

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 3 Sa 369/03
1 Ca 1787 d/02 ArbG Neumünster
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 18.02.2004

Gez. ...
als Urkundsbeamt. d. Geschäftsstelle



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit pp.

hat die 3. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 18.02.2004 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzende und den ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und die ehrenamtliche Richterin ... als Beisitzerin

für Recht erkannt:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichtes Neumünster vom 28.05.2003 – 1 Ca 1787 d/02 – wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil ist ein Rechtsmittel nicht gegeben. Im Übrigen wird auf § 72a ArbGG verwiesen.

TATBESTAND

Die Parteien streiten um Schadensersatz anlässlich des Vorwurfs der Nichtverschaffung einer betrieblichen Zusatzversorgung.

Die Beklagte betreibt eine psychiatrische Klinik. Die am ...1947 geborene Klägerin ist seit dem 13.02.1978 bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgänger beschäftigt. Der Rechtsvorgänger der Beklagten leistete in Erfüllung seiner Verpflichtung aus § 64 der Arbeitsbedingungen des Deutschen Roten Kreuzes für die Klägerin Zahlungen an die Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL). Die Beklagte trat mit Wirkung zum 01.01.1994 in das Arbeitsverhältnis der Klägerin ein und führte die Versicherung bei der VBL nicht fort. Die Beklagte war und ist nicht Beteiligte der VBL. Auch ist sie nicht Beteiligte einer anderen, der VBL vergleichbaren Pensionskasse.

Mit Urteil vom 21.01.1999 hat das Arbeitsgericht Neumünster die Beklagte in dem Rechtsstreit 2 Ca 485 a/98 verurteilt, die Klägerin über den Zeitpunkt des 31.12.1993 hinaus bei der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder oder bei einer anderen gleichartigen Versorgungseinrichtung zu versichern. Die von der Beklagten eingelegte Berufung hat das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein unter dem Aktenzeichen 5 Sa 144/99 als unbegründet zurückgewiesen. Das Urteil ist rechtskräftig.

Mit Schreiben vom 08.03.2000 setzte die Klägerin der Beklagten eine Frist bis zum 25.03.2000, der Verpflichtung aus dem arbeitsgerichtlichen Urteil nachzukommen und die Klägerin entsprechend zu versichern. Gleichzeitig teilte die Klägerin mit, dass sie die Annahme der Leistung nach Ablauf dieser Frist ablehnen und sodann Schadensersatz wegen nicht Erfüllung verlangen werde.

Mit Schreiben vom 22.03.2000 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass ihr nur die Möglichkeit bleibe, gegenüber der Klägerin eine unmittelbare betriebliche Versorgungsverpflichtung einzugehen, die nach der jeweiligen Satzung der VBL zu erfüllen sei. Sie erarbeite derzeit eine Alternativlösung mit dem Ziel, die bestehenden unmittelbaren Versorgungszusagen abzulösen.

Die Klägerin beauftragte daraufhin den versicherungsmathematischen Sachverständigen für Altersversorgung, Herrn Prof. Dr. H. mit der Berechnung eines möglichen Versorgungsschadens. Dieser erstattete unter dem 31.10.2001 ein diesbezügliches Gutachten (Anlage K 4, Bl. 18 bis 23 d. A.). Die Gutachterkosten betragen 889,65 Euro.

Die Beklagte bildete später Rückstellungen in ihrer Bilanz, um bei Eintritt des Versorgungsfalles der Klägerin Leistungen entsprechend der jeweiligen VBL-Satzung gewähren zu können. Für diese Verpflichtungen zahlte und zahlte sie nach Maßgabe der §§ 7 ff BetrAVG mit Wirkung ab 01.01.1994 Beiträge zur Insolvenzversicherung an den Pensions-Sicherungs-Verein; Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit in Köln (Bl. 40 d. A.). Diese Fakten teilte die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 20.02.2002 mit (Bl. 14 bis 17 d. A.).

Am 11.10.2002 (Eingang) erhob die Klägerin beim Arbeitsgericht Neumünster eine Schadensersatzklage wegen Nichtverschaffung einer Renten- und Erwerbsunfähigkeitsversicherung. Sie hat gemeint, sie habe Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus § 283 Abs. 1 Satz 2 BGB a. F. Der Schaden sei darin zu sehen, dass sie seit dem 01.01.1994 nicht mehr bei der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder versichert sei. Sie hat behauptet, der geltend gemachte Betrag von 30.808,94 Euro müsse aufgewandt werden, um mit einer Einmalzahlung in eine Rentenversicherung die in der Zeit vom 01.01.1994 bis zum 31.12.2001 in Folge der Nichtabführung von Beiträgen an die VBL verloren gegangenen Rentenanwartschaften auszugleichen. Der außerdem geltend gemachte Kapitalwert der laufenden Prämie bis zum Lebensarbeitszeitende mit Vollendung des 65. Lebensjahres betrage 12.884,68 Euro. Dabei stützt sie sich auf das versicherungsmathematische Gutachten. Die Klägerin hat erstinstanzlich beantragt, die Beklagte entsprechend ihrem Vorbringen zur Zahlung der Beträge von 30.808,91 Euro netto sowie von weiteren 12.884,68 Euro netto zu verurteilen, hilfsweise eine diesbezügliche Verurteilung zur Zahlung in eine Rentenversicherung vorzunehmen; nochmals hilfsweise einen Schadensersatzanspruch gegenüber dem Grunde nach festzustellen. Ferner hat die Klägerin die Erstattung der Gutachterkosten begehrt.

Das Arbeitsgericht Neumünster hat die Klage mit Urteil vom 28.05.2003 abgewiesen. Der Klägerin stünden die geltend gemachten Schadensersatzansprüche nicht zu. Die Beklagte habe die Klägerin nicht bei der VBL weiter versichern können. Auch sei nicht ersichtlich, dass der Beklagten eine entsprechende Versicherung der Klägerin bei einer gleichartigen Versorgungseinrichtung möglich sei. Wenn der Arbeitgeber nicht in der Lage sei, die ursprünglich geschuldete Zusatzversorgung zu verschaffen,

müsse er gleichwertige Leistungen erbringen. Dabei stehe ihm die Wahl des Durchführungsweges frei. Selbst wenn der Beklagten die Versicherung der Klägerin bei einer gleichartigen Versorgungseinrichtung möglich gewesen wäre, stehe der Klägerin kein Schadensersatz aus § 283 BGB a. F. zu. Der Schadensersatzanspruch nach § 283 BGB a. F. sei auf Naturalrestitution gerichtet. Diese habe die Beklagte mit der Direktzusage einer Zusatzversorgung erbracht. Der Versorgungsverschaffungsanspruch der Klägerin werde ohnehin erst fällig, wenn der Versorgungsfall eingetreten sei. Ein weiterer Schadensersatzanspruch stehe der Klägerin nicht zu. Aus den gleichen Gründen hätten auch die hilfswisen Feststellungsbegehren der Klägerin keinen Erfolg. Schließlich habe sie auch keinen Anspruch auf Ersatz der Gutachterkosten.

Mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten Berufung verfolgt die Klägerin ihr erstinstanzliches Begehren weiter. Sie wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen und meint, das Arbeitsgericht verstoße mit seinen Ausführungen, die Beklagte könne die Klägerin nicht bei der VBL versichern und es sei nicht ersichtlich, dass der Beklagten eine Versicherung bei einer entsprechenden Versorgungseinrichtung möglich sei, gegen die Rechtskraft des arbeitsgerichtlichen Urteils vom 21.01.1999. Die Unmöglichkeit der Erfüllung dieses Urteils hätte die Beklagte seinerzeit mit einer Berufung geltend machen müssen. Müsse daher angenommen werden, dass eine Nachversicherung der Klägerin möglich sei, gingen die Ausführungen des Arbeitsgerichtes zur Gleichwertigkeit der Ersatzleistungen ins Leere. Es stehe fest, dass die Beklagte innerhalb der ihr gesetzten Frist nicht geleistet habe. Das führe daher zu dem geltend gemachten Schadensersatzanspruch der Klägerin, der auf Zahlung von Geld, nicht auf Verschaffung einer gleichwertigen Versorgung gerichtet sei. Schließlich meint die Klägerin, die Beklagte habe ihr keine gleichwertige Versorgung sichergestellt. Sie behauptet, die Beklagte stelle lediglich Rentenanwartschaften für ausgeschiedene und aktive Mitarbeiter in ihrer Bilanz zurück. Zu den Leistungen der VBL gehörten aber neben der Altersrente auch Erwerbsminderungsrente, Hinterbliebenenversorgung und Sterbegeld. Sie meint weiter, die fehlende Gleichwertigkeit zur VBL-Versorgung ergebe sich auch daraus, dass die Bilanzrückstellungen den unternehmensbezogenen Investitionen zugeführt werden könnten und es der Klägerin im Falle einer Unternehmensstilllegung ohne Insolvenz versagt sei, die für sie gebildete Altersversorgung fortzusetzen. Die Beklagte könne im Übrigen die Versicherungsfä-

higkeit in der VBL oder anderen Versorgungskassen durch Abschluss entsprechender Beteiligungsvereinbarungen herbeiführen, sodass eine Zusatzversorgung in der geschuldeten Form für die Klägerin auch möglich sei.

Die Klägerin beantragt,

- 1) Das Urteil des Arbeitsgerichts Neumünster vom 28.05.2003 aufzuheben.
- 2) Die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 30.809,91 Euro netto nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 21.02.2002 sowie weitere 12.884,68 Euro netto nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zum Zwecke der Einzahlung in einer Rentenversicherung zu zahlen,

hilfsweise die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 30.809,91 Euro netto nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 21.02.2002 zum Zwecke der Einzahlung in eine Rentenversicherung zu zahlen sowie festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin zum Zwecke der Einzahlung in eine Rentenversicherung ab dem 01.01.2002 jährlich 1.731,81 Euro netto zu zahlen,

hilfsweise festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin den Schaden zu ersetzen, der ihr durch die Nichtabführung von Beiträgen bei der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder oder einer gleichwertigen Versorgungseinrichtung seit dem 01.01.1994 entstanden ist,

- 3) Die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 889,65 Euro nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil, wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen. Die Klägerin verkenne, dass sie lediglich einen Versorgungsverschaffungsanspruch habe. Diesen habe die Beklagte erfüllt, in dem sie der Klägerin Leistungen entsprechend der jeweiligen VBL-Satzung eingeräumt habe. Diese Zusage umfasse auch die Erwerbsminderungsrente, die Hinterbliebenenversorgung und das Sterbegeld. Diese Altersversorgung sei einer VBL-Versorgung absolut gleichwertig. Das Gesetz sehe alle Durchführungswege der betrieblichen Altersversorgung als

gleichwertig an. Ein Schadensersatzanspruch aus § 283 BGB a. F. scheidet mangels Schadens aus. Ein Schaden würde erst mit Eintritt des Versicherungsfalles eintreten können und sei angesichts der Abhängigkeit von mannigfaltigen Einflussfaktoren, insbesondere evtl. VBL-Satzungsänderungen derzeit nicht bezifferbar.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in der Berufungsinstanz wird auf die von ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 18.02.2004 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung ist unbegründet. Das arbeitsgerichtliche Urteil hält einer Überprüfung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht stand.

1.) Der Hauptantrag zu 2) ist unbegründet. Die Klägerin hat keinen Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte auf Zahlung von 30.809,91 Euro netto nebst Zinsen seit dem 21.02.2002 sowie von weiteren 12.884,68 Euro netto nebst Zinsen zum Zwecke der Einzahlung in einer Rentenversicherung. Es ist derzeit kein Schaden feststellbar. Der Versorgungsfall ist derzeit nicht eingetreten. Der Versorgungsverschaffungsanspruch ist noch nicht fällig. Die Voraussetzungen des § 283 Abs. 1 BGB a.F. sind zur Zeit nicht erfüllt.

- a) Das rechtskräftige Urteil des Arbeitsgerichtes Neumünster vom 21.01.1999 verurteilt die Beklagte, „die Klägerin über den Zeitpunkt des 31.12.1993 hinaus bei der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder oder bei einer anderen gleichartigen Versorgungseinrichtung zu versichern“. Diese tenorierte Verpflichtung hat ihren Ursprung in § 2 des Arbeitsvertrages der Klägerin in Verbindung mit § 64 Abs. 1 DRK -Arbeitsbedingungen, wonach sich die Rechtsvorgängerin der Beklagten verpflichtet hatte, die Klägerin entweder nach der VBL oder nach einer anderen zusätzlichen Altersversorgung zu versichern. In der arbeitsvertraglichen Regelung wird der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerin abweichend von § 64 Abs. 1 DRK-Arbeitsbedingungen, der eine Verpflichtung zur Versicherung in der VBL regelt, das Recht vorbehalten, die zusätzliche Altersversorgung auch durch einen anderen Träger

vorzunehmen. Es stand und steht ihr auch nach dem Tenor des Urteils des Arbeitsgerichtes Neumünster vom 21.01.1999 - 2 Ca 485 a/98 - frei, der Klägerin an Stelle der VBL-Zusatzversorgung eine andere Zusatzversorgung zu gewähren. Mit der Umfirmierung ab 01.01.1994 in eine GmbH hat die Beklagte den Geltungsbereich der VBL verlassen. Sie konnte daher - jedenfalls nicht ohne weiteres - die Versicherung der Klägerin in der VBL als zusätzliche Altersversorgung nicht weiterführen. Mit Verlassen des Geltungsbereiches der VBL-Zusatzversorgung ab 01.01.1994 ist die vertraglich übernommene Verpflichtung der Beklagten, der Klägerin eine Zusatzversorgung zu verschaffen, jedoch nicht erloschen. Das ergibt sich sowohl aus § 2 des Arbeitsvertrages der Klägerin, der der Beklagten ausdrücklich das Recht einräumt, an Stelle der VBL-Zusatzversorgung eine andere Zusatzversorgung zu gewähren. Das ergibt sich darüber hinaus ungeachtet dieser ausdrücklichen arbeitsvertraglichen Regelung aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes. Danach erlischt grundsätzlich ein zuvor begründetes Recht auf Zusatzversorgung nicht, wenn der Arbeitgeber den Geltungsbereich eines Zusatzversorgungssystems verlässt. Vielmehr muss der Arbeitgeber dem weiterbeschäftigten Arbeitnehmer aus dem arbeitsrechtlichen Grundverhältnis im Versorgungsfall die Leistungen verschaffen, die er erhalten hätte, wenn er bei dem ursprünglichen Arbeitgeber verblieben und entsprechend den ursprünglich vereinbarten Bedingungen versichert worden wäre (BAG v. 18.09.2001 – 3 AZR 689/00 = AP Nr. 230 zu § 613a BGB).

- b) Diesen Versorgungsverschaffungsanspruch hat das Arbeitsgericht Neumünster im Urteil vom 21.01.1999 - 2 Ca 485 a/98 - ausdrücklich für die Klägerin festgeschrieben, bestätigt durch das Urteil des Landesarbeitsgerichtes Schleswig-Holstein vom 30.09.1999 - 5 Sa 144/99.
- c) Der am 21.01.1999 zugunsten der Klägerin gegen die Beklagte erwirkte rechtskräftige Titel auf Verschaffung einer zusätzlichen betrieblichen Altersversorgung gewährleistet der Beklagten, gestützt auf § 2 des zwischen den Parteien geltenden Arbeitsvertrages, die freie Wahl des Durchführungsweges für die Gewährung einer betrieblichen zusätzlichen Altersversorgung, nachdem sie zum Zeitpunkt der Titulierung des Versorgungsverschaffungsanspruches

im Jahre 1999 nicht mehr im Stande war, die ursprüngliche VBL-Zusatzversorgung weiterzuführen. Der Anspruch der Klägerin ist gerichtet auf Sicherstellung einer betrieblichen Altersversorgung. Die Klägerin hat insoweit keinen originären Anspruch auf Beitragsleistungen an eine bestimmte Zusatzversorgungseinrichtung. Sie kann aufgrund der Titulierung lediglich verlangen, dass ihr im Versorgungsfall eine Zusatzversorgung verschafft wird. (vgl. BAG v. 18.09.2001 - 3 AZR 689/00 unter II 3). Die Beklagte hat, wie sie zusammenfassend erstmals in ihrem Schreiben vom 22.02.2002 bestätigt und später auch nachgewiesen hat, an Stelle der VBL-Zusatzversorgung die Sicherstellung einer anderen betrieblichen Zusatzversorgung in die Wege geleitet. Sie hat eine Direktzusage erteilt, Rückstellungen gebildet und rückwirkend mit Wirkung ab 01.01.1994 durch Zahlung von Beiträgen in den Pensions-Sicherungs-Verein die Ansprüche für den Fall der Insolvenz abgesichert. Sie hat der Klägerin zudem ausdrücklich bestätigt, sie werde ihr bei Eintritt des Versorgungsfalls Leistungen nach Maßgabe des jeweiligen Inhalts der dann maßgeblichen VBL-Satzung gewähren. Sie hat ferner ausdrücklich klargestellt, hierzu gehöre auch die Zahlung von Sterbegeld, Erwerbsminderungsrente bzw. Hinterbliebenenversorgung, soweit diese nach der zum Zeitpunkt des Versicherungsfalls maßgeblichen Satzungslage der VBL geschuldet seien.

- d) Zurzeit hat die Klägerin keinen Schaden. Ein Schaden ist jeder Nachteil, den jemand in Folge eines bestimmten Vorganges oder Ereignisses an seinen Lebensgütern oder an bestimmten Vermögensgütern erleidet. Schaden ist die Differenz zwischen der tatsächlichen durch das Schadensereignis geschaffenen und der unter Ausschaltung dieses Ereignisses gedachten Lage (Differenzhypothese), (vgl. Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 9. Aufl., § 52, Rnd Ziff 20 f m.w.N).

Vor diesem Hintergrund ist ein Schaden der Klägerin gegenwärtig nicht ersichtlich. Die Klägerin hat zum gegenwärtigen Zeitpunkt keinen Anspruch auf Versorgungsleistungen, da der Versorgungsfall noch nicht eingetreten ist. Sie hat lediglich einen Versorgungsverschaffungsanspruch. Insoweit ist sie von der Beklagten im Versorgungsfall so zu stellen, wie sie nach Maßgabe der

dann im Versorgungsfall aktuellen, maßgeblichen VBL-Satzung stehen würde. Das hat die Beklagte zugesichert. Die Beklagte hat ihr auf Basis des Urteils des Arbeitsgerichtes Neumünster vom 21.01.1999 im Wege der Direktzusage eine andere Zusatzversorgung zugesichert. Damit hat sie gegenwärtig keinen Nachteil erlitten. Dass sich im Versorgungsfall ein Schaden der Klägerin herausstellt, ist nicht ersichtlich, geschweige denn greifbar. Welchen konkreten Umfang die aus der zusätzlichen betrieblichen Altersversorgung geschuldeten Leistungen im Versorgungsfall haben, ist zurzeit nicht feststellbar. Sie hängen davon ab, ob für die zum gegenwärtigen Zeitpunkt erst 56 Jahre alte Klägerin der Leistungsfall überhaupt eintritt und welche Leistungen zum Zeitpunkt des Eintritts eines etwaigen Versorgungsfalles dann überhaupt nach der VBL geschuldet wären. Das ist zurzeit nicht berechenbar, da weder der Eintritt des Leistungsfall, noch etwaige bis dahin eintretende Gesetzes- und/oder Satzungsänderungen vorhersehbar sind. Der diesbezügliche Vortrag der Klägerin, die nunmehr im Februar 2002 erteilte Direktzusage auf Gewährung einer betrieblichen Altersversorgung sei durch den Pensions-Sicherungs-Verein nicht gleichwertig abgesichert, da der Pensions-Sicherungs-Verein Fälle einer Unternehmensstilllegung ohne Insolvenz nicht erfasse, ist fiktiv und spekulativ. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte ihr Unternehmen ohne Insolvenz stilllegt und insoweit der Klägerin irgendwann einmal die Erfüllung ihrer derzeitigen Versorgungsanwartschaft entzieht.

- e) Ein Schadensersatzanspruch der Klägerin ergibt sich auch nicht aus § 283 BGB a. F. Gem. § 283 Abs. 1 BGB a. F. kann der Gläubiger, sofern der Schuldner rechtskräftig verurteilt wurde, dem Schuldner zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, dass er die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehne. Nach dem Ablauf der Frist kann der Gläubiger dann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, soweit nicht die Leistung rechtzeitig bewirkt wird. Die Beklagte ist zwar durch Urteil des Arbeitsgerichtes Neumünster vom 21.01.1999 rechtskräftig verurteilt worden, die Klägerin über den 31.12.1993 entweder bei der VBL, oder bei einer anderen gleichartigen Versorgungseinrichtung zu versichern. Auch hat die Klägerin der Beklagten als Schuldnerin unstreitig mit Schreiben

vom 08.03.2000 eine Frist gesetzt, bis zum 25.03.2000 das Urteil zu erfüllen. Das ist nicht innerhalb der gesetzten Frist geschehen. Die Beklagte hat für die Klägerin erst nach Fristablauf die Gewährung einer anderen betrieblichen zusätzlichen Altersversorgung sichergestellt wie sich u. a. aus dem bestätigenden Schreiben vom 22.02.2002 ergibt.

Gleichwohl steht der Klägerin aufgrund des Fristablaufs kein Schadensersatzanspruch gem. § 283 Abs. 1 BGB a. F. zu. Voraussetzung für einen etwaigen Schadensersatzanspruch auslösende wirksame Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung gem. § 283 Abs. 1 BGB ist die Fälligkeit der Leistung. Insoweit spielt es für ein Vorgehen nach § 283 BGB a. F. keine Rolle, ob es sich um die Verurteilung zu einer fälligen oder zu einer zukünftigen Forderung handelt. Nur die gesetzte Frist beginnt unterschiedlich zu laufen. Die Frist, die der Gläubiger dem Schuldner zur Erfüllung setzen kann, beginnt - bei Fälligkeit der eingeklagten Verbindlichkeit - frühestens mit Rechtskraft des Urteils. Vor Fälligkeit (etwa bei Verurteilung zu einer zukünftigen Leistung) ist ein Fristablauf nicht möglich. Die dem Schuldner vom Gläubiger zu setzende Frist beginnt dann erst mit Fälligkeit der Leistung zu laufen (Soergel-Wiedemann, Kom. zum BGB, 12. Aufl. Band 2, Rnd Ziff. 17 zu § 283 BGB; Münchner Kom. - Emmerich, 4. Aufl. Rnd Ziff. 6 zu § 283 BGB).

Ein Versorgungsverschaffungsanspruch wird erst mit Eintritt des Versorgungsfalles fällig. Das gilt jedenfalls dann, wenn dem Arbeitgeber die Wahl des Durchführungsweges zur Schaffung einer zusätzlichen betrieblichen Altersversorgung freisteht (BAG v. 18.09.2001 - 3 AZR 689/00 unter II 3).

Der titulierte Versorgungsverschaffungsanspruch der Klägerin war somit zum Zeitpunkt der Fristsetzung sowie des Fristablaufs im März 2000 nicht fällig. Damit konnte das außergerichtliche Aufforderungsschreiben der Klägerin mit Nachfristsetzung zur Erfüllung der ausgeurteilten Leistung erst mit Eintritt des persönlichen Versorgungsfalles der Klägerin im Falle der dann nicht vorhandenen Erfüllung auf Verschaffung einer gleichwertigen Zusatzversorgung einen etwaigen Schadensersatzanspruch auslösen. Zu dem Zeitpunkt wäre, wie bereits dargelegt, dann auch ein Schaden bezifferbar.

- f) Aus diesem Grunde bedarf es zum gegenwärtigen Zeitpunkt auch keines weiteren Eingehens darauf, ob ein etwaiger Schaden nach § 283 Abs. 1 BGB a. F. in Geld auszugleichen ist, oder auf andere Art und Weise. Hierauf kommt es vorliegend nicht an.

Ebenso kann dahingestellt bleiben, ob der seitens der Klägerin geltend gemachte und auf das versicherungsmathematische Gutachten des Sachverständigen für Altersversorgung, Herrn Prof. Dr. H. gestützte Schaden korrekt berechnet wurde.

- 2.) Aus den vorstehend genannten Gründen musste auch dem ersten Hilfsantrag zu 2) der Erfolg versagt bleiben.

3.) Auch soweit die Klägerin in einem letzten, nachrangigen Hilfsantrag zu 2) Feststellung begehrt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin den Schaden zu ersetzen, der ihr durch die Nichtabführung von Beiträgen bei der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder oder einer gleichwertigen Versorgungseinrichtung seit dem 01.01.1994 entstanden ist, bleibt ihr der Erfolg versagt. Dieser Hilfsantrag ist mangels Feststellungsinteresses der Klägerin im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO bereits unzulässig. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes besteht bei einer Klage auf Feststellung der Verpflichtung zum Ersatz eines Versorgungsschadens nur insoweit ein Feststellungsinteresse, als überhaupt ein Schaden zu erwarten ist (BAG v. 14.04.1971 - 4 AZR 168/70 -, AP Nr. 47 zu § 256 ZPO unter 4). Bevor nicht feststeht, ob überhaupt ein Schaden in Betracht kommt, kann er auch im Wege der Feststellungsklage nicht geltend gemacht werden. Die Beklagte hat der Klägerin zum gegenwärtigen Zeitpunkt entsprechend des arbeitsgerichtlichen Urteils vom 21.01.1999 an Stelle der VBL-Zusatzversorgung eine andere Versorgungszusage erteilt. Sie hat in diesem Zusammenhang unstreitig klar gestellt, dass die Klägerin insoweit im Versicherungsfall Leistungen nach Maßgabe des jeweiligen Inhaltes der dann maßgeblichen VBL-Satzung erhalten würde, einschließlich einer etwaigen Zahlung von Sterbegeld, Erwerbsminderungsrente bzw. Hinterbliebenenversorgung, soweit diese nach der dann maßgeblichen Satzungslage der VBL zu gewähren sei. Der Eintritt eines weitergehenden Schadens ist auf Seiten der Klägerin daher zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht ersichtlich.

4.) Auch der zu 3) gestellte zweite Hauptantrag, mit dem die Klägerin Ersatz der Kosten für die Erstellung des versicherungsmathematischen Gutachtens begehrt, hat keinen Erfolg. Der Antrag ist unbegründet. Die Klägerin hat insoweit keinen Schadensersatzanspruch. Das Gutachten beschränkt sich auf die Berechnung eines hypothetischen Schadens, der so nicht ersatzfähig ist. Zudem wurde es vor Eintritt der Fälligkeit der am 21.01.1999 vom Arbeitsgericht Neumünster ausgeurteilten Verpflichtung der Beklagten eingeholt. Das Gutachten stellt daher keine zur Rechtsverfolgung der Klägerin notwendige Auslage dar.

5.) Aus den vorstehenden Gründen war die Berufung der Klägerin daher zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, da weder eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung der Streitsache ersichtlich ist (§ 72 Abs. 2 Ziff 1 ArbGG), noch dieses Urteil von einer Entscheidung der in § 72 Abs. 2 Ziff. 2 ArbGG genannten Gerichte abweicht.

gez. ...

gez. ...

gez. ...