

## Gestaltungsspielräume erkennen und nutzen

# BAV und gesetzliche Elternzeit



**Anja Sprick**  
ist Rechtsanwältin und  
bei der Longial GmbH, Düsseldorf,  
im Bereich Consulting tätig.



**Dr. Paulgerd Kolvenbach**  
ist Aktuar und Sprecher der Geschäftsführung  
der Longial GmbH, Düsseldorf, und für die  
Bereiche Beratung und Administration zur bAV  
verantwortlich.  
Seine fachlichen Schwerpunkte bilden rechtliche  
und betriebswirtschaftliche Aspekte und  
die daraus resultierenden Gestaltungs- und  
Umsetzungsfragen.

**In den letzten Jahren sind immer wieder Urteile zur Thematik Elternzeit und bAV ergangen. Erst im vergangenen Jahr hat das BAG in einer weiteren Entscheidung seine bisherige Rechtsprechung bestätigt. Dabei hatten sich die Gerichte konkret mit der Frage zu beschäftigen, wie sich eine Elternzeit, in der kein Entgeltanspruch besteht, auf die bAV auswirkt. In fast allen Fällen stritten die Parteien um die Höhe der betrieblichen Ansprüche, die wiederum von der individuellen Ausgestaltung der Versorgungszusage abhängt. Klare Formulierungen in den Vereinbarungen helfen, spätere Streitfälle zu vermeiden; vor allem, wenn während der Elternzeit keine entgeltpflichtige Tätigkeit erbracht wird.**

## 1 Gesetzliche Grundlagen der Elternzeit

Seit dem 1.1.2007 ist das Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) in Kraft, welches u. a. Bestimmungen zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf enthält, insbesondere zur Elternzeit und dem ab diesem Zeitpunkt neu geschaffenen Elterngeld. Die bezüglich der Elternzeit bisher geltenden Regelungen des Bundeserziehungsgeldgesetzes sind durch das BEEG aufgehoben. Danach haben Arbeitnehmer grundsätzlich bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres eines jeden Kindes Anspruch auf Elternzeit. Mehrjährige Auszeiten können damit einen nicht unerheblichen Einfluss auf die Höhe von Versorgungsleistungen haben. Während der Elternzeit ruht das Arbeitsverhältnis, es wird aber nicht beendet. Das bedeutet, dass während der Ruhenszeit keine Hauptleistungspflichten aus dem Arbeitsverhältnis zu erfüllen sind. Für den Mitarbeiter besteht also keine Verpflichtung zur Erbringung der Arbeitsleistung, der Arbeitgeber muss entsprechend kein Entgelt zahlen.

Welche konkreten Auswirkungen die Inanspruchnahme der Elternzeit auf die bAV hat, hängt von einer ganzen Reihe von Faktoren ab. In den folgenden Bereichen kann sie Auswirkungen haben:

- Unverfallbarkeit von Versorgungsanwartschaften
- Wartezeit als Teilnahmevoraussetzung
- Höhe der Versorgungsleistungen

## 2 Unverfallbarkeit von Versorgungsanwartschaften

Die Unverfallbarkeit spielt dann eine Rolle, wenn der Beschäftigte vor Eintritt des Versorgungsfalles aus der Firma ausscheidet. Für das Aufrechterhalten von Versorgungsanwartschaften stellen sich hier die Fragen,

- ob der Arbeitnehmer bei Ausscheiden den gesetzlich festgelegten Mindestbeschäftigungszeitraum erreicht hat und
- ob die Elternzeit im Rahmen der gesetzlichen Fristen mitzurechnen ist.

### Beispiel

Eine Mitarbeiterin ist zum 1.1.2002 in die Firma eingetreten; ab dem 1.6.2005 nimmt sie eine zweijährige Elternzeit in Anspruch; zum 31.12.2007 scheidet sie aus.

Das Betriebsrentengesetz (BetrAVG) stellt hinsichtlich der Dauer der Unverfallbarkeit u. a. auf die Versorgungszusage und die Betriebszugehörigkeit ab (§ 1b BetrAVG). Da das Arbeitsverhältnis während der Elternzeit lediglich ruht und nicht beendet wird, besteht auch die Betriebszugehörigkeit fort. Somit laufen die Unverfallbarkeitsfristen weiter.

Hier hat die Beschäftigte also für die Zeit vom 1.1.2002 bis zum 31.12.2007 unverfallbare Anwartschaften erworben.

## 3 Wartezeit als Aufnahmevoraussetzung

In Versorgungszusagen findet sich häufig eine Regelung in der Form, dass eine Aufnahme in die Versorgung erst nach Ablauf einer Dienstzeit von bspw. zwei Jahren erfolgt. Wenn ein Arbeitnehmer nun nach einem Jahr Dienstzeit eine Elternzeit von zwei Jahren in Anspruch nimmt und danach seine Tätigkeit wieder aufnimmt, stellt sich die Frage, ob er während der Elternzeit die Wartezeit erfüllen und schon währenddessen die Aufnahme in die Versorgung erreichen kann oder zu welchem anderen Zeitpunkt die Aufnahme erfolgt. Entscheidend ist hier, was konkret unter „Dienstzeit“ zu verstehen ist. Unklarheiten gehen grundsätzlich zulasten des Arbeitgebers.

Ohne weitere Klarstellung in der Versorgungszusage ist die Anknüpfung an die Dienstzeit regelmäßig dahingehend zu verstehen, dass auf die Betriebszugehörigkeit, also Beginn und Ende des Arbeitsverhältnisses, abzustellen ist. Da aber – wie bereits ausgeführt – die Elternzeit das Arbeitsverhältnis nicht beendet und bloße Ruhenszeiten als Betriebszugehörigkeit mitgerechnet werden, darf man die Elternzeit hier nicht herausrechnen. Der Arbeitnehmer im o. g. Beispiel hätte danach bereits während der Elternzeit einen Anspruch auf Aufnahme in die Versorgung.

## Praxistipp

Unternehmen haben jedoch Gestaltungsmöglichkeiten: Sinn und Zweck der Vereinbarung von Wartezeiten als Aufnahmevoraussetzung in eine Versorgung ist zum einen, für den Arbeitgeber festzustellen, ob das Arbeitsverhältnis von gewisser Dauer ist, um unnötige Verwaltungskosten zu vermeiden. Zum anderen soll das Unternehmen vor Leistungsfällen aus Risiken geschützt werden, die beim Abschluss des Arbeitsvertrags akut vorhanden, aber noch nicht erkennbar waren.

Insofern kann der Arbeitgeber die Aufnahme in die Versorgung davon abhängig machen, dass sich der Mitarbeiter in einem entgeltspflichtigen Arbeitsverhältnis befindet. Dann erfolgt eine Aufnahme in die Versorgung im obigen Beispielfall erst mit Rückkehr in die entgeltpflichtige Beschäftigung und nicht schon während der Elternzeit.

Vermeiden sollte man hingegen eine Formulierung, wonach nur Arbeitnehmer, die sich in Elternzeit befinden, ausgenommen werden. Hier läge sicherlich ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz vor.

## 4 Höhe der Versorgungsleistungen

Je nach Gestaltung der Versorgungszusage kann die Elternzeit als entgeltlose Zeit Auswirkungen auf die Höhe der Versorgung haben:

- Im Falle einer dienstzeitunabhängigen Leistungszusage – die heute kaum noch erteilt wird – verspricht der Arbeitgeber allen Beschäftigten eine feste Leistung unabhängig von der Dienstzeit. Da hier alle Arbeitnehmer gleich behandelt werden sollen, wirkt sich eine zwischenzeitliche Elternzeit nicht auf die Versorgungshöhe aus.
- Bei dienstzeitabhängigen Leistungszusagen macht der Arbeitgeber die Erbringung von Versorgungsleistungen von der versorgungsfähigen Dienstzeit des Arbeitnehmers abhängig. Oftmals wird ergänzend noch ein Mindestalter aufgenommen und die maximale Zahl von erreichbaren Dienstjahren begrenzt.

## Beispiel

„An der Versorgung nimmt jeder Mitarbeiter teil, der das 25. Lebensjahr vollendet hat. Die Höhe der Versorgungsleistung ergibt sich aus 0,3 % des letzten Gehalts multipliziert mit der Anzahl der versorgungsfähigen Dienstjahre. Bei der Bemessung der Leistung können maximal 40 Dienstjahre berücksichtigt werden.“ (nicht AGG-widrig, vgl. auch LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 27.9.2010 – 4 Sa 7/10)

## Praxistipp

Ob die Elternzeit leistungserhöhend mitzuberücksichtigen ist, sollte durch den Arbeitgeber klar und deutlich geregelt werden. Es besteht jedenfalls keine Verpflichtung des Unternehmens, sämtliche Dienstjahre – also auch solche ohne Entgeltanspruch – leistungserhöhend zu berücksichtigen.

Für den Fall, dass der Arbeitgeber nur entgeltpflichtige Dienstjahre leistungserhöhend berücksichtigen möchte, sollte man eine entsprechende Formulierung in die Versorgungszusage aufnehmen.

## 5 Tatsächliche Arbeitsleistung ist maßgeblich

Das BAG hat das Anknüpfen an die tatsächliche Arbeitsleistung für Leistungen der bAV in ständiger Rechtsprechung immer wieder bestätigt. Der Unternehmer darf danach die Höhe seiner Zuwendungen davon abhängig

machen, dass der Mitarbeiter die nach dem Arbeitsvertrag geschuldete Leistung auch erbringt, er also tatsächlich arbeitet (zuletzt BAG, Urt. v. 20.4.2010 – 3 AZR 370/08).

Da das Arbeitsverhältnis während der Elternzeit grundsätzlich ruht, ist der Arbeitgeber von der Verpflichtung zur Zahlung des Arbeitsentgelts befreit. Er ist deshalb auch nicht gehalten, direkt oder indirekt zusätzliche Leistungen zu erbringen. Der Unterschied zwischen einem ruhenden und einem nicht ruhenden Arbeitsverhältnis ist so gewichtig, dass er eine unterschiedliche Behandlung nicht nur beim Entgelt im engeren Sinne, sondern auch bei der bAV rechtfertigt.

## Wichtig

Insofern können Unternehmen in der Versorgungsordnung rechtlich zulässig nur solche Dienstzeiten als versorgungsfähig bezeichnen, in denen ein entgeltpflichtiges Arbeitsverhältnis bestanden hat.

## 6 Arbeitgeber- oder arbeitnehmerfinanzierte Zusage

Bei einer arbeitgeberfinanzierten beitragsorientierten Versorgungszusage verpflichtet sich das Unternehmen zu einem bestimmten Beitragsaufwand gegenüber dem Beschäftigten. Aus diesem Beitrag wird dann die Leistung bestimmt. Auch bei dieser Zusageform kommt es wieder auf die feinen Unterschiede in der Formulierung an:

- Sagt der Arbeitgeber Beitragszahlungen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses zu, muss auch für eine Elternzeit der Beitrag weitergezahlt werden.
- Sagt er dagegen zu, Beiträge nur für entgeltpflichtige Beschäftigungszeiten zu gewähren, so wirkt sich die Elternzeit leistungsmindernd aus, weil keine Beiträge aufgewendet werden.

Bei der Entgeltumwandlung in Form der beitragsorientierten Versorgungszusage hingegen zahlt der Mitarbeiter den Beitrag aus seinem Bruttogehalt selbst. Während einer Elternzeit fallen diese Beiträge weg, da kein Entgelt mehr gezahlt wird. So wirkt sich die Elternzeit hier auf jeden Fall leistungsmindernd für die Höhe der Versorgung aus.

Besondere Auswirkungen hat eine Unterbrechung der Beitragszahlung durch den Arbeitgeber auf versicherungsförmige Versorgungszusagen (z. B. Pensionskasse oder Direktversicherung) bzw. Zusagen, die über eine Rückdeckungsversicherung finanziert werden. Denn bei den vorzeitigen Risiken, wie Tod oder Invalidität, kann es durch die Unterbrechung infolge der Versicherungstechnik zu einer drastischen Reduzierung des Versicherungsschutzes kommen. Gerade Entgeltumwandlungsversorgungszusagen werden meist klassisch versicherungsförmig durchgeführt.

## Beispiele

Eine 25-jährige Arbeitnehmerin zahlt 100 Euro monatlich in eine Direktversicherung ein, die nach § 3 Nr. 63 EStG steuerlich gefördert wird. Nach fünf Jahren geht die Beschäftigte in Elternzeit.

### Fall 1:

Der Versicherungsvertrag sieht als Leistungen eine Altersrente sowie im Todesfall die Rückgewähr der gezahlten Beiträge vor. Im Fall von Berufsunfähigkeit (BU) ist eine sog. Beitragsbefreiung mitversichert, d. h. auch ohne weitere Beitragszahlung bleibt die Altersrente in der ursprünglich versicherten Höhe bestehen, eine BU-Rente wird allerdings nicht gezahlt. Die versicherte Altersrente beträgt rund 250 Euro, nach fünf Jahren sind davon rund 25 Euro ausfinanziert und bleiben bei Beitragsfreistellung erhalten.

### Fall 2:

Wie Fall 1, jedoch ist die Zahlung einer BU-Rente in Höhe der versicherten Altersrente eingeschlossen. Die versicherte Altersrente beträgt rund 210 Euro, nach fünf Jahren sind davon rund 20 Euro ausfinanziert und bleiben bei Beitragsfreistellung erhalten. Im BU-Fall würde eine BU-Rente von 210 Euro gezahlt.

Im Fall 1 hinterlässt die Beitragsfreistellung in der Elternzeit nur insoweit Lücken im Risikoschutz, wie anteilige Beiträge fehlen. Im Todesfall werden die gezahlten Beiträge zurückerstattet, in der Elternzeit diejenigen bis zu deren Beginn. Bei BU bleibt auch nach Beitragsfreistellung der Anspruch auf die (beitragsfreie) Altersrente bestehen.

Im Fall 2 ergibt sich jedoch eine deutliche Absenkung des Risikoschutzes bei Berufsunfähigkeit, denn die Beitragsfreistellung führt zu einer Reduzierung der versicherten Altersrente auf rund 20 Euro, und bei BU würde nur diese als BU-Rente gezahlt.

Versicherer räumen i. d. R. die Möglichkeit ein, während der Elternzeit reduzierte Beiträge zu zahlen und/oder nach Beendigung der Elternzeit innerhalb einer bestimmten Frist die vorherige Beitragszahlung zu gleichen Konditionen wieder aufzunehmen.

Wenn ein komfortabler Risikoschutz bei Tod oder BU Bestandteil des gewählten Versorgungskonzepts ist, muss über dessen Aufrechterhaltung oder zumindest über den Umgang mit den Lücken infolge elternzeitbedingter Ausfälle nachgedacht werden. Bei versicherungsförmigen Modellen kann man auf Lösungsansätze der Versicherer zurückgreifen. Bei Entgeltumwandlungen stellt sich das Problem häufig nicht, weil von vornherein nur ein geringer Risikoschutz in den Vertrag implementiert ist. In diesen Fällen empfiehlt sich allerdings eine transparente Aufklärung, um möglichen Schadensersatzansprüchen zu entgehen.

## 7 Entgeltumwandlung und Auswirkungen auf das Elterngeld

Eine Entgeltumwandlung kann – je nach Gehaltshöhe – zu einer Kürzung des Elterngelds führen. Denn bei der Berechnung des Elterngelds, das grundsätzlich 67 % vom durchschnittlichen erzielten Monatseinkommen beträgt und auf maximal 1.800 Euro beschränkt ist, kommt es auf die steuerpflichtigen Einkünfte an, die in den letzten zwölf Monaten vor der Geburt erzielt wurden. Weil durch Entgeltumwandlung eingezahltes Entgelt (bis zu einer gewissen Höhe) steuerfrei bleibt, darf es nicht als maßgebliches Einkommen bei der Bemessung des Elterngelds berücksichtigt werden (so v. BSG mit Urt. v. 25.6.2009 – B 10 EG 9/08 R entschieden).

### Praxistipp

Um den Aufklärungspflichten zu genügen, ist es in vielen Unternehmen üblich, eine Information an die Mitarbeiter zu geben, bspw. in Form eines Merkblatts zur Elternzeit, welches im Intranet oder in anderer geeigneter Weise bekannt gemacht werden kann.

## 8 Fazit

Für den Arbeitgeber ist es wichtig, Gestaltungsspielräume zu erkennen und zu nutzen und dabei auch die soziale Verantwortung gegenüber seinen Beschäftigten nicht aus dem Blickwinkel zu verlieren. Um Regelungslücken und Auslegungszweifel zu vermeiden, die regelmäßig zulasten des Arbeitgebers gehen, sind klare Formulierungen in den Versorgungswerken wichtig. Eine kompetente und umfassende Beratung kann unnötigen und teuren Streitfällen entgegenwirken.