

## Betriebsrentengesetz: BetrAVG

Kommentar

Bearbeitet von

Begründet von Prof. Dr. Wolfgang Blomeyer, Fortgeführt von Prof. Dr. Christian Rolfs, und Dr. Klaus Otto,  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Vereidigter Buchprüfer

7. Auflage 2018. Buch. XXXII, 2090 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 71888 5

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Arbeitsrecht > Betriebliche Altersversorgung](#)

Zu [Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

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.

aber nicht die Mindesthöhe, die zu Beginn der Auszahlungsphase festgesetzt wird und für die der ArbGeb einsteht (BT-Drs. 18/6673, 9).

Bei **reinen Beitragszusage** (Abs. 2 Nr. 2a) sind nur laufende Zahlungen des Pensionsfonds zulässig (§ 22 Abs. 1 Satz 1)

Die Gewährung von **Invaliditätsleistungen** ist kein zwingendes Kriterium für die Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb eines Pensionsfonds. Jedoch muss einem ArbN die zugesagte Rente wegen Alters auch dann gewährt werden, wenn er bereits vor Erreichen des Rentenalters infolge Erwerbsminderung aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden ist (BAG 18.3.1986 – 3 AZR 641/84, AP BetrAVG § 1 Wartezeit Nr. 16 = NZA 1986, 715). Eine Beschränkung der Leistungen wegen Alters auf ArbN, die die vereinbarte Altersgrenze als „Aktive“ erleben, ist unzulässig (Höfer ua/Höfer Kap. 3 Rn. 161).

**Leistungen an Hinterbliebene** müssen nicht Gegenstand der Pensionsfonds-Zusage sein, ihre Existenz ist aber unschädlich. So kann der Pensionsfonds bspw. klassische Witwen-, Witwer- und Waisenrenten vorsehen, aber auch eine Renten-Mindestbezugsdauer, bei der die Hinterbliebenen oder die Erben in die Rechtsstellung des ArbN eintreten, wenn dieser vor Ablauf der Mindestbezugsdauer verstirbt.

## 2. Funktion der Pensionsfonds

Pensionsfonds sind ein zusätzliches Angebot an ArbGeb und ArbN für einen weiteren Durchführungs weg in der betrieblichen Altersversorgung. Dieser eröffnet die Möglichkeit, traditionelle und moderne Förderungen für die betriebliche Altersversorgung miteinander zu kombinieren (BT-Drs. 14/5150, 42). Erklärtes Ziel der Einführung war es, bestehende Anwartschaften in den internen Durchführungs wegen aufgrund einer Direktzusage oder einer Unterstützungskasse steuer- und beitragsfrei auf **den Pensionsfonds** zu übertragen. Damit sollte es den Unternehmen, die sich am internationalen Kapitalmarkt finanzieren, ermöglicht werden, ihre Pensionsrückstellungen auszulagern, so ihre Eigenkapitalrelationen zu verbessern und letztlich günstigere Finanzierungskonditionen zu erhalten. Das alles ist vor dem Hintergrund der Internationalisierung der Rechnungslegungsstandards zu sehen. Für die ArbN ergibt sich der Vorteil, dass sie einen Rechtsanspruch gegenüber dem Pensionsfonds erhalten und ihre Ansprüche bei einem Wechsel des ArbGeb mitnehmen können. Pensionsfonds sind nicht zu verwechseln mit der fondsgebundenen Lebensversicherung (dazu → § 1b Rn. 172 f.), die das Versorgungskapital zwar auch auf dem Kapitalmarkt anlegt, aber trotzdem eine Lebensversicherung darstellt.

Außerdem werden **Beitragszusagen des ArbGeb ermöglicht** (Höfer/de Groot DB 2014, 291 540 [543]), wenn auch nur mit einer vom ArbGeb zu garantierenden Mindestleistung. Die erhöhte Kalkulationssicherheit des ArbGeb sollte zu einer Erhöhung der Attraktivität der betrieblichen Altersversorgung insb. auch bei kleinen und mittelgroßen ArbGeb beitragen und damit die Breitenwirkung der betrieblichen Altersversorgung erweitern. Der Gesetzgeber dachte auch an eine flexible Gestaltung von Beiträgen etwa derart, dass sich der ArbGeb verpflichtet, einen bestimmten Teil des Betriebsergebnisses pro Geschäftsjahr in den Pensionsfonds einzuzahlen (Förster ua/Löschhorn § 1b Rn. 67). Damit würde dann der Pensionsfonds planungssicher und zugleich flexibel.

Dem Pensionsfonds wird eine **größere Freiheit bei der Vermögensanlage** eingeräumt, allerdings verbunden mit einer Verpflichtung zu einem internationalen Standards entsprechenden Risiko-Management. „Durch Liberalisierung von Anlageschutzregelungen bekommt er größere Anlagefreiheiten, die sich grds. nach dem Vorsichtsprinzip und allgemeinen Regeln zur Streuung, Mischung und dem Grundsatz der Erfüllbarkeit von Verpflichtungen richten werden“ (BT-Drs. 14/5150, 43). Die Solvabilität des Pensionsfonds wird aufsichtsbehördlich überwacht.

### 3. Rechtsform und Rechtsnatur

- 293 Pensionsfonds sind rechtlich selbständige Einrichtungen, die dem ArbN einen Rechtsanspruch auf ihre Leistungen gewähren. Nach § 237 Abs. 3 Nr. 1 VAG sind nur die Rechtsformen AG, SE und VVaG zugelassen, nicht aber öffentlich-rechtliche Gestaltungsformen. Sie stehen den versicherungsförmigen Durchführungswegen nahe, da sie das Risiko der Langlebigkeit, ggf. auch das Risiko der Invalidität oder der Hinterbliebenenversorgung und bei laufenden Renten auch das Kapitalanlagerisiko absichern. Daher werden sie weitgehend wie Versicherungsunternehmen behandelt. Sie unterliegen – unbeschadet der möglichen Übertragung der Aufsicht auf Landesbehörden – der Aufsicht durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin).
- 294 Die Leistungen der Pensionsfonds richten sich nach den **Pensionsplänen**. Es handelt sich um „die im Rahmen des Geschäftsplanes ausgestalteten Bedingungen zur planmäßigen Leistungserbringung im Versorgungsfall“ (§ 237 Abs. 3 Nr. 2 VAG). Wie sich bereits aus § 236 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VAG ergibt, können Altersversorgungsleistungen sowie Leistungen in Form der Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung vorgesehen werden. Die Pensionspläne der Pensionsfonds können entweder beitragsbezogen iSd Abs. 2 Nr. 2 oder leistungsbezogen gem. Abs. 1 Satz 1 bzw. Abs. 2 Nr. 1 ausgestaltet werden. **Beitragsbezogen** ist ein Pensionsplan, wenn eine Beitragszusage mit Mindestleistung des ArbGeb durchgeführt werden soll, **leistungsbezogen**, wenn er der Erfüllung einer Leistungszusage oder einer beitragsorientierten Leistungszusage des ArbGeb dient. Hierdurch wird die Koinzidenz zwischen dem Versorgungsversprechen des ArbGeb und dem Rechtsanspruch des ArbN gegenüber dem Pensionsfonds hergestellt. Zu beachten ist indes, dass sich aus der Beitrags- bzw. Leistungsbezogenheit keine Aussage darüber entnehmen lässt, ob der Pensionsfonds die Versorgungsleistungen versicherungsförmig garantiert (eingehend *de Groot Pensionsfonds*, 2010, S. 36 f.).

### 4. Wirtschaftliche Bedeutung

- 295 Die Einführung des Pensionsfonds war rechts- und sozialpolitisch umstritten. Nach Auffassung der *aba* war sie in Anbetracht des bereits vorhandenen Spektrums an Durchführungswegen nicht erforderlich; die Pensionskasse hätte durchaus die Funktion der Pensionsfonds übernehmen können (*aba* Stellungnahmen, BetrAV 2001, 151). Ihre Bedeutung für die betriebliche Altersversorgung ist bislang hinter den Erwartungen zurückgeblieben, obwohl eine Reihe bedeutender Unternehmen ihre Versorgungsverpflichtungen mittlerweile auf Pensionsfonds ausgeliert haben. Im Ende 2015 betrugten die Deckungsmittel der Pensionsfonds erst 32,6 Mrd. Euro und damit nur 5,7 % des für betriebliche Altersversorgung reservierten Gesamtvermögens von 575 Mrd. Euro. Dazu beigetragen hat, dass die Wertentwicklung vieler Fonds bislang nicht so positiv verlaufen ist wie anfangs erhofft. Ihr Start fiel in eine Zeit, in der die Aktienmärkte im Gefolge der **Terroranschläge vom 11.9.2001** eine längere Baisse erlebten, und die Wirtschaftskrise 2008/09 hat nach einer zwischenzeitlichen Erholung der Börsen erneute Kursverluste zur Folge gehabt.
- 296 a) **Für den Arbeitgeber.** Für den ArbGeb bietet der Pensionsfonds **ohne Entgeltumwandlung mit beitragsorientierter Leistungszusage** (Abs. 2 Nr. 1) ähnliche Vorteile wie die Pensionskasse. Der Unterschied besteht nur darin, dass die tatsächlichen Leistungen des Pensionsfonds von den zugesagten nach oben oder unten abweichen können. Bei geringeren als zugesagten Leistungen hat der ArbGeb die Differenz aus eigenem Vermögen aufzubringen (Abs. 1 Satz 3). Die Haftung fällt bei arbeitgeberfinanzierten **Beitragszusagen** (Abs. 2 Nr. 2) insofern geringer aus, als sie sich lediglich auf die Differenz zwischen den tatsächlichen Leistungen und der Summe der zugesagten Beitragsleistungen bezieht und nicht auch die bei der Leistungszusage einzukalkulierenden

Erträge umfasst. In beiden Fällen ist die wirtschaftliche Nutzung des Versorgungskapitals in der Anwartschaftsphase ausgeschlossen.

Grundsätzlich greift auch die **Anpassungsprüfungspflicht nach § 16** ein. Vermieden werden kann sie – auch bei der arbeitnehmerfinanzierten Altersversorgung (vgl. BT-Drs. 14/5150, 43) – entweder dadurch, dass nur eine Kapitalzahlung (und damit keine „laufende Leistung“ iSv § 16) zugesagt wird, oder – bei laufenden Leistungen – durch Abgabe einer Beitragszusage mit Mindestleistung (§ 16 Abs. 3 Nr. 3), durch eine 1 %-Anpassungsverpflichtung des ArbGeb (§ 16 Abs. 3 Nr. 1) oder bei Zusage monatlicher Raten im Rahmen eines Auszahlungsplans sowie die im Anschluss an einen solchen Auszahlungsplan ab Vollendung des 85. Lebensjahres zu zahlenden Renten (§ 16 Abs. 6).

**b) Mit Entgeltumwandlung.** In Verbindung mit Entgeltumwandlung gelten grds. die **298** gleichen arbeitsrechtlichen Einschränkungen wie bei der Direktversicherung (→ Rn. 261). Steuerrechtlich bleiben die umgewandelten Entgeltanteile in Höhe von 8 % der jeweiligen Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung nach § 3 Nr. 63 EStG lohnsteuerfrei, wenn die Beiträge des ArbGeb aus dem ersten Dienstverhältnis stammen. Sozialversicherungsrechtlich folgt aus § 1 Abs. 1 Nr. 9 SVEV, dass Zuwendungen an Pensionsfonds, soweit sie aus einer Entgeltumwandlung stammen, bis zu 4 % der jährlichen Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung beitragsfrei bleiben.

**c) Übertragung von Versorgungsverpflichtungen.** Um die Umwandlung von Zusagen, die auf unmittelbare Versorgungsleistungen des ArbGeb oder auf Leistungen von Unterstützungsstellen lauten, auf Pensionsfonds zu erleichtern, ist die Übertragung von Versorgungsverpflichtungen oder -anwartschaften aus Direktzusagen des ArbGeb oder aus Unterstützungsstellen auf Pensionsfonds **steuerfrei** gestellt, weil die Versorgungsleistungen des Pensionsfonds als sonstige Einkünfte nach § 22 Nr. 5 EStG der vollen Besteuerung unterliegen (§ 3 Nr. 66 EStG). Ein wesentliches Hemmnis für die Umwandlung bestand bis Mitte 2005 freilich darin, dass die Rechnungszinssätze bei Direktzusagen und Unterstützungsstellen (6 %) und bei Pensionsfonds (seinerzeit 2,75 %) deutlich von einander abwichen. Die Übertragung auf Pensionsfonds konnte daher nur unter Aufwendung erheblicher zusätzlicher Mittel erfolgen. Im Zuge des 7. VAG-Änderungsgesetzes (vom 29.8.2005, BGBl. I S. 2546) ist es den Pensionsfonds gestattet worden, von einer versicherungsförmigen Garantie abzusehen (heute § 236 Abs. 2 VAG). Voraussetzung ist lediglich, dass sich der ArbGeb verpflichtet, während der Rentenbezugszeit gegenüber dem Pensionsfonds ggf. erforderliche Nachschüsse zu leisten. Der Pensionsfonds kann dann anstelle des Zinssatzes von derzeit 0,9 % einen „**vorsichtigen Rechnungszins**“ ansetzen, dessen Höhe sich nach den individuellen Verhältnissen des Pensionsfonds, insb. den im Bestand befindlichen Vermögenswerten sowie dem Ertrag künftiger Vermögenswerte richtet. ArbGeb, die bereits nach internationalen Grundsätzen bilanzieren, können so eine Übertragung ohne zusätzlichen Kapitalaufwand durchführen (BT-Drs. 15/5618, 10f.; *Baumeister* DB 2005, 2076 [2080]; *de Groot* Pensionsfonds, 2010, S. 74 f.).

## VI. Unterstützungsstellen

### 1. Begriffsmerkmale

Als Unterstützungsstellen bezeichnet das Gesetz rechtsfähige Versorgungseinrichtungen, die betriebliche Altersversorgung durchführen und auf ihre Leistungen keinen Rechtsanspruch gewähren (§ 1b Abs. 4 Satz 1). Die Definition gilt auch für das Steuerrecht (vgl. StR A → Rn. 190 ff.). Die Errichtung und Finanzierung erfolgte früher durch

ein Trägerunternehmen. Das ist das Unternehmen, bei dem die begünstigten ArbN tätig sind oder waren. Trägerunternehmen können auch verbundene Unternehmen oder gar mehrere unabhängige Unternehmen sein (Heubeck ua/*Höhne* § 1 Rn. 386). Seit Ende der 1990er-Jahre gibt es in zunehmender Zahl **Wettbewerbs- oder Gruppenunterstützungskassen**. Sie wurden von Unternehmen der Lebensversicherungswirtschaft gegründet und machen sich insb. zu Nutze, dass der ArbGeb Beiträge an sie in vollem Umfang auch dann steuerfrei leisten kann, soweit sie 8 % der Beitragsbemessungsgrenze im Jahr übersteigen.

- 301 a) **Versorgungseinrichtung.** Vorausgesetzt wird eine Versorgungseinrichtung, die betriebliche Altersversorgung durchführt. Damit wird auf die Legaldefinition der betrieblichen Altersversorgung in Abs. 1 Satz 1 Bezug genommen.
- 302 b) **Rechtsfähigkeit.** Die Einrichtung muss rechtsfähig, dh selbständige juristische Person sein. Rechtsfähigkeit bedeutet auch *Trennung des Vermögens* von dem des Trägerunternehmens. Wegen ihrer fehlenden Rechtsfähigkeit sind zB die sog Sozialkassen und die (noch) nicht rechtsfähigen Unterstützungsvereine keine Unterstützungskassen iSd Gesetzes.
- 303 Die Wahl der **Rechtsform** ist frei. In der Regel wird der eingetragene Verein oder die GmbH, in Ausnahmefällen auch die Stiftung gewählt (vgl. Heubeck ua/*Höhne* § 1 Rn. 383; Höfer ua/*Höfer* Kap. 3 Rn. 175). Gründung, Satzung (bzw. Gesellschaftsvertrag) sowie das Innen- und Außenverhältnis richten sich grds. nach den allgemeinen Vorschriften des Gesellschafts- bzw. Stiftungsrechts.
- 304 c) **Mitgliedschaft.** Die Mitgliedschaft in der Unterstützungskasse ist für das Gesetz ohne Relevanz und damit freigestellt. Wurde die Kasse von einem ArbGeb gegründet ist er alleiniges Mitglied. Bei den von Unternehmen der Lebensversicherung gegründeten Wettbewerbskassen sind jeweils diese ihr(e) Mitglied(er). Möglich ist jedoch auch die Gründung durch ArbN und die Beschränkung der Mitgliedschaft auf diese (VG Kassel 1.3.1979 – IV E 290/77, BB 1979, 681).
- 305 d) **Finanzierung.** Die Finanzierung geschieht überwiegend durch einmalige oder laufende Zuwendungen seitens des Trägerunternehmens, ferner durch Vermögenserträge und ggf. auch durch Leistungen Dritter (va bei der Gründung durch Unternehmerpersönlichkeiten). Steuerrechtlich unzulässig ist die Heranziehung der ArbN zu Beiträgen (§ 3 Nr. 1 KStDV). Reichen die Mittel der Kasse für die aktuellen Leistungen nicht aus, haftet das Trägerunternehmen den Begünstigten unmittelbar.
- 306 e) **Zuwendungsempfänger.** Zuwendungsempfänger müssen im Hinblick auf das Merkmal „betriebliche Altersversorgung“ die ArbN (bzw. Personen iSv § 17 Abs. 1 Satz 2) und ihre Hinterbliebenen sein.
- 307 f) **Art der Leistungen.** Die Art der Leistungen ist durch den Begriff der betrieblichen Altersversorgung vorgegeben. Es können laufende oder auch einmalige Leistungen gewährt werden. Darüber hinaus kann in besonderen Fällen auch eine besondere Unterstützung (Notfallunterstützung) gewährt werden, wie zB bei außergewöhnlich geringen Sozialrenten, bei Arbeitsunfällen, hohen Operationskosten uÄ (vgl. dazu *Blomeyer* BB 1980, 789 [791]). Da es nur erforderlich ist, dass die Einrichtung betriebliche Altersversorgung durchführt, können Notfallunterstützungen auch Nebenaufgabe sein. Werden aber nur einmalige oder laufende Beihilfen in außergewöhnlichen unverschuldeten wirtschaftlichen Notlagen gewährt, liegt keine betriebliche Altersversorgung vor (BAG 25.10.1994 – 3 AZR 279/94, AP BetrAVG § 1 Nr. 31 = NZA 1995, 373).
- 308 g) **Ausschluss des Rechtsanspruchs.** Aus versicherungsrechtlichen Gründen erforderlich ist der Ausschluss des Rechtsanspruchs. Das Merkmal geht auf das VAG von 1901 zurück, das für Kassen mit Rechtsanspruch die Versicherungsaufsicht eingeführt hat (*Blomeyer* BB 1980, 789; *Rößler* BetrAV 1991, 141). Angesichts der Rechtsprechung

des BAG (BAG 6.5.1984 – 3 AZR 33/84, AP BetrAVG § 1 Unterstützungskassen Nr. 3 = NZA 1985, 22; 3.2.1987 – 3 AZR 208/85, AP BetrAVG § 1 Unterstützungskassen Nr. 17 = NZA 1989, 22; 11.12.2001 – 3 AZR 128/01, AP BetrAVG § 1 Unterstützungskassen Nr. 43 = NZA 2003, 1407) und ihrer Bestätigung durch das BVerfG (BVerfG 19.10.1983 – 2 BvR 298/81, BVerfGE 65, 196 [210 ff.] = AP BetrAVG § 1 Unterstützungskassen Nr. 2; 14.1.1987 – 1 BvR 1052/79, BVerfGE 74, 129 [153 f.] = AP BetrAVG § 1 Unterstützungskassen Nr. 11) wird der Ausschluss des Rechtsanspruchs heute vielfach für bedeutsungslos gehalten (M nchArbR/Andresen/Cisch § 143 Rn. 86). Der Ausschluss des Rechtsanspruchs muss Gegenstand einer Regelung in der Satzung oder im Leistungsplan der Kasse sein.

h) **Keine Versicherungsaufsicht.** Weil sie keinen Rechtsanspruch auf ihre Leistungen gewähren und die Versorgungszusagen einen organischen Teil des Arbeits- bzw. Dienstvertrages bilden, unterliegen Unterstützungskassen nicht der Versicherungsaufsicht (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 VAG; Bescheid des BAV II P – Allg. – 49/77, VerBAV 1977, 443).

j) **Vermögensanlage.** Die Vermögensanlage unterliegt infolge der Freiheit von der Versicherungsaufsicht dem freien Ermessen der Kasse, sodass in der Praxis die Vergabe von verzinslichen Darlehen an das bzw. die Trägerunternehmen die Regel ist. 310

## 2. Wirtschaftliche Bedeutung

a) **Für das einzelne Unternehmen.** Für die ArbGeb war die Unterstützungskasse ohne Entgeltumwandlung trotz einer durch die steuerrechtlichen und arbeitsrechtlichen Regelungen ausgelösten Tendenz, auf andere Durchführungswege 311 zu verzichten (vgl. dazu Schaubel BetrAV 1979, 144 ff.), bisher durchaus interessant, so zB für Unternehmen, die die Finanzierung der Unterstützungskasse in Abhängigkeit von der wirtschaftlichen Entwicklung flexibel halten wollen (vgl. dazu ausführlich Ahrend BetrAV 1979, 135 [139 f.]; Heinrichs BetrAV 1989, 155 ff.; Rösler BetrAV 1991, 141 [142]). Die arbeitsrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Beurteilung entspricht weitgehend der der unmittelbaren Versorgungszusage. Das Gesetz hat aber die Besteuerung der Zuwendungen des ArbGeb an die Unterstützungskassen teilweise ungünstiger gestaltet.

In Verbindung mit Entgeltumwandlung ist eine gewisse Wiederbelebung in der Form der rückgedeckten Unterstützungskasse erfolgt, und zwar insb. der rückgedeckten Gruppenunterst tzungskasse (vgl. Heinrichs BetrAV 1985, 152 ff.; ders. BetrAV 1989, 155 ff.; Pascheck DB 1991, 873; ders. DB 1994, 2082; Rösler BetrAV 1991, 141 ff.; Rolfs BetrAV 2011, 212). Die Bezugsrechte werden in der Regel an die Versorgungsberechtigten verp ndet. 312

b) **Für den Arbeitnehmer.** Für die ArbN ist die besonders intensive Mitbestimmung des Betriebsrats gem. § 87 Abs. 1 Nr. 8 bzw. 10 BetrVG und in diesem Zusammenhang va die vom BAG gebilligte sog organschaftliche Mitbestimmung interessant; sie gestattet eine originäre Mitwirkung des Betriebsrats bei der Verwaltung der Kasse (vgl. → Anh. § 1 Rn. 861 ff.). Eine Lohnbesteuerung und Verbeitragung der Zuwendungen des ArbGeb an die Kasse erfolgt ohne Entgeltumwandlung nicht. Bei Entgeltumwandlung sind die Entgelteile, die für Leistungen der Unterstützungskasse umgewandelt werden, zur Sozialversicherung nur beitragspflichtig, soweit sie 4 % der Beitragsbemessungsgrenze der allgemeinen Rentenversicherung 超st igen (§ 14 Abs. 1 Satz 2 SGB IV).

## VII. Zeitwertkonten

Infolge ihrer attraktiven sozialversicherungsrechtlichen Behandlung (§ 23b Abs. 3a SGB IV) haben viele ArbN Langzeitarbeitskonten aufgebaut, um die in ihnen angesam- 314

melten Wertguthaben später zum Zwecke der betrieblichen Altersversorgung zu verwenden (ausführlich *Veit* Arbeitszeitkonten und betriebliche Altersversorgung, 2008). Dadurch erschienen Zeitwertkonten zu einem „**sechsten Durchführungsweg**“ der betrieblichen Altersversorgung zu werden, obgleich sie in diesem Gesetz keine Normierung erfahren haben (*Hanau/Veit* NJW 2009, 182 [184]; *Klemm* NZA 2006, 946 [951 f.]). Der Gesetzgeber stand dieser Praxis angesichts des aus ihr resultierenden Beitragsausfalls in der Sozialversicherung zunehmend kritisch gegenüber. Er hat daher im Zuge des Gesetzes zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für die Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen und zur Änderung anderer Gesetze („**Flexi II-Gesetz**“ vom 21.12.2008, BGBl. I S. 2940) die beitragsrechtliche Privilegierung auf Vereinbarungen beschränkt, die vor dem 14.11.2008 abgeschlossen worden sind (*May/Birkel* BetrAV 2009, 514 [515 ff.]). Für Neuzusagen nach dem 13.11.2008 findet § 23b Abs. 3a SGB IV keine Anwendung mehr (*Rolfs/Witschen* NZS 2009, 295 [298]; rechtspolitische Kritik bei *Langohr-Plato/Sopora* NZA 2008, 1377 [1382]).

## D. Die Grundverpflichtung des Arbeitgebers (Abs. 1 Satz 3)

### Übersicht

	Rn.
I. Grundgedanke .....	315
II. Sachlicher Anwendungsbereich .....	316
1. Alle externen Durchführungswege .....	316
2. Nicht: Einhaltung des Durchführungsweges .....	317
III. Voraussetzungen .....	319
IV. Rechtsfolgen .....	325
1. Haftung des Arbeitgebers .....	325
2. Betriebsrentenrechtliche Behandlung des Anspruchs .....	331
3. Unverfallbarkeit .....	332
4. Insolvenzschutz .....	333
5. Anpassungsprüfungsplicht .....	336
6. Konkurrenzen .....	337

**Schrifttum:** *Bader*, Einstandspflicht des Arbeitgebers bei der Herabsetzung von Leistungen durch Pensionskassen, BB 2016, 3061; *Cisch/Lämpe*, Sicherung gerichtlicher Betriebsrentenanpassungsentscheidungen und der Einstandspflicht des Arbeitgebers durch den PSV?, BB 2016, 2167; *de Groot*, Auslagerung von Pensionsverpflichtungen aus anwaltlicher Sicht, DB 2012, 1810; *Forst/Granetzny*, Wirtschaftliche Notlage regulierter Pensionskassen: Zur Ausfallhaftung und Anpassungsprüfungsplicht des Arbeitgebers, BetrAV 2013, 3; *Herrmann*, Aktuelle Rechtsprechung zu Pensionskassen – Anpassungsprüfungs- und Einstandspflicht des Arbeitgebers, BetrAV 2016, 559; *Hinrichs/Hansen*, Der Verschaffungsanspruch des Arbeitnehmers beim externen Durchführungsweg, NZA 2016, 1183; *Höfer*, Gesetzlicher Insolvenzschutz bei Betriebsrenten aus Erfüllungsansprüchen, DB 2016, 2843; *Langohr-Plato*, Der betriebsrentenrechtliche Verschaffungsanspruch: die unterschätzte Haftungsnorm, FS Höfer, 2011, S. 159; *Löwisch/Diller*, Wechsel des Durchführungsweges in der bAV gegen den Willen des Arbeitnehmers?, BetrAV 2010, 411; *Reich*, Direktversicherungen und Pensionskassenzusagen in der Insolvenz des Arbeitgebers – Einstandspflicht des PSVaG bei Unterdeckung?, FS Höfer, 2011, S. 187; *Reinecke*, Der betriebsrentenrechtliche Verschaffungsanspruch oder der „richtige“ Beklagte im Betriebsrentenrecht, FS Kemper, 2005, S. 383; *ders.*, Betriebliche Altersversorgung: Wechsel des Durchführungswegs gegen den Willen des Arbeitnehmers?; DB 2010, 2392; *Rolfs*, Grundverpflichtung des Arbeitgebers zur betrieblichen Altersversorgung (§ 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG), BetrAV 2012, 469; *Thüsing/Granetzny*, Der Wechsel des Durchführungsweges in der betrieblichen Altersversorgung, BetrAV 2009, 485; *dies.*, Herabsetzung von Pensionskassenleistungen und Einstandspflicht des Arbeitgebers, BetrAV 2010, 509.

## I. Grundgedanke

Das Gesetz hat vor dem 1.1.2001 keine ausdrückliche Regelung über die Pflichten des ArbGeb bei Wahl eines externen Versorgungsträgers getroffen. Man war davon aus gegangen, dass das Vertragsverhältnis zwischen ArbGeb und dem Versorgungsberechtigten bis zum Erlöschen der letzten Zahlungsverpflichtung anhält. Nun wird in Abs. 1 Satz 3 klargestellt, dass der ArbGeb stets, dh auch bei Einbeziehung von externen Versorgungsträgern, für die Erfüllung der von ihm zugesagten Leistungen „einstehen“ muss. Der Gedanke geht zurück auf einen Formulierungsvorschlag des **Arbeitskreises „Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht“**, wonach die Haftung des ArbGeb für eine von ihm zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung nicht ausgeschlossen werden kann. Dies sollte auch dann gelten, wenn die von ihm zu finanzierenden Versorgungsleistungen durch einen anderen Versorgungsträger erbracht werden sollen (§ 147 Abs. 2 des Entwurfs, Gutachten D zum 59. DJT 1992, S. D 69). Ausweislich der Gesetzesmaterialien soll (lediglich) klargestellt werden, dass der ArbGeb stets die „Grundverpflichtung“ zu tragen hat und dass er diese nicht auf andere Versorgungsträger übertragen kann (BT-Drs. 14/4595, 67; BAG 19.6.2012 – 3 AZR 408/10, AP BetrAVG § 1 Pensionskasse Nr. 9 = NZA-RR 2013, 426).

## II. Sachlicher Anwendungsbereich

### 1. Alle externen Durchführungswege

Betroffen sind alle **Leistungszusagen** des ArbGeb mit Ausnahme der unmittelbaren Versorgung, bei der seine Leistungsverpflichtung ohnehin selbstverständlich ist, weil sie aus dem Inhalt der Versorgungszusage resultiert. Es verbleiben also Zusagen auf Leistungen von **Lebensversicherern**, **Pensionskassen**, **Pensionsfonds** und sogar **Unterstützungskassen** (Hanau ua/Langohr-Plato Entgeltumwandlung, Rn. B 21; Schlewing ua/Schlewing Teil 5 F Rn. 21). Bei regulierten Pensionskassen ließe sich die Einstandspflicht vermeiden, wenn sie einem Sicherungsfonds beitreten (§ 221 Abs. 2 VAG). Davon macht die Praxis aber bislang keinen Gebrauch. Der Wortlaut von Abs. 1 Satz 3 scheint sich allein auf die beiden vorangehenden Sätze des Abs. 1 zu beziehen, sodass die in Abs. 2 aufgeführten Zusagetypen als nicht gemeint erscheinen. Bestätigt würde dies durch den Wortlaut von Abs. 2 Nr. 2, der bei den „Beitragszusagen mit Mindestleistung“ eine selbständige Haftung des ArbGeb für die „Mindestleistung“ statuiert. Allerdings steht die Bestimmung im Zusammenhang mit der Legaldefinition der betrieblichen Altersversorgung in Abs. 1 Satz 1, die in Abs. 2 erweitert wird. Deshalb spricht alles dafür, auch die in Abs. 2 aufgeführten Zusagetypen einzubeziehen, dh also die beitragsorientierten Leistungszusagen (Abs. 2 Nr. 1), die Fälle der Entgeltumwandlung in Leistungszusagen (Abs. 2 Nr. 3) sowie die Eigenbeitragszusagen (Abs. 2 Nr. 4; Kemper u. a./Kisters-Kölkes § 1 Rn. 248). Doppelt betroffen sind dann aber die **Beitragszusagen mit Mindestleistung** (Abs. 2 Nr. 2), nämlich einerseits hinsichtlich der Beiträge, andererseits auch in Bezug auf die gesetzliche Mindestleistung. Explizit **ausgenommen** ist durch Abs. 2 Nr. 2a Halbs. 2 die **reine Beitragszusage**. Bei ihr schuldet der ArbGeb allein die Zahlung des zugesagten Beitrags an die Versorgungseinrichtung nach § 22, aber keine *Leistung* der betrieblichen Altersversorgung.

### 2. Nicht: Einhaltung des Durchführungswege

Nicht von Abs. 1 Satz 3 erfasst ist der Anspruch des ArbN auf **Einhaltung des vereinbarten Durchführungsweges**. Dieser basiert nicht auf Gesetz, sondern auf der Versorgungsvereinbarung. Der ArbGeb ist in der Wahl des Durchführungsweges grds. frei

(*von Buddenbrock/Manhart BB 2011, 2293 [2296]*). Er ist auch nicht verpflichtet, in der Versorgungszusage einen bestimmten Durchführungsweg oder gar einen konkreten Versorgungsträger zu benennen. Das belässt ihm im Rahmen des von § 315 BGB geforderten **billigen Ermessens** ebenso Spielraum, als wenn er zwar einen Durchführungsweg in der Versorgungsordnung fixiert, sich aber (in AGB unter Beachtung von § 308 Nr. 4 BGB) wirksam dessen spätere Änderung vorbehält (*Reinecke DB 2010, 2392 [2394]*). Ist aber ein konkreter Durchführungsweg einzel- oder kollektivvertraglich fest zugesagt worden, muss die betriebliche Altersversorgung auch tatsächlich entsprechend dem vereinbarten Durchführungsweg gestaltet werden (BAG 12.6.2007 – 3 AZR 186/06, AP BetrAVG § 1 Nr. 47 = NZA-RR 2008, 537; 17.6.2008 – 3 AZR 254/07, AP BetrAVG § 1 Nr. 53; 12.11.2013 – 3 AZR 92/12, AP BetrAVG § 1 Gleichbehandlung Nr. 69 = NZA-RR 2014, 315; *de Groot DB 2012, 1810 [1812]; Thüsing/Granetzny BetrAV 2009, 485 [486]; aA Löwisch/Diller BetrAV 2010, 411 [413 ff.]*). Dasselbe gilt grds. in Bezug auf den konkreten Versicherungsträger, ausgenommen nur die Fälle der aufsichtsbehördlich gestatteten Bestandsübertragung nach § 13 VAG (BAG 14.12.1999 – 3 AZR 675/98, AP BetrAVG § 4 Nr. 6 = NZA 2001, 96; *de Groot DB 2012, 1810 [1813]*).

- 318** Der Anspruch auf Einhaltung des Durchführungswegs ist dem Verschaffungsanspruch des Abs. 1 Satz 3 vorgelagert und soll sicherstellen, dass bei Eintritt des Versorgungsfalles die Einstandspflicht des ArbGeb nicht zum Tragen kommt. Inhaltlich ist er darauf gerichtet, dass der ArbGeb bereits vor Eintritt des Versorgungsfalles die vereinbarten erforderlichen Handlungen vornimmt, die die spätere **Erfüllung des Versorgungsversprechens über den vereinbarten Durchführungsweg** sicherstellen (BAG 17.6.2008 – 3 AZR 254/07, AP BetrAVG § 1 Nr. 53 = NZA 2008, 1320; 12.11.2013 – 3 AZR 92/12, AP BetrAVG § 1 Gleichbehandlung Nr. 69 = NZA-RR 2014, 315). Allerdings wird man dem ArbGeb gestatten können, entsprechend den zu Eingriffen in die Versorgungszusage selbst anerkannten Regeln (→ Anh. § 1 Rn. 486 ff.) den zugesagten Durchführungsweg aus sachlichen – zB steuerlichen – Gründen zu widerrufen (*Höfer RdA 2009, 54 [56]; Schlewing ua/Schlewing Teil 5 H Rn. 16 ff.; vgl. auch BAG 10.12.2002 – 3 AZR 92/02, AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 249 = NZA 2004, 271*). Dabei bedarf er desto gewichtiger Gründe, je nachteiliger sich der Wechsel für den Versorgungsberechtigten hinsichtlich seiner betriebsrenten-, steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Lage auswirkt (*de Groot DB 2012, 1810; Reinecke DB 2010, 2392 [2393 f.]*), bspw. hinsichtlich des Insolvenzschutzes nach § 7 oder der Anpassungsprüfungspflicht nach § 16.

### III. Voraussetzungen

- 319** Der ArbGeb steht für die Erfüllung der von ihm zugesagten Leistungen der **betrieblichen Altersversorgung** ein. Abs. 1 Satz 3 knüpft damit unmittelbar an die tatbestandlichen Voraussetzungen von Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 (mit Ausnahme von Abs. 2 Nr. 2a) an. Soweit die Leistung des externen Trägers diese nicht erfüllt, weil sie zB keine Alters-, sondern eine Übergangsversorgung darstellt, oder weil der ArbGeb keine „Umfassungszusage“ zu den von dem ArbN geleisteten Eigenbeiträgen abgegeben hat, trifft den ArbGeb auch die Grundverpflichtung nicht (BAG 10.2.2015 – 3 AZR 65/14, AP BetrAVG § 1 Pensionskasse Nr. 12; 15.3.2016 – 3 AZR 827/14, AP BetrAVG § 1 Pensionskasse Nr. 13 = NZA 2016, 1205; *Hinrichs/Hansen NZA 2016, 1183 [1184 f.]*).
- 320** Im Übrigen aber sind an die Einstandspflicht des ArbGeb, der die Versorgung über eine Unterstützungskasse, Direktversicherung, Pensionskasse oder einen Pensionsfonds durchführt, **keine weiteren tatbestandlichen Voraussetzungen** geknüpft. Es kommt weder auf den Rechtsgrund des Versorgungsanspruchs, insb. nicht darauf an, ob eine Versorgungszusage des geltend gemachten Inhalts ausdrücklich erteilt wurde oder ob sie ihre Grundlage in einer Verletzung von Diskriminierungsverboten, des Gleichbehandlungsanspruchs oder einer betrieblichen Übung findet, noch darauf, ob der ArbGeb die