

Abhandlungen

Prof. Dr. Volker Rieble, München

Doppelverbeitragung der Entgeltumwandlung*

I. Ausgangslage

1. Beitragsrechtlicher Doppeltzugriff

Die Entgeltumwandlung des § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG¹ lockt den Arbeitnehmer bis 31.12.2008 mit steuer- und sozialrechtlichen Vorteilen: Die Abgabenlast wird – dem Grundmodell der nachgelagerten Vergütung („deferred compensation“) entsprechend – von der Erdiensphase im Arbeitsverhältnis verlagert auf die Versorgungsphase. In der Zwischenzeit kann das von Abgaben verschonte Bruttoentgelt rentensteigernde Erträge erwirtschaften.

Die steuerrechtlichen Vorteile bleiben auch ab 2009 erhalten. Auf der Sozialabgabenseite hingegen büßt der Arbeitnehmer nicht nur den Vorteil nachgelagerter Verbeitragung ein; er wird – was der Laie nicht für möglich hält – doppelt zu Sozialabgaben herangezogen².

Das liegt daran, dass die *Verbeitragung von Arbeitsentgelt und diejenige von Versorgungsbezügen* im System der sozial(versicherungs)rechtlichen Beitragslasten *inzwischen voneinander abgekoppelt* sind³: Versorgungsbezüge sind isoliert nach §§ 226 Abs. 1 Nr. 3, 229 Abs. 1 Nr. 5, 237 Abs. 5 SGB V beitragspflichtig zur Kranken- und Pflegeversicherung (nicht aber zur Renten- und Arbeitslosenversicherung, weil insoweit kein zu versicherndes Risiko besteht). Als Arbeitsentgelt sind sie nicht beitragspflichtig, wenn das zugrunde liegende Arbeitsverhältnis beendet ist.

Wie das in die Altersversorgung eingespeiste Arbeitsentgelt in der Erdiensphase zu Sozialversicherungsbeiträgen (dann auch zur Renten- und Arbeitslosenversicherung) herangezogen wird, ist in §§ 14 Abs. 1, 115 SGB IV i.V.m. § 2 Abs. 1 und 2 ArbeitsentgeltVO geregelt. „An sich“ können Leistungen des Arbeitgebers in eine Altersversorgung – zunächst ungeachtet der Frage, ob die Zusage arbeitgeber- oder arbeitnehmerfinanziert ist – dann und nur dann zu Sozialversicherungsbeiträgen herangezogen werden, wenn der Arbeitgeber eine auch nur mittelbare Leistung an den Arbeitnehmer erbringt, die als Arbeitsentgelt gewertet werden kann. Eine solche Versorgungsaufwendung des Arbeitgebers an den Versorgungsträger, die als Sachleistung „Versicherungsschutz“ verbeitragt werden kann, findet sich unschwer bei der Direktversicherung sowie Pensionskasse oder Pensionsfonds, nicht

aber bei der Direktzusage und der (rechtlich unselbständigen) Unterstützungskasse, die nicht aus Beiträgen gespeist werden, sondern bei denen der Arbeitgeber als Versorgungsträger agiert, der sich selbst keine Beiträge zahlt.

Diese Ungleichheit in der Beitragspflicht korrigiert das Gesetz nun auf höchst merkwürdige, ja schizophrene Weise: In die klassische Arbeitgeberzusage sorgt das Gesetz für Beitragsfreiheit – soweit die Steuerfreiheit reicht. § 2 Abs. 2 ArEV⁴ (künftig § 1 Abs. 3 Nr. 5 Sozialversicherungsentgeltverordnung) bestimmt:

„Dem Arbeitsentgelt sind ferner nicht zuzurechnen ... 5. steuerfreie Zuwendungen an Pensionskassen, Pensionsfonds oder Direktversicherungen nach § 3 Nr. 63 Satz 1 und 2 des Einkommensteuergesetzes im Kalenderjahr bis zur Höhe von insgesamt 4 vom Hundert der Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung; für darin enthaltene Beträge aus einer Entgeltumwandlung (§ 1 Abs. 2 des Betriebsrentengesetzes) besteht Beitragsfreiheit bis zum 31. Dezember 2008.“

Bei der Entgeltumwandlung wird dagegen die Beitragspflicht auch dort geschaffen, wo gar kein mittelbares Arbeitsentgelt gezahlt wird: Die (freilich seltene) Entgeltumwandlung in eine Direktzusage oder eine Unterstützungskassenzusage wird als Arbeitsentgelt fingiert. Das ergibt sich aus § 14 Abs. 1 Satz 2 SGB IV:

„Arbeitsentgelt sind auch Entgeltteile, die durch Entgeltumwandlung nach § 1 Abs. 2 des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung für betriebliche Altersversorgung in den Durchführungswegen Direktzusage oder Unterstützungskasse verwendet werden.“

Die jeweils inverse Regelung zeigt diese Tabelle:

	Arbeitgeberzusage	Entgeltumwandlung
Mit Beitragsaufwand an Versorgungsträger (Direktversicherung, Pensionskasse, Pensionsfonds)	Beitrag ist mittelbares Arbeitsentgelt, also „an sich“ beitragspflichtig. Befreiung über § 2 II Nr. 5 ArEV, soweit steuerfrei (§ 3 Nr. 63 EStG)	wie bei Arbeitgeberzusage, aber keine Befreiung
Ohne Beitragsaufwand (Direktzusage, U-Kasse)	Kein Arbeitsentgelt, da keine Leistung des Arbeitgebers (in der Erdiensphase)	als Arbeitsentgelt fingiert, § 14 I 2 SGB IV

Geltendes Recht ist all dies schon seit dem 1.1.2002. Der Gesetzgeber hat schon damals die Entgeltumwandlung beitragspflichtig gemacht – und nur mit einem befristeten Befreiungstatbestand (§ 115 SGB IV, § 2 Abs. 2 Nr. 5 ArEV) für vorläufige Ruhe an der Entgeltumwandlungsfrente gesorgt.

2. Kritik

Damit also wird die Entgeltumwandlung für den Arbeitnehmer weithin uninteressant⁵: Der Vorteil nachgelagerter Besteuerung wird durch die doppelte Verbeitragung auf-

* Vortrag gehalten auf der aba-Herbsttagung am 27.10.2006 in Hannover.

1 Zum Begriff Hanau/Artega/Rieble/Veit, Entgeltumwandlung, 2. Auflage 2006, Rn. 1 ff.

2 Eingehend Giesen, Doppelte Erhebung von Sozialversicherungsbeiträgen in der betrieblichen Altersversorgung, VSSR 2005 S. 21 ff. (Teil I, zur Beitragspflicht), S. 77 ff. (Teil II zur rechtlichen Bewertung); Hanau/Artega/Rieble/Veit, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 710 ff. und jetzt Rolfs, Sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen betrieblicher Versorgungszusagen, NZS 2006 S. 617 ff.

3 Grundlegend zu dieser Systemänderung Peters, Fragen zu einer Verbreiterung der Beitragsbemessungsgrundlage in der Gesetzlichen Krankenversicherung, FS 50 Jahre BSG (2004) S. 459 ff.

4 Zur hier nicht behandelten Frage, ob die ArEV insoweit von der Ermächtigungsgrundlage in § 17 Abs. 1 Satz 2 SGB IV gedeckt ist, weil diese Steuerrechtsharmonie fordert: Giesen, a.a.O. (Fn. 2), S. 77 ff.

5 So auch Rolfs, a.a.O. (Fn. 2), S. 617 ff.

gefressen – weil der Arbeitnehmer für seine zusätzlichen Beiträge keine zusätzlichen Leistungen der Kranken- und Pflegeversicherung erhält, sondern für dieselbe Versicherungsleistung einfach nur mehr Beitrag bezahlt. Die Arbeitnehmer werden genau rechnen müssen, ob sie nicht besser die steuerlich ebenfalls geförderte Privatvorsorge aus dem Nettoeinkommen wählen („Riester-Förderung“), die in der Versorgungsphase beitragsfrei ist – die reine Privatvorsorge nämlich wird (mit Ausnahme der Kammerversorgungen freier Berufe, § 229 Abs. 1 Nr. 3 SGB V) von der Beitragspflicht für Versorgungsbezüge gerade nicht erfasst – solange sie keine betriebliche Altersversorgung ist. Überaus problematisch ist gerade deswegen die Eigenbeitragszusage nach § 1 Abs. 2 Nr. 4 BetrAVG: Sie wird zwar aus dem verbeitragten Nettoeinkommen geleistet, ist aber nach dem BetrAVG als betriebliche Altersversorgung anzusehen und ist damit beitragspflichtiger Versorgungsbezug nach § 229 Abs. 1 Nr. 5 SGB V; so also entkommt der Arbeitnehmer der Doppelverbeitragung nicht.

Freuen kann sich über diese Doppelverbeitragung nur derjenige Arbeitgeber, der den Entgeltumwandlungsanspruch nach § 1a Abs. 1 Satz 1 BetrAVG als Eingriff in die Privatautonomie ablehnt. Wird die Entgeltumwandlung wirtschaftlich uninteressant, werden kaum mehr solche Ansprüche erhoben werden.

Für alle anderen – Betriebs- und Tarifpraktiker, die den Arbeitnehmern angesichts der Versorgungsschwäche der Rentenversicherung zu einem angemessenen Alterseinkommen verhelfen wollen – ist diese Kehrtwende ein Sieg der Unvernunft: Die Politik weiß nicht, was sie will – Beitragseinnahmen oder angemessene Rahmenbedingungen für die betriebliche Altersversorgung.

Für den Arbeitnehmer ist die Ungerechtigkeit greifbar: Ein und dasselbe Entgelt ist zwar einmal verdient, wird jedoch zweimal verbeitragt (derzeit gottlob nur einmal versteuert!).

Für den mit Altersversorgungsfragen befassten Juristen ist die Verbeitragung bei der Entgeltumwandlung nicht fassbar: Was genau wird in der Erdienensphase verbeitragt? Weiß der Gesetzgeber, welche Konstruktion er selbst für die Entgeltumwandlung vorgegeben hat? Die inverse beitragsrechtliche Reaktion im Verhältnis zur klassischen arbeitgeberfinanzierten Altersversorgung lässt sich erklären doch nur daraus, dass der Arbeitnehmer „für eine juristisch-logische Sekunde“ erdientes Entgelt in Händen hält, bevor dieses in die Altersversorgung „entweicht“. Eben das ist aber falsch, legt man die nach inzwischen deutlich überwiegender Meinung typischerweise gewollte Schuldänderung⁶ zugrunde: Beim Arbeitnehmer kommt infolge seiner Arbeitsleistung in Höhe der Entgeltumwandlung gar kein Entgeltanspruch an, der verbeitragt werden kann⁷; er hat von vornherein nur einen Versorgungsverschaffungsanspruch in Händen. Diesen mag man zwar verbeitragen wollen – aber dann nicht anders als bei der arbeitgeberfinanzierten Altersversorgungs zusage, die für den Arbeitnehmer ebenfalls zu einem Versorgungsverschaffungsanspruch führt – der dort aber beitragsfrei ist.

II. Verfassungswidrigkeit?

1. Zentralproblem: Verfassungsvorgaben für die Bemessung von Sozialversicherungsbeiträgen

Die Doppelverbeitragung ohne doppelte Leistung erscheint greifbar systemwidrig. Ist sie aber auch verfassungswidrig⁸? Eine verfassungsrechtliche Systematik zur Beitragsgerechtigkeit in der Sozialversicherung hat das BVerfG bislang nicht entwickelt.

Anleihen beim Steuerrecht wären zwar hilfreich. Insbesondere könnte ein Prinzip der Verbeitragung nach der Leistungsfähigkeit das hier einschlägige Verbot der Doppelverbeitragung liefern, so wie die doppelte Besteuerung desselben Einkommens unzulässig ist. So hat das BVerfG gerade 2002 entschieden, dass Altersversorgungsaufwendungen und Altersversorgungsbezüge nicht zugleich besteuert werden dürfen⁹.

Freilich ist die Beitragspflicht zur Sozialversicherung (solange noch) keine Steuer, als der Versicherungsschutz eine „Gegenleistung“ darstellt¹⁰. Und so hat das BVerfG 1988 in der Tat merkwürdigerweise eine „verhältnismäßig kurze“ (bis 60 Monate) Doppelversicherung in der landwirtschaftlichen Altershilfe und der gesetzlichen Rentenversicherung unbeanstandet gelassen, weil der Landwirt in den Genuss einer doppelten Leistung gekommen ist (freilich gegen seinen Willen und ohne die Zwangsversicherung rechtfertigende Schutzbedürftigkeit)¹¹. Immerhin kann man für unsere Zwecke klar sagen, dass die Doppelverbeitragung zur Kranken- und Pflegeversicherung gerade nicht zu einer Mehrleistung führt.

Das Zentralproblem bleibt: Verfassungsvorgaben für die Bemessung von Sozialversicherungsbeiträgen müssen erst noch entwickelt werden; dass das BVerfG in seiner Sozialstaats euphorie hier die Bürgerfreiheit hochhält, steht in der Tat nicht zu erwarten. Auch dass das Versicherungsprinzip durch Umverteilungselemente derogiert wird, wird in Karlsruhe nicht stören. Insofern wird man mit *Giesen*¹² ein wenig defätistisch zum BVerfG schauen müssen: Ordnungsprinzipien für die Sozialversicherung sind von dort nicht zu erwarten.

2. Greifbarer Verstoß gegen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG

Treffend hat *Giesen* den Finger in die eigentliche Wunde gelegt: Die Doppelverbeitragung ist zuerst ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz¹³. Den Entgeltumwandlern wird im Vergleich zu anderen Formen der deferred compensation ein Beitragssonderopfer abverlangt, für das es keine Rechtfertigung gibt. Das Sozialversicherungsrecht darf sich gewiss auf den Standpunkt stellen, dass Arbeitsentgelte, sobald sie verdient sind, beitragspflichtig sind. Ebenso ist es zulässig, Leistungen an Dritte (Versorgungsträger) als Entgelt zu verbeitragen. Nur muss dies aber konsequent für alle vom Arbeitnehmer auf irgendeine Weise erdienten Arbeitsentgelte gelten – auch für die arbeitgeberfinanzierte Altersversorgung und für andere deferred compensation-Modelle. Genau das ist nicht der Fall.

6 Zu ihr mit Nachweisen *Hanau/Artega/Rieble/Veit*, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 49 ff. m.w.N.; im Kern ebenso *Blomeyer/Rolfs/Otto*, BetrAVG, 4. Auflage (2006), § 1 Rn. 124, doch wird dort eine (unnötige) Trennung von Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäft gesehen, die einen Verfügungsgegenstand in der Hand des Arbeitnehmers voraussetzt, der seinerseits Gegenstand des Beitragszugriffs sein könnte.

7 Klar schon *Blomeyer*, Neue arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen für die Betriebsrente, BetrAV 2001 S. 430 (435); kritisch auch aba, Stellungnahme zum Entwurf des AVmG, BetrAV 2001 S. 149 (153 f.). Dazu auch *Hanau/Artega/Rieble/Veit*, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 712 f.

8 Etwa *Grabner*, Entgeltumwandlung in der betrieblichen Altersversorgung, BetrAV 2003 S. 17 (21 f.).

9 BVerfG vom 6.3.2002 – 2 BvL 17/99 –, BVerfGE 105, 73 = NJW 2002 S. 1103 = BetrAV 2002 S. 303. Gegen ein generelles Doppelverbeitragungsverbot auch *Giesen*, a.a.O. (Fn. 2), S. 98 f.

10 Grundlegend *Rolfs*, Das Versicherungsprinzip im Sozialversicherungsrecht, 2000.

11 BVerfG vom 31.5.1988 – 1 BvL 22/85 –, BVerfGE 78 S. 232 = NJW 1988 S. 3258; dazu *Giesen*, a.a.O. (Fn. 2), S. 86 ff.

12 *Giesen*, a.a.O. (Fn. 2), S. 81 ff., S. 85 ff., S. 98 ff.

13 *Giesen*, a.a.O. (Fn. 2), S. 91 ff. Auch *Hanau/Artega/Rieble/Veit*, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 719.

Gegenüber der Entgeltumwandlung wird beitragsrechtlich zuerst die *klassische Altersversorgungszusage* bevorzugt. Obschon auch die Arbeitgeberzusage Entgeltfunktion aufweist, verzichtet das Sozialversicherungssystem auf die Verbeitragung in der Erdienensphase. Das ermöglicht dann die *wirtschaftliche und „unechte“ Entgeltumwandlung*, bei der die (Kollektiv-)Vertragsparteien eine „arbeitgeberfinanzierte“ Altersversorgung nur mittelbar durch ein Entgeltopfer des Arbeitnehmers finanzieren. Weil und soweit es an der Identität von Entgeltanspruch und Versorgungsverschaffung fehlt, scheidet die Entgeltumwandlung aus¹⁴. Insbesondere die Tarifvertragsparteien sind vollkommen frei darin, irgendeinen Entgeltbestandteil (etwa eine Zulage oder einen Vermögensbildungszuschuss) einzukassieren und aus dem Volumen eine arbeitgeberfinanzierte und beitragsverschonte Altersversorgung aufzubauen. Erst recht können künftige Entgeltsteigerungen von vornherein als arbeitgeberfinanzierte Altersversorgung gewährt werden.

Anders gewendet: Wenn der Gesetzgeber durch Doppelverbeitragung das Beitragsaufkommen steigern will, muss er das auch für die arbeitgeberfinanzierte Altersversorgung tun!

Greifbar ist die Ungleichbehandlung auch im Verhältnis zu *Arbeitszeitkonten* mit nachgelagerter (Versteuerung und) Verbeitragung gem. §§ 23, 23b, 7 Abs. 1a SGB IV. Auch dort ist das Entgelt bereits vom Arbeitnehmer verdient und wird von Beiträgen verschont. Die Beitragspflicht fällt erst mit der Entnahme aus dem Arbeitszeitkonto an.

Dagegen kann man nicht einwenden, Arbeitszeitkonten und betriebliche Altersversorgung seien nicht vergleichbar. In beiden Fällen geht es um verlagerte Entlohnung – einmal innerhalb des bestehenden Arbeitsverhältnisses, einmal über dessen Ende hinaus. Das aber ist kein die Doppelverbeitragung rechtfertigender Unterschied, zumal unter engen Voraussetzungen sogar die beitragsfreie Umwandlung eines beitragsfrei erarbeiteten Wertguthabens in eine betriebliche Altersversorgung möglich ist, § 23b Abs. 3a SGB IV.

III. Risiko beim Arbeitgeber

Auch wenn der Verstoß gegen den Gleichheitssatz ins Auge springt, bleibt der Gang nach Karlsruhe riskant und langwierig. Das den Richtern eigene Fiskaldenken (Recht ist, was die öffentliche Kasse füllt), mag merkwürdige Rechtfertigungsversuche nach sich ziehen. Vor allem aber muss ein erkannter Verstoß gegen den Gleichheitssatz nicht notwendig zur Nichtigkeit der die Beitragslast in der Erdienensphase begründenden Vorschriften führen. Das Gericht könnte auch einen Gleichheitsverstoß erkennen – und dem Gesetzgeber nur die Beseitigung desselben aufgeben. An der aktuellen Beitragslast änderte dies mithin nichts.

Keinem Arbeitgeber kann mithin geraten werden, das Risiko der Beitragsschuld auf die Entgeltumwandlung alleine zu tragen. Ein Beitragsrückgriff auf den Arbeitnehmer schließt § 28g SGB IV weithin aus. Den Arbeitgeber oder Personalverantwortlichen trafe ein strafrechtliches und persönliches Haftungsrisiko aus § 266a StGB (i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB). Das wiederum heißt: Der Arbeitgeber ist gut beraten, auf die Entgeltumwandlung wenigstens vorläufig Beiträge einzuziehen und fürsorglich abzuführen.

Hinzu kommt das Haftungsrisiko in der betrieblichen Altersversorgung. Die h.M. unterwirft den Arbeitgeber erheblichen Informationspflichten¹⁵, ja hält ihn für einen bera-

tungspflichtigen Treuhänder, obzwar der Arbeitgeber kraft Gesetzes gezwungen wird, die Altersvorsorge des Arbeitnehmers zu unterstützen und das nicht sein Lebensrisiko ist. Deshalb gilt meiner Auffassung nach: Über gesetzliche Rahmenbedingungen der Entgeltumwandlung muss der Arbeitgeber nicht aufklären; der Arbeitgeber braucht das Gesetzblatt nicht besser zu kennen als der Arbeitnehmer und ist auch kein Lesehelfer. Gleichwohl wird es sozialpolitisch inspirierte Arbeitsrichter geben (etwa in Stuttgart!), die das anders sehen.

Die konkrete Gefahr besteht nun darin, dass der Arbeitnehmer geltend macht, zum Zeitpunkt der Entgeltumwandlung vom Arbeitgeber nicht über die Doppelverbeitragung ab 2009 informiert worden zu sein. Der Arbeitnehmer kann zwar nicht einfach den Verbeitragungsschaden liquidieren, aber doch immerhin geltend machen, er hätte sich für eine andere, günstigere Form der Altersvorsorge entschieden.

Zu raten ist deshalb so oder so: Jeder Arbeitgeber mit Entgeltumwandlungsfällen möge vorsorglich nachträglich über die Doppelverbeitragung informieren, auf ein etwa vereinbartes Widerrufsrecht hinweisen und höchst fürsorglich ein freiwilliges Angebot auf Aufhebung der Entgeltumwandlungsvereinbarung abgeben!

IV. Flucht vor der Verbeitragung

Fallen dem Gesetzgeber unsinnige Regelungen ein, ist der Bürger aufgerufen, dem Unsinn auszuweichen und die gesetzliche Regelung leerlaufen zu lassen. Dazu bedarf es keines Appells an den Bürgersinn; der ökonomische Anreiz zur Beitragsvermeidung ist ausreichend. Gerade weil die Ungleichbehandlung ein entsprechendes Beitragsgefälle schafft, ist die Sogwirkung zu anderen Gestaltungsformen groß.

1. Modell „unechte Entgeltumwandlung“

Die Arbeitsvertragsparteien oder die Kollektivvertragsparteien, die die Entgeltumwandlung vorgenommen haben¹⁶, können die bestehende Entgeltumwandlung jederzeit aufheben – als *contrarius actus*. Damit ist die Doppelverbeitragung beendet. Alternativ bietet es sich an, den umgewandelten Entgeltbestandteil aufzuheben, was die Entgeltumwandlung ins Leere laufen lässt.

Sodann können die zuständigen Vertragsparteien eine arbeitgeberfinanzierte Altersversorgung vorsehen und diese aus (künftigen) Entgelterhöhungen oder aus dem Wegfall anderer Vergütungsformen finanzieren. Diese unechte Entgeltumwandlung ist eine ohne weiteres zulässige Gestaltungsform. Dabei handelt es sich nicht um eine Entgeltumwandlung i.S.v. § 14 Abs. 1 Satz 2 SGB IV, weil der Begriff § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG in Bezug nimmt. Jene Norm aber erfasst die unechte oder wirtschaftliche Entgeltumwandlung gerade nicht, weil es an der Identität von Entgeltforderung und Versorgungsanspruch fehlt¹⁷.

Als Umgehung lässt sich dieser Beitragsersparnis nicht begegnen: Insbesondere liegt kein Gestaltungsmissbrauch vor. Der Gesetzgeber selbst hat diese Ausstiegsschance geschaffen, indem er die arbeitgeberfinanzierte Altersversorgung beitragsfrei stellt. Die ökonomische Mittelherkunft lässt sich nicht kontrollieren¹⁸.

¹⁴ Hanau/Arteaga/Rieble/Veit, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 119 ff. m.w.N.

¹⁵ Dazu Hanau/Arteaga/Rieble/Veit, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 154 ff.; Reinecke, Hinweis-, Aufklärungs- und Beratungspflichten im Betriebsrentenrecht, RdA 2005 S. 129 ff. = BetrAV 2005 S. 614 ff.; zu weit geht ArbG Stuttgart vom 17.1.2005 – 19 Ca 3152/04 –, BetrAV 2005 S. 692.

¹⁶ Zur Entgeltumwandlung durch Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung Hanau/Arteaga/Rieble/Veit, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 383 ff., 460 ff.

¹⁷ Eingehend Hanau/Arteaga/Rieble/Veit, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 119 ff. m.w.N.

¹⁸ Sehr klar auch Blomeyer/Rolfs/Otto, a.a.O. (Fn. 5), § 1 Rn. 115 m.w.N.

2. Modell „inverse Entgeltumwandlung“

Entgeltumwandlung ist lediglich die Umwandlung von Entgelt in eine betriebliche Altersversorgung. Den umgekehrten Weg erfasst das BetrAVG nicht. Die mit der Entgeltumwandlung bezweckte Individualisierung der Altersversorgung, die jeden Arbeitnehmer frei entscheiden lässt, ob er lieber jetzt mehr Entgelt oder später mehr Altersversorgung hat, lässt sich einfach umdrehen:

Dazu muss nur im Arbeits- oder Kollektivvertrag eine arbeitgeberfinanzierte Altersversorgung vorgesehen sein. Dem Arbeitnehmer wird das Recht eingeräumt (als Gestaltungsrecht oder invers zu § 1a BetrAVG als Anspruch auf Vertragsschluss), anstelle der Altersversorgung die Barauszahlung zu wählen. Das ist keine Entgeltumwandlung – weil ursprünglich kein Entgeltanspruch vorhanden gewesen ist. Es handelt sich um eine „Versorgungsumwandlung“ – weswegen die Altersversorgung als klassisch arbeitgeberfinanzierte beitragsfrei bleibt.

Sorge ist lediglich der steuerrechtlichen Seite geschuldet: Das Wahlrecht des Arbeitnehmers darf nicht als jederzeitiges Verfügungsrecht konstruiert sein, weil sonst womöglich ein Zufluss schon durch die Gewährung dieses Umwandlungsrechts ausgelöst wird. Das hätte dann zu Folge, dass Lohnsteuer auch dann anfielen, wenn der Arbeitnehmer bei der Altersversorgung bleibt.

3. Modell Cafeteria

Im Arbeits- oder Kollektivvertrag ist ein Wahlrecht des Arbeitnehmers hinsichtlich des Vergütungssystems vorgesehen. Der Arbeitnehmer wählt auch hier zwischen arbeitgeberfinanzierter Altersversorgung oder Auszahlung.

Auch das ist keine Entgeltumwandlung. Der Arbeitnehmer wählt lediglich ein Entgeltmodul innerhalb eines Regelungssystems – und wandelt keine bestehende Entgeltanspruchsgrundlage um. Entgeltumwandlung im strengen Sinne des BetrAVG liegt dann und nur dann vor, wenn ein „künftiger Entgeltanspruch“ auf der Basis einer aktuell geltenden Anspruchsgrundlage in eine Altersversorgung überführt wird.

V. Fazit

Die Doppelverbeitragung der Entgeltumwandlung ist großer Blödsinn. Sie ist sozialpolitisch kontraproduktiv, weil die gerade erst wahrgenommene Eigenverantwortung der Arbeitnehmer so wieder ausgebremst wird. Zudem wird der Bürger auf diese Weise nachhaltig von den Sozialsystemen vergrätzt; eine längerfristige Ordnung hat der Gesetzgeber nicht zu bieten.

Die Doppelverbeitragung ist verfassungswidrig, weil sie den Arbeitnehmern unter Verstoß gegen den Gleichheitssatz ein Sonderopfer abverlangt. Andere Formen der deferred compensation bleiben von der Doppelverbeitragung verschont – ohne dass ein Sachgrund ersichtlich ist.

Den Betroffenen hilft die Verfassungswidrigkeit nichts. Die Risiken der Nichtabführung von Beiträgen sind zu groß. Der Arbeitgeber muss zudem eine Haftung wegen unterbliebener Aufklärung über die Doppelverbeitragung ins Kalkül nehmen.

Der Betriebspraxis ist vor allem mit Ausweichstrategien geholfen. Ganz und gar unproblematisch ist der Umstieg auf die riester-geförderte Privatvorsorge aus dem verbeitragten und versteuerten Netto-Einkommen, das der Verbeitragung

im Versorgungszeitraum entgeht (schädlich aber: Eigenbeitragszusage).

Praktisch wird vor allem aber die Flucht in die klassische Arbeitgeberzusage, die ohne weiteres mittelbar vom Arbeitnehmer durch ein Opfer finanziert werden kann. Hier ist gestalterisches Geschick gefragt, vor allem durch die Tarifparteien. Die vorgestellten Modelle der „unechten“ Entgeltumwandlung, der inversen Entgeltumwandlung und eines Cafeteria-Wahlrechts sollen die Praxis zum Weiterdenken inspirieren.

Stefan Recktenwald, Wiesbaden

Wegfall der Beitragsfreiheit bei Entgeltumwandlung einerseits, Zeitwertkonten, Wohnriester, Förderung der Mitarbeiterbeteiligung andererseits: Bleibt die betriebliche Altersversorgung im Förderdschungel attraktiv?*

1. Vorbemerkung

Seit der Einführung des Rechtsanspruchs auf betriebliche Altersversorgung durch Entgeltumwandlung mit Wirkung ab dem Jahr 2002 hat die Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung kontinuierlich zugenommen. Ob sich diese positive Entwicklung weiter fortsetzen wird, bleibt vor dem Hintergrund des Wegfalls der Beitragsfreiheit bei Entgeltumwandlung ab dem Jahr 2009 abzuwarten. An der Beendigung der Beitragsfreiheit scheint der Gesetzgeber trotz vielfältiger warnender Hinweise hinsichtlich der zu erwartenden negativen Auswirkungen auf das Vorsorgeverhalten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer festhalten zu wollen. Auf der anderen Seite wird über neue Instrumente und Konzepte

* Vortrag gehalten auf der aba-Herbsttagung am 27.10.2006 in Hannover.