

## Quartalsletter 02/2018

### Der Quartalsletter 02/2018 informiert Sie über folgende Themen:

---

- Diskriminierung durch Altersgrenzen in betrieblichen Versorgungssystemen
  - Kündigung einer Direktversicherung wegen finanziellem Engpass des Arbeitnehmers nicht zulässig
  - Kein Erdienbarkeitserfordernis bei Entgeltumwandlung eines Gesellschafter-Geschäftsführers und Wechsel des Durchführungswegs
  - BRSg sensibilisiert Unternehmen für das Thema Versorgungsordnung
  - Das BRSg und die „vergessenen“ Durchführungswege
- 

#### Diskriminierung durch Altersgrenzen in betrieblichen Versorgungssystemen

Das Bundesarbeitsgericht hatte sich am 26.09.2017 (3 AZR 72/16) mit der Frage zu befassen, ob eine Altersgrenze bei der Berücksichtigung von Dienstjahren zur Ermittlung von Leistungen aus betrieblichen Versorgungssystemen eine Diskriminierung wegen des Alters und/oder eine mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts nach sich zieht.

#### Der Fall

Eine ehemalige Verwaltungssekretärin im Beamtenstand hatte gegen die Nichtberücksichtigung ihrer Dienstjahre vor dem 17. Lebensjahr bei der Berechnung ihres Ruhegehalts geklagt. Die Klägerin trat 1971 im Alter von 15 Jahren als Verwaltungslehrling in die Dienste der Beklagten ein und wurde 1974 nach Abschluss der Ausbildung in ein Anstellungsverhältnis übernommen. Bei Versetzung in den Ruhestand 2013 wurden bei der Berechnung des Ruhegehalts gem. Landesbeamtenversorgungsgesetz vom 16.05.2013 (LBeamVG NRW 2013) Dienstjahre erst ab Vollendung des 17. Lebensjahres berücksichtigt.

Nach Auffassung der Klägerin verstößt diese Regelung gegen das unionsrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen des Alters und bewirkt zudem eine mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts, da die Folgen dieser Regelung für Frauen einen wesentlich höheren Nachteil nach sich ziehen als für Männer. Die Klage wurde zunächst vom Arbeitsgericht zurückgewiesen. Im Berufungsverfahren gab das Landesarbeitsgericht der Klage statt. Im Revisionsverfahren erstrebt die Beklagte die Aufhebung des Urteils.

#### Das Urteil

Das BAG sah die Revision als begründet an, gab der Klägerin jedoch nicht Recht. Der Ausschluss von Beschäftigungszeiten vor Erreichen einer bestimmten Altersgrenze verstoße weder gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) noch gegen die im Unionsrecht und im nationalen Verfassungsrecht geltenden Verbote der Diskriminierung wegen des Alters oder des Geschlechts.

Das Versorgungsverhältnis der Parteien ist durch Dienstordnung geregelt. Die Dienstordnung stellt ein autonomes Satzungsrecht dar und ist als unter dem formellen Gesetz stehendes Recht am AGG zu messen. Das durch die Dienstordnung in Bezug genommene LBeamVG NRW 2013 ist lediglich inkorporiertes Satzungsrecht und hat somit keine formelle Gesetzesqualität. Der Anrechnungsausschluss ist wirksam, da dieser keine unzulässige Benachteiligung wegen des Alters oder des Geschlechts gem. § 1 AGG bewirkt.

Selbst wenn man annähme, die Klägerin würde durch die Regelung wegen ihres Alters unmittelbar benachteiligt, wäre dies gem. § 10 Satz 1 AGG zulässig. Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters ist zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Ein solches legitimes Ziel sieht der Gesetzgeber u.a. in der Festsetzung von Altersgrenzen bei den betrieblichen Versorgungssystemen der sozialen Sicherheit. Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt, berufliche Bildung sowie Arbeits- und Sozialpolitik sollen einen Ausgleich zwischen verschiedenen beteiligten Interessen schaffen und der Verbreitung der

betrieblichen Altersversorgung (bAV) dienen und sind daher grundsätzlich als legitim im Sinne von § 10 Satz 1 AGG anzusehen. Das mit der Regelung verfolgte Ziel muss dabei nicht ausdrücklich benannt werden. Die Altersgrenze muss jedoch gem. BAG-Urteil vom 04.08.2015 (3 AZR 137/13) angemessen und erforderlich sein. Im vorliegenden Fall sieht das BAG in der Altersgrenze das verfolgte legitime Ziel der Risikobegrenzung; für die notwendige Begrenzung der Versorgungslast und deren Kalkulierbarkeit ist die Altersbegrenzung als erforderlich anzusehen. Die Altersgrenze belastet nach Ansicht des BAG die Klägerin – gemessen an der ihr zum Erreichen der Regelaltersgrenze verbleibenden Zeit zum Aufbau einer Altersversorgung von mindestens 48 Jahren – nur unwesentlich und ist somit angemessen.

Eine mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts nach § 3 Abs. 2 AGG liegt nach Auffassung des BAG ebenfalls nicht vor, da keine dem Anschein nach neutralen Kriterien oder Vorschriften vorhanden sind, die eine Person gegenüber einer anderen in besonderer Weise benachteiligen könnten. Da die Versorgungsregelungen nicht an das Geschlecht anknüpfen, scheidet auch eine unmittelbare Diskriminierung aus.

### **Fazit**

Die Vereinbarung von Altersgrenzen in betrieblichen Versorgungssystemen stellt keine Diskriminierung wegen des Alters dar. Dennoch dürfen Altersgrenzen nicht willkürlich sein, um eine Diskriminierung auszuschließen. Ein grundsätzliches Verbot von Altersgrenzen würde einen erheblichen Einschnitt bei der Gestaltung betrieblicher Altersversorgung darstellen und könnte in Folge dem Ziel der Verbreitung der bAV entgegenwirken. Vor diesem Hintergrund ist das Urteil des BAG zu begrüßen. (Mit freundlicher Unterstützung SLPM Dimitri Kitzmann)

### **Kündigung einer Direktversicherung wegen finanziellem Engpass des Arbeitnehmers nicht zulässig**

Mit Urteil vom 26.04.2018 (3 AZR 586/16) hatte sich das BAG mit einer wichtigen Praxisfrage befasst: kann ein Arbeitnehmer, der in Geldnot gerät, den Arbeitgeber dazu zwingen, seine Direktversicherung zu kündigen? Das BAG sagt „Nein!“ und stärkt damit die Betriebsrente.

### **Der Fall**

Der Kläger schloss mit der beklagten Arbeitgeberin im Jahr 2001 eine Entgeltumwandlungsvereinbarung. Danach war die Arbeitgeberin verpflichtet, jährlich ca. 1.000,00 Euro in eine zugunsten des Klägers bestehende Direktversicherung, deren Versicherungsnehmerin sie ist, einzuzahlen. Die Versicherung, die von der Arbeitgeberin durch weitere Beiträge gefördert wird, ruht seit 2009. Der Kläger kam im Jahr 2013 in einen finanziellen Engpass und verlangte daher von der Beklagten die Kündigung des Versicherungsvertrages, weil er sich in einer finanziellen Notlage befand. Der Kläger meinte, die beklagte Arbeitgeberin sei nach § 241 Abs. 2 BGB (Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme) verpflichtet, die Versicherung zu kündigen. Er sei auf die Auszahlung des Vertragswerts angewiesen, um die Kündigung seiner Baufinanzierung verhindern zu können. Die Beklagte hat die Kündigung verweigert. Sie sei nach dem Betriebsrentengesetz (BetrAVG) an der Zustimmung zur Kündigung gehindert.

### **Die Entscheidung**

Der Dritte Senat hat – wie auch die Vorinstanzen – die Klage abgewiesen. Der Kläger hat kein schutzwürdiges Interesse an der begehrten Kündigung. Die im Betriebsrentengesetz geregelte Entgeltumwandlung dient dazu, den Lebensstandard des Arbeitnehmers im Alter zumindest teilweise abzusichern. Mit dieser Zwecksetzung wäre es nicht vereinbar, wenn der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber verlangen könnte, die Direktversicherung lediglich deshalb zu kündigen, um dem versicherten Arbeitnehmer die Möglichkeit zu verschaffen, das für den Versorgungsfall bereits angesparte Kapital für den Ausgleich von Schulden zu verwenden. (Mit freundlicher Unterstützung SLPM Maria Hiemer)

### **Kein Erdienbarkeitserfordernis bei Entgeltumwandlung eines Gesellschafter-Geschäftsführers und Wechsel des Durchführungswegs**

Im Quartalsletter 01/2017 haben wir Sie über das Urteil des Finanzgerichts Thüringen (FG) vom 25.06.2015 (1 K 136/15) informiert, in dem das FG die betriebliche Veranlassung einer Entgeltumwandlung eines Gesellschafter-Geschäftsführers (GGF) im Durchführungsweg

Unterstützungskasse trotz Verstoß gegen die Erdienbarkeitsfrist von 10 Jahren bejaht hat. Die Finanzverwaltung beschritt daraufhin den Weg zum Bundesfinanzhof (BFH), dessen Entscheidung nun vorliegt.

### **Der Fall**

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

Im August 2010 wurde eine weitere Unterstützungskassenversorgung eingerichtet, die der GGF über Gehaltsumwandlung finanzierte.

Bei einer Betriebsprüfung war der Prüfer der Meinung, die zusätzliche betriebliche Altersversorgung im Wege der Entgeltumwandlung stelle aufgrund eines Verstoßes gegen die 10-jährige Erdienbarkeitsfrist eine verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) dar. Die Firma klagte und bekam vor dem FG Thüringen (1 K 136/15) Recht. Der BFH bestätigt nun die Sicht des FG.

### **Die Entscheidung**

Der BFH bestätigt zunächst die Grundsätze der Erdienbarkeit: Bei einem beherrschenden GGF muss zwischen der Erteilung der Pensionszusage und dem vorgesehenen Eintritt in den Ruhestand ein Zeitraum von mindestens zehn Jahren liegen. Dies gilt grundsätzlich auch bei mittelbaren Versorgungszusagen. Allerdings kann diese Frist nicht im Sinne einer allgemein gültigen zwingenden Voraussetzung verstanden werden. Wenn aufgrund der Gegebenheiten des Einzelfalls anderweitig sichergestellt ist, dass mit der Zusage die künftige Arbeitsleistung des Geschäftsführers abgegolten werden soll, ist eine erdienbare Zusage auch dann anzunehmen, wenn die Erdienbarkeitsfrist nicht eingehalten werden kann. Damit stellt die fehlende Erdienbarkeit ein gewichtiges – aber dennoch widerlegbares – Indiz für die (Mit-)Veranlassung des Versorgungsversprechens durch das Gesellschaftsverhältnis dar.

Die Finanzverwaltung vertritt die Meinung, dass die Erdienbarkeitsgrundsätze auch bei einer Pensionszusage gelten, die über Barlohnsumwandlung finanziert wird (vgl. Verfügung der OFD Niedersachsen vom 15.08.2014 – S 2742-259-St 241). Der BFH sieht dies im Grundsatz anders. So ist nach Wertung des BFH die Indizwirkung der fehlenden Erdienbarkeit für die außerbetriebliche Veranlassung eine Versorgungszusage regelmäßig entkräftet, wenn bestehende Gehaltsansprüche des beherrschenden GGF zugunsten seiner Altersversorgung umgewandelt werden. Allerdings muss die Entgeltumwandlungsvereinbarung als solche den Anforderungen des sog. formellen Fremdvergleichs genügen.

Das Kriterium der Erdienbarkeit basiert letztlich auf der Vorstellung, dass es sich bei der betrieblichen Altersversorgung um eine freiwillige Leistung des Arbeitgebers in Anerkennung längerer Betriebszugehörigkeit und in Erwartung weiterer Betriebstreue handelt. Ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter würde demnach einem Angestellten nur dann eine Versorgungszusage erteilen, wenn dieser noch mindestens 10 Jahre im Unternehmen tätig sein wird. Diese Überlegungen können auf eine Altersversorgung, die durch Entgeltumwandlung finanziert wird, nicht zutreffen. Der Angestellte verfügt über sein eigenes (künftiges) Vermögen, indem er Aktivbezüge zugunsten künftiger Altersversorgung investiert. Demzufolge besteht regelmäßig auch keine Veranlassung, die Entgeltumwandlung am Maßstab der Erdienbarkeit darauf hin zu überprüfen, ob zwischen der Leistung des Arbeitgebers (risikobehaftete, wirtschaftlich sehr belastende Versorgungszusage) und der Gegenleistung des Arbeitnehmers ein Missverhältnis besteht. Dies gilt – so der BFH – für jede Form der durch Entgeltumwandlung finanzierten Altersversorgung.

Mit entscheidend für die Urteilsfindung im vorliegenden Fall war, dass es im Zusammenhang mit der Versorgungszusage nicht zu „unüblichen Gehaltsveränderungen“ gekommen war und das verbleibende Gehalt zur Deckung des laufenden Lebensunterhalts ausreichend war.

Hieraus ergibt sich, dass durchaus auch durch Entgeltumwandlung finanzierte Versorgungszusagen durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst sein können. Vorliegend musste sich der Senat jedoch nicht dazu äußern, wie z.B. sprunghafte Gehaltsanhebungen im Vorfeld der Entgeltumwandlung, die Umwandlung des kompletten Gehalts mit der Folge einer „Nur-Pension“ oder mit Risiko- und Kostensteigerungen für das Unternehmen verbundene Versorgungszusagen vor dem Hintergrund des Fremdvergleichs zu beurteilen sind.

Die vGA ist im vorliegenden Fall nicht nur im Hinblick auf die vereinbarte Entgeltumwandlung ausgeschlossen, sondern auch in Bezug auf die Zuwendungen an die Unterstützungskasse. Die Unterstützungskassenversorgung wurde im Zuge der Änderung des Durchführungswegs für den Future Service der ursprünglichen Pensionszusage eingerichtet. Zwar war im Urteil vom 20.07.2016 (I

R 33/15) in einem anderen Fall dieser Sachverhalt als Neuzusage qualifiziert worden, doch hier war mit dem Wechsel des Durchführungswegs auch eine Zusageerhöhung verbunden gewesen. Die Folge war, dass nicht nur das steuerrechtlich maßgebliche Rechtsregime für die Zusage gewechselt, sondern zugleich ein Lebenssachverhalt verwirklicht wurde, der nach den allgemeinen Grundsätzen eine Erdienbarkeitsprüfung auslöst. Eine Prüfung der Erdienbarkeit der Versorgungszusage ist jedoch dann nicht angezeigt, wenn eine bereits bestehende Zusage ohne finanzielle Mehrbelastung für das Unternehmen geändert wird.

Mit dem Wechsel des Durchführungswegs für den Future Service der Zusage im Juni 2010 war keine Zusageerhöhung und damit kein finanzieller Mehraufwand für das Unternehmen verbunden (wertgleiche Umstellung). Demnach ist auch nicht darauf einzugehen, ob eine vGA aufgrund der Saldierung der Beitragszahlungen an die Unterstützungskasse mit den Gehaltsminderungen ausgeschlossen werden kann.

### **Wertung**

Das Urteil des BFH ist sehr zu begrüßen. Für die betriebliche Veranlassung einer Entgeltumwandlung ist grundsätzlich nicht das Einhalten der Erdienbarkeitsfrist erforderlich. Ebenso ist beim alleinigen Wechsel des Durchführungswegs für den Future Service einer Pensionszusage zu einer wertgleichen Unterstützungskassenversorgung nicht auf das Einhalten der Erdienbarkeitsgrundsätze zu achten. (Mit freundlicher Unterstützung SLPM Dr. Claudia Veh)

### **BRSG sensibilisiert Unternehmen für das Thema Versorgungsordnung**

Durch das Gesetz zur Umsetzung der EU-Mobilitätsrichtlinie und das Betriebsrentenstärkungsgesetz (BRSG) kam es zu umfassenden Änderungen in der betrieblichen Altersversorgung (bAV). Genannt seien das Benachteiligungsverbot für mit gesetzlich unverfallbarer Anwartschaft ausgeschiedene Arbeitnehmer (§ 2a Abs. 2 BetrAVG), der verpflichtende Zuschuss in Höhe von 15% zur Entgeltumwandlung in den Durchführungswegen Direktversicherung, Pensionskasse und Pensionsfonds ab 01.01.2019 bzw. 01.01.2022 (§ 1a Abs. 1a BetrAVG, § 26a BetrAVG), die Ausweitung des steuerfreien Dotierungsvolumens des § 3 Nr. 63 EStG und die neue Förderung des § 100 EStG, um nur einige Änderungen zu nennen.

Diese Neuerungen machen eine Überprüfung und ggf. Anpassung bestehender Versorgungsordnungen fast unumgänglich. Daneben gibt es viele Unternehmen, bei denen bislang nur vereinzelt Arbeitnehmer Entgelt in eine Anwartschaft auf bAV umgewandelt haben, ohne dass es ein einheitliches Regelwerk in Form einer Versorgungsordnung gab. In diesen Unternehmen ist spätestens jetzt die Einführung einer Versorgungsordnung dringend geboten. Zum einen ist davon auszugehen, dass die Nachfrage nach Entgeltumwandlung seitens der Arbeitnehmer steigt, was eine einheitliche Regelung und entsprechende Dokumentation des Vorgehens mehr als sinnvoll erscheint lässt. Zum anderen sollte das Unternehmen auch aus eigenem Interesse eine Versorgungsordnung haben, in der alle Parameter betreffend die bAV einheitlich für alle Arbeitnehmer geregelt sind. Dann müssen nicht mit jedem einzelnen Arbeitnehmer Regelungen zur bAV vereinbart werden, künftigen Diskussionen über nicht klar geregelte Punkte kann vorgebeugt werden und auch der Gleichbehandlung der Arbeitnehmer kann mit einem einheitlichen Regelwerk praktikabel Rechnung getragen werden. In der Versorgungsordnung kann z.B. auch ein einheitliches Vorgehen für vom Vorarbeitgeber mitgebrachte Direktversicherungen dokumentiert werden. Schließlich hat der Arbeitgeber in der Regel Interesse an einer möglichst schlanken und einheitlichen bAV-Landschaft in seinem Unternehmen.

Der verpflichtende Arbeitgeberzuschuss zur Entgeltumwandlung gilt – wie bereits erwähnt - für ab 2019 neu abgeschlossene Entgeltumwandlungsvereinbarungen, für vor diesem Datum abgeschlossene Entgeltumwandlungsvereinbarungen erst ab dem 01.01.2022. Nun gibt es sehr viele Unternehmen, die bereits bisher einen Zuschuss zur Entgeltumwandlung leisten. All diese Unternehmen sollten nun ihre bestehenden Regelungen dahingehend überprüfen und klarstellen, wie mit dem aktuell bereits gewährten Zuschuss vor dem Hintergrund der künftigen gesetzlichen Verpflichtung umgegangen wird.

In der Praxis beobachten wir eine durch das BRSG deutlich gestiegene Nachfrage nach der Erstellung und Anpassung von Versorgungsordnungen – ein gutes Zeichen, zeigt es doch, dass das BRSG thematisch in den Unternehmen angekommen ist. (Mit freundlicher Unterstützung SLPM Dr. Claudia Veh)

### **Das BRSG und die „vergessenen“ Durchführungswege**



Insolvenzmasse fällt und sofern die Versorgungszusage auf die Leistungen der Rückdeckungsversicherung verweist. Aber diese Konstellation ist naturgemäß auf den Sonderfall Insolvenz des Arbeitgebers und Vorliegen einer beitragsorientierten Leistungszusage samt Sicherung der Rückdeckungsversicherung vor dem Zugriff des Insolvenzverwalters beschränkt. Der Arbeitnehmer kann damit an künftigen Überschüssen partizipieren und hat die Möglichkeit den Vertrag weiterzuführen, dafür ändert sich die Besteuerung der Leistungen von § 19 EStG nach § 22 Nr. 5 EStG, was aktuell noch einen gewissen Wertmuttertropfen darstellt. Diese Änderung wurde – soweit bekannt – durch Initiative des PSV ins Gesetzgebungsverfahren aufgenommen; der Treiber waren also anscheinend nicht die beteiligten Ministerien.

Damit wird offensichtlich, dass der Gesetzgeber (ausschließlich) auf die versicherungsförmigen Durchführungswege Direktversicherung, Pensionskasse und Pensionsfonds setzt, um sein Ziel, die bAV in die Breite zu bringen zu erreichen. Das ist bedauerlich. Gerade die rückgedeckte Unterstützungskasse hat sich bei vielen Unternehmen als Durchführungsweg für die gesamte Belegschaft, also auch für Personen, bei denen das Dotierungsvolumen des § 3 Nr. 63 EStG ausreichen würde, etabliert. Und es gibt auch nach wie vor viele Unternehmen, die trotz der Niedrigzinsphase und bilanzieller Auswirkungen in der Direktzusage den für sie optimalen Durchführungsweg sehen. Eine Förderung dieser Durchführungswege wäre sehr erfreulich gewesen. Handlungsbedarf gäbe es genug. Z. B. wurden die in § 3 Nr. 3 i.V.m. § 2 KStDV genannten Höchstgrenzen in Bezug auf die zugesagten Leistungen für die Körperschaftsteuer-freiheit einer Unterstützungskasse seit über 20 Jahren nicht mehr angepasst. Es gibt durchaus Unterstützungskassen bzw. Unternehmen, die hiermit ein Problem haben. Und die Portabilität nach § 4 Abs. 2 Nr. 2 BetrAVG ist für die Unterstützungskasse nach wie vor steuerlich nicht (zufriedenstellend) geregelt. Auch warum ein Arbeitnehmer, der Entgelt in eine wertgleiche Anwartschaft auf bAV in den Durchführungswegen rückgedeckte Unterstützungskasse oder rückgedeckte Direktzusage umwandelt, keinen gesetzlichen Anspruch auf Zuschuss durch den Arbeitgeber in Höhe von 15% erhalten soll, sofern der Arbeitgeber hierbei Sozialabgaben einspart, ist nur schwer verständlich. (Mit freundlicher Unterstützung SLPM Dr. Claudia Veh)