

## Betriebliche Altersvorsorge: Zillmerung bei Entgeltumwandlung unzulässig

### Milliardenhaftung für Arbeitgeber, Vermittler und Anbieter

#### Arbeitgeber wegen betrieblicher Altersvorsorge erfolgreich verklagt

Wenige Tage vor der mündlichen Verhandlung (Az. 3 AZR 376/07) vor dem Bundesarbeitsgericht (BAG) erkannte der verklagte Arbeitgeber offenbar die Aussichtslosigkeit seiner Revision: Das Urteil des Landesarbeitsgerichts (LAG) München vom 15.03.2007 (Az. 4 Sa 1152/06) wurde nun rechtskräftig, nachdem der Arbeitgeber seine Revision zurückgenommen hat.

Er ist verurteilt worden, seiner früheren Mitarbeiterin den Lohn auszuzahlen, der rund 3,5 Jahre lang in eine betriebliche Altersvorsorge (bAV) floss, welche jedoch auf einer unwirksamen Entgeltumwandlungsvereinbarung beruhte.

#### Haftung bei Entgeltumwandlung

Zur Haftung kam es, weil der Arbeitgeber seiner Mitarbeiterin eine Entgeltumwandlung geboten hatte, die nicht wie im Betriebsrentengesetz gefordert „wertgleich“ war. Etwa 90% der in die betriebliche Altersvorsorge umgewandelten bzw. einbezahlten Beiträge waren beim Ausscheiden der Mitarbeiterin „verschwunden“. Es handelte sich um die Kosten für Vermittlung (Provisionen) sowie Vertragseinrichtung und -verwaltung.

#### Sieben Rechtsgründe – einer allein genügt: Zillmerung führt zur Nichtigkeit der bAV

Vereinbarungen über Entgeltumwandlung, die gezillmerte Tarife vorsehen, sind schlicht und einfach unwirksam (vgl. hierzu auch Vorsitzender Richter am BAG Dr. *Reinecke* in: Der Betrieb, Heft 10 vom 10.03.2006, S. 555 ff., 562).

##### 1. Verstoß gegen das Wertgleichheitsgebot

Dem Arbeitgeber nutzt es nichts, wenn er (oder „sein Vermittler“) auf die fehlende Wertgleichheit hingewiesen hatte, denn gesetzliche Gebote – wie die Wertgleichheit in § 1 Abs. 2 Nr. 3 des Betriebsrentengesetzes (BetrAVG) – sind nicht abdingbar.

##### 2. Verletzung der arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht (§ 611 i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB)

Diese Pflichten verletzt der Arbeitgeber, wenn er die ihm anvertrauten Gelder seiner Mitarbeiter durch die Wahl eines gezillmerten Vertrags zunächst ausschließlich zur Verrechnung mit den Abschlusskosten des Versicherungsvertrags verwenden lässt.

Überdies kann sich hier auch die Frage nach strafrechtlicher Untreue stellen.

##### 3. Verstoß gegen das Transparenzgebot (§ 307 BGB)

Wie vom Bundesgerichtshof bereits entschieden, verstößt eine Klausel in Entgeltumwandlungsvereinbarungen mit Zulassung der Zillmerung gegen Treu und Glauben, und bedeutet eine unangemessene Benachteiligung, woraus die Unwirksamkeit folgt.

##### 4. Widerspruch zu den Vorschriften zur Portabilität (§ 4 BetrAVG)

Da der bei einem Arbeitgeberwechsel zu übertragende Wert der Anwartschaft im Falle einer Zillmerung – je nach Dauer der bisherigen Beitragszahlung – oftmals gegen Null tendiert oder im Extremfall sogar noch gar kein Rückkaufwert gebildet werden konnte, würde das mit den Übertragungsregelungen in § 4 BetrAVG verfolgte Ziel der Portabilität bei Zulässigkeit gezillmelter Tarife ins Leere laufen.

Dies berührt auch die Frage der freien Berufswahl, denn faktisch könnten sich Arbeitnehmer genötigt sehen, ihren Beruf bzw. den Arbeitgeber nicht zu wechseln, um den Schaden gering zu halten.

##### 5. Unvereinbarkeit mit Grundsätzen neuerer Rechtsprechung der Bundesgerichte

Gemäß Urteilen des Bundesgerichtshofes (z.B. Urteil vom 12.10.2005, IV ZR 162/03) besteht bei privaten Lebensversicherungen als absolute Untergrenze Anspruch auf „50 % des ungezillmerten Deckungskapitals“. Das Bundesverfassungsgericht (Entscheidung vom 15.02.2006, Az. 1 BvR 1317/96) fordert eine angemessene Kostenverteilung, weil (private) Lebensversicherungskunden die Chance für einen Vermögensaufbau nicht durch Zillmerung genommen werden darf.

Im Arbeitsrecht kommt hier noch die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers hinzu (s.o.).

##### 6. Einschränkung der gesetzlichen Flexibilität (§ 1a Abs. 1 Satz 5 BetrAVG)

Der Arbeitnehmer ist gesetzlich berechtigt, Jahr für Jahr neu festzulegen, ob und in welcher Höhe er sein Entgelt umwandelt. Mindestens muss es ein Betrag i.H.v. einem Hundertsechstel der Bezugsgröße nach § 18 Abs. 1 SGB IV sein (derzeit nur 189 Euro jährlich). Gezillmerte Tarife entziehen diese Flexibilität, da diese von einer konstanten Finanzierung über häufig mehrere Jahrzehnte ausgehen.

##### 7. Unvereinbarkeit mit der Zielsetzung des Gesetzgebers: Gestaltungsmissbrauch

Ziel des Gesetzgebers ist der Altersarmut entgegen zu wirken und Versorgungslücken zu schließen. Durch die Teilnahme an der Entgeltumwandlung soll dem Arbeitnehmer letztlich kein Risiko entstehen. Mit gezillmerten Verträgen ist für Arbeitnehmer jedoch bei Änderungen der Entgeltumwandlungsmodalitäten (Beitragsherabsetzung oder Beitragsfreistellung) stets ein Risiko bzw.

sicherer Verlust verbunden. Dass derartige Modelle dann aber trotzdem noch eine steuerliche Förderung erfahren sollen, ist mit den Zielsetzungen des Betriebsrentenrechts nicht vereinbar.

Die Zillmerung führt faktisch zu einer teilweisen Wiedereinführung der „Verfallbarkeit“ der bAV, obwohl der Gesetzgeber hier ausdrücklich die Unverfallbarkeit vorgesehen hat.

Das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung führte in einer Informationsbroschüre zur Entgeltumwandlung vom Mai 2002 u.a. aus: „Beiträge, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer durch Entgeltumwandlung in die betriebliche Altersvorsorge investieren, können nicht verfallen. Jeder Euro, der eingezahlt wird, verwandelt sich entweder in eine Anwartschaft, die auch bei Betriebswechsel erhalten bleibt, oder kann später durch Abfindung zurückgeholt werden ...“ Da es darin auch heißt: „Es fallen keine Abschlussprovisionen wie bei einer privaten Rentenversicherung und kein Ausgabeaufschlag wie beim Erwerb von Investmentanteilen eines Investmentfonds an.“, ist die Verhinderung der Bildung eines Vertragswerts in den ersten Beitragsjahren aufgrund von Zillmerung bei der arbeitnehmerfinanzierten betrieblichen Altersvorsorge ausgeschlossen.

#### Versicherungsgesellschaften wissen um ihre Haftung

In der Regel sind Anbieter solcher „gezillmelter Verträge“, bei welchen die Kosten der Verträge für die gesamte (denkbare) Laufzeit regelmäßig mit den ersten Sparraten der Gehaltsumwandlung verrechnet werden, Versicherungsgesellschaften. Überwiegend verkaufen Agenten oder angebliche Unternehmensberater solche Verträge gegen Provision - gelegentlich auch mit zusätzlichem Honorar.

#### Stolperstein: Fehlberatung und Verkaufsvermittlung

Einige Versicherer wissen um ihre Verantwortung, und haben bereits in den letzten Jahren für die Schäden der Arbeitgeber gewisse Rückstellungen in ihren Bilanzen gebildet. Die Verkäufer solcher Verträge zur betrieblichen Altersvorsorge haben regelmäßig den Arbeitgeber

### **Alternativen kosten den Arbeitgeber oft Honorar für unabhängige Beratung**

Der Arbeitgeber hätte es in der Hand gehabt, den Lohn, für welchen seine Mitarbeiterin ja auch gearbeitet hat, in eine betriebliche Altersversorgung ohne Provisionen bzw. mit Verteilung der Kosten auf die gesamte Vertragslaufzeit einzubringen. So gibt es Versorgungswerke, bei welchen bereits nach einem Jahr weit über 90% der einbezahlten Beiträge als „Wert“ des angesparten Kapitals vorhanden sind. Jeder Arbeitgeber und Arbeitnehmer kann sich jährlich und schon im voraus über den Wert bzw. Rückkaufwert vergewissern, und diesen den einbezahlten Beiträgen gegenüber stellen.

### **Unterstützungskassen besonders betroffen**

Die fehlende Wertgleichheit tritt bei nahezu allen Durchführungswegen der betrieblichen Altersversorgung (Direktversicherung, Pensionsfonds, etc.) auf – bei der Unterstützungskasse ist dies aufgrund zusätzlicher Verwaltungskosten offenbar die Regel. Darüber hinaus sind bereits einige Unterstützungskassen insolvent geworden – dann haftete der Arbeitgeber zusätzlich für die Vermögensverluste. Hinzu kommt ferner, dass hier grundsätzlich kein Anspruch hinsichtlich der Übertragung auf einen neuen Arbeitgeber besteht.

### **Schädigung durch Versicherungsvertrieb: Über 50 Mrd. Euro Arbeitgeberhaftung**

Arbeitgeber haften in derartigen Fällen unwirksamer Entgeltumwandlung für die nachzubehaltende Sozialversicherung regelmäßig allein – und zwar dann für Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteil. Dies sind dann rund 40% des Bruttolohnes, zuzüglich Verzinsung ab dem jeweiligen Lohnabrechnungszeitpunkt i.H.v. 0,5% monatlich. Hinzu kommt der Schadensersatz, also faktisch die abermalige Zahlung des umgewandelten Lohnes plus Zinsen.

Diesen Schaden werden sich die Arbeitgeber bei Versicherungen, Unternehmensberatern und Versicherungsvermittlern wieder holen wollen. Mancher Arbeitgeber empfindet die Fehlberatung der Vermittler als „Finanzbetrug im großen Stil“. Die Betriebsprüfer der Sozialversicherungsträger besuchen alle vier Jahre den Arbeitgeber, und werden nachrechnen.

### **Altersarmut oder Auffüllen der Rentenlücke: Das Geld haben andere bekommen!**

Nach der Absenkung der gesetzlichen Altersrenten sollte die betriebliche Altersversorgung dazu dienen, Rentenlücken zu schließen und der Altersarmut entgegen zu wirken. Praktisch sind die Arbeitnehmer jedoch gelackmeiert, weil die – im Auftrage des Arbeitgebers tätig werdenden – Vermittler in aller Regel unvollständig beraten haben.

Durch eine Entgeltumwandlung reduzieren sich nämlich die Ansprüche auf gesetzliche Rente, Krankengeld sowie Arbeitslosengeld. Im Alter muss der Arbeitnehmer dafür (i.d.R. allein) auf seine Betriebsrente Krankensicherungsbeiträge und Einkommensteuer bezahlen. Für den Arbeitnehmer ist dies selten später ein gutes Geschäft gewesen.

### **Ohne Entgeltumwandlung mehr auf dem Konto**

Lässt sich ein Arbeitnehmer sein verdientes Geld über die Lohnabrechnung, ohne Entgeltumwandlung auszahlen, um es zur Altersversorgung bei der Bank gut anzulegen, hätte er vermutlich mit Zins- und Zinseszins ein Vermögen von inzwischen rund 70% angesammelt. Dieses Geld stünde dann im Alter – im Gegensatz zur Rente aus der Entgeltumwandlung – steuer- und sozialabgabenfrei zur Verfügung.

### **Versicherungswirtschaft mit eigener Rechtsschöpfung auf dem Holzwege**

Einige Versicherer glaubten dem Arbeitnehmer vorhalten zu müssen, dass eine Unterbrechung der Beitragszahlung (z.B. wegen Kündigung oder Erziehungsurlaub) vertragswidrig sei. Nunmehr wird gerne argumentiert, es gäbe seit 2008 ein neues Versicherungsvertragsgesetz – indes regelt dieses in keiner Art und Weise die betriebliche Altersversorgung: Die dort „abgemilderte“ Zillmerung durch Verteilung von Abschlusskosten gilt nach wie vor nicht für betriebliche Altersversorgung im Wege der Entgeltumwandlung, denn diese ist im Versicherungsvertragsgesetz 2008 nicht geregelt worden, sondern befindet sich mit der Arbeitgeberhaftung nach wie vor im Betriebsrentengesetz.

### **Politische Antwort des Gesetzgebers seit 2002 auf drohende Altersarmut**

Mit dem BetrAVG nimmt der Gesetzgeber den Arbeitgeber offensichtlich bewusst in die Haftung. Die Einrichtung betrieblicher Versorgungswerke einem zumeist unqualifizierten Verkäufer zu überlassen, der von Provisionen – zumeist eines einzigen Versicherers – lebt, ist fahrlässig. Dies wäre gerade so, als würde ein Arbeitgeber seine Putzfrau bitten, die Lohnabrechnungen zu erstellen.

Die Versicherungswirtschaft hat noch nicht erkannt, dass bAV eine Maßnahme gegen drohende Altersarmut der Arbeitnehmer ist, und kein weiterer bloßer Vertriebsweg für insoweit unpassende Finanzprodukte. Versicherungsgesellschaften sind für eine Volkswirtschaft von herausragender Bedeutung, aber nicht wenn sie massenweise Arbeitgeber in eine missliche Haftungssituation bringen.

Die Verkäufer von bAV-Lösungsmodellen sind für die allermeisten Fehlberatungen selbst nicht versichert: Solchen „Beratern“ fehlt dann das Bewusstsein für ihre Verantwortung. (RA Kanzlei Dr. Johannes Fiala)