

Steuerrecht der betrieblichen Altersversorgung • ohne Aktualisierungsservice

Mit arbeitsrechtlicher Grundlegung

Bearbeitet von

Prof. Dr. Dr. Wolfgang Förster, RA Dr. Peter Ahrend, StB RA Norbert Rößler

Loseblattwerk mit 35. Aktualisierung 2015. Loseblatt. Rund 2226 S. In 2 Ordern

ISBN 978 3 504 25636 4

Format (B x L): 16,5 x 23,5 cm

[Steuern](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Leseprobe zu



Ahrend/Förster/Rößler
Steuerrecht der betrieblichen Altersversorgung
(Grundwerk mit Fortsetzungsbezug für mindestens 2 Jahre)

Mit arbeitsrechtlicher Grundlegung

Grundwerk in 2 Bänden, Ordner Leinen, Handbuch, 16,5 x 23,5cm
ISBN 978-3-504-25635-7
189,00 €

beschäftigt ist, eine Versorgungsleistung verspricht, liegt betriebliche Altersversorgung nur dann vor, wenn über die Zusage hinaus eine unmittelbare (arbeitsrechtliche) Vertragsbeziehung zwischen Zusagen dem und Begünstigtem besteht. Ein ruhendes Arbeitsverhältnis, wie häufig bei **konzerninterner Versendung**, reicht aus. Hiervon zu unterscheiden ist eine Haftung für Verbindlichkeiten anderer Konzern gesellschaften, die etwa im Vertragskonzern (vgl. § 302 AktG), aber auch bei faktischer Konzernierung in der Fallgruppe der **Existenzver nichtungshaftung**¹ bestehen kann.

119–129 frei

II. Begründung betrieblicher Versorgungsansprüche

1. Grundsatz

- 130 Betriebliche Versorgungsansprüche bedürfen einer Rechtsgrundlage. Diese Rechtsgrundlage kann entweder einzelvertraglichen oder kollektivrechtlichen Ursprungs sein. Ein Anspruch auf betriebliche Versorgungsleistungen kann sich jedoch auch aus dem arbeitsrechtlichen Tatbestand einer betrieblichen Übung oder aus Gleichbehandlungs gesichtspunkten ergeben. Die Voraussetzungen, nach denen eine bestehende Zusage verändert werden kann, hängen davon ab, wie die Zusage erteilt wurde.

131–134 frei

2. Einzelvertragliche Regelungen

- 135 Einzelvertragliche Vereinbarungen kommen nach den allgemeinen Regeln des Vertragsrechts (Angebot und Annahme) zustande. Die Annahmeerklärung des Arbeitnehmers kann nach § 151 Satz 1 BGB konkudent erfolgen, da die Versorgungszusage den Arbeitnehmer besser stellt. Einzelvertragliche Versorgungszusagen werden Bestandteil des Arbeitsvertrags.

Die maßgeblichen **inhaltlichen Regelungen** zu Höhe und Ausgestaltung der zugesagten Versorgung sind grundsätzlich in der einzelvertraglichen Vereinbarung **unmittelbar** zu treffen. Abweichend davon kann die Zusage insoweit jedoch auch vollständig oder teilweise auf andere Regelungen **verweisen**, die der Arbeitgeber selbst oder ggf. sogar dritte Parteien getroffen haben. Diese Verweisung kann auf einen bestimmten Stand dieser Regelungen oder auf die jeweilige Fassung

1 Etwa BGH v. 16.7.2007 – II ZR 3/04, NJW 2007, 2689.

dieser Regelungen (**Jeweiligkeitssklausel**) erfolgen. Verweisungsregelungen – auch dynamische – sind nicht überraschend nach § 305c Abs. 1 BGB.¹ Überdies kommt eine Versorgungszusage auch zustande, wenn ein Arbeitgeber dem Grunde nach eine Versorgung zusagt, ohne den Inhalt der zugesagten Versorgung zu regeln. Dies wird als **Blankettzusage** bezeichnet. Die inhaltliche Ausgestaltung der Blankettzusage ist durch den Arbeitgeber nach billigem Ermessen (§ 315 Abs. 3 BGB) vorzunehmen. Entspricht die Festlegung nicht dem billigen Ermessen oder nimmt der Arbeitgeber sie nicht vor, wird die Bestimmung durch Urteil getroffen. Blankettzusagen sind von Konstellationen abzugrenzen, in denen ein Arbeitgeber keine Zusage dem Grunde nach abgibt, sondern sich seine Entscheidung noch vorbehält und damit eine Zusage lediglich unverbindlich in Aussicht stellt.

Einzelvertragliche Regelungen können **arbeitsrechtlich formfrei** abgeschlossen werden. Da betriebliche Versorgungszusagen als Entgelt einzuordnen sind, greifen weder die Formvorschrift für Schenkungen (§ 518 Abs. 1 BGB) noch jene für Leibrentenversprechen (§ 761 BGB). Das Schriftformerfordernis nach § 2 Abs. 1 NachwG ist zwar einschlägig, berührt die Wirksamkeit der Versorgungszusage aber nicht. Ungeachtet dessen ist eine schriftliche Fixierung einzelvertraglicher Regelungen schon aus Gründen der Rechtssicherheit dringend zu empfehlen. **Steuerrechtlich** ist die Schriftform für die Bildung von Pensionsrückstellungen vorgeschrieben (§ 6a Abs. 1 Nr. 3 EStG; vgl. dazu auch 2. Teil Rz. 406 ff.).

Ist eine einzelvertragliche Regelung aus sich heraus nicht ausreichend konkretisierbar, ist sie nach §§ 133, 157 BGB **auszulegen**. Bei einzelvertraglichen Regelungen, auf die die §§ 305 ff. BGB anwendbar sind, sind dabei die für allgemeine Geschäftsbedingungen maßgeblichen Auslegungsgrundsätze heranzuziehen.²

Das **Verhältnis zu einschlägigen kollektiven Regelungen** (Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen) richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen des Rangprinzips bzw. des Günstigkeitsprinzips. Nach dem Rangprinzip gehen kollektive Regelungen einzelvertraglichen Regelungen grundsätzlich vor. Eine für den Arbeitnehmer nachteilige Abweichung von kollektivrechtlichen Regelungen bzw. ein Verzicht auf Rechte aus diesen ist in deren Anwendungsbereich nur mit Zustimmung des Betriebsrats (§ 77 Abs. 4 Satz 2 BetrVG) bzw. in einem gerichtlich von den Tarifvertragsparteien gebilligten Vergleich (§ 4 Abs. 4 Satz 1 TVG) möglich. Nach dem Günstigkeitsprinzip (vgl. z.B.

1 BAG v. 16.2.2010 – 3 AZR 181/08, DB 2010, 1833.

2 Z.B. BAG v. 19.1.2011 – 3 AZR 621/08, DB 2011, 1338.

§ 4 Abs. 3 TVG) gehen jedoch für den Arbeitnehmer günstigere einzelvertragliche Regelungen einschlägigen Kollektivregelungen vor.

139–144 frei

3. Vertragliche Einheitsregelungen und Gesamtzusagen

- 145 Erhalten Arbeitnehmer jeweils einzelvertragliche Regelungen, die inhaltlich strukturell übereinstimmen, wird dies als **vertragliche Einheitsregelung** bezeichnet. Bei vertraglichen Einheitsregelungen ist die Einigung regelmäßig durch eine Unterschrift des Arbeitnehmers dokumentiert.
- 146 Eine **Gesamtzusage** liegt vor, wenn ein Arbeitgeber einseitig bekannt gibt, dass er jedem Arbeitnehmer, der die von ihm abstrakt festgelegten Voraussetzungen erfüllt, eine bestimmte Leistung gewährt. Der Arbeitnehmer erwirbt einen einzelvertraglichen Anspruch auf diese Leistung, wenn er die vom Arbeitgeber genannten Anspruchsvoraussetzungen erfüllt, ohne dass es einer gesonderten Erklärung der Annahme des in der Zusage enthaltenen Angebots bedarf (§ 151 Satz 1 BGB). Gesamtzusagen werden bereits dann wirksam, wenn sie gegenüber den Arbeitnehmern in einer Form verlautbart werden, die den einzelnen Arbeitnehmer typischerweise in die Lage versetzt, von der Erklärung Kenntnis zu nehmen (z.B. „schwarzes Brett“).¹ Bei Gesamtzusagen ist die Einigung regelmäßig nicht dokumentiert.
- 147 Vertragliche Einheitsregelungen und Gesamtzusagen sind formal einzelvertragliche Regelungen. Folgerichtig gelten die dortigen Ausführungen hinsichtlich des Zustandekommens und der Formfreiheit entsprechend. Zudem werden auch vertragliche Einheitsregelungen und Gesamtzusagen Bestandteil des Arbeitsvertrags. Die Besonderheit liegt darin, dass bei vertraglichen Einheitsregelungen und Gesamtzusagen jeweils eine Vielzahl von Arbeitnehmern gleichlautende Versorgungszusagen erhält. Die formell einzelvertragliche Regelung hat damit materiell-rechtlich einen **kollektivrechtlichen Bezug**. Dies wirkt sich auf die Auslegungskriterien (objektivierte Auslegung als typisierte Willenserklärungen)² aus und führt zu einer erleichterten Ablösbarkeit (zur Ablösung von vertraglichen Einheitsregelungen und Gesamtzusagen vgl. Rz. 520 ff.).³

148–149 frei

1 BAG v. 13.12.2011 – 3 AZR 852/09, DB 2012, 984; vgl. auch BAG v. 22.12.2009 – 3 AZR 136/08, DB 2010, 1074.

2 BAG v. 13.12.2011 – 3 AZR 852/09, DB 2012, 984; vgl. auch BAG v. 22.12.2009 – 3 AZR 136/08, DB 2010, 1074.

3 BAG v. 16.9.1986 – GS 1/82, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972.

4. Kollektivrechtliche Regelungen

Als kollektivrechtliche Rechtsgrundlagen kommen insbesondere Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen und Sprecherausschussvereinbarungen in Betracht. 150

frei 151–154

4.1 Begründung durch Tarifvertrag

Tarifverträge werden zwischen Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden oder einzelnen Arbeitgebern (Haustarifverträge) abgeschlossen. Sie regeln u.a. Rechtsnormen, die den **Inhalt von Arbeitsverhältnissen** betreffen (§ 1 Abs. 1 TVG). Hierzu zählen auch betriebliche Versorgungszusagen. 155

Der Tarifvertrag bedarf gem. § 1 Abs. 2 TVG der **Schriftform**. Werden Tarifverträge für allgemein verbindlich erklärt oder die Allgemeinverbindlichkeit aufgehoben, bedarf dies nach § 5 Abs. 7 TVG der öffentlichen Bekanntmachung.

Tarifverträge gelten für die **tarifgebundenen** Mitglieder der Tarifvertragsparteien (also gewerkschaftsangehörige Arbeitnehmer und Arbeitgeber, die dem betreffenden Arbeitgeberverband angehören oder die bei Haustarifverträgen selbst Tarifvertragspartei sind) nach § 3 Abs. 1 TVG **unmittelbar und zwingend**. Dies hat zur Folge, dass nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers von ihnen abgewichen werden darf. Der unmittelbar und zwingend geltende Tarifvertrag wird gerade nicht Bestandteil des Arbeitsvertrags. Wenn ein Tarifvertrag für **allgemein verbindlich** erklärt wurde, erfassen seine Rechtsnormen in seinem Geltungsbereich nach § 5 Abs. 4 TVG auch die bisher nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer unmittelbar und zwingend. Nach Ablauf eines Tarifvertrags (z.B. nach Kündigung, Austritt aus dem Arbeitgeberverband) gelten seine Rechtsnormen nach § 4 Abs. 5 TVG weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden (Nachwirkung). Während der Nachwirkung setzt sich jedoch die unmittelbare und zwingende Geltung nicht fort, in dieser Phase sind einzelvertragliche Abweichungen möglich. Tarifvertragliche Regelungen gelten auch für ausgeschiedene Arbeitnehmer und Betriebsrentner.¹ 156

Überdies kann die Geltung der Regelungen eines Tarifvertrags **einzelvertraglich vereinbart** werden. Dabei kann, sofern dies deutlich zum Ausdruck gebracht wird, auf einen bestimmten Stand eines Tarifvertrags oder – was üblicher ist und im Zweifel angenommen wird² – auf

1 Z.B. BAG v. 27.2.2007 – 3 AZR 734/05, DB 2007, 1763.

2 Z.B. BAG v. 21.1.1992 – 3 AZR 21/91, DB 1992, 1051.

den jeweiligen Stand des Tarifvertrags Bezug genommen werden (Jeweiligkeitsklausel). Soweit Tarifverträge kraft einzelvertraglicher Vereinbarung gelten, gelten sie nicht unmittelbar und zwingend.

- 157 Die Tarifparteien sind bei der Ausgestaltung ihrer Vertragswerke nach dem Rangprinzip an **höherrangige Rechtsnormen**, d.h. an die Verfassung und an zwingende Gesetze, gebunden. Praktisch relevant sind hier insbesondere Gleichbehandlungsregelungen (vgl. dazu Rz. 180). Während einige Normen des BetrAVG zwingend sind, lässt § 17 Abs. 3 Satz 1 BetrAVG von anderen Normen des BetrAVG eine Abweichung auch zulasten des Arbeitnehmers durch Tarifvertrag ausdrücklich zu. Hinsichtlich der Entgeltumwandlung von Entgeltansprüchen, die auf einem Tarifvertrag beruhen, gibt § 17 Abs. 5 BetrAVG vor, dass diese durch einen Tarifvertrag vorgesehen oder zugelassen sein muss.

Zum Verhältnis von Tarifverträgen zu einzelvertraglichen Regelungen vgl. Rz. 138. Zum Verhältnis von Tarifverträgen zu Betriebsvereinbarungen vgl. Rz. 165.

- 158 Der für die betriebliche Altersversorgung relevante normative Teil von Tarifverträgen ist wegen seiner unmittelbaren und zwingenden Geltung **wie ein Gesetz auszulegen**,¹ die §§ 133, 157 BGB sind nicht einschlägig.
- 159 frei

4.2 Betriebsvereinbarung

- 160 Betriebsvereinbarungen sind Vereinbarungen zwischen dem Arbeitgeber und dem zuständigen Betriebsrat (Einzelbetriebsrat, Gesamtbetriebsrat oder Konzernbetriebsrat). Sie können über Aspekte geschlossen werden, bei denen der Betriebsrat erzwingbare Mitbestimmungsrechte hat, d.h., bei denen ohne eine Einigung nach § 87 Abs. 2 BetrVG die Einigung durch den Spruch der Einigungsstelle ersetzt werden kann. Ebenso können sie als freiwillige Betriebsvereinbarungen nach § 88 BetrVG über Aspekte geschlossen werden, bei denen keine erzwingbaren Mitbestimmungsrechte bestehen. Die betriebliche Altersversorgung ist als freiwillige Sozialleistung **teilmitbestimmt**. Das bedeutet, dass der Arbeitgeber insbesondere das „Ob“ einer Zusage und den Dotierungsrahmen einseitig festlegen kann, während hinsichtlich der Verteilungsgrundsätze (Leistungsplangestaltung) Mitbestimmungsrechte bestehen. Wegen Einzelheiten zur betrieblichen Mitbestimmung vgl. Rz. 330 ff.

1 Zu Einzelheiten vgl. BAG v. 13.12.2011 – 3 AZR 731/09, DB 2012, 984.

§ 77 Abs. 2 Sätze 1 und 2 BetrVG regeln für Betriebsvereinbarungen, die nicht auf einem Spruch der Einigungsstelle beruhen, die Schriftform. Nach § 77 Abs. 2 Satz 3 BetrVG sind Betriebsvereinbarungen an geeigneter Stelle im Betrieb auszulegen. Anders als die Schriftformvorgabe ist die Auslegung keine Wirksamkeitsvoraussetzung. 161

Betriebsvereinbarungen gelten **unmittelbar und zwingend** (§ 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG), sie werden also nicht Bestandteil des Arbeitsvertrags. 162

Der persönliche Anwendungsbereich von Betriebsvereinbarungen ist auf **Arbeitnehmer i.S.d. § 5 BetrVG** ausgerichtet. Insbesondere leitende Angestellte i.S.d. § 5 Abs. 3 und 4 BetrVG fallen damit nicht in den persönlichen Anwendungsbereich von Betriebsvereinbarungen – für diese Personengruppe ist der Sprecherausschuss zuständig, der Sprecherausschussvereinbarungen abschließen kann. Ob die Betriebsparteien auch eine Regelungskompetenz für unverfallbar ausgeschiedene frühere Arbeitnehmer und Betriebsrentner haben, hat das BAG wiederholt offengelassen.¹

Soweit Personen nicht in den unmittelbaren Anwendungsbereich einer Betriebsvereinbarung fallen, kann deren Geltung **einzelvertraglich vereinbart** werden. Dies zieht keine unmittelbare und zwingende Geltung der Rechtsnormen der Betriebsvereinbarung nach sich. Die Verweisung kann auf einen konkret definierten Stand einer Betriebsvereinbarung oder auf deren jeweils maßgebliche Fassung (Jeweiligkeitssklausel) hin formuliert werden.

Nach § 77 Abs. 6 BetrVG gelten Betriebsvereinbarungen bei erzwingbarer Mitbestimmung nach einer Kündigung weiter (Nachwirkung). Soweit eine Betriebsvereinbarung über betriebliche Altersversorgung vollständig gekündigt wird, besteht mangels Verteilungsentscheidung jedoch kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats. Folglich hat die Betriebsvereinbarung in dieser Konstellation **keine Nachwirkung**. Ungeachtet dessen fungiert eine gekündigte Betriebsvereinbarung jedoch nach den materiell-rechtlichen Grundsätzen der **Verhältnismäßigkeit und des Vertrauenschutzes** jedenfalls in dem nach der Kündigung materiell-rechtlich noch bestehenden Umfang weiterhin als Rechtsgrundlage für erworbene Besitzstände.² 163

Die **Auslegung** von Betriebsvereinbarungen richtet sich wegen des aus § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG folgenden normativen Charakters von 164

1 Vgl. z.B. BAG v. 28.6.2011 – 3 AZR 282/09, DB 2011, 2923; v. 10.2.2009 – 3 AZR 653/07, DB 2009, 1303.

2 BAG v. 15.2.2011 – 3 AZR 35/09, DB 2011, 1928.

Betriebsvereinbarungen nach den Grundsätzen der Gesetzesauslegung.¹

- 165 Betriebsvereinbarungen können nur abgeschlossen werden, wenn kein Tarifvertrag bzw. keine Tarifüblichkeit entgegensteht. Soweit ein einschlägiger Tarifvertrag über die betriebliche Altersversorgung besteht oder einschlägige tarifliche Regelungen insoweit üblich sind, kommt dem **Tarifvertrag** eine **Sperrwirkung** zu (§ 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG i.V.m. § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG, **Vorrangtheorie**). Etwas anderes gilt nur, wenn der Tarifvertrag den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zulässt (§ 77 Abs. 3 Satz 2 BetrAVG). Verstößt eine Betriebsvereinbarung gegen § 77 Abs. 3 BetrVG, so ist sie unwirksam, selbst wenn sie für den Arbeitnehmer günstiger sein sollte. Nur ausnahmsweise kann die unwirksame Betriebsvereinbarung in ihrem Inhalt in eine zusätzliche Gesamtzusage oder eine betriebliche Übung umgedeutet werden.
- 166 Zum Verhältnis zwischen Betriebsvereinbarungen und einzelvertraglichen Regelungen vgl. Rz. 138.

167–169 frei

4.3 Sprecherausschussvereinbarungen

- 170 Durch das SprAuG² besteht für den Arbeitgeber und den Sprecherausschuss der leitenden Angestellten die **Möglichkeit, freiwillig Richtlinien** über den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung der Arbeitsverhältnisse der leitenden Angestellten **zu vereinbaren** (§ 28 Abs. 1 SprAuG). Arbeitgeber und Sprecherausschuss können für eine Richtlinie ganz oder zum Teil auch eine unmittelbare und zwingende Wirkung vereinbaren (§ 28 Abs. 2 SprAuG). Es besteht damit die Möglichkeit, zu normativ wirkenden Vereinbarungen zwischen Arbeitgebern und den Vertretern der leitenden Angestellten ähnlich wie bei freiwilligen Betriebsvereinbarungen zu kommen. Allerdings ist anders als bei Betriebsvereinbarungen eine gesonderte Vereinbarung über die normative Wirkung erforderlich. Von einer normativ gelgenden Regelung kann grundsätzlich nur zugunsten der leitenden Angestellten abgewichen werden (§ 28 Abs. 2 Satz 2 SprAuG). Eine verschlechternde arbeitsvertragliche Vereinbarung ist nur mit Zustimmung des Sprecherausschusses möglich.

171–174 frei

1 BAG v. 27.7.2010 – 1 AZR 67/09, DB 2010, 2455.

2 Gesetz über Sprecherausschüsse der leitenden Angestellten (Sprecherausschussgesetz – SprAuG) v. 20.12.1988, BGBl. I 1988, 2312 (2316).

5. Betriebliche Übung als Anspruchsgrundlage

Betriebliche Versorgungsansprüche können auch durch betriebliche Übung begründet werden. Der Gesetzgeber hat die vorgesetzliche Rechtsprechung übernommen, indem er Versorgungsverpflichtungen aus betrieblicher Übung über § 1 Abs. 1b Satz 4 BetrAVG den vertraglich begründeten Versorgungsverpflichtungen gleichstellt.

175

Eine betriebliche Übung ist ein gleichförmiges und wiederholtes Verhalten des Arbeitgebers, aus dem die Arbeitnehmer schließen dürfen, ihnen werde eine bestimmte Leistung auch künftig gewährt (**Rechtsbindungswille**). Dem Verhalten des Arbeitgebers wird dabei eine konkludente Willenserklärung entnommen, die vom Arbeitnehmer gem. § 151 BGB angenommen werden kann, d.h., ohne dass die Annahmerklärung dem Arbeitgeber zugehen muss.¹ Wie häufig die freiwillige Leistung gewährt werden muss, um eine betriebliche Übung hervorzurufen, ist eine Frage des Einzelfalls, bei der neben dem tatsächlichen Verhalten des Arbeitgebers auch Art, Bedeutung und Begleitumstände der üblich gewordenen Leistung zu berücksichtigen sind – bei laufenden Leistungen der betrieblichen Altersversorgung hat das BAG eine Gewährung über einen Zeitraum von fünf bis acht Jahren für ausreichend erachtet.²

Praktisch entscheidend ist, inwieweit Arbeitnehmer – bzw. Betriebsrentner, für die betriebliche Übungen ebenfalls gelten³ – einem Verhalten des Arbeitgebers (regelmäßig der freiwilligen Gewährung von Leistungen) unter Berücksichtigung von Treu und Glauben sowie der Verkehrssitte gem. § 242 BGB und der Begleitumstände einen **Rechtsbindungswillen des Arbeitgebers** entnehmen dürfen. Dies ist etwa nicht der Fall, wenn der Arbeitgeber aufgrund einer bestehenden anderweitigen Rechtsgrundlage leistet, wenn der Arbeitgeber eine bestehende Rechtsgrundlage unrichtig anwendet⁴ oder wenn der Arbeitgeber aufgrund einer irrtümlich angenommenen anderweitigen Rechtsgrundlage leistet und die Arbeitnehmer diesen Irrtum teilen.⁵ Ebenso kann nicht auf einen Rechtsbindungswillen des Arbeitgebers geschlossen werden, wenn dieser die freiwillig gewährte Leistung unter einen rechtlich wirksamen Vorbehalt gestellt hat. Das BAG stellt

1 BAG v. 15.5.2012 – 3 AZR 610/11, NZA 2012, 1279 – Rz. 56; v. 23.8.2011 – 3 AZR 650/09, DB 2012, 528.

2 BAG v. 15.5.2012 – 3 AZR 610/11, NZA 2012, 1279 – Rz. 58; vgl. auch BAG v. 19.2.2008 – 3 AZR 61/06, NZA-RR 2008, 597.

3 BAG v. 23.8.2011 – 3 AZR 650/09, DB 2012, 528.

4 BAG v. 22.1.2002 – 3 AZR 554/00, AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972.

5 BAG v. 23.8.2011 – 3 AZR 650/09, DB 2012, 528.

dabei vor dem Hintergrund der nunmehr auch auf Formulararbeitsverträge anzuwendenden §§ 305 ff. BGB zunehmend höhere Anforderungen daran, wie entsprechende Vorbehalte zu formulieren sind.¹

- 176 Liegen die Voraussetzungen der betrieblichen Übung vor, wird diese Inhalt des Arbeitsvertrags. Damit gelten die Ausführungen zur **Formfreiheit** bei einzelvertraglichen Versorgungszusagen (Rz. 136) entsprechend. Praktisch wichtig ist, dass Schriftformklauseln in Arbeitsverträgen betrieblichen Übungen regelmäßig nicht entgegenstehen. Die Vertragsparteien können das für eine Vertragsänderung vereinbarte **einfache Schriftformerfordernis** jederzeit schlüssig und formlos aufheben. Das ist sogar dann möglich, wenn die Vertragsparteien bei ihrer mündlichen Abrede an die Schriftform überhaupt nicht gedacht haben.² In vorformulierten Arbeitsverträgen verwendete **doppelte Schriftformklauseln** sind unwirksam, da durch sie der Eindruck entsteht, es gelte nicht der Vorrang der Individualabrede (§ 305b BGB).³
- 177 Zur Beendigung von Ansprüchen aus betrieblicher Übung vgl. Rz. 530 ff.

178–179 frei

6. Grundsatz der Gleichbehandlung und AGG

- 180 § 1b Abs. 4 Satz 1 BetrAVG stellt deklaratorisch klar, dass Versorgungsverpflichtungen auch auf „dem Grundsatz der Gleichbehandlung“ beruhen können. Spezielle Rechtsgrundlagen, nach denen Gleichbehandlung gefordert werden kann, sind sowohl im europäischen als auch im deutschen Recht vorhanden.
- 181 Relevante Gleichbehandlungsregeln des **Europarechts** sind Art. 21 der **EU-Grundrechtecharta**, der die Nichtdiskriminierung wegen diverser, nicht abschließend aufgezählter Merkmale vorsieht, von denen für die betriebliche Altersversorgung das Geschlecht, das Alter und die sexuelle Ausrichtung relevant sind, und Art. 23 der EU-Grundrechtecharta (Gleichheit von Männern und Frauen). Zudem gibt Art. 157 AEUV vor, dass Männern und Frauen für gleiche oder gleichwertige Arbeit **gleiches Entgelt** zusteht. Betriebliche Altersversorgung wird als Entgelt angesehen. Zudem kann einzelnen europäischen

1 Einzelheiten z.B. bei BAG v. 14.9.2011 – 10 AZR 526/10, DB 2012, 179, mit weiteren Rspr.-Nachweisen; v. 8.12.2010 – 10 AZR 671/09, DB 2011, 1279.

2 BAG v. 14.9.2011 – 10 AZR 526/10, DB 2012, 179, mit weiteren Rspr.-Nachweisen.

3 BAG v. 20.5.2008 – 9 AZR 382/07, DB 2008, 2365.

Richtlinien für die betriebliche Altersversorgung Bedeutung zukommen, hervorzuheben ist hierbei die Gleichbehandlungsrichtlinie (RL 2006/54/EG).¹

Das **GG** sieht in seinem Art. 3 neben dem allgemeinen Gleichheitssatz in dessen Abs. 1 spezifisch die Gleichberechtigung von Männern und Frauen (Abs. 2) vor und verbietet die Benachteiligung wegen diverser, explizit angeführter Merkmale, von denen für die betriebliche Altersversorgung das **Geschlecht** relevant ist. Art. 6 Abs. 5 GG verpflichtet den Gesetzgeber, **nicht eheliche Kinder** mit ehelichen Kindern gleichzustellen.

182

Nach **deutschem Gesetzesrecht** verbieten etwa die §§ 7i.V.m. 1 **AGG** die Benachteiligung wegen diverser, abschließend aufgezählter Merkmale, von denen für die betriebliche Altersversorgung das **Geschlecht**, das **Alter** und die **sexuelle Identität** relevant sind. Nach § 2 Abs. 2 Satz 2 AGG gilt für die betriebliche Altersversorgung das **BetrAVG**. Diese Gesetzespassage ist ausweislich des BAG als Kollisionsregelung² zu verstehen, nach der Regelungen des BetrAVG – auch wenn sie nach AGG-relevanten Merkmalen differenzieren – als Spezialregelungen Vorrang haben. Aspekte, die im BetrAVG nicht unmittelbar geregelt sind, sind demgegenüber nach dem AGG zu beurteilen. Liegen die Voraussetzungen des § 10 Satz 3 Nr. 4 AGG vor, ist eine Differenzierung nach dem Alter gerechtfertigt. Abgesehen davon sind unmittelbare Benachteiligungen nach § 3 Abs. 1 AGG stets unzulässig, während mittelbare Benachteiligungen nach § 3 Abs. 2 AGG gerechtfertigt sein können, wenn ein sachlicher Rechtfertigungsgrund vorliegt. Nach § 15 AGG zieht ein Verstoß gegen die dort genannten Merkmale einen individuellen Anspruch auf Entschädigung und Schadenersatz nach sich. Überdies führt ein Verstoß gegen das AGG – wie jeder Verstoß gegen eine zwingende gesetzliche Regelung – insoweit zu einer Unwirksamkeit der entsprechenden Passage in der Versorgungsregelung. § 7 Abs. 2 AGG stellt dies ausdrücklich klar. Folge der Unwirksamkeit von Regelungen, die Versorgungszusagen begrenzen, ist, dass auch die Personen, die ausgeschlossen werden sollten, die betreffenden Versorgungsleistungen verlangen können (z.B. Hinterbliebene aus eingetragenen Lebenspartnerschaften).

1 Europäisches Parlament und Rat v. 5.7.2006 – 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung), ABl. EU Nr. L 204 v. 26.7.2006, 23.

2 BAG v. 11.12.2007 – 3 AZR 249/06, DB 2008, 766.

Nach § 4 Abs. 1 TzBfG darf ein teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer nicht wegen der **Teilzeit** benachteiligt werden. Damit müssen diese Arbeitnehmer grundsätzlich entsprechend dem Anteil ihrer Tätigkeit gegenüber einem Vollzeitbeschäftigte zeitanteilig von der Versorgung erfasst werden. Regelmäßig liegt in der Benachteiligung teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer zugleich auch eine mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts, da regelmäßig eher Frauen als Männer in Teilzeit arbeiten.

Zwar verbietet § 4 Abs. 2 TzBfG, befristet beschäftigte Arbeitnehmer wegen der **Befristung** zu benachteiligen. In der betrieblichen Altersversorgung wird jedoch der Umstand, dass befristet beschäftigte Arbeitnehmer regelmäßig nur vorübergehend bei einem Arbeitgeber beschäftigt sind, grundsätzlich als Rechtfertigung dafür gesehen, diese von Versorgungszusagen auszunehmen. Nach einer Entfristung und der damit einhergehenden Aufnahme in das Versorgungswerk müssen jedoch auch die Zeiten der befristeten Beschäftigung versorgungssteigernd berücksichtigt werden.¹

§ 75 BetrVG verpflichtet die Betriebspartner dazu, die Einhaltung der Grundsätze von Recht und Billigkeit zu beachten und sicherzustellen, dass Personen nicht aufgrund nicht abschließend spezifisch angeführter Merkmale benachteiligt werden, von denen für die betriebliche Altersversorgung das Alter, das Geschlecht und die sexuelle Identität relevant sind.

- 183 Für die betriebliche Altersversorgung sind aus den vorstehend skizzierten europarechtlichen und nationalen gesetzlichen Gleichbehandlungsvorgaben vor allem die Verbote der Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts, des Alters und der sexuellen Orientierung relevant.

Ungleichbehandlungen wegen des **Geschlechts** sind unzulässig, was bspw. für Altersgrenzen², Hinterbliebenenleistungen auch an Witwer³ und die Tarife privater Lebensversicherungsunternehmen⁴ ausjudiziert ist. Offen ist aktuell insbesondere, ob die Entscheidung zu Tarifen privater Lebensversicherungsunternehmen auch für die betriebliche Altersversorgung anwendbar ist.⁵

1 BAG v. 27.1.1998 – 3 AZR 415/96, DB 1998, 2328.

2 Vgl. EuGH v. 17.5.1990 – Rs. C-262/88 – Barber, DB 1990, 1824.

3 Vgl. BAG v. 5.9.1989 – 3 AZR 575/88, DB 1989, 2615; vgl. dazu auch EuGH v. 9.10.2001 – Rs. C-379/99 – Menauer, DB 2002, 279.

4 EuGH v. 1.3.2011 – Rs. C-236/09 – Test Achats, DB 2011, 821.

5 Dagegen insbesondere Leitlinien der EU-Kommission v. 13.1.2012 – 2012/C 11/01, ABl. EU Nr. C 11 v. 13.1.2012, 1; dafür etwa *Birk*, DB 2011, 819; *Birk*, BetrAV 2012, 7; zusammenfassend zum Meinungsstand *Raulf*, BetrAV 2012, 641.

Ungleichbehandlungen wegen der **sexuellen Orientierung** werden praktisch bei der Herausnahme von Partnern in eingetragenen Lebenspartnerschaften aus der Hinterbliebenenversorgung relevant.¹

Ungleichbehandlungen wegen des **Alters** in der betrieblichen Altersversorgung sind bislang nur am Rande durch Gerichte behandelt worden. Bspw. sieht das BAG die Herausnahme nach dem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis geschlossener Ehen aus der Hinterbliebenenversorgung² und die zeitratierliche Berechnungsmethode bei unverfallbaren Anwartschaften³ als zulässig an.

Soweit keine spezialgesetzliche Gleichbehandlungsregelung eingreift, kann auf den **arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz** zurückgegriffen werden. 184

Einem Arbeitgeber, der aufgrund einer **abstrakten Regelung** eine freiwillige Leistung nach einem erkennbar **generalisierenden Prinzip** gewährt, ist es danach verwehrt, einzelne Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern ohne sachlichen Grund vom Erhalt dieser Leistung auszunehmen. Dabei verbietet der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz nicht nur die willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer innerhalb einer Gruppe, sondern auch eine sachfremde Gruppenbildung. Arbeitnehmer werden dann nicht sachfremd benachteiligt, wenn sich nach dem Zweck der Leistung Gründe ergeben, die es unter Berücksichtigung aller Umstände rechtfertigen, diesen Arbeitnehmern die den anderen Arbeitnehmern gewährte Leistung vorzuenthalten.

Dagegen ist die Differenzierung dann sachfremd, wenn es für die unterschiedliche Behandlung keine billigenwerten Gründe gibt. Diese müssen auf vernünftigen, einleuchtenden Erwägungen beruhen und dürfen nicht gegen höherrangige Wertentscheidungen verstossen. Eine Gruppenbildung ist nur dann gerechtfertigt, wenn die Unterscheidung einem legitimen Zweck dient und zur Erreichung dieses Zwecks erforderlich und angemessen ist. Steht eine Gruppenbildung fest, hat der Arbeitgeber die Gründe für die Differenzierung offenzulegen und so substanziert darzutun, dass die Beurteilung möglich ist, ob die Gruppenbildung sachlichen Kriterien entspricht. Soweit die Unterscheidungsmerkmale nicht ohne Weiteres erkennbar sind und der Arbeit-

1 Grundlegend EuGH v. 1.4.2008 – Rs. C 267/06 – Maruko, DB 2008, 996; zusammenfassend BAG v. 15.9.2009 – 3 AZR 294/09, NZA 2010, 216; v. 15.9.2009 – 3 AZR 797/08, DB 2010, 231.

2 BAG v. 20.4.2010 – 3 AZR 509/08, DB 2010, 2000; vgl. dazu auch BVerfG v. 1.3.2010 – 1 BvR 2584/06, NJW 2010, 3773.

3 BAG v. 19.7.2011 – 3 AZR 434/09, DB 2012, 294.

geber die Differenzierungsgesichtspunkte nicht darlegt oder die unterschiedliche Behandlung nach dem Zweck der Leistung nicht gerechtfertigt ist, kann die benachteiligte Arbeitnehmergruppe verlangen, nach Maßgabe der begünstigten Arbeitnehmergruppe behandelt zu werden. Allerdings begrenzt der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz um des Schutzes der Arbeitnehmer willen nur die Gestaltungsmacht des Arbeitgebers. Er greift deshalb auch nur dort ein, wo der Arbeitgeber durch gestaltendes Verhalten ein eigenes Regelwerk oder eine eigene Ordnung schafft, nicht hingegen bei bloßem – auch vermeintlichem – Normenvollzug.¹

- 185 Unzulässig wegen Verstoßes gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ist bspw., für Zeiten nach dem 1.7.1993 zwischen Arbeitern und Angestellten zu differenzieren², Zweitarbeitsverhältnisse aus Versorgungszusagen auszunehmen³ oder (ohne weitere im Versorgungsbedarf angelegte Unterschiede) zwischen Außen- und Innendienstmitarbeitern zu differenzieren⁴. Gründe, dass an sich unzulässige Differenzierungen im Einzelfall doch für zulässig erachtet wurden, sind etwa ein unterschiedlicher Versorgungsbedarf, unterschiedliche Qualifikation⁵ oder die Kompensation für einen Verzicht auf Vorteile an anderer Stelle, soweit dadurch keine Überkompensation herbeigeführt wird.⁶
- 186 Die Gleichbehandlungsvorgaben gebieten nur, dass **derselbe Versorgungsträger** sachwidrige Ungleichbehandlungen unterlässt. Schaltet ein Arbeitgeber verschiedene Versorgungsträger ein, ist es damit grundsätzlich zulässig, dass diese jeweils unterschiedliche Wertungen treffen. Verstößt jedoch eine durch irgendeinen eingeschalteten externen Versorgungsträger getroffene Wertung gegen Gleichbehandlungsvorgaben, hat der Arbeitgeber der gleichbehandlungswidrig von Leistungen ausgeschlossenen Personengruppe diese Leistungen jedenfalls nach § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG zu verschaffen bzw. diese – etwa bei fehlender Versicherbarkeit – selbst zu erbringen. Unter bestimmten Umständen haftet der externe Versorgungsträger neben dem Arbeitgeber als Gesamtschuldner. Dies ist dann der Fall, wenn der betreffende Arbeitnehmer in die externe Versorgungseinrichtung aufgenom-

1 BAG v. 6.7.2011 – 4 AZR 596/09, NZA 2011, 1426.

2 BAG v. 16.2.2010 – 3 AZR 216/09, NZA 2010, 701.

3 BAG v. 22.11.1994 – 3 AZR 349/94, DB 1995, 930.

4 BAG v. 20.7.1993 – 3 AZR 52/93, DB 1994, 102; v. 17.2.1998 – 3 AZR 783/96, DB 1998, 1139; v. 17.2.1998 – 3 AZR 578/96, DB 1998, 1239.

5 Z.B. BAG v. 17.2.1998 – 3 AZR 783/96, DB 1998, 1139.

6 BAG v. 13.4.2011 – 10 AZR 88/10, NZA 2011, 1047.

men worden ist und die Ungleichbehandlung aus deren Regelungen folgt.¹

frei 187–199

III. Gestaltungsformen betrieblicher Altersversorgung

1. Legaldefinition

Gem. § 1 Abs. 1 BetrAVG müssen die Leistungen der betrieblichen Altersversorgung dem Arbeitnehmer „zugesagt“ worden sein. Damit hat der Gesetzgeber die unmittelbare Versorgungszusage des Arbeitgebers an seinen Arbeitnehmer zum Bestandteil seiner Begriffsbestimmung gemacht.

Nach § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG kann die betriebliche Altersversorgung zudem über die in § 1b Abs. 2 bis 4 BetrAVG genannten Versorgungsträger erfolgen. Das sind Unterstützungskassen, Pensionskassen, Pensionsfonds und Direktversicherungen. Werden diese Versorgungsträger eingeschaltet, bestehen folgende Rechtsbeziehungen:

Zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer besteht das **Valutaverhältnis**, aus dem die Versorgungszusage resultiert. 201

Zwischen Arbeitgeber und den in § 1b Abs. 2 bis 4 BetrAVG genannten Versorgungsträgern besteht das sog. **Deckungsverhältnis**, in dem der Arbeitgeber die Voraussetzungen dafür herbeiführt, dass eine Leistung des jeweiligen Versorgungsträgers an den Arbeitnehmer erfolgen kann. 202

Zwischen dem Arbeitnehmer und dem jeweiligen Versorgungsträger besteht das sog. **Vollzugsverhältnis**. Bei Pensionskassen, Pensionsfonds und Direktversicherungen hat der Arbeitnehmer jeweils einen Rechtsanspruch auf die zugesagte Versorgungsleistung gegen die vorgenannten Versorgungsträger. Hier ergeben sich bei Unterstützungs- kassen Besonderheiten gegenüber den drei anderen möglichen Durchführungswegen, dazu Rz. 210 ff. Sollte der durch den Arbeitgeber eingeschaltete Versorgungsträger die zugesagte Versorgungsleistung nicht erbringen können, sieht § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG vor, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Versorgung zu verschaffen bzw. diese selbst zu erbringen hat (**Subsidiärhaftung**). 203

Die relevanten rechtlichen Unterschiede zwischen den Durchführungswegen liegen im Wesentlichen nicht im Arbeitsrecht, sondern im 204

1 Einzelheiten in BAG v. 16.2.2010 – 3 AZR 216/09, NZA 2010, 701; vgl. auch EuGH v. 9.10.2001 – Rs. C-379/99 – Menauer, DB 2002, 279.