

BUNDESARBEITSGERICHT



3 AZR 154/09
9 Sa 488/08
Landesarbeitsgericht
München

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
19. April 2011

URTEIL

Kaufhold, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. April 2011 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Zwanziger, die

Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Schlewing sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Schmidt und Wischnath für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 28. Januar 2009 - 9 Sa 488/08 - aufgehoben.

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 9. April 2008 - 34 Ca 14246/07 - abgeändert.

Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, von den künftigen Entgeltansprüchen des Klägers auf dessen Antrag und nähere Bestimmung hin monatlich einen Betrag von bis zu 4 % der jeweiligen Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung, mindestens jedoch einen jährlichen Betrag in Höhe von einem Hundertsechzigstel der Bezugsgröße nach § 18 Abs. 1 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch, für betriebliche Altersversorgung umzuwandeln und an einen noch zu benennenden Empfänger iSd. § 1a Abs. 1 BetrAVG zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Beklagte.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob der Beklagte verpflichtet ist, dem Verlangen des Klägers nachzukommen, Teile seiner Entgeltansprüche durch Entgeltumwandlung für seine betriebliche Altersversorgung zu verwenden. 1

Der 1957 geborene Kläger ist seit dem 1. Oktober 1980 bei dem Beklagten beschäftigt. Er ist Mitglied der Gewerkschaft ver.di. In dem Arbeitsvertrag der Parteien vom 26. August 2005 heißt es ua.: 2

„§ 2

Für das Arbeitsverhältnis wird die Geltung des Bundes-Angestelltentarifvertrages (BAT) vom 23.02.1961 und der

diesen ändernden und ergänzenden bzw. ersetzenden Tarifverträge vereinbart.

Sämtliche in diesem Arbeitsvertrag vereinbarten Tarifbestimmungen finden in der Fassung für die Angestellten des Bundes Anwendung. ...

...

§ 6

Die M-Gesellschaft ist der Zusatzversicherung bei der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder angeschlossen.

Für die zusätzliche Alters- und Hinterbliebenenversorgung (§ 46 BAT) gilt der Tarifvertrag über die betriebliche Altersversorgung der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes (Tarifvertrag Altersversorgung - ATV) vom 1. März 2002 mit allen ihn ändernden und ergänzenden bzw. ersetzenden Tarifverträgen.

...“

Für den Bereich des Bundes wurde nach § 2 Abs. 1 des Tarifvertrages zur Überleitung der Beschäftigten des Bundes in den TVöD und zur Regelung des Übergangsrechts (*TVÜ-Bund*) der BAT mit Wirkung vom 1. Oktober 2005 durch den TVöD ersetzt. Der TVöD enthält ua. folgende Regelungen:

3

„§ 1 Geltungsbereich

(1) Dieser Tarifvertrag gilt für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer - nachfolgend Beschäftigte genannt -, die in einem Arbeitsverhältnis zum Bund oder zu einem Arbeitgeber stehen, der Mitglied eines Mitgliedsverbandes der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) ist.

...

§ 25 Betriebliche Altersversorgung

Die Beschäftigten haben Anspruch auf Versicherung unter eigener Beteiligung zum Zwecke einer zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung nach Maßgabe des Tarifvertrages über die betriebliche Altersversorgung der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes (Tarifvertrag Altersversorgung - ATV) ... in ihrer jeweils geltenden Fassung.“

Im Tarifvertrag über die betriebliche Altersversorgung der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes (*Tarifvertrag Altersversorgung - ATV*) vom 1. März 2002 (*im Folgenden: ATV*) heißt es ua.: 4

„Präambel

...

Das bisherige Gesamtversorgungssystem wird mit Ablauf des 31. Dezember 2000 geschlossen und durch ein Punktemodell ersetzt, in dem entsprechend den nachfolgenden Regelungen diejenigen Leistungen zugesagt werden, die sich ergeben würden, wenn eine Gesamtbeitragsleistung von 4 v.H. des Zusatzversorgungspflichtigen Entgelts vollständig in ein kapitalgedecktes System eingezahlt würde. Das Jahr 2001 wird im Rahmen des Übergangsrechts berücksichtigt.

Bei den Zusatzversorgungseinrichtungen kann als Leistung der betrieblichen Altersversorgung auch eine zusätzliche kapitalgedeckte Altersvorsorge durch eigene Beiträge unter Inanspruchnahme der steuerlichen Förderung durchgeführt werden.

Erster Teil. Punktemodell

Abschnitt I. Geltungsbereich

§ 1 Geltungsbereich

Dieser Tarifvertrag gilt für Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmer und Auszubildende (Beschäftigte), die unter den Geltungsbereich der in der Anlage 1 aufgeführten Tarifverträge des öffentlichen Dienstes fallen und deren Arbeitgeber bei der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL) Beteiligter oder bei der Ruhegehalts- und Zusatzversorgungskasse des Saarlandes (ZVK-Saar) Mitglied ist.“

In der Anlage 1 zum ATV heißt es unter „Geltungsbereich“: 5

„Tarifverträge im Sinne des § 1 sind der

1. Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD),

...“

Ziff. 1.3 der Anlage 5 - Altersvorsorgeplan 2001 zum ATV lautet: 6

„Durch den Systemwechsel erhalten die Arbeitnehmer die

Möglichkeit, eine zusätzliche kapitalgedeckte Altersversorgung durch eigene Beiträge unter Inanspruchnahme der steuerlichen Förderung aufzubauen (Riester-Rente). Diese Möglichkeit soll auch bei den Zusatzversorgungskassen eröffnet werden.

Die Möglichkeit der Entgeltumwandlung besteht derzeit - einheitlich für alle Arbeitnehmer - nicht; die Tarifvertragsparteien geben sich eine Verhandlungszusage für eine tarifvertragliche Regelung zur Entgeltumwandlung.“

Der Beklagte ist ein privatrechtlicher Verein, der es sich ausweislich seiner Satzung zum Zweck gesetzt hat, die Wissenschaften zu fördern, insbesondere durch Unterhaltung von Forschungseinrichtungen. Er finanziert sich zu ganz erheblichen Teilen (*nahezu 100 %*) aus öffentlichen Mitteln; er ist Empfänger sog. institutioneller Förderung iSd. § 8 Abs. 1 des Gesetzes über die Feststellung des Bundeshaushaltsplans (*im Folgenden: Haushaltsgesetz*). Im Hinblick auf die Bewilligung von Zuwendungen trifft § 8 Abs. 2 Haushaltsgesetz 2007, ebenso wie die Haushaltsgesetze der Vorjahre und die der nachfolgenden Jahre, die Regelung:

7

„Die in Absatz 1 genannten Zuwendungen zur institutionellen Förderung dürfen nur mit der Auflage bewilligt werden, dass der Zuwendungsempfänger seine Beschäftigten nicht besser stellt als vergleichbare Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Bundes. ... Das Bundesministerium der Finanzen kann bei Vorliegen zwingender Gründe Ausnahmen zulassen.“

Mit Schreiben vom 16. August 2007 bat der Kläger den Beklagten darum, ihm durch Entgeltumwandlung nach § 1a BetrAVG eine zusätzliche Altersversorgung zu ermöglichen. Der Beklagte lehnte dies mit Schreiben vom 13. September 2007 mit der Begründung ab, die in § 1a BetrAVG vorgesehene Umwandlung sei „derzeit“ nicht umsetzbar.

8

Mit seiner am 17. Oktober 2007 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat der Kläger sein Begehren, Teile seiner Entgeltansprüche durch Entgeltumwandlung für seine betriebliche Altersversorgung zu verwenden, weiter verfolgt. Er hat die Auffassung vertreten, nach § 1a BetrAVG einen Anspruch auf Entgeltumwandlung zu haben. Der Anspruch sei nicht nach § 17

9

Abs. 3 Satz 2 BetrAVG iVm. Ziff. 1.3 der Anlage 5 zum ATV ausgeschlossen. Der ATV sei kein einschlägiger Tarifvertrag im Sinne dieser Bestimmung. Auch das in § 8 Abs. 2 Haushaltsgesetz enthaltene Besserstellungsverbot hindere ihn nicht, Ansprüche und Rechte gegenüber dem Beklagten auch dann geltend zu machen, wenn diese über diejenigen hinausgingen, die vergleichbaren Beschäftigten des öffentlichen Dienstes gesetzlich oder tariflich zustünden.

Der Kläger hat zuletzt sinngemäß beantragt

10

festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, von seinen künftigen Entgeltansprüchen auf seinen Antrag und nähere Bestimmung hin monatlich einen Betrag von bis zu 4 % der jeweiligen Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung, mindestens jedoch einen jährlichen Betrag in Höhe von 1/160 der Bezugsgröße nach § 18 Abs. 1 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch für betriebliche Altersversorgung umzuwandeln und an einen noch zu benennenden Empfänger iSd. § 1a Abs. 1 BetrAVG zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Der Beklagte hat die Ansicht vertreten, der Anspruch des Klägers auf Entgeltumwandlung nach § 1a BetrAVG sei nach § 17 Abs. 3 Satz 2 BetrAVG iVm. Ziff. 1.3 der Anlage 5 zum ATV ausgeschlossen. Der ATV sei nicht branchenfremd und deshalb ein einschlägiger Tarifvertrag im Sinne dieser Bestimmung. Im Übrigen sei auch aufgrund des Besserstellungsverbots des § 8 Abs. 2 Haushaltsgesetz eine Entgeltumwandlung ausgeschlossen.

11

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

12

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist begründet. Die Vorinstanzen haben die Klage zu Unrecht abgewiesen. Die als Feststellungsklage mit dem im Tatbestand wiedergegebenen Inhalt auszulegende und als solche zulässige Klage

13

ist begründet. Der Beklagte ist verpflichtet, dem Verlangen des Klägers nachzukommen, Teile seiner Entgeltansprüche durch Entgeltumwandlung für eine betriebliche Altersversorgung zu verwenden. Der Anspruch des Klägers folgt aus § 1a Abs. 1 BetrAVG. Er ist weder nach § 17 Abs. 3 Satz 1 BetrAVG iVm. Ziff. 1.3 der Anlage 5 - Altersvorsorgeplan 2001 zum ATV noch nach § 17 Abs. 3 Satz 2 BetrAVG iVm. Ziff. 1.3 der Anlage 5 - Altersvorsorgeplan 2001 zum ATV ausgeschlossen. Auch § 8 Abs. 2 Haushaltsgesetz steht dem Anspruch nicht entgegen.

I. Der Kläger erfüllt die Voraussetzungen des § 1a Abs. 1 BetrAVG. 14
Danach kann der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber verlangen, dass von seinen künftigen Entgeltansprüchen bis zu 4 vH der jeweiligen Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung durch Entgeltumwandlung für seine betriebliche Altersversorgung verwendet werden. Soweit der Anspruch geltend gemacht wird, muss der Arbeitnehmer jährlich einen Betrag iHv. mindestens einem Hundertsechzigstel der Bezugsgröße nach § 18 Abs. 1 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch für seine betriebliche Altersversorgung verwenden. Diese Bestimmung ist auf den Kläger anwendbar, da er als Mitarbeiter bei dem Beklagten ein rentenversicherungspflichtiger Arbeitnehmer ist (§ 1 Satz 1 Nr. 1 Halbs. 1 SGB VI) und damit dem persönlichen Geltungsbereich unterfällt (§ 17 Abs. 1 Satz 1 und Satz 3 BetrAVG). Die in dem Klageantrag genannten Maximal- bzw. Minimalbeträge entsprechen den für die Entgeltumwandlung insoweit in § 1a Abs. 1 Satz 1 und Satz 4 BetrAVG vorgesehenen Grenzen.

II. Der Anspruch ist nicht nach § 17 Abs. 3 Satz 1 BetrAVG iVm. Ziff. 1.3 15
der Anlage 5 - Altersvorsorgeplan 2001 zum ATV ausgeschlossen.

Zwar sieht § 17 Abs. 3 Satz 1 BetrAVG vor, dass in Tarifverträgen ua. 16
von § 1a BetrAVG abgewichen werden kann. Die Bestimmung setzt jedoch - wie insbesondere ein Vergleich mit § 17 Abs. 3 Satz 2 BetrAVG zeigt - voraus, dass die tarifliche Regelung aufgrund beiderseitiger Tarifgebundenheit auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet. Dies ist hier nicht der Fall. Der ATV findet auf das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht mit un-

mittelbarer und zwingender Wirkung Anwendung (§ 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG). Zwar ist der Kläger Mitglied der Gewerkschaft ver.di, die sowohl den TVöD als auch den ATV abgeschlossen hat; allerdings fehlt es an der Tarifgebundenheit des Beklagten iSd. § 3 Abs. 1 TVG.

III. Der Anspruch des Klägers ist auch nicht nach § 17 Abs. 3 Satz 2 BetrAVG iVm. Ziff. 1.3 der Anlage 5 - Altersvorsorgeplan 2001 zum ATV ausgeschlossen. Nach § 17 Abs. 3 Satz 2 BetrAVG haben die abweichenden tariflichen Bestimmungen zwischen nicht tarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern Geltung, wenn zwischen diesen die Anwendung der einschlägigen tariflichen Regelungen vereinbart ist. Der ATV ist indes keine einschlägige tarifliche Regelung in diesem Sinne. 17

1. Die einschlägige tarifliche Regelung iSv. § 17 Abs. 3 Satz 2 BetrAVG ist diejenige, die gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG gelten würde, wenn die Parteien des Arbeitsvertrages tarifgebunden wären (vgl. *Wiedemann/Oetker 7. Aufl. § 3 TVG Rn. 387; Höfer BetrAVG Stand März 2010 § 17 Rn. 5657; Rolfs in Blomeyer/Rolfs/Otto BetrAVG 5. Aufl. § 17 Rn. 203; Löwisch/Rieble TVG 2. Aufl. § 3 Rn. 258*). Die Bezugnahme muss sich daher auf den räumlich, zeitlich, fachlich und persönlich anwendbaren Tarifvertrag beziehen. § 17 Abs. 3 Satz 2 BetrAVG enthält keine Einschränkung auf den fachlich einschlägigen Tarifvertrag. 18

a) Dies ergibt sich nicht nur aus dem Gesetzeswortlaut, sondern auch aus dem Zweck der Tariföffnungsklausel in § 17 Abs. 3 Satz 1 BetrAVG und der durch § 17 Abs. 3 Satz 2 BetrAVG für Nichttarifgebundene geschaffenen Möglichkeit, die Anwendung des einschlägigen Tarifvertrages zu vereinbaren. Die Tariföffnungsklausel des § 17 Abs. 3 Satz 1 BetrAVG beruht auf der Erwägung, dass tarifvertragliche Regelungen eine hinreichende Gewähr für eine angemessene Berücksichtigung auch der Interessen der Arbeitnehmer bieten, da grundsätzlich von der Parität der Vertragspartner ausgegangen werden kann (vgl. *BT-Drucks. 7/1281 S. 30 f.*). Nur vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber die Dispositivität der in § 17 Abs. 3 Satz 1 BetrAVG aufgeführten Vorschriften des Betriebsrentengesetzes auf nicht tarifgebundene Arbeitnehmer 19

und Arbeitgeber erstreckt (vgl. *BT-Drucks. 7/1281 S. 30 f.*). Da nur die Regelungen eines in jeder Hinsicht einschlägigen Tarifvertrages die Vermutung begründen können, dass dieser die divergierenden Interessen angemessen ausgleicht, ist als einschlägig nur der Tarifvertrag anzusehen, der bei unterstellter Tarifgebundenheit beider Parteien auf das Arbeitsverhältnis unmittelbar Anwendung fände.

b) Eine andere Auslegung ist auch dann nicht geboten, wenn der Arbeitgeber Empfänger sog. institutioneller Förderung ist und auf die Arbeitsverhältnisse mit seinen Beschäftigten die Tarifverträge für den öffentlichen Dienst anwendet. § 17 Abs. 3 Satz 2 BetrAVG sieht - anders als zB § 7 Abs. 3 ArbZG und § 22 TzBfG - eine derartige Einschränkung nicht vor. 20

Sowohl § 7 Abs. 3 ArbZG als auch § 22 TzBfG verlangen nicht, dass auf den einschlägigen Tarifvertrag verwiesen wird, sondern erlauben die Bezugnahme auf die für den öffentlichen Dienst geltenden tariflichen Bestimmungen, sofern die Arbeitgeber die Kosten des Betriebs überwiegend mit Zuwendungen iSd. Haushaltsrechts decken. In § 17 Abs. 3 Satz 2 BetrAVG ist eine derartige Regelung nicht getroffen. Der Gesetzgeber hat sich bewusst dafür entschieden, bei einigen gesetzlichen Bezugnahmeermächtigungen eine vom Gesetz zu Ungunsten der Arbeitnehmer abweichende Vereinbarung bereits dann zuzulassen, wenn nicht auf die einschlägigen Tarifverträge, sondern auf die für den öffentlichen Dienst geltenden tariflichen Bestimmungen verwiesen wird und der Arbeitgeber Empfänger sog. institutioneller Förderung ist. Zu diesen gesetzlichen Bezugnahmeermächtigungen gehört § 17 Abs. 3 Satz 2 BetrAVG nicht. Dies beruht auch nicht auf einem redaktionellen Versehen. Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des § 1a BetrAVG sowie der Änderung des § 17 Abs. 3 BetrAVG durch das Altersvermögensgesetz vom 26. Juni 2001 (*BGBI. I S. 1310*) lag die Übernahme der ursprünglich in Art. 1 § 6 Abs. 2 BeschFG 1985 getroffenen Regelung durch § 22 TzBfG erst ein halbes Jahr zurück. 21

c) Eine andere Auslegung kommt entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts auch dann nicht in Betracht, wenn die Anwendung des Tarifver- 22

trages von dem Arbeitgeber mit allen Arbeitnehmern vereinbart wird und ein anderer einschlägiger Tarifvertrag für den Arbeitgeber nicht besteht. Dass sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer in einem solchen Fall in einem in sich geschlossenen System bewegen, in dem für alle einheitliche Arbeitsbedingungen gelten, rechtfertigt es nicht, von dem Erfordernis der Bezugnahme auf einen in jeder Hinsicht einschlägigen Tarifvertrag abzusehen. Die gesetzliche Bezugnahmeermächtigung des § 17 Abs. 3 Satz 2 BetrAVG soll es zum einen tarifgebundenen Arbeitgebern ermöglichen, im Unternehmen einheitliche Arbeitsbedingungen zu schaffen (*vgl. Wiedemann/Oetker § 3 TVG Rn. 376*). Soweit § 17 Abs. 3 Satz 2 BetrAVG auch den nicht tarifgebundenen Arbeitgebern die Bezugnahme auf Tarifverträge gestattet, dient dies nicht dem Vereinheitlichungsinteresse im Betrieb, sondern schützt ausschließlich die Stellung der nicht tarifgebundenen Arbeitgeber im Wettbewerb; sie sollen keinen Nachteil erleiden, weil es ihnen wegen fehlender Tarifgebundenheit verwehrt ist, von zwingendem Gesetzesrecht zu Lasten der Arbeitnehmer abzuweichen (*vgl. Wiedemann/Oetker § 3 TVG Rn. 377*). Dieser Zweck gebietet es, die Bezugnahmeermächtigung auf den räumlich, zeitlich, fachlich und persönlich anwendbaren Tarifvertrag zu beschränken.

2. Danach ist der ATV kein einschlägiger Tarifvertrag iSd. § 17 Abs. 3 Satz 2 BetrAVG. 23

Nach § 1 ATV gilt dieser Tarifvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die unter den Geltungsbereich der in der Anlage 1 aufgeführten Tarifverträge des öffentlichen Dienstes fallen und deren Arbeitgeber bei der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL) Beteiligter ist. Der Beklagte ist zwar Beteiligter bei der VBL. Der Kläger fällt jedoch nicht unter den Geltungsbereich des in der Anlage 1 zum ATV genannten TVöD. Er selbst ist zwar Mitglied der Gewerkschaft ver.di. Der TVöD gilt jedoch nach § 1 nur für Beschäftigte, die in einem Arbeitsverhältnis zum Bund oder zu einem Arbeitgeber stehen, der Mitglied eines Mitgliedsverbandes der VKA ist. Um einen solchen Arbeitgeber handelt es sich bei dem Beklagten nicht. Der Beklagte hat 24

nach § 3 der Satzung des Kommunalen Arbeitgeberverbandes Bayern nicht die Möglichkeit, Mitglied in diesem Verband zu werden.

IV. Dem Anspruch des Klägers steht schließlich auch nicht § 8 Abs. 2 Haushaltsgesetz entgegen. Das in dieser Bestimmung enthaltene Verbot der Besserstellung gegenüber vergleichbaren Beschäftigten des öffentlichen Dienstes gebietet es nicht, den ATV ausnahmsweise als einschlägigen Tarifvertrag iSd. § 17 Abs. 3 Satz 2 BetrAVG anzusehen. 25

1. Es spricht bereits viel dafür, dass die Möglichkeit zur Entgeltumwandlung nach § 1a BetrAVG keine Besserstellung iSd. § 8 Abs. 2 Haushaltsgesetz bewirkt. Zum einen führt die Entgeltumwandlung nach § 1a BetrAVG nicht zu höheren Ausgaben des Zuwendungsempfängers und beeinträchtigt somit nicht den mit dem Besserstellungsverbot angestrebten Zweck. Das Besserstellungsverbot beruht im Wesentlichen auf der Überlegung, dass der Staat seine Bediensteten ausreichend besoldet und es daher den Zuwendungsempfängern möglich und zumutbar ist, ihre Aufgaben mit einem Besoldungsniveau wahrzunehmen, das dem des Staates entspricht, und dass zur Wahrung des auch im Zuwendungswesen geltenden Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Gesamtaufwand des Zuwendungsempfängers und damit der Zuwendungsbedarf verringert werden soll (*vgl. Bayerischer VGH 25. Februar 1998 - 19 B 94.3076 - zu 4.2.1 der Gründe, RsDE Nr. 44 S. 87*). Zum anderen ist es zweifelhaft, ob eine Besserstellung iSd. § 8 Abs. 2 Haushaltsgesetz vorliegt, wenn der Arbeitgeber aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung Handlungen vornimmt oder Leistungen erbringt, wie dies beim Abschluss einer Entgeltumwandlungsvereinbarung nach § 1a BetrAVG der Fall ist. Dies kann jedoch dahinstehen. Ebenso nicht entscheiden werden muss, ob das Besserstellungsverbot den Beklagten in der Weise bindet, mit seinen Arbeitnehmern keine gegenüber den für vergleichbare Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes geltenden Arbeitsbedingungen günstigere Abmachungen zu treffen (*so BAG 25. April 2007 - 10 AZR 634/06 - Rn. 22, BAGE 122, 174*) oder ob er insoweit frei und nur durch die Inanspruchnahme der Zuwendung begrenzt ist (*so BVerwG 3. Mai 1999 - 3 B 91.98 - Buchholz 11*) 26

Art. 140 GG Nr. 64; vom BAG zuletzt offengelassen, vgl. 27. August 2008 - 4 AZR 485/07 - Rn. 30, AP TVG § 1 Auslegung Nr. 212). Das Besserstellungsverbot hindert die Arbeitnehmer jedenfalls nicht, Ansprüche und Rechte gegenüber dem Arbeitgeber auch dann geltend zu machen, wenn diese über diejenigen hinausgehen, die vergleichbaren Beschäftigten des öffentlichen Dienstes gesetzlich oder tariflich zustehen (*vgl. BAG 27. August 2008 - 4 AZR 485/07 - Rn. 30, aaO; 25. April 2007 - 10 AZR 634/06 - Rn. 22, aaO*).

2. Der Beklagte muss auch nicht befürchten, im Falle des Abschlusses einer Entgeltumwandlungsvereinbarung die erhaltenen Zuwendungen an den Bund zurückzahlen zu müssen. Wird eine Zuwendung mit einer Auflage iSd. § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG verbunden, kann der Zuwendungsgeber den Zuwendungsbescheid zwar nach § 49 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwVfG, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise auch mit Wirkung für die Vergangenheit widerrufen, wenn der Begünstigte die Auflage nicht oder nicht innerhalb einer ihm gesetzten Frist erfüllt hat. Allerdings steht der Widerruf nach § 49 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwVfG im pflichtgemäßen Ermessen des Zuwendungsgebers. Im Rahmen dieser Ermessensbetätigung hätte die Bundesrepublik Deutschland als Zuwendungsgeberin zugunsten des Beklagten zu berücksichtigen, dass sie ihm mit der Auflage aufgegeben hätte, sich im Hinblick auf die Entgeltumwandlung gegenüber seinen Arbeitnehmern gesetzeswidrig zu verhalten. Dies dürfte dazu führen, dass der Widerruf unterbleibt. Zudem sieht § 8 Abs. 2 Satz 3 Haushaltsgesetz vor, dass das Bundesministerium der Finanzen bei Vorliegen zwingender Gründe Ausnahmen vom Besserstellungsverbot zulassen kann. Die gesetzliche Verpflichtung des Beklagten zur Entgeltumwandlung gemäß § 1a BetrAVG stellt einen solchen zwingenden Grund dar, der eine Ausnahme vom Besserstellungsverbot gebietet.

V. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

28

Gräfl

Zwanziger

Schlewing

Schmidt

Wischnath