

I. Einleitung

Der **Arbeitgeber** ist in seiner **Entscheidung**, ob er in seinem Unternehmen eine **arbeitgeberfinanzierte Betriebsrente zusagen** will, grundsätzlich **frei**. Er kann auch allein entscheiden, welchen Arbeitnehmern er Leistungen der betrieblichen Altersversorgung gewähren will, in welcher Höhe und in welchem der in § 1 BetrAVG genannten Durchführungswege, soweit er dabei nicht die allgemeinen inhaltlichen Schranken für betriebliche Versorgungszusagen verletzt (dazu näher Teil 7 C).¹ Nur soweit ein Tarifvertrag eine betriebliche Altersversorgung vorsieht und der Arbeitgeber tarifgebunden oder der Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt worden ist (dazu noch Rz. 200 ff.), besteht eine Verpflichtung des Arbeitgebers, in seinem Unternehmen eine betriebliche Altersversorgung einzuführen. Der **Arbeitnehmer** ist in seiner **Entscheidung frei**, ob er einen **arbeitnehmerfinanzierten Betriebsrentenanspruch erwerben will**. Nach § 1a Abs. 1 Satz 1 BetrAVG hat der Arbeitnehmer einen Rechtsanspruch auf Entgeltumwandlung i.H.v. 4 % der Beitragsbemessungsgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung des jeweiligen Jahres (zur Entgeltumwandlung Teil 6 B).

Wie in jeder anderen schuldrechtlichen Rechtsbeziehung bedeutet jedoch die privatautonome Entscheidung nicht, dass der Arbeitgeber nach der Begründung eines Verpflichtungstatbestands in seinen Entscheidungen frei wäre. Ohne einen besonderen **Verpflichtungstatbestand** ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, seinen Arbeitnehmern Leistungen der betrieblichen Altersversorgung zu gewähren.² Die Rechtsgrundlage für betriebliche Versorgungsansprüche kann entweder individualarbeitsrechtlichen oder kollektivrechtlichen Ursprungs sein. Als besondere individualarbeitsrechtliche Verpflichtungsgründe nennt § 1b Abs. 1 Satz 4 BetrAVG insbesondere den Tatbestand der betrieblichen Übung und den Grundsatz der Gleichbehandlung.

Der durch die Zusage begründete Versorgungsanspruch kann einerseits dahin gehen, dass der Arbeitgeber sich **unmittelbar** zur Zahlung eines Ruhegelds verpflichtet (unmittelbare Versorgungszusage, Direktzusage) oder dass er sich verpflichtet, die Versorgung über einen rechtlich selbständigen Versorgungsträger (ein Lebensversicherungsunternehmen, eine Unterstützungs- oder Pensionskasse oder einen Pensionsfonds) zu erbringen. Zur **Neueinrichtung einer mittelbaren Versorgung** bedarf es der im Folgenden genannten Verpflichtungsakte (s. nachfolgend unter Rz. 10 ff., 200 f., 257 ff., 386 ff., 450 ff.).

1 Zur Bedeutung dieser vierfachen Entscheidungsfreiheit für das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats s. noch Teil 8; vgl. hier zunächst BAG v. 10.3.1972 – 3 AZR 278/71, DB 1972, 534 = AP Nr. 156 zu § 242 BGB Ruhegehalt (vgl. auch BAG AP Nr. 1, 2 und 3 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung sowie AP Nr. 4 zu § 1 BetrAVG Gleichberechtigung).

2 BGH v. 18.12.1954 – II ZR 281/53, DB 1955, 118 = AP Nr. 1 zu § 242 BGB Ruhegehalt; BAG v. 13.7.1956 – 1 AZR 492/54, AP Nr. 15 zu § 242 BGB Ruhegehalt; Höfer/Höfer, Kap. 2 Rz. 38; Schoden, Einf. Rz. 46 ff.; in der Freiwilligkeit zutreffend kein Merkmal einer Betriebsrente sehend Blomeyer/Rolfs/Otto/Rolfs, § 1 Rz. 42.

- 4 Der **traditionelle Begriff der Altersversorgung sollte vorsichtig gebraucht werden**. Das Versprechen einer Verbesserung der Versorgung im Alter konnte das Betriebsrentengesetz bislang nicht einlösen. Praktisch dominieren nunmehr Beitragszusagen (mit Mindestleistung). Normativ passt der Begriff der Versorgung nach Aufnahme der Eigenvorsorge in Form der Entgeltumwandlung bestenfalls eingeschränkt; *besser* sollte allgemein von privater Altersvorsorge gesprochen werden, zu unterscheiden sind **betriebliche** und **individuelle Altersvorsorge**.¹
- 5 Künftig und de lege ferenda sollten die **betriebliche Altersvorsorge** und die **gesetzliche Rentenversicherung** den **dualen Kern des deutschen Rentensystems** bilden. Ein entsprechender Vorschlag wurde von der Arbeitsgemeinschaft betriebliche Altersversorgung (aba) im Jahre 2013 vorgelegt² und in der Folge konkretisiert.³ Erste Überlegungen im Bundesministerium für Arbeit und Soziales wurden Anfang 2015 betroffenen Verbänden vorgestellt, freilich nicht offiziell veröffentlicht.⁴ Kern des sich weiter in der Diskussion befindlichen Vorschlags ist die Möglichkeit einer (reinen) Beitragszusage, wenn hierfür eine durch Tarifvertrag legitimierte Einrichtung geschaffen wird.
- 6 Rechtsvergleichend bieten sich insbesondere Regelungen zur automatischen Einbeziehung in Betriebsrentenzusagen an, so nun auch die Empfehlung der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD)⁵. Eine gesetzliche Regelung besteht in Großbritannien mit dem weiter in der Einführung befindlichen Pensions Act 2008 sowie in Neuseeland; in den USA ist die automatische Einbeziehung für die steuerliche Förderung relevant. Die Alternative einer verpflichtenden betrieblichen Vorsorge wird in der Schweiz gesetzlich vorgesehen und in den Niederlanden auf tarifvertraglicher Grundlage praktiziert, in Deutschland als „Obligatorium“ freilich abgelehnt.
- 7–9 Einstweilen frei.

II. Individualarbeitsrechtliche Begründungsformen

1. Einzelvertragliche Regelungen

- 10 Eine unmittelbare Betriebsrentenzusage kann im Wege einer **einzelvertraglichen Vereinbarung** zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erfolgen. Sie kann Bestandteil des Arbeits- oder Dienstvertrags sein, aber auch durch einen gesonderten Vertrag begründet werden. Selbst aufgrund eines Vermächtnisses kann eine Versorgungszusage begründet werden.⁶

1 M. Roth, Private Altersvorsorge, S. 2 ff., 5 ff.

2 Arbeitsgemeinschaft betriebliche Altersversorgung (aba), Für ein Rentensystem mit dualen Kern in Deutschland – Roadmap der aba zu einem robusten System in Thesen und Maßnahmenpaketen, BetrAV 2014, 71.

3 Arbeitsgemeinschaft betriebliche Altersversorgung (aba), Nicht zu kurz springen! Für eine echte Reform zur Stärkung der betrieblichen Altersversorgung, Mai 2015.

4 Dazu Hanau/Arteaga, DB 2015, 615, Abdruck des Wortlauts des Vorschlags auf S. 616 (§ 17b BetrAV-E), verwiesen wird auf das BMAS-Schreiben v. 26.1.2015 – IVb-42109-10. Dazu auch vom Stein, RdA 2015, 272 (274 f.).

5 OECD, Wirtschaftsberichte, Deutschland, April 2016, S. 11.

6 ArbG Passau v. 15.11.1973 – 2 Ca 434/73, ARSt 1974, 62.

wegen Direktzusage, Unterstützungskasse, Pensionskassen und Direktversicherungen als im Rückgang und Niedergang befindlich angesehen.¹ Dies kann durch adäquat strukturierte automatische Einbeziehung unter Arbeitgeberbeteiligung geändert werden. Die Gewerkschaften fordern mit Blick auf kleine und mittlere Unternehmen zumindest ein Angebotsobligatorium.²

472 Bei der laufenden Reformdiskussion zu beachten sind neben der weiterhin unzureichenden Verbreitung und Höhe von Betriebsrenten die Haftungsrisiken kleiner Unternehmer bei garantieförmiger Ausgestaltung³ sowie die nicht nur im Euroraum zu beobachtende Niedrigzinsphase,⁴ die für eine Änderung der auf festverzinsliche Wertpapiere setzenden Anlagestrategie der letzten Jahrzehnte spricht. Niedrige Zentralbankzinsen und direkte Käufe staatlicher Anleihen durch die Währungshüter sind klassische Begleiterscheinungen einer finanziellen Repression.⁵ Die nach dem Zweiten Weltkrieg in den USA und England praktizierte finanzielle Repression hat zur stärkeren Betonung der Aktienanlage beigetragen. In Deutschland sind reine Beitragszusagen arbeitsrechtlich möglich,⁶ die Einstandspflicht für Pensionskassen bereits praktisch geworden.⁷ Vorzugswürdig ist eine Regelung im Betriebsrentengesetz,⁸ zum Vorhaben des BMAS s. Rz. 5.

473–479 Einstweilen frei.

2. Kollektivrechtliche Begründung automatischer Einbeziehung

a) Begründung durch Tarifvertrag

480 Die tarifvertragliche Begründung einer automatischen Einbeziehung in ein Betriebsrentensystem unter Eigenbeteiligung des Arbeitnehmers wird teilweise kritisch gesehen. Betont wird, dass Altersvorsorge in erster Linie in die Verantwortung jedes einzelnen Beschäftigten falle,⁹ verwiesen wird auf die Ausgestaltung von Rahmenbedingungen durch Tarifvertrag. Es vermag so nicht zu überraschen, dass der bislang von Tarifverträgen gezogener Rahmen¹⁰ völlig unzureichend ist (dazu schon Rz. 253), dies gilt insbesondere für die vorgesehenen Arbeitgeberleistungen. Zutreffend ist aber die Grenze zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerleistung in einem Tarifvertrag schwer zu ziehen. Ob eine

1 *Wiesner*, BetrAV 2015, 307 (312), der hierzu wohl auch den Pensionsfonds zählt, *Wiesner*, S. 309.

2 *Buntenbach*, BetrAV 2015, 95 (96).

3 Zu Alternativen aus rechtsvergleichender Perspektive *M. Roth*, Private Altersvorsorge, S. 89 ff.; allgemein zu Risiken kapitalgedeckter Vorsorge *Loritz*, ZfA 2001, 183.

4 Zur Beschäftigung als geldpolitischem Ziel der EZB *M. Roth*, Soziales Recht 2015, S. 141.

5 *Naumer*, BetrAV 2012, 575.

6 BAG v. 10.2.2015 – 3 AZR 65/14, BetrAV 2015, 522, dazu *M. Roth*, Private Altersvorsorge, S. 89 ff., 96 ff.

7 BAG v. 10.2.2015 – 3 AZR 65/14, BetrAV 2015, 522.

8 *Höfer*, DB 2013, 288 (290).

9 *Huke*, BetrAV 2011, 21 (23).

10 Überblick über Tarifverträge BetrAV 2011, 24–41.

Entgeltumwidmung statt einer Entgeltumwandlung¹ vorliegt, ist Sache der Tarifparteien. Diese praktizieren freilich bislang beides kaum.

Rechtlich wären entsprechende Tarifverträge möglich. Die Regelungsbefugnis der Tarifparteien erfasst sogar Betriebsrentner.² Dabei umfasst die Regelungsmacht der Tarifparteien auch nachteilige Regelungen.³ Vorzunehmen ist eine inhaltliche Rechtskontrolle, insbesondere mit Blick auf den Eingriff in erworbene Rechtspositionen.⁴ 481

Einstweilen frei. 482–489

b) Betriebsvereinbarungen

Als Ausgangspunkt für eine automatische Einbeziehung in ein Betriebsrentensystem durch Betriebsvereinbarung hat zu gelten, dass weder Arbeitgeber noch Betriebsrat einen Arbeitnehmer zur Entgeltumwandlung zwingen können.⁵ Zu weitgehend erscheint es, dass der Arbeitnehmer die Entgeltumwandlung stets selbst verlangen muss.⁶ Nach der einschlägigen Entscheidung des BAG (Rz. 370) kommt es auch bei Lohnverwendungsabreden darauf an, ob ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit verhältnismäßig ist.⁷ Dabei ist zu beachten, dass eine unzureichende Versorgung im Alter nicht nur sozialpolitisch relevant ist, sondern sich für den Arbeitgeber vor und nach Erreichen des Renteneintrittsalters ggf. auch personalpolitisch auswirkt. Häufig ist der Betriebsfrieden gefährdet, wenn der Arbeitgeber bei Erreichen des Renteneintrittsalters auf einer Beendigungsabrede besteht, obwohl die Arbeitnehmer keine hinreichenden Renten aus der ersten und zweiten Säule zu erwarten haben. Umgekehrt hat das BAG sogar eine feste und durch Arbeitsvertrag nicht änderbare Altersgrenze in einer Betriebsvereinbarung gebilligt.⁸ Konkret gebilligt wurde eine Altersgrenze von 65 Jahren, eine wirtschaftliche Absicherung des einzelnen Arbeitnehmers bei Erreichen der Altersgrenze wird nicht verlangt.⁹ 490

Ein beachtenswerter Grund für eine automatische Einbeziehung in ein von Arbeitgeber und Arbeitnehmer kofinanziertes Betriebsrentensystem kommt insbesondere dann in Betracht, wenn der vom Arbeitgeber vorgesehene Dotierungsrahmen den Vorsorgebedarf eines typisierten Arbeitnehmers allein nicht decken kann. Das BAG verweist zur Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips auf § 75 Abs. 2 BetrVG.¹⁰ Aus § 75 Abs. 2 Satz 1 BetrVG folgt 491

1 Dazu *Langobr-Plato*, NZA 2007, 75.

2 BAG v. 11.8.2009 – 3 AZR 23/08, NZA 2010, 408.

3 BAG v. 11.8.2009 – 3 AZR 23/08, NZA 2010, 408 Rz. 29.

4 BAG v. 11.8.2009 – 3 AZR 23/08, NZA 2010, 408 Rz. 31.

5 *Kemper*, BetrAV 2002, 751 (752 Ls 14).

6 So freilich *GK/Kreutz*, § 77 Rz. 357.

7 BAG v. 11.7.2000 – 1 AZR 551/99, NZA 2001, 462 (464 Kantinenessen).

8 BAG v. 5.3.2013 – 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916.

9 BAG v. 5.3.2013 – 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916, Rz. 30.

10 BAG v. 11.7.2000 – 1 AZR 551/99, NZA 2001, 462 (464 Kantinenessen).

auch eine Pflicht zur Förderung der Persönlichkeit,¹ internationale Erfahrungen weisen die positive Wirkung einer Rückfallregelung insbesondere in der Altersvorsorge nach (freilich zum Kantinenessen, dazu Rz. 450 ff., 460 ff.). Bei einer Kofinanzierung ist regelmäßig eine verbesserte Vorsorge der überwiegenden Mehrheit der Arbeitnehmer zu erwarten. Dies liegt sowohl im personalpolitischen Interesse des Arbeitgebers als auch des Betriebs und der Belegschaft.

- 492 Freilich erscheint es zweifelhaft, ob bereits rein symbolische Beiträge des Arbeitgebers zu einer Entgeltumwandlung eine automatische Einbeziehung angemessen erscheinen lassen. Zutreffend wird man verlangen müssen, dass ein typisierter Arbeitnehmer von einer hinreichend signifikanten Besserstellung gegenüber einer Nichteinbeziehung in das Betriebsrentensystem ausgeht. Dies wird man in Anlehnung an die gesetzlichen Regelungen in Großbritannien und Neuseeland annehmen können, wenn der Arbeitgeber mindestens 1 % des Lohnes und jedenfalls ein Drittel des Beitrags des Arbeitnehmers zur Entgeltumwandlung beiträgt. Sollen mehr als 4 % des Lohns in eine Entgeltumwandlung eingebracht werden, ist dem Eingriff in die Privatautonomie des Arbeitnehmers durch besondere Information und erleichterte Möglichkeit einer Beendigung der Einbeziehung in die Betriebsrentenzusage Rechnung zu tragen.
- 493 Die Einbeziehung in das Betriebsrentensystem darf nicht unumkehrbar gestaltet werden. Vorzusehen sind regelmäßige Termine, zu denen der Arbeitnehmer die Einbeziehung beenden kann. Grundsätzlich reicht es aus, wenn der „opt-out“ jährlich erklärt werden kann. Bei besonders hohen Beiträgen des Arbeitnehmers, insbesondere oberhalb des gesetzlich vorgesehenen Anspruchs auf Entgeltumwandlung, ist freilich eine jederzeitige Erklärungsmöglichkeit des Arbeitnehmers vorzusehen. Jedenfalls gute Praxis wird dann auch eine beschränkte Rückwirkung des Widerspruchs gegen die Einbeziehung in die Betriebsrentenzusage sein.
- 494 Verschärft zu prüfen ist die Angemessenheit einer automatischen Einbeziehung, wenn dadurch eine arbeitgeberfinanzierte Vorsorge abgelöst werden soll. Bei ablösender Vereinbarung ist jedenfalls ein kollektiver Günstigkeitsvergleich anzustellen.² Vertrauensschutz und Verhältnismäßigkeit gelten freilich auch bei einem Eingriff durch Tarifvertrag.³
- 495 Die Gestaltung der Beiträge kann wie in der Schweiz ggf. altersabhängig gestaffelt werden. Der Europäische Gerichtshof hat die altersabhängige Staffellung von Rentenbeiträgen auch bei einer Individualvereinbarung gebilligt,⁴ im Fall einer dänischen Arbeitnehmerin hatte der Arbeitgeber zwei Drittel der Rentenleistungen übernommen, bis 35 Jahre waren 3 bzw. 6 %, sodann bis 44 Jahre 4 bzw. 8 % und schließlich über 45 Jahre 5 bzw. 10 % (Arbeitnehmer/Arbeitgeber) zu bezahlen.

1 GK/Kreutz, § 75 Rz. 129 ff.

2 Zur Ablösung einer vertraglichen Einheitsregelung durch eine Betriebsvereinbarung so BAG v. 23.10.2001 – 3 AZR 74/01, NZA 2003, 986.

3 BAG v. 28.7.2005 – 3 AZR 14/05, NZA 2006, 355.

4 EuGH v. 26.9.2013 – Rs. C-476-11, BetrAV 2013, 628.