

# Betriebs Berater

21 | 2017

Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... **9. GWB-Novelle ... IFRS ... Beihilfen ... Recht ...**

22.5.2017 | 72. Jg.  
Seiten 1153–1216

## **DIE ERSTE SEITE**

**Prof. Dr. Siegfried Grotherr**

Verbesserungen zur Streitbeilegung bei Doppelbesteuerungskonflikten

## **WIRTSCHAFTSRECHT**

**Dr. Harald Kahlenberg, RA, und Dr. Lena Heim, RA** in

Das deutsche Kartellrecht in der Reform: Überblick über die 9. GWB-Novelle | 1155

## **STEUERRECHT**

**Janina Brandau, Lennart Neckenich, Daniel Reich und Prof. Dr. Ekkehart Reimer**

Brennpunkt Beihilfenrecht: Das deutsche Steuerrecht auf dem Prüfstand | 1175

## **BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT**

**Prof. Dr. Jens Wüstemann, Prof. Dr. Sonja Wüstemann, Annetrafin Jendreck, M.Sc., und**

**Christoph Schober, WP/CFA**

Grundsätze der Identifizierung von Kundenverträgen und Leistungsverpflichtungen nach IFRS 15 – Anwendung auf Rahmenvereinbarungen und Werklieferungsverträge | 1195

## **ARBEITSRECHT**

**Dr. Nils Börner, RA, und Philipp A. Lampe, RA**

Hinterbliebenenversorgung – eine Form der Altersleistung? | 1206

**Sander Runkel, RA**

Die „Eigenart“ des Profifußballs – eine kritische Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung und der Literaturmeinung | 1209

Dr. Nils Börner, RA, und Philipp A. Lämpe, RA

# Hinterbliebenenversorgung – eine Form der Altersleistung?

**Aufgrund des Umstandes, dass es sich bei dem gut 10 Jahre alten AGG im Verhältnis zum Recht der betrieblichen Altersversorgung um ein noch relativ junges Gesetz handelt und Versorgungsordnungen für den Bezug von Versorgungsleistungen naturgemäß an die Vollendung bestimmter Lebensalter anknüpfen, sind Fragen der Ungleichbehandlung bei der betrieblichen Altersversorgung besonders virulent. So jüngst in Hinblick auf den Ausschluss eines eingegrenzten Personenkreises von der Hinterbliebenenversorgung durch eine Späteheklausel.**

## I. Hintergrund

Dass das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (im Folgenden: AGG) trotz der in § 2 Abs. 2 Satz 2 AGG enthaltenen Verweisung auf das Betriebsrentengesetz auch für die betriebliche Altersversorgung gilt, soweit das Betriebsrentengesetz nicht vorrangige Sonderregelungen enthält, entspricht der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts.<sup>1</sup> Soweit das AGG auch zeitlich anwendbar ist, stellen sich im Recht der betrieblichen Altersversorgung regelmäßig Fragen hinsichtlich etwaiger Ungleichbehandlungen der Versorgungsberechtigten, insbesondere in Hinblick auf deren Lebensalter. Nach § 7 Abs. 1 Hs. 1 AGG dürfen Beschäftigte nicht wegen der in § 1 AGG genannten Gründe, so u. a. wegen des Alters, benachteiligt werden. Unzulässig sind insofern sowohl ungerechtfertigte unmittelbare als auch mittelbare Benachteiligungen.

Arbeitgebern steht es – mit Ausnahme des Anspruchs auf Entgeltumwandlung (§ 1a BetrAVG) – grundsätzlich frei darüber zu befinden, ob sie eine Form der betrieblichen Altersversorgung einführen. Ebenso frei sind sie darin, die Versorgungsfälle (Alter, Invalidität, Tod) zu definieren, in welchen sie Leistungen erbringen wollen. Insofern ist es höchst richterlich anerkannt, dass Versorgungsschuldner grundsätzlich auch berechtigt sind, die Hinterbliebenenversorgung von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig zu machen und damit Personen, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen, von dieser Versorgung auszuschließen.<sup>2</sup> Zur Begrenzung des Kreises berechtigter Hinterbliebener haben sich in der jahrzehntelangen Praxis verschiedene Arten von Ausschlussatbeständen entwickelt.<sup>3</sup> Neben den sogenannten Altersabstandsklauseln, die die Versorgung ausschließen oder reduzieren, wenn Altersdifferenz der Eheleute einen gewissen Wert überschreitet, sind insbesondere die sogenannten Späteheklauseln aufgrund ihres Verbreitungsgrades von besonderer Bedeutung. Charakteristisch für diese Art von Klausel ist die Anknüpfung des Ausschlusses an den Abschluss einer Ehe des Versorgungsberechtigten nach einem definierten Zeitpunkt. Gängig ist insofern die Anknüpfung an den Eintritt eines Versorgungsfalls bzw. die Beendigung des Arbeitsverhältnisses oder – vor allem in älteren Versorgungsregelungen – auch die Vollendung eines bestimmten Lebensalters.<sup>4</sup> Ersteres wird in ständiger Rechtsprechung<sup>5</sup> für wirksam gehalten; insbesondere fehlt es im Regelfall schon an einer (mittelbaren) Benach-

teiligung gemäß § 3 Abs. 2 AGG, da nach dieser Rechtsprechung auf den Eintritt des Versorgungsfalls oder die Beendigung des Arbeitsverhältnisses abstellende Klauseln regelmäßig durch rechtmäßige Ziele sachlich gerechtfertigt sein dürften und die Mittel zur Erreichung dieser Ziele angemessen und erforderlich sind.

Letzteres ist insbesondere im Hinblick auf das mit Wirkung zum 18.8.2006 eingeführte AGG nicht unproblematisch und führt daher regelmäßig zu gerichtlichen Auseinandersetzungen. Im Rahmen derartiger Verfahren obliegt es den Arbeitgebern darzulegen und nötigenfalls auch zu beweisen, welche Ziele sie mit den angegriffenen Klauseln verfolgen und warum diese Ziele „legitime Ziele“ im Sinne von § 10 Satz 1 AGG sind. Die Mittel zur Erreichung der Ziele müssen zudem angemessen und erforderlich sein, vgl. § 10 Satz 2 AGG.

## II. Typische Ziele von Späteheklauseln

Der Gerichtshof der Europäischen Union hat anerkannt, dass legitime Ziele i. S. v. Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der RL 2000/78/EG wegen der dort als Beispiele genannten Bereiche Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung solche aus dem Bereich „Arbeits- und Sozialpolitik“ sind.<sup>6</sup> Zudem hat der EuGH anerkannt, dass auch Ziele im Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik, die ein Arbeitgeber mit der betrieblichen Altersversorgung anstrebt, legitime Ziele i. S. v. Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der RL 2000/78/EG sein können.<sup>7</sup> Gleichzeitig hat er die Legitimität der Ziele für den Fall bejaht, dass diese im Rahmen sozialbeschäftigungs- und arbeitsmarktpolitischer Belange den Interessen aller Beschäftigten Rechnung tragen, um diesen bei Eintritt in den Ruhestand eine Altersversorgung in angemessener Höhe zu gewährleisten.<sup>8</sup> Da nach alledem legitime Ziele i. S. v. Art. 6 Abs. 1 der RL 2000/78/EG nur solche im Rahmen sozial-, beschäftigungs- und arbeitsmarktpolitischer Belange sind, die den Interessen der Beschäftigten Rechnung tragen, können – nach Ansicht des BAG<sup>9</sup> – Ziele, die ausschließlich im Eigeninteresse des Arbeitgebers liegen, wie Kostenreduzierung und Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit, eine Diskriminierung wegen des Alters nicht nach § 10 Satz. 1 AGG rechtfertigen.

1 Vgl. etwa BAG, 11.12.2007 – 3 AZR 249/06, BB 2008, 557 m. BB-Komm. *Walk/Lipke*, Rn. 22, BAGE 125, 133.

2 Vgl. BAG, 20.4.2010 – 3 AZR 509/08.

3 Vgl. auch *Rolfs*, in: *Blomeyer/Rolfs/Otto*, Betriebsrentengesetz: BetrAVG, 6. Aufl. 2015, Anh. § 1, Rn. 201 ff. mit Beispielen.

4 Vgl. BVerfG, 1.3.2010 – 1 BvR 2584/06; BAG, 28.8.1997 – 3 AZR 235/96, BB 1998, 1114; BAG, 28.7.2005 – 3 AZR 457/04, BB 2007, 672 Ls.

5 Vgl. BAG, 20.4.2010 – 3 AZR 509/08; *Rolfs*, in: *Blomeyer/Rolfs/Otto*, Betriebsrentengesetz: BetrAVG, 6. Aufl. 2015, Anh. § 1, Rn. 202 m. w. N.

6 Vgl. EuGH, 26.2.2015 – C-515/13, Ingeniørforeningen i Danmark, ECLI:EU:C:2015:115; EuGH, 28.1.2015 – C-417/13, Starjakob, ECLI:EU:C:2015:38; BAG, 4.8.2015 – 3 AZR 137/13, Rn. 57 m. w. N.

7 Vgl. EuGH, 26.9.2013 – C-476/11, HK Danmark, ECLI:EU:C:2013:590.

8 Vgl. EuGH, 26.9.2013 – C-476/11, HK Danmark, ECLI:EU:C:2013:590.

9 BAG, 19.12.2013 – 6 AZR 790/12, BB 2014, 953 m. BB-Komm. *Mujan*, Rn. 26.

Arbeitgeber verfolgen mit Späteheklauseln regelmäßig mehrere Ziele. Namentlich soll durch sie eine Begrenzung der mit der Hinterbliebenenversorgung verbundenen, jedoch nur schwerlich kalkulierbaren Risiken bewirkt werden. Mit diesem Ziel einher geht vielfach die Absicht, durch die Begrenzung des Kreises der Berechtigten, Hinterbliebenenleistungen in angemessener, weil substantieller Höhe zu gewährleisten.

Weiter wird teilweise das Ziel verfolgt, die Hinterbliebenenversorgung auf einen Personenkreis zu begrenzen, bei dem der Versorgungsbedarf während des laufenden Arbeitsverhältnisses angelegt war.<sup>10</sup>

Soweit Späteheklauseln auch dazu dienen, den administrativen Aufwand bei der nach § 249 HGB vorzunehmenden Bildung und Auflösung von Pensionsrückstellungen gering zu halten, liegt hierin kein legitimes Ziel i. S. v. § 10 Satz 1 AGG, weil die Aufwandsreduktion im ausschließlichen Eigeninteresse des Versorgungsschuldners steht.<sup>11</sup>

Verfolgt der Versorgungsschuldner mit dem Ausschluss von der Hinterbliebenenversorgung das Ziel, die mit dieser Form der Versorgung verbundenen zusätzlichen Risiken zu begrenzen und den Versorgungsaufwand für die Hinterbliebenenversorgung versicherungsmathematisch verlässlich kalkulieren zu können, ist es aus Sicht des BAG zweifelhaft, ob die unterschiedliche Behandlung der Versorgungsberechtigten wegen des Alters durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist.<sup>12</sup> Zwar entscheide der Arbeitgeber frei über die Einführung einer von ihm finanzierten betrieblichen Altersversorgung und die Frage, ob er überhaupt Hinterbliebenenleistungen versprechen möchte. Aufgrund der mit dieser Form der Versorgung verbundenen Risiken in Hinblick auf den Zeitpunkt des Leistungsfalls und vor allem die Dauer der Leistungserbringung, welche aufgrund der dem Arbeitgeber zumeist unbekanntem biometrischen Daten der Hinterbliebenen nur schwerlich bis gar nicht kalkulierbar ist, sei hierin regelmäßig ein berechtigtes Interesse des Versorgungsschuldners und damit auch ein rechtmäßiges Ziel i. S. v. § 3 Abs. 2 AGG zu erblicken.<sup>13</sup> Ob hierin jedoch zugleich auch ein legitimes Ziel läge, sei angesichts der Rechtsprechung des EuGH zweifelhaft.<sup>14</sup>

Gegen die Legitimität des Ziels der Risikobegrenzung zum Zwecke der Kalkulierbarkeit der mit der Hinterbliebenenversorgung verbundenen Risiken könne sprechen, dass diese Begrenzung zunächst im Eigeninteresse des Versorgungsschuldners liege. Für die Legitimität könne indes sprechen, dass Arbeitgeber ihren Beschäftigten Leistungen der betrieblichen Altersversorgung nur dann zukommen lassen, wenn sie auch die Möglichkeit hätten, den aus der Versorgungszusage resultierenden Versorgungsaufwand verlässlich zu prognostizieren.<sup>15</sup> Das BAG hat die Einordnung des vorgenannten Ziels – soweit erkennbar – bislang offengelassen.

Soweit sich der Versorgungsschuldner darauf berufen kann, die Späteheklausel diene der Erbringung von Hinterbliebenenleistungen in angemessener, weil substantieller Höhe, spreche viel für das Vorliegen eines legitimen Ziels. Soweit die Späteheklausel also bezweckt, die für die Witwen-/Witwerversorgung insgesamt zur Verfügung stehenden Mittel nur einem eingegrenzten Personenkreis zukommen zu lassen, um diesem im Versorgungsfall „Tod“ entsprechend werthaltige Leistungen zu gewähren, wird von einer Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung wegen des Alters ausgegangen werden können.<sup>16</sup>

Auf das Vorliegen eines legitimen Ziels kommt es jedoch nur dann an, wenn die Ungleichbehandlung wegen des Alters nicht bereits nach § 10 Satz 3 Nr. 4 AGG gerechtfertigt ist. Hatte das BAG eine solche Rechtfertigung nach § 10 Satz 3 Nr. 4 AGG in seiner Entscheidung

vom 4.8.2015 – 3 AZR 137/13 noch für eine Späteheklausel, welche an die Vollendung des 60. Lebensjahres anknüpfte, verneint, so dürfte dies aufgrund einer Entscheidung des EuGH vom 24.11.2016 – C-443/15 – als unionsrechtswidrig einzustufen und somit nicht mehr haltbar sein.

### III. Entscheidung des EuGH, 24.11.2016 – C-443/15 (Rs. Parris)

Der Entscheidung des EuGH lag eine Versorgungsbestimmung des Trinity College Dublin zugrunde, welche den Bezug von Hinterbliebenenleistungen bzw. den Erwerb einer Anwartschaft auf Hinterbliebenenleistungen vom Zeitpunkt der Eheschließung bzw. der Eintragung einer Lebenspartnerschaft abhängig machte. Danach wurden Hinterbliebenenleistungen nur gewährt, wenn der Versorgungsberechtigte vor Vollendung des 60. Lebensjahres geheiratet oder eine eingetragene Lebenspartnerschaft begründet hatte. Gegen diese Einschränkung wandte sich der Kläger. Das nationale Gericht legte dem EuGH daraufhin einige Fragen betreffend der Vereinbarkeit der angegriffenen Bestimmung mit dem Unionsrecht im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Art 267 AEUV vor.

Der EuGH führte in seiner Beantwortung aus, dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehende nationale Regelung zwar eine unmittelbare Ungleichbehandlung wegen des Alters bewirke, diese jedoch gemäß Art. 6 Abs. 2 der RL 2000/78/EG gerechtfertigt sei.

Nach Art. 6 Abs. 2 der RL 2000/78/EG können die Mitgliedstaaten ungeachtet des Art. 2 Abs. 2 der RL vorsehen, dass „bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit die Festsetzung von Altersgrenzen als Voraussetzung für die Mitgliedschaft oder den Bezug von Altersrente oder von Leistungen bei Invalidität einschließlich der Festsetzung unterschiedlicher Altersgrenzen im Rahmen dieser Systeme für bestimmte Beschäftigte oder Gruppen bzw. Kategorien von Beschäftigten und die Verwendung im Rahmen dieser Systeme von Alterskriterien für versicherungsmathematische Berechnungen keine Diskriminierung wegen des Alters darstellt, solange dies nicht zu Diskriminierungen wegen des Geschlechts führt“.<sup>17</sup>

Wie der EuGH in Übereinstimmung mit dem BAG feststellt, gilt Art. 6 Abs. 2 der RL 2000/78/EG nur für betriebliche Systeme der sozialen Sicherheit, die die Risiken von Alter und Invalidität abdecken. Ferner führt er aus, dass nicht sämtliche Umstände, die ein betriebliches System der sozialen Sicherheit zur Absicherung solcher Risiken kennzeichnen, in den Geltungsbereich dieser Vorschrift fallen, sondern nur diejenigen, die dort ausdrücklich erwähnt sind.<sup>18</sup>

Allerdings stelle die im Ausgangsverfahren streitige Hinterbliebenenversorgung eine Form der Altersrente dar. Die Anknüpfung der Regelung für den Erwerb einer Anwartschaft auf eine Hinterbliebenenver-

10 Für die Rechtmäßigkeit dieses Ziels vgl. Schlussanträge der GA Kokott, 24.11.2016 – C-443/15, Parris, ECLI:EU:C:2016:493; a. A. wohl BAG, 4.8.2015 – 3 AZR 137/13, Rn. 73 f.; vgl. auch Ahrendt, in: Schlewing .u. a., Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung, 2017, Teil 7 D, Rn. 97 m. w. N.

11 BAG, 4.8.2015 – 3 AZR 137/13, Rn. 60; EuGH, 28.1.2015 – C-417/13, Starjakob, ECLI:EU:C:2015:38, Rn. 36.

12 BAG, 4.8.2015 – 3 AZR 137/13, Rn. 61 ff.

13 BAG, 15.10.2013 – 3 AZR 653/11, Rn. 38 f., 38; BAG, 15.10.2013 – 3 AZR 294/11, BB 2014, 2619 m. BB-Komm. Hecht, Rn. 30 f.; BAG, 20.4.2010 – 3 AZR 509/08, Rn. 75.

14 BAG, 4.8.2015 – 3 AZR 137/13, Rn. 63.

15 BAG, 4.8.2015 – 3 AZR 137/13, Rn. 63 a. E.

16 BAG, 4.8.2015 – 3 AZR 137/13, Rn. 64.

17 EuGH, 24.11.2016 – C-443/15, Parris, ECLI:EU:C:2016:897, Rn. 70.

18 Vgl. auch EuGH, 16.6.2016 – C-159/15, Lesar, ECLI:EU:C:2016:451, Rn. 25 und die dort angeführte Rechtsprechung.

sorgung an die Voraussetzung, dass das Mitglied des Versorgungssystems vor dem 60. Lebensjahr geheiratet oder eine eingetragene Lebenspartnerschaft begründet hat, lege eine Altersgrenze für den Zugang zu der dem betreffenden Altersversorgungssystem entsprechenden Hinterbliebenenversorgung fest und sei daher von Art. 6 Abs. 2 der RL 2000/78/EG erfasst. Daraus folge sodann, dass die Ungleichbehandlung wegen des Alters, die durch eine nationale Regelung wie die des Ausgangsverfahrens begründet werde, keine Diskriminierung wegen des Alters darstelle.<sup>19</sup>

#### IV. Verhältnis zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

Der vorzitierten Rechtsprechung des EuGH entsprechend kann die Hinterbliebenenversorgung als Form der Altersleistung eingeordnet werden. Ein derartiges Verständnis hatte das BAG in seiner Entscheidung vom 4.8.2015 – 3 AZR 137/13 – hinsichtlich des Anwendungsbereichs von Art. 10 Satz 3 Nr. 4 AGG nicht geteilt.

§ 10 AGG dient der Umsetzung von Art. 6 der RL 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf<sup>20</sup> in das nationale Recht. § 10 Satz 3 AGG enthält eine Aufzählung von Fallgruppen, in denen derartige unterschiedliche Behandlungen insbesondere gerechtfertigt sein können. Nach § 10 Satz 3 Nr. 4 AGG ist dies der Fall bei der „Festsetzung von Altersgrenzen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit als Voraussetzung für die Mitgliedschaft oder den Bezug von Altersrente oder von Leistungen bei Invalidität einschließlich der Festsetzung unterschiedlicher Altersgrenzen im Rahmen dieser Systeme für bestimmte Beschäftigte oder Gruppen von Beschäftigten und die Verwendung von Alterskriterien im Rahmen dieser Systeme für versicherungsmathematische Berechnungen“. Mit § 10 Satz 3 Nr. 4 AGG hat der nationale Gesetzgeber von der Ermächtigung in Art. 6 Abs. 2 der RL 2000/78/EG Gebrauch gemacht und diese Bestimmung in nationales Recht umgesetzt.

Indem der Gesetzgeber die in Nr. 4 geregelte Fallgruppe in die Rechtfertigungsgründe des § 10 Satz 3 AGG eingeordnet hat, hat er zum Ausdruck gebracht, dass die Festsetzung von Altersgrenzen für den Anspruch auf Leistungen aus den dort aufgeführten betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit grundsätzlich objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel i. S. v. § 10 Satz 1 AGG gerechtfertigt ist.<sup>21</sup>

Im Hinblick auf eine Späteheklausel einschlägig ist vor allem die in § 10 Satz 3 Nr. 4 AGG aufgeführte Fallgruppe der „Festsetzung von Altersgrenzen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit als Voraussetzung für den Bezug von Leistungen“.

Das BAG<sup>22</sup> vertritt insoweit die Auffassung, diese Fallgruppe knüpfe bereits ihrem Wortlaut nach ausschließlich an die Risiken „Alter“ und „Invalidität“, nicht jedoch an das Risiko des „Todes“ an. Daher seien ausschließlich die Alters- und Invaliditätsversorgung, nicht aber die Hinterbliebenenversorgung und damit auch nicht die Witwenversorgung erfasst. Dass die Witwenversorgung als „Annex“ zur Alters- bzw. Invaliditätsversorgung von § 10 Satz 3 Nr. 4 AGG miterfasst sei, lehnte das BAG aufgrund einer vermeintlich unionsrechtskonformen Auslegung von § 10 Satz 3 Nr. 4 AGG ab.<sup>23</sup>

Diese Auslegung des BAG in seiner Entscheidung vom 4.8.2015 – 3 AZR 137/13 – steht nicht im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH vom 24.11.2016 – C-443/15 – und ist daher im Lichte dieser Rechtsprechung nicht unionsrechtskonform.

Entgegen der Ansicht des für Angelegenheiten des Betriebsrentenrechts zuständigen 3. Senats des BAG ergab sich insbesondere aus den Entscheidungen des EuGH in den Rs. (HK-Danmark) und (Dansk Jurist), welche das BAG zitierte, nichts Gegenteiliges.

In der Rs. (Dansk Jurist)<sup>24</sup> beschäftigte sich der EuGH lediglich mit einem sogenannten Freistellungsgehalt, dessen Gewährung altersabhängig erfolgte. Ein Anspruch hierauf bestand nach der angegriffenen Regelung nicht, wenn der Betroffene bereits das 65. Lebensjahr vollendet hatte. Mit Vollendung dieses Alters war es dänischen Beamten möglich in den Ruhestand zu treten, eine derartige Verpflichtung war jedoch nicht gegeben. Die nach Ansicht des EuGH gebotene, enge Auslegung des Wortlauts von Art. 6 Abs. 2 der RL 2000/78/EG führte zu der Einordnung, dass es sich bei der fraglichen Gewährung eines Freistellungsgehalts nicht um ein betriebliches System der sozialen Sicherheit handele. Der Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 2 der RL 2000/78/EG sei daher nicht eröffnet.<sup>25</sup>

In der Rs. (HK-Danmark)<sup>26</sup> befasste sich der EuGH mit der Rechtmäßigkeit der Staffelung von Rentenversicherungsbeiträgen nach dem Alter und somit gerade nicht mit einer Altersgrenze für die Mitgliedschaft oder den Bezug von Altersrente i. S. v. Art. 6 Abs. 2 der RL 2000/78/EG. Der Entscheidung lag ein arbeitsvertraglich vereinbartes Altersversorgungssystem zugrunde, welches die Zahlung eines altersabhängigen Zuschusses des Arbeitgebers zur Rentenversicherung vorsah. Anlässlich einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitnehmerin verlangte diese von ihrem ehemaligen Arbeitgeber unter anderem die Nachzahlung von Rentenversicherungsbeiträgen für Arbeitnehmer im Alter von über 45 Jahren, welche – anders als die dortige Klägerin – den Höchstzuschuss (10%) erhielten. Der EuGH erblickte in der Behandlung der Klägerin eine nicht nach Art. 6 Abs. 2 der RL 2000/78/EG gerechtfertigte Ungleichbehandlung wegen des Alters, weil die Staffelung der Rentenversicherungsbeiträge nach dem Alter keine „Festsetzung von Altersgrenzen als Voraussetzung für die Mitgliedschaft oder den Bezug von Altersrente“ im Sinne der Norm sei.<sup>27</sup> Die hinsichtlich einer Rechtfertigung in Betracht kommenden Fallgruppen seien eng auszulegen, so dass nicht sämtliche Umstände, die ein betriebliches System der sozialen Sicherheit zur Absicherung der Risiken Alter und Invalidität kennzeichneten, wie z. B. die Festlegung der Höhe der Beiträge zu diesem System, in den Geltungsbereich von Art. 6 Abs. 2 der RL 2000/78/EG fielen. Daher sei eine derartige Festlegung auch nicht einer „Verwendung ... von Alterskriterien für versicherungsmathematische Berechnungen“ gleichzusetzen, denn sie fände weder in der Festsetzung von Altersgrenzen als Voraussetzung für die Mitgliedschaft noch für den Bezug von Altersrente Ausdruck.<sup>28</sup>

Beiden vorgenannten Entscheidungen ist gemein, dass der EuGH in diesen noch nicht die Frage beantwortet hatte, ob auch Hinterbliebenenversorgung eine Form der Altersrente i. S. d. Art. 6 Abs. 2 der Richtlinie darstellt. Dies hat er erst mit der bereits zitierten Entscheidung vom 24.11.2016 – C-443/13, Rs. Parris – getan und ausdrücklich bejaht.

19 Vgl. EuGH, 24.11.2016 – C-443/15, Parris, ECLI:EU:C:2016:897, Rn. 68 ff.

20 ABl. Egl. 303 v. 2.12.2000, S. 16, RL 2000/78/EG.

21 Vgl. BAG, 4.8.2015 – 3 AZR 137/13, Rn. 43.

22 BAG, 4.8.2015 – 3 AZR 137/13, Rn. 47.

23 BAG, 4.8.2015 – 3 AZR 137/13, Rn. 48 ff.

24 EuGH, 26.9.2013 – C-546/11, Dansk Jurist, ECLI:EU:C:2013:603.

25 EuGH, 26.9.2013 – C-546/11, Dansk Jurist, ECLI:EU:C:2013:603, Rn. 39 ff.

26 EuGH, 26.9.2013 – C-476/11, HK Danmark, ECLI:EU:C:2013:590.

27 EuGH, 26.9.2013 – C-476/11, HK Danmark, ECLI:EU:C:2013:590, Rn. 50.

28 EuGH, 26.9.2013 – C-476/11, HK Danmark, ECLI:EU:C:2013:590, Rn. 52, 53.



Daraus folgt, dass die Ungleichbehandlung wegen des Alters, wie sie durch Späteheklauseln bewirkt werden kann, letztlich keine verbotene Diskriminierung wegen des Alters darstellt. Dies überzeugt: Hinterbliebenenversorgung ist regelmäßig eine Form der Altersrente,<sup>29</sup> weil sich die Höhe der Hinterbliebenenrente meist unmittelbar von der Höhe der Altersrente ableitet und die Hinterbliebenenrente somit ein Substitut der Altersrente darstellt.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass unmittelbar an das Alter anknüpfende Späteheklauseln unabhängig von § 10 Satz 3 Nr. 4 AGG auch nach § 10 Satz 1 und 2 AGG zulässig sein können. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn diese Klauseln nur vordergründig an ein konkretes Lebensalter anknüpfen, hierin jedoch zugleich eine Anknüpfung an den Eintritt eines Versorgungsfalls<sup>30</sup> oder die (typische) Beendigung des Arbeitsverhältnisses<sup>31</sup> zu erblicken ist. Hierin liegt eine Zäsur, welche es dem Arbeitgeber gestattet, in den Bestimmungen über die Witwen-/Witwerversorgung zur Begrenzung des mit der Versorgungszusage verbundenen Risikos und Aufwands an die vorgenannten Zeitpunkte anzuknüpfen und die Lebensgestaltung des Arbeitnehmers von da an bei der Abgrenzung der Leistungspflichten unberücksichtigt zu lassen.<sup>32</sup>

## V. Fazit

Die Entscheidung des EuGH und die darin zum Ausdruck kommende Wertung, dass Hinterbliebenenversorgung eine Form der Altersleistung darstelle, steht im Widerspruch zum Verständnis des BAG hinsichtlich der unionsrechtskonformen Auslegung von § 10 Abs. 3 Satz 4 AGG. Späteheklauseln, welche hinsichtlich des Ausschlusses bestimmter Hinterbliebener an die Vollendung eines bestimmten Lebensalters anknüpf-

fen, sind danach bei unionsrechtskonformer Auslegung regelmäßig gerechtfertigt, weil das Vorliegen legitimer Ziele i. S. v. § 10 Satz 1 AGG durch § 10 Satz 3 AGG unterstellt wird. Es erscheint daher naheliegend, dass das BAG bei nächster Gelegenheit seine Rechtsprechung vom 4.8.2015 – 3 AZR 137/13 – fortentwickeln dürfte.<sup>33</sup>

**Dr. Nils Börner** ist Rechtsanwalt und Gesellschafter in der bundesweit tätigen Wiesbadener Kanzlei Förster & Cisch Rechtsanwalts-Gesellschaft mbH, welche sich auf die prozessuale Vertretung im Bereich der betrieblichen Altersversorgung spezialisiert hat. Zuvor war er für die Daimler AG im Fachbereich Pension Policies tätig.



**Philipp A. Lämpe** ist Rechtsanwalt und Gesellschafter in der auf betriebliche Altersversorgung spezialisierten, bundesweit tätigen Förster & Cisch Rechtsanwalts-Gesellschaft mbH. Er ist Mitglied der Arbeitsgemeinschaft für betriebliche Altersversorgung e.V. (aba) und schwerpunktmäßig auf dem Gebiet der betrieblichen Altersversorgung tätig.



29 Ebenso bereits Bundesverwaltungsgericht v. 27.5.2009 – 8 CN 1.09, BVerwGE 134, 99; sowie Hessisches LAG, 15.4.2015 – 6 Sa 1179/14, Rn. 23.

30 BAG, 15.10.2013 – 3 AZR 294/11, BB 2014, 2619 m. BB-Komm. Hecht, Rn. 32, BAGE 146, 200.

31 BAG, 15.10.2013 – 3 AZR 653/11, Rn. 38.

32 BAG, 4.8.2015 – 3 AZR 137/13, Rn. 70; ebenso Ahrendt, in: Schlewing u. a., Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung, 2017, Teil 7 D, Rn. 97 m. w. N.

33 Vgl. dazu auch Ahrendt, in: Schlewing u. a., Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung, 2017, Teil 7 D, Rn. 98.

Sander Runkel, RA

# Die „Eigenart“ des Profifußballs – eine kritische Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung und der Literaturmeinung

Viel wurde über die Gerichtsentscheidung des ArbG Mainz vom 19.3.2015 sowie über das Urteil des LAG Rheinland-Pfalz vom 17.2.2016 im Fall Müller geschrieben. Fußball fasziniert die Massen auch unter den Juristen. Mit Spannung wird nunmehr das BAG-Urteil erwartet. Abzuwarten bleibt jedoch, ob es dazu kommen wird oder nicht doch ein Vergleich geschlossen wird.

## I. Einleitung

Das BAG-Urteil kann die Fußballbranche stark verändern, ob es jedoch dazu kommt ist äußerst fraglich. In der Fußballbranche ist es üblich, Ein- bis Fünf-Jahres-Verträge zwischen den Vereinen und den

Spielern zu schließen. Es handelt sich somit um befristete Verträge. Befristete Verträge sind im Bereich des Sports nachvollziehbar. Dies hängt vor allem mit der körperlichen Leistung zusammen. Die Leistungskurve fällt zwangsläufig in der Regel mit dem Alter ab.

Dennoch unterliegt selbstverständlich auch eine Milliardenbranche wie der Profifußball dem Teilzeit- und Befristungsgesetz.

Die Anwendbarkeit des TzBfG ist gegeben. Somit ist fraglich, ob die Voraussetzungen für die Befristung eines Arbeitsvertrages durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt sind. In dem Bereich des Profifußballs kommt als sachlicher Grund, wenn überhaupt nur § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 in Betracht. Zunächst ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen vorliegen.