

Die Nahles-Rente – von vornherein europarechtswidrig?

Das BMAS hat kürzlich einen Entwurf für die sog. Nahles-Rente (§ 17b BetrAVG-E) veröffentlicht. Im Kern geht es darum, dass in Tarifverträgen eine Beitragszusage des Arbeitgebers vorgesehen werden kann, wenn die betriebliche Altersversorgung über eine gemeinsame Einrichtung (gemeint sind Pensionskassen oder Pensionsfonds) durchgeführt wird. Einbezogen sollen auch nicht-tarifgebundene Arbeitgeber/Arbeitnehmer sein, wenn die Anwendung der tariflichen Regelung vereinbart ist. Die Pensionskassen/Fonds müssen den Arbeitnehmern/-innen „mindestens eine Leistung garantieren, die einer Beitragszusage mit Mindestleistung entspricht“ (Abs. 3). Im Falle ihrer Insolvenz soll der Pensionsversicherungsverein eintreten.

Begründet wird diese Neuregelung damit, dass nach wie vor mehr als 40 % der Beschäftigten ohne betriebliche Altersvorsorge sind. Das betrifft insbesondere kleine und mittlere Unternehmen. In Betrieben mit weniger als 10 Beschäftigten sind 70 % nicht versorgt.

Um das zu ändern, so heißt es in der Begründung des Gesetzentwurfes, haben Arbeitgeber und Gewerkschaften die Möglichkeit, die Alterssicherung der Beschäftigten noch mehr als bisher zum Gegenstand von Tarifverhandlungen zu machen und damit die Grundlage für eine weitere Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung zu legen.

Der verblüffte Leser reibt sich die Augen. Bei einem Blick in das seit Langem geltende Recht stellt man nämlich fest, dass Arbeitgeber und Gewerkschaften schon immer berechtigt waren, im Rahmen von Tarifverträgen für die Alterssicherung der Beschäftigten zu sorgen. Um ihnen das Leben zu erleichtern, enthält § 17 Abs. 3/5 BetrAVG ausdrücklich eine Klausel, wonach Alterssicherung in Tarifverträgen vereinbart werden und – zur Vereinfachung – von einigen Regeln des sonst geltenden BetrAVG in Tarifverträgen auch abgewichen werden kann. Das bedeutet auch heute schon können Arbeitgeber eine Beitragszusage tarifvertraglich vereinbaren. Sie können als Durchführungsweg die Pensionskasse oder den Pensionsfonds festlegen. Sie können sogar tarifvertragliche Regelungen für die Entgeltumwandlung von Arbeitnehmern/-innen vereinbaren (§ 17 Abs. 5 BetrAVG), sodass sich die Frage stellt, was durch § 17b BetrAVG-E eigentlich Neues geregelt wird.

Die Antwort hierauf ist relativ schlicht: Neu ist die Verpflichtung, die betriebliche Altersversorgung über eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien durchzuführen. Gemeinsame Einrichtungen sind in § 4 Abs. 2 TVG definiert. Es handelt sich um Einrichtungen, in denen das Tarifrecht unmittelbar und zwingend und zwar auch für die Satzung der Einrichtung und das Verhältnis zu den tarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern gilt. Das bedeutet im Klartext, dass die Satzungen der gemeinsamen Einrichtungen, die in Zukunft als Pensionskasse oder Pensionsfonds organisiert sein müssen, auf Tarifvertragsrecht beruhen. Außerdem bedeutet es, dass alle anderen Durchführungswege für die Altersversorgung tarifrechtlich ausgeschlossen werden. Das gilt zunächst einmal für den Durchführungsweg mit dem geringsten Verwaltungsaufwand

für die Arbeitgeber, nämlich für die Direktversicherung aber auch für die Unterstützungskasse und für die Direktzusage. Wenn also ein Arbeitgeber in Zukunft für die Alterssicherung seiner Beschäftigten etwas tun will, dann wird er das – tarifrechtliche Regelungen vorausgesetzt – in Form einer Beitragszusage bei einer gemeinsamen Pensionskasse oder einem gemeinsamen Pensionsfonds tun. Möglicherweise denkt man im BMAS schon heute darüber nach, den neuen § 17b BetrAVG-E für *allgemeinverbindlich* zu erklären. Dann würde dies bedeuten, dass alle Arbeitgeber gezwungen wären, eine von ihnen finanzierte Beitragszusage über eine gemeinsame Einrichtung zu verwalten. Das Ziel einer nahezu flächendeckenden bAV für die Arbeitnehmer/-innen in der Republik würde damit aber nicht erreicht. Denn kein Arbeitgeber ist verpflichtet, eine Beitragszusage abzugeben.

Man müsste also im Tarifvertrag nicht nur die Form der Finanzierung (Beitragszusage), sondern auch die Höhe (den konkreten Beitrag) vereinbaren und diesen Tarifvertrag dann auch noch für allgemeinverbindlich erklären.

Sollte das BMAS dieses Ziel vor Augen stehen, so wären in Zukunft sämtliche Anbieter von Produkten, die Gegenstand einer Pensionskasse oder eines Pensionsfonds im Wettbewerb sein können, ausgeschlossen. Das gleiche gilt für alle Direktversicherer und für sämtliche Lösungen, die über eine Unterstützungskasse hätten organisiert werden können. Der Gesetzgeber würde also die in Tarifverträgen auch heute schon zu findenden Closed-Shop-Klauseln direkt in das Gesetz verlagern.

Rechtlich bedeutet dies, dass Deutschland damit eine neue Regelung schaffen würde, die eine massive Wettbewerbsbeschränkung enthielt und damit gegen Art. 4 Abs. 3 EUV verstöße, wonach die Mitgliedstaaten „alle Maßnahmen unterlassen, die die Verwirklichung der Ziele der Union“ und damit den Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem und unverfälschten Wettbewerb (Art. 119, 120 AEUV) gefährden. Diese Zusammenhänge hat *Thorsten Rüffert* bereits im Jahre 2008 in einer umfassenden Studie zur betrieblichen Alterssicherung entwickelt (Nestor Schriftenreihe, Band 2, ab S. 152). Im Ergebnis sagt *Rüffert*, dass die Tarifparteien, schon heute, im Bereich der betrieblichen Altersversorgung erheblichen Handlungsspielraum haben. Allerdings, so betont er, dürfe der Tarifvertrag nicht den Versorgungsträger bestimmen. Eine solche Bestimmung würde gegen die europäische Dienstleistungsfreiheit verstoßen und wäre folglich nichtig. Der Tarifvertrag könne selbstverständlich aber die Anforderungen an den Versorgungsträger festlegen (*Rüffert*, a.a.O., S. 246, 247). Daraus folgt, dass die in heutigen Tarifverträgen zu findenden Closed-Shop-Klauseln mit dem Prinzip der europäischen Dienstleistungsfreiheit nicht in Einklang zu bringen und deshalb wohl nichtig sind. Daran würde sich durch die Verlagerung in das Gesetz nichts ändern, denn der Gesetzgeber ist selbst an das Primärrecht des Europäischen Vertrages und folglich an das Prinzip der Dienstleistungsfreiheit und des freien und unverfälschten Wettbewerbs gebunden.

Daneben dürfte auch Art. 12 GG, der die Berufsfreiheit schützt, verletzt sein. Denn dieses Grundrecht gewährt den Unternehmen und Arbeitgebern das Recht, ihre Entscheidungen für die betriebliche Alterssicherung im Wettbewerb zu treffen, also den

Durchführungsweg und Produktpartner zu wählen, der ihnen zur Erfüllung ihrer Wünsche und Bedürfnisse angemessen und richtig erscheint.

Wenn nicht alles täuscht, so ist der neue § 17b BetrAVG-E in der jetzigen Fassung von vornherein sowohl europarechts- als auch verfassungswidrig und folglich nichtig.

Dabei könnte der Gesetzgeber das Ziel einer flächendeckenden betrieblichen Alterssicherung insbesondere für Beschäftigte in kleinen und mittleren Unternehmen auf einem sehr viel einfacheren Weg erreichen, einem Weg der noch dazu den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen würde. Man darf nämlich auch heute schon in Tarifverträgen „opt out“ Regelungen vereinbaren. Diese „opt-out“ Regelungen können auch gegenüber nicht-tarifgebundenen Beschäftigten Wirkungen entfalten, entweder über eine Betriebsvereinbarung oder über den individuellen Arbeitsvertrag.

„Opt Out“ Regelungen werden vor allem in den USA, dem Mutterland der freien Marktwirtschaft mit großem Erfolg praktiziert. Auch das US-amerikanische Rentensystem, so schreibt *Rüffert* (a.a.O., S. 55), basiert auf 3 Säulen, nämlich einer einheitlichen Pflichtversicherung für Erwerbstätige in Form einer Basissicherung mit dem Zweck der Vermeidung von Altersarmut. Ein Arbeitnehmer mit einem durchschnittlichen Verdienst kann mit einer Leistung von 40-45 % seines bisherigen Einkommens rechnen – das ist inzwischen mehr als wir aus der gesetzlichen Rentenversicherung in Deutschland erwarten (43 %). Diese Säule wird im Umlageverfahren durch Pflichtbeiträge von Arbeitnehmern/Arbeitgebern in Höhe von jeweils 6,2 % des Bruttoeinkommens finanziert (*Rüffert*, Stand 2008).

Daneben steht die betriebliche Altersvorsorge mit starken steuerrechtlichen Vorteilen. Sie wird im Wesentlichen über Pensionsfonds (Trusts) durchgeführt. Diese Trusts müssen als rechtlich selbstständiges, von einer Bank verwaltetes Treuhandvermögen, oder als Lebensversicherungsvertrag ausgestaltet sein. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass das Fondsvermögen unabhängig vom Vermögen des Arbeitgebers ist, der die Zuführung zum Pensionsfonds leistet und dafür auch hinreichende Rückstellungen bilden muss.

Neben der arbeitgeberfinanzierten bAV kennt man in den USA auch die arbeitnehmerfinanzierte Entgeltumwandlung (401 (k) plan). Der Arbeitgeber zahlt die Beiträge im Auftrag des Arbeitnehmers in einen Pensionsfonds ein. Zu jedem angesparten Dollar kann das Unternehmen bis zu 0,50 Cent steuerbegünstigt dazu zahlen. Das dem Vorsorgekonto zugeführte Arbeitsentgelt wird nicht als laufendes Einkommen versteuert; auch die Erträge des Pensionsfonds sind steuerfrei. Die arbeitnehmerfinanzierte Entgeltumwandlung erreicht einen sehr hohen Durchsetzungsgrad, weil nur wenige Arbeitnehmer von der Möglichkeit des „Opting-Out“ Gebrauch machen (vertiefend *Engert*, ZfA 2004, S. 311, 313 f.).

Auch in Deutschland ist die gesetzliche Einführung des „Opt-Out“ Modells häufig zur Verbesserung der betrieblichen Alterssicherung der Arbeitnehmer/-innen gefordert worden (so *Herzog-Kommission*, S. 49 und der 65. Deutsche Juristentag, NJW 2004, S. 3241 (3249)). Sollte sich der Gesetzgeber – wie in der Vergangenheit – zu einem solchen

Bekanntnis zur bAV nicht durchbringen können, so ist es den Tarifvertragsparteien auch nach geltendem Recht möglich, dieses Modell per Tarifvertrag oder über eine Betriebsvereinbarung zu praktizieren. Würde es dem Gesetzgeber also tatsächlich um eine möglichst flächendeckende bAV für Arbeitnehmer/-innen gehen, so würde er nicht für *gemeinsame Einrichtungen*, sondern für eine Opting-Out Lösung sorgen, die dazu führt, dass jeder AN automatisch Teil der arbeitnehmerfinanzierten bAV ist, sich folglich positiv gegen eine solche bAV entscheiden müsste. Das aber geschieht erfahrungsgemäß kaum. Besonders interessant wäre es, wenn die Parteien im Tarifvertrag eine arbeitgeberfinanzierte Zulage vereinbaren würden, die die Arbeitnehmer/innen dann - und nur dann - bekommen, wenn sie aus dem System der bAV nicht herausoptieren. Dann gäbe es einen erheblichen Anreiz an der betrieblichen Altersversorgung teilzunehmen, weil man nur auf diese Weise den arbeitgeberfinanzierten Zuschuss bekommt. Würde man tarifliche Vereinbarungen dieser Art für allgemeinverbindlich erklären, so würde man dennoch den Wettbewerb um die Durchführungswege nicht beschränken. Allerdings sollte man im Tarifvertrag hinzufügen, dass die arbeitgeberfinanzierte Zulage dann - und nur dann - gewährt wird, wenn die Anbieter der versicherungsförmigen Durchführungswege bereit wären, auf der Basis von nettokalkulierten Produkten und einer transparent gemachten, der Höhe nach gedeckelten Honorierung zu beraten und zu vermitteln.

Bei einer solchen Lösung hätten wir innerhalb weniger Monate eine flächendeckende fast 100 %-ige bAV, bei gleichzeitigem Wettbewerb um alle Durchführungswege, d. h. ohne Monopolisierung durch gemeinsame Einrichtungen bei den Tarifvertragsparteien.

Daneben sollte der Vertrag an die Person des AN gebunden werden, sodass das Portabilitätsproblem ein für alle Mal gelöst ist. Der AN nimmt seinen Vertrag in seinem Arbeitsleben mit und lässt überall dort, wo er arbeitet, einzahlen.

Wird das Konzept des BMAS dagegen so umgesetzt, wie es derzeit auf dem Tisch liegt, so würde es nicht nur den Betriebsrentenmarkt europarechtswidrig monopolisieren, sondern hätte noch eine weitere, nicht ganz unwichtige, Konsequenz: Wenn und soweit die Arbeitgeber in Zukunft tarifvertraglich eine Beitragszusage vereinbaren, so verkürzt diese Zusage die mögliche Lohnerhöhung, denn irgendwo her muss das Geld ja kommen. Weitere Folge: Da der AN eine Lohnkürzung oder jedenfalls keine Lohnsteigerung als Folge der Tarifverhandlungen erlebt, wird er von der Möglichkeit der Entgeltumwandlung (§ 1a BetrAVG) nur noch sehr zögerlichen Gebrauch machen. Warum sollte er auch zusätzlich Entgelt umwandeln - er hat jetzt ja über die Beitragszusage des Arbeitgebers eine Absicherung. D. h. der neue § 17b BetrAVG-E wird nach der Logik im Portemonnaie die Bereitschaft der AN, freiwillig von ihrem Lohn einen Teil für die Altersvorsorge zurückzulegen, noch stärker dämpfen als dies heute schon der Fall ist.

Die genau entgegengesetzte Wirkung hätte eine Regelung, bei der es dabei bleibt, dass die Tarifvertragsparteien höhere Löhne zugunsten der AN vereinbaren. Jedem AN wird einleuchten, dass es vernünftig ist, einen Teil des höheren Lohnes in eine Entgeltumwandlung zur Alterssicherung zu stecken. Diese Einsicht wird in besonderer Weise zusätzlich gefördert, wenn die Tarifvertragsparteien einen Zuschuss des

Arbeitgebers für den Fall der kostengedeckten Entgeltumwandlung durch den AN vereinbaren und steuerrechtlich eine win-win-Situation für beide Beteiligten schaffen.

Ein solcher Weg – flankiert durch eine „opting-out“ Lösung – würde tatsächlich eine flächendeckende betriebliche Alterssicherung zugunsten der AN bewirken, dabei die Handlungsfreiheit der AN (Art. 2 GG) stärken, die Gewerbefreiheit der AG (Art. 12 GG) unterstützen und die Freiheit des Wettbewerbs im Binnenmarkt (Art. 119, 120 AUEV) respektieren. Zugleich würde dieser Weg dem Sozialstaatsprinzip entsprechen, also dem Gedanken, dass der Gesetzgeber rechtliche Rahmenbedingungen zu schaffen hat, um *Marktversagen* (Lücken in der Alterssicherung) zu überwinden.