

# QUARTALSLETTER

IV/2016

**In dieser Ausgabe:**

Ausschluss geringfügig Beschäftigter aus der bAV – Urteil des LAG München vom 13.01.2016 (10 Sa 544/15) .....2

Eigenbeiträge – Umfangszusage – Einstandspflicht – BAG-Urteil vom 15.03.2016 (3 AZR 827/14) ..... 3

Rückzahlungsanspruch eines Trägerunternehmens gegen eine Gruppenunterstützungskasse: Durch Satzung gebundene Verwendung von segmentiertem Kassenvermögen – BAG-Urteil vom 19.05.2016 (3 AZR 766/14) .....4

Anforderungen an die Wahl der versicherungsförmigen Lösung – BAG-Urteil vom 19.05.2016 (3 AZR 794/14) .....5

Betriebsrente – Gleichbehandlung und Günstigkeitsprinzip – BAG-Urteil vom 19.07.2016 (3 AZR 134/15) ...6

Entgeltumwandlung bei beherrschendem GGF unter Missachtung der Erdienbarkeitsfrist keine vGA – Urteil des FG Thüringen vom 25.06.2015 (1 K 136/15) .....7

EbAV-II Richtlinie – Ergebnis des Trilogs .....8

IDW-Entwurf zur handelsrechtlichen Bilanzierung von Altersversorgungsverpflichtungen (IDW ERS HFA 30 n.F.).....8

Vorankündigung: bAV-Infos zu Praxisstudie bzgl. Entwicklung von Pensionsrückstellungen bei DAX30- Unternehmen .....9

PENSIONSMANAGEMENT

## EDITORIAL

IE GUTACHTEN VERSICHER

Liebe Leserinnen und Leser,

wir freuen uns, Ihnen die neue Ausgabe unseres Quartalsletters zur Verfügung zu stellen, in der wir Sie – wie üblich – über aktuelle Entwicklungen und Trends auf dem Gebiet der betrieblichen Altersversorgung informieren. Dieses Mal möchten wir Sie insbesondere auf die jüngste BAG-Rechtsprechung zur versicherungsvertraglichen Lösung vom 19.05.2016 wie auch auf den Entwurf einer Neufassung der IDW-Stellungnahme zur handelsrechtlichen Bilanzierung von Altersversorgungsverpflichtungen (IDW ERS HFA 30 n.F.) hinweisen.

Wir hoffen, auch künftig mit der Themenauswahl in unserem Quartalsletter auf Ihr Interesse zu stoßen und wünschen Ihnen weiterhin viel Spaß beim Lesen.

Ihre Claudia Veh



## Ausschluss geringfügig Beschäftigter aus der bAV – Urteil des LAG München vom 13.01.2016 (10 Sa 544/15)

In der Praxis taucht immer wieder die Frage auf, ob es zulässig ist, in einer arbeitgeberfinanzierten betrieblichen Altersversorgung (bAV) geringfügig beschäftigte Arbeitnehmer auszuschließen. Der Arbeitgeber hat häufig kein Interesse, Personen, die nur verhältnismäßig wenige Stunden in der Firma arbeiten, in sein Versorgungswerk aufzunehmen. Auch besteht in der Regel ein geringeres Interesse des Arbeitgebers, diese Arbeitnehmer an das Unternehmen zu binden als bei nicht geringfügig Beschäftigten.

Im Urteil vom 13.01.2016 (10 Sa 544/15) hatte sich das Landesarbeitsgericht (LAG) München mit dieser Frage auseinanderzusetzen.

### Der Fall

Die 1961 geborene Arbeitnehmerin war seit 1991 bei einem Unternehmen tätig, das im Jahr 2001 mit vier anderen Gesellschaften verschmolzen worden war. Die Parteien vereinbarten eine Fortführung des Arbeitsverhältnisses als geringfügig Beschäftigte ab dem 01.03.2004 unter Anrechnung der bisherigen Beschäftigungsdauer. Im Arbeitsvertrag war geregelt, dass die Allgemeinen Arbeitsbedingungen für die Beschäftigten, die (Gesamt-)Betriebsvereinbarungen sowie Richtlinien des Unternehmens in der jeweils geltenden Fassung Anwendung finden und Bestandteil des Vertrags werden.

Gemäß der Gesamtbetriebsvereinbarung wurden Beschäftigte, die bislang keine Versorgungszusage erhalten hatten, mit Wirkung ab dem 01.03.2007 bei einer Unterstützungskasse neu angemeldet. Allerdings waren in § 2 der Gesamtbetriebsvereinbarung geringfügig Beschäftigte vom Geltungsbereich der bAV ausgenommen. Die Arbeitnehmerin, die nicht in der gesetzlichen Rentenversicherung versichert war, wollte dies nicht anerkennen und begehrte die Aufnahme in die Versorgungsordnung (VO). Ihres Erachtens ist die Regelung in § 2 unwirksam, da sie gegen das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) verstoße. Gemäß § 4 Abs. 1 TzBfG dürfen teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer nicht schlechter gestellt werden als vergleichbar vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer. Ein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung war nicht ersichtlich. Auch konnte kein Missverhältnis zwischen dem Aufwand für die Firma und dem Ertrag für die Arbeitnehmerin festgestellt werden. Zudem hat der Gesetzgeber die ursprüngliche Versicherungsfreiheit geringfügig Beschäftigter zum 01.01.2013 in eine grundsätzliche Versicherungspflicht, allerdings mit der Möglichkeit des Opting-Out, umgekehrt.

Die Firma allerdings sah den Ausschluss als wirksam an. Ziel der VO war es, die gesetzliche Altersversorgung der Arbeitnehmer zu ergänzen. Da

die geringfügig Beschäftigte jedoch keine Anwartschaften aus der gesetzlichen Rentenversicherung erwirbt, entfällt diese Ergänzungsfunktion.

Weiter machte das Unternehmen ein Missverhältnis zwischen dem Aufwand für die Firma und der aus der Versorgung resultierenden Rentenanwartschaft, also dem Nutzen für die Beschäftigte, geltend.

Das Arbeitsgericht Rosenheim wies die Klage ab. Die Arbeitnehmerin ging in Berufung.

### Die Entscheidung

Das LAG gab der Arbeitnehmerin Recht. Es stellte fest, dass der in der VO enthaltene Ausschluss für geringfügig Beschäftigte einen Verstoß gegen § 4 Abs. 1 TzBfG darstellt. Gemäß § 4 Abs. 1 TzBfG darf ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer wegen der Teilzeitbeschäftigung nicht schlechter behandelt werden als ein vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer, es sei denn, dass sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Eine Ungleichbehandlung wegen Teilzeitarbeit liegt vor, wenn die Dauer der Arbeitszeit das Kriterium darstellt, an welches die unterschiedliche Behandlung bei den Arbeitsbedingungen anknüpft. Eine sachliche Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung muss sich am Zweck der Leistung orientieren. Das bedeutet, die unterschiedliche Behandlung von Teilzeitbeschäftigten kann nur gerechtfertigt sein, wenn sich der Grund aus dem Verhältnis von Leistungszweck und Umfang der Teilzeitarbeit herleiten lässt. Vorliegend sind Vollzeitbeschäftigte, Teilzeitbeschäftigte, die nicht geringfügig beschäftigt sind, und geringfügig beschäftigte Arbeitnehmer vergleichbar. Für alle drei Gruppen hat die bAV Entgeltcharakter. Der im BAG-Urteil vom 22.02.2000 (3 AZR 845/98) entschiedene Fall, bei dem es um eine Gesamtversorgungszusage ging, und bei dem jedenfalls bis zum 31.03.1999 der tarifvertragliche Ausschluss geringfügig Beschäftigter sachlich gerechtfertigt war, ist nicht vergleichbar. Die besondere sozialversicherungsrechtliche Behandlung geringfügig Beschäftigter stellt keinen Rechtfertigungsgrund dar.

Ein Ausschluss wegen eines Missverhältnisses zwischen Aufwand und Ertrag kommt nur im Fall eines krassen Missverhältnisses in Betracht, wofür vorliegend keine Anhaltspunkte bestanden, und zudem nur, wenn die VO in einem solchen Fall den Ausschluss auch vorsieht.

Die Revision beim Bundesarbeitsgericht war zugelassen, wovon die Firma Gebrauch gemacht hat. Es bleibt also abzuwarten, wie sich das BAG in diesem Fall positioniert. Unseres Erachtens dürfte der Ausschluss geringfügig Beschäftigter von einer arbeitgeberfinanzierten bAV im Allgemeinen nicht gerechtfertigt sein.

(Dr. Claudia Veh)

Am 15.03.2016 hatte sich das Bundesarbeitsgericht (BAG) erneut mit der Subsidiärhaftung des Arbeitgebers bei Leistungen aus einer Pensionskasse mit obligatorischen Eigenbeiträgen der versorgungsberechtigten Arbeitnehmer auseinanderzusetzen. Zuvor war diese Thematik z.B. am 10.02.2015 in einem Fall (3 AZR 65/14) vor dem BAG verhandelt worden.

### Der Fall

Ein Rentner, der vom 01.09.1969 bis zum 31.07.2006 bei einem Unternehmen tätig war, bezieht seit dem 01.08.2006 eine Altersrente von der Pensionskasse für die Deutsche Wirtschaft VVaG (PKDW). Die Beiträge zur Pensionskassenversorgung waren zu 1/3 vom Arbeitnehmer selbst und zu 2/3 vom Arbeitgeber finanziert worden. Da die Kasse gezwungen war, ihre laufenden Leistungen in mehreren Schritten von 2007 bis 2013 zu reduzieren, wozu sie satzungsgemäß berechtigt war, begehrte der Rentner das Auffüllen auf die ursprüngliche Leistung durch den Arbeitgeber; zudem forderte er eine Anpassung laufender Leistungen gemäß § 16 Abs. 1 und 2 BetrAVG.

Das Unternehmen war jedoch der Meinung, es habe lediglich eine Beitragszusage erteilt, für die das BetrAVG nicht anzuwenden sei. Der Herabsetzungsvorbehalt in der Satzung der PKDW sei darüber hinaus integraler Bestandteil der Versorgungszusage gewesen. Jedenfalls sei der Arbeitgeber allenfalls für die von ihm finanzierten Teile einstandspflichtig, nicht für die vom Arbeitnehmer über Eigenbeiträge finanzierten Leistungen, da er keine „Umfassungszusage“ im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 4 BetrAVG erteilt habe. Darüber hinaus sei das Unternehmen nicht verpflichtet, die laufende Rente zu den beiden Stichtagen 01.08.2009 und 01.08.2012 an den seit Rentenbeginn eingetretenen Kaufkraftverlust anzupassen. Es sei nach § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG von der Anpassungspflicht befreit, zudem habe die wirtschaftliche Lage eine Anpassung nicht erlaubt.

### Die Entscheidung

Das BAG entschied wie folgt: Der Arbeitgeber muss die Rente um den Betrag aufstocken, um den die PKDW die laufende Leistung herabgesetzt hat. Dies ergibt sich aus der Subsidiärhaftung des Arbeitgebers gemäß § 1 Abs. 1 S. 3 BetrAVG. Es ist stets zu differenzieren zwischen der arbeitsrechtlichen Grundverpflichtung des Arbeitgebers und dem konkreten Durchführungsweg; der externe Versorgungsträger ist lediglich ein Instrument zur Erfüllung der arbeitsrechtlichen Grundverpflichtung des Arbeitgebers.

Allerdings erstreckt sich die Einstandspflicht des Arbeitgebers nur auf den Teil der Rente, der durch Arbeitgeberbeiträge finanziert wurde, nicht jedoch auf den Teil der Rente, den der Arbeitnehmer durch eigene Beiträge finanziert hat.

Ob eine Eigenbeitragszusage wie hier vorliegend betriebliche Altersversorgung (bAV) ist, richtet sich nach § 1 Abs. 2 Nr. 4 BetrAVG. Diese Regelung war am 01.07.2002 in Kraft getreten. Demzufolge liegt bAV nur dann vor, wenn der Arbeitnehmer Beiträge aus seinem Arbeitsentgelt zur Finanzierung von Leistungen der bAV an eine Direktversicherung, eine Pensionskasse oder einen Pensionsfonds leistet und die Zusage des Arbeitgebers auch Leistungen aus diesen Beiträgen umfasst. Hierdurch unterscheidet sich die Eigenbeitragszusage im Sinne des BetrAVG von der privaten Altersvorsorge.

Prinzipiell hat die Regelung des § 1 Abs. 2 Nr. 4 BetrAVG auch Anwendung auf Zusagen, die vor dem 01.07.2002 erteilt worden sind. Dies ergibt sich aus § 30e BetrAVG und der Gesetzesbegründung. Allerdings sind die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 Nr. 4 BetrAVG im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Denn vor dem 01.07.2002 konnte ein Arbeitgeber, der eine solche Zusage erteilt hat, nicht automatisch davon ausgehen, dass er auch für den aus Eigenbeiträgen der Arbeitnehmer finanzierten Teil der Leistungen einsteht. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine Eigenbeitragszusage im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 4 BetrAVG vorliegt, liegt beim Versorgungsberechtigten. Der Kläger hat das Vorliegen einer solchen Zusage jedoch nicht dargelegt.

Damit differenziert das BAG nun bei der Frage, ob die Einstandspflicht des Arbeitgebers auch die auf Eigenbeiträgen der Arbeitnehmer beruhenden Leistungen umfasst, zwischen Zusagen, die vor dem 01.07.2002 und welchen, die ab diesem Datum erteilt wurden. D.h. bei beitragsbezogenen Versorgungsversprechen aus der Zeit vor dem Inkrafttreten von § 1 Abs. 2 Nr. 4 BetrAVG sind an die Annahme, das Versorgungsversprechen des Arbeitgebers umfasse auch die Leistungen aus vom Arbeitnehmer finanzierten Eigenbeiträgen, erhöhte Anforderungen zu stellen.

Der Arbeitgeber ist damit im vorliegenden Fall für die Leistungskürzungen der PKDW einstandspflichtig, soweit die zugrunde liegenden Beiträge von ihm finanziert wurden.

Das BAG stellt unmissverständlich klar, dass die Kürzungsmöglichkeit in der Satzung der PKDW sich nur auf die Ausgestaltung der bAV seitens der PKDW bezieht, sie schlägt jedoch nicht auf das arbeitsrechtliche Grundverhältnis durch, d.h. die Kürzungsmöglichkeit in der Satzung der

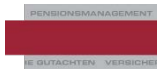
Pensionskasse ist nicht integraler Bestandteil der Versorgungszusage des Arbeitgebers geworden.

Nach Wertung des BAG handelt es sich vorliegend nicht um eine reine Beitragszusage, sondern um eine beitragsorientierte Leistungszusage. So lässt sich die Anmeldung der Arbeitnehmer seitens des Arbeitgebers bei der PKDW nicht dahingehend auslegen, dass damit lediglich die Zahlung von Beiträgen gewünscht war. Die Arbeitnehmer durften die Anmeldung vielmehr dahingehend verstehen, dass ihnen damit konkludent eine

beitragsorientierte Leistungszusage im Sinne von § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrAVG erteilt worden war.

Das BAG kam weiter zu dem Ergebnis, dass der Arbeitgeber nicht die laufende Rente gemäß § 16 Abs. 1 und 2 BetrAVG anpassen muss, da seine wirtschaftliche Lage dies nicht zuließ. Inwieweit die Änderung des § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG im Zuge des Gesetzes zur Umsetzung der EU-Mobilitäts-Richtlinie die Anpassungsprüfungspflicht des Arbeitgebers gemäß § 16 Abs. 1 und 2 BetrAVG ohnehin hinfällig gemacht hat, konnte damit dahinstehen.

(Dr. Claudia Veh)



### **Rückzahlungsanspruch eines Trägerunternehmens gegen eine Gruppenunterstützungskasse: Durch Satzung gebundene Verwendung von segmentiertem Kassenvermögen – BAG Urteil vom 19.05.2016 (3 AZR 766/14)**

Am 19.05.2016 befasste sich das BAG mit der Frage, ob nach Kündigung der Mitgliedschaft durch die Gruppenunterstützungskasse dem Trägerunternehmen ein Anspruch auf Auszahlung des segmentierten Kassenvermögens an einer Rückdeckungsversicherung zusteht.

#### **Der Fall**

Die Klägerin als Trägerunternehmen leistete Zuwendungen zur Durchführung der Altersversorgung für ihre geschäftsführenden Gesellschafter an die beklagte Unterstützungskasse.

Zum 31. Dezember 2011 belief sich das segmentierte Deckungskapital für beide geschäftsführenden Gesellschafter auf insgesamt 49.370,30 Euro. Mit Schreiben vom 27. Juli 2012 kündigte die Unterstützungskasse auf Grundlage eines entsprechenden Vorstandsbeschlusses die Mitgliedschaft des Trägerunternehmens aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung.

Im Folgenden kündigte das Trägerunternehmen am 05. Oktober 2012 den Auftrag zur Durchführung der betrieblichen Altersversorgung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Frist. Die Klägerin widersprach der außerordentlichen Kündigung der Unterstützungskasse, nahm jedoch das in der fristlosen Kündigung des Beklagten ausgesprochene Angebot einer einvernehmlichen Beendigung der Mitgliedschaft an und erklärte ihrerseits den sofortigen Vereinsaustritt.

Das Trägerunternehmen forderte erstinstanzlich vor dem Arbeitsgericht die Auszahlung des segmentierten Kassenvermögens an sich heraus, da durch den Wegfall der Mitgliedschaft der Rechtsgrund für die Dotierungsleistungen entfallen sei (§ 812 Abs. 1 S.1 BGB).

Nach Stattgeben der Klage zugunsten des Klageantrags für das Trägerunternehmen erfolgte in der Berufungsinstanz eine Erweiterung des Klageantrags durch einen Hilfsantrag des Trägerunternehmens. Die Erweiterung bestand in dem Begehren, das segmentierte Kassenvermögen nicht mehr an die Klägerin selbst, sondern an eine Rückdeckungsversicherung auszuzahlen.

Erst in der Revisionsinstanz entschied sich das Gericht, den Einwendungen der Unterstützungskasse stattzugeben und zog für die Entscheidung deren Satzung heran. Die Satzung sah bei Erlöschen der Mitgliedschaft vor, dass es dem Verein freisteht, die Unterstützungskasse unter Wahrung der steuerlichen Vorschriften in eine andere Rechtsform derselben Zweckbestimmung oder in eine zweckgebundene Pensionskasse zu überführen.

#### **Die Entscheidung**

Der Weg bis in die Revisionsinstanz verwundert, da die Satzung der Unterstützungskasse eindeutig Auskunft über den Verbleib des segmentierten Kassenvermögens gibt. Denn die Satzung besagt im Falle einer Auflösung Folgendes:

Dem Verein steht es frei, die Unterstützungskasse unter Wahrung der steuerlichen Vorschriften in eine andere Rechtsform derselben Zweckbestimmung oder in eine steuerfreie Pensionskasse zu überführen. Auch eine Ausgliederung von entsprechenden Teilen des Vereinsvermögens zur Gründung und Ausgestaltung einer steuerfreien Pensionskasse oder einer anderen Unterstützungskasse ist zulässig. Ebenso kann das Vermögen ganz oder teilweise in Kapital- oder Rentenversicherungen für die Begünstigten angelegt werden.

Folglich sieht die Satzung für den Fall des Ausscheidens des Trägerunternehmens lediglich eine auf die mittelbaren Durchführungswege der bAV begrenzte Verwendungsmöglichkeit im Sinne des § 1b Abs. 2 BetrAVG vor. Dem Begehren der Klägerin, das segmentierte Kassenvermögen an die von ihr gewünschte Rückdeckungsversicherung auszuzahlen war nicht statt zu geben. Denn eine Rückdeckungsversicherung stellt keine der Satzung entsprechende Kapital- oder Rentenversicherung dar und ist lediglich als Finanzierungsinstrument des Arbeitgebers zu klassifizieren.

(Sophia Alfen)



## Anforderungen an die Wahl der versicherungsförmigen Lösung – BAG-Urteil vom 19.05.2016 (3 AZR 794/14)

Im Urteil vom 19.05.2016 (3 AZR 794/14) hatte sich das Bundesarbeitsgericht (BAG) mit der versicherungsförmigen Lösung bei einer Direktversicherung zu befassen, unter anderem mit der Frage, wann der Arbeitgeber die Entscheidung für die versicherungsförmige Lösung dem Arbeitnehmer und dem Lebensversicherungsunternehmen mitteilen muss.

### Der Fall

Für eine Arbeitnehmerin bestand eine Direktversicherung. In der Versorgungsordnung war in Bezug auf die Berufs- bzw. Erwerbsunfähigkeitsrente sowie die Todesfall-Leistung die versicherungsvertragliche (versicherungsförmige) Lösung vorgesehen.

Das Arbeitsverhältnis der Arbeitnehmerin endete vorzeitig zum 30.09.2008 im Zuge einer Sozialplanregelung. Die Voraussetzungen für eine gesetzlich unverfallbare Anwartschaft waren dem Grunde nach erfüllt. Der Arbeitgeber teilte ihr am 24.10.2008 die Höhe der Anwartschaft auf Altersrente aus der unverfallbaren Anwartschaft mit und verwies bzgl. der Leistungen im Fall der Erwerbsminderung oder im Fall des Todes auf die Hinweise im Berechnungsbogen. Hierin wurde ausgeführt, dass hinsichtlich der Anwartschaft auf Erwerbsminderungsrente sowie in Bezug auf das Todesfallkapital die versicherungsvertragliche Lösung gilt. Danach würden bei Eintritt eines vorzeitigen Versorgungsfalles, spätestens jedoch bei Beginn der Altersrente, die in der Risikoversicherung bis zum Ausscheiden angesammelten Überschüsse einmalig ausgezahlt werden. Bis zum 31.12.2007 belief sich das Überschussguthaben auf 348,60 EUR. Um den bisherigen Versicherungsschutz nach dem Ausscheiden auch weiterhin aufrecht zu erhalten, habe die Arbeitnehmerin die Möglichkeit, innerhalb von drei Monaten nach Ausscheiden die Risikoversicherung ohne eine Gesundheitsprüfung zu übernehmen und durch eigene Beitragszahlung fortzuführen. Allerdings müsse eine Übernahme der Risikoversicherung vor Ablauf von drei Monaten nach dem Ausscheiden erfolgt sein. Dieses Schreiben hat die Arbeitnehmerin nach ihren Angaben im Jahr 2008 nicht erhalten.

Allerdings hatte die Arbeitnehmerin bereits im Mai 2007 eine Standmitteilung zur betrieblichen Altersversorgung bekommen. Hier wurde ebenfalls mitgeteilt, dass für die vorzeitigen Risiken im Fall des vorzeitigen Dienstaustritts die versicherungsvertragliche Lösung zum Einsatz kommt.

Im Jahr 2011 wurde die Arbeitnehmerin voll erwerbsgemindert und erhielt eine gesetzliche Rente wegen voller Erwerbsminderung. Sie begehrte dann ebenfalls die Zahlung einer betrieblichen Berufsunfähigkeitsrente.

Sie argumentierte, sie habe von der Möglichkeit der versicherungsförmigen Lösung innerhalb der dreimonatigen Frist keinen Gebrauch gemacht. Ihres Erachtens könne die hierzu erforderliche Erklärung des Arbeitgebers nicht bereits in der Versorgungsordnung abgegeben werden.

Der Arbeitgeber war hingegen der Meinung, das Verlangen der versicherungsförmigen Lösung könne bereits in der Versorgungsordnung erfolgen, zudem sei es nicht glaubhaft, dass die Arbeitnehmerin das Schreiben vom 24.10.2008 nicht erhalten habe.

Nachdem das Arbeitsgericht die Klage der Arbeitnehmerin abgewiesen und das Landesarbeitsgericht die Berufung zurückgewiesen hat, ging die Arbeitnehmerin beim BAG in Revision.

### Die Entscheidung

Das BAG kam zu dem Ergebnis, dass das Verlangen der versicherungsförmigen Lösung nach Sinn und Zweck des § 2 Abs. 2 S. 3 BetrAVG nicht nur nach, sondern auch vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erklärt werden kann. Dies ergibt die Auslegung der Vorschrift. Dem Wortlaut des § 2 Abs. 2 S. 3 BetrAVG folgend kann die Erklärung des Arbeitgebers nur innerhalb eines Zeitraums von drei Monaten ab der Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgegeben werden. Aus Sinn und Zweck des Gesetzes ergibt sich allerdings, dass die Erklärung auch bereits vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfolgen kann. Rechtswirksam ist eine solche Erklärung aber nur, wenn sie sich auf eine konkret vorhersehbare Beendigung des Arbeitsverhältnisses bezieht. Ein Verlangen nach der versicherungsförmigen Lösung ohne Bezug auf eine konkret bevorstehende Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfüllt den Gesetzeszweck nach Ansicht des BAG nicht.

Das LAG muss nun prüfen, ob bei Erhalt des Schreibens vom 07.05.2007 bereits eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses absehbar war und damit ein sachlicher und zeitlicher Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestand. Denn nur dann wäre die Mitteilung zur Wahl der versicherungsförmigen Lösung wirksam. Zwar war der Aufhebungsvertrag erst am 31.01.2008 geschlossen worden, doch die Basis war ein Sozialplan vom 05.10.2007. Es kann also durchaus sein, dass bereits im Mai 2007 bekannt war, dass sich eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzeichnet. Schließlich hat ein Sozialplan einen gewissen zeitlichen Vorlauf, in dem im Unternehmen entsprechende Verhandlungen geführt werden.

Weiter muss der Arbeitnehmer Klarheit über die Versicherung haben, um sich für die Fortsetzung der Versicherung mit eigenen Beiträgen entscheiden zu können. Das bedeutet, er muss, ohne eigene Erkundigungen anzustoßen, die erforderlichen Versicherungsdaten (wie Versicherungsgesellschaft und Versicherungsversicherungsnummer) erfahren können. Dies kann z.B. durch einen Aushang am schwarzen Brett erfolgen oder durch eine Information im Intranet. Die Option, die Daten bei der Personalabteilung zu erhalten, reicht nach Sicht des BAG nicht.

Das LAG muss des Weiteren prüfen, ob der Versicherungsvertrag überhaupt die Voraussetzungen für die Wahl der versicherungsförmigen Lösung erfüllt (sog. soziale Auflagen). So müssen unter anderem sämtliche Überschussanteile nach dem Versicherungsvertrag vom Beginn der Versicherung an ausschließlich zur Verbesserung der Versicherungsleistung verwendet werden. D.h. sie müssen vollständig zugunsten des Arbeitnehmers verwendet werden. Werden Überschussanteile, selbst nur in geringem Umfang, anders verwendet, z.B. zur Beitragssenkung durch Überschussverrechnung, scheidet die Wahl der versicherungsförmigen Lösung aus. Auch bei Kollektivverträgen, bei denen das Lebensversicherungsunternehmen mit technischen Durchschnittsprämien kalkuliert, ist die versicherungsförmige Lösung möglich. Es fehlt hier schließlich an individualisierbaren Überschussanteilen, die dem einzelnen Arbeitnehmer zugerechnet werden können.

Im vorliegenden Fall spricht der Kollektivversicherungsvertrag in Abschnitt 4 von der Verrechnung von Überschussanteilen mit Beiträgen, was der versicherungsförmigen Lösung entgegenstehen würde.

Das LAG wird den Fall somit erneut behandeln müssen und die offenen Punkte klären.

#### Schlussbemerkung

Selbst wenn der Fall hinsichtlich des Ausgangs noch offen ist, sind die Aussagen des BAG von großer Relevanz und führen zu einer Überprüfung und ggf. Änderung der bestehenden Praxis bei der versicherungsförmigen Lösung. Dies gilt im Übrigen auch für beitragsorientierte Leistungszusagen und Zusagen aus Entgeltumwandlung. Denn die bislang häufig praktizierte Verfahrensweise, dass bereits (und nur) in der Versorgungsordnung die Wahl der versicherungsförmigen Lösung festgelegt wird, reicht nun nicht mehr aus. Weiter ist auch der Verweis des Arbeitnehmers auf die Personalabteilung, um die nötigen Daten der Versicherung zu erhalten, nicht mehr ausreichend. Die neuen Erfordernisse des BAG in Bezug auf die versicherungsförmige Lösung erscheinen unnötig. Offensichtlich kann dem Arbeitnehmer nach Sicht des BAG weder ein Kontaktieren der Personalabteilung, um die relevanten Daten zur Versicherung zu erfahren, zugemutet werden noch ein Blick in die Versorgungsordnung, um sich über die Verfahrensweise bei vorzeitigem Ausscheiden zu informieren.

(Dr. Claudia Veh)



### Betriebsrente – Gleichbehandlung und Günstigkeitsprinzip – BAG-Urteil vom 19.07.2016 (3 AZR 134/15)

Im Urteil vom 19.07.2015 hatte sich das Bundesarbeitsgericht (BAG) mit der Frage auseinandergesetzt, ob eine einzelvertragliche Versorgungszusage eine kollektivrechtliche Versorgungszusage ersetzen kann.

#### Der Fall

In einem Unternehmen wurde mit einem Arbeitnehmer, der seit 1986 in dem Unternehmen tätig war, im Jahr 1987 eine einzelvertragliche Regelung getroffen, wonach die Firma ihm einen monatlichen Beitragszuschuss zur Altersversorgung in ein bestimmtes Versorgungswerk gewährt und er dadurch von der betrieblichen Altersversorgung (bAV) der Firma ausgenommen ist. Das Versorgungswerk wurde ausgewählt, weil der Arbeitnehmer dort bereits Anwartschaften in der Vergangenheit erworben hatte.

Im Wege einer Betriebsvereinbarung wurde Ende 1988 in dem Unternehmen eine neue Versorgungsordnung eingerichtet, nachdem das alte Versorgungswerk bereits für Neueintritte in das Unternehmen nach dem 31.03.1984 geschlossen worden war. Diese neue Versorgungsordnung wurde im Zeitablauf mehrmals angepasst. Die

Anpassung vom Dezember 2007 beinhaltete unter anderem eine Klausel, wonach Mitarbeiter, die eine individuelle Zusage erhalten haben, von dieser Versorgungsordnung nicht erfasst werden.

Der Arbeitnehmer klagte schließlich im Wege einer Feststellungsklage darauf, in den Geltungsbereich der Versorgungsordnung in der Fassung vom Dezember 2007 zu fallen. Er ist der Meinung, er habe nicht auf seine in der Betriebsvereinbarung geregelten Anwartschaften verzichten können. Die Firma jedoch war der Meinung, die strittige Regelung der Betriebsvereinbarung wäre möglich und schließt den Kläger also aus der Versorgung aus, da er eine einzelvertragliche Zusage erhalten hatte. Das Günstigkeitsprinzip stehe einer solchen individuellen Vereinbarung nicht entgegen.

Grundsätzlich gilt bei Zusammentreffen unterschiedlicher Rechtsquellen, wie z.B. einer Betriebsvereinbarung (Kollektivnorm) und einer Einzelzusage (Individualnorm), das Günstigkeitsprinzip, wonach die für den Arbeitnehmer günstigere Regelung zur Geltung kommt. Allerdings muss eine entsprechende Anrechnungsklausel

beinhaltet sein. Fehlt diese, sind grundsätzlich beide Leistungen additiv zu gewähren.

### Die Entscheidung

Das BAG hat entschieden, dass Arbeitnehmer, denen bereits einzelvertraglich eine bAV zugesagt wurde, nur dann vollständig von einem auf einer Betriebsvereinbarung beruhenden kollektiven Versorgungssystem des Arbeitgebers ausgenommen werden dürfen, wenn die Betriebsparteien im Rahmen des ihnen zustehenden Beurteilungsspielraums davon ausgehen können, dass diese Arbeitnehmer im Versorgungsfall typischerweise

eine zumindest annähernd gleichwertige Versorgung erhalten. Inwieweit die Einzelzusage des Klägers zumindest annähernd gleichwertig mit der Betriebsvereinbarung ist, muss nun für den vorliegenden Fall die Vorinstanz klären.

Für die Praxis ist damit klar, dass man einzelne Arbeitnehmer nicht durch eine inhaltlich ungünstigere individuelle Versorgungszusage vom Geltungsbereich einer kollektivrechtlichen Versorgungsordnung ausschließen kann.

(Dr. Claudia Veh)



## Entgeltumwandlung bei beherrschendem GGF unter Missachtung der Erdienbarkeitsfrist keine vGA – Urteil des FG Thüringen vom 25.06.2015 (1 K 136/15)

Im Urteil vom 25.06.2015 hatte sich das Finanzgericht (FG) Thüringen mit der Entgeltumwandlung eines beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführers (GGF) auseinanderzusetzen. Der Betriebsprüfer hatte hierin aufgrund eines Verstoßes gegen die Erdienbarkeitsfristen eine verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) gesehen. Die Firma klagte vor dem FG.

### Der Fall

In einem Unternehmen bestand für den beherrschenden GGF, der seit Juli 1992 in der Firma tätig war, seit Oktober 1994 eine arbeitgeberfinanzierte Pensionszusage, die zunächst gehaltsabhängig und später als Festbetragszusage ausgestaltet war. Im Jahr 2010 wurde der erdiente Teil der Zusage wertgleich in eine Kapitalzusage umgewandelt. Für den noch nicht erdienten Teil sollte der Durchführungsweg zu einer rückgedeckten Unterstützungskasse gewechselt werden.

Im Jahr 2010 wurde eine weitere Unterstützungskassenversorgung eingerichtet, die der GGF über Gehaltsumwandlung finanzierte. Der umgewandelte Betrag belief sich auf 2.070 EUR monatlich. Bei einer Betriebsprüfung für die Jahre 2010 bis 2012 reduzierte der Prüfer die bislang bilanzierten Pensionsrückstellungen auf die Werte, die sich aus den erdienten Anwartschaften ergaben. Dies ist unstrittig, denn für den sog. Future Service war der Durchführungsweg ja zur steuerbilanziell nicht rückstellungsfähigen rückgedeckten Unterstützungskasse gewechselt worden.

Allerdings war der Prüfer auch der Meinung, die zusätzliche betriebliche Altersversorgung im Wege der Entgeltumwandlung stelle eine vGA dar. Die hierfür geleisteten Zahlungen seien nicht betrieblich veranlasst. Als Grund führte er an, dass der GGF zum Zusagezeitpunkt bereits 58 Jahre alt war und das Pensionsalter bei Alter 66 lag. Damit lagen zwischen Zusagedatum und Pensionsalter weniger als 10 Jahre. Es lag folglich ein Verstoß gegen das Kriterium der Erdienbarkeit vor, das die Finanzverwaltung und Rechtsprechung bei einem beherrschenden GGF grundsätzlich nur gewährt sieht, wenn zwischen Zusagezeitpunkt

bzw. Zeitpunkt einer Zusageerhöhung und frühestmöglichem Eintritt in den Altersruhestand mindestens 10 Jahre liegen. Die Zuwendungen an die Unterstützungskasse wurden folglich dem Gewinn der Firma außerbilanziell wieder zugeordnet.

Die Firma konnte sich der Auffassung des Prüfers nicht anschließen. Voraussetzung für das Vorliegen einer vGA ist eine Vermögensminderung bzw. verhinderte Vermögensmehrung bei der Kapitalgesellschaft, die durch das Geschäftsverhältnis veranlasst ist (vgl. R 8.5 Abs. 1 KStR). Eine Vermögensminderung liegt aber gerade nicht vor. Das Unternehmen hat lediglich, anstelle den Entgeltbetrag auf das Konto des GGF zu überweisen, diesen an die Unterstützungskasse abgeführt. Sie spart sich auf der einen Seite den Gehaltsaufwand, den sie auf der anderen Seite der Unterstützungskasse zuwendet. Der Vorgang ist also wirtschaftlich betrachtet für das Unternehmen neutral. Die Grundsätze zur Erdienbarkeit können hier nicht greifen.

Der Prüfer allerdings wollte dieser Argumentation nicht folgen. Er bezog sich auf das BMF-Schreiben vom 09.12.2002 (IV A 2 – S 2742 – 68/02), in dem die Erdienbarkeitsfristen bestätigt wurden, und auf die Verfügung der OFD Niedersachsen vom 15.08.2014 (S 2742-259-St 241), nach der die Grundsätze zur Erdienbarkeit auch bei Entgeltumwandlung zu beachten sind.

### Die Entscheidung

Das FG Thüringen gab der Firma Recht. Es kam ebenfalls zu dem Ergebnis, dass die Entgeltumwandlung nicht zu einer Vermögensminderung (oder verhinderten Vermögensmehrung) führt. Denn die Entgeltumwandlung finanziert der GGF aus seinen eigenen vertraglich bestehenden Gehaltsansprüchen. Zwar ist bei der Prüfung, ob eine vGA vorliegt, nicht eine handelsbilanzielle, sondern eine geschäftsvorfallbezogene Betrachtungsweise zugrunde zu legen; doch eine Vermögensminderung liegt dann nicht vor, wenn ein Vorteilsausgleich vorliegt, der das nachteilige Geschäft ausgleicht. Rechtsgeschäfte, bei denen

sich Gesellschafter und Gesellschaft Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen einräumen, die sich sowohl ergebniserhöhend als auch ergebnismindernd auswirken, sind nur in Höhe des verbleibenden Saldos als vGA zu berücksichtigen. Zwar führt die Zuwendung an die Unterstützungskasse bei der Firma zu einem Zahlungsabfluss, allerdings wurde die Firma um den gleichen Betrag entlastet, weil sie in dieser Höhe keinen Gehaltsaufwand hatte. Verpflichtung und Entlastung stehen in diesem Fall also in einem untrennbaren rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang und gleichen sich aus.

Auch lag aus anderen Gründen keine vGA vor, etwa weil die Gestaltung einem Fremdvergleich

nicht standhält. Das monatliche Grundgehalt war seit 1995 fast 15 Jahre unverändert geblieben und erst zum 01.01.2010 moderat angehoben worden. Der GGF hatte 9 Monate später nicht nur den Erhöhungsbetrag, sondern auch noch 1.433 EUR aus dem bisherigen Gehaltsanspruch umgewandelt. Es lag also keine „verkappte“ arbeitgeberfinanzierte Versorgung vor.

Das Urteil ist zu begrüßen. Es bleibt zu hoffen, dass der BFH im Revisionsverfahren (I R 89/15) zur gleichen Einschätzung des Sachverhalts kommt.

(Dr. Claudia Veh)

### **EbAV-II Richtlinie – Ergebnis des Trilogs**

Im Quartalsletter II/2016 haben wir über den Richtlinienvorschlag der EU-Kommission informiert (sog. EBAV II- bzw. IORP-Richtlinie). Die Trilog-Verhandlungen zwischen Europäischem Parlament, Europäischem Rat und der Europäischen Kommission sind nun abgeschlossen.

In den Herbstmonaten muss nun noch das Plenum des Europäischen Parlaments zustimmen. Wenn dann auch der Ecofin-Rat der Wirtschafts- und Finanzminister zustimmt, bleiben jedem Mitgliedstaat zwei Jahre Zeit, die neue Richtlinie in nationales Recht umzusetzen.

Eine wichtige Information ist, dass die Solvency-II-Vorgaben für Pensionskassen und Pensionsfonds (sog. EBAV) nicht anzuwenden sind. Mehrbelastungen sind jedoch bei Bestandsübertragungen zu erwarten. Vereinbart wurde die Zuständigkeit der europäischen Aufsichtsbehörde EIOPA bei

grenzüberschreitenden Bestandsübertragungen und die Regel, dass grundsätzlich die Aufsichtsbehörden des Aufnahmelandes zuständig sind. Gerade bei firmeninternen Pensionsfonds und -kassen wird die Vorgabe, dass Schlüsselfunktionen in der EBAV und im Trägerunternehmen grundsätzlich nicht von denselben Personen ausgeübt werden dürfen, für Handlungsbedarf sorgen.

Insgesamt werden zwar der Standard für Governance- und Risikomanagementanforderungen erhöht und die Informationspflichten ausgedehnt, aber es gibt keine neuen Eigenmittelanforderungen.

Die von der Kommission im Jahr 2014 vorgeschlagenen delegierten Rechtsakte wurden nicht umgesetzt.

(Dr. Claudia Veh)

### **IDW-Entwurf zur handelsrechtlichen Bilanzierung von Altersversorgungsverpflichtungen (IDW ERS HFA 30 n.F.)**

Der Hauptfachausschuss des Instituts der Wirtschaftsprüfer (IDW) hat im September einen Entwurf für eine Neufassung der IDW-Stellungnahme zur handelsrechtlichen Bilanzierung von Altersversorgungsverpflichtungen (IDW RS HFA 30) vorgelegt. Sie soll bei der Aufstellung von Jahresabschlüssen für Zeiträume, die nach dem 31.12.2015 beginnen, verpflichtend anzuwenden sein.

Der Entwurf setzt die Änderungen des § 253 Abs. 6 HGB bzgl. der Abzinsung von Altersversorgungsverpflichtungen durch das Gesetz zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie um (10-jähriger statt bisher 7-jähriger Durchschnittszins). Der Unterschiedsbetrag, der sich zwischen dem Wertansatz der Rückstellungen nach den beiden Bewertungskonzepten ergibt, ist

in jedem Geschäftsjahr im Anhang oder unter der Bilanz anzugeben. In dieser Höhe besteht eine Ausschüttungssperre.

Weiter berücksichtigt der Entwurf die seit der Verabschiedung des IDW RS HFA 30 ergangene BFH-Rechtsprechung zur Bilanzierung entgeltlich übernommener ungewisser Verpflichtungen. Hierbei wurden die Definition von Altersversorgungsverpflichtungen und die Regelungen zu den Auswirkungen einer Schuldübernahme sowie einer Erfüllungsübernahme mit oder ohne Schuldbeitritt aktualisiert.

Das IDW plant, die finale Verlautbarung noch in 2016 zu verabschieden.

(Dr. Claudia Veh)



## Vorankündigung: bAV-Infos zu Praxisstudie bzgl. Entwicklung von Pensionsrückstellungen bei DAX30-Unternehmen

Die Bedeutung der betrieblichen Altersversorgung (bAV) in Deutschland wächst kontinuierlich: das Niveau der gesetzlichen Rentenversicherung sinkt, die Anzahl der Unternehmensinsolvenzen ist seit 2010 weiterhin rückläufig, die Arbeitslosenquote befindet sich auf dem bisherigen Tiefstand seit der Wiedervereinigung. Demnach haben Unternehmen generell ein großes Interesse, Fachkräfte für ihr Unternehmen zu gewinnen und langfristig zu binden. Prinzipiell ideale Bedingungen für die Einrichtung oder den Ausbau einer bAV.

Wie bereits mehrfach berichtet, verhält sich konträr das den vorangegangenen Krisen geschuldete weiterhin sinkende Zinsniveau mit den hieraus resultierenden Folgen steigender Pensionsrückstellungen. Dies ist besonders vor dem Hintergrund erschwerter Fremdkapitalbeschaffung aufgrund von Basel III kritisch zu bewerten. Durch die Anpassung des Diskontierungszinses für die handelsbilanzielle Bewertung reagierte der Gesetzgeber für die nationale Bewertung bereits auf dieses Problem.

Wie sich das Zinsniveau aber tatsächlich auf die Bilanzsituation der Unternehmen im Hinblick auf

die eingegangenen Pensionsverpflichtungen ausgewirkt hat, wird in den in den nächsten Wochen veröffentlichten bAV-Infos im Rahmen einer Praxisstudie am Beispiel der umsatzstärksten Konzerne in Deutschland analysiert: Am Beispiel der im DAX30 gelisteten Unternehmen.

Die Entwicklung der Rückstellungshöhe, die vorgenommenen Dotierungen des Deckungs-/Planvermögens und der Einfluss auf die Ergebnissituation wird sowohl nach nationalen (HGB) als auch nach internationalen Rechnungslegungsstandards (IFRS) über einen Zeitraum von 2010 bis 2015 genauer betrachtet. Die Auswirkungen auf die jeweiligen Unternehmen bzw. auf Branchenebene werden unter anderem anhand relevanter Bilanzkennzahlen untersucht.

Ein kleiner Ausblick: Bilanziert wurden im Bilanzjahr 2015 handelsbilanziell für die deutschen Gesellschaften Pensionsrückstellungen in Höhe von 48,12 Mrd. Euro (bei einer Gesamtbilanzsumme von 2.956 Mrd. Euro), für den Konzernabschluss nach IFRS 130 Mrd. Euro (bei einer Gesamtbilanzsumme von 5.246 Mrd. Euro). (Stefanie Sawusch)

### IMPRESSUM

Herausgeber:

SLPM  
 Schweizer Leben PensionsManagement GmbH  
 Zeppelinstraße 1  
 85748 Garching b. München  
 Telefon +49 89 38109-2000  
 Fax +49 89 38109-4696  
 E-Mail kontakt@slpm.de  
 www.slpm.de

Die SLPM Schweizer Leben PensionsManagement GmbH mit Sitz in Garching ist ein Tochterunternehmen von Swiss Life in Deutschland. SLPM stellt alle für die betriebliche Altersversorgung (bAV) notwendigen Service- und Beratungsdienstleistungen zur Verfügung. Große internationale Konzerne sowie ca. 14.000 kleinere und mittlere Unternehmen greifen auf das Know-how und die Erfahrung von SLPM zurück.