

SCHÄFFER

POESCHEL

1 Wesen, Zweck und Entwicklung der betrieblichen Altersversorgung in der Bundesrepublik Deutschland

1.1 Einführung

Versorgungsansprüche aus betrieblicher Altersversorgung liegen aus arbeitsrechtlicher und flankierender steuerrechtlicher Sicht vor, wenn Arbeitnehmern aus Anlass eines Arbeitsverhältnisses vom jeweiligen Arbeitgeber Leistungen zur Absicherung mindestens eines biometrischen Risikos – Alter, Tod, Invalidität – zugesagt werden und Rechtsansprüche auf diese Leistungen erst mit dem Eintritt des biologischen Ereignisses fällig werden.¹

Das genannte Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung beruhte bis zum Inkrafttreten des BetrAVG² im Jahre 1974 auf der Grundlage des allgemeinen zivilrechtlichen Vertragsrechts und der richterlichen Rechtsfortbildung. Gesetzliche Unverfallbarkeitsfristen und gesetzlichen Insolvenzschutz gab es nicht. Dies änderte sich erst im Jahre 1972, als das BAG entschied³, dass unter bestimmten Voraussetzungen eine Anwartschaft aufrechtzuerhalten ist, auch wenn der Arbeitnehmer vor Erreichen des berechtigten Pensionsalters ausscheidet. Daraufhin erkannte der Gesetzgeber die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung an und schuf das BetrAVG als explizites Arbeitnehmerschutzgesetz. Der Gesetzgeber befasste sich jedoch bei Einführung des BetrAVG nicht nur mit der normativen Gestaltung der Unverfallbarkeitsregelungen. Vielmehr wurden auch andere wesentliche Fragen der betrieblichen Altersversorgung, wie die Insolvenzsicherung und die Anpassung von Versorgungsleistungen, gesetzlich geregelt. In gleichem Atemzug wurde auch die Gleichstellung des männlichen und weiblichen Geschlechts im Hinblick auf den Aufbau und die Gewährung von Leistungen der betrieblichen Altersversorgung normiert. Vorher war es üblich, im Wesentlichen nur männlichen Beschäftigten eine betriebliche Versorgung zuzusagen.

Das Steuerrecht der betrieblichen Altersversorgung erfuhr hingegen bereits in den 1950er-Jahren seine gesetzliche Normierung. Dieser Aspekt ist daher bereits an dieser Stelle eindringlich erwähnenswert, da sich die damalige rechtliche Abzeichnung heute nachhaltig manifestiert hat: Denn mehr denn je bildet das Steuerrecht der betrieblichen Altersversorgung gegenwärtig das volumenmäßige Schwergewicht der durch den jeweiligen Rechtsanwender im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung zu behandelnden Rechtsgebiete ab. Zahlreiche steuerrechtliche Vorgaben und Verwaltungsanweisungen des zuständigen BMF machen fundierte steuerrechtliche Spezialkenntnisse für die involvierten Anwendungs- und Beratungskreise unabdingbar. Nicht selten wird in Fachkreisen süffisant in diesem Zusammenhang angemerkt, dass der Bereich der betrieblichen Altersversorgung nicht durch Gesetze, sondern durch Verwaltungsanweisungen in Form der viel zitierten BMF-Schreiben regiert wird.

Neben den zuvor beschriebenen Rechtsgebieten wird der Bereich der betrieblichen Altersversorgung latent durch zahlreiche weitere Rechtsgebiete tangiert und teilweise enorm beeinflusst. Zu den betreffenden Rechtsgebieten zählen z. B. das Versicherungsvertragsrecht, das Insolvenzrecht, das Bilanzrecht, das Sozialversicherungsrecht und das Haftungsrecht. Somit erfährt die betriebliche Altersversorgung ihre komplexe Stellung im deutschen

1 § 1 BetrAVG (»Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung«).

2 BGBl. I 1974, S. 3610.

3 BAG vom 10.03.1972 – 3 AZR 278/71 –, DB 1972, S. 1486.

Rechtssystem durch das interdisziplinäre Zusammenspiel der verschiedensten Rechtsgebiete des allgemeinen Privat- bzw. Zivilrechts und die daraus erforderliche rechtskonforme sowie handhabungs- und haftungssichere Anwendung dieser Rechtsbereiche auf Fragestellungen der betrieblichen Altersversorgung.

Nachhaltig verinnerlichen sollte sich der jeweilige Anwender in diesem Zusammenhang, dass Beratungsprozesse der betrieblichen Altersversorgung sich nahezu ausschließlich im Bereich des zuvor beschriebenen Zivilrechts bewegen. Als wesentliches Charaktermerkmal sieht das Zivilrecht, im Gegensatz zum öffentlichen Recht, eine aus der Privatautonomie abgeleitete Freiheit des Willens vor, die es dem Einzelnen grundsätzlich gestattet, mit anderen in eine Rechtsbeziehung zu treten (oder auch darauf zu verzichten). Diese Freiheit kann durch eine Vielzahl von tatsächlichen Gegebenheiten eingeschränkt sein, etwa durch ein Monopol oder die finanzielle Leistungskraft des Einzelnen. Sie ist aber unabhängig davon für das Zivilrecht prägend, weil sie eine Gestaltung des Rechts ohne direkten staatlichen Einfluss zulässt. Der Staat bzw. der Gesetzgeber ist in diesem Zusammenhang lediglich gehalten, die notwendigen gesetzlichen Rahmenbedingungen zu gewährleisten. Eines der wichtigsten zivilrechtlichen Gestaltungsmittel ist hierbei der privatrechtliche Vertrag⁴, ein solcher ist beispielsweise die arbeitsrechtliche Versorgungszusage eines Leistungsversprechens auf betriebliche Altersversorgung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

Gerade dieser zivilrechtliche Regelungshintergrund beschäftigt in der Praxis Judikatur, Verwaltung und Rechtsanwendung in einem fortwährenden wechselseitigen Spannungsverhältnis im Rahmen der rechtlichen Ausgestaltung und Anerkennung von Versorgungsmaßnahmen der betrieblichen Altersversorgung und verlangt den beteiligten Beratern und Anwendern unausweichlich dementsprechende Rechtskenntnisse ab.

Abschließend im Rahmen dieser Einführungsdarstellung gilt es zu verdeutlichen, welche Deckungsmittel und welche Verbreiterungsgrade aktuell die einzelnen Durchführungswege der betrieblichen Altersversorgung in Deutschland prägen.

So betragen die angelegten Vermögenswerte in der betrieblichen Altersversorgung Ende des Jahres 2011 in allen Durchführungsweisen 500,7 Mrd. €. ⁵ Der bedeutendste Durchführungswege ist dabei die unmittelbare Versorgungszusage bzw. Direktzusage mit einem Deckungsmittelvolumen i. H. v. 264,6 Mrd. €. Bei Pensionskassen betragen die Deckungsmittel 119,20 Mrd. €, bei Unterstützungskassen 35,0 Mrd. € und bei Direktversicherungen 55,7 Mrd. €. Pensionsfonds waren im Jahr 2011 mit rd. 26,2 Mrd. € im Vergleich zu den anderen Durchführungsweisen noch von untergeordneter Bedeutung.

Obleich sich die zuvor genannten Zahlen sehr mächtig anhören, ist die dringend gebotene Umsetzungsquote von Maßnahmen der betrieblichen Altersversorgung in bundesdeutschen Belegschaftskreisen doch nach wie vor als verhalten und unbefriedigend zu betrachten. Eine in diesem Zusammenhang durch den Finanzdienstleister Delta Lloyd in Auftrag gegebene Studie des F.A.Z.-Instituts⁶ liefert die ernüchternden Nachweise:

4 Vgl. zur grundgesetzlich, als Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit, geschützten Vertragsfreiheit: Art. 2 Abs. 1 GG; ständige Rechtsprechung des BVerfG: BVerfGE 8, S. 274, Absatzrandnummer 212; BVerfGE 95, S. 267, Absatzrandnummer 142.

5 Quelle: Arbeitsgemeinschaft für betriebliche Altersversorgung e. V.; Daten abrufbar unter: www.ab-online.de im Menüpunkt Infothek unter Statistik (letzter Abruf 05.12.2013).

6 Quelle: Kundenkompass – Betriebliche Altersversorgung, Mai 2008, Herausgeber: DeltaLloyd und F.A.Z.-Institut; Informationen abrufbar unter: <http://www.faz.net/s/institut.html>.

Eine vom Arbeitgeber finanzierte Betriebsrente haben nur knapp 17 % der in Deutschland Beschäftigten. Rund ein Fünftel verfügen über keine zusätzliche Vorsorge fürs Alter. Insgesamt gaben gut 47 % an, über eine betriebliche Altersversorgung zu verfügen. Wer keine Betriebsrente abgeschlossen hatte, begründete dies hauptsächlich mit fehlendem Geld. Gut ein Drittel der Befragten gab als Grund gegen den Abschluss einer Betriebsrente außerdem an, ausreichend versorgt zu sein. Aufgrund der repräsentativen Aussagen dieser Studie mit einem Stand zum Mai 2008 ist mehr denn je eine unabdingbare Sensibilisierung weiter Beschäftigten- und Arbeitgeberkreise notwendig, um die unbedingte sozialpolitische Nutzung von Durchführungswegen der betrieblichen Altersversorgung nachhaltig zu verbreitern.

1.2 Versorgungsniveau und Versorgungslückenanalyse

Versorgungsleistungen der betrieblichen Altersversorgung dienen der Absicherung der biometrischen Risiken Alter, Tod und Invalidität bzw. Berufsunfähigkeit bei Eintritt des jeweils individuellen Versorgungsfalles. Um für den jeweiligen Versorgungsfall ein angemessenes Leistungsniveau erhalten zu können, ist für versorgungsberechtigte Personen eine Abstimmung möglicher betrieblicher Versorgungsleistungen mit ggf. vorhandenen anderweitigen Versorgungsleistungen notwendig. Zielsetzung hierbei ist grundsätzlich die Gewährleistung von Geldleistungen, die das während der Erwerbsphase bestehende Nettoeinkommen der versorgungsberechtigten Person komplett oder zu einem gewissen Prozentsatz kompensieren bzw. abdecken sollen.

Mit Einführung des AltEinkG⁷ zum 01.01.2005 hat der Gesetzgeber die Möglichkeiten zur Betreibung von gesetzlicher, betrieblicher und privater Altersvorsorge einschneidend und grundlegend reformiert. Auf Vorschlag der sog. »Rürup-Kommission« wurde das jahrzehntelang beratungsdidaktisch verwendete 3-Säulen-Modell der Altersversorgung bzw. -vorsorge in ein 3-Schichten-Modell »gekippt«.⁸ Basierend auf der Zielsetzung eines systematischen Paradigmenwechsels – weg von einer vorgelagerten Besteuerung von Altersversorgungsaufwendungen und hin zu einer nachgelagerten Besteuerung der resultierenden Altersversorgungsleistungen – definiert sich das ab 2005 in der Vorsorgedidaktik verwendete 3-Säulen-Modell aus

1. einer Basisversorgung, bestehend aus der gesetzlichen Rentenversicherung, den berufsständischen Versorgungswerken, den landwirtschaftlichen Alterskassen und der Basisrentenversorgung (sog. »Rürup-Rente«);
2. einer kapitalgedeckten Zusatzversorgung, bestehend aus der betrieblichen Altersversorgung, der »Riester-Rente« und
3. sonstigen Kapitalanlageprodukten, die ohne steuerliche Förderung der Einzahlungsbeiträge auf privater Vermögensebene der versorgungsberechtigten Person zur Altersversorgung geeignet sind.

7 Gesetz zur Neuordnung der einkommensteuerrechtlichen Behandlung von Altersvorsorgeaufwendungen und Altersbezügen (Alterseinkünftegesetz – AltEinkG) vom 05.07.2004 (BGBl. I 2004, S. 1427).

8 Vgl. umfassend zum AltEinkG: Preißer/Sieben, Alterseinkünftegesetz.

Die Zielsetzung einer hieraus folgenden vorausschauenden Altersvorsorgeplanung besteht nun darin, ein sinnvolles Zusammenspiel der einzelnen Säulen, abgestimmt auf die individuelle Einkommens- und Vermögenssituation, zu gewährleisten. Bei der zuvor genannten Vermögenssituation sind ebenfalls Immobilien und sonstige in Frage kommende Vermögenswerte mit einzubeziehen.

Grundlage einer vorausschauenden Vorsorgeplanung ist unabdingbar die viel gerühmte Versorgungslückenanalyse. Hierbei wird ermittelt, welcher Betrag an Erwerbseinkünften (monatlich/jährlich) und sonstigen Vermögenswerten der jeweils Vorsorge betreibenden Person aktuell zur Verfügung stehen und welcher Betrag an Versorgungsleistungen dementsprechend zum vorgesehenen Rentenbezug bereit stehen soll. Diese Betrachtung sollte zudem unter einer Netto-Betrachtung des zufließenden Einkommens bzw. Ersatzeinkommens stattfinden, um den realen monetären monatlichen bzw. jährlichen Bedarf darstellen zu können.

Die vielfach in diesem Zusammenhang, vor allem in der finanzdienstleistenden Vorsorgeberatungspraxis, angewandten und standardisierten Handlungsempfehlungen, wonach z. B. ein monetäres Versorgungsniveau von mind. 75 % des zuletzt bezogenen Erwerbseinkommens ab individuellem Rentenbeginn angestrebt werden sollte, werden dem sensiblen Aufgabengebiet einer sinnvollen Altersversorgungsgestaltung nicht gerecht und sind daher in dieser standardisierten Form abzulehnen. Vielmehr gilt es zu beachten, dass der jeweils individuell vorhandene Versorgungsbedarf keine objektiv messbare Größe ist⁹, sondern von den vorhandenen individuellen Lebensverhältnissen und -umständen einschließlich von den oben beschriebenen Einkommensverhältnissen abhängig ist. Nur mit Hilfe einer personenindividuell ermittelten Statusanalyse zum jeweiligen Anwartschaftszeitpunkt können der jeweilige Einkommens- und Vermögensstatus und die dementsprechend gewünschte monatliche bzw. jährliche Leistungshöhe des »Erwerbserstatzeinkommens« ab Rentenbeginn ermittelt werden. Wie bereits geschildert, kann der Einkommenswunsch ab Rentenbeginn letztendlich nur durch die betroffene Person selbst bestimmt werden, da unterschiedlichste Aspekte, wie das Vorhandensein sonstiger Vermögenswerte, beachtet werden müssen. Zudem gilt es zu beachten, welcher Betrag in der Erwerbsphase für den Aufbau einer Altersversorgung in Abhängigkeit von der laufenden monatlichen Einkommenssituation aufgewendet werden kann.

Nachdem diese maßgeblichen Basisdaten und -fragen ermittelt und beantwortet worden sind, kann eine sinnvolle Mixtur aus den Lösungswegen der einschlägigen 3-Schichten-Konzeption herausgearbeitet und auf die persönlichen Belange der zu beratenden Person abgestimmt werden. Wesentlich hierbei ist zum einen auch eine verstärkend steuerliche Betrachtung der einzelnen Versorgungswege, um den maßgeblichen und erforderlichen Netto-Versorgungsbezug ermitteln zu können. Zum anderen ist für sozialversicherungspflichtig Beschäftigte in der Bundesrepublik Deutschland die derzeitige Lage der gesetzlichen Rentenversicherung (»1. Säule«) zu beachten: Gemäß der erfolgten Rentenreform aus dem Jahre 2001¹⁰, die sich auf einen Zeitraum bis zum Jahre 2030 erstreckt, können sozialver-

9 Vgl. z. B. Förster/Heger, DStR 1994, S. 510; obwohl sich Förster/Heger mit der Situation eines Gesellschafter-Geschäftsführers befassen, sind diese Aussagen auch analog anwendbar für die Altersvorsorgeplanung eines »normalen« sozialversicherungspflichtigen Beschäftigten in Deutschland.

10 Gesetz zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung und zur Förderung eines kapitalgedeckten Altersvorsorgevermögens (Altersvermögensgesetz – AVmG) vom 26.06.2001 (BGBl. I 2001, S. 1310).

sicherungspflichtig Beschäftigte bei vollen 45 Versicherungsjahren und einem jeweiligen Einkommen, das nicht über der Beitragsbemessungsgrenze zur gesetzlichen Rentenversicherung liegt, ein Versorgungsniveau von ca. 40 bis 45 % der letzten Bruttozüge bzw. ca. 67 % der letzten Nettozüge erreichen. Durch die gleichzeitige Tatsache, dass private Altersvorsorgemaßnahmen der »3. Säule« aus dem vorhandenen Netto-Einkommen bestritten werden müssen und daher eine »psychologische« Barriere zum diesbezüglichen privaten Kapitaleinsatz besteht, werden Leistungen der betrieblichen Altersversorgung in den kommenden Jahren und Jahrzehnten zukünftig eine sozialpolitische Unabdingbarkeit für nahezu alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Deutschland darstellen. Motivierenden Umsetzungsanreiz bieten aus Arbeitnehmersicht in diesem Zusammenhang zudem die in gewissen Größen steuerfreien Einbringungsmöglichkeiten in die Durchführungswege der betrieblichen Altersversorgung, wodurch die entstehende Nettolohnbelastung erheblich geringer ausfällt im Vergleich zu einer vorgenommenen privaten Altersvorsorgeaufwendung (»3. Säule«).

Schlussfolgernd gilt in diesem Kontext: Altersvorsorgeberatung, und im Speziellen Beratung zu Lösungswegen der betrieblichen Altersversorgung, ist Individualberatung, die sich nur durch eine konzeptionelle und personenbezogene Vorgehensweise, welche die einzelnen Lösungskomponenten der einzelnen »Versorgungs-Säulen« sinnvoll aufeinander abstimmt und miteinander kombiniert, erfolgreich und zufriedenstellend gewährleisten lässt.

1.3 Europarechtliche Einflüsse auf die Entwicklung der betrieblichen Altersversorgung in der Bundesrepublik Deutschland

Mit zunehmender Tendenz werden die rechtlichen und politischen Rahmenbedingungen der betrieblichen Altersversorgung in Deutschland durch die europäische Rechtsentwicklung (»Europarecht«) geprägt und beeinflusst. Der Begriff »Europarecht« beschreibt in diesem Zusammenhang im weiteren Sinne das überstaatliche Recht auf europäischer Ebene. Im engeren Sinne bezeichnet der Begriff »Europarecht« das Recht der Europäischen Gemeinschaft (EG) bzw. das Recht der Europäischen Union (EU). Dabei handelt es sich um ein unabhängiges Rechtssystem, das Vorrang vor den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften hat. Als EU-Mitglied geht daher auch für Deutschland das europäische Recht dem deutschen Recht vor, wenn sich die jeweilige europäische Norm innerhalb des Rahmens der innerdeutschen Grundrechte bewegt¹¹.

Bei der Umsetzung europarechtlicher Rechtsvorschriften in das Rechtsgefüge der einzelnen Mitgliedstaaten ist zwischen den Begriffen EG-Vertrag und EG-Verordnung auf der einen Seite sowie dem Begriff der EG-Richtlinie auf der anderen Seite zu unterscheiden. Das direkt auf dem EG-Vertrag oder auf EG-Verordnungen (Artikel 189 EG-Vertrag) beruhende Europarecht gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat und bedarf keiner separater Umsetzungsmaßnahmen auf nationaler Ebene. Auch EG-Richtlinien (Artikel 249 EG-Vertrag) sind für die einzelnen Mitgliedstaaten zwar verbindlich, doch wird zur diesbezüglichen Umsetzung den einzelnen Mitgliedern ein Gestaltungsspielraum überlassen, der eine

11 Vgl. BVerfG 2 BvR 197/83 vom 22.10.1986.

individuelle Wahl der Umsetzungsmethode ermöglicht. Wenn die Richtlinie allerdings die Einführung konkreter Berechtigungen oder Verpflichtungen verlangt, muss das nationalstaatliche Recht, das ihrer Umsetzung dient, entsprechend konkrete Berechtigungen oder Verpflichtungen begründen. Nach deutschem Recht ist deswegen zur Umsetzung in der Regel ein förmliches Gesetz oder eine Verordnung erforderlich. Zusätzlich ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass naturgemäß auch der Europäische Gerichtshof (EuGH) als rechtsprechendes Organ der EG zur einheitlichen Verwirklichung und Auslegung europarechtlicher Rechtsnormen beiträgt. Die diesbezüglichen Aufgaben des EuGH sind hierbei in den Artikeln 220 bis 245 des EG-Vertrags, in Artikel 46 des EU-Vertrags sowie einer eigenen Satzung festgeschrieben.

Bezugnehmend auf die Bundesrepublik Deutschland sollen die nachfolgend beispielhaft aufgezählten europarechtlichen Rechtsvorgaben die diesbezügliche Einflussnahme auf das bundesdeutsche Betriebsrentenrecht aufzeigen:

a) Barber-Entscheidung¹² (Lohnleichheitsgebot)

Es verstößt gegen Artikel 141 EG-Vertrag (vormals Artikel 119 EWG-Vertrag, in dessen unmittelbaren Zusammenhang auch die sog. Barber-Entscheidung getroffen wurde), wenn in einem privaten Betriebsrentensystem das eine Geschlecht nur einen Anspruch auf eine im »normalen« Rentenalter fällige Rente hat, während das andere Geschlecht unter den gleichen Umständen aufgrund der Anwendung einer nach dem Geschlecht unterschiedlichen Altersvoraussetzung, wie sie ggf. auch im gesetzlichen Altersrentensystem vorgesehen ist, Anspruch auf eine vor dem zuvor genannten »normalen« Rentenalter fällige Rente hat. Der Grundsatz des gleichen Entgelts muss für jeden Bestandteil des Entgelts und nicht nur aufgrund einer globalen Beurteilung der den Arbeitnehmern eingeräumten Vorteile gewährleistet sein (»Lohnleichheitsgebot«). Die hieraus erforderlich gewordene Anpassung des BetrAVG wurde durch die diesbezügliche Einfügung des § 30a sichergestellt. Hiernach werden unterschiedliche Beginnleistungen aus betrieblichen Versorgungssystemen, die ab dem Zeitpunkt der Barber-Entscheidung erdient worden sind, nicht mehr anerkannt.

b) Pensionsfonds-Richtlinie

Die EU hat im Rahmen ihrer Aufgabenwahrnehmung die unabdingbare Bedeutung betrieblicher Versorgungsleistungen und die sich hieraus ergebende notwendige Sicherung betrieblicher Altersversorgungssysteme erkannt. Im Vordergrund stehen hierbei vor allem sowohl die Sicherheit der Versorgungsansprüche der Arbeitnehmer als auch die Funktion der Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung als Kapitalsammelstellen. Die EU hat daher im Rahmen des Finanzdienstleistungs-Aktionsplans (FSAP) aus dem Jahr 1999 die Richtlinie 2003/41/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 03.06.2003 über die Tätigkeiten und die Beaufsichtigung von Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung beschlossen (ABl. EU Nr. L 235 vom 23.09.2003, S. 10). Die Pensionsfonds-Richtlinie soll in erster Linie hierbei einen einheitlichen rechtlichen Rahmen schaffen, durch den die hierdurch betroffenen Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung hinsichtlich ihrer Anlagepolitik von Altersversorgungskapital überwacht werden können. Gerade im Hinblick auf die Förderung von arbeitnehmerseitigem Vertrauen in die Umsetzung

12 EuGH vom 17.05.1990 – C-262/88 –, AP Nr. 20 zu Artikel 119 EWG-Vertrag, DB 1990, S. 1824; vgl. auch: Art. 119 EWG-Vertrag; Richtlinie 75/117 EWG (ABl. L 45 S. 19).

betrieblicher Altersversorgungsmaßnahmen ist der Pensionsfonds-Richtlinie vollends zuzustimmen. In Deutschland werden von der Pensionsfonds-Richtlinie, die mit dem »Siebten Gesetz zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes« in deutsches Recht umgesetzt worden ist, vor allem Pensionsfonds- und Pensionskassenzusagen, grundsätzlich jedoch auch Direktversicherungszusagen¹³, erfasst.

c) Unisex Entscheidung

Mit seinem vielbeachteten »Test-Achats-Urteil« hat der EuGH streng genommen nur den für private Versicherungen geltenden rechtlichen Rahmen verändert. Neue private Versicherungsverträge dürfen ab dem 21.12.2012 aufgrund der Ungültigkeit der Ausnahmebestimmung in Art. 5 der Gender-Richtlinie zur Zulässigkeit nationaler Regelungen, die nach Geschlecht unterschiedliche Beiträge bzw. Leistungen zulassen, keine Differenzierung mehr nach dem Geschlecht bei Beiträgen oder Leistungen vorsehen. Die nationalen Gesetzgeber sind damit verpflichtet, entsprechende Vorschriften europarechtskonform anzupassen. Im deutschen Recht soll dies durch Aufhebung von § 20 Abs. 2 Satz 1 AGG bzw. Ergänzung von § 33 AGG um einen Abs. 5 sowie eine Übergangsvorschrift in § 340 VAG erreicht werden.¹⁴

Die Verpflichtung zu Unisex-Tarifen gilt für neue Versicherungsverhältnisse ab 21.12.2012. Die Auslegung, ob ein neues Versicherungsverhältnis vorliegt oder noch das alte, kann im Einzelfall schwer zu beurteilen sein. Eine Veränderung bestehender Versicherungsverhältnisse nach bereits von Anfang an im Vertrag enthaltenen Gestaltungsrechten dürfte jedenfalls den Vertrag nicht – weder ganz oder teilweise, sprich bezogen auf eine Erhöhung oder Zusatzversicherung – in ein neues Versicherungsverhältnis verwandeln.

Keine unmittelbaren Folgen hat das Urteil für Versicherungsverhältnisse, die im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung eingegangen werden, so für die Direktversicherung oder eine Versorgung über Pensionskassen oder Pensionsfonds. Wie Raulf¹⁵ zu Recht nachweist, wird die Vertragsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Versorgungsträger nicht von der Gender-Richtlinie erfasst. Für den Bereich der betrieblichen Altersversorgung gilt die Entgeltgleichheits-Richtlinie der EU (»Richtlinie 2006/54 EG«), die in Art. 9 I lit. h für beitragsorientierte Versorgungssysteme explizit und ohne zeitliche Begrenzung nach Geschlecht unterschiedliche Berechnungsfaktoren erlaubt.

• Mittelbare Geltung der Unisex-Entscheidung für den Bereich der BAV

Ungeachtet der fehlenden unmittelbaren Wirkung kommt der Unisex-Entscheidung des EuGH nach zutreffender herrschender Meinung¹⁶ entgegen einer Äußerung der Europäischen Kommission¹⁷ mittelbare, auch für den Bereich der betrieblichen Altersversorgung geltende, Wirkung zu. Es ist nämlich sehr wahrscheinlich, dass der EuGH in einem möglichen neuen Fall, der die Entgeltgleichheits-Richtlinie betrifft, zu einer verglichenen Bewer-

13 Vgl. in diesem Zusammenhang zum »Sonderfall Direktversicherungszusage«: BT-Drucks. 15/5221, S. 13.

14 Zur deutschen Umsetzung siehe BT-Drucks. vom 17.02.2012, Az. 90/12, S. 230, 252, S. 330.

15 NZA, Beilage 3/2012, S. 88, 90; so auch Höfer, DB 2011, S. 1334, 1335; Birk, DB 2011, S. 819.

16 Vgl. z. B. Raulf, a. a. O. S. 93 ff.; Höfer a. a. O. S. 1335; Birk a. a. O. S. 820.

17 »Leitlinien zur Anwendung der Richtlinie 2004/113/EG des Rates auf das Versicherungswesen im Anschluss an das Urteil des EuGH in der Rechtssache C-236/09 (Test – Achats), K (2011) 9497 vom 22.12.2011, Rz. 23.

tung kommt und dann auch für den Bereich der betrieblichen Altersversorgung ausnahmslos die Differenzierung nach dem Geschlecht für unzulässig erklärt.¹⁸ Die Unisex-Entscheidung des EuGH ist nämlich insoweit als »Richtungsentscheidung«¹⁹ bzw. »Präjudiz«²⁰ zu verstehen.

Durch die erwähnte Änderung des AGG wird der deutsche Gesetzgeber klarstellen, dass eine Differenzierung nach dem Geschlecht auch im Bereich der betrieblichen Altersversorgung ab dem 21.12.2012 unzulässig ist.

- **Anwendungsbereich des Unisex-Gebots im Bereich der bAV**

Eine Differenzierung nach dem Geschlecht ist unzulässig, soweit sie sich auf das Versorgungsgrundverhältnis des Versorgungsberechtigten auswirkt, also für ihn zu unterschiedlichen Leistungen führt bzw. zu unterschiedlich hohen Eigenbeiträgen.

Unisex-Tarife müssen damit ab dem 21.12.2012 im Rahmen der Direktversicherung, der Versorgung über Pensionskassen, Pensionsfonds und Unterstützungskassen sowie bei Direktzusagen angewendet werden.²¹

Weiterhin möglich ist die Verwendung von Rückdeckungsversicherungen zur Rückdeckung von Direktzusagen oder Unterstützungskassenleistungen, die nach Geschlecht differenzieren. Das gilt allerdings nur insoweit, als die Zusage zur Leistungsbestimmung nicht auf deren Leistungen Bezug nimmt (auch nicht in Störfällen), es sich also um einen reinen Finanzierungsvorgang des Arbeitgebers im Deckungsverhältnis handelt.

- **Unterscheiden von Neu- und Altzusagen im Bereich der bAV**

Damit eine Altzusage vorliegt, die ggf. noch eine geschlechtsspezifische Differenzierung bei der Leistung bzw. den Beiträgen vorsehen darf, muss die Zusage vor dem 21.12.2012 (angenommener Stichtag) erteilt worden sein. Sofern eine offene kollektive Versorgungsregelung vorliegt, muss der Arbeitnehmer vor diesem Datum in das Unternehmen eingetreten sein.

Aus Vorsichtsgründen sollte bei jeder Änderung der Versorgungszusage ab dem 21.12.2012 durch Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Versorgungsberechtigtem (bzw. Betriebsrat oder Gewerkschaft bei Kollektivvereinbarungen zur bAV) eine Differenzierung nach dem Geschlecht vermieden werden. Während bei der Anwendung der Unverfallbarkeitsfristen (vgl. § 1b Abs. 1 Satz 3 BetrAVG) zum Schutz des Arbeitnehmers der Grundsatz der Einheit der Versorgungszusage zur Anwendung kommt²², kann der Arbeitgeber mit diesem Grundsatz hier vertretener Auffassung nach eine Fortsetzung der Differenzierung für neue Vereinbarungen zur Altersversorgung nicht rechtfertigen.

Lediglich dort, wo einseitige, im Versorgungsverhältnis schon enthaltene Gestaltungsrechte zum Zug kommen, fehlt es insoweit an einem neuen Versorgungsverhältnis, welches am Maßstab der Unzulässigkeit der Differenzierung nach dem Geschlecht zu messen ist. Beispielsfälle sind etwa die Geltendmachung eines Kapitalwahlrechts im Versorgungsfall, die Geltendmachung einer Abfindung des Versorgungsrechts²³ oder die Geltendmachung

18 Raulf a. a. O., S. 94 f.

19 Raulf a. a. O., S. 95.

20 Temming, BetrAV 2012, S. 391, 394.

21 So explizit auch Höfer, DB 2011, S. 1336.

22 Vgl. Höfer, BetrAVG, 13. Aufl., Bd. I: Arbeitsrecht, § 1b, Rz. 2785 ff.

23 Vgl. Höfer, DB 2011, S. 1336.

eines Wahlrechts in Bezug auf den Einbezug oder Ausschluss einer Hinterbliebenen-versorgungsleistung.

Bei der Übertragung der Versorgungsverpflichtungen nach § 4 BetrAVG auf einen neuen Arbeitgeber ist zu unterscheiden: Soweit die Zusage selbst nach § 4 Abs. 2 Nr. 1 BetrAVG übertragen wird, liegt beim neuen Arbeitgeber keine neue Zusage vor. Eine ggf. nach dem Geschlecht differenzierende beitragsorientierte Versorgungszusage kann damit unverändert vom neuen Arbeitgeber fortgesetzt werden. Wird dagegen nach § 4 Abs. 2 Nr. 2 BetrAVG der Übertragungswert auf den neuen Arbeitgeber übertragen und von diesem eine wertgleiche Zusage erteilt, so ist für die Ermittlung des Übertragungswertes auf die biometrischen Grundlagen der Ausgangszusage abzustellen, ggf. unter Berücksichtigung eines nach Geschlecht differenzierenden Tarifs.²⁴ Der neue Arbeitgeber darf bei der Erteilung der wertgleichen neuen Zusage jedoch nur eine Unisex-Versorgung anbieten.

Im Bereich der Entgeltumwandlung schließlich stellt sich die Frage, wie die Fälle zu behandeln sind, bei denen der Arbeitnehmer von Jahr zu Jahr neu über das Ob und Wie (sprich: die Höhe) einer ergänzenden Altersversorgung im Wege der Entgeltumwandlung entscheiden darf. Können Umwandlungsentscheidungen ab dem 21.12.2012 weiterhin auf Basis einer schon vorher vereinbarten, nach Geschlecht differenzierenden Versorgungs-/Versicherungsregelung erfolgen?

Für dieses Ergebnis, d. h. die weitere Zulässigkeit von Bisex-Tarifen, spricht, dass in diesen Fällen vom Arbeitnehmer eine einseitige Option ausgeübt wird. Dennoch ist es Arbeitgebern zu empfehlen, ihre Entgeltumwandlungsregelung für die Zukunft in Richtung Unisex-Tarif zu ändern und damit ihr Risiko zu vermindern. Eine solche, für den einzelnen Arbeitnehmer ggf. wirtschaftlich nachteilige Änderung dürfte nämlich entsprechend dem 3-Stufen-Modell des Bundesarbeitsgerichts²⁵ als bloßer Eingriff in künftig erdienbare Versorgungsrechte durch sachlich-proportionale Gründe gerechtfertigt sein.

d) Zukünftige europarechtliche Auswirkungen auf das BetrAVG

Auch in absehbarer Zukunft wird »Europarecht« wieder Einfluss auf das deutsche Betriebsrentenrecht nehmen.

Am 16.02.2012 veröffentlichte die EU-Kommission das Weißbuch »Eine Agenda für angemessene, sichere und nachhaltige Pensionen und Renten«. Generell enthält ein Weißbuch Vorschläge für ein gemeinschaftliches Vorgehen in einem bestimmten Bereich.

Insgesamt wurden darin insgesamt elf von der EU-Kommission vorgesehenen Maßnahmen zur »privaten Zusatz-Altersvorsorge« behandelt, wovon neun die betriebliche Altersversorgung betreffen.

Als zentrale Eckpunkte für weitere Reformen wurden u. a. folgende Punkte herausgearbeitet (Weißbuch der Europäischen Kommission vom 16.02.2012):

- Koppelung des Ruhestandsalters an die gestiegene Lebenserwartung;
- Einschränkung des Zugangs zu Frühpensions- bzw. -rentensystemen und anderen frühzeitigen Ausstiegsmöglichkeiten;
- Verlängerung der Lebensarbeitszeit durch besseren Zugang zu lebenslangem Lernen;
- Anpassung der Arbeitsplätze an eine Belegschaft mit höherer Diversität;

²⁴ So explizit auch Höfer, DB 2011, S. 1336.

²⁵ BAG vom 17.04.1985 – 3 AZR 72/83 –, DB 1986, S. 283; BAGE, S. 49, 57, 66 ff. = DB 1986, S. 228.

- Förderung des Ausbaus von Beschäftigungschancen für ältere Arbeitskräfte und Unterstützung des aktiven und gesunden Alterns;
- Angleichung des Ruhestandsalters für Frauen und Männer;
- Förderung des Ausbaus der Zusatz-Altersvorsorge, um das Ruhestandseinkommen zu erhöhen.

Bisher gibt es zu diesen zentralen Punkten noch keine konkreten Gesetzesvorschläge. Die EU-Kommission hat jedoch angekündigt, (Teile) der erarbeiteten Vorschläge in neue EU-Richtlinien zu gießen bzw. bestehende EU-Richtlinien zu ändern. Diese müssten dann von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umgesetzt werden.

2 Das arbeitsrechtliche Grundverhältnis der betrieblichen Altersversorgung – die »Versorgungszusage«

2.1 Einführung

Gemäß der Legaldefinition des § 1 Abs. 1 BetrAVG basieren sämtliche Leistungsrechte der betrieblichen Altersversorgung auf einer Versorgungszusage des Arbeitgebers im arbeitsrechtlichen Grundverhältnis, indem Arbeitnehmern Leistungen der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung aus Anlass eines Arbeitsverhältnisses vom Arbeitgeber zugesagt werden. Die Versorgungszusage ist damit der herausragende Verpflichtungsgrund für den Arbeitgeber. Dieser Verpflichtungsgrund stellt in diesem Zusammenhang daher auch den Entgeltcharakter einer betrieblichen Altersversorgungsleistung heraus²⁶. Dieser hieraus resultierenden grundlegenden Verpflichtung kann sich der Arbeitgeber gemäß § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG auch dann nicht entziehen, wenn er die Durchführung der zugesagten Versorgungsleistung über einen externen Versorgungsträger wählt.

Der Versorgungszweck der betrieblichen Altersversorgung unterscheidet diese Leistungen von anderen möglichen arbeitgeberseitigen Sozialleistungen gegenüber Arbeitnehmern. Die »Versorgungszusage« aus Anlass eines Arbeitsverhältnisses – bzw. einer Tätigkeit eines Nichtarbeitnehmers zugunsten des zusagenden Unternehmens (§ 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG) – grenzt somit die betriebliche Altersversorgung von sämtlichen anderen in Frage kommenden Alterssicherungsleistungen ab. Maßgeblich ist also allein, ob die erteilte Versorgungszusage den Vorgaben des § 1 Abs. 1 BetrAVG entspricht. Unbeachtlich ist hierbei, wie der Arbeitgeber die zugesagten Leistungen begriffsdefinitiv bezeichnet.²⁷

26 Vgl. zum Entgeltcharakter der betrieblichen Altersversorgung: BAG vom 26.06.1990 – 3 AZR 641/88 –, NZA 1991, S. 144.

27 BAG vom 03.11.1998 – 3 AZR 454/97 –, NZA 1999, S. 595.

2.2 Persönlicher Geltungsbereich²⁸

Grundsätzlich ist das BetrAVG ein Schutzgesetz für Arbeitnehmer und Personen in einem vergleichbaren Vertragsverhältnis (§ 17 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BetrAVG), nicht aber für (Mit-)Unternehmer. Der diesbezüglich in § 17 Abs. 1 BetrAVG enthaltene Arbeitnehmerbegriff ist eindeutig: Arbeitnehmer sind Arbeiter und Angestellte einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten.

Seit der Reform des Betriebsverfassungsgesetzes im Jahr 2001²⁹ wird allerdings gesetzlich nicht mehr zwischen Angestellten und Arbeitern unterschieden, da der § 5 BetrVG beide unter dem Oberbegriff »Arbeitnehmer« subsumiert. Daher ist eine Unterscheidung der Beschäftigtengruppen »Arbeiter« und »Angestellte« auch für das BetrAVG nicht mehr von praktischer Relevanz.

Der Arbeitnehmerbegriff umfasst neben vollzeit- auch teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer sowie befristet oder geringfügig Beschäftigte und Heimarbeiter. § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG sieht zudem vor, dass auch andere Personengruppen als Arbeitnehmer den Regelungen des BetrAVG unterfallen können, wenn ihnen Leistungen der betrieblichen Altersversorgung aus Anlass ihrer Tätigkeit für ein Unternehmen zugesagt worden sind. Hierbei ist in erster Linie an die Vertreter der freien Berufe und Handelsvertreter zu denken.

Das BetrAVG findet grundsätzlich auch auf Organpersonen von Kapitalgesellschaften Anwendung. Allerdings ist in diesen Konstellationen zu überprüfen, inwieweit eine mögliche gesellschaftsrechtliche Verflechtung zwischen der jeweiligen Organperson und der Gesellschaft besteht. Ist eine derartige Verflechtung vorhanden, beurteilt sich die Anwendbarkeit des Betriebsrentengesetzes danach, ob die Organperson eine beherrschende Stellung innerhalb der Gesellschafterstruktur des Unternehmens ausübt und auf diesem Wege die Unternehmensausrichtung faktisch nach ihrem »Willen« gestalten kann. In derartigen Fällen wird die versorgungsberechtigte Person als Unternehmer gewertet, die den Schutz des BetrAVG nicht benötigt. Daher sind zudem sämtliche persönlich haftende Inhaber bzw. Gesellschafter eines Unternehmens grundsätzlich von den Schutzvorkehrungen des BetrAVG ausgeschlossen. Etwas anderes kann nur gelten, wenn gesellschaftsrechtliche Sonderkonstellationen vorliegen, die den äußeren Schein einer beherrschenden Unternehmerstellung widerlegen, so dass dann einzelfallbedingt doch das BetrAVG Anwendung finden kann³⁰.

2.3 Sachlicher Geltungsbereich³¹

Das BetrAVG schützt gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 nur solche Leistungen, die der Sache nach betriebliche Altersversorgung darstellen. Leistungen der betrieblichen Altersversorgung liegen vor, wenn die durch den Arbeitgeber gewährten Sozialleistungen an den Eintritt eines biologischen bzw. biometrischen Ereignisses geknüpft werden und hiermit mindestens

28 Vgl. allgemein in diesem Sachzusammenhang: Pensions-Sicherungs-Verein a. G., Merkblatt 300/M1.

29 BGBl. I 2001, S. 2518.

30 Beispiele für mögliche gesellschaftliche Sonderkonstellationen siehe unter Höfer, BetrAVG, Band I, Rn. 5583 ff.

31 Vgl. auch: Pensions-Sicherungs-Verein a.G., Merkblatt 300/M1.