

Die Unterbrechung wertgleicher Entgeltumwandlung bei der Direktversicherung

Die Lebensversicherung als Finanzierungsmedium in der betrieblichen Altersvorsorge hat eine lange Tradition. Die Lebensversicherung vermag Versorgungsleistungen abzubilden, die einen garantierten Teil enthalten und darüber hinaus auch eine Ablaufrendite bieten.

Diese Merkmale wurden als so wesentlich angesehen, dass der Gesetzgeber die Lebensversicherung gesetzlich in das Betriebsrentenrecht eingefasst hat. Die so geformte Direktversicherung hat damit zwei Rechtsgebiete mit unterschiedlichen Schutzrichtungen kombiniert. Während das Arbeitsrecht vor allem vom Interessenschutz des Arbeitnehmers geprägt ist, versucht das Versicherungsrecht einen Ausgleich zwischen den Interessen der Versicherungsunternehmen und der Versichertengemeinschaft zu finden. Eine besondere Einwirkung des Versicherungsrechts auf das Arbeitsrecht bewirkt die Zillmerung von Abschlusskosten im Rahmen der Entgeltumwandlung, wenn die Finanzierung in der Anfangsphase der Direktversicherung unterbrochen wird. Diese Einwirkung mit den Folgen für die Entgeltumwandlung wird sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung diskutiert.

Da diese Diskussion sehr weit geführt wird und viele Ansatzpunkte hat, versucht diese Abhandlung, der Systematik des Betriebsrentenrechts zu folgen, um die Sicht auf die gezielte Lebensversicherung nicht nur über die Wertgleichheit der Entgeltumwandlung zu eröffnen. Die gezielte Lebensversicherung muss nämlich auch hinsichtlich der Höhe von Anwartschaften betrachtet werden. In diesem Zusammenhang ist der Angemessenheitsmaßstab für die Versorgungsleistung zu suchen, der den Versorgungstarif billigerweise beschränken kann.

A. Der Entgeltumwandlungsprozess in der Direktversicherung

Betriebliche Altersvorsorge liegt vor, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Leistungen der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung aus Anlass des Arbeitsverhältnisses zusagt, § 1 Abs. 1 S. 1 BetrAVG. Eine besondere Form der betrieblichen Altersvorsorge liegt im Fall der Entgeltumwandlung vor, da hier der Arbeitnehmer die Finanzierung der Versorgung übernimmt. Die Entgeltumwandlung wird im Betriebsrentenrecht legal definiert als die Umwandlung künftiger Entgeltansprüche in eine wertgleiche Anwartschaft auf Versorgungsleistung, § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG. Dazu verzichtet der Arbeitnehmer zunächst auf einen künftigen Entgeltanspruch, der wirtschaftlich betrachtet wieder in das Vermögen des Arbeitgebers fällt. Im Gegenzug verpflichtet sich der Arbeitgeber, einen Betrag, der der Höhe nach dem Verzichtsbeitrag entspricht, für Anwartschaften auf Versor-

gungsleistungen aufzuwenden. Wird die Entgeltumwandlung über die Direktversicherung¹ durchgeführt, schließt der Arbeitgeber als Versicherungsnehmer mit einem Versicherer eine Lebensversicherung auf das Leben des Arbeitnehmers ab, für die er die Prämie zahlt. Aus der Lebensversicherung erhält der Arbeitnehmer eine unverfallbare Anwartschaft auf Versorgungsleistung in Form eines Bezugsrechts, § 1b Abs. 2 S. 1 BetrAVG.

Die Durchführung einer Entgeltumwandlung verknüpft also drei selbstständige Verträge. Zum einen handelt es sich um den Arbeitsvertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Daneben stellt die arbeitsrechtliche Entgeltumwandlungsvereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber mit ihrer konkreten Ausformung der Entgeltumwandlung einen selbstständigen Vertrag dar. Als dritter Vertrag ist dann noch der Direktversicherungsvertrag zwischen Arbeitgeber und Versicherer zu nennen.

I. Die Entgeltumwandlungsvereinbarung

Die Entgeltumwandlungsvereinbarung selbst besteht wiederum aus mehreren Rechtsgeschäften². So ändert sie den ursprünglichen Arbeitsvertrag³ mit seiner bestehenden Entgeltregelung ab. Der Arbeitnehmer muss sich verpflichten, auf die Auszahlung der umzuwandelnden Entgeltansprüche zu verzichten. Als Ausgleich für den Verzicht des Arbeitnehmers auf das Entgelt muss der Arbeitgeber seinerseits eine arbeitsrechtliche Versorgungszusage⁴ zugunsten des Arbeitnehmers abgeben, die er mit den einbehaltenen Entgeltansprüchen finanziert⁵.

In der Umwandlungsvereinbarung müssen alle Umstände, die den künftigen umzuwandelnden Entgeltanspruch und die im Gegenzug versprochene wertgleiche Anwartschaft bestimmen, als wesentliche Vertragsbestandteile geregelt werden.

Als wesentliche Vertragsbestandteile müssen sowohl der Verzichtsbeitrag, das Leistungsziel, der Durchführungsweg und die Leistungsstruktur in der Umwandlungsvereinbarung geregelt werden. Da der Tarif⁶ einer Versicherung die Anwartschaft auf Versorgungsleistungen konkretisiert, ist

1 Können sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer einvernehmlich auf einen Durchführungsweg einigen, dann stehen der Entgeltumwandlung alle Durchführungsweg zur Verfügung, § 17 Abs. 3 BetrAVG. Erst wenn keine Einigung möglich ist, greift die Beschränkung des § 1a Abs. 1 S. 3 BetrAVG. Anknüpfend an die Rechtsprechung des BAG zur Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers darüber, welchen Durchführungsweg er wählt (BAG, Urteil vom 12.6.1975 – 3 ABR 13/74 –, BetrAV 1975 S. 159; BAG, Urteil vom 12.6.1975 – 3 ABR 66/74 –, BetrAV 1975 S. 162), hat der Gesetzgeber dem Arbeitgeber ein beschränktes Wahlrecht für den Durchführungsweg gegeben. Bietet der Arbeitgeber die Durchführung der Entgeltumwandlung über die Direktversicherung, einen Pensionsfonds oder eine Pensionskasse an, dann ist die Entgeltumwandlung dort durchzuführen. Bietet der Arbeitgeber jedoch keinen der drei versicherungsförmigen Durchführungswege an, dann kann der Arbeitnehmer verlangen, dass der Arbeitgeber für ihn eine Direktversicherung abschließt, § 1a Abs. 1 S. 3 BetrAVG.

2 Ausführlich dazu *Blomeyer/Rolfs/Otto*, Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, 4. Auflage 2006, § 1 Rn. 123 ff.

3 Die rechtliche Beurteilung der Änderung des Arbeitsvertrages ist in der Literatur umstritten. Teilweise wird vertreten, dass die Umwandlungsvereinbarung als eine Vereinbarung einer Leistung an Erfüllung statt zu qualifizieren ist, § 364 BGB. Nach anderer Auffassung stellt die Umwandlungsvereinbarung einen einheitlichen Schuldänderungsvertrag dar. Daneben werden zusätzlich Modelle vertreten wie die Novation oder ein Forderungsverzicht mit Gegenleistung. Ausführliche Darstellung in *Hanau/Artega/Rieble/Veit*, Entgeltumwandlung, 2. Auflage 2006, Rn. 39 ff; *Blomeyer/Rolfs/Otto*, a.a.O. (Fn. 2), § 1 Rn. 124.

4 Die Verpflichtung des Arbeitgebers und die des Arbeitnehmers stehen in einem Gegenseitigkeitsverhältnis. Der Arbeitgeber ist zur Abgabe des Versorgungsversprechens nur deshalb bereit, weil der Arbeitnehmer sich verpflichtet, die Versorgung selbst zu finanzieren, *Blomeyer/Rolfs/Otto*, a.a.O. (Fn. 2), § 1 Rn. 123.

5 Die Entgeltumwandlungsvereinbarung ist Rechtsgrundlage für den Direktversicherungsvertrag, der zwischen Arbeitgeber und Versicherer abgeschlossen wird, *Blomeyer/Rolfs/Otto*, a.a.O. (Fn. 2), § 1 Rn. 123.

6 Der Tarif ist vom Versorgungsträger selbst dem Arbeitnehmer spätestens zu Beginn des Versorgungsverhältnisses vorzulegen, § 10a Abs. 2 VAG und § 113 VAG i.V.m. Anlage D Nr. 1b VAG.

auch dieser als wesentlicher Vertragsbestandteil⁷ anzusehen. Versorgungsleistungen können dabei grundsätzlich, je nach Umfang der Zusage, die Leistungen der Altersversorgung, der Invaliditäts- und Hinterbliebenenversorgung sein, § 1 Abs. 1 S. 1 BetrAVG. In dieser Abhandlung soll jedoch nur auf die deckungskapitalbildende Altersversorgung eingegangen werden.

Nicht disponibel ist die Verpflichtung des Arbeitgebers, die Überschussanteile⁸ einer Versicherung nur zur Verbesserung der Leistung zu verwenden⁹, § 1b Abs. 5 S. 1 Nr. 1 BetrAVG. Ebenso wenig disponibel ist die Verpflichtung des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer mit Beginn der Entgeltumwandlung ein unwiderrufliches Bezugsrecht einzuräumen, § 1b Abs. 5 S. 2 BetrAVG.

1. Verzichtsbetrag

Zunächst muss der Arbeitnehmer die Höhe der umzuwandelnden künftigen Entgeltansprüche bestimmen, die zum Aufbau einer betrieblichen Altersversorgung verwendet werden sollen. Unter künftigen Entgelt ist dabei jede Bruttovergütung zu verstehen, die ein Arbeitnehmer oder eine gleichgestellte Person (§ 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG) wegen seiner Tätigkeit für das Unternehmen erhält. Dabei kann es sich sowohl um laufende Entgeltansprüche, um Einmal- oder Sonderzahlungen als auch um Zeitguthaben handeln¹⁰.

Steuerlich gefördert wird maximal ein Jahresbetrag in Höhe von 4% der jeweiligen Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung¹¹. Die Mindestgrenze¹² für den Anspruch auf Entgeltumwandlung beträgt ein Hundertsechzigstel der Bezugsgröße nach § 18 Abs. 1 SGB IV (§ 1a Abs. 1 S. 4 BetrAVG). Einvernehmlich können aber auch höhere oder niedrigere Beträge zwischen den Beteiligten vereinbart werden, § 17 Abs. 3 S. 3 BetrAVG. In welchen Zeitintervallen innerhalb eines Jahres auf das künftige Entgelt verzichtet werden muss, lässt das Gesetz offen. Vorgegeben ist vom Gesetz lediglich, dass, soweit der Arbeitnehmer Teile seines regelmäßigen Entgeltes verwendet, der Arbeitgeber verlangen kann, dass gleich bleibende monatliche Beiträge verwendet werden, § 1a Abs. 1 S. 5 BetrAVG. Neben der Höhe des umzuwandelnden Entgeltbetrages muss also auch die Häufigkeit der Umwandlung ausdrücklich in der Entgeltumwandlungsvereinbarung festgelegt werden. Der Arbeitnehmer ist aber berechtigt, jedes Jahr einen neuen Umwandlungsbetrag festzulegen, § 1a Abs. 1 S. 4 BetrAVG.

2. Leistungsstrukturen bei der Entgeltumwandlung

Mit den Leistungsstrukturen hat der Gesetzgeber bestimmt, dass der Arbeitgeber entweder verbindlich Versorgungsleistungen oder verbindliche Versorgungsbeiträge, aus denen sich dann bestimmbare Versorgungsleistungen ergeben, ver-

sprechen kann. Darüber hinaus hat er festgelegt, dass diese Grundsätze auch für die arbeitnehmerfinanzierte Versorgung gelten. Die Umwandlungspflicht des Arbeitgebers im Rahmen der Entgeltumwandlung kann daher theoretisch als Leistungszusage oder als beitragsorientiertes System ausgestaltet werden.

Regelmäßig wird bei der Entgeltumwandlung die separate Altersversorgung als ein rein beitragsorientiertes System ausgestaltet¹³. Dies kann sowohl die beitragsorientierte Leistungszusage (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrAVG) als auch die Beitragszusage mit Mindestleistung (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrAVG) sein¹⁴.

a) Beitragsorientierte Leistungszusage

Der Gesetzestext des Betriebsrentengesetzes (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrAVG) umschreibt die beitragsorientierte Leistungszusage als die Verpflichtung des Arbeitgebers, bestimmte Beiträge in eine Anwartschaft auf Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung umzuwandeln. Der Arbeitgeber muss bei der Entgeltumwandlung in dieser Leistungsstruktur die *künftigen* Entgeltansprüche in eine wertgleiche Anwartschaft auf Alters-, Invaliditäts- beziehungsweise Hinterbliebenenversorgung umwandeln. Er verpflichtet sich demnach in seiner Zusage zu zwei Leistungen, nämlich sowohl zur Zahlung der Versicherungsprämie¹⁵ als auch zur Verschaffung der daraus hervorgehenden Versorgungsleistung (Bezugsrecht)¹⁶. Anders als bei der Leistungszusage steht hier jedoch nicht die ziffernmäßig bestimmte Versorgungsleistung im Versorgungsfall im Vordergrund, sondern der für die Versorgungszwecke vom Arbeitgeber zur Verfügung stehende Beitrag, sog. Versorgungszusage mit Beitragsprimat¹⁷. Es wird also auch hier eine Leistung versprochen, die aber erst noch aus dem Versprechen, bestimmte Beträge zu leisten, im Versorgungsfall durch das Umwandlungsmedium ermittelt werden muss¹⁸. Bei der Direktversicherung ist das Umwandlungsmedium stets die Lebensversicherung. Somit erfolgt die Umwandlung stets nach einem versicherungsmathematischen Grundsatz.

Der Arbeitgeber kann bei der beitragsorientierten Leistungszusage also zum Zusagezeitpunkt nur eine Versorgungszusage dem Grunde nach abgeben. Der Höhe nach kann sie jedoch erst im späteren Verlauf konkret¹⁹ bestimmt werden.

In der Entgeltumwandlungsvereinbarung wird daher für die Höhe der Versorgungsleistung im Versorgungsfall regelmäßig auf die Versicherungsleistung verwiesen, die sich aus dem zwischen Arbeitgeber und Versicherer abgeschlossenen Direktversicherungsvertrag mit seinem Tarif und der erfolgten Beitragszahlung ergibt.

7 In der Praxis wird der Tarif häufig durch den Verweis auf den zwischen Arbeitgeber und Versicherer geschlossenen Versicherungsvertrag mit seinen Vertragsbedingungen Bestandteil der Umwandlungsvereinbarung.

8 Überschüsse entstehen dadurch, dass der Versicherer Kalkulationsgrundlagen verwendet, die auf einer vorsichtigen Schätzung beruhen oder aber die Rechnungsgrundlagen so wählt, dass in den Versicherungsbeiträgen noch eine gewisse Sicherheitsspanne enthalten ist. Dies führt in der Endabrechnung eines Vertrages zu erheblichen Überschüssen. Bei kapitalbildenden Versicherungen besteht die Überschussbeteiligung in der Regel aus der laufenden Überschussbeteiligung und der Schlussüberschussbeteiligung (*Kurzendörfer*, Einführung in die Lebensversicherung, 3. Auflage 2000, S. 138 und S. 153 f.) und seit dem 1.1.2008 auch aus einer Beteiligung an den Bewertungsreserven bei Beendigung des Vertrages (§ 153 VVG).

9 Die Versorgungsleistungen bestehen im Rahmen einer Direktversicherung also aus der garantierten Versicherungssumme und den Überschussanteilen.

10 Ausführlich zu den Arten der umzuwandelnden Entgeltansprüche mit weiteren Nachweisen: *Vogel/Vieweg*, BetrAV 2006 S. 43 (45).

11 Für das Jahr 2008 ist dies ein Betrag in Höhe von 63.600 €: Sozialversicherungs-Rechengrößen Verordnung 2008, vgl. BetrAV 2007 S. 757. Zusätzlich zu den geförderten 2.544 € kommt ggfs. ein weiterer Betrag von 1.800 €, wenn keine pauschal versteuerte Direktversicherung durchgeführt wird.

12 Für das Jahr 2008 beträgt die Mindestgrenze 186,37 €.

13 Die Leistungszusage entspricht bei der separaten Altersversorgung nicht der Intention des Gesetzgebers, da sich der Gesetzestext nur auf die Umwandlung von Beiträgen bezieht. Ein leistungsbezogenes System müsste daher erst in ein beitragsbezogenes System zurückgerechnet werden, was sicher nicht praktikabel ist. Gleichwohl kann es sinnvoll sein, bei der Invaliditäts- und Hinterbliebenenversorgung Leistungen zu versprechen. Mischstrukturen sind daher denkbar.

14 *Blomeyer/Rolfs/Otto*, a.a.O. (Fn. 2), § 1a Rn. 33.

15 Die Rechtsnatur der beitragsorientierten Leistungszusage ist nicht als reine Beitragszusage zu qualifizieren. Der Arbeitgeber verpflichtet sich nicht lediglich zur Leistung von Beiträgen und wird schon alleine mit deren Leistung von seiner Verpflichtung frei.

16 Sog. Doppelverpflichtungstheorie, *Blomeyer*, BetrAV 1996 S. 308 (312).

17 *Blomeyer*, a.a.O. (Fn. 16), S. 311.

18 *Blomeyer/Rolfs/Otto*, a.a.O. (Fn. 2), § 1 Rn. 83.

19 Die klassische Lebensversicherung weist zwar über die gesamte Laufzeit eine garantierte Leistung aus, die jedoch nicht unerheblichen Überschussanteile können verbindlich erst zum entsprechenden Termin mittels versicherungsmathematischer Umrechnung ermittelt werden. Zudem steht dem Arbeitnehmer das Recht zu, die Beträge des umzuwandelnden Entgeltes jährlich neu festzulegen. Er kann diese in der Höhe sowohl nach oben als auch nach unten ändern, sodass schon aufgrund dieser Variablen keine ziffernmäßige Bestimmung der Ablaufleistung zum Zusagezeitpunkt möglich ist.

b) Beitragszusage mit Mindestleistung

Die Leistungsstruktur der Beitragszusage mit Mindestleistung (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrAVG) definiert das Betriebsrentenrecht als die Verpflichtung des Arbeitgebers, Beiträge zur Finanzierung von Leistungen der betrieblichen Altersversorgung an einen Pensionsfonds, eine Pensionskasse oder eine Direktversicherung zu zahlen und für Leistungen zur Altersversorgung das planmäßig zuzurechnende Versorgungskapital auf der Grundlage der gezahlten Beiträge (Beiträge und die daraus erzielten Erträge) zur Verfügung zu stellen. Das planmäßig zuzurechnende Versorgungskapital muss mindestens die Summe der zugesagten Beiträge, soweit sie nicht für einen biometrischen Risikoausgleich verbraucht wurden, betragen²⁰. Das planmäßig zuzurechnende Versorgungskapital wird bei der Direktversicherung durch den Lebensversicherungstarif bestimmt (versicherungsmathematischer Grundsatz).

Auch in dieser Leistungsstruktur muss der Arbeitgeber bei der Entgeltumwandlung die künftigen Entgeltansprüche in eine wertgleiche Anwartschaft umwandeln. Seine Verpflichtung besteht auch hier in der Zahlung von Prämien an eine Lebensversicherung und in der Verschaffung der aus dem Lebensversicherungsvertrag hervorgehenden Versorgungsleistung (Bezugsrecht).

Zur Bestimmung der konkreten Höhe der Leistung im Versorgungsfall aus der Direktversicherung wird, wie bei der beitragsorientierten Leistungszusage, in der Versorgungszusage auf die Leistung verwiesen, die sich aufgrund der geleisteten Beiträge aus dem Versicherungstarif ergibt. Die Leistung muss dabei mindestens die Summe der zugesagten Beiträge erreichen.

3. Versicherungstarif

Bei der Direktversicherung können zur Abdeckung der Leistungsziele der betrieblichen Altersvorsorge grundsätzlich alle versicherungsaufsichtsrechtlichen und -vertraglich zulässige Formen der Lebensversicherung²¹ zum Gegenstand der arbeitsrechtlichen Zusage gemacht werden. So können für die kapitalgedeckte Altersvorsorge sowohl Kapitallebensversicherungen als auch Rentenversicherungen, klassisch oder fondsgebunden gewählt werden. Speziell im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung kommen überwiegend Versicherungen zu günstigen Gruppenversicherungstarifen²² zur Anwendung.

Die kapitalbildende Lebensversicherung kann sowohl n-jährig laufend als auch gegen Einmalbeitrag²³ kalkuliert werden. Für die Lebensversicherung ist ein sog. Bruttobeitrag zu zahlen, der sich je nach Tarifwahl aus einem Risikoanteil, einem Sparanteil und einem Kostenanteil zusammensetzen kann.

20 Die Beitragszusage mit Mindestleistung ist ebenfalls keine reine Beitragszusage, da der Arbeitgeber nicht schon durch die Leistung des Beitrages an einen externen Versorgungsträger schuldfreiend leisten kann. Er muss zusätzlich dafür einstehen, dass die Mindestleistung dem Arbeitnehmer als Leistung der Altersversorgung zur Verfügung steht. Sie wird daher häufig als Unterfall der beitragsorientierten Leistungszusage qualifiziert, *Blomeyer/Rolfs/Otto*, a.a.O. (Fn. 2), § 1 Rn. 87 f.

21 Eine Zusammenfassung der möglichen Arten der Lebensversicherungen findet sich in R 4 b) EStR. Die überwiegende Zahl der abgeschlossenen Direktversicherungen sind Rentenversicherungen. Es muss sich aber nicht zwingend um eine steuerlich geförderte Versicherung handeln.

22 Siehe dazu auch *Hessling*, BetrAV 2006 S. 318.

23 Bei Versicherungen gegen Einmalbeitrag wird der Versicherungsschutz bzw. die Sparleistung für eine bestimmte Laufzeit mit einem einzigen Beitrag finanziert. Bei solchen Versicherungen gegen laufenden Einmalbeitrag handelt es sich um eine Bündelung von Versicherungen gegen Einmalbeitrag im Laufe der Jahre nebeneinander.

a) Prämienkalkulation in der Lebensversicherung

Auf dem sozialpolitisch wichtigen Feld der Lebensversicherung hält der Gesetzgeber die Sicherstellung der Solvenz der Versicherer für unabdingbar. Dies geschieht unter anderem durch die aufsichtsrechtliche Vorgabe, wie die Prämiengestaltung zu erfolgen hat²⁴. Bei der Prämienkalkulation hat der Versicherer insbesondere die Vorgabe des Versicherungsaufsichtsgesetzes zu beachten, § 11 Abs. 1 VAG. Danach müssen die Prämien in der Lebensversicherung unter Zugrundelegung angemessener versicherungsmathematischer Annahmen kalkuliert werden und so hoch sein, dass das Versicherungsunternehmen allen seinen Verpflichtungen nachkommen, insbesondere für die einzelnen Verträge ausreichende Deckungsrückstellungen bilden kann. Hierbei kann der Finanzlage des Versicherungsunternehmens Rechnung getragen werden, ohne dass aber planmäßig und auf Dauer Mittel eingesetzt werden dürfen, die nicht aus Prämienzahlungen stammen.

b) Risikobeitrag, Sparbeitrag und Kosten

Während der Risikobeitrag²⁵ für die Risikotragung (vorzeitige Erwerbs-, Berufsunfähigkeits- oder Todesfälle) aufgebracht wird, bildet sich aus dem Sparbeitrag ein sog. Deckungskapital, das verzinslich angesammelt wird. Das Deckungskapital muss zum Ablauf des Vertrages identisch sein mit der garantierten Versicherungssumme²⁶.

Bei einem Lebensversicherungsunternehmen entstehen wie auch bei jedem anderen Wirtschaftsunternehmen Kosten beim Betrieb, sog. Versicherungsbetrieb. Die entstehenden Kosten reichen dabei von Kosten für die Gehälter, Aufwand für die EDV über die Werbung für das Versicherungsunternehmen bis zu den Abschluss- und Einrichtungskosten für das Produkt Lebensversicherung²⁷. Dabei ist für die Verbreitung der Produkte der betrieblichen Altersversorgung – insbesondere im Hinblick auf die Entgeltumwandlung – die Größe der Abschlusskosten von besonderer Bedeutung. Denn hier ist eine weitgehende Beratung und Information²⁸ zu den Produkten vor Abschluss der Versorgungsvereinbarung erforderlich.

Natürlich ist ein Versicherungsunternehmen, wie auch andere Unternehmen, ein Marktteilnehmer und deshalb aus betriebswirtschaftlicher Notwendigkeit heraus auf die Erzielung von Gewinnen ausgerichtet²⁹. Neben dieser betriebswirtschaftlichen Notwendigkeit, entstandene Kosten des Versicherungsbetriebs in die Prämien einzukalkulieren, sind die Lebensversicherer auch aufgrund der aufsichtsrechtlichen Vorgabe verpflichtet, die Abschlusskosten mit in die Prämienkalkulation einzubeziehen, wenn diese anfallen.

Angefallene Abschlusskosten belasten das Deckungskapital *in den ersten Jahren* in jedem Fall. Entweder erfolgt die Belastung einmalig zu Beginn der Versicherung (gezillmerter Tarif), laufend jeweils bis zum Ende der Versicherungslaufzeit (ungezillmerter Tarif) oder sie wird auf einen Zeitraum verteilt, der kürzer ist als die Versicherungslaufzeit (Tarif mit n-jähriger Kostenverteilung). In all diesen Varianten ist das Deckungskapital am Anfang der Versicherung geringer als die eingezahlten Prämien³⁰. Gezillmerte Abschlusskosten werden

24 *Weyers*, Versicherungsvertragsrecht, 2. Auflage 1995, Rn. 667.

25 Der Risikobeitrag hängt von den Einstufungsmerkmalen ab. Dies sind das Eintrittsalter, die Tarifform, die Versicherungssumme und die Dauer der Versicherung, siehe *Kurzendörfer*, a.a.O. (Fn. 8), S. 42.

26 *Kurzendörfer*, a.a.O. (Fn. 8), S. 42.

27 Ausführlich *Weyers*, a.a.O. (Fn. 24), Rn. 67.

28 *Vogel/Vieweg*, a.a.O. (Fn. 10), S. 50.

29 *Weyers*, a.a.O. (Fn. 24), Rn. 67.

30 Siehe die Berechnungsmöglichkeiten bei *Jaeger*, BetrAV 2006 S. 517 (518) unter Fn. 7 mit Verweis auf www.qxaa01.de (letzter Abruf 22.8.2008) sowie *Hessling*, a.a.O. (Fn. 22), S. 319.

dem Versicherungsnehmer nicht auf einmal zu Beginn des Vertrages extra in Rechnung gestellt, sondern in der Folgezeit mit dem höchstmöglichen Teil des Beitrags getilgt, der nicht für Risiko und sonstige Kosten verbraucht wird (Wirkung der Zillmerung). Das bedeutet, dass der Sparanteil der Prämie zunächst zur Tilgung der Abschlusskosten verwendet wird. Der Versicherer finanziert also die Abschlusskosten für den Versicherungsnehmer intern vor. Bei ungezillmerten Tarifen werden die Abschlusskosten über die gesamte Laufzeit der Versicherung in den Kostenanteil der Prämien einkalkuliert und können nicht zur Bildung des Deckungskapitals verwendet werden. Bei einem Tarif, der die Abschlusskosten auf einen Zeitraum verteilt, der kürzer ist als die Versicherungslaufzeit, finanziert der Versicherer die Abschlusskosten über den Verteilungszeitraum gleichmäßig hinweg. Daraus ergibt sich, dass anfangs die gezillmerten Tarife das niedrigste Deckungskapital bilden und ungezillmerte Tarife das höchste Deckungskapital.

Während für den gezillmerten Tarif und für den Tarif, der die Abschlusskosten auf einen Zeitraum verteilt, der kürzer ist als die Laufzeit, die Höhe der Abschlusskosten auf eine Quote von 40% der Beitragssumme über die gesamte Laufzeit der Versicherung festgeschrieben³¹ ist, sog. Zillmersatz (§ 4 Abs. 1 S. 1 DeckRV), existieren für nicht gezillmerte Tarife keine entsprechenden gesetzlichen Regelungen. Wenn man aber unterstellt, dass der Barwert³² der Abschlusskosten bei allen drei Tarifarten identisch ist, dann ergibt sich nach der vereinfachten Berechnungsdatei von Jeager³³ zum Ende der Versicherungslaufzeit bei allen drei Varianten das gleiche Deckungskapital.

Dennoch übersteigt die Ablaufleistung eines gezillmerten Tarifes aufgrund der Überschüsse und des Zinseffektes in der Regel die Ablaufleistung der anderen Tarifarten³⁴. Dem anfänglich vergleichsweise geringen Deckungskapital steht also eine vergleichsweise höhere Ablaufleistung aus der Versicherung gegenüber.

c) Die Zillmerung in der Rechtsprechung und in der Reform des VVG

Die Tatsache, dass sich die Zillmerung in den ersten Jahren besonders stark auf die Höhe des Deckungskapitals auswirkt, hat dazu geführt, dass inzwischen eine gefestigte höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Zillmerung in der privaten Lebensversicherung³⁵ existiert. Der BGH hat in seinem Urteil vom 12.10.2005³⁶ ausführlich zur Wirkung der Zillmerung bei vorzeitiger Beendigung einer privaten kapitalbildenden Lebensversicherung Stellung genommen. Er geht dabei von einer grundsätzlichen Zulässigkeit der Zillmerung aus.

Dem Schweigen des Versicherungsvertragsgesetzes darüber, ob und wie die entstandenen Abschlusskosten zu verrechnen sind, könne nicht entnommen werden, dass die Abschlusskosten alleine der Versicherer zu tragen hat. Er kommt vielmehr zu dem Ergebnis, dass die Kosten vom Versicherungsnehmer zu tragen seien. Der BGH geht davon aus, dass neben betriebswirtschaftlicher Vernunft auch die versicherungsaufsichtsrechtliche Vorschrift des § 11 Abs. 1 VAG dazu führt, dass die Abschlusskosten in die Prämienkalkulation mit einfließen müssen. Über die Vorschriften der Rechnungslegung von Versicherungsunternehmen sind die Abschlussaufwen-

dungen aufzuführen, § 43 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 RechVersV. Dies sei auch sachgerecht, da die Abschlusskosten nicht nur durch den Versicherer verursacht werden, sondern auch durch den Versicherungsnehmer, der sich beraten lässt.

Die Versicherungsnehmer, die den Vertrag bis zum Ende durchführen, haben ein Interesse daran, dass die Belastung durch die am Anfang entstehenden Abschlusskosten möglichst gering gehalten wird. Auf eine möglichst hohe Versicherungsleistung schon in den ersten Jahren kommt es diesen Versicherungsnehmern nicht an. Deshalb sei für sie die Verrechnung nach dem Zillmerungsverfahren am günstigsten, da hierdurch die Abschlusskosten am schnellsten getilgt werden und die ansonsten bei längerfristiger Tilgung entstehenden höheren Finanzierungskosten erspart werden. Der BGH führt vielmehr auch aus, dass der Versicherungsnehmer durch die alleinige Kostentragungspflicht des Versicherers nicht besser gestellt würde. Denn die Überschüsse, die dem Versicherten nach der Annahme des BGH zu 90% zugute kommen, würden durch die Kostentragungspflicht des Versicherers vermindert³⁷. Es würden vielmehr die Versicherungsnehmer benachteiligt, die den Versicherungsvertrag bis zum Ende oder jedenfalls für längere Zeit beitragspflichtig aufrechterhalten.

Die Versicherungsnehmer, die den Vertrag nicht zu Ende führen, haben im Gegensatz zu den Versicherungsnehmern, die den Vertrag bis zum Ende durchführen, ein Interesse daran, im Zeitpunkt der vorzeitigen Beendigung eine Versicherungsleistung zu erhalten, die mit möglichst geringen Abschlusskosten belastet ist. Die Begünstigung der Versicherungsnehmer, die den Vertrag nach kurzer Zeit kündigen oder beitragsfrei stellen, widerspreche aber den für das Versicherungsrecht typischen Grundgedanken der Risikogemeinschaft. Der BGH hält daher die Zillmerung für sachgerecht.

Diese grundsätzliche Zulässigkeit der Zillmerung hat der BGH durch die Festlegung eines Mindestbetrages beim Rückkauf im Fall der vorzeitigen Vertragsauflösung begrenzt. Dieser Mindestbetrag wird bestimmt durch die Hälfte des mit den Rechnungsgrundlagen der Prämienkalkulation berechneten ungezillmerten Deckungskapitals.

Auch das BVerfG³⁸ geht von der grundsätzlichen Zulässigkeit der Zillmerung aus, da der BGH im Wege der richterlichen ergänzenden Vertragsauslegung die Grenzen der Verrechnung der Abschlusskosten bei vorzeitiger Vertragsauflösung festgelegt hat und damit das angemessene Verhältnis von gezahlten Versicherungsprämien und Deckungskapital sichergestellt³⁹ ist.

Der Gesetzgeber hat ebenfalls nach der Reform des Versicherungsvertragsgesetzes zum 1.1.2008 an der Zulässigkeit der Zillmerung festgehalten und sich nicht für deren Unzulässigkeit ausgesprochen. Bereits vor dem 1.1.2008 sah das Versicherungsvertragsgesetz gezillmerte Tarife in der privaten Lebensversicherung als zulässig an. Dies ergibt sich aus der schon erwähnten Vorgabe des Versicherungsaufsichtsgesetzes für die Prämienkalkulation⁴⁰, die die Belastung der Versicherung mit dem Höchstzillmersatz zulässt.

31 Der Zillmersatz darf 40% der Summe aller Prämien nicht überschreiten. Für überrechnungsmäßige Abschlusskosten besteht ein Aktivierungsverbot (§ 248 Abs. 3 HGB).

32 Unter Barwert der Abschlusskosten versteht man den unverzinsten Grundbetrag der Abschlusskosten, der beim Abschluss der Versicherung anfällt.

33 Siehe www.qxaa01.de.

34 Siehe Hessling, a.a.O. (Fn. 22), S. 319.

35 Eine höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Zulässigkeit der Zillmerung im Rahmen der Entgeltumwandlung liegt bisher noch nicht vor.

36 BGH, Urteil vom 12.10.2005 – IV ZR 162/03 –, BetrAV 2005 S. 788.

37 Gemeint sind damit wohl die Chancen auf Überschusszuweisungen wegen besonders effektiver Verwaltung.

38 BVerfG, Beschluss vom 15.2.2006 – 1 BvR 1317/96 –, BetrAV 2006 S. 282, m.w.N.

39 Der BGH hat durch seine Rechtsprechung den vormals häufig nicht sichergestellten zivilrechtlichen Rechtsschutz für den einzelnen Versicherungsnehmer sichergestellt. Die Zivilgerichte verwiesen vor der Rechtsprechung des BGH auf die öffentlich-rechtliche Genehmigung der Geschäftspläne der Versicherungen durch das damalige Bundesaufsichtsamt für Versicherungswesen und nahmen insoweit keine eigene inhaltliche Prüfung vor. Die Aufsichtsbehörde wiederum beschränkte sich grundsätzlich auf eine Missbrauchsaufsicht, die aber nicht auf das einzelne Versicherungsvertragsverhältnis bezogen war.

40 Siehe unter A. I. 3. a) und b).

Während vor der Reform des Versicherungsvertragsgesetzes der Rückkaufswert für eine gezillmerte Lebensversicherung ohne gesetzlichen Angemessenheitsgrundsatz lediglich nach den anerkannten Regeln der Versicherungsmathematik für den Schluss der Versicherungsperiode als Zeitwert berechnet wurde (§ 176 Abs. 3 S. 1 VVG in der bis zum 31.12.2007 geltenden Fassung⁴¹), kommt die seit dem 1.1.2008 geltende Fassung des VVG in § 169 Abs. 3 S. 1 1. Halbsatz VVG der verfassungsrechtlichen Forderung nach höherer Transparenz und einem angemessenen Verhältnis von gezahlten Versicherungsprämien und daraus gebildetem Deckungskapital nach. Nach § 169 Abs. 3 S. 1 1. Halbsatz VVG ist der Rückkaufswert das nach anerkannten Regeln der Versicherungsmathematik mit den Rechnungsgrundlagen der Prämienkalkulation am Schluss der laufenden Versicherungsperiode berechnete Deckungskapital der Versicherung. Bei einer Kündigung des Versicherungsverhältnisses ist dies jedoch mindestens der Betrag des Deckungskapitals, der sich bei gleichmäßiger Verteilung der angesetzten Abschluss- und Vertriebskosten auf die ersten fünf Jahre ergibt. Zudem gibt § 169 Abs. 3 S. 1 2. Halbsatz VVG vor, dass die Regelung über die zulässige Höhe der Zillmerung⁴² unberührt bleibt. Die Abschluss- und Vertriebskosten können daher weiterhin nur bis maximal 40% in Ansatz gebracht werden.

II. Wertgleichheit und Zillmerung

Wie bereits oben dargestellt, beeinflussen die Abschlusskosten in jedem Fall das Deckungskapital einer Lebensversicherung. Bei der gezillmerten Lebensversicherung ist in der Regel die Höhe des Deckungskapitals anfangs im Vergleich zu allen anderen Tarifarten am niedrigsten. Daher wird in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte und in der Literatur diskutiert, ob die Wertgleichheit der Anwartschaft noch gewahrt ist, wenn der Sparanteil der Prämie anfangs durch die gezillmerten Abschlusskosten verbraucht wird. Die Frage ist demnach, ob bei der Entgeltumwandlung die Wahl eines gezillmerten Tarifes gegen den arbeitsrechtlichen Wertgleichheitsgrundsatz des § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG verstößt und daher nur ungezillmerte Tarife zulässig sind.

Zwar gibt der Gesetzestext vor, dass die Umwandlung der künftigen Entgeltansprüche in eine Anwartschaft auf betriebliche Altersvorsorge wertgleich erfolgen soll. Der Begriff der Wertgleichheit selbst wird im Betriebsrentenrecht jedoch nicht legal definiert. Es besteht daher in der Literatur und auch in der Rechtsprechung Uneinigkeit darüber, wie dieser Begriff genau zu bestimmen ist. Das Urteil des LAG München⁴³ hat erneut zu einer umfangreichen Diskussion angeregt, da es in seinen Urteilsgründen die Verwendung gezillmelter Tarife bei Entgeltumwandlung als Verstoß gegen das Gebot der Wertgleichheit wertet. Die Diskussion über die Definition der Wertgleichheit wird im Wesentlichen durch drei Meinungen geprägt⁴⁴.

41 Für Versicherungsverhältnisse, die vor dem 1.1.2008 entstanden sind (sog. Altverträge, Art. 1 Abs. 1 VVGEG) ist anstatt des § 169 VVG, auch soweit auf ihn verwiesen wird, § 176 VVG in der bis zum 31.12.2007 geltenden Fassung ohne zeitliche Begrenzung weiter anzuwenden, Art. 4 Abs. 2 VVGEG.

42 § 65 Abs. 1 Nr. 2 VAG i.V.m. § 4 Abs. 1 S. 2 DeckRV. Die Frage, ob es sich bei einem Tarif, der die Abschlusskosten auf die ersten fünf Jahre der Laufzeit einer Versicherung verteilt, um einen gezillmerten Tarif handelt, kann dahingestellt bleiben, da der Grundsatz der Zillmerung gilt und lediglich der Mindestdeckungskapitalverlauf sichergestellt werden muss.

43 LAG München, Urteil vom 15.3.2007 – 4 Sa 1152/06 –, BetrAV 2007 S. 370.

44 Ausführliche Darstellung des Meinungsstreits mit weiteren Literaturhinweisen: Arbeitsgericht Siegburg, Urteil vom 27.2.2008 – 2 Ca 283/07 –, BetrAV 2008 S. 629.

1. Theorie der objektiven Wertgleichheit

Die herrschende Meinung stellt in diesem Streit wohl die Theorie der objektiven Wertgleichheit⁴⁵ dar. Danach ist im Fall der Entgeltumwandlung über die Direktversicherung die Wertgleichheit der Anwartschaft dann gegeben, wenn der Entgeltanspruch in voller Höhe⁴⁶ als Prämie an den Versicherer abgeführt wird⁴⁷ und der Arbeitnehmer eine Anwartschaft in Form eines Bezugsrechts aus der Direktversicherung erhält⁴⁸. Das Bezugsrecht wird dabei nach versicherungsmathematischen Grundsätzen bestimmt. Dies bedeutet, dass das umgewandelte Entgelt unter Beachtung biometrischer Risiken und eines Rechnungszinssatzes nach Abzug des Kostanteils in eine Versicherungsleistung umgerechnet wird.

Insbesondere Höfer sieht in der Tatsache, dass die Versicherungsunternehmen unterschiedliche Kosten bei ihrer Kalkulation berücksichtigen und daher die Leistungen und die Deckungsmittel je nach Wahl des Versorgungsträgers variieren⁴⁹, keinen Verstoß gegen die Wertgleichheit. Er begründet diesen Ansatz mit dem Verweis auf die private Lebensversicherung, bei der auch die Zulässigkeit der Zillmerung durch die Gerichte überprüft wird. Dies kann jedoch nicht im Rahmen der Wertgleichheit geschehen, sondern nur im Rahmen einer allgemeinen Äquivalenzprüfung. Auch Hanau/Arteaga/Rieble/Veit⁵⁰ gehen davon aus, dass sich das Bezugsrecht selbst als Anknüpfungspunkt für das Wertgleichheitsgebot nicht eignet.

Nach der herrschenden Meinung berühren gezillmerte Tarife also nicht die Wertgleichheit der Anwartschaft. Die Frage der äquivalenten Leistung infolge der Zillmerung muss vielmehr gesondert im Rahmen eines Äquivalenzgebotes der Leistung überprüft werden. Die Wahl eines gezillmerten Tarifes kann somit nicht zu einem Verstoß gegen das Wertgleichheitsgebot führen.

2. Vertraglicher Ansatz

Nach der Theorie der sog. vertraglichen Wertgleichheit⁵¹ verzichtete der Gesetzgeber bei der Entgeltumwandlung bewusst auf die Vorgabe, dass die Ausgestaltung der Umwandlung nur über das versicherungsmathematische Verfahren erfolgen kann. Der Hinweis auf die wertgleiche Anwartschaft soll deshalb lediglich das Austauschverhältnis von Entgelt gegen Versorgungsanwartschaften im Sinne einer Adäquanz gemäß § 315 BGB beschreiben. Danach obliegt es den Parteien, im Rahmen der Entgeltumwandlungsvereinbarung festzulegen, welche Versorgung sie als wertgleich zum umgewandelten Entgelt ansehen. Das bedeutet, dass sich die Parteien des Arbeitsvertrages über die Bedingungen der Umwandlung einigen und auch die Berechnungsmethode⁵² festlegen. Der Spielraum der Parteien ist aber auch bei dieser Meinung

45 Blomeyer/Rolfs/Otto, a.a.O. (Fn. 2), § 1 Rn. 145 und 149 m.w.N.; Höfer, Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, Band I, 8. Auflage Stand September 2004/Januar 2005, § 1 Rn. 2566; Hanau/Arteaga/Rieble/Veit, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 100 und 105.

46 Der Arbeitgeber darf bei der Entgeltumwandlung keine sog. Nettobeiträge versprechen, die geringer sind als der Verzichtsbetrag. Für die versicherungsförmigen Durchführungswege gilt ohnehin § 1b Abs. 5 S. 1 2. Halbsatz BetrAVG, der vorgibt, dass bei der Entgeltumwandlung die Überschüsse nur zur Erhöhung der Leistung verwendet werden dürfen.

47 Eigene Verwaltungskosten darf der Arbeitgeber demnach nicht in Ansatz bringen.

48 Begründet wird diese Meinung mit der Vorgeschichte der jetzigen Regelung und den Formulierungen der Entwürfe während der Entstehungsgeschichte. Ausführlich dazu: Blomeyer/Rolfs/Otto, a.a.O. (Fn. 2), § 1 Rn. 149 m.w.N.; Arbeitsgericht Siegburg, a.a.O. (Fn. 44).

49 Höfer, a.a.O. (Fn. 45), § 1 Rn. 2567; zustimmend wohl Blomeyer/Rolfs/Otto, a.a.O. (Fn. 2), § 1 Rn. 146. Davon gehen im Ergebnis auch Hanau/Arteaga/Rieble/Veit mit anderer Begründung aus, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 108.

50 Hanau/Arteaga/Rieble/Veit, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 108.

51 Ahrend/Förster/Rühmann, Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, Kommentar, 9. Auflage 2003, § 1 Rn. 25; Cisch/Kruip, NZA 2007 S. 787 m.w.N.; Hartsoe, BetrAV 2005 S. 629 (630).

52 Neben der versicherungsmathematischen Berechnungsmethode gibt es noch das Sparprinzip, Blomeyer, a.a.O. (Fn. 16), S. 312.

beschränkt, da die Umwandlung „kostenneutral“ sein muss und das gesamte umzuwandelnde Entgelt für die Altersversorgung verwendet werden muss.

Nach dieser Auffassung verstoßen gezeilmerte Tarife nicht ohne Weiteres gegen das Gebot der Wertgleichheit. Sie können vielmehr einvernehmlich von den Parteien gewählt werden, ohne dass es zu einer Verletzung des Gebotes der Wertgleichheit kommt⁵³.

3. Kritiker der gezeilmerten Tarife

Nach den Kritikern der gezeilmerten Tarife ist sowohl bei der Beitragszusage mit Mindestleistung als auch bei der beitragsorientierten Leistungszusage über die Direktversicherung die Wertgleichheit danach zu bestimmen, ob den Risiken des Arbeitnehmers auch entsprechende Chancen gegenüberstehen⁵⁴. Dabei ist der Rechtsgedanke des § 287 ZPO heranzuziehen. Dieses Gebot ist nicht nur isoliert bei Eintritt des Versorgungsfalles zu betrachten, sondern beansprucht auch während des Anwartschaftsstadiums Geltung. Wegen des Deckungskapitalverlaufs bei der Zillmerung stehen den Risiken des Arbeitnehmers nicht während der gesamten Anwartschaftszeit entsprechende Chancen gegenüber. Demnach verstoßen gezeilmerte Tarife gegen die Wertgleichheit. Rechtsfolge des Verstoßes gegen das Gebot der Wertgleichheit ist dann die Unwirksamkeit⁵⁵ der Entgeltumwandlungsvereinbarung, soweit sie sich auf die Zillmerung bezieht, § 17 Abs. 3 S. 3 mit § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG. Der Arbeitnehmer kann somit den Arbeitgeber im Rahmen der Ausfallhaftung auf eine entsprechend höhere Altersversorgung in Anspruch nehmen, § 1 Abs. 1 S. 3 BetrAVG.

Dieser Auffassung ist wohl das Landesarbeitsgericht München gefolgt, als es in der Wahl eines gezeilmerten Tarifes einen Verstoß gegen das Wertgleichheitsgebot gesehen hat. Das LAG München geht jedoch von einer vollständigen Unwirksamkeit⁵⁶ der Entgeltumwandlungsvereinbarung aus.

4. Stellungnahme

Aus der Darstellung der unterschiedlichen Meinungen zur Definition der Wertgleichheit im Sinn von § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG wird ersichtlich, dass diese Meinungen unterschiedliche Positionen zueinander ins Verhältnis setzen, um die Wertgleichheit zu ermitteln. Während sowohl bei der sog. objektiven Theorie als auch beim sog. vertraglichen Ansatz zwei Positionen zueinander ins Verhältnis gesetzt werden, wird bei den Kritikern der gezeilmerten Tarife noch auf eine dritte Größe Bezug genommen. Die sog. objektive Theorie setzt den Verzichtsbetrag zur Versicherungsprämie ins Verhältnis und geht schon dann von der Wertgleichheit im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG aus, wenn sich beide Beträge vollständig entsprechen und dem Arbeitnehmer das Bezugsrecht dem Grunde nach eingeräumt wird. Beim vertraglichen Ansatz wird das umzuwandelnde Entgelt auch ins Verhältnis zum Versicherungsbeitrag gesetzt. Darüber hinaus beinhaltet die Wertgleichheit die privatautonome Dispositionsbefugnis der Parteien, eine Berechnungsmethode für die Anwartschaften festzulegen. Die Kritiker der gezeilmerten Tarife hingegen fordern nicht nur, dass sich die Größen verzichtetes Entgelt und Versicherungsprämie entsprechen, sondern auch, dass die Höhe der Anwartschaft bzw. des Bezugsrechts während

der gesamten Umwandlungsdauer dem Sparanteil der geleisteten Prämien entsprechen muss, also stets eine qualifizierte Höhe aufweist.

Unbestritten ist, dass sich die Höhe des verzichteten Entgeltes und die Versicherungsprämie entsprechen müssen und der Arbeitnehmer ein Bezugsrecht, die Anwartschaft, erhalten muss.

Dass die Wertgleichheit im Sinne von § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG auch das Kriterium der qualifizierten Höhe der Anwartschaft bzw. des Bezugsrechts fordert, kann u.E. keinen Bestand haben. Denn die Höhe der Anwartschaft aus der Entgeltumwandlung wird speziell in § 2 BetrAVG durch versicherungsmathematische Grundsätze bestimmt und nicht bereits in § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG. § 1 Abs. 2 BetrAVG legt nur die Strukturen der betrieblichen Altersversorgung fest und regelt in Nr. 3 die arbeitnehmerfinanzierte betriebliche Altersversorgung durch Entgeltumwandlung. § 1 Abs. 2 BetrAVG bezieht sich eben nicht auf die Lebensversicherung, die bei der Direktversicherung das Finanzierungsmedium ist, und aus dem im Versorgungsfall die Höhe der Versorgungsleistung bestimmt wird. Die Vorschrift bezieht sich ebenso wenig auf Geschäftspläne bzw. Geschäftsunterlagen von Pensionskassen oder auf den Pensionsplan von Pensionsfonds, die für diese Durchführungswege das Finanzierungsmedium darstellen. Zudem nimmt § 1 Abs. 2 BetrAVG auch keinen Bezug zu denkbaren Finanzierungsmedien (Rückdeckungsversicherungen), die vertraglich im Betriebsrentenrecht bei Direktzusagen oder Unterstützungskassenzusagen wirken können. Auch § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrAVG kann unserer Meinung nach an dieser Sicht nichts ändern, da die Mindestversorgungsleistung als Maß der Höhe einer Versorgung Bestandteil der Struktur der Beitragszusage mit Mindestleistung ist. Die Mindestversorgungsleistung ergibt sich zudem nicht aus einem versicherungsmathematischen Grundsatz.

Da § 1 Abs. 2 BetrAVG eine reine Strukturvorschrift ist, hat der Gesetzgeber richtigerweise nicht an der Entwurfsfassung des § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG⁵⁷ festgehalten, die die versicherungsmathematischen Grundsätze mit in die Struktur einbeziehen wollte. Unbestritten wird die Zillmerung aber diesen versicherungsmathematischen Grundsätzen zugeordnet. Die versicherungsmathematischen Grundsätze wirken entweder von Gesetzes wegen⁵⁸ im Betriebsrentenrecht oder auf vertraglicher Grundlage⁵⁹. Sie haben lediglich die Funktion, die Höhe der Anwartschaft oder der Versorgungsleistung aus der dem Verzichtsbetrag entsprechenden Prämie zu bestimmen und sind somit nur § 2 BetrAVG vorbehalten. Daher kann die in § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG geregelte Wertgleichheit nicht die Zillmerung erfassen, die als versicherungsmathematischer Grundsatz in § 2 BetrAVG zur Anwendung kommt.

Auch die Verweisungen der § 2 Abs. 5a BetrAVG und § 2 Abs. 5b BetrAVG auf die Entgeltumwandlung in § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG führen u.E. nicht dazu, dass umgekehrt die Wertgleichheit zum Bestandteil der Höhe wird. Bei der beitragsorientierten Leistungszusage kann die Wertgleichheit nicht über die Verweisung in § 2 Abs. 5a BetrAVG auf die Entgeltumwandlung zum Bestandteil der Höhe der Versorgungsanwartschaften und Versorgungsleistungen werden. Der Maßstab der Wertgleichheit würde auf diesem Wege nämlich nicht für alle Durchführungswege gleichermaßen gelten. Er käme nur bei den in § 2 Abs. 5a BetrAVG erwähnten Durchführungswegen der Direktzusage, des Pensionsfonds

53 Cisch/Kruip, a.a.O. (Fn. 51), S. 787.

54 Reinecke, DB 2006 S. 555 (562).

55 Reinecke geht dabei von der Inhaltskontrolle des § 307 BGB aus, a.a.O. (Fn. 54), S. 562. Dem wird entgegen gehalten, dass es eines Rückgriffs auf die Vorschriften §§ 305 ff. BGB nicht bedarf, da die Sonderregel des Betriebsrentenrechts (§ 17 Abs. 3 Satz 3 BetrAVG und § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG) einschlägig sind, siehe Cisch/Kruip, a.a.O. (Fn. 51), S. 789.

56 Kritik an dieser Rechtsfolge siehe Langohr-Plato, juris PR-ArbR 28/2007 Anm. 1.

57 Blomeyer/Rolfs/Otto, a.a.O. (Fn. 2), § 1 Rn. 149 m.w.N.

58 Dies ist bei den versicherungsförmigen Durchführungswegen der Direktversicherung, des Pensionsfonds und der Pensionskasse der Fall, § 2 BetrAVG.

59 Die versicherungsmathematischen Grundsätze können durch das Versorgungsversprechen über die Rückdeckungsversicherung bei der Unterstützungskasse und bei der Direktzusage wirken.

und der Unterstützungskasse zur Anwendung. Dagegen wäre der Maßstab der Wertgleichheit bei der Direktversicherung und bei der Pensionskasse nicht anwendbar, da für diese Durchführungswege die Höhe der Anwartschaft oder Versorgungsleistung nach § 2 Abs. 2 und Abs. 3 BetrAVG bestimmt wird. Entsprechendes gilt für die Entgeltumwandlung über die Leistungsstruktur der Beitragszusage mit Mindestleistung, § 2 Abs. 5b i.V.m. § 2 Abs. 5a BetrAVG. Der Maßstab der Wertgleichheit des § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG würde dann nur für die Direktversicherung, die Pensionskasse und den Pensionsfonds gelten, nicht aber für die Direktzusage und die Unterstützungskasse, da diese beiden Durchführungswege nicht mit der Beitragszusage mit Mindestleistung kombinierbar sind. Bei der Direktversicherung würde also der Maßstab der Wertgleichheit bei der Ermittlung der Höhe nicht gelten, wenn die Struktur der beitragsorientierten Leistungszusage gewählt wird. Würde hingegen die Struktur der Beitragszusage mit Mindestleistung gewählt, dann würde der Maßstab der Wertgleichheit bei der Bestimmung der Höhe aber Anwendung finden. Diese unterschiedliche Anwendung des Maßstabs der Wertgleichheit bei der Höhe ergibt jedoch systematisch keinen Sinn. Denn die Wertgleichheit der Anwartschaft wird nach § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG sowohl für die beitragsorientierte Leistungszusage als auch für die Beitragszusage mit Mindestleistung gefordert.

Die Wertgleichheit kann also u.E. weder die qualifizierte Höhe der Anwartschaft mit in die Struktur einbeziehen, noch muss sich die Höhe der Anwartschaft an der Wertgleichheit messen lassen. Die Wertgleichheit der Versorgungsanwartschaft kann also nur bedeuten, dass sich der Verzichtsbeitrag und die aufgewandte Prämie für die Versicherung entsprechen müssen und dass dem Arbeitnehmer ein Bezugsrecht dem Grunde nach eingeräumt wird.

Dieses Ergebnis wird u.E. auch durch die Entstehungsgeschichte von § 1 BetrAVG bestätigt. Die Direktversicherung respektiert den Willen des Arbeitgebers, sich durch den Abschluss einer Direktversicherung und deren Mitgabemöglichkeit von den Lasten einer unmittelbaren Versorgungszusage zu befreien⁶⁰. Dies gilt unbestritten auch für die Entgeltumwandlung. Sinn und Zweck einer einheitlichen Beitragsbemessungsmethode⁶¹ (Strukturgleichheit) ist, dass die gemeinsame Finanzierung der betrieblichen Altersvorsorge erleichtert werden soll. Dies kann durch Verwendung desselben Tarifs für die gemischt finanzierte Versorgung einfach umgesetzt werden. Da der vom Arbeitnehmer finanzierte Beitrag bei der Entgeltumwandlung vom Arbeitgeber nicht verändert werden kann, der Arbeitgeber seinen Beitrag aber beliebig⁶² bestimmen kann, war eine Abgrenzung der beiden Finanzierungsformen notwendig. Die Abgrenzung wurde u.E. mit dem Begriff der Wertgleichheit erreicht.

Da die Zillmerung zwingend dem Finanzierungsmedium Lebensversicherung und somit der Höhe zuzuordnen ist, kann die Wahl eines gezillmerten Tarifes u.E. nicht zu einem Verstoß gegen das Wertgleichheitsgebot des § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG führen.

III. Zillmerung und Vermögenswahrungsinteresse

Dem Arbeitgeber allein steht das Recht zur Wahl der externen versicherungsförmigen Durchführungswege zu. Zudem hat er dann auch das Recht zur Wahl der Leistungsstruktur, des Versorgungsträgers und der Tarife. Dies führt dazu, dass der Arbeitnehmer nicht mehr frei und autonom seine eigene

Wahl treffen kann, insbesondere auch nicht entscheiden kann, ob er einen gezillmerten oder ungezillmerten Tarif wählt, er aber die Vermögensfolgen dieser Wahl trägt.

Daher stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber aufgrund der jedem Arbeitsvertrag innewohnenden Nebenpflichten wirklich jeden Tarif wählen kann, oder ob seine arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht Grenzen bei der Wahl setzt. Eine derartige Nebenpflichtverletzung würde dann zu einem Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber führen.

Nach der Rechtsprechung des BAG⁶³ gibt es eine Nebenpflicht des Arbeitgebers, die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitnehmers so zu wahren, wie dies unter Berücksichtigung der Belange des Betriebes und der Interessen der anderen Arbeitnehmer nach Treu und Glauben billigerweise verlangt werden kann, § 241 BGB. Diese Nebenpflicht umfasst auch die Wahrung der Vermögensinteressen⁶⁴ des Arbeitnehmers. Da Umfang und Grenzen der Vermögenswahrungspflicht zugunsten des Arbeitnehmers nicht gesetzlich normiert sind, muss sich diese Pflicht nach dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben (§ 241 BGB) bestimmen. Dabei sind unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls die Interessen der Vertragsparteien gegeneinander abzuwägen⁶⁵.

Auf der einen Seite sind also die Interessen des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, der nach relativ kurzer Zeit den Betrieb des Arbeitgebers wieder verlässt und ein Interesse an einem möglichst hohen Rückkaufswert der Versicherung hat. Auf der anderen Seite steht das Interesse des Arbeitgebers, für die Gesamtheit seiner Mitarbeiter eine bestmögliche Versorgung zu gewähren sowie das Interesse an einer effizienten Einrichtung der Altersvorsorge im Betrieb.

Das Interesse des Arbeitnehmers, der nach relativ kurzer Zeit den Betrieb wieder verlässt, ist bei der Wahl eines gezillmerten Tarifes und dem damit einhergehenden Deckungskapitalverlauf nicht in der Art gewahrt, wie es bei der Wahl eines ungezillmerten Tarifes der Fall wäre. Hier ist jedoch insbesondere zu berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer die Obliegenheit hat, sich selbst über die Konsequenzen seines Handelns zu informieren⁶⁶, bevor er Änderungen im Hinblick auf sein Arbeitsverhältnis vornimmt. Er muss sich selbst darüber Klarheit verschaffen, wie sich eine Beitragsfreistellung in den ersten Jahren der Versicherung auswirkt. Aufgrund der dem Arbeitgeber obliegenden Aufklärungspflicht über die Tarifwahl⁶⁷ ist in der Regel sichergestellt, dass dem Arbeitnehmer die Konsequenzen einer frühzeitigen Beitragsfreistellung ausreichend dargelegt werden und er eigenverantwortlich entscheiden kann, ob er den Tarif wählen möchte oder nicht. Insbesondere ist dem Arbeitnehmer nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 VVG-Info i.V.m. § 7 Abs. 1 S. 1 VVG vor Abgabe der Annahmeerklärung vom Versicherer mitzuteilen, wie hoch die einkalkulierten Abschlusskosten sind. Daneben sind dem Arbeitnehmer die in Betracht kommenden Rückkaufswerte mitzuteilen, § 2 Abs. 1 Nr. 4 VVG-Info i.V.m. § 7 Abs. 1 S. 1 VVG. Diese dem Arbeitgeber als Versicherungsnehmer zur Verfügung gestellten und an den Arbeitnehmer weitergeleiteten Informationen stellen eine umfangreiche Informationsmöglichkeit für den Arbeitnehmer dar.

60 Blomeyer, BetrAV 1979 S. 110 (116).

61 Blomeyer/Rolfs/Otto, a.a.O. (Fn. 2), § 2 Rn. 469.

62 Dies kann z.B. durch Beitragsverrechnung mit Überschüssen aus der Rückdeckungsversicherung in der Anwartschaftsphase für die arbeitgeberfinanzierte Unterstützungskasse erreicht werden.

63 BAG, Urteil vom 21.11.2000 – 3 AZR 13/00 –, BetrAV 2001 S. 683 m.w.N.; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 10. Auflage 2002, § 108 Rn. 9.

64 BAG, a.a.O. (Fn. 63), m.w.N.

65 BAG, Urteil vom 1.10.2002 – 9 AZR 298/01 –.

66 BAG, Urteil vom 13.11.1984 – 3 AZR 255/84 –, BetrAV 1985 S. 176.

67 Eine Verletzung dieser Informationspflicht führt zu einem Schadensersatzanspruch gegen den Arbeitgeber, siehe ausführlich Vogel/Vieweg, a.a.O. (Fn. 10), S. 50.

Der Arbeitgeber muss heute zwar sicherlich immer berücksichtigen, dass nicht mehr jeder Arbeitnehmer dauerhaft bis zum Renteneintritt in seinem Betrieb verbleibt. Andererseits muss der Arbeitgeber gleichermaßen die Interessen der Arbeitnehmer berücksichtigen, die den Betrieb nicht nach kurzer Zeit wieder verlassen, sondern länger im Unternehmen verbleiben. Für diese führt, wie bereits oben ausgeführt, ein gezillmerter Tarif regelmäßig zu einer höheren Ablaufleistung. Stellt der Arbeitgeber bei der Tarifwahl nur darauf ab, welcher Tarif in den ersten Jahren mehr Deckungskapital aufbaut, stellt er die Interessen der langjährig betriebstreu Mitarbeiter hinter denen der schnell ausscheidenden Mitarbeiter an, die nicht unbedingt die Mehrzahl seiner Mitarbeiter ausmachen muss. Zudem kann der Arbeitgeber bei der Einrichtung der Entgeltumwandlung nicht wissen, welche Anzahl von Mitarbeitern das Unternehmen über kurz oder lang wieder verlassen wird.

Bei der Interessenabwägung muss auch berücksichtigt werden, dass der Gesetzgeber bei der Entgeltumwandlung dem Arbeitgeber eine beschränkte Autonomie zur Ausgestaltung von Versorgungssystemen eingeräumt hat. Dies soll den betrieblichen Interessen des Arbeitgebers gerecht werden⁶⁸. Die Einrichtung eines Versorgungssystems im Betrieb erfordert schon erheblichen Arbeitsaufwand bei der Auswahl des Versorgungssystems und der angebotenen Tarife. Der Arbeitgeber ist mit einer Vielzahl von Versicherungstarifen konfrontiert, ist in der Regel aber kein Spezialist auf diesem Gebiet. Er muss daher nach objektiven Vergleichbarkeitskriterien für die Tarife suchen. Er wird daher gemäß der Intention der Altersvorsorge in der Regel darauf abstellen, dass die Leistung im Versorgungsfall möglichst hoch ist und daher die Ablaufleistung als Kriterium heranziehen. Ein Vergleich der angebotenen Tarife dahingehend, dass er den Deckungskapitalverlauf der unterschiedlichen Tarife über die gesamte Laufzeit vergleicht und diese ins Verhältnis zur jeweiligen Ablaufleistung der Versicherung setzt, ist für den Arbeitgeber ein wohl unzumutbarer Aufwand.

Die Interessen der langfristig verbleibenden Mitarbeiter und des Arbeitgebers an einer effektiven Altersvorsorge dürfen nicht ohne Weiteres hinter die Interessen der kurzfristig verbleibenden Mitarbeiter gestellt werden. U.E. kann daher die Wahl eines gezillmerten Tarifes auch nicht als ein Verstoß gegen die Vermögenswahrungspflicht gegenüber dem Arbeitnehmer gewertet werden.

B. Zillmerung bei der Höhe von Anwartschaften

Die Zillmerung hat keine Auswirkung auf die Höhe der Versorgungsleistung, so lange die Direktversicherung beitragspflichtig fortgeführt und damit die projizierte Ablaufleistung finanziert wird. Das ist immer dann der Fall, wenn die Direktversicherung entweder durch den bisherigen Arbeitgeber oder unverändert durch einen neuen Arbeitgeber im Rahmen einer Vertragsübernahme (§ 4 Abs. 2 Nr. 1 BetrAVG) fortgeführt wird, oder aber wenn die Direktversicherung durch den Arbeitnehmer mit eigenen Beiträgen weiterfinanziert wird (§ 2 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 BetrAVG).

Die Auswirkungen der Zillmerung auf den Deckungskapitalverlauf werden jedoch immer dann offensichtlich, wenn die Direktversicherung beitragsfrei gestellt wird, wenn aus der Direktversicherung ein Übertragungswert gezahlt wird oder wenn die Direktversicherung abgefunden werden kann.

⁶⁸ Dies hat für den Arbeitnehmer daher zur Folge, dass er entweder das angebotene Versorgungssystem so annehmen muss, wie es angeboten wird, oder sich mit der Konsequenz, keine Entgeltumwandlung durchzuführen, dagegen entscheiden muss.

I. Beitragsfreistellung

Bei der Beitragsfreistellung wird die Direktversicherung in eine prämienfreie Versicherung umgewandelt, die bis zum Eintritt des Versorgungsfalls weiter läuft, § 165 Abs. 1 S. 1 VVG. Für Altverträge ist die Beitragsfreistellung in dem vorgegebenen Übergangszeitraum⁶⁹ weiterhin in § 174 Abs. 1 S. 1 VVG in der bis zum 31.12.2007 geltenden Fassung geregelt.

Anstelle der ursprünglich projizierten Ablaufleistung im Versorgungsfall tritt dann die niedrigere Leistung aus der beitragsfreien Versicherung. Die Beitragsfreistellung einer gezillmerten Versicherung in der Anfangsphase der Finanzierung bewirkt, dass die beitragsfreie Leistung niedriger ist, als bei vergleichbaren ungezillmerten Versicherungstarifen. Die Direktversicherung kann sowohl während des bestehenden Arbeitsverhältnisses als auch nach dessen Beendigung beitragsfrei gestellt werden.

1. Beitragsfreistellung im laufenden Arbeitsverhältnis

Der Arbeitnehmer muss sich bei der Bestimmung der umzuwandelnden Entgeltansprüche immer nur für ein Jahr festlegen (§ 1a Abs. 1 S. 4 BetrAVG), sodass er sich während des bestehenden Arbeitsverhältnisses auch dazu entscheiden kann, die Entgeltumwandlung zukünftig dauerhaft⁷⁰ einzustellen⁷¹. Da es somit an einem Verzichtsbetrag fehlt, der in eine wertgleiche Anwartschaft umgewandelt werden kann, entfällt auch die arbeitsrechtliche Pflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer, die Direktversicherungszusage fortlaufend zu gewähren und die Prämien für die Direktversicherung weiter zu zahlen. Die zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer wirkende Entgeltumwandlungsvereinbarung läuft ins Leere und muss daher für die Zukunft aufgehoben werden⁷². Die Versorgungszusage für die bereits umgewandelten Entgeltansprüche bleibt davon unberührt.

Die Aufhebung der Entgeltumwandlungsvereinbarung für die Zukunft wirkt sich jedoch nicht unmittelbar auf die Direktversicherung aus, die zwischen Arbeitgeber und Versicherer abgeschlossen wurde. In diesem Verhältnis bleibt der Arbeitgeber so lange zur Zahlung der Prämien verpflichtet, bis auch eine Änderung des Direktversicherungsvertrages durch Beitragsfreistellung vorgenommen wird. Da der Arbeitgeber der Versicherungsnehmer der Direktversicherung ist und ihm somit grundsätzlich die Gestaltungsrechte aus der Versicherung zustehen, kann er die Beitragsfreistellung im laufenden Arbeitsverhältnis beantragen. Bei der Beitragsfreistellung durch den Arbeitgeber wird das unwiderrufliche Bezugsrecht des Arbeitnehmers nicht berührt, da ihm die erdiente Anwartschaft in Form des unwiderruflichen Bezugsrechts auf die Versicherungsleistung verbleibt. Das unwiderrufliche Bezugsrecht bewirkt, dass die unverfallbare Anwartschaft aus der Entgeltumwandlung wirtschaftlich dem Vermögen des Arbeitnehmers zuzurechnen ist⁷³ und dass der Arbeitgeber diese Begünstigung nicht mehr einseitig widerrufen kann. Diese Funktion wird durch die Beitragsfreistellung nicht berührt, denn die weiter bestehende Versicherung wird lediglich für die Zukunft nicht mehr mit Beiträgen bedient.

⁶⁹ Auf Versicherungsverhältnisse, die vor dem 1.1.2008 entstanden sind (sog. Altverträge), ist das Gesetz über den Versicherungsvertrag in der bis dahin geltenden Fassung bis zum 31.12.2008 weiter anzuwenden, Art. 1 Abs. 1 VVGEG.

⁷⁰ Der Arbeitnehmer kann sich auch dazu entscheiden, die Entgeltumwandlung nur temporär zu unterbrechen. Eine allzu häufige Unterbrechung wirft allerdings die Frage nach der zumutbaren Administration beim Arbeitgeber auf und bedeutet oft auch keine nachhaltige Wertschöpfung aufgrund des verringerten Finanzierungsvolumens.

⁷¹ *Blomeyer/Rolfs/Otto*, a.a.O. (Fn. 2), § 1a Rn. 28.

⁷² Die Aufhebung für die Zukunft kann einvernehmlich erfolgen oder auch einseitig über die Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB verlangt werden; siehe *Hanau/Artega/Rieble/Veit*, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 233.

⁷³ *Blomeyer/Rolfs/Otto*, a.a.O. (Fn. 2), Anh. § 1 Rn. 734.

Im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor Eintritt des Versorgungsfalles regelt § 2 BetrAVG, wie die Höhe der unverfallbaren⁷⁴ Anwartschaft aus der Entgeltumwandlung bestimmt werden soll. Diese Regelung muss auch analog für die Beitragsfreistellung während des bestehenden Arbeitsverhältnisses gelten, wenn die Entgeltumwandlungsvereinbarung für die Zukunft aufgehoben oder sonst geändert wird⁷⁵. Danach hängt die Bemessung der Höhe einer Anwartschaft aus der Direktversicherung auch in dieser Phase von der gewählten Leistungsstruktur ab.

a) Höhe der beitragsfreien Leistung bei der beitragsorientierten Leistungszusage

Für den Fall, dass die Versorgung dem Grunde nach als beitragsorientierte Leistungszusage strukturiert wurde, muss für die Höhe der Anwartschaft auf § 2 Abs. 2 BetrAVG⁷⁶ abgestellt werden. Danach bemisst sich die Höhe der Anwartschaft entweder nach dem rätierlichen Prinzip (§ 2 Abs. 2 S. 1 BetrAVG) oder nach dem Inhalt der Lebensversicherung (§ 2 Abs. 2 S. 2 BetrAVG), wenn der Arbeitgeber die versicherungsförmige Lösung wählen kann.

aa) Versicherungsförmige Lösung und Entgeltumwandlung

Der Arbeitgeber kann die versicherungsförmige Lösung nur dann wählen, wenn die sogenannten sozialen Auflagen erfüllt sind, § 2 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 bis Nr. 3 BetrAVG. So ist zum einen Voraussetzung, dass spätestens nach drei Monaten seit dem Ausscheiden des Arbeitnehmers das Bezugsrecht unwiderruflich ist und eine Abtretung oder Beleihung des Rechts aus dem Versicherungsvertrag durch den Arbeitgeber und Beitragsrückstände nicht vorhanden sind, § 2 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BetrAVG. Diese Anforderungen sind im Rahmen der Entgeltumwandlung wohl in der Regel gewahrt, da das Gesetz dem Arbeitgeber vorgibt, dass das unwiderrufliche Bezugsrecht dem Arbeitnehmer bereits mit dem Beginn der Entgeltumwandlung eingeräumt werden muss. Zudem ist bei der Entgeltumwandlung das Recht zur Verpfändung, Abtretung oder Beleihung der Direktversicherung durch den Arbeitgeber ausgeschlossen, § 1b Abs. 5 2. Halbsatz Nr. 1 bis 3 BetrAVG. Weiterhin dürfen nach dem Versicherungsvertrag vom Beginn der Versicherung an, frühestens vom Beginn der Betriebszugehörigkeit an, die Überschussanteile nur zur Verbesserung der Versicherungsleistung verwendet werden, § 2 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BetrAVG. Im Rahmen der Entgeltumwandlung ist die Verwendung der Überschussanteile ausschließlich für die Erhöhung der Versicherungsleistung vorgesehen (§ 1b Abs. 5 S. 1 2. Halbsatz Nr. 1 BetrAVG), sodass auch diese Auflage in der Regel erfüllt ist. Im Übrigen muss dem ausgeschiedenen Arbeitnehmer im Versicherungsvertrag das Recht eingeräumt worden sein, die Versicherung mit eigenen Beiträgen fortzusetzen, § 2 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 BetrAVG. Auch dies ist im Rahmen der Entgeltumwandlung zwingend so vorgesehen, § 1b Abs. 5 S. 1 2. Halbsatz Nr. 1 BetrAVG.

74 Bei der Entgeltumwandlung behält der Arbeitnehmer immer seine Anwartschaft, wenn das Arbeitsverhältnis vor Eintritt des Versorgungsfalles endet, § 1b Abs. 5 BetrAVG. Die Anwartschaften sind also sofort unverfallbar.

75 BAG, Beschluss vom 8.12.1981 – 3 ABR 53/80 –, BetrAV 1982 S. 45; BAG, Urteil vom 8.12.1981 – 3 AZR 518/80 –, BetrAV 1982 S. 46; siehe auch *Blomeyer/Rolfs/Otto*, a.a.O. (Fn. 2), Anh. § 1 Rn. 622.

76 Die Sonderregelung des § 2 Abs. 5a BetrAVG greift hingegen nicht ein. Denn lediglich bei einer unverfallbaren Anwartschaft aus Entgeltumwandlung in den Durchführungswegen der Direktzusage, des Pensionsfonds und der Unterstützungskasse bestimmt sich die Höhe der Anwartschaft nach dem Zeitpunkt der Zusage bis zum Ausscheiden des Arbeitnehmers umgewandelten Entgeltbestandteilen, also dem versicherungsmathematisch gebildeten Barwert der Versorgungsanwartschaft. So auch *Blomeyer/Rolfs/Otto*, a.a.O. (Fn. 2), § 2 Rn. 469; *Höfer*, a.a.O. (Fn. 45), § 2 Rn. 3488.

Liegen die Voraussetzungen für die versicherungsförmige Lösung vor, dann bemisst sich die Höhe der Anwartschaft nach der von dem Versicherer aufgrund des Versicherungsvertrages zu erbringenden Versicherungsleistung, also dem ausgewählten (gezillmerten) Versicherungstarif, § 2 Abs. 2 S. 2 BetrAVG analog.

bb) Prämienfreie Leistung

Die vom Versicherer aufgrund des Versicherungsvertrages zu erbringende Versicherungsleistung nach Prämienfreistellung regelt § 165 Abs. 2 VVG. Danach ist die prämienfreie Leistung einer Versicherung nach den anerkannten Regeln der Versicherungsmathematik mit den Rechnungsgrundlagen der Prämienkalkulation unter Zugrundelegung des Rückkaufswertes zu berechnen, § 165 Abs. 2 und § 169 Abs. 3 bis 5 VVG. Der Rückkaufswert bestimmt sich dabei nach dem Betrag des aufgrund des gewählten Tarifes gebildeten Deckungskapitals, mindestens jedoch der Betrag des Deckungskapitals, der sich bei gleichmäßiger Verteilung der Abschluss- und Vertriebskosten auf die ersten fünf Vertragsjahre ergibt, § 169 Abs. 3 S. 1 VVG.

Der für Altverträge im Übergangszeitraum weiterhin anwendbare § 174 Abs. 2 des VVG in der bis zum 31.12.2007 geltenden Fassung regelt, dass die Berechnung der prämienfreien Versicherung nach den anerkannten Regeln der Versicherungsmathematik mit den Rechnungsgrundlagen der Prämienkalkulation vorzunehmen ist. Die beitragsfreie Versicherungsleistung wird hier aufgrund des vorhandenen Deckungskapitals berechnet. Diese Fassung des Gesetzes enthält keine Angaben zu einem Mindestdeckungskapital. Daher kann sich nach dem Gesetz die Zillmerung auf den Deckungskapitalverlauf voll auswirken. Für die private Lebensversicherung hat die oben dargestellte Rechtsprechung des BGH⁷⁷ diese Wirkung begrenzt, indem sie ein Mindestdeckungskapital fordert. Diese Rechtsprechung muss u.E. auch für die Direktversicherung gelten. Das Betriebsrentenrecht sieht im Hinblick auf ein Mindestdeckungskapital keine Modifikation des Versicherungsrechts vor. Das Versicherungsrecht wurde bis zur Reform nur im Fall einer zertifizierten Lebensversicherung durch das Betriebsrentenrecht modifiziert, § 1a Abs. 3 BetrAVG. Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Mindestdeckungskapital in der privaten Lebensversicherung ist daher u.E. auch auf die Direktversicherung anwendbar. Das Deckungskapital bei der prämienfreien Direktversicherung muss daher mindestens die Hälfte des mit den Rechnungsgrundlagen für Altverträge der Prämienkalkulation berechneten ungezillmerten Deckungskapitals betragen.

cc) Arbeitsrechtliche Beitragsfreistellung

Die Versicherung kann nach Versicherungsvertragsrecht nur dann als prämienfreie Versicherung fortgeführt werden, wenn die vereinbarte Mindestversicherungsleistung erreicht wird, § 165 Abs. 1 i.V.m. § 169 VVG. Wird diese Mindestversicherungsleistung nicht erreicht, dann hat der Versicherer den auf die Versicherung entfallenden Rückkaufswert einschließlich der Überschussanteile nach § 169 VVG zu zahlen. Auch der für Altverträge im Übergangszeitraum weiterhin⁷⁸ anwendbare § 174 Abs. 1 VVG in der bis zum 31.12.2007 geltenden Fassung sieht eine Mindestversicherungssumme vor. Wird dieser Mindestbetrag nicht erreicht, hat der Versicherer den Rückkaufswert nach § 176 Abs. 3 und Abs. 4 VVG zu erstatten.

77 Siehe unter A.I.3.c).

78 Nach dem 1.1.2009 richtet sich die Beitragsfreistellung dann zwar auch nach § 165 VVG, der Rückkaufswert wird jedoch weiterhin nach § 176 VVG in der bis zum 31.12.2007 geltenden Fassung berechnet, Art. 4 Abs. 2 VVGEG.

Im Rahmen der versicherungsförmigen Lösung bei der beitragsorientierten Leistungszusage wird sowohl die Vorschrift des § 165 Abs. 1 S. 2 VVG als auch die Vorschrift des § 174 Abs. 1 S. 2 VAG in der bis zum 31.12.2007 geltenden Fassung durch das Betriebsrentenrecht modifiziert. Danach ist die Inanspruchnahme des Rückkaufwertes durch den Arbeitnehmer unabhängig von der tatsächlichen Höhe der Versicherungsleistung ausgeschlossen⁷⁹, § 2 Abs. 2 S. 5 und S. 6 BetrAVG analog (sog. arbeitsrechtliche Beitragsfreistellung). Demnach wird bei der Leistungsstruktur der beitragsorientierten Leistungszusage immer und unabhängig von der geschäftsplanmäßigen Mindestleistung eine beitragsfreie Direktversicherung gebildet.

b) Höhe der beitragsfreien Leistung bei der Beitragszusage mit Mindestleistung

Erteilt der Arbeitgeber bei der Entgeltumwandlung die Zusage über eine Beitragszusage mit Mindestleistung, dann wird die Höhe der beitragsfreien Leistung auf den ersten Blick durch die Sonderregelung des § 2 Abs. 5b BetrAVG analog bestimmt. Aus systematischer Sicht ergibt ein zweiter Blick, dass § 2 Abs. 5b BetrAVG die sog. versicherungsförmige Lösung (§ 2 Abs. 2 S. 2 BetrAVG) aber nicht ausschließt⁸⁰.

Im Ergebnis kommen beide Sichtweisen zwar zum identischen Ergebnis, was die Bestimmung der Höhe der Anwartschaft betrifft, sie haben aber unterschiedliche Auswirkungen auf die Beitragsfreistellung der Direktversicherung und den Mindestbetrag des Deckungskapitals.

aa) Planmäßig zuzurechnendes Versorgungskapital nach § 2 Abs. 5b BetrAVG

Bei einer Beitragszusage mit Mindestleistung tritt an die Stelle der Ansprüche nach den Absätzen 2, 3, 3a und 5a des § 2 BetrAVG das dem Arbeitnehmer planmäßig zuzurechnende Versorgungskapital auf der Grundlage der bis zu seinem Ausscheiden geleisteten Beiträge (Beiträge und die bis zum Eintritt des Versorgungsfalls erzielten Erträge), soweit sie nicht rechnungsmäßig für einen biometrischen Risikoausgleich verbraucht wurden. Das planmäßig zuzurechnende Versorgungskapital muss mindestens die Summe der bis dahin zugesagten Beiträge, soweit sie nicht rechnungsmäßig für einen biometrischen Risikoausgleich verbraucht wurden, betragen, § 2 Abs. 5b BetrAVG. Vom Versorgungskapital abzuziehen ist weiterhin der Verwaltungskostenanteil des externen Versorgungsträgers, da dieser vom Versicherer verbraucht wird und somit nicht als Versorgungskapital zur Verfügung stehen kann⁸¹. Der zugesagte Beitrag ist daher der um die Verwaltungskosten und eventuelle Risikokosten verminderte Beitrag. Das planmäßig zuzurechnende Versorgungskapital wird also auch hier nach versicherungsmathematischen Grundsätzen bestimmt, nämlich nach der Prämienkalkulation für die Lebensversicherung. Daher liegt auch bei der Beitragszusage mit Mindestleistung der ausgewählte (gezillmerte) Versicherungstarif der Höhe der Anwartschaft zugrunde. Das planmäßig zuzurechnende Versorgungskapital ist somit die aufgrund des Direktversicherungsvertrages zu erbringende tarifliche Versicherungsleistung.

(1) Prämienfreie Leistung

Aus versicherungsvertraglicher Sicht besteht für die Beitragsfreistellung kein Unterschied zwischen der beitrags-

orientierten Leistungszusage und der Beitragszusage mit Mindestleistung. Die prämienfreie Leistung wird in beiden Fällen aufgrund des Rückkaufwertes ermittelt, der sich aus dem gewählten (gezillmerten) Tarif und seinem Deckungskapitalverlauf ergibt. Der jeweilige Mindestwert des Deckungskapitals darf dabei nicht unterschritten werden.

(2) Arbeitsrechtliche Beitragsfreistellung

Geht man davon aus, dass für die Entgeltumwandlung in der Leistungsstruktur der Beitragszusage mit Mindestleistung die Sonderregel des § 2 Abs. 5b BetrAVG zur Anwendung kommt, sind die Vorschriften des § 2 Abs. 2 S. 5 und S. 6 BetrAVG nicht anwendbar. Dies würde bedeuten, dass der Versicherer bei Nichterreichen der beitragsfreien Mindestversicherungsleistung die Versicherung beenden und leistungsbefreiend den Rückkaufwert erstatten kann.

Der anwartschaftlichen Position des Arbeitnehmers wäre damit aber die Grundlage entzogen. Gegenstand der sofort unverfallbaren Anwartschaft des Arbeitnehmers bei der Entgeltumwandlung über die Direktversicherung ist das unwiderrufliche Bezugsrecht auf die Versicherungsleistung. Bei der Direktversicherung liegt diesen Anwartschaften ein Deckungskapital zugrunde, das dem Insolvenzschutz unterliegt. Hätte der Versicherer die Möglichkeit, einen Rückkaufswert auszuzahlen, dann würde der Gegenstand des unwiderruflichen Bezugsrechts entfallen und zugleich der Insolvenzschutz aufgelöst. Der Gesetzgeber hatte mit der Regelung des § 2 Abs. 5b BetrAVG aber nicht diese Intention. § 2 Abs. 5b BetrAVG soll die Mindesthöhe der unverfallbaren Anwartschaft festlegen und den Haftungsumfang des Arbeitgebers begrenzen, wenn diese Mindesthöhe nicht erreicht wird. Eine Aushöhlung der unverfallbaren Anwartschaft durch den Versicherer wollte der Gesetzgeber gerade nicht.

Das Betriebsrentenrecht fordert die Werterhaltung und Sicherung der unverfallbaren Anwartschaften. Daher muss nach unserer Auffassung das Prinzip der arbeitsrechtlichen Beitragsfreistellung das Versicherungsrecht auch bei der Beitragszusage mit Mindestleistung modifizieren und der Gedanke der arbeitsrechtlichen Beitragsfreistellung hier analog Anwendung finden.

bb) Versicherungsförmige Lösung nach § 2 Abs. 2 S. 2 BetrAVG

Die Formulierung des Gesetzestextes gibt zwar auf den ersten Blick vor, dass sich im Fall einer Direktversicherung die Höhe der Anwartschaft bei der Beitragszusage mit Mindestleistung nicht nach § 2 Abs. 2 BetrAVG richtet. Geht man aber richtiger Weise⁸² davon aus, dass die in § 2 Abs. 5b BetrAVG angeordnete Sonderregel nicht auf die arbeitnehmerfinanzierte Beitragszusage mit Mindestleistung über die Direktversicherung anwendbar ist, gelangt man zu dem Ergebnis, dass die versicherungsförmige Lösung sehr wohl möglich ist.

(1) Entgeltumwandlung und versicherungsförmige Lösung

Mit dem Verweis in § 2 Abs. 5b BetrAVG auf die Absätze 2, 3 und 3a des § 2 BetrAVG können lediglich die arbeitgeberfinanzierten Beitragszusagen mit Mindestleistung in den jeweiligen Durchführungswegen gemeint sein, da auf die Entgeltumwandlung (§ 2 Abs. 5a BetrAVG) gesondert verwiesen wird. Zwar stellt § 2 Abs. 5b BetrAVG eine Sonderregelung für die Bestimmung der Höhe bei der Entgeltumwandlung über die Beitragszusage mit Mindestleistung gegenüber § 2 Abs. 5a BetrAVG dar. Die Vorschrift § 2 Abs. 5a BetrAVG

⁷⁹ Nach dem Betriebsrentengesetz ist nur eine Inanspruchnahme des Rückkaufwertes durch den Arbeitnehmer ausgeschlossen. Der Versicherer darf theoretisch den Rückkaufwert auszahlen. Er erbringt dann aber eine nicht geschuldete Leistung und ist auf das Kondiktionsrecht mit seinen Unwägbarkeiten verwiesen, *Blomeyer/Rolfs/Otto*, a.a.O. (Fn. 2), § 2 Rn. 291.

⁸⁰ So auch *Blomeyer/Rolfs/Otto*, a.a.O. (Fn. 2), § 4 Rn. 477.

⁸¹ *Blomeyer/Rolfs/Otto*, a.a.O. (Fn. 2), § 1 Rn. 95; siehe oben unter A.I.3.b).

⁸² So auch *Blomeyer/Rolfs/Otto*, a.a.O. (Fn. 2), § 2 Rn. 477.

ist aber wiederum nur eine Sonderregel für die Entgeltumwandlung in den Durchführungswegen der Direktzusage (§ 2 Abs. 1 BetrAVG), des Pensionsfonds (§ 2 Abs. 3a BetrAVG) und der Unterstützungskasse (§ 2 Abs. 4 BetrAVG). Berücksichtigt man nun, dass die Beitragszusage mit Mindestleistung nur in einem der drei genannten Durchführungswege anwendbar ist, nämlich beim Pensionsfonds, und dagegen aber nicht bei der Direktversicherung (§ 2 Abs. 2 BetrAVG) und der Pensionskasse (§ 2 Abs. 3 BetrAVG), dann kommt man zu dem Ergebnis, dass mit dem Verweis des § 2 Abs. 5b BetrAVG auf § 2 Abs. 5a BetrAVG lediglich die Entgeltumwandlung im Durchführungsweg des Pensionsfonds gemeint sein kann. Da die arbeitnehmerfinanzierte Direktversicherung also nicht von § 2 Abs. 5a BetrAVG umfasst ist, kann auch § 2 Abs. 5b BetrAVG keine Sonderregelung für die Berechnung der Höhe bei der arbeitnehmerfinanzierten Direktversicherung in der Leistungsstruktur der Beitragszusage mit Mindestleistung darstellen. Würde man den Verweis in § 2 Abs. 5b BetrAVG auf § 2 Abs. 3a BetrAVG auch auf die durch Entgeltumwandlung finanzierte Beitragszusage mit Mindestleistung über den Pensionsfonds erstrecken, dann wäre doch fraglich, warum die Höhe der Anwartschaften aus dem Pensionsfonds doppelt geregelt werden sollte. So würde bereits durch den Verweis auf Absatz 3a in § 2 Abs. 5b BetrAVG die Sonderregel für den arbeitgeber- und arbeitnehmerfinanzierten Pensionsfonds angeordnet. Über den Verweis auf § 2 Abs. 5a BetrAVG würde dann erneut die Sonderregel auf den durch Entgeltumwandlung finanzierten Pensionsfonds für anwendbar erklärt. Es liegt daher u.E. nahe, dass mit den Verweisen auf die Absätze 2, 3 und 3a des § 2 BetrAVG lediglich die arbeitgeberfinanzierten Beitragszusagen mit Mindestleistung gemeint sind. Für den Fall der arbeitnehmerfinanzierten Beitragszusage mit Mindestleistung über die Direktversicherung bleibt somit die Regelung des § 2 Abs. 2 BetrAVG anwendbar.

Geht man also davon aus, dass auch bei der Beitragszusage mit Mindestleistung die versicherungsförmige Lösung möglich ist, bemisst sich die Höhe der Anwartschaft nach der vom Versicherer aufgrund des Versicherungsvertrages zu erbringenden Versicherungsleistung. Die Sonderregel des § 2 Abs. 5b BetrAVG und die versicherungsförmige Lösung unterscheiden sich also bei der Bestimmung der Höhe einer Anwartschaft nicht, so weit es sich um klassische Lebensversicherung handelt.

Da die Direktversicherung aber auch als fondsgebundene Lebensversicherung zum Einsatz kommen kann, stellt sich die Frage, ob das vorhandene Deckungskapital (§ 169 Abs. 4 VVG) bei starken Wertverlusten unter die Mindestleistung im Sinne des § 2 Abs. 5b BetrAVG absinken darf. Auch wenn man das nach der versicherungsförmigen Lösung zunächst bejahen muss, kann doch Sinn und Zweck der Beitragszusage mit Mindestleistung nicht außer Acht bleiben. Die Struktur der Beitragszusage mit Mindestleistung wurde auf Finanzierungsmedien zugeschnitten, die investimentorientiert sind, insbesondere für den Pensionsfonds. Da die Beitragszusage mit Mindestleistung den Arbeitnehmer davor schützt, das Anlagerisiko voll und ganz alleine zu tragen, muss diese Intention u.E. auch bei der Direktversicherung beachtet werden, die sich eines Investimentelementes bedient.

(2) Prämienfreie Versicherung und arbeitsrechtliche Beitragsfreistellung

Die prämienfreie Leistung wird aufgrund des Rückkaufwertes ermittelt, der sich aus dem gewählten (gezillmerten) Versicherungstarif ergibt. Die vorstehenden Ausführungen zum Mindestwert des Deckungskapitals beim Rückkaufwert gelten auch hier. Sieht man für die Beitragszusage mit Mindestleistung die Regelung des § 2 Abs. 2 BetrAVG als die Vorschrift an, die die Höhe der Anwartschaft bestimmt, dann

gelten die vorherigen Ausführungen zur arbeitsrechtlichen Beitragsfreistellung entsprechend.

2. Beitragsfreistellung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Die Ausführungen zur Höhe der beitragsfreien Leistung bei der beitragsorientierten Leistungszusage und bei der Beitragszusage mit Mindestleistung während des bestehenden Arbeitsverhältnisses gelten bei der Beitragsfreistellung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sowohl in versicherungsvertraglicher als auch arbeitsrechtlicher Sicht.

Hat der Arbeitgeber bei Vorliegen der Voraussetzungen für die versicherungsförmige Lösung innerhalb von drei Monaten seit dem Ausscheiden des Arbeitnehmers diesem und dem Versicherer seine Absicht mitgeteilt (§ 2 Abs. 2 S. 3 BetrAVG), und erfolgt daraufhin ein Versicherungsnehmerwechsel auf den ausgeschiedenen Arbeitnehmer, kann dieser als neuer Versicherungsnehmer die Versicherung mit eigenen Beiträgen fortführen oder sie beitragsfrei⁸³ stellen.

Lässt man bei der Beitragszusage mit Mindestleistung die Sonderregel des § 2 Abs. 5b BetrAVG zur Anwendung kommen, oder stimmt der Arbeitnehmer trotz der Wahl der versicherungsförmigen Lösung einem Versicherungsnehmerwechsel auf ihn nicht zu, dann kann der Arbeitgeber selbst die Versicherung beitragsfrei stellen.

II. Übertragung nach § 4 BetrAVG

Um erworbene unverfallbare Anwartschaften jeweils beim neuen Arbeitgeber bündeln zu können, sieht § 4 BetrAVG vor, dass nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses diese übertragen werden können. Die Übertragung kann einvernehmlich (§ 4 Abs. 2 BetrAVG) oder auch einseitig (§ 4 Abs. 3 BetrAVG) umgesetzt werden. Bei der einvernehmlichen Übertragung der Anwartschaften muss unterschieden werden, ob die Zusage unverändert vom neuen Arbeitgeber übernommen wird, sog. Schuldübernahme⁸⁴ (§ 4 Abs. 2 Nr. 1 BetrAVG), oder ob eine neue wertgleiche Zusage erteilt und der Übertragungswert übertragen wird, sog. Zusage mit Übertragungswert (§ 4 Abs. 2 Nr. 2 BetrAVG). Da sich die Zillmerung bei der Schuldübernahme wegen der Fortführung des Versicherungsvertrages nicht auswirkt, soll hier nur die Zusage mit Übertragungswert betrachtet werden.

83 Da der Gesetzgeber verhindern will, dass der Arbeitnehmer auf das angesammelte Kapital zugreifen kann, hat er Verfügungsverbote über die Verwendung der ursprünglichen Direktversicherung geregelt. So kann der Arbeitnehmer nicht auf den Rückkaufwert durch eine Kündigung des Versicherungsvertrages zurückgreifen (§ 169 Abs. 3 und 4 VVG). Die Versicherung wird bei einer Kündigung vielmehr in eine beitragsfreie Versicherung umgewandelt, § 2 Abs. 2 Satz 5 BetrAVG. Daneben besteht ein weiteres Verfügungsverbot für den Arbeitnehmer dahingehend, dass er das gebildete geschäftsplanmäßige Deckungskapital oder den Rückkaufwert weder abtreten noch beleihen darf, § 2 Abs. 2 Satz 4 BetrAVG.

84 Der neue Arbeitgeber verpflichtet sich im Rahmen eines Übernahmevertrages gegenüber dem ehemaligen Arbeitgeber, die bestehende Versorgungszusage gegenüber dem Arbeitnehmer inhaltlich unverändert zu übernehmen. Dies bedeutet im Fall einer Entgeltumwandlungszusage, dass sowohl das Leistungsziel, die Leistungsstruktur und der Durchführungsweg wie auch der einmal gewählte Tarif der Direktversicherung und somit auch der Versorgungsträger für den neuen Arbeitgeber bindend sind. Im Gegenzug dazu muss bei der Direktversicherung der ehemalige Arbeitgeber dem neuen Arbeitgeber die Position als Versicherungsnehmer verschaffen (Versicherungsnehmerwechsel), damit dieser die Direktversicherung unverändert fortführen kann. Der Direktversicherer kann die Zustimmung zum Versicherungsnehmerwechsel auf den neuen Arbeitgeber nach Treu und Glauben nur in Ausnahmefällen verweigern, OLG Karlsruhe, Urteil vom 17.2.2006 – 12 U 246/05.

1. Zusage mit Übertragungswert nach § 4 Abs. 2 Nr. 2 BetrAVG

Voraussetzung für die einvernehmliche Übertragung nach § 4 Abs. 2 Nr. 2 BetrAVG ist ein dreiseitiger Vertrag zwischen dem ehemaligen Arbeitgeber, dem neuen Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer. In diesem Übernahmevertrag muss der neue Arbeitgeber eine neue und wertgleiche Zusage auf der Grundlage des Übertragungswertes erteilen, und der ehemalige Arbeitgeber muss sich dazu verpflichten, den Übertragungswert der unverfallbaren Anwartschaft auf den neuen Arbeitgeber zu übertragen. Die Zusage des ehemaligen Arbeitgebers erlischt erst mit der vollständigen Übertragung des Übertragungswertes, § 4 Abs. 6 BetrAVG.

a) Wertgleiche Zusage

Anders als bei der sog. Schuldübernahme (§ 4 Abs. 2 Nr. 1 BetrAVG) wird bei der Zusage mit Übertragungswert (§ 4 Abs. 2 Nr. 2 BetrAVG) vom neuen Arbeitgeber nur wirtschaftlich der Wert der Zusage übernommen, ohne dass der Inhalt der Zusage identisch⁸⁵ ist. Bei dieser Übertragungsvariante geht der neue Arbeitgeber im Übernahmevertrag eine eigenständige neue arbeitsrechtliche Versorgungsverpflichtung gegenüber dem Arbeitnehmer ein. Bei Einvernehmen zwischen neuem Arbeitgeber und Arbeitnehmer stehen alle Leistungsstrukturen und die dazu passenden Durchführungswege für die weitere Entgeltumwandlung offen.

Die neue Zusage wird auf der Grundlage der Wertgleichheit erteilt. Der Übertragungswert muss sich als vorhandener wertgleicher Grundbaustein in der neuen Zusage wieder finden⁸⁶. Die Wertgleichheit hat hier also dieselbe Bedeutung wie bei § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG, sodass der neue Arbeitgeber den Übertragungswert ungeschmälert in das Finanzierungsmedium des neuen Versorgungsträgers einfließen lassen muss. Die Wertgleichheit kann auch hier nicht als Äquivalenzmaßstab für die neu versprochene Versorgungsleistung herangezogen werden, da kein Direktversicherungstarif dem eines anderen Versorgungsträgers gleicht. Darüber hinaus kann eine Umverteilung der Leistungsziele in der neuen Zusage die Vergleichbarkeit ganz unmöglich machen.

b) Höhe des Übertragungswertes

Der für die Höhe der Versorgungszusage relevante Übertragungswert ergibt sich für die Direktversicherung unabhängig von der gewählten Leistungsstruktur aus § 4 Abs. 5 S. 2 BetrAVG. Danach entspricht der Übertragungswert dem beim Versorgungsträger bis zum Zeitpunkt⁸⁷ der Übertragung *gebildeten Kapital*. Da das Gesetz selbst keine Definition vorgibt, muss zu deren Ermittlung auf die Intention des Gesetzgebers abgestellt werden. Nach den Gesetzesmaterialien⁸⁸ vom 9.12.2003 zur Neuregelung des § 4 BetrAVG sollen dabei die erworbenen Anwartschaften ebenso behandelt werden wie die Beiträge zur privaten zusätzlichen Altersvorsorge im Fall des Anbieterwechsels. Auszugehen sei also vom gesamten Wert des den Arbeitnehmer begünstigenden Vertrages. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich ferner, dass bei versicherungsförmig durchgeführten Verträgen vom Zeitwert der Versicherung ausgegangen werden sollte, einschließlich der Überschuss- und Schlussüberschussanteile ohne Abzüge. Der Zeitwert der Versicherung sollte sich dabei nach § 176 Abs. 3 VVG in der bis zum 31.12.2007 geltenden Fassung richten.

85 Die neue Zusage ist inhaltlich völlig unabhängig von der vorherigen Zusage, *Blomeyer/Rolfs/Otto*, a.a.O. (Fn. 2), § 4 Rn. 96.

86 *Blomeyer/Rolfs/Otto*, a.a.O. (Fn. 2), § 4 Rn. 102.

87 Da eine einvernehmliche Übertragung auch noch Jahre nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses stattfinden kann, ist der Übertragungswert im Zeitpunkt der Übertragung zu bestimmen, *Blomeyer/Rolfs/Otto*, a.a.O. (Fn. 2), § 4 Rn. 151.

88 Deutscher Bundestag, Drucksache 15/2150, S. 54.

Der Zeitwert ist also gleichbedeutend mit dem Rückkaufswert. Demnach bestimmt sich das gebildete Kapital (§ 4 Abs. 5 BetrAVG) nach dem Rückkaufswert der Versicherung, der nach den anerkannten Regeln der Versicherungsmathematik für den Schluss der laufenden Versicherungsperiode als Zeitwert der Versicherung zu berechnen ist. Der Rückkaufswert berücksichtigt sämtliche Leistungen des Vertrages. Dies sind die dem Grunde und der Höhe nach vereinbarten garantierten Leistungen, also das regelmäßig mit Abschlusskosten der Versicherung (Zillmerung) vorbelastete Deckungskapital, und die nur dem Grunde nach vereinbarten Leistungen aus Überschussbeteiligungen⁸⁹. Da der Rückkaufswert nach § 176 Abs. 3 VVG in der bis zum 31.12.2007 geltenden Fassung kein Mindestdeckungskapital vorsieht, müssen u.E. auch hier die durch den BGH aufgestellten Grundsätze gelten, um ein angemessenes Verhältnis von gezahlten Prämien und Deckungskapital zu wahren⁹⁰. Die Ermittlung des Rückkaufswertes nach § 176 Abs. 3 VVG in der bis zum 31.12.2007 geltenden Fassung gilt zeitlich uneingeschränkt für alle Altverträge⁹¹. Für die Zeit ab dem 1.1.2008 bestimmt sich der Rückkaufswert der Versicherung nach § 169 VVG, der die Bestimmung des Mindestdeckungskapitals bereits enthält.

Die Höhe des Übertragungswertes spiegelt im Idealfall die Höhe der unverfallbaren Anwartschaft wider. Zur Bestimmung der Höhe der unverfallbaren Anwartschaft aus der Direktversicherung muss auf § 2 BetrAVG analog zurückgegriffen werden, da es sich bei der Zusage mit Übertragung um eine Änderung der ursprünglichen Zusage⁹² handelt. Die Höhe der unverfallbaren Anwartschaft richtet sich also auch hier nach der gewählten Leistungsstruktur. Beruht die Entgeltumwandlung auf einer beitragsorientierten Leistungszusage, dann ergibt sich die erreichte Anwartschaft aus der aufgrund des Versicherungsvertrages zu erbringenden Versicherungsleistung (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 und Nr. 1 mit § 2 Abs. 2 S. 2 BetrAVG). Beruht die Entgeltumwandlung hingegen auf einer Beitragszusage mit Mindestleistung, muss die Anwartschaft mindestens die Summe der zugesagten Tarifbeiträge zur Versicherung erreichen (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 und Nr. 2 mit § 2 Abs. 5b BetrAVG). Bejaht man die Anwendbarkeit der versicherungsförmigen Lösung auf die Beitragszusage mit Mindestleistung, dann ist die aufgrund des Versicherungsvertrages zu erbringende Versicherungsleistung Gegenstand der Anwartschaft (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 und Nr. 2 mit § 2 Abs. 2 S. 2 BetrAVG). Bei einer Diskrepanz zwischen dem Übertragungswert, der sich aus dem Rückkaufswert der Versicherung ergibt, und dem Wert, der der versprochenen und somit erworbenen Anwartschaft entspricht, wird es in der Regel zu keiner Zusage mit Übertragungswert kommen.

c) Übertragungsverfahren

Auch wenn im Fall der beitragsorientierten Leistungszusage die Direktversicherung vom Arbeitnehmer bis zur Übertragung mit eigenen Mitteln fortgeführt oder durch ihn bereits beitragsfrei gestellt wurde, muss er nun für die Übertragung die Direktversicherung kündigen. Gleiches gilt für die Beitragszusage mit Mindestleistung, wenn man die Anwendung der versicherungsförmigen Lösung auf sie bejaht. Wenn man die Anwendung verneint, muss der ehemalige Arbeitgeber die beitragsfreigestellte Direktversicherung als Versicherungsnehmer kündigen. Die Direktversicherung kann aber auch einvernehmlich im Rahmen der Zusage mit Übertragungswert durch den Versicherungsnehmer und den Versicherer beendet werden.

89 *Kurzendorfer*, a.a.O. (Fn. 8), S. 77; *Blomeyer/Rolfs/Otto*, a.a.O. (Fn. 2), § 4 Rn. 165.

90 Siehe unter A.I.3.c).

91 Art. 4 Abs. 2 VVGEG.

92 *Blomeyer/Rolfs/Otto*, a.a.O. (Fn. 2), § 4 Rn. 2. und Anh. § 1 Rn. 622.

Der Übertragungswert ist vom ehemaligen Arbeitgeber an den neuen Arbeitgeber zu zahlen, § 4 Abs. 2 Nr. 2 1. Halbsatz BetrAVG. Dritte, insbesondere externe Versorgungsträger, können an dem Übertragungsprozess beteiligt werden⁹³.

Ist zwischen den Parteien vereinbart, dass auch die neue Versorgung über die Direktversicherung durchgeführt werden soll, dann fallen beim Neuabschluss einer Direktversicherung auf das Leben des Arbeitnehmers grundsätzlich erneut Abschlusskosten an. Diese mindern, ob nun gezillmert oder ungezillmert, das Deckungskapital am Anfang der Laufzeit.

Um die Direktversicherung auch bei Veränderungen im Laufe einer Erwerbsbiografie attraktiv zu erhalten, haben sich die am sog. „Abkommen zur Übertragung von Direktversicherungen oder Versicherungen in einer Pensionskasse beim Arbeitgeberwechsel“ teilnehmenden Versicherungen verpflichtet, unter gewissen Voraussetzungen⁹⁴ auf die Erhebung erneuter (gezillmerter oder ungezillmerter) Abschlusskosten⁹⁵ zu verzichten. Für Versicherungen, die diesem Abkommen nicht beigetreten sind, bleibt es bei der Möglichkeit, erneut (gezillmert oder ungezillmert) Abschlusskosten im gesetzlichen Rahmen zu vereinbaren.

2. Einseitiger Übertragungsanspruch nach § 4 Abs. 3 BetrAVG

Kommt eine einvernehmliche Übertragung der Anwartschaften aus der Direktversicherung nach § 4 Abs. 2 BetrAVG nicht zustande, kann der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses dennoch verlangen, dass der Übertragungswert auf den neuen Arbeitgeber übertragen wird und dieser ihm eine wertgleiche Zusage erteilt, § 4 Abs. 3 BetrAVG. Der Anspruch muss innerhalb eines Jahres nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend gemacht werden. Der Übertragungswert darf dabei nicht die Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung⁹⁶ übersteigen.

a) Wertgleiche Zusage in Höhe des Übertragungswertes

Auch bei dem Übertragungsanspruch des Arbeitnehmers wird die bisherige Versorgungszusage des ehemaligen Arbeitgebers inhaltlich nicht vom neuen Arbeitgeber übernommen. Dieser muss vielmehr eine neue wertgleiche Zusage gegenüber dem Arbeitnehmer abgeben, die sich an der Höhe des Übertragungswertes nach § 4 Abs. 5 S. 2 BetrAVG orientiert. Die Höhe des Übertragungswertes richtet sich folglich auch hier nach dem Rückkaufswert der Versicherung mit seinem Mindestwert. Wertgleichheit bedeutet hier ebenfalls, dass der neue Arbeitgeber den Übertragungswert vollständig in den neuen Versorgungsträger fließen lassen muss. Bei der Wahl des Durchführungsweges ist der neue Arbeitgeber verpflichtet, die Versorgung über einen externen Träger, also über eine Pensionskasse, einen Pensionsfonds oder eine Direktversicherung durchzuführen. Er hat aber insoweit das Wahlrecht, welchen Durchführungsweg und welchen konkreten Träger er wählt⁹⁷.

93 Blomeyer/Rolfs/Otto, a.a.O. (Fn. 2), § 4 Rn. 82.

94 Nach Nr. 1a) des „Abkommens zur Übertragung von Direktversicherungen oder Versicherungen in einer Pensionskasse beim Arbeitgeberwechsel“ ist es erforderlich, dass der neue Arbeitgeber mit Zustimmung des bisherigen Versicherungsnehmers, des Arbeitnehmers und für den Fall, dass einer dritten Person das unwiderrufliche Bezugsrecht eingeräumt wurde, mit deren Zustimmung innerhalb von 15 Monaten nach dem Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem bisherigen Arbeitsverhältnis den Antrag auf Übertragung der Versicherung auf den neuen Versorgungsträger stellt.

95 Nr. 1c) des Abkommens regelt, dass keine erneuten Abschlusskosten anfallen, wenn die Versicherung mit gleichwertigen Versicherungsleistungen weitergeführt werden soll.

96 S. Fn. 11.

97 Blomeyer/Rolfs/Otto, a.a.O. (Fn. 2), § 4 Rn. 132.

b) Übertragungsverfahren

Hat bei der beitragsorientierten Leistungszusage ein Versicherungsnehmerwechsel auf den Arbeitnehmer im Rahmen der versicherungsförmigen Lösung stattgefunden, dann muss der Arbeitnehmer die Versicherung kündigen. Der Anspruch auf Übertragung richtet sich dann unmittelbar gegen den Versorgungsträger, § 4 Abs. 3 S. 2 BetrAVG. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Arbeitnehmer die Versicherung zwischenzeitlich beitragsfrei stellen ließ oder sie mit eigenen Beiträgen fortgeführt hat. Der Versorgungsträger muss den Übertragungswert auf den neuen Arbeitgeber übertragen. Auch hier können externe Dritte am Übertragungsprozess derart beteiligt werden, dass der bisherige Versorgungsträger den Übertragungswert direkt an den neuen Versorgungsträger überträgt. Für den Fall, dass man bei der Beitragszusage mit Mindestleistung die versicherungsförmige Lösung nicht anwenden will, muss der Arbeitnehmer seinen Anspruch direkt gegen den ehemaligen Arbeitgeber richten. Dieser muss dann die Direktversicherung kündigen und den Übertragungswert auf den neuen Arbeitgeber übertragen, § 4 Abs. 3 S. 1 BetrAVG. Der neue Versorgungsträger kann auch hier als externer Dritter bereits mit einbezogen werden.

Bei dem Neuabschluss einer Direktversicherung durch den neuen Arbeitgeber können grundsätzlich wieder neue (gezillmerte oder ungezillmerte) Abschlusskosten anfallen, wenn nicht das Übertragungsabkommen angewendet wird.

Für den Fall, dass der Übertragungswert dem Wert der erworbenen Anwartschaft nicht entspricht, besteht neben dem Übertragungsanspruch ein Ergänzungsanspruch gegen den ehemaligen Arbeitgeber (§ 1 Abs. 1 S. 3 BetrAVG)⁹⁸.

III. Abfindung nach § 3 BetrAVG

Da die Betriebsrenten zunehmende Bedeutung für die Alterssicherung der Arbeitnehmer haben, sollen die Anwartschaften auf betriebliche Altersversorgung bis zum Rentenbeginn erhalten bleiben⁹⁹. Es soll grundsätzlich verhindert werden, dass der Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Möglichkeit hat, eine Entschädigung für den Verlust der Anwartschaft¹⁰⁰ vorzeitig in Anspruch zu nehmen, um sie etwa für den Konsum zu verwenden¹⁰¹. Diese Intention des Gesetzgebers bindet auch den Arbeitgeber, der nur in stark begrenztem Umfang¹⁰², auch ohne Zustimmung des Arbeitnehmers, abfinden und somit das Versorgungsverhältnis beenden kann, § 3 Abs. 2 BetrAVG. Der Versicherer hingegen kann den Direktversicherungsvertrag nach unserer Meinung¹⁰³ in keinem Falle kündigen und leistungsbefreiend den Rückkaufswert auszahlen¹⁰⁴.

98 Das Gesetz lässt offen, was in diesen Fällen geschehen soll. In der Literatur wird teilweise vertreten, dass der Übertragungsanspruch ganz ausgeschlossen sein soll. Eine andere Auffassung vertritt in diesem Fall, dass der Ergänzungsanspruch zusammen mit dem Übertragungswert übertragen werden soll, Blomeyer/Rolfs/Otto, a.a.O. (Fn. 2), § 4 Rn. 81 m.w.N. Schließt man die Übertragung ganz aus, dann ist kein Übertragungswert zu errechnen, auf den sich die Zillmerung auswirkt. Geht man davon aus, dass neben dem Übertragungswert auch der Ergänzungsanspruch zu übertragen ist, wirkt sich die Zillmerung wie oben beschrieben aus.

99 So die Intention des Gesetzgebers, BT-Drucksache, a.a.O. (Fn. 88), S.50.

100 Die Abfindung hat eine doppelte Funktion. Sie beendet das Versorgungsverhältnis und stellt zugleich eine Entschädigung für den Verlust der Anwartschaft dar, Blomeyer/Rolfs/Otto, a.a.O. (Fn. 2), § 3 Rn. 62 und 63.

101 Blomeyer/Rolfs/Otto, a.a.O. (Fn. 2), § 3 Rn. 2 m.w.N.

102 Sog. Bagatellleistungen unter Zugrundelegung der monatlichen Bezugsgröße (2.485 €) in der Sozialversicherung für das Jahr 2008, § 2 SVBezGrV: Anwartschaften und laufende Leistungen können nur abgefunden werden, wenn sie eine Höhe von 24,85 € monatlich nicht überschreiten. Bei Kapitalleistungen kann bis zu einem Betrag von 2.982 € abgefunden werden.

103 Das Kündigungsrecht des Versicherers ist umstritten, s. Blomeyer/Rolfs/Otto, a.a.O. (Fn. 2), § 3 Rn. 16 m.w.N.

104 Siehe dazu oben unter B.I.1.a)cc) und B.I.1.b)aa)(2).

1. Abfindungsverbot

Die Abfindung ist immer dann ausgeschlossen, wenn der *Arbeitnehmer* von seinem Recht auf Übertragung Gebrauch macht, § 3 Abs. 2 S. 3 BetrAVG mit § 4 Abs. 3 BetrAVG. Der Gesetzestext lässt aber offen, ob ein Abfindungsverbot auch dann gelten soll, wenn der ehemalige *Arbeitgeber* sich bei der beitragsorientierten Leistungszusage für die Mitgabe der Direktversicherung an den Arbeitnehmer im Rahmen der versicherungsförmigen Lösung entschieden hat, der Arbeitnehmer aber untätig bleibt und dem Versicherungsnehmerwechsel auf ihn nicht zustimmt.

Der ehemalige Arbeitgeber hat sich dann zwar durch die Wahl der versicherungsförmigen Lösung schon von seiner Verpflichtung aus dem Versorgungsverhältnis vorbehaltlich des Ergänzungsanspruches befreit, er ist jedoch mangels eines Versicherungsnehmerwechsels weiterhin der Versicherungsnehmer. Für ihn stellt sich jetzt die Frage, ob ihm neben der Option, die Direktversicherung beitragsfrei zu stellen, alternativ die Option zusteht, die Anwartschaft abzufinden. Stellt man nur auf die Beendigungsfunktion der Abfindung für das Versorgungsversprechen ab, dann ist diese bereits durch die Wahl der versicherungsförmigen Lösung auch ohne Versicherungsnehmerwechsel erreicht. Berücksichtigt man jedoch die Intention des Gesetzgebers zu § 3 Abs. 2 BetrAVG, nämlich den ehemaligen Arbeitgeber vor einem unverhältnismäßigen Aufwand bei der Verwaltung geringfügiger Anwartschaften zu bewahren¹⁰⁵, dann muss u.E. dem ehemaligen Arbeitgeber auch die Möglichkeit gegeben werden, sich von diesem Verwaltungsaufwand durch eine Abfindung zu befreien. Dieses Recht des ehemaligen Arbeitgebers steht u.E. auch mit dem Sinn und Zweck des § 3 Abs. 2 S. 3 BetrAVG in Einklang. Denn nur dann ist die Abfindungsoption des ehemaligen Arbeitgebers ausgeschlossen, wenn der Arbeitnehmer von seinem Recht auf Übertragung Gebrauch macht. Wird dem Arbeitnehmer die Direktversicherung zur Mitgabe angeboten und lehnt er diese Mitnahme ab, dann bringt er zum Ausdruck, dass ihm an einer Übertragung nicht gelegen ist.

Für den Fall, dass die Direktversicherung auf der Grundlage der Beitragszusage mit Mindestleistung durchgeführt wurde und man von der Anwendbarkeit der versicherungsförmigen Lösung ausgeht, gilt das Vorstehende entsprechend. Verneint man die Anwendbarkeit der versicherungsförmigen Lösung auf die Beitragszusage mit Mindestleistung, dann kann der ehemalige Arbeitgeber immer dann abfinden, wenn der Arbeitnehmer nicht von seinem Übertragungsrecht Gebrauch macht.

2. Höhe des Abfindungsbetrages

Gelangt man zur Anwendbarkeit der Abfindung, dann wird der Abfindungsbetrag entsprechend § 4 Abs. 5 BetrAVG unabhängig von der gewählten Leistungsstruktur berechnet (§ 3 Abs. 5 BetrAVG). Für den Abfindungsbetrag ist demnach das in der Direktversicherung gebildete Kapital im Zeitpunkt der Abfindung maßgeblich. Es ist somit auf den Rückkaufswert¹⁰⁶ des (gezillmerten) Tarifs der Versicherung abzustellen.

C. Schlussbemerkung

Über die betriebliche Altersversorgung werden Versorgungsleistungen für den Eintritt des Versorgungsfalls versprochen. Dies gilt unabhängig davon, ob die Versorgung durch den Arbeitgeber oder durch Entgeltumwandlung oder gar gemischt finanziert wird. Ein gezillmerter Tarif erfüllt diesen Versorgungszweck ebenso wie jede andere Tarifart.

Vor Eintritt des Versorgungsfalls wird der Bestand des Versorgungsversprechens geschützt, da die betriebliche Altersversorgung keine Frühausschneiderversorgung ist. Die Wirkung der Zillmerung in dieser Phase punktuell als Grund für die Unwirksamkeit der Entgeltumwandlung insgesamt zu sehen, kann dem Charakter der betrieblichen Altersversorgung nicht gerecht werden.

Die Anwachsung der Anwartschaft aus der Direktversicherung, die dem Deckungskapitalverlauf folgt, sollte, schon um den Versorgungszweck erfüllen zu können, nach dem Grundsatz von Treu und Glauben angemessen sein. Bei den beitragsorientierten Systemen über die Direktversicherung kann diese Angemessenheit nur dem Versicherungsrecht entnommen werden. Das Betriebsrentenrecht lässt dies mangels einschlägiger Modifikationen zu. Die Regeln für die Angemessenheit der Anwachsung einer Anwartschaft bei der Direktversicherung wären dann klar, genauso klar wie das rätierliche Prinzip.

¹⁰⁵ Blomeyer/Rolfs/Otto, a.a.O. (Fn. 2), § 3 Rn. 45 mit weiteren Verweisen.

¹⁰⁶ Siehe oben unter B.III.1.c).