

Rechtsgutachten

zu

Verfassungsmäßigen Grenzen für ein Obligatorium und von Opting-Out-Modellen in der zusätzlichen Altersvorsorge

erstellt

im Auftrag der

Kommission

„Verlässlicher Generationenvertrag“

von

Prof. Dr. Heinz-Dietrich Steinmeyer

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Westfälische Wilhelms-Universität Münster

Universitätsstraße 14 - 16

48143 Münster

Inhaltsverzeichnis

ABSTRACT	4
ZUSAMMENFASSUNG	4
I. FRAGESTELLUNG.....	8
II. VORÜBERLEGUNGEN	11
III. GESETZGEBUNGSKOMPETENZEN.....	15
1. Die Gesetzgebungskompetenz für die Sozialversicherung	15
a. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	15
b. Umsetzung für die Fragestellung	17
c. Rolle eines Trägers der gesetzlichen Rentenversicherung	19
2. Gesetzgebungskompetenz für das Arbeitsrecht.....	22
3. Gesetzgebungskompetenz für das Privatversicherungsrecht	23
4. Gesetzgebungskompetenz für die Altersversorgung Selbständiger	24
5. Gesetzgebungskompetenz im Beamtenrecht.....	25
6. Zusammenfassung	26
IV. VERFASSUNGSMÄßIGE GRENZEN AUS DEN GRUNDRECHTEN.....	27
1. Die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG.....	27
a. Einführung eines Obligatoriums bzw. von Opting-Out-Modellen	27
aa. Legitimes Ziel des Gemeinwohls.....	28
bb. Verhältnismäßigkeit	29
(1) Geeignetheit.....	29
(2) Erforderlichkeit	30
(3) Ergebnis.....	32
b. Auferlegung von Beitragspflichten.....	32
aa. Arbeitnehmer und Arbeitgeber	32
bb. Sonstige Personengruppen	33
2. Die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG	34
V. FRAGEN DER VERFASSUNGSKONFORMEN AUSGESTALTUNG.....	35
1. Einbeziehung aller Sozialversicherungspflichtigen in ein Obligatorium oder ein Opting-Out-System.....	35
a. Eingrenzung des Personengruppen	35
aa. Personengruppe des § 1 SGB VI	35
bb. Personengruppe des § 2 SGB VI.....	36
cc. Personengruppe des § 3 SGB VI.....	37

dd. Einbeziehung von Beamten.....	37
ee. Ergebnis	37
b. Wege zur Erfassung.....	38
c. Erfassung weiterer Personenkreise.....	39
aa. Selbständige	39
bb. Beamte	40
2. Implementierung einer obligatorischen kapitalgedeckten Altersvorsorge oder eines Opting-Out-Systems über das Arbeitsrecht bzw. die betriebliche Altersversorgung	40
a. Erfasster Personenkreis.....	40
b. Wege zur Erfassung.....	42
3. Implementierung einer obligatorischen kapitalgedeckten Altersvorsorge oder eines Opting-Out-Systems über eine private Pflichtversicherung	43
a. Erfasster Personenkreis.....	43
b. Wege zur Erfassung.....	44
c. Schlussfolgerung.....	44
4. Die Entscheidung zwischen einem Obligatorium und Opting-Out-Systemen	45
a. Ausgestaltung eines Obligatoriums.....	46
b. Ausgestaltung eines Opting-Out-Systems.....	47
c. Zeitpunkt der Erfassung.....	47
aa. Bei Obligatorium.....	47
bb. Bei Opting-Out	48
5. Fragen der Ausgestaltung der zusätzlichen kapitalgedeckten Altersvorsorge	48
a. Finanzierung.....	50
aa. Beteiligte.....	50
bb. Beitragshöhe	51
b. Beitragsbezug der Leistung	52
c. Form der Leistung.....	52
d. Abzudeckende Versorgungsfälle	53
aa. Alter	53
bb. Risiko Erwerbsminderung	54
cc. Hinterbliebenensicherung.....	55
e. Befreiungsmöglichkeiten beim Obligatorium	55
aa. Geeignete Vorsorgemaßnahmen	56
bb. Bestehende Befreiungsregelungen als Vorbild?	57
cc. Gleichwertigkeit der Vorsorgemaßnahmen.....	58
dd. Durchführung der Befreiungsprüfung.....	59
f. Organisation der Versorgungseinrichtung	60
aa. Organisatorische Trennungen	61
(1) Organisation des Obligatoriums bzw. Opting-Out über eine öffentlich-rechtliche Einrichtung	61
(2) Umsetzung durch konkurrierende Fonds mit Default Fonds	62
bb. Staatlich organisiertes verpflichtendes Altersvorsorgeprodukt.....	65
cc. Verfassungsrechtliche Bewertung	66
dd. Organisation eines arbeitsrechtlichen zusätzlichen Altersvorsorgeprodukts.....	66
ee. Fragen der Wechsellmöglichkeit zwischen Einrichtungen	68
6. Beibehaltung der staatlichen Förderung.....	69
7. Fragen der Einführung des Obligatoriums bzw. Opting-Out in zeitlicher Hinsicht	70
a. Ansatz auch bei bereits bestehenden Arbeitsverhältnissen?	70
b. Abhängigkeit vom Lebensalter?.....	70

Abstract

Das Rechtsgutachten untersucht die Frage der Umsetzbarkeit eines Obligatoriums und von Opting-Out-Modellen in der zusätzlichen Altersvorsorge. Die Einführung derartiger Systeme ist je nach Ausgestaltung im Einzelnen von der Gesetzgebungskompetenz des Bundes gedeckt und kann auch bei öffentlich-rechtlicher Organisation durch Sozialversicherungsträger durchgeführt werden. Obligatorium und Opting-Out-Modelle sind grundsätzlich auch mit den Grundrechten vereinbar. Opting-Out-Modelle sind grundrechtlich leichter zu rechtfertigen aber auch die Schaffung eines Obligatoriums liegt noch im Rahmen des Beurteilungs- und Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers. Eine Erstreckung auch auf Selbständige ist möglich. Ein Obligatorium sowie Opting-Out-Modelle lassen sich mit einer Anknüpfung an die Sozialversicherungspflicht aber auch arbeitsrechtlich umsetzen, das Modell einer privatrechtlichen Pflichtversicherung eignet sich weniger. Im Fall eines Obligatoriums ist eine Befreiungsmöglichkeit bei bestehenden oder neu geschaffenen gleichwertigen Vorsorgeformen vorzusehen. Bei der Ausgestaltung sind staatliche ebenso wie privatrechtliche Einrichtungen denkbar. Die Vorgaben des europäischen Wettbewerbsrechts sind zu beachten. Bei den Einrichtungen muss sichergestellt sein, dass der erfasste Personenkreis auch bei Wechsel der Tätigkeit dauerhaft bei einer Versorgungseinrichtung bleiben kann. Das Leistungsspektrum kann neben der Alterssicherung auch die Erwerbsminderung umfassen.

Zusammenfassung

1. Ein Obligatorium oder Opting-Out-Modelle lassen sich kompetenzrechtlich je nach Ausgestaltung auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 „Sozialversicherung“ oder „Arbeitsrecht“ stützen und bei einer privatrechtlichen Anknüpfung auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG „privatrechtliches Versicherungswesen“.
2. Die Einführung eines Obligatorium oder von Opting-Out-Modellen ist mit der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG angesichts dessen vereinbar,

dass diese Maßnahme der Schließung der durch das gesunkene Rentenniveau entstandenen Versorgungslücke dienen soll.

3. Die Umsetzung kann in Anwendung des Art. 87 Abs. 2 GG auch durch einen bundesunmittelbaren Träger der Sozialversicherung erfolgen.

4. Die Einbeziehung aller Sozialversicherungspflichtigen in ein Obligatorium oder ein Opting-Out-System ist grundsätzlich möglich. Es ist allerdings der versicherungspflichtige Personenkreis des SGB VI daraufhin zu analysieren, welche Personen und Tatbestände einbezogen werden sollten. Bei den Selbständigen sollte grundsätzlich eine Abstimmung mit der zu erwartenden Erwerbstätigenversicherung erfolgen. Eine Erfassung von Beamten sollte eher nicht erfolgen, da die Beamtenversorgung in ihrer gegenwärtigen Form Elemente der Basissicherung und Elemente der Zusatzversorgung umfasst.

5. Bei einer Implementierung einer obligatorischen kapitalgedeckten Altersvorsorge bzw. Opting-Out über Arbeitsrecht bzw. betriebliche Altersversorgung führt dies zu einer Begrenzung auf den Personenkreis der Arbeitnehmer im Sinne des § 611a BGB.

6. Die Implementierung einer obligatorischen kapitalgedeckten Altersvorsorge oder Opting-Out-System über eine private Pflichtversicherung stößt auf praktische Probleme bei der Erfassung. Ein vergleichbarer praktikabler Weg für die Umsetzung einer Pflichtversicherung ist hier außer bei einer Anknüpfung an die Arbeitnehmereigenschaft nicht ersichtlich.

7. Eine Entscheidung zwischen Opting-Out und Obligatorium bewegt sich im Rahmen des dem Gesetzgeber zustehenden Beurteilungs- und Entscheidungsspielraums. Insgesamt erweist sich ein System des Opting-Out als überlegen, wobei in Rechnung zu stellen ist, dass nicht sicher abgeschätzt werden kann, in welchem Umfang vom Widerspruchsrecht Gebrauch gemacht wird. Es sei aber der politischen Entscheidung überlassen, mit welchem System gearbeitet werden sollte. Deshalb werden die Möglichkeiten und Rahmenbedingungen eines Obligatoriums ebenso erörtert wie die von Opting-Out-Systemen.

8. Von einem Obligatorium sollte aus dem relevanten Personenkreis grundsätzlich jeder erfasst werden, der noch in der Lage ist, eine kapitalgedeckte zusätzliche

Altersversorgung aufzubauen. Bei einem Opting-Out-System wird man davon ausgehen müssen, dass bei jeder neuen Tätigkeit eine automatische Erfassung erfolgen sollte mit der Möglichkeit des Opting-Out. Da die Bedeutung und Relevanz von Altersvorsorge umso stärker in das Bewusstsein des Einzelnen rückt, je näher der Ruhestand ist, sollte vorgesehen werden, dass auch bei bestehenden Arbeitsverhältnissen bzw. Tätigkeiten periodisch eine erneute Erfassung mit der Möglichkeit des Opting-Out erfolgt. Welche zeitliche Periode insoweit vorgesehen werden sollte, ist eine wertende Entscheidung. Man mag dies z.B. alle drei oder fünf Jahre wiederholen.

9. Bei einem Obligatorium ist eine Befreiungsmöglichkeit bei Bestehen anderer Vorsorgemaßnahmen vorzusehen, was beim Opting-Out angesichts der Möglichkeit des Widerspruchs nicht erforderlich ist. Die Befreiungsmöglichkeit sollte sich aus Vereinfachungsgründen am Beitragsaufwand orientieren.

10. Bei der Finanzierung sind grundsätzlich sowohl die Arbeitnehmerfinanzierung als auch die Arbeitgeberfinanzierung als auch eine Mischfinanzierung denkbar. Beim Opting-Out sollte zumindest ein Anreiz in Gestalt einer Mitfinanzierung durch den Arbeitgeber und/oder einer besonderen steuerlichen oder Zulagenförderung erfolgen. Es empfiehlt sich ein reines Beitragssystem. Man mag in Anknüpfung an die sog. Riester-Rente von einem Beitrag in Höhe von 4 % des Arbeitsentgelts ausgehen und beim Selbständigen von einem entsprechenden Betrag.

11. Bei der Leistung soll hier davon ausgegangen werden, dass die zusätzliche kapitalgedeckte Altersvorsorge beitragsbasiert und ggf. mit Garantien entsprechend der deutschen Tradition in Form einer Leibrente zu gewähren ist. Es ist eine Leistung im Fall des Alters vorzusehen, wobei an das Renteneintrittsalter nach dem SGB VI anzuknüpfen ist mit entsprechenden Abschlägen bei früherem Renteneintritt. Bei der Absicherung auch des Risikos der Erwerbsminderung sollte dies auf die vollständige Erwerbsminderung beschränkt bleiben und die Auszahlung eines Kapitalbetrags ist in Erwägung zu ziehen. Eine Hinterbliebenensicherung sollte – wenn überhaupt – nur optional erfolgen.

12. Bei der Organisation der Versorgungseinrichtung sollte die Durchführung des Obligatoriums bzw. Opting-Out und die verwaltende und leistende Einrichtung

voneinander getrennt werden. Für letztere käme eine Konstruktion nach dem Vorbild der Pensionsfonds bzw. Pensionskassen in Betracht. Bei der Einrichtung von Default-Fonds ist insbesondere bei einer öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung das europäische Wettbewerbsrecht zu beachten. Ebenfalls am europäischen Wettbewerbsrecht zu messen wäre ein verpflichtendes staatliches Altersvorsorgeprodukt.

I. Fragestellung

Gegenstand dieses Gutachtens ist die juristische Einschätzung eines Obligatoriums oder zumindest Opting-Out-Systems für die zusätzliche Altersvorsorge, um den Verbreitungsgrad der zusätzlichen kapitalgedeckten Altersvorsorge zu erhöhen. Dabei wurde die genaue Ausgestaltung in der Kommission „Verlässlicher Generationenvertrag“ noch nicht diskutiert, so dass es vorliegend um die juristische Einschätzung geht, welchen verfassungsrechtlichen Grenzen – einschließlich der Frage nach dem Gesetzgebungskompetenztitel für den Bund – ein Obligatorium bzw. ein Opting-Out-System grundsätzlich unterliegt.

Dabei stehen insbesondere folgende mögliche Ausgestaltungsalternativen im Raum:

- Verpflichtung für den Personenkreis der sozialversicherungspflichtig Beschäftigten, ggf. Absicherung weiterer Personengruppen;
- Obligatorische Abdeckung des Risikos der Erwerbsminderung;
- Befreiungsmöglichkeiten von der Pflichtversicherung, sofern zum Zeitpunkt der Einführung des Obligatoriums bereits eine adäquate zusätzliche Altersvorsorge aufgebaut oder ein gewisses Alter erreicht wurde;
- Einzahlung eines gewissen Prozentsatzes des Bruttoentgelts in die kapitalgedeckte Altersvorsorge;
- Verpflichtender Arbeitgeberbeitrag, paritätische Finanzierung Arbeitgeber/Arbeitnehmer oder alleinige Tragung durch Arbeitnehmer (ggf. mit freiwilligen Arbeitgeberbeiträgen);
- Organisation eines Obligatoriums oder Opting-Out-Systems über ein staatlich organisiertes Altersvorsorgeprodukt (entweder als Default Produkt oder als verpflichtendes Produkt) oder über eine freie Produktwahl durch den Arbeitnehmer oder den Arbeitgeber;
- Beibehaltung der staatlichen Förderung;
- Automatische Einbeziehung der Arbeitnehmer (und anderer Personen) versus Nachweispflicht seitens der Arbeitnehmer (etwa wie bei Kfz Haftpflicht o.ä.) - mit und ohne Opting-Out.

Vor diesem Hintergrund hat die Auftraggeberin Fragen von besonderem Interesse vorgelegt, die allerdings keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben:

- Wie müsste ein Obligatorium oder ein Opting-Out-System verfassungskonform ausgestaltet werden, um alle Sozialversicherungspflichtigen mit einzubeziehen und wie könnten ggf. auch weitere Personengruppen (z. B. Beamte oder Selbstständige) vom Obligatorium oder Opting-Out-System umfasst werden?
- Welche verfassungsrechtlichen Grenzen gibt es bei einem Auto-Enrolment mit/ohne Opting-Out?
- Welche Finanzierungsformen/-kombinationen (arbeitgeber- und/oder arbeitnehmerfinanziert, steuerfinanzierte Förderungen) sind bei einem Obligatorium oder Opting-Out-System in der zusätzlichen Altersvorsorge verfassungskonform?
- Was muss bei der Implementierung eines Obligatoriums oder Opting-Out-Systems konkret beachtet werden, um Verfassungskonformität zu gewährleisten (etwa bei der Wahl des Trägers der Kontenführung, Kapitalanlage etc.)?

Außerdem sind Fragen zur Verortung eines Obligatoriums bzw. Opting-Out-Systems von Interesse, d. h. welcher Säule der Altersvorsorge es zugerechnet werden sollte:

- Besteht die Möglichkeit einer verfassungskonformen Implementierung einer obligatorisch kapitalgedeckten Altersvorsorge (bzw. Opting-Out-Systems) über die gesetzliche Rentenversicherung? Was muss hier konkret beachtet werden?
- Besteht die Möglichkeit einer verfassungskonformen Implementierung einer obligatorisch kapitalgedeckten Altersvorsorge (bzw. Opting-Out-System) über das Arbeitsrecht bzw. die betriebliche Altersversorgung? Was muss hier konkret beachtet werden?
- Besteht die Möglichkeit einer verfassungskonformen Implementierung einer obligatorisch kapitalgedeckten Altersvorsorge (bzw. Opting-Out-Systems)

über eine private Pflichtversicherung? Was muss hier konkret beachtet werden?

II. Vorüberlegungen

Die Zusatzversorgung im Rahmen der Alterssicherung ist derzeit nicht flächendeckend und erfasst auch nur in begrenztem Umfang Mitarbeiter kleiner und mittlerer Unternehmen. Noch eher wenig verbreitet sind auch allgemein Zusatzversorgungssysteme in den Gebieten der früheren DDR. Es hat sich ergeben, dass steuerliche Fördersysteme wie etwa bei der Riester-Rente den erwünschten Erfolg nicht erbracht haben. Ob das Sozialpartner-Modell in der betrieblichen Altersversorgung erfolgreich sein wird, steht noch nicht fest, Zweifel sind aber trotz eines ersten Tarifvertrages angebracht¹.

Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, über alternative Wege nachzudenken, um angesichts des gesunkenen Leistungsniveaus der gesetzlichen Rentenversicherung den Verbreitungsgrad der Zusatzversorgung zu erhöhen. Dafür bietet sich – auch angesichts ausländischer Vorbilder – zum einen eine verpflichtende Zusatzversorgung an und zum anderen eine automatische Erfassung verbunden mit der Möglichkeit, dieser Erfassung zu widersprechen. An ausländischen Vorbildern ist für die erstgenannte Alternative insbesondere Schweden zu nennen und für die zweitgenannte Großbritannien².

Ein Obligatorium erreicht je nach Ausgestaltung einen weiten Personenkreis und stellt sicher, dass dieser dann auch flächendeckend über eine Zusatzversorgung verfügt. Es stellt sich hier allerdings die Frage nach einer sachgerechten Erfassung dieses Personenkreises, der im Einzelnen zu definieren ist. Bei einem Obligatorium muss auch berücksichtigt werden, dass diejenigen, die bereits über eine – entsprechende – Zusatzversorgung verfügen, von diesem Obligatorium ausgenommen werden müssen, also eine geeignete und praktisch umsetzbare Befreiungsregelung vorzusehen ist, bei der insbesondere auch zu entscheiden ist, welche Voraussetzungen für eine Befreiung zu erfüllen sind. Daneben ist bei einem Obligatorium zu entscheiden, ob alle

¹ S. dazu auch *Arteaga*, Es ist dringend erforderlich, das Alterssicherungssystem zu reformieren, *bank und markt* 2019, 394 ff.; *Hanau/Arteaga*, Wie sieht die Zukunft der betrieblichen Altersversorgung aus?, *Der Betrieb* 2019, 2183 ff.

² *Börsch-Supan / Roth / Wagner*, Altersvorsorge im internationalen Vergleich: Staatliche Produkte für die zusätzliche Altersvorsorge in Schweden und dem Vereinigten Königreich, Berlin 2017

Altersgruppen unmittelbar erfasst werden sollen oder ob dies auf Personen bis zu einem bestimmten Lebensalter oder gar auf Berufsanfänger beschränkt werden sollte.

Bei einem Opting-Out-System wird letztlich dem Umstand Rechnung getragen, dass ein höherer Verbreitungsgrad erreicht werden kann, wenn der Personenkreis, der erfasst werden soll, nicht selbst initiativ werden muss, um eine Zusatzversorgung einzurichten, sondern er nur initiativ werden muss, wenn er diese Zusatzversorgung nicht will. Es bleibt damit im Ergebnis ein freiwilliges System, in dem der Entscheidungsprozess von der positiven Entscheidung zum Widerspruch verändert wird. Daraus ergibt sich, dass hier ein System der Befreiungsmöglichkeiten nicht zwingend vorzusehen ist, da der grundsätzlich erfasste Personenkreis bei Vorhandensein eigener Zusatzversorgung der konkreten Erfassung eben widersprechen kann. Aus dem gleichen Grund ist hier auch nicht zwingend erforderlich, eine Altersgrenze gleich welcher Art auch immer für den Anschluss an ein solches System vorzusehen. Allerdings müsste hier entschieden werden, wann die automatische Erfassung erfolgen soll, ob also nur zu Beginn der Berufstätigkeit oder bei jedem Wechsel oder periodisch wiederholend; das hängt dann auch zusammen mit der Ausgestaltung der Erfassung bei Opting-Out-Modellen.

Bei beiden Herangehensweisen stellt sich die Frage der erfassten Risiken. Es versteht sich von selbst, dass das Risiko Alter zu erfassen ist. Das Risiko der Erwerbsminderung sollte nach den Vorgaben der Auftraggeberin ebenfalls erfasst werden, zumal gerade bei Erwerbsminderung das Problem unzureichender Absicherung in besonderer Weise besteht. Hinzuweisen ist aber bereits an dieser Stelle darauf, dass Risiken wie die Erwerbsminderung die Kalkulation eines entsprechenden Leistungsmodells maßgeblich bestimmen und dementsprechend die Leistungshöhe auch der Altersleistung beeinflussen werden. Entsprechendes gilt auch für den Einschluss weiterer Risiken wie etwa der Hinterbliebenenversorgung, die man dann wohl eher als Option vorsehen sollte.

Es geht schließlich auch um Grundfragen des Beitrags- und Leistungssystems bei der hier zu prüfenden Herangehensweise. Insoweit ist zu entscheiden, in welcher Höhe der

Beitrag anzusetzen ist und wer ihn zu tragen hat. Bei der Leistung ist zu entscheiden, ob eine Verrentung vorzusehen ist und ob eine bestimmte Leistungshöhe vorgegeben werden soll oder aber, ob sich die Leistung nach den eingezahlten Beiträgen zuzüglich der erzielten Rendite richtet. Im ersteren Fall müsste ein Mechanismus vorgesehen werden, der den Fall regelt, dass die Beiträge zuzüglich der erzielten Rendite die versprochene Leistung nicht erreichen.

Eine maßgebliche Frage ist schließlich, ob ein Obligatorium oder ein Opting-Out-Modell durch Träger der Sozialversicherung – hier also die Träger der gesetzlichen Rentenversicherung – durchgeführt wird oder im arbeitsrechtlichen Weg durch die Arbeitgeber bzw. davon unabhängig im Privatversicherungsrecht. Dies hat rechtlich Konsequenzen bei der Frage der maßgeblichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes, aber auch für die Frage der Erfassung des Personenkreises beim Obligatorium sowie bei den Opting-Out-Systemen. Mit einer arbeitsrechtlichen Anknüpfung lassen sich nur Arbeitnehmer erfassen, während eine Organisation über die Träger der gesetzlichen Rentenversicherung auch darüber hinausgehende Personenkreise erfassen kann, allerdings bei einer umfassenden Erfassung auch an praktische und rechtliche Grenzen stoßen dürfte. Daraus ergeben sich auch Fragen hinsichtlich des zulässigen Aufgabenbereichs eines Rentenversicherungsträgers. Bei der privatversicherungsrechtlichen Anknüpfung stellt sich insbesondere die Frage, wie sichergestellt werden kann, dass der zu erfassende Personenkreis auch tatsächlich vollständig erfasst wird und wie dies kontrolliert werden kann, da eine natürliche Anknüpfung wie etwa das Auto bei der Kfz-Pflichtversicherung fehlt.

Aus diesen Vorüberlegungen ergibt sich bereits, dass bei einer verfassungsrechtlichen Überprüfung zu unterscheiden ist zwischen der Beeinträchtigung der allgemeinen Handlungsfreiheit durch Auferlegung eines Obligatoriums oder Einführung eines Opting-Out-Systems und der erforderlichen Rechtfertigung auf der einen Seite, weiterhin der kompetenziellen Frage einer solchen Maßnahme und schließlich der Frage der Organisation des Obligatoriums und des Opting-Out und der damit verbundenen kompetenziellen Fragen.

Insoweit nimmt sich der Verfasser dieses Rechtsgutachtens die Freiheit, verschiedene denkbare Ausgestaltungen zu untersuchen, da die verfassungsrechtliche Bewertung zum Teil von der Ausgestaltung im Einzelnen abhängen mag.

Sollte es dabei zur Empfehlung einer bestimmten Form der Ausgestaltung kommen, so geschieht dies vor dem Hintergrund der Aufgabenstellung und in Umsetzung dieser Vorgaben. Die Entscheidung, eines dieser Modelle als Lösung der anstehenden Fragen vorzuschlagen, ist Aufgabe der Rentenkommission und nicht des Verfassers.

III. Gesetzgebungskompetenzen

Bei der Frage der Gesetzgebungskompetenzen des Bundes geht es im Kern um die Auferlegung des Obligatoriums oder die Einrichtung eines Opting-Out als solchem im Rahmen einer bestimmten grundsätzlichen Gestaltungsform. Wird dies etwa mit der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung verknüpft, so stellt sich insbesondere die Frage, ob dies unter Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG (Sozialversicherung) subsumiert werden kann. Im Fall einer arbeitsrechtlichen Verknüpfung wäre der naheliegende verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstab die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für das Arbeitsrecht nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG. Bei einer privatversicherungsrechtlichen Lösung wäre an Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zu denken.

1. Die Gesetzgebungskompetenz für die Sozialversicherung

a. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

In seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der Künstlersozialabgabe³ hat das Bundesverfassungsgericht zum Ausdruck gebracht, dass der Begriff „Sozialversicherung“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG als weitgefasster verfassungsrechtlicher Gattungsbegriff zu verstehen sei. Er umfasse alles, was sich der Sache nach als Sozialversicherung darstelle. Neue Lebenssachverhalte könnten in das Gesamtsystem „Sozialversicherung“ einbezogen werden, wenn die neuen Sozialleistungen in ihren wesentlichen Strukturelementen, insbesondere in der organisatorischen Durchführung und hinsichtlich der abzudeckenden Risiken, dem Bild entsprechen, das durch die „klassische“ Sozialversicherung geprägt ist. Zur Sozialversicherung gehöre jedenfalls die gemeinsame Deckung eines möglichen, in seiner Gesamtheit schätzbaren Bedarfs durch Verteilung auf eine organisierte Vielheit.

³ BVerfG v. 8.4.1987 – 2 BvR 909/82 – BVerfGE 75, 108 ff., 116 = NJW 1987, 3115 ff.

Das Bundesverfassungsgericht bezieht sich dabei auf eine ältere Entscheidung des Bundessozialgerichts, nach der die Sozialversicherung im Unterschied zur Privatversicherung eine Sicherung besonderer Art sei, bei der neben dem Risikoausgleich von wesentlicher Bedeutung der soziale Ausgleich sei, weshalb Beiträge und Leistungen nach sozialen Gesichtspunkten gestaffelt würden⁴.

Das Bundesverfassungsgericht führt dann weiter aus, dass die Beschränkung auf Arbeitnehmer und auf eine Notlage nicht zum Wesen der Sozialversicherung gehöre. Eine besondere Hilfebedürftigkeit ist nicht erforderlich. In neueren Entscheidungen wird auch noch auf Elemente der Solidarität abgestellt. Außer dem sozialen Bedürfnis nach Ausgleich besonderer Lasten sei die Art und Weise kennzeichnend, wie die Aufgabe organisatorisch bewältigt werde: Träger der Sozialversicherung seien selbständige Anstalten oder Körperschaften des öffentlichen Rechts, die ihre Mittel durch Beiträge der „Beteiligten“ aufbringen.

In einer anderen Entscheidung weist das Bundesverfassungsgericht darauf hin, dass dieser Begriff der „Sozialversicherung“ auch bei der Kompetenz- und Organisationsnorm des Art. 87 Abs. 2 GG zugrunde zu legen sei⁶.

In dieser Entscheidung hat das Gericht die in den §§ 29 bis 33 des früheren Schornsteinfegergesetzes geregelte Zusatzversorgung im Schornsteinfegerhandwerk als Sozialversicherung angesehen. Sie sei Teil einer umfassenden Alters- und Hinterbliebenenversorgung und Träger sei eine eigenständige juristische Person des öffentlichen Rechts. Der – in seiner Gesamtheit schätzbare – Bedarf werde im Wesentlichen durch Beiträge der Mitglieder der Anstalt gedeckt. Es gelte Versicherungszwang. Sozialversicherung schließe eine zur Grundversorgung hinzutretende Zusatzversorgung ein, zumal wenn sie Teil eines einheitlichen Gesamtversorgungssystems sei.

⁴ BSG v. 20.12.1957 – 7 RKg 4/56 – BSGE 6, 213 ff., 227

⁵ BVerfG v. 18.7.2005 - 2 BvF 2/01 – Rn 83 ff.; BVerfG v. 9.12.2003 – 1 BvR 558/99 – NVwZ 2004, 463 ff.

⁶ BVerfG v. 12.1.1983 – 2 BvL 23/82 – NVwZ 1983, 537 ff., 540

b. Umsetzung für die Fragestellung

Aus dieser Übersicht der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ergibt sich bereits, dass eine Einordnung eines Obligatoriums bzw. von Opting-Out-Systemen für eine Zusatzversorgung unter den Kompetenztitel „Sozialversicherung“ Probleme bereitet. Es wird auch deutlich, dass zwar auch Zusatzversorgungssysteme unter diesen Kompetenztitel fallen können, diese aber zur Grundversorgung hinzutreten müssen, was insbesondere der Fall ist, wenn sie Teil eines zur Grundversorgung hinzutretenden Gesamtversorgungssystems sind. Dies ist bei der Schornsteinfegerversorgung der Fall, die nach dem früheren Schornsteinfegergesetz eine Anrechnung der Rente aus der gesetzlichen Rentenversicherung auf das Ruhegeld aus der Schornsteinfegerversorgung vorsieht. Eine derartige Gesamtversorgung ist nach den vorliegenden Vorstellungen zur Zusatzversorgung nicht vorgesehen. Vielmehr geht es vorliegend – vorbehaltlich genauerer Ausgestaltung – um eine Verpflichtung bzw. Opting-Out im Bereich der kapitalgedeckten zusätzlichen Altersvorsorge, die im Leistungssystem keinen vergleichbaren Zusammenhang mit der gesetzlichen Rentenversicherung hat, wenn man einmal davon absieht, dass das hier zu prüfende Vorgehen dazu dienen soll, bei zurückgehendem Leistungsniveau der gesetzlichen Rentenversicherung entstehende Lücken zu füllen.

Es erweist sich deshalb als problematisch, ein Obligatorium und Opting-Out-Modelle in der zusätzlichen Altersvorsorge unter den Kompetenztitel der Sozialversicherung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG zu fassen.

Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht schon früh zum Ausdruck gebracht, dass der Begriff der Sozialversicherung ein dynamischer ist. So hat das Gericht bereits 1960 ausgesprochen⁷, dass die Beschränkung auf Arbeitnehmer und auf eine Notlage nicht zum Wesen der Sozialversicherung gehörten. Außer dem sozialen Bedürfnis nach Ausgleich besonderer Lasten sei kennzeichnend die Art und Weise, wie die Aufgabe organisatorisch bewältigt werde. Träger der Sozialversicherung seien selbständige Anstalten oder Körperschaften des öffentlichen Rechts, die ihre Mittel durch Beiträge

⁷ BVerfG v. 10.5.1960 – 1 BvR 190/58 u.a., NJW 160, 1099 ff.

von „Beteiligten“ aufbringen. „Beteiligte“ seien herkömmlich die Versicherten und ihre Arbeitgeber, deren Heranziehung zugunsten der Arbeitnehmer als Auswirkung eines Fürsorgeprinzips angesehen werde, von dem das moderne Arbeitsverhältnis geprägt sei. Maßgebend sei, dass ein Sozialtatbestand vorliege, der eine ausgleichende Hilfe der Gemeinschaft rechtfertige. Wenn dann die Hilfe durch selbständige Körperschaften des öffentlichen Rechts gewährt werde, die die notwendigen Mittel durch Beiträge der Arbeitgeber und – im Falle der Selbständigen – der Begünstigten selbst aufbringen und das Leistungssystem organisatorisch eng an einen Träger der „klassischen“ Sozialversicherung, in dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall die Berufsgenossenschaften, angelehnt sei, spreche dies für „Sozialversicherung“ im Sinne der Kompetenzvorschriften.

Greift man hier den Gedanken auf, dass ein Sozialtatbestand vorliegen muss, der eine ausgleichende Hilfe der Gemeinschaft rechtfertigt, so lässt sich allgemein anführen, dass es darum geht, durch eine Erhöhung der Verbreitung der zusätzlichen Altersvorsorge der Niveauabsenkung in der gesetzlichen Rentenversicherung Rechnung zu tragen und dabei den Umstand zu berücksichtigen, dass die zusätzliche Altersvorsorge insbesondere bei Beschäftigten im unteren Einkommensbereich noch nicht flächendeckend ist. Ein Sozialtatbestand ist damit gegeben, der unter Einbindung eines Sozialversicherungsträgers und Nutzung eines Obligatoriums oder Opting-Out erreicht werden soll. Eine andere Frage dabei ist, ob so auch ein sozialer Ausgleich bzw. eine ausgleichende Hilfe erreicht wird, worauf das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung abstellt. Dies ist hier im Sinne einer Umverteilung nicht zu sehen, da vorbehaltlich besonderer Ausgestaltungen eine Leistung entsprechend eingezahlter Beiträge erfolgt, was aber grundsätzlich auch bei der gesetzlichen Rentenversicherung der Fall ist. Zu berücksichtigen ist auch, dass es sich hier um einen Ausgleich der Niveauabsenkung in der gesetzlichen Rentenversicherung handelt, was eine sachliche Nähe zur gesetzlichen Rentenversicherung herstellt. Man kann hier zwar nicht im klassischen Sinne von einer Gesamtversorgung sprechen, wie sie das Bundesverfassungsgericht bei der Entscheidung zur Schornsteinfegerversorgung vor Augen hatte, der Zusammenhang ist aber enger, als es bei einer betrieblichen Altersversorgung nach dem Betriebsrentengesetz wäre, da hier der Zweck der

Vorgehensweise einen unmittelbaren Bezug zur gesetzlichen Rentenversicherung aufweist.

Es erweist sich also, dass eine Zusatzversorgung über ein Obligatorium oder ein Opting-Out nicht unmittelbar der (klassischen) Sozialversicherung zuzuordnen ist, wie sie das Bundesverfassungsgericht bisher zu bewerten hatte. Auch bei Anlegung eines dynamischen Begriffs der Sozialversicherung gelangt man hier in Grenzbereiche. Da derartige Gestaltungen bisher nicht Gegenstand von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts waren, kann eine sichere Aussage darüber, wie sich das Bundesverfassungsgericht zu einer solchen Ausgestaltung stellen würde, nicht gemacht werden.

Angesichts des unmittelbaren Zweckzusammenhangs mit der gesetzlichen Rentenversicherung sieht aber der Verfasser dieses Gutachtens eine Zuordnung zur Kompetenz Sozialversicherung als möglich und zulässig an.

c. Rolle eines Trägers der gesetzlichen Rentenversicherung

Allerdings könnte vorliegend die Rolle der Träger oder eines Trägers der gesetzlichen Rentenversicherung darin bestehen, ein Obligatorium oder ein Opting-Out verwaltungstechnisch umzusetzen, wenn man etwa alle Sozialversicherungspflichtigen einbeziehen will. Es ist also ein Ansatz, der nicht arbeitsrechtlich ausgestaltet ist, sondern bei der öffentlich-rechtlichen Versicherungspflicht ansetzt. Dieser Ansatz vermag dann auch einen über das Arbeitsrecht hinausgreifenden Personenkreis zu erfassen. Eine Nähe zur Sozialversicherung im Sinne der Kompetenzvorschrift des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG ist dann unverkennbar.

Weiterhin könnte die Rolle der Träger oder eines Trägers der gesetzlichen Rentenversicherung darin bestehen, einen staatlichen Fonds einzurichten und zu betreiben, in den die Beiträge des erfassten Personenkreises eingezahlt werden und der auch die Leistungen gewährt. Dieser kann ein einzelner Fonds sein, was wiederum

eine relative Nähe zur Sozialversicherung bedeuten würde, kann aber auch ein Fonds sein, der neben anderen – privaten – Fonds steht.

Ist aber der Rentenversicherung allein die Erfassung des Personenkreises zugewiesen und ggf. auch noch die Vermittlung von Altersvorsorgeprodukten, so entfernt sich dies weiter vom Begriff der Sozialversicherung und kann auch zu der Frage führen, ob die Träger der gesetzlichen Rentenversicherung eine solche Aufgabe überhaupt erfüllen dürfen. Sollte es um ein verpflichtendes Altersvorsorgeprodukt gehen, so ist eine Nähe zur Sozialversicherung auch im verfassungsrechtlichen Sinne größer als dies der Fall wäre, wenn es nur um ein staatlich organisiertes Altersvorsorgeprodukt als Default-Produkt geht. Sollte schließlich nur an eine Vermittlung privater Altersvorsorgeprodukte gedacht sein, so ist wiederum eine geringere Nähe zur Sozialversicherung festzustellen.

Daraus folgt, dass eine Betrauung der Träger der gesetzlichen Rentenversicherung mit der Durchführung des Obligatoriums bzw. von Opting-Out-Modellen der zusätzlichen Altersvorsorge nur unter bestimmten Voraussetzungen und mit Vorsicht dem Aufgabenbereich „Sozialversicherung“ zugerechnet werden kann. Es dürfte dafür maßgeblich darauf ankommen, wie nahe das System der über Sozialversicherungsträger organisierten Alterssicherung kommt, was umso eher der Fall ist, wie das Altersvorsorgeprodukt ein eher staatliches ist.

Davon ist allerdings die Frage zu unterscheiden, ob nicht die Träger der gesetzlichen Rentenversicherung in geeigneter Weise in das Verfahren des Obligatoriums und von Opting-Out-Modellen der zusätzlichen Altersvorsorge einbezogen werden können. Hier sind dann die Grenzen einer solchen Möglichkeit noch näher auszuloten. Es geht dabei konkret um die Frage, ob und inwieweit Körperschaften des öffentlichen Rechts, die für einen bestimmten Zweck geschaffen worden sind, auch andere damit in einem Zusammenhang stehende Aufgaben übertragen werden können. Dies ist im Übrigen geschehen durch die Übertragung der Gewährung der Altersvorsorgezulage auf die Deutsche Rentenversicherung Bund. Grundsätzlich kann der Bundesgesetzgeber nach Art. 87 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 GG eine neue bundesunmittelbare Körperschaft zur

Erfüllung der Aufgaben der Altersvorsorge errichten, wenn ihm hinsichtlich der Sachmaterie die Gesetzgebungskompetenz zusteht. Die Deutsche Rentenversicherung Bund ist grundsätzlich für Aufgaben nach dem SGB VI vorgesehen. Nach den obigen Ausführungen sind die im Zusammenhang mit dem Obligatorium oder dem Opting-Out sich ergebenden Fragen je nach Ausgestaltung nur mehr oder weniger der Sozialversicherung und dem SGB VI zuzuordnen. Gleichwohl kann der Deutschen Rentenversicherung Bund als Träger der gesetzlichen Rentenversicherung eine sozialversicherungsfremde und nicht unter Art. 87 Abs. 2 GG fallende Aufgabe übertragen werden, sofern die Grenzen für die Zuweisung sachgebietsfremder Aufgaben an Bundesbehörden eingehalten werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts darf der Bundesgesetzgeber einer Bundesbehörde über die bisherigen Aufgaben hinaus eine weitere Verwaltungsaufgabe zuweisen, wenn er sich für deren Wahrnehmung auf eine Kompetenz des Grundgesetzes stützen kann, die Aufgabe von Verfassungs wegen nicht einem bestimmten Verwaltungsträger vorbehalten ist und die Zuweisung das Gepräge der Bundesbehörde als Träger der gesetzlichen Rentenversicherung wahrtr⁸.

In Bezug auf die Gewährung der Altersvorsorgezulage im Rahmen der Riester-Rente hat der Bundesfinanzhof die Voraussetzungen für die Übertragung der Gewährung der Altersvorsorgezulage auf die Deutsche Rentenversicherung Bund als erfüllt angesehen. Der Bund habe die Möglichkeit, gemäß Art. 87 Abs. 3 Satz 1 Alternative 2 GG eine neue bundesunmittelbare Körperschaft zur Erfüllung der Aufgaben der Altersvorsorge zu schaffen; gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 und Nr. 7 GG und Art. 105 Abs. 2 GG habe der Bund die konkurrierende Gesetzgebung für diese Materie. Die Aufgabe sei von Verfassungs wegen keinem anderen Verwaltungsträger zugewiesen. Auch ändere sich dadurch, dass eine ausgegliederte Abteilung Altersvorsorgezulagen gewähre, nichts an der maßgeblichen Prägung der Deutschen Rentenversicherung Bund durch die Erfüllung der Aufgaben des Sechsten Buchs Sozialgesetzbuch (SGB VI). Sie betreue zum einen die ihr gemäß § 127 Abs. 2 Nr. 1 SGB VI zugeordneten Versicherten, Rentner und Arbeitgeber und sei zum anderen für die Angelegenheiten,

⁸ BVerfG v. 28.1.1998 – 2 BvF 3/92 – NVwZ 1998, 495 ff. für die Übertragung polizeilicher Aufgaben auf den Bundesgrenzschutz; *Ibler*, in *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Art. 87 Rn 185

die die gesamte Rentenversicherung betreffen, d.h. für Grundsatz- und Querschnittsaufgaben gemäß § 138 SGB VI, sowie für die gemeinsamen Angelegenheiten der Träger der Rentenversicherung zuständig⁹.

Überträgt man dies auf die vorliegende Fragestellung, so ergibt sich, dass bei Vorliegen einer Bundeskompetenz damit eine Übertragung von Aufgaben etwa auf die Deutsche Rentenversicherung Bund als Träger der gesetzlichen Rentenversicherung möglich und zulässig ist. Hier wäre angesichts der Tatsache, dass es sich um Maßnahmen der Altersvorsorge geht, auch – ebenso wie bei der Altersvorsorgezulage – ein Bezug zu den Kernaufgaben des Rentenversicherungsträgers gegeben.

Im Folgenden wird dies jeweils noch bei einzelnen Ausgestaltungsvarianten zu kontrollieren sein.

2. Gesetzgebungskompetenz für das Arbeitsrecht

Unter der Gesetzgebungskompetenz für das Arbeitsrecht ist das für Arbeitsverhältnisse maßgebende Recht zu verstehen, was unter Einbeziehung nicht nur des Individualarbeitsrechts, sondern auch des kollektiven Arbeitsrechts und öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Schutzvorschriften zu verstehen ist. Voraussetzung ist allerdings jeweils das Vorliegen abhängiger Arbeitsverhältnisse¹⁰, so dass Selbständige von dieser Kompetenz nicht erfasst werden können.

Die Kompetenz für das Arbeitsrecht erfasst auch das Recht der betrieblichen Altersversorgung, wie das Bundesverwaltungsgericht in einer Entscheidung zur Abgabe zur Insolvenzsicherung entschieden hat¹¹. Dabei geht es auf die Nähe des Arbeitsrechts und insbesondere auch des Betriebsrentenrechts zur Sozialversicherung ein und betont auch hier den Rechtsgedanken des sozialen Ausgleichs zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Von den Renten der gesetzlichen

⁹ BFH v. 8.7.2015 – X R 41/13, BFHE 250,397 ff. Rn 46

¹⁰ S. dazu mwN Sachs/*Degenhart*, Art. 74 Rn 53

¹¹ BVerwG v. 14.11.1985 – 3 C 44/83 - NJW 1987, 793 ff.

Sozialversicherung, für die der Rechtsgedanke des sozialen Ausgleichs maßgeblich sei, unterscheide sich die betriebliche Altersversorgung zwar dadurch, dass sie arbeitsrechtlicher Natur sei. Auch dem Arbeitsrecht sei aber der Rechtsgedanke des sozialen Ausgleichs nicht fremd; vielmehr könne er als eine Verallgemeinerung der dem Arbeitsverhältnis entspringenden vielfältigen Fürsorgepflichten des Arbeitgebers verstanden werden. Es komme hinzu, dass sich die betriebliche Altersversorgung und die Sozialversicherung als Rentenversicherung in ihrer Funktion nahekomen.

Für die vorliegende Fragestellung folgt daraus, dass ein Obligatorium oder Opting-Out-Systeme bei entsprechender Ausgestaltung auch auf die Gesetzgebungskompetenz für das Arbeitsrecht gestützt werden können. Das würde bedeuten, dass man mit arbeitsrechtlichen Verknüpfungen arbeitet.

Allerdings ergibt sich aus dieser Kompetenzregelung nur die Möglichkeit der Erfassung von Arbeitnehmern.

3. Gesetzgebungskompetenz für das Privatversicherungsrecht

Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG spricht von der Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Wirtschaft, wobei in der Klammer ausdrücklich auf das privatrechtliche Versicherungswesen verwiesen wird. Zum privatrechtlichen Versicherungswesen ist auch die Anordnung einer Pflichtversicherung zu fassen¹² und das Betreiben durch öffentlich-rechtliche Versicherer steht dem nicht entgegen. Maßgebend ist, dass das Unternehmen private Versicherungsverträge schließt und im Wettbewerb mit privatrechtlich organisierten Versicherungsunternehmen steht. Die einzige Ausnahme sind hoheitlich betriebene Versicherungen, was hier nicht einschlägig ist¹³.

¹² Sachs/*Degenhart*, GG, Art. 74 Rn 49

¹³ S. zu allem näher *Maunz*, in *Maunz/Dürig*, GG, Art. 74 Rn 148

So hat das Bundesverfassungsgericht etwa die private Pflege-Pflichtversicherung kompetenziell Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zugeordnet¹⁴. Der Bundesgesetzgeber könne sich auf diese Vorschrift stützen, wenn sich seine Regelungen auf Versicherungsunternehmen bezögen, die im Wettbewerb mit anderen durch privatrechtliche Verträge Risiken versicherten, die Prämien grundsätzlich am individuellen Risiko und nicht am Erwerbseinkommen des Versicherungsnehmers orientierten und die vertraglich zugesagten Leistungen im Versicherungsfall auf Grund eines kapitalgedeckten Finanzierungssystems erbrächten. Ebenso wie die Kompetenz „Sozialversicherung“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG sei auch die Kompetenznorm „privatrechtliches Versicherungswesen“ Entwicklungen nicht von vornherein verschlossen. Der Gesetzgeber des Bundes könne sich deshalb auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG auch dann berufen, wenn er für einen von ihm neu geschaffenen Typ von privatrechtlicher Versicherung Regelungen des sozialen Ausgleichs vorsehe und insbesondere während einer Übergangszeit die das privatwirtschaftliche Versicherungswesen prägenden Merkmale nur begrenzt wirken lasse.

Ein Obligatorium oder die Einführung von Opting-Out-Modellen ist damit verfassungsrechtlich als unter Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG fallend grundsätzlich zulässig, sofern es auf privatversicherungsrechtlichem Weg umgesetzt wird.

4. Gesetzgebungskompetenz für die Altersversorgung Selbständiger

Aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG wird auch die Kompetenz für die Einbeziehung von Selbständigen herzuleiten sein. Dies ergibt sich aus einer bereits 1952 ergangenen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die das Recht des Schornsteinfegerwesens einschließlich der Altersversorgung dieses Personenkreises der Kompetenznorm für das Recht der Wirtschaft zuordnete¹⁵. Dazu heißt es in dieser Entscheidung, dass zur Regelungsbefugnis der gesamte Bereich des Berufs –

¹⁴ BVerfG v. 3.4.2001 – 1 BvR 1681/94 u.a. – NJW 2001, 1707 ff.

¹⁵ BVerfG v. 30.4.1952 – 1 BvR 14,25,167/52 – NJW 1952, 865 ff.

einschließlich der Altersversorgung – gehört¹⁶. Daraus kann allgemein hergeleitet werden, dass damit auf diese Kompetenz gestützt auch eine verpflichtende Zusatzversorgung für Selbständige bzw. ein Opting-Out eingeführt werden kann.

5. Gesetzgebungskompetenz im Beamtenrecht

Sofern vom Obligatorium oder von Opting-Out-Modellen auch Beamte erfasst werden sollten, dürfte es auch für Ausgestaltungen im Beamtenrecht gelten, so dass insoweit die Reichweite der Gesetzgebungskompetenz des Bundes zu bestimmen ist.

Hier ist zu unterscheiden zwischen den Regelungen für die Beamten des Bundes und für die Beamten der Länder, Gemeinden und anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts sowie der Richter in den Ländern mit Ausnahme der Laufbahnen, Besoldung und Versorgung. Letzteres ist niedergelegt in Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG für die Beamten mit Ausnahme der Bundesbeamten.

Es ist dabei darauf zu achten, dass eine einheitliche Lösung für Bundesbeamte und Beamte der Länder, Gemeinden und anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts gefunden wird. Insoweit ist für Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 darauf hinzuweisen, dass sich die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes bezieht auf „die Statusrechte und -pflichten ... mit Ausnahme der Laufbahnen, Besoldung und Versorgung“. Daraus ergibt sich dann die Frage, ob vom Begriff der Versorgung auch Obligatorium oder Opting-Out-Modelle in der kapitalgedeckten zusätzlichen Altersvorsorge erfasst werden. Unter dem Begriff der Versorgung dürfte die Versorgung nach beamtenrechtlichen Grundsätzen zu verstehen sein, wie dies in § 2 BeamtVG niedergelegt ist¹⁷.

Das bedeutet auch, dass eine ergänzende Zusatzversorgung nicht von diesem Ausnahmetatbestand erfasst wird. Es wird deshalb angenommen, dass „ergänzende Zusatzversicherungen in Form vom Beamten anzusparger, ggf. steuerlich oder

¹⁶ S. auch Sachs/*Degenhart*, Art. 74 GG Rn 50

¹⁷ Sachs/*Degenhart*, GG, Art. 74 Rn 119; *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 74 Rn 76

anderweitig begünstigter Renten, sollten sie für Beamte eingeführt werden (in Anlehnung an die sog. „Riester-Rente“)“ unter Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 bzw. 12 GG fallen¹⁸.

Damit würde sich eine Kompetenz für ein Obligatorium bzw. von Opting-Out-Modellen in der zusätzlichen Altersvorsorge auch für Beamte ergeben.

6. Zusammenfassung

Damit ergibt sich, dass eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes sich insbesondere für das Arbeitsrecht ergibt, aber auch für eine sozialversicherungsrechtliche Lösung – wenn auch mit gewissen Vorbehalten – und für privatversicherungsrechtliche Lösung sowie für die Erfassung von Beamten.

Eine Betrauung der Deutschen Rentenversicherung Bund als Träger der gesetzlichen Rentenversicherung mit der Durchführung des Obligatoriums bzw. von Opting-Out-Modellen der zusätzlichen Altersvorsorge ist vorbehaltlich genauerer Ausgestaltung unter Bezugnahme auf Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG möglich.

¹⁸ Sachs/*Degenhart*, GG, Art. 74 Rn 119

IV. Verfassungsmäßige Grenzen aus den Grundrechten

Durch das Obligatorium oder durch die Einführung von Opting-Out-Modellen in der zusätzlichen Altersvorsorge werden Verpflichtungen auferlegt.

Diese Verpflichtungen können darin bestehen, von einem Pflichtsystem erfasst zu werden, d.h. zum Betreiben einer zusätzlichen Altersversorgung verpflichtet zu sein. Sie können auch darin bestehen, von einem Opting-Out-System erfasst zu werden, was konkret bedeutet, grundsätzlich von einem Zusatzversorgungssystem mit den sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten erfasst zu sein, es sei denn, man macht von der Option Gebrauch, sich gegen diese zusätzliche Altersversorgung zu entscheiden.

Es ergeben sich auch Verpflichtungen zur Zahlung von Beiträgen – sei es durch die erfassten Arbeitnehmer oder Selbständigen, sei es durch Arbeitgeber. Im letzteren Fall wäre zu klären, ob und inwieweit der Arbeitgeber zu Beitragspflichten herangezogen werden kann.

1. Die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG

Nach Art. 2 Abs. 1 GG hat jeder das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

a. Einführung eines Obligatoriums bzw. von Opting-Out-Modellen

Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit ist auch die Vertragsfreiheit¹⁹. Das beinhaltet grundsätzlich die Freiheit des Einzelnen, Verträge so abzuschließen, wie er es wünscht. Es schließt aber grundsätzlich auch die Freiheit ein, Verträge nicht zu schließen – also die negative Vertragsfreiheit.

¹⁹ Siehe nur BVerfG v. 8.4.1997 – 1 BvR 48/94 – NJW 1997, 1975

Deshalb wird durch den verpflichtenden Abschluss einer zusätzlichen Altersvorsorge (Obligatorium) in diesen Schutzbereich eingegriffen. Ein solcher Eingriff ist aber auch festzustellen bei einem Opting-Out-Modell, das dem Einzelnen nicht die Freiheit gibt, sich für den Abschluss eines Vertrages positiv zu entscheiden, sondern ihn veranlasst, dem Abschluss eines Vertrages zu widersprechen, um zu verhindern, dass ein Vertrag ohne ausdrückliche positive Entscheidung zustande kommt.

aa. Legitimes Ziel des Gemeinwohls

Insoweit macht das Bundesverfassungsgericht deutlich, dass die Vertragsfreiheit durch die verfassungsmäßige Ordnung beschränkt wird, worunter alle Rechtsnormen zu verstehen sind, die sich formell und materiell im Einklang mit dem Grundgesetz befinden und insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen²⁰. Es verlangt, dass legitime Zwecke des Gemeinwohls verfolgt werden und dass die fraglichen Maßnahmen verhältnismäßig sind.

Die Sicherstellung einer angemessenen Altersversorgung ist ein legitimes Ziel des Gemeinwohls. Der Staat hat es bereits seit der Reichskanzlerschaft Bismarcks übernommen, für die Alterssicherung der Bevölkerung zu sorgen, indem er ein System der gesetzlichen Rentenversicherung eingeführt hat. Dies hat er mit der Versicherungspflicht verbunden, die zum Wesenskern der Sozialversicherung gehört. Der derzeitige Gesetzgeber steht vor der Herausforderung, dass die Leistungen der gesetzlichen Rentenversicherung allein nicht mehr ausreichen, um eine auskömmliche bzw. angemessene Alterssicherung sicherzustellen. Aus diesem Grund hat er in mehrfacher Weise eine zusätzliche Altersvorsorge gefördert, sei es allgemein steuerlich wie bei der allgemeinen betrieblichen Altersversorgung, sei es durch Altersvorsorgezulage und besondere steuerliche Absetzbarkeit wie bei der sog. Riester-Rente, sei es durch das sog. Sozialpartnermodell²¹.

²⁰ BVerfG v. 18. 2. 1998 - 1 BvR 1318–86 u. 1 BvR 1484–86 – NJW 1998, 3109; BVerfG v. 3.4.2001 – 1 BvR 2014/95 – NJW 2001, 1709 ff.

²¹ S. zu Letzterem näher ErfK/*Steinmeyer*, Kommentierungen zu §§ 21 ff. BetrAVG

In diese Kategorie gehört auch ein Obligatorium und gehören auch Modelle des Opting-Out in der zusätzlichen Altersvorsorge. Sie sind als solche grundsätzlich geeignet, die Verbreitung zusätzlicher Altersvorsorge zu fördern. Sie sollen dazu beitragen, die Niveauabsenkung in der gesetzlichen Rentenversicherung zu kompensieren und für die Erhöhung der Verbreitung der zusätzlichen Altersversorgung sorgen, die insbesondere bei Beschäftigten im unteren Einkommensbereich noch nicht flächendeckend ist.

bb. Verhältnismäßigkeit

Eine andere Frage ist die nach der Verhältnismäßigkeit. Hier ist sicher zu konstatieren, dass die bisherigen Herangehensweisen der Förderung der zusätzlichen Altersvorsorge eine geringere Eingriffstiefe aufweisen als ein Obligatorium oder Opting-Out-Modelle in der zusätzlichen Altersvorsorge. Zu prüfen ist dabei²² zum einen, ob diese Maßnahmen geeignet sind, die durch eine einschlägige Gesetzgebung angestrebten Zwecke im hinreichenden Maße zu erfüllen, und zum anderen, ob diese Maßnahmen in der hier zu erörternden Art auch erforderlich sind.

Der angestrebte Zweck ist vorliegend die Verbesserung der Verbreitung von zusätzlicher Altersvorsorge – insbesondere bei Beschäftigten im unteren Einkommensbereich.

(1) Geeignetheit

Grundsätzlich sind Maßnahmen eines Obligatoriums oder von Opting-Out-Modellen geeignet, die Verbreitung zusätzlicher Altersversorgung zu verbessern und dabei insbesondere auch die Altersvorsorge bisher nicht von betrieblicher Altersversorgung erfasster Personengruppen zu verbessern. Es wird ein größerer Personenkreis erreicht und durch das Obligatorium wird sichergestellt, dass jeder Beschäftigte oder sonst

²² BVerfG v. 3.4.2001 – 1 BvR 2014/95 – NJW 2001, 1709 ff.

Erfasste eine zusätzliche kapitalgedeckte Altersversorgung erhält. Das Opting-Out bewirkt, dass die Arbeitnehmer und sonst Erfasste sich ausdrücklich gegen eine zusätzliche Altersvorsorge entscheiden müssen, was auch bereits unter dem geltenden Recht in § 20 Abs. 2 BetrAVG seit dem Betriebsrentenstärkungsgesetz vorgesehen ist. Mögliche Folgewirkungen auf das Gesamtsystem der betrieblichen Altersversorgung ändern an der grundsätzlichen Geeignetheit, die nach objektiven Kriterien zu bestimmen ist, nichts²³.

Will man eine Abstufung zwischen der Geeignetheit des Obligatoriums oder von Opting-Out-Modellen zur Erreichung des Ziels der weiteren Verbreitung herstellen, so ist das Obligatorium höher einzustufen.

(2) Erforderlichkeit

Eine andere Frage ist die der Erforderlichkeit. Diese wiederum richtet sich nach der genauen Bestimmung des verfolgten Zwecks. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die vor dem Hintergrund der bekannten demografischen Probleme erfolgten Entscheidungen zur Niveauabsenkung in der umlagefinanzierten gesetzlichen Rentenversicherung spätestens seit dem Altersvermögensgesetz durch den Aufbau einer zusätzlichen kapitalgedeckten privaten Altersvorsorge kompensiert werden sollten. Vor diesem Hintergrund wurde 2001 die steuerliche „Riester-Förderung“ eingeführt und seither der Auf- und Ausbau der betrieblichen Altersversorgung mit verschiedenen Maßnahmen vorangetrieben (u. a. Recht auf Entgeltumwandlung, spezifische steuerliche Förderung, Einführung der reinen Beitragszusage auf tariflicher Grundlage).

Aus den aktuellen Zahlen zur Verbreitung und Höhe der betrieblichen und privaten Altersvorsorge wurde zuletzt jedoch immer häufiger die Schlussfolgerung gezogen, dass das Ziel des Ausgleichs der Niveauabsenkung in der gesetzlichen

²³ Dazu und im hier vertretenen Sinn auch *Börsch-Supan / Roth / Wagner*, Altersvorsorge im internationalen Vergleich: Staatliche Produkte für die zusätzliche Altersvorsorge in Schweden und dem Vereinigten Königreich, Berlin 2017, S. 47 ff.

Rentenversicherung nicht erreicht wurde. Als zentrale Herausforderung für die zusätzliche Altersvorsorge wird dabei die Erhöhung der Verbreitung erachtet, die insbesondere bei Beschäftigten im unteren Einkommensbereich noch nicht flächendeckend ist.

Man mag einwenden, dass in der Riester-Förderung in ihrer derzeitigen Ausgestaltung noch Verbesserungspotential steckt. Aber auch dann ist nicht sicher, ob dies vollumfänglich die gleichen oder gleichwertigen Ergebnisse wie das Obligatorium oder Opting-Out erzielt. Es kann zumindest nicht mit Hinweis auf die derzeitige Riester-Förderung eine Erforderlichkeit eines anderen Modells verneint werden.

Legt man dies zugrunde, so ist auch die Erforderlichkeit gegeben, da von der Annahme auszugehen ist, dass die bisher eingeleiteten Maßnahmen das Ziel nicht in der erhofften Weise erreichen. Ob das Sozialpartnermodell dieses Ziel noch zu erreichen vermag, lässt sich zum derzeitigen Zeitpunkt nicht sicher beurteilen. Die aktuellen Anzeichen geben trotz eines ersten Tarifvertrages fast zwei Jahre nach Inkrafttreten zur Skepsis Anlass, weshalb es auch unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit legitim ist, wirksamere Instrumente einzuführen; zumindest liegt dies im Rahmen des Beurteilungs- und Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers.

Es ist dann lediglich zu erörtern, ob der tiefere Eingriff eines Obligatoriums erforderlich oder ob die Einführung von Opting-Out-Modellen ausreicht. An dieser Stelle soll es zunächst bei dem Hinweis bleiben, dass es für ein Obligatorium im Vergleich zum Opting-Out einer Anführung gewichtigerer Argumente bedarf, wobei der Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers in Rechnung zu stellen ist. Es kann aber bereits darauf hingewiesen werden, dass der grundsätzliche Erfolgsgrad eines Obligatoriums höher ist als der eines Opting-Out-Modells, da bei letzterem die Entscheidung gegen eine Einbeziehung auf unterschiedlichen und nicht zwingend auf die Altersversorgung bezogenen Gründen erfolgen mag. Es erscheint deshalb legitim, zur Erreichung des Ziels einer höheren Verbreitung der zusätzlichen Altersvorsorge auch das wirksamere Instrument einzusetzen.

(3) Ergebnis

Es kann deshalb davon ausgegangen werden, dass sowohl das Opting-Out als auch das Obligatorium unter Berücksichtigung des Beurteilungs- und Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers die Voraussetzungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erfüllen.

b. Auferlegung von Beitragspflichten

aa. Arbeitnehmer und Arbeitgeber

Der Gesetzgeber ist grundsätzlich befugt, in das Wirtschaftsleben einzugreifen und kann in diesem Zusammenhang auch Geldleistungen auferlegen. Dies geschieht im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung und unter Beachtung der oben dargelegten Maßgaben zu Art. 2 Abs. 1 GG²⁴. Eine derartige Zahlung durch den Arbeitnehmer für seine Altersversorgung oder durch den Arbeitgeber für die Altersversorgung seiner Mitarbeiter verletzt nicht den angemessenen finanziellen Spielraum der Beteiligten, zumal es für den Arbeitnehmer um seine eigene zusätzliche Altersvorsorge geht und für den Arbeitgeber um eine Konsequenz aus seiner Fürsorgepflicht für den Arbeitnehmer.

Bei Beachtung der oben beschriebenen Voraussetzungen ist dies auch verhältnismäßig²⁵. Maßgebend ist hier noch, dass die Höhe eines zu entrichtenden Beitrags ebenfalls an diesem Prinzip zu messen ist, was die Beitragsbelastung begrenzt.

²⁴ BVerfG v. 27. 1. 1965 - 1 BvR 213, 715/58, 66/60 – NJW 1965, 435

²⁵ ähnl. insgesamt zur Künstlersozialabgabe BVerfG v. 8.4.1987 – 2 BvR 909/82 u.a. – NJW 1987, 3115 ff.

bb. Sonstige Personenkreise

Diese verfassungsrechtliche Sicht ist auch einzunehmen bei einer Beitragsbelastung anderer Personenkreise, soweit sie Begünstigte einer zusätzlichen Altersvorsorge sind. Deshalb kann etwa auch Selbständigen eine solche Beitragspflicht auferlegt werden.

Eine andere Frage in diesem Zusammenhang wäre, ob auch Auftraggeber herangezogen werden können. Hierzu hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der Künstlersozialabgabe²⁶ darauf hingewiesen, dass als Beteiligter ein nicht selbst Versicherter nur dann zur Finanzierung von Sozialleistungen herangezogen werden darf, wenn es dafür einen sachorientierten Anknüpfungspunkt in den Beziehungen zwischen Versicherten und Beitragspflichtigen gibt, der diese Heranziehung nicht außerhalb der Vorstellungen liegend erscheinen lässt, von denen die Sozialversicherung in ihrem sachlichen Gehalt bestimmt wird.

Überträgt man dies hier, so wird man zunächst davon ausgehen können, dass diese Grundsätze auch gelten, soweit es nicht die Sozialversicherung, wohl aber ein vergleichbares System wie vorliegend geht. Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zur Künstlersozialabgabe eine besondere Verantwortungsbeziehung zwischen Künstler und Vermarkter angenommen; es bezieht sich hier auf das besondere kulturgeschichtlich gewachsene Verhältnis zwischen selbständigen Künstlern und Publizisten auf der einen sowie den Vermarktern auf der anderen Seite. Legt man das zugrunde, so bestehen Zweifel an einer ausreichenden Legitimation bei einer allgemeinen Heranziehung von Auftraggebern. Zwischen einem Solo-Selbständigen und seinem einzigen Auftraggeber wird man eine solche verfassungsrechtlich zureichende Verantwortungsbeziehung noch annehmen können. Hier befindet man sich angesichts der besonderen wirtschaftlichen Abhängigkeit in einem Grenzbereich zwischen Arbeitnehmereigenschaft und Selbständigkeit.

²⁶ BVerfG v. 8.4.1987 – 2 BvR 909/82 u.a. – NJW 1987, 3115 ff.

2. Die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG

Nach Art. 12 Abs. 1 GG haben alle Deutschen das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden.

Ein Eingriff in die Berufswahl ist hier nicht ersichtlich.

Soweit es die Berufsausübung anbetrifft, wird man hier bei Konkretisierung arbeitsvertraglicher Pflichten, die hier in Betracht kommen können, einen Berufsbezug zu bejahen haben, wie er bei Art. 12 Abs. 1 GG erforderlich ist²⁷. Auch hinsichtlich anderer in Betracht kommender Personenkreise wird man den Berufsbezug bejahen, sofern es um die Auferlegung von Pflichten als Arbeitgeber gegenüber Arbeitnehmern aber auch sofern es um die Erfassung von Selbständigen geht.

Wird dies bejaht, so gelangt man vorliegend zur Frage der Rechtfertigung von Eingriffen in die Berufsausübungsfreiheit. Ein solcher Eingriff muss verhältnismäßig sein und einen legitimen Zweck verfolgen. Zu Art. 2 Abs. 1 GG sind diese Gesichtspunkte erörtert worden, so dass an dieser Stelle darauf verwiesen werden kann.

Eine Verletzung der Berufsfreiheit ist damit nicht ersichtlich.

²⁷ S. nur *Jarass* in *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 12 Rn 41

V. Fragen der verfassungskonformen Ausgestaltung

Die bisherigen Überlegungen haben ergeben, dass eine Einführung eines Obligatoriums oder von Opting-Out-Modellen grundsätzlich kompetenziell möglich ist und grundsätzlich auch je nach Ausgestaltung zumindest die Deutsche Rentenversicherung Bund als bundesunmittelbarer Träger der Rentenversicherung mit der Durchführung betraut werden kann. Zu den Grundrechten haben die bisherigen Ausführungen ergeben, dass maßgeblich die Erforderlichkeit und Geeignetheit ist.

Vor diesem Hintergrund soll nun im Folgenden der Frage einer sinnvollen und verfassungsgemäßen Ausgestaltung eines Obligatoriums und von Opting-Out-Modellen nachgegangen werden.

1. Einbeziehung aller Sozialversicherungspflichtigen in ein Obligatorium oder ein Opting-Out-System

Will man alle Sozialversicherungspflichtigen in ein Obligatorium oder Opting-Out-System einbeziehen, so muss zunächst die personelle Reichweite dieser Sozialversicherungspflicht erörtert werden. Der personelle Anwendungsbereich der Versicherungspflicht variiert zwischen den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung. Da es hier um Altersvorsorge geht, liegt es nahe, an die Versicherungspflicht nach dem SGB VI anzuknüpfen.

a. Eingrenzung des Personenkreises

aa. Personenkreis des § 1 SGB VI

Hier wäre dann aber zu untersuchen, ob alle Tatbestände der Versicherungspflicht hier einschlägig sein sollten. Dabei stellt sich dann etwa die Frage, ob bei dem in § 1 SGB VI genannten Personenkreis nur auf die Beschäftigten im Sinne der Nr. 1 (Personen,

die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind) abgestellt werden sollte oder auch die übrigen Tatbestände erfasst werden sollten.

Eine Verpflichtung etwa von behinderten Menschen im Sinne der Nr. 2 und Personen in Einrichtungen der Jugendhilfe im Sinne der Nr. 3 wäre zwar denkbar, würde aber Folgeprobleme aufwerfen, da dieser Personenkreis im Rentenversicherungsrecht eine Sonderbehandlung erfährt und angesichts der vorzufindenden Einkommensverhältnisse der Versicherten und der finanziellen Verantwortlichkeit der öffentlichen und privaten Träger eine Einbeziehung eher nicht in Betracht kommt. Die übrigen Ziffern des § 1 SGB VI werfen vergleichbare Fragen auf, so dass in Verfolgung des Ziels des Gesamtvorhabens dieser Personenkreis ausgeklammert werden sollte. Eine Verbesserung der Altersversorgung dieses Personenkreises müsste bei Bedarf auf andere Weise sichergestellt werden.

bb. Personenkreis des § 2 SGB VI

Beim Personenkreis nach § 2 SGB VI (Selbständig Tätige) muss die Frage der Einbeziehung in den Gesamtzusammenhang der Einbeziehung Selbständiger gestellt werden. Hier wird es dann auch darum gehen müssen, welche Weichenstellungen durch die geplante Erwerbstätigenversicherung gemacht werden.

Bei Selbständigen, die bisher von keinem System erfasst werden, kann das hier zu untersuchende Obligatorium bzw. Opting-Out-System die Funktion der zusätzlichen Altersversorgung in Ergänzung der gesetzlichen Rentenversicherung nicht erfüllen. Allerdings ist bei vielen Selbständigen davon auszugehen, dass sie über anderweitige Formen der Altersvorsorge verfügen, weshalb beim geplanten Vorhaben der Erwerbstätigenversicherung ja auch über Befreiungstatbestände diskutiert wird. Insofern würde die zusätzliche Altersvorsorge auch unabhängig von der Erwerbstätigenversicherung einen Sinn machen.

cc. Personenkreis des § 3 SGB VI

Der Personenkreis des § 3 SGB VI schließlich kommt für eine Einbeziehung eher nicht in Betracht. Es handelt sich hier um Sondertatbestände, deren Ziel es ist, Lücken in der Versicherungsbiographie zu schließen, die sonst eintreten würden, da in diesen Zeiten zumeist keine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird und deshalb keine oder nur geringe Pflichtbeitragszeiten erworben werden.

dd. Einbeziehung von Beamten

Die Einbeziehung von Beamten wird unten noch näher zu analysieren sein.

ee. Ergebnis

Es ergibt sich damit, dass sich der Personenkreis, der von einem Obligatorium oder von Opting-Out-Systemen der zusätzlichen Altersvorsorge erfasst wird, auf Arbeitnehmer und zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte reduziert und ein noch näher zu umschreibender Kreis von Selbständigen erfasst werden kann. Ebenfalls ist noch die Einbeziehung von Beamten zu prüfen.

Bei der Erfassung von Arbeitnehmern und zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten ist schließlich noch zu erörtern, wie mit geringfügig Beschäftigten umzugehen ist. Sie sind versicherungsfrei nach § 5 Abs. 2 SGB VI, soweit es um kurzfristig Beschäftigte sowie geringfügig selbständig Tätige geht, was auch für die vorliegende Fragestellung gelten sollte. Soweit es um geringfügig entlohnte Beschäftigte geht, die seit 1.1.2017 rentenversicherungspflichtig sind, sollten diese dem Grundgedanken der jüngsten Änderung gemäß einbezogen werden.

b. Wege zur Erfassung

Für ein Obligatorium aber auch für Opting-Out-Systeme ist es erforderlich, den zu erfassenden Personenkreis verlässlich bestimmen und auch die Umsetzung in geeigneter Weise überwachen zu können. Das bedingt zunächst eine klar fixierte Abgrenzung des maßgeblichen Personenkreises. Knüpft man hier an den Tatbestand der Arbeitnehmer und zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigter an, so ist dies gegeben. Bei der Einbeziehung Selbständiger hat eine solche genaue Eingrenzung noch zu erfolgen, wobei es etwa darum gehen muss, ob nur Solo-Selbständige erfasst werden sollten oder der Personenkreis weiter zu fassen ist. Der Koalitionsvertrag spricht insoweit nur allgemein von Selbständigen. Hier besteht eine Tendenz des Verfassers, den Personenkreis der erfassten Selbständigen nicht zu eng zu ziehen, da sich die dem Arbeitnehmer vergleichbare Schutzbedürftigkeit nicht auf Solo-Selbständige beschränkt. Der zu erfassende Personenkreis sollte mit dem Vorhaben der Erwerbstätigenversicherung abgestimmt werden.

Knüpft man an die Sozialversicherungspflicht an, so bietet es sich an, die Umsetzung der Deutschen Rentenversicherung Bund als Träger der gesetzlichen Rentenversicherung zu übertragen, da diese über die nötigen Informationen verfügt und auch die entsprechenden Kontrollmechanismen hat. Oben wurde gezeigt, dass dies von den Vorgaben des Art. 87 Abs. 2 GG gedeckt ist. Hier ließe sich auch an einen Datenaustausch mit der Finanzverwaltung nach dem Vorbild des § 31 Abs. 2 AO denken.

Schafft man also ein Obligatorium, d.h. eine Verpflichtung zum Abschluss eines Vorsorgevertrages, so lässt sich so der in Frage kommende Personenkreis ermitteln.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob die Deutsche Rentenversicherung Bund als bundesunmittelbarer Träger der gesetzlichen Rentenversicherung auch für den Einzug der Beiträge zuständig sein sollte und diese dann etwa an einschlägige Versorgungseinrichtungen weiterleitet, für die sich dann der erfasste Personenkreis

jeweils individuell entscheiden kann. Dieser Weg dürfte gewisse Präferenzen haben, da er Abläufe vereinfacht.

Sieht man ein Opting-Out-System vor, so ergibt sich im Grundsatz die gleiche Erfassungsproblematik, da zunächst festgelegt und auch überwacht werden muss, wer grundsätzlich zu erfassen ist, um diesem dann die Gelegenheit einzuräumen, dieser Einbeziehung zu widersprechen. Hier geht es dann aber zusätzlich noch um die Frage, gegenüber wem dieser Widerspruch zu erklären ist.

c. Erfassung weiterer Personenkreise

aa. Selbständige

Bei der Erfassung auch der Selbständigen ist der Personenkreis näher zu konkretisieren. Grundsätzlich ist ihre Einbeziehung verfassungsrechtlich möglich, wie sich aus den bisherigen verfassungsrechtlichen Ausführungen ergeben hat. Hier ist dann zu unterscheiden zwischen einer Einbeziehung aller Erwerbstätigen, was dann ohne weiteres umsetzbar wäre, wenn der erfasste Personenkreis der gesetzlichen Rentenversicherung insoweit erweitert und neu bestimmt würde. Ist dies nicht der Fall, so wäre zu entscheiden, ob entsprechend dem Bild des § 2 SGB VI nur an kleine und Solo-Selbständige angeknüpft werden sollte. Insoweit sei nur darauf hingewiesen, dass der derzeit erfasste Personenkreis auch vor dem Hintergrund des § 2 Abs. 1 Nr. 9 SGB VI sich nicht mit dem Personenkreis der sozial schutzbedürftigen Selbständigen deckt²⁸.

Eine Erfassung durch die gesetzliche Rentenversicherung wird dann erleichtert, wenn die in Frage kommenden Selbständigen bereits von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung erfasst werden. Dann kann insoweit daran angeknüpft werden.

²⁸ *Preis/Temming*, Für ein modernes Rentenrecht: Die Einbeziehung von Selbständigen in die gesetzliche Rentenversicherung (GRV), Forschungsbericht 487 des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, Berlin 2017, S. 37 f. sprechen von einem veritablen Flickenteppich

bb. Beamte

Hinsichtlich der Beamten wäre bei einer Erfassung zu prüfen, ob hier bei einem Obligatorium – aber auch bei Opting-Out-Systemen – dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung getragen wäre. Die Beamtenversorgung in ihrer gegenwärtigen Form umfasst Elemente der Basissicherung und Elemente der Zusatzversorgung. Das bedeutet, dass hier das Ziel einer angemessenen Alterssicherung auch ohne eine kapitalgedeckte Zusatzversorgung erreicht wird.

Das aber bedeutet, dass eine Verpflichtung zum Abschluss einer zusätzlichen kapitalgedeckten Altersvorsorge weder geeignet noch erforderlich ist, ein Obligatorium also mit Art. 2 Abs. 1 GG nicht vereinbar wäre. Auch ein Opting-Out würde hier auf Bedenken stoßen, da Zweifel bestehen, ob dieser weniger tiefe Eingriff hier erforderlich wäre.

Es spricht deshalb vieles dafür, die Einbeziehung von Beamten nicht weiter zu verfolgen.

2. Implementierung einer obligatorischen kapitalgedeckten Altersvorsorge oder eines Opting-Out-Systems über das Arbeitsrecht bzw. die betriebliche Altersversorgung

a. Erfasster Personenkreis

Knüpft man das Obligatorium bzw. Opting-Out-Systeme an das Arbeitsrecht an, so bedeutet dies zugleich eine Beschränkung auf den vom Arbeitsrecht erfassten Personenkreis. Insoweit wäre dann für die Einbeziehung auf § 611a BGB zu verweisen.

In der betrieblichen Altersversorgung ist in § 17 Abs. 1 BetrAVG der erfasste Personenkreis weiter gefasst. Danach sind Arbeitnehmer im Sinne des Betriebsrentengesetzes Arbeiter und Angestellte einschließlich der zu ihrer

Berufsausbildung Beschäftigten; ein Berufsausbildungsverhältnis steht danach einem Arbeitsverhältnis gleich. Die §§ 1 bis 16 BetrAVG gelten entsprechend für Personen, die nicht Arbeitnehmer sind, wenn ihnen Leistungen der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung aus Anlass ihrer Tätigkeit für ein Unternehmen zugesagt worden sind²⁹.

Knüpft man bei § 611a BGB an, so hat dies den Vorteil, dass man das Obligatorium arbeitsrechtlich ansetzen kann, es also zum zwingenden Bestandteil eines Arbeitsverhältnisses machen kann.

Eine Anknüpfung an den in § 17 BetrAVG genannten Personenkreis würde eine entsprechende Regelung auch im Dienstvertragsrecht voraussetzen. Legt man dann die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu diesem weiteren Personenkreis zugrunde³⁰, so ergeben sich angesichts des weiten Begriffs Schwierigkeiten einer praktikablen Regelung. Zu dieser Personengruppe zählen die unter § 12a I Nr. 1 TVG zu subsumierenden Personen ebenso wie die in Heimarbeit Beschäftigten und ihnen Gleichgestellten. Hierunter und damit unter den Geltungsbereich des BetrAVG sind neben den freien Mitarbeitern der Presse auch die sog. Scheinselbständigen zu fassen, deren Tätigkeit der eines Arbeitnehmers so nahesteht, dass sie arbeitsrechtlich wie Arbeitnehmer behandelt werden sollten. Verspricht der Auftraggeber eines solchen Scheinselbständigen diesem eine Altersversorgung, ist das BetrAVG anwendbar. Hinzu kommen dann noch unter bestimmten Voraussetzungen Personen mit gesellschaftsrechtlicher Beteiligung, nicht aber die „klassischen“ Selbständigen, da diese regelmäßig nicht „für einen anderen“ tätig sind³¹.

Es spricht insoweit deshalb einiges dafür, bei einer arbeitsrechtlichen Implementierung auf die klassische arbeitsrechtliche Begrifflichkeit zurückzugreifen, da der weitere Personenkreis mit arbeitsrechtlichen Instrumentarien nicht erfasst werden kann, sondern vielmehr zusätzlicher Anknüpfungen in anderen Rechtsbereichen bedürfte. Es wird aber zumindest deutlich, dass an diesen

²⁹ Vgl. dazu im Einzelnen näher ErfK/*Steinmeyer*, Kommentierungen zu § 17 BetrAVG

³⁰ S. dazu ErfK/*Steinmeyer*, § 17 BetrAVG Rn 3 ff.

³¹ S. dazu ErfK/*Steinmeyer*, § 17 BetrAVG Rn 6 ff.

betriebsrentenrechtlich bestimmten weiteren Personenkreis nicht angeknüpft werden kann.

Das aber bedeutet zugleich, dass auf diesem Weg Selbständige nicht erfasst werden können.

b. Wege zur Erfassung

Eine arbeitsrechtliche Erfassung kann nur erfolgen durch Auferlegung einer arbeitsvertraglichen Pflicht. Im Ergebnis würde es sich hier um eine Situation handeln müssen, in der der Arbeitgeber verpflichtet wird, dafür zu sorgen, dass jeder bei ihm beschäftigte Arbeitnehmer einen entsprechenden Altersvorsorgevertrag schließt. Es ist auch denkbar, dass er für jeden seiner Arbeitnehmer einen bestimmten vorgegebenen Beitrag einbehält bzw. selbst entrichtet, der dann etwa an eine Versorgungseinrichtung nach Wahl des Arbeitnehmers geht, mit der ein entsprechender Altersvorsorgevertrag geschlossen wird.

Im Fall eines Opting-Out hat er einen Mechanismus bereitzustellen, der eine automatische Zugehörigkeit zu einem Altersvorsorgesystem sicherstellt, sofern der Arbeitnehmer dem nicht widerspricht. Hier kann an das Vorbild des § 20 Abs. 2 BetrAVG angeknüpft werden, der ein tarifvertraglich eingeführtes Optionssystem bei Entgeltumwandlung vorsieht.

Es ist allerdings noch ein Mechanismus vorzusehen, der dem Arbeitnehmer die freie Wahl einer Versorgungseinrichtung sichert. Dies ist deshalb erforderlich, weil bei einer derartigen „flächendeckenden“ zusätzlichen Altersversorgung die Möglichkeit bestehen muss, während des Erwerbslebens in einer Versorgungseinrichtung zu verbleiben und nicht bei Wechsel des Arbeitsplatzes auch die Versorgungseinrichtung wechseln zu müssen.

Eine andere Frage ist, wie die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Bereitstellung eines Obligatoriums bzw. zur Einrichtung eines Opting-Out-Systems zu sanktionieren ist.

Hier ließe sich in Anlehnung an § 28a SGB IV an ein Meldeverfahren denken, das dann zur Kontrolle durch einen Sozialversicherungsträger führt. Dies steht allerdings in einem notwendigen Zusammenhang zu möglichen Befreiungsregelungen und ihrer Durchführung, auf die unten einzugehen sein wird.

Ein Datenaustausch – wie es zwischen gesetzlicher Rentenversicherung und der Finanzverwaltung grundsätzlich möglich ist (siehe § 31 Abs. 2 AO) – scheidet zwischen einer privaten Einrichtung und der Finanzverwaltung aus.

3. Implementierung einer obligatorischen kapitalgedeckten Altersvorsorge oder eines Opting-Out-Systems über eine private Pflichtversicherung

a. Erfasster Personenkreis

Grundsätzlich sind private Pflichtversicherungen möglich und durchaus auch verbreitet. Allerdings ergeben sich hier praktische Probleme bei der Erfassung. Private Pflichtversicherungen knüpfen klassischerweise an bestimmten Situationen, Tatbeständen oder Kriterien an. So ist etwa die Pflichtversicherung für ein Kraftfahrzeug an die Zulassung eben dieses Kraftfahrzeuges geknüpft und deshalb die Einhaltung der Pflichtversicherung auch kontrollierbar und sanktionierbar. Entsprechendes gilt auch für Immobilienversicherungen sowie Berufshaftpflichtversicherungen. Aus dem Bereich der Personenversicherung ist hier insbesondere auch auf die private Pflegepflichtversicherung nach dem SGB XI zu verweisen, die an das Bestehen einer privaten Krankenversicherung anknüpft und dafür die Privatversicherten und die Unternehmen der privaten Krankenversicherung in die Pflicht nimmt.

b. Wege zur Erfassung

Überträgt man das hier, so ergibt sich, dass nach praktikablen Anknüpfungen zu suchen ist, um die Pflichtversicherung umzusetzen. Sofern es um Arbeitnehmer geht, mag man an deren Status denken, was aber letztlich zu einer bereits oben erörterten arbeitsrechtlichen Anknüpfung führt. Man mag daran denken, Selbständigen eine mit Bußgeld sanktionierte Pflicht aufzuerlegen, entsprechende Altersvorsorgeverträge abzuschließen; eine automatische Erfassung mit Opting-Out ist so aber nicht in praktikabler Weise denkbar.

Man mag noch auf das Selbstmeldeverfahren nach dem Künstlersozialversicherungsgesetz verweisen (§ 11 KSVG). Dies hat sich zur Künstlersozialversicherung offenbar als praktikabel erwiesen, lässt sich aber vorliegend so nicht übertragen. Bei der Künstlersozialversicherung hat der erfasste Personenkreis ein Eigeninteresse daran, von der Künstlersozialversicherung erfasst zu werden. Das aber kann nicht in gleicher Weise für eine verpflichtende Altersvorsorge respektive eine Erfassung mit Opting-Out gelten; zwar liegt die zusätzliche Altersversorgung im objektiven Interesse des hier interessierenden Personenkreises, es kann aber nicht sichergestellt werden, dass sich jeder „freiwillig“ dieser Verpflichtung unterzieht. Schließlich ist noch auf die Meldepflicht nach § 190a SGB VI hinzuweisen.

Ein Datenaustausch mit der Finanzverwaltung dürfte hier ebenfalls nicht in Betracht kommen (§ 30 AO).

c. Schlussfolgerung

Damit ergibt sich, dass der Weg über eine private Pflichtversicherung eher weniger funktionieren dürfte.

4. Die Entscheidung zwischen einem Obligatorium und Opting-Out-Systemen

Eine maßgebliche Grundentscheidung ist die, ob die zusätzliche kapitalgedeckte Altersvorsorge als Obligatorium ausgestaltet werden sollte oder als Opting-Out-System.

Dafür ist zunächst darauf hinzuweisen, dass verfassungsrechtlich eine gewisse Tendenz für ein Opting-Out-System spricht, da so weniger intensiv die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) beeinträchtigt wird. Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit ist ein Opting-Out-System vorzuziehen, wenn es den Kriterien der Erforderlichkeit und Geeignetheit in gleicher Weise Rechnung tragen kann wie ein Obligatorium. Bei einem Obligatorium ist sichergestellt, dass die zusätzliche kapitalgedeckte Altersvorsorge flächendeckend Verbreitung findet, während es beim Opting-Out auf die – negative – Entscheidung der betreffenden Person ankommt; hier kann nicht verlässlich abgeschätzt werden, in welchem Umfang vom Widerspruchsrecht Gebrauch gemacht wird. Allerdings ist hier die Wahrung der Entscheidungsfreiheit als Konsequenz aus der allgemeinen Handlungsfreiheit in Rechnung zu stellen³².

Es wurde oben aber auch darauf hingewiesen, dass eine Entscheidung zwischen Opting-Out und Obligatorium im Rahmen des dem Gesetzgeber zuzustehenden Beurteilungs- und Entscheidungsspielraums liegt.

Ein Opting-Out mag zu einem höheren Verwaltungsaufwand führen, da es nicht nur um die Erfassung geht, sondern auch um die Abwicklung der Widersprüche gegen die Einbeziehung. Andererseits bedarf es bei einem Obligatorium einer Regelung zur Möglichkeit der Befreiung, da eine verpflichtende zusätzliche Altersvorsorge nicht greifen sollte, sofern eine Person bereits über eine ausreichende zusätzliche

³² S. auch *Börsch-Supan / Roth / Wagner*, Altersvorsorge im internationalen Vergleich: Staatliche Produkte für die zusätzliche Altersvorsorge in Schweden und dem Vereinigten Königreich, Berlin 2017, S. 47 ff.

Altersvorsorge verfügt, die der entspricht, die durch das Obligatorium erreicht werden soll. Hier muss ein System vorgehalten werden, das diese Befreiung abwickelt, was einen nicht unerheblichen Aufwand bedeuten dürfte. Ein solches System der Befreiung ist bei einem Opting-Out-System nicht erforderlich, da derjenige mit einer anderweitigen Versorgung gegen die Erfassung durch das Opting-Out-System Widerspruch einlegen kann.

Insgesamt erweist sich ein System des Opting-Out als überlegen, wobei in Rechnung zu stellen ist, dass nicht sicher abgeschätzt werden kann, in welchem Umfang vom Widerspruchsrecht Gebrauch gemacht wird. Es sei aber der politischen Entscheidung überlassen, mit welchem System gearbeitet werden sollte. Deshalb werden im Folgenden die Möglichkeiten und Rahmenbedingungen eines Obligatoriums ebenso erörtert wie die von Opting-Out-Systemen.

a. Ausgestaltung eines Obligatoriums

Sollen die oben erörterten Personenkreise von einem Obligatorium für die zusätzliche Altersvorsorge erfasst werden, so muss der insoweit relevante Personenkreis sicher abgegrenzt werden und es muss sichergestellt sein, dass diese Personen zuverlässig zur verpflichtenden Altersvorsorge herangezogen werden können.

Dies kann zum einen durch eine öffentlich-rechtliche Einrichtung geschehen, wofür auch aus kompetenziellen Gründen die Deutsche Rentenversicherung Bund als Träger der gesetzlichen Rentenversicherung in Betracht kommt. Sofern sich der erfasste bzw. zu erfassende Personenkreis mit dem Personenkreis der Sozialversicherungspflichtigen deckt, kann die Deutsche Rentenversicherung Bund diese Erfassung administrieren.

Dies kann bei einer Konstruktion über das Arbeitsrecht auch durch den Arbeitgeber erfolgen, dem die Pflicht aufzuerlegen wäre, bei jedem seiner Arbeitnehmer eine automatische Erfassung vorzunehmen und je nach Ausgestaltung entweder selbst Beiträge zu entrichten und/oder Beiträge vom Arbeitnehmer einzuziehen. Eine

Sanktionierung dieser Verpflichtung kann bei Bedarf über das Ordnungswidrigkeitenrecht erfolgen.

Entsprechendes mag auch bei einer privatversicherungsrechtlichen Anknüpfung erfolgen, die aber eher nicht weiterverfolgt werden sollte.

b. Ausgestaltung eines Opting-Out-Systems

Bei einem Opting-Out-System kann bei der Erfassung im Grundsatz an das zum Obligatorium Ausgeführte angeknüpft werden.

Es ist hier lediglich festzulegen, wie die Einlegung des Widerspruchs zu erfolgen hat. Dies ist jeweils gegenüber der Einrichtung bzw. dem Arbeitgeber vorzunehmen, der die Erfassung vornimmt.

Zu erwägen ist hier allerdings, es in geeigneter Weise attraktiv zu machen, von einem Widerspruch abzusehen.

c. Zeitpunkt der Erfassung

aa. Bei Obligatorium

Bei einem Obligatorium ergibt sich aus der Natur der Sache, dass eine dauerhafte Erfassung erforderlich ist. Beim Wechsel der Tätigkeit muss deshalb sichergestellt werden, dass auch die neue Tätigkeit erfasst wird. Das spricht für eine Anknüpfung an das Meldeverfahren des § 28a SGB IV.

Von einem Obligatorium sollte aus dem relevanten Personenkreis grundsätzlich jeder erfasst werden, der noch in der Lage ist, eine kapitalgedeckte zusätzliche Altersversorgung aufzubauen. Es sei hier angenommen, dass ein solches System keine Verfallklauseln zulässt, so dass jeder Beitrag als Altersversorgung zählt. Man mag hier

lediglich in Rechnung stellen, dass bei besonders kurzer Beitragszeit nur Kleinbeträge erworben werden können, was es bei Einräumung der Möglichkeit der Zahlung freiwilliger Beiträge sinnvoll erscheinen lässt, eine Grenze bei 60 – also drei Jahre vor der frühesten Inanspruchnahme der Rentenleistung – vorzusehen.

bb. Bei Opting-Out

Bei einem Opting-Out-System ist die Situation etwas komplexer.

Hier wird man zunächst davon ausgehen müssen, dass bei jeder neuen Tätigkeit eine automatische Erfassung erfolgen sollte mit der Möglichkeit des Opting-Out. Das bedeutet dann, dass Personen mit häufigerem Wechsel der Tätigkeit entsprechend häufiger Gelegenheit erhalten, sich für bzw. gegen eine zusätzliche Altersvorsorge zu entscheiden.

Andererseits erscheint es nicht sinnvoll, nur einmal im Berufsleben eine solche Entscheidung zu verlangen, zumal die Bedeutung und Relevanz von Altersvorsorge umso stärker in das Bewusstsein des Einzelnen rückt, je näher der Ruhestand ist. Es sollte deshalb vorgesehen werden, dass auch bei bestehenden Arbeitsverhältnissen bzw. Tätigkeiten periodisch eine erneute Erfassung mit der Möglichkeit des Opting-Out erfolgt. Welche zeitliche Periode insoweit vorgesehen werden sollte, ist eine wertende Entscheidung. Man mag dies z.B. alle drei oder fünf Jahre wiederholen.

Erwogen werden sollte auch ein Opting-Out in dem Fall, in dem ein neues System der betrieblichen Altersversorgung in einem Betrieb oder Unternehmen eingerichtet wird.

5. Fragen der Ausgestaltung der zusätzlichen kapitalgedeckten Altersvorsorge

Für die Ausgestaltung des Altersvorsorgeprodukts sind mehrere grundsätzliche Fragen zu klären und zu entscheiden.

Zum einen wird es darum gehen, durch wen ein solches System finanziert werden soll. Hier kommt in Betracht eine reine Arbeitnehmerfinanzierung, eine reine Arbeitgeberfinanzierung sowie Mischformen, d.h. Beiträge sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer. Insoweit ist voranzuschicken, dass eine Arbeitgeberfinanzierung weitgehend den Vorstellungen des Sozialpartnermodells entspricht, auch wenn dort eine Entgeltumwandlung durch Arbeitnehmer nicht ausgeschlossen wird. Der sog. Riester-Versorgung entspricht es, eine Arbeitnehmerfinanzierung vorzusehen und die jüngsten Entwicklungen bei der Entgeltumwandlung sprechen für eine Beteiligung von Arbeitgebern und Arbeitnehmern; insoweit ist auf § 1a Abs. 1a BetrAVG (Arbeitgeberzuschuss von 15 % bei Entgeltumwandlung) und § 23 Abs. 2 BetrAVG (Arbeitgeberzuschuss von 15 % bei reiner Beitragszusage in Form der Entgeltumwandlung) zu verweisen.

Es empfiehlt sich, bei einem Opting-Out-System in geeigneter Weise einen Arbeitgeberzuschuss vorzusehen, um die Bereitschaft der Arbeitnehmer zu fördern, von einem Widerspruch abzusehen.

Zum anderen ist zu entscheiden, ob es sich um ein System einer reinen Beitragszusage handeln soll oder ob es entsprechend einer der hybriden Leistungs- und Beitragszusagen des BetrAVG ausgestaltet werden sollte. Das wiederum führt zugleich zu der Frage, ob und wann hier mit dem Instrumentarium der Versorgungszusage gearbeitet werden sollte.

Das führt dann weiter zu der Frage nach einer Ausgestaltung eines Leistungssystems. Zum einen muss es darum gehen, welche Versorgungsfälle unter welchen Bedingungen erfasst werden sollen. Dabei geht es zunächst um die Frage des Alters und dabei um die Frage, wann bzw. ab wann die Leistung gewährt werden soll. Daneben ist auch die Frage nach der Erfassung weiterer Risiken zu stellen, wie die Erwerbsminderung aber auch die Hinterbliebenenversorgung. Schließlich muss die Frage entschieden werden, ob die Leistung als wiederkehrende Rentenleistung gewährt wird oder als einmalige Zahlung.

Damit unmittelbar im Zusammenhang steht die Frage nach der Umsetzung in Gestalt einer Versorgungseinrichtung.

Hier ist ein – ausschließliches – staatliches Altersvorsorgeprodukt denkbar, was etwa bedeuten könnte, dass die Beiträge an einen staatlichen Fonds gezahlt werden, der dann entweder selbst die Anlage des Kapitals vornimmt oder dies an professionelle Anleger weitergibt. Es ist ebenso daran zu denken, dass ein staatlicher Fonds und mehrere private Fonds nebeneinanderstehen. Zur Erleichterung der Wahl eines bestimmten Systems durch den Arbeitnehmer bzw. eine andere erfasste Person lässt sich eine sog. Default-Einrichtung denken, die zuständig ist, wenn keine ausdrückliche andere Wahl getroffen ist.

Schließlich ist zu fragen, wie die Funktionen zwischen der kontenführenden Einrichtung und dem Fonds aufzuteilen sind, der die Anlage der Mittel übernimmt.

a. Finanzierung

aa. Beteiligte

Aus verfassungsrechtlichen Gründen bestehen keine Beschränkungen hinsichtlich der Frage, ob es eine reine Arbeitnehmerfinanzierung ist oder eine reine Arbeitgeberfinanzierung oder schließlich eine Kombination aus beiden. Bei der Altersversorgung der Arbeitnehmer den Arbeitgeber heranzuziehen oder mit heranzuziehen, lässt sich mit der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer begründen und rechtfertigen. Die Frage, ob und inwieweit insoweit wer zur Finanzierung beitragen sollte, ist eine Wertungsfrage.

Für eine Beteiligung des Arbeitgebers lässt sich allerdings anführen, dass dies im Falle eines Opting-Out-Systems die Option zugunsten der Erfassung für den Arbeitnehmer attraktiver machen würde, da er dann eine finanzielle Beteiligung seines Arbeitgebers an der zusätzlichen Altersversorgung in Aussicht hat.

Sofern auch Selbständige mit einbezogen werden, kann eigentlich nur eine Finanzierung durch den Selbständigen in Betracht kommen. Die Heranziehung seiner Auftraggeber würde zu einem komplexen System führen, das in ähnlicher Form von der Künstlersozialversicherung bekannt ist und dort zu Umsetzungsschwierigkeiten und auch zu Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit geführt hat³³. Oben wurde darauf hingewiesen, dass eine Heranziehung eines Auftraggebers allenfalls bei Solo-Selbständigen in Betracht kommen könnte.

Es ließe sich schließlich auch denken an staatliche Zuschüsse entsprechend dem Zulagensystem bei der Riester-Rente. Das könnte ein Opting-Out-System stützen, das nur durch Arbeitnehmerbeiträge finanziert wird und bei Personen mit niedrigem Einkommen die Motivation erhöhen würde. Hier könnte an die Bedingungen bei der Riester-Rente angeknüpft werden.

bb. Beitragshöhe

Eine andere aber damit durchaus in engem Zusammenhang stehende Frage ist die nach der Höhe des zu erbringenden Beitrags. Dessen Festsetzung steht in einem Spannungsverhältnis zwischen dem Ziel einer Erreichung eines bestimmten Sicherungsziels auf der einen Seite und der Belastung von Arbeitnehmer, Arbeitgeber und Selbständiger auf der anderen Seite. Man mag in Anknüpfung an die sog. Riester-Rente von einem Beitrag in Höhe von 4 % des Arbeitsentgelts bis zur Beitragsbemessungsgrenze ausgehen und beim Selbständigen von einem entsprechenden Betrag, es ließe sich aber auch ein leicht höherer Betrag denken. Zieht man Vergleiche zum Ausland, so ist festzustellen, dass sich auch dort der Beitrag im Wesentlichen in dieser Größenordnung bewegt³⁴. In Schweden beträgt der Beitrag 2,5 % und in Großbritannien 5 % für den Arbeitnehmer und 3 % für den Arbeitgeber.

³³ S. dazu BVerfG v. 8.4.1987 – 2 BvR 909/82 u.a., NJW 1987, 3115

³⁴ S. etwa zu Großbritannien und Schweden *Börsch-Supan / Roth / Wagner*, Altersvorsorge im internationalen Vergleich: Staatliche Produkte für die zusätzliche Altersvorsorge in Schweden und dem Vereinigten Königreich, Berlin 2017

Man mag diesen Betrag auf Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu gleichen Teilen aufteilen oder etwa dies weitgehend durch den Arbeitnehmer finanzieren, verbunden mit einer Beteiligung durch den Arbeitgeber, um so bei einem Opting-Out einen Anreiz zu haben. Daneben ist auch eine reine Arbeitgeberfinanzierung denkbar. Es ist eine politische Entscheidung, zwischen einem dieser Ansätze zu entscheiden.

b. Beitragsbezug der Leistung

Es stellt sich die weitere Frage, wie die Leistung zu bestimmen ist. Dem Charakter einer kapitalgedeckten zusätzlichen Altersversorgung gemäß spricht hier vieles für eine am Beitrag orientierte Leistung. Eine Garantie einer bestimmten Leistung würde einen Mechanismus auslösen und erfordern, der sicherstellt, dass die Leistung aufgefüllt wird, wenn das Leistungsziel nicht erreicht wird.

Allerdings mag man analog zur Riester-Versorgung vorsehen, dass zumindest die eingezahlten Beiträge garantiert werden können, was allerdings die Anlagemöglichkeiten mit Auswirkungen auf die Rendite beschränken würde. Dafür müsste ein System eingerichtet werden, das dies sicherstellt. Dies kann geschehen durch ein Zertifizierungssystem für die Fonds und deren Produkte, was sich an das Gesetz über die Zertifizierung von Altersvorsorge- und Basisrentenverträgen (Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetz - AltZertG) anlehnen würde. Die Alternative wäre ein entsprechendes Aufsichtsregime. Dies wäre dann je nach Ausgestaltung die allgemeine Finanzaufsicht oder die Versicherungsaufsicht.

c. Form der Leistung

Bei der Form der Leistung ist zu entscheiden, ob dies in Form einer Rentenleistung geschehen soll oder als einmalige Zahlung. Beide Formen sind in Deutschland in der betrieblichen Altersversorgung verbreitet, wenn man auch allgemein feststellen kann, dass in Deutschland anders als etwa im angelsächsischen Bereich die Tendenz eher in

Richtung Rentenleistung – also periodisch zu erbringender Leistung bis ans Lebensende – geht. Das Langlebkeitsrisiko soll also dem begünstigten Personenkreis abgenommen werden. Dem entspricht auch die Vorgehensweise bei der sog. Riester-Rente, bei der nach dem Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetz – AltZertG eine Auszahlung grundsätzlich in Form einer lebenslangen Leibrente erfolgt.

Es soll deshalb hier davon ausgegangen werden, dass auch bei der vorliegenden zusätzlichen kapitalgedeckten Altersvorsorge diese in Form einer Leibrente zu gewähren ist, wenn auch darauf hinzuweisen ist, dass die Kalkulation der Abdeckung dieses Langlebkeitsrisikos Einfluss auf den Auszahlungsbetrag hat.

Daneben ist aber weiterhin die Auszahlung als Kapitalbetrag denkbar.

d. Abzudeckende Versorgungsfälle

aa. Alter

Es versteht sich, dass eine Abdeckung der Sicherung im Alter Kern des Vorhabens ist. Insofern muss dann aber auch entschieden werden, wann eine Leistungsberechtigung entsteht.

Hier bietet es sich an, dies mit dem Renteneintritt in der gesetzlichen Rentenversicherung zu verbinden; das führt dann allerdings zu der Folgefrage, ob an das Rentenalter nach § 35 SGB VI (Regelaltersrente) angeknüpft werden sollte oder ob es bei früherem Renteneintritt auch früher in Anspruch genommen werden kann.

Damit wäre dann unmittelbar die Frage verbunden, ob im Fall einer Verrentung der zusätzlichen Altersvorsorge diese bei früherem Renteneintritt gekürzt oder ungekürzt auszuzahlen wäre. Es spricht einiges dafür, hier eine Kürzung vorzusehen im Sinne eines versicherungsmathematischen Abschlags, der vergleichbar dem Zugangsfaktor in der gesetzlichen Rentenversicherung wäre. Dies sollte hier konkreter bestimmt

werden als es im Bereich der betrieblichen Altersversorgung über § 6 BetrAVG erfolgt; diese Vorschrift hat zu zahlreichen Rechtsstreitigkeiten Anlass gegeben³⁵. Es wäre aber auch denkbar, entsprechend § 1 AltZertG generell einen anderen – früheren Zeitpunkt festzulegen.

bb. Risiko Erwerbsminderung

Zu erwägen ist auch die Abdeckung des Risikos der Erwerbsminderung. Dies ist deshalb wichtig, weil sich erwiesen hat, dass gerade im Fall der Erwerbsminderung und des Bezugs der Erwerbsminderungsrente insbesondere in jüngeren Jahren diese relativ niedrig sind und eine unzureichende Ergänzung durch zusätzliche Altersvorsorge festzustellen ist. Deshalb spricht aus sozialpolitischen Gründen vieles für eine Absicherung auch der Erwerbsminderung.

Es ist dann aber darauf hinzuweisen, dass es sich bei der Erwerbsminderung um ein echtes Risiko handelt, das anders als im Fall der Alterssicherung nicht allein in der Auszahlung des angesammelten Kapitals in Form einer Leibrente besteht. Hier kann sich das Risiko der Erwerbsminderung auch nach kurzer Beitragszeit realisieren und eine Auszahlung lediglich auf der Basis des bis dahin angesammelten Kapitals kann dem Sicherungsziel nicht ausreichend Rechnung tragen. Eine Abdeckung auch des Risikos der Erwerbsminderung verändert deshalb die Kalkulation des Altersvorsorgeprodukts erheblich.

Das führt zu der Erwägung, die Absicherung auf den Tatbestand der vollständigen Erwerbsminderung in Anlehnung an § 43 Abs. 2 SGB VI zu beschränken und nicht auch die teilweise Erwerbsminderung mit einzubeziehen.

Im Fall der Absicherung von Erwerbsminderung muss auch, da es nicht allein um eine Auszahlung auf der Basis des angesammelten Kapitals geht, über einen Leistungsumfang entschieden werden. Bei einer lebenslangen Rentenleistung hat das

³⁵ Siehe die Kommentierungen bei ErfK/Steinmeyer, § 6 BetrAVG

erhebliche Konsequenzen auf die Kalkulation des Altersvorsorgeprodukts. Es kann deshalb als Alternative auch erwogen werden, im Fall der Erwerbsminderung einen Kapitalbetrag auszuzahlen. Da dieser sich nicht an dem bis dahin eingezahlten Kapital orientieren kann, müsste ein Pauschalbetrag definiert werden, der sich etwa an einer fiktiven Beitragsleistung für einen längeren Zeitraum – z.B. 20 Jahre – orientieren könnte.

Nimmt ein solcher Versicherter später eine Altersrente in Anspruch, müsste über eine Anrechnung des gewährten Kapitalbetrags nachgedacht werden, um Fehlanreize zu verhindern.

cc. Hinterbliebenensicherung

Entsprechend § 1 BetrAVG kann zusätzliche Altersvorsorge auch die Hinterbliebenensicherung umfassen. Diese auch hier mit zu erfassen, würde weitere Belastungen bei der Kalkulation mit sich bringen und wäre auch je nach Lebenssituation nicht erforderlich. Deshalb sollte die Hinterbliebenensicherung nicht zwingend und automatisch einbezogen werden. Es ist aber daran zu denken, sie als Option zuzulassen. Sie hat dann allerdings für denjenigen, der sich für sie entscheidet, zur Konsequenz, dass sich der an ihn zu gewährende Leistungsbetrag deutlich verringern würde.

e. Befreiungsmöglichkeiten beim Obligatorium

Bei einem Obligatorium muss dem Umstand Rechnung getragen werden, dass der hier relevante Personenkreis in vielen Fällen bereits über eine anderweitige zusätzliche Altersvorsorge verfügt. Es ist gerade Ziel des hier diskutierten Vorhabens, für eine weitere Verbreitung zusätzlicher Altersvorsorge zu sorgen, was dann aber auch zugleich beinhaltet, dass diejenigen von dem Obligatorium auszunehmen sind, die bereits über eine entsprechende zusätzliche Altersvorsorge verfügen oder für die eine solche geschaffen wird.

Kernfrage bei der Schaffung solcher Befreiungsmöglichkeiten ist zum einen, welche Arten von Vorsorgemaßnahmen als geeignet angesehen werden können bzw. sollen, zum anderen wird es um eine Feststellung der Gleichwertigkeit gehen müssen und schließlich auch darum, wie dies in möglichst wenig aufwendiger Weise von wem administriert werden kann.

aa. Geeignete Vorsorgemaßnahmen

Es muss sich bei den für eine Befreiung in Frage kommenden Vorsorgemaßnahmen um solche handeln, die der Abdeckung der Alterssicherung und des Risikos der Invalidität (Erwerbsminderung) dienen. Insoweit sollte der Klarheit halber eine Beschränkung auf solche Vorsorgemaßnahmen erfolgen, die gerade diesen Risiken gewidmet sind.

Immobilien sollten deshalb aus der Sicht des Gutachters ausgeklammert bleiben, auch wenn sie im Alter oder bei Erwerbsminderung zur Einsparung von Mietausgaben oder zur Erzielung von Mieteinnahmen dienen können.

Es müsste also um andere Leistungen der zusätzlichen Altersvorsorge gehen, womit insbesondere die betriebliche Altersvorsorge nach dem BetrAVG angesprochen ist. Leistungen der ersten Säule dürfen insoweit nicht herangezogen werden. Da es sich vorliegend um ein Obligatorium für eine zusätzliche Altersvorsorge handeln soll, kann auch mit sehr guten Gründen erwogen werden, die Befreiungsmöglichkeit auf Systeme der betrieblichen Altersvorsorge nach dem BetrAVG zu beschränken. Darunter würde selbstverständlich auch das sog. Sozialpartnermodell nach dem BRSG fallen (§§ 21 ff. BetrAVG).

Ein besonderes Problem taucht dabei allerdings hinsichtlich der berufsständischen Versorgung auf, die man der ersten Säule zuzurechnen hat, die aber in der praktischen Auswirkung häufig höhere Rentenleistungen erzielt, die im Vergleich zur gesetzlichen Rentenversicherung ein höheres Rentenniveau sichern. Hier vermag das Obligatorium

seinen Zweck nur zum Teil zu erfüllen; es ist faktisch nicht notwendig, was aber nur so lange der Fall ist, wie das System der berufsständischen Versorgung in der Lage ist, höhere Leistungen sicherzustellen. Da aber die berufsständische Versorgung eigenen Regeln folgt und im Leistungssystem von der gesetzlichen Rentenversicherung unabhängig ist, stellt sich die Frage der Niveauabsenkung in der gesetzlichen Rentenversicherung hier naturgemäß nicht und es geht auch nicht um Personen in unteren Einkommensbereichen. Es erscheint deshalb gerechtfertigt, für diesen Personenkreis und diese Systeme eine generelle Befreiung vorzusehen.

Eine besondere Frage besteht darin, ob bestehende Riester-Verträge eine derartige Befreiungsmöglichkeit eröffnen sollen, was zugleich die Frage nach dem Verhältnis dieser Maßnahme der Altersvorsorge zum Obligatorium aufwirft. Sofern man sich beim Obligatorium zu einem Beitrag entschließt, der dem im Riester-System entspricht, ließe sich eine entsprechende Befreiung denken.

Es stellt sich auch die Frage, ob neben der Leistungshöhe auch auf die Identität oder zumindest Vergleichbarkeit der abgedeckten Versorgungsfälle abzustellen ist. Will man grundsätzlich die Absicherung Erwerbsgeminderter verbessern, so muss man in Konsequenz auch fordern, dass das zur Befreiung herangezogene System zusätzlicher Altersvorsorge auch das Risiko der Erwerbsminderung umfasst. Insoweit ist dann aber darauf hinzuweisen, dass dies die Komplexität insbesondere dann erhöht, wenn eine bestehende betriebliche Altersversorgung nur eine Alterssicherung vorsieht und die Erwerbsminderung nicht abdeckt.

bb. Bestehende Befreiungsregelungen als Vorbild?

Eine Befreiungsregelung recht komplexer Natur findet sich im geltenden Recht in § 231 SGB VI für bestimmte Übergangsfälle sowie allgemein in § 6 SGB VI – allerdings nur als Befreiung von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung. § 6 SGB VI kann insoweit für die vorliegende Fragestellung nur sehr begrenzt herangezogen werden, da er auf das Vorliegen anderer Systeme der

ersten Säule (Beamtenversorgung, berufsständische Versorgung) abstellt. § 231 SGB VI lässt – vereinfacht gesagt – für Übergangsfälle eine Befreiung zu, wenn

- mit einem öffentlichen oder privaten Versicherungsunternehmen einen Lebens- oder Rentenversicherungsvertrag abgeschlossen ist und für die Versicherung mindestens ebenso viel Beiträge aufzuwenden sind, wie Beiträge zur Rentenversicherung zu zahlen wären, oder

- vorhandenes Vermögen oder Vermögen, das aufgrund einer auf Dauer angelegten vertraglichen Verpflichtung angespart wird, insgesamt gewährleisten, dass eine Sicherung vorhanden ist, deren wirtschaftlicher Wert nicht hinter dem einer Lebens- oder Rentenversicherung nach den zuvor genannten Bedingungen zurückbleibt.

Da es hier um ein beitragsorientiertes kapitalgedecktes Altersvorsorgeprodukt geht, sollte – auch zur Vereinfachung des Systems – an den Beitragsaufwand angeknüpft werden.

cc. Gleichwertigkeit der Vorsorgemaßnahmen

Die Feststellung der Gleichwertigkeit hängt maßgeblich ab von der Konkretisierung des Umfangs der zusätzlichen verpflichtenden Altersvorsorge. Es muss also sichergestellt sein, dass die anderweitige zusätzliche Altersvorsorge zumindest dem entspricht. Das ist bei Beitragssystemen leichter feststellbar, da man insoweit auf die gleiche Beitragshöhe abstellen könnte. Schwieriger wird dies bei reinen Leistungssystemen, wie es bei der ursprünglichen Form der betrieblichen Altersversorgung nach § 1 BetrAVG der Fall ist. Hier müsste eine Umrechnung in den Beitragsaufwand erfolgen, wobei man die Erfahrungen bei der Berechnung wertgleicher Anwartschaften bei der Entgeltumwandlung (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG) nutzen kann.

Wollte man hier auch das möglicherweise höhere Leistungsniveau der berufsständischen Versorgungswerke berücksichtigen, so müsste eine zusätzliche Bewertung mit Erfahrungswerten erfolgen, die zu einer hohen Komplexität führen würde und deshalb eher nicht weiterverfolgt werden sollte.

Aus den oben unter bb. dargestellten Befreiungsregelungen ließe sich hier herleiten, dass grundsätzlich auf vergleichbare Beiträge abgestellt werden sollte, die aufgewendet werden. Bei Leistungssystemen müsste dann eine entsprechende Umrechnung erfolgen, wie sie § 231 SGB VI auch durchaus vorsieht. Allgemein steht eine Befreiungsregelung hier vor dem Dilemma, dass sie umso komplexer werden muss, je genauer sie die Gleichwertigkeit abbilden will. Hier dürfte ein Gesetzgeber mit pauschalierenden Regelungen arbeiten dürfen, da eine genaue versicherungsmathematische Entsprechung zu hohem Verwaltungsaufwand führen würde. Deshalb sollte auch ein allgemeiner Verweis auf Vermögen nicht ausreichen, sondern eben nur auf zusätzliche Vorsorgemaßnahmen, die die konkret genannten Risiken abdecken.

dd. Durchführung der Befreiungsprüfung

Wird die zusätzliche kapitalgedeckte Altersversorgung durch einen Träger der gesetzlichen Rentenversicherung durchgeführt, liegt es nahe, diesen mit der Durchführung der Befreiungsprüfung zu betrauen.

Wird hingegen die zusätzliche Altersversorgung auf dem arbeitsrechtlichen Weg umgesetzt, so kann dies durch den Arbeitgeber erfolgen, der aber insbesondere in kleineren Unternehmen damit oft überfordert sein dürfte. Hier dürfte dann deshalb nur eine Lösung helfen, nach der ein Arbeitnehmer die Befreiung vom Obligatorium bei einer öffentlich-rechtlichen Einrichtung unter Vorlage der bestehenden Vorsorgemaßnahme beantragen kann, was etwa für bestehende Riester-Verträge relevant werden kann. Ein Arbeitgeber mit einer entsprechenden betrieblichen Altersversorgung müsste dann bei der entsprechenden öffentlichen Stelle um eine Befreiung ersuchen.

Eine „Teil-Befreiung“ bei Systemen, die unterhalb des Niveaus der verpflichtenden zusätzlichen Altersvorsorge bleiben, sollte zur Vermeidung weiterer Komplexität nicht vorgesehen werden.

Es wäre noch zu prüfen, ob bei einer arbeitsrechtlichen Lösung eine Befreiung auch ohne Einschaltung einer staatlichen Einrichtung denkbar wäre. Dies wäre umso eher denkbar, je einfacher der Befreiungsfall zu ermitteln und zu administrieren ist. Es mag dann ausreichen, wenn der Arbeitgeber dies einer geeigneten Stelle notifiziert.

f. Organisation der Versorgungseinrichtung

Bei der Organisation und Ausgestaltung von Versorgungseinrichtungen sind mehrere Gesichtspunkte zu berücksichtigen und Alternativen zu diskutieren.

Zum einen kann es um die Frage gehen, ob die Einziehung von Beiträgen, die Gewährung der Leistungen und die Anlage des Kapitals jeweils getrennt voneinander erfolgen sollten. Hinzu kommt noch die Frage, welche Institution die automatische Erfassung sowie das Obligatorium betreibt und ggf. auch den Widerspruch beim Opting-Out entgegennimmt.

Weiterhin geht es um die Frage, ob es um eine einzelne staatlich organisierte Einrichtung gehen soll oder um mehrere miteinander konkurrierende staatliche und/oder private Einrichtungen. Bei mehreren Einrichtungen nebeneinander, von denen eine oder mehrere staatliche Einrichtungen sind, ist der wettbewerbsrechtliche Aspekt zu berücksichtigen.

Wird die zusätzliche Altersversorgung arbeitsrechtlich ausgestaltet, so kommt die Einschaltung einer öffentlich-rechtlichen Einrichtung eher nicht in Betracht. Hier ist das Obligatorium bzw. Opting-Out auf der Ebene des Arbeitgebers zu organisieren.

Es spricht Entscheidendes dafür, die Erfassung bei einer sozialversicherungsrechtlichen Anknüpfung einer staatlichen Stelle und bei einer arbeitsrechtlichen Anknüpfung dem Arbeitgeber zu übertragen. Dies sollte dann mit dem Beitragseinzug kombiniert werden. Die Verwaltung der Gelder und ggf. auch die Auszahlung von Leistungen sollte dann durch eigenständige Einrichtungen erfolgen,

wobei die Pensionskassen nach §§ 232 ff. VAG und die Pensionsfonds nach §§ 236 ff. VAG als Vorbild dienen mögen. Die Existenz nebeneinander bestehender Einrichtungen fördert den Wettbewerb untereinander und sorgt somit für eine entsprechend gute Anlagepolitik.

Für den Fall nebeneinander bestehender Einrichtungen sollte die Wahlmöglichkeit für den erfassten Personenkreis entsprechend geregelt werden. Hier muss es zum einen darum gehen, welche Einrichtung bei Nicht-Ausübung eines Wahlrechts einschlägig ist; dies wird auch unter dem Begriff der Default-Einrichtung diskutiert. Zum anderen muss entschieden werden, ob nach erfolgter Wahl ein Wechsel der Einrichtung möglich ist und wenn ja unter welchen Voraussetzungen und in welchen Zeitabständen.

Sichergestellt werden müsste, dass ein Wechsel des Arbeitsplatzes für das Obligatorium bzw. von Opting-Out-Systemen in der zusätzlichen Altersvorsorge unschädlich ist, die Zugehörigkeit also unabhängig von der jeweiligen Tätigkeit ist. Dies muss selbstverständlich auch gelten, soweit es etwa um den Wechsel von einer Arbeitnehmertätigkeit in eine Tätigkeit als Selbständiger geht und umgekehrt. Auf diese Weise können und sollten Wechsel- und Übertragungskosten vermieden werden.

aa. Organisatorische Trennungen

(1) Organisation des Obligatoriums bzw. Opting-Out über eine öffentlich-rechtliche Einrichtung

Es ist denkbar, bei einem Obligatorium eine öffentlich-rechtliche Einrichtung – etwa die Deutsche Rentenversicherung Bund – mit der Durchführung und Umsetzung dieses Obligatoriums zu betrauen. Das könnte etwa bedeuten, dass diese den für das Obligatorium in Frage kommenden Personenkreis erfasst, die Beiträge einzieht und diese an Einrichtungen nach Wahl der betroffenen Person weiterreicht. Wie oben bereits angesprochen, ließe sich hier an eine Einschaltung von Pensionsfonds oder Pensionskassen denken, die die Anlage und auch Leistungsgewährung übernehmen

könnten. Derartige Einrichtungen erscheinen hier als erforderlich, da es angesichts der Vorgabe der Rentenleistungen und der Einbeziehung auch des Risikos der Erwerbsminderung einer versicherungstechnischen Abwicklung bedarf.

Dies ließe sich so auch praktizieren im Fall von Opting-Out-Systemen, bei denen ebenfalls die Erfassung auf diesem Weg funktionieren könnte und der Widerspruch gegen die Einbeziehung ebenfalls bei dieser Stelle eingelegt werden könnte. Falls ein Widerspruch nicht eingelegt werden sollte, könnten hier ebenfalls die Beiträge eingezogen und an eine von der jeweiligen Person benannte Einrichtung weitergeleitet werden.

(2) Umsetzung durch konkurrierende Fonds mit Default Fonds

In beiden Fällen wäre dann zur Umsetzung an mehrere Einrichtungen zu denken, die die zusätzliche Altersversorgung betreiben, d.h. die die an sie nach Wahl der jeweils erfassten Personen geleiteten Gelder anlegen. Es müsste dann entschieden werden, ob diese Einrichtungen (Fonds) dann auch die Gewährung der Leistungen vornehmen. Im Folgenden soll nach den vorangegangenen Überlegungen davon ausgegangen werden, dass die Fonds auch die Auszahlung der Leistungen vornehmen.

Diese Fonds sollten grundsätzlich den gleichen Regeln unterworfen werden. Konkurrieren könnten sie in ihrer Performance. Es ist aber auch denkbar, die Wahl zwischen unterschiedlichen Anlagestrategien zu ermöglichen.

Es ist vorzusehen, dass eine der Einrichtungen (Fonds) dann greift, wenn die betreffende Person keine Entscheidung zugunsten eines bestimmten Fonds getroffen hat (Default-Fonds). Dieser Gesichtspunkt gilt für ein Obligatorium wie für Opting-Out-Systeme gleichermaßen. Die Bestimmung des Default-Fonds lässt sich bei einer Organisation über ein staatliches Altersvorsorgeprodukt durch Benennung eines solchen Standard-Fonds lösen; bei einer arbeitsrechtlichen Lösung mag man dem Arbeitgeber insoweit das Bestimmungsrecht einräumen.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, wie dieser Default-Fonds ausgestaltet sein sollte. Es ließe sich daran denken, diesen als einen staatlich organisierten Fonds auszugestalten, was aber so zu geschehen hätte, dass es wettbewerbsrechtlich unbedenklich ist. Es spricht beim Default-Fonds – wie das etwa auch in Schweden der Fall ist – viel für eine öffentlich-rechtliche Ausgestaltung, da diesem Fonds mit einer Automatik die Personen zugeordnet werden, die keine ausdrückliche Wahl getroffen haben. Dieser öffentlich-rechtlich ausgestaltete Fonds kann dann auch als Benchmark für konkurrierende privatrechtlich organisierte Fonds dienen und insoweit eine Kostensenkung bewirken. Will man einen Wettbewerb unter Fonds-Anbietern haben, so steht dieser Default-Fonds etwas außerhalb des Wettbewerbs, da ihm automatisch bestimmte Personen zugeordnet werden. In Schweden hat sich insoweit gezeigt, dass dies zu einer dominierenden Stellung des Default-Fonds führt³⁶. Das verbietet es, damit eine privatrechtliche Einrichtung zu betrauen, da sie wettbewerbsmäßig gegenüber anderen privatrechtlichen Einrichtungen bevorzugt würde.

Es fragt sich deshalb, ob hier die Abwicklung über eine öffentlich-rechtliche Einrichtung hilft. Eine öffentlich-rechtliche Einrichtung, die das gleiche Geschäft betreibt wie privatrechtliche Anbieter, ist grundsätzlich ebenso zu behandeln wie privatrechtliche Anbieter. Anders ist dies, wenn die öffentlich-rechtliche Einrichtung eine besondere Funktion erfüllt, die sie nicht in den Wettbewerb stellt. Das bedeutet dann, dass ein Weg gefunden werden müsste, die Zuweisung zu einem Default Fonds wettbewerbsneutral zu gestalten. Hier könnte man einen öffentlich-rechtlichen Default-Fonds so ausgestalten, dass er im Wettbewerb keine immanenten Vorteile hat. So ließe sich daran denken, dass er nicht aktiv gewählt werden kann, sondern nur greift, wenn keine ausdrückliche Wahl eines anderen Fonds erfolgt. Dann obliegt es den privatrechtlich strukturierten Anbietern, sich um den gesamten erfassten Personenkreis zu bemühen und das Geschäft für sich zu gewinnen. Eine solche Vorgehensweise dürfte die wettbewerbsrechtlichen Risiken entscheidend verringern. Denkbar wäre auch, den öffentlichen Fonds den gleichen rechtlichen Bedingungen zu

³⁶ Börsch-Supan / Roth / Wagner, Altersvorsorge im internationalen Vergleich: Staatliche Produkte für die zusätzliche Altersvorsorge in Schweden und dem Vereinigten Königreich, Berlin 2017, S. 17.

unterwerfen wie die privaten Fonds, was ebenfalls zur Wettbewerbsneutralität beitrüge bzw. sie sogar herstellen würde.

Für den staatlichen Fonds würde es dann aber gleichwohl darauf ankommen, im Wettbewerb keine unberechtigten Vorteile zu haben. So darf etwa diese Einrichtung keinen Zugang zu den Daten über den gesamten erfassten Personenkreis haben, wenn dies – wie anzunehmen – die privaten Anbieter nicht haben. Das bedeutet, dass selbstverständlich der Fonds nicht etwa durch die Deutsche Rentenversicherung Bund selbst betrieben werden darf. Vielmehr ist eine deutliche Grenzziehung gleich welcher Art erforderlich. Dieser Fonds darf auch sonst nicht seine Stellung als öffentlich-rechtliche Einrichtung zur Erzielung von Wettbewerbsvorteilen nutzen. Das kann etwa auch bedeuten, dass eine Garantie seiner Liquidität nur in dem gleichen Maße gegeben sein darf wie bei privatrechtlichen Einrichtungen; anderenfalls wären auch beihilferechtliche Probleme zu vergegenwärtigen.

Insgesamt ist bei der Einschaltung eines solchen – staatlichen – Default-Fonds das europäische Wettbewerbsrecht (Art. 101 ff. AEUV) zu beachten. Da der staatliche Fonds kraft Natur der Sache und damit auch der rechtlichen Konstruktion institutionalisierte Wettbewerbsvorteile hat, indem ihm diejenigen zugewiesen werden, die keine ausdrückliche Wahl getroffen haben, ergibt sich ein wettbewerbsrechtliches Problem. Auch ein öffentlich-rechtlicher Fonds, der und weil er im Wettbewerb mit anderen steht, ist ein Unternehmen im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts³⁷. Er unterliegt dann auch dem Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV. Allerdings wird das Problem des europäischen Wettbewerbsrechts dadurch relativiert, dass Art. 106 Abs. 2 AEUV bestimmt, dass für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, die Vorschriften der Verträge, insbesondere die Wettbewerbsregeln nur gelten, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Es erweist sich aber, dass

³⁷ Khan/Suh, in Geiger/Khan/Kotzur, EUV / AEUV, Art. 101 Rn 9; Steinmeyer, Wettbewerbsrecht im Gesundheitswesen, 2000, S. 20 ff.

die Zuweisung zu einem Default-Fonds notwendige Folge eines Ansatzes ist, der hier geprüft wird und eine Einschränkung über das Wettbewerbsrecht die Erfüllung dieser Aufgabe, die angesichts des Zwecks des Obligatoriums bzw. Opting-Out im allgemeinen Interesse liegt, unmöglich machen würde. Allerdings sollte darauf geachtet werden, dass die Ausgestaltung dieses Fonds dem der konkurrierenden entspricht; das könnte auch dadurch realisiert werden, dass eine privatrechtliche Einrichtung insoweit betraut würde.

bb. Staatlich organisiertes verpflichtendes Altersvorsorgeprodukt

Es ließe sich schließlich auch noch denken, ein System vorzusehen, das als staatlich organisiertes Altersvorsorgeprodukt gestaltet ist und ein verpflichtendes Produkt vorsieht. Hier mag dann diese staatliche Einrichtung die Verwaltung und Anlage der Gelder privaten Einrichtungen übertragen, führt aber selbst sowohl die Überwachung des Obligatoriums und Praktizierung des Opting-Out als auch die Gewährung der Leistungen selber durch.

Man mag hier noch daran denken, die Überwachung des Obligatoriums und die Praktizierung des Opting-Out von der Durchführung des Altersvorsorgeprodukts zu trennen.

Beide Optionen sind denkbar.

Mit der Schaffung eines staatlichen Altersvorsorgeprodukts könnte eine kostengünstige Alternative geboten werden; allerdings ist darauf hinzuweisen, dass ein derartiges staatliches Altersvorsorgeprodukt einer genauen Prüfung nach dem europäischen Wettbewerbsrecht bedarf, da hier ein staatliches Monopol geschaffen wird, das besonderer Rechtfertigung bedarf. Der Europäische Gerichtshof hat in seiner Entscheidung in der Rechtssache Albany Kriterien aufgestellt, die insbesondere sind: Erfüllung einer wesentlichen sozialen Funktion, Gefährdung der dem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgaben, erhöhter Grad an Solidarität als Kennzeichen des

Zusatzrentensystems sowie Festlegung von Mindestanforderungen für anbietende Versicherungsgesellschaften keine Alternative³⁸.

cc. Verfassungsrechtliche Bewertung

Die organisatorischen Fragen haben bei einer Einbeziehung öffentlich-rechtlicher Einrichtungen auch eine kompetenzrechtliche Komponente.

Wie oben ausgeführt, lässt sich ein System des Obligatoriums, sofern es mit einem staatlichen Altersvorsorgeprodukt arbeitet, noch unter den Kompetenztitel „Sozialversicherung“ fassen.

Vom materiellen Gehalt ist die zusätzliche Altersversorgung je nach erfasstem Personenkreis dem Arbeitsrecht oder – im Fall der Selbständigen – dem Recht der Wirtschaft zuzuordnen.

Die Umsetzung durch eine staatliche Einrichtung ist – analog zur Zulagenstelle bei der Riester-Versorgung – zulässig.

dd. Organisation eines arbeitsrechtlichen zusätzlichen Altersvorsorgeprodukts

Für den Fall eines zusätzlichen Altersvorsorgeprodukts auf arbeitsrechtlicher Basis soll hier davon ausgegangen werden, dass dies ohne organisatorische Beteiligung öffentlich-rechtlicher Einrichtungen geschehen soll, wenn man von der Frage der Befreiung absieht. Das bedeutet eine rein arbeitsrechtliche bzw. privatrechtliche Organisation.

³⁸ EuGH 21.9.1999 – C-67/96 – Albany, DB 2000, 826 ff.; siehe auch näher dazu *Steinmeyer*, in: *Hanau/Steinmeyer/Wank*, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, München 2002, § 29 Rn 119 ff.

Ausgangspunkt wäre deshalb eine Verpflichtung des Arbeitgebers, für seine Arbeitnehmer die Durchführung des Obligatoriums sowie eines Opting-Out sicherzustellen.

Es stellt sich dann allerdings die Frage, wie die Wahl eines bestimmten Altersvorsorgeprodukts zu organisieren ist. Zum einen müsste auch hier sichergestellt werden, dass der Wechsel der Tätigkeit die Zugehörigkeit zu einem Altersvorsorgeprodukt überdauern kann; das müsste zumindest bedeuten, dass die betreffende Person die Möglichkeit haben muss, bei Wechsel der Tätigkeit in einem bestimmten Altersvorsorgeprodukt zu verbleiben, es also in geeigneter Weise fortzusetzen. Zum anderen müsste bei einem Obligatorium die Befreiungsmöglichkeit in geeigneter Weise geregelt werden. Dabei kann hier der Arbeitgeber, der über eine eigene betriebliche Altersversorgung verfügt, auf diese verweisen; es bedarf dann einer Regelung zu der Frage, wie dies zu kontrollieren oder zu sanktionieren ist, worauf oben bereits eingegangen wurde.

Im Fall eines Opting-Out kann dies entsprechend § 20 BetrAVG organisiert werden.

Sofern es die in Frage kommenden Altersvorsorgeeinrichtungen anbetrifft, ließe sich auch hier an eine freie Wahl der Einrichtung durch den Arbeitnehmer denken. Es wäre zu entscheiden, ob dies auch bestehende Altersvorsorgeeinrichtungen – etwa bereits bestehende Pensionskassen – einschließt oder ob hier davon unabhängige Einrichtungen geschaffen werden sollten. Folgt man dem britischen Vorbild, so wird dies dort durch unabhängige Trusts betrieben, von denen einer (NEST) als Default-Einrichtung fungiert. Allerdings sind derartige Trusts in Großbritannien Tradition, während sich in Deutschland Versorgungseinrichtungen der Arbeitgeber finden. Wie oben bereits herausgearbeitet, ist hier für Deutschland an Pensionskassen oder Pensionsfonds bzw. Einrichtungen nach diesem Vorbild zu denken.

Es ist sicher festzustellen, dass hiermit eine zentrale Frage einer arbeitsrechtlichen Lösung angesprochen ist und zugleich auch die Frage der grundsätzlichen Natur einer solchen zusätzlichen Altersversorgung. Eine verpflichtende zusätzliche

Altersvorsorge kann im organisatorischen Rahmen des bestehenden Systems organisiert werden, wofür angeführt werden kann, dass es die Aufgabe des hier zu erörternden Vorhabens ist, angesichts des sinkenden Leistungsniveaus der gesetzlichen Rentenversicherung eine möglichst weitgehende Verbreitung der zusätzlichen Altersversorgung unter Anrechnung bereits bestehender Systeme zu erreichen. Andererseits kommt dieser zusätzlichen Altersvorsorge auch eine ersetzende Funktion zu, weshalb sie im Grundsatz ähnlich ausgreifen sollte wie die sog. Riester-Rente. Weiterhin wäre zu bedenken, dass bei einem Obligatorium der Arbeitgeber in Rücksicht auf die Befreiungsmöglichkeit bzw. -regelung von sich aus die noch nicht erfassten Arbeitnehmer in ein bei ihm bereits bestehendes bzw. zu errichtendes System der betrieblichen Altersversorgung aufnehmen mag. Jedenfalls müsste aber sichergestellt sein, dass ein Wechsel der Tätigkeit bzw. des Arbeitsplatzes nicht zur Beeinträchtigung der Versorgung führt, was die Möglichkeit des Verbleibens in einem Altersversorgungssystem auch bei Wechsel des Arbeitsplatzes bzw. der Tätigkeit voraussetzt.

Es ist deshalb hier auch eine verpflichtende zusätzliche Altersversorgung im bestehenden System denkbar, sofern die unproblematische Mitnahme oder das Verbleiben beim Wechsel des Arbeitsplatzes oder der Tätigkeit möglich ist. Dies zeigt dann auch, dass eine Umsetzung eine Reihe von Eingriffen in das BetrAVG mit sich bringen mag.

Gestaltet man die zusätzliche Altersversorgung außerhalb des bestehenden Systems der betrieblichen Altersversorgung, so sind Einrichtungen vorzusehen, die zur Wahl der erfassten Arbeitnehmer stehen. Dabei ist auch ein Default-System denkbar, dass vergleichbare wettbewerbsrechtliche Vorgaben zu berücksichtigen hat.

ee. Fragen der Wechselmöglichkeit zwischen Einrichtungen

Sieht man konkurrierende Fonds vor, so stellt sich die Frage nach den Wechselmöglichkeiten zwischen diesen Einrichtungen. Will man einen Wettbewerb zwischen den Einrichtungen oder will man einen Wechsel in der Anlagestrategie

ermöglichen, so ist die Gewährung einer solchen Wechselmöglichkeit unabdingbar. Mit einem derartigen Wechsel ist aber regelmäßig die Übertragung von Vermögenswerten verbunden, was Aufwand verursacht und ausländische Erfahrungen haben auch gezeigt, dass dann kostspieliger Werbeaufwand betrieben werden mag. Es ist deshalb unabdingbar, die Wechselmöglichkeit zwar einerseits einzuräumen, sie aber andererseits an bestimmte Fristen zu binden, um zu häufige und kostspielige Wechsel zu vermeiden.

6. Beibehaltung der staatlichen Förderung

Bisher finden sich bei – freiwilliger – zusätzlicher Altersvorsorge Maßnahmen der staatlichen Förderung. Dies kann geschehen in Form einer steuerlichen Berücksichtigung aber auch im Wege von Zuschüssen, wie sie etwa im Bereich der Riester-Rente bestehen.

Für die Frage der Beibehaltung der staatlichen Förderung dürfte entscheidend sein, ob die zusätzliche Altersvorsorge als Obligatorium oder in Gestalt eines Opting-Out erfolgen soll. Im ersteren Fall besteht weniger bis kein Anreizbedarf; es mag lediglich darum gehen, diese zusätzliche Belastung steuerlich zu berücksichtigen.

Anders ist dies bei einem Opting-Out. Die Erfolgsquote würde in einem solchen Fall sicher verbessert, wenn ein steuerlicher Anreiz besteht, für eine solche zusätzliche Altersvorsorge zu optieren.

Wird die zusätzliche Altersvorsorge allein oder zumindest zum Teil vom begünstigten Personenkreis finanziert, so lässt sich entsprechend der Regelung bei der Riester-Rente an ein Zulagensystem denken. Bei der Erfassung auch von Selbständigen mag dies auf diesen Personenkreis ausgedehnt werden.

7. Fragen der Einführung des Obligatoriums bzw. Opting-Out in zeitlicher Hinsicht

Bei der Einführung eines solchen Systems gleich welcher Konstruktion ist schließlich noch zu bedenken, in welcher Weise dies zeitlich eingeführt wird.

a. Ansatz auch bei bereits bestehenden Arbeitsverhältnissen?

Es geht dabei um die Frage, ob es nur bei neu abgeschlossenen Arbeitsverträgen oder Tätigkeitsaufnahmen geschehen soll oder auch bei bereits bestehenden bzw. ausgeübten. Nimmt man das Ziel der weiteren Verbreitung der zusätzlichen Altersversorgung zur Kompensation des gesunkenen Rentenniveaus der gesetzlichen Rentenversicherung, so ergibt sich, dass es nicht allein auf neue Tätigkeiten und neue Arbeitsverhältnisse beschränkt bleiben sollte und schon gar nicht auf Berufseinsteiger. Dann würde das Ziel der Maßnahme verfehlt.

Es muss deshalb bei allen Gestaltungsformen sichergestellt werden, dass bei Einführung eines solchen Systems auch bereits bestehende Arbeitsverhältnisse erfasst werden und ebenso auch bereits bestehende Tätigkeiten bei Erfassung von Selbständigen. Allerdings ist die Verpflichtung zur Finanzierung erst vom Zeitpunkt der Erfassung wirksam.

b. Abhängigkeit vom Lebensalter?

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob auch Arbeitnehmer fortgeschrittenen Lebensalters erfasst werden sollten. Dies wird man grundsätzlich zu bejahen haben. Allerdings muss es noch möglich sein, im verbleibenden Zeitraum bis zum Ruhestand eine sinnvolle zusätzliche Altersversorgung aufbauen zu können. Klein- und Kleinstrenten sind zu vermeiden. Für das Risiko der Erwerbsminderung mag eine Höchstaltersgrenze festgesetzt werden.

Münster, 31.10.2019

(Prof. Dr. Steinmeyer)