

Erdmann | Heider | Hofelich

Praxishandbuch Betriebliche Altersversorgung

Kay Uwe Erdmann | Dr. Benjamin Heider | Dr. Andreas Hofelich

Praxishandbuch Betriebliche Altersversorgung

Kay Uwe Erdmann | Dr. Benjamin Heider | Dr. Andreas Hofelich

Praxishandbuch Betriebliche Altersversorgung

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2019 VVW GmbH, Karlsruhe

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urhebergesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung der VVW GmbH, Karlsruhe. Jegliche unzulässige Nutzung des Werkes berechtigt die VVW GmbH zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer.

Bei jeder autorisierten Nutzung des Werkes ist die folgende Quellenangabe an branchenüblicher Stelle vorzunehmen:

© 2019 VVW GmbH, Karlsruhe

Jegliche Nutzung ohne die Quellenangabe in der vorstehenden Form berechtigt die VVW GmbH zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer.



Beachten Sie bitte stets unseren Aktualisierungsservice auf unserer Homepage unter: **vww.de** → **Service** → **Ergänzungen/Aktualisierungen**
Dort halten wir für Sie wichtige und relevante Änderungen und Ergänzungen zum Download bereit.

Gleichstellungshinweis

Zur besseren Lesbarkeit wird auf geschlechtsspezifische Doppelnennungen verzichtet.

ISBN 978-3-89952-939-5

Vorwort

In Zeiten des demografischen Wandels und niedriger Zinsen gerät die Altersversorgung in Deutschland unter Druck. Immer weniger Beitragszahler müssen die Renten von immer mehr Rentnern finanzieren. Zudem steigt auch die Rentenbezugsdauer mit der steigenden Lebenserwartung kontinuierlich an. Hierdurch gerät zwangsläufig das System der umlagefinanzierten gesetzlichen Rente in Schieflage. Die Politik versucht, durch „Rentenkommission“ und „doppelte Haltelinie“ gegenzusteuern. So will das Bundeskabinett im Rahmen eines aktuell geschnürten Rentenpakets festschreiben, dass zum einen das Rentenniveau (Verhältnis von Rente zu Durchschnittseinkommen) bis 2025 nicht unter 48 Prozent fällt (aktuell 48,1 %) und zum anderen der Beitragssatz von derzeit 18,6 % des Bruttolohns bis dahin auf maximal 20 % steigt. Schon heute ist klar, dass dafür zusätzliche Steuermittel in zweistelliger Milliardenhöhe erforderlich sein werden.

Die private wie auch die betriebliche Altersversorgung gewinnen vor diesem Hintergrund zunehmend an Bedeutung. Arbeitnehmer, die ihren Lebensstandard im Alter bewahren wollen, sind gut beraten, privat vorzusorgen. Sie sind noch besser dran, wenn sie in ihrem Arbeitsverhältnis Anwartschaften auf betriebliche Altersversorgung erworben haben. Dabei soll die betriebliche Altersversorgung nach dem Willen der Politik kompensieren, was die gesetzliche Rente nicht (mehr) zu leisten im Stande ist. Noch gibt es glücklicherweise kein Obligatorium, aber der Druck auf die Arbeitgeber, Leistungen der betrieblichen Altersversorgung anzubieten, steigt.

Mit dem Betriebsrentenstärkungsgesetz hat der Gesetzgeber einen starken und umfassend mit den beteiligten Stakeholdern abgestimmten Versuch unternommen, die Attraktivität der bAV in Deutschland noch weiter zu steigern und die Rahmenbedingungen zu verbessern. Ob dies zum Erfolg führt, insbesondere ob das Sozialpartnermodell mit reiner Beitragszusage von den Tarifparteien genutzt wird, muss sich erst noch in der Praxis erweisen. Die hehren Ziele des Gesetzgebers, den Verbreitungsgrad der bAV noch weiter zu erhöhen und insbesondere bAV in die kleinen und mittleren Betriebe zu bringen, sind aber in jedem Fall gut und richtig und werden von fast allen Beteiligten geteilt.

Arbeitgeber und Arbeitnehmer sollten sich mit dieser wichtigen Materie auseinandersetzen. Betriebliche Altersversorgung ist in Deutschland – wie sollte es auch anders sein – komplex und anspruchsvoll aber auch spannend. Das vorliegende Praxishandbuch soll den mit der bAV befassten Personen, insbesondere den mit bAV befassten Mitarbeitern und Entscheidern in Unternehmen, Versorgungseinrichtungen, Beratungen und Verbänden sowie Rechtsanwälten schnelle und praktisch leicht verständliche und nutzbare Hilfestellung leisten. Das Praxishandbuch hat nicht den Anspruch, einen großen Kommentar zu ersetzen und jede denkbare Rechtsfrage oder -vorschrift zu behandeln. Es ist aber auch mehr als ein Lehrbuch und bietet nicht nur einen ersten Eindruck. Es geht schlicht darum, dem mit der Materie befassten Rechtsanwender zu den wesentlichen,

relevanten und vor allem auch aktuellen Fragestellungen der bAV Auskunft zu geben. Dabei steht die praktische Lesbarkeit und Anwenderfreundlichkeit im Vordergrund. Weitere Themen, insbesondere eine vertiefte Darstellung des Steuer- und Bilanzrechts der einzelnen Durchführungswege der bAV, sind für die Folgeauflage vorgesehen.

Das Handbuch ist geschrieben von „Praktikern für Praktiker“, also von Experten aus renommierten Rechtsanwaltskanzleien sowie aus Verbänden, Versicherungswirtschaft und Unternehmen. Die Herausgeber danken dem Verlag Versicherungswirtschaft, insbesondere der Lektorin, Frau Andrea Sölch, sowie dem anerkannten und erfahrenen Autoren-Team für die professionelle Zusammenarbeit. Anregungen und Kritik zum vorliegenden Werk sind unter benjamin.heider@agv-vers.de jederzeit willkommen.

München/Köln/Hamburg, im Oktober 2018

Kay Uwe Erdmann
Dr. Benjamin Heider
Dr. Andreas Hofelich

Inhalt

Vorwort	V
Bianca Hövelmann Betriebliche Altersversorgung	1
Matthias Ginkel Begründung der Versorgungszusage (Rechtsbegründungsakte)	37
Bianca Hövelmann Zusageformen	69
Andreas Hofelich Durchführungswege der betrieblichen Altersversorgung	97
Michael Rein Anspruchsvoraussetzungen	145
Kay Uwe Erdmann Anwartschaft	191
Andreas Hofelich Anpassung laufender Versorgungsleistungen	209
Andreas Hofelich Änderung und Beendigung von Versorgungszusagen	253
Matthias Ginkel Übertragbarkeit von Versorgungsansprüchen	291
Benjamin Heider Diskriminierungsverbot	315
Volker Ars Auskunftsansprüche	355
Kay Uwe Erdmann Das Recht der Mitbestimmung im Bereich der betrieblichen Altersversorgung	373
Michael Weth Gesetzliche Insolvenzsicherung	411

Abkürzungsverzeichnis	501
Literaturverzeichnis	509
Stichwortverzeichnis	515
Die Autoren	527

Bianca Hövelmann

Betriebliche Altersversorgung

Kapitel I

Inhalt

1	Historie	5
1.1	Anfänge im 19. Jahrhundert.....	5
1.2	Schaffung des BetrAVG und folgende Reformen.....	5
1.3	Das Betriebsrentenstärkungsgesetz (BRSg).....	6
2	Begriff der betrieblichen Altersversorgung	9
2.1	Arbeitnehmer.....	9
2.2	Leistungen der Alters-, Invaliditäts- und Hinterbliebenenversorgung.....	13
2.3	Zusage vom Arbeitgeber aus Anlass des Arbeitsverhältnisses.....	14
2.4	Abgrenzung zu anderen Arbeitgeber-Leistungen.....	16
3	Deckungsmittel	19
4	Verbreitung in Deutschland	21
5	Sozialpolitische Bedeutung	25
5.1	Vorteile der betrieblichen Altersversorgung.....	25
5.2	Fördermaßnahmen durch das BRSg.....	26
5.2.1	Neue Zusageform: reine Beitragszusage.....	26
5.2.2	Opting-Out.....	27
5.2.3	Zuschuss zur Entgeltumwandlung.....	28
5.2.4	Erhöhung des Dotierungsvolumens.....	30
5.2.5	Förderung für Geringverdiener.....	31
5.2.6	Keine Anrechnung auf Grundsicherung.....	33
5.2.7	Doppelverbeitragung.....	34
5.2.8	Fortführung von Rückdeckungsversicherungen.....	34
5.2.9	Weitere Änderungen.....	35

1 Historie

1.1 Anfänge im 19. Jahrhundert

Die Anfänge der betrieblichen Altersversorgung gehen zurück auf Unterstützungseinrichtungen, die ab Mitte des 19. Jahrhunderts für in Not geratene Arbeiter gegründet wurden. Einige der ersten Institutionen einer freiwilligen betrieblichen Altersversorgung wurden bei der Gute-Hoffnungs-Hütte und bei Krupp und Friedrich Henschel gegründet (Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebliche Altersversorgung, 2018, Einl. Rn. 1). In den folgenden Jahrzehnten erfolgte eine zunehmende Regulierung von betrieblicher und staatlicher Altersversorgung. Sich verändernde Sozialstrukturen und die zunehmende Industrialisierung machten es notwendig, neue Sicherungssysteme für das finanzielle Auskommen im Alter zu schaffen. Prominentes Beispiel ist die Einführung der staatlichen Sozialgesetzgebung durch Otto von Bismarck (Gesetz über die Invaliditäts- und Alterssicherung, 1889). 1

1.2 Schaffung des BetrAVG und folgende Reformen

In den 60er Jahren des 20. Jahrhunderts erkannte man, dass es weitere Regelungen im Bereich der betrieblichen Altersversorgung bedurfte. So wurde die Regelungsbedürftigkeit des Vorgehens bei Insolvenz des Arbeitgebers oder bei einem Arbeitgeberwechsel erkannt. Die gesetzgeberischen Aktivitäten mündeten im Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung vom 19.12.1974, welches am 21.12.1974 im Bundesgesetzblatt verkündet wurde (BGBl. I, S. 3610). 2

In den folgenden Jahrzehnten erfuhr das Gesetz immer wieder kleinere Änderungen. Zudem erfolgten bis heute vier weitreichende Gesetzesnovellen: das Rentenreformgesetz (RRG) von 1999, das Altersvermögensgesetz (AVmG) von 2001, das Alterseinkünftegesetz (AltEinkG) von 2004 und das Betriebsrentenstärkungsgesetz (BRStG) von 2017. Im Zuge des Rentenreformgesetzes wurden beispielsweise Definitionen für die Entgeltumwandlung und die beitragsorientierte Leistungszusage in das Gesetz aufgenommen. Im Altersvermögensgesetz wurde das Thema der Zusagearten erneut aufgegriffen. Es wurde der, in veränderter Form noch heute bestehende, § 1 neu geschaffen. In ihm wurden die Zusagearten geregelt und eine Legaldefinition der betrieblichen Altersversorgung ergänzt. Neu eingeführt wurde die Zusageart „Beitragszusage mit Mindestleistung“. Des Weiteren wurde mit dem Pensionsfonds ein fünfter Durchführungsweg installiert. Eine weitere bedeutsame Änderung war die Einführung eines Anspruchs des Arbeitnehmers auf Entgeltumwandlung. Mit dem Alterseinkünftegesetz, das zum 1.1.2005 in Kraft trat, wurde vor allem die einkommenssteuerliche Behandlung von Altersbezügen und Aufwendungen geändert. Es wurde die nachgelagerte Besteuerung von Renten eingeführt. Im BetrAVG wurden die Regelungen zur 3

Portierung und Abfindung neu geregelt sowie der heute in § 4a BetrAVG geregelte Auskunftsanspruch des Arbeitnehmers eingeführt.

1.3 Das Betriebsrentenstärkungsgesetz (BRSKG)

- 4 Die jüngste, weitreichende Reform des Betriebsrentenrechts ist zum 1.1.2018 durch das Betriebsrentenstärkungsgesetz (BRSKG) erfolgt. Zielsetzung der Neuregelungen ist es, eine möglichst hohe Abdeckung und damit ein höheres Versorgungsniveau durch zusätzliche Altersvorsorge zu erreichen. Insbesondere in kleinen Unternehmen und bei Beschäftigten mit niedrigem Einkommen sieht der Gesetzgeber ein erhebliches Verbreiterungspotenzial. Zudem könne auch in größeren Unternehmen die betriebliche Altersversorgung quantitativ und qualitativ verbessert werden. Der Gesetzgeber sieht in kleinen Unternehmen einen mit der Einführung einer betrieblichen Altersversorgung verbundenen Verwaltungs- und Kostenaufwand sowie Haftungsrisiken als Hemmnisse an. Weitere Hinderungsgründe sieht er in der Komplexität sowie in den fehlenden finanziellen Mitteln für eine Entgeltumwandlung bei Geringverdienern (BT-Drs. 18/11286, S. 31).
- 5 Um die betriebliche Altersversorgung weiter zu fördern, enthält das BRSKG ein Bündel verschiedener Maßnahmen. Es wird eine neue Zusageart eingeführt: die reine Beitragszusage. Nach dem Grundsatz „pay and forget“ schuldet der Arbeitgeber lediglich die Zahlung des vereinbarten Beitrags an einen externen Versorgungsträger. Die reine Beitragszusage kann im Rahmen der Durchführungswege Direktversicherung, Pensionskasse und Pensionsfonds abgebildet werden (§ 1 Abs. 2a BetrAVG). Mindest- oder Garantieleistung sind nicht vorgesehen und ausdrücklich verboten (§ 22 Abs. 1 BetrAVG). Im Gegenzug erhält der Versorgungsträger größere Gestaltungsmöglichkeiten in der Kapitalanlage, um Renditechancen zu erhöhen. Zudem sind die Sozialpartner verpflichtet, sich an der Durchführung und Steuerung zu beteiligen, § 21 Abs. 1 BetrAVG. Die reine Beitragszusage kann nur von Sozialpartnern auf tarifvertraglicher Ebene (Tarifvertrag oder Haustarifvertrag) begründet werden. Eine Einführung dieser Zusageart durch Betriebsvereinbarung oder Individualvertrag ist nicht möglich. Des Weiteren wird erstmalig die Möglichkeit einer automatischen Entgeltumwandlung („Opting-Out“ oder „Optionsmodelle“) gesetzlich geregelt. Bei einem Optionsmodell wird im Tarifvertrag geregelt, dass jeder Arbeitnehmer an der Entgeltumwandlung teilnimmt, ohne dass er hierzu aktiv eine Erklärung abgeben muss. Er kann jedoch widersprechen, wenn er keine Entgeltumwandlung wünscht. Eine weitere bedeutende Änderung ist die Einführung eines verpflichtenden Arbeitgeberzuschusses in Höhe von 15 % des vom Arbeitnehmer umgewandelten Entgelts (bei Direktversicherung, Pensionskasse, Pensionsfonds), soweit der Arbeitgeber durch die Entgeltumwandlung Sozialversicherungsbeiträge einspart (§ 1a Abs. 1a BetrAVG). Um den Ausbau der betrieblichen Altersversorgung bei Geringverdienern zu fördern, hat der Gesetzgeber in § 100 EStG ein neues steuerliches Fördermodell speziell für eine arbeitgeberfinanzierte betriebliche Alters-

versorgung bei Geringverdienern eingeführt. Zudem werden Freibeträge für die Anrechnung von bAV-Renten auf die Grundsicherung im Alter eingeführt (§ 82 SGB XII). Als weitere Fördermaßnahme wird das steuerfreie Dotierungsvolumen gemäß § 3 Nr. 63 EStG von 4 % auf 8 % erhöht.

2 Begriff der betrieblichen Altersversorgung

§ 1 Abs. 1 BetrAVG enthält eine Legaldefinition für den Begriff der betrieblichen Altersversorgung. Hiernach liegt betriebliche Altersversorgung immer dann vor, wenn 6

- einem Arbeitnehmer
- Leistungen der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung
- aus Anlass seines Arbeitsverhältnisses
- vom Arbeitgeber
- zugesagt werden.

2.1 Arbeitnehmer

Wer als **Arbeitnehmer** i.S.d. BetrAVG anzusehen ist, ist in § 17 BetrAVG geregelt. Zu den Arbeitnehmern zählen Arbeiter, Angestellte sowie Auszubildende. Die im Arbeitsrecht seit Jahrzehnten verwendete, auf Alfred Hueck zurückgehende, Begriffsbestimmung findet auch Anwendung im Betriebsrentenrecht (Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebliche Altersversorgung, 2018, § 17, Rn. 6; Höfer/Reinhard/Reich, Betriebsrentenrecht, Bd. I, 2018, § 17, Rn. 7). Nach der Definition von Hueck (Hueck/Nipperdey, 1963, § 9 Abs. 2) ist Arbeitnehmer, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. 7

In den weitaus meisten Fällen in der Praxis kann problemlos beurteilt werden, ob die Arbeitnehmereigenschaft i.S.d. § 1 BetrAVG gegeben ist oder nicht. Es gibt jedoch einige Fallkonstellationen, in denen die Einordnung nicht auf den ersten Blick offensichtlich ist. Die wesentlichen Praxiskonstellationen enthält die nachfolgende Auflistung (Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebliche Altersversorgung, 2018, § 17 Rn. 7 ff; Höfer/Reinhard/Reich, Betriebsrentenrecht, Bd. I, 2018, § 17 Rn 12 ff.). 8

Beschäftigungsverhältnisse, die § 17 Abs. 1 S. 1 BetrAVG unterfallen, sind solche 9

- mit Auszubildenden i.S.d. § 1 Abs. 3 BbiG,
- mit Volontären,
- mit Praktikanten, sofern sie zur Erbringung einer Arbeitsleistung verpflichtet sind (vgl. § 26 BBiG),
- mit Umschülern (BAG 10.2.1981, 6 ABR 86/78, NJW 1982, 35),
- mit Teilnehmern an berufsvorbereitenden Maßnahmen für arbeitslose Jugendliche (BAG 10.2.1981, 6 ABR 86/78, NJW 1982, 35),
- mit Arbeitnehmern, die Dienste auf Basis eines nichtigen Arbeitsvertrages erbringen (faktisches Arbeitsverhältnis),

- mit Beamten, die nach Privatisierung an ein privatwirtschaftliches Unternehmen abgeordnet, überlassen oder zugeordnet wurden (z.T. Spezialregelungen, z.B. § 19 Abs. 1 DBGrG oder § 24 Abs. 2 PostPersRG),
- mit freien Mitarbeitern: Status ist im Einzelfall anhand des Merkmals „persönliche Abhängigkeit“ zu bestimmen. Maßgeblich sind die Ausgestaltung und das Ausmaß an Weisungsgebundenheit des freien Mitarbeiters,
- mit geringfügig Beschäftigten (sog. „Minijobbern“),
- mit Kurzzeitbeschäftigten,
- mit Schwerbeschädigten, die nach § 10 Schwerbeschädigtengesetz (gültig bis zum 30.4.1974) zwangseingestellt wurden.

Beschäftigungsverhältnisse, die § 17 Abs. 1 S. 1 BetrAVG nicht unterfallen, sind solche

- mit Selbständigen (Tätigkeit muss in Art und Umfang von Tätigem frei bestimmt werden können),
- mit Beamten auf der Grundlage keines privatrechtlichen, sondern öffentlich-rechtlichen Vertrages,
- mit Richtern,
- mit Soldaten,
- mit Zivildienstleistenden,
- mit im Rahmen des Bundesfreiwilligendienstes Tätigen,
- mit Praktikanten, sofern sie nicht zur Erbringung einer Arbeitsleistung verpflichtet sind (z.B. Schülerpraktikum zur Berufsorientierung),
- mit im Rahmen einer Eingliederung in Arbeit nach § 14 ff. SGB II Tätigen (Regelung zum Status in § 16d Abs. 7 S. 2 SGB II),
- mit Ordensleuten (Arbeitsleistung nicht aufgrund privatrechtlichen Vertrages, sondern aus religiösen oder karitativen Motiven),
- mit Entwicklungshelfern,
- mit Strafgefangenen,
- mit auf familienrechtlicher Grundlage ohne Arbeitsvertrag Tätigen (anders, wenn neben familienrechtlicher Grundlage zusätzlich ein Arbeitsvertrag abgeschlossen wird),
- mit für einen Verein Tätigen, sofern die Tätigkeiten nicht über das für ein Vereinsmitglied/Vereinsvorstand übliche Maß hinausgehen,
- mit ehrenamtlich Tätigen, ohne Vergütung,
- mit Werkunternehmern (Tätigkeit aufgrund von Werkverträgen, d.h., ein bestimmter Erfolg ist geschuldet).

- 10 In § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG wird der persönliche Geltungsbereich von wesentlichen Regelungen des Betriebsrentengesetzes auf Personen erweitert, die **nicht Arbeitnehmer** sind. Diesen müssen Leistungen auf Alters-, Invaliditäts- oder

Hinterbliebenenversorgung aus Anlass ihrer Tätigkeit für ein Unternehmen zugesagt worden sein.

Die wesentlichen Praxiskonstellationen zum Anwendungsbereich des § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG enthält die nachfolgende Auflistung (Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebliche Altersversorgung, 2018, § 17 Rn. 67 ff). 11

Beschäftigungsverhältnisse, die § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG unterfallen, sind solche 12

- mit arbeitnehmerähnlichen Personen. Diese sind rechtlich selbstständig, jedoch wirtschaftlich abhängig. Typischerweise zählen zu den arbeitnehmerähnlichen Personen.
 - Personen, die dem Heimarbeitsgesetz unterliegen,
 - freie Mitarbeiter der Medien, sofern sie nicht Arbeitnehmer sind,
 - freischaffende Künstler, Schriftsteller, Journalisten, soweit sie nicht Arbeitnehmer sind und sofern sie wirtschaftlich abhängig von einem Verlag, Agentur etc. sind,
 - Angehörige der freien Berufe (z.B. Rechtsanwälte, Steuerberater, Apotheker, Architekten, Ärzte), soweit sie wirtschaftlich abhängig von einem Auftraggeber sind,
 - Handelsvertreter i.S.d. § 92a HBG (sog. „Ein-Firmen-Vertreter“).
- mit selbständigen, die nicht für sich, sondern für einen anderen tätig sind und von dem anderen eine Versorgungszusage erhalten.
- mit Organmitgliedern, die nicht am Unternehmen beteiligt sind. Das sind:
 - Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften,
 - Vorstandsmitglieder von Societates Europaea,
 - Vorstandsmitglieder von Kommanditgesellschaften auf Aktien,
 - Vorstandsmitglieder von eingetragenen Genossenschaften,
 - Vorstandsmitglieder von Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit,
 - Vorstandsmitglieder von eingetragenen und nicht eingetragenen Vereinen,
 - Geschäftsführer einer GmbH,
 - Geschäftsführer einer GmbH & Co. KG,
 - Geschäftsführer einer GmbH & Co. OHG.
- Aufsichtsratsmitglieder sind nach dem Wortlaut von § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG ebenfalls erfasst, da sie in ihrer Kontrollfunktion eine Tätigkeit für das Unternehmen erbringen.
- Umstritten ist, ob geschäftsführende Gesellschafter, die einen Anteil von genau 50 % an einem Unternehmen halten, ebenfalls § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG unterfallen. Einerseits ist ein Gesellschafter bei einer genau hälftigen Beteiligung nicht in der Lage, allein eine Mehrheitsentscheidung zu treffen (Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebliche Altersversorgung, 2018, § 17

Rn. 89), andererseits unterliegt der geschäftsführende Gesellschafter bei gewöhnlichen Geschäften keiner Weisungsgebundenheit und kann nicht abberufen werden (Höfer/Reinhard/Reich, Betriebsrentenrecht, Bd. I, 2018, § 17 Rn. 87).

- mit geschäftsführenden Mehrheitsgesellschaftern, die zwar mehr als 50 % der Anteile am Unternehmen halten, jedoch atypischerweise eine geringere Leitungsmacht haben. Dies kann beispielsweise auftreten, wenn das Stimmrecht nicht proportional zu den Anteilen verteilt ist oder wenn Sonderrechte anderer Gesellschafter seine Leitungsmacht einschränken.
 - mit geschäftsführenden Minderheitsgesellschaftern, die einen Anteil von kleiner 50 % an einem Unternehmen halten.
- 13 An dieser Stelle sei als Exkurs auf einen Fehler hingewiesen, der in der Praxis nicht selten vorkommt. Versorgungszusagen für einen GmbH-Geschäftsführer müssen nach § 46 Nr. 5 GmbHG von der Gesellschafterversammlung beschlossen werden. Dies gilt auch für Änderungen von bestehenden Zusagen. Sofern kein Beschluss der Gesellschafterversammlung vorliegt, ist die Regelung unwirksam (BGH 25.3.1991, NJW 1991, 1680).
- 14 Beschäftigungsverhältnisse, die § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG nicht unterfallen, sind solche mit
- Einzelunternehmern, Selbständigen und Angehörigen freier Berufe, sofern sie eine Versorgungszusage an sich selbst machen (anders, wenn ein Dritter ihnen eine Versorgungszusage macht),
 - geschäftsführenden Gesellschaftern, die alle Anteile einer Kapitalgesellschaft (GmbH, AG, SE) halten; das Unternehmen wird dem Alleingesellschafter zugerechnet (BGH 28.4.1980, II ZR 254/78, BGHZ 77, 94, 101),
 - geschäftsführenden Mehrheitsgesellschaftern, die mehr als 50 % der Anteile an einer Kapitalgesellschaft halten; aufgrund der Mehrheitsbeteiligung haben sie die Leitungsmacht im Unternehmen und haben daher eine Unternehmerstellung (BGH 28.4.1980, II ZR 254/78, BGHZ 77, 94, 102),
 - geschäftsführenden Minderheitsgesellschaftern, die über eine Leitungsmacht verfügen. Voraussetzungen für eine Leitungsmacht sind zum einen ein nicht ganz unbedeutender Anteilsbesitz und zum zweiten eine über die Beteiligung hinausgehende besondere Leitungsmacht, wobei Letztere entweder durch Zusammenrechnung von Anteilen mehrerer Minderheitsgesellschafter oder auf sonstige Weise entstehen kann. Diese von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien sind nicht exakt bestimmbar und quantifizierbar und führen daher tendenziell zu einer Einzelfall-Kasuistik. Als grobe Orientierung für einen nicht ganz unbedeutenden Anteilsbesitz kann eine Grenze von 10 % der Anteile dienen. In Anknüpfung an Minderheitsrechte im Aktiengesetz wird diese Grenze oftmals in der Literatur herangezogen (Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebliche Altersversorgung, 2018, § 17 Rn. 94). Eine besondere Leitungsmacht durch Zusammenrechnung der Anteile mehrerer Gesell-

schafter setzt voraus, dass der Minderheits-Gesellschafter gemeinsam mit anderen Minderheitsgesellschaftern die Mehrheit der Gesellschaftsanteile hält. Keiner der Gesellschafter darf jedoch Mehrheitsgesellschafter sein, da dieser dann allein entscheiden könnte und die Minderheitsgesellschafter daher keine besondere Leitungsmacht haben können (BGH 9.6.1980 – II ZR 255/78, BGHZ 77, 233 [242]; 16.3.1981 – II ZR 222/79, NJW 1981, 2410; 25.9.1989 – II ZR 259/88, BGHZ 108, 330 [333]). Eine besondere Leitungsmacht kann sich auch aus Konzernstrukturen ergeben, z.B. wenn der Minderheitsgesellschafter von Gesellschaft A zugleich Mehrheitsgesellschafter von Gesellschaft B ist und Gesellschaft B wiederum Mehrheitsgesellschafter von Gesellschaft A ist (Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebliche Altersversorgung, 2018, § 17 Rn. 99).

- unbeschränkt haftenden Gesellschaftern (z.B. Gesellschafter von BGB-Gesellschaften und von OHG sowie Komplementäre von KG und von KGaA).

In der Praxis können Fälle auftreten, in denen eine Person im Rahmen ihres Beschäftigungsverhältnisses zeitweise in den Anwendungsbereich des § 17 Abs. 1 BetrAVG fällt und zeitweise nicht (z.B. Angestellter Geschäftsführer übernimmt 60 % der Anteile seines Arbeitgebers und wird somit zum geschäftsführenden Mehrheitsgesellschafter). In diesen Fällen erfolgt eine zeitratierliche Aufteilung. Ein Teil der Versorgung unterfällt dem BetrAVG, ein Teil nicht (BGH 16.1.2014 – XII ZB 455/13, NJW-RR 2014, 449). Im Falle eines oder gar mehrerer Statuswechsel können sich diverse Fragen stellen. So kann insbesondere bei mehrfachem Statuswechsel die Berechnung komplex sein (Höfer/Reinhard/Reich, Betriebsrentenrecht, 2018, § 17, Rn. 118, mit Berechnungsbeispiel). Zudem ist bei Versorgungsanwärtern zu prüfen, wann und welche Ansprüche unverfallbar sind und ob eine Insolvenzsicherung besteht (Höfer/Reinhard/Reich, Betriebsrentenrecht, Bd. I, 2018, § 17, Rn. 119 ff.). Zu prüfen ist auch eine Anpassungspflicht von Leistungen nach § 16 BetrAVG (Höfer/Reinhard/Reich, Betriebsrentenrecht, Bd. I, 2018, § 17, Rn. 126 ff.).

15

2.2 Leistungen der Alters-, Invaliditäts- und Hinterbliebenenversorgung

Die im Rahmen einer betrieblichen Altersversorgung möglichen Leistungsarten sind in § 1 Abs. 1 S. 1 BetrAVG abschließend aufgeführt und beschränken sich auf die Alters-, Invaliditäts- und Hinterbliebenenversorgung. Eine Zusage der betrieblichen Altersversorgung kann sowohl lediglich eine der drei Leistungsarten beinhalten als auch zwei oder alle drei Leistungsarten kombinieren. Allen drei Leistungsarten gemein ist, dass ein biometrisches Risiko abgesichert wird und der Leistungsauslöser ein biometrisches Ereignis sein muss. Die Absicherung anderer Risiken, z.B. das Risiko der Arbeitslosigkeit, ist im Rahmen einer betrieblichen Altersvorsorge nicht möglich. Zwar könnte ein Arbeitgeber einem Arbeit-

16

nehmer eine solche Absicherung zusagen. Für diese Zusage wäre das Betriebsrentenrecht jedoch nicht anwendbar.

- 17 Oftmals werden Leistungen in Form von laufenden Rentenzahlungen zugesagt. Zum Teil besteht bei Arbeitgebern und Arbeitnehmern aber auch das Bedürfnis nach der Vereinbarung von Kapitalleistungen, z.B. eine Kapitalleistung bei Tod zur Absicherung von Hinterbliebenen. Es stellt sich die Frage, ob diese Kapitalzahlungen auch Leistungen der betrieblichen Altersversorgung darstellen oder ob Leistungen der betrieblichen Altersversorgung nur als Rente erbracht werden können.
- 18 Eine eindeutige Regelung enthält das Gesetz zu dieser Frage für die reine Beitragszusage. § 22 Abs. 1 BetrAVG regelt, dass im Rahmen einer reinen Beitragszusage nur laufende Leistungen erbracht werden dürfen. Eine vergleichbare Regelung für die anderen Zusagearten gibt es im BetrAVG nicht. Sowohl in der Rechtsprechung (BAG 30.9.1986 – 3 AZR 22/85) als auch in der Literatur (Höfer/de Groot/Küpper/Reich, Betriebsrentenrecht, Bd. I, 2018, Rn. 28; Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebsrentengesetz, 2018, Rn. 12) ist anerkannt, dass Leistungen der betrieblichen Altersversorgung sowohl als Renten als auch als Kapitalleistungen erbracht werden können.
- 19 Aus steuerlicher Sicht empfiehlt es sich, die Zusage so zu gestalten, dass eine Rentenleistung mit einem Kapitalwahlrecht vereinbart wird. Grundsätzlich ist nach dem BMF-Schreiben zur Steuerlichen Förderung der betrieblichen Altersversorgung Voraussetzung für die Steuerfreiheit nach § 3 Nr. 63 EStG, dass die Auszahlung der zugesagten Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenleistung in Form einer lebenslangen Rente erfolgt. Jedoch steht allein die Möglichkeit, anstelle dieser laufenden Leistungen eine Einmalkapitalauszahlung zu wählen, der Steuerfreiheit nicht entgegen. Dies gilt nicht nur für Altersleistungen, sondern auch für Leistungen wegen Invalidität oder für Hinterbliebenenleistungen. (BMF-Schreiben, 6.12.2017, Rn. 34).

2.3 Zusage vom Arbeitgeber aus Anlass des Arbeitsverhältnisses

- 20 In § 1 Abs. 1 S. 1 BetrAVG wird von der Zusage des Arbeitgebers gesprochen. Der Begriff der Zusage ist im Gesetz nicht näher definiert. Mit dem Begriff ist die arbeitsrechtliche Vereinbarung gemeint, mit der die betriebliche Altersversorgung begründet („ob“) und ausgestaltet („wie“) wird. Die Zusage entfaltet ihre Wirkung für Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Rechtsbegründungsakte können sowohl individualrechtlicher als auch kollektivrechtlicher Natur sein. Dieser arbeitsrechtlichen Zusage bedarf es unabhängig vom Durchführungsweg immer. Sie sollte explizit dokumentiert werden, z.B. als Nachtrag zum Arbeitsvertrag.

In einem solchen Nachtrag zum Arbeitsvertrag sollten insbesondere folgende Aspekte geregelt werden:

- bei Entgeltumwandlung:
 - Durchführungsweg,
 - Beginn der Umwandlung,
 - Höhe des umgewandelten Betrags,
 - Umwandlung aus laufenden Bezügen, Sonderzahlungen oder Vermögenswirksamen Leistungen.
- bei Arbeitgeberfinanzierung zusätzlich:
 - Höhe (Prozent oder Euro) des Arbeitgeberzuschusses,
 - sofern gewünscht: Klarstellung, dass der Arbeitgeberzuschuss auf die gesetzliche Verpflichtung des Arbeitgebers nach §§ 1a, 26a BetrAVG angerechnet wird,
 - sofern gewünscht: Dynamisierung.
- bei mittelbaren Durchführungswegen (nachfolgend am Beispiel Direktversicherung):
 - Pflicht des Arbeitgebers, eine Direktversicherung abzuschließen und Beiträge gemäß Fälligkeit zu zahlen sowie das Einverständnis des Arbeitnehmers mit dem Abschluss einer Versicherung auf sein Leben;
 - Bezugnahme auf Versicherungsvertrag, Versicherungsbedingungen, Versicherungsschein und der vom Versicherer zu erbringenden Versicherungsleistung;
 - Einräumen von Bezugsrechten (in der Regel für den Erlebensfall des Arbeitnehmers, im Todesfall die Hinterbliebenen);
 - Ausschluss von Abtretungen, Beleihungen und Verpfändungen des Versicherungsvertrages;
 - Hinweis, dass bei Entgeltumwandlung für einen Betrag von bis zu 4 % der Beitragsbemessungsgrenze keine Sozialversicherungsbeiträge gezahlt werden und sich dadurch Ansprüche auf Sozialversicherungsleistungen verringern können;
 - Hinweis auf die Handlungsalternativen beim Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis (z.B. private Fortführung des Versicherungsvertrages, Übertragung auf den neuen Arbeitgeber gemäß Übertragungsabkommen (Die aktuelle Version kann auf der Homepage des Gesamtverbands der Deutschen Versicherungswirtschaft eingesehen werden.);
 - Hinweis auf Verfahren, wenn das Beschäftigungsverhältnis ohne Entgeltanspruch, z.B. wegen Mutterschutz, Erziehungsurlaub, längere Krankheit oder Sabbatical, fortbesteht;

- Regelungen zu Möglichkeiten der Anpassung der Zusage, insbesondere bei rechtlichen oder steuerlichen Änderungen;
- Regelungen zum Datenschutz.

- 22 Auf die Dokumentation der arbeitsrechtlichen Zusage sollte auch in den Fällen, in denen die betriebliche Altersversorgung über einen mittelbaren Durchführungsweg, z.B. eine Direktversicherung, durchgeführt wird, nicht verzichtet werden. In der Praxis findet man z.T. Konstellationen, in denen beispielsweise lediglich eine Direktversicherung abgeschlossen wird, ohne dass eine explizite arbeitsrechtliche Regelung dokumentiert wird. An der Zusage mangelt es in diesen Fällen in der Regel nicht, da sie konkludent gegeben ist. Dennoch empfiehlt sich eine gesonderte Dokumentation der Zusage, um beispielsweise Unklarheiten über die Zusageart (Beitragszusage mit Mindestleistung oder Beitragsorientierte Leistungszusage) zu treffen. Wird die betriebliche Altersversorgung über einen mittelbaren Durchführungsweg durchgeführt, so stellt der Versorgungsträger oftmals Musterzusagen zur Verfügung, die auf den gewählten Tarif abgestimmt sind und an denen sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer orientieren können.
- 23 Die Zusage muss anlässlich des Arbeitsverhältnisses erfolgen. Das Arbeitsverhältnis muss somit kausal sein für die Zusage. Erfolgt die Zusage aus anderen Beweggründen, z.B. aus familiärer Verbundenheit, so liegt keine betriebliche Altersversorgung vor.

2.4 Abgrenzung zu anderen Arbeitgeber-Leistungen

- 24 In der Praxis gibt es eine Fülle von unterschiedlichen Leistungen des Arbeitgebers. Anhand der in diesem Kapitel zuvor beschriebenen Definition und Kriterien ist im Einzelfall zu prüfen, ob es sich bei der in Rede stehenden Arbeitgeberleistung um eine Leistung der betrieblichen Altersversorgung i.S.d. Betriebsrentengesetzes handelt oder nicht. Im Nachfolgenden wird die Abgrenzung zwischen betriebliche Altersversorgung und sonstigen Arbeitgeber-Leistungen anhand von Beispielen veranschaulicht:
- **Abfindungen:** Eine Abfindung erhält ein Arbeitnehmer in der Regel bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses infolge eines von Arbeitnehmer und Arbeitgeber geschlossenen Aufhebungsvertrages oder im Zuge eines Vergleichs bei Rechtsstreitigkeiten über die wirksame Beendigung eines Arbeitsverhältnisses. Die Abfindungsleistung dient zumeist im Rahmen des Ausgleichs der Interessen beider Parteien zur Kompensation für den Verlust des Arbeitsplatzes des Arbeitnehmers. Der Zahlung liegt in diesen Fällen somit kein ein Versorgungsgedanke zugrunde. Auch der Auslöser für die Zahlung ist kein biometrisches Ereignis (z.B. Erreichen des Rentenalters oder Invalidität). Somit stellen Abfindungszahlungen in der Regel keine Leistungen der betrieblichen Altersversorgung dar.

- **Jubiläumsgelder:** Oftmals erhalten Mitarbeiter beim Erreichen einer gewissen Betriebszugehörigkeit einmalige Zahlungen. Diese haben jedoch keinen Versorgungscharakter und sind daher keine Leistungen der betrieblichen Altersversorgung.
- **Krankenversicherung:** Schließt der Arbeitgeber für seinen Arbeitnehmer eine Krankenversicherung ab (beispielsweise eine Zusatzversicherung zur Abdeckung bestimmter Kosten bei Zahnersatz oder stationärer Behandlung), so liegt keine betriebliche Altersversorgung vor. Gemäß der Definition des Betriebsrentengesetzes muss eine betriebliche Altersversorgung der Alters-, Hinterbliebenen- oder Invaliditätsabsicherung dienen. Eine Absicherung für den Krankheitsfall ist von dieser Definition nicht umfasst.
- **Pflegeversicherung:** Zur Pflegeversicherung gilt die gleiche Aussage wie zur Krankenversicherung. Das biometrische Ereignis der Pflegebedürftigkeit ist nicht von der Definition in § 1 BetrAVG erfasst. In der Vergangenheit gab es z.T. politische Bestrebungen, das Betriebsrentengesetz dergestalt zu ändern, dass die Pflegebedürftigkeit in die Definition in § 1 BetrAVG aufgenommen wird. Eine Umsetzung ist jedoch bislang nicht erfolgt.
- **Rahmenverträge zu Versicherungen:** Oftmals schließen Arbeitgeber mit Versicherungsgesellschaften Rahmenverträge ab. Über diese Rahmenverträge haben die Arbeitnehmer Zugang zu günstigeren Konditionen für den Abschluss privater Versicherungsverträge. Der Arbeitgeber selbst macht in diesen Fällen jedoch keine Versorgungszusage, sondern stellt nur den Rahmen für den Zugang zum Versicherungsschutz mit günstigeren Konditionen zur Verfügung. Diesen Rahmen kann der Arbeitnehmer dann nutzen, um selbst als Versicherungsnehmer Versicherungsverträge abzuschließen. Mangels Zusage des Arbeitgebers liegt keine Leistung der betrieblichen Altersversorgung vor.
- **Sonstige Beihilfen oder Zuschüsse:** Zahlungen, die der Arbeitgeber anlässlich eines bestimmten Ereignisses gewährt (z.B. Geburt eines Kindes, Krankheit, finanzielle Notlagen), dienen nicht der Versorgung im Alter, bei Invalidität oder der Versorgung der Hinterbliebenen. Vielmehr dienen sie der Unterstützung aufgrund von erhöhten finanziellen Belastungen des Arbeitnehmers. Es handelt sich nicht um Leistungen der betrieblichen Altersversorgung.

3 Deckungsmittel

Die Deckungsmittel in der betrieblichen Altersversorgung betragen Ende 2015 25
(www.aba-online.de):

Durchführungsweg	Deckungsmittel in Euro	Prozentualer Anteil
Direktzusage	290,3 Mrd.	50,5 %
Pensionskasse	152,2 Mrd.	26,5 %
Direktversicherung	61,3 Mrd.	10,7 %
Unterstützungskasse	38,6 Mrd.	6,7 %
Pensionsfonds	32,6 Mrd.	5,7 %
alle Durchführungswege	575,0 Mrd.	100,0 %

Tab. 1: Deckungsmittel nach Durchführungswegen

Die Deckungsmittel in den einzelnen Durchführungswegen entwickelten sich wie 26
folgt (www.aba-online.de):

Durchführungsweg	Veränderung von 2000 zu 2015	Veränderung von 2014 zu 2015
Direktzusage	+ 48,7 %	1,8 %
Pensionskasse	+ 114,1 %	6,2 %
Direktversicherung	+ 41,9 %	2,2 %
Unterstützungskasse	+ 69,6 %	2,1 %
Pensionsfonds	+ 3050,0 %	6,2 %
alle Durchführungswege	+ 73,2 %	3,2 %

Tab. 2: Veränderung der Deckungsmittel

4 Verbreitung in Deutschland

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) hat im Januar 2017 einen umfangreichen Forschungsbericht zur Verbreitung der Altersvorsorge veröffentlicht (BMAS, Forschungsbericht 476, 2018). Hiernach sorgen mehr als die Hälfte der sozialversicherungspflichtig Beschäftigten im Alter zwischen 25 und 65 Jahren in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst betrieblich für das Alter vor. 27

Die Finanzierung in der Privatwirtschaft erfolgt in 37 % der Versorgungen sowohl vom Arbeitnehmer und Arbeitgeber, in 38 % der Fälle vollständig vom Arbeitgeber und in 22 % der Fälle vom Anwärter der betrieblichen Altersversorgung allein. Die durchschnittliche Höhe des Beitrages des Arbeitnehmers beträgt 123 € pro Monat (BMAS, Forschungsbericht 476, S. 19). 28

In der Privatwirtschaft ergeben sich in Abhängigkeit vom Geschlecht deutliche Unterschiede in der Höhe der Versorgungsanwartschaft. Während bei Männern die durchschnittliche betriebliche Altersversorgung-Anwartschaft 349 € beträgt, verfügen Frauen im Durchschnitt nur über eine Anwartschaft in Höhe von 199 € (Gesamtdurchschnitt 294 €) (BMAS, Forschungsbericht 476, S. 20). 73 % aller sozialversicherungspflichtig Beschäftigten planen im Alter auf weitere Absicherungsformen, wie selbstgenutztes Wohneigentum, private Renten- und Lebensversicherungen sowie Sparguthaben, Wertpapiere und Betriebsvermögen zurückzugreifen. 29

Erhebliche Unterschiede im Verbreitungsgrad existieren in Abhängigkeit vom Bildungsgrad, Erwerbsumfang und von der Höhe des Erwerbseinkommens (BMAS, Forschungsbericht 476, S. 27): 30

Berufliche Bildung	Männer (in %)	Frauen (in %)	insgesamt (in %)
ohne Abschluss	30	26	28
Lehre/Berufsfachschule	41	32	37
Meister-/Technikerabschluss	54	39	52
(Fach-)Hochschulabschluss	56	33	46
sonstiger Abschluss	33	30	31

Tab. 3: Verbreitung nach beruflicher Bildung

Erwerbsumfang (Std./Woche)	Männer (in %)	Frauen (in %)	insgesamt (in %)
bis unter 20	14	22	21
20 bis unter 30	28	27	27
30 und mehr	48	36	43

Tab. 4: Verbreitung nach Erwerbsumfang

Bruttolohn/-gehalt (€/Monat)	Männer (in %)	Frauen (in %)	insgesamt (in %)
bis unter 1.500	12	19	18
1.500 bis unter 2.500	27	29	28
2.500 bis unter 3.500	39	34	37
3.500 bis unter 4.500	53	49	52
4.500 und mehr	72	66	71

Tab. 5: Verbreitung nach Gehalt

- 31 Deutliche Unterschiede ergeben sich zudem zwischen verschiedenen Branchen (BMAS, Forschungsbericht 476, S. 29) und in Abhängigkeit von der Unternehmensgröße (BMAS, Forschungsbericht 476, S. 30):

Branche	Männer (in %)	Frauen (in %)	insgesamt (in %)
Industrie, verarbeitendes Gewerbe	66	55	64
Bergbau, Energie- und Wasserwirtschaft	49	56	51
Banken, Versicherungen, Unternehmensdienstleistungen	46	40	43
Handel, Gastgewerbe, Verkehr	43	35	39
Baugewerbe, Handwerk	35	46	37
Land- und Forstwirtschaft, Fischerei	29	31	30
sonstige Branchen	31	22	25
öffentl. Verwaltung, Bildungs-, Gesundheits- und Sozialwesen	17	19	18

Tab. 6: Verbreitung nach Branche

Unternehmensgröße (Anzahl Beschäftigte)	Männer (in %)	Frauen (in %)	insgesamt (in %)
bis unter 10	26	25	25
10 bis unter 50	36	25	30
50 bis unter 250	38	32	35
250 bis unter 500	42	34	38
500 bis unter 1000	47	33	41
1000 und mehr	64	42	55

Tab. 7: Verbreitung nach Unternehmensgröße

- Interessante Erkenntnisse liefert der Forschungsbericht auch in Bezug auf die Hinderungsgründe für eine betriebliche Altersversorgung (BMAS, Forschungsbericht 476, S. 42). Befragt wurden hierbei Arbeitnehmer. Der am häufigsten genannte Grund für ein Fehlen einer betriebliche Altersversorgung war das Fehlen eines entsprechenden Angebots des Arbeitgebers. Hierbei mag Unkenntnis über das Recht auf Entgeltumwandlung eine Rolle spielen. Gegebenenfalls schrecken Arbeitnehmer auch davor zurück, dieses Recht einzufordern, wenn der Arbeitgeber die Entgeltumwandlung nicht aktiv anbietet. Als weitere Gründe werden genannt: zu hohe Beiträge, fehlende Beschäftigung mit dem Thema, Absicherung durch andere Altersvorsorge und zu komplizierte Angebote. 32
- Einige dieser Hinderungsgründe hat der Gesetzgeber aufgegriffen und im Rahmen des BRSVG Regelungen implementiert, die die Durchdringungen fördern sollen (vgl. dazu Abschnitt 5.2). 33

5 Sozialpolitische Bedeutung

5.1 Vorteile der betrieblichen Altersversorgung

Eine betriebliche Altersversorgung bietet sowohl für den Arbeitgeber als auch für den Arbeitnehmer diverse Vorteile. In der breiten Öffentlichkeit bekannt ist zumeist die Steuerersparnis durch die Verlagerung der Besteuerung in das Rentenalter. Hierbei profitiert der Arbeitnehmer bzw. Versorgungsempfänger davon, dass er im Rentenalter zumeist geringere Einkünfte und damit einen niedrigeren Steuersatz hat. 34

Die Ersparnis von Beiträgen zur Sozialversicherung wirkt sich sowohl für Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer positiv aus. Aufgrund der niedrigeren Beiträge reduzieren sich jedoch auch die Leistungen der Sozialversicherung. Diesem für den Arbeitnehmer negativen Effekt wird in der Praxis oftmals entgegengewirkt, in dem der Arbeitgeber bei einer Entgeltumwandlung einen Arbeitgeberzuschuss gewährt.

Weniger bekannt ist oft, dass bei der Durchführung über einen externen Versorgungsträger, z.B. einen Versicherer, weitere Vorteile im Vergleich zu einer privaten Absicherung in der Schicht III bestehen können. Diese Vorteile bestehen in der Regel in einem günstigeren Preis-Leistungs-Verhältnis oder bei der Absicherung von biometrischen Risiken (z.B. Berufsunfähigkeit) in einem vereinfachten Aufnahmeverfahren. Bei einem vereinfachten Aufnahmeverfahren müssen in der Regel deutlich weniger Gesundheitsfragen beantwortet werden als bei Abschluss eines vergleichbaren Versicherungsvertrages in der Schicht III. Der Grund hierfür ist, dass der Versicherer nicht nur eine einzelne Person versichert, sondern ein sog. Kollektiv. Als Kollektiv bezeichnet man die Gesamtheit der Arbeitnehmer des Arbeitgebers, für die z.B. eine Direktversicherung abgeschlossen wird. Werden beispielsweise für 50 Arbeitnehmer Direktversicherungen abgeschlossen, so ergeben sich für den Versicherer Vereinfachungen in der Verwaltung (z.B. gleicher Tarif für alle, Versicherungsnehmer ist in allen 50 Verträgen der Arbeitgeber). Diese Vereinfachungen führen dazu, dass für das Kollektiv oft eine günstigere Preisklasse angeboten werden kann als im Einzelgeschäft. Ebenfalls aus dem Kollektivgedanken heraus ist es oftmals möglich, ein vereinfachtes Aufnahmeverfahren, z.B. bei der Berufsunfähigkeitsversicherung, anzuwenden. Da nicht nur eine Person, sondern z.B. 50 Arbeitnehmer versichert werden, kann statistisch von einer Mischung guter und schlechter Risiken ausgegangen werden. Dies ermöglicht es dem Versicherer, auf bestimmte detaillierte Gesundheitsfragen zu verzichten. 35

Über eventuelle vereinfachte Zugangsvoraussetzungen oder günstigere Preisklassen kann der Versicherer nicht willkürlich entscheiden. Neben den zuvor genannten wirtschaftlichen Erwägungen hat der Versicherer die Anforderungen des Aufsichtsrechts zu beachten. Sog. Kollektivlebensversicherungen sind aufsichtsrechtlich nur dann zulässig, wenn durch einen Kollektiv-(rahmen-)vertrag eine 36

festen Grundlage für die kollektive Gestaltung und Behandlung der einzelnen Versicherungsverhältnisse gelegt wird. Die im Rahmen einer Kollektivversicherung eingeräumten besonderen Konditionen müssen sich aus dem Kollektiv heraus selbst tragen und dürfen keine Subventionierung zulasten der übrigen Versicherungsgemeinschaft des Versicherungsunternehmens mit sich bringen. Insbesondere müssen günstigere Konditionen in Bezug auf die Kosten durch entsprechende Kostenersparnisse oder in Bezug auf das Risiko durch einen entsprechend günstigeren Risikoverlauf ergeben (R3/94: Veröffentlichungen des Bundesamtes für das Versicherungswesen, 31/1995, S. 3 ff.).

5.2 Fördermaßnahmen durch das BRSG

- 37 Mit dem Betriebsrentenstärkungsgesetz (BRSG) bezweckt der Gesetzgeber eine möglichst hohe Abdeckung der betrieblichen Altersversorgung und damit ein höheres Versorgungsniveau der Beschäftigten zu erreichen. Er greift dabei Feststellungen u.a. des Forschungsberichts des BMAS zur Verbreitung der Altersvorsorge (siehe Kapitel IV: Durchführungswege der betrieblichen Altersversorgung, Rn. 5) auf. Insbesondere sieht der Gesetzgeber ein deutliches Verbreitungspotenzial in kleineren Unternehmen und bei Beschäftigten mit niedrigem Einkommen (BT-Drs. 18/11286, S. 31). Da die Gründe für die nicht ausreichende Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung sowohl auf Arbeitgeber- als auch auf Arbeitnehmerseite vielfältig sind, enthält das BRSG ein Bündel von Maßnahmen, die an verschiedenen Anknüpfungspunkten ansetzen. Auf die wichtigsten Maßnahmen, die mit dem BRSG eingeführt wurden, wird im Folgenden eingegangen.

5.2.1 Neue Zusageform: reine Beitragszusage

- 38 Durch das BRSG wird neben den bestehenden Zusagearten Leistungszusage, beitragsorientierte Leistungszusage und Beitragszusage mit Mindestleistung eine neue Zusageart eingeführt: die reine Beitragszusage. Diese ist in § 1 Abs. 2 Nr. 2a geregelt. Sie zeichnet sich dadurch aus, dass sich die Pflicht des Arbeitgebers allein auf die Zahlung des vereinbarten Beitrags erstreckt und der Arbeitgeber nicht für eine bestimmte Leistung haftet. Es ist ausdrücklich verboten, eine garantierte Leistung zu vereinbaren. Die reine Beitragszusage bzw. die Möglichkeit, diese in einem Betrieb einzuführen, muss in einem Tarifvertrag geregelt werden. Als Durchführungswege stehen die Direktversicherung, die Pensionskasse und der Pensionsfonds zur Verfügung. Für die reine Beitragszusage gelten abweichende Vorgaben hinsichtlich der Kapitalanlage, die eine renditeorientierte Kapitalanlage ermöglicht. Detaillierte Informationen zur Zusageart der reinen Beitragszusage finden sich in Kapitel IV: Durchführungswege der betrieblichen Altersversorgung, Rn. 5. Mit der Einführung der reinen Beitragszusage reagiert der Gesetzgeber auf Vorbehalte von Arbeitgebern, die betriebliche Altersversorgung sei zu komplex und berge Haftungsrisiken für Arbeitgeber. Auch wenn eine Enthftung der

Arbeitgeber de facto bei versicherungsförmigen Durchführungswegen bereits bislang gegeben war, wurde in Umfragen die Haftungsfrage von Arbeitgebern immer wieder als Hinderungsgrund genannt. Durch Einführung der reinen Beitragszusage und somit eines „pay-and-forget“, soll dieser Hinderungsgrund beseitigt und die Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung vergrößert werden.

5.2.2 Opting-Out

Mit § 20 BetrAVG werden erstmals gesetzliche Regelungen für Opting-Out-Systeme geschaffen. Die Möglichkeit, ein Optionssystem in einem Betrieb einzuführen, muss im Tarifvertrag geregelt sein. Nichttarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer können die Anwendung der einschlägigen tariflichen Regelung vereinbaren, § 20 Abs. 2 BetrAVG. Ein Opting-Out-System zeichnet sich dadurch aus, dass die Entgeltumwandlung für jeden Arbeitnehmer automatisch erfolgt. Der Arbeitnehmer hat jedoch die Möglichkeit, der Entgeltumwandlung zu widersprechen. Um an der Entgeltumwandlung teilzunehmen, muss der Arbeitnehmer somit nicht mehr aktiv eine Entgeltumwandlungsvereinbarung unterzeichnen. Wenn er nicht handelt, wird automatisch ein gewisser Betrag seines Gehalts umgewandelt. Das Erfordernis des aktiven Handelns wird somit von einem „ja, ich möchte Entgelt umwandeln“ zu einem „nein, ich möchte kein Entgelt umwandeln“ verschoben. Der Gesetzgeber erwartet durch den Automatismus bei Opting-Out-Systemen eine höhere Verbreitung. Zugleich wird aber den Arbeitnehmern die Freiheit belassen, sich gegen eine Entgeltumwandlung zu entscheiden. Mit der Bindung an tarifvertragliche Regelungen bezweckt der Gesetzgeber die Sicherung eines gewissen Qualitätsstandards (BT-Drs. 18/11286, S. 45). Mit § 30j BetrAVG wurde eine Klarstellung für bisherige Optionssysteme aufgenommen: Für diese gilt § 20 BetrAVG nicht.

Um eine größere Verbreitung auch tatsächlich zu erreichen, empfiehlt es sich für jedes Unternehmen zu prüfen, ob der anwendbare bzw. einschlägige Tarifvertrag Regelungen zum Opting-Out enthält oder eine Regelung im Betrieb durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung zulässt.

Opting-Out vor dem BRSG 41

Bereits vor Inkrafttreten des BRSG gab es in der Praxis sog. Opting-Out Modelle. Hierbei wurde zumeist über eine Betriebsvereinbarung geregelt, dass Arbeitnehmer automatisch an einer Entgeltumwandlung teilnehmen, es sei denn, sie widersprechen der Umwandlung.

Hinsichtlich der Zulässigkeit von Opting-Out-Systemen wurden vor der gesetzlichen Regelung durch das BRSG unterschiedliche Auffassungen vertreten. Zu dieser Frage bringt auch das BRSG keine finale Klarheit. In § 31j BetrAVG wurde durch das BRSG eigens eine Übergangsregelung für Opting-Out-Systeme geschaffen. Hiernach gilt die Neuregelung in § 20 Abs. 2 BetrAVG nicht für Optionssysteme, die auf der Grundlage von Betriebs- oder

Dienstvereinbarungen vor dem 1.6.2017 eingeführt worden sind. Eine solche Übergangsregelung macht nur Sinn, wenn auch vor dem In-Kraft-Treten des BRSO Optionssysteme möglich waren. Somit spricht die Übergangsregelung eindeutig für die Zulässigkeit. Nicht stimmig ist in diesem Zusammenhang eine Passage in der Gesetzesbegründung des BRSO (BT-Drs. 18/11286, S. 44, zu § 20), wonach ein automatischer Einbehalt von Arbeitnehmer-Entgelten durch den Arbeitgeber zur Finanzierung von Betriebsrenten nach verbreiteter Meinung nicht möglich sei. Möglicherweise hatte der Gesetzgeber hierbei Konstellationen im Blick, in denen ein Opting-Out nicht über Betriebs- oder Dienstvereinbarung implementiert worden ist. Dies würde einen eventuellen Widerspruch zu § 31j BetrAVG auflösen.

5.2.3 Zuschuss zur Entgeltumwandlung

- 43 Wandelt ein Arbeitnehmer Entgelt um, so spart nicht nur der Arbeitnehmer Beiträge zur Sozialversicherung, sondern auch der Arbeitgeber. Dies hat bereits vor Inkrafttreten des BRSO viele Arbeitgeber veranlasst, die Entgeltumwandlung durch einen zusätzlichen Arbeitgeberzuschuss zu fördern (sog. Misch- oder Matching-Finanzierung). Der Gesetzgeber hat nunmehr in § 1a Abs. 1a BetrAVG einen verpflichtenden Arbeitgeberzuschuss geregelt. Diesen Zuschuss hat der Arbeitgeber zu gewähren, wenn die Entgeltumwandlung über eine Direktversicherung, eine Pensionskasse oder einen Pensionsfonds erfolgt. Der Arbeitgeberbeitrag beträgt 15 % der Höhe der Entgeltumwandlung. Die Pflicht des Arbeitgebers besteht nur, soweit er durch die Entgeltumwandlung Sozialversicherungsbeiträge einspart. Wandelt ein Arbeitnehmer somit mehr als 4 % der Beitragsbemessungsgrenze der allgemeinen Rentenversicherung (West) um, so erstreckt sich der verpflichtende Arbeitgeberzuschuss nur auf die Entgeltumwandlung bis zu 4 % der Beitragsbemessungsgrenze. Der verpflichtende Arbeitgeberzuschuss ist sofort unverfallbar, § 1b BetrAVG.
- 44 Für den verpflichtenden Arbeitgeberzuschuss enthält § 26a BetrAVG eine Übergangsfrist. Für Entgeltumwandlungsvereinbarungen, die ab dem 1.1.2019 geschlossen werden, muss der Arbeitgeber den Zuschuss von Beginn der Umwandlung an zahlen. Für Entgeltumwandlungsvereinbarungen, die vor dem 1.1.2019 abgeschlossen wurden, muss der Arbeitgeber erst ab dem 1.1.2022 den Zuschuss zahlen. Der Gesetzgeber hat diese lange Übergangszeit u.a. gewährt, weil sich im Rahmen der Umsetzung des verpflichtenden Arbeitgeberzuschusses in der Praxis zahlreiche Fragen stellen können. Arbeitgeber und Arbeitnehmer sollen ausreichend Zeit für eine praxisgerechte Umsetzung haben.

<p>Für das Handling in der Praxis bietet es sich an, drei Zeitabschnitte zu unterscheiden:</p> <p>a) Entgeltumwandlungsvereinbarungen, die ab dem 1.1.2019 abgeschlossen werden.</p> <p>b) Entgeltumwandlungsvereinbarungen, die noch nicht abgeschlossen sind, aber bis zum 31.12.2018 abgeschlossen werden.</p> <p>c) Entgeltumwandlungsvereinbarungen, die bereits abgeschlossen sind.</p>	<p>45</p>
<p>Der Umgang mit Konstellation a) ist in der Praxis recht eindeutig. Der Arbeitgeber berücksichtigt bei Abschluss beispielsweise einer Direktversicherung den Arbeitgeberzuschuss. Die Direktversicherung wird von Beginn an in Höhe der Entgeltumwandlung und des Arbeitgeberzuschusses abgeschlossen.</p>	<p>46</p>
<p>Für Entgeltumwandlungen, die bereits in der Vergangenheit abgeschlossen wurden, muss der Arbeitgeber vor dem Jahr 2022 entscheiden, wie er den Arbeitgeberzuschuss abbilden möchte. Hierzu gibt es grundsätzlich verschiedene Möglichkeiten:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Erhöhung des Beitrags des bestehenden Versicherungsvertrages um den Arbeitgeberzuschuss, ▪ Verrechnungslösung: Beibehaltung des Beitrages des Versicherungsvertrages und Reduktion der Höhe der Entgeltumwandlung um die Höhe des Arbeitgeberzuschusses; zugleich Abschluss eines neuen Vertrages. In diesem neuen Vertrag erfolgt die Entgeltumwandlung, die im bestehenden Vertrag durch den Arbeitgeberzuschuss ersetzt wurde sowie der darauf entfallende Arbeitgeberzuschuss. 	<p>47</p>
<p>Auf den ersten Blick scheint die erste Variante der Erhöhung im bestehenden Vertrag naheliegender. Jedoch sind hierbei zwei rechtliche Problemfelder zu beachten.</p>	<p>48</p>
<p>Betrachtet man Direktversicherungen, die nach § 40b EStG a.F. pauschalversteuert werden, so stellt sich das Thema der Novation. Nach Auffassung der Finanzbehörden stellen Beitragserhöhungen in einem 40b-Vertrag eine Novation im steuerlichen Sinn dar. Dies hätte zur Folge, dass der Erhöhungsbetrag steuerlich wie ein Neuabschluss behandelt werden muss, sodass sich in Bezug auf die Kapitalleistung eine partielle Steuerpflicht ergeben kann.</p>	<p>49</p>
<p>Die zweite Schwierigkeit ergibt sich bei Verträgen, die vor 2013 abgeschlossen wurden. Diesen Verträgen liegen in den meisten Fällen geschlechtsabhängige Rechnungsgrundlagen zu Grunde. Auf Grund der Unisex-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes müssen ab 2013 alle Versicherungsverträge geschlechtsneutral kalkuliert werden ("Unisex-Tarife"). Das Urteil dürfte wohl auch in der bAV Anwendung finden. Für Entgeltumwandlungen, die vor 2013 abgeschlossen wurden, stellt sich somit die Frage, ob eine Erhöhung ohne weiteres im</p>	<p>50</p>

bestehenden (Bisex-)Vertrag erfolgen kann. Die Erhöhung kann eine wesentliche Änderung darstellen. Bei einer solchen Änderung sprechen gute Argumente dafür, dass diese Erhöhung geschlechtsneutral kalkuliert werden muss. Eine Erhöhung in einem bestehenden Bisex-Vertrag birgt daher ein gewisses Rechtsrisiko.

- 51 Möchte der Arbeitgeber dieses Rechtsrisiko vermeiden, bietet sich die Verrechnungslösung an. Die Funktionsweise dieser Lösung verdeutlicht folgendes Beispiel. Ein Arbeitnehmer wandelt aktuell 100 Euro Entgelt um. In einem ersten Schritt wird diese bestehende Zusage dergestalt geändert, dass im Rahmen der bestehenden Zusage nur noch 86,96 Euro Entgelt umgewandelt werden und diese ergänzt werden um 13,04 Euro Arbeitgeberzuschuss. Somit wird die Höhe der Zusage und der Beitrag des bestehenden Direktversicherungsvertrags nicht geändert sondern verbleibt bei 100 Euro. Die 13,04 Euro, um die die Entgeltumwandlung reduziert wurde, werden nun als Entgeltumwandlung in einen neuen Vertrag einbezahlt. Zusätzlich wird in diesen neuen Vertrag der Arbeitgeberanteil für die 13,04 Euro eingezahlt.
- 52 Es empfiehlt sich, dass der Arbeitgeber frühzeitig mit den involvierten externen Versorgungsträgern Kontakt aufnimmt und abstimmt, welche Variante für die konkreten Versicherungsverträge möglich sind. In vielen Altverträgen ist beispielsweise ein Recht zur Erhöhung des Beitrags nicht enthalten. Es ist somit wahrscheinlich, dass eine Erhöhung im bestehenden Vertrag nicht für alle Verträge möglich ist.

5.2.4 Erhöhung des Dotierungsvolumens

- 53 Der steuerfreie und sozialversicherungsfreie Dotierungsrahmen betrug vor Inkrafttreten des BRSG 4 % der Beitragsbemessungsgrenze der allgemeinen Rentenversicherung (West). Mit dem BRSG wurde der steuerfreie Dotierungsrahmen in § 3 Nr. 63 S. 1 EStG auf 8 % der Beitragsbemessungsgrenze angehoben. Diese Änderung erstreckt sich jedoch nicht auf die Sozialversicherungsfreiheit. Hier bleibt es weiter bei 4 % der Beitragsbemessungsgrenze.
- 54 Der Höchstbetrag nach § 3 Nr. 63 S. 1 EStG verringert sich jedoch um eventuelle Beträge, für die die Lohnsteuerpauschalierung gemäß § 40b EStG in Anspruch genommen wird.
- 55 Mit den Änderungen im Dotierungsvolumen möchte der Gesetzgeber zum einen Arbeitnehmern die Möglichkeit geben, höhere Beträge steuerfrei umwandeln zu können und somit ein höheres Versorgungsniveau im Rentenalter zu erreichen. Zum anderen dienen die Neuregelungen der Vereinfachung des steuerlichen Verwaltungsverfahrens.

5.2.5 Förderung für Geringverdiener

Mit einer Neuregelung in § 100 EStG hat der Gesetzgeber ein steuerliches Fördermodell spezifisch für Geringverdiener eingeführt. Mit dem sog. betriebliche-Altersversorgung-Förderbetrag reagiert der Gesetzgeber auf den Umstand, dass Geringverdienern häufig die finanziellen Mittel fehlen, um im Wege der Entgeltumwandlung eine substanzielle Betriebsrente aufzubauen (BT-Drs. 18/11286, S. 31). 56

Im Rahmen des Förderbetrags der betrieblichen Altersversorgung wird eine arbeitgeberfinanzierte betriebliche Altersversorgung durch steuerliche Anreize für den Arbeitgeber gefördert. Zahlt der Arbeitgeber für einen Geringverdiener einen Arbeitgeberbeitrag in Höhe von mindestens 240 € pro Kalenderjahr, so erhält der Arbeitgeber für diesen Arbeitgeberbeitrag einen Zuschuss von 30 % dieses Betrags. Der Arbeitgeberbeitrag kann bis zu 480 € pro Kalenderjahr betragen. Es findet somit – in Abhängigkeit von der Höhe des Arbeitgeberbeitrags – eine Förderung in Höhe von 72 bis 144 € statt (30 % von 240 bis 480 €). Unerheblich ist, in welchem Turnus der Arbeitgeber den Arbeitgeberbeitrag zahlt. Er kann ihn monatlich, vierteljährlich, halbjährlich, jährlich oder auch in unregelmäßigen Abständen entrichten (BMF-Schreiben, 6. 12. 2017, Steuerliche Förderung der Betrieblichen Altersversorgung, Rn. 119). 57

Voraussetzung für die Förderung ist, dass der Arbeitnehmer ein sog. Geringverdiener ist. Dies sind Personen mit einem Arbeitslohn von jährlich bis zu 26.400 € bzw. bis zu 2.200 € monatlich. Maßgeblich ist der Verdienst zum Zeitpunkt der Zahlung des Arbeitgeberbeitrags. Bei schwankenden Löhnen ist somit maßgeblich, dass im Monat der Beitragszahlung der Verdienst unterhalb von 2.200 € lag. Ein Beispiel (BMF-Schreiben, 6.12.2017, Steuerliche Förderung der Betrieblichen Altersversorgung, Rn. 115): Ein Arbeitnehmer verdient 2.150 € monatlich. Im August wird eine Gehaltserhöhung um 3 % auf 2.214,50 € rückwirkend zum 1.6. des Jahres vereinbart. In diesem Fall kann der Arbeitgeber, der den Arbeitgeberbeitrag monatlich zahlt, den Förderbetrag für die Monate Januar bis Juli in Anspruch nehmen. (Weitere Beispiele finden sich im BMF-Schreiben vom 6.12.2017, Steuerliche Förderung der Betrieblichen Altersversorgung, Rn. 112 bis 118.) 58

Beim Arbeitnehmer muss ein erstes Dienstverhältnis vorliegen, d.h. ein Dienstverhältnis im Rahmen der Steuerklassen I bis V. Hierdurch stellt der Gesetzgeber sicher, dass nicht für einen Arbeitnehmer der Förderbetrag für die betriebliche Altersversorgung mehrfach, nämlich für mehrere nebeneinander bestehende Dienstverhältnisse, genutzt wird (BT-Drs. 18/11286, S. 69). Weitere Voraussetzung ist, dass der Arbeitgeberbeitrag an eine Direktversicherung, eine Pensionskasse oder einen Pensionsfonds gezahlt wird. Zudem muss der Beitrag in sog. ungezillmerte Tarife fließen. Dies bedeutet, dass die Vertriebskosten gleichmäßig über alle Beiträge verteilt werden müssen und nicht ein größerer Teil zu Beginn des Versicherungsvertrages entnommen werden darf. Des Weiteren darf die Al- 59

ters-, Invaliditäts- und Hinterbliebenenleistung nur in Form laufender Zahlungen (Rente oder Auszahlungsplan) erfolgen und nicht als Kapitalleistung.

60 Erbringt ein Arbeitgeber für einen Arbeitnehmer einen Arbeitgeberbeitrag i.S.v. § 100 EStG, so wird dies nicht auf das Dotierungsvolumen gemäß § 3 Nr. 63 EStG angerechnet. Das gesamte steuerfreie Dotierungsvolumen in Höhe von 8 % der Beitragsbemessungsgrenze bleibt somit für zusätzliche Vorsorge erhalten.

61 In der Praxis stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber die Förderung nach § 100 EStG auch für den verpflichtenden Arbeitgeberzuschuss nach § 1a Abs. 1a BetrAVG nutzen kann. Der Frage liegt der Fall zugrunde, dass ein Beschäftigter, der die Kriterien des Geringverdieners i.S.v. § 100 EStG erfüllt, Entgelt über eine Direktversicherung, Pensionskasse oder einen Pensionsfonds umwandelt. Der Arbeitgeber ist dann verpflichtet, den 15 %igen Arbeitgeberzuschuss zu zahlen. Der 15 %ige Arbeitgeberzuschuss ist jedoch der pauschalierte Ausgleich für die ersparten Sozialversicherungsbeiträge des Arbeitgebers. Daher wird der Zuschuss steuerlich wie die zugrunde liegende Entgeltumwandlung behandelt. Für den Zuschuss kann der Arbeitgeber nicht die Förderung nach § 100 EStG in Anspruch nehmen (BMF-Schreiben, 6.12.2017, Steuerliche Förderung der Betrieblichen Altersversorgung, Rn. 112).

62 Hat ein Arbeitgeber bereits in der Vergangenheit Arbeitgeberbeiträge gewährt, so kann für diese Beiträge die Förderung nach § 100 EStG nicht genutzt werden, § 100 Abs. 2 S. 2 EStG. Der Gesetzgeber möchte vermeiden, dass es zu einer Entlastung des Arbeitgebers kommt, ohne dass zusätzliche Mittel mindestens in Höhe des staatlichen Zuschusses für den Arbeitnehmer zur Verfügung gestellt werden. Solche Mitnahmeeffekte möchte der Gesetzgeber vermeiden, da sie nicht dem Ziel dienen, den Arbeitgeber zu zusätzlichen Arbeitgeberbeträgen zu motivieren (BT-Drs. 18/11286, S. 69). Leistet der Arbeitgeber jedoch einen Beitrag über den bisherigen Arbeitgeberbeitrag hinaus, so ist eine Förderung möglich. Der Förderbetrag der betrieblichen Altersversorgung ist jedoch der Höhe nach auf diesen zusätzlichen Beitrag beschränkt. Referenzjahr ist stets das Jahr 2016.

63 Ein Beispiel (BMF-Schreiben, 6.12.2017, Steuerliche Förderung der Betrieblichen Altersversorgung, Rn. 127): Ein Arbeitgeber zahlt bereits einen Arbeitgeberbeitrag in Höhe von 200 € pro Jahr. Im Jahr 2018 erhöht er diesen Beitrag auf 240 €. Aufgrund der Erhöhung erreicht der Arbeitgeberbeitrag die Mindestbeitragsgrenze von 240 €. Das Kriterium des Mindestbeitrags ist somit erfüllt. Der Förderbetrag der betrieblichen Altersversorgung würde, wenn der Arbeitgeberbeitrag in Gänze erst 2018 eingeführt worden wäre, 30 % von

240 €, somit 72 € betragen. Da der Unterschied zwischen der bereits bestehenden Arbeitgeberfinanzierung und dem neuen Beitrag jedoch nur 40 € beträgt, erfolgt gemäß § 100 Abs. 2 S. 2 EStG eine Begrenzung der Förderung auf 40 €. Im Ergebnis wird der Aufstockungsbetrag somit in vollem Umfang über den Förderbetrag der betrieblichen Altersversorgung finanziert. (Weitere Praxisbeispiele finden sich im BMF-Schreiben vom 6.12.2017, Steuerliche Förderung der Betrieblichen Altersversorgung, Rn. 127 bis 130.)

Für Arbeitgeber stellt sich die Frage, ob sie zwischen Geringverdienern i.S.v. § 100 EStG und Arbeitnehmern mit einem höheren Einkommen differenzieren dürfen. Nach dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ist eine Differenzierung dann möglich, wenn es einen sachlichen Grund für die Differenzierung gibt.

64

Weder das Gesetz noch die Gesetzesmaterialien gehen ausdrücklich auf diese Fragestellung ein. Betrachtet man jedoch den vom Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung angegebenen Zweck, nämlich die spezielle Förderung der Versorgung gerade bei Geringverdienern, so spricht dies für die Zulässigkeit einer Differenzierung. Wäre der Arbeitgeber aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes gezwungen, allen Arbeitnehmern einen Arbeitgeberbeitrag zukommen zu lassen, so würde dies vermutlich dazu führen, dass der Arbeitgeber das Instrumentarium nicht nutzen würde. Zum einen wäre der Kreis der Empfänger des Arbeitgeberbeitrags größer. Zum anderen könnte er für Mitarbeiter, die ein Gehalt oberhalb der Schwelle des § 100 EStG beziehen, keine Förderung in Anspruch nehmen. Dies würde den Anreiz für den Arbeitgeber deutlich verringern. Der Gesetzeszweck spricht somit dafür, dass auch arbeitsrechtlich eine Differenzierung zwischen den Arbeitnehmern in Abhängigkeit von der Höhe ihres Gehalts zulässig ist.

65

Dieser Argumentation folgend dürfte es auch zulässig sein, dass ein Arbeitnehmer, wenn er die Verdienstgrenzen des § 100 EStG überschreitet, aus dem Kreis der Förderberechtigten herausfällt und keinen Arbeitgeberbeitrag mehr erhält. Bei der Gestaltung der Zusage sollte der Arbeitgeber darauf achten, dass für diesen Fall eine eindeutige Regelung getroffen wird.

66

5.2.6 Keine Anrechnung auf Grundsicherung

Änderungen enthält das BRSG des Weiteren in Bezug auf die Anrechnung von Leistungen der betrieblichen Altersversorgung auf die Grundsicherung. Hier hat der Gesetzgeber Freibeträge eingeführt. In § 82 SGB XII ist geregelt, dass bei der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung ein Betrag aus einer zusätzlichen Altersvorsorge in Höhe von 100 € monatlich zuzüglich 30 % des diesen Betrags übersteigenden Einkommens nicht angerechnet wird. Der Freibetrag ist gedeckelt auf 50 % der Regelbedarfsstufe 1.

67

- 68 Zur zusätzlichen Altersvorsorge i.S.v. § 82 SGB XII zählen nicht nur Leistungen aus der betrieblichen Altersversorgung, sondern auch Leistungen aus privaten Riester- und Basisrenten sowie Renten, die von der gesetzlichen Rentenversicherung für Zeiten einer freiwilligen Versicherung gezahlt werden.
- 69 Mit dieser Maßnahme möchte der Gesetzgeber einen Anreiz setzen, auch bei niedrigen Einkommen Vorsorge zu betreiben. Anders als vor dem BRSG soll sich durch Schaffung der Freibeträge eine Vorsorge auch für die Personen lohnen, die voraussichtlich im Alter auf die Grundsicherung angewiesen sein werden. Der Gesetzgeber möchte hiermit auch ein gesamtgesellschaftliches Signal setzen. Dieses soll es auch Sozialpartnern erleichtern, Tarifverträge über betriebliche Altersversorgung mit Breitenwirkung auch für Geringverdiener zu vereinbaren (BT-Drs. 18/11286, S. 48).

5.2.7 Doppelverbeitragung

- 70 Für Riester-Verträge im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung hat der Gesetzgeber mit dem BRSG eine Neuregelung zur Vermeidung einer Doppelverbeitragung geschaffen. Gemäß der Neuregelung in § 229 Abs. 1 S. 1 Nr. 5, Halbs. 2 SGB V werden in der Leistungsphase die Leistungen nicht mehr mit Beiträgen zur gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung belastet.

5.2.8 Fortführung von Rückdeckungsversicherungen

- 71 Mit § 8 Abs. 3 BetrAVG schafft der Gesetzgeber eine Möglichkeit für den Arbeitnehmer, im Insolvenzfall des Arbeitgebers in eine bestehende Rückdeckungsversicherung als Versicherungsnehmer einzutreten. Der Arbeitnehmer hat somit das Wahlrecht zwischen dem schon vor dem BRSG bestehenden Anspruch gegen den Pensions-Sicherungs-Verein als Träger der Insolvenzversicherung und dem mit dem BRSG kodifizierten Übertragungsanspruch. Steuerrechtlich ist die Neuregelung von § 3 Nr. 65 S. 1 EStG flankiert: Der Erwerb der Ansprüche aus der Rückdeckungsversicherung ist steuerfrei (BMF-Schreiben, 6.12.2017, Steuerliche Förderung der Betrieblichen Altersversorgung, Rn. 54).
- 72 Der Arbeitnehmer tritt anstelle des Arbeitgebers bzw. der Unterstützungskasse als Versicherungsnehmer in den Rückdeckungsversicherungsvertrag ein. Sein Recht auf Fortsetzung des Vertrages mit eigenen Beiträgen muss sich hierbei im Rahmen der versicherungsvertraglichen Regelungen bewegen. Wurde der Versicherungsvertrag beispielsweise bereits beitragsfrei gestellt und ist nach den Versicherungsbedingungen eine Wiederaufnahme der Beitragszahlung nicht mehr möglich, weil bspw. bereits entsprechende Fristen abgelaufen sind, so kann der Arbeitnehmer auch nach der Übernahme keine Beiträge mehr in den Vertrag einzahlen.

5.2.9 Weitere Änderungen

Neben den zuvor dargestellten Änderungen enthält das BRSG weitere Neuerungen, die jedoch für die betriebliche Altersversorgung von geringerer Bedeutung sind: 73

- Im Jahr 2015 hat der Gesetzgeber die Regelung in § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG im Hinblick auf die Anpassungsprüfungspflicht im Durchführungsweg Pensionskasse geändert. Mit einer im Rahmen des BRSG vorgenommenen Änderung in § 30c BetrAVG stellt der Gesetzgeber nun klar, dass die Regelung auch für Anpassungszeiträume gilt, die vor dem Inkrafttreten der Änderung des § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG liegen.
- Wenn ein Arbeitsverhältnis ein oder mehrere Kalenderjahre ruht, so kann der Arbeitnehmer für diese Jahre steuerfreie Nachdotierungen vornehmen. Maximal kann die Nachdotierung für 10 Jahre erfolgen.
- Die Vervielfältigungsregel in § 3 Nr. 63 S. 4 EStG ist vereinfacht worden. Aus Anlass der Beendigung des Arbeitsverhältnisses können Beiträge in Höhe von 4 % der Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung, multipliziert mit der Anzahl der Kalenderjahre, in denen das Arbeitsverhältnis bestanden hat, steuerfrei geleistet werden. Die Anzahl der berücksichtigungsfähigen Jahre ist auf 10 gedeckelt.
- Bislang war in § 150 VVG geregelt, dass es bei Kollektivversicherungen im Bereich der betrieblichen Altersversorgung nicht der schriftlichen Einwilligungserklärung der versicherten Person bedarf. Im Rahmen des BRSG wird nunmehr klargestellt, dass die schriftliche Einwilligung auch dann nicht erforderlich ist, wenn es sich um ein Einzelgeschäft im Bereich der betrieblichen Altersversorgung handelt.
- Die Grundzulage für Riester-Verträge wird von 154 € auf 175 € angehoben. Weitere Änderungen in Bezug auf Riester-Verträge betreffen Änderungen infolge des Investmentsteuergesetzes, des Verfahrens bei der Gewährung von Kinderzulagen, der Zulagenverwaltung, bei Wohnriester und bei der Abfindung von Kleinbetragsrenten.

Matthias Ginkel

Begründung der Versorgungszusage (Rechtsbegründungsakte)

Kapitel II

Inhalt

1 Allgemeines	41
2 Individualrechtliche Rechtsbegründungsakte	43
2.1 Einzelzusage	43
2.2 Gesamtzusage	44
2.2.1 Entstehung der Gesamtzusage	45
2.2.2 Mitbestimmung	45
2.3 Vertragliche Einheitsregelung	47
2.4 Betriebliche Übung	47
2.4.1 Entstehung der betrieblichen Übung	48
2.4.2 Ausschluss der betrieblichen Übung	49
2.4.2.1 Doppelte Schriftformklausel	50
2.4.2.2 Freiwilligkeitsvorbehalt	51
2.4.3 Beseitigung der betrieblichen Übung	52
2.5 Gleichbehandlungsgrundsatz	53
2.5.1 Grundsätze	53
2.5.2 Verhältnis von AGG und BetrAVG	54
2.5.3 Praxishinweis und Beispiele	55
3 Kollektivrechtliche Rechtsbegründungsakte	57
3.1 Betriebsvereinbarung	57
3.1.1 Mitbestimmung durch Betriebsrat	58
3.1.2 Kündigung und Nachwirkung	58
3.2 Tarifvertrag	60
4 Besonderheiten im Konzern	63
5 Kollision mehrerer Rechtsbegründungsakte	65
5.1 Günstigkeitsprinzip	65
5.2 Tarifkollision	66
5.3 Zeitkollisionsregel	66

1 Allgemeines

Die betriebliche Altersversorgung gewinnt als zweite Säule im Gesamtsystem der Altersversorgung neben der gesetzlichen Rente (erste Säule) eine immer größere Bedeutung (BT-Drs. 18/12612, S. 28). Dennoch gibt es keinen Automatismus, wonach ein Arbeitnehmer einen Rechtsanspruch auf Leistungen aus der betrieblichen Altersversorgung erlangt. Ein solcher Anspruch setzt vielmehr die Erteilung einer gesonderten Versorgungszusage durch den Arbeitgeber voraus (BAG v. 13.7.1956, 1 AZR 492/54; BGH v. 18.12.1954, II ZR 281/53; Höfer/Reinhard, Bd. I, Kap. 4, Rn. 1; BRO/Rolfs, Anh. zu § 1 BetrAVG, Rn. 2). Die Versorgungszusage ist das Ergebnis eines entsprechenden Rechtsbegründungsaktes. Sie bildet die Rechtsgrundlage, aus welcher der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber die Zahlung einer Betriebsrente geltend machen kann. 1

Über die Gewährung einer Betriebsrente entscheidet grundsätzlich allein der Arbeitgeber, da es sich bei Leistungen der betrieblichen Altersversorgung um freiwillige zusätzliche Leistungen handelt (BAG v. 19.4.2016, 3 AZR 526/14; BAG v. 17.9.2013, 3 AZR 686/11; BAG v. 12.2.2013, 3 AZR 100/11). Dieser Grundsatz der Freiwilligkeit wird jedoch durch den Anspruch des Arbeitnehmers auf Entgeltumwandlung nach § 1a BetrAVG durchbrochen. Hinzu kommt, dass Versorgungszusagen nach § 17 Abs. 3 BetrAVG auch in (allgemeinverbindlichen) Tarifverträgen kodifiziert sein können, wodurch der Aspekt der Freiwilligkeit ebenfalls eingeschränkt ist (BRO/Rolfs, § 1 BetrAVG, Rn. 42). Die Freiwilligkeit der Leistungsgewährung ist daher auch keine Voraussetzung zur Anwendung des Betriebsrentengesetzes (BAG v. 26.6.1990 – 3 AZR 641/88; BRO/Rolfs, Bd. I, Kap. 2, Rn. 38). 2

Der Arbeitgeber ist grundsätzlich frei in der Entscheidung, ob und in welcher Höhe er Leistungen in der betrieblichen Altersversorgung erbringt. 3

Die Versorgungszusage bedarf mangels gesetzlicher Anordnung keiner besonderen Form, kann also grundsätzlich auch mündlich wirksam erteilt werden (BGH v. 20.12.1993 – II ZR 217/92; Höfer/Reinhard, Bd. I, Kap. 4, Rn. 13 f.; MAH ArbR/Leisbrock, § 36, Rn. 21). Das Schriftformerfordernis des § 6a Abs. 1 Nr. 3 EStG hat ausschließlich steuerrechtliche Relevanz und keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der Versorgungszusage als solche. Ebenso ohne Bedeutung für die Wirksamkeit der Versorgungszusage sind die Vorschriften des Nachweisgesetzes, wonach der Arbeitgeber spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederzulegen hat (§ 2 Abs. 1 S. 1 NachwG; Höfer/Reinhard, Bd. I, Kap. 4, Rn. 17). Der Arbeitgeber wird aber höchstens Wert auf die schriftliche Abfassung der Versorgungszusage legen, um den Pensionsverpflichtungen steuermindernde Rückstellungen gegenüberstellen zu können, den Anforderungen des Nachweisgesetzes zu genügen und die Beweisbarkeit der Inhalte der Pensionszusage 4

sicherzustellen (Höfer/Reinhard, Bd. I, Kap. 4, Rn. 10; UFOD/Grünhagen, § 4 BetrAVG, Rn. 37).

- 5 Bei den Rechtsbegründungsakten wird zwischen den individualrechtlichen und den kollektivrechtlichen unterschieden.

2 Individualrechtliche Rechtsbegründungsakte

Bei den individualrechtlichen Versorgungszusagen handelt es sich rechtskonstruktiv um Ergänzungen des zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer bestehenden Arbeitsvertrages. Insoweit unterliegen diese Versorgungszusagen dem Regelungsregime des allgemeinen Zivilrechts, insbesondere jenem des Dienstvertragsrechts der §§ 611 ff. BGB (Höfer/Reinhard, Bd. I, Kap. 4, Rn. 4). 6

Zu den individualrechtlichen Rechtsbegründungsakten gehören Einzelzusage, Gesamtzusage, vertragliche Einheitsregelung, betriebliche Übung und Ansprüche aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung.

2.1 Einzelzusage

Die Einzelzusage ist der einzige Rechtsbegründungsakt, der individuell zwischen dem Arbeitgeber und einem konkreten Arbeitnehmer vereinbart wird. Zu den Arbeitnehmern i.S.d. § 1 Abs. 1 BetrAVG gehören auch Berufsausbildungsverhältnisse (§ 17 Abs. 1 S. 1 BetrAVG). Von den anderen individualrechtlichen Rechtsbegründungsakten unterscheidet sich die Einzelzusage dadurch, dass sie keinen kollektiven Bezug aufweist (UFOD/Uckermann, bAV, Kap. 4, Rn. 4). 7

Aufgrund ihres ausschließlich individuellen Charakters kann die Versorgungsleistung im Rahmen der Einzelzusage maßgeschneidert auf die Besonderheiten des jeweiligen Arbeitsverhältnisses angepasst werden. Vor diesem Hintergrund sind Einzelzusagen häufig dort anzutreffen, wo es um die Versorgung von Arbeitnehmern in exponierter Stellung geht, also bei Vorstandsmitgliedern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten (BRO/Rolfs, Anh. zu § 1 BetrAVG, Rn. 3; UFOD/Uckermann, bAV, Kap. 4, Rn. 4; exemplarisch in BAG v. 12.8.2014, 3 AZR 764/12). Geschäftsführer und Vorstände sind zwar keine Arbeitnehmer i.S.d. § 1 Abs. 1 BetrAVG. Die §§ 1 bis 16 des Betriebsrentengesetzes sind aber über § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG auf sie als Nicht-Arbeitnehmer ebenso anzuwenden, wie etwa auf Rechtsanwälte und Steuerberater, die für ein fremdes Unternehmen als Selbständige tätig sind (BGH v. 13.7.2006, IX ZR 90/05). Auf Allein- und Mehrheitsgesellschafter ist das Betriebsrentengesetz hingegen nicht anwendbar (BGH v. 28.4.1980, II ZR 254/78; BFH v. 18.8.2016, VI R 18/13; ErfK/Preis, § 17 BetrAVG, Rn. 9). 8

Das Zustandekommen der Versorgungszusage setzt übereinstimmende Willenserklärungen der Arbeitsvertragsparteien voraus, also ein Angebot des Arbeitgebers und eine Annahmeerklärung des Arbeitnehmers, §§ 145 ff. BGB. Beide Willenserklärungen können entweder ausdrücklich, oder konkludent erfolgen (BRO/Rolfs, Anh. zu § 1 BetrAVG, Rn. 4). Da das Angebot des Arbeitgebers den Arbeitnehmer typischerweise ausschließlich begünstigt, muss insbesondere der Arbeitnehmer seine Annahme gegenüber dem Arbeitgeber nicht ausdrücklich erklären, 9

§ 151 BGB (BAG v. 24.1.2006 – 3 AZR 583/04; BAG v. 13.3.1975 – 3 AZR 446/74; UFOD/Uckermann, bAV, Kap. 4, Rn. 5). Die Vorschrift des § 151 BGB macht nur die Verlautbarung der Annahmeerklärung gegenüber dem Arbeitgeber entbehrlich. Die Annahme als solche bleibt gleichwohl erforderlich, kann demnach aber auch konkludent, also durch schlüssiges Handeln des Arbeitnehmers, erfolgen. Das ist bereits dann anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer das Vertragsangebot nicht nach außen erkennbar ablehnt (BGH v. 12.10.1999 – XI ZR 24/99; BAG v. 15.5.2012 – 3 AZR 610/11).

- 10 Der rein begünstigende Charakter der Versorgungszusage ist fraglich beim Anspruch auf Entgeltumwandlung nach § 1a BetrAVG, da hier der Arbeitnehmer keine zusätzlichen Leistungen des Arbeitgebers erhält, sondern eigene Leistungen erbringt. Im Falle der Entgeltumwandlung sollte daher nicht auf die ausdrückliche Annahmeerklärung des Arbeitnehmers verzichtet werden (UFOD/Uckermann, bAV, Kap. 4, Rn. 5).
- 11 Vorsicht ist geboten bei sog. Blankettzusagen. Eine Blankettzusage liegt vor, wenn der Arbeitgeber die Versorgungszusage zwar noch nicht in allen Einzelheiten konkretisiert, aber erkennbar den Willen gebildet hat, eine Versorgungszusage erteilen zu wollen (BAG v. 19.11.2002 – 3 AZR 406/01; Höfer/Reinhard, Bd. I, Kap. 4, Rn. 10). Das Risiko einer solchen Blankettzusage besteht darin, dass die spätere Ausgestaltung und Konkretisierung der Versorgungszusage nach billigem Ermessen erfolgt und dabei nicht nur die Vorgaben des Arbeitgebers, sondern auch die billigenwerten Vorstellungen und Erwartungen der Arbeitnehmer zu berücksichtigen sind (BAG v. 19.11.2002 – 3 AZR 406/01; BAG v. 23.11.1978 – 3 AZR 708/77; Höfer/Reinhard, Bd. I, Kap. 4, Rn. 10). Die im Streitfall vom Gericht nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB vorzunehmende Billigkeitskontrolle unterliegt naturgemäß erheblichen Unsicherheiten. Der sorgfältige Arbeitgeber wird daher alles unterlassen, woraus sich ein objektiver Wille zur Erteilung von Versorgungszusagen ableiten lässt, ohne zuvor die Versorgungsbedingungen umfassend zu regeln.

2.2 Gesamtzusage

- 12 Will der Arbeitgeber der gesamten Belegschaft, oder bestimmten nach abstrakten Merkmalen definierten Gruppen innerhalb der Belegschaft eine Versorgungszusage erteilen, kann er dies über die Gesamtzusage erreichen (zum Begriff: BAG v. 20.8.2014 – 10 AZR 453/13; ErfK/Preis, § 611 BGB, Rn. 218). Durch die Erteilung einer Gesamtzusage entsteht eine Mehrzahl von Individualverträgen mit gleichlautendem Inhalt (ErfK/Preis, § 611 BGB, Rn. 218). Vor diesem Hintergrund ist die Gesamtzusage individualrechtlicher Natur und weist einen kollektiven Bezug auf (BAG v. 16.9.1986 – GS 1/82). Mit ihr kann im Betrieb eine allgemeine Ordnung geschaffen werden, nach der alle erfassten Arbeitnehmer einheitlich zu beurteilen sind (BAG v. 15.2.2005 – 9 AZR 116/04).

2.2.1 Entstehung der Gesamtzusage

Der Arbeitgeber kann das Angebot auf Erteilung einer Gesamtzusage in allgemeiner Form abgeben, etwa durch Aushang am schwarzen Brett, oder durch Bekanntgabe im Intranet (BAG v. 16.9.1986 – GS 1/82). Die Arbeitnehmer müssen die Möglichkeit haben, das Angebot des Arbeitgebers unter gewöhnlichen Umständen zur Kenntnis zu nehmen. Auf die tatsächliche Kenntnisnahme durch den einzelnen Arbeitnehmer kommt es dabei nicht an. Ausreichend ist bereits die Verlautbarung gegenüber den Arbeitnehmern in ihrer Eigenschaft als begünstigte Gruppe (BAG v. 17.11.2009 – 9 AZR 765/08; BAG v. 15.2.2005 – 9 AZR 116/04; BAG v. 10.12.2002 – 3 AZR 671/01). Die ausdrückliche Erklärung der Annahme durch den einzelnen Arbeitnehmer ist nach § 151 BGB entbehrlich (BAG v. 16.9.1986 – GS 1/82; BAG v. 15.2.2005 – 9 AZR 116/04; BAG v. 10.12.2002 – 3 AZR 671/01).

Im Falle ihres Zustandekommens wird die im Wege der Gesamtzusage erteilte Versorgungszusage Bestandteil des Arbeitsvertrages (ErfK/Preis, § 611 BGB, Rn. 218). Das Angebot des Arbeitgebers erfasst dabei auch solche Arbeitnehmer, die erst nach der erstmaligen Erteilung der Gesamtzusage in das Unternehmen eintreten (BAG v. 20.8.2014 – 10 AZR 453/13; BAG v. 23.9.2009 – 5 AZR 628/08; ErfK/Preis, § 611 BGB, Rn. 218). Aus Arbeitgebersicht sollte die in allgemeiner Form erteilte Gesamtzusage daher zwingend mit einem Änderungs- und Widerrufsvorbehalt versehen werden, da sich bereits erteilte Zusagen ansonsten nur durch den Ausspruch einer Änderungskündigung oder Abschluss eines Änderungsvertrages beseitigen lassen (BAG v. 20.8.2014 – 10 AZR 453/13; BAG v. 14.6.1995 – 5 AZR 126/94).

Der Widerruf der Gesamtzusage erfolgt wie die Erteilung derselben: Erforderlich, aber auch ausreichend ist es, dass der Widerruf in allgemeiner Form erklärt wird und die Arbeitnehmer die Möglichkeit haben, unter gewöhnlichen Umständen von dem Widerruf Kenntnis zu nehmen (BAG v. 24.1.2006 – 3 AZR 583/04). Auch ohne Widerrufsvorbehalt ist es aber möglich, die Gesamtzusage zumindest für die Zukunft zu widerrufen und damit ab einem bestimmten Stichtag neu eintretende Arbeitnehmer von der Begünstigung auszuschließen (BAG v. 23.9.2009 – 5 AZR 628/08).

2.2.2 Mitbestimmung

Wegen des kollektiven Bezuges der Gesamtzusage hat der Betriebsrat in bestimmten Fällen ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 oder Nr. 10 BetrVG (ErfK/Preis, § 611 BGB, Rn. 218, Höfer/Reinhard, Bd. I, Kap. 8, Rn. 1 ff.). In Betrieben, in denen ein Betriebsrat gebildet ist, kann der Arbeitgeber daher nur eingeschränkt über die Ausgestaltung der betrieblichen Altersversorgung entscheiden.

- 17 Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG betrifft die Form, Ausgestaltung und Verwaltung von Sozialeinrichtungen. Ob eine Sozialeinrichtung vorliegt, hängt von der Art des gewählten Durchführungsweges ab. Wenn die Versorgungsleistungen über eine Unterstützungskasse oder eine Pensionskasse erbracht werden, die Altersversorgung also aus einem zweckgebundenen Sondervermögen geleistet wird, handelt es sich um eine Sozialeinrichtung im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG (BAG v. 26.4.1988 – 3 AZR 168/86; BAG v. 18.3.1976 – 3 ABR 32/75; BAG v. 12.6.1975 – 3 ABR 13/74). Bei einem Pensionsfond kann es sich in Abhängigkeit der konkreten Ausgestaltung um eine Sozialeinrichtung handeln (Richardi BetrVG/Richardi, § 87 BetrVG, Rn. 850). Die Direktversicherung ist mangels Institutionalisierung keine Sozialeinrichtung in diesem Sinne, sodass ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG nicht besteht (BAG v. 18.3.1976 – 3 ABR 32/75). Dasselbe gilt für die Direktzusage.
- 18 Auch wenn der Sache nach ein Mitbestimmungsrecht besteht, kann der Arbeitgeber vier konkrete Vorentscheidungen eigenständig treffen, ohne dabei den Betriebsrat beteiligen zu müssen. Dazu gehört erstens die Entscheidung, ob überhaupt finanzielle Mittel zur betrieblichen Altersversorgung aufgebracht werden sollen. Zweitens kann der Arbeitgeber allein entscheiden, welchen Durchführungsweg er wählt und ob die Versorgung über eine Sozialeinrichtung erfolgen soll (BAG v. 26.4.1988 – 3 AZR 168/86). Diese Wertung folgt bereits aus § 88 Nr. 2 BetrVG, wonach die Errichtung von Sozialeinrichtungen nur der freiwilligen Mitbestimmung unterliegt. Der Arbeitgeber ist drittens frei in der Entscheidung, in welcher Höhe er finanzielle Mittel aufwenden will und welche Zwecke er damit verfolgt (BAG v. 26.4.1988 – 3 AZR 168/86; Höfer/Reinhard, Bd. I, Kap. 8, Rn. 23). Und viertens kann der Arbeitgeber den Kreis der begünstigten Arbeitnehmer eigenständig bestimmen. Er kann demgemäß entweder einzelne Arbeitnehmer begünstigen, oder für verschiedene Arbeitnehmergruppen nach abstrakten Merkmalen unterschiedliche Leistungen vorsehen, soweit dies im Einklang mit dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz geschieht (vgl. insgesamt zur Mitbestimmungsfreiheit: BAG v. 18.3.1976 – 3 ABR 32/75; Richardi BetrVG/Richardi, § 87 BetrVG, Rn. 842 ff.; ErfK/Kania, § 87 BetrVG, Rn. 73). Spiegelbildlich zur mitbestimmungsfreien Errichtung der Sozialeinrichtung kann der Arbeitgeber ebenso eigenständig über die Schließung und die Änderung des Zwecks der Sozialeinrichtung entscheiden (BAG v. 9.12.2008 – 3 AZR 384/07; BAG v. 26.4.1988 – 3 AZR 168/86). Freilich darf er dabei grundsätzlich nicht in bereits unverfallbare Anwartschaften zum Nachteil der Arbeitnehmer eingreifen.
- 19 Der zwingenden Mitbestimmung unterliegt aber die Festlegung des Verteilungsplanes. Der Arbeitgeber hat daher den Betriebsrat zu beteiligen, wenn es um die konkrete Gestaltung des Leistungs- oder Verteilungsplanes geht (BAG v. 21.1.2003 – 3 AZR 30/02; BAG v. 26.4.1988 – 3 AZR 168/86; Höfer/Reinhard, Bd. I, Kap. 8, Rn. 58). Hierbei kann es zu Überschneidungen des Mitbestimmungsrechtes aus § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG und § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG kommen. Bei der Frage der Ausgestaltung des Verteilungsplanes handelt es sich um einen Aspekt der betrieblichen Lohngestaltung, die der Mitbestimmung nach