

Betriebs Berater

BB

29/30 | 2023

Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... Recht ... Wirtschaft ... 17.7.2023 | 78. Jg.
Seiten 1665–1728

DIE ERSTE SEITE

Ralf Strehlau

Einsatz von Künstlicher Intelligenz in der Unternehmensberatung –
Veränderungsmanagement erforderlich

WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Lisa Kappler, RAin

Rechtsschutz gegen RAPEX-Meldungen – Quo vadis? | 1667

STEUERRECHT

Dr. Stefan Behrens, RA/FAStR/StB, und **Christian Sparr**, Dipl.-Jur.

BB-Rechtsprechungsreport zur Grunderwerbsteuer | 1687

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Prof. Dr. Guido Förster, StB, und **Dr. Klaus-Jörg Dehne**, RA

Rechnungslegungsfragen bei der Umsetzung der EU-Mindestbesteuerungsrichtlinie | 1707

ARBEITSRECHT

Prof. Dr. Mathias Ulbrich, LL.M.

Neuer Schwung für Sozialpartnermodelle durch Änderungen des BetrAVG?
Aktueller Stand der Diskussion | 1716

Prof. Dr. Mathias Ulbrich, LL.M.

Neuer Schwung für Sozialpartnermodelle durch Änderungen des BetrAVG? Aktueller Stand der Diskussion

Das Betriebsrentengesetz (BetrAVG) erfuhr 2018 einschneidende Änderungen, indem gesonderte Vorschriften für tarifliche Versorgungsmodelle (sog. Sozialpartnermodelle, auch SPM) und als deren Kern die Reine Beitragszusage (RBZ) eingeführt wurden. Beide weichen von bis dato grundlegenden arbeitsrechtlichen Prinzipien des BetrAVG ab. Bislang allerdings wurden die neuen Möglichkeiten nur zaghafte genutzt. Deswegen ist die Frage, wie die weitere Verbreitung von SPM gefördert werden kann, ein wichtiger Bestandteil des Fachdialogs, den das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) zur Stärkung der betrieblichen Altersversorgung (bAV) ins Leben rief. Noch in diesem Jahr wird mit einem Gesetzesentwurf dazu gerechnet. In dem nachfolgenden Beitrag werden einige der Vorschläge der aktuellen Diskussion – insbesondere der Sozialpartner – zu möglichen Anpassungen des BetrAVG aufgegriffen, erläutert und bewertet sowie um eigene Ansätze ergänzt.

I. Einleitung: Inhalt einer RBZ

Mit der Einführung der RBZ durch das Betriebsrentenstärkungsgesetz (BRSG)¹ öffnete sich das BetrAVG einem bis dato völlig neuen Ansatz: Die Verpflichtungen des Arbeitgebers aus seiner Zusage werden auf die Zahlung von (durch ihn oder durch Entgeltumwandlung finanzierten) Beiträgen und auf den Abschluss eines Vertrags mit einem Versorgungsträger zugunsten des Versorgungsberechtigten begrenzt, § 1 Abs. 2 Nr. 2a BetrAVG. Die sich aus den Beiträgen ergebende Versorgungsleistung schuldet allein der durchführende Versorgungsträger.

In der Folge hat der Versorgungsberechtigte – im Unterschied zu den anderen Zusagearten des BetrAVG – gegen den Arbeitgeber keinen (subsidiären) Erfüllungsanspruch. Denn § 1 Abs. 1 S. 3 BetrAVG ist im Rahmen einer RBZ nicht anwendbar – ebenso wie die meisten anderen des auf Arbeitnehmerschutz gerichteten BetrAVG, wie bspw. §§ 7 ff. (Insolvenzschutz) oder § 16 BetrAVG (Anpassung laufender Leistungen). Der Vorteil dieses „pay-and-forget-Ansatzes“ liegt für den Arbeitgeber u. a. in erhöhter Kosten- und Planungssicherheit.² Der Arbeitnehmer hingegen verliert im Vergleich zur herkömmlichen bAV einen Großteil des gesetzlichen arbeitsrechtlichen Schutzes sowie einen (subsidiären) Leistungsschuldner.

Hinzu kommt, dass die Versorgungseinrichtungen die Höhe der zugesagten Leistungen einer RBZ nicht garantieren dürfen.³ Das Kapitalanlagerisiko liegt also – ebenfalls im Unterschied zu den anderen Zusagearten des BetrAVG – allein beim Arbeitnehmer. Dadurch soll eine ertragsreichere Anlagepolitik als in der herkömmlichen bAV ermöglicht werden, was im Ergebnis zu höheren Rentenleistungen führen soll.⁴ Ausdrückliches Ziel dieser Neuerungen ist es, die Verbreitung der bAV in kleinen und mittelgroßen Unternehmen (KMU) und unter

Geringverdienern zu fördern.⁵ In der Praxis wird die RBZ allerdings bislang kaum angenommen.⁶ Bis zum heutigen Tage existieren lediglich zwei funktionierende Sozialpartnermodelle, in der Chemischen Industrie und bei Uniper SE.⁷

II. Aufhebung der Tarifexklusivität der RBZ?

Ein Grund für diese Zurückhaltung könnte in der Tarifexklusivität der RBZ liegen. Denn sie darf „nur durch Tarifvertrag oder aufgrund eines Tarifvertrages in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung“ abgeschlossen werden, § 1 Abs. 2 Nr. 2a BetrAVG. Zwar ist es auch zulässig, ein tarifliches SPM durch eine Betriebs- oder Dienstvereinbarung auszufüllen. Auch das jedoch erfordert eine Tarifbindung zumindest des Arbeitgebers.⁸

1. Nachteile der Tarifexklusivität

Allerdings ist die Tarifbindung in KMU und unter Geringverdienern in der Regel besonders gering.⁹ Somit droht die Tarifexklusivität das Ziel des BRSG, die bAV gerade dort zu verbreiten, zu beeinträchtigen.¹⁰

Diesem Einwand wurde mit der Schaffung des § 24 BetrAVG begegnet. Danach ist es Nichttarifgebundenen möglich, sich einem „einschlägigen“ SPM anzuschließen.¹¹ Einschlägigkeit liegt vor, wenn der Tarifvertrag – eine Tarifbindung der jeweiligen Nichttarifgebundenen vorausgesetzt – räumlich, zeitlich, betrieblich-fachlich und persönlich auf sie anwendbar wäre.¹²

Allerdings lässt die geringe Zahl der SPM diese Beteiligungsmöglichkeit bislang weitgehend leerlaufen. Da die (ebenfalls mögliche) Allgemeinverbindlichkeitserklärung eines SPM an die engen Voraussetzungen des § 5 TVG gebunden ist, wird u. a. vorgeschlagen, die Tarifexklusivität der RBZ aufzuheben oder zumindest abzuschwächen und

1 Gesetz zur Stärkung der betrieblichen Altersversorgung und zur Änderung anderer Gesetze (Betriebsrentenstärkungsgesetz), vom 17.8.2017, BGBl. 3214.

2 BT-Drs. 18/11286, 40.

3 § 22 Abs. 1 S. 2 BetrAVG, § 244b Abs. 1 Nr. 1 VAG.

4 BT-Drs. 12/11286, 30 f.; Goecke, BetrAV 2016, 653 ff., Klinger, BetrAV 2016, 411 ff.

5 BT-Drs. 18/11286, 31.

6 S. auch BMAS, Forschungsbericht 567, Trägerbefragung zur Verbreitung der bAV 2021, 69 f.

7 Tarifvertrag über Einmalzahlungen und Altersvorsorge der Chemischen Industrie (TEA); Tarifvertrag RBZ bei Uniper SE – s. Details dazu Eisele u. a., BetrAV 2022, 604 ff.

8 Ulbrich, in: Ulbrich, Praxishandbuch betriebliche Altersversorgung und Zeitwertkonten, 2021, Kap. 1, Rn. 528.

9 Kiesewetter u. a., BetrAV 2016, 650 m. w. N.; Löwisch/Rieble TVG, 4. Aufl. 2017, Einleitung, Rn. 7, 13.

10 GDV, s. BT-Drs. 18/12612, 22; s. auch Höfer, in: Höfer u. a. BetrAVG I, März 2023, § 1, Rn. 42.5; Ulbrich, BB 2016, 2364.

11 S. auch BT-Drs. 18/11286, 47.

12 BT-Drs. 18/11286, 47; Steinmeyer, in: ErfK, 23. Aufl. 2023, BetrAVG § 24, Rn. 1.

den Abschluss von SPM auch allein über Betriebsvereinbarungen zuzulassen.¹³

Zuzugeben ist diesem Ansatz, dass er die Zahl der SPM tatsächlich erhöhen könnte. Solange kein „einschlägiges“ SPM besteht, wäre es Arbeitgebern und Arbeitnehmer (unabhängig von ihrer Tarifbindung)¹⁴ möglich, eigene SPM über Betriebsvereinbarungen zu schaffen. Auch die Zweifel, die an der Tarifexklusivität mit Blick auf eine mögliche Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG geäußert werden,¹⁵ könnten dadurch ausgeräumt werden.

2. Vorteile der Tarifexklusivität

Allerdings ist zu bedenken, dass eine so erreichte quantitative Steigerung der SPM zulasten deren Versorgungsniveaus gehen könnte. Zwar bestehen besondere aufsichtsrechtliche Regelungen für die RBZ, die Mindeststandards zum Schutz der Versorgungsberechtigten aufstellen,¹⁶ und die nicht der Disposition arbeitsrechtlicher Vereinbarungen (sei es durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung) unterliegen. Jenseits dessen jedoch räumt das BetrAVG – wie erwähnt – sehr weitgehende Freiheiten zur Gestaltung einer RBZ ein. Natürlich ist es nicht ausgeschlossen, dass diese Freiheiten auch auf betrieblicher Ebene in angemessener Weise und mit einem für beide Seiten ausgewogenen Ergebnis genutzt werden. Dennoch ist der Ansicht beizupflichten, dass Regelungen „auf Augenhöhe“ in einem solch komplexen Feld wie der RBZ in der Regel eher in Tarifverträgen erreicht werden dürften.¹⁷ Hinzu kommt ein wirtschaftliches Argument: Durch die hohe Zahl der von einem Tarifvertrag erfassten Versorgungsberechtigten können Kosten gesenkt, bessere Konditionen bei den Versorgungsträgern verhandelt und dort durch Skaleneffekte bessere Anlageergebnisse erreicht werden, die sich letztlich zum Vorteil der Versorgungsberechtigten auswirken.¹⁸ Im Ergebnis sprechen also – zumindest aktuell – die besseren Argumente für die Beibehaltung der Tarifexklusivität der RBZ. Sollte sich die Anzahl der SPM allerdings künftig nicht erhöhen, käme vor dem Hintergrund des mit der Einführung der RBZ ins BetrAVG verfolgten sozialpolitischen Ziels eine Öffnung oder zumindest Lockerung der Tarifexklusivität in Betracht.¹⁹ Denn wenn kaum SPM vorhanden sind, nützen auch deren hohe tarifliche Standards nichts.

III. Aufhebung des Einschlägigkeitserfordernisses in § 24 BetrAVG?

Verbleibt es bei der Tarifexklusivität, so stellt sich weiterhin die Frage, wie es gelingen kann, dass SPM für Nichttarifgebundene leichter nutzbar werden. Dazu wird vorgeschlagen, das Einschlägigkeitserfordernis in § 24 BetrAVG aufzuheben oder zumindest zu lockern.²⁰ In der Folge wäre eine Beteiligung Nichttarifgebundener an einem SPM nicht mehr davon abhängig, dass es sich dabei um ein einschlägiges SPM handelt.

1. Aktueller Stand

In seiner aktuellen Fassung lautet § 24 BetrAVG: „Nichttarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer können die Anwendung der einschlägigen tariflichen Regelung vereinbaren.“ Nichttarifgebundenen wird dadurch möglich, was ihnen die Tarifexklusivität nach § 1 Abs. 2 Nr. 2a BetrAVG eigentlich verwehrt: Die Erteilung einer RBZ.

Als Grundlage für eine Beteiligung an einem SPM kommen nur individualrechtliche Regelungen (mit kollektivem Bezug²¹ oder einzelvertragliche Zusagen) in Betracht. Betriebsvereinbarungen hingegen

scheiden aus, sofern der Tarifvertrag keine Tariföffnungsklausel enthält.²² Denn der nach § 24 BetrAVG erforderliche „einschlägige“ Tarifvertrag, löst die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG aus, die auch für nichttarifgebundene Arbeitgeber gilt.²³

Eine Beteiligung über § 24 BetrAVG verlangt weiterhin die Übernahme sämtlicher Vorschriften des in Bezug genommenen SPM.²⁴ Selbst für den Arbeitnehmer günstigere Abweichungen sind – im Unterschied zu § 19 Abs. 2 BetrAVG – ausgeschlossen. Denn sie wären aufgrund ihrer rein individualrechtlichen Natur nicht Bestandteil der RBZ, die nur durch eine tarifliche Regelung erteilt werden darf. Eine Ausnahme bestünde nur, wenn der Tarifvertrag gem. § 4 Abs. 3 TVG Begünstigungen (konkret oder generell) durch eine Öffnungsklausel zulässt.²⁵

2. Erleichterte Einbeziehung Nichttarifgebundener

Sollte das Einschlägigkeitserfordernis aufgehoben werden, könnten sich künftig Nichttarifgebundene auch an solchen SPM beteiligen, deren Geltungsbereich sie nicht erfasst, die für sie also nicht-einschlägig sind. Denn die Tarifvertragsparteien sollen gem. § 21 Abs. 3 S. 1 BetrAVG „nichttarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern den Zugang zur durchführenden Versorgungseinrichtung nicht verwehren.“²⁶ Im Gegenzug und um zu verhindern, dass ungewollte Risiken in ein SPM fließen, könnte § 21 Abs. 3 S. 1 BetrAVG in diesem Zuge um einen Zustimmungsvorbehalt der Gründungssozialpartner zur Aufnahme Nichttarifgebundener erweitert werden.²⁷

Eine Streichung des Einschlägigkeitserfordernisses in § 24 BetrAVG hätte darüber hinaus den positiven Effekt, dass sich auch außertarifliche Arbeitnehmer an einem SPM beteiligen könnten. Da Tarifverträge diese Arbeitnehmer in der Regel von ihrem persönlichen Anwendungsbereich ausschließen,²⁸ ist ihnen das aktuell nämlich verwehrt.

13 S. bspw. Institut der Versicherungsmathematischen Sachverständigen für Altersversorgung (IVS), Stellungnahme Fachdialog zur Stärkung der Betriebsrente, 2022, S. 23; Aufhebung mit Zustimmungsvorbehalt der Sozialpartner. Generell ablehnend: Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di), Stellungnahme zum Fachdialog zur Stärkung der Betriebsrente, 2022, S. 10 f.

14 Wegen des Fehlens eines einschlägigen Tarifvertrages würde weder die Sperrwirkung des § 87 Abs. 1 BetrVG (für tarifgebundene Arbeitgeber), noch die des § 77 Abs. 3 BetrVG (für nichttarifgebundene Arbeitgeber) greifen.

15 Schober, BetrAV 2017, 475 ff.

16 §§ 244a ff. VAG i. V. m. §§ 33 ff. Pensionsfonds-Aufsichtsverordnung (PFAV).

17 ver.di, Stellungnahme zum Fachdialog zur Stärkung der Betriebsrente, 2022, S. 11; BT-Drs. 18/12286, 42; Kerschbaumer, DB 2022, 2671.

18 Hanau/Arteaga, Rechtsgutachten zum Sozialpartnermodell Betriebsrente des BMAS, 2016, S. 4; Kerschbaumer, DB 2022, 2411.

19 So bspw. wie von IVS, Stellungnahme Fachdialog zur Stärkung der Betriebsrente, 2022, S. 23 vorgeschlagen mit einem Zustimmungserfordernis der Tarifvertragsparteien zu rein betrieblichen Lösungen.

20 Arbeitsgemeinschaft für betriebliche Altersversorgung (aba), Beitrag zum Fachdialog Stärkung der Betriebsrente, 2022, S. 39 (Prüfung); Franzen, BetrAV 2022, 450; IVS, Stellungnahme Fachdialog zur Stärkung der Betriebsrente, 2022, 23; Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA), Vorschläge für den Fachdialog Betriebsrente, 2022, S. 9; ver.di, Stellungnahme zum Fachdialog zur Stärkung der Betriebsrente, 2022, S. 9 (beide mit Zustimmungserfordernis der Tarifvertragsparteien).

21 So bspw. durch vertragliche Einheitsregelung, Gesamtzusage, betriebliche Übung oder Gleichbehandlungsgrundsatz.

22 Koch, NZA 2018, 1038 f.; Kruip/Karst, in: Schlewung u. a., Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung, November 2022, Teil 6A, Rn. 320; a. A. Steinmeyer, in: ErfK, 23. Aufl. 2023, BetrAVG § 24, Rn. 2.

23 Kania, in: ErfK, 23. Aufl. 2023, BetrVG § 77, Rn. 45.

24 BT-Drs. 18/11286, 47; Höfer, in: Höfer u. a., BetrAVG I, März 2023, § 19, Rn. 16; Koch, NZA 2018, 1040; Steinmeyer, in: ErfK, 23. Aufl. 2023, BetrAVG, § 24, Rn. 2.

25 Höfer, in: Höfer u. a., BetrAVG I, März 2023, § 24, Rn. 15 f.

26 Nach Höfer, in: Höfer u. a., BetrAVG I, März 2023, § 21, Rn. 33 ist die Vorschrift als „Mussvorschrift“ zu verstehen – anders aber BT-Drs. 18/12612, 31, wonach bei einer Verletzung gerade keine Sanktionen greifen.

27 So gefordert von BDA, Vorschläge für den Fachdialog Betriebsrente, 2022, S. 8; ver.di, Stellungnahme zum Fachdialog zur Stärkung der Betriebsrente, 2022, S. 9.

28 aba, Beitrag zum Fachdialog Stärkung der Betriebsrente, 2022, S. 39; BDA, Vorschläge für den Fachdialog Betriebsrente, 2022, S. 8; IVS, Stellungnahme Fachdialog zur Stärkung der Betriebsrente, 2022, 23 – anders aber bspw. der TEA, der in § 1 Nr. 2 TEA den persönlichen Anwendungsbereich der RBZ auch für diese Arbeitnehmergruppen eröffnet.

Denn selbst ein „brancheneigenes“ SPM ist für sie nicht „einschlägig“ – und zwar unabhängig von der Tarifbindung ihres Arbeitgebers.

3. Verhinderung einer „Anpassung nach unten“

Die Aufhebung des Einschlägigkeitserfordernisses könnte also durchaus positive Auswirkungen auf die Anzahl der von SPM erfassten Arbeitgeber und Arbeitnehmer haben und damit dem Ziel des BRSg dienen. Allerdings müssen auch die möglichen Auswirkungen auf bestehende und künftige Zusagen betrachtet werden.

a) Es besteht noch kein Versorgungssystem

Sollten sich Nichttarifgebundene, die noch kein Versorgungssystem haben, künftig auch an einem nicht-einschlägigen SPM beteiligen können, so diese Möglichkeit auch dann, wenn für sie bereits ein einschlägiges SPM existiert. Sollte dieses für die Arbeitnehmer günstiger sein als das nicht-einschlägige SPM, könnte es zu einem *race to the bottom* kommen. Um das zu verhindern, sollte ein abgeänderter § 24 BetrAVG die Beteiligung an einem „branchenfremden“ SPM nur dann zulassen, wenn nicht bereits ein einschlägiges SPM besteht.²⁹

Fraglich wäre dann allerdings, was gelten soll, wenn ein einschlägiger SPM erst zeitlich nach einer Beteiligung der Nichttarifgebundenen an einem „branchenfremden“ SPM geschlossen wird. Geklärt werden müsste also, ob in diesen Fällen die Beteiligung an dem nicht-einschlägigen SPM beibehalten oder eine Anwendung des einschlägigen SPM erfolgen müsste. Auch ein Wahlrecht der Nichttarifgebundenen kommt in Betracht.

b) Es besteht bereits ein Versorgungssystem

Komplexer stellt sich die Sachlage dar, wenn bei einem nichttarifgebundenen Arbeitgeber bereits ein Versorgungssystem besteht. Sollte es in diesen Fällen Ziel der Nichttarifgebundenen sein, durch die Beteiligung an einem nicht-einschlägigen SPM die bisherigen Zusagen zu ersetzen, wäre über das vorab Gesagte hinaus zu beachten, dass darin eine Änderung der bisherigen Zusagen läge (ersetzen der Beteiligung). Ob und gegebenenfalls inwieweit dies zulässig ist, beurteilt sich nach den von der ständigen Rechtsprechung des BAG entwickelten Maßstäben zur Änderung von Versorgungszusagen:

(aa) Betriebsvereinbarung: Basiert die Versorgungszusage auf einer Betriebsvereinbarung, so könnte eine ersetzende Beteiligung an einem nicht-einschlägigen SPM durch eine ablösende Betriebsvereinbarung erfolgen.³⁰ Die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 BetrVG stünde dem nicht entgegen, da sie nur für einschlägige Tarifverträge Wirkung entfaltet.³¹

(1) Allerdings wäre diese Ablösung nur wirksam, wenn die vom BAG entwickelten Grundsätze von Vertrauensschutz und Verhältnismäßigkeit beachtet werden.³² Danach müsste das Interesse des Arbeitgebers an der Umstellung das Interesse des Arbeitnehmers am Fortbestand der bisherigen Zusage „erheblich überwiegen“.³³ Die Gründe des Arbeitgebers müssten umso gewichtiger sein, je schwerwiegender die Nachteile des Arbeitnehmers sind. Insoweit spielt es auch eine wichtige Rolle, ob der Wechsel lediglich die künftig zu erdienenden Anwartschaften (Future Service) oder auch die bereits erdienten Anwartschaften (Past Service) erfassen soll.

Berücksichtigungsfähige Interessen des Arbeitgebers im Rahmen der Abwägung können grundsätzlich auch wirtschaftliche Gründe sein, ebenso wie Bilanzierungs- und Finanzierungsvorteile.³⁴ Diese dürften – zumindest in der Regel – bei einer ersetzenden Umstellung auf eine

RBZ für den Arbeitgeber bestehen, allein schon wegen des „pay-and-forget“-Ansatzes (siehe oben).

Bei der Gewichtung der Arbeitnehmerinteressen dürfte – wie herkömmlicherweise auch – der Vergleich des Barwerts der bisherigen Zusage mit dem der RBZ zu beachten sein.³⁵ Der Wegfall der arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften und das Garantieverbot in einer RBZ (beides siehe oben) wirken sich für den Arbeitnehmer in der Regel nachteilig aus. Dem gegenüber steht zwar die Chance auf höhere Leistungen im Vergleich zur bisherigen garantiebasierten Zusage. Ob das aber ausreicht, um die Nachteile auszugleichen, hängt von der konkreten Ausgestaltung der RBZ im Einzelfall ab. Hier könnten bspw. eine Begrenzung der Ablösung auf den Future Service und/oder eine Erhöhung des Dotierungsrahmens der Zusage förderlich sein.³⁶

(2) Bestehende Zusagen auf Basis einer Betriebsvereinbarung könnten aufgrund des Günstigkeitsprinzips auch durch eine individualrechtliche Vereinbarung über eine ersetzende Beteiligung an einem SPM geändert werden.³⁷ Das gilt aber nur, wenn die RBZ den Arbeitnehmer besserstellt als die bisherige Zusage. Denn ein Verzicht auf Rechte aus einer Betriebsvereinbarung ist ohne Zustimmung des Betriebsrats nicht zulässig, § 77 Abs. 4 S. 2 BetrVG. Ob es sich bei einer Beteiligung an einem SPM um eine Verbesserung handelt, beurteilt sich wiederum nach den oben genannten Grundsätzen.

(bb) Individualrechtliche Versorgungszusagen: Handelt es sich bei den bestehenden Versorgungszusagen um individualrechtliche Vereinbarungen, können sie einvernehmlich geändert werden. Das dürfte seitens des Arbeitnehmers aber nur erfolgen, wenn die RBZ aus seiner Sicht günstiger ist als die bisherige Zusage.

(1) Sollte der Arbeitgeber die ersetzende Beteiligung an einem SPM mit einer Änderungskündigung durchführen, kämen die allgemeinen (strengen) Grundsätze des § 1 Abs. 2 KSchG zur Anwendung.³⁸ Das gälte auch für einseitige Anpassungen über § 313 BGB, dessen Voraussetzungen hier allerdings regelmäßig nicht vorliegen dürften, da die Einführung der RBZ durch das BRSg unter Berücksichtigung der Risikoverteilung keine so einschneidende Rechtsänderung war, dass ein Festhalten an der bisherigen Zusage für den Arbeitgeber unzumutbar ist.³⁹

(2) Hat die bisherige individualrechtliche Zusage einen kollektiven Bezug, so könnte eine ersetzende Beteiligung an einem nicht-einschlägigen SPM darüber hinaus auch über eine Betriebsvereinbarung

²⁹ Franzen, BetrAV 2022, 450; Kerschbaumer, DB 2022, 2670; ver.di, Stellungnahme zum Fachdialog zur Stärkung der Betriebsrente, 2022, S. 9; allerdings würde das auch gelten, wenn das einschlägige SPM ein niedrigeres Niveau hätte als das nicht-einschlägige SPM.

³⁰ Höfer, in: Höfer u. a., BetrAVG I, März 2023, § 1, Rn. 42.23 ff.; Böhm, in: Ulbrich, Praxishandbuch betriebliche Altersversorgung und Zeitwertkonten, 2021, Kap. 9, Rn. 58.

³¹ BAG, 23.5.007 – 10 AZR 295/06, NZA 2007, 940; Kania, in: ErfK 23. Aufl. 2023, BetrVG § 77, Rn. 45.

³² Höfer, in: Höfer u. a., BetrAVG I, März 2023, § 1, Rn. 42.21; Kruij/Karst, in: Schlewing u. a., Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung, November 2022, Teil 6A, Rn. 435 ff.; Steinmeyer, in: ErfK, 23. Aufl. 2023, BetrAVG § 21, Rn. 3; a. A. Rolfs, in: Blomeyer/Rolfs/Otto, BetrAVG, 8. Aufl. 2022, § 21, Rn. 26, der eine Ablösung durch eine RBZ grundsätzlich für unzulässig hält. Zu den genannten Grundsätzen s. bspw. BAG, 15.5.2012 – 3 AZR 11/10, BB 2012, 2630 m. BB-Komm. Reichenbach.

³³ Handelt es sich nicht um einen direkten Eingriff in die Leistungshöhe findet das dreistufige Prüfungsschema des BAG (Dreistufentheorie) keine Anwendung, BAG, 15.5.2012 – 3 AZR 11/10, BB 2012, 2630 m. BB-Komm. Reichenbach. Das wäre bei der Umstellung auf eine RBZ der Fall. So wohl auch Kruij/Karst, in: Schlewing u. a., Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung, November 2022, Teil 6A, Rn. 442.

³⁴ BAG, 15.5.2012 – 3 AZR 11/10, BB 2012, 2630 m. BB-Komm. Reichenbach.

³⁵ S. bspw. BAG, 15.5.2012 – 3 AZR 11/10, BB 2012, 2630 m. BB-Komm. Reichenbach; zum Begriff des Barwerts s. Höfer, in: Höfer u. a., BetrAVG I, März 2023, Kap. 8, Rn. 38 f.

³⁶ Zum Begriff des Dotierungsrahmens s. Rolfs, in: Blomeyer/Rolfs/Otto, BetrAVG, 8. Aufl. 2022, Anhang § 1, Rn. 408 ff.

³⁷ Zum Günstigkeitsprinzip siehe BAG, 19.11.2019 – 3 AZR 336/18, BB 2020, 691 Ls.

³⁸ S. zu den Maßstäben des § 313 BGB bspw. Böhm, in: Ulbrich, Praxishandbuch betriebliche Altersversorgung und Zeitwertkonten, 2021, Kap. 9, Rn. 25.

³⁹ S. zu den Anforderungen an § 313 BGB: BAG, 23.4.2013 – 3 AZR 475/11, BB 2013, 2747 m. BB-Komm. Lachmund-Herrig.

erfolgen.⁴⁰ Die Wirksamkeit einer solchen Ablösung würde sich aber wieder nach den o.g. Grundsätzen von Vertrauensschutz und Verhältnismäßigkeit bemessen. Das gilt letztlich auch für den Fall, dass der Arbeitgeber in eine bestehende individualrechtliche Zusage mit kollektivem Bezug (Gesamtzusage) eingreift, indem er einseitig bspw. durch eine Gesamtzusage ein nicht-einschlägiges SPM ersetzend übernimmt⁴¹ oder wenn eine Jeweiligkeitsklausel vereinbart ist.⁴²

(cc) Insgesamt betrachtet dürfte also die Gefahr einer Beschädigung bisher bestehender Zusagen durch die Aufhebung des Einschlägigkeitserfordernisses überschaubar sein. Das Risiko einer Verschlechterung ist nicht höher als bei sonstigen Änderungen von Versorgungszusagen.

Hinzu kommt, dass die Tarifvertragsparteien nach § 21 Abs. 2 S. 1 BetrAVG bei Abschluss eines SPM „bestehende Betriebsrentensysteme angemessen berücksichtigen“ sollen und insbesondere prüfen müssen, ob die tariflich geregelten Beiträge für „andere zulässige Zusagearten“ als die RBZ verwendet werden dürfen.

Das kann bspw. dadurch umgesetzt werden, dass der Tarifvertrag zu einem SPM bestehende Zusagen unverändert fortbestehen lässt und den betreffenden Arbeitnehmern ein Wahlrecht einräumt, bspw. mit ihrem Future Service in die RBZ wechseln zu können.⁴³ Dieses Wahlrecht würde bei einer Übernahme des SPM durch Nichttarifgebundene zwangsläufig auch Bestandteil deren Zusagen werden. Denn § 24 BetrAVG erlaubt nur die vollständige Übernahme tariflicher Regelungen (siehe oben). Auf diese Weise könnten die bisherigen Zusagen also sogar (wirksam) verbessert werden: Die Arbeitnehmer verbleiben im bisherigen System und erhalten gleichzeitig ein „Mehr“, nämlich die Option, in die RBZ wechseln zu können.

IV. Beteiligung Nichttarifgebundener an den Kosten eines SPM?

Sollte das Einschlägigkeitserfordernis aufgehoben werden, so gewönne auch eine weitere Frage – die bereits *de lege lata* besteht – weiter an Bedeutung: Inwieweit ist es möglich, Nichttarifgebundene an den Abschlusskosten des SPM aber auch den Kosten für die nach § 21 Abs. 1 BetrAVG erforderliche Beteiligung an der Durchführung und Steuerung des SPM zu beteiligen?⁴⁴ Da § 21 Abs. 1 BetrAVG auf Nichttarifgebundene nicht anwendbar ist,⁴⁵ müssten andernfalls sämtliche dieser Kosten allein von den Mitgliedern der Gründungssozialpartner getragen werden.

1. „Bessere Leistungen“ für gewerkschaftlich gebundene Arbeitnehmer

Mit Blick auf die Arbeitnehmerseite könnte insoweit mit Differenzierungsklauseln gearbeitet werden, die den Mitgliedern der vertragsschließenden Gewerkschaft höhere Beiträge und/oder höhere Versorgungsleistungen gewähren.

a) Versicherungsrechtliche Differenzierung

Unzulässig dürfte es aber sein, der Versorgungseinrichtung im Tarifvertrag vorzuschreiben, gewerkschaftlich gebundenen Arbeitnehmer aus den gezahlten Beiträgen höhere Leistungen als den Außenseitern zu gewähren.⁴⁶ Zwar stünde dem § 21 Abs. 3 S. 2 BetrAVG nicht entgegen, wonach der Versorgungseinrichtung *im Hinblick auf die Aufnahme und Verwaltung von Arbeitnehmern nichttarifgebundener Arbeitgeber keine sachlich unbegründeten Vorgaben* gemacht werden dür-

fen. Denn der Differenzierungsgrund, nämlich die Kostenbeteiligung an einem SPM, dürfte eine „sachlich begründete Vorgabe“ in diesem Sinne sein.⁴⁷

Allerdings könnte ein Konflikt mit § 138 Abs. 2 VAG (versicherungsaufsichtsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz) bestehen, wonach „bei gleichen Voraussetzungen Prämien und Leistungen nur nach gleichen Grundsätzen bemessen werden“ dürfen. Eine kalkulatorische Differenzierung im Rahmen der Beitrags-Leistungs-Relation zwischen der Versichertengruppe der gewerkschaftlich Gebundenen und der der Außenseiter könnte also unzulässig sein.⁴⁸ Als Lösung wird vorgeschlagen, gesetzlich einen Vorrang des § 21 Abs. 3 S. 2 BetrAVG vor § 138 Abs. 2 VAG festzuschreiben.⁴⁹

b) (Rein) arbeitsrechtliche Differenzierung

Ein solch weitreichender Eingriff dürfte aber gar nicht erforderlich sein, zumindest dann nicht, wenn – wie im Falle von SPM regelmäßig zu erwarten – die RBZ (mindestens teilweise) arbeitgeberfinanziert ist. Denn an Stelle einer versicherungsrechtlichen Differenzierung könnte mit arbeitsrechtlichen Differenzierungsklauseln gearbeitet werden: Der Tarifvertrag legt fest, dass der Arbeitgeber für seine gewerkschaftlichen gebundenen Arbeitnehmer, höhere Beiträge an die Versorgungseinrichtung zu zahlen hat als für die bei ihm beschäftigten Außenseiter.

Das wäre nach der h.M. zulässig, solange die den Gewerkschaftsmitgliedern gewährten Vorteile die Höhe des doppelten jährlichen Gewerkschaftsbeitrags nicht überschreiten (sog. einfache Differenzierungsklauseln).⁵⁰ Da die Umwandlung von Beiträgen in eine Leistung in diesen Fällen sowohl für die Gewerkschaftsmitglieder als auch für die Außenseiter auf der gleichen kalkulatorischen Grundlage erfolgte, läge auch kein Konflikt mit § 138 Abs. 2 VAG vor.

Auf diese Weise könnte die vertragschließende Gewerkschaft ihre Kosten des SPM zumindest in einen Vorteil ihrer Mitglieder umwandeln.⁵¹ Durch das bereits erwähnte Zustimmungserfordernis der Gründungssozialpartner zu einer Beteiligung Nichttarifgebundener am SPM könnte die Umsetzung der Differenzierung sichergestellt werden.

40 S. dazu BAG 10.3.2015 – 3 AZR 56/14, NZA-RR 2005, 371, zu den Ausnahmen s. Böhm, in: Ulbrich, Praxishandbuch betriebliche Altersversorgung und Zeitwertkonten, 2021, Kap. 9, Rn. 48 ff.

41 BAG, 23.2.2016 – 3 AZR 961/13, BeckRS 2016, 68724.

42 Röbler, in: Schlewing u.a., Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung, November 2022, Teil 15, Rn. 76 ff.

43 So geschehen in § 3 TV RBZ bei Uniper, s. Eisele u.a., BetrAV 2022, 605 ff.

44 Bspw. aba, Beitrag zum Fachdialog Stärkung der Betriebsrente, 2022, S. 40, ver.di, Stellungnahme zum Fachdialog zur Stärkung der Betriebsrente, 2022, S. 7 f.; Koch, NZA 2018, 1037.

45 So auch Höfer, in: Höfer u.a., BetrAVG I, März 2023, § 21, Rn. 33, zweifelnd ver.di, Stellungnahme zum Fachdialog zur Stärkung der Betriebsrente, 2022, S. 9.

46 S. dazu Kerschbaumer, DB 2022, 2670.

47 So auch aba, Beitrag zum Fachdialog Stärkung der Betriebsrente, 2022, S. 40; ver.di, Stellungnahme zum Fachdialog zur Stärkung der Betriebsrente, 2022, S. 7 f.

48 A.A. ver.di, Stellungnahme zum Fachdialog zur Stärkung der Betriebsrente, 2022, S. 8 und wohl auch Franzen, BetrAV 2022, 449; s. zur Thematik generell Präve, in: Prölls/Dreher, VAG, 13. Aufl. 2018, § 138, Rn. 11 ff.

49 aba, Beitrag zum Fachdialog Stärkung der Betriebsrente, 2022, S. 40; Franzen, BetrAV 2022, 449; Kerschbaumer, DB 2022, 2665, 2670; ver.di, Stellungnahme zum Fachdialog zur Stärkung der Betriebsrente, 2022, S. 9.

50 S. dazu Franzen, BetrAV 2022, 447 f. m. v. N. Unzulässig ist es lediglich, dem Arbeitgeber zu untersagen, Außenseitern die vereinbarten Vorteile freiwillig ebenfalls zu gewähren (bspw. in Form von Ausschlussklauseln und Spannenklauseln). Denn das verletzt die negative Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG, BAG, 18.3.2009 – 4 AZR 64/08, BB-Entscheidungsreport Lipinski/Reinhardt, BB 2011, 1408.

51 Zu den – allerdings generell bestehenden – Schwierigkeiten, der mangelnden Kenntnis des Arbeitgebers von der Gewerkschaftszugehörigkeit seiner Arbeitnehmer, s. Franzen, BetrAV 2022, 448.

2. „Eintrittsgeld“ zum SPM

Die vertragschließende Arbeitgeberseite hingegen könnte die nichttarifgebundenen Arbeitgeber durch einen Zusatzbeitrag zur bAV, der der Höhe des Mitgliedsbeitrags im Arbeitgeberverband entspricht („Eintrittsgeld“), an ihren Kosten beteiligen.⁵² Allerdings kommt es auch hier auf die konkrete Umsetzung an.

Diese Zusatzbeiträge sollten (bspw. als Einmalbeitrag) direkt an den Gründungsverband fließen. § 21 Abs. 3 S. 1 BetrAVG stünde dem nicht entgegen. Denn die Pflicht zum Eintrittsgeld, wäre keine „Verweigerung“ einer Teilnahme am SPM. Zumindest aber wäre dieses Vorgehen sachlich gerechtfertigt. § 21 Abs. 3 S. 2 BetrAVG hingegen käme nicht zur Anwendung, da der durchführenden Versorgungseinrichtung keine „Vorgaben“ gemacht würden. Letztlich stünde dieses Vorgehen auch im Einklang mit § 138 Abs. 2 VAG, weil das „Eintrittsgeld“ nicht an die Versorgungseinrichtung fließt.

V. Änderung der Beteiligung an Durchführung und Steuerung des SPM?

Intensiv diskutiert wird des Weiteren, inwieweit § 21 Abs. 1 BetrAVG einer Anpassung bedarf.⁵³ Danach müssen sich die vertragschließenden Sozialpartner das SPM nicht nur begründen, sondern sich auch an dessen „Durchführung und Steuerung beteiligen“. Allerdings sind Inhalt und Umfang dieser Pflicht im BetrAVG nicht beschrieben.

1. Inhalt und Umfang

Sollten die Tarifvertragsparteien ein SPM als Gemeinsame Einrichtung gem. § 4 Abs. 2 TVG betreiben, so müssten sie es zwangsläufig selbst „durchführen und steuern“ und würden bereits dadurch § 21 Abs. 1 BetrAVG erfüllen.⁵⁴ In der Regel allerdings werden die Tarifvertragsparteien aber – so wie bei den beiden aktuell bestehenden SPM – die Versorgungseinrichtungen Dritter (bspw. Pensionsfonds) nutzen.⁵⁵ Dann stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine ausreichende Beteiligung im Sinne des § 21 Abs. 1 S. 1 BetrAVG vorliegen kann.

Wird in die Gesetzesbegründung sowie auf Sinn und Zweck der Regelung geblickt, so ist § 21 Abs. 1 BetrAVG dann genüge getan, wenn die Tarifvertragsparteien hinreichende Einflussmöglichkeiten auf die Umsetzung der RBZ haben und diese mitsteuern können, bspw. über eine Mitwirkung im Aufsichtsrat oder in spezifischen Gremien (so im Kapitalanlageausschuss).⁵⁶ Im „Uniper-SPM“ bspw. erfolgt das durch einen paritätisch besetzten Sozialpartnerbeirat.⁵⁷ Die Tarifvertragsparteien können sich aber auch der vorhandenen Organisationsstruktur des Versorgungsträgers bedienen und sich durch Dritte (fachkundige Personen) vertreten lassen.⁵⁸ In der Praxis wird sich die Frage der ausreichenden Beteiligung in erster Linie mit Blick auf die Kapitalanlage und die Einhaltung der Vorschriften des VAG und der PFAV stellen.⁵⁹ Fraglich ist auch hier, welchen Detaillierungsgrad die Mitwirkung konkret haben muss.⁶⁰ Zwar dürfte insofern eine Beteiligung an der Entwicklung von Anlagerichtlinien und ein gewisses Maß an operativem Monitoring erforderlich sein, nicht aber bzgl. jeder Investitionsentscheidung.⁶¹

2. Sanktionen bei Verletzung der Pflicht

Obgleich § 21 Abs. 1 BetrAVG als Mussvorschrift formuliert ist, enthält er keine Sanktionen. Auch die Gesetzesbegründung schweigt dazu.

In der Literatur wird dann, wenn der Tarifvertrag zwar Steuerungsmechanismen beschreibt, diese jedoch von den Tarifvertragsparteien nicht ausreichend beachtet werden, die Frage nach Schadensersatzansprüchen der Mitglieder (insbesondere der Gewerkschaft) gegen die Tarif-

vertragsparteien diskutiert.⁶² Falls Regelungen zu den Steuerungsmechanismen im Tarifvertrag fehlen, wird auch dessen Nichtigkeit erwo-gen.⁶³ Nach anderer Ansicht soll eine Verletzung des § 21 Abs. 1 BetrAV zur Folge haben, dass an die Stelle der vereinbarten RBZ eine Beitrags-zusage mit Mindestleistung gem. § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrAVG tritt.⁶⁴ Abgesehen von der juristischen Überzeugungskraft dieser Ansätze⁶⁵ erzeugt allein die Diskussion darüber erhebliche Unsicherheiten. Sie wird von den Sozialpartnern als einer der Gründe für die Zurückhaltung bei der Schaffung von SPM gesehen.⁶⁶

3. Mögliche Anpassung

Deswegen sollte § 21 Abs. 1 BetrAVG angepasst werden. Eine Konkretisierung der Pflichten wäre zwar wohl nicht zielführend, da eine abschließende Beschreibung angesichts der Vielfalt der Praxis Schwierigkeiten bereiten dürfte. Außerdem würden so die Handlungsspielräume der Sozialpartner eingeengt.⁶⁷

Zielführender dürfte es deswegen sein, die aktuelle „Mussvorschrift“ in eine „Sollvorschrift“ umzuwandeln. Damit würde sich einerseits die Frage nach möglichen Sanktionen erübrigen und andererseits an dem Ziel, die Tarifvertragsparteien an Durchführung und Steuerung des SPM zu beteiligen – dann als Appell und nicht als Pflicht – festgehalten. Das wäre auch vor dem Hintergrund der Tarifautonomie (Art. 9 Abs. 3 GG) gut vertretbar sowie aus systematischer Sicht. Denn § 21 Abs. 1 BetrAVG würde sich als „Sollvorschrift“ in seine „Nachbarvorschriften“ – § 21 Abs. 2 und 3 BetrAVG – einpassen, die ebenfalls als solche zu betrachten sind.⁶⁸

VI. Tarifdispositivität der §§ 21 bis 24 BetrAVG?

Eine noch weiter gehende Ausweitung des tariflichen Gestaltungsspielraums hat der Vorschlag im Blick, die RBZ vollständig tarifdispo-

52 Franzen, BetrAV 2022, 449; Höfer, in: Höfer u. a., BetrAVG I, März 2023, § 21, Rn. 36.

53 Bejahend BDA, Vorschläge für den Fachdialog Betriebsrente, 2022, S. 9, ablehnend wohl ver.di, Stellungnahme zum Fachdialog zur Stärkung der Betriebsrente, 2022, S. 10.

54 So auch Guse DB 2017, 2737 f.; Kruij/Karst, in: Schlewing u. a., Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung, November 2022, Teil 6A, Rn. 320; Rolfs, in: Blomeyer/Rolfs/Otto, BetrAVG, 8. Aufl. 2022, § 21, Rn. 4.

55 Ulbrich, in: Ulbrich, Praxishandbuch betriebliche Altersversorgung und Zeitwertkonten, 2021, Kap. 1, Rn. 530.

56 BT-Drs. 18/11286, 45; ebenso Höfer, in: Höfer u. a., BetrAVG I, März 2023, § 21, Rn. 16; Rolfs, in: Blomeyer/Rolfs/Otto, BetrAVG, 8. Aufl. 2022, § 21, Rn. 5; kritisch Diller, BetrAV 2018, 603. Jedenfalls sind hier die Vorschriften des VAG wie § 24 VAG (Anforderungen an die fachliche Eignung) zu beachten.

57 Zu Details und Aufgaben dieses Gremiums, Kerschbaumer, DB 2022, 1711 ff.; s. dazu auch Herrmann, BetrAV 2022, 174.

58 BT-Drs. 18/11286, 45; Zwanziger, FS Kittner, 2021, S. 437.

59 BT-Drs. 18/11286, 54. 56; Kerschbaumer, DB 2022, 1707, 1709 f., 2410 ff.

60 BDA, Vorschläge für den Fachdialog Betriebsrente, 2022, S. 9.

61 Diller, BetrAV 2018, 603; Rolfs, in: Blomeyer/Rolfs/Otto, BetrAVG, 8. Aufl. 2022, § 21, Rn. 11; Zwanziger, FS Kittner, 2021, S. 438.

62 Diller, BetrAV 2018, 603; Höfer, in: Höfer u. a., BetrAVG I, März 2023, § 21, Rn. 6; zurückhaltend: Kruij/Karst, in: Schlewing u. a., Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung, November 2022, Teil 6A, Rn. 324; Steinmeyer, in: ErfK, 23. Aufl. 2023, BetrAVG § 21, Rn. 2; s. dazu auch Herrmann, BetrAV 2022, 175 f.

63 Diller, BetrAV 2018, 603; Höfer, in: Höfer u. a., BetrAVG I, März 2023, § 21, Rn. 6.

64 Zwanziger, FS Kittner, 2021, S. 433, 437; ablehnend Herrmann, BetrAV 2022, 175 f.; Kruij/Karst, in: Schlewing u. a., Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung, November 2022, Teil 6A, Rn. 324; kritisch auch Höfer, in: Höfer u. a., BetrAVG I, März 2023, § 21, Rn. 6.1 ff.

65 Ablehnend Rolfs, in: Blomeyer/Rolfs/Otto, BetrAVG, 8. Aufl. 2022, § 21, Rn. 12; kritisch auch Kerschbaumer, DB 2022, 1712.

66 BDA, Vorschläge für den Fachdialog Betriebsrente, 2022, S. 9; Kerschbaumer, DB 2022, 2670.

67 Im Ergebnis ebenso ver.di, Stellungnahme zum Fachdialog zur Stärkung der Betriebsrente, 2022, S. 10, ähnlich auch Höfer, in: Höfer u. a., BetrAVG I, März 2023, § 21, Rn. 7; Kerschbaumer, DB 2022, 2670.

68 Mit BT-Drs. 11/12612, 31 sind beide Vorschriften als „Sollvorschriften“ zu betrachten, so auch Rolfs, in: Blomeyer/Rolfs/Otto, BetrAVG, 8. Aufl. 2022, § 21, Rn. 18; a. A. Höfer, in: Höfer u. a., BetrAVG I, März 2023, § 21, Rn. 19.1, 33, der sie als „Mussvorschriften“ betrachtet.

sitiv zu gestalten (§§ 21 bis 24 BetrAVG).⁶⁹ De lege lata gilt § 19 Abs. 1 BetrAVG als zentrale Tariföffnungsklausel auch für die RBZ. Denn § 19 Abs. 1 BetrAVG wird in § 1 Abs. 2 Nr. 2a BetrAVG nicht für unanwendbar erklärt. Da § 19 Abs. 1 BetrAVG seinerseits die §§ 21–24 BetrAVG nicht erwähnt, sind diese folglich nicht tarifdispositiv.⁷⁰ Wollte der Gesetzgeber das ändern, so müsste er die §§ 21 bis 24 BetrAVG in § 19 Abs. 1 BetrAVG aufnehmen.

Das ist zwar insbesondere mit Blick auf die von Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Tarifautonomie durchaus zu erwägen. Denn der Gesetzgeber ist u. a. verpflichtet, ein funktionsfähiges Tarifsystem herzustellen.⁷¹ Allerdings gewährt die Tarifautonomie den Tarifvertragsparteien zwar eine Regelungsprärogative aber kein Regelungsmonopol.⁷² Der Gesetzgeber hat bei ihrer Ausgestaltung einen weiten Handlungsspielraum, der auch durch einschränkende Regelungen wahrgenommen werden kann, solange sie mit Blick auf seine Verpflichtung zur Herstellung von praktischer Konkordanz verfassungsrechtlich geschützter Rechtsgüter verhältnismäßig sind.⁷³

Vor diesem Hintergrund ist zu beachten, dass die RBZ de lege lata bereits große Freiheiten genießt: Nach § 1 Abs. 2 Nr. 2a BetrAVG gilt für sie nur ein Bruchteil der Pflichten der §§ 1–19 BetrAVG. Die §§ 21 bis 24 BetrAVG hingegen enthalten Mindeststandards, die der Gesetzgeber bislang für die RBZ als unverzichtbar betrachtet. Ob auch diese – vollständig oder teilweise – zur Disposition der Tarifvertragsparteien gestellt werden sollten, muss in sorgfältiger Abwägung entschieden werden. Grundvoraussetzung dafür wäre, dass dadurch das Ziel, SPM weiter zu verbreiten, besser erreicht werden könnte als aktuell. Es kommt also u. a. auch darauf an, inwieweit beide Sozialpartner eine vollständige Tarifdispositivität der RBZ als Fortschritt betrachten.

VII. Änderungen zum Sicherungsbeitrag einer RBZ?

Die Forderung der Gewerkschaftsseite, § 23 Abs. 1 BetrAVG zur „Mussvorschrift“ zu machen,⁷⁴ scheint jedoch in eine andere Richtung zu weisen. *De lege lata* „soll“ im Rahmen einer RBZ ein zusätzlicher Sicherungsbeitrag des Arbeitgebers gezahlt werden. Somit ist § 23 Abs. 1 BetrAVG nicht zwingend, was auch bedeutet, dass seine Nichtbeachtung keine Sanktionen auslöst.⁷⁵

Der Sicherungsbeitrag wurde als Ausgleich für die „Enthftung“ des Arbeitgebers geschaffen, um die Erbringung der Versorgungsleistungen zusätzlich abzusichern.⁷⁶ Sollte er de lege ferenda zwingend werden, dürfte dies wohl der Verbreitung der SPM eher nicht zum Vorteil gereichen, da die Arbeitgeberseite im Gegenteil vorschlägt, ihn tarifdispositiv auszugestalten (siehe oben VI.). Hinzuweisen ist auch darauf, dass in beiden aktuell bestehenden SPM Sicherungsbeiträge vereinbart wurden, obwohl § 23 Abs. 1 BetrAVG „nur“ eine Sollvorschrift ist.⁷⁷

VIII. Kapitalzahlung im Rahmen einer RBZ?

Vorgeschlagen wird weiterhin, für eine RBZ durch eine Anpassung der § 22 Abs. 1 S. 1 BetrAVG und § 244b Abs. 1 Nr. 2 VAG neben laufenden Leistungen⁷⁸ künftig auch (teilweise) Kapitalleistungen zu erlauben.⁷⁹ Zwar dürfte der mit einer bAV verfolgte Zweck, nämlich die gesetzliche Rente zu ergänzen, in der Regel mit einer laufenden Leistung besser erreicht werden als mit einer (Teil-)Kapitalzahlung.⁸⁰ Denn die Übernahme des Langlebkeitsrisikos ist ein erheblicher Vorteil für den Versorgungsberechtigten.⁸¹

Allerdings ist es unbestritten, dass auch Kapitalzahlungen den für die bAV erforderlichen Versorgungscharakter haben.⁸² Auch in der steuerlich geförderten bAV ist es zulässig, zumindest einen Teil des Versorgungskapitals als Einmalzahlung zu gewähren.⁸³ Da die Möglichkeit einer (Teil-) Kapitalzahlung erfahrungsgemäß die Attraktivität und Akzeptanz einer bAV insbesondere bei den Arbeitnehmern durchaus erhöht, dürften die besseren Gründe dafür sprechen, auch in der RBZ eine Kapitalzahlung zumindest wie in § 82 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 EStG bis zu einem Drittel des Versorgungskapitals oder als Ratenzahlung zuzulassen.

IX. Änderungen zur Abfindbarkeit einer RBZ?

Angepasst werden sollten auch die Regelungen zur Abfindbarkeit einer RBZ in § 22 Abs. 4 BetrAVG. *De lege lata* enthält S. 3 eine Ausnahme vom Verwertungsverbot des S. 2 und lautet: „Die Versorgungseinrichtung kann Anwartschaften und laufende Leistungen bis zu der Wertgrenze in § 3 Abs. 2 Satz 1 abfinden; § 3 Abs. 2 Satz 3 gilt entsprechend.“⁸⁴

Problematisch ist hier, dass sich der Wortlaut der Vorschrift nicht wie § 3 Abs. 1 BetrAVG auf Abfindungen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses beschränkt. Somit ist zum einen fraglich, ob die Versorgungseinrichtung – einseitig – auch im laufenden Arbeitsverhältnis abfinden kann. Weiterhin wäre danach eine – einvernehmliche – Abfindung im laufenden Arbeitsverhältnis jenseits der Bagatellgrenze im Unterschied zu § 3 Abs. 1 BetrAVG unzulässig. Beides sollte angepasst werden, indem § 22 Abs. 4 S. 3 BetrAVG auf den Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses abstellt.

Zu beachten ist weiter, dass – sollten die §§ 21 bis 24 BetrAVG tarifdispositiv ausgestaltet werden (siehe oben VI.) – § 22 Abs. 4 S. 3 2. HS davon ausgenommen werden müsste. Denn er verweist auf § 3 Abs. 2 S. 3 BetrAVG, der in Umsetzung der Mobilitäts-Richtlinie⁸⁴ geschaffen wurde und deswegen auch für die RBZ zwingend sein muss.

X. Änderungen zur Portabilität einer RBZ?

Letztlich sollte auch § 22 Abs. 3 Nr. 1 b) BetrAVG angepasst werden. Danach hat der Arbeitnehmer im Rahmen einer RBZ gegenüber der Versorgungseinrichtung das Recht, „nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses das gebildete Versorgungskapital auf die neue Versor-

69 BDA, Vorschläge für den Fachdialog Betriebsrente, 2022, S. 9 (für die §§ 21 bis 23 BetrAVG); Franzen, BetrAV 2022, 445, 451. Eine Aufhebung der Tarifexklusivität wäre damit allerdings entgegen Kerschbaumer, DB 2022, 2671 nicht verbunden, da diese in § 1 Abs. 2 Nr. 2a BetrAVG verankert ist, der nach § 19 Abs. 1 BetrAVG de lege lata nicht tarifdispositiv ist.

70 So auch Rolfs, in: Blomeyer/Rolfs/Otto, BetrAVG, 8. Aufl. 2022, § 22, Rn. 1; a. A.: Franzen, BetrAV 2022, 451; Höfer/Goecke, in: Höfer u. a., BetrAVG I, Stand: März 2023, § 22, Rn. 87.2.

71 Linsemeyer, in: ErfK, 23. Aufl. 2023, GG Art. 9, Rn. 83.

72 BVerfG vom 19.6.2020 – 1 BvR 842/17, NZA 2020, 1186.

73 BVerfG vom 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, NZA 2017, 915; s. ausführlich Linsemeyer, in: ErfK, 23. Aufl. 2023, GG Art. 9, Rn. 49f. m. w. N.; Schobert, BetrAV 2017, 473, 475 ff.

74 ver.di, Stellungnahme zum Fachdialog zur Stärkung der Betriebsrente, 2022, S. 10; Kerschbaumer, DB 2022, 2671.

75 BT-Drs. 18/11286, 44.

76 BT-Drs. 18/11286, 46; Friedrich, BetrAV 2017, 470.

77 § 5 TV RBZ UNIPER, s. Eisele u. a., BetrAV 2022, 606.

78 Zum Begriff s. Kruij/Karst, in: Schlewning u. a., Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung, November 2022, Teil 6A, Rn. 391 ff.

79 BDA, Vorschläge für den Fachdialog Betriebsrente, 2022, S. 9; IVS, Stellungnahme Fachdialog zur Stärkung der Betriebsrente, 2022, 24.

80 Im Ergebnis ebenso: aba, Beitrag zum Fachdialog Stärkung der Betriebsrente, 2022, S. 40.

81 So auch BAG, 15.5.2011 – 3 AZR 11/10, BB 2012, 2630 m. BB-Komm. Reichenbach, zu weiteren Vorteilen einer Rentenleistung s. dort.

82 Ulbrich, in: Ulbrich, Praxishandbuch betriebliche Altersversorgung und Zeitwertkonten, 2021, Kap. 1, Rn. 220 ff. m. w. N.

83 § 3 Nr. 63 EStG i. V. m. § 82 Abs. 2 S. 1 EStG.

84 Mobilitäts-Richtlinie 2014/50/EU.

gungseinrichtung, an die Beiträge auf der Grundlage einer reinen Beitragszusage bezahlt werden, zu übertragen“.

Da § 4 Abs. 3 BetrAVG, der einen Anspruch auf Übertragung bei Arbeitgeberwechsel regelt, ist in der RBZ nicht anwendbar, besteht der Anspruch auf Portabilität also nur dann, wenn der neue Arbeitgeber ebenfalls eine RBZ erteilt.⁸⁵ Wechselt der Arbeitnehmer hingegen zu einem Arbeitgeber, der keine RBZ, sondern eine andere nach dem BetrAVG zulässige Zusageart anbietet, hat er keinen Anspruch auf eine Mitnahme des gebildeten Kapitals.

Das aber führt zu einer Zersplitterung der Anwartschaften des Arbeitnehmers. Außerdem werden dadurch die bestehenden Versorgungssysteme der herkömmlichen bAV benachteiligt, was nicht im Sinne des Gesetzes ist, wie § 21 Abs. 2 BetrAVG zeigt. Deswegen sollte der Portabilitätsanspruch im Rahmen einer RBZ nicht auf die Übertragung in eine andere RBZ beschränkt werden.⁸⁶

XI. Änderungen im Verhältnis von Arbeits- zu Aufsichtsrecht?

Eine RBZ kann gem. § 1 Abs. 2 Nr. 2a BetrAVG nur über die Durchführungswege Pensionsfonds, Pensionskasse oder Direktversicherung umgesetzt werden. Diese Versorgungseinrichtungen unterliegen nicht nur den Vorgaben des § 22 BetrAVG, sondern als aufsichtspflichtige Unternehmen auch den allgemeinen und den speziell für die RBZ geltenden Vorschriften des VAG (§§ 244a ff. VAG i. V. m. mit §§ 33 bis 42 PFAV).

Sollten die Vorgaben der Tarifvertragsparteien davon abweichen, wird die Aufsicht (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen – BaFin) bei deren Umsetzung intervenieren, so bspw. die Unbedenklichkeitsbescheinigungen nach § 234 Abs. 2 S. 3 VAG bzw. nach § 237 VAG verweigern.⁸⁷ Deswegen wird angeregt, eine gesetzliche Regelung zu schaffen, die klarstellt, wie das Aufsichtsrecht zum Arbeitsrecht abzugrenzen ist.⁸⁸ Auch eine generelle Bereichsausnahme für die RBZ vom Aufsichtsrecht wird gefordert.⁸⁹

Beides dürfte nicht angezeigt sein. Denn zum Ersten bestehen *de lege lata* keine Unklarheiten in der Abgrenzung von BetrAVG und VAG.⁹⁰ Die Versorgungseinrichtungen müssen das VAG als zwingendes Recht beachten.

Zum Zweiten ist auch eine Bereichsausnahme für die RBZ nicht zu befürworten: Der Normzweck des Versicherungsaufsichtsrechts liegt darin, einerseits die Verbraucher und andererseits die Funktionsfähigkeit des Versicherungsmarktes zu schützen.⁹¹ Diese Schutzbedürftigkeit besteht auch im Rahmen einer RBZ.⁹² Denn das VAG stellt einen Mindeststandard auf, der gewissermaßen ein Korrektiv zu den arbeitsrechtlichen Freiheiten der RBZ ist. Würde es für unanwendbar erklärt, könnten sowohl die Interessen der beteiligten Arbeitgeber und Versorgungsberechtigten sowie erst recht die der ggf. anderen Versicherten der Versorgungseinrichtung und des Versicherungsmarktes gefährden sein. Jedenfalls dürfte das Interesse an einer Verbreitung der SPM nicht gewichtiger sein als die mit dem Aufsichtsrecht verfolgten Zwecke. Das schließt aber nicht aus, dass Vorschläge zur Anpassung einzelner Vorschriften des VAG sinnvoll sein können, wie bspw. die Einbeziehung der Tarifvertragsparteien in das Verfahren zwischen der BaFin und der Versorgungseinrichtung.⁹³

XII. Fazit

Die Tatsache, dass seit Einführung der RBZ im Jahr 2018 lediglich zwei SPM ihre Arbeit aufnehmen, kann angesichts der Erwartungen,

die der Gesetzgeber an die RBZ hat, nicht zufrieden stellen. Deswegen ist es zu begrüßen, dass über mögliche Anpassungen des BetrAVG mit dem Ziel diskutiert wird, die Zahl der SPM und der davon erfassten Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu erhöhen. Dabei müssen die Interessen der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmerseite, sowie die verfassungsrechtlich geschützte Tarifautonomie aber auch der Normzweck des VAG im Auge behalten werden.

Vor diesem Hintergrund ist der Vorschlag, die Tarifexklusivität der RBZ aufzugeben und sie bspw. auch auf rein betrieblicher Ebene zuzulassen – zumindest aktuell – eher abzulehnen. Zwar würde sich so die Anzahl der SPM vermutlich erhöhen. Angesichts der weitgehenden Freiheiten, die das BetrAVG der RBZ gewährt, steht aber in Frage, ob dann noch Gewähr für ausgewogene Lösungen „auf Augenhöhe“ bestünde. Auch die besonderen Vorteile der mit einer tariflichen Lösung in der Regel verbundenen großen Kollektive ließen sich auf rein betrieblicher Ebene in der Regel nicht in gleicher Weise erreichen.

Stattdessen sollte das Einschlägigkeitserfordernis in § 24 BetrAVG aufgehoben werden. So könnten sich auch Nichttarifgebundenen an einem SPM beteiligen, die nicht in dessen Geltungsbereich fallen. Auch außertarifliche Arbeitnehmer könnten so eine RBZ erhalten. Der dadurch bestehenden Gefahr eines *race to the bottom* zwischen verschiedenen SPM könnte vorgebeugt werden, indem das Gesetz die Beteiligungsmöglichkeit an einem „branchenfremden“ SPM verwehrt, solange ein einschlägiges SPM existiert. Auch das Risiko, dass eine ersetzende Beteiligung an einem SPM bereits bestehende Versorgungssysteme beschädigt, wäre gering. Entsprechende Änderungen der bestehenden Zusagen wären nur wirksam, wenn sie den strengen Maßstäben des BAG zu Vertrauensschutz und Verhältnismäßigkeit entsprächen – sofern der betreffende Tarifvertrag zur RBZ nicht ohnehin ausreichend auf bestehende Versorgungszusagen Rücksicht nimmt, wie es § 21 Abs. 2 BetrAVG verlangt.

Die verstärkte Öffnung von SPM für Nichttarifgebundene rückt auch die Frage stärker in den Fokus, wie diese an den Kosten des SPM beteiligt werden können. Ein Eingriff in die versicherungsrechtliche Beitrags-Leistungs-Relation dürfte gegen das Gleichbehandlungsprinzip des § 138 Abs. 2 VAG verstoßen. Sollen Gewerkschaftsmitglieder bessergestellt werden, so könnte das durch (rein) arbeitsrechtliche Differenzierungsklauseln erfolgen. Mit Blick auf die Arbeitgeberseite ist ein Eintrittsgeld für nichttarifgebundene Arbeitgeber als Kostenausgleich für die Beteiligung an einem SPM vorstellbar. Einer Gesetzesanpassung mit Blick auf § 138 Abs. 2 VAG bedarf es in beiden Fällen nicht.

§ 21 Abs. 1 BetrAVG jedoch, der die Beteiligung der Tarifvertragsparteien an der Durchführung und Steuerung einer RBZ regelt, sollte angepasst werden, um Rechtsunsicherheiten zu beseitigen. Da eine inhaltliche Konkretisierung der Pflichten nicht zielführend erscheint, sollte die aktuelle „Mussvorschrift“ zu einer „Sollvorschrift“ werden.

85 So auch Rolfs, in: Blomeyer/Rolfs/Otto, BetrAVG, 8. Aufl. 2022, § 22, Rn. 37.

86 Ulbrich, BB 2017, 2425.

87 S. zur Thematik insgesamt Kerschbaumer, DB 2022, 1707, 1708; Weigel, in: VAG, Prölls/Dreher, 13. Aufl. 2018, § 237, Rn. 26 ff.

88 aba, Beitrag zum Fachdialog Stärkung der Betriebsrente, 2022, S. 40.

89 BDA, Vorschläge für den Fachdialog Betriebsrente, 2022, S. 10 und wohl auch Franzen, BetrAV 2022, 449.

90 Zum Sonderfall des § 138 Abs. 2 VAG s. o.

91 Grote, in: Ulbrich, Praxishandbuch betriebliche Altersversorgung und Zeitwertkonten, 2021, Kap. 6, Rn. 137.

92 So auch Herrmann, BetrAV 2022, 175.; a. A.: wohl Vorschläge für den Fachdialog Betriebsrente, 2022, S. 10, Franzen, BetrAV 2022, 449.

93 S. zu den Details Kerschbaumer, DB 2022, 2671.

So käme zum einen auch künftig zum Ausdruck, dass von den Tarifvertragsparteien eine Beteiligung an der Steuerung und Durchführung der RBZ erwartet wird. Zum anderen würde sich die Diskussion über mögliche Sanktionen erübrigen, was dem Abschluss weiterer SPM förderlich sein dürfte.

Ob das auch für eine tarifdispositive Ausgestaltung der RBZ insgesamt (§§ 21–24 BetrAVG) zuträfe, ist fraglich. Hier ist besonders sorgfältig abzuwägen. Das gilt auch für den in die entgegengesetzte Richtung weisenden Vorschlag, den Sicherheitsbeitrag des Arbeitgebers nach § 23 Abs. 1 BetrAVG von einer „Sollvorschrift“ in eine „Mussvorschrift“ zu ändern, was im Ergebnis abzulehnen ist. Der Ansatz hingegen, im Rahmen einer RBZ neben laufenden Leistungen auch (Teil-)Kapitalleistungen zuzulassen, sollte ins Gesetz übernommen werden.

Angepasst werden sollten auch die Regelungen zur Abfindbarkeit (§ 22 Abs. 4 S. 3 BetrAVG) und Portabilität (§ 22 Abs. 3 Nr. 1b) BetrAVG) einer RBZ. Einer gesetzlichen Regelung, die das Verhältnis zwischen BetrAVG und VAG mit Blick auf eine RBZ abgrenzt oder die weitergehend einen Vorrang des BetrAVG normiert, bedarf es hingegen nicht.

Prof. Dr. Mathias Ulbrich, LL.M. (Hull), ist Professor für Wirtschaftsprivatrecht, insb. für Arbeitsrecht an der Hochschule Schmalkalden. Er ist auch Inhaber der Kanzlei für betriebliche Altersversorgung Prof. Dr. Ulbrich in Kooperation mit BLD Bach Langheid Dallmayr Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB, Köln, und Geschäftsführer der Treuhand für betriebliche Vorsorge GmbH, Leipzig.



BAG: Mitbestimmung des Betriebsrats – Ordnungsverhalten – kollektiver Tatbestand – Vorlage von ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen

BAG, Beschluss vom 15.11.2022 – 1 ABR 5/22

ECLI:DE:BAG:2022:151122.B.1ABR5.22.0

Volltext des Beschlusses: [BB-ONLINE BBL2023-627-3](#)

unter [www.betriebs-berater.de](#)

ORIENTIERUNGSSÄTZE

1. Ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG setzt voraus, dass der das Ordnungsverhalten betreffende Maßnahme des Arbeitgebers ein kollektiver Tatbestand zugrunde liegt. Dies erfordert, dass die Maßnahme auf einer Regel oder einer über den Einzelfall hinausgehenden Handhabung beruht (Rn. 24).

2. Verlangt der Arbeitgeber von Arbeitnehmern auf der Grundlage von § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG in einer bestimmten Form und ggf. innerhalb einer bestimmten Frist den ärztlichen Nachweis jeglicher Arbeitsunfähigkeit, ist grundsätzlich das Ordnungsverhalten und nicht das – mitbestimmungsfreie – Arbeitsverhalten der Arbeitnehmer berührt (Rn. 25).

3. Da die Ausübung des Bestimmungsrechts nach § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG ausschließlich auf individuellen Besonderheiten des einzelnen Arbeitsverhältnisses beruhen kann, besteht ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nur dann, wenn der Arbeitgeber hierbei eine selbst gesetzte Regel vollzieht oder der Ausübung dieses Rechts eine solche Regelmäßigkeit zugrunde liegt. Das ist etwa der Fall, wenn er das Verlangen gleichermaßen gegenüber allen Arbeitnehmern, gegenüber einer Gruppe von ihnen oder zumindest dann ausübt, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind (Rn. 25).

BetrVG § 87 Abs. 1; EntgFG § 5 Abs. 1 S. 3

AUS DEN GRÜNDEN

B. Die zulässige Rechtsbeschwerde ist unbegründet. 8

Die Rechtsbeschwerde ist zulässig

I. Die Rechtsbeschwerde ist zulässig. Der antragstellende Betriebsrat ist 9 rechtsbeschwerdebefugt.

Beschwer des Klägers

1. Die Zulässigkeit eines Rechtsmittels setzt voraus, dass der Rechtsmittelführer durch die angefochtene Entscheidung beschwert ist und gerade die Beseitigung dieser Beschwerde begehrt. Die Rechtsmittelbefugnis im Beschlussverfahren folgt der Beteiligungsbefugnis. Daher ist rechtsbeschwerdebefugt nur derjenige, der nach § 83 Abs. 3 ArbGG am Verfahren beteiligt ist. In einem Beschlussverfahren kann nach § 83 Abs. 3 ArbGG nur eine Person, Vereinigung oder Stelle zu hören sein, die nach § 10 ArbGG partei- und damit beteiligtenfähig ist (BAG 8. März 2022 – 1 ABR 19/21 – Rn. 11 mwN).

Der Betriebsrat ist beteiligtenfähig

2. Der Betriebsrat ist beteiligtenfähig. Ob der bei seiner Wahl zugrunde gelegte Zuordnungstarifvertrag die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG erfüllt, kann dahinstehen. Selbst wenn das nicht der Fall und der Tarifvertrag deshalb unwirksam wäre, hätte dies lediglich zur Folge, dass die Wahl des Betriebsrats in der durch den Tarifvertrag gebildeten – konzernweiten – betriebsverfassungsrechtlichen Organisationsstruktur anfechtbar, nicht aber nichtig war (vgl. BAG 13. März 2013 – 7 ABR 70/11 – Rn. 17 mwN, BAGE 144, 290). Eine Wahlanfechtung ist erkennbar nicht erfolgt.