

Henriette Meissner | Alexander Schrehardt (Hrsg.)

**Kompass 2 / 2021**

# **Abgesenkte Garantien, Sicherheit, Rendite (betriebliche) Altersvorsorge und Niedrigzins**



**bAV und  
Vorsorge**

*Verlag Versicherungswirtschaft* 

Henriette Meissner | Alexander Schrehardt (Hrsg.)

## Kompass 2/2021

Abgesenkte Garantien, Sicherheit, Rendite,  
(betriebliche) Altersvorsorge und Niedrigzins

## Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2021 Verlag Versicherungswirtschaft GmbH & Co. KG, Karlsruhe

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urhebergesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung der Verlag Versicherungswirtschaft GmbH & Co. KG, Karlsruhe. Jegliche unzulässige Nutzung des Werkes berechtigt die Verlag Versicherungswirtschaft GmbH & Co. KG zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer.

Bei jeder autorisierten Nutzung des Werkes ist die folgende Quellenangabe an branchenüblicher Stelle vorzunehmen:

© 2021 Verlag Versicherungswirtschaft GmbH & Co. KG, Karlsruhe

Jegliche Nutzung ohne die Quellenangabe in der vorstehenden Form berechtigt die Verlag Versicherungswirtschaft GmbH & Co. KG zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer.



Beachten Sie bitte stets unseren Aktualisierungsservice auf unserer Homepage unter:

**[www.de](http://www.de) → Service → Ergänzungen/Aktualisierungen**

Dort halten wir für Sie wichtige und relevante Änderungen und Ergänzungen zum Download bereit.

## Gleichstellungshinweis

Zur besseren Lesbarkeit wird auf geschlechtsspezifische Doppelnennungen verzichtet.

Reihe: bAV und Vorsorge, Band 004

ISBN 978-3-96329-372-6

## 2. bAV: Das Garantieniveau in der Beratungspraxis, Teil 1

Dr. LL.M. Erika Biedlingmeier und RA Elisabeth Lapp

Der Beitrag von RA Dr. Langohr-Plato<sup>1</sup> hat die erforderlichen, arbeitsrechtlichen Grundlagen geschaffen, um die Diskussion über die Mindestleistung der beitragsorientierten Leistungszusage in der betrieblichen Altersversorgung einzuordnen und besser zu verstehen.

Doch was bedeutet das für den Arbeitgeber und seine Entscheidung über die Gestaltung der betrieblichen Altersversorgung im Unternehmen? Und welche Folgen haben die gewonnenen Erkenntnisse für die Beratung des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers durch den Versorgungsträger und Vermittler? Die folgenden Abschnitte geben eine Orientierung.

### 1 Die Entscheidung über die Art der Versorgungszusage liegt grundsätzlich beim Arbeitgeber

Für den Umfang der Beratung und die Frage etwaiger Informationspflichten ist es zunächst wichtig, festzuhalten, wem die Entscheidung über die Art der Versorgungszusage und die Höhe der Leistung der beitragsorientierten Leistungszusage obliegt.

In der aktuellen fachlichen Diskussion werden im Zusammenhang mit der Höhe der Leistung der beitragsorientierten Leistungszusage unterschiedliche Begriffe verwendet, nämlich „Beitragsersatz“ und „Garantie“. Daher werfen wir in einem kurzen Exkurs vorab einen Blick auch auf diese Begriffe.

---

1 Langohr-Plato, Abgesenkte Garantien in der bAV: Die beitragsrechtliche Leistungszusage – ein rechtliches Mysterium?, Seite 71 in diesem Kompass.

## **1.1 Exkurs: Die Arten der Versorgungszusagen des BetrAVG sowie die Begriffe „Beitragsersatz“ und „Garantie“**

Das BetrAVG regelt vier Arten der Versorgungszusagen, die im Folgenden kurz beschrieben werden.<sup>2</sup>

### **Die Leistungszusage, § 1 Abs. 1 BetrAVG**

Bei der Leistungszusage werden dem Arbeitnehmer Leistungen der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung aus Anlass seines Arbeitsverhältnisses vom Arbeitgeber zugesagt. Eine Leistungszusage liegt beispielsweise dann vor, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Rente i.H.v. 200,00 € im Monat bei Eintritt des 67. Lebensjahres verspricht.

### **Die Beitragszusage mit Mindestleistung, § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrAVG**

Bei einer Beitragszusage mit Mindestleistung verpflichtet sich der Arbeitgeber,

- Beiträge zur Finanzierung von Leistungen der betrieblichen Altersversorgung an einen Pensionsfonds, eine Pensionskasse oder eine Direktversicherung zu zahlen und
- dem Arbeitnehmer zum Altersrentenbeginn ein Versorgungskapital auf der Grundlage der gezahlten Beiträge und der daraus erzielten Erträge zu gewähren. Das Versorgungskapital muss mindestens der Summe der zugesagten Beiträge entsprechen, soweit die Beiträge nicht rechnerisch für einen biometrischen Risikoausgleich verbraucht wurden (Beitragsersatz). Das Gebot der Mindestleistung bezieht sich dabei nur auf die Altersleistung (also nicht auf eine ggf. ebenfalls zugesagte Hinterbliebenen- oder Invalidenleistung).

### **Die beitragsorientierte Leistungszusage, § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrAVG**

Bei einer beitragsorientierten Leistungszusage verpflichtet sich der Arbeitgeber, bestimmte Beiträge in eine Anwartschaft auf Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung umzuwandeln, und sagt dem Arbeitnehmer die Leistung aus diesen Beiträgen zu.

---

<sup>2</sup> Details finden Sie bei Ulbrich (Hrsg.), Praxishandbuch betriebliche Altersversorgung und Zeitwertkonten, Kap. 1, Rn. 465.

## **Die reine Beitragszusage, § 1 Abs. 2a BetrAVG**

Bei einer reinen Beitragszusage wird der Arbeitgeber durch Tarifvertrag oder auf Grund eines Tarifvertrages in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung verpflichtet, Beiträge zur Finanzierung von Leistungen der betrieblichen Altersversorgung zu zahlen. Die Verpflichtung des Arbeitgebers erschöpft sich – anders als bei den anderen Zusagearten – in der Zahlung von Beiträgen. Für die aus diesen Beiträgen finanzierte Leistung steht der Arbeitgeber nicht ein („pay and forget“).

## **Die Begriffe „Beitragserhalt“ und „Garantie“**

Der Titel dieses Beitrags lautet „Das Garantieniveau in der Beratungspraxis.“ Der Begriff „Garantie“ ist im Versicherungsrecht „beheimatet“. Das BetrAVG verwendet ihn zwar ebenfalls an manchen Stellen, in den Definitionen der Arten der Versorgungszusagen kommt er, wie wir gesehen haben, jedoch nicht vor. Dies ist konsequent, denn die Leistungszusage und beitragsorientierte Leistungszusage können in allen Durchführungswegen der betrieblichen Altersversorgung zugesagt werden, somit auch in den Durchführungswegen Unterstützungskasse und Pensionszusage. Diese beiden Durchführungswege müssen nicht versicherungsförmig finanziert werden (und werden es in der Praxis oft auch nicht). Ein Begriff aus dem Versicherungsrecht wäre hier somit fehl am Platz.

Den Begriff „Beitragserhalt“ verwendet das BetrAVG, wie oben gezeigt, im Zusammenhang mit der Beitragszusage mit Mindestleistung. Sie ist vom Gesetzgeber den versicherungsförmigen Durchführungswegen Pensionsfonds, Pensionskasse und Direktversicherung vorbehalten. Dabei handelt es sich um Durchführungswege, bei denen der Arbeitgeber tatsächlich einen Beitrag an den Versorgungsträger zahlt.

Die aktuelle fachliche Diskussion wird geführt über die Höhe der Leistung einer beitragsorientierten Leistungszusage und dort konkret darüber, ob der Gesetzgeber oder die Rechtsprechung für die beitragsorientierte Leistungszusage eine Mindesthöhe vorgeben. Da diese Diskussion – wie in Kompass 2 gezeigt – v.a. in Abgrenzung zur Beitragszusage mit Mindestleistung geführt wird, wird in Anlehnung an deren Definition auch bei der Leistung der beitragsorientierten Leistungszusage vom „Beitragserhalt“ gesprochen.

Und nun schließt sich der Kreis zum „Garantieniveau“: Auslöser der aktuellen Diskussion ist die durch die andauernde Niedrigzinsphase

bedingte Änderung des Garantieniveaus durch die Versorgungsträger. Bei der versicherungsförmigen Finanzierung der betrieblichen Altersversorgung ihrer Arbeitnehmer legen Arbeitgeber allerdings besonderen Wert auf die Übereinstimmung zwischen ihrer arbeitsrechtlichen Versorgungsverpflichtung und der Verpflichtung des Versorgungsträgers aus dem Versicherungs-, Pensionskasse- oder Pensionsfondsvertrag. Daher wirft die Änderung des Garantieniveaus durch den Versorgungsträger mittelbar die Frage nach der arbeitsrechtlich zulässigen Höhe der Leistung einer beitragsorientierten Leistungszusage auf.

## **1.2 Die Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers in der betrieblichen Altersversorgung**

Der Arbeitgeber ist für die Einrichtung und Durchführung der betrieblichen Altersversorgung in seinem Unternehmen verantwortlich. Er steht zudem für die von ihm zugesagten Leistungen der betrieblichen Altersversorgung ein – und zwar unabhängig vom Durchführungsweg, § 1 Abs. 1 S. 3 BetrAVG. Daher obliegen dem Arbeitgeber auch die wesentlichen Entscheidungen.

So entscheidet er zunächst frei darüber, ob er seinen Arbeitnehmern Leistungen der betrieblichen Altersversorgung zusagen möchte.<sup>3</sup> Fällt die Entscheidung zugunsten der betrieblichen Altersversorgung aus, dann bestimmt er auch den Durchführungsweg – die Direktversicherung, die Pensionskasse, den Pensionsfonds, die Unterstützungskasse oder die Direktzusage (Pensionszusage). Der Arbeitgeber ist zudem berechtigt, den Versorgungsträger frei zu wählen und die Modalitäten der Versorgung – u.a. die Art der Leistungen – festzulegen.

Eingeschränkt wird die Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers zum einen bei der Entgeltumwandlung. Denn auf eine durch Entgeltumwandlung finanzierte Versorgung haben Arbeitnehmer einen gesetzlichen Anspruch, § 1a BetrAVG. Sie können zudem verlangen, dass der Arbeitgeber die Entgeltumwandlung über eine Direktversicherung finanziert, es sei denn, er bietet den Pensionsfonds oder die Pensionskasse als Durchführungsweg an, § 1a Abs. 1 S. 3 BetrAVG.<sup>4</sup>

---

3 Ulbrich (Hrsg.), Praxishandbuch betriebliche Altersversorgung und Zeitwertkonten, Kap. 1, Rn. 28.

4 Bietet der Arbeitgeber eine reine Beitragszusage an, so kann er auch eine Versorgungseinrichtung nach § 22 BetrAVG für die Durchführung der Entgeltumwandlung bestimmen, § 1a Abs. 1 S. 3 BetrAVG.

Die Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers kann zum anderen dann eingeschränkt sein, wenn sein Unternehmen tarifgebunden ist und ein Tarifvertrag die Modalitäten der betrieblichen Altersversorgung regelt.

Der Arbeitgeber kann zudem einseitig auch die Zusageart bestimmen. Dies gilt sowohl bei der durch den Arbeitgeber finanzierten betrieblichen Altersversorgung als auch bei der Finanzierung durch Entgeltumwandlung. Dabei bedarf es weder der Zustimmung des Arbeitnehmers noch der des Betriebsrats. Ist das Unternehmen tarifgebunden, kann die Zusageart im Tarifvertrag verbindlich festgelegt sein.

Diese Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers ist sachgerecht, denn der Arbeitgeber steht sowohl bei einer durch ihn als auch bei einer durch den Arbeitnehmer finanzierten betrieblichen Altersversorgung für die zugesagten Leistungen ein und trägt somit das wirtschaftliche Risiko der Finanzierung (subsidiäre Haftung, auch genannt Einstandspflicht oder Verschaffungsanspruch), § 1 Abs. 1 S. 3 BetrAVG. Die Interessen der Arbeitnehmer sind durch diese Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers nicht tangiert, denn sie werden hinreichend durch die Vorschriften des BetrAVG in ihrer Ausprägung durch die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung gewahrt.

## **2 Entgeltumwandlung und Arbeitgeberfinanzierung – ein Unterschied?**

Der Arbeitgeber trifft somit grundsätzlich die Entscheidung über die Art der Versorgungszusage. Dies gilt auch bei einer durch Entgeltumwandlung finanzierten Versorgung. Da die Entgeltumwandlung jedoch häufig anders wahrgenommen wird als die arbeitgeberfinanzierte Versorgung, soll sie im Folgenden näher beleuchtet werden.

### **2.1 Grundsätze der Finanzierung**

In der betrieblichen Altersversorgung gibt es zwei unterschiedliche Finanzierungsarten. Die Beiträge an den Versorgungsträger werden grundsätzlich vom Arbeitgeber gezahlt. Die Frage ist lediglich, wer sie wirtschaftlich trägt. Die Beiträge können entweder durch den Arbeitgeber als zusätzliche Leistung gewährt werden oder vom Arbeitnehmer durch einen Verzicht (Entgeltumwandlung) selbst getragen werden.

Psychologisch wird die Entgeltumwandlung als etwas anderes wahrgenommen als die Arbeitgeberfinanzierung. Der an den Arbeitnehmer zu leistende monetäre Entgeltanspruch wird durch ein Versorgungsversprechen ersetzt und damit die arbeitsvertragliche Verpflichtung in eine andere Abgeltungsform gewandelt<sup>5</sup>. Um dies zu erreichen, muss der Arbeitnehmer bewusst auf seinen arbeitsvertraglich vereinbarten Entgeltanspruch verzichten und damit immer auch auf eine Form von Konsum. Dies führt dazu, dass bei dem Arbeitnehmer der Eindruck entsteht, dass ihm bereits das Geld „gehört“ hat<sup>6</sup>, und er durch die Entgeltumwandlung einen Teil dem Arbeitgeber zur Anlage überlässt.

Währenddessen fühlt sich die Arbeitgeberleistung wie ein zusätzlicher, nicht verfestigter Entgeltbestandteil an, der dem Arbeitnehmer zur Verfügung steht.

Zusätzlich wird bei einer Entgeltumwandlung von einem gesteigerten Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers gesprochen<sup>7</sup>.

Dies kann sicherlich an der unterschiedlichen gesetzlichen Gestaltung liegen (hierzu weiter unten, 2.2). Jedoch kann auch gerade durch eine entsprechende Gestaltung der Versorgungszusage der Arbeitnehmer bereits ab dem ersten Tag Anspruch auch auf eine arbeitgeberfinanzierte Anwartschaft haben.

Auch kann sich die unterschiedliche Wahrnehmung nicht durch die Freiwilligkeit einer arbeitgeberfinanzierten betrieblichen Altersversorgung erklären. Entscheidet sich nämlich der Arbeitgeber – wenn auch aus freien Stücken – zur Erteilung einer Versorgungszusage, ist diese verbindlich. Der Arbeitgeber selbst kann sich i.d.R. weder von einer Entgeltumwandlungszusage noch einer Arbeitgeberzusage befreien.

Daher stellt sich die Frage: Gibt es einen Grund für die Unterscheidung zwischen den beiden Finanzierungsarten und ist eine Differenzierung hier vielleicht sogar geboten?

---

5 Ulbrich (Hrsg.), Praxishandbuch betriebliche Altersversorgung und Zeitwertkonten, Kap. 1, Rn. 696.

6 Reinecke, NZA 2015, 1153.

7 Reinecke, RdA 2005, 129.

## 2.2 Rechtliche Unterschiede zwischen der Entgeltumwandlung und der Arbeitgeberfinanzierung

Der erste Ansatz für eine unterschiedliche Behandlung könnte im Gesetz liegen. Die Entgeltumwandlung unterscheidet sich rechtlich von der Arbeitgeberfinanzierung. Beispielshaft seien hier z.B. die Unverfallbarkeit, der Arbeitgeberzuschuss sowie vertragliche Ausgestaltungen genannt, im Einzelnen:

- Während die Entgeltumwandlung nach § 1b Abs. 5 S. 1 BetrAVG **sofort** mit Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis **unverfallbar** ist, muss bei einer Arbeitgeberfinanzierung die Anwartschaft nach § 1b Abs. 1 BetrAVG bereits drei Jahre bestanden haben und das Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis nach Vollendung des 21. Lebensjahres liegen.
- Im Jahre 2019 kam eine weitere Unterscheidung zwischen den Finanzierungsarten durch § 1a Abs. 1a BetrAVG in das Gesetz. Bisher konnte der Arbeitgeber die ersparten **Sozialversicherungsbeiträge** frei verwenden. Durch die Novellierung des § 1a BetrAVG wurde für die Entgeltumwandlung eingeführt, dass der Arbeitgeber diese Beiträge zwingend **an den Arbeitnehmer weiterzugeben hat**. Es hat sich mittlerweile verfestigt, dass die konkrete Ersparnis der Sozialversicherungsbeiträge, maximal i.H.v. 15 %, weiterzugeben ist. Der sog. gesetzliche Arbeitgeberzuschuss wird wie Entgeltumwandlung behandelt und ist ebenso sofort gesetzlich unverfallbar.
- Dem Arbeitnehmer ist mit Beginn der Entgeltumwandlung versicherungsrechtlich ein **unwiderrufliches Bezugsrecht** bei einer versicherungsförmigen Durchführung – d.h. über eine Direktversicherung, eine Pensionskasse oder einen Pensionsfonds – einzuräumen<sup>8</sup>. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass das umgewandelte Entgelt dem Vermögen des Arbeitnehmers zuzuordnen ist und der Arbeitgeber, auch im Insolvenzfall, keine Änderungsmöglichkeiten mehr hat.
- Auch sind im Rahmen der arbeitsrechtlichen Ausgestaltung Besonderheiten zu beachten. Während z.B. eine arbeitgeberfinanzierte Zusage noch rückwirkend unter Beachtung der steuerlichen

---

8 § 1b Abs. 5 S. 2 BetrAVG.

Voraussetzung erteilt werden kann, kann eine Entgeltumwandlung nur der **Verzicht auf zukünftiges Entgelt** sein.

- Bei der Entgeltumwandlung wird immer auch die **Wertgleichheit** zu beachten sein. Dazu später mehr (2.4).

### **Konsequenzen im Hinblick auf die Höhe der Leistung einer beitragsorientierten Leistungszusage**

Diese kurze Aufzählung soll verdeutlichen, dass die Entgeltumwandlung von der Arbeitgeberfinanzierung im Rahmen des BetrAVG teilweise unterschiedlich behandelt wird. Eine Aussage in Bezug auf die Höhe der Leistung einer beitragsorientierten Leistungszusage lässt sich jedoch aufgrund der Finanzierungsart allein erst einmal nicht treffen. Um sich jedoch eine Meinung dazu in Zusammenhang mit der Entgeltumwandlung bzw. der Finanzierungsart zu erlauben, sollte auch ein Blick in die Rechtsprechung geworfen werden.

## **2.3 Apropos: Ist die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Entgeltumwandlung verfassungsgemäß? BAG Urteil vom 12.6.2007, AZ: 3 AZR 14/06**

Das BAG entschied bereits im Jahre 2007, dass der Anspruch auf Entgeltumwandlung mit dem Grundgesetz vereinbar und damit verfassungskonform ist.<sup>9</sup> Er verstößt nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit) und auch nicht gegen Art. 2 Abs. 1 GG (allgemeine Vertragsfreiheit), denn er ist gerechtfertigt.

Der beklagte Arbeitgeber sah sich durch den Entgeltumwandlungsanspruch des Arbeitnehmers in seinen Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit), Art. 20 Abs. 1 (Sozialstaatsprinzip) sowie in Art. 14 GG (Eigentum) beeinträchtigt<sup>10</sup>. Er müsse aufgrund der subsidiären Haftung nach § 1 Abs. 1 S. 3 BetrAVG sowohl für die Insolvenz des Versorgungsträgers als auch für eine Mindestleistung einstehen. Weiterhin drohen ihm auch noch weitere Schadensersatzansprüche aufgrund von Geschlechterdiskriminierung.

---

9 BAG, Urteil vom 12.6.2007 – 3 AZR 14/06 – BetrAV 2007, 668.

10 Höfer, Betriebsrentenrecht (BetrAVG), Band I, § 1a Rn. 12.

Das BAG entschied, dass der Eingriff in die Berufsfreiheit des Arbeitgebers zwar gegeben, aber für ihn nicht unzumutbar sei. Er werde zwar verpflichtet, für den Arbeitnehmer eine arbeitsrechtliche Versorgungszusage abzugeben sowie eine Direktversicherung abzuschließen. Diese Verpflichtung könne zu einer Einstandspflicht nach § 1 Abs. 1 S. 3 BetrAVG führen. Dies – und diese Aussage ist, wie wir noch zeigen werden, besonders wichtig – sei jedoch hinzunehmen, da der Arbeitgeber auch durch die Wahl des entsprechenden Versorgungsträgers das Risiko minimieren und die entsprechende Sicherheit erhalten könne.

Dies wird auch gestützt dadurch, dass schon das BAG in der Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des Entgeltumwandlungsanspruchs den Arbeitgeber nicht mit zusätzlichen Risiken belasten will. Er soll gerade durch die Durchführung über einen externen Anbieter entlastet werden.

#### **Konsequenzen im Hinblick auf die Höhe der Leistung einer beitragsorientierten Leistungszusage**

In der Entscheidung des BAG wird zwar entschieden, dass der Arbeitgeber zur Durchführung der Entgeltumwandlung vom Arbeitnehmer verpflichtet werden kann. Viel wichtiger für die Diskussion über die Höhe der Leistung einer beitragsorientierten Leistungszusage ist jedoch die Aussage, dass dem Arbeitgeber aus dieser Durchführung i.d.R. kein Risiko entsteht.

#### **2.4 Wertungen aus der Wertgleichheit? Die Entscheidung des BAG vom 15.9.2009, AZ: 3 AZR 17/09**

Nachdem nun schon einmal festgehalten wurde, dass Intention des Gesetzgebers nicht war, dem Arbeitgeber im Rahmen der versicherungsförmigen Durchführung der Entgeltumwandlung ein zusätzliches Risiko aufzuerlegen, stellt sich die Frage, ob es weitere Punkte gibt, die für oder gegen eine bestimmte Höhe der Leistung einer beitragsorientierten Leistungszusage sprechen können.

Im Rahmen der Entgeltumwandlung wird zusätzlich der Begriff der Wertgleichheit verwendet. Er fußt in § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG, der für die Entgeltumwandlung eine **wertgleiche Anwartschaft** fordert.

Da das Gesetz hierzu jedoch keine näheren Ausführungen macht, liegt ein unbestimmter Rechtsbegriff vor, der ausgelegt werden muss.

Viel diskutiert in diesem Zusammenhang ist die Entscheidung des BAG vom 15.9.2009, welches die Zillmerung bei arbeitnehmerfinanzierten Versicherungen auf den Prüfstand stellte.<sup>11</sup> In dieser Entscheidung erörterte das BAG auch den Begriff Wertgleichheit und gab Anhaltspunkte, was hierfür gegeben sein muss.

In diesem vom BAG entschiedenen Fall verlangte ein Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber die Rückgewähr seiner Entgeltumwandlungsbeiträge, da er die Entgeltumwandlung für unwirksam hielt. Grund war, dass bei der Durchführung der Entgeltumwandlung über eine Direktversicherung ein sog. gezillmerter Tarif verwendet wurde.<sup>12</sup> Das hatte zur Folge, dass beim vorzeitigen Ausscheiden des Arbeitnehmers nach knapp drei Jahren weniger als die eingezahlten Beiträge im Vertrag enthalten waren.

Das BAG entschied dazu Folgendes: Das Erfordernis der Wertgleichheit müsse bei Abschluss der Entgeltumwandlungsvereinbarung erfüllt werden (d.h. nicht erst im Zeitpunkt des Versorgungsfalls). Die künftigen Entgeltansprüche einerseits und die durch die Entgeltumwandlung zu erzielende Anwartschaft auf Versorgungsleistungen andererseits müssen miteinander verglichen werden. Deren Wert muss sich bei objektiver wirtschaftlicher Betrachtung entsprechen und damit „gleich“ sein<sup>13</sup>. Hierbei sei eine wirtschaftliche Betrachtung geboten.

Das BAG stellt dann darauf ab, dass die versicherungsförmigen Leistungen nach versicherungsmathematischen Grundsätzen berechnet sind. Diese versicherungsmathematischen Grundsätze sind auch bei dem Wertvergleich zu Grunde zu legen. Daher kommt das BAG im Falle der Zillmerung zu folgendem Schluss: Die Zillmerung sei eine versicherungsmathematisch anerkannte Methode zur Verrechnung der Abschluss- und Vertriebskosten, die bei einer Entgeltumwand-

---

11 BAG, Urteil vom 15.9.2009 – 3 AZR 17/09 – BetrAV 2010, 72.

12 Bei der „Zillmerung“ handelt es sich um ein Kostenverteilungsverfahren, das von dem Versicherungsmathematiker Dr. August Zillmer entwickelt wurde. Die beim Zustandekommen des Versicherungsvertrags anfallenden einmaligen Abschluss- und Vertriebskosten werden mit den sog. Sparanteilen der ersten Versicherungsprämien verrechnet.

13 BAG, Urteil vom 15.9.2009 – 3 AZR 17/09 – BetrAV 2010, 72.

lung auch vom Arbeitnehmer zu tragen seien<sup>14</sup>. Für das BAG kommt den versicherungsmathematischen Grundsätzen bei der Prüfung der Wertgleichheit jedenfalls bei Abschluss einer Direktversicherung eine „entscheidende Bedeutung“ zu. Überspitzt gesagt: Ist die Kalkulation versicherungsrechtlich und versicherungsmathematisch zulässig, ist sie auch wertgleich<sup>15</sup>.

Für die versicherungsförmigen Durchführungswege wird nach Auffassung des BAG durch das vollständige Abführen der Beiträge an die jeweilige Versorgungseinrichtung der Wertgleichheit Genüge getan<sup>16</sup>. Auch Vertriebs- und Abschlusskosten können hierbei berücksichtigt werden, sofern sie den Vorgaben der Versicherungsaufsicht und dem Versicherungsvertragsrecht entsprechen<sup>17</sup>.

## 2.5 Was bedeutet die Rechtsprechung des BAG für die Frage nach der Höhe der Leistung einer beitragsorientierten Leistungszusage?

- Nach BAG ist die Wertgleichheit somit zu bejahen, sofern der Arbeitgeber die Entgeltumwandlungsbeiträge an den Versorgungsträger abführt. Dem versorgungsberechtigten Arbeitnehmer muss dabei die tatsächlich erzielte Wertentwicklung zugutekommen. Weder der Arbeitgeber noch der Versorgungsträger dürfen sich hieran „bereichern“.
- Eine Mindesthöhe der beitragsorientierten Leistungszusage bzw. einen Beitragserhalt fordert das BAG auch im Rahmen der Wertgleichheit nicht. Die Wertgleichheit kann somit nicht mit einem Beitragserhalt gleichgesetzt werden.<sup>18</sup>
- Das BAG fordert für das Vorliegen der Wertgleichheit einen Vergleich der Leistung und der gezahlten Beiträge nach wirtschaft-

---

14 Ulbrich/Grote/Britz, BB 2015, 2677.

15 Dies entspricht der Gesetzesbegründung zur ursprünglichen Formulierung („in eine nach versicherungsmathematischen Grundsätzen berechnete Anwartschaft auf Versorgungsleistungen des Arbeitgebers“). Diese Formulierung wurde im Gesetzgebungsverfahren „vereinfacht“ und durch „wertgleich“ ersetzt, vgl. BT-Drs. 13/8011 vom 24.6.1997, Art. 8 i.V.m. BT-Drs. 13/8671 vom 2.10.1997.

16 Biedlingmeier, BetrAV 2020, 594.

17 BAG, Urteil vom 15.9.2009 – 3 AZR 17/09 – BetrAV 2010, 72.

18 Biedlingmeier, BetrAV 2020, 594.

lichen Kriterien. Damit sind die jeweils aktuellen Bedingungen des Marktes und aktuell insb. auch das Niedrigzinsumfeld für die Frage der Wertgleichheit entscheidend.

- Die Orientierung der Leistungen einer durch Entgeltumwandlung finanzierten Versorgungszusage an den jeweils aktuellen Bedingungen des Marktes kann übrigens auch keine Benachteiligung des Arbeitnehmers sein. Nach der gesetzlichen Konzeption der Entgeltumwandlung wird die Altersversorgung wirtschaftlich vom Arbeitnehmer durch Gehaltsverzicht finanziert und der Arbeitgeber stellt „nur“ den organisatorischen Rahmen zur Abwicklung dieser Form der betrieblichen Altersversorgung zur Verfügung. Wäre der Arbeitgeber gezwungen, eine Leistung zu versprechen, die er am Markt nicht finanzieren kann, so würde die Entgeltumwandlung über den Verschaffungsanspruch (§ 1 Abs. 1 S. 3 BetrAVG) zur arbeitgeberfinanzierten Versorgung „mutieren“.
- Übrigens: Gleiches ergibt sich aus der Gesetzesbegründung zur reinen Beitragszusage<sup>19</sup>. Die reine Beitragszusage kommt bekanntlich ohne Garantien aus. Die Verpflichtung des Arbeitgebers erschöpft sich – anders als bei den anderen Zusagearten – in der Zahlung von Beiträgen. Die Gesetzesbegründung greift die Wertgleichheit auf und stellt allein auf das Abführen der Beiträge an die Versorgungseinrichtung ab. Weitere Anforderungen stellt der Gesetzgeber an die Wertgleichheit einer reinen Beitragszusage nicht. Dies zeigt, dass Wertgleichheit auch in einem Umfeld gegeben ist, in dem Garantien gar keine Rolle spielen.

## 2.6 Werthaltigkeit als Voraussetzung? Hat die Leistung einer beitragsorientierten Leistungszusage eine Untergrenze?

Neben der Wertgleichheit wird häufig der Begriff der **Werthaltigkeit** genannt und daran bestimmte Anforderungen geknüpft.

Der Begriff der Werthaltigkeit ist von der Wertgleichheit zu unterscheiden. Dieser Begriff ergibt sich nicht aus dem Gesetz, sondern wurde von der Rechtsprechung entwickelt. Er stammt auch aus dem bereits angesprochenen Zillmerungsurteil aus dem Jahr 2009 (s.o., 2.4), knüpft jedoch an andere Voraussetzungen an als der Begriff

---

19 BT-Drs. 18/11286, 42.

Wertgleichheit. Das BAG entwickelt den Begriff der Werthaltigkeit aus dem Verbot der unangemessenen Benachteiligung des Arbeitnehmers. Hierzu Genaueres später (siehe 2.7).

Die Werthaltigkeit ergibt sich nicht isoliert aus einzelnen betriebsrentenrechtlichen Vorschriften, sondern aus den wesentlichen Grundgedanken des BetrAVG und einer gebotenen Gesamtschau der Regelungen<sup>20</sup>.

Die Werthaltigkeit dient dazu, Arbeitnehmer von unangemessen benachteiligenden Gestaltungen von Versorgungszusagen zu schützen und eine angemessene Gestaltung sicherzustellen<sup>21</sup>. Durch die Prüfung der Werthaltigkeit soll sichergestellt werden, dass der Zweck der Altersversorgung, d.h. ihr Versorgungscharakter, gewährleistet wird. Der Versorgungszweck würde jedoch gefährdet, wenn für eine Versorgungszusage keinerlei Mindestleistung gefordert würde. Das BAG spricht im Zusammenhang mit der Werthaltigkeit von **einer Versorgungsleistung von ausreichend wirtschaftlichem Wert**<sup>22</sup>. Dem Arbeitnehmer muss eine **Versorgungsleistung in angemessener Höhe**<sup>23</sup> gewährt werden.

### 2.6.1 Wann ist eine Versorgungszusage werthaltig?

Nun stellt sich die Frage, was eine werthaltige Versorgung ist. Während bei der Wertgleichheit im Rahmen einer Entgeltumwandlung zu prüfen ist, ob der Wert der umgewandelten Entgeltansprüche auf der einen und die zu erzielenden Anwartschaft auf der anderen Seite einander bei objektiver Betrachtung entsprechen und damit „gleich“ in dem Sinne, dass sie nach versicherungsmathematischen Grundsätzen kalkuliert sind, sind<sup>24</sup>, fehlen für die Beurteilung der Werthaltigkeit konkrete Anhaltspunkte. Anlass für die Ausführungen des BAG zur Werthaltigkeit war das vorzeitige Ausscheiden des Arbeitnehmers, was damit zu einem sog. Störfall führte<sup>25</sup>. Aufgrund der kurzen Laufzeit und der Tilgung der Kosten zu Beginn des Vertrags (Zillmerung) führte dies zu einem geringen verbliebenden Wert der Versorgung.

---

20 BAG vom 15.9.2009 – 3 AZR 17/09 – BetrAV 2010, 72.

21 Britz, BetrAV 2020, 394 (395).

22 BAG Urteil vom 15.9.2009 – 3 AZR 17/09 – BetrAV 2010, 72.

23 BAG Urteil vom 15.9.2009 – 3 AZR 17/09 – BetrAV 2010, 72.

24 Ulbrich/Grote/Britz BB 2015, 2677.

25 BAG, Urteil vom 15.9.2009 – 3 AZR 17/09 – BetrAV 2010, 72.

Es bleibt die Frage, wann eine Versorgung werthaltig ist. Diskutiert wird an dieser Stelle häufig eine bestimmte Untergrenze, um den unbestimmten Rechtsbegriff etwas griffiger zu machen.

- Das BAG selbst zitiert das Urteil des BGH aus dem Jahre 2005<sup>26</sup> zu privaten Lebensversicherungen an: „Weder der Rückkaufswert noch die beitragsfreie Versicherungssumme dürfen einen Mindestbetrag unterschreiten“<sup>27</sup>. Dieser Mindestbetrag wurde vom BGH im konkreten Fall der versicherungsförmigen Finanzierung für angemessen erachtet, sofern er mindestens die Hälfte des ungezillmerten Deckungskapitals beträgt, das nach den anerkannten Regeln der Versicherungsmathematik mit den Rechnungsgrundsätzen der Prämienkalkulation zum Schluss der laufenden Versicherungsperiode berechnet wird.
- Doetsch diskutiert an dieser Stelle die Untergrenze für eine bestimmte Mindesthöhe und kommt zu dem Ergebnis, dass 50 % der (Netto-)Beitragssumme „jedenfalls für beitragsbasierte Versorgungsversprechen aus Entgeltumwandlung“ erforderlich seien, weil nur so eine werthaltige Versorgungsleistung gewährleistet werden kann<sup>28</sup>. Zur Begründung zieht er die europäische Insolvenz-Richtlinie und die dazugehörige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs heran, die Arbeitnehmern im Falle der Insolvenz des Arbeitgebers einen Mindestschutz ihrer Betriebsrente i.H.v. 50 % zusprechen.
- Reinecke fordert für Entgeltumwandlungszusagen ein Leistungsniveau, das nicht unterhalb dem einer Beitragszusage mit Mindestleistung liegen darf, da ansonsten die Werthaltigkeit nicht gegeben wäre<sup>29</sup>.
- Britz sieht bei einer Mindestleistung von 50–80 % eine Werthaltigkeit gegeben.<sup>30</sup>

---

26 BGH, Urteil vom 12.10.2005 – IV ZR 177/03.

27 BAG, Urteil vom 15.9.2009 – 3 AZR 17/09 – BetrAV 2010, 72.

28 Doetsch, BetrAV 2018, 342.

29 Reinecke, BetrAV 2017, 390.

30 Britz, BetrAV 2020, 394 (395).

### **Aussagekraft im Hinblick auf die Mindesthöhe der beitragsorientierten Leistungszusage**

Es zeigt sich, dass alle Versuche, eine konkrete Untergrenze für die Mindesthöhe der beitragsorientierten Leistungszusage Ableitungen aus anderen Rechtsgebieten oder parallelen Thematiken sind. Eine definitive Entscheidung hierzu gibt es bisher weder im Rahmen der Gerichte noch der Politik.

## **2.6.2 Anwendbarkeit auf die Arbeitgeberfinanzierung?**

Weiterhin könnte man sich die Frage stellen, ob die Werthaltigkeit auch bei arbeitgeberfinanzierten Zusagen zu prüfen ist. Da die Erwägungen im Rahmen des Zillmerungsurteils und der Entgeltumwandlung entstanden sind, könnten die Werthaltigkeitsüberlegungen bei einer vom Arbeitgeber nach seinen Regeln festgelegten Versorgungszusage keine Rolle spielen.

Doetsch fordert die Prüfung der Werthaltigkeit auch für die arbeitgeberfinanzierten Versorgungszusage. Hier ergibt sich die Mindesthöhe bzw. eine Werthaltigkeit, welche, wenn nicht aus allgemeinen rechtlichen Gründen, dann doch mindestens aus Fairness- und Fürsorgegesichtspunkten zu beachten ist<sup>31</sup>.

Hier stellt sich allerdings die Frage, ob dies zwingend gefordert ist. Erhält der Arbeitnehmer nach eingehender Aufklärung die Möglichkeit, ein Produkt zu wählen, welches ihm neben bestimmten Garantien mehr Renditechancen eröffnet, kann man an dieser Stelle dann an Fairness und Fürsorge Vorrang einräumen? Das Produkt könnte aufgrund der freieren Anlage im Ablaufzeitpunkt deutlich höhere Leistungen erzielen und damit für den Arbeitnehmer vorteilhafter sein. Das – durch eine Mindestleistung begrenzte – Risiko kann im Gegenzug auch zu einer Chance auf höhere Rendite führen.

Auch ist das Rechtsschutzbedürfnis des Arbeitnehmers ein anderes, da der Arbeitgeber freiwillig eine Zusage erteilt<sup>32</sup>. Doetsch diskutiert in diesem Zusammenhang, dass bei einer arbeitgeberfinanzierten Zusage nach voller Information des Arbeitnehmers ein niedriges Garantieniveau

---

31 Doetsch, BetrAV 2018, 343.

32 Doetsch, BetrAV 2018, 343.

veau vereinbart werden könnte als bei einer Entgeltumwandlung. Hier müsste jedoch nach arbeitsrechtlichen und versicherungsrechtlichen Erwägungen unterschieden werden.

Andererseits: Die betriebliche Altersversorgung hat Entgeltcharakter. Dies gilt sowohl für die Finanzierung durch Entgeltumwandlung als auch für die Arbeitgeberfinanzierung.

### **Wie hoch muss die Untergrenze sein?**

- Das Erfordernis der Werthaltigkeit ist gesetzlich nicht geregelt, sondern aus der Rechtsprechung entwickelt. Wann eine Zusage als werthaltig gilt, wird unterschiedlich interpretiert.
- Klar dürfte sein, dass eine Nullleistung – erst recht im Rahmen einer Entgeltumwandlung – dem Versorgungsgedanken der betrieblichen Altersversorgung nicht entsprechen kann. Hierbei würde sowohl der Leistungsgedanken als auch die Unverfallbarkeitsregeln ausgehöhlt werden. Die Einstandspflicht des Arbeitgebers würde ins Leere laufen. Auch wäre eine Abgrenzung zur reinen Beitragszusage, die wirklich garantiert existiert, sehr schwierig.
- Eine Anwendbarkeit auf arbeitgeberfinanzierte Zusagen kann diskutiert werden, da die Werthaltigkeit an sich aus der Diskussion um die Entgeltumwandlung stammt. Es bleibt abzuwarten, wie sich die Rechtsprechung zu einer Mindestleistung und in welcher Höhe positioniert. Es zeigt sich, dass alle Versuche, eine konkrete Untergrenze für die Mindesthöhe der beitragsorientierten Leistungszusage festzulegen, Ableitungen aus anderen Rechtsgebieten oder parallelen Thematiken sind. Eine definitive Entscheidung hierzu gibt es bisher weder im Rahmen der Gerichte noch der Politik.
- Eine Aussage im Hinblick auf die Leistungshöhe der beitragsorientierten Leistungszusage kann dem Begriff „Werthaltigkeit“ nicht entnommen werden. Es steht jedenfalls einer Höhe, die unter dem Beitragserhalt liegt, nichts entgegen.

## 2.7 Vorgaben des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Mit dem Aufkommen der Serienproduktion standardisierter Waren und Leistungen ging Hand in Hand die Standardisierung der vertraglichen Bedingungen. Gleichförmige allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) vereinfachen die Organisation und Kalkulation der Unternehmen und ersparen ihnen die Kosten und Mühen der individuellen Verhandlung über die Modalitäten des Vertrags. Gleichzeitig birgt die einseitige Aufstellung und Verwendung der AGB die Gefahr einer unangemessenen Risikoabwälzung auf den Kunden.

Zunächst hat die Rechtsprechung den Schutz gegen unangemessene AGB übernommen. Ihr folgte der Gesetzgeber und regelte die AGB-Kontrolle zunächst im Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) und später im BGB (§§ 305–310 BGB).

Der AGB-Kontrolle unterliegen allerdings nicht die sog. Hauptleistungspflichten, also das Leistungsangebot und der Preis.

Seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts zum 1.1.2002 erstreckt sich das AGB-Recht ebenso auf Verträge aus dem Gebiet des Arbeitsrechts (§ 310 Abs. 4 S. 1 BGB), zu welchem auch Rechtsverhältnisse aufgrund einer betrieblichen Versorgungszusage gehören<sup>33</sup>.

AGBs zeichnen sich dadurch aus, dass es sich um für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen handelt, die eine Vertragspartei (Verwender, in der betrieblichen Altersversorgung somit der Arbeitgeber) der anderen Vertragspartei (dem Arbeitnehmer) bei Abschluss eines Vertrags stellt (§ 305 Abs. 1 BGB). Wurden die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt, sind von Gesetzes wegen keine AGB gegeben. Entscheidend für das Vorliegen von AGB ist damit der Umstand, dass eine Vertragspartei vielen anderen Vertragsparteien diese Vertragsbedingungen einseitig auferlegt hat, um vertragliche Bedingungen zu konkretisieren und zu standardisieren<sup>34</sup>.

---

33 BAG vom 21.2.2017 – 3 AZR 297/15 – BetrAV 2017, 367.

34 Koch in Schaub/Koch, Arbeitsrecht von A–Z, Ziff. I „Begriff“ zu Allgemeine Geschäftsbedingungen.

Damit sind die allgemeinen AGB-rechtlichen Rahmenbedingungen, wie z.B.

- Vermeidung überraschender Klauseln (§ 305c BGB),
- Unzulässigkeit unangemessener Benachteiligung (§ 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 2 BGB),
- Berücksichtigung diverser Klauselverbote (§§ 308, 309 BGB),
- Erfüllung des Vertragsrechts,

zu berücksichtigen und von den Gerichten überprüfbar<sup>35</sup>. Keiner Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB unterliegt dagegen die Höhe der zugesagten Versorgungsleistungen<sup>36</sup>.

### **Hinweis für die Praxis: Keine AGB Kontrolle bei Betriebsvereinbarung und Tarifverträgen**

Seit der Schuldrechtsreform sind Betriebsvereinbarungen ebenso wie Tarifverträge von der Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB ausgenommen und unterliegen aufgrund ihrer normativen Wirkung auch keiner darüberhinausgehenden allgemeinen Billigkeits- oder Angemessenheitskontrolle<sup>37</sup>. Die über § 310 Abs. 4 BGB ausdrücklich für Betriebsvereinbarungen ausgenommene Inhaltskontrolle kann daher auch nicht über die Hintertür des § 242 BGB zum Tragen kommen<sup>38</sup>. Vielmehr ist die richterliche Inhaltskontrolle auf die durch § 75 Abs. 1 und 2 BetrVG konkretisierte Rechtskontrolle beschränkt<sup>39</sup>.

### **Unangemessene Benachteiligung im Zusammenhang mit der Höhe der Leistung einer beitragsorientierten Leistungszusage?**

Entgeltumwandlungsvereinbarungen sowie Versorgungszusagen sind i.d.R. vom Arbeitgeber für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und werden von diesem einseitig gestellt. Sie sind damit allgemeine

---

35 OLG Hamburg, Urteil vom 23.8.2019 – 11 U 63/19 – NZA-RR 2019, 546; LG Darmstadt, Urteil vom 29.11.2019 – 28 O 137/165.

36 LArbG Niedersachsen, Urteil vom 10.12.2019 – 3 Sa 422/19 B.

37 Rolfs, RdA 2006, 349, 354 f.

38 Rolfs, RdA 2006, 349, 354 f.

39 ErfK/Kania BetrVG, § 77 Rn. 154.

Geschäftsbedingungen i.S.d. § 305 Abs. 1 BGB und unterliegen u.a. der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB.

Im Zusammenhang mit der Höhe der Leistung einer beitragsorientierten Leistungszusage, die unter dem Beitragserhalt liegt, wird in der fachlichen Diskussion die unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 BGB genannt. Demnach sind Bestimmungen in AGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.

Allerdings unterliegt, wie bereits schon oben erwähnt, die Höhe der zugesagten Leistung als Hauptleistungspflicht keiner AGB-Kontrolle.

Doch auch unabhängig davon wird der Arbeitnehmer durch ein marktmäßiges, unter dem Beitragserhalt liegendes Garantieniveau nicht unangemessen benachteiligt. Durch die Prüfung einer unangemessenen Benachteiligung soll der Arbeitnehmer vor Nachteilen geschützt werden. Es muss jedoch auch der Zweck der betrieblichen Altersversorgung bedacht werden. Das BAG stellt in seinen Entscheidungen immer wieder klar darauf ab, dass betriebliche Altersversorgung einen Versorgungsgedanken hat, nicht jedoch zur Vermögensbildung dient. Eine Pflicht, dem Arbeitnehmer den größtmöglichen Vermögensvorteil zu verschaffen, trifft den Arbeitgeber nicht.

All diese Gesichtspunkte sprechen dafür, dass eine beitragsorientierte Leistungszusage, deren Höhe unter dem Beitragserhalt liegt, keine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers ist. Der Arbeitgeber kann die Versorgungszusagen an seine Arbeitnehmer stets nur so finanzieren, wie die jeweils aktuelle Marktsituation es ihm ermöglicht. Die aktuelle Marktsituation wird bestimmt durch ein Niedrigzinsumfeld. Eine andere Annahme würde nicht den Arbeitnehmer, sondern den Arbeitgeber unangemessen benachteiligen. Ein Missbrauch zu Lasten des Arbeitnehmers ist schon dadurch ausgeschlossen, dass die BaFin als Aufsichtsbehörde nicht jede Tarifgestaltung akzeptiert. Der Verbraucherschutz wird dadurch gewährleistet.

Die Frage, ob und in welchem Umfang der Arbeitnehmer auf die Höhe der Leistung einer beitragsorientierten Leistungszusage hingewiesen werden muss, wird unten näher beleuchtet.

## **2.8 Muss Entgeltumwandlung im Rahmen einer Garantieabsenkung anders behandelt werden als Arbeitgeberfinanzierung?**

Die Entgeltumwandlung im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung hat durch das Urteil des BAG vom 15.9.2009 einige zusätzliche Voraussetzungen erfahren, die zu bedenken sind. Hierzu gehört die Wertgleichheit, welche insb. aber bei versicherungsförmigen Durchführungswegen nur ein Abführen der Beiträge fordert. Weiterhin muss zumindest bei der Entgeltumwandlung noch die Werthaltigkeit geprüft werden. Diese will die Aushöhlung der gesetzlichen Vorschriften verhindern und dem Arbeitnehmer ein angemessenes Versorgungsniveau gewähren.

Beide Voraussetzungen treffen jedoch keine Aussage im Hinblick auf die Höhe der Leistung einer beitragsorientierten Leistungszusage. Es empfiehlt sich somit, bei der Entgeltumwandlung vorsichtiger bei der Auswahl der Produkte zu sein und hier nicht über das Ziel hinauszuschießen. Bei einer Arbeitgeberfinanzierung besteht sicherlich mehr Spielraum.

Auch liegt keine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers vor, wenn das Garantieniveau abgesenkt wird. Hier sollte jedoch transparent informiert werden.

### 3. bAV: Das Garantieniveau in der Beratungspraxis. Teil 2: Informationspflichten

Dr. LL.M. Erika Biedlingmeier und RA Elisabeth Lapp

#### 1 Hinweis- und Informationspflichten des Arbeitgebers, des Versorgungsträgers und des Vermittlers

Eine beitragsorientierte Leistungszusage zeichnet sich somit nach der Definition des BetrAVG und der Konkretisierung durch die Rechtsprechung des BAG durch folgende Merkmale aus (s.a. oben, Kompass 2):

- Einen durch den Arbeitgeber in der Versorgungszusage festgelegten oder zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer vereinbarten Beitrag, der aus Anlass eines Arbeitsverhältnisses vom Arbeitgeber erbracht und in eine Anwartschaft auf eine Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung umgewandelt wird,
- eine in der Versorgungszusage definierte Leistung der Alters-, Invaliditäts- und Hinterbliebenenversorgung
- sowie eine zum Zeitpunkt der Umwandlung der Beiträge feststehende Mindesthöhe der Anwartschaft.

Die Mindesthöhe der Anwartschaft ist somit ein maßgebliches Merkmal auch für eine beitragsorientierte Leistungszusage.<sup>1</sup> Der Arbeitnehmer muss über die Höhe der ihm zugesagten Anwartschaft informiert sein. Dies dürfte unstrittig sein und ist auch nicht Gegenstand der aktuellen Diskussion.

Diskutiert wird aktuell über die Frage, ob die Mindesthöhe der Anwartschaft einer beitragsorientierten Leistungszusage geringer sein darf als die Höhe der eingezahlten Beiträge. Es geht somit um das Ver-

---

1 Es muss also eine künftige Versorgungsleistung zugesagt sein, die ein im Betriebsrentengesetz angesprochenes biometrisches Risiko zumindest teilweise abdeckt, BAG, Urteil vom 30.8.2016 – 3 AZR 361/15.

hältnis der Höhe der Anwartschaft zur Summe der eingezahlten Beiträge.

Die im Folgenden relevanten Fragen lauten:

- Der Arbeitgeber teilt dem Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Umwandlung mit, welche Anwartschaft auf künftige Leistungen der Arbeitnehmer durch die Beitragsumwandlung erwirbt. Ist der Arbeitgeber – darüber hinaus – dazu verpflichtet, dem Arbeitnehmer das Verhältnis der Höhe der Anwartschaft zur Summe der eingezahlten Beiträge mitzuteilen?
- Welche Informationspflichten treffen insoweit den Versorgungsträger und den Vermittler?

## 2 Übersicht über die relevanten Rechtsverhältnisse

Die Einrichtung und Finanzierung von Versorgungszusagen führt zu mehreren Vertragsverhältnissen:

- Den Arbeitgeber und den Arbeitnehmer verbindet das **Arbeitsvertragsverhältnis**, die hier im Fokus stehenden Fragen regelt dabei das Betriebsrentenrecht.
- Den Arbeitgeber und den Versorgungsträger verbindet ein Rechtsverhältnis, dessen Rahmenbedingungen – soweit sie hier von Bedeutung sind – im **Versicherungsrecht** geregelt sind. Sofern sich der Arbeitgeber eines Versicherungsvermittlers bedient, regelt auch dieses Vertragsverhältnis – soweit hier von Bedeutung – das Versicherungsrecht.
- Schließlich verbindet auch den Arbeitnehmer und den Versorgungsträger ein Rechtsverhältnis.

So zeichnet sich eine **Direktversicherung** durch ein Bezugsrecht des Arbeitnehmers gegenüber dem Lebensversicherer aus (§ 1b Abs. 2 S. 1 BetrAVG, § 159 VVG).

In den Durchführungswegen **Pensionskasse** und **Pensionsfonds** steht dem Arbeitnehmer ein Anspruch auf Leistungen gegenüber der jeweiligen Einrichtung zu (§1b Abs. 3 S. 1 BetrAVG, § 232 Abs. 1 Ziff. 4 VAG, § 236 Abs. 1 Ziff. 3 VAG).

Eine **Unterstützungskasse** ist definiert als rechtsfähige Versorgungseinrichtung, die auf ihre Leistungen keinen Rechtsanspruch gewährt. Nach Rechtsprechung des BAG steht dem Arbeitnehmer dennoch ein sog. Quasi-Rechtsanspruch gegen die Unterstützungskasse zu.<sup>2</sup>

Auch aus dem Finanzierungsinstrument einer **Direktzusage** (Pensionszusage) können dem Arbeitnehmer Rechte erwachen, beispielsweise dann, wenn die Ansprüche aus einer Rückdeckungsversicherung zur Sicherung der Ansprüche des Arbeitnehmers aus der Versorgungszusage an ihn verpfändet sind.

Aus diesen Rechtsverhältnissen können Hinweispflichten erwachsen.

### 3 Informationspflichten des Versorgungsträgers und des Vermittlers gegenüber dem Arbeitgeber

Für die Beratung des Arbeitgebers in seiner Eigenschaft als Versicherungsnehmer gelten §§ 6 ff. und 60 ff. VVG.

So haben der Versicherer und der Vermittler den Arbeitgeber, soweit nach der Schwierigkeit, die angebotene Versicherung zu beurteilen, oder der Person des Versicherungsnehmers und dessen Situation hierfür Anlass besteht, nach seinen Wünschen und Bedürfnissen zu befragen und, auch unter Berücksichtigung eines angemessenen Verhältnisses zwischen Beratungsaufwand und der vom Versicherungsnehmer zu zahlenden Prämien, zu beraten sowie die Gründe für jeden zu einer bestimmten Versicherung erteilten Rat anzugeben, §§ 6 Abs. 1, 61 Abs. 1 VVG.

Wünsche und Bedürfnisse, die im Fokus der Versicherungsberatung stehen, sind jedoch nicht die der für den Arbeitgeber handelnden Person oder Personen, sondern die der Belegschaft des Unternehmens. Bei der Entscheidung über den passenden Durchführungsweg, den oder die Versicherungstarife, das Leistungsspektrum und die Wahlmöglichkeiten müssen der Versicherer, der Versicherungsvermittler und der Arbeitgeber daher die Interessen der Gesamtheit der betroffenen Arbeitnehmer im Blick haben.

---

2 BAG, Urteil vom 31.7.2007 – 3 AZR 373/06.

### **Konsequenzen im Hinblick auf das Garantieniveau**

Insbesondere bei der versicherungsförmigen Finanzierung der betrieblichen Altersversorgung ihrer Arbeitnehmer legen Arbeitgeber besonderen Wert auf die Übereinstimmung zwischen der arbeitsrechtlichen Versorgungsverpflichtung und Verpflichtung des Anbieters aus dem Versicherungs-, Pensionskassen- oder Pensionsfondsvertrag (s. oben Teil 1, 1.1).

Die Höhe der im Versicherungs-, Pensionskassen- oder Pensionsfondsvertrag garantierten Leistungen und deren Verhältnis zur Summe der eingezahlten Beiträge ist somit ein für die Beratung des Arbeitgebers relevanter Umstand. Denn er wird die Höhe seiner Versorgungszusage danach ausrichten wollen.

## **4 Informationspflichten des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer bei Entgeltumwandlung**

Im Hinblick auf die Höhe der Leistung einer beitragsorientierten Leistungszusage bestehen zwischen einer durch Entgeltumwandlung und einer durch Arbeitgeberbeiträge finanzierten Versorgungszusage keine Unterschiede (s. Teil 1, 2.2). Bei einer Entgeltumwandlung entscheidet sich der Arbeitnehmer jedoch bewusst, auf einen Teil seines Entgeltanspruchs zu verzichten. Es stellt sich daher die Frage, ob den Arbeitgeber im Zusammenhang mit der Entgeltumwandlung besondere Informationspflichten gegenüber dem Arbeitnehmer treffen können.

### **4.1 Zu den Hinweispflichten des Arbeitgebers im Allgemeinen**

Hier lohnt sich ein Blick auf die Rechtsprechung. Das BAG hat jüngst, am 18.2.2020, ein Urteil gefällt, in dem es um die Frage der Hinweispflichten des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer geht.<sup>3</sup>

Im entschiedenen Fall ging es um einen Arbeitnehmer, der im Frühjahr 2003 gemeinsam mit seinen Kollegen auf einer Betriebsversammlung von einem Fachberater für betriebliche Altersversorgung über die

---

3 BAG Urteil vom 18.2.2020 – 3 AZR 206/18.

Vorteile einer Entgeltumwandlung informiert wurde. Im Herbst 2003 hat sich der Arbeitnehmer daraufhin zu einer Entgeltumwandlung im Durchführungsweg Pensionskasse entschlossen.

Am 1.1.2004 trat das Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung in Kraft (GMG).<sup>4</sup> Das GMG änderte die Behandlung von Renten- und Kapitalleistungen der betrieblichen Altersversorgung für die in der Krankenversicherung der Rentner pflichtversicherte Leistungsempfänger (KVdR). Zum Zeitpunkt der Entscheidung des Arbeitnehmers für die Entgeltumwandlung lief das Gesetzgebungsverfahren bereits.

Im Ruhestand entschied sich der Arbeitnehmer für die Kapitalleistung aus der Pensionskasse. Seine Krankenkasse nahm ihn daraufhin auf Beitragsleistungen in Anspruch. Diese Beitragsleistungen machte der Arbeitnehmer als Schadensersatzforderung gegenüber seinem ehemaligen Arbeitgeber geltend mit der Begründung, dieser hätte ihn zum Zeitpunkt der Vereinbarung der Entgeltumwandlung auf das Gesetzgebungsverfahren hinweisen müssen.

### **Informationspflichten des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer nach der Rechtsprechung des BAG**

- Den Arbeitgeber trifft **grundsätzlich keine Pflicht**, den Arbeitnehmer **auf seinen Anspruch auf Entgeltumwandlung hinzuweisen**.<sup>5</sup> Entscheidet sich der Arbeitnehmer, Entgelt umzuwandeln, und kommt mit diesem Wunsch auf den Arbeitgeber zu, dann treffen den Arbeitgeber ab diesem Zeitpunkt Informationspflichten.
- **Informationspflichten** des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer bei Entgeltumwandlung sind **gesetzlich nicht geregelt**. Sie ergeben sich jedoch nach Treu und Glauben unter **Berücksichtigung der Interessen und Belange beider Vertragsparteien** – des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers. Dabei sind stets die Besonderheiten des konkreten Einzelfalls von Relevanz.

---

4 BGBl I 2003, S. 2190 ff.

5 BAG, Urteil vom 21.1.2014 – 3 AZR 807/11 – BetrAV 2014, S. 481. In dieser Entscheidung hat sich das BAG mit der Frage befasst, ob der Arbeitgeber dazu verpflichtet ist, den Arbeitnehmer auf den Anspruch auf Entgeltumwandlung hinzuweisen.

- Bei einer Entgeltumwandlung erlegt das BAG dem Arbeitgeber eine Informationspflicht auf: Durchführungsweg, Versorgungsträger, Zusageart und zu den Vertragsbedingungen.<sup>6</sup>
- Auskünfte des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer müssen stets **richtig, eindeutig und vollständig** sein. Dies gilt unabhängig davon, ob sie freiwillig erteilt werden oder der Arbeitgeber dazu verpflichtet ist.
- Kann der Arbeitgeber erkennen, dass die Richtigkeit seiner Informationen auch für die Zukunft von Bedeutung ist, ergibt sich u.U. eine weitreichende Informationspflicht. In diesem Fall ist der Arbeitnehmer auf Änderungen der Sach- und Rechtslage hinzuweisen, wenn diese zum Nachteil des Arbeitnehmers Auswirkungen auf die Richtigkeit der ursprünglichen Information haben.

#### **4.2 Im Besonderen: Informationspflichten des Arbeitgebers im Hinblick auf die Höhe der Leistung einer beitragsorientierten Leistungszusage, konkret: Das Verhältnis der Höhe der Anwartschaft zur Summe der eingezahlten Beiträge**

Wie oben bereits gesagt, ist die Mindesthöhe der Anwartschaft ein maßgebliches Merkmal für eine beitragsorientierte Leistungszusage. Der Arbeitnehmer muss die Mindesthöhe der Anwartschaft kennen.

##### **Gesetzliche Vorgaben**

Die gesetzliche Definition der beitragsorientierten Leistungszusage, konkretisiert durch die Rechtsprechung des BAG, gibt keinen Anlass, auf das Verhältnis der Höhe der Anwartschaft zur Summe der eingezahlten Beiträge hinzuweisen.

Bei Entgeltumwandlungen müssen – wie oben ausgeführt – die Voraussetzungen der Wertgleichheit und Werthaltigkeit vorliegen. Auch daraus ergibt sich noch keine Hinweispflicht auf das Verhältnis der

---

6 BAG, Urteil vom 21.1.2014 – 3 AZR 807/11 – BetrAV 2014, S. 481.

Höhe der Anwartschaft zur Summe der eingezahlten Beiträge. Die Wertgleichheit spielt vielmehr im Vorfeld bei der Auswahl des konkreten Tarifs bzw. – bei nicht versicherungsförmigen Durchführungswegen – bei der Festlegung des Umrechnungsmaßstabs eine entscheidende Rolle.

### **Bedeutung der aktuellen Diskussion sowie der Transparenzgesichtspunkte**

Die aktuelle fachliche Diskussion an sich gibt ebenfalls keinen Anlass zu einem Hinweis auf das Verhältnis der Höhe der Anwartschaft zur Summe der eingezahlten Beiträge. Im oben geschilderten Fall (s. 3.3.1) ging es um ein bereits fortgeschrittenes Gesetzgebungsverfahren. Ein Gesetzgebungsverfahren hat eine ganz andere Qualität als eine fachliche Diskussion.

Allerdings sind Entgeltumwandlungsvereinbarungen i.d.R. vom Arbeitgeber für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und werden von diesem einseitig gestellt.<sup>7</sup> Sie sind damit allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.d. § 305 Abs. 1 BGB und unterliegen u.a. der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB (s. oben, 2.6). Bestimmungen in AGB sind beispielsweise gem. § 307 Abs. 1 BGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders (im konkreten Fall einer Entgeltumwandlung somit den Arbeitnehmer) entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.

Die Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB gilt allerdings nicht für sog. Hauptleistungspflichten: Die Vereinbarung des Beitrags und der daraus resultierenden Leistung zur Höhe der Leistung aus der beitragsorientierten Leistungszusage unterliegen nicht der Inhaltskontrolle der §§ 307 ff. BGB, da es sich um Hauptleistungspflichten handelt.

Vieles spricht dafür, dass das Verhältnis der Höhe der Anwartschaft zur Summe der eingezahlten Beiträge Teil der Hauptleistungspflicht ist und somit nicht der Inhaltskontrolle nach § 307 ff. BGB unterliegt.

---

7 BAG, Urteil vom 15.9.2009 – 3 AZR 17/09 – BetrAV 2010, 72.

### **Konsequenzen im Hinblick auf das Garantieniveau**

Es empfiehlt sich, dem Arbeitnehmer bei Abschluss einer Entgeltumwandelungsvereinbarung nicht nur die Höhe der Mindestleistung, sondern auch das Verhältnis der Höhe der Anwartschaft zur Summe der eingezahlten Beiträge mitzuteilen. Denn Gerichte haben bei normativen Grundlagen, die auf Verbraucherschutz zielen – und dazu gehören auch die Regelungen des Rechts der AGB –, ein Ermessensspielraum.

Ist das Verhältnis der Höhe der Anwartschaft zur Summe der eingezahlten Beiträge in den Vertragsunterlagen der Versorgungsträger ausgewiesen und werden diese Vertragsunterlagen – so i.d.R. bei versicherungsförmigen Durchführungswegen – nicht nur an den Arbeitgeber, sondern auch an den Arbeitnehmer weitergeleitet, so ist auch der Arbeitnehmer umfassend informiert. Es kann sich daher empfehlen, die Versicherungsunterlagen zum Gegenstand der Versorgungszusage zu machen und sie an den Arbeitnehmer weiterzugeben.

Übrigens: Sowohl die Informationspflichten des Arbeitgebers als auch die Informationspflichten des Versorgungsträgers haben den Ausgleich des Informationsgefälles zwischen dem Arbeitgeber und dem versorgungsberechtigten Arbeitnehmer bzw. dem Versorgungsträger und dem versorgungsberechtigten Arbeitnehmer zum Ziel. In beiden Regelungsbereichen geht es um klare und ausreichende Informationen für potenzielle Versorgungsanwärter sowie ein hohes Maß an Transparenz.

## **5 Hinweispflicht des Arbeitgebers auf die Höhe der Leistung einer beitragsorientierten Leistungszusage bei einer Arbeitgeberfinanzierung**

In den vorangegangenen Abschnitten haben wir uns mit den Informationspflichten bei Abschluss einer Entgeltumwandlung befasst. Können die getroffenen Aussagen uneingeschränkt auf eine Arbeitgeberfinanzierung übertragen werden?

Bei einer Entgeltumwandlung verzichtet der Arbeitnehmer auf Teile des Einkommens, die ihm in der Gegenwart – jetzt – zustehen, zugunsten eines zukünftigen Einkommens (s. oben, Teil 1, 2.1). Die allein durch den Arbeitgeber finanzierte Versorgung hat eine andere Qualität, da der für die Altersversorgung verwendete Betrag dem Arbeitnehmer gegenwärtig nicht zusteht.

Auch für eine allein durch den Arbeitgeber finanzierte beitragsorientierte Leistungszusage gilt, dass der Arbeitnehmer die Mindesthöhe der Anwartschaft kennen muss. Die o.g. Gesichtspunkte des Verbraucherschutzes greifen bei einer allein durch den Arbeitgeber finanzierten beitragsorientierten Leistungszusage indes nicht bzw. nicht im genannten Umfang. Daher spricht vieles dafür, dass auf das Verhältnis der Höhe der Anwartschaft zur Summe der eingezahlten Beiträge bei einer allein durch den Arbeitgeber finanzierten beitragsorientierten Leistungszusage nicht hingewiesen werden muss.

### **Konsequenzen im Hinblick auf das Garantieniveau**

Bei einer allein durch den Arbeitgeber finanzierten beitragsorientierten Leistungszusage muss der Arbeitnehmer die Höhe der Mindestleistung kennen. Eines Hinweises zum Verhältnis der Höhe der Anwartschaft zur Summe der eingezahlten Beiträge bedarf es grundsätzlich nicht.

Die Praxisrelevanz einer solchen Abgrenzung dürfte jedenfalls in den versicherungsförmigen Durchführungswegen gering sein, da die Gestaltung der entsprechenden Vertragsunterlagen i.d.R. für beide Finanzierungsarten gleich ist.

## **6 Informationspflichten des Versorgungsträgers gegenüber dem Arbeitnehmer**

Der Versorgungsträger ist sowohl gegenüber dem Arbeitgeber als auch gegenüber dem Arbeitnehmer zu Informationen verpflichtet.

Informationspflichten gegenüber dem Arbeitnehmer obliegen allerdings nur Versorgungsträgern, die dem Arbeitnehmer einen unmittelbaren Anspruch auf Leistung einräumen – d.h. dem Lebensversicherer bei einer Direktversicherung, der Pensionskasse und dem Pensions-

fonds. Geregelt sind sie unter der Überschrift „Informationspflichten gegenüber Versorgungsanwärtern und Versorgungsempfängern“ in §§ 234k–234p VAG.<sup>8</sup>

Die Pensionskasse, der Pensionsfonds und die Direktversicherung sollen klare und ausreichende Informationen für Versorgungsanwärter bereitstellen, um diese in ihren ruhestandsbezogenen Entscheidungen zu unterstützen und ein hohes Maß an Transparenz in den verschiedenen Phasen eines Systems – Phase vor dem Beitritt, Phase der Mitgliedschaft (einschließlich der Phase vor dem Eintritt in den Ruhestand) und Ruhestandsphase – zu gewährleisten. Insbesondere sollten Informationen über die erworbenen Anwartschaften, die projizierte Höhe der Rentenleistungen, Risiken und Garantien sowie die Kosten bereitgestellt werden.<sup>9</sup>

### **Konsequenzen im Hinblick auf das Garantieniveau**

Eine Pflicht, den Versorgungsanwärter – d.h. den Arbeitnehmer – über das Verhältnis der Höhe der Anwartschaft zur Summe der eingezahlten Beiträge zu informieren, lässt sich dem Katalog der Informationspflichten des VAG nicht entnehmen.

## **7 Informationspflichten des Versicherungsvermittlers bei der Beratung des Arbeitnehmers zur Entgeltumwandlung**

### **7.1 Die Rolle des Versicherungsvermittlers in der Beratung des Arbeitnehmers**

Versicherungsvermittler spielen eine bedeutende Rolle in der Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung generell und in der Beratung der Arbeitnehmer zur Entgeltumwandlung speziell.

---

8 Diese Regelungen sind durch die Umsetzung der sog. EbAV-Richtlinie in das deutsche Recht erweitert worden (Richtlinie (EU) 2016/2341 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.12.2016 über die Tätigkeiten und die Beaufsichtigung von Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung (EbAV)).

9 Erwägungsgrund 63 der EbAV-Richtlinie.

Die wichtige Frage der Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung beschäftigt den Gesetzgeber regelmäßig. Daher werden regelmäßig Umfragen durchgeführt mit dem Ziel, Hemmnisse für die weitere Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung zu identifizieren.<sup>10</sup> Arbeitgeber beklagen dabei u.a. den als hoch empfundenen Verwaltungs- und Informationsaufwand, das Fehlen von Spezialisten der betrieblichen Altersversorgung oder Personalressourcen in Unternehmen sowie die ebenfalls als zu hoch empfundene Komplexität der betrieblichen Altersversorgung.

Der Einsatz von Versicherungsvermittlern setzt gleich an mehreren der genannten Hemmnisse an: So motivieren Versicherungsvermittler beispielsweise Arbeitgeber zur Implementierung sowohl arbeitgeber- als auch arbeitnehmerfinanzierter betrieblicher Altersversorgung, informieren im Rahmen des ihnen erlaubten Beratungsumfangs über die Besonderheiten der betrieblichen Altersversorgung und entlasten die Arbeitgeber häufig insb. bei der Information der Arbeitnehmer zur Entgeltumwandlung. Damit gleichen Versicherungsvermittler fehlende personelle Ressourcen bzw. das in Personalabteilungen häufig fehlende Fachwissen zur betrieblichen Altersversorgung insb. in kleinen und mittelständischen Unternehmen aus.

Die Beratung der Arbeitnehmer geschieht dabei auf unterschiedlichen Wegen. So kommt es häufig vor, dass Versicherungsvermittler Veranstaltungen zur betrieblichen Altersversorgung im Unternehmen durchführen bzw. an solchen teilnehmen. Im Anschluss haben Arbeitnehmer i.d.R. die Möglichkeit, Einzelgespräche zu führen. Bei engen Kundenverbindungen sind z.T. feste Beratungstage im Unternehmen vereinbart, die von Arbeitnehmern zur Beratung genutzt werden können. Alternativ überlassen Arbeitgeber ihren Arbeitnehmern die Kontaktdaten der Versicherungsvermittler.

### **7.2 Rechtliche Grundlagen der Beratung des Arbeitnehmers durch Versicherungsvermittler**

Vertragspartner des Lebensversicherers, der Pensionskasse oder des Pensionsfonds in der betrieblichen Altersversorgung ist i.d.R. der Arbeitgeber. Daher findet Versicherungsberatung i.S.d. § 61 VVG gegenüber dem Arbeitgeber statt (s. oben, 3.2). Wünsche und Bedürfnisse,

---

10 Ein Beispiel ist die sog. Machbarkeitsstudie des BMAS.

die gem. § 61 Abs. VVG im Fokus der Versicherungsberatung stehen, sind jedoch nicht die der für den Arbeitgeber handelnden Person oder Personen, sondern die der Belegschaft des an der Einrichtung der betrieblichen Altersversorgung interessierten Unternehmens. Bei der Entscheidung über den passenden Durchführungsweg, den oder die Versicherungstarife, das Leistungsspektrum und die Wahlmöglichkeiten müssen der Arbeitgeber und der Versicherungsvermittler daher die Interessen der Gesamtheit der betroffenen Arbeitnehmer im Blick haben.

### 7.3 Besonderheiten der Entgeltumwandlung

Während dieses Ergebnis – Wünsche und Bedürfnisse der Gesamtheit der Arbeitnehmer – bei einer durch den Arbeitgeber finanzierten Versorgung i.d.R. unmittelbar einleuchtet, stößt es bei einer durch Entgeltumwandlung finanzierten betrieblichen Altersversorgung gelegentlich auf Verständnisschwierigkeiten. Letzteres ist der besonderen Wahrnehmung der durch Entgeltumwandlung – dem „Geld des Arbeitnehmers“ – finanzierten betrieblichen Altersversorgung geschuldet (s. oben, 2.1). Denn bei einer durch Entgeltumwandlung finanzierten betrieblichen Altersversorgung verzichtet der Arbeitnehmer aktuell auf Teile seines Entgelts (und damit ggf. auf Konsum) zugunsten einer – aufgeschobenen – Leistung im Alter. Wird die betriebliche Altersversorgung dagegen durch den Arbeitgeber finanziert, so findet ein Verzicht nicht statt, da die Beiträge des Arbeitgebers dem Arbeitnehmer auch nicht wahlweise zur Verfügung stehen.

Die rechtliche Konstruktion der durch den Arbeitgeber und der durch Entgeltumwandlung des Arbeitnehmers finanzierten betrieblichen Altersversorgung unterscheidet sich indes nicht. Stets erteilt der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern eine arbeitsrechtliche Versorgungszusage und schließt zu deren Finanzierung einen Vertrag auf das Leben des Arbeitnehmers mit einem Lebensversicherer, einer Pensionskasse oder einem Pensionsfonds.

Die Einbindung von Versicherungsvermittlern zur Information der Arbeitnehmer über die Entgeltumwandlung ändert zunächst nichts an den oben getroffenen Feststellungen zum Umfang der verpflichtenden Informationen. Allerdings signalisiert der Arbeitgeber durch Einbezug von Versicherungsvermittlern i.d.R., dass er über das Verpflichtende hinaus mehr Informationen erteilen möchte. Dies gilt sowohl

im Hinblick auf den Zeitpunkt als auch im Hinblick auf den Umfang der Informationen.

Wird ein Versicherungsvermittler vom Arbeitgeber zu einer Belegschaftsversammlung eingeladen, um die Arbeitnehmer über die Möglichkeiten der Entgeltumwandlung zu informieren, so wird der Arbeitgeber in einem Zeitraum aktiv, zu dem er noch nicht hätte aktiv werden müssen.

Mit dem Einbezug eines Versicherungsvermittlers möchte der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern zudem mehr Informationen zukommen lassen als rechtlich verpflichtend. So gehen Versicherungsvermittler in individuellen Beratungsgesprächen mit den Arbeitnehmern auf deren konkrete familiäre und berufliche Situation ein und erstellen i.d.R. auch Wirtschaftlichkeitsberechnungen. Dabei handelt es sich um Informationen bzw. Serviceleistungen, die über das für den Arbeitgeber Verpflichtende hinausgehen. Nach Einschätzung des BAG handelt der Versicherungsvermittler bei der Beratung zur Entgeltumwandlung nicht als Erfüllungsgehilfe des Arbeitgebers.<sup>11</sup> Zu den Folgen dieser Einschätzung insb. im Hinblick auf die Informationspflichten hat das BAG keine Aussagen gemacht. Doch unabhängig davon müssen die Informationen des Vermittlers gegenüber dem Arbeitnehmer – wie oben bereits mehrfach ausgeführt – auch in diesem Fall richtig und vollständig sein.

### **Konsequenzen im Hinblick auf das Garantieniveau**

Der Umfang der Informationspflichten eines Versicherungsvermittlers bei der Beratung des Arbeitnehmers zur Entgeltumwandlung entspricht dem Umfang der Informationspflichten des Arbeitgebers.

---

11 BAG, Urteil vom 18.2.2020 – 3 AZR 206/18 – BetrAV 2020, 428.