

JC-2021-0906 / Anspruch des Arbeitnehmers auf Entgeltumwandlung

## **Der gesetzliche Arbeitgeberzuschuss für anspruchsbasierte Vereinbarungen zur Entgeltumwandlung**

Zur Anwendung des § 1a Abs. 1a im sachlichen Geltungsbereich des § 1a BetrAVG

Autor: Jan Clasen, Senior Manager  
OPTICURA Pensionsmanagement GmbH, Köln  
Stand: 26.10.2021

### **1) Sachverhalt**

Mit dem Betriebsrentenstärkungsgesetz hat der Gesetzgeber zu § 1a des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung - Betriebsrentengesetz (BetrAVG) den neuen Absatz 1a eingefügt.

Dieser verpflichtet den Arbeitgeber, für Entgeltumwandlungen, die nach dem 01.01.2019 vereinbart wurden, zusätzlich 15% des vom Arbeitnehmer umgewandelten Entgelts an den jeweiligen Versorgungsträger Pensionskasse, Pensionsfonds oder Direktversicherung als Arbeitgeberzuschuss weiterzuleiten, soweit der Arbeitgeber durch die Entgeltumwandlung Sozialversicherungsbeiträge einspart.

Aufgrund der Übergangsvorschrift § 26a BetrAVG soll dies ab dem 01.01.2022 für alle individual- und kollektivrechtlichen Entgeltumwandlungen gelten, die vor dem 01.01.2019 vereinbart wurden.

Nach unseren Recherchen wird in der Praxis die vorherrschende Meinung vertreten, dass dies uneingeschränkt für alle Entgeltumwandlungsvereinbarungen in den sogenannten versicherungsförmigen Durchführungswegen gelten solle. Dabei wird jedoch unseres Erachtens der sachliche Geltungsbereich des § 1a BetrAVG vernachlässigt.

Der sachliche Geltungsbereich einer Rechtsvorschrift wird weitgehend durch diese selbst bestimmt und grenzt die geregelten Verhältnisse nach ihrem Gegenstand ab.

## 2) Zu § 1a - Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung - Betriebsrentengesetz (BetrAVG)

### (1) Gesetzeswortlaut

#### **§ 1a Anspruch auf betriebliche Altersversorgung durch Entgeltumwandlung**

*(1) Der Arbeitnehmer kann vom Arbeitgeber verlangen, dass von seinen künftigen Entgeltansprüchen bis zu 4 vom Hundert der jeweiligen Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung durch Entgeltumwandlung für seine betriebliche Altersversorgung verwendet werden. Die Durchführung des Anspruchs des Arbeitnehmers wird durch Vereinbarung geregelt. Ist der Arbeitgeber zu einer Durchführung über einen Pensionsfonds oder eine Pensionskasse (§ 1b Abs. 3) oder über eine Versorgungseinrichtung nach § 22 bereit, ist die betriebliche Altersversorgung dort durchzuführen; andernfalls kann der Arbeitnehmer verlangen, dass der Arbeitgeber für ihn eine Direktversicherung (§ 1b Abs. 2) abschließt. Soweit der Anspruch geltend gemacht wird, muss der Arbeitnehmer jährlich einen Betrag in Höhe von mindestens einem Hundertsechzigstel der Bezugsgröße nach § 18 Abs. 1 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch für seine betriebliche Altersversorgung verwenden. Soweit der Arbeitnehmer Teile seines regelmäßigen Entgelts für betriebliche Altersversorgung verwendet, kann der Arbeitgeber verlangen, dass während eines laufenden Kalenderjahres gleich bleibende monatliche Beträge verwendet werden.*

*(1a) Der Arbeitgeber muss 15 Prozent des umgewandelten Entgelts zusätzlich als Arbeitgeberzuschuss an den Pensionsfonds, die Pensionskasse oder die Direktversicherung weiterleiten, soweit er durch die Entgeltumwandlung Sozialversicherungsbeiträge einspart.*

*(2) Soweit eine durch Entgeltumwandlung finanzierte betriebliche Altersversorgung besteht, ist der Anspruch des Arbeitnehmers auf Entgeltumwandlung ausgeschlossen.*

*(3) Soweit der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Entgeltumwandlung für betriebliche Altersversorgung nach Abs. 1 hat, kann er verlangen, dass die Voraussetzungen für eine Förderung nach den §§ 10a, 82 Abs. 2 des Einkommensteuergesetzes erfüllt*

*werden, wenn die betriebliche Altersversorgung über einen Pensionsfonds, eine Pensionskasse oder eine Direktversicherung durchgeführt wird.*

*(4) Falls der Arbeitnehmer bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis kein Entgelt erhält, hat er das Recht, die Versicherung oder Versorgung mit eigenen Beiträgen fortzusetzen. Der Arbeitgeber steht auch für die Leistungen aus diesen Beiträgen ein. Die Regelungen über Entgeltumwandlung gelten entsprechend.*

## (2) Sachlicher Geltungsbereich

Der sachliche Geltungsbereich des § 1a Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung - Betriebsrentengesetz (BetrAVG) bezieht sich auf den Anspruch eines Arbeitnehmers auf betriebliche Altersversorgung durch Entgeltumwandlung, regelt jedoch nicht die Entgeltumwandlung als solche im Gesamten.

Der nach § 1a BetrAVG anspruchsberechtigte Personenkreis umfasst unter Berücksichtigung des § 17 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG nur die in § 17 Abs. 1 und 2 BetrAVG erfassten Personen, die in der gesetzlichen Rentenversicherung pflichtversichert sind.<sup>1</sup>

Wesentliches Merkmal des sachlichen Geltungsbereichs des § 1a BetrAVG ist der dem Arbeitnehmer zustehende - und von diesem durchzusetzende Anspruch - auf betriebliche Altersversorgung durch Entgeltumwandlung. Denn nach § 1a Abs. 1 Satz 1 BetrAVG kann der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber verlangen, dass von seinen künftigen Entgeltansprüchen ein bestimmter Betrag für seine betriebliche Altersversorgung verwendet wird. Nach Abs. 2 ist dieser Anspruch ausgeschlossen, soweit bereits eine durch Entgeltumwandlung finanzierte betriebliche Altersversorgung besteht. Darüber hinaus normiert der Gesetzgeber Mindestanforderungen an die Anspruchsstellung und die Durchführung der Entgeltumwandlung, „sofern und soweit der Anspruch geltend gemacht wird“. Auch die Regelungen des Abs. 3 setzen zunächst voraus, dass ein Anspruch nach § 1a Abs. 1 BetrAVG besteht.

---

<sup>1</sup> Höfer, BetrAVG, Kommentar Band I Arbeitsrecht, zu § 1a Rz 6, EL 24/März 2019

In der Literatur spricht man bei Entgeltumwandelungsvereinbarungen, die nicht unter § 1a BetrAVG fallen, meist von **freiwilliger** Entgeltumwandlung. Hierzu gehören insbesondere Vereinbarungen zur Entgeltumwandlung in den Durchführungswegen der Direktzusage und Unterstützungskasse, aber eben auch solche Vereinbarungen, bei denen der Anspruch nach § 1a Abs. 1 BetrAVG in der Rechtsfolge des § 1a Abs. 2 bereits ausgeschlossen wird, oder die nicht die Voraussetzungen des Abs. 1 erfüllen.

Zum besseren Verständnis soll im Folgenden unterschieden werden zwischen **anspruchsbasierter** und **nicht-anspruchsbasierter** Entgeltumwandlung.

### (3) Anspruch auf Verlangen des Arbeitnehmers

Mit dem in § 1a BetrAVG normierten Rechtsanspruch auf Entgeltumwandlung will der Gesetzgeber die betriebliche Altersversorgung fördern. Ziel der Einführung des § 1a BetrAVG war, betriebliche Altersversorgung in Betrieben einzurichten, in denen eine solche noch nicht angeboten wird.<sup>2</sup>

§ 1a Abs. 1 Satz 1 BetrAVG beinhaltet, dass der Arbeitnehmer zunächst aktiv seinen Willen bekunden muss, künftige Entgeltansprüche in eine Anwartschaft auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung umzuwandeln. Dies kann in mündlicher oder schriftlicher Form erfolgen. Für ein wirksames Verlangen muss der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber den Entgeltumwandlungsbetrag und denjenigen Entgeltbestandteil nennen, aus dem die Entgeltumwandlung vorgenommen werden soll.<sup>3</sup>

Erst nachdem der Arbeitnehmer seine Entscheidung zur Entgeltumwandlung getroffen und bekundet hat, ist der Arbeitgeber nach den Regelungen des § 1a BetrAVG zur Mitwirkung verpflichtet. Das Verlangen des Arbeitnehmers ist dabei an keine bestimmte Form gebunden und kann auch nur mündlich erfolgen.

Das BAG<sup>2</sup> vertritt die Auffassung, dass ein „Verlangen“ nach Umwandlung eines bestimmten Teils künftiger Entgeltansprüche vom Arbeitnehmer erst dann bekundet

<sup>2</sup> BAG v. 21.01.2014, 3 AZR 807/11 unter II 1 b) der Gründe - BT-Drs. 14/4595, S. 40, § 1a Abs. 2 BetrAVG

<sup>3</sup> vergl. Fabian Clemens, Entgeltumwandlung zur betrieblichen Altersversorgung, II. 1., gesetzliche Anforderung an das Verlangen

werden kann, wenn dieser seine Entscheidung bereits getroffen hat, ob und in welcher Höhe eine Entgeltumwandlung durchgeführt werden soll.

Daraus leitet sich im Ergebnis auch die Auffassung des BAG<sup>2</sup> ab, dass der Arbeitgeber nicht verpflichtet ist, den Arbeitnehmer aktiv auf seinen bestehenden Rechtsanspruch nach § 1a BetrAVG hinweisen zu müssen und vorab darüber zu informieren.

Soweit der Arbeitnehmer sein Verlangen wirksam bekundet, ist der Arbeitgeber verpflichtet ein Angebot zur Umsetzung des Verlangens abzugeben. Das Angebot kann grundsätzlich jeden Durchführungsweg beinhalten. Der Arbeitnehmer soll das Angebot annehmen müssen, sofern die Voraussetzungen des § 1a Abs. 1 S. 2 und 3 BetrAVG erfüllt werden. Andernfalls kann er das Angebot ablehnen und den Abschluss einer Direktversicherung verlangen. In diesem Fall ist der Arbeitgeber verpflichtet, an einer Vereinbarung zur Entgeltumwandlung mitzuwirken, wobei dem Arbeitgeber die Auswahl des Versorgungsträgers und des tariflichen Vertragswerks obliegt. Soweit der Arbeitnehmer ein Angebot des Arbeitgebers annimmt, das nicht die Voraussetzungen des § 1a Abs. 1 S. 2 und 3 BetrAVG erfüllt, unterliegt die damit verbundene Vereinbarung nicht den Rechtsfolgen des § 1a BetrAVG.

#### (4) *Konsequenzen eines fehlerhaften Verlangens<sup>4</sup>*

*„Eine Erklärung des Arbeitnehmers, die nicht zwingend den Inhalt des nach § 1a BetrAVG vorgesehenen Verlangens hat, ist unwirksam. Wird der gewünschte Umwandlungsbetrag nicht genannt, braucht der Arbeitgeber auf eine derart unvollständige Forderung nicht zu reagieren.*

*Das Gesetz gibt keine Antwort auf die Frage, ob ein Verlangen des Arbeitnehmers, das entweder über den Höchstbetrag von 4% der Beitragsbemessungsgrenze hinausgeht oder den Mindestbetrag nicht erreicht, wirksam ist. Für die Wirksamkeit spricht, dass ein solches Verlangen als ein normales Angebot außerhalb der Vorschriften des § 1a BetrAVG angesehen werden kann. Schließlich ist eine Entgeltumwandlung außerhalb der in § 1a BetrAVG festgelegten Grenzen auf freiwilliger Basis ohne weiteres möglich. Es kommt also nicht darauf an, ob ein derartiges Verlangen*

---

<sup>4</sup> Zitat, Fabian Clemens, Entgeltumwandlung zur betrieblichen Altersversorgung, Kap. 3 C. 2., S. 97

*als Angebot einer Vertragsänderung wirksam ist. Entscheidend ist, ob es als Verlangen nach § 1a BetrAVG begriffen werden kann. Zudem kann meines Erachtens ein Verlangen, welches sich auf eine Entgeltumwandlung oberhalb der 4%-Grenze bezieht, ohne weiteres in ein Verlangen nach § 1a Abs. 1 S. 1 BetrAVG umgedeutet werden (§ 140 BGB). Eine weitere Lösung mit gleichem Ergebnis wäre es, ein solches Verlangen des Arbeitnehmers rechtlich als zwei verschiedene Akte zu begreifen und es in ein Verlangen nach § 1a BetrAVG und ein Angebot über eine weitere freiwillige Entgeltumwandlung jenseits der Grenzen des § 1a Abs. 1 S. 1 BetrAVG aufzuspalten. Während der Arbeitgeber dann auf Verlangen nach § 1a § 1a Abs. 1 S. 1 BetrAVG reagieren müsste, könnte er das darüber hinausgehende Verlangen ablehnen oder vollständig ignorieren.*

*Schwieriger gestaltet sich der Umgang mit einem Verlangen des Arbeitnehmers, das in der Höhe unter dem Mindestbetrag des in § 1a Abs. 1 S. 4 BetrAVG bleibt. Hier ist es nach meiner Auffassung nicht zulässig, das Verlangen durch Umdeutung auf den Mindestbetrag des § 1a Abs. 1 S. 4 BetrAVG zu erhöhen. Das Gesetz überlässt allein dem Arbeitnehmer die Freiheit, eine Entgeltumwandlung vorzunehmen und über den Umfang der hierfür einzusetzenden finanziellen Mittel zu entscheiden. Da auch nicht ohne weitere Anhaltspunkte davon ausgegangen werden kann, dass eine höhere Entgeltumwandlung vom Arbeitnehmer gewollt ist, kann eine entsprechende Umdeutung „nach oben“ nicht erfolgen. Ein Angebot, das einen geringeren als den in § 1a Abs. 1 S. 4 BetrAVG genannten Mindestbetrag enthält, ist daher ausschließlich als Angebot zu einer freiwilligen Entgeltumwandlung nach § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG aufzufassen und zieht keine Rechtsfolgen im Hinblick auf § 1a BetrAVG nach sich. Der Arbeitgeber braucht also nicht einmal darauf zu reagieren, da ein Schweigen seinerseits keine Rechtsauswirkung auslöst.“*

(5) Bestehende Versorgungssysteme, aktives Angebot des Arbeitgebers

Besteht in einem Unternehmen bereits eine betriebliche Altersversorgung und wird vom Arbeitgeber dem Arbeitnehmer angeboten, Entgeltumwandlung wie angeboten durchzuführen, stellt sich die Frage, ob eine Annahme des Angebots durch den Arbeitnehmer den Erfordernissen des „Verlangens“ aus § 1a Abs. 1 BetrAVG entspricht, und die Rechtsfolgen des § 1a BetrAVG auf die Vereinbarung und Versorgungszusage eintreten können.

Darüber hinaus gehen Clemens und Höfer davon aus, dass nicht nur bestehende individualrechtliche Vereinbarungen auf Entgeltumwandlung gem. § 1a Abs. 2 BetrAVG den Anspruch nach § 1a Abs. 1 S. 1 BetrAVG untergehen lassen, sondern auch bestehende Kollektivvereinbarungen, wenn der Arbeitnehmer zum begünstigten Personenkreis zählt, auch wenn der Arbeitnehmer bislang vom Angebot zur Teilnahme keinen Gebrauch gemacht hat.<sup>5</sup>

Unerheblich ist, in welchem Durchführungsweg individuelle Vereinbarungen oder Kollektivvereinbarungen bestehen.

Dies entspräche auch dem Gedanken des Gesetzgebers, der mit der Einführung des § 1a BetrAVG durch das AVmG beabsichtigte, betriebliche Altersversorgung in den Betrieben einzurichten, in denen noch keine angeboten wurde.<sup>6</sup> Besteht im Betrieb bereits eine betriebliche Altersversorgung, soll der dort angewandte Durchführungsweg vereinbart werden können.

#### (6) Zwischenfazit

Vereinbarungen zur Entgeltumwandlung in den sogenannten versicherungsförmigen Durchführungswegen unterliegen nicht automatisch dem sachlichen Geltungsbereich des § 1a BetrAVG. Es muss stets eine **Abgrenzung nach anspruchsbasierten und nicht-anspruchsbasierten Entgeltumwandlungsvereinbarungen** vorgenommen werden. Dies wäre insbesondere von Bedeutung im Rahmen der Fragen zu den Auswirkungen der Rechtsfolge des § 1a Abs. 1a BetrAVG (verpflichtender Arbeitgeberzuschuss).

### 3) Zu § 1a Abs. 1a BetrAVG

#### (1) Rechtsentwicklung

§ 1a Abs. 1a BetrAVG war zunächst nicht im Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der betrieblichen Altersversorgung und zur Änderung anderer Gesetze (Betriebsrentenstärkungsgesetz) (BT Drs. 18/11286 vom 22.02.2017) enthalten. Dieser wurde mit der letzten Beschlussempfehlung und dem Bericht des Ausschusses für Arbeit

<sup>5</sup> vergl. Clemens - Entgeltumwandlung zur betrieblichen Altersversorgung, Kap. 3 E. I. S. 114 Abs. 2 S. 1, Höfer – Kommentar BetrAVG Bd. 1 EL 24 / März 2019, zu § 1a BetrAVG, Rz 42

<sup>6</sup> BT Drs. 14/4595 v. 14.11.2000, Entwurf eines Gesetzes zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung und zur Förderung eines kapitalgedeckten Altersvorsorgevermögens (Altersvermögensgesetz - AVmG), unter Begründung A. III. 3. Abs. 3

und Soziales (11. Ausschuss) (BT Drs. 18/12612 v. 31.05.2017) erstmalig erwähnt und wie empfohlen im späteren Gesetz verankert.

Eine Begründung kann der Beschlussempfehlung zu diesem Schritt nicht direkt entnommen werden. Möglicherweise ist es eine im Gesetzgebungsverfahren empfohlene Maßnahme, es bestehenden Systemen der betrieblichen Altersversorgung zu erleichtern, auch angesichts der anhaltenden Niedrigzinsphase ihren Verpflichtungen nachkommen zu können.

Besonders begrüßt wurde die Empfehlung zur Einführung des §1a Abs. 1a BetrAVG von der Fraktion der SPD. Es sei besonders erfreulich, dass es gelungen sei, zu vereinbaren, dass Arbeitgeber ihre Ersparnisse bei den Sozialversicherungsbeiträgen, die anfielen, wenn Beschäftigte sich für eine Entgeltumwandlung entschieden, künftig weiterzugeben und ebenso der Altersvorsorge der Beschäftigten zugutekommen müssten. Dies könne auch als Ausgleich dazu verstanden werden, dass in der Auszahlungsphase die Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung in voller Höhe allein vom Versorgungsberechtigten zu tragen seien.

## (2) Rechtsfolgen und praktische Erwägungen

Die Regelungen des § 1a Abs. 1a BetrAVG sind eine unmittelbare Rechtsfolge aus Abs. 1, insbesondere Satz 3, soweit der Anspruch vom Arbeitnehmer geltend gemacht wird.

Die Zuschusspflicht des Arbeitgebers gilt demnach für alle **anspruchsbasierten** Entgeltumwandlungen, die nach dem 01.01.2019 neu vereinbart wurden.

Soweit der Arbeitgeber auf das vom Arbeitnehmer umgewandelte Entgelt Sozialversicherungsbeiträge einspart, muss der Arbeitgeber zusätzlich einen eigenen aufzuwendenden Betrag in Höhe von 15% des umgewandelten Entgelts an den jeweiligen Versorgungsträger (Pensionsfonds, Pensionskasse, Direktversicherung) weiterleiten. Bei wörtlicher Auslegung wäre es dabei unerheblich, in welcher Höhe er Sozialversicherungsbeiträge einspart. Aktuell legt man in der Praxis die Regelung jedoch dahin gehend aus, dass die 15% sich nur auf den Teil des umgewandelten Entgelts bezieht, das von der Einsparung von Sozialversicherungsbeiträgen betroffen ist.



Nach dem Wortlaut des Abs. 1a liegt es nahe, dass der Arbeitgeberzuschuss in Höhe von 15% an den Versorgungsträger weitergeleitet werden muss, an den der Beitrag in Höhe des umgewandelten Entgelts gezahlt wird. Eine andere Auslegung wäre nicht sachgerecht, da der Gesetzgeber für die Bezeichnung des Versorgungsträgers grammatikalisch den bestimmten Artikel verwendet.

Da der Gesetzgeber bewusst den Begriff des „Arbeitgeberzuschusses“ gewählt hat, teilt dieser unseres Erachtens uneingeschränkt das Schicksal der vereinbarten Entgeltumwandlung, die zugesagte Leistung erhöht sich ab dem Zeitpunkt der Pflicht des Arbeitgebers zur Weiterleitung des Arbeitgeberzuschusses. Dass der Arbeitgeberzuschuss untrennbarer Bestandteil der Entgeltumwandlungsvereinbarung wird folgt auch aus der Erweiterung des § 1b Abs. 5 Satz 1 BetrAVG. Denn dort hat der Gesetzgeber bestimmt, dass der gesetzliche Zuschuss aus ersparten Sozialabgaben Bestandteil der Entgeltumwandlung wird.<sup>7</sup> Unter diesem Gesichtspunkt und in Bezug auf die jüngste Rechtsprechung des BAG könnte man aus arbeitsrechtlicher Sicht im Zweifel vom Wortlaut des Abs. 1a auch davon ausgehen, dass der Arbeitgeberzuschuss den Anspruch des Arbeitnehmers auf Leistungen kongruent im Verhältnis zur Entgeltumwandlung erhöhen soll, unbeschadet der praktischen Wahrscheinlichkeit, dass dies meist versicherungsvertraglich nicht begleitet werden kann.

Unseres Erachtens wäre es sachgerecht den Abs. 1a dahingehend auszulegen, dass der Arbeitgeberzuschuss nicht lediglich an die Pensionskasse, den Pensionsfonds oder die Direktversicherung im versicherungsgesellschaftlichen Sinne weitergeleitet werden soll, sondern in den der Entgeltumwandlung zu Grunde liegenden Vertrag, soweit dies technisch möglich ist. Technisch gesehen kommt auch der Neuabschluss eines Vertrages für den Arbeitgeberzuschuss beim gleichen Versorgungsträger in Betracht,<sup>8</sup> soweit hierdurch der arbeitsrechtliche Anspruch des Arbeitnehmers erfüllt wird. Dadurch würde man auch den Grundsatz der Wertgleichheit der Entgeltumwandlung nicht außer Acht lassen und die Tatsache, dass der Gesetzgeber mit § 1a BetrAVG lediglich arbeitsrechtliche Regelungen schafft.

---

<sup>7</sup> Höfer, BetrAVG, Kommentar Band I Arbeitsrecht, zu § 1a Rz 41.12, EL 24/März 2019

<sup>8</sup> <sup>8</sup> BMF v. 12.08.2021, IV C 5 - S 2333/19/10008 :017, Steuerliche Förderung der betrieblichen Altersversorgung, Rz. 26 Fußnote 2

Diese Auffassung wird in der Literatur zwar meist nicht geteilt, da man dort auch „Rücksicht“ auf den Versorgungsträger nimmt<sup>9</sup>, jedoch ist nach der Rechtsprechung des BAG im Betriebsrentenrecht stets zwischen der arbeitsrechtlichen Grundverpflichtung und den Durchführungswegen zu unterscheiden. Der eingeschaltete externe Versorgungsträger ist seiner Funktion nach nur ein Instrument des Arbeitgebers zur Erfüllung seiner arbeitsrechtlichen Grundverpflichtung.<sup>10</sup>

In der Praxis kollidiert diese Auffassung des BAG regelmäßig mit den vorherrschenden Ansichten, insbesondere der Versicherungsgesellschaften, die sich bei Entgeltumwandlung und beitragsorientierter Leistungszusage meist gegen die Möglichkeit des Auseinanderfallens der arbeitsrechtlichen Grundverpflichtung und der versicherungsvertraglichen Leistung aussprechen.

In der Praxis wurde dies jüngst bereits deutlich in der Frage nach der Einstandspflicht des Arbeitgebers nach § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG für den Fall, dass eine Pensionskasse ihre Leistungen im Future-Service aufgrund der Anpassung von Verrentungsfaktoren für künftige Beiträge kürzt.

#### 4) § 26a BetrAVG

##### (1) Wortlaut

*„§ 26a Übergangsvorschrift zu § 1a Absatz 1a*

*§ 1a Absatz 1a gilt für individual- und kollektivrechtliche Entgeltumwandlungsvereinbarungen, die vor dem 1. Januar 2019 geschlossen worden sind, erst ab dem 1. Januar 2022.“*

##### (2) Rechtsfolge

Der verpflichtende Arbeitgeberzuschuss, der in Abs. 1a geregelt ist, soll ab dem 01.01.2022 auch auf Entgeltumwandlungen (individual- und kollektivrechtlich begründet) Anwendung finden, die vor dem 01.01.2019 vereinbart wurden.

<sup>9</sup> Höfer, BetrAVG, Kommentar Band I Arbeitsrecht, zu § 1a, Rz 41.27, EL 24/März 2019

<sup>10</sup> BAG v. 13.07.2021, Az. 3 AZR 298/20, Rz. 17

### (3) Problemstellung und praktische Erwägungen

In der Praxis wird § 26a BetrAVG derzeit nahezu uneingeschränkt dahingehend verstanden, dass ab dem 01.01.2022 der Arbeitgeberzuschuss nach Abs. 1a verpflichtend ist für alle bestehenden und künftig vereinbarten Entgeltumwandlungen in den versicherungsförmigen Durchführungswegen.

Nach unserem Verständnis bezieht sich die Übergangsvorschrift § 26a jedoch klar auf die Rechtsfolge Abs. 1a und unterliegt somit ebenso dem sachlichen Geltungsbereich des § 1a BetrAVG. Dieser wurde im Zusammenhang mit der Verabschiedung des Altersvermögensgesetz (AvmG) in das Betriebsrentengesetz neu aufgenommen, wodurch der Arbeitnehmer erst seit dem 01.01.2002 einen Anspruch auf Entgeltumwandlung durchsetzen kann.

Erst ab diesem Zeitpunkt können Entgeltumwandlungsvereinbarung nach § 1a entstanden und somit als **anspruchsbasiert**, oder außerhalb des § 1a vereinbart und somit als **nicht-anspruchsbasiert** eingeordnet werden.

Danach kann § 1a Abs. 1a unter Berücksichtigung der Übergangsregelung § 26a unseres Erachtens nicht auf Entgeltumwandlungen Anwendung finden, die vor dem 01.01.2002 vereinbart wurden, da diese grundsätzlich als **nicht-anspruchsbasiert** anzusehen sind.

Würde man ab dem 01.01.2022 alle Entgeltumwandlungen über Pensionsfonds, Pensionskasse und Direktversicherung, die vor dem 01.01.2019 vereinbart wurden, in die Regelung des Abs. 1a einbeziehen, würde dadurch auch eine generelle Umwidmung von bisher **nicht-anspruchsbasierten** Vereinbarungen in **anspruchsbasierte** Vereinbarungen erfolgen, mit der Folge, dass der Abs. 1a aus dem sachlichen Geltungsbereich des § 1a Abs. 1 BetrAVG herausgelöst würde. Auch würden künftige **nicht-anspruchsbasierte** Vereinbarungen in den versicherungsförmigen Durchführungswegen unangemessen benachteiligt, da diese im Gegensatz zu den umgewidmeten Vereinbarungen weiterhin nicht den Regelungen des Abs. 1a unterliegen. Dies gilt ebenso für **nicht-anspruchsbasierte** Entgeltumwandlungen, die zwischen dem 01.01.2002 und 01.01.2019 vereinbart wurden.

## 5) Ergänzende Anmerkungen

Bei **anspruchsbasierten** Vereinbarungen erwirbt der Arbeitnehmer auch einen Rechtsanspruch auf Erhöhung seiner Anwartschaft auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung aus der Vereinbarung zur Entgeltumwandlung unter Berücksichtigung des Arbeitgeberzuschusses nach Abs. 1a. Wird der Anspruch vom Arbeitgeber nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig erfüllt, muss er eine Nachdotierung an den Versorgungsträger vornehmen. Dabei ist die sich aus dem Arbeitgeberzuschuss ergebende Anwartschaft des Arbeitnehmers auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung zunächst arbeitsrechtlich zu bewerten. Für eine Differenz gegenüber der sich ergebenden versicherungsvertraglichen Leistung muss der Arbeitgeber nach § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG im Versorgungsfall eintreten.

Leitet ein Arbeitgeber einen Arbeitgeberzuschuss nach Abs. 1a an den Versorgungsträger weiter, zu dem er nicht verpflichtet war, weil die Vereinbarung zur Entgeltumwandlung **nicht-anspruchsbasiert** ist, ist zu prüfen, ob die Leistung aus dem Beitrag als „arbeitgeberfinanzierte“ betriebliche Altersversorgung fortgeführt werden soll, oder ob der Arbeitgeber eine Rückabwicklung fordern oder ggf. einen Schadensersatzanspruch geltend machen kann.

In der Praxis und vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales<sup>11</sup> (BMAS) wird erwägt, dass Arbeitnehmer und Arbeitgeber vereinbaren können, dass der an den Versorgungsträger zu zahlende Beitrag gleichbleibt und künftig neben einem entsprechend verminderten umgewandelten Entgelt den Arbeitgeberzuschuss enthält (interne Verrechnung). Dabei ist zu beachten, dass der Arbeitnehmer einer solchen Abänderung der Vereinbarung zur Entgeltumwandlung nicht zustimmen muss, zumal sich eine solche Vereinbarung für den Arbeitnehmer in Bezug auf die zu erreichende Leistung nachteilig auswirken dürfte. Soll eine bestehende, anspruchsbasierte Vereinbarung zur Entgeltumwandlung dahingehend abgeändert werden, ist der Arbeitgeber gut beraten, wenn er den Arbeitnehmer zugleich hinreichend darüber informiert, ob und in welcher Höhe sich die Leistung aus der Vereinbarung künftig verändert, und ob sich Veränderungen aus arbeitsrechtlicher Sicht ergeben.

---

<sup>11</sup> BMF v. 12.08.2021, IV C 5 - S 2333/19/10008 :017, Steuerliche Förderung der betrieblichen Altersversorgung, Rz. 26 Fußnote 2

## 6) Praktische Erwägungen

- (1) Bei Vereinbarungen zur Entgeltumwandlung im Sinne des Betriebsrentengesetzes können diese dem sachlichen Geltungsbereich des § 1a BetrAVG unterliegen und somit **anspruchsbasiert** sein, soweit der Arbeitnehmer seinen Anspruch nach § 1a Abs. 1 BetrAVG geltend gemacht hat, und nicht bereits nach Abs. 2 ausgeschlossen wird.
- (2) Vereinbarungen zur Entgeltumwandlung zwischen dem Arbeitgeber und einem Arbeitnehmer, der nicht in der gesetzlichen Rentenversicherung pflichtversichert ist, unterliegen nicht dem sachlichen Geltungsbereich des § 1a BetrAVG und sind als **nicht-anspruchsbasiert** einzuordnen.
- (3) Vereinbarungen zur Entgeltumwandlung sind **nicht-anspruchsbasiert**, wenn sie in den Durchführungswegen Direktzusage und Unterstützungskasse vereinbart wurden, oder nicht auf der Durchsetzung des Anspruchs des Arbeitnehmers nach §1a BetrAVG begründet wurden.
- (4) Der verpflichtende Arbeitgeberzuschuss nach § 1a Abs. 1a BetrAVG ist ab dem 01.01.2022 auf **anspruchsbasierte** Entgeltumwandlungen anzuwenden, die nach dem 01.01.2002 vereinbart wurden.
- (5) Die Weiterleitung des Arbeitgeberzuschusses soll in den, der **anspruchsbasierten** Entgeltumwandlung zu Grunde liegenden Versicherungsvertrag weitergeleitet werden, oder alternativ in einen neu abzuschließenden, wertgleichen Versicherungsvertrag beim gleichen Versorgungsträger. Der arbeitsrechtliche Anspruch des Arbeitnehmers auf die zugesagten Leistungen erhöht sich im Verhältnis des zusätzlich gezahlten Beitrags zum Beitrag aus Entgeltumwandlung. Fällt die aus dem Arbeitgeberzuschuss resultierende, versicherungsvertragliche Leistung niedriger aus, oder leitet der Arbeitgeber den Arbeitgeberzuschuss an den Versorgungsträger nicht oder zu spät weiter, ist der Arbeitgeber zur Nachdotierung des Versorgungsträgers verpflichtet, und es ergibt sich für den Arbeitgeber im Versorgungsfall ggf. eine Einstandspflicht nach § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG. Zeitpunkt der Erhöhung der Anwartschaft des Arbeitnehmers ist der gesetzliche Beginn der Zuschusspflicht.
- (6) Aufgrund der gesetzlichen Regelungen für den Arbeitgeberzuschuss nach Abs. 1a müssen keine zusätzlichen Vereinbarungen getroffen werden.