

# Entgeltumwandlung zwischen Selbstverantwortung und Fürsorge

## I. Einleitung

Der Entgeltumwandlung kommt nicht nur wegen deren Förderung durch das Betriebsrenten-, Steuer- und Sozialversicherungsrecht<sup>1</sup> besondere Bedeutung für den Arbeitnehmer zum Zwecke des Aufbaus einer betrieblichen Altersversorgung zu. Sie ist auch, durch den Versorgungsträger, Rendite steigerndes Moment für den Arbeitnehmer. Die Organisation einer Entgeltumwandlung in ihrer Komplexität obliegt jedoch dem Arbeitgeber. In diesem Spannungsverhältnis rückt die Bedeutung von Informationen durch den Arbeitgeber als Nebenpflicht aus der Umwandlungsvereinbarung in den Vordergrund. Die Bestandteile der Umwandlungsvereinbarung mit Inhalt und Wirkung sollen daher im Zusammenhang mit bestehenden Informationspflichten untersucht werden, da das Betriebsrentengesetz hierzu keine Regelungen enthält. Dazu werden, nach Darstellung der allgemeinen Grundsätze zum wesentlichen Vertragsinhalt und zur Informationspflicht bei Vertragsabschluß, die Entgeltseite und Leistungsseite der Umwandlungsvereinbarung vor diesem Hintergrund detailliert diskutiert.

## II. Die Vertragsbestandteile der Entgeltumwandlung und Informationspflichten des Arbeitgebers

Die Entgeltumwandlung wird durch Vereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber geregelt, § 1a Abs. 1 S. 2 BetrAVG. Da durch diese Vereinbarung die Ansprüche auf künftigen Arbeitslohn in eine wertgleiche Anwartschaft auf Versorgungsleistungen umgewandelt werden, liegt rechtlich eine Änderung<sup>2</sup> des Arbeitsvertrages vor.

Die Umwandlungsvereinbarung stellt ein zweiseitiges Verpflichtungsgeschäft dar. Sie setzt daher, wie jeder Vertrag, eine wirksame Willenseinigung über die wesentlichen Vertragsbestandteile voraus. Diese braucht zwar nicht sämtliche Rechtsfolgen und Eventualitäten abschließend zu regeln, der wesentliche Inhalt des Vertrages (sog. *essentialia negotii*) muß aber zumindest bestimmbar sein<sup>3</sup>. Über welche Punkte sich die Parteien einigen müssen, ergibt sich aus der Art des Vertrages und dem Parteiwillen<sup>4</sup>.

Gegenstand der Vereinbarung über die Entgeltumwandlung ist sowohl die *Entgeltseite* als auch die *Leistungsseite*. Auf der Entgeltseite erfolgt durch den Arbeitnehmer ein *Verzicht* auf einen künftigen Betrag seines Arbeitsentgeltes. Im Gegenzug

1 Die Abhandlung bezieht sich nur auf die neue Rechtslage ab dem 1.1.2005.  
2 Die Änderung unterliegt daher dem Nachweisgesetz und sollte die Schriftform wahren, § 2 NachwG.  
3 *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 59. Aufl. 2000, Einf v § 145 Rn. 3; Überbl v § 104 Rn. 3: Das Fehlen der wesentlichen Vertragsbestandteile führt zur Nichtigkeit des Vertrages.  
4 *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 6. Aufl. 1994, § 29 Rn. 431.

erteilt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die *Zusage* auf eine wertgleiche Anwartschaft auf Versorgungsleistungen, § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG.

Alle Umstände, die den *künftigen umzuwandelnden Entgeltanteil* und die im Gegenzug versprochene *wertgleiche Anwartschaft* bestimmen, sind daher wesentliche Vertragsbestandteile einer jeden Umwandlungsvereinbarung.

Das vorstehend Gesagte gilt für individuelle Angebote, für individuelle Angebote mit kollektivrechtlichem Bezug<sup>5</sup> und für kollektivrechtliche Angebote<sup>6</sup> zur Durchführung einer Entgeltumwandlung.

Die Umwandlungsvereinbarung hat in ihrer konkreten Ausgestaltung sehr weitreichende finanzielle Auswirkungen für den Arbeitnehmer. Sie hat Auswirkungen auf das zur Verfügung stehende Arbeitsentgelt, auf das zu versteuernde Einkommen, auf die Beitragspflicht zur Sozialversicherung und die Höhe der gesetzlichen Rente. Darüber hinaus wirkt sich die konkrete Ausgestaltung der Umwandlungsvereinbarung auf die Höhe der Anwartschaft und deren Insolvenzversicherung aus.

Wegen dieser weitreichenden finanziellen Auswirkungen drängt sich die Frage auf, inwieweit der Arbeitnehmer Vertrauen in den Arbeitgeber derart setzen darf, daß dieser auf wesentliche Umstände, die den Vertragszweck vereiteln können, in zumutbarem Umfang *hinweisen* muß. Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes<sup>7</sup> (BGH) besteht generell bei Vertragsverhandlungen, selbst dann, wenn die Parteien entgegengesetzte Interessen verfolgen, für jeden Vertragspartner die Pflicht, den anderen Teil über solche Umstände *aufzuklären*, die den Vertragszweck des anderen vereiteln können und daher für seinen Entschluß von wesentlicher Bedeutung sind, sofern er die Mitteilung nach der Verkehrsauffassung erwarten kann<sup>8</sup>. Ob der andere diese Mitteilung nach der Verkehrsauffassung verlangen kann, kann nur im Einzelfall bestimmt werden.

Im folgenden soll jeweils im Zusammenhang mit den einzelnen wesentlichen bzw. sinnvollen Bestandteilen der Umwandlungsvereinbarung auf die Informationspflichten des Arbeitgebers eingegangen und diese untersucht werden. Dazu wird zunächst die vorhandene Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) zu den Informationspflichten des Arbeitgebers im Arbeitsverhältnis dargestellt und der Versuch unternommen, einen Maßstab für die Informationspflichten des Arbeitgebers im Rahmen der Entgeltumwandlung zu finden.

## 1. Rechtsprechung des BAG zu den Informationspflichten des Arbeitgebers

Höchstrichterlich<sup>9</sup> festgestellt ist, daß es eine Nebenpflicht des Arbeitgebers gibt, die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitnehmers so

zu wahren, wie dies unter Berücksichtigung seiner Belange, der des Betriebes und der Interessen der anderen Arbeitnehmer nach Treu und Glauben billigerweise verlangt werden kann, § 241 Abs. 2 BGB<sup>10</sup>. Diese Nebenpflicht umfaßt auch die Vermögensinteressen des Arbeitnehmers. Nur lückenhaft ist die Frage entschieden, wie umfangreich die Informationspflichten, als spezielle Ausprägung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, über die finanziellen Auswirkungen der Entgeltumwandlung beim Arbeitnehmer sind.

Die bisherige Rechtsprechung des BAG zu den Informationspflichten läßt sich in folgende Fallgruppen einteilen:

- Versorgungsschäden wegen unterlassener Aufklärung bei vorzeitiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses,
- die unterlassene Aufklärung über bereits im Unternehmen eingerichtete Versorgungsmöglichkeiten im öffentlichen Dienst sowie
- falsche Auskünfte über Versorgungsansprüche im Vorfeld von Vertragsänderungen.

### a) Unterlassene Aufklärung bei vorzeitiger Vertragsbeendigung

Bei Aufhebungsverträgen geht das BAG davon aus, daß jeder Vertragsteil grundsätzlich selbst für die Wahrnehmung seiner Interessen zu sorgen hat. Denn vertragliche Schutz- und Fürsorgepflichten dürfen nicht überspannt werden<sup>11</sup>. Daher ist der Arbeitgeber nicht ohne weiteres verpflichtet, unaufgefordert über die Auswirkungen einer Kündigung auf die betriebliche Altersvorsorge zu unterrichten. In der Regel muß sich der Arbeitnehmer vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses selbst Klarheit über die Folgen einer Beendigung verschaffen<sup>12</sup>. Hinweis- und Aufklärungspflichten beruhen auf besonderen Umständen des Einzelfalls und sind das Ergebnis einer umfassenden Interessenabwägung<sup>13</sup>. So ist das Informationsbedürfnis des Arbeitnehmers mit den Interessen des Arbeitgebers und seiner Möglichkeit zur Aufklärung gegeneinander abzuwägen. Dabei gilt folgender Grundsatz: Je größer das beim Arbeitnehmer geweckte *Vertrauen* ist und je *atypischer* und schwerer erkennbar die betriebsrentenrechtlichen Gefahren für den Arbeitnehmer sind, desto eher treffen den Arbeitgeber *Informationspflichten*<sup>14</sup>. Entscheidend ist hier, welchen Kenntnisstand der Arbeitnehmer hat und inwieweit der Arbeitgeber mit eigenen Erkundigungen des Arbeitnehmers rechnen durfte<sup>15</sup>. Denn andernfalls würde die Rechtsberatung zur Aufgabe des Arbeitgebers, was dieser in der Regel aber nicht leisten kann und darf<sup>16</sup>.

Gesteigerte Informationspflichten des Arbeitgebers können sich ergeben, wenn eine Vertragsänderung auf *seiner Initiative* hin zurückgeht, da hier der Arbeitgeber den Eindruck erwecken kann, daß er die Interessen des Arbeitnehmers wahren und ihn nicht ohne ausreichende Aufklärung erheblichen, atypischen Risiken aussetzen wird<sup>17</sup>.

Wiederholt wurde entschieden, daß die vom Gesetz vorgegebenen zeitanteiligen Kürzungen bei vorzeitigem Ausscheiden *nicht als atypische Gefahren* anzusehen sind<sup>18</sup>. So sind auch die in der Zusage selbst geregelten versicherungsmathematischen Abschläge, obwohl diese nicht gesetzlich geregelt sind, nicht als atypisch anzusehen, da diese *häufig* vorkommen<sup>19</sup>.

5 Dieses sind die vertragliche Einheitsregelung und die Gesamtzusage.

6 In Betriebsvereinbarungen und in Tarifverträgen können zwar die wesentlichen Aspekte geregelt werden, es ist jedoch immer erforderlich, durch eine Individualabrede darauf Bezug zu nehmen.

7 BGH, Urteil vom 4.4.2001, VIII ZR 32/00, m.w.N.

8 Die Verletzung einer bestehenden Aufklärungspflicht kann zu einem Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers aus Cic (sog. Verschulden bei Vertragsverhandlungen) oder aus pVV (positive Vertragsverletzung) führen. Danach haftet der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für einen Schaden, der diesem durch eine dem Arbeitsverhältnis immanente Fürsorgepflichtverletzung kausal entstanden ist. Die Pflichtverletzung durch den Arbeitgeber muß auch verschuldet sein, d.h., eine notwendige Information wird vorsätzlich nicht gegeben oder fahrlässigerweise nicht ausreichend erteilt, § 276 BGB; zur Beweislastverteilung nach Gefahren- oder Verantwortungsbereichen: BGH, NJW 1987 S. 1938 m.w.N.; zur Kausalität des Schadens bei eigenverantwortlichem Handeln des Geschädigten: BAG, Urteil vom 21.11.2000, 3 AZR 13/00, m.w.N.

9 BAG, a.a.O. (Fn. 8), m.w.N.

10 BAG, Urteil vom 1.10.2002, 9 AZR 298/01: Solche Hinweispflichten können auch auf Normen beruhen, z.B. auf Tarifverträgen.

11 BAG, Urteil vom 11.12.2001, 3 AZR 339/00.

12 BAG, Urteil vom 17.10.2000, 3 AZR 605/99; BAG, a.a.O. (Fn. 11).

13 BAG, a.a.O. (Fn. 11).

14 BAG, a.a.O. (Fn. 11).

15 BAG, a.a.O. (Fn. 11).

16 § 1 RBERG.

17 BAG, a.a.O. (Fn. 10), m.w.N.; BAG, a.a.O. (Fn. 11).

18 BAG, a.a.O. (Fn. 11), m.w.N.; BAG, a.a.O. (Fn. 12).

19 BAG, a.a.O. (Fn. 11).

## b) Informationspflicht bei Entgeltumwandlungsmöglichkeit im öffentlichen Dienst

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG<sup>20</sup> ist der Arbeitgeber im öffentlichen Dienst verpflichtet, den Arbeitnehmer bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses über die bestehenden Zusatzversorgungsmöglichkeiten und die Mittel und Wege zu ihrer Ausschöpfung zu belehren. Im Einzelfall kann die Pflicht bestehen, den Arbeitnehmer erneut auf diese Möglichkeit hinzuweisen<sup>21</sup>. Begründet wird diese Pflicht mit dem *Kenntnisvorsprung* des öffentlich-rechtlichen Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer, der sich beim Abschluß des Arbeitsvertrages im allgemeinen über bestehende Versorgungssysteme im jeweiligen Unternehmen nicht ausreichend informieren kann.

## c) Falsche Auskünfte über Versorgungsansprüche

Falsche Auskünfte des Arbeitgebers über Versorgungsansprüche führen nach der Rechtsprechung des BAG zu einer Schadensersatzpflicht aufgrund einer arbeitsvertraglichen Nebenpflichtverletzung. Dies gilt um so mehr, wenn der Arbeitgeber diese Auskünfte von sich aus gegeben hat, um den Arbeitnehmer zu einer von ihm favorisierten Entscheidung zu bewegen, welche die Vermögensinteressen des Arbeitnehmers wesentlich betrifft<sup>22</sup>.

## 2. Die Entgeltseite

Die Umwandlungsvereinbarung muß den künftigen Entgeltteil bestimmen, auf den der Arbeitnehmer zugunsten seiner betrieblichen Altersvorsorge verzichten will. Für den jeweiligen Regelungsgegenstand soll dessen Wesentlichkeit geprüft und der Frage spezifischer Informationspflichten des Arbeitgebers nachgegangen werden.

### a) Informationspflichten vor Abschluß einer Umwandlungsvereinbarung

Bereits vor Abschluß einer Umwandlungsvereinbarung stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber den Arbeitnehmer darüber informieren muß, daß ihm ein Anspruch auf Entgeltumwandlung zusteht oder daß im Unternehmen bereits eine eingerichtete Entgeltumwandlungsmöglichkeit besteht.

Eine generelle Informationspflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer, daß ihm allgemein ein Anspruch<sup>23</sup> auf betriebliche Altersvorsorge durch Entgeltumwandlung zusteht, kann es unseres Erachtens nicht geben. Mit der Festlegung eines gesetzlich garantierten Anspruches auf betriebliche Altersvorsorge durch Entgeltumwandlung kann nach der Verkehrsauffassung davon ausgegangen werden, daß sich jeder Arbeitnehmer im Rahmen seiner Selbstverantwortung über seine Rechte informiert. Hier muß die Prämisse des BAG gelten, daß jeder Vertragsteil grundsätzlich selbst für die Wahrnehmung seiner Interessen zu sorgen hat, da Schutz- und Fürsorgepflichten nicht überspannt werden dürfen.

Dagegen wird man bei einer bereits im Unternehmen eingerichteten Entgeltumwandlungsmöglichkeit eine Informa-

tionspflicht des Arbeitgebers annehmen müssen. Die oben<sup>24</sup> zitierte Rechtsprechung zu den Informationspflichten bei eingerichteter Entgeltumwandlungsmöglichkeiten im öffentlichen Dienst muß auch hier gelten. Informationspflichten sind das Abwägungsergebnis besonderer Umstände des Einzelfalles, die auf einem gesteigerten Informationsbedürfnis des Arbeitnehmers begründet sind. Der Arbeitgeber verfügt in diesem Fall immer über einen Wissensvorsprung, über den der neu eintretende Arbeitnehmer<sup>25</sup> nicht verfügen kann. Nach der Verkehrsauffassung ist diese Information für den Arbeitnehmer wichtig, um prüfen zu können, ob er das Angebot des Arbeitgebers annehmen möchte.

### b) Arten der umwandelbaren Entgeltansprüche

Der Arbeitnehmer kann für die Finanzierung seiner betrieblichen Altersvorsorge nur seine *künftigen* Entgeltansprüche verwenden, § 1a Abs. 1 S. 1 BetrAVG. Unter Entgelt<sup>26</sup> ist jede Bruttogehalt zu verstehen, die ein Arbeitnehmer oder eine diesem gleichgestellte Person (§ 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG) für seine Tätigkeit für das Unternehmen erhält. Dabei kann es sich sowohl um laufendes Entgelt, um Einmal- oder Sonderzahlungen als auch um Zeitguthaben handeln.

Die Art des umzuwandelnden Entgelts konkretisiert also den Verzicht des Arbeitnehmers auf einen bestimmten Teil seines künftigen Arbeitsentgeltes und ist damit wesentlicher Vertragsbestandteil der Umwandlungsvereinbarung.

### aa) Künftige laufende Entgeltansprüche

Umstritten ist die *arbeitsrechtliche* Begriffsbestimmung des künftigen Entgeltanspruchs an sich. Die Entgeltansprüche des Arbeitnehmers aus dem Dienstvertrag werden laufend mit der Ableistung der versprochenen Dienste erworben. Diese laufend entstehenden Ansprüche werden jedoch erst zum vereinbarten Termin fällig (§ 614 S. 2 BGB), so daß der Arbeitnehmer erst dann die Zahlung seines Entgeltes verlangen kann. Einigkeit besteht lediglich dahingehend, daß das Entgelt dann nicht mehr als künftig zu qualifizieren ist, wenn es dem Arbeitnehmer schon zugeflossen ist. Während *Blomeyer*<sup>27</sup> für die Qualifikation als künftigen Entgeltanspruch fordert, daß die Entgeltansprüche noch nicht einmal entstanden sein dürfen, vertritt *Höfer*<sup>28</sup> die Auffassung, daß sogar bereits fällige Entgeltansprüche noch als künftig zu qualifizieren sind, solange sie noch nicht ausgezahlt wurden. Das BMF<sup>29</sup> hingegen erkennt aus Vereinfachungsgründen *steuerlich* noch eine Entgeltumwandlung an, wenn die Umwandlungsvereinbarung *bereits erdiente*, aber noch *nicht fällige* Ansprüche umfaßt.

Ebenso ist ungeklärt, wie die Umwandlung von Entgelt zu behandeln ist, das nicht mehr als künftig zu qualifizieren ist<sup>30</sup>.

Um Fehler bei der Umsetzung zu vermeiden, bietet es sich vor dem Hintergrund der aktuellen Diskussion für den Arbeitgeber an, nur Entgeltumwandlungszusagen für noch nicht

20 BAG, Urteil vom 17.12.1991, 3 AZR 44/91, .m.w.N.

21 BAG, a.a.O. (Fn. 20).

22 BAG, a.a.O. (Fn. 8).

23 Anspruchsberechtigt ist jeder Arbeitnehmer, der in der *gesetzlichen Rentenversicherung* pflichtversichert ist, § 17 Abs. 1 S. 3 BetrAVG. Sind Arbeitgeber und Arbeitnehmer *tarifgebunden*, besteht dieser Anspruch jedoch nur, wenn die Entgeltumwandlung durch den Tarifvertrag selbst so vorgesehen ist, § 17 Abs. 5 BetrAVG. Voraussetzung für die Tarifgebundenheit ist, daß der Arbeitnehmer Mitglied einer tarifschließenden Gewerkschaft ist. Lediglich die Bezahlung nach Tariflohn führt noch nicht zur Tarifgebundenheit. Anderes gilt jedoch, wenn der Tarifvertrag durch das BMWA für allgemein verbindlich erklärt wird, *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch, 10. Aufl. 2002, § 81 Rn. 429, § 206 Rn. 2, § 207 Rn. 2.

24 BAG, a.a.O. (Fn. 20).

25 Dies muß auch für Mitarbeiter gelten, die keinen Anspruch auf eine Entgeltumwandlung haben, wenn der Arbeitnehmer diese in den Teilnehmertagen der Entgeltumwandlung aufnehmen will.

26 *Blomeyer/Otto*, Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, 3. Aufl. 2004, § 1 Rn. 110: Mangels einer eigenen Legaldefinition des *künftigen Entgeltanspruchs* im Betriebsrentengesetz, ist dieser Begriff auszulegen.

27 *Blomeyer/Otto*, a.a.O. (Fn. 26), § 1 Rn. 120.

28 *Höfer*, Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, Band I, 8. Aufl. September 2004/Januar 2005, § 1 Rn. 1630.14.

29 BMF, 5.8.2002, IV C 4 – S 2222 – 295/02, Tz. 152; BMF, 17.11.2004, IV C 5 – S 2222 – 177/04, Tz. 163.

30 Nach *Blomeyer/Otto* führt die Umwandlung von nicht zukünftigen Ansprüchen dazu, daß keine Entgeltumwandlung im Sinne von § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG vorliegt und demnach auch deren Schutzvorschriften nicht greifen, *Blomeyer/Otto*, a.a.O. (Fn. 26), § 1 Rn. 117-120.

erdiente Entgeltansprüche zu erteilen. Dies kann durch eine entsprechende Vertragsorganisation gewährleistet werden. So sollte der tatsächliche Beginn der Entgeltumwandlung in der Umwandlungsvereinbarung festgelegt werden. Es ist unseres Erachtens problematisch, sich auf die Auffassung des BMF zu verlassen. Zum einen regelt diese nur die steuerliche Behandlung der Umwandlung, nicht aber die arbeitsrechtliche Definition des künftigen Anspruchs, zum anderen bindet diese Auslegung die Arbeitsgerichte nicht<sup>31</sup>.

Eine über die vorstehende Organisationspflicht hinausgehende Informationspflicht des Arbeitgebers zum Begriff des künftigen Entgeltanspruchs kann nach unserer Meinung nicht gefordert werden. Anders ist die Situation zu beurteilen, wenn der Arbeitnehmer Arbeitsentgelt umwandeln kann, das nicht mehr als künftig zu qualifizieren ist.

#### bb) Künftige Ansprüche auf Einmal- und Sonderzahlungen

Auch bei der Umwandlung von Einmal- und Sonderzahlungen ist immer zu unterscheiden, wann diese Ansprüche entstehen und wann sie fällig werden. Zu welchem Zeitpunkt ein Anspruch entsteht, hängt jeweils von der Vertragsgrundlage und von der Gegenleistung ab, die der Arbeitnehmer zu erbringen hat<sup>32</sup>. Ist die Einmalzahlung arbeitsleistungsbezogen, dann ist sie Teil der als Gegenleistung geschuldeten Vergütung und in das vertragliche Austauschverhältnis von Arbeitsleistung und Vergütung eingebunden, wie z.B. das 13. Monatsgehalt. In diesem Fall wird der Anspruch mit dem jeweiligen Abrechnungsanspruch erdient. Er wird jedoch aufgespart und erst am jeweiligen Fälligkeitszeitpunkt gezahlt<sup>33</sup>. Soll hingegen die Sonderzahlung die Betriebsstreu belohnen und setzt sie eine bestimmte Dauer der Betriebszugehörigkeit voraus, oder erfordert sie, daß der Arbeitnehmer noch zu einem bestimmten Stichtag im Unternehmen beschäftigt ist, dann entsteht dieser Anspruch erst bei Erfüllung der Voraussetzungen<sup>34</sup>.

Auch hier will das BMF<sup>35</sup> aus Vereinfachungsgründen bereits erdiente, aber noch nicht fällige Einmal- und Sonderzahlungen, die einen Zeitraum von einem Jahr oder mehr umfassen, steuerrechtlich noch als Entgeltumwandlung akzeptieren.

Die Ausführungen zur Vertragsorganisation und zur Informationspflicht oben unter II. 2. b) aa) gelten hier entsprechend.

#### cc) Zeitguthaben

Auch Zeitguthaben sind umwandelbare Entgeltansprüche im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG. Dabei ist jedoch zu unterscheiden, ob diese Zeitguthaben bereits auf ein sog. *Arbeitszeitkonto als Wertguthaben* gutgeschrieben und dann für die Entgeltumwandlung verwendet werden, oder ob *sie sofort* in eine Anwartschaft auf betriebliche Altersvorsorge umgewandelt werden. Die Arbeitszeitkonten sind dadurch gekennzeichnet, daß aufgrund einer Vereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber für die Zeiten einer Freistellung von der Arbeitsleistung ein Arbeitsentgelt fällig wird, das mit einer vor oder nach diesen Zeiten erbrachten Arbeitsleistung erzielt wird, § 7 Abs. 1a S. 1 SGB IV<sup>36</sup>. Bei der Einbringung von Zeitguthaben in die betriebliche Alters-

versorgung ohne vorherige Wertgutschrift wird die dem Zeitguthaben entsprechende Vergütung unmittelbar in eine Anwartschaft umgewandelt.

Es stellt sich also auch hier wieder die Frage, ob bereits erdiente Entgeltansprüche noch als künftige Ansprüche qualifiziert werden können, weshalb auf die Ausführungen zur Vertragsorganisation und zur Informationspflicht oben unter II. 2. b) aa) verwiesen werden kann.

#### c) Höhe und Häufigkeit des Entgeltverzichts

Die Umwandlung der künftigen Entgeltansprüche wird bis maximal in Höhe von 4 vom Hundert der jeweiligen Beitragsbemessungsgrenze<sup>37</sup> in der allgemeinen Rentenversicherung steuerlich gefördert, § 1a Abs. 1 S. 1 BetrAVG. Die Mindestgrenze für den Anspruch auf Entgeltumwandlung beträgt ein Hundertsechzigstel der Bezugsgröße<sup>38</sup> nach § 18 Abs. 1 SGB IV, § 1a Abs. 1 S. 4 BetrAVG. Einvernehmlich können jedoch sowohl höhere als auch niedrigere Beträge zwischen den Beteiligten vereinbart werden, § 17 Abs. 3 S. 3 BetrAVG. Das Gesetz läßt offen, in welchen Zeitintervallen innerhalb eines Jahres die Beiträge geleistet werden müssen. Vorgegeben ist lediglich, daß der Arbeitgeber verlangen kann, daß, soweit der Arbeitnehmer Teile seines regelmäßigen Entgeltes verwendet, gleichbleibende monatliche Beiträge verwendet werden, § 1a Abs. 1 S. 4 und S. 5 BetrAVG. Im übrigen bestehen keine Einschränkungen bei der Zahlweise.

Die Höhe und die Häufigkeit des umzuwandelnden künftigen Entgelts konkretisieren den umzuwandelnden Verzichtsbeitrag des Arbeitnehmers und sind damit wesentliche Vertragsbestandteile der Umwandlungsvereinbarung.

Da aufgrund der vertraglichen Regelung kein Informationsgefälle zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer besteht, entfällt auch eine Informationspflicht des Arbeitgebers.

#### d) Entgeltfreie Beschäftigungszeiten

Bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis ohne Entgeltfortzahlung (z.B. infolge längerer Erkrankung oder Erziehungszeiten) hat der Gesetzgeber dem Arbeitnehmer das Recht eingeräumt, die Versicherung oder die Versorgung mit eigenen Beiträgen fortzusetzen, § 1a Abs. 4 BetrAVG.

Während der genommenen Elternzeit sind die Hauptpflichten aus dem Arbeitsvertrag suspendiert, der Arbeitnehmer schuldet keine Arbeitsleistung, der Arbeitgeber keine Vergütung<sup>39</sup>. Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung der Vergütung endet im Falle einer Erkrankung des Arbeitnehmers, wenn diese länger als sechs Wochen fort dauert, § 3 Entgeltfortzahlungsg. In beiden Fällen ruht daher die Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers und daher auch dessen Umwandlungspflicht. Die Versicherung oder die Versorgung ist dann beitragsfrei zu stellen oder privat durch den Arbeitnehmer weiterzuführen.

Die Thematik der entgeltfreien Beschäftigungszeiten gehört zwar nicht zum wesentlichen Vertragsbestandteil der Umwandlungsvereinbarung, da sie nur die zeitweise Unterbrechung des vereinbarten Austauschverhältnisses von umzuwandelndem Entgelt und wertgleicher Anwartschaft betrifft. Klarstellend sollte jedoch in der Umwandlungsvereinbarung selbst geregelt werden, daß der Arbeitnehmer, wenn er die Versicherung oder die Versorgung in entgelt-

31 Zur Rechtsqualität eines BMF-Schreibens: *Vogel/Vieweg*, BetrAV 2005 S. 541 (545).

32 Schaub, a.a.O. (Fn. 23), § 78 Rn. 6.

33 Schaub, a.a.O. (Fn. 23), § 78 Rn. 6.

34 Schaub, a.a.O. (Fn. 23), § 78 Rn. 6.

35 BMF, a.a.O. (Fn. 29), Tz. 152.

36 BMF, 17.11.2004, a.a.O. (Fn. 29), Tz. 165 f.: Genau wie bei den laufenden Entgeltansprüchen und der Sonderzahlung erkennt auch hier das BMF steuerlich die Umwandlung als Entgeltumwandlung an.

37 Für das Jahr 2006 ist dies ein Betrag in Höhe von 2.520 €: Sozialversicherungs-Rechengrößen-Verordnung 2006, BetrAV 2005 S. 757.

38 Für das Jahr 2006 ist dies ein Betrag in Höhe von 183,75 €: Sozialversicherungs-Rechengrößen-Verordnung 2006, a.a.O. (Fn. 37).

39 Schaub, a.a.O. (Fn. 23), § 102 Rn. 174.

freien Beschäftigungszeiten fortsetzen will, die dazu erforderlichen Beträge dem Arbeitgeber zur Verfügung stellen muß. Darüber hinaus bestehen dann keine Informationspflichten, da kein Informationsgefälle besteht.

#### e) Steuerliche und sozialrechtliche Auswirkungen auf der Entgeltseite

Der Hinweis auf Auswirkungen der Entgeltumwandlung auf die Einkommensteuer und die Sozialabgaben ist kein notwendiger Bestandteil der Entgeltumwandlungsvereinbarung, da es sich hierbei um Rechtsfolgen aus der Umwandlung handelt.

Die Benennung der Gesetzesgrundlagen und der damit zusammenhängenden streitigen Rechtsfragen *im allgemeinen* kann unserer Meinung nach vom Arbeitgeber verlangt werden. Denn der Arbeitgeber ist für die Organisation einer Entgeltumwandlung verantwortlich. Dies bedeutet, daß sich der Arbeitgeber mit den Grundlagen der Ausgestaltung einer solchen Versorgung selbst auseinandersetzen muß oder jedenfalls Dritte mit einbezieht. Dieser Wissensvorsprung rechtfertigt eine Informationspflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer im Hinblick auf die Benennung der wichtigsten Rechtsgrundlagen und Rechtsfolgen.

Wegen der weitreichenden steuerlichen und sozialrechtlichen Auswirkungen der Entgeltumwandlung stellt sich die Frage, ob dem Arbeitgeber hier eine *spezifische Informationspflicht* über diese Auswirkungen obliegt, die über die Benennung der einschlägigen Vorschriften und der damit zusammenhängenden streitigen Rechtsfragen im allgemeinen hinausgeht. Diese Frage soll im folgenden diskutiert werden.

#### aa) Steuerliche Auswirkungen

Unabhängig vom konkreten Umwandlungsgegenstand regelt § 3 Nr. 63 EStG in seiner Fassung ab dem 1.1.2005, daß die Beiträge des Arbeitgebers im Rahmen des ersten Arbeitsverhältnisses bis zu 4 vom Hundert der Beitragsbemessungsgrenze der allgemeinen Rentenversicherung für den Pensionsfonds, die Pensionskasse und die Direktversicherung steuerfrei sind. Dieser Höchstbetrag erhöht sich um einen weiteren Betrag in Höhe von 1.800 €, wenn die Zusage nach dem 31.12.2004 erteilt wurde und keine oder keine beitragspflichtige Direktversicherungs- oder Pensionskassenzusage nach § 40b EStG a.F. besteht. Darüber hinaus umgewandelte Beiträge sind mit dem individuellen Steuersatz zu versteuern. Beiträge zur Unterstützungskasse und im Rahmen einer Direktzusage sind unbeschränkt steuerfrei, da steuerrechtlich kein Lohnzufluß<sup>40</sup> beim Arbeitnehmer zu verzeichnen ist.

Ob eine *individualisierte* Informationspflicht des Arbeitgebers besteht, ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Berücksichtigung der Interessen beider Vertragsparteien zu bestimmen. Sicherlich besteht ein Informationsbedürfnis des Arbeitnehmers über die konkreten steuerrechtlichen Auswirkungen der Entgeltumwandlung. Dem steht jedoch nur die eingeschränkte Möglichkeit des Arbeitgebers zu einer umfassenden Beratung gegenüber. In der Regel wird der Arbeitgeber zu einer solchen Beratung weder fachlich noch personell in der Lage sein. Darüber hinaus läßt sich auch nicht rechtfertigen, warum der Arbeitgeber auf seine Kosten dem Arbeitnehmer eine private, individuelle und kostenlose „Lohnsteuerberatung“ anbieten soll. Es ist hier vielmehr von dem Grundsatz auszugehen, daß der Arbeitnehmer sich selbst umfassend informieren muß, bevor er eine Vereinbarung in Bezug auf sein Arbeitsverhältnis abschließt. Dies gilt um so mehr, als die nicht disponiblen

steuerlichen Auswirkungen im Gesetz genau geregelt sind und daher keine atypische Folge der Umwandlungsvereinbarung darstellen können.

#### bb) Sozialrechtliche Auswirkungen im allgemeinen

Die Auswirkungen der Entgeltumwandlung auf die Sozialversicherung betreffen sowohl die Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung, zur Unfall- und Rentenversicherung als auch zur Arbeitslosenversicherung, § 1 Abs. 1 SGB IV.

Für Entgeltbestandteile, die im Rahmen der Direktversicherung, der Pensionskasse und des Pensionsfonds verwendet werden, besteht bis zu 4 vom Hundert der jährlichen Beitragsbemessungsgrenze der allgemeinen Rentenversicherung Beitragsfreiheit von der Sozialabgabepflicht, § 17 SGB IV i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 5 der Arbeitsentgeltverordnung (ArEV). Darüber hinausgehende Umwandlungsbeträge unterliegen voll der Sozialabgabepflicht. Die Beitragsfreiheit besteht jedoch nur noch bis zum 31.12.2008. Für die Durchführungswege der Direktzusage und der Unterstützungskasse *gelten* die Entgeltbestandteile bis 4 vom Hundert der jährlichen Beitragsbemessungsgrenze der allgemeinen Rentenversicherung, die für eine Entgeltumwandlung verwendet werden, nach § 115 SGB IV bis zum 31.12.2008 nicht als Arbeitsentgelt und unterliegen somit nicht der Sozialabgabepflicht. Allen Durchführungswegen ist gemeinsam, daß die begrenzte Sozialversicherungsfreiheit der Entgeltbestandteile, die für die Entgeltumwandlung verwendet werden, durch den Wegfall der Fiktion mit Ablauf des 31.12.2008 endet. Gleichzeitig bedeutet diese Befreiung von der Sozialabgabepflicht aber auch, daß weniger Anwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung entstehen.

Für die Umwandlung von Wertguthaben aus Arbeitszeitkonten stellt das Sozialrecht noch weitergehende Anforderungen. So können die Wertguthaben nur dann für eine Entgeltumwandlung sozialversicherungsbeitragsfrei verwendet werden, wenn das Wertguthaben wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund verminderter Erwerbsfähigkeit, wegen Erreichens einer Altersgrenze oder wegen des Todes des Beschäftigten nicht mehr für eine Freistellung von der Arbeitsleistung verwendet werden kann, § 7 Abs. 1a S. 4 SGB IV. Weiterhin darf die Entgeltumwandlungszusage keine Abfindung vorsehen und muß mindestens eines der drei Leistungsziele der betrieblichen Altersvorsorge abdecken, § 23b Abs. 3a 2. Halbsatz Nr. 1 SGB IV. Zudem darf nicht schon bei der Ansammlung der Wertguthaben vorhersehbar sein, daß es gar nicht für Zwecke der Freistellung von der Arbeitsleistung verwendet werden kann, § 23b Abs. 3a 2. Halbsatz Nr. 2 SGB IV. Darüber hinaus muß die Vereinbarung zur Umwandlung des Wertguthabens im Rahmen der Entgeltumwandlungsvereinbarung bereits beim Abschluß der Arbeitszeitkonten getroffen werden. Konsequenz einer zweckfremden Verwendung des Wertguthabens ist der sog. Störfall, § 23b Abs. 2 SGB IV. Dann ist das Arbeitsentgelt, das im Zeitpunkt der tatsächlichen Arbeitsleistung beitragspflichtig gewesen wäre, ohne Berücksichtigung einer Beitragsbemessungsgrenze für die Beitragspflicht zur Sozialversicherung heranzuziehen.

Ebenso wie bereits oben unter den allgemeinen steuerlichen Auswirkungen dargestellt (II. 2. e) aa)), kann eine individualisierte sozialversicherungsrechtliche Beratung durch den Arbeitgeber nicht gefordert werden, lediglich die einschlägigen Vorschriften sind zu zitieren. Die sozialrechtlichen Regelungen, insbesondere zum Störfall, sind nicht disponibel und stellen keine atypische Folge der Umwandlungsvereinbarung dar. Auch hier muß der Grundsatz gelten, daß der Arbeitnehmer sich selbst informieren muß, bevor er eine Vereinbarung in Bezug auf sein Arbeitsverhältnis abschließt.

<sup>40</sup> BMF, a.a.O. (Fn. 29), Tz. 149.

### cc) Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung

Bei der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung ist umstritten, ob sich die sozialbeitragsrechtliche Behandlung der umzuwandelnden Entgeltbestandteile auf die Jahresarbeitsentgeltgrenze und damit auch auf die Versicherungsfreiheit von der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung auswirkt.

Unabhängig vom konkreten Umwandlungsgegenstand bestimmt sich nach den §§ 14 und 17 SGB IV, ob ein Vermögenszufluß beim Arbeitnehmer zur Sozialversicherungspflicht führt. Nach § 14 Abs. 1 S. 1 SGB IV sind alle laufenden oder einmaligen Einnahmen aus einer Beschäftigung als Arbeitsentgelt zu qualifizieren, gleichgültig ob ein Rechtsanspruch auf die Einnahmen besteht, unter welcher Bezeichnung oder in welcher Form sie geleistet werden und ob sie unmittelbar mit der Beschäftigung oder nur im Zusammenhang mit ihr erzielt werden. Für die im Durchführungsweg der Direktzusage und der Unterstützungskasse umgewandelten Entgeltanteile regelt § 14 Abs. 1 S. 2 SGB IV ausdrücklich, daß auch diese Entgeltanteile als Arbeitsentgelt zu qualifizieren sind<sup>41</sup>. Dies bedeutet, daß alle im Wege der Entgeltumwandlung verwendeten Entgeltanteile unabhängig vom Durchführungsweg als Arbeitsentgelt von § 14 Abs. 1 SGB IV erfaßt werden. Sie werden jedoch durch § 17 SGB IV i.V.m. der Arbeitsentgeltverordnung und § 115 SGB IV im Wege einer Fiktion wieder ausgeschlossen.

Es ist zweifelhaft, ob die Fiktionen der §§ 17 SGB IV i.V.m. 2 Abs. 2 Nr. 5 ArEV und 115 SGB IV auch auf die Jahresarbeitsentgeltgrenze des § 6 SGB V anwendbar sind.

Bei wortwörtlicher Anwendung des § 14 SGB IV i.V.m. § 6 Abs. 1 SGB V kann man zu dem Ergebnis kommen, daß der Arbeitnehmer bei der Wahl der Entgeltumwandlung und der damit einhergehenden fiktiven Reduzierung des Arbeitsentgeltes nach § 17 SGB IV und § 2 Abs. 2 Nr. 5 ArEV bzw. § 115 SGB IV unter die Jahresarbeitsentgeltgrenze fällt. Damit entfällt die Versicherungsfreiheit von der gesetzlichen Krankenversicherung. Von dieser Auslegung gehen die Spitzenverbände der Krankenkassen, der Verband Deutscher Rentenversicherungsträger und die Bundesagentur für Arbeit in ihrem Rundschreiben vom 21. Dezember 2004 aus<sup>42</sup>. Nach dem 1.1.2009 würde die Grenze dann wieder überschritten und erst mit Ablauf des Jahres 2009 könnte der Arbeitnehmer erneut die private Krankenversicherung wählen, § 6 SGB V.

Unseres Erachtens kann dies rechtspolitisch nicht gewollt sein. Es ist hier vielmehr genau zwischen der allgemeinen *sozialbeitragsrechtlichen Behandlung* der umgewandelten Entgeltbestandteile infolge von Fiktionen und der für die gesetzliche Krankenversicherung relevanten speziellen *Jahresarbeitsentgeltgrenze* zu unterscheiden.

Aus den Motiven des Gesetzgebers zu § 17 SGB IV<sup>43</sup> als Rechtsgrundlage für die ArEV ergibt sich eindeutig, daß diese Norm neu gefaßt wurde, um mit der *beitragsrechtlichen Behandlung* von Beiträgen zur Direktversicherung, Pensionskasse und dem Pensionsfonds eine zeitweise Gleichstellung von Steuer- und Sozialrecht zu erreichen. Aus der Formulierung ergibt sich unseres Erachtens eindeutig, daß der Gesetzgeber *nur* die *beitragsrechtliche Behandlung* dieser Entgeltbestandteile regeln wollte. Denn die Formulierung des § 17 Abs. 1 Nr. 2

SGB IV zeigt, daß der Gesetzgeber diese Entgeltbestandteile als Arbeitsentgelt im Sinne des § 14 SGB IV betrachtet. Er gibt dem Ordnungsgeber lediglich die Möglichkeit, diese im Rahmen einer Fiktion nicht als Arbeitsentgelt gelten zu lassen und sie somit von der Beitragspflicht zu befreien, um die betriebliche Altersvorsorge zu fördern und für eine beschränkte Übergangszeit eine möglichst weitgehende Übereinstimmung mit den Regelungen des Steuerrechts herzustellen, § 17 Abs. 1 SGB IV.

Auch aus den Formulierungen des § 2 Abs. 2 Nr. 5 ArEV kann sich keine andere Interpretation ergeben. Zwar lautet die Formulierung des § 2 Abs. 2 ArEV, „daß die steuerfreien Zuwendungen dem Arbeitsentgelt nicht zuzurechnen sind“; jedoch ist hier der vom Ordnungsgeber, also der Bundesregierung, zu beachtende Vorrang des Gesetzes zu berücksichtigen. Die Verordnung ist an den Vorgaben der Ermächtigungsgrundlage des § 17 SGB IV zu messen, der vorgibt, daß die betriebliche Altersvorsorge zu fördern ist.

Ebenso ergibt sich aus den Motiven<sup>44</sup> zur Änderung des SGB IV, daß § 115 SGB IV nur dazu dient, bei der Entgeltumwandlung in den Durchführungswegen der Direktzusage und der Unterstützungskasse die Beitragsfreiheit nur für einen begrenzten Zeitraum aufrechtzuerhalten. Es soll den Tarifvertragsparteien die Möglichkeit gegeben werden, ihre Versorgungssysteme auf die Beitragspflicht der Entgeltumwandlung umzustellen. Auch hier wird eindeutig nur auf die *beitragsrechtliche Beurteilung* der Entgeltanteile abgestellt.

Von einer Intention des Gesetzgebers, die freiwillig an der Entgeltumwandlung teilnehmenden Arbeitnehmer zu sanktionieren und diese von der privaten Krankenversicherung auszuschließen, kann nicht ausgegangen werden. Eine solche Auswirkung wäre geradezu kontraproduktiv zur eigentlichen Intention des Gesetzgebers, die betriebliche Altersvorsorge zu fördern. Unseres Erachtens ist vielmehr davon auszugehen, daß die Regelung des § 2 Abs. 2 Nr. 5 ArEV insoweit redaktionell mißglückt ist, als in ihr nicht zum Ausdruck kommt, daß die Fiktionen lediglich die *beitragsrechtliche Behandlung* der im Rahmen der Entgeltumwandlung verwendeten Entgeltanteile betrifft. Eine direkte Anwendung der Fiktionen des § 115 SGB IV und des § 2 Abs. 2 Nr. 5 ArEV auf die Höhe der Jahresarbeitsentgeltgrenze des § 6 SGB V kann hier nicht gewollt sein.

Auch hier kann unseres Erachtens vom Arbeitgeber lediglich verlangt werden, daß er den Arbeitnehmer allgemein auf die streitige Rechtsfrage zur Jahresarbeitsentgeltgrenze der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung hinweist. Eine weitere individuelle Beratung kann vom Arbeitgeber nicht verlangt werden. Dem Arbeitgeber fehlt hier sowohl die Legitimation zu einer verbindlichen Information im Einzelfall als auch der für die Informationspflicht erforderliche Wissensvorsprung. Vielmehr muß man hier davon ausgehen, daß der Arbeitnehmer sich selbst bei seiner Krankenversicherung bzw. Krankenkasse informieren kann, bevor er eine Änderung im Hinblick auf sein Arbeitsverhältnis eingeht.

### 3. Leistungsseite

Die Umwandlungsvereinbarung muß die zukünftigen Leistungen der betrieblichen Altersvorsorge in ihrer konkreten Ausgestaltung als wertgleiche Anwartschaft regeln. Auch hier soll im Hinblick auf den jeweiligen Regelungsgegenstand geprüft werden, ob es sich um einen wesentlichen oder um einen sinnvollen Vertragsbestandteil handelt und inwieweit Informationspflichten des Arbeitgebers bestehen.

<sup>41</sup> Da aufgrund des Entstehungsprinzips die Entgeltanteile bereits als Arbeitsentgelt entstanden sind, ist diese Regelung unseres Erachtens nur deklaratorischer Natur.

<sup>42</sup> Eine endgültige Klärung dieser Frage kann wohl erst durch die Sozialgerichte erfolgen, die dabei nicht an die Vorgaben der Spitzenverbände der Krankenversicherung gebunden sind, Art. 97 Abs. 1 GG.

<sup>43</sup> BT-Drucksache 14/5150, zu Nummer 2b, S. 33.

<sup>44</sup> BT-Drucksache, a.a.O. (Fn. 43), zu Nummer 7a, S. 33.

## a) Leistungsziel

Zum wesentlichen Inhalt der Umwandlungsvereinbarung gehört die Festlegung des Leistungszieles, da sie die eigentliche Gegenleistung aus der Umwandlungsvereinbarung konkretisiert.

Der Gesetzestext spricht allgemein von betrieblicher Altersvorsorge, so daß alle drei Leistungsziele der betrieblichen Altersvorsorge (Alters-, Invaliditäts- und Hinterbliebenenversorgung) mit der Entgeltumwandlung durchgeführt werden können, 1a Abs. 1, 1 Abs. 1 BetrAVG.

Die Informationspflicht des Arbeitgebers wird sich hier auf die gesetzliche Regelung beschränken können, da diese Leistungsziele gesetzlich definiert sind. Denn auch hier kann nach der Verkehrsauffassung davon ausgegangen werden, daß sich jeder Arbeitnehmer selbst über den konkreten Inhalt von Leistungszielen in der BAV informieren kann.

Sobald der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer im Rahmen eines eingerichteten individuell ausgestalteten Versorgungswerkes die Leistungsziele für die Entgeltumwandlung vorgibt, muß er ihn unseres Erachtens über den konkreten Inhalt informieren.

## b) Durchführungsweg

Der Durchführungsweg bestimmt in seiner konkreten Ausgestaltung den Umfang des Leistungsziels und die damit einhergehenden steuer- und sozialrechtlichen Eigenheiten. Er bestimmt die Art des Versorgungsträgers und damit die Methode der Finanzierung der Gegenleistung für den Verzicht des Arbeitnehmers aufgrund der Umwandlungsvereinbarung. Er ist somit wesentlicher Bestandteil der Umwandlungsvereinbarung<sup>45</sup>. Wenn sich Arbeitnehmer und Arbeitgeber einvernehmlich auf eine Durchführung einigen können, dann stehen der Entgeltumwandlung alle Durchführungswege<sup>46</sup> zur Verfügung, § 17 Abs. 3 BetrAVG. Erst wenn keine Einigung möglich ist, greift die Beschränkung des § 1a Abs. 1 BetrAVG auf die dort genannten Durchführungswege. Anknüpfend an die bisherige Rechtsprechung des BAG<sup>47</sup> zur Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers, welchen Durchführungsweg er wählt, hat der Gesetzgeber dem Arbeitgeber bei der Entgeltumwandlung ein *beschränktes Wahlrecht* des Durchführungsweges gegeben. So muß der Arbeitnehmer die Option des Arbeitgebers für eine Direktversicherung, eine Pensionskasse oder für einen Pensionsfonds hinnehmen, § 1a Abs. 1 S. 3 1. Alt. BetrAVG. Bietet der Arbeitgeber jedoch weder eine Direktversicherung, eine Pensionskasse noch einen Pensionsfonds an, dann steht dem Arbeitnehmer das Recht zu, den Abschluß einer Direktversicherung zu verlangen<sup>48</sup>.

Eine Informationspflicht, die über die Benennung des Durchführungsweges und die Wiedergabe der einschlägigen steuer- und sozialrechtlichen Vorschriften hinausgeht, kann unseres Erachtens nicht bestehen. Denn wie schon oben<sup>49</sup> dargestellt, muß hier nach der Verkehrsauffassung davon ausgegangen werden, daß sich der Arbeitnehmer selbst über die individuellen arbeits-, steuer- und sozialrechtlichen Auswirkungen informieren kann, wenn ihm der zugrunde liegende Durchführungsweg bekannt ist.

45 So auch *Blomeyer/Otto*, a.a.O. (Fn. 26), § 1 Rn. 127.

46 Wegen der fehlenden Relevanz in der Praxis soll im folgenden nicht weiter auf die Direktzusage eingegangen werden.

47 BAG, Urteil vom 12.6.1975, 3 ABR 13/74; BAG, Urteil vom 12.6.1975, 3 ABR 66/74.

48 Umstritten ist, ob dieser Anspruch des Arbeitnehmers auch bei bereits bestehenden Entgeltumwandlungsmöglichkeiten in den Durchführungswegen der Unterstützungskasse und der Direktzusage gegeben ist.

49 Siehe unter II. 2. e).

## c) Leistungsstruktur

Neben der verwaltungstechnischen Bemessungsfunktion bestimmt die Leistungsstruktur die Höhe einer Anwartschaft und letztlich die Höhe des Anspruchs aus der Versorgung. Sie bestimmt also das Maß der Gegenleistung und ist damit ebenfalls wesentlicher Vertragsbestandteil der Umwandlungsvereinbarung.

Bei der Entgeltumwandlung kommen als Leistungsstrukturen insbesondere sowohl die beitragsorientierte Leistungszusage<sup>50</sup> als auch eine Beitragszusage mit Mindestleistung<sup>51</sup> in Betracht, §§ 1 Abs. 2 Nr. 1 und 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG. Bei der beitragsorientierten Leistungszusage erhält der Arbeitnehmer einen Anspruch auf die Leistung, die sich aus der Umwandlung der Beiträge ergibt (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrAVG), also auf eine garantierte Leistung zuzüglich einer gegebenenfalls existenten und zugesagten Überschußleistung. Bei der Beitragszusage mit Mindestleistung hingegen hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf die Anspareleistung und, soweit existent, auf die Überschußleistung, deren Summe aber um die verbrauchten Risikobeiträge vermindert wird, § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrAVG.

Die Wahl der Leistungsstruktur im Durchführungsweg der Direktversicherung, der Pensionskasse und des Pensionsfonds unterfällt der Entscheidungsfreiheit<sup>52</sup> des Arbeitgebers, da grundsätzlich er über das „ob und wie“ der betrieblichen Altersvorsorge entscheiden darf. Diese Autonomie verliert der Arbeitgeber nur, wenn er keine Entscheidung für eine betriebliche Altersvorsorge getroffen hat und der Arbeitnehmer infolgedessen seinen Anspruch auf Umwandlung in eine Direktversicherungsversorgung geltend macht.

Wenn der Arbeitgeber jedoch die Entscheidung für eine betriebliche Altersvorsorge autonom getroffen hat, ohne daß dem Arbeitnehmer ein Anspruch auf Umwandlung in eine Direktversicherungsversorgung zusteht, muß die Benennung der Leistungsstruktur und der Hinweis auf die zugrunde liegenden betriebsrentenrechtlichen Vorschriften genügen. Denn auch hier kann nach der Verkehrsauffassung davon ausgegangen werden, daß sich der Arbeitnehmer selbst über die individuellen arbeitsrechtlichen Auswirkungen der jeweiligen Leistungsstruktur informieren kann, wenn ihm die zugrunde liegende Leistungsstruktur bekannt ist. Wenn der Arbeitnehmer aber einen Anspruch auf Umwandlung in eine Direktversicherungsversorgung hat und diesen auch geltend macht, muß nach unserer Meinung davon ausgegangen werden, daß sich der Arbeitnehmer selbst hinreichend informiert hat.

## d) Versorgungsträger

Mit der Auswahl des Versorgungsträgers ist die Entscheidung für dessen Tarif<sup>53</sup>, Geschäftsplan<sup>54</sup> oder Leistungsplan<sup>55</sup> gefallen. Der Tarif, der Geschäftsplan oder Leistungsplan legt die konkrete Gegenleistung aus der Entgeltumwandlung fest. Wegen dieser Konkretisierungsfunktion ist der Tarif, der Geschäftsplan oder Leistungsplan als wesentlicher Vertragsbestandteil anzusehen. Betrachtet man bei der rückgedeckten Unterstützungskasse die Wirkung, die der Tarif einer Rück-

50 Theoretisch ist auch eine reine Leistungszusage möglich. Dies ergibt sich aus dem Verweis des § 2 Abs. 5a BetrAVG auf § 2 Abs. 1 BetrAVG, der die reine Leistungszusage behandelt.

51 Ausführlich zu dieser Problematik: *Blomeyer/Otto*, a.a.O. (Fn. 26), § 1 Rn. 142, § 1a Rn. 20 und *Höfer*, DB 2001 S. 1145 (1146).

52 BAG, a.a.O. (Fn. 47).

53 Bei der Direktversicherung, der Pensionskassenversicherung und der Pensionsfondsversicherung spricht man von Tarifen.

54 Bei der umlagefinanzierten Pensionskasse handelt es sich um einen Geschäftsplan, § 2 Abs. 3 S. 1 BetrAVG.

55 Bei der Unterstützungskasse spricht man von einem Leistungsplan.

deckungsversicherung auf die durch die Entgeltumwandlung finanzierten Anwartschaften hat, stellt man fest, daß dieser im Falle der beitragsorientierten Leistungszusage<sup>56</sup> die Anwartschaft ebenfalls tatsächlich konkretisiert. Wegen dieser Konkretisierungsfunktion ist unseres Erachtens auch der Tarif der Rückdeckungsversicherung als wesentlicher Vertragsbestandteil der Umwandlungsvereinbarung im Durchführungsweg der Unterstützungskasse anzusehen.

Einhergehend mit der oben beschriebenen beschränkten Autonomie des Arbeitgebers bzgl. der Wahl der Durchführungswege und der Leistungsstruktur steht dem Arbeitgeber folglich auch die Wahl des jeweiligen Versorgungsträgers mit seinen Tarifen, Geschäftsplan oder Leistungsplan frei<sup>57</sup>. Der Arbeitgeber legt somit die Konditionen einer Durchführung fest, die bei der Entgeltumwandlung aber ein Dritter, nämlich der Arbeitnehmer, finanziert. Mit dem Wahlrecht des Arbeitgebers wächst natürlich im Gegenzug das Informationsbedürfnis des Arbeitnehmers. Da der Arbeitnehmer keinen Einfluß auf die Wahl der Konditionen hat, kann er lediglich darüber entscheiden, ob er ein solches Finanzierungsmodell eingehen möchte oder nicht. Er ist somit von der Vorauswahl des Arbeitgebers abhängig und muß dem Arbeitgeber letztlich vertrauen, daß dieser seine Vermögensinteressen wahrt. Der Arbeitnehmer kann ohne die Information des Arbeitgebers nicht erkennen, welche Auswirkungen die jeweilige Wahl des Tarifes, des Geschäftsplans oder Leistungsplans im Fall der Abfindung (§ 3 BetrAVG), der Portabilität (§ 2 Abs. 2 S. 2; § 4 BetrAVG) oder etwa bei vorzeitiger Altersleistung (§ 6 BetrAVG) hat. Die Versicherungswirtschaft verwendet bei der versicherungsförmigen Durchführung eine Vielzahl von Tarifen und Tarifarten, die sich unterschiedlich auf die Entwicklung des Versorgungskapitals auswirken können<sup>58</sup>.

Im Lichte dieser Gestaltungsmöglichkeiten muß hier von einem gesteigerten *Informationsbedürfnis* des Arbeitnehmers ausgegangen werden, dem eine *Informationspflicht* des Arbeitgebers gegenüber steht. Der Arbeitgeber muß folglich Auskunft über die *jeweiligen Konditionen* der Entgeltumwandlung und deren *allgemeine Wirkung* auf die Verfügbarkeit (Abfindung und vorzeitige Altersleistung) und die Portabilität von Versorgungskapital vor Abschluß der Vereinbarung geben<sup>59</sup>.

Dabei hat der Arbeitgeber hier die Möglichkeit, sich einer dritten fachkompetenten Person, nämlich des gewählten Versorgungsträgers, zu bedienen<sup>60</sup>. Lebensversicherungen, Pensionskassen und Pensionsfonds müssen ohnehin, soweit sie Leistungen der betrieblichen Altersvorsorge erbringen, bei Beginn des Versorgungsverhältnisses gemäß §§ 10a Abs. 1 S. 3, 113 i.V.m. Anlage D Abschnitt III VAG mindestens folgende ausführliche und aussagekräftige Informationen erteilen: Sie müssen sowohl die Vertragsbedingungen als auch die Tarifbestimmungen, soweit sie für das Versorgungsverhältnis gelten, darlegen (Anlage D Abschnitt III Nr. 1b VAG). Neben den erforderlichen Angaben zur Laufzeit müssen sie allgemeine Angaben über die für diese Versorgungsart geltende Steuerregelung geben und über die mit dem Alters-

versorgungssystem verbundenen finanziellen, versicherungstechnischen und sonstigen Risiken sowie über die Art und Aufteilung dieser Risiken informieren (Anlage D Abschnitt III Nr. 1c, d und e VAG). Eine tabellarische Darstellung entsprechender Werte sollte hier ausreichen.

Eine *darüber hinausgehende* Informationspflicht des Arbeitgebers, die die *individuellen Auswirkungen* der Konditionen auf die Verfügbarkeit und Portabilität für den einzelnen Arbeitnehmer darlegt, kann unseres Erachtens nicht angenommen werden. Denn ansonsten würde der Arbeitgeber zur individuellen Produktberatung verpflichtet, die er aber nicht leisten kann.

#### e) Wertgleichheit und Verwaltungskosten

Der Arbeitgeber muß die künftigen Entgeltansprüche in eine *wertgleiche* Anwartschaft auf Versorgungsleistungen umwandeln, § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG. Eine Legaldefinition ist im Betriebsrentengesetz nicht enthalten. Die Wertgleichheit wird jedoch dahingehend verstanden, daß das umzuwandelnde Entgelt vollständig als Prämie für die betriebliche Altersvorsorge verwendet werden muß und dieser Umwandelbetrag letztlich die Anwartschaft auf Leistung bestimmt, sog. objektive Wertgleichheit<sup>61</sup>.

Bei der Wertgleichheit handelt es sich um einen wesentlichen Vertragsbestandteil, da er auf die Höhe der tariflichen Leistung als Gegenleistung für den Entgeltverzicht unmittelbarer Einfluß hat.

Ob der Abzug von Verwaltungskosten vom Umwandelbetrag die Objektivität der Wertgleichheit relativieren kann, muß differenziert beantwortet werden.

Bei den versicherungsförmigen Durchführungswegen (Direktversicherung, Pensionskasse und Pensionsfonds) sind Versicherungsbeiträge zu entrichten, die den umgewandelten Entgeltansprüchen der Höhe nach entsprechen. Für diese Beiträge erhält der Arbeitnehmer eine Versicherungsanwartschaft in Gestalt eines Bezugsrechts<sup>62</sup> oder Rechtsanspruchs<sup>63</sup> aus der versicherungsförmigen Durchführung. Das Bezugsrecht bzw. der Rechtsanspruch bestimmt sich dabei immer nach versicherungsmathematischen Grundsätzen. D.h., daß sich die Tarifleistungen aus einem sog. Bruttobeitrag ergeben, der je nachdem einen Risikoanteil, zusätzlich gegebenenfalls einen Sparanteil, jedenfalls aber einen Kostenanteil enthält. Dieser Bruttobeitrag muß insgesamt so kalkuliert werden, daß das Versicherungsunternehmen allen seinen Verpflichtungen nachkommen kann, §§ 11, 113 VAG. Da also bei den versicherungsförmigen Durchführungswegen die Verwaltungskosten der Versorgungsträger von Gesetzes wegen mit in den Tarif eingerechnet werden müssen, eben Produktkosten bezahlt werden, kann keine Verletzung der Wertgleichheit vorliegen.

Umstritten ist, ob auch bei der rückgedeckten Unterstützungskasse dem Arbeitnehmer die Verwaltungskosten des Versorgungsträgers auferlegt werden dürfen. Bei der Unterstützungskasse ist zu berücksichtigen, daß in der Regel für die Unterstützungskasse ein Verwaltungshonorar anfällt und zugleich die Rückdeckungsversicherung ihre Verwaltungskosten versicherungsmathematisch einberechnen muß.

Würde man das Verwaltungshonorar bei der Unterstützungskasse als auch die Verwaltungskosten bei der Rückdeckungsversicherung zulassen, wäre der Arbeitnehmer im Gegensatz

56 Bei einer Leistungszusage kommt es auf diesen Bezug nicht an, da die Bemessung nur leistungsorientiert ist. Die Beitragszusage mit Mindestleistung ist nicht wählbar, § 2 Abs. 5a BetrAVG.

57 BAG, a.a.O. (Fn. 47); für die Direktversicherung: BAG, Beschluß vom 19.7.2005, 3 AZR 502/04 (A), BetrAV 2006 S. 96.

58 Dies ist bedingt durch die zugrunde liegende Wahrscheinlichkeitstafel, den Rechnungszins, ob und wie die Verteilung von Abschlußkosten erfolgt, wie laufende Kosten und der Stornoabzug bei vorzeitiger Auflösung festgesetzt werden, *Kurzendöfer*, Einführung in die Lebensversicherung, 3. Aufl. 2000, S. 44-48, 78.

59 Im Ergebnis auch ArbG Stuttgart, Urteil vom 17.1.2005, 19 Ca 3152/04, BetrAV 2005 S. 692 (693), jedoch ohne nähere Begründung.

60 Dem steht die Unabdingbarkeit der Fürsorgeverpflichtung des Arbeitgebers nicht entgegen, da der Arbeitgeber weiterhin der Träger der Fürsorgeverpflichtung ist und er sich lediglich eines Erfüllungsgehilfen bedient, *Schaub*, a.a.O. (Fn. 23), § 108 Rn. 5.

61 *Blomeyer/Otto*, a.a.O. (Fn. 26), § 1 Rn. 145.

62 Direktversicherung, Pensionskassenversicherung und Pensionsfondsversicherung.

63 Pensionskasse und Pensionsfonds.



zu den versicherungsförmigen Durchführungswegen doppelt belastet. Für diese doppelte Belastung des Umwandlungsbetrages gibt es jedoch keine Rechtfertigung. Der geringere Betrag ist nicht mehr wertgleich. Darüber hinaus ist eine abweichende, zum Nachteil des Arbeitnehmers wirkende Regelung von der gesetzlichen Vorgabe der Wertgleichheit des § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG weder durch Individualvertrag noch durch Betriebsvereinbarung zulässig, § 17 Abs. 3 S. 3 BetrAVG. Auch eine Abweichung durch Tarifvertrag ist in diesem Fall unzulässig, § 17 Abs. 3 S. 1 BetrAVG.

Denn der Verstoß gegen das Wertgleichheitsgebot führt zur Unwirksamkeit der Umwandlungsvereinbarung (§ 134 BGB, § 17 Abs. 3 S. 3 i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG) in der Höhe, in der das umzuwandelnde Entgelt für das Verwaltungshonorar der Unterstützungskasse verwendet wurde. Dies führt jedenfalls zu einem Anspruch des Arbeitnehmers auf Rückzahlung des für die Verwaltungskosten verwendeten Betrages aus ungerechtfertigter Bereicherung.

Der Abzug von Verwaltungskosten bei der versicherungsförmigen Durchführung löst unserer Meinung nach keine Informationspflicht des Arbeitgebers aus, die über die Benennung der Versicherungstarife hinausgeht, da das Versicherungsaufsichtsgesetz Grundlage für den Kostenabzug ist. Aufgrund dieser gesetzlichen Vorgabe muß hier grundsätzlich von einer typischen Gestaltung im deutschen Versorgungsmarkt ausgegangen werden. Für die Rückdeckungsversicherung muß dasselbe gelten, da das Versicherungsaufsichtsrecht hier genauso zur Anwendung kommt.

#### f) Vertragsdauer der Umwandlungsvereinbarung

Das Betriebsrentengesetz macht über die Vertragsdauer der Umwandlungsvereinbarung keine Angaben. Lediglich aus der Formulierung des „jährlichen Betrages“ und „regelmäßiges Entgelt“ in § 1a Abs. 1 S. 4 BetrAVG kann man entnehmen, daß der Gesetzgeber von einer langfristigen Dauer, wenn auch mit veränderlichem Umwandlungsniveau, ausging<sup>64</sup>. Unseres Erachtens kann dem Arbeitnehmer ein Kündigungsrecht eingeräumt werden, das für die Zukunft wirkt, § 17 Abs. 3 S. 3 BetrAVG. Der Arbeitnehmer kann in diesem Fall nicht anders gestellt werden als bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Die durch Entgeltumwandlung finanzierten Anwartschaften bleiben dann erhalten, werden aber gegebenenfalls nicht weiter finanziert.

Ein Widerrufsrecht mit der Folge der vollständigen Rückabwicklung der Entgeltumwandlung von Beginn an kann nach der Intention des Betriebsrentengesetzes nicht gewollt sein. Das Kündigungsrecht ist zwar kein wesentlicher Vertragsbestandteil, da es weder die Festlegung der Entgelt- noch der Leistungsseite betrifft, sondern nur die Beendigung der bereits getroffenen Vereinbarung. Dennoch bietet es sich an, um eine Vertragsauslegung zu vermeiden, das Kündigungsrecht in der Umwandlungsvereinbarung konkret zu regeln. Durch die konkrete Regelung sind die Parteien der Umwandlungsvereinbarung auf demselben Informationsniveau, so daß eine Informationspflicht entfällt.

#### g) Insolvenzschutz bei der Entgeltumwandlung

Die Insolvenzsicherung betrifft nicht das Versorgungsverhältnis an sich und ist somit nicht Gegenstand der Umwandlungsvereinbarung. Dennoch ist sie von enormer Wichtigkeit für den Arbeitnehmer, da sie im Sicherungsfall seine Anwartschaften und Ansprüche absichert, § 7 Abs. 1 BetrAVG. Um diesen Vermögensausfall in den Durchführungswegen Unterstützungskasse und Pensionsfonds zu verhindern, hat

der Arbeitgeber als Versicherungsnehmer zugunsten des Versorgungsberechtigten eine Insolvenzversicherung beim Pensions-Sicherungs-Verein auf Gegenseitigkeit abzuschließen (§ 1 Abs. 2 AIB) und dafür Beiträge<sup>65</sup> an diesen zu entrichten (§ 6 AIB, § 10 BetrAVG). Für die Durchführung der Entgeltumwandlung<sup>66</sup> über die Direktversicherung und die Pensionskasse gilt diese Verpflichtung nicht.

Der Insolvenzschutz ist jedoch sowohl vom Umfang als auch von der Höhe her begrenzt. Ein sofortiger gesetzlicher<sup>67</sup> Insolvenzschutz besteht nur für Zusagen auf Entgeltumwandlung, für die Beträge von bis zu 4 vom Hundert der Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung verwendet wurden, § 7 Abs. 5 S. 3 BetrAVG. Soweit Zusagen auf Umwandlungsbeträgen beruhen, die 4 vom Hundert der Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung übersteigen, greift der Insolvenzschutz erst nach einer 2-Jahresfrist<sup>68</sup>, § 7 Abs. 5 S. 3 BetrAVG. Darüber hinaus besteht eine höhenmäßige Beschränkung der Pensionsleistungen durch den Pensions-Sicherungs-Verein auf im Monat höchstens das Dreifache der im Zeitpunkt der ersten Fälligkeit maßgebenden monatlichen Bezugsgröße gemäß § 18 SGB IV (sog. allgemeine Sicherungshöchstgrenze).

Unserer Meinung nach genügt es, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die gesetzlichen Regelungen allgemein benennt. Damit ist die Problematik generell abstrakt bekannt und eine weitere Informationspflicht entfällt.

#### h) Verfügungsbeschränkungen

Im Gegensatz zur privaten Altersversorgung kann der Arbeitnehmer in der betrieblichen Altersversorgung über sein Versorgungskapital auch bei der Entgeltumwandlung nur nach Maßgabe des Betriebsrentengesetzes verfügen.

Unabhängig vom Durchführungsweg kann der Arbeitnehmer zwar während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses auf erdiente Anwartschaften verzichten und sich im Gegenzug die Summe der Entgeltteile auszahlen lassen, auf die er verzichtet hatte, wenn der Arbeitgeber damit einverstanden ist<sup>69</sup>. Dann entfallen nachträglich die Voraussetzungen der steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Förderung. Die Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge sind vom Arbeitgeber nachzuzahlen. Im übrigen fehlt dem Arbeitnehmer während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses aber die Verfügungsberechtigung über das durch ihn aufgebaute Versorgungskapital. Bei der Direktversicherung, der Pensi-

65 Die Jahresbeiträge ergeben sich aus der für das Beitragsjahr zugrunde liegenden Beitragsbemessungsgrundlage und dem für das Jahr vom Pensions-Sicherungs-Verein auf Gegenseitigkeit festgesetzten Beitragssatz. Dabei variiert die Höhe der Jahresbeiträge, da der Beitragssatz nach dem gesetzlich vorgeschriebenen Rentenwertumlageverfahren jährlich neu festgesetzt wird und von der jährlichen Schadenshöhe abhängt, § 10 Abs. 2 BetrAVG. Die jeweilige Beitragsbemessungsgrundlage berechnet sich dabei für die jeweiligen Durchführungswege unterschiedlich, § 10 Abs. 3 BetrAVG. Die Jahresbeiträge können wegen des Gebotes der Wertgleichheit nicht vom Entgeltumwandlungsbetrag abgezogen werden und sind daher vom Arbeitgeber allein zu tragen.

66 Für den Durchführungsweg der Direktversicherung im Rahmen der Entgeltumwandlung greift der Insolvenzschutz nach § 7 BetrAVG nicht ein, da dieser nur bei Vorliegen eines widerruflichen Bezugsrechts und bei einer Verfügung der Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag durch den Arbeitgeber einschlägig ist. Bei der Entgeltumwandlung ist jedoch dem Arbeitnehmer von Anfang an ein unwiderrufliches Bezugsrecht einzuräumen und eine Verfügung durch den Arbeitgeber ausgeschlossen, § 1b Abs. 5 S. 1 Nr. 3 und S. 2 BetrAVG. Entsprechend gilt Vorstehendes auch für die Pensionskassenversicherung, da dort, wie bei der Direktversicherung, der Arbeitgeber Versicherungsnehmer ist und deshalb der Arbeitnehmer Inhaber eines unwiderruflichen Bezugsrechts sein kann. Bei der traditionell bekannten Pensionskasse steht dem Arbeitnehmer als unmittelbarem Vertragspartner ein Rechtsanspruch auf Leistungen zu.

67 Neben dem gesetzlich vorgegebenen Insolvenzschutz hat der Arbeitgeber jederzeit die Möglichkeit, dem Arbeitnehmer einen schuldrechtlichen Insolvenzschutz für die rückgedeckte Unterstützungskasse zu verschaffen. Dazu bietet sich die Verpfändung oder Abtretung der Ansprüche aus der Rückdeckungsversicherung an den Arbeitnehmer an.

68 Demnach sind auch erst nach Ablauf dieser zwei Jahre Beiträge zum Pensions-Sicherungs-Verein auf Gegenseitigkeit zu entrichten.

69 Blomeyer/Otto, a.a.O. (Fn. 26), Anhang § 1 Rn. 562.

64 Blomeyer/Otto, a.a.O. (Fn. 26), § 1a Rn.16.

onkassenversicherung und der Pensionsfondsversicherung stehen die Gestaltungsrechte aus dem Versicherungsvertrag nur dem Versicherungsnehmer, also dem Arbeitgeber zu. Bei der Pensionskasse und dem Pensionsfonds hat der Arbeitnehmer zwar einen Rechtsanspruch auf Leistungen, dies umfaßt aber wegen des Versorgungszwecks nicht auch die beliebige Verfügungsmacht über Ansprüche<sup>70</sup>.

Auch bei der rückgedeckten Unterstützungskasse liegt die Verfügungsberechtigung über die Rückdeckungsversicherung allein bei der Unterstützungskasse als Versicherungsnehmer. Weder ein unwiderrufliches Bezugsrecht bei versicherungsförderiger Durchführung (§ 166 Abs. 2 VVG) noch eine Verpfändung bei der rückgedeckten Unterstützungskasse (§§ 1273 Abs. 1 und 1204 Abs. 1 BGB) räumen dem Arbeitnehmer ein Recht ein, über das Versorgungskapital zu verfügen, da beide nur der Sicherung von Versorgungsleistungen dienen.

*Auch bei Beendigung* des Arbeitsverhältnisses kann der Arbeitnehmer nicht frei über das durch ihn aufgebaute Versorgungskapital verfügen, denn die Entscheidung für eine Abfindung sog. Kleinstanwartschaften nach § 3 Abs. 2 BetrAVG kann nur der Arbeitgeber treffen. Auch die Übertragung von Versorgungsanwartschaften nach § 4 BetrAVG erlaubt dem Arbeitnehmer keinen Zugriff auf das Versorgungskapital zur beliebigen Verwendung.

Die Einschränkung der Verfügbarkeit ist jedoch kein wesentlicher Vertragsbestandteil, da weder die Verzichts- noch die Entgeltseite berührt wird.

Über den allgemeinen Hinweis hinaus, daß eine freie Verfügbarkeit über das Versorgungskapital nicht gegeben ist, kann unseres Erachtens keine weitergehende Informationspflicht des Arbeitgebers bestehen. Denn auch hier ist wieder zu beachten, daß diese Einschränkungen vom Gesetzgeber vorgegeben werden und nicht Folge einer individuellen Gestaltung des Arbeitgebers sind. Auch hier muß daher der Grundsatz gelten, daß sich jeder Arbeitnehmer, bevor er eine Vereinbarung in Bezug auf sein Arbeitsverhältnis abschließt, selbst über die Folgen einer solchen Vereinbarung Klarheit verschaffen muß.

#### **i) Steuer- und sozialrechtliche Auswirkungen in der Bezugsphase**

Der Bezug der Leistungen der betrieblichen Altersversorgung führt bei allen Durchführungswegen zu einer nachgelagerten Besteuerung. So wird bei der Unterstützungskasse wie bisher der Zufluß vollständig nach § 19 EStG versteuert. Bei den Durchführungswegen der Direktversicherung, des Pensionsfonds und der Pensionskasse wird nach § 22 Nr. 1 S. 3 Buchst. a) bb) EStG der Ertragsanteil besteuert.

Das zum Vertragsbestandteil und zur Informationspflicht des Arbeitgebers bei den steuerlichen Auswirkungen in der Umwandlungsphase unter II.2. e) aa) Gesagte gilt hier entsprechend.

### **III. Schlußbemerkung**

Der Arbeitgeber ist im Hinblick auf die ihm obliegenden Informationspflichten, die bei der Durchführung der Entgeltumwandlung erwachsen können, ohne nähere Angaben im Betriebsrentengesetz sich selber überlassen. Wenn der Gesetzgeber diese vorhandene Lücke nicht schließt, dann wird die Arbeitsgerichtsbarkeit im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung die Grundsätze zur Verletzung von Informationspflichten prägen. Es bleibt dabei zu hoffen, daß die Gerichte

<sup>70</sup> Hier muß nicht zwingend ein Versorgungskapital zugrunde liegen, ganz oder teilweise kommt hier auch eine Art innerbetriebliches Umlageverfahren in Betracht.

die Informationspflichten des Arbeitgebers nicht überspannen und an die bisherige Rechtsprechung des BAG zur Selbstverantwortung des Arbeitnehmers anknüpfen werden.