

*Maria Thekla Vogel / Martin Vieweg,
Frankfurt*

Gestaltungs- varianten bei der Unverfallbarkeit von Versorgungs- anwartschaften dem Grunde und der Höhe nach

Angesichts der demographischen Entwicklung in Deutschland und dem gesteigerten Bewußtsein vieler Arbeitnehmer, selbst für ihre Altersvorsorge mitverantwortlich zu sein, wird auch die betriebliche Altersvorsorge in Deutschland immer wichtiger. Immer mehr Unternehmen gehen inzwischen dazu über, die *aktive Betriebstreue* und die *Leistungsmotivation* der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter durch eine *Versorgung* für den Ruhestand zu honorieren. Sie gehen in der Regel davon aus, daß diese aktive Betriebstreue sich über einen langfristigen Zeitraum erstrecken soll. Das Arbeitsleben in der heutigen Zeit ist jedoch mehr und mehr von einem stetigen Wechsel des Arbeitgebers geprägt. Abgesehen davon, daß damit ein innerbetrieblicher organisatorischer Aufwand verbunden ist, ergeben sich unter Umständen noch viel

weiterreichende Folgen für zugesagte Leistungen aus der betrieblichen Altersvorsorge. Der Wechsel des Arbeitgebers vor Eintritt des Versorgungsfalls wirkt sich in jedem Fall auf die zugesagten Leistungen der betrieblichen Altersvorsorge aus. Entweder geht der Wechsel mit Verwaltungsaufwand einher oder er ist mit einer finanziellen Belastung des Arbeitgebers verbunden. Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor Eintritt der Unverfallbarkeit verfallen zugesagte Leistungen aus der betrieblichen Altersvorsorge (Anwartschaften). Das Erfordernis, die Anwartschaft der Höhe nach zu bestimmen und zu finanzieren, entfällt zwar für das individuelle Versorgungsverhältnis. Jedoch sind entweder Verrechnungen der bereits investierten Beträge auf den Kreis der übrigen Versorgungsberechtigten vorzunehmen oder die geleisteten Beträge fallen an das Unternehmen zurück. Beide Fallkonstellationen sind mit besonderem Aufwand verbunden. Die Bestimmung der Höhe und die damit verbundene erforderliche Finanzierung von Anwartschaften ist zwar erst dann relevant, wenn das Arbeitsverhältnis nach Eintritt der Unverfallbarkeit endet. Jedoch führt insbesondere die Nachfinanzierung von zugesagten Leistungen der betrieblichen Altersvorsorge beim Ausscheiden des Arbeitnehmers zu einer finanziellen Belastung des Arbeitgebers. Diese Situation verändert sich weder durch die neu eingeführte Möglichkeit der Mitnahme von Betriebsrentenkapital (§ 4 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 BetrAVG) noch durch die niedrigen Abfindungsgrenzen (§ 3 Abs. 2 BetrAVG).

Vor diesem Hintergrund blicken Versuche, den Lauf der Unverfallbarkeitsfrist zugunsten des Arbeitgebers auszugestalten, auf eine fast 30jährige – überwiegend erfolglose – Gestaltungspraxis zurück. Im folgenden soll daher die Problematik der Gestaltungsvarianten im Zusammenhang mit der Unverfallbarkeit von Versorgungsanwartschaften dem Grunde und der Höhe nach dargestellt werden.

A. Gestaltungsmöglichkeiten bei der Unverfallbarkeit von Versorgungsanwartschaften dem Grunde nach

Die gesetzliche Definition der unverfallbaren Anwartschaft dem Grunde nach in § 1b Abs. 1 Satz 1 BetrAVG besagt, daß einem Arbeitnehmer, dem Leistungen aus der betrieblichen Altersvorsorge zugesagt worden sind, die Anwartschaft erhalten bleibt, wenn das Arbeitsverhältnis vor Eintritt des Versorgungsfalls, jedoch nach Vollendung des 30. Lebensjahres endet und die Versorgungszusage zu diesem Zeitpunkt mindestens 5 Jahre bestanden hat.

I. Abgrenzung gesetzliche und vertragliche Unverfallbarkeitsfrist

In diesem Zusammenhang soll kurz auf die Begrifflichkeiten der gesetzlichen und der vertraglichen Unverfallbarkeitsfrist eingegangen werden.

Die gesetzliche Unverfallbarkeitsfrist ist also in § 1b Abs. 1 Satz 1 BetrAVG geregelt und stellt darauf ab, daß bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Versorgungszusage 5 Jahre lang bestanden hatte. Diese Frist ist nach § 17 Abs. 3 Satz 3 BetrAVG nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers abänderbar. Zudem stellt der Insolvenzschutz des § 7 Abs. 2 BetrAVG auf die Fristen des § 1b Abs. 1 Satz 1 BetrAVG ab.

Die vertragliche Unverfallbarkeit bedeutet, daß die 5-Jahresfrist zugunsten des Arbeitnehmers verkürzt werden kann, § 17 Abs. 3 Satz 3 BetrAVG. Die vertragliche für den Arbeitnehmer günstigere Unverfallbarkeit wirkt *grundsätzlich* nur im Verhältnis Arbeitgeber und Arbeitnehmer und bewirkt, daß eine Anwartschaft schon vor Ablauf der 5-Jahresfrist unverfallbar wird.

Diese 5-Jahresregelung erfaßt jedoch nicht die von dem Arbeitnehmer umgewandelten Entgeltteile. Da diese ausschließlich vom Arbeitnehmer finanziert werden, ordnet das Gesetz auch deren sofortige Unverfallbarkeit an, § 1b Abs. 5 BetrAVG.

II. Abgrenzung zur Wartezeit

Die gesetzliche Unverfallbarkeitsfrist ist streng vom Begriff der Wartezeit abzugrenzen. Unter der Wartezeit versteht man den Zeitraum, den der Arbeitnehmer im Unternehmen zurückgelegt haben muß, um seinen vollen Versorgungsanspruch, also die zugesagte Leistung, beanspruchen zu können¹. Die Wartezeit ist also die vom Arbeitgeber in der Versorgungszusage festgelegte Mindestbeschäftigungszeit, nach deren Ablauf der Arbeitnehmer erstmals die ihm versprochene Leistung verlangen kann. Die Wartezeit kann bei einem Wechsel des Arbeitnehmers auch außerhalb des versprechenden Unternehmens ablaufen, § 1b Abs. 1 Satz 5 BetrAVG.

Die Unverfallbarkeitsfrist regelt hingegen lediglich, daß die Teilrechte des Arbeitnehmers bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr ersatzlos untergehen, wenn die genannten Voraussetzungen des § 1b Abs. 1 Satz 1 BetrAVG vorliegen. Während die gesetzliche Unverfallbarkeitsregelung der vertraglichen Disposition zulasten des Arbeitnehmers entzogen ist, besteht im Rahmen der Festlegung der Wartezeit bis an die Grenzen des Rechtsmißbrauches Gestaltungsfreiheit². Es steht dem Arbeitgeber also frei, nach welcher Zeitspanne er dem Arbeitnehmer das Recht einräumt, die diesem zugesagte Leistung auf betriebliche Altersvorsorge bei ihm zu beantragen. Da die Wartezeit und die Unverfallbarkeit unterschiedliche Regelungen betreffen, müssen sie strikt auseinander gehalten werden. Während die Unverfallbarkeit regelt, *ob überhaupt* eine Anwartschaft bestehen bleibt, dem Arbeitnehmer also ein Teilrecht auf seine ihm zugesagte betriebliche Altersvorsorge erhalten bleibt, regelt die Wartezeit, *wann* der ausgeschiedene Arbeitnehmer seine Leistung erstmals vom Arbeitgeber verlangen kann.

III. Beginn der Unverfallbarkeitsfrist

Seit Bestehen des Betriebsrentengesetzes wird das arbeitsgerichtliche Verfahren immer wieder angestrengt, um Streitigkeiten über den Zeitpunkt der *Erteilung der Versorgungszusage* und somit den Fristbeginn der Unverfallbarkeit klären zu lassen. Diese Problematik wird zunächst betrachtet, da der Gesetzgeber den Beginn der Unverfallbarkeitsfrist auf das Zustandekommen der Zusage (Bestehen der Zusage, § 1b Abs. 1 Satz 1 BetrAVG) gelegt hat. Damit stellt der Gesetzestext für den Beginn der Unverfallbarkeitsfrist auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Versorgungszusage ab. Die Versorgungszusage als Anspruchsgrundlage der Leistungen aus der betrieblichen Altersvorsorge setzt wie jeder Vertrag eine wirksame Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer voraus. Als Rechtsgrundlage kommen sowohl kollektivrechtliche Regelungen (Tarifvertrag, Betriebsvereinbarungen, Richtlinien und Vereinbarungen nach dem Sprecherausschußgesetz) als auch individualvertragliche Vereinbarungen in Betracht.

Die individualvertragliche Vereinbarung kann auf einer Einzelzusage, einer Gesamtzusage und einer vertraglichen Einheitsregelung beruhen³. Sowohl die Gesamtzusage als auch die vertragliche Einheitsregelung stellen eine Bünde-

¹ So ausdrücklich auch wieder BAG, Urteil vom 24.2.2004 – 3 AZR 5/03 – mit weiteren Nachweisen –, BetrAV 2004 S. 281; *Blomeyer/Otto*, Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, 3. Aufl., 2004, § 1b Rd.Nr. 158 ff.

² So auch wieder BAG, Urteil vom 24.2.2004, a.a.O. (Fn. 1).

³ Zusammenstellung in: *Arbeitsgemeinschaft für betriebliche Altersversorgung* (Hrsg.), *Betriebliche Altersversorgung, Grundlagen und Praxis*, 2004, B II Rd.Nr. 145 ff.

lung vieler einzelner Versorgungsvereinbarungen unter einer einheitlichen Versorgungssystematik dar⁴. Die individualvertragliche Vereinbarung kommt daher grundsätzlich mit dem Angebot auf Abschluß der Vereinbarung (= Zusage / Versorgungszusage) und der Annahme dieses Angebots durch den Arbeitnehmer zustande⁵, §§ 130, 145, 147 BGB. Bei der Annahme durch den Arbeitnehmer kann aus praktischen Gründen auf die Erklärung gegenüber dem Arbeitgeber verzichtet werden (§ 151 BGB). Bei der vertraglichen Einheitsregelung wird im Individualvertrag Bezug auf die vorformulierten Versorgungsbedingungen genommen. Die Versorgungsordnung wird damit Bestandteil des Arbeitsvertrages⁶. Bei der Gesamtzusage bringt der Arbeitgeber durch einseitige Erklärung an die gesamte Belegschaft seinen Willen zum Ausdruck, unter bestimmten Voraussetzungen Versorgungsleistungen gewähren zu wollen. Dies geschieht in der Regel durch Aushang am schwarzen Brett oder durch Rundschreiben. Aus Praktikabilitätsgründen wird hier auf die ausdrückliche Erklärung der Annahme verzichtet⁷. Eine konkludente Annahme ist dann in der Teilnahme der angebotenen Versorgung zu sehen, z.B. mit Beginn der vorgesehenen Entgeltumwandlung.

Auch bei den kollektivrechtlichen Regelungen wird die Versorgungszusage regelmäßig durch Verweis auf den Versorgungstarif in den Individualvertrag einbezogen⁸.

Zudem kann ein Anspruch auf betriebliche Altersvorsorge ohne ausdrückliche Vereinbarung aufgrund allgemeiner arbeitsrechtlicher Grundsätze entstehen, wie der betrieblichen Übung und dem Gleichbehandlungsgrundsatz, § 1b Abs. 1 Satz 4 BetrAVG.

Vor diesem Hintergrund ergibt sich für die einzelnen Durchführungswege folgendes:

Bei der *Neueinführung einer Direktzusage* ist bei Fehlen anderer günstigerer vertraglicher Regelungen der Fristbeginn für die Unverfallbarkeit der Zeitpunkt des Abschlusses der *Versorgungszusage*. Denn Rechtsgrundlage für einen Anspruch auf eine Anwartschaft auf betriebliche Altersvorsorge ist die Versorgungszusage, § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG. Bei einer *bereits bestehenden Direktzusage* ergibt sich bei *Neueintritt eines Mitarbeiters* als frühester Zeitpunkt für den Fristbeginn bei einer fehlenden individualvertraglichen günstigeren Regelung die *Aufnahme der arbeitsvertraglich vereinbarten Tätigkeit*, also der Beginn des Arbeitsverhältnisses. Dies ergibt sich aus dem Charakter der betrieblichen Altersvorsorge als Teil des Entgeltes⁹. Dies gilt sowohl bei der kollektivrechtlichen Versorgungszusage als auch bei der individualvertraglichen.

Für die Direktversicherung, die Pensionskasse und den Pensionsfonds gilt als Zeitpunkt der Erteilung der Zusage der technische Versicherungsbeginn, frühestens der Beginn der Betriebszugehörigkeit, § 1b Abs. 2 Satz 4, Abs. 3 Satz 2 BetrAVG. Der technische Versicherungsbeginn ist der Zeitpunkt, für den versicherungstechnisch Prämien zu entrichten sind¹⁰. Für die Unterstützungskasse regelt § 1b Abs. 4 Satz 2 BetrAVG, daß die Versorgungszusage als in dem Zeitpunkt erteilt gilt, von dem an der Arbeitnehmer zum Kreis der Begünstigten der Unterstützungskasse gehört.

Andere vertragliche Vereinbarungen über einen früheren Beginn der Unverfallbarkeitsfrist sind nach h.M. aufgrund § 17 Abs. 3 Satz 3 BetrAVG möglich¹¹. Es muß im Einzelfall geprüft werden, ob sie Auswirkungen auf die Vorschriften haben, die die gesetzliche Unverfallbarkeit des § 1b Abs. 1 Satz 1 BetrAVG voraussetzen, insbesondere auf den Insolvenzschutz, §§ 7 – 15 BetrAVG¹². In Einzelfällen wird auch eine Rückdatierung der Zusageerteilung auf eine anzurechnende Vordienstzeit durch den Gesetzgeber angeordnet, z.B. für Bergbauzeiten nach § 9 Abs. 3 BVSG NRW¹³.

Die Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers hinsichtlich der Bestimmung des Zusagezeitpunktes besteht demnach nur bei der Neueinführung einer Versorgungszusage. Aufgrund des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes wird eine von der bereits bestehenden Versorgungszusage abweichende nachteilige Bestimmung für neu eingetretene Arbeitnehmer in der Regel unwirksam sein.

IV. Versuche, den Fristbeginn der Unverfallbarkeit hinauszuschieben (sog. Vorschaltzeiten)

Um die versprochenen Anwartschaften später oder gar nicht finanzieren zu müssen, wurde oft in Versorgungszusagen versucht, die Unverfallbarkeitsfrist zugunsten des Arbeitgebers und zum Nachteil des Arbeitnehmers zu verschieben, insbesondere den Fristbeginn der Unverfallbarkeit hinauszuschieben. Häufig sollte die Zusage erst zeitlich nach der Aufnahme der vereinbarten Tätigkeit als verbindlich gelten oder wirksam werden.

1. Rechtsprechung des BAG zu den sog. Vorschaltzeiten

Auch wenn der Gesetzestext des § 1b Abs. 1 BetrAVG die vorgenannte Gestaltung erst einmal nicht ausschließt, da dort auf den Zeitpunkt des Bestehens der Versorgungszusage abgestellt wird und nicht auf den Zeitpunkt des Dienstbeginns, so steht dem doch die gefestigte Rechtsprechung des BAG entgegen.

Solche vertraglichen Regelungen, die *rein an zeitliche Ereignisse* anknüpfen und das Ziel haben, den Beginn der Unverfallbarkeitsfrist hinauszuschieben, werden als Vorschaltzeiten bezeichnet. Beispiele für ein Anknüpfen an rein zeitliche Ereignisse sind Mindestdienstzeiten oder das Erreichen eines bestimmten Alters¹⁴. Nach der Rechtsauffassung des BAG können vertragliche Regelungen über Vorschaltzeiten den Beginn der Unverfallbarkeit nicht hinausschieben. Dies sieht das BAG bereits seit seinen ersten Entscheidungen zu den Vorschaltzeiten so¹⁵ und hat dieses auch wieder in seinem letzten Urteil im Jahre 2004¹⁶ bestätigt. Dabei *unterscheidet das BAG nicht* zwischen *Individualzusagen* und Zusagen im Rahmen eines *kollektiven Versorgungswerkes*¹⁷. Begründet wird diese Rechtsauffassung mit dem Argument, daß dem Arbeitgeber zwar freigestellt ist, ob er eine durch ihn finanzierte betriebliche Altersvorsorge anbietet, wenn er sich jedoch dafür entscheidet, dann steht es ihm nicht frei, darüber zu entscheiden, was rechtlich unter einer Zusage zu verstehen ist¹⁸. Die Entscheidung des Arbeitgebers für eine betriebliche

4 *Arbeitsgemeinschaft für betriebliche Altersversorgung*, a.a.O. (Fn. 3), B II 5 Rd.Nr. 164.

5 Ausführlich dazu: *Blomeyer/Otto*, a.a.O. (Fn. 1), Anh § 1 Rd.Nr. 4 ff.

6 *Blomeyer/Otto*, a.a.O. (Fn. 1), Anh § 1 Rd.Nr. 13.

7 *Arbeitsgemeinschaft für betriebliche Altersversorgung*, a.a.O. (Fn. 3), B II 4 Rd.Nr. 162.

8 *Blomeyer/Otto*, a.a.O. (Fn. 1), Anh § 1 Rd.Nr. 13.

9 BAG, Urteil vom 12.6.1975 – 3 ABR 13/74 –, BetrAV 1975 S. 159; *Blomeyer/Otto*, a.a.O. (Fn. 1), § 1b Rd.Nr. 67.

10 *Höfer*, Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, Band I, 8. Aufl., September 2004/Januar 2005, § 1b Rd.Nr. 3014.

11 *Höfer*, a.a.O. (Fn. 10), § 1b Rd.Nr. 2717.

12 Problematik der Anrechnung von Vordienstzeiten und Insolvenzschutz: BAG, Urteil vom 22.2.2000 – 3 AZR 4/99 – m.w.N., BetrAV 2001 S. 576; BAG, Urteil vom 24.7.1998 – 3 AZR 97/97 –, mit weiteren Hinweisen zur Rechtsprechung, n.v.; kritisch *Blomeyer/Otto*, a.a.O. (Fn. 1), § 1b Rd.Nr. 54 ff., § 7 Rd.Nr. 135 ff.

13 *Blomeyer/Otto*, a.a.O. (Fn. 1), § 1b Rd.Nr. 53.

14 BAG, Urteil vom 7.7.1977 – 3 AZR 572/76 –, BetrAV 1977 S. 222; BAG, Urteil vom 13.7.1978 – 3 AZR 278/77 –, BetrAV 1978 S. 38.

15 BAG, Urteil vom 7.7.1977, a.a.O. (Fn. 14); BAG, Urteil vom 13.7.1978, a.a.O. (Fn. 14).

16 BAG, Urteil vom 24.2.2004, a.a.O. (Fn. 1).

17 BAG, Urteil vom 24.2.2004 m.w.N., a.a.O. (Fn. 1).

18 BAG, Urteil vom 7.7.1977, a.a.O. (Fn. 14); BAG, Urteil vom 15.12.1981 – 3 AZR 1100/78 –, BetrAV 1982 S. 188.

Altersvorsorge führt im Ergebnis dazu, daß Entziehungsversuche zulasten des Arbeitnehmers unzulässig sind. Die Unverfallbarkeitsfrist beginnt danach bereits mit der *Zusage auf eine spätere Versorgungszusage*, wenn dem Arbeitgeber nach Ablauf der festgelegten Zeitspanne kein Entscheidungsspielraum verbleibt, ob er die Zusage erteilt oder nicht. In dem zuletzt entschiedenen Fall¹⁹ wurde im Rahmen eines Probearbeitsverhältnisses festgelegt, daß nach Ablauf der Probezeit der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine freiwillige Pensionszusage erteilen wird. Weitere Anhaltspunkte für eine abwägende Entscheidung des Arbeitgebers lagen nicht vor. Diese Rechtsprechung gilt für die Durchführungswege der Direktzusage²⁰ und der Unterstützungskasse²¹.

Aus der gesamten Rechtsprechungshistorie des BAG zu den Vorschaltzeiten ergibt sich, daß durch rein zeitbezogene Kriterien der *Zusagezeitpunkt nicht hinausgeschoben* werden kann und somit auch keine Gestaltung am Beginn der Unverfallbarkeitsfrist möglich ist. Die Vorschaltzeit ist nach ständiger Rechtsprechung lediglich in eine leistungsausschließende Wartezeit umzudeuten²².

Offen ist jedoch, ob die Vorschaltrechtsprechung auf die Direktversicherung, die Pensionskasse und den Pensionsfonds als versicherungsförmige Durchführungswege²³ anwendbar ist. Bisher hat sich das BAG noch nicht mit dieser Problematik genauer auseinandersetzen müssen. Das BAG hat diese Problematik in seinem Urteil vom 7.7.1977²⁴ zwar angesprochen, sie jedoch offen gelassen. Während *Höfer*²⁵ für die Gewährleistung der Rechtssicherheit von einer Übertragung der Vorschaltrechtsprechung auf diese drei Durchführungswege ausgeht, steht *Blomeyer*²⁶ einer Übertragung kritisch gegenüber. Unseres Erachtens überzeugt das Argument der Rechtssicherheit nicht, da ansonsten die differenzierte Regelung des Betriebsrentengesetzes bezüglich des Zeitpunktes der Zusagerteilung in den jeweiligen Durchführungsweegen vollständig ausgehebelt würde²⁷.

2. Zulässigkeit der Fristverschiebung durch ein befristetes Arbeitsverhältnis

Fraglich ist, wann die Unverfallbarkeitsfrist beginnt, wenn nach der Vereinbarung einer Probezeit in einem befristeten Arbeitsvertrag nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG die Zusage auf eine arbeitgeberfinanzierte Altersvorsorge erst in dem unmittelbar daran anschließenden unbefristeten Arbeitsvertrag erteilt wird.

Angesprochen wurde diese Problematik durch das BAG in seinem Urteil vom 24.2.2004²⁸, ohne daß es jedoch näher darauf einging. Grundsätzlich ist bei der Berechnung der Unverfallbarkeitsfrist auf das jeweils letzte Arbeitsverhältnis abzustellen²⁹, denn grundsätzlich erlischt mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine bis dahin bestehende, noch nicht unverfallbare Versorgungsanwartschaft. Die vorangegangenen Arbeitsverhältnisse bleiben grundsätzlich unberücksichtigt. Die Unverfallbarkeit muß im neuen Arbeitsverhältnis neu erworben werden³⁰. Die insbesondere zum Kündigungsschutzgesetz entwickelten Rechtsgrundsätze über die Zusammenrechnung der Arbeitszeiten der in einem zeitlichen

Abstand folgenden und in einem inneren Zusammenhang stehenden Arbeitsverhältnisse finden auf § 1b Abs. 1 BetrAVG keine Anwendung³¹. Eine vertraglich vereinbarte Anrechnung der im vorgehenden Vertrag erworbenen Vordienstzeiten auf das neue Arbeitsverhältnis ist möglich, muß aber nicht vereinbart werden. Wenn eine solche Vereinbarung unterbleibt, ist grundsätzlich jedes der beiden Arbeitsverhältnisse gesondert für sich zu betrachten. Die Rechtsprechung zu den Vorschaltzeiten ist hier nicht anwendbar, da die Zusage erst im folgenden unbefristeten Arbeitsverhältnis erteilt wurde und deshalb keine „Zusage der Zusage“ vorliegt. Bei der Begründung des erneuten Arbeitsverhältnisses sollten sich die Parteien jedoch wegen des Schutzgedankens des Gesetzes darauf einigen, wie die Vordienstzeiten angerechnet werden sollen, um eine Regelungslücke zu vermeiden³². Eine Anrechnung sowohl auf die Wartezeit als auch die Unverfallbarkeitsfrist ist möglich³³. Wird die Anrechnung auf die Unverfallbarkeitsfrist ausdrücklich ausgeschlossen, muß sich diese Regelung der Überprüfung einer beabsichtigten Gesetzesumgehung des § 1b BetrAVG unterziehen³⁴. Bei der Vereinbarung eines Probearbeitsverhältnisses in der Form eines befristeten Arbeitsverhältnisses soll ja gerade der Arbeitnehmer erprobt werden. Im Hinblick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz läßt sich die Nichterteilung einer arbeitgeberfinanzierten Versorgungszusage im Probearbeitsverhältnis mit der Erprobung des Arbeitnehmers und der noch nicht endgültigen Bindung des Arbeitgebers an das Arbeitsverhältnis rechtfertigen³⁵. Mit dem Abschluß des anschließenden unbefristeten Vertrags hat der Arbeitnehmer sich bewährt. Wenn die vertragliche Regelung nun ausdrücklich die Nichtanrechnung der Zeit des unmittelbar vorangegangenen Arbeitsverhältnisses auf die Unverfallbarkeit regelt, liegt die Vermutung sehr nahe, daß diese Vereinbarung lediglich dazu dient, die Regelung des § 1b BetrAVG zu umgehen.

3. Keine Vorschaltzeit bei nicht zeitbezogenem Bedingungseintritt

Keine Vorschaltzeiten sind nach der Rechtsprechung des BAG die Zeiträume zwischen Dienst Eintritt und dem späteren tatsächlichen Zeitpunkt der Zusagerteilung, wenn der Arbeitgeber die Erteilung einer Vorsorgezusage von objektivierbaren Kriterien abhängig macht, die nicht allein vom Zeitablauf abhängig sind. Maßgeblich ist also, ob dem Arbeitgeber noch ein Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum verbleibt, ob er die Zusage erteilen will oder nicht³⁶. So kann die Zusage einer arbeitgeberfinanzierten betrieblichen Altersvorsorge problemlos von dem Erreichen einer bestimmten Stellung im Unternehmen abhängig gemacht werden, wenn der Bedingungseintritt nicht lediglich durch Zeitablauf erreicht werden kann. Dies können bestimmte Führungsstufen oder Kompetenzen sein, z.B. Abteilungsleiter oder Prokurist. Möglich ist zudem, die Zusage vom Bestehen einer Gesundheitsprüfung abhängig zu machen³⁷. Auch zulässig ist die Beschränkung einer Zusage auf solche Arbeitnehmer, die der Arbeitgeber näher an sein Unternehmen binden will. Dies ist möglich, solange der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt ist. Die Gruppenbildung ist zulässig, solange keine sachfremde Unterscheidung vorliegt. Möglich ist z.B. eine Differenzierung nach Innen- und Außendienstmitarbeitern³⁸.

19 BAG, Urteil vom 24.02.2004, a.a.O. (Fn. 1).

20 BAG, Urteil vom 7.7.1977, a.a.O. (Fn. 14).

21 BAG, Urteil vom 13.7.1978, a.a.O. (Fn. 14).

22 So auch wieder BAG, Urteil vom 24.2.2004, a.a.O. (Fn. 1).

23 *Blomeyer/Otto*, a.a.O. (Fn. 1), § 1 Rd.Nr. 233.

24 BAG, Urteil vom 7.7.1977, a.a.O. (Fn. 14).

25 *Höfer*, a.a.O. (Fn. 10), § 1b Rd.Nr. 3018 ff.

26 *Blomeyer/Otto*, a.a.O. (Fn. 1), § 1b Rd.Nr. 270.

27 So auch *Blomeyer*, DB 1992 S. 2499.

28 BAG, Urteil vom 24.2.2004, a.a.O. (Fn. 1).

29 *Blomeyer/Otto*, a.a.O. (Fn. 1), § 1b Rd.Nr. 72 ff. mit Hinweisen auf die entsprechende BAG-Rechtsprechung.

30 BAG vom 22.2.2000, a.a.O. (Fn. 12), mit Hinweis auf weitere BAG-Rechtsprechung.

31 *Blomeyer/Otto*, a.a.O. (Fn. 1), § 1b Rd.Nr. 73 m.w.N.

32 *Blomeyer/Otto*, a.a.O. (Fn. 1), § 1b Rd.Nr. 74 m.w.N.

33 BAG, Urteil vom 29.9.1987 – 3 AZR 99/86 –, BetrAV 1988 S. 71.

34 *Blomeyer/Otto*, a.a.O. (Fn. 1), § 1b Rd.Nr. 75.

35 BAG, Urteil vom 13.12.1994 – 3 AZR 367/94 –, BetrAV 1995 S. 77.

36 BAG, Urteil vom 20.4.1982 – 3 AZR 1118/79 –, BetrAV 1982 S. 211.

37 *Blomeyer/Otto*, a.a.O. (Fn. 1), § 1b Rd.Nr. 63 ff.

38 So auch wieder BAG 17.2.1998 – AZR 783/96 –, BetrAV 1998 S. 218.

V. Ergebnis

Als Ergebnis kann festgehalten werden, daß der Beginn der Unverfallbarkeitsfrist bei der Direktzusage und der Unterstützungskasse nicht vertraglich disponibel ist, wenn lediglich an zeitbezogene Kriterien angeknüpft wird. Gestaltungen in diesem Bereich mit dem Ziel, die Frist später beginnen zu lassen, werden von der Rechtsprechung als rechtsmißbräuchlich angesehen. Möglich ist hingegen das Anknüpfen an objektivierbare Kriterien.

B. Gestaltungsmöglichkeiten bei der Höhe der unverfallbaren Anwartschaft

Aus der Sicht des Arbeitgebers ist die Struktur der Zusage und deren konkrete Ausgestaltung von besonderer Bedeutung, da beides *Auswirkungen auf die Höhe* unverfallbarer Anwartschaften hat. Die zentrale Fragestellung für die Gestaltung ist, wie der Zeitpunkt des Entstehens unverfallbarer Anwartschaften bestmöglich mit dem für die Höhe maßgeblichen Beginn der Finanzierung durch den Arbeitgeber in Einklang gebracht werden kann.

Mit dem Eintritt der Unverfallbarkeit muß bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Höhe der unverfallbaren Anwartschaft bestimmt werden, § 2 Abs. 6 BetrAVG a.F., § 4a Abs. 1 BetrAVG n.F. Die Höhe der unverfallbaren Anwartschaft ergibt sich für die jeweilige Leistungsstruktur und den jeweiligen Durchführungsweg aus § 2 BetrAVG. Dabei sind je nach Leistungsstruktur und Durchführungsweg Unterschiede in der Berechnung der Höhe der Anwartschaft zu beachten.

I. Berechnungsmethoden

Die Höhe der unverfallbaren Anwartschaft ergibt sich entweder aus der ratierlichen Berechnungsmethode (§ 2 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG), aus der sog. versicherungsförmigen Lösung (§ 2 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 Satz 3 BetrAVG) oder aus Sonderregelungen (§ 2 Abs. 5a und 5b BetrAVG).

Die *ratierliche Berechnungsmethode* bemißt den anteiligen Anspruch nach dem Verhältnis der tatsächlichen Dienstzeit zur insgesamt möglichen Dienstzeit, die der Arbeitnehmer von seinem Eintritt bis zum vorgesehenen Pensionierungsalter hätte erreichen können, § 2 Abs. 1 BetrAVG. Diese Methode ordnet an, daß bei der Berechnung der Höhe der Anwartschaft der Zeitraum ab Diensteintritt berücksichtigt werden muß. Eine andere individualvertragliche Gestaltung ändert an der gesetzlich errechneten Höhe der Anwartschaft nichts (§ 17 Abs. 3 Satz 3 BetrAVG). Bei dieser Berechnungsmethode kann ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Nachfinanzierung gegen den Arbeitgeber entstehen, wenn, gemessen an der Betriebszugehörigkeit, im Rahmen der jeweiligen Durchführung die tatsächlich finanzierten Leistungen hinter den erworbenen Anwartschaften zurückstehen (z.B. bei Überschüssenenkungen).

Bei der reinen Leistungszusage und der beitragsorientierten Leistungszusage³⁹ im Durchführungsweg der Direktversicherung und der Pensionskasse besteht unter gewissen Voraussetzungen die Möglichkeit zur Wahl der *versicherungsförmigen Lösung*, § 2 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 2 BetrAVG. Hier wird dem Arbeitgeber ermöglicht, dem Arbeitnehmer den Versicherungsvertrag bzw. den Pensionskassenvertrag mitzugeben. Das Gesetz ordnet an, daß an die Stelle des Anspruchs in Höhe der ratierlichen Berechnung auf Verlangen des Arbeitgebers die von dem Versicherer aufgrund des Versicherungsvertrags zu erbringende Versicherungsleistung tritt, wenn bestimmte Voraussetzungen gegeben sind (§ 2 Abs. 2

Satz 2 bis 5 BetrAVG). Entsprechendes gilt für die Pensionskassenversorgung (§ 2 Abs. 3 Satz 2 und 3 BetrAVG), wobei für die Berechnung der Höhe der Pensionskassenleistung der Geschäftsplan oder die Geschäftsunterlagen maßgeblich sind. Das bedeutet für den Arbeitgeber, daß er die vertraglich vereinbarten oder die aufgrund des Geschäftsplans kalkulierten Prämien an den Versorgungsträger zu leisten hat. Da der Gesetzgeber die Wahl der versicherungsförmigen Lösung nur dann ermöglicht, wenn Beitragsrückstände nicht vorhanden sind (§ 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BetrAVG) oder die geschäftsplanmäßige Finanzierung gegeben ist (§ 2 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BetrAVG), wird eine teilkongruente Finanzierung der Zusage ausgeschlossen. Die Wahl der versicherungsförmigen Lösung bietet sich insbesondere dann an, wenn zwischen Diensteintritt und Versorgungszusage ein längerer Zeitraum besteht, denn die ratierliche Berechnung kann zu erheblichen Vermögensbelastungen führen⁴⁰.

Für die Leistungsstrukturen der beitragsorientierten Leistungszusage und der Beitragszusage mit Mindestleistung existieren jeweils für bestimmte Durchführungswege *Sonderregelungen* in den §§ 2 Abs. 5a 2. Halbsatz, Abs. 5b BetrAVG. Diese Sonderregelungen beschränken die Höhe der Anwartschaften auf die Leistungen, die bis zum Zeitpunkt des Ausscheidens zugesagt wurden. Im folgendem wird jedoch nur auf die beitragsorientierte Leistungszusage abgestellt.

Bei der beitragsorientierten Leistungszusage verweist der Gesetzestext auf die Regelung der Entgeltumwandlung des § 2 Abs. 5a 1. Halbsatz BetrAVG. Diese Regelung stellt bei der Berechnung der Höhe der Anwartschaften auf die bis dahin umgewandelten Entgeltbestandteile ab, d.h. auf die Beiträge, die der Arbeitgeber aufgrund der Entgeltumwandlungsvereinbarung wertgleich, also in identischer Höhe, in eine Anwartschaft umwandeln muß, § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG. Die konkrete Bestimmung der Höhe dieser Entgeltumwandlung erfolgt durch die Umrechnung der Beiträge in Versorgungsleistungen aufgrund versicherungsmathematischer Berechnungsfaktoren⁴¹. Bei der arbeitgeberfinanzierten beitragsorientierten Leistungszusage kommt es bei der Bestimmung der Höhe nur auf die zugesagten Beiträge an und nicht darauf, ob und in welchem Maße Beiträge tatsächlich umgewandelt wurden⁴². Die konkrete Berechnung der Höhe der Anwartschaft bei der Direktzusage und der Unterstützungskasse erfolgt dann ebenfalls durch Umrechnung der Beiträge in Versorgungsleistungen aufgrund versicherungsmathematischer Berechnungsfaktoren⁴³, beim Pensionsfonds nach dem aufsichtsrechtlich genehmigten Pensionsplan oder dem Geschäftsplan⁴⁴. Gleichwohl kann zur Vermeidung eines Nachfinanzierungsrisikos in der Zusage geregelt werden, daß die tatsächliche Umwandlung der zugesagten Beiträge erfolgt. Ein Abstellen auf den Diensteintritt sieht das Gesetz hier nicht vor, es wird lediglich auf die bis zum Ausscheiden vereinbarten Beiträge abgestellt. Der Grund für die Abweichung von der ratierlichen Methode ist die Intention des Gesetzgebers, die Verwaltung der Versorgungszusagen zu vereinfachen⁴⁵. Das ist nur dann gewährleistet, wenn für alle Durchführungswege und Leistungsstrukturen, die in einem Versorgungswerk zusammen angeboten werden, einheitlich auf eine Beitragsbemessung abgestellt werden kann und nicht (auch) auf das ratierliche Verfahren. Der Gesetzgeber ermöglicht also im Rahmen des § 2 BetrAVG unter bestimmten Voraussetzungen die individuelle Ausgestaltung der arbeitgeberfinanzierten Zusagen im Hinblick auf den für die Höhe der Anwartschaften maßgebenden Zeitpunkt der Finanzierung.

40 Blomeyer/Otto, a.a.O. (Fn. 1), § 2 Rd.Nr. 169.

41 Blomeyer/Otto, a.a.O. (Fn. 1), § 1 Rd.Nr. 148, 150.

42 Blomeyer/Otto, a.a.O. (Fn. 1), § 2 Rd.Nr. 473.

43 Blomeyer/Otto, a.a.O. (Fn. 1), § 2 Rd.Nr. 473.

44 Blomeyer/Otto, a.a.O. (Fn. 1), § 2 Rd.Nr. 468.

45 Blomeyer/Otto, a.a.O. (Fn. 1), § 2 Rd.Nr. 469.

39 Für diese Strukturen gilt mangels Sonderregelungen § 2 Abs. 2 und 3 BetrAVG, Blomeyer/Otto, a.a.O. (Fn. 1), § 2 Rd.Nr. 469.

II. Gestaltungsansätze

Im folgenden soll anhand der einzelnen Leistungsstrukturen und Durchführungswege dargestellt werden, welche Kombinationen von Leistungsstrukturen und Durchführungsweegen sich einer Ausgestaltung entziehen, welche die Gestaltung zulassen und welche Kombinationen letztlich noch unbeantwortete Fragen aufwerfen⁴⁶.

1. Gestaltungsresistente Leistungsstrukturen und Durchführungswege

Keine Gestaltungsmöglichkeit eröffnet die reine Leistungszusage im Durchführungswege der Direktzusage, § 2 Abs. 1 BetrAVG. Bei dieser Leistungsstruktur errechnet sich die Höhe der unverfallbaren Anwartschaft nur nach der rätierlichen Berechnungsmethode. Bei dieser Methode muß immer auf den Zeitpunkt des Dienst Eintritts abgestellt werden. Auch bei der reinen Leistungszusage im Durchführungswege des Pensionsfonds, § 2 Abs. 3a BetrAVG, und der Unterstützungskasse, § 2 Abs. 4 BetrAVG, wird bei der Berechnung der Höhe der unverfallbaren Anwartschaft auf die rätierliche Methode abgestellt, so daß auch hier keine Gestaltungsmöglichkeit in der Versorgungszusage verbleibt.

2. Gestaltbare Leistungsstrukturen und Durchführungswege

Während es für die Unverfallbarkeit nur sehr eingeschränkte Gestaltungsmöglichkeiten im Hinblick auf den Fristbeginn gibt, bestehen im Hinblick auf die Höhe der Anwartschaft bei der *beitragsorientierten Leistungszusage* im Durchführungswege der *Direktzusage* und der *Unterstützungskasse*, § 2 Abs. 5a 2. Halbsatz BetrAVG, grundsätzlich Gestaltungsmöglichkeiten.

Die beitragsorientierte Leistungszusage kann als Bausteinmodell ausgestaltet werden, bei der der Arbeitgeber bestimmt, welche Beiträge er in welchem Jahr für den einzelnen Arbeitnehmer leisten will, um sie dann in eine Anwartschaft auf betriebliche Altersvorsorge umzuwandeln⁴⁷. Die konkrete Ausgestaltung des Leistungsumfanges der beitragsorientierten Leistungszusage erfolgt durch den Arbeitgeber⁴⁸. Die Gestaltung kann darin bestehen, daß sich die Leistung dynamisch aufbaut, d.h. entsprechend der Dauer der Betriebszugehörigkeit gestaffelt wird, oder ein gleichbleibender Betrag finanziert wird⁴⁹. Aus Praktikabilitätsgründen bietet es sich daher an, daß diese Zusage nicht schon mit deren Erteilung finanziert wird. Es existieren keine Regelungen darüber, daß die Finanzierung der durch den Arbeitgeber bestimmten Beiträge zeitgleich mit der Erteilung der Versorgungszusage beginnen muß. Zu welchem Zeitpunkt der Arbeitgeber innerhalb der Unverfallbarkeitsfrist mit seiner Finanzierung beginnt, steht ihm offen. Der Gesetzgeber hat sich eindeutig gegen das rätierliche Verfahren zur Berechnung der Höhe entschieden und beschränkt die Höhe der Anwartschaft daher auf die zugesagte beitragsorientierte Leistung. Demnach muß der Arbeitgeber bestimmen können, daß beim Beginn seiner Finanzierung ein von ihm definierter Beitragsaufwand als Abgeltung für die Jahre zu verstehen ist, für die ab Dienst Eintritt noch keine Beiträge finanziert wurden (sog. Dotierungsrahmen)⁵⁰. Zudem kann es keinen Unterschied machen, ob der Arbeitgeber noch vor Eintritt der Unverfallbarkeit jedes Jahr einen geringeren Beitrag bestimmt oder erst zu einem späteren Zeitpunkt anstelle dessen einen höheren.

46 Insbesondere soll dabei die beitragsorientierte Leistungszusage betrachtet werden.

47 *Kemper/Kisters-Kölkes*, Arbeitsrechtliche Grundzüge der betrieblichen Altersvorsorge, 2. Aufl., 2002, II.3.b), Rd.Nr. 93.

48 BAG, Urteil vom 12.6.1975 – 3 ABR 66/74 –, BetrAV 1975 S. 162; BAG, Urteil vom 12.6.1975, a.a.O. (Fn. 9).

49 *Blomeyer/Otto*, a.a.O. (Fn. 1), Anh § 1 Rd.Nr. 194 ff.

50 BAG, Urteil vom 12.6.1975 – 3 ABR 66/74 –, a.a.O. (Fn. 48); BAG, Urteil vom 12.6.1975 – 3 ABR 13/74 –, a.a.O. (Fn. 9).

Es bietet sich im Rahmen des Versorgungswerkes also eine vertragliche Ausgestaltung an, die den Beginn der für die Höhe maßgeblichen *Finanzierung* durch den Arbeitgeber *direkt mit dem Erwerb der Unverfallbarkeit* der Anwartschaft verbindet. Denn die Grenze des Rechtsmißbrauches ist unserer Meinung nach dann erreicht, wenn zum Zeitpunkt der gesetzlichen Unverfallbarkeit der Arbeitgeber noch keine Leistung finanziert hat und deshalb der Wert des arbeitgeberfinanzierten Anteils für den Arbeitnehmer noch Null beträgt. Eine derartige Gestaltung stellt u.E. eine Umgehung der Regelung des § 1b Abs. 1 BetrAVG dar. Eine solche Zusage ist nämlich ohne jeden Wert für den Versorgungsberechtigten, insbesondere, wenn dieser direkt nach Eintritt der Unverfallbarkeit aus dem Unternehmen wieder ausscheidet. Dem Arbeitgeber ist zwar freigestellt, ob er eine arbeitgeberfinanzierte Altersvorsorge anbietet oder ob er sich lediglich auf die Minimalverpflichtung in der Form der Bereitstellung der arbeitnehmerfinanzierten Entgeltumwandlung beschränkt. Wenn er sich jedoch für eine arbeitgeberfinanzierte Altersvorsorge entscheidet, dann muß er daran auch gebunden sein und darf sich dieser nicht wieder entziehen. Er darf eine erst nach der Unverfallbarkeit beginnende Finanzierung nicht als Hinhalten taktik benutzen.

Für die vorstehende Lösung spricht auch deren effiziente Verwaltung, da erst nach Eintritt der Unverfallbarkeit Verwaltungs- und Finanzierungsaufwand zu betreiben ist. Da für Arbeitnehmer, die ohne Anwartschaften aus dem Unternehmen des Arbeitgebers ausscheiden, ein bereits erfolgter Verwaltungs- und Finanzierungsaufwand komplett abgewickelt werden müßte, ist in dieser Gestaltungsvariante der vom Arbeitgeber geplante Wertschöpfungsprozess in der Durchführung sichergestellt.

3. Gestaltungsunsicherheit

Bei der reinen Leistungszusage und der beitragsorientierten Leistungszusage im Durchführungswege der Direktversicherung, § 2 Abs. 2 BetrAVG, und der Pensionskasse, § 2 Abs. 3 BetrAVG, bestehen jedoch Unsicherheiten im Hinblick auf die unter B.II.2. angesprochene Gestaltung. Die Rechtsprechung hat bisher noch nicht geklärt, ob versicherungsförmig ausgestaltete Versorgungssysteme den vorgenannten Gestaltungsansatz zulassen. Ungeklärt ist die Frage, ob es bei den Durchführungsweegen der Direktversicherung und der Pensionskasse möglich ist, in einer Versorgungszusage den Abschluß und die Finanzierung einer Direktversicherung oder Pensionskassenversicherung erst nach einer gewissen (mehrjährigen) Betriebszugehörigkeit zu versprechen. Einhergehend mit der Streitfrage, ob die Vorschaltrechtsprechung auf die Direktversicherung oder die Pensionskassenversicherung anwendbar ist, zu welchem Zeitpunkt also die Zusage als erteilt gilt, stellt sich bei der Errechnung der Höhe die Frage, ob dann eventuell in einer Analogie zu § 2 Abs. 2 Satz 1 BetrAVG die rätierliche Berechnungsmethode anzuwenden ist. Eine solche Analogie hat das BAG in seinem Urteil vom 7.7.1977⁵¹ angedeutet.

Genauso muß dann die Frage gestellt werden, ob diese Rechtsprechung auch auf die beitragsorientierte Leistungszusage im Durchführungswege des Pensionsfonds anzuwenden ist. Denn der Pensionsfonds steht den versicherungsförmigen Durchführungsweegen nahe und er wird weitgehend wie ein Versicherungsunternehmen behandelt⁵².

Insbesondere würde bei der beitragsorientierten Leistungszusage in den versicherungsrechtlich gestalteten Versorgungssystemen eine Analogie zu § 2 Abs. 2 Satz 1 bzw. § 2 Abs. 3 Satz 1 BetrAVG dazu führen, daß das Wesen der beitrags-

51 BAG, Urteil vom 7.7.1977, a.a.O. (Fn. 14).

52 *Blomeyer/Otto*, a.a.O. (Fn. 1), § 1 Rd.Nr. 233.

orientierten Leistungszusage als Bausteinmodell besonderer Art völlig unterlaufen wird. Bei der beitragsorientierten Leistungszusage wird im Rahmen des Leistungsplans durch den Arbeitgeber festgelegt, welcher Beitrag pro Jahr auf den einzelnen Arbeitnehmer entfällt. Da im Rahmen des Leistungsplans der Arbeitgeber Gestaltungsfreiheit besitzt⁵³, muß es ihm auch möglich sein, den von ihm bestimmten Beitrag erst mit dem Eintritt der Unverfallbarkeit zu finanzieren und zu bestimmen, daß dieser Beitrag die Zeit zwischen Zusage und Finanzierungsbeginn abdecken soll. Die vom BAG angedeutete Analogie würde letztlich eine beitragsorientierte Leistungszusage in eine reine Leistungszusage mit ratierlicher Berechnungsmethode umwandeln⁵⁴. Ein Anreiz für eine arbeitgeberfinanzierte betriebliche Altersversorgung wäre das jedenfalls nicht.

C. Zusammenfassung

Auch wenn das Alterseinkünftegesetz einen neuen steuerlichen Rahmen für die betriebliche Altersversorgung gesetzt und die Vereinfachung der Zertifizierung bei der Riester-Förderung bewirkt hat, ist eine spürbare steuerliche Förderung unternehmensfinanzierter Altersversorgung nicht erfolgt.

Vielmehr ist eine Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung zugunsten des Arbeitnehmers erkennbar⁵⁵. Die begrenzte Steuerbefreiung des Finanzierungsaufwandes und die nachgelagerte Besteuerung der Versorgungsleistungen wirken sich vor allem bei Anwärtern und Rentnern aus. Ob die Einbeziehung der Direktversicherung in den Anwendungsbereich begrenzt steuerfreier Beiträge an versicherungsförmige Versorgungsträger (§ 3 Nr. 63 EStG) nun zur arbeitgeberfinanzierten Durchführung besonders motiviert, bleibt eine offene Frage.

Die Möglichkeit zur Mitnahme von Betriebsrentenkapital (Übertragungswert) vom ehemaligen auf den neuen Arbeitgeber (§ 4 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 BetrAVG) und die Besteuerung des Übertragungswertes begünstigen ebenfalls vor allem den Arbeitnehmer.

Bei einer Stagnation der allein durch Entgeltumwandlung finanzierten betrieblichen Altersversorgung⁵⁶ ist aber doch gerade der Arbeitgeber in der besonderen Rolle zu finden, durch seine finanzielle Beteiligung Mitarbeiter maßgeblich zur Teilnahme an der betrieblichen Versorgung zu motivieren. Die Ideen, um solche Versorgungsketten herzustellen, hat der Gesetzgeber dem Markt der betrieblichen Altersversorgung überlassen. Es wird also auf die Produktgestaltung durch die Anbieter ankommen. Wie aufgezeigt, ist die Wahl und Ausgestaltung von Zusagestrukturen und Durchführungswegen dabei von ganz besonderer Bedeutung.

Finden die Glieder dieser Versorgungskette nicht zueinander, dann wird die Diskussion über ein Obligatorium, gleich welcher Art, eine neue Qualität erreichen.

53 BAG, Urteil vom 12.6.1975 – 3 ABR 66/74 –, a.a.O. (Fn. 48); BAG, Urteil vom 12.6.1975 – 3 ABR 13/74 –, a.a.O. (Fn. 19).

54 Dieselbe Frage stellt sich auch bei der *Beitragszusage mit Mindestleistung* im Durchführungsweg der Direktversicherung, der Pensionskasse und des Pensionsfonds. Fraglich ist, ob das BAG auch hier seine angedrohte Entscheidung fällen würde, obwohl der Gesetzgeber in § 2 Abs. 5b BetrAVG eindeutig ein Abweichen von der sonst vorherrschenden ratierlichen Berechnungsmethode angeordnet hat. Hier ist eine Beschränkung auf die Summe der bis zum Ausscheiden zugesagten Beiträge vorgesehen, also auf die geleisteten Prämien abzüglich der Risiko- und Verwaltungskosten. Aufgrund der Haftungsbeschränkung des Arbeitgebers bei der Beitragszusage mit Mindestleistung wäre eine Berechnung nach der ratierlichen Methode gerade nicht interessengerechtere (Blomeyer/Otto, a.a.O. (Fn. 1), § 2 Rd.Nr. 474). Im Ergebnis wäre diese Auslegung der Kontrapunkt zu Sinn und Zweck der Beitragszusage mit Mindestleistung.

55 Vgl. dazu Weber-Grellet, DB 2004 S. 1727; Höfer, BetrAV 2004 S. 502.

56 Studie des BMGS, Infratest Sozialforschung in Kundenkompaß Betriebliche Altersversorgung, FAZ Institut für Management-, Markt- und Medieninformationen, 2004 S. 15.