Übergangsversorgung erhalten, die aus

- der vorgezogenen Pensionskassen-Rente,
- einer Firmen-Ausgleichsrente (künftig ‚Übergangsgeld‘ genannt) und
- einem Firmenzuschuß zum Krankenversicherungsbeitrag

besteht. Diese ‚Vorruhestandsrente‘ wird ausschließlich von unserer Gesellschaft finanziert.

Im Laufe der letzten Jahre hat sich die Grundlage für diese Übergangsregelung insofern deutlich verändert, als die in den 70er Jahren eingeführte sogenannte flexible Altersgrenze (63. Lebensjahr) praktisch die Regel wurde. Dies hatte zur Folge, daß unsere 60-Jahres-Außendienstregelung in ihrer bisherigen, auf das 65. Lebensjahr ausgerichteten Form

‚kopflastig‘ bzw. ‚überlastig‘ wurde. Während die Übergangsvorsorgung für das 61. bis 63. Lebensjahr die (beachtliche) Höhe von in der Regel ca. 80 % des letzten Aktiv-Netto-Einkommens erreicht, führt sie inzwischen im 64. und 65. Lebensjahr zusammen mit der bereits hier einsetzenden gesetzlichen Altersrente zu einer weit über den letzten Aktivbezügen liegenden Versorgung (bis zu 130 %), um sich dann nach dem 65. Lebensjahr für die Dauer auf ca. 80 % der letzten Nettozüge einzupendeln.

Diese Überversorgung im 64. und 65. Lebensjahr ist nicht nur vom Finanzierungsaufwand her nicht mehr vertretbar, sondern vor allem gegenüber den anderen, überdies noch bis zum 63. Lebensjahr voll im aktiven Dienst stehenden Mitarbeitern nicht zu rechtfertigen. Wir haben deshalb folgende Korrektur der 60-Jahres-Außendienstregelung vorgesehen:

1. Die Versorgung für das 64. und 65. Lebensjahr besteht künftig aus der Angestelltenversicherungsrente und der Pensionskassenrente (letztere weiterhin ungekürzt auf 65-Jahres-Niveau!). Sie liegt damit im Normalfall bei ca. 80 % der letzten Netto-Bezüge.
2. Das Übergangsgeld für das 61. bis 63. Lebensjahr wird von derzeit 55 % auf 60 % brutto angehoben, wodurch sich die Netto-Versorgung insgesamt von derzeit ca. 80 % auf ca. 88 % verbessert.

Es entsteht damit also ein gleitender Übergang der Nettozüge von 100 % im letzten Dienstjahr über 88 % in den drei Folgejahren auf danach etwa 80 %.

Die vorgesehene Anhebung des Übergangsgeldes in den ersten drei Jahren stellt kein volles finanzielles Gegengewicht zur Reduzierung im 64. und 65. Lebensjahr dar. Das kann auch nicht Sinn und Zweck der notwendig gewordenen Korrektur sein. Andererseits führt die Anhebung des Übergangsgeldes in den ersten drei Jahren zu einem Vorruhestands-Versorgungsniveau von in der Regel ca. 88 %, das in dieser Höhe und in dieser Form in der deutschen Industrie wohl seinesgleichen sucht, zudem es für die Begünstigten ohne eigenen Beitragsaufwand, d. h. einseitig von der Firma finanziert wird.

...

Wir sind überzeugt, daß Sie Verständnis für die notwendige Anpassung der Übergangsregelung haben. Da die Regelung ein Teil Ihres Anstellungsvertrages ist, bitten wir Sie, die Zweitschrift der beigefügten Neufassung zu unterschreiben und innerhalb von drei Wochen an unsere Personalabteilung zurückzuschicken.“

- 7 Gleichzeitig erhielt der Kläger eine Ergänzung zum Anstellungsvertrag mit demselben Datum (Ergänzung 1984), die er unterzeichnet an die S GmbH zurückleitete und die auszugsweise wie folgt lautet:

“...

Das bestehende Vertragsverhältnis endet am letzten Tag des Monats, in welchem das 60. Lebensjahr vollendet wird.

Mit Rücksicht darauf, daß seitens der gesetzlichen Rentenversicherung im allgemeinen erst ab Vollendung des 63. Lebensjahres eine Altersrente gewährt wird, ist für die Zwischenzeit eine Übergangsvorsorgung vorgesehen:

Vertragsgemäß in den Ruhestand tretende Außendienstmitarbeiter erhalten von dem ihrem Ausscheiden folgenden Monat an

1. eine vorgezogene Altersrente aus der N-PENSIONSKASSE,
2. ein firmenseitiges Übergangsgeld für die noch nicht fällige Angestelltenversicherungsrente,
3. einen firmenseitigen Zuschuß zum Krankenversicherungsbeitrag

nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen:

...

Zu 2.

Das Übergangsgeld wird von dem auf das Ausscheiden nach Vollendung des 60. Lebensjahres folgenden Monat an bis zum Ende des Monats, in welchem das 63. Lebensjahr vollendet wird, gezahlt. Es wird solchen Mitarbeitern gewährt, die bei ihrem Eintritt in die N-PENSIONSKASSE angestelltenversicherungspflichtig waren oder danach angestelltenversicherungspflichtig wurden.

Das Übergangsgeld beträgt

60 % des letzten ‚maßgeblichen Entgelts‘ im Sinne der Versicherungsbestimmungen der N-PENSIONSKASSE, maximal 60 % der im Zeitpunkt des Ausscheidens gültigen Beitragsbemessungsgrenze in der Angestelltenversicherung.

...

Setzt in der Zeit, in der das Übergangsgeld gewährt wird, seitens der Angestelltenversicherung die Zahlung einer Berufs- oder Erwerbsunfähigkeitsrente oder einer Altersrente ein, so entfällt ab deren Beginn die Zahlung des Übergangsgeldes.

...

Für Mitarbeiter, die im 60. Lebensjahr den Nachweis erbringen, daß sie die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der flexiblen Altersgrenze nicht erreichen können, gilt die bis zum 31.12.1983 geltende Fassung der Überbrückungsregelung so lange weiter, bis der Anspruch auf eine Rente aus der gesetzlichen Rentenversicherung entsteht.

...”

- 8 Sowohl die ursprüngliche Regelung über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Vollendung des 60. Lebensjahres und die daran anschließenden Ausgleichszahlungen wie auch die Änderungen im Jahre 1984 hatten die Rechtsvorgängerin der Beklagten und ihre Schwestergesellschaften mit sämtlichen mehreren hundert Außendienstmitarbeitern der N-Gruppe gleichermaßen vereinbart. Aus den von den Parteien in das Verfahren eingeführten Unterlagen ergibt sich, dass seit September 1983 die geplante Änderung in einem „Außendienst-Ausschuss“ der N-Gruppe diskutiert und die Gesamtbetriebsratsvorsitzenden aufgefordert worden waren, dazu Teilnehmer zu entsenden. Außerdem war die Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten (NGG) über die geplanten Änderungen informiert worden. Unter dem 6. Dezember 1983 hatten Mitarbeiter der Hauptverwaltung dieser Gewerkschaft ua. an den Gesprächskreis der N-Betriebsräte Folgendes geschrieben:

„Umgestaltung der N, 60-Jahres-Reisenden-Regelung“

Liebe Kollegen,

wir waren am 25. Oktober 1983 in F nach der gemeinsamen Informationssitzung mit der Geschäftsleitung ND so verblieben, daß wir Ihnen nach Abschluß der weiteren Beratung im Gesprächskreis und der abschließenden Meinungsbildung der Geschäftsleitung einen abschließenden Bescheid zukommen lassen.

Dieser Verpflichtung möchten wir nunmehr nachkommen.

Im Gesprächskreis der Betriebsräte ist von unserer Seite die Diskussion in der Sache nochmals aufgenommen worden. Die Argumente und Vorschläge des Außendienstgesprächskreises wurden im einzelnen der Unternehmensleitung vorgetragen.

Ein Aufweichen der Fronten war jedoch nicht möglich. Die Unternehmensleitung bestand auf ihrem bereits uns am 25.10. unterbreiteten Vorschlag, der nach ihrer Auffassung schon die Wünsche der Außendienstbetriebsräte vorweggenommen beinhaltete.

Eine neue Beschlußlage durch die Unternehmensleitung ist auch nach der Sitzung des Gesprächskreises nicht herbeigeführt worden. Somit wird die beabsichtigte Umgestaltung Anfang nächsten Jahres durch die Unternehmensleitung vollzogen.

Da es sich um eine Änderung des Einzelarbeitsvertrages der Reisenden handelt, ist auch die Mitbestimmung des Betriebsrates nach dem Betriebsverfassungsgesetz nicht gegeben. Die Entscheidung, ob der Reisende der gewollten Änderung seines Arbeitsvertrages (Änderungskündigung) zustimmt, muß er persönlich treffen.

Der betroffene Arbeitnehmer kann gegen die Änderungskündigung den Rechtsweg beschreiten und Kündigungsschutzklage erheben. Im Arbeitsrecht ist auch eine Änderungskündigung eine Kündigung. Auf Grund der konservativen Rechtsprechung der Gegenwart und der öffentlichen Diskussion über den Abbau von Sozialleistungen in der heutigen Zeit sowie der nicht unzumutbaren Regelung besteht wahrscheinlich wenig Aussicht auf Erfolg durch ein Arbeitsgerichtsverfahren.

Wir möchten abschließend nochmals betonen, daß weder die Betriebsräte der Außendienstauschüsse noch die Teilnehmer des Gesprächskreises der Betriebsräte ihre Zustimmung zu der beabsichtigten Änderung gegeben haben, sondern im Gegenteil sich für eine materiell bessere und gerechtere Regelung ausgesprochen haben.

Wir bedauern, keinen positiveren Bescheid geben zu können

...

- 9 Unter dem 7. Februar 1984 wurden mehrere Gesamtbetriebsratsvorsitzende angeschrieben mit dem Hinweis, "nach eingehender Diskussion in den verschiedenen Gremien und nach Verabschiedung der Neuregelung in ihrer endgültigen Form durch die Geschäftsleitung" werde "nun die entsprechende Änderung der Anstellungsverträge (Ergänzungsverträge) in die Wege" geleitet.
- 10 Es existiert ein Protokoll über eine am 13. Juni 1984 im N-Haus stattgefundene konstituierende Sitzung eines Gesamtbetriebsrats. Daraus wird deutlich, dass dieser einen Außendienstauschuss wählte.
- 11 Der Kläger war seit 1987 Vorsitzender des Betriebsrats "GV S Außendienst". In dieser Eigenschaft nahm er am 27. September 2001 an einer Sitzung zwischen Arbeitnehmervertretern auf der einen und Vertretern der Arbeitgeberseite auf der anderen Seite teil. Dort forderten die Arbeitnehmervertreter im Hinblick auf die durch die Rentenkürzungen bei vorzeitiger Inanspruchnahme der gesetzlichen Altersrente nach ihrer Ansicht eingetretene Unterversorgung nunmehr einen Ausgleich. Nach dem vom Kläger erstellten Gedächtnisprotokoll wiesen die Arbeitnehmervertreter dabei darauf hin, das Unternehmen habe bei der Überversorgung vor 1984 gekürzt und gehandelt. Die Mitarbeiter hätten das damals mitgetragen. Nunmehr sähen die Arbeitnehmervertreter auf Grund der durch Änderung in der gesetzlichen Rentenversicherung eingetretenen Unterversorgung Handlungsbedarf durch das Unternehmen.
- 12 Der Kläger schied mit Vollendung des 60. Lebensjahres im Dezember 2004 aus den Diensten der Beklagten aus. Nachdem seine monatliche Vergütung zuletzt 4.700,00 Euro brutto, ca. 2.700,00 Euro netto, betragen hatte, erhielt er seit seinem Ausscheiden gem. der Überbrückungsregelung von 1984 bis zur Vollendung des 63. Lebensjahres von der Beklagten ein Übergangsgeld in Höhe von 3.700,00 Euro sowie außerdem eine Betriebsrente von 986,00 Euro. Ab Vollendung des 63. Lebensjahres hat der Kläger einen Anspruch auf gesetzliche Altersrente, deren Höhe vom Landesarbeitsgericht mit 1.600,00 Euro festgestellt wurde, und erhält weiterhin eine Firmenrente. Die Beklagte hält sich nicht für verpflichtet, ab diesem Zeitpunkt ein Übergangsgeld zu zahlen.
- 13 Im vorliegenden Verfahren hat der Kläger geltend gemacht, die Beklagte sei verpflichtet, entsprechend der Altregelung Übergangsleistungen zu erbringen. Die Geschäftsgrundlage für die 1984 getroffene Regelung sei weggefallen. Nach Abschluss dieser Änderungsvereinbarung seien durch Gesetz bei vorgezogener Inanspruchnahme der Altersrente aus der Sozialversicherung versicherungsmathematische Abschläge eingeführt worden. Bei Inanspruchnahme der gesetzlichen Altersrente ab dem 63. Lebensjahr werde deshalb die gesetzliche Altersrente um 7,2 % gekürzt.

14 Erstmals in der Berufungsbegründung hat der Kläger zudem vorgetragen, ihm sei nicht bekannt, dass seinerzeit bei der Änderung der Überbrückungsregelung der Betriebsrat beteiligt worden wäre. Später hat er behauptet, seine Recherchen zu dieser Frage seien "erfolglos geblieben", es gebe keine Betriebsratsbeteiligung. Der zuständige Betriebsrat der Hauptverwaltung der S GmbH in H habe auch den Außendienst betreut. Dieser Betriebsrat habe zu keiner Zeit einen Beschluss über die Ablösung der Versorgungsregelung von 1974 gefasst. Er, der Kläger, habe niemals Betriebsratsunterlagen zur damaligen Abwicklung der "60-Jahres-Reisenden-Regelung" durch seine Vorgänger erhalten, und solche seien ihm auch nicht in sonstiger Weise übergeben worden.

15 Der Kläger hat zuletzt sinngemäß beantragt

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, an ihn nach Ablauf des Dezember 2004 eine Überbrückungsrente nach Maßgabe des "Sonderanhangs zur Erläuterung der Überbrückungsregelung bei vorzeitiger Pensionierung von Mitarbeitern im Außendienst (Stand 1. Januar 1974)" in Verbindung mit der Ergänzung zum Anstellungsvertrag des Klägers vom 20. Mai 1974 sowie in Verbindung mit dem Schreiben der Firma S GmbH "Überbrückungsregelung bei vorzeitiger Pensionierung von Mitarbeitern im Außendienst" vom 20. Mai 1974 zu zahlen,

hilfsweise,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn für den Zeitraum vom 29. Dezember 2007 bis 29. Dezember 2009 eine Überbrückungsrente iHv. 2.422,50 Euro brutto monatlich zu zahlen.

16 Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Ansicht vertreten, die Voraussetzungen für einen Wegfall der Geschäftsgrundlage lägen nicht vor. Weiter hat sie behauptet, sowohl der für den Kläger zuständige Betriebsrat H als auch der Außendienstausschuss des Gesamtbetriebsrats, der für Angelegenheiten im Außendienst zuständig gewesen sei, hätten ihr Mitbestimmungsrecht ausgeübt. Das sei in der Weise geschehen, dass diese Gremien ausführlich informiert worden seien und der Auffassung gewesen seien, ein Mitbestimmungsrecht bestehe nicht und es könne daher keine Betriebsvereinbarung abgeschlossen werden. Damit hätten diese Betriebsräte ihre Zustimmung konkludent erklärt. Nach den Beratungen sei zwischen allen Beteiligten Einigkeit hergestellt gewesen, dass das jetzt so in Ordnung sei und so individualrechtlich gemacht werden könne. Der Betriebsrat sei ausführlich informiert worden und mit der Änderung letztlich einverstanden gewesen, da sie auch sachlich begründet gewesen sei. Dem entsprechend hätten weder die Gewerkschaft noch der Betriebsrat den Änderungsvereinbarungen im Jahr 1984 widersprochen. Vielmehr hätten sie den Arbeitgeber aufgefordert, individuelle Vereinbarungen zu treffen. Die beteiligten Betriebsräte hätten, wenn auch nicht durch förmlichen Beschluss, so durch konkludentes Handeln und somit in Form einer formlosen Regelungsabrede festgehalten, dass Änderungen im Rahmen von Individualvereinbarungen vorgenommen werden sollten, wie es auch geschehen sei.

17 Der Kläger könne sich nicht mehr auf die Unwirksamkeit der Änderung berufen, weil er in seiner Eigenschaft als Betriebsratsvorsitzender hinsichtlich anderer Arbeitnehmer, aber auch in eigener Sache, den Bestand der Regelung unwidersprochen gelassen habe. Es sei treuwidrig, dass er zunächst eine einvernehmliche Regelung mit dem Arbeitgeber unterschreibe und erst zu einem Zeitpunkt, wo er selbst keine Leistungen mehr im Rahmen des Arbeitsverhältnisses erbringe, entgegen seiner zuvor zwanzig Jahre unbestrittenen Vereinbarung deren Unwirksamkeit behaupte.

18 Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht nach Beweisaufnahme zur Frage der Betriebsratsanhörung zurückgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger seinen zuletzt gestellten Klageantrag weiter. Die Beklagte begehrt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

19 Die Revision ist erfolgreich. Sie führt zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht.

- 20 I. Prozessual bestehen gegen die Zulässigkeit des als Hauptantrag gestellten Feststellungsantrags keine Bedenken. Es geht um die Feststellung, welchen Inhalt das betriebsrentenrechtliche Rechtsverhältnis der Parteien hat und auf Grund welcher Rechtsgrundlage es abzuwickeln ist. Auf den Vorrang der Leistungsklage kann der Kläger nicht verwiesen werden, da der Feststellungsantrag geeignet ist, den wesentlichen Streitpunkt zwischen den Parteien zu beseitigen und damit zur Klärung der zwischen ihnen bestehenden Streitpunkte beizutragen (*vgl. nur BAG 18. November 2003 - 3 AZR 655/02 -, zu A der Gründe*). Da der Hilfsantrag - wie der Kläger in der Revisionsverhandlung klargestellt hat - nur für den Fall gestellt ist, dass sich der Hauptantrag als unzulässig erweisen sollte, fällt er von vornherein nicht zur Entscheidung an.
- 21 II. Ob die Klage begründet ist, kann auf Grund der bisherigen Feststellungen nicht entschieden werden, so dass der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen ist (§ 563 ZPO). Zwar wären Ansprüche auf die Anwendung der alten Regelung gegen die Beklagte und nicht etwa gegen die N-Pensionskasse zu richten. Bislang sind aber keine ausreichenden Feststellungen dazu getroffen worden, ob die streitbefangene Vertragsänderung unter Wahrung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats durchgeführt wurde. Die Zurückverweisung ist auch nicht deswegen entbehrlich, weil der Rechtsstreit aus anderen Gründen entscheidungsreif ist: Der Kläger ist nicht gehindert, den Anspruch geltend zu machen. Der Anspruch, wie er gerichtlich geltend gemacht ist, steht dem Kläger auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Störung der Geschäftsgrundlage zu.
- 22 1. Die Beklagte ist Gegnerin möglicher Ansprüche des Klägers, also passiv legitimiert. Dem steht nicht entgegen, dass nach der vom Kläger in Anspruch genommenen Altregelung, anders als nach der aktuellen Regelung, Leistungsansprüche sich gegen die Pensionskasse richten sollen. Die Ergänzung zum Anstellungsvertrag vom 20. Mai 1974 sieht vor, dass die Pensionskasse Sonderzuwendungen erhält, woraus nach Maßgabe des Sonderanhangs Leistungen der Pensionskasse erbracht werden. Der Rechtsgrund der Leistungen liegt jedoch im arbeitsrechtlichen Grundverhältnis. Danach ist der Arbeitgeber verpflichtet, dem Arbeitnehmer derartige zugesagte Leistungen jedenfalls dann zu verschaffen, wenn die Versorgungseinrichtung sich weigert, diese zu erbringen (*vgl. § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG sowie BAG 31. Juli 2007 - 3 AZR 373/06 - ZIP 2007, 2326, zu B II 1 a der Gründe für den Fall der Durchführung einer Versorgungszusage über eine Unterstützungskasse*). Gleiches gilt, wenn sich die Leistungspflicht aus Umständen ergibt, die nicht unmittelbar aus der für die Versorgungseinrichtung geltenden Versorgungsregelung folgen, sondern - wie vom Kläger hier geltend gemacht - aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die sein Verhältnis zum Arbeitgeber betreffen.
- 23 2. Es bedarf weiteren Vortrags und weiterer Feststellungen durch das Landesarbeitsgericht, damit geklärt werden kann, ob die Beklagte das Mitbestimmungsverfahren nach dem BetrVG ordnungsgemäß durchgeführt hat. Davon hängt ab, ob die vorgenommene Vertragsänderung wirksam ist. Fehler im Mitbestimmungsverfahren führen nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung dazu, dass auch jede individualrechtliche Umsetzung der Maßnahme unwirksam ist. Der Zweck der gesetzlichen Mitbestimmung des Betriebsrats, dem einzelnen Arbeitnehmer einen verlässlichen Schutz zu vermitteln, würde nicht erreicht, wäre es dem Arbeitgeber gestattet, bestehende Regelungen einseitig oder durch individualrechtliche Vereinbarungen rechtswirksam umzugestalten (*BAG 21. Januar 2003 - 3 AZR 30/02 - AP BetrAVG § 3 Nr. 13 = EzA BetrAVG § 3 Nr. 9, zu III 3 der Gründe*). Im Einzelnen ist hinsichtlich des ordnungsgemäßen Mitbestimmungsverfahrens hier Folgendes zu beachten:
- 24 a) Die Beklagte führt in der Revisionserwiderung aus, der Kläger habe sich erst in der Berufungsbegründung darauf berufen, das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats sei nicht gewahrt. Soweit die Beklagte damit rügen wollen sollte, das Landesarbeitsgericht habe diesen Vortrag entgegen § 67 ArbGG zu Unrecht zugelassen, würde sie sich auf einen Punkt stützen, der im Revisionsverfahren nicht mehr überprüfbar ist (*vgl. BGH 13. Februar 2006 - II ZR 62/04 - BB 2006, 792, zu II 2 a der Gründe*).
- 25 b) Für die Anforderungen an das Mitbestimmungsverfahren gilt:
- 26 aa) Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht angenommen, dass die von der S GmbH getroffene Maßnahme ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG auslöste.

- 27 Nach dieser Regelung hat der Betriebsrat in Fragen betrieblicher Lohngestaltung, insbesondere bei der Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen und bei der Einführung und Anwendung neuer Entlohnungsmethoden mitzubestimmen. Zweck des Mitbestimmungsrechts ist es, das betriebliche Lohngefüge angemessen und durchsichtig zu gestalten und die betriebliche Lohn- und Verteilungsgerechtigkeit zu wahren. Gegenstand des Mitbestimmungsrechts ist nicht die konkrete Höhe des Arbeitsentgelts, sondern es sind die Strukturformen des Entgelts einschließlich ihrer näheren Vollzugsform. Mitbestimmungspflichtig ist auch die Änderung bestehender Entlohnungsgrundsätze durch den Arbeitgeber. Dabei kommt es für das Beteiligungsrecht des Betriebsrats nicht darauf an, auf welcher rechtlichen Grundlage die Anwendung der bisherigen Entlohnungsgrundsätze erfolgte, ob etwa auf der Basis bindender Tarifverträge, einer Betriebsvereinbarung, einzelvertraglicher Absprachen oder einer vom Arbeitgeber einseitig praktizierten Vergütungsordnung (vgl. *nur BAG 28. Februar 2006 - 1 ABR 4/05 - BAGE 117, 130, zu B II 2 a der Gründe mwN*). Vom Mitbestimmungsrecht erfasst werden alle Formen der Vergütung, die der Arbeitgeber aus Anlass des Arbeitsverhältnisses gewährt. Unerheblich ist es, ob es sich um Geld- oder Sachleistungen handelt und ob diese freiwillig, nur einmalig oder nachträglich für Leistungen des Arbeitnehmers gewährt werden (*BAG 31. Mai 2005 - 1 ABR 22/04 - BAGE 115, 49, zu B III 1 b der Gründe*). Das danach gegebene Mitbestimmungsrecht entfällt allerdings, wenn bei Durchführung der Änderungen dem Arbeitgeber kein Regelungsspielraum verbleibt (*BAG - Großer Senat - 3. Dezember 1991 - GS 2/90 - BAGE 69, 134, zu C III 6 der Gründe*).
- 28 Hier wollte die Rechtsvorgängerin der Beklagten Geldleistungen, die aus Anlass des Arbeitsverhältnisses gewährt wurden, nur noch in geänderter Form weiter gewähren. Sie strebte dazu vertragliche Regelungen mit den Arbeitnehmern an. Dies zeigt, dass es einen Regelungsspielraum gab und damit das Mitbestimmungsrecht ausgelöst wurde. Dies gilt auch dann, wenn - was hier in Betracht kommt - die Rechtsvorgängerin der Beklagten als Arbeitgeberin eine Anpassung ohnehin unter dem Gesichtspunkt der Störung der Geschäftsgrundlage hätte verlangen können, weil auch dann mehrere Lösungen möglich bleiben (vgl. *BAG 23. September 1997 - 3 ABR 85/96 - BAGE 86, 312, zu B der Gründe*).
- 29 bb) Welchem Betriebsverfassungsorgan dieses Mitbestimmungsrecht zustand, ergibt sich aus den bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht.
- 30 Die von der Rechtsvorgängerin der Beklagten erstrebte Neuregelung erfasste alle Außendienstmitarbeiter im N-Konzern. Nach § 58 Abs. 1 BetrVG löst dies grundsätzlich die Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats aus, weil sich bei vernünftiger Würdigung eine sachliche Notwendigkeit für eine einheitliche Regelung innerhalb des Konzerns ergibt (*ebenso für die gleichgelagerte Problematik der Zuständigkeit eines Gesamtbetriebsrats BAG 21. Januar 2003 - 3 ABR 26/02 - EzA BetrVG 2001 § 50 Nr. 2, zu B I und II der Gründe*). Dies setzt allerdings voraus, dass innerhalb des N-Konzerns ein herrschendes Unternehmen seinen Sitz im Inland hatte und deshalb ein Konzernbetriebsrat gebildet war (vgl. *BAG 16. Mai 2007 - 7 ABR 63/06 -; 14. Februar 2007 - 7 ABR 26/06 - EzA BetrVG 2001 § 54 Nr. 3*).
- 31 Sollte ein Konzernbetriebsrat nicht gebildet worden sein, wäre wegen der konzerneinheitlichen Regelung der Gesamtbetriebsrat der S GmbH nach § 50 Abs. 1 BetrVG zuständig gewesen (vgl. *BAG 21. Januar 2003 - 3 ABR 26/02 - EzA BetrVG 2001 § 50 Nr. 2, zu B I 1 und 2 der Gründe*). Das gilt jedoch nur, wenn in mehr als einem Betrieb der S GmbH Außendienstmitarbeiter tätig waren. Sollte dies nicht der Fall gewesen sein, wäre der Betriebsrat des Betriebes, dem der Kläger angehörte, zuständig gewesen.
- 32 Die Zuständigkeit eines Ausschusses des zuständigen Konzern- oder Gesamtbetriebsrats bzw. Betriebsrats kommt in Betracht, soweit ein derartiger Ausschuss nicht nur gebildet wurde, sondern ihm auch unter den Voraussetzungen von § 28 Abs. 1 BetrVG, der nach § 51 Abs. 1 BetrVG für den Gesamt- und nach § 59 Abs. 1 BetrVG für den Konzernbetriebsrat entsprechend gilt, Entscheidungsbefugnisse übertragen wurden. Die bloße Bildung von Ausschüssen reicht hierfür nicht aus.
- 33 cc) Unklar ist auch, ob ein ordnungsgemäßes Mitbestimmungsverfahren durchgeführt wurde.
- 34 Nach § 87 Abs. 1 BetrVG ist die Arbeitgeberseite verpflichtet, das zuständige Betriebsverfassungsorgan vor Durchführung der geplanten Maßnahme zu einer Stellungnahme

aufzufordern und die Zustimmung einzuholen. Schweigen kann nicht als Zustimmung gewertet werden. Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 BetrVG ist kein Vetorecht. Die Regelung sieht - anders als § 99 BetrVG - keine Fristen vor, nach deren fruchtlosem Ablauf die Zuständigkeit des Betriebsrats fingiert wird (vgl. BAG 10. November 1992 - 1 AZR 183/92 - BAGE 71, 327, zu II 4 c der Gründe) . Der Arbeitgeber hat also Einvernehmen über die geplante Änderung herzustellen oder das Einigungsstellenverfahren einzuleiten.

- 35 Nicht erforderlich ist es allerdings, dass die Einigung im Wege einer Betriebsvereinbarung (§ 77 Abs. 2 bis 6 BetrVG) niedergelegt wird. Eine Regelungsabrede als formlose Betriebsabsprache ist ebenfalls zulässig. Auch diese setzt aber voraus, dass das Mitbestimmungsrecht tatsächlich ausgeübt, dh. die Angelegenheit mit der vorherigen Zustimmung des zuständigen Betriebsverfassungsorgans geregelt wird (vgl. BAG 14. Februar 1991 - 2 AZR 415/90 - AP BGB § 615 Kurzarbeit Nr. 4 = EzA BetrVG 1972 § 87 Kurzarbeit Nr. 1, zu IV 2 der Gründe) . Es muss eine - wenngleich formlose - schuldrechtliche Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat zustande kommen (BAG 14. August 2001 - 1 AZR 744/00 - AP BetrVG 1972 § 77 Regelungsabrede Nr. 4 = EzA BetrVG 1972 § 88 Nr. 1, zu III 1 der Gründe) . Nicht ausreichend ist es dagegen, wenn das zuständige Betriebsverfassungsorgan lediglich zu erkennen gibt, es sehe hinsichtlich einer Angelegenheit kein Mitbestimmungsrecht, und damit dem Arbeitgeber in einer mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit ohne inhaltliche Mitgestaltung "freie Hand" gibt. Im Ergebnis würde dem Arbeitgeber durch ein derartiges Verhalten das alleinige Gestaltungsrecht über den mitbestimmungspflichtigen Sachverhalt eröffnet. Dies ist unzulässig (vgl. BAG 17. November 1998 - 1 ABR 12/98 - BAGE 90, 194, zu B II 2 a bb der Gründe) .
- 36 c) Den Parteien ist die Möglichkeit weiteren Sachvortrags und dem Landesarbeitsgericht die Möglichkeit weiterer Tatsachenfeststellungen zu geben.
- 37 aa) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, auf Grund des bisherigen Vortrags der Parteien und der von ihnen eingereichten Unterlagen und des Ergebnisses der Beweisaufnahme stehe weder fest, welcher Betriebsrat mitbestimmungsrechtlich zuständig gewesen sei, noch ob das Mitbestimmungsverfahren eingehalten worden sei. Es fehle auch an Vortrag daran, ob bei der S AG ein Gesamtbetriebsrat gebildet worden sei und ob dieser zuständig gewesen wäre. Es hat als ungeklärt angesehen, ob das zuständige Gremium zugestimmt hat, und angenommen, die Beweislast trage der Kläger, so dass er sich nicht auf die mangelnde Zustimmung nach dem Betriebsverfassungsgesetz berufen könne.
- 38 bb) Das Landesarbeitsgericht hat damit einen unzutreffenden Ansatzpunkt gewählt.
- 39 (1) Die Zurückverweisung gibt den Parteien zunächst Gelegenheit, unter Berücksichtigung der Ausführungen zu a) bb) zur Frage des zuständigen Betriebsverfassungsorgans, die das Landesarbeitsgericht nicht behandelt hat, vorzutragen.
- 40 (2) Das Landesarbeitsgericht hat ferner nicht berücksichtigt, dass nicht nur - was es getan hat - Fragen der Beweislast, sondern auch solche der Darlegungslast zu klären waren.
- 41 Insoweit ist zunächst davon auszugehen, dass sich die Beklagte auf eine Vertragsänderung beruft. Es liegt damit gegenüber der ursprünglichen Vereinbarung eine rechtsvernichtende Einrede vor. In derartigen Fällen trägt der Arbeitgeber als Anspruchsgegner die Beweislast für Tatsachen, aus denen sich ergibt, dass der Arbeitnehmer auf bestehende Ansprüche wirksam verzichtet hat (vgl. BAG 21. Januar 2003 - 3 AZR 30/02 - AP BetrVG § 3 Nr. 13 = EzA BetrVG § 3 Nr. 9, zu V 2 der Gründe) . Dies ist auf die Verteilung der Darlegungslast grundsätzlich übertragbar, da diese regelmäßig der Beweislastverteilung folgt. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass der Kläger etwa sachnäher gewesen ist als die Beklagte (dazu Kittner/Zwanziger-Zwanziger 4. Aufl. § 166 Rn. 41 ff.) . Es gibt keinen ausreichenden Hinweis darauf, dass der Kläger ohne weiteres Zugang zu den maßgeblichen Betriebsratsunterlagen hatte. Das folgt schon daraus, dass völlig unklar ist, ob im Jahre 1984 der Betriebsrat "GV Außendienst", dessen Vorsitzender der Kläger seit 1987 war, tatsächlich schon gebildet und für die streitbefangene Änderung tatsächlich zuständig war. Bislang deutet nichts darauf hin.
- 42 Auch besondere Umstände anderer Art führen nicht dazu, dass ausnahmsweise der Kläger die Darlegungslast zu tragen hätte. Das wäre allenfalls dann anzunehmen, wenn der Kläger die Beklagte lange im Unklaren über die Wirksamkeit der Änderungsregelung gelassen hätte und es dadurch der

Beklagten nicht mehr möglich wäre, umfassend zur ordnungsgemäßen Durchführung des Mitbestimmungsverfahrens vorzutragen (*vgl. für die Verteilung der Beweislast bei einem den Pensionssicherungsverein betreffenden Fall BAG 21. Januar 2003 - 3 AZR 30/02 - AP BetrAVG § 3 Nr. 13 = EzA BetrAVG § 3 Nr. 9, zu V 2 der Gründe*). Eine solche Fallgestaltung liegt ebenso wenig wie im Urteil des Senats vom 24. Januar 2006 (- 3 AZR 484/04 - AP BetrAVG § 3 Nr. 15 = EzA BetrVG 2001 § 87 Altersversorgung Nr. 1) vor. Der Kläger hat die bei der Beklagten bestehenden Unklarheiten nicht verursacht. Der gesamte Vorgang spielte sich im Bereich der Beklagten bzw. - was dem gleichsteht - der S AG als ihrer Rechtsvorgängerin ab. Es war allein deren Sache, ob und inwieweit sie ihre Akten führten.

- 43 Dass etwa möglicherweise überhaupt kein Betriebsrat gebildet war, der für den streitbefangenen Vorgang zuständig gewesen wäre, steht vorliegend nicht im Raum.
- 44 (3) Wenn ausreichender Sachvortrag der Beklagten vorliegt, kommt es auf die Beweislastverteilung an. Die Beweislast obliegt - entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts - der Beklagten. Für das Gegenteil kann im Ergebnis nicht die Entscheidung des Senats vom 21. Januar 2003 (- 3 AZR 30/02 - AP BetrAVG § 3 Nr. 13 = EzA BetrAVG § 3 Nr. 9, zu V 2 der Gründe) angeführt werden. Der Senat hat in dieser Entscheidung angenommen, unter besonderen Umständen könne die Beweislast dafür, dass der Betriebsrat nicht ordnungsgemäß angehört worden ist, beim Arbeitnehmer liegen. Dies hat der Senat im dort entschiedenen Fall bejaht, weil die Klage gegen den Pensionssicherungsverein gerichtet war, es um einen Geschehen viele Jahre vor der Insolvenzeröffnung ging, der Pensionssicherungsverein keinen konkreten Anlass hatte, an der betriebsverfassungsrechtlichen Wirksamkeit der Verzichtserklärung zu zweifeln, und sich die Klägerin auch nach Zugang des Anwartschaftsausweises lange Zeit nicht auf die Unwirksamkeit des Verzichts berufen hatte. Der Senat hat dabei also letztlich darauf abgestellt, die dortige Klägerin habe durch ihre Untätigkeit die Beweismöglichkeiten des beklagten Pensionssicherungsvereins deutlich verschlechtert. Damit ging es in der Sache um den allgemeinen Rechtsgedanken der Beweisvereitelung, wie er in § 444 und § 371 Abs. 3 ZPO Niederschlag gefunden hat (*vgl. Kittner/Zwanziger-Zwanziger § 166 Rn. 131*).
- 45 Eine dem vergleichbare Fallgestaltung liegt hier nicht vor. Die Beklagte musste nicht bei Dritten - wozu ihre Rechtsvorgänger nicht zählen - Unterlagen erst sicherstellen. Kein besonderer Umstand liegt auch darin, dass der Kläger weder persönlich noch in seiner Eigenschaft als Betriebsratsvorsitzender die betriebsverfassungsrechtliche Unwirksamkeit der streitbefangenen Änderungsregelung geltend gemacht hat. Dass Streitigkeiten gerade in der betrieblichen Altersversorgung erst nach längerer Zeit entstehen, ist nichts Ungewöhnliches.
- 46 (4) Diese Grundsätze sind auch im Revisionsverfahren zu berücksichtigen unabhängig davon, ob eine wirksame Verfahrensrüge vorliegt. Es fehlt an Ausführungen des Landesarbeitsgerichts hinsichtlich der Zuständigkeit der in Betracht kommenden Betriebsratsgremien. Im Übrigen sind die Regeln über die Darlegungs- und Beweislast verkannt. Fragen der Darlegungs- und Beweislast stehen in einem engen Zusammenhang mit dem materiellen Recht und bedürfen deshalb keiner Verfahrensrüge, um sie zum Gegenstand des Revisionsverfahrens zu machen (*vgl. BAG 16. März 1972 - 2 AZR 202/71 - BAGE 24, 198, zu 2 a der Gründe hinsichtlich der Verkenntung der Beweislast*).
- 47 3. Die Zurückverweisung ist nicht aus anderen Gründen entbehrlich.
- 48 a) Der Rechtsstreit ist nicht zugunsten der Beklagten entscheidungsreif. Der Kläger ist weiterhin berechtigt, sich auf eine mögliche Unwirksamkeit wegen Mängeln in der Durchführung des Mitbestimmungsverfahrens zu berufen.
- 49 aa) Dem steht zunächst nicht entgegen, dass der Betriebsrat, dem er vorsah, nicht bereits zu einem früheren Zeitpunkt die betriebsverfassungsrechtliche Unwirksamkeit der streitbefangenen Regelung geltend gemacht hat.
- 50 Allerdings kann aus dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit (§ 2 Abs. 1 BetrVG) folgen, dass eine Betriebspartei sich nicht mehr auf die Rechtsunwirksamkeit bestimmter Vorgänge berufen kann (*BAG 18. Oktober 2000 - 2 AZR 494/99 - BAGE 96, 78, zu B I 5 b der Gründe; zur davon zu unterscheidenden Frage der Verwirkung des Rechts des Betriebsrats, sich auf das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts zu berufen vgl. BAG 28. August 2007 - 1 ABR 70/06 - DB 2008, 70, zu*

B II 1 e der Gründe). Dies setzt aber mehr als bloße Untätigkeit voraus. Die Kontrolle der Anwendung der zugunsten der Arbeitnehmer bestehenden Vorschriften (§ 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG) obliegt dem Betriebsrat nicht im Interesse des Arbeitgebers, sondern in dem der Arbeitnehmer.

- 51 Im vorliegenden Fall ist bislang nichts dafür dargelegt worden, dass der Betriebsrat nicht nur untätig gewesen ist, sondern einen Vertrauenstatbestand gesetzt hat. Soweit der Kläger in seiner Eigenschaft als Betriebsratsvorsitzender bei der Besprechung vom 27. September 2001 versucht hat, auf Grund veränderter Verhältnisse eine geänderte Regelung herbeizuführen, ergibt sich nichts anderes. Aus dieser Aktivität konnte die Beklagte kein Vertrauen darauf begründen, die seinerzeitige Änderung sei betriebsverfassungsrechtlich wirksam herbeigeführt worden. Die Beklagte hat nicht behauptet, in diesem Zusammenhang sei eine dahingehende Erklärung des Betriebsrats abgegeben worden. Im Übrigen musste der Beklagten spätestens seit diesem Zeitpunkt klar sein, dass die streitbefangene Regelung auf den Prüfstand kommen würde.
- 52 bb) Der Kläger hat den Anspruch auch nicht als Einzelperson verwirkt.
- 53 Verwirkung ist ein Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung wegen widersprüchlichen Verhaltens. Sie setzt voraus, dass der Berechtigte ein Recht längere Zeit nicht geltend gemacht hat, obwohl er dazu in der Lage war (sog. Zeitmoment), und der Verpflichtete sich mit Rücksicht auf das gesamte Verhalten des Berechtigten darauf einrichten durfte und sich darauf eingerichtet hat, dieser werde sein Recht auch künftig nicht mehr geltend machen (Umstandsmoment). Es ist nicht Zweck der Verwirkung, Schuldner, denen gegenüber der Gläubiger längere Zeit seine Rechte nicht geltend gemacht hat, von ihrer Pflicht zur Leistung vorzeitig zu befreien. Der Berechtigte muss vielmehr unter Umständen untätig gewesen sein, die den Eindruck erwecken konnten, er werde sein Recht nicht mehr geltend machen, so dass der Verpflichtete sich darauf verlassen durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden (*vgl. BAG 24. Mai 2006 - 7 AZR 201/05 - EzA BetrVG 2001 § 29 Nr. 1, zu II 1 der Gründe*).
- 54 Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Letztlich hat der Kläger nichts anderes getan als abzuwarten. Dass er die streitbefangene Neuregelung überhaupt unterschrieben hat, führt für sich genommen nicht dazu, dass er mit der Geltendmachung betriebsverfassungsrechtlicher Mängel ausgeschlossen ist (*BAG 21. Januar 2003 - 3 AZR 30/02 - AP BetrAVG § 3 Nr. 13 = EzA BetrAVG § 3 Nr. 9, zu IV der Gründe*).
- 55 b) Ebenso wenig ist der Rechtsstreit zugunsten des Klägers entscheidungsreif. Der geltend gemachte Anspruch steht dem Kläger nicht unter dem Gesichtspunkt der Störung der Geschäftsgrundlage zu. Eine solche liegt zwar vor, jedoch kann der Kläger daraus nicht die von ihm im vorliegenden Verfahren geltend gemachten Rechtsfolgen ableiten.
- 56 aa) Der Kläger macht insoweit geltend, dass sich die sozialversicherungsrechtliche Lage in der Rentenversicherung gegenüber dem Jahre 1984, als die streitbefangene Änderungsvereinbarung zwischen ihm und der Rechtsvorgängerin der Beklagten abgeschlossen wurde, geändert hat.
- 57 Nach dem Rechtszustand im Jahr 1984 konnten die Parteien davon ausgehen, dass der Kläger als Angestellter ein Altersruhegeld nach § 22 Nr. 2 AVG aF würde beanspruchen können. Seit dem Rentenreformgesetz 1972 (BGBl. I S. 1965) und der damit verbundenen Einführung des "Flexiblen Altersruhegeldes" war es möglich, das Altersruhegeld bereits mit der Vollendung des 63. Lebensjahres zu beanspruchen (§ 25 Abs. 1 AVG aF). Nahm der Angestellte die Möglichkeit des flexiblen Altersruhegeldes in Anspruch, unterschied sich dieses im Vergleich zu einem mit Vollendung des 65. Lebensjahres in Anspruch genommenen Altersruhegeld (§ 25 Abs. 5 AVG aF) der Höhe nach allein um die zwei Jahre verringerte Versicherungszeit. Mit den Rentenreformgesetzen 1992 (BGBl. 1989 I S. 2261) und 1999 (BGBl. 1997 I S. 2998) änderte sich die Rechtslage. Die Altersrente nach Vollendung des 65. Lebensjahres war nun "Regelaltersrente" (§ 35 SGB VI aF). Als langjährig Versicherter mit einem Geburtsdatum bis zum 31. Dezember 1947 (§ 236 Abs. 1 SGB VI aF) konnte der Kläger nach § 36 SGB VI in der Fassung des Rentenreformgesetzes 1992 mit Vollendung des 63. Lebensjahres zwar nach wie vor eine Altersrente mit einer um zwei Jahre kürzeren Versicherungszeit beanspruchen. Diese vorzeitige Inanspruchnahme der Altersrente führte seitdem nach § 36 SGB VI aF aber nunmehr zusätzlich zu den Nachteilen einer kürzeren Versicherungszeit auch zu einem verminderten Zugangsfaktor nach § 77 SGB VI aF, was einen Rentenabschlag bewirkt. Dieser Abschlag beträgt 0,3 % für jeden Monat der früheren Inanspruchnahme.

- 58 bb) Der Kläger beruft sich damit auf Vorgänge, die vor dem 1. Januar 2003 liegen, so dass § 313 BGB in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (BGBl. I S. 3138) noch keine Anwendung findet (Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB). Diese Bestimmung hat jedoch die frühere Rechtslage lediglich ohne wesentliche Änderungen modifiziert (*BAG 10. Februar 2004 - 9 AZR 401/02 - BAGE 109, 294, zu A III 1 der Gründe*). Nach den darin wiedergegebenen Grundsätzen über die Störung der Geschäftsgrundlage ist ein Vertrag dann ua. anzupassen, wenn Umstände, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, sich schwerwiegend verändert haben. Voraussetzung ist, dass die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie die Änderung vorausgesehen hätten, und dass einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann (so jetzt § 313 Abs. 1 BGB).
- 59 cc) Danach liegt eine Störung der Geschäftsgrundlage vor.
- 60 Die Parteien haben im Jahre 1984 nicht lediglich eine neue Vereinbarung über die Versorgung zwischen dem vertraglich vorgesehenen Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis einerseits und dem 65. Lebensjahr andererseits getroffen. Vielmehr lag in der Neuregelung eine Änderungsvereinbarung bezogen auf die bisherige "60-Jahres-Außendienstregelung" des Jahres 1974. Die Grundlage dieser Änderung ist dem Anschreiben der Rechtsvorgängerin der Beklagten vom 17. Februar 1984 zu entnehmen. Die Altregelung sollte geändert werden, weil wegen der tatsächlich auch in Anspruch genommenen Möglichkeit, bereits ab dem 63. Lebensjahr eine abschlagsfreie Sozialversicherungsrente in Anspruch zu nehmen, es keinen Grund mehr für die Absicherung dieses Zeitraums durch die vorher vorgesehenen Übergangsleistungen gab. Der mit der Änderung der Zusage verbundene Zweck, eine Überversorgung abzubauen, wird insofern verfehlt, als es durch die Änderungen des Sozialversicherungsrechts zu einer Unterversorgung kommt. Die tatsächliche Versorgung während der Übergangszeit bleibt gegenüber dem ursprünglichen Regelungsziel der Änderungsvereinbarung planwidrig zurück. Eine derartige Planwidrigkeit führt wegen der damit verbundenen Zweckverfehlung zu einer Störung der Geschäftsgrundlage (*vgl. für die planwidrige Überversorgung zB BAG 23. September 1997 - 3 ABR 85/96 - BAGE 86, 312, zu B II 3 a der Gründe*). Darauf, ob eine Äquivalenzstörung vorliegt, kommt es nicht an. Die genannten Änderungen des Sozialversicherungsrechts sind deshalb im Rahmen der die Übergangszeit zwischen dem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis und dem 65. Lebensjahr betreffenden Regelung als Störung der Geschäftsgrundlage anzusehen (*vgl. auch BAG 18. Februar 2003 - 9 AZR 136/02 - BAGE 105, 100, zu I 2 c bb der Gründe*).
- 61 dd) Diese Störung der Geschäftsgrundlage führt jedoch nicht zu der vom Kläger begehrten gleichsam "automatischen" Anwendung der Altregelung.
- 62 Die Störung der Geschäftsgrundlage löst ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers aus, das dieser nach billigem Ermessen ausüben kann (*vgl. BAG 22. Oktober 2002 - 3 AZR 496/01 - AP BetrAVG § 1 Überversorgung Nr. 10 = EzA BetrAVG § 1 Abfindung Nr. 36, zu I 1 d dd der Gründe*). Dabei darf er, soweit - wie hier - eine Regelung mit kollektivem Bezug vorliegt, typisierend und pauschalierend sowie unter Berücksichtigung von Generalisierungen handeln, nicht aber die Versorgungsordnung umstrukturieren und veränderte Gerechtigkeitsvorstellungen verwirklichen (*BAG 28. Juli 1998 - 3 AZR 357/97 - BAGE 89, 279, zu II 4 b der Gründe*). Will nicht der Arbeitgeber, sondern der Versorgungsberechtigte, im vorliegenden Fall der Kläger, auf Grund der Störung der Geschäftsgrundlage Ansprüche durchsetzen, muss er es sich entgegenhalten lassen, wenn der Arbeitgeber im Rahmen billigen Ermessens ein derartiges Gestaltungsrecht ausgeübt hat. Andernfalls hat das Gericht die billigem Ermessen entsprechende Anpassung vorzunehmen. Unabhängig davon, ob die Beklagte ihr Gestaltungsrecht hier rechtswirksam ausgeübt hat, scheidet der geltend gemachte Anspruch aber jedenfalls an Folgendem:
- 63 Ansprüche aus Störung der Geschäftsgrundlage führen nicht zu weitergehenden Rechten, als es durch die Anpassung an die Grundlagen der ursprünglichen Vereinbarung geboten ist (*vgl. BAG 10. Februar 2004 - 9 AZR 401/02 - BAGE 109, 294, zu A III 2 c der Gründe; 18. Februar 2003 - 9 AZR 136/02 - BAGE 105, 100, zu I 2 c bb (2) der Gründe*). Im vorliegenden Fall ist die Störung der Geschäftsgrundlage dadurch eingetreten, dass - berechnet auf die gesamte Dauer des Rentenbezuges - beim Kläger durch die jetzt vorgeschriebenen Abschläge bei vorzeitiger

Inanspruchnahme seiner Sozialversicherungsrente Rentennachteile entstehen. Anpassungen haben sich deshalb daran zu orientieren, inwieweit sich dieser Nachteil tatsächlich zu Lasten des Klägers auswirkt. Darauf richtet sich sein Klagebegehren nicht. Allerdings können ihm höchstens die Leistungen aus der Altregelung zugutekommen.

Reinecke

Kremhelmer

Zwanziger

Schmidt

Schepers