

# Urteil Az. 3 AZR 17/09\*

BAG

15. September 2009

## Leitsätze

1. Es ist rechtlich problematisch, wenn der Arbeitgeber bei einer Entgeltumwandlung dem Arbeitnehmer anstelle von Barlohn eine Direktversicherung mit (voll) gezillmerten Tarifen zusagt. Die Zillmerung verstößt zwar nicht gegen das Wertgleichheitsgebot des §1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG. Es spricht jedoch einiges dafür, dass die auf gezillmerte Versicherungstarife abstellende betriebliche Altersversorgung eine unangemessene Benachteiligung iSd. §307 BGB enthält. Angemessen könnte es sein, die bei der Direktversicherung anfallenden einmaligen Abschluss- und Vertriebskosten auf fünf Jahre zu verteilen. 2. Soweit die Verwendung gezillmerter Versicherungstarife bei einer Entgeltumwandlung der Rechtskontrolle nicht standhält, führt dies nicht zur Unwirksamkeit der Entgeltumwandlungsvereinbarung und nicht zur Nachzahlung von Arbeitsentgelt, sondern zu einer höheren betrieblichen Altersversorgung.

## Tenor

- 1 1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 13. August 2008 - 7 Sa 454/08 - wird zurückgewiesen.
- 2 2. Der Kläger hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

## Tatbestand

- 3 Die Parteien streiten darüber, ob der Kläger von der Beklagten Zahlung in Höhe des Arbeitsentgelts verlangen kann, das aufgrund einer Entgeltumwandlung für eine zu seinen Gunsten geschlossene Direktversicherung mit einem gezillmerten

---

\*<http://openjur.de/u/171933.html> (= openJur 2011, 97923)

Tarif verwandt wurde.

4 Der am 13. August 1974 geborene Kläger war vom 1. Juli 2000 bis einschließlich  
30. September 2007 bei der Beklagten beschäftigt. Bis zum 30. Juni 2001 war  
er als Trainee im Bereich Personal und ab 1. Juli 2001 aufgrund des Arbeits-  
vertrags vom 17. Mai 2001 als "Personalreferent für Grundsatzfragen" tätig. Nr.  
11 (Schlussbestimmungen) dieses Arbeitsvertrags enthielt ua. folgende Verein-  
barungen:

5  
'...

6 Alle Ansprüche aus dem Beschäftigungsverhältnis müssen innerhalb einer Frist  
von drei Monaten nach Fälligkeit schriftlich geltend gemacht werden. Ansprü-  
che, die nicht innerhalb dieser Frist geltend gemacht worden sind, sind verwirkt.

7 Diese Regelung gilt sowohl für die Ansprüche des Mitarbeiters wie auch für die  
Ansprüche der Firma.

8 ..."

9 Als im Jahre 2002 bei der Beklagten ein Modell zur Entgeltumwandlung ein-  
geführt werden sollte, wirkte der Kläger daran mit. Inwieweit und auf welche  
Weise er eingebunden war, ist zwischen den Parteien streitig. Zunächst schloss  
die Beklagte mit der Versicherung einen Rahmenvertrag ab. Ihm lagen ebenso  
wie dem späteren mit der Pensionskasse (im Folgenden: Pensionskasse) geschlos-  
senen Gruppenversicherungsvertrag (voll) gezillmerte Tarife zugrunde.

10 Mit Wirkung zum 1. April 2004 änderten die Parteien den Arbeitsvertrag vom  
17. Mai 2001. Der Kläger übernahm die Position "Personalreferent Region West"  
in der Zentrale der Beklagten. Außerdem wurde eine Gehaltserhöhung verein-  
bart. Alle übrigen Bestimmungen des bisherigen Arbeitsvertrags blieben unbe-  
rührt.

11 Am 2./3. November 2004 schlossen die Parteien eine Entgeltumwandlungsver-  
einbarung. Sie lautet auszugsweise:

12  
'...

13 2.

14 In Abänderung des Arbeitsvertrages vom 01.07.2000 wird ... mit Wirkung vom  
01.12.2004 vereinbart, dass der Anspruch des Arbeitnehmers auf Zahlung von  
Barlohn in Höhe von T 4 % der Beitragsbemessungsgrenze ... in einen An-  
spruch auf Verschaffung von Versicherungsschutz umgewandelt wird. Hierdurch

geht der Anspruch auf Barauszahlung dieses Betrages unter.

15 3.

16 Der Arbeitgeber verpflichtet sich, in Höhe des laut Ziff. 2 umgewandelten Betrages 1/12 jährliche Beiträge zu der von ihm abzuschließenden Rentenversicherung zu zahlen. Die Rentenversicherung mit Beginndatum 01.12.2004 bei der Pensionskasse abgeschlossen. Die Versicherungsbeiträge wird der Arbeitgeber in der vereinbarten Höhe solange und insoweit entrichten, wie ein aktives Dienstverhältnis besteht, und er zur Zahlung von Bezügen daraus verpflichtet ist.

17 ...

18 8.

19 Im übrigen regeln sich die Rechtsbeziehung nach dem Inhalt des mit der Pensionskasse geschlossenen Versicherungsvertrages.

20 ...“

21 In der Versicherungsurkunde der Pensionskasse ist als Versicherungsnehmer die Beklagte und als versicherte Person der Kläger angegeben. Diese Urkunde enthält folgende Vereinbarungen und Hinweise:

22

’...

23 Garantierte Versicherungsleistungen

24 Altersrentenversicherung

25 lebenslange monatliche Altersrente

26 736,49 EUR

27 oder

28 einmalige Kapitalabfindung

29 146.290,77 EUR

30 Bei Tod der versicherten Person vor Altersrentenbeginn werden die für die Altersrente gezahlten Beiträge erstattet, sofern die versicherte Person bei ihrem Tod versorgungsberechtigte Hinterbliebene hinterläßt.

31 ...

- 32 Ausscheiden der versicherten Person
- 33 Scheidet eine versicherte Person vor Eintritt des Versicherungsfalles aus dem Gruppenversicherungsvertrag aus, so meldet der Vertragspartner unverzüglich die auf das Leben dieser Person abgeschlossene Versicherung ab. Zu dem in der Abmeldung genannten Zeitpunkt, frühestens aber zum Ende der bei der Abmeldung laufenden Beitragszahlungsperiode wandelt sich die Versicherung in eine beitragsfreie um, sofern nach den Versicherungsbedingungen die Voraussetzungen für eine solche Umwandlung gegeben sind; ...
- 34 Der Versicherungsnehmer überläßt der versicherten Person die Rechtsstellung des Versicherungsnehmers. Diese kann bis zum Ende der laufenden Beitragszahlungsperiode, mindestens aber bis zum Ablauf von drei Monaten ab dem in der Abmeldung genannten Zeitpunkt die Versicherung ohne Gesundheitsprüfung nach einem für Fortsetzungsverträge vorgesehenen Tarif fortsetzen. Bereits abgelaufene Wartezeiten werden angerechnet.
- 35 ...
- 36 Auf Verlangen der ausgeschiedenen versicherten Person überträgt der Versicherungsnehmer frühestens ab Beendigung des Arbeitsverhältnisses das für den Übertragungszeitpunkt berechnete Deckungskapital der Versicherung auf den neuen Arbeitgeber oder dessen Versorgungsträger. Voraussetzung ist, daß der neue Arbeitgeber der ausgeschiedenen versicherten Person eine wertmäßig entsprechende Versorgungszusage erteilt.
- 37 Bezugsberechtigung
- 38 Der versicherten Person wird auf die Leistung aus der auf ihr Leben abgeschlossenen Versicherung sowohl für den Todes- als auch für den Erlebensfall ein nicht übertragbares und nicht beleihbares unwiderrufliches Bezugsrecht eingeräumt.
- 39 ...
- 40 Garantiewerte
- 41 Bei einer Gegenüberstellung der Werte der nachfolgenden Übersicht und der Summe der eingezahlten Beiträge ist zu berücksichtigen, daß für die beitragsfreien Leistungen und die Rückkaufswerte nicht die vollen Beiträge verwendet werden können.
- 42 Zunächst werden die Kosten für das Einziehen der Beiträge und die Verwaltung der Versicherung aus den Beiträgen bestritten. Für die Beratung beim Abschluß einer Versicherung und das Einrichten eines Vertrages entstehen ebenfalls Kosten. Diese werden Ihnen nicht gesondert in Rechnung gestellt. Sie müssen aus

den ersten Beiträgen bestritten werden.

43 Nur der verbleibende Teil des Beitrags steht für die Bildung der beitragsfreien Leistungen und des Rückkaufswertes zur Verfügung.

44 Die Tabellenwerte geben die garantierten Leistungen an; darüber hinaus erbringen wir noch Leistungen aus der Überschußbeteiligung.

45 ...

46 Die Angaben der Übersicht beziehen sich auf den 01.12. des jeweiligen Jahres.

47 ...

48 Jahr

49 garantierte beitragsfreie Altersrente in EUR

50 garantierter Rückkaufswert in EUR

51 2005

52 0,00

53 0,00

54 2006

55 14,63

56 1.192,39

57 2007

58 48,24

59 3.690,65

60 ...“

61 In der Anlage zur Versicherungsurkunde wurden die Allgemeinen Versicherungsbedingungen aufgeführt und wie folgt erläutert:

62 '...

- 63 §5 Beitragsfreie Versicherung
- 64 ...
- 65 Die Beitragsfreistellung der Versicherung ist mit Nachteilen verbunden. In der Anfangszeit der Versicherung ist wegen der Verrechnung von Abschlusskosten keine beitragsfreie Rente vorhanden. Auch danach steht nicht unbedingt ein Betrag in Höhe der Summe der eingezahlten Beiträge für die Bildung der beitragsfreien Rente zur Verfügung.
- 66 ...
- 67 §6 Kündigungsrecht des Versicherungsnehmers, Rückkaufswert
- 68 ...
- 69 Die Kündigung der Versicherung ist mit Nachteilen verbunden. In der Anfangszeit der Versicherung ist wegen der Verrechnung von Abschlusskosten kein Rückkaufswert vorhanden. Der Rückkaufswert erreicht auch danach nicht unbedingt die Summe der eingezahlten Beiträge. Der Rückkaufswert erreicht jedoch mindestens einen bei Vertragsabschluss vereinbarten Garantiebetrags, dessen Höhe sowohl vom Kündigungstermin als auch vom Zeitpunkt der Einstellung der Beitragszahlung abhängt.
- 70 ...“
- 71 Für die Zeit vom 1. Dezember 2004 bis einschließlich 30. September 2007 zahlte die Beklagte aufgrund der getroffenen Entgeltumwandlungsvereinbarung Versicherungsbeiträge von monatlich 206,00 Euro und damit insgesamt 7.004,00 Euro in die Rentenversicherung bei der Pensionskasse ein. Insoweit erhielt der Kläger eine entsprechend verringerte Barvergütung.
- 72 Die Parteien beendeten das Arbeitsverhältnis zum 30. September 2007 durch Aufhebungsvereinbarung vom 13. Juli 2007. Diese enthielt folgende Abrede:
- 73
- ’...
- 74 Das Beschäftigungsverhältnis wird bis zum Beendigungszeitpunkt ordnungsgemäß abgerechnet.
- 75 Mit der Erfüllung dieser Vereinbarung sind alle wechselseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und dessen Beendigung ausgeglichen.
- 76 ...“

77 Mit Schreiben vom 30. Juli 2008 teilte die Pensionskasse dem Kläger mit:

78 ...

79 für Sie besteht im Rahmen des o.g. Gruppenversicherungsvertrages eine Rentenversicherung. Die Ihnen daraus zustehenden garantierten Versicherungsleistungen erhöhen sich durch zugeteilte Überschussanteile. Ihr Versicherungsschutz setzt sich derzeit wie folgt zusammen.

80 Beitragszahlung

81 Ihr Vertrag ist seit dem 01.10.2007 beitragsfrei gestellt.

82 Versicherungsleistung

83 garantierte zusätzliche Leistung aus Überschussanteilen

84 lebenslange monatliche Altersrente zum Rentenbeginn

85 62,96 EUR

86 0,03 EUR

87 oder einmalige Kapitalleistung

88 12.505,96 EUR

89 60,07 EUR

90 Beitragsrückgewähr bei Tod vor Altersrentenbeginn

91 7.004,00 EUR

92 ...“

93 Laut Schreiben der Pensionskasse vom 5. August 2008 belief sich das Deckungskapital zum 1. Oktober 2007 auf insgesamt 4.712,47 Euro. Darin waren Überschussanteile in Höhe von 22,19 Euro enthalten.

94 Der Kläger hat erstmals im August 2007 Nachzahlungsansprüche in Höhe von insgesamt 7.004,00 Euro (= 34 x 206,00 Euro) schriftlich geltend gemacht. Er hat die Auffassung vertreten, die Entgeltumwandlungsvereinbarung sei unwirksam mit der Folge, dass ihm für die Zeit vom 1. Dezember 2004 bis einschließlich 30. September 2007 ein monatliches Gehalt von weiteren 206,00 Euro zustehe. Die vereinbarte Verwendung gezillmerter Versicherungstarife verstoße ge-

gen das Wertgleichheitsgebot, behindere in unzulässiger Weise die Portabilität, widerspreche der sofortigen gesetzlichen Unverfallbarkeit und stelle eine unangemessene Benachteiligung dar, weil sie mit wesentlichen Grundgedanken des Betriebsrentengesetzes nicht zu vereinbaren sei. Auch Schadenersatzansprüche führten zu der geforderten Nachzahlung. Die Beklagte habe sowohl ihre Fürsorgepflicht als auch Informationspflichten verletzt. Der Kläger hat behauptet, er sei über die Funktionsweise der Zillmerung nicht ausreichend informiert gewesen. Die erforderlichen Erkenntnisse habe er auch nicht durch seine berufliche Stellung erlangt. Bei der Einführung des Entgeltumwandlungsmodells habe sich seine Tätigkeit auf den operativen Bereich, nämlich der Koordinierung von Aufgaben und Terminen beschränkt. Er habe deutschlandweit Sammeltermine für Arbeitnehmer der Beklagten organisiert, um die Gruppenversicherung der Pensionskasse vorzustellen. Auch er habe an einem solchen Vorstellungstermin teilgenommen. Dabei sei aber nicht vertieft besprochen worden, zu welchen Nachteilen die vorgesehene Zillmerung bei einem vorzeitigen Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis führen könne. Der Kläger ist der Ansicht, die Schadenersatzansprüche bestünden unabhängig von einem Verschulden der Beklagten. Die geltend gemachten Zahlungsansprüche seien, gleichgültig auf welche Anspruchsgrundlage sie gestützt würden, weder durch Versäumung der in Nr. 11 des Arbeitsvertrags vereinbarten Ausschlussfrist verwirkt noch aufgrund der im Aufhebungsvertrag enthaltenen Ausgleichsklausel erloschen. Die vertragliche Ausschlussfrist erstrecke sich nicht auf die Klageforderung. Auch die Ausgleichsklausel sei eng auszulegen. Außerdem fehle die darin vorgesehene ordnungsgemäße Abrechnung für die sich aus der Unwirksamkeit der Entgeltumwandlungsvereinbarung ergebenden Ansprüche.

- 95 Der Kläger hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen,  
96 an ihn 7.004,00 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus  
97 a)  
98 dem Nettobetrag von jeweils 206,00 Euro für den Zeitraum vom 1. Dezember 2004 bis einschließlich 1. September 2007 jeweils ab dem Ersten eines Monats sowie  
99 b)  
100 aus dem Nettobetrag von 7.004,00 Euro ab dem 2. September 2007 zu zahlen.  
101 Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, Gehaltsansprüche des Klägers seien nicht mehr offen, weil die Entgeltumwandlungsvereinbarung wirksam sei und die Versicherungsbeiträge vereinbarungsgemäß abgeführt worden seien. Das Wertgleichheitsgebot des §1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG sei nicht verletzt. Sowohl aus der Gesetzeshistorie als auch aus

der Gesetzssystematik ergebe sich, dass nach dem Willen des Gesetzgebers der Begriff der Wertgleichheit im Sinne einer versicherungsmathematischen Äquivalenz zu verstehen sei. Diese sei auch bei einem gezillmerten Tarif gegeben. Ein Verbot der Zillmerung sei dem Betriebsrentengesetz nicht zu entnehmen. Ebenso wenig liege eine unangemessene Benachteiligung der bezugsberechtigten Arbeitnehmer vor. Selbst wenn das Wertgleichheitsgebot verletzt sei, führe dies nicht zu einem "Wiederaufleben" der Gehaltsansprüche, sondern zu einer Äquivalenzstörung. Der Kläger könne allenfalls deren Beseitigung verlangen. Im Übrigen stünden den Nachzahlungsansprüchen, bei denen es sich nicht um Versorgungs-, sondern um Gehaltsansprüche handeln würde, sowohl die vereinbarte Ausschlussfrist als auch die im Aufhebungsvertrag enthaltene Ausgleichsklausel entgegen. Sie, die Beklagte habe die verlangte Zahlung auch nicht als Schadenersatz zu leisten. Sie habe keine vertraglichen Pflichten verletzt. Über die Folgen eines vorzeitigen Ausscheidens aus dem Arbeitsverhältnis und die Auswirkungen der Zillmerung der Versicherungstarife habe sie den Kläger nicht weiter informieren müssen. Abgesehen davon, dass die Entgeltumwandlungsvereinbarung und die Versicherungsurkunde ausreichende Hinweise enthielten, habe er aufgrund seiner beruflichen Stellung über besondere Kenntnisse verfügt. Die Beklagte hat behauptet, er sei als einer von zwei Projektleitern an der Einführung des Rahmenvertrags mit der Versicherung beteiligt gewesen. Dieser habe ebenfalls gezillmerte Tarife vorgesehen. Der Kläger selbst habe den Abschluss dieses Rahmenvertrags empfohlen. Die Beklagte ist der Ansicht, der Schadenersatzanspruch könne auch nicht auf eine fehlerhafte Auswahl des externen Versorgungsträgers gestützt werden. Soweit die Beklagte den gezillmerten Versicherungstarif der Pensionskasse zugrunde gelegt habe, fehle zumindest das für einen Schadenersatzanspruch erforderliche Verschulden. Zum damaligen Zeitpunkt sei die Zillmerung eine absolut übliche und anerkannte Verrechnungsmethode gewesen. Dementsprechend habe es nahezu keine ungezillmerten Tarife gegeben. Im Übrigen habe der Kläger den geltend gemachten Schaden überhaupt nicht dargelegt. Keinesfalls könne er neben den ihm zustehenden Versorgungsansprüchen die ursprüngliche, umgewandelte Vergütung verlangen.

- 102 Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger sein bisheriges Klagebegehren weiter.

## Gründe

- 103 Die Revision des Klägers ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben die Klage zu Recht abgewiesen. Die Klageforderung kann weder auf Erfüllungs- noch auf Schadenersatzansprüche gestützt werden.
- 104 A. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die geforderte Zahlung eines Geldbetrags in Höhe des Arbeitsentgelts, das nach der Vereinbarung vom 2./3.

November 2004 “in einen Anspruch auf Verschaffung von Versicherungsschutz umgewandelt“ wurde. Der Kläger hat weder höhere künftige Versorgungsleistungen noch die Feststellung einer höheren Versorgungsanwartschaft begehrt. Dabei handelt es sich wegen der andersartigen Rechtsfolge um andere Streitgegenstände. Diese sind vom vorliegenden Klageantrag nicht umfasst.

- 105 B. Die Beklagte ist nicht verpflichtet, dem Kläger den eingeklagten Geldbetrag für die Zeit vom 1. Dezember 2004 bis einschließlich 30. September 2007 zu zahlen.
- 106 I. Dem Kläger steht für diese Zeit kein weiteres Arbeitsentgelt zu. Bei einer Entgeltumwandlung vereinbaren die Arbeitsvertragsparteien, dass der Anspruch auf Barauszahlung endgültig untergeht und durch eine Versorgungsanwartschaft ersetzt wird (vgl. BAG 26. Juni 1990 - 3 AZR 641/88 - zu I 2 a aa der Gründe, BAGE 65, 215; 17. Oktober 1995 - 3 AZR 622/94 - zu I 1 b der Gründe, AP BetrAVG §1 Lebensversicherung Nr. 23 = EzA BetrAVG §1 Lebensversicherung Nr. 7; vgl. auch Nr. 2 der Entgeltumwandlungsvereinbarung vom 2./3. November 2004). Wie dieser Vorgang rechtsdogmatisch einzuordnen ist, kann dahinstehen. Soweit der Kläger eine der Höhe nach unzureichende Versorgungsanwartschaft erhält und soweit deshalb die Entgeltumwandlung einer Rechtskontrolle nicht standhält, löst dieser Rechtsmangel lediglich eine Verpflichtung der Beklagten zur “Aufstockung“ der Versorgung aus. Entgegen der Ansicht des Klägers ist die Entgeltumwandlungsvereinbarung nicht insgesamt unwirksam, so dass die ursprünglichen Vergütungsansprüche nicht “wiederaufleben“.
- 107 1. Wenn bei einer Entgeltumwandlung die erteilte Versorgungszusage auf einen sog. gezillmerten Versicherungstarif abstellt, kann dies bei frühzeitiger Beitragsfreistellung zu rechtlich problematischen Einbußen des versorgungsberechtigten Arbeitnehmers führen.
- 108 a) Die Höhe der dem Kläger zugesagten Betriebsrente hängt vom gewählten Versicherungstarif ab. Nach Nr. 8 Satz 1 der Entgeltumwandlungsvereinbarung vom 2./3. November 2004 regeln sich die versorgungsrechtlichen Rechtsbeziehungen der Parteien “nach dem Inhalt des mit der Pensionskasse geschlossenen Versicherungsvertrages“. Die versicherungsvertraglichen Regelungen sind in das Versorgungsverhältnis übernommen worden. Damit soll ein Gleichklang von Versicherungs- und Versorgungsverhältnis hergestellt werden.
- 109 b) Der von der Pensionskasse zugrunde gelegte und auch für das Versorgungsverhältnis der Parteien maßgebende Versicherungstarif ist unstrittig “gezillmert“. Bei der “Zillmerung“ handelt es sich um ein Kostenverteilungsverfahren, das von dem Versicherungsmathematiker Dr. August Zillmer entwickelt wurde. Die beim Zustandekommen des Versicherungsvertrags anfallenden einmaligen Abschluss- und Vertriebskosten werden mit den sog. Sparanteilen der ersten Versicherungsprämien verrechnet. Dies führt dazu, dass der Rückkaufswert anfangs sehr gering, in den ersten beiden Jahren häufig sogar gleich Null ist (vgl. dazu ua.

BVerfG 15. Februar 2006 - 1 BvR 1317/96 - zu B I 2 b bb der Gründe, NJW 2006, 1783; BGH 9. Mai 2001 - IV ZR 121/00 - zu I 2 b bb der Gründe, BGHZ 147, 354). Die Zillmerung wirkt sich zwar nicht zwangsläufig auf den Rückkaufswert aus, weil dessen Höhe vertraglich vereinbart werden muss. In der Regel sind aber die Vereinbarungen so ausgestaltet, dass der Rückkaufswert der Lebensversicherung an die nach dem Zillmerungsverfahren gebildete Deckungsrückstellung anknüpft (BVerfG 15. Februar 2006 - 1 BvR 1317/96 - NJW 2006, 1783 zu dem auch im vorliegenden Fall maßgeblichen §176 VVG aF). Der Sachvortrag der Parteien enthält keine Anhaltspunkte dafür, dass hier ein Ausnahmefall vorliegt.

- 110 Entgegen der Auffassung der Beklagten ist es unerheblich, dass es bei der im Zuge einer Entgeltumwandlung geschlossenen Direktversicherung nicht zur Auszahlung des Rückkaufswerts kommt. Nach §2 Abs. 2 Satz 5 BetrAVG darf der Rückkaufswert bei einer Kündigung des Versicherungsvertrags nicht in Anspruch genommen werden; die Versicherung wird in diesem Fall in eine prämienfreie umgewandelt, sofern nicht der ausgeschiedene Arbeitnehmer von seinem Recht zur Fortsetzung der Versicherung mit eigenen Beiträgen (vgl. §1b Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 BetrAVG) Gebrauch macht. Die Zillmerung wirkt sich jedoch nicht nur auf den Rückkaufswert, sondern auch auf eine beitragsfreie Versicherung nachteilig aus.
- 111 Da bei der Umwandlung in eine beitragsfreie Versicherung keine Mittel aus der Deckungsrückstellung des Versicherers abfließen, sind die Versicherer nach §174 iVm. §178 Abs. 2 VVG in der bis zum 31. Dezember 2007 geltenden Fassung (aF) verpflichtet gewesen, die prämienfreien Versicherungsleistungen ähnlich wie bei einer technischen Beitragsumstellung zu berechnen (vgl. BT.-Drucks. 12/6959 S. 102). Die für den Versicherungsvertrag gebildeten Deckungsrückstellungen waren nach den anerkannten Regeln der Versicherungsmathematik und in Übereinstimmung mit dem Geschäftsplan unter Berücksichtigung des Wegfalls der Beitragszahlung umzurechnen (vgl. Kollhosser in Prölss/Martin VVG 27. Aufl. §174 Rn. 6 mwN). Dabei hat die Zillmerung zu einer geringeren Deckungsrückstellung geführt.
- 112 c) Ob die Vereinbarung gezillmerter Verträge gegen das Wertgleichheitsgebot (§1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG) verstößt, ist in Rechtsprechung und Schrifttum umstritten (vgl. ua. LAG München 15. März 2007 - 4 Sa 1152/06 - zu II 1 b aa der Gründe, NZA 2007, 813; LAG Köln 13. August 2008 - 7 Sa 454/08 - zu 2 der Gründe, VersR 2009, 851; Blomeyer/Rolfs/Otto BetrAVG 4. Aufl. §1 Rn. 146; Höfer BetrAVG Stand Mai 2008 §1 Rn. 2567.3; Langohr-Plato Betriebliche Altersversorgung 4. Aufl. Rn. 1615; ErfK/Steinmeyer 9. Aufl. §1 BetrAVG Rn. 26; Schaub/Vogelsang ArbR-Hdb. 13. Aufl. §84 Rn. 67; Buddenbrock/Manhart BB 2009, 1129, 1130 ff., Cisch/Kruip NZA 2007, 786, 787 ff.; Deist/Lange BetrAV 2008, 26; Diller NZA 2008, 338, 339 f.; Döring/Grau BB 2007, 1564, 1567 f.; Hartsoe BetrAV 2006, 323, 329; Kollroß/Frank DB 2007, 1146 f.; Matthießen EWiR 2009, 369 f.; Reinecke DB 2006, 555, 562; Schwintowski VuR 2007, 272 f.; Veit VersR 2008, 324, 327; Viele VW 2008, 382). Der Senat teilt die Auffassung,

dass die vorliegende Zillmerung nicht am Wertgleichheitsgebot scheitert.

- 113 aa) Zutreffend sieht die herrschende Meinung in §1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG keine Definitionsnorm für den Begriff der betrieblichen Altersversorgung (so aber ua. LAG Köln 13. August 2008 - 7 Sa 454/08 - zu 2 der Gründe, VersR 2009, 851), sondern ein auf Wertgleichheit gerichtetes Gebot (vgl. ua. Andresen/Förster/Rößler/Rühmann Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung Stand November 2007 Teil 4 A Rn. 179; Blomeyer/Rolfs/Otto BetrAVG 4. Aufl. §1 Rn. 164 und 195; Höfer BetrAVG Stand Mai 2008 §1 Rn. 2565; ErfK/Steinmeyer 9. Aufl. §1 BetrAVG Rn. 25 ff.; Schaub/Vogelsang ArbR-Hdb. 13. Aufl. §84 Rn. 68). Eine betriebliche Altersversorgung kann auch dann vorliegen, wenn dieses Gebot nicht eingehalten ist. Daran ändert der missverständliche Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift nichts. Entscheidend ist der sich aus den Regelungszusammenhängen und der Entstehungsgeschichte ergebende Gesetzeszweck.
- 114 (1) Der Gesetzgeber wollte die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Begriff der betrieblichen Altersversorgung bestätigen und den betriebsrentenrechtlichen Arbeitnehmerschutz nicht verringern, sondern verstärken.
- 115 Der Senat hatte bereits mit Urteil vom 26. Juni 1990 (- 3 AZR 641/88 - zu I der Gründe, BAGE 65, 215) entschieden, dass für eine Einschränkung des Begriffs der betrieblichen Altersversorgung bei Entgeltumwandlungen kein stichhaltiger Grund besteht und auch diese Form der betrieblichen Altersversorgung insolvenzgeschützt ist. Im Rentenreformgesetz 1999 vom 16. Dezember 1997 (BGBl. I 1997, 2998) hat der Gesetzgeber klargestellt, dass "unabhängig von der gewählten Rechtsgrundlage und dem gewählten Durchführungsweg betriebliche Altersversorgung vorliegt, wenn künftige Entgeltansprüche in Anwartschaften auf Versorgungsleistungen umgewandelt werden" (BT-Drucks. 13/8011 S. 69 f.). Damit sollte unter anderem sichergestellt werden, dass "Gehaltsumwandlungen ... grundsätzlich im gleichen Umfang wie Zusagen nach bisherigen Recht dem gesetzlichen Insolvenzschutz unterliegen". Außerdem wurde in der Gesetzesbegründung betont, dass "durch diese Regelung die Möglichkeit einer stärkeren Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung nachhaltig und damit zugleich das Ziel einer weiteren, zusätzlichen Alterssicherung gefördert" werden sollte.
- 116 (2) Diesem gesetzlichen Ziel entspricht es, dass der in der früheren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts entwickelte Begriff der betrieblichen Altersversorgung nicht durch zusätzliche, neue Merkmale eingeschränkt wird. Ebenso wie nach der früheren Rechtsprechung liegt eine betriebliche Altersversorgung auch dann vor, wenn das umgewandelte Entgelt und die an dessen Stelle tretende Versorgungsanwartschaft nicht wertgleich sind. Das gesetzliche Erfordernis der Wertgleichheit dient dem Schutz des Arbeitnehmers. Dem entsprechend handelt es sich um ein gesetzliches Gebot. Von ihm kann nach §17 Abs. 3 BetrAVG nicht abgewichen werden, auch nicht durch Tarifvertrag.
- 117 bb) Eine Definition der Wertgleichheit enthält das Betriebsrentengesetz nicht.

Die Frage, ob dem Erfordernis der Wertgleichheit Rechnung getragen ist, muss bei Abschluss der Entgeltumwandlungsvereinbarung beantwortet werden. In diesem Zeitpunkt müssen die künftigen Entgeltansprüche einerseits und die durch die Entgeltumwandlung zu erzielende Anwartschaft auf Versorgungsleistungen andererseits miteinander verglichen werden. Deren Wert muss sich bei objektiver wirtschaftlicher Betrachtung entsprechen und damit "gleich" sein. Dabei kommt versicherungsmathematischen Grundsätzen jedenfalls bei Abschluss einer Direktversicherung entscheidende Bedeutung zu. Davon ausgehend sind auch auf gezillmerten Tarifen beruhende Direktversicherungen als wertgleich anzusehen.

- 118 (1) Zum Teil wird die Wertgleichheit subjektiv betrachtet (vgl. ua. Cisch/Kruip NZA 2007, 786, 787; Doetsch/Förster/Rühmann DB 1998, 258 f.; Hartsoe BetrAV 2005, 629, 631). Wertgleich sei, was die Parteien bei Abschluss des Entgeltumwandlungsvertrags als wertgleich angesehen hätten. Nach dieser Auffassung würde das dem Arbeitnehmerschutz dienende, nach §17 Abs. 3 BetrAVG zwingende Gebot weitgehend leerlaufen und bedeutungslos sein. Dem Sinn und Zweck des Gebots wird nur eine objektive Betrachtung gerecht, die der Vertragsgestaltung Grenzen setzt (für einen objektiven Maßstab ua. Blomeyer/Rolfs/Otto BetrAVG 4. Aufl. §1 Rn. 145; ErfK/Steinmeyer 9. Aufl. §1 BetrAVG Rn. 26 f.; Höfer BetrAVG Stand Mai 2008 §1 Rn. 2566 f.; Reich/Rutzmoser DB 2007, 2314, 2316).
- 119 (2) Der Begriff "gleichwertig" deutet jedoch darauf hin, dass eine wirtschaftliche Betrachtung geboten ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass versicherungsförmige Leistungen nach versicherungsmathematischen Grundsätzen zu berechnen sind. Folgerichtig ist es, diese Grundsätze auch beim erforderlichen Wertvergleich zugrunde zu legen. Die Zillmerung ist eine versicherungsmathematisch anerkannte Methode zur Verrechnung der Abschluss- und Vertriebskosten, die vom Versicherungsnehmer und wirtschaftlich vom bezugsberechtigten Arbeitnehmer zu tragen sind. Bei der Zillmerung handelt es sich um ein in §65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 VAG, §4 Abs. 1 DeckRV geregeltes Verfahren, das aufsichtsrechtlich ohne Weiteres zulässig ist.
- 120 d) Das Vorliegen von Wertgleichheit bedeutet jedoch nicht, dass die Entgeltumwandlungsvereinbarung der gebotenen umfassenden Rechtskontrolle standhält. Die Entgeltumwandlungsvereinbarung ist nicht nur am Gleichwertigkeitsgebot zu messen, sondern insbesondere auch anhand der §§305 ff. BGB (Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen) zu überprüfen. Es spricht einiges dafür, dass eine unangemessene Benachteiligung iSd. §307 BGB vorliegt, wenn bei einer auf Entgeltumwandlung beruhenden betrieblichen Altersversorgung ein (voll) gezillmerter Versicherungstarif verwendet wird und dadurch den vorzeitig ausscheidenden Versorgungsberechtigten erhebliche Nachteile entstehen können.
- 121 aa) Unerheblich ist es, dass §307 BGB ebenso wenig wie früher §8 AGBG eine Kontrolle des Leistungsangebots und des Preises ermöglicht, soweit nicht ausnahmsweise normative Vorgaben bestehen. Die Vertragspartner können zwar

grundsätzlich Leistung und Gegenleistung im Vertrag frei bestimmen. Der gerichtlichen Inhaltskontrolle sind aber lediglich Abreden über den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistung entzogen. Eine derartige Leistungsbeschreibung legt Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung fest. Ohne sie kann mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden (st. Rspr. des BGH, vgl. ua. 13. Juli 1994 - IV ZR 107/93 - zu 4 der Gründe, BGHZ 127, 35; 22. November 2000 - IV ZR 235/99 - A zu II 1 a der Gründe, VersR 2001, 184). Regelungen über die Höhe der Versorgungsleistungen bei vorzeitigem Ausscheiden und Beitragsfreistellung modifizieren jedoch nur das Hauptleistungsversprechen (vgl. BGH 9. Mai 2001 - IV ZR 121/00 - zu I 1 c der Gründe, BGHZ 147, 354). Klauseln, die das Hauptleistungsversprechen einschränken, verändern, ausgestalten oder modifizieren, sind inhaltlich zu überprüfen (BGH 9. Mai 2001 - IV ZR 121/00 - aaO).

- 122 bb) Die Versicherungsbedingungen, die durch die arbeitsvertragliche Verweisung auch als Versorgungsbedingungen für die betriebliche Altersversorgung gelten, unterliegen nach §307 Abs. 3 BGB nur dann der in §307 Abs. 1 und 2 BGB vorgesehenen Inhaltskontrolle, wenn sie von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen. Danach sind Klauseln, die Rechtsvorschriften nur wiederholen oder in jeder Hinsicht mit ihnen übereinstimmen (sog. deklaratorische Klauseln) der Inhaltskontrolle entzogen. Die gesetzlichen Regelungen belassen jedoch der Versicherungsgesellschaft nicht nur bei der Ermittlung des Rückkaufwerts, sondern auch bei der Berechnung der Versicherungsleistungen nach Beitragsfreistellung einen Spielraum. Die Freiheiten des Arbeitgebers bei der Ausgestaltung der Versorgungsordnung sind nicht geringer, sondern größer. Klauseln, die gesetzliche Regelungen ergänzen, unterliegen der Inhaltskontrolle. Dies führt nicht zu einer von §307 Abs. 3 BGB nicht gewollten Kontrolle gesetzlicher Vorschriften (vgl. dazu BGH 9. Mai 2001 - IV ZR 121/00 - BGHZ 147, 354).
- 123 cc) Nach §307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist im Zweifel eine unangemessene Benachteiligung anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Die Regelungen des Betriebsrentengesetzes deuten darauf hin, dass der Versorgungsberechtigte nach einer Entgeltumwandlung auch in sog. Störfällen - also bei vorzeitigem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis und einer dadurch veranlassten Beitragsfreistellung in der Lebensversicherung - eine Versorgungsleistung von ausreichendem wirtschaftlichen Wert erhalten muss. Dies ergibt sich zwar nicht isoliert aus einzelnen betriebsrentenrechtlichen Vorschriften, lässt sich aber mit der gebotenen Gesamtschau begründen.
- 124 Den Regelungen zur sofortigen Unverfallbarkeit der Versorgungsanwartschaft (§1b Abs. 5 BetrAVG) ist zu entnehmen, dass dem Versorgungsberechtigten trotz des vorzeitigen Ausscheidens aus dem Arbeitsverhältnis eine Anwartschaft von adäquater wirtschaftlicher Bedeutung verbleiben muss. Ohne entsprechende Werthaltigkeit würde die Unverfallbarkeit ausgehöhlt. Die Unverfallbarkeit

fördert nicht nur die Mobilität, sondern trägt auch dem Grundrecht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes (Art. 12 GG) Rechnung.

- 125 Bei einem durch das vorzeitige Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis ausgelösten sog. Störfall genießt der Versorgungsberechtigte einen besonderen betriebsrentenrechtlichen Schutz und zwar unabhängig vom gewählten Durchführungsweg. Der gesetzliche Schutz und das zugrunde liegende Schutzbedürfnis entfallen nicht, wenn das umgewandelte Arbeitsentgelt für eine Direktversicherung verwendet wird. Selbst bei privaten Lebensversicherungen wird ein ganz erheblicher Teil dieser Versicherungen bereits in den ersten Jahren nach Vertragsschluss beendet (vgl. BVerfG 15. Februar 2006 - 1 BvR 1317/96 - zu B I 2 b aa der Gründe, NJW 2006, 1783; der BGH ist in seinem Urteil vom 12. Oktober 2005 - IV ZR 162/03 - [zu B IV 2 b dd der Gründe, BGHZ 164, 297] davon ausgegangen, dass etwa die Hälfte dieser Verträge davon betroffen ist). Bei einer durch Entgeltumwandlung erworbenen betrieblichen Altersversorgung kommt die Verknüpfung mit dem Arbeitsverhältnis hinzu. Das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses bis zum Eintritt des Versicherungs- und Versorgungsfalls ist nicht die Regel. Vorzeitige Beendigungen des Arbeitsverhältnisses sind häufig und unterliegen nur sehr begrenzt dem Einfluss des Arbeitnehmers. Jeder Arbeitnehmer muss mit einer betriebsbedingten Kündigung rechnen. Selbst wenn er aus eigenem Antrieb den Arbeitsplatz wechselt, nimmt er damit ein Grundrecht (Art. 12 GG) wahr.
- 126 Der Gesetzgeber setzt Mobilität auf dem Arbeitsmarkt voraus und fördert sie. Die Bedeutung der Mobilität ist durch die am 1. Juli 2002 in Kraft getretene und ab 1. Januar 2005 erheblich verbesserte Portabilitätsregelung des §4 BetrAVG noch unterstrichen worden. Da der Übertragungswert dem gebildeten Kapital im Zeitpunkt der Übertragung entspricht, wird nur bei ausreichender Werthaltigkeit die angestrebte Mobilitäts erleichterung erzielt.
- 127 Außerdem ist das Ziel einer Entgeltumwandlung zu berücksichtigen. Dem Arbeitnehmer soll es ermöglicht werden, eine betriebsrentenrechtlich besonders gesicherte zusätzliche Altersversorgung aufzubauen. Auch bei einem vorzeitigen Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis will der Gesetzgeber die Einbußen in der betrieblichen Altersversorgung begrenzen. Dementsprechend ist dem Versorgungsinteresse des Arbeitnehmers eine wesentliche Bedeutung beizumessen.
- 128 dd) Zweifelhaft erscheint es, ob die Zillmerung des Versicherungstarifs, die bei frühzeitigen Beitragsfreistellungen zu Nullleistungen oder sehr geringen Leistungen führt, mit der betriebsrentenrechtlichen Regelungskonzeption und dem Zweck der durch Entgeltumwandlung erworbenen betrieblichen Altersversorgung zu vereinbaren ist. Direktversicherungen zur Abwicklung einer betrieblichen Altersversorgung sind von privaten Lebensversicherungen zu unterscheiden. Die Urteile des Bundesgerichtshofs vom 9. Mai 2001 (- IV ZR 121/00 - BGHZ 147, 354) und vom 12. Oktober 2005 (- IV ZR 162/03 - BGHZ 164, 297 und - IV ZR 177/03 -) können nicht unbeschadet auf Direktversicherungen, die der Durchführung einer Entgeltumwandlung dienen, übertragen werden.

- 129 (1) Im Urteil vom 9. Mai 2001 (- IV ZR 121/00 - BGHZ 147, 354) hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass bei einer privaten kapitalbildenden Lebensversicherung die Verrechnung der Abschluss- und Vertriebskosten mit den Beiträgen bei Beginn der Vertragslaufzeit nicht von wesentlichen Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung in unangemessener Weise abweiche. Die Zillmerung sei gesetzlich nicht untersagt, sondern werde in §65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 VAG als grundsätzlich zulässig vorausgesetzt. Im damals entschiedenen Fall genügten allerdings die Allgemeinen Versicherungsbedingungen nicht den Anforderungen des Transparenzgebots. Nur deshalb wurde die Vereinbarung der Zillmerung für unwirksam erachtet. Auch die Urteile vom 12. Oktober 2005 (- IV ZR 162/03 - BGHZ 164, 297 und - IV ZR 177/03 -) waren auf fehlende Transparenz gestützt worden.
- 130 Mit der grundsätzlichen Zulässigkeit der Zillmerung war jedoch weder gesagt, dass Versicherungsunternehmen im Verhältnis zu ihren Vertragspartnern, den Versicherungsnehmern, von der Möglichkeit dieser Art der Verrechnung der Abschluss- und Vertriebskosten stets und unbegrenzt Gebrauch machen durften, noch war es ausgeschlossen, bei besonderen Formen der Lebensversicherung - hier: bei den im Zuge einer Entgeltumwandlung abgeschlossenen Direktversicherungen - Anforderungen zu stellen, die den rechtlichen und tatsächlichen Besonderheiten gerecht wurden.
- 131 (2) Direktversicherungen bilden einen Durchführungsweg für die betriebliche Altersversorgung. Dem trägt §2 Abs. 2 Satz 4 BetrAVG Rechnung. Für Entgeltumwandlungen gelten zusätzliche Schutzvorschriften (vgl. ua. §1b Abs. 5 BetrAVG). Direktversicherungen dienen nicht der Vermögensbildung, sondern in erster Linie der Abdeckung biometrischer Risiken. Die Vermögensbildung ist dementsprechend von der betrieblichen Altersversorgung abzugrenzen (vgl. ua. BAG 18. März 2003 - 3 AZR 313/02 - zu I 4 der Gründe, BAGE 105, 240). Nach dem Betriebsrentengesetz muss auch der mit einer unverfallbaren Versorgungsanwartschaft ausscheidende Arbeitnehmer eine in angemessenem Umfang werthaltige Versorgung erhalten. Bei Entgeltumwandlungen wird die Versorgungsanwartschaft sofort unverfallbar. Es erscheint fraglich, ob diesen betriebsrentenrechtlichen Zusammenhängen bei gezillmerten Versicherungstarifen ausreichend Rechnung getragen ist.
- 132 (3) Soweit die (volle) Zillmerung einer Rechtskontrolle nicht standhält, ist zu prüfen, wie mit den einmaligen Abschluss- und Vertriebskosten zu verfahren ist. Da diese Kosten durch Leistungen des Versicherungsunternehmens bei Abschluss der Direktversicherung ausgelöst werden und die Versicherung dem Arbeitnehmer zugute kommt, ist es angemessen, dass diese Kosten letztlich der bezugsberechtigte Arbeitnehmer trägt. Wie der Bundesgerichtshof in den Urteilen vom 12. Oktober 2005 (- IV ZR 162/03 - BGHZ 164, 297 und - IV ZR 177/03 - jeweils zu B III 2 der Gründe) näher ausgeführt hat, ist es sachgerecht, dass auch die einmaligen Abschluss- und Vertriebskosten in die Prämienkalkulationen einflie-

ßen. Problematisch ist lediglich, wie diese Kosten bei Entgeltumwandlungen zu verrechnen sind.

- 133 Der Bundesgerichtshof hat in den Urteilen vom 12. Oktober 2005 (- IV ZR 162/03 - BGHZ 164, 297 und - IV ZR 177/03 - jeweils zu B IV 2 der Gründe) für die private Lebensversicherung ein Lösungsmodell entwickelt. Weder der Rückkaufswert noch die beitragsfreie Versicherungssumme dürfen einen Mindestbetrag unterschreiten. Insoweit hat der Bundesgerichtshof den Vorschlag der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts übernommen. Danach beläuft sich der Mindestbetrag auf die Hälfte des ungezillmerten Deckungskapitals, das nach den anerkannten Regeln der Versicherungsmathematik mit den Rechnungsgrundsätzen der Prämienkalkulation zum Schluss der laufenden Versicherungsperiode berechnet wird (BGH 12. Oktober 2005 - IV ZR 162/03 - zu B IV 2 b ee der Gründe, aaO).
- 134 Bei der Direktversicherung erscheint es aber erwägenswert, an ein auf die Altersvorsorge zugeschnittenes Lösungsmodell anzuknüpfen. Ein derartiges Lösungsmodell findet sich in §1 Abs. 1 Nr. 8 des Gesetzes über die Zertifizierung von Altersvorsorgeverträgen (AltZertG). Danach müssen grundsätzlich die in Ansatz gebrachten Abschluss- und Vertriebskosten über einen längeren Zeitraum in gleichmäßigen Jahresbeträgen verteilt werden. Dieser Zeitraum belief sich bis zum 31. Dezember 2004 auf zehn Jahre und beläuft sich seit dem 1. Januar 2005 auf fünf Jahre. §169 Abs. 3 VVG nF enthält mit Wirkung zum 1. Januar 2008 eine inhaltsgleiche Regelung für den Rückkaufswert von Lebensversicherungen. Nach §165 Abs. 2 VVG nF wirkt sich dieser Wert auch auf die Höhe einer prämienfreien Versicherungsleistung aus.
- 135 Es spricht viel dafür, bei dem für die Verteilung der Kosten maßgeblichen Zeitraum nicht zu differenzieren und nicht auf die bei Abschluss des Entgeltumwandlungsvertrags maßgebliche Fassung des AltZertG abzustellen, sondern einheitlich einen Zeitraum von fünf Jahren zugrunde zu legen. Wenn der Gesetzgeber aufgrund späterer Erfahrungen einen Zeitraum von fünf Jahren für ausreichend hält, lässt sich daraus ableiten, dass dieser Zeitraum bei der Inhaltskontrolle einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung nicht als "unangemessen" anzusehen ist.
- 136 e) Der vorliegende Fall - es ist in den Versicherungsbedingungen von einem besonderen Fortsetzungstarif die Rede - gibt Anlass, darauf hinzuweisen, dass es den Regelungszusammenhängen und dem Zweck der durch das Betriebsrentengesetz geförderten Entgeltumwandlung entspricht, die vorzeitig ausscheidenden Arbeitnehmer auch dann vor unangemessenen Nachteilen zu bewahren, wenn sie ihr Recht nach §1b Abs. 5 Satz 1 Halbs. 2 Nr. 2 BetrAVG ausüben, die Versicherung mit eigenen Beiträgen fortzuführen. Es spricht viel dafür, dass die Versicherungsbedingungen nach einer "Fortsetzung der Versicherung" im Wesentlichen unverändert bleiben müssen und ein ungünstigerer Fortsetzungstarif lediglich durch zusätzlichen Aufwand des Versicherers gerechtfertigt werden kann. Es erscheint sehr zweifelhaft, ob von einer "Fortsetzung" der Versicherung

im betriebsrentenrechtlichen Sinne noch die Rede sein kann, wenn die unterschiedlichen Arbeitnehmer die Vorteile einer Gruppenversicherung auch insoweit verlieren, als dem Versicherer keine zusätzlichen Kosten entstehen.

- 137 2. Bei einer Entgeltumwandlung führt weder ein Verstoß gegen das Wertgleichheitsgebot des §1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG noch eine unangemessene Benachteiligung iSd. §307 BGB zu einem "Wiederaufleben" der umgewandelten Entgeltansprüche. Dem Arbeitnehmer steht allenfalls eine höhere Versorgungsanswartschaft zu, die nicht Gegenstand dieses Rechtsstreits ist.
- 138 a) §1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG gebietet es, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer anstelle des umgewandelten Arbeitsentgelts eine wertgleiche Altersversorgung zusagt. Wenn die zugesagte Versorgung nach den Maßstäben des §1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG unzureichend ist, hat der Arbeitgeber die Versorgung soweit aufzustoßen, dass dem Wertgleichheitsgebot genügt ist (vgl. ua. Hannau/Arteaga/Rieble/Veit Entgeltumwandlung 2. Aufl. Teil A Rn. 271; Höfer BetrAVG Stand Mai 2008 §1 Rn. 2565; Reinecke DB 2006, 555, 562; für eine ergänzende Vertragsauslegung ua. Blomeyer/Rolfs/Otto BetrAVG 4. Aufl. §1 Rn. 164; für Unwirksamkeit der Entgeltumwandlungsvereinbarung LAG München 15. März 2007 - 4 Sa 1152/06 - zu II 1 der Gründe, DB 2007, 1143; für einen ergänzenden Vergütungsanspruch, soweit die zugesagte Versorgung nicht gleichwertig ist ErfK/Steinmeyer 9. Aufl. §1 BetrAVG Rn. 27). Die Aufstockung der betrieblichen Altersversorgung entspricht dem gesetzlichen Ziel, sowohl für einen Ausbau der betrieblichen Altersversorgung zu sorgen als auch den Arbeitnehmer vor unzureichenden Versorgungszusagen zu schützen.
- 139 Zum selben Ergebnis würde auch eine ergänzende Vertragsauslegung führen. Die Entgeltumwandlungsvereinbarung ist darauf gerichtet, mit dem umgewandelten Arbeitsentgelt eine betriebliche Altersversorgung zu finanzieren. Jedenfalls in aller Regel entspricht es dem Vertragszweck, dem Arbeitnehmer Versorgungsleistungen in angemessener Höhe zu gewähren.
- 140 Außerdem könnten den Arbeitnehmern erhebliche Nachteile entstehen, wenn Entgeltumwandlungsvereinbarungen bei Verstößen gegen das Wertgleichheitsgebot unwirksam wären und insoweit die Entgeltansprüche fortbestünden. Soweit Ausschlussfristen gelten, wären die Vergütungsansprüche häufig verfallen.
- 141 b) Auch wenn die in der zugrunde gelegten Verrechnungsklausel enthaltene (volle) Zillmerung nach §307 BGB unwirksam ist, bleibt die Entgeltumwandlungsvereinbarung im Übrigen nach §306 Abs. 1 BGB wirksam.
- 142 Die unwirksame Verrechnungsklausel fällt nicht ersatzlos weg, sondern es bedarf einer ergänzenden Vertragsauslegung (vgl. dazu BGH 12. Oktober 2005 - IV ZR 162/03 - zu B II 2 a und IV der Gründe, BGHZ 164, 297). Unabhängig davon, zu welchem Verrechnungszeitraum die ergänzende Vertragsauslegung führt, erhöht sich die betriebliche Altersversorgung entsprechend. Über die Höhe

der dem Kläger zustehenden betrieblichen Altersversorgung ist jedoch in diesem Rechtsstreit nicht zu entscheiden.

- 143 3. Da dem Kläger die geltend gemachten Vergütungsansprüche nicht zustehen, kommt es weder auf die Wirksamkeit und den Anwendungsbereich der vereinbarten Ausschlussfrist noch auf die Auslegung der im Aufhebungsvertrag enthaltenen Ausgleichsklausel an.
- 144 II. Der Kläger kann die Zahlung des umgewandelten Arbeitsentgelts auch nicht als Schadenersatz verlangen. Die Beklagte hat ihre arbeitsvertraglichen Nebenpflichten nicht schuldhaft verletzt. Zudem besteht der Schaden des Klägers allenfalls in einer zu geringen Versorgung, nicht aber in der Kürzung seiner Arbeitsvergütung.
- 145 1. Die Beklagte hat keine Beratungs- oder Informationspflichten verletzt. Im vorliegenden Fall geht es nicht um die Nebenpflichten des Versicherers, sondern um die Nebenpflichten der Arbeitgeberin. Diese musste dem Kläger nicht die versicherungsrechtlichen Tarife erläutern, sondern konnte sich darauf beschränken, die Informationen des Versicherungsunternehmens weiterzuleiten, zumal es sich beim Kläger um einen geschäftsgewandten Mitarbeiter handelte und er sogar selbst mit der Einführung des Entgeltumwandlungsmodells befasst war. Von ihm konnte erwartet werden, dass er sich vor Vertragsunterzeichnung mit den wirtschaftlichen Folgen der vorgesehenen Entgeltumwandlung befasst. Abgesehen davon erläuterte der Versicherer die Zillmerung und ihre Folgen ausreichend deutlich. In der Versicherungsurkunde wurde unter der Überschrift "Garantiewerte" darauf hingewiesen, dass für die Beratungen beim Abschluss einer Versicherung und das Errichten eines Vertrags Kosten entstünden, die aus den ersten Beiträgen bestritten würden. Nur der verbleibende Teil des Beitrags stehe für die Bildung der beitragsfreien Leistungen und des Rückkaufswerts zur Verfügung. In einer beigefügten Tabelle wurde die Entwicklung der garantierten beitragsfreien Altersrente und des garantierten Rückkaufswerts für die Jahre 2005 bis einschließlich 2038 auf den 1. Dezember des jeweiligen Jahres aufgelistet. In der Anlage zur Versicherungsurkunde wurde unter der Überschrift "beitragsfreie Versicherung" darauf aufmerksam gemacht, dass die Beitragsfreistellung der Versicherung mit Nachteilen verbunden sei. In der Anfangszeit der Versicherung sei wegen der Verrechnung von Abschlusskosten keine beitragsfreie Rente vorhanden. Auch danach stehe nicht unbedingt ein Betrag in Höhe der Summe der eingezahlten Beträge für die Bildung der beitragsfreien Rente zur Verfügung. Entsprechende Ausführungen finden sich in §6 (Kündigungsrecht des Versicherungsnehmers, Rückkaufswert).
- 146 2. Soweit der Kläger geltend macht, die Beklagte habe einen bedarfsgerechten Versicherungsvertrag mit einer rechtlich zulässigen Verrechnungsklausel abschließen müssen, kann offenbleiben, ob die Arbeitgeberin ihre arbeitsvertraglichen Nebenpflichten verletzt hat.

147 Selbst wenn sie verpflichtet gewesen wäre, auf einen Versicherungsvertrag mit einer bedarfsgerechten Verrechnungsklausel hinzuwirken, und ein der Beklagten zuzurechnendes schuldhaftes Verhalten vorläge, könnte der Kläger nur eine entsprechende Versorgungsleistung verlangen. Im vorliegenden Rechtsstreit ist jedoch über derartige Ansprüche nicht zu entscheiden. Im Übrigen würde die ergänzende Vertragsauslegung ohnehin zu angemessenen Versorgungspflichten der Arbeitgeberin führen, so dass dem Kläger kein rechtlich relevanter Schaden entstehen würde.

148 Reinecke

149 Kremhelmer

150 Zwanziger

151 Schepers

152 Suckale