

Abhandlungen

Prof. Dr. Volker Rieble, Mannheim

Die Entgeltumwandlung*

I. Entgeltumwandlung zwischen Privatvorsorge und arbeitgeberfinanzierter betrieblicher Altersversorgung

Mit der alten (§ 1 Abs. 5 BetrAVG) wie neuen (§§ 1 Abs. 2 Nr. 3, 1a, 1b Abs. 5, § 2 Abs. 5a, 16 Abs. 5, 17 Abs. 5 BetrAVG) Entgeltumwandlung ist ein Zwitter zwischen arbeitgeberfinanzierter betrieblicher Altersversorgung und der arbeitnehmerfinanzierten Privatvorsorge geschaffen worden: die arbeitnehmerfinanzierte betriebliche Altersversorgung. Sie ist – im Verbund mit der steuerlichen Privilegierung, aber auch mit der derzeit bis 2008 befristeten sozialversicherungsrechtlichen Beitragsverschonung – ein effektives Mittel, um die Kürzung der gesetzlichen Rente zu kompensieren.

Freilich: Der Gesetzgeber hat für die Altersversorgung immer noch kein taugliches Gesamtkonzept. Insbesondere die Grundfrage nach der Verlagerung der Steuer- und Beitragslast in den Bezugszeitraum ist nicht geklärt. Während das Steuerrecht die deferred compensation akzeptiert, soll im Interesse des sozialversicherungsrechtlichen Beitragsaufkommens ab 2009 auch die Entgeltumwandlung verbeitragt werden.

II. Entgeltumwandlung – was ist das?

1. Definition des BetrAVG

Das AVmG¹ hat die Entgeltumwandlung nicht erfunden. Schon der bisherige § 1 Abs. 5 (und jetzige Abs. 2 Nr. 3) BetrAVG hat die freiwillige Umwandlung künftiger Entgeltansprüche zugelassen². Nach dieser Legaldefinition handelt es sich um Entgeltumwandlung, „wenn ... künftige Entgeltansprüche in eine wertgleiche Anwartschaft auf Versorgungsleistungen umgewandelt werden“. Daneben schreibt das BetrAVG in § 1b Abs. 5 für die Entgeltumwandlung bestimmte Konditionen vor.

Was geschieht, wenn diese Kautelen verletzt sind, ist im Gesetz merkwürdigerweise nicht geregelt. Praktisch wird das vor allem am Fall der „Wertgleichheit“, wobei ich auf Methodenfragen der Wertermittlung hier nicht eingehen will³. *Blomeyer* weist richtig darauf hin, daß zwischen überproportionaler und unterproportionaler Umwandlung zu unterscheiden ist⁴.

Führt die Umwandlung zu einem höheren Versorgungswert, als dies dem Entgeltanspruch entspricht, so ist der überschüssige Teil normale arbeitgeberfinanzierte betriebliche Altersversorgung, auf den zwar das BetrAVG Anwendung findet, nicht aber die besonderen Vorschriften über die Entgeltumwandlung.

Problematisch ist dagegen die unterproportionale Entgeltumwandlung: Während *Höfer* meint, das Wertgleichheitsgebot begründe in diesem Fall eine Nachschuß- oder Auffüllpflicht des Arbeitgebers⁵, weist *Blomeyer* richtig darauf hin, daß das Gesetz keine derartige Auffüllverpflichtung vorschreibt. Angesichts des schwerwiegenden Eingriffes in die Privatanonomie hätte der Gesetzgeber das ausdrücklich sagen müssen. Nach *Blomeyer* soll aber bei kollektivvertraglichen Entgeltansprüchen eine Unwirksamkeit des „Verzichts“ in Betracht kommen, so daß der Arbeitnehmer den Entgeltanspruch in Höhe der Wertdifferenz behalte⁶. Kollektivrechtlich setzte das aber voraus, daß man die Wertgleichheit – im Rahmen des Günstigkeitsprinzips oder aber im Rahmen einer Öffnungsklausel – zur konstitutiven Voraussetzung für die Wirksamkeit der Entgeltumwandlung macht. Das kann ein Tarifvertrag sicher ausdrücklich vorschreiben; qua Auslegung läßt sich das aber einem Tarifvertrag nicht unterchieben.

Bei der Umwandlung individualvertraglicher Ansprüche – also übertarifliches Entgelt, aber auch das „Quasi-Tarifentgelt“ des nichtorganisierten Arbeitnehmers mit Bezugnahmeklausel – wird man zu unterscheiden haben. Hat der Arbeitnehmer seinen Anspruch auf Entgeltumwandlung geltend gemacht, so erstreckt sich der Anspruch gerade auf die wertgleiche Umwandlung. Mit einer unterproportionalen Versorgungszusage hat der Arbeitgeber den Umwandlungsanspruch nicht erfüllt. Der Arbeitnehmer kann „Nachbesserung“ verlangen.

Liegt dagegen eine freie Umwandlungsvereinbarung vor, kann nur noch die Auslegung helfen: Oft werden die Parteien eine wertgleiche Umwandlung gewollt haben; nur genügt die Versorgung dem unerkannt nicht. Dann wird häufig eine ergänzende Vertragsauslegung zu dem gewünschten Ergebnis führen.

Sympathie verdient schließlich *Blomeyers* letzter Punkt: Ist das Wertgleichheitsgebot (u.U. auch nur geringfügig) verletzt, soll das nicht heißen dürfen, daß die Umwandlung aus der Definition des § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG herausfällt und der Arbeitnehmer damit den Schutz des BetrAVG insgesamt verliert⁷. In der Tat: Nicht schon jede versicherungsmathematische Fehlkalkulation kann und darf dazu führen, daß der Arbeitnehmer aus dem Geltungsbereich des BetrAVG herauswandert und damit dessen Schutz insgesamt verliert. Dann könnte die unterproportionale Umwandlung sogar ein Instrument zur Gesetzesflucht werden. Deshalb ist die Wertgleichheit richtigerweise kein konstitutives Merkmal der Entgeltumwandlung.

2. Wirtschaftlicher oder rechtlicher Umwandlungsbegriff

Überhaupt nicht geklärt ist das Verhältnis zur Vertragsherrschaft der Parteien und zur Regelungsaufhebung. Denn die „Entgeltumwandlung“ zielt darauf, daß eine bestehende Entgeltregelung dahin umgewandelt wird, daß an Stelle des bisherigen Entgelts die Altersversorgung tritt.

Die Parteien können schließlich ebensogut vereinbaren, daß ein bestimmter Entgeltteil schlechthin entfällt – etwa das Weihnachtsgeld. Sie wandeln dann nicht das geschuldete Entgelt um, sondern lösen die der Schuld zugrunde liegende Regelung ab. Wenn der Arbeitgeber sodann eine klassische betriebliche Altersversorgung gewährt, wirft das die Frage auf: Ist das noch Entgeltumwandlung? Und wird die Privat-

* Vortrag gehalten auf der aba-Herbsttagung am 22. Oktober in Köln.

1 BGBl. 2001 S. 1310; vgl. auch BetrAV 2001 S. 327.

2 Dazu vor allem *Blomeyer*, NZA 2000 S. 281 ff.

3 Dazu *Blomeyer*, DB 2001 S. 1414; ders. BetrAV 2001 S. 435; *Höfer*, DB 2001 S. 1146.

4 BetrAV 2001 S. 436 und schon NZA 2000 S. 284.

5 BetrAVG § 1 Rn. 1630.25; in DB 2001 S. 1145 ff und BetrAV 2001 S. 314 ist *Höfer* hierauf nicht mehr zurückgekommen.

6 BetrAV 2001 S. 436.

7 A.a.O. (Fn. 6).

autonomie der Parteien beschränkt, etwa mit der Folge, daß die Entgeltabsenkung nicht größer sein darf, als der Wert der Altersversorgung? Das kann kaum sein. Denn eine Entgeltabsenkung kann nicht ausgerechnet deshalb beschränkt sein, weil der Arbeitgeber eine Altersversorgung zum (teilweisen) Ausgleich gewährt⁸.

In der Sache geht es um das wirtschaftliche oder rechtliche Verständnis der Entgeltumwandlung: Das BetrAVG reagiert darauf, daß der Arbeitnehmer durch die Entgeltumwandlung seine Altersversorgung selbst finanziert. Wollte man daraus eine wirtschaftliche Betrachtungsweise ableiten, die immer dann greift, wenn der Arbeitnehmer die Altersversorgung auch unmittelbar finanziert, wäre das ein nicht mehr handhabbarer Umbauungsbegriff. Man stelle sich nur vor, ein vom Arbeitgeber befristet gewährter Entgeltbestandteil laufe aus und an dessen Stelle trete eine Altersversorgung. Oder der nicht-tarifgebundene Arbeitgeber gewähre anstelle einer nicht geschuldeten Entgelterhöhung eine Versorgungszusage. Wirtschaftlich tritt in diesen Fällen stets eine Versorgungszusage an die Stelle des „an sich“ gezahlten Entgeltes. Rechtlich dagegen geht es um getrennte Schuldgründe.

Noch deutlicher wird diese Frage, wenn die Tarifparteien handeln: Soll ein weiterer wirtschaftlicher Begriff der Entgeltumwandlung die Tarifautonomie beschränken? Man stelle sich vor, die Tarifparteien führen eine betriebliche Altersversorgung ein und kürzen oder streichen kompensatorisch andere Leistungen. Wäre dies eine Entgeltumwandlung, gälte womöglich ein Wertgleichheitsgebot; § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG ist nicht tarifdispositiv. Hinzu kämen die Restriktionen des § 1b Abs. 5.

Richtig kann deshalb nur ein rechtlicher Umbauungsbegriff sein, der auf die Umbauung eines auf einem konkreten Schuldgrund fußenden Entgeltes abstellt. Die Privatautonomie, aber auch die Tarifautonomie hinsichtlich der Beendigung, Ablösung und Umgestaltung des Schuldgrundes an sich, wird durch das AVmG nicht beschränkt.

3. Entgeltumwandlung außerhalb des BetrAVG

Das BetrAVG beschränkt die Privatautonomie nicht etwa dahin, daß jede andere Entgeltumwandlung ausgeschlossen – also i.S.v. § 134 BGB verboten – wäre. Nur verläßt jene Entgeltumwandlung – so wie jede andere Altersversorgung, die im BetrAVG nicht vorgesehen ist – den Geltungsbereich des BetrAVG.

Deshalb bleibt es zulässig,

- schon erdientes Entgelt umzuwandeln, etwa echte Entgelt-rückstände, aber auch Guthaben von Arbeitszeit(wert)konten
- Entgelt in Zusagen umzuwandeln, die nicht den vom BetrAVG vorgesehenen Durchführungswegen entsprechen (eher theoretisch).

Wer die Wertgleichheit für ein konstitutives Element der Entgeltumwandlung hält, muß die unterwertige Entgeltumwandlung gleichwohl privatautonom zulassen, aber dann insgesamt außerhalb des BetrAVG.

Dagegen wird man für den Fall, daß die Vorgaben des § 1b Abs. 5 BetrAVG mißachtet werden, keine Altersversorgung außerhalb des BetrAVG annehmen können. Diese Vorgaben sind zwingend gemeint, als Verbotsgesetze i.S.v. § 134 BGB und – mit Blick auf etwaige Schadensfolgen – auch Schutzgesetze i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB. Wer also als Arbeitgeber eine

Entgeltumwandlung vornimmt und dabei etwa nicht sicherstellt, daß dem ausgeschiedenen Arbeitnehmer das Recht zur Fortsetzung mit eigenen Beiträgen eingeräumt ist, muß diesem gegebenenfalls den daraus entstehenden Versorgungsschaden ersetzen.

4. Zivilrechtliche Fragestellung

Das Betriebsrentenrecht hat die zivilrechtliche Frage, was genau eigentlich eine Entgeltumwandlung ist, nie beantwortet. Dabei ist dies einmal entscheidende Vorfrage für die Beurteilung in anderen Rechtsgebieten, sei es das Tarifrecht, sei es das Steuerrecht, das etwa Entgeltumwandlung gelegentlich als Entgeltverzicht begreift. Zudem hängen zahlreiche Folgeprobleme hiervon ab: Besteht etwa der Entgeltanspruch des Arbeitnehmers neben dem Versorgungsanspruch weiter, so bliebe er der Pfändung durch Gläubiger des Arbeitnehmers ausgeliefert.

Nur der Ausgangspunkt ist klar: Der Arbeitnehmer erhält als Vergütung kein Geld, sondern eine Versorgungszusage. An die Stelle des Barentgeltes (oder Sachentgelts) tritt auf der „Leistungsseite“ das Versorgungsentgelt. *Blomeyer* drückt das so aus: Der Anspruch auf künftiges Arbeitsentgelt sinkt, „dafür“ verpflichtet sich der Arbeitgeber zu Versorgungs- oder Beitragsleistungen⁹.

Zivilrechtlich konstruktiv sind dabei unterschiedliche und grundverschiedene Wege möglich: Vorab auszuschneiden ist freilich der aus steuerrechtlicher Sicht gelegentlich betonte Verzicht. Der Entgeltanspruch wird nicht realitätsfern durch einen Erlaßvertrag i.S.v. § 397 BGB vernichtet; die Versorgungszusage ist nicht „Gegenleistung“ für den Anspruchsverzicht; die Abrede ist kein Abfindungsvergleich¹⁰. Vielmehr zielt die Vereinbarung auf eine wertgleiche Erfüllung.

Entgeltumwandlung läßt sich – und das ist aus meiner Sicht der nächstliegende Weg – zunächst als Schuldänderung begreifen: Die auf Geld gerichtete Vergütungsschuld wird inhaltlich umgestaltet. Der Entgeltanspruch des Arbeitnehmers ist nicht mehr auf die bisherige Vergütung gerichtet, sondern auf eine Versorgungszusage. Verwirrend ist dabei nur, daß je nach Durchführungsweg an die Stelle des Geldes ein Anspruch gegen einen Dritten tritt; doch trifft den Arbeitgeber hier eine Verschaffungspflicht, die auch der neue § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG betont¹¹.

Diese Schuldänderung ist keine Novation, weil der ursprüngliche Entgeltanspruch nicht durch einen anderen Anspruch ersetzt wird – es wird lediglich sein Inhalt geändert. Die ursprüngliche Entgeltabrede soll auch mit ihrem Wertmaß im Synallagma nicht angetastet werden: Eben dies bewirkt das Gebot der Wertgleichheit.

In der Literatur wird, soweit die Frage erörtert wird, die Entgeltumwandlung als Erfüllungsgeschäft – also als Leistung an Erfüllung statt, Ersetzungsbefugnis – gesehen¹². Geschuldet ist zwar nach wie vor Lohn oder Gehalt als Geld(wert)schuld, der Arbeitnehmer akzeptiert aber die – gar nicht geschuldete – Gutschrift als Erfüllung. Das hat zwar mit „Verzicht“ insofern zu tun, als der Arbeitnehmer als Gläubiger durch die

⁸ Vgl. auch *Grabner/Bode*, DB 2001 S. 483 f. zur Konstruktion zweier getrennter Arbeitsverhältnisse.

⁹ DB 2001 S. 1414.

¹⁰ Allgemein zum entgeltlichen Erlaß *Staudinger/Rieble* (1999) § 397 Rn. 47.

¹¹ In Richtung der Schuldänderung auch *Blomeyer*, NZA 2000 S. 283.

¹² So etwa *Hanau/Arteaga*, Gehaltsumwandlung zur betrieblichen Altersversorgung (1999) B Rn. 2 ff; die dort zitierte Entscheidung BAG vom 26.6.1990 – 3 AZR 641/88 – EZA § 1 BetrAVG Nr. 59 = AP Nr. 11 zu § 1 BetrAVG Lebensversicherung = NZA 1991 S. 60 sagt hierzu wenig („Vielleicht vereinbaren die Arbeitsvertragsparteien, daß der Anspruch auf Barauszahlung endgültig untergeht und durch einen Versorgungsanspruch ersetzt wird.“); die Zwecksetzung – Versorgungsleistung und keine Arbeitsvergütung – schließt aber eine Leistung an Erfüllung statt aus, weil diese synallagmatischer Bindung unterfällt; dazu richtig *Hanau/Arteaga* B Rn 10.

Annahme der Aliud-Leistung auf die geschuldete Leistung verzichtet – aber eben nicht auf den zugrundeliegenden schuldrechtlichen Anspruch. Insbesondere ist der entgeltliche Erlaß entgegen der früher herrschenden Meinung grundverschieden von der Abrede über eine Leistung an Erfüllung Statt, § 364 Abs. 1: Der Gläubiger verzichtet dort nicht auf seinen Anspruch, er verzichtet nur auf die geschuldete Leistung und akzeptiert an ihrer Stelle eine andere. § 364 Abs. 1 zielt positiv auf Befriedigung, nicht negativ auf Verzicht; kraft der Erfüllungsabrede als Hilfsgeschäft tritt eine „Als-Ob-Erfüllung“ ein¹³.

Dabei sind sie nicht darauf beschränkt, die Leistung an Erfüllung Statt erst im Rahmen des Leistungsaustausches zu vereinbaren, also im Arbeitsverhältnis jeden Monat neu. Gläubiger und Schuldner können schon im schuld begründenden Vertrag oder sonst im Voraus, eben in der Umwandlungsvereinbarung, vereinbaren, daß der Schuldner eine andere Leistung erbringen darf. Diese Vereinbarung begründet eine Ersetzungsbefugnis des Schuldners¹⁴. Eine Leistung erfüllungshalber (§ 364 Abs. 2) scheidet dagegen aus, weil Entgeltanspruch und Versorgungszusage nicht nebeneinander bestehen sollen.

Was wirklich gewollt ist, ist schwer zu ermitteln: Wenn die Parteien den Schuldinhalt (begrenzt) ändern, dann steht dem Arbeitnehmer von vornherein nur der Anspruch auf die Kontogutschrift zu. Die Vereinbarung einer Leistung an Erfüllung Statt dagegen verändert den Schuldinhalt nicht. Dem Arbeitnehmer bleibt also der ursprüngliche Entgeltanspruch, der erst dann nach § 364 Abs. 1 untergeht, wenn statt des Geldes die Kontogutschrift geleistet ist.

Mir liegt die schuldändernde Vereinbarung näher, weil sie Zweifelsfragen des Verhältnisses zum Tarifvertrag vermeidet. Die Leistung an Erfüllung Statt ist zudem eine gekünstelte Konstruktion¹⁵. Der Unterschied zwischen beiden Konstruktionen wird sichtbar bei der Umwandlung von Entgeltansprüchen aus Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung: Der Kollektivvertrag erzeugt nach seinem Regelungsgehalt einen Entgeltanspruch mit bestimmtem Inhalt. Der schuldändernde Vertrag greift in diese Forderungserzeugung ein und damit in die zwingende Wirkung von Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung. Er kann sich nur nach Maßgabe einer Öffnungsklausel oder kraft des Günstigkeitsprinzips durchsetzen.

Die Leistung an Erfüllung Statt betrifft nicht die kollektivvertragliche Erzeugung, sondern die Vernichtung des Anspruches. In Rede steht deshalb der Verzichtsschutz (§ 4 Abs. 4 TVG, § 77 Abs. 4 Satz 2 BetrVG), der nicht nur den eigentlichen Verzicht durch Erlaßvertrag verbietet, sondern auch die Leistung an Erfüllung Statt¹⁶. Indessen: Das Verichtsverbot des § 4 Abs. 4 TVG erfaßt nicht nur den Verzicht auf bereits entstandene Ansprüche, so daß der Verzicht auf künftige Entgeltbestandteile aus der Norm herausfiel¹⁷. Vielmehr ist im Zivilrecht allgemein anerkannt, daß der vom BGB nicht vorhergesehene Vorausverzicht auf Forderungen (zumindest) denselben Anforderungen unterfällt wie der nachträgliche Verzicht¹⁸.

Streiten kann man sich nur darüber, ob für den Vorausverzicht wegen der Umgehungsmöglichkeit die strenger Anforderungen des Abbedingens von Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung gelten sollen, oder ob die Verzichtsmodalitäten genügen¹⁹. In keinem Fall ist die Entgeltumwandlung dagegen eine (unzulässige) Lohnverwendungsabrede²⁰. Denn der Arbeitnehmer wird nicht verpflichtet, das bei ihm bereits angekommene Entgelt im Sinne einer bestimmten Privatvorsorge zu verwenden. Die Entgeltumwandlung erfaßt den Anspruch, bevor er bei ihm angekommen ist und nimmt dem Arbeitnehmer insofern nicht die Verfügungsgewalt über sein Einkommen, greift nicht in seine Konsumentenfreiheit ein.

III. Einvernehmliche Entgeltumwandlung

Der neue Umwandlungsanspruch des Arbeitnehmers in § 1a BetrAVG ist ein subsidiäres Instrument, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer sich über die Entgeltumwandlung nicht einigen können. Er beschreibt dasjenige, wozu der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer gezwungen werden kann – und ist damit Baustein einer zunehmenden Vertragsmacht des Arbeitnehmers, vergleichbar dem Teilzeitananspruch.

In einem privatautonomen Rechtssystem hat demgegenüber die freie Einigung der Parteien den Vorrang. Die dem Umwandlungsanspruch gezogenen Grenzen gelten für sie nicht. Die einvernehmliche Entgeltumwandlung muß nur die allgemeinen Grenzen beachten: Das sind vor allem die mit dem Günstigkeitsprinzip verbundenen Beschränkungen gegenüber kollektivvertraglichen Entgeltbestandteilen und die Verbote des BetrAVG. Vor allem aber muß auf die sozialversicherungsrechtlichen und steuerrechtlichen Folgen geachtet werden.

IV. Umwandlungsanspruch des Arbeitnehmers

1. Die Anspruchsvoraussetzungen

a) Künftiges Entgelt

Der Umwandlungsanspruch des Arbeitnehmers erfaßt Entgelt. Einen Entgeltbegriff liefert das BetrAVG nicht. Gemeint sind zunächst alle Vergütungsformen – gleich ob sie unmittelbares Entgelt, also Gegenleistung für geleistete Arbeit sind oder ob sie mit einer weiteren Zweckbestimmung versehen sind, also Betriebstreue vergüten oder eine soziale Entgeltkomponente darstellen. Daß das Entgelt noch nicht erdient sein darf („künftig“), heißt nicht etwa, daß nur solche Entgeltformen in Betracht kommen, die die ganz enge synallagmatische Gegenleistungsdefinition erfüllen. Das würde unnötige Abgrenzungsprobleme aufwerfen und fände keine innere Rechtfertigung.

An sich kommt es nicht darauf an, ob das Entgelt in Geld zu zahlen ist oder eine Sachleistung umfaßt²¹. § 1a spricht von Entgelt und nicht von Barentgelt. Also: Auch der Hausrunk in einer Brauerei kann – theoretisch – umgewandelt werden. Freilich wird dann mit Blick auf das Erfordernis der Wertgleichheit noch eine zusätzliche Bewertung der Sachleistung erforderlich. Praktisch wird die Umwandlung von Sachleistungen aber nicht werden.

Der Anspruch bezieht sich entsprechend der Definition der Entgeltumwandlung auf künftiges Entgelt – also auf solches, das noch nicht durch Arbeitsleistung verdient ist. Auf die Fälligkeit im Rechtssinne kommt es nicht an. Wenn der Arbeit-

13 BGH vom 30.11.1983 – VIII ZR 190/82 – BGHZ 89 S. 126, 133 = NJW 1984 S. 429, 430; dazu Staudinger/Rieble (1999) § 397 Rn. 21; Staudinger/Olzen (2000) § 364 Rn. 7 ff. Umfassend Harder, Die Leistung an Erfüllung Statt (1976).

14 BGH vom 18.1.1967 – VIII ZR 209/64 – BGHZ 46 S. 339, 340; Münch-Komm/Heinrichs, 3. Auflage (1994) § 364 Rn. 2; a.A. Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Auflage (1994), § 5 I 2, S. 96.

15 Siehe weiter Staudinger/Olzen § 364 Rn. 10 zu der Erwägung, beide Konstruktionen dürften keinen Unterschied machen.

16 Löwisch/Rieble TVG § 4 Rn. 259; insofern zustimmend Hanau/Arteaga C Rn. 284.

17 So aber Hanau/Arteaga C Rn. 285 m.w.N.

18 Siehe nur Staudinger/Rieble § 397 Rn. 95 ff.

19 Für ersteres Hanau/Arteaga C Rn. 287.

20 Richtig Hanau/Arteaga B 28 ff.

21 Unklar Grabner/Bode, DB 2001 S. 484.

nehmer etwa ein Arbeitszeitkontenguthaben hat, so ist dieses schon erarbeitet und damit nicht Gegenstand eines Umwandlungsanspruches, ganz unabhängig davon, wann Fälligkeit eintritt.

Auf der anderen Seite folgern manche aus dem Tatbestandsmerkmal „künftig“, daß die (arbeitsvertragliche) Grundlage für den Entgeltanspruch bereits besteht, so daß Ansprüche, die noch nicht einmal vertraglich begründet sind, auch nicht umgewandelt werden können²². Das ist einerseits mißverständlich, weil eine Verfügung über eine künftige Forderung gerade nicht voraussetzt, daß die Forderung überhaupt irgendwie entstanden ist²³. Richtig ist diese Auffassung gleichwohl: Denn wenn der Arbeitnehmer anstelle eines Entgeltanspruches, der nicht einmal als Rechtsgrundlage besteht, eine Versorgungsanwartschaft erhält, ist das keine Umwandlung, sondern eine „ganz normale“ Versorgungszusage des Arbeitgebers. Insbesondere genießt der Arbeitnehmer nicht den Schutz der sofortigen Unverfallbarkeit nach § 1b Abs. 5 BetrAVG. Das zeigt sich deutlich an der individualvertraglichen Entgelterhöhung: Wenn der Arbeitgeber von sich aus an Stelle der nicht geschuldeten, aber geplanten Entgelterhöhung um 2,5% eine Versorgungszusage gewährt, dann wird dem Arbeitnehmer nichts genommen. Es liegt kein Eingriff in seinen Forderungsbestand vor, der den besonderen Schutz der Entgeltumwandlungsvorschriften des BetrAVG rechtfertigte. Auch gibt es hier keinen Ansatz für ein Verlangen nach Wertgleichheit.

b) Umfang

Der Anspruch hat einen Höchst- und einen Mindestumfang an umzuwandelndem Entgelt. Der Höchstumfang ist durch die 4% der Beitragsbemessungsgrenze vorgegeben. Dieser Umfang des Umwandlungsanspruches kann durch zuvorige Entgeltumwandlungen verbraucht sein, Abs. 2. Dabei entsteht der Anspruch jeweils neu, wenn die BBG angehoben wird. Der Mindestbetrag von einem Hundertsechzigstel der Bezugsgröße des § 18 Abs. 1 SGB IV soll nicht in erster Linie Mißbrauch verhindern. Die Bagatellklausel will ein angemessenes Verhältnis der Entgeltumwandlung zu den ausgelösten Verwaltungskosten sicherstellen. Mindest- und Höchstbetrag begrenzen nur den Entgeltumwandlungsanspruch, nicht aber die einvernehmliche Entgeltumwandlung²⁴. Welche Entgeltteile für die Entgeltumwandlung genutzt werden, bestimmt der Arbeitnehmer.

2. Rechtsnatur der Geltendmachung

a) Zweiseitiger Vertrag und kein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht

Das Recht des Arbeitnehmers auf Entgeltumwandlung ist als Anspruch auf Abschluß eines Umwandlungsvertrages ausformuliert – ganz ähnlich wie der Anspruch nach § 8 TzBfG. Dem Arbeitnehmer kommt kein einseitiges Gestaltungsrecht zu; auch der Arbeitgeber hat hinsichtlich der Modalitäten der Entgeltumwandlung kein Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 BGB²⁵. Vielmehr überantwortet § 1a Abs. 1 Satz 2 BetrAVG diese Frage dem zweiseitigen Vertragsmechanismus, wenn auch etwas ungenau: „Die Durchführung des Anspruchs des Arbeitnehmers wird durch Vereinbarung geregelt“²⁶.

Wie diese Vereinbarung zustande kommt, wenn die Parteien sich nicht einigen können, sagt das Gesetz nicht. Anders als

in § 8 Abs. 4 und 5 TzBfG ist dem Arbeitgeber auch keine befristete Abwehrobliegenheit auferlegt, so daß eine Zustimmungsfiktion ausscheidet. Freilich könnten Tarifverträge eine entsprechende Fiktion vorsehen. Stimmt der Arbeitgeber nicht zu, so bleibt dem Arbeitnehmer also nur die Klage auf Abschluß des Umwandlungsvertrages – der dann mit Rechtskraft des Urteils nach § 894 ZPO zustandekommt.

Dabei muß der Arbeitnehmer aber ein annahmefähiges – insbesondere hinreichend bestimmtes – Angebot auf Abschluß einer Umwandlungsvereinbarung gemacht haben. Dieses Angebot muß mindestens das umzuwandelnde Entgelt bezeichnen (Monatsentgelt oder Jahressonderzahlung), den Umfang der Umwandlung und den gewünschten Durchführungsweg. Zusätzlich kann der Arbeitnehmer nach § 1a Abs. 3 BetrAVG im Falle der Durchführung über Pensionsfonds, Pensionskasse oder Direktversicherung entscheiden, welchen Steuervorteilsweg er beschreiten will. Der Arbeitgeber muß dann die Voraussetzungen des Steuertatbestandes schaffen.

b) Abwehrrechte des Arbeitgebers

Das Vertragsprinzip des § 1a BetrAVG räumt dem Arbeitgeber Ablehnungsrechte ein. Anders als bei TzBfG geht es hier nicht um ein weiches Kriterium der entgegenstehenden betrieblichen Gründe. Vielmehr hat der Arbeitgeber das beschränkte Recht, über den Durchführungsweg zu entscheiden: Wählt er Pensionsfonds, Pensionskasse oder Direktversicherung, so ist seine Entscheidung verbindlich. Der Arbeitnehmer kann nur die Direktversicherung gegenüber der angebotenen Direktzusage oder der U-Kasse durchsetzen. Der Arbeitgeber entscheidet schließlich auch, mit welchem Versicherungsunternehmen oder Kapitalanlageunternehmen kontrahiert wird. Der Arbeitgeber entscheidet schließlich auch die Versorgungsform – ob Leistungszusage oder Beitragszusage mit Mindestleistung, die trotz gesetzgeberischer Unklarheit auch taugliches Ziel der Entgeltumwandlung sein können²⁷.

Daß der Gesetzgeber den Vertragsmechanismus gewählt hat, erklärt dann auch den Konfliktmechanismus: Verlangt der Arbeitnehmer etwa die Entgeltumwandlung in einen (bestimmten) Pensionsfonds und ist der Arbeitgeber nur zur Direktversicherung bereit, so ist nicht etwa gegen den Willen des Arbeitnehmers nun sein Entgeltanspruch zur Direktversicherung geworden. Vielmehr folgt aus § 150 Abs. 2 BGB, daß in der modifizierenden Ablehnung des Arbeitgebers ein neues Angebot zu sehen ist. Der Arbeitnehmer kann also immer noch auf die Umwandlung verzichten – und statt dessen die gleichfalls steuerbegünstigte Privatvorsorge nutzen.

Schwierig zu beurteilen sind Verzugsschäden: Der auf Entgeltumwandlung in Anspruch genommene Arbeitgeber hat sicher eine in Wochen zu bemessende Überlegungsfrist, wie er auf das Umwandlungsbegehren des Arbeitnehmers reagieren will. Reagiert er dann immer noch nicht, muß er dem Arbeitnehmer sämtliche Schäden aus dem Nichtvollzug der Entgeltumwandlung ersetzen – insbesondere Steuer- und Sozialversicherungsnachteile.

V. Tarifrechtliche Hindernisse

1. Zugriff auf das Tarifentgelt

a) Tarifentgeltschutz nach §§ 4 Abs. 1, 4 TVG

Mit der Entgeltumwandlung „verfügt“ der Arbeitnehmer untechnisch gesprochen über seinen Entgeltanspruch. Folgt

²² So insbesondere *Blomeyer*, BetrAV 2001 S. 501.

²³ Näher und mit Nachweisen *Staudinger/Rieble* § 397 Rn. 95.

²⁴ Richtig *Blomeyer*, BetrAV 2001 S. 437.

²⁵ In diese Richtung aber *Blomeyer* a.a.O. (Fn. 24).

²⁶ Wiederum vergleichbar § 8 Abs. 3 TzBfG.

²⁷ Richtig *Höfer*, DB 2001 S. 1146 und BetrAV 2001 S. 315 mit dem Hinweis auf § 16 Abs. 3 BetrAVG; *Blomeyer*, BetrAV 2001 S. 431, 437.

der Entgeltanspruch aus der normativen Wirkung eines Tarifvertrages, so ist seine Arbeitsvertragsbefugnis begrenzt: Jede Entgeltumwandlung modifiziert entweder den Tarifvertrag als die den Entgeltanspruch erzeugende Regelung und greift damit in die zwingende Wirkung des Tarifvertrages nach § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG ein – indem ein anderer Schuldinhalt geregelt wird. Oder aber sie erfaßt den einmal vom Tarifvertrag schon erzeugten Entgeltanspruch, insbesondere durch Vereinbarung einer Leistung an Erfüllung Statt. Dann stößt sich die Entgeltumwandlung am Verzichtsverbot des § 4 Abs. 4 TVG. Auch wenn es nicht unmittelbar um einen Entgelt-Erlaßvertrag geht, auf den das Verzichtsverbot zielt, ist der besondere Umgehungsschutz des § 4 Abs. 4 TVG auf solche Fälle zu erstrecken: Nur so läßt sich die Tarifgeltung sicherstellen.

Der Gesetzgeber hat das im neuen § 17 Abs. 5 BetrAVG für die Entgeltumwandlung nach dem BetrAVG – und nur für diese – besonders ausgesprochen: „Soweit Entgeltansprüche auf einem Tarifvertrag beruhen, kann für diese eine Entgeltumwandlung nur vorgenommen werden, soweit dies durch Tarifvertrag vorgesehen oder durch Tarifvertrag zugelassen ist.“ Die „in letzter Sekunde“ eingefügte Vorschrift (die in der Beschlußempfehlung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung BT-Ds 14/5146 nicht enthalten ist) macht Schwierigkeiten mit Blick auf das Günstigkeitsprinzip.

Voraussetzung ist freilich, daß der Tarifvertrag normativ gilt: Das heißt es müssen entweder Arbeitgeber und Arbeitnehmer tarifgebunden sein oder der Tarifvertrag muß für allgemeinverbindlich erklärt worden sein (§ 5 Abs. 4 TVG). Dagegen reicht die Bezugnahme in den Arbeitsverträgen der Nichtorganisierten nicht aus, um eine entsprechende normative Tarifgeltung auszulösen.

Auch hat der Gesetzgeber mit § 17 Abs. 5 BetrAVG nicht etwa die Umwandlungsbeschränkung auf arbeitsvertragliche Bezugnahmen erstreckt. Die Formulierung „auf einem Tarifvertrag beruhen“ ist zwar diffus, doch ist es nachgerade unsinnig, die Bezugnahme in der Folge mit einer Umwandlungsbeschränkung zu versehen, wo doch die Bezugnahme als solche stets zur Disposition der Arbeitsvertragsparteien steht.

b) Günstigkeitsprinzip

Indes: § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG steht unmittelbar unter dem Vorbehalt des Günstigkeitsprinzips; für § 4 Abs. 4 TVG kann als Umgehungsschutz nichts anderes gelten: Wenn also die Entgeltumwandlung für den Arbeitnehmer günstiger ist als der Tariflohn, dann kann nach allgemeinen Grundsätzen der Arbeitsvertrag den Tarifvertrag beiseiteschieben.

aa) Kein Ausschluß des Günstigkeitsprinzips durch § 17 Abs. 5 BetrAVG

Heither meint in seinem Gutachten, der Gesetzgeber habe mit § 17 Abs. 5 BetrAVG die in der Tat sehr streitige Frage, ob eine Entgeltumwandlung günstiger sein kann als der starre Tariflohn, entschieden. Ähnlich meint Blomeyer, § 17 Abs. 5 BetrAVG enthalte ein negatives Günstigkeitsurteil dahin, daß eine Versorgungszusage nicht günstiger sein könne als der auszuzahlende Tariflohn²⁸.

Das ist meines Erachtens nicht der Fall: Dafür, daß gerade und nur im Recht der betrieblichen Altersversorgung das ansonsten geltende tarifrechtliche Günstigkeitsprinzip „fürsorglich“ beschränkt werden soll, hat der Gesetzgeber nicht die erforderlichen eindeutigen Anhaltspunkte gegeben. Es ist auch schwer einzusehen, daß – wenn die Befürworter des

Günstigkeitsprinzips recht hätten – eine Entgeltumwandlung außerhalb des BetrAVG oder eine Entgeltumwandlung in ein Arbeitszeit(wert)konto möglich sein soll, im beschränkten Bereich des BetrAVG hingegen nicht. Für eine solche Sonderbehandlung fehlt der Sachgrund. Daß der Gesetzgeber sein „Verständnis“ vom Günstigkeitsprinzip für das ganze Tarifrecht hat festschreiben wollen, ist ebenfalls nicht ernstlich anzunehmen.

Zudem gilt das Günstigkeitsprinzip auch für Betriebsvereinbarungen. Ist nun das umzuwandelnde Entgelt in einer Betriebsvereinbarung geregelt, kann dort schwerlich ein anderes Günstigkeitsprinzip gelten als gegenüber dem Tarifentgelt²⁹. Mithin kann § 17 Abs. 5 BetrAVG nur die Klarstellung entnommen werden, daß die Entgeltumwandlung als solche die normative Tarifgeltung berührt. Es handelt sich um eine auf Gewerkschaftsbetrieben in das Gesetz eingefügte „Angstklausel“ ohne nennenswerte Bedeutung. Immerhin bestimmt die Norm im Ergebnis die Anwendung von § 4 Abs. 1 TVG anstelle von § 4 Abs. 4 TVG, dessen Ausnahmen (insbesondere Vergleich) hier nicht aufgenommen sind.

bb) Reichweite des Günstigkeitsprinzips

Gemessen am traditionellen Günstigkeitsprinzip scheitert die Entgeltumwandlung an zwei Punkten: Einmal wird schon bestritten, daß Versorgungslohn und normales Entgelt (Barlohn) im sog. Sachgruppenzusammenhang stünden – beides also nicht vergleichbar wäre. Damit wäre dem Günstigkeitsprinzip von vornherein die Anwendbarkeit bestritten³⁰.

Abgesehen davon, daß der Sachgruppenzusammenhang als Grundlage des Günstigkeitsprinzips ohnehin fragwürdig geworden ist³¹, besteht auch kein durchgreifender Unterschied mehr. Die historische Trennung von aktuellem Entgelt und künftiger Versorgung wird durch deferred compensation-Modelle aufgelöst. Arbeitszeitkonten führen zu einem fließenden Übergang zwischen beiden Vergütungsformen. Es geht also nur um die zeitbezogene Verteilung ein und desselben Arbeitseinkommens. Schließlich ist der Arbeitnehmer, wenn das Tarifentgelt bei ihm erst einmal angekommen ist, ganz frei in der Entgeltverwendung. Der verhältnismäßig geringfügige Unterschied zwischen Entgeltumwandlung einerseits und einer privaten Altersvorsorge andererseits lassen es als unverhältnismäßigen Eingriff in die individuelle Vertragsfreiheit, ja als „Prinzipienreiterei“ erscheinen, wenn dem Arbeitnehmer der individuelle Zugriff auf seinen Entgeltanspruch schlechthin verwehrt wird. Eben dies ist aber Aufgabe des Günstigkeitsprinzips: Es soll eine verhältnismäßige Zuordnung von kollektiver und individueller Vertragsfreiheit bewirken³².

Hat man die Hürde zur Anwendung des Günstigkeitsprinzips überschritten, bleibt der konkrete Günstigkeitsvergleich. Er fällt zunächst neutral aus: Denn daß die Entgeltumwandlung für den Arbeitnehmer unmittelbar günstiger sei, läßt sich nicht feststellen. Steuer- und sozialversicherungsrechtliche

29 Vgl. Blomeyer DB 2001 S. 1413.

30 So insbesondere Heither Gutachten S. 7. Auch: Ulrike Heither Ergänzende Altersvorsorge durch Direktversicherung nach Gehaltsumwandlung (1998) S. 83.

31 Gitter, Zum Maßstab des Günstigkeitsvergleichs, FS Wlotzke (1996) S. 297 ff; Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996) Rn. 1609. Siehe auch die Burda-Entscheidung des BAG vom 20.4.1999 – 1 ABR 72/98 = EzA Art. 9 GG Nr. 65 = AP Nr. 89 zu Art. 9 GG = NZA 1999 S. 1059 = DB 1999 S. 1555 unter B III 1 b cc der Gründe. Zum traditionellen Sachgruppenzusammenhang: BAG vom 23.5.1984 – 4 AZR 129/82 – AP Nr. 9 zu § 339 BGB = NZA 1984 S. 255; LAG München vom 4.5.1990 – 2 Sa 128/90 – LAGE § 4 TVG Günstigkeitsprinzip Nr. 3 = DB 1990 S. 2273; Wank in: Wiedemann TVG § 4 Rn. 470 ff.

32 Für eine Vergleichbarkeit durch Sachgruppenzusammenhang: Hanau/Artega, Gehaltsumwandlung zur betrieblichen Altersversorgung (1999) C Rn. 288; Blomeyer, Rechtsfragen der Entgeltumwandlung und Lösungsansätze, NZA 2000 S. 281, 285. Insofern ist die alte Diskussion aus der Vermögensbildung in das Gedächtnis zurückzurufen, etwa Misera Tarifmacht und Individualbereich unter Berücksichtigung der Sparklausel (1969).

28 DB 2001 S. 1413.

Vorteile haben insofern außen vor zu bleiben. Ein Wertvergleich ist wegen der künftigen Entwicklung nicht im einzelnen möglich – man denke nur an die neuen Pensionsfonds, deren Entwicklung schwerlich prognostizierbar ist. Auch das BetrAVG verlangt nur die „wertgleiche“ Umwandlung – und auch dies mit erheblichen versicherungsmathematischen Schwierigkeiten, die sich rechnerisch nicht auslösen lassen³³.

Ist aber die vom Tarifvertrag abweichende individualvertragliche Regelung nur „gleich günstig“ wie die tarifliche, geht der Günstigkeitsvergleich also an sich neutral aus, setzt sich nach dem Wortlaut des § 4 Abs. 3 TVG der Tarifvertrag durch³⁴.

Die zutreffende moderne Interpretation des Günstigkeitsprinzips überwindet diese Unmöglichkeit eines objektiven Günstigkeitsurteils, indem sie dem Wahlrecht des Arbeitnehmers als solchem die gegenüber dem starren Tarifvertrag günstigere Qualität zuspricht³⁵. Nach dieser Lehre ist schon die vom Gesetzgeber mit § 1a BetrAVG gewährte Wahlmöglichkeit des Arbeitnehmers, aber auch jedes vom Arbeitgeber darüber hinaus eingeräumte Wahlrecht günstiger, weil es den Arbeitnehmer in die Lage versetzt, frei über die Entgeltumwandlung zu entscheiden. Dem Arbeitnehmer wird umfassende Entgeltsouveränität eingeräumt. Er kann frei entscheiden, ob er eine Altersversorgung aufbauen will oder nicht.

Dasselbe Problem stellt sich bei Arbeitszeitkonten im Sinne des Flexi-Gesetzes, wenn dort ohne tarifliche Öffnungsklausel entweder tarifliche Entgeltbestandteile oder Arbeitsstunden, für die der Tarifvertrag zwingend eine (Bar-)Entlohnung vorschreibt, in das Zeitwertkonto eingestellt werden.

Für die Günstigkeit des Wahlrechts ist es nur erforderlich, daß es für den Arbeitnehmer einen „Weg zurück zum Tarifvertrag“ gibt. Daß der Arbeitgeber eine „einmalige“ Wahl treffen kann, begründet keine Günstigkeit. Denn dieses Risiko macht das Zeitkonto jedenfalls nicht objektiv ungünstiger. Allenfalls streiten ließe sich über die – ungeklärte – Frage, innerhalb welcher Frist ein Arbeitnehmer das Wahlrecht ausüben können muß. Ob das ausreicht, ist zweifelhaft. Für die Gehaltsumwandlung wollen *Hanau/Arteaga* die jährliche Revisionsmöglichkeit genügen lassen³⁶. Meiner Ansicht nach gibt es nur einen normativen Ansatzpunkt, innerhalb welcher Frist ein Arbeitnehmer sich neu entscheiden können muß: In Anlehnung an die Kündigungsfristen des § 622 Abs. 1 BGB ließe sich eine allgemeine Frist von vier Wochen fordern³⁷.

Auch wenn diese Lehre von der Günstigkeit des Wahlrechts richtig ist – und durch die gesetzliche Privilegierung von Arbeitszeitkonten in § 7 Abs. 1a SGB IV in gewisser Weise

bestätigt wird – durchgesetzt hat sie sich bislang nicht: In der Rechtsprechung ist das Urteil des Großen Senates vom 7.11.1989³⁸ zu verzeichnen, das gegenüber der festen Altersgrenze (in einer Betriebsvereinbarung) die freie Kündbarkeit des unbefristeten Arbeitsverhältnisses für günstiger befunden hat. BAG-Entscheidungen zum günstigeren Wahlrecht zwischen tariflichen und sonstigen Arbeitsbedingungen gibt es seither nicht.

Für Lohnsteuerfragen hat das BAG immerhin vor der Entscheidung des Großen Senates darauf abgestellt, daß der Arbeitnehmer steuerrechtlich jederzeit anstelle der Pauschallohnsteuer die Einzelbesteuerung verlangen konnte und deshalb den Tarifverstoß verneint. Entgegen *Hanau/Arteaga* gibt diese Entscheidung für das moderne Günstigkeitsprinzip unmittelbar nichts her, weil dieses Wahlrecht nicht aus dem (deshalb) günstigeren Arbeitsvertrag folgte, sondern aus dem Steuerrecht. Der Arbeitsvertrag hat diese Wahl nur nicht abgeschnitten³⁹. In der Literatur steht eine starke Ablehnungsfront: Der Tarifvertrag würde zu stark aufgeweicht; die Tarifparteien hätten eine „Einschätzungsprärogative“, was für den Arbeitnehmer gut sei; der Arbeitnehmer sei doch dem Arbeitgeber ohnehin stets unterlegen, könne also gar nicht frei wählen, bis hin zum methodischen Argument, daß auch ein Wahlrecht als solches kein objektives Günstigkeitsurteil rechtfertige, weil es qualitativ auf einer anderen Ebene liege als die zu wählende Arbeitsbedingung⁴⁰. Dabei handelt es sich meiner Meinung nach zwar um „Rückzugsgefechte“, weil es nicht Funktion von Kollektivverträgen ist, die Individualfreiheit der Arbeitnehmer zu beschneiden. Doch läßt sich nicht sicher prognostizieren, ob und wann die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts den Richtungswechsel im Günstigkeitsprinzip vollziehen wird.

Schließlich respektiert auch die Lehre von der Günstigkeit durch Wahlrecht eine Grenze: Den „elementaren“ Mindestschutz des Arbeitnehmers, vor allem den Gesundheitsschutz⁴¹. In Entgeltfragen spielt das allenfalls mit Blick auf das pfändungsfreie Mindesteinkommen nach §§ 850 ff. ZPO eine Rolle. Die vom BetrAVG geforderte Wertgleichheit läßt sich meines Erachtens für die Günstigkeit nicht fordern.

c) Rechtliches Folgerisiko

Wiewohl die besseren Gründe für die Günstigkeit des Wahlrechts sprechen, kann man Arbeitgebern nur beschränkt raten, darauf zu bauen. Ist nämlich die Tarifentgeltumwandlung unwirksam, so hat der Arbeitnehmer seinen Entgeltanspruch nicht verloren. Damit ist zwar zugleich und notwendig auch die Umwandlungsvereinbarung gescheitert; die rechtlich abstrakte Versorgungszusage muß aber rückabgewickelt werden.

Zudem kann das Unwirksamkeitsrisiko sozialversicherungsrechtlich problematisch werden, wenn der Arbeitnehmer die Brutto-Entgeltumwandlung verlangt – was bis 2008 möglich ist. Denn die Sozialversicherungsfreiheit hängt davon ab, daß die Entgeltumwandlung rechtlich wirksam ist. Scheitert sie am Günstigkeitsprinzip, so ist mit dem Entgeltanspruch zugleich eine Beitragsforderung entstanden, § 23 SGB IV.

33 Dazu *Hanau/Arteaga*, Gehaltsumwandlung zur betrieblichen Altersversorgung (1999) C Rn. 295 ff; *Blomeyer*, NZA 2000, S. 281 f, 285. Für das Günstigkeitsprinzip auch *Bode*, Gehaltsumwandlung im Tarifbereich, BetrAV 1997, S. 164, 165 f; ähnlich zweifelnd *Kemper*, Inhalt und Grenzen der Neuregelungen zum Betriebsrentengesetz, BetrAV 1998, S. 116, der deshalb tarifliche Öffnungsklauseln empfiehlt.

34 Herrschende Meinung, anders nur *Heinze*, Tarifautonomie und sogenanntes Günstigkeitsprinzip, NZA 1991 S. 329. Ebenso läßt sich § 17 Abs. 5 BetrAVG verstehen. Vgl. *Blomeyer*, DB 2001 S. 1413.

35 *Löwisch*, Zur Zulässigkeit freiwilliger Samstagsarbeit nach dem Günstigkeitsprinzip, DB 1989 S. 1185; *derselbe*, Die Freiheit zu arbeiten – nach dem Günstigkeitsprinzip, BB 1991 S. 59 ff; *Buchner*, Tarifliche Arbeitszeitbestimmungen und Günstigkeitsprinzip, DB 1990 S. 1715 ff; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996) Rn. 1601 ff; *MünchArbR/Löwisch/Rieble*, 2. Auflage (2000) § 272 Rn. 51. Gerade für die Gehaltsumwandlung in eine betriebliche Altersversorgung: *Hanau/Arteaga*, Gehaltsumwandlung zur betrieblichen Altersversorgung (1999) C Rn. 292 ff; zustimmend *Blomeyer*, NZA 2000 S. 284 f.

36 A.a.O. (Fn. 2) C 294; *Blomeyer*, NZA 2000 S. 285 verlangt nur die Rückkehr zum Tarifvertrag „in angemessener Frist“.

37 *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996) Rn. 1608; *MünchArbR/Löwisch/Rieble*, 2. Auflage § 272 Rn. 56. Die frühere Parallele zur Ankündigungsfrist für den Erziehungsurlaub nach § 16 Abs. 1 BErzGG trägt nach der Änderung des BErzGG nicht mehr.

38 – GS 3/85 – EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 34 mit Anm. *Otto* = AP Nr. 46 zu § 77 BetrVG 1972 = NZA 1990 S. 816.

39 BAG vom 22.6.1978 – 3 AZR 156/77 – EzA § 611 BGB Nettolohn, Lohnsteuer Nr. 4 = AP Nr. 1 zu § 40a EStG unter 3 der Gründe; bestätigt durch BAG vom 5.8.1987 – 5 AZR 22/86 – EzA § 611 BGB Nettolohn, Lohnsteuer Nr. 7 = AP Nr. 2 zu § 40a EStG = NJW 1988, S. 1165; dazu *Hanau/Arteaga* C Rn. 294 Fn. 2.

40 In unterschiedlichen Schattierungen: *Buschmann*, Die Günstigkeit der Nachtarbeit, NZA 1990 S. 387; *Zachert*, DB 1990 S. 986 ff; *Käppler*, Tarifvertragliche Regelungsmacht, NZA 1991 S. 745, 751 ff.; *Däubler*, Tarifvertragsrecht Rn. 221; *Schlüter* FS Stree und Wessels (1993) S. 1078; *Wank* in: Wiedemann TVG § 4 Rn. 465 f, 492 ff.

41 *MünchArbR/Löwisch/Rieble*, 2. Auflage § 272 Rn. 52 ff.

Da das dort niedergelegte Entstehungsprinzip anders als im Steuerrecht mit dem Zufluß keine wirtschaftliche, sondern eine rechtliche Betrachtungsweise zugrundelegt, trägt der Arbeitgeber mithin dieses rechtliche Unwirksamkeitsrisiko⁴².

Dabei ist insbesondere zu beachten, daß der Arbeitgeber etwaige Beitragsnachteile nicht nur in Ansehung seiner Beitragshälfte trägt, sondern wegen des in § 28g SGB IV erheblich beschränkten nachträglichen Abzuges auch Beitragsnachteile in Ansehung des Arbeitnehmeranteils zu tragen hat. Der Nachweis, daß ein unverschuldeter Rechtsirrtum vorliegt (Satz 3, 2. Halbsatz) ist schwer zu führen. Begrenzt wird das Risiko nur durch die vierjährige Verjährung nach § 25 Abs. 1 Satz 1 SGB IV.

Wegen § 266a StGB droht nicht nur dem Arbeitgeber, sondern dem verantwortlichen Geschäftsführer oder Vorstand schließlich die persönliche Haftung für die Entrichtung der Arbeitnehmeranteile⁴³. Mit Blick auf die BeitragszahlungsVO ist hier (wie sonst auch) dringend zu empfehlen, jede Beitragszahlung mit der Tilgungsbestimmung zu versehen, daß sie zuerst auf die Arbeitnehmeranteile erfolgt⁴⁴.

d) Zweiteilung der Belegschaft

Mit Blick auf dieses Risiko zwingt das BetrAVG zur Zweiteilung der Belegschaft: Denn für nicht tarifgebundene Arbeitnehmer eines tarifgebundenen Arbeitgebers gilt der Tarifvertrag nicht. Für sie kann deshalb ohne weiteres eine Entgeltumwandlung vereinbart werden. Die tarifgebundenen Arbeitnehmer mögen ihrerseits geltend machen, daß das Günstigkeitsprinzip § 17 Abs. 5 BetrAVG überwindet und auch sie deshalb einen Umwandlungsanspruch haben; von ihrer Gewerkschaft werden sie dabei keinen Rechtsschutz erhalten.

Diese Zweiteilung wird in der Literatur durchweg anerkannt, wenngleich bedauert⁴⁵. Zu Unrecht: Tarifgebundene Arbeitnehmer werden nicht diskriminiert. Denn sie haben sich durch die Mitgliedschaft in der Gewerkschaft selbst für die Delegation eigener Vertragskompetenzen entschieden. Dementsprechend ist die Zweiteilung der Belegschaft nur konsequent⁴⁶.

Der Arbeitgeber darf also jeden Arbeitnehmer, der die Umwandlung von Tarifentgelt verlangt, nach der Gewerkschaftsmitgliedschaft fragen – jedenfalls solange der Tarifvertrag keine Öffnungsklausel enthält. Lügt der Arbeitnehmer, indem er eine Gewerkschaftszugehörigkeit verschweigt, schuldet er dem Arbeitgeber wegen seiner Nebenpflichtverletzung Schadensersatz für sämtliche eintretenden Nachteile.

2. Abweichende Regelungen nach § 17 Abs. 3 Satz 1 BetrAVG

Der Gesetzgeber hat § 1a BetrAVG einfach in die Liste der tarifdispositiven Vorschriften des § 17 Abs. 3 BetrAVG aufgenommen. Das wirft schwerwiegende Fragen auf, die der gewesene Vorsitzende des Dritten Senates *Heither* in einem Rechtsgutachten für die Versicherungswirtschaft behandelt hat.

a) Ausschluß des Umwandlungsanspruches

Nimmt man das Gesetz wörtlich, so kann – immer nur für die tarifgebundenen Arbeitnehmer – der Entgeltumwandlungsanspruch der Arbeitnehmer insgesamt abbedungen werden, etwa zum Ausgleich für andere tarifliche Wohltaten. Dieser eindeutige Wortlaut wird von *Heither* und *Blomeyer* teleologisch reduziert: Die Tarifparteien seien auf die Grundidee der Entgeltumwandlung verpflichtet⁴⁷. Mir leuchtet das nicht ein: Wenn der Gesetzgeber seine Grundidee gegenüber den Tarifparteien durchsetzen will, braucht er doch nur keine Tarifdispositivität zu gewähren. Indem der Gesetzgeber umgekehrt § 1a insgesamt der Tarifdispositivität überantwortet, zeigt er doch, daß er seine Grundidee nicht strikt verfolgt. Dem Arbeitnehmer bleibt schließlich die Privativorsorge mit ihrer steuerlichen Förderung. Das Gegenargument, § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG sei gerade nicht tarifdispositiv⁴⁸, trägt nicht weit: Denn diese Norm ist bloße Definitionsnorm. Sie enthält keine Rechtsfolge, von der ein Tarifvertrag abweichen könnte und für die der Tarifvertrag deshalb auf eine Tarifdispositivität angewiesen wäre. Freilich: Die Frage stellt sich praktisch nicht, weil man sich keinen Tarifvertrag vorstellen kann, der § 1a BetrAVG einfach nur abbedingt. Zweitens: Wenn der Tarifvertrag selbst schon eine hinreichende Altersversorgung vorsieht, wird man den Tarifparteien auch das Recht zubilligen müssen, den Arbeitgeber vor weiterer Inanspruchnahme zu schützen⁴⁹.

Drittens könnte der Tarifvertrag ohnehin nur das Tarifentgelt „umwandlungsfest“ machen wollen – wobei freilich das Günstigkeitsprinzip als Grenze zu sehen ist. Übertarifliches Entgelt kann der Tarifvertrag von vornherein nicht von der Entgeltumwandlung ausnehmen – sowenig der Tarifvertrag dem Arbeitgeber verbieten kann, übertariflich von vornherein keine umzuwandelnde Vergütung, sondern eine Altersversorgung zu gewähren. Insofern stößt der Tarifvertrag schnell an die von den Effektivklauseln bekannten Grenzen⁵⁰.

Daß der Tarifvertrag die Privativorsorge des Arbeitnehmers weder positiv noch negativ regeln kann – weil der Arbeitnehmer in der Lohnverwendung notwendig frei ist –, gibt kein Argument für eine weitergehende Restriktion ab. Zwar stehen sich Entgeltumwandlung und Privativorsorge nahe, doch liegt der entscheidende Unterschied darin, daß die Lohnverwendungsfreiheit erst greift, wenn das Entgelt beim Arbeitnehmer „angekommen“ ist. Zuvor hat er einen frei verfügbaren Anspruch nur kraft Individualvertrag, kollektivvertragliche Ansprüche hingegen unterliegen dem Abdingbarkeitsverbot.

Man kann diese Grenzziehung als willkürlich ansehen. Solange es aber eine zwingende Wirkung von Kollektivverträgen gibt, solange muß entschieden werden, wie weit die kollektive Herrschaft über den zwingenden (Entgelt-) An-

42 Es verhält sich nicht anders als bei der Umwandlung in ein Arbeitszeitkonto, vgl. Bundestags-Drucksache 13/9741 S. 10 (Entwurf der damaligen Regierungsfractionen CDU/CSU und F.D.P.); gleichlautend Bundestags-Drucksache 13/9818 S. 11 (Entwurf der damaligen Bundesregierung) und Bundesrats-Drucksache 1000/97 S. 20. Siehe jetzt auch die Hinweise der Spitzenorganisationen der Sozialversicherungsträger vom 28./29.3.2001, BB 2001 S. 1205 f; *Arens*, Das Entstehungsprinzip in der gesetzlichen Sozialversicherung, BB 2001 S. 94 ff.

43 Siehe nur BGH vom 15.5.2000 – VI ZR 90/99 – BGHZ 144 S. 311; *Groß*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers wegen Nichtabführung von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung, ZIP 2001 S. 945.

44 Siehe BGH vom 14.11.2000 – VI ZR 149/99 – ZIP 2001 S. 80 und BGH vom 9.1.2001 – VI ZR 119/00 – ZIP 2001 S. 419.

45 Etwa *Höfer*, DB 2001 S. 1149.

46 Siehe schon die Anregung von *Picker*, Die Tarifautonomie in der deutschen Arbeitsverfassung, in: Walter-Raymond-Stiftung (Hrsg.), Tarifautonomie – Informationsgesellschaft – globale Wirtschaft (1997) S. 113 ff., 146 ff.; für die Entgeltflexibilisierung *Rieble/Gutzeit*, Individualarbeitsrechtliche Kontrolle erfolgsabhängiger Vergütungsformen, Jahrbuch des Arbeitsrechts Band 37 (2000) 47.

47 Gutachten S. 4 f; *Blomeyer*, DB 2001 S. 1416.

48 So *Schliemann* in seinem aba-Referat, Manuskript S. 15.

49 So auch *Blomeyer*, DB 2001 S. 1416.

50 *Blomeyer*, DB 2001 S. 1417; siehe auch *Löwisch*, Tarifliche Kompensation versicherungsmathematischer Rentenabschläge, BetrAV 2000 S. 439 ff.; allgemein *Löwisch/Rieble* TVG § 1 Rn. 531 ff.

spruch reicht und wo die individuelle Freiheit des Arbeitnehmers anfängt. Insofern spricht manches dafür, dem Arbeitnehmer mehr Freiheit zu gewähren. Das aber kann effektiv bereits mit dem Günstigkeitsprinzip geschehen.

b) Tarifliche Entgeltumwandlung

Der Tarifvertrag kann – das sagt § 17 Abs. 5 BetrAVG nach meinem Verständnis klar – selbst eine Entgeltumwandlung vornehmen, soweit es um tarifliche Entgeltbestandteile geht. Insofern besteht kaum ein Unterschied zur tariflich vorgesehenen Altersversorgung. Der Tarifvertrag kann in Ansehung nicht-tariflicher Entgeltbestandteile dem Arbeitnehmer nicht nur negativ die Umwandlung nicht verbieten, sondern auch positiv die Umwandlung nicht vorschreiben. Denn damit griffe der Tarifvertrag wiederum in den Individualvertrag ein.

Richtigerweise kann der Tarifvertrag dem Arbeitnehmer die Entscheidung für oder gegen die Entgeltumwandlung nur in Ansehung des Tarifentgeltes vorgeben. Denn insofern könnte der Tarifvertrag also anstelle einer wertgleichen Umwandlung auf einen ablösenden Tarifvertrag vorsehen, der einen bestimmten Entgeltteil schlicht abschafft und statt dessen eine Altersversorgung einführt.

Am Beispiel: Würde ein Tarifvertrag über eine Jahressonderzuwendung abgelöst durch einen Tarifvertrag über eine betriebliche Altersversorgung, so ist das nicht notwendig eine Entgelt-„Umwandlung“. Denn der ursprüngliche Anspruch auf die Jahressonderzuwendung wird nicht umgewandelt, sondern abgeschafft. Der Altersversicherungsanspruch tritt allenfalls wirtschaftlich, nicht aber rechtlich an seine Stelle (oben II. 2.). Das zeigt sich auch daran, daß für die Tarifparteien kein Gebot der Wertgleichheit bestehen kann. Sie sind kraft ihrer Tarifautonomie selbstverständlich befugt, anstelle des Weihnachtsgeldes auch eine unterwerfliche Altersversorgung einzuführen, so wie sie ihre Tarifentgelte auch kürzen dürfen. Diese Altersversorgung ist dann eine normale betriebliche Altersversorgung, für die die verschärften Vorschriften der Entgeltumwandlung (insbesondere § 1b Abs. 5 BetrAVG) nicht greifen.

Freilich stellt sich insofern ein Problem in der Tarifgeltung: Entgeltregeln gelten notwendig nur für die tarifgebundenen Arbeitnehmer. Wenn der Tarifvertrag traditionellen Zuschnitts eine betriebliche Altersversorgung einführt, strebt er nach Allgemeinverbindlicherklärung, um möglichst viele Arbeitnehmer zu erfassen und die biometrischen Risiken auszugleichen. Das wird aber dann problematisch, wenn der Tarifvertrag nicht eine zusätzliche Altersversorgung regelt, sondern eine Entgeltumwandlung vornimmt. Während der Tarifvertrag bei organisierten Arbeitnehmern in den tariflichen Entgeltanspruch eingreift, würde er bei den Nichtorganisierten in deren arbeitsvertraglichen Entgeltansprüche eingreifen. Ob das tarifrechtlich möglich ist, ist sehr zweifelhaft.

c) Rahmenregelungen für die Entgeltumwandlung

Der Entgeltumwandlungsanspruch des § 1a BetrAVG ist reichlich unbestimmt. Für den Tarifvertrag kann es mithin praktisch werden, für seine Geltendmachung oder die äußeren Modalitäten eine Rahmenregelung bereitzuhalten. Das fängt mit Fristen für die Geltendmachung und die Ablehnung durch den Arbeitgeber an. So läßt sich Rechtssicherheit schaffen.

VI. Betriebsverfassungsrechtliche Hindernisse

1. Reichweite der Mitbestimmung

Das AVmG verschafft in erster Linie dem Arbeitnehmer ein individuelles Recht. In dessen Anspruch auf Entgeltumwandlung kann der Betriebsrat weder über Mitbestimmungsrechte eingreifen, noch gemeinsam mit dem Arbeitgeber durch freiwillige Betriebsvereinbarung. Individualrechte des Arbeitnehmers stehen nicht unter betrieblicher Aufsicht⁵¹. In § 17 BetrAVG findet sich keine Öffnungsklausel zugunsten der Betriebsvereinbarung.

Wie sonst auch kann der Betriebsrat nur über die dem Arbeitgeber zugewiesenen Handlungsspielräume aktiv werden, kann also – soweit seine Mitbestimmungsrechte tragen – die Rechte mitnutzen, die der Arbeitgeber gegen den Entgeltumwandlungsanspruch ins Feld führen kann. Notwendig mitbestimmungsfrei bleibt von vornherein die dem Arbeitgeber zugewiesene Entscheidung über den Durchführungsweg. *Blomeyer* weist zwar zu recht darauf hin, daß die sonstige Mitbestimmungsfreiheit der betrieblichen Altersversorgung nach dem BAG darauf beruht, daß der Arbeitgeber freiwillig „dotiert“, wohingegen hier der Arbeitnehmer seine eigene Altersversorgung durch Umwandlung aus eigenen Entgeltansprüchen finanziert⁵². Daraus zieht *Blomeyer* den richtigen Schluß, daß die traditionelle Begründung für die Entgeltumwandlung nicht trägt und man sich Gedanken über die Entgeltmitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 machen müsse⁵³.

Indes: § 1a Abs. 1 Satz 3 BetrAVG hat die Handlungsrechte zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sauber aufgeteilt: Der Arbeitgeber kann sich für die Durchführungswege Pensionsfonds, Pensionskasse oder Direktversicherung entscheiden und über die Auswahl des konkreten Vertragspartners; der Arbeitnehmer kann lediglich anstelle der vom Arbeitgeber angebotenen Unterstützungskasse oder der Direktzusage die Direktversicherung durchsetzen. Auch insofern entscheidet der Arbeitgeber aber (betriebseinheitlich) über die Wahl des Versicherungsunternehmens und ist nicht auf den Wunsch des Arbeitnehmers verpflichtet.

Der Gedanke, daß Entscheidungsspielräume des Arbeitgebers – soweit das Mitbestimmungsrecht reicht – mit dem Betriebsrat zu teilen sind, greift hier nicht. Denn die Mitbestimmungsfreiheit bei der Wahl des Durchführungsweges ist nicht nur durch die Freiwilligkeit der Leistung, sondern zugleich durch die Organisationsfreiheit – und die Vertragsfreiheit nach außen – des Arbeitgebers bedingt. Kein Betriebsrat darf den Arbeitgeber zwingen, eine Pensionskasse zu errichten. Und der Betriebsrat hat auch kein Recht, die Auswahl des Versicherungsunternehmens oder des Kapitalanlegers für Direktversicherung oder Pensionsfonds vorzugeben. Die Auswahl von Vertragspartnern unterfällt der Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit des Arbeitgebers. Denn andernfalls hätte der Betriebsrat systemfremd einen Einfluß auf Finanzierung, Haftung und steuerrechtliche Folgen für den Arbeitgeber⁵⁴. Auch die allenfalls zu erwägende Mitbestimmung, über den Vertragsinhalt des vom Arbeitgeber mitbestimmungsfrei gewählten Vertragspartners mitzubestimmen, um eine für die Arbeitnehmer möglichst gute Anlageform herauszuholen, geht zu weit. Schutzwürdige Interessen der Arbeitnehmer sind nicht betroffen, weil die Entgeltumwandlung wertgleich erfolgen muß, es also gar nicht um die von § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG geschützte innerbetriebliche Verteilungsgerechtigkeit geht. Vor besonderen Risiken der Ent-

51 So auch *Blomeyer*, BetrAV 2001 S. 440 und BetrAV 2001 S. 506.

52 Zur Freiwilligkeit als Mitbestimmungsbeschränkung GK-BetrVG/Wiese § 87 Rn. 849 ff.

53 BetrAV 2001 S. 440; BetrAV 2001 S. 506.

54 Dazu GK-BetrVG/Wiese § 87 Rn. 852.

geltumwandlung werden Arbeitnehmer zudem durch § 1b Abs. 5 BetrAVG bewahrt. Wer den Betriebsrat als Anlageberater der Arbeitnehmer installiert, muß auch eine Haftung für ihn, aber auch für die Einigungsstellenmitglieder vorsehen. Wenn ein für die Arbeitnehmer ungünstiger Vertragsinhalt als Ergebnis der Mitbestimmung möglich ist, insbesondere ein Vertragsinhalt, der nicht mehr wertgleich ist, dann muß derjenige, der entscheidet, gegenüber den Arbeitnehmern auch für den Verlust geradestehen. Das gilt insbesondere deshalb, weil der Betriebsrat gegenüber den Arbeitnehmern ein besonderes Vertrauen in Anspruch nimmt.

Blomeyer weist insofern richtig darauf hin, daß die Mitbestimmung als Wirksamkeitsvoraussetzung nicht dazu führen darf, daß der gesetzliche Entgeltumwandlungsanspruch des Arbeitnehmers aus § 1a BetrAVG nicht durch ein Mitbestimmungsverfahren „blockiert“ werden dürfe⁵⁵. Zudem: Wenn der Arbeitgeber über das gesetzliche Minimum hinaus eine betriebliche Altersversorgung anbietet – was Wunsch des Gesetzgebers ist, der die Altersversorgung stärken möchte –, dann würde andernfalls eine „Teilmitbestimmung“ über den Durchführungsweg einsetzen: soweit der Arbeitgeber zur Entgeltumwandlung verpflichtet ist, so weit reichte die Mitbestimmung; im übrigen griffe die notwendige Mitbestimmungsfreiheit. Insofern entspricht es praktischer Vernunft, die Entscheidung über den Durchführungsweg und den Vertragsinhalt insgesamt mitbestimmungsfrei zu belassen.

2. Betriebsvereinbarung über die Entgeltumwandlung

Sowenig wie der Tarifvertrag kann die Betriebsvereinbarung den Arbeitnehmer zu einer Entgeltumwandlung „seiner“ individuellen Ansprüche zwingen. Auch kann die Betriebsvereinbarung nicht über den Individualanspruch des Arbeitnehmers auf Entgeltumwandlung aus § 1a BetrAVG verfügen. Die Betriebsvereinbarung kann aber solche Leistungen, die bislang schon in einer Betriebsvereinbarung vorgesehen sind, durch eine (wertgleiche) betriebliche Altersversorgung ablösen – so wie sie auch zweistufig zuerst die bisherige Leistung aufheben und später eine Altersversorgung einführen könnten.

Mit einer tariflichen Öffnungsklausel könnten die Betriebspartner sogar zum Eingriff in das Tarifentgelt ermächtigt werden. Wenn man darin eine Entgeltumwandlung i.S.d. BetrAVG sieht, dann ist wegen § 1a Abs. 2 BetrAVG aber doch mittelbar ein Ausschluß des individuellen Umwandlungsanspruches möglich.

3. Umwandlung von Entgelten aus einer Betriebsvereinbarung

Vielfach sind übertarifliche Entgelte mit Blick auf § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG in Betriebsvereinbarungen geregelt. Für den auf einer Betriebsvereinbarung fußenden Entgeltanspruch greift eine dem Tarifvertrag vergleichbare Unabdingbarkeit und ein entsprechender Verzichtsschutz, § 77 Abs. 4 Satz 1 und 2 BetrVG.

Nur hat der Gesetzgeber hier – anders als in § 17 Abs. 5 BetrAVG für den Tarifvertrag – nicht versucht, die Entgeltumwandlung zu behindern. Das bedingt aber weder die Unabdingbarkeit der Betriebsvereinbarung ab, noch modifiziert es das Günstigkeitsprinzip. Deshalb halte ich auch hier die Günstigkeit eines entsprechenden Wahlrechtes rechtlich für richtig, aber eine entsprechende Strategie wegen des Verbeitragungsrisikos für unverantwortbar, soweit es um die Bruttoentgeltumwandlung (bis 2008) geht (oben V. 1. c). Im Unterschied zum Tarifvertrag gibt es auch keine Ausweich-

möglichkeit auf die Nichtorganisierten. Betriebsvereinbarungen gelten für alle Arbeitnehmer – bis auf die leitenden Angestellten i.S.v. § 5 Abs. 3 BetrVG. Freilich kann der dringende Wunsch der Arbeitnehmer, etwa ein in einer Betriebsvereinbarung verankertes freiwilliges Weihnachtsgeld umzuwandeln, dafür sorgen, daß der Betriebsrat sich zu einer Öffnungsklausel bereitfindet.

VII. Entgeltumwandlung und Arbeitszeitkonten

Die Entgeltumwandlung zeigt eine gewisse Verwandtschaft zu den durch das Flexigesetz effektiv gemachten Arbeitszeitkonten: Dort wie hier spart der Arbeitnehmer Entgelt an; auch dort geht es um eine Art Entgeltumwandlung: der Arbeitnehmer erhält anstelle seines Entgeltanspruches eine Kontogutschrift in Stunden oder in Euro; dort wie hier muß die Vereinbarung vor der Wertschöpfung durch Arbeitsleistung getroffen sein, darf also nur künftige Arbeitsleistung betreffen. Arbeitszeitkonten werden als Wertkonten regelmäßig über Fondsanlagen wertgesichert (VW, db-zeitinvest), so daß man eine Verwandtschaft zu Pensionsfonds sehen kann. Vielerlei Rechtsprobleme, namentlich bei der Umwandlung tariflicher Entgeltbestandteile, stellen sich ähnlich.

Wiewohl also eine solche Verwandtschaft besteht, bestehen erhebliche Unterschiede und Friktionen: Das Arbeitszeitkonto kann während des Arbeitslebens nahezu beliebig durch Freistellung abgerufen werden – die Altersversorgung kann erst nach Ende des Arbeitsverhältnisses „abgerufen“ werden. Für Arbeitszeitkonten ist das Prinzip der deferred compensation, also der nachgelagerten Verbeitragung und Versteuerung, konsequent verwirklicht: Das heißt: In der Sekunde der Arbeitsleistung fallen weder Lohnsteuer noch Sozialversicherungsbeiträge an; dafür sind diese konsequent in der Sekunde des Leistungsbezuges aus dem Zeitkonto zu verbeitragen und zu versteuern. Für Unternehmen mit Langzeit-Arbeitszeitkonten besteht deshalb ein erhebliches Bedürfnis, die Entgeltumwandlung mit dem Arbeitszeitkonto zu harmonisieren. Denn der Arbeitnehmer kann Zeit oder Geld immer nur einmal „umwandeln“. Außerdem muß er seine Altersversorgungsbedürfnisse gegen seine Arbeitszeitflexibilisierungsbedürfnisse abwägen – und er muß die unterschiedlichen Renditen, insbesondere unter Berücksichtigung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen, einschätzen.

Während bei der Altersversorgung die Entscheidung für die Entgeltumwandlung endgültig ist, basiert das Arbeitszeitkonto darauf, daß der Arbeitnehmer Guthaben abheben und als bezahlte Freistellung nutzen kann. Dementsprechend wäre es einerseits wünschenswert, wenn der Arbeitnehmer auch Arbeitszeitguthaben in eine betriebliche Altersversorgung überführen könnte. Das scheitert aber daran, daß ein Arbeitszeitguthaben nicht auf künftiger Arbeitsleistung beruht, sondern auf vergangener. So könnte dann der Insolvenzsicherung das Risiko für schon geschaffene Werte überbürdet werden. Zudem ist die Umwandlung eines Arbeitszeitguthabens in eine Altersversorgung steuerschädlich, weil darin die zufließbegründende Verfügung liegt.

Somit bleiben praktisch nur zwei Möglichkeiten: Einmal kann der Arbeitnehmer die Verrentung anwartschaftserhöhend zeitlich hinausschieben und in dieser Zeit sein Kontoguthaben „abfeiern“. Die andere Umschichtungsmöglichkeit besteht darin, virtuelle Mehrarbeit zu leisten, also gleichzeitig eine teilweise Freistellung aus dem Arbeitszeitkonto zu nehmen und „trotzdem“ weiterzuarbeiten, um das so erarbeitete Entgelt in die Altersversorgung einzuspeisen. Letztlich werden sich Arbeitszeitkonten und Altersversorgungen einander annähern müssen. Ein plausibles Gesamtkonzept der deferred compensation läßt aber weiter auf sich warten.

⁵⁵ BetrAV 2001 S. 506.

VIII. Zusammenfassung

1. Die Entgeltumwandlung ist zivilrechtlich keine Verfügung über die Forderung, keine Leistung an Erfüllung Statt, sondern ein Eingriff in die schulderzeugende Regelung, also den Arbeitsvertrag, die Betriebsvereinbarung oder den Tarifvertrag, der den Entgeltanspruch auslöst. Dort wird schuldändernd anstelle des Entgeltes eine andere Leistung vorgesehen.

2. Der in § 1a BetrAVG geschaffene Anspruch des Arbeitnehmers auf Entgeltumwandlung zielt auf einen Vertragsschluß. Der Arbeitnehmer hat also Anspruch auf eine Vertragserklärung des Arbeitgebers – in aller Regel die Annahme eines Umwandlungsangebotes des Arbeitnehmers, nur ausnahmsweise auf Abgabe eines Angebotes. Prozessual ist § 894 ZPO zu beachten. Fristen für die Ablehnung eines Vertragsangebotes sind hier nicht vorgesehen. Eine Zustimmungsfiktion zugunsten des Arbeitgebers wie im TzBfG bedarf einer eindeutigen normativen Grundlage. Sie fehlt.

3. Soweit der Arbeitgeber eigene Rechte zur Ausgestaltung der Altersversorgung hat – vor allem um die Betriebseinheitlichkeit zu gewährleisten –, sind auch diese in den Vertragsmechanismus eingebettet. Es handelt sich nicht um Gestaltungsrechte. Immer dann, wenn also der Arbeitgeber eine andere Altersversorgung anbietet, als sie der Arbeitnehmer gewünscht hat, liegt kein Vertragsschluß vor, § 150 Abs. 2 BGB. Dem Arbeitnehmer bleibt so stets die Flucht in die Privatvorsorge.

4. Die Umwandlung tariflicher Entgeltansprüche ist trotz § 17 Abs. 5 BetrAVG möglich, weil die Vorschrift das Günstigkeitsprinzip weder beschränkt noch ausfüllen kann. Entgelt und Versorgungslohn stehen im Sachgruppenzusammenhang. Das Wahlrecht des Arbeitnehmers ist die günstigere Regelung. Gleichwohl ist das Rechtsrisiko mit Blick auf die sozialversicherungsrechtliche Verbeitragung so groß, daß dem Arbeitgeber nicht geraten werden kann, das Günstigkeitsprinzip zu erproben.

5. Für die Umwandlung von Entgeltansprüchen aus Betriebsvereinbarungen (etwa: Weihnachtsgeld) gilt dasselbe: Das Günstigkeitsprinzip ist der richtige Hebel; sein Gebrauch ist aber nicht hinreichend rechtssicher möglich.

6. Die Entgeltumwandlung ist – auch wenn der Arbeitgeber insofern nicht mehr freiwillig handelt – insgesamt mitbestimmungsfrei. Der Betriebsrat ist nicht berufen, den durch § 1a BetrAVG sorgsam austarierten vertraglichen Einigungsprozeß von Arbeitgeber und Arbeitnehmer mitzugestalten.

7. Entgeltumwandlung in betriebliche Altersversorgung und Zeitwertkonten nach dem Flexigesetz konkurrieren miteinander und müssen rechtlich aufeinander abgestimmt werden.

Prof. Dr. Dr. Wolfgang Förster / Jochen Rühmann /
Stefan Recktenwald, Wiesbaden

Auswirkungen des Altersvermögensgesetzes auf die betriebliche Altersversorgung

Die Einführung von Pensionsfonds und Anspruch auf Entgeltumwandlung als Kernelemente der gesetzlichen Neuregelung

Nach Begründung des Gesetzgebers für die Aufnahme der betrieblichen Altersversorgung in das Förderkonzept des Altersvermögensgesetzes (AVmG) bietet die betriebliche Altersversorgung die Möglichkeit, den Ausbau einer zusätzlichen kapitalgedeckten Altersvorsorge über Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen mit Breitenwirkung und in besonders effektiver und kostengünstiger Form zu erreichen. Die zweite Säule der Altersvorsorge wurde deshalb durch Verbesserungen der arbeits- und steuerrechtlichen Rahmenbedingungen bewußt gestärkt. Durch die Einführung von Pensionsfonds wurde ein neuer Durchführungsweg der betrieblichen Altersversorgung geschaffen, welcher der betrieblichen Altersversorgung insgesamt neue Perspektiven eröffnen soll. Alle Arbeitnehmer erhalten ab 01.01.2002 einen individuellen Anspruch auf betriebliche Altersversorgung durch Entgeltumwandlung.

I. Die Änderungen des Betriebsrentengesetzes (BetrAVG)

1. Neufassung des § 1 BetrAVG

Durch Verweis auf den neu geschaffenen § 1 Abs. 2 bis 4 BetrAVG stellt der neu gefaßte § 1 Abs. 1 BetrAVG klar, daß die Vorschriften des BetrAVG auch für den neuen Durchführungsweg „Pensionsfonds“ gelten.

Der Pensionsfonds ist ebenso wie die Pensionskasse als eine rechtsfähige Versorgungseinrichtung, die betriebliche Altersversorgung durchführt und die dem Arbeitnehmer oder seinen Hinterbliebenen einen Rechtsanspruch auf ihre Leistungen gewährt, definiert. Die weitere Definition befindet sich im Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG). Einzelheiten zum Pensionsfonds werden unter III.1. des Beitrags näher dargestellt.

den neuen Sätzen 2 und 3 in § 1 Abs. 1 BetrAVG ist weiter argstellt, daß immer eine arbeitsrechtliche „Grundverpflichtung“ des Arbeitgebers zur Erbringung der zugesagten Leistungen – unabhängig vom Durchführungsweg – besteht. Die Regelungen zu den Durchführungen und zur Unverfallbarkeit von Betriebsrentenanwartschaften wurden in den neuen § 1b BetrAVG überführt. Eine gänzlich neue Leistungsform der betrieblichen Altersversorgung, die „Beitrags-sage mit Mindestleistung“, ist in § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrAVG enthalten. Bei dieser neuen Leistungsform richtet sich der Versorgungsanspruch des Arbeitnehmers danach, welche Leistungen der Versorgungsträger mit den Beiträgen erwirtschaftet hat. Damit der Arbeitnehmer nicht das gesamte Risi-