

Kündigungsklauseln in der privaten Altersvorsorge –

Zur neuen Rechtsprechung des BAG 2009 und deren Ergänzungen durch die Entscheidung des BGH vom 25.7.2012

von
Sebastian Hopfner*

Anmerkung der Redaktion: Der BGH hat mit Urteil v. Nov. 2012¹ entschieden, dass bestimmte Altersvorsorgeverträge auch dann rechtswirksam sein können, wenn sie gezillmert sind. Dem gegenüber schien es bisher höchstrichterliche geklärt, dass Zillmerungen nicht mehr verwendet werden dürfen, da sie den Versicherungsnehmer unangemessen benachteiligen. Im Folgenden hat Hopfner die Rechtslage vor 2012 untersucht, und aufgezeigt, inwiefern die bisherige Entscheidungspraxis durch das neue BGH-Urteil aufgegeben werden muss.

Inhalt

- I. Einleitung und Ausgangspunkt
- II. Die Mär vom „Wertgleichheitsgebot“ im Betriebsrentenrecht
 - 1. Keine justiziable Objektivierbarkeit der Preisfindung
 - 2. Argumentationsdefizit der „herrschenden Meinung“
 - 3. Gesetzgebungshistorie
 - 4. Spekulation und Gerüchtebildung
 - 5. Dogmatische Rechtsanwendung
- III. AGB-Unangemessenheitskontrolle als dogmatische Basis
 - 1. Die bisherigen Ansichten des BAG und des BGH
 - 2. Präzisierungen der Entscheidung des BGH v. 7.11.2012 (folgt)
- IV. Auswirkungen
- V. Fazit

I. Einleitung und Ausgangspunkt

* RA Dr. Sebastian Hopfner, Fachanwalt für Arbeitsrecht in München, Geschäftsf. Arbeitgeberverband der Versicherungsnehmer in Deutschland.

¹ Az. IV ZR 292/10, in diesem Heft.

Das Recht der betrieblichen Altersversorgung ist primär dem Arbeitsrecht zuzuordnen². Das „Betriebsrentengesetz“ genannte BetrAVG ist in erster Linie ein arbeitsrechtliches Gesetz: Es regelt die Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien im Zusammenhang mit der Gewährung einer betrieblichen Altersversorgung. Vom Wesen her ist dieses Rechtsverhältnis jedoch (lebens-)versicherungsrechtlicher Natur und zwar in seiner reinsten Form³. Der Arbeitgeber übernimmt die Stellung des Versicherers und versichert Lebensrisiken (Alter, Invalidität, Tod) des Arbeitnehmers, welcher wiederum die Rolle des Versicherungsnehmers einnimmt. Man könnte daher das Recht der betrieblichen Altersversorgung auch als eine besondere, arbeitsrechtlichen Einflüssen unterliegende Nische des Versicherungsrechts bezeichnen.

In solchen Nischen entwickeln sich zuweilen Besonderheiten. Hiergegen ist grundsätzlich nichts einzuwenden, im Gegenteil: Gegebenenfalls ist eine Schnittstelle zwischen zwei miteinander von der Art her nicht verwandten Rechtsgebieten geeignet, positive Einflüsse auf die Rechtsentwicklung zu ermöglichen, die ohne eine solche Schnittstelle nicht gegeben wären⁴. Im Recht der betrieblichen Altersversorgung hat jedoch schon länger eine Entwicklung ihren Lauf genommen, deren mögliche Auswirkung insbesondere für das Versicherungsrecht bisher noch weitgehend unerkannt geblieben ist.⁵ Ein besonderes Versicherungsverbraucherschutzrecht für Arbeitnehmer ist im Begriff sich zu entwickeln. Dies geschieht ohne nachvollziehbaren Grund, insbesondere ohne rechtspolitische Untermauerung, ohne gesetzliche Grundlage, beruhend auf einer ungeprüft weitergetragenen fehlerhaften Rechtsbehauptung, die im Wesentlichen dahin geht, dass das Arbeitsrecht ein Sonderprivatrecht sei.

Deshalb soll die Rspr. des BGH nicht übertragbar sein, wonach die gängigen Zillmerungen in Lebensversicherungsverträgen als Verletzungen des Transparenzgebots i.S. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB nichtig sind. Ein Teil der Lehre folgerte daraus, dass die Umwandlung von Arbeitsentgelt in Lebensversicherungsprämien, die § BetrAVG ermöglicht, auch dann zulässig sei, wenn vom Arbeitgeber gezillmerte Versicherungsverträge ausgesucht werden. Dem ist das BAG in seiner Entscheidung vom 15.9.2009 entgegen getreten.⁶

² *Steinmeyer*, RdA 1995, 343 (344); *Blomeyer*, RdA 2000, 279 (280).

³ Hierzu ausführlich *Blomeyer/Otto*, Einleitung Rn. 153, 154; *Blomeyer*, FS Zeuner (1994), 3 ff.; *ders.* FS Förster (2001), 189 (201); *ders.*, Betriebliche Altersversorgung zu Beginn der 80er-Jahre, 33 (36); *Steinmeyer*, Betriebliche Altersversorgung und Arbeitsverhältnis – das betriebliche Ruhegeld als Leistung im arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis, München 1991, 62, 66; *Wiese*, Das Ruhestandsverhältnis – Ein Beitrag zur Rechtsnatur des betrieblichen Versorgungsverhältnisses, Diss., Berlin 1990, 183 ff.

⁴ In der Arbeitsgerichtsbarkeit stößt man als anwaltlicher Praktiker vereinzelt auf ein Defizit in der Kenntnis wirtschaftsstrafrechtlicher Zusammenhänge. Gelegentlich kommt es vor, dass Arbeitsrichter, die über die Wirksamkeit fristloser Kündigungen von Arbeitnehmern zu befinden haben, der Strafbarkeit bestimmter Verhaltensweisen mit zum Teil erstaunlichen Begründungen die arbeitsrechtliche Relevanz versagen (vgl. z.B. ArbG München vom 29.9.2004 – 31 Ca 3784/04).

⁵ S. aber *Mattern*, Das Informationsmodell im VVG unter Berücksichtigung der Auswirkungen auf die AGB-Kontrolle, 2011, S. 426 ff. m.w.Nachw.

⁶ Az. 3 AZR 17/09.

Die Entwicklung, welche im Folgenden aufgezeigt und analysiert wird, bestätigt die von Zivilrechtlern außerhalb des Arbeitsrechts immer wieder gehegte These, das Arbeitsrecht sei nicht Teil des Zivilrechts. Es folge nicht dessen Prinzipien, da eine übergeordnete und rein von einem Wertungsempfinden des Rechtsanwenders abhängige Neigung für Sozialromantik sich mit zivilrechtlichen Prinzipien nicht verträge. Ohne diese Neigung wäre die im weiteren Verlauf skizzierte Entwicklung wohl nie eingetreten.

Derzeit diskutiert die Fachwelt der betrieblichen Altersversorgung über die Frage der Haftung des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer auf die Deckungslücke zwischen eingezahlten Beiträgen und Rückkaufswert einer vorzeitig aufgelösten Versicherung bei der Verwendung gezillmerter Tarife⁷. Anlass für die Diskussion⁸ waren diverse Rechtsstreitigkeiten⁹ zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern, die im Zusammenhang mit der vorzeitigen Beendigung eines über Entgeltumwandlung finanzierten Versorgungsversprechens geführt wurden. Der Arbeitgeber hatte jeweils gegenüber dem Arbeitnehmer eine Versorgungszusage abgegeben, die inhaltlich dem Versprechen des für die Finanzierung und Organisation der Altersversorgung hinzugezogenen Versicherungsunternehmens gegenüber dem Arbeitgeber entsprach¹⁰. Jedoch lag dem Versicherungsvertrag mit dem Versicherungsunternehmen ein gezillmerter Tarif zugrunde. Dies hatte zur Folge, dass die Auszahlungsleistung der Versicherung (und in der Folge des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer) nach Beendigung des Vertrages mit unvorhergesehen kurzer Laufzeit nicht im Ansatz dem vom Arbeitnehmer über Entgeltumwandlung eingebrachten Kapital entsprach¹¹. Unter Berufung auf das vermeintliche und in Wahrheit nur gerüchteweise bestehende „Wertgleichheitsgebot“

⁷ Zur Zillmerung vgl. im Einzelnen: Bruck/Möller/Winter, VVG, 8. Aufl. 1988, E 24, G 395 ff.; Kurzendörfer, Einführung in die Lebensversicherung, 3. Aufl. 2000, 68 f.

⁸ Blomeyer/Rolfs/Otto, BetrAVG, 4. Aufl. § 1, Rn. 146; Höfer, BetrAVG, Stand Mai 2008, § 1 Rn. 2567.3; Langohr/Plato, Betriebliche Altersversorgung, 4. Aufl., Rn. 1615; ErfK/Steinmeyer, 9. Aufl., § 1 BetrAVG, Rn. 26; Schaub/Vogelsang, Arbeitsrecht-Handbuch, 13. Aufl., § 84, Rn. 67; Buddenbrock/Manhart, BB 2009, 1129, (1130 ff.); Cisch/Kruip, NZA 2007, 786 (787); Deist/Lange, BetrAV 2008, 26; Diller, NZA 2008, 338 (339 f.); Döring/Grau, BB 2007, 1564 (1567 f.); Hartsoe, BetrAV 2006, 323 (329); Kollroß/Frank, DB 2007, 1146 f.; Matthießen, EWiR 2009, 369 f.; Reinecke, DB 2006, 555 (562); Schwintowski, VuR 2007, 272 f.; Veith, Versicherungsrecht 2008, 324 (327); Viele, VW 2008, 382; unter Einbezug europarechtlicher Aspekte auch Herrmann, Abschlusskosten bei transparenten Lebensversicherungen und Betriebsrenten – Vernachlässigtes EU-Recht? – Vortrag vom 5.6.2008 auf dem Praktikerseminar des Instituts für Versicherungswissenschaft an der Universität Erlangen-Nürnberg (Internet).

⁹ ArbG Stuttgart vom 17.1.2005 – 19 Ca 3152/04, BetrAV 2005, 692; LAG München vom 15.3.2007 – 4 Sa 1152/06, DB 2007, 1143; LAG Köln vom 13.8.2008 – 7 Sa 454/08, VersR 2009, 851.

¹⁰ Im Rahmen einer betrieblichen Altersversorgung haftet – unabhängig vom Durchführungsweg (Direktzusage, Unterstützungskasse, Direktversicherung, Pensionskasse, Pensionsfonds) – der Arbeitgeber zumindest subsidiär immer gegenüber dem Arbeitnehmer für das Versorgungsversprechen, weshalb er stets darum bemüht ist, bei Hinzuziehung externer Versorgungsträger für eine Deckungsgleichheit von Versorgungsversprechen gegenüber dem Arbeitnehmer und Verpflichtung des externen Versorgungsträgers zu sorgen; hierzu Hopfner, Der „gerechte Preis“ bei der Entgeltumwandlung, Diss., Hamburg 2003, 143 ff.

¹¹ Besonders krass war die Deckungslücke in dem vom LAG München am 15.3.2007 entschiedenen Fall (a.a.O.) wo der Arbeitnehmer €6.230 eingezahlt hatte, er jedoch lediglich €639 ausgezahlt erhielt.

des § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG¹² sowie auf eine womöglich „unangemessene Benachteiligung“ i.S.v. § 307 Abs. 2 BGB verlangte der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber ein Einstehen für die eingetretene Deckungslücke zwischen eingezahltem Kapital und Rückkaufswert der Versicherung.

Unstrittig war jeweils, dass der Versicherungsvertrag des Arbeitgebers mit dem Versicherer versicherungsrechtlichen Grundsätzen stand hielt und daher eine höhere Auszahlungsleistung nicht anfallt. Gezillmerte Tarife sind ungeachtet der häufig wahrzunehmenden Kritik an dieser Gestaltungsart auch unter Berücksichtigung der neu justierten (verschärften) Erwägungen des Verbraucherschutzrechtes versicherungsrechtlich zulässig¹³. In der Folge konnte die Rechtsposition der betroffenen Arbeitnehmer nur dann mit Erfolg durchgesetzt werden, wenn man *arbeitsrechtlich* – im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer – ein rechtliches Defizit feststellen würde, welches *versicherungsrechtlich* – im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Versicherer – nicht besteht. Oder anders ausgedrückt: Der Erfolg der Arbeitnehmerklage hing davon ab, dass man im versicherungsrechtlich geprägten Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein höheres gesetzliches Schutzniveau annehmen würde als im Bereich des Versicherungsrechts. Oder noch anders ausgedrückt: Die Klage konnte nur Erfolg haben, wenn man eine Gestaltungsart, die versicherungsrechtlich erlaubt ist, für arbeitsrechtlich unerlaubt ansieht. Im Falle des Erfolgs der klagenden Arbeitnehmer sollte nichts weniger judiziert werden als der Rechtssatz, dass der über den Umweg der Entgeltumwandlung sich beim Arbeitgeber versichernde Arbeitnehmer rechtlich besser stellt, als der Arbeitnehmer, der sich als „normaler“ Versicherungsverbraucher selbst beim Versicherer versichert. Der Arbeitgeber sollte für die Abweichung von Versicherungsrecht und Arbeitsrecht in die Haftung genommen werden¹⁴.

Die mit der Sache befassten Spruchkörper der Arbeitsgerichtsbarkeit entschieden die betreffenden Fälle freilich nicht unter Berücksichtigung dieser über das ihrem Zuständigkeitsbereich zugewiesene Rechtsgebiet hinausgehenden Dimension. Der judizierende Richter betrachtet – insbesondere in der Arbeitsgerichtsbarkeit – vorrangig die „Umstände des Einzelfalles“, nicht aber das Rechtssystem als Einheit. Und so kam es in der Tat zu diesem bemerkenswerten Bruch: Nach Auffassung der Arbeitsgerichtsbarkeit kann die Verwendung gezillmerter Tarife im Zusammenhang mit der Gewährung einer betrieblichen Altersversorgung sich als unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers i.S.v. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB darstellen¹⁵.

¹² Ausführlich *Hopfner*, Der „gerechte Preis“ bei der Entgeltumwandlung, Diss., Hamburg 2003.

¹³ BGH vom 12.10.2005 – IV ZR 162/03 – BGHZ 164, S. 297 ff.; BGH vom 12.10.2005 – IV ZR 177/03; jüngst auch gesetzgeberisch klargestellt durch § 169 Abs. 3 VVG n.F. (BGBl. I 2007, 2631 ff.).

¹⁴ Akzentuiert hierzu *Diller*, NZA 2008, 338 (340), der zu Recht darauf hinweist, dass man von einem Metzgermeister oder einer Änderungsschneiderei wohl nicht ernsthaft verlangen könne, sie würden – im Interesse der Arbeitnehmer – die Versicherungstarife prüfen und würden für etwaige Fehler hierbei in die Haftung genommen werden können.

¹⁵ BAG vom 15.9.2009 – 3 AZR 17/09; NZA 2010, 164.

Das Bundesarbeitsgericht meint für diese Rechtsauffassung gute Gründe zu haben. Es versäumt hierbei nicht, sich mit der versicherungsrechtlichen Zulässigkeit gezillmerter Tarife unter Heranziehung der zuletzt ergangenen wesentlichen Leitentscheidungen des BGH¹⁶ ausführlich auseinanderzusetzen. Es bezeichnet die Entscheidungen des BGH positiv als „Lösungsmodell“. Dessen ungeachtet nimmt es den Bruch von Arbeits- und Versicherungsrecht in Kauf und entwickelt das Arbeitsrecht zum „besseren Versicherungsverbraucherschutzrecht“, freilich ohne es als solches zu bezeichnen¹⁷.

Ein stichhaltiges Argument für diesen Bruch sucht man in der Entscheidung des BAG vergeblich. Es beschränkt sich im Wesentlichen auf die Feststellung, dass es Anlass gäbe, darauf hinzuweisen, dass es den Regelungszusammenhängen und dem Zweck der durch das Betriebsrentengesetz geförderten Entgeltumwandlung entspreche, die vorzeitig ausscheidenden Arbeitnehmer vor Nachteilen zu bewahren. Worin diese Regelungszusammenhänge und die vom BAG so genannten „Nachteile“ lägen, sagt das Gericht nicht, so dass zum einen großer Raum für Spekulation bleibt, zum anderen die Unterstellung nicht widerlegt wird, man lasse sich in der Arbeitsjudikatur von sozialromantisch geprägten Annahmen leiten, nicht aber von zivilrechtlichen Prinzipien.

Spekuliert werden kann zunächst, dass dem BAG die oben beschriebene Dimension seiner Rechtsbehauptung nicht bewusst ist. Es hätte sich sonst dazu einlassen müssen, weshalb der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber eine bessere Schutzposition erhalten soll als dann, wenn er sich in seiner Eigenschaft als privater Verbraucher mit einem Versicherungsunternehmen rechtlich bindet. Hierbei hätte es darauf eingehen müssen, weshalb das im Versicherungsrecht verankerte – und durch die VVG-Reform erst jüngst modernisierte – Versicherungsverbraucherschutzrecht für Arbeitnehmer nicht ausreichend erscheint¹⁸. Es hätte sich ferner dazu einlassen müssen, weshalb der Arbeitgeber die Rolle des „besseren Versicherers“ einnehmen sollte. Und wenn es schon den Zweck des Betriebsrentengesetzes als Förderungsinstrument für seine Argumentation bemüht, so hätte das BAG darlegen müssen, weshalb der Zweck des Gesetzes nicht etwa dadurch gefährdet wird, dass Arbeitgeber in Folge der Rechtsauffassung des BAG kaum die Bereitschaft haben dürften,

¹⁶ a.a.O.

¹⁷ Beachtlich ist, dass das BAG in anderem Zusammenhang versucht, einen Bruch zwischen Arbeitsrecht und zivilistischem Sonderrecht zu vermeiden, indem es seine arbeitsrechtlichen Wertungen unter Heranziehung des zivilistischen Sonderrechts entwickelt. Bezüglich der dem Rechtsgeschäft der (versicherungsrechtlich geprägten) Entgeltumwandlung ähnelnden (bankrechtlich geprägten) Mitarbeiterkapitalbeteiligung und der dort bestehenden Aufklärungspflichten des Arbeitgebers greift es ohne weiteres auf die Vorschriften des WpHG (§ 31 Abs. 2) zurück (BAG vom 4.10.2005 – AP § 242 BGB Auskunftspflicht Nr. 42), wengleich die dortigen Wertungsgrundlagen nicht unbedingt die beim Mitarbeiterbeteiligungsgeschäft gegebenen Interessensituationen hinreichend widerspiegeln; ausführlich *Loritz*, FS Richardi, 2007, 287 (291). Nimmt man an, dass sich das BAG bei seiner Rechtsfindung von einer gewissen Systematik leiten lässt, hätte es also nicht ganz fern gelegen, wenn es beim Entgeltumwandlungsgeschäft § 169 Abs. 3 VVG als Entscheidungsgrundlage herangezogen hätte.

¹⁸ Dies argumentativ untermauert festzustellen wäre dem BAG sicherlich schwer gefallen, angesichts der Tatsache, dass es die BGH-Rechtsprechung zum Versicherungsrecht als tragfähige Grundlage eines Verbraucherschutzes umschreibt.

sich in die Rolle des „besseren Versicherers“ drängen zu lassen und somit eine starke Neigung entwickeln dürften, die Entgeltumwandlung möglichst nur zu einem rechtstheoretischen betrieblichen Ereignis werden zu lassen, nicht aber zu einem praktischen.

An dieser Stelle soll die Spekulation jedoch nicht weiter betrieben werden. Denn für den besagten Bruch zwischen Arbeits- und Versicherungsrecht gibt es schlechthin keine Begründung. Es ist nicht im Ansatz erklärbar, weshalb ein Arbeitgeber in seiner Rolle als Versicherer gegenüber dem Arbeitnehmer als Versicherungsnehmer anderen, nämlich strengeren Einschränkungen unterliegen soll als ein Versicherer gegenüber dem Verbraucher. Die aufgezeigte Rechtsentwicklung, welche sich – nunmehr höchstrichterlich bestätigt – ausschließlich im Arbeitsrecht vollzogen hat, nicht aber im Versicherungsrecht, beruht auf nichts anderem als einer Verkettung von Missverständnissen, die bis in die höchste arbeitsrechtliche Instanz nicht aufgeklärt wurden und sich nun dort festgesetzt haben (hierzu unter II.), in Kumulation mit einer evident fehlerhaften Gesetzesanwendung im Bereich der AGB-Kontrolle (hierzu unter III.).

II. Die Mär vom „Wertgleichheitsgebot“ im Betriebsrentenrecht

In der Arbeitsrechtswissenschaft¹⁹ hat sich zum Verständnis des in § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG verwendeten Begriffs der „Wertgleichheit“ zwischenzeitlich eine Rechtsauffassung als „herrschend“ herausgebildet, der das Attribut einer gewissen „Verwegenheit“ nicht abgesprochen werden kann. Die herrschende Meinung – der sich das BAG angeschlossen hat – geht davon aus, dass in § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG ein Gebot der objektiven Wertgleichheit von Entgeltumwandlungsbetrag (entspricht der Prämienzahlung) einerseits und Versorgungsanwartschaft (entspricht dem Versicherungsschutz) andererseits festgeschrieben sei²⁰. Das Betriebsrentengesetz soll die Parteien des Entgeltumwandlungsvertrages (entspricht dem Versicherungsvertrag) verpflichten, objektiv äquivalente Leistungen zum Gegenstand des Vertrages zu machen.

1. Keine justiziable Objektivierbarkeit der Preisfindung

Diese herrschende Meinung ist deshalb verwegen, da weder das Zivilrecht im Allgemeinen, noch das Versicherungsrecht im Besonderen und auch nicht das Arbeitsrecht im Übrigen

¹⁹ Es wird hier großer Wert darauf gelegt, dass die herrschende Meinung der Arbeitsrechtswissenschaft nicht mit der herrschenden Meinung der Rechtswissenschaft gleichgesetzt werden darf.

²⁰ *Andresen/Förster/Rößler/Rühmann*, Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung, Stand November 2007, Teil 4 A, Rn. 179; *Blomeyer/Rolfs/Otto*, BetrAVG, 4. Aufl. § 1 Rn. 164, 195; *Höfer*, BetrAVG, Stand Mai 2008, § 1, Rn. 2565; *ErfK/Steinmeyer*, 9. Aufl.; § 1 BetrAVG, Rn. 25 ff.; *Schaub/Vogelsang*, Arbeitsrechts-Handbuch, 13. Aufl., § 84, Rn. 68; *Reich/Rutzmoser*, DB 2007, 2314 (2316); a.A. *Hopfner*, Der „gerechte Preis“ bei der Entgeltumwandlung, Diss., Hamburg 2003; *ders.*, DB 2007, 1810 ff; *Herrmann* a.a.O. (oben Fn. 5), S. 19; *Huber*, BetrAV 2008, 33; *Buddenbrock/Manhart*, BB 2009, 1129 (1131).

einen solchen Rechtssatz zum Inhalt haben und die Zivilrechtswissenschaft sich in ihrer Entwicklung immer vehementer gegen ein zivilrechtliches Äquivalenzgebot als Wesenselement einer staatlichen Preiskontrolle ausgesprochen hat. Sie tat dies aus sehr guten und mittlerweile auch nicht mehr im Ansatz strittigen Gründen. Ein Wertgleichheitsgebot stößt schon an Grenzen der Praktikabilität, da es kaum justiziabel ist, einen objektiven Preis festzustellen. Dies ist schon gar nicht im Bereich des Versicherungswesens und somit auch nicht im Bereich der betrieblichen Altersversorgung möglich²¹. Die Versicherungswissenschaft schwor der Diskussion einer objektiven Prämien gerechtigkeit aus Gründen des Fehlens von Bewertungsmaßstäben für eine „objektive“ Wertbemessung schon recht frühzeitig ab²². Vollkommen unzureichend in diesem Zusammenhang sind übrigens Anknüpfungen an einen der volkswirtschaftlichen Vorstellungswelt von Juristen entspringenden „allgemeinen Marktpreis“²³, da sich gerade ein solcher in einer deregulierten Versicherungswirtschaft in Ermangelung einer Vergleichbarkeit der versicherungstechnisch höchst unterschiedlich gestalteten Produkte gerade nicht ermitteln lässt, ganz abgesehen davon, dass Produkte unterhalb des „Durchschnittspreises“ wohl kaum legitimerweise als rechtlich unzulässig erklärt werden können (was im Übrigen eine stetige Neuberechnung des Durchschnittspreises im Sinne einer „Spirale nach oben“ zur Folge hätte).

Führt man dessen ungeachtet die Preisbildung einer Justiziabilität zu, so eröffnet man – angesichts der fehlenden Objektivierbarkeit von Preisen – der Willkür Tür und Tor. Dies wiederum stellt zugleich ein wesentliches (rechtssystematisches) Argument gegen ein objektives Wertgleichheitsgebot dar: Mit einem Wertgleichheitsgebot würde jeder Vertrag im Bereich der Entgeltumwandlung stets der Rechtsunsicherheit einer (willkürlichen) richterlichen Überprüfung unterliegen. Die Vertragsparteien könnten zu keinem Zeitpunkt auf die Bestandskraft des Vertrages bzw. des privatautonom festgelegten Wertes der synallagmatischen Leistungspflichten vertrauen. Rechtssicherheit als ein wesentliches Element rechtsstaatlichen Gebarens könnte sich in diesem Bereich nicht einstellen. Es läge ein Verstoß gegen Art. 20 GG vor.

Doch nicht nur die objektive (justiziable) Wertfeststellung konnte sich im Zivilrecht nicht durchsetzen, auch ein nur auf den Rahmen von Preisbildungsabsprachen zielendes rechtliches Korrekturinstrument, die dem iustinianischen Recht entstammende sog. *laesio enormis*, als abgeschwächte Form eines objektiven Äquivalenzpostulats wurde schließlich als relevantes

²¹ Dies ist man gerade im Bereich der Entgeltumwandlung nicht, wie sogar die Befürworter eines Wertgleichheitsgebots feststellen, indem z.B. Reinecke formuliert, die Wertgleichheit sei „*nicht immer leicht zu ermitteln*“; vgl. Reinecke, DB 2006, 555 (562).

²² Gärtner, Neuere Entwicklungen im Versicherungsrecht, Karlsruhe 1991, 58; Hippel, JZ 1990, 730 (733); Hungerbühler, Die Aequivalenz von Leistung und Gegenleistung im Versicherungsvertrag, Diss., Bern/Frankfurt a. Main 1972; Kagelmacher, Versicherungsrecht 1990, 805 ff.; Innami, ZVersWiss 1966, 17 ff. Das Bundesarbeitsgericht lässt sich freilich von den Erkenntnissen einer über Jahrzehnte gewachsenen Wissenschaft nicht beirren und unterstellt ohne Ansehung dieser rein praktischen Hindernisse die Möglichkeit einer objektiven Preisfeststellung.

²³ So aber Reich/Rutzmoser, DB 2007, 2314 (2317).

zivilrechtliches Gestaltungsinstrument aufgegeben²⁴. Die Väter des deutschen BGB sahen dieses Instrument gar als ein die Verkehrssicherheit gefährdendes, „kontroverses“ Rechtsmittel an²⁵. Derjenige, der Vorschriften – wenn auch nur für Einzelfälle – erlässt, die aus den Gedanken der *laesio enormis* hinauslaufen, muss sich der Objektivierbarkeit der Relation zwischen Leistung und Preis gewiss sein. In der Folge finden sich weder in der Literatur, noch in der Rechtsprechung ernst zu nehmende Ansatzpunkt für die Wiederbelebung des Gedankens der *laesio enormis* als Vorstufe einer objektiven Preiskontrolle.

2. Argumentationsdefizit der „herrschenden Meinung“

In dem unter Ziff. 1 skizzierten Umfeld müsste es also – mit der herrschenden Meinung im Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung – gewichtige Argumente geben, weshalb gerade im Bereich der Entgeltumwandlung die genannten Gründe gegen ein Wertgleichheitsgebot nicht tragen. Ein Blick in sämtliche veröffentlichten Meinungen zum Thema fördert diesbezüglich Erstaunliches zu Tage: Nicht an einer Stelle ist auch nur ein in sich stimmiges Argument zu entdecken, welches für ein Wertgleichheitsgebot spräche²⁶. Dies ergibt die Analyse der Träger der „herrschenden Meinung“:

*Doetsch/Förster/Rühmann*²⁷ gingen primär davon aus, dass sich der Gesetzgeber mit der Formulierung gegen das Erfordernis der versicherungsmathematischen Berechnung ausgesprochen habe. Damit sei deutlich geworden, dass für die Umwandlung von Entgelt in betriebliche Altersversorgung kein bestimmtes Verfahren und dabei insbesondere nicht das versicherungsmathematische vorgeschrieben sei. Mehr oder weniger beiläufig ziehen sie in Erwägung, dass dem Begriff der Wertgleichheit künftig ein formeller Ansatzpunkt für eine arbeitsgerichtliche Missbrauchskontrolle in Bezug auf ein krasses Missverhältnis in quantitativer Hinsicht wie auch hinsichtlich der Ausgestaltung des Leistungsplans sein könne²⁸. Es handelt sich hier jedoch um eine bloße Behauptung ohne dogmatische Untermauerung und insbesondere um kein Argument, weshalb hier ein zivilrechtlicher Systembruch gerechtfertigt sein sollte.

Blomeyer sah vor Einführung der Beitragszusage mit Mindestleistung die Ursache für die Einführung des Wertgleichheitsbegriffs darin, dass das Gesetz die Beitragszusage nicht kannte, sodass bei der seit 1999 im Gesetz erwähnten beitragsorientierten Leistungszusage der Entgeltanteil in einen Beitragsanteil umgerechnet werden müsse, aus dem sich letztlich die

²⁴ *Bartholomeyczik*, AcP 176, 30 (43); *Mayer-Maly*, FS Larenz (1983), 395 (398).

²⁵ Motive II, 321.

²⁶ Insofern ist es freundlich hier von einem *Argumentationsdefizit* zu sprechen, würde dies doch voraussetzen, dass überhaupt irgendwelche Argumente für ein derartiges Gebot vorhanden sind.

²⁷ *Doetsch/Förster/Rühmann*, DB 1998, 258.

²⁸ *Doetsch/Förster/Rühmann*, DB 1998, 258 (259).

Versorgungsleistung bemisst²⁹. Der Gesetzgeber habe den Begriff der Wertgleichheit allein deshalb genutzt, da er andere Begriffe, die vorrangig mit einem bestimmten Durchführungsweg in Verbindung gebracht würden, vermeiden wollte. Später vertrat *Blomeyer* jedoch die Auffassung, dass hinter dem Begriff der Wertgleichheit ggf. ein Maßstab für eine gerichtliche Inhaltskontrolle stehe³⁰. Eine Begründung für diesen Meinungswandel liefert *Blomeyer* freilich nicht. Auch führt er kein Argument auf, weshalb mit zivilrechtlichen Grundsätzen der Preiskontrolle gebrochen werden sollte. In dem von *Blomeyer* gegründeten Standardkommentar zum BetrAVG (*Blomeyer/Rolfs/Otto*) wird heute ein Erfordernis der „objektiven Wertgleichheit“ behauptet³¹, eine dogmatische Herleitung dieser These sucht man aber auch hier vergebens. Bemerkenswert ist die Behauptung der Kommentierung, selbst die Tarifvertragsparteien als die für Preisfindungsfragen im Arbeitsrecht zuständigen Organisationen sollten sich über die Wertgleichheitsdefinition nicht hinwegsetzen dürfen³². Die an dieser Stelle zwangsläufig erforderliche Auseinandersetzung mit der Frage, weshalb über § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG in die über Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete Tarifautonomie eingegriffen werden können soll, fehlt ebenfalls.

Ebenso wenig begründet *Höfer* die von ihm vertretene Auffassung, dass es sich bei der Wertgleichheit um ein gesetzliches Gebot handle, welches zugunsten des Arbeitnehmers wirke³³. *Höfer* äußert sich zwar zu den Auswirkungen³⁴ des behaupteten Wertgleichheitsgebots, nicht aber zur dogmatischen Herleitung. Gleiches vollzieht sich in den Ausführungen von *Bode* im Standardkommentar zum Betriebsrentengesetz von *Kemper/Kisters-Kölkes/Berenz/Bode/Pühler*³⁵.

Auch *Hanau/Arteaga/Rieble/Veit*³⁶ äußern sich zu den Auswirkungen des von ihnen so genannten Gebots der "objektiven Wertgleichheit", nicht aber zu deren Herleitung und schon gar nicht zu den Gründen, weshalb abweichend von der allgemeinen Zivilrechtslehre und den harten Argumenten gegen einen absoluten Preiskontrollmaßstab ausgerechnet beim Entgeltumwandlungsgeschäft eine staatliche Preiskontrolle erfolgen solle.

Nur am Rande nahm auch *Bepler* zur Frage des normativen Inhalts des Wertgleichheitsbegriffs in § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG Stellung³⁷, wobei auch dieser ohne inhaltliche Auseinandersetzung mit den hierdurch aufgeworfenen Problemen im

²⁹ *Blomeyer*, NZA 2000, 281 (283), *ders.*, FS Förster (2001), 189 (190).

³⁰ *Blomeyer*, a.a.O.

³¹ *Blomeyer/Rolfs/Otto*, BetrAVG, 4. Auflage 2006, § 1, Rn. 145.

³² *Blomeyer/Rolfs/Otto*, BetrAVG, 4. Auflage 2006, § 1, Rn. 145, § 5, Rn. 113.

³³ *Höfer*, BetrAVG, § 1, Rn. 2564 ff.

³⁴ Rechtsfolge sei eine Auffüllverpflichtung des Arbeitgebers bei nicht wertgleicher Entgeltumwandlung, eine Mindestverzinsungspflicht sowie eine Verpflichtung, dem Arbeitnehmer die volle Überschussbeteiligung zukommen zu lassen.

³⁵ 3. Auflage, § 1 BetrAVG, Rn. 410 ff.

³⁶ *Hanau/Arteaga/Rieble/Veit*, Entgeltumwandlung, 2. Auflage 2006, Rn. 100 ff.

³⁷ *Bepler*, BetrAV 2000, 19 (25).

Wertgleichheitsbegriff einen Auftrag zur Inhaltskontrolle in dem Sinn erblickt, dass bei einer unterwertigen Entgeltumwandlung eine Wertgleichheit herbeizuführen sei.

Der Vorsitzende des für betriebsrentenrechtliche Fragen zuständigen Senats des BAG *Reinecke*³⁸ äußerte sich ebenfalls nur zu den etwaigen Auswirkungen des „Wertgleichheitsgebots“ und behauptete dieses ohne Weiteres. Er beruft sich hierbei allein auf den Wortlaut des Gesetzes, was schon insofern bemerkenswert ist, als das BAG den Gesetzeswortlaut in anderen Zusammenhängen³⁹ häufig für weniger beachtlich hält.

Im Erfurter Kommentar⁴⁰ äußert sich *Steinmeyer* nur sehr vorsichtig und vermeidet den Begriff des „Wertgleichheitsgebots“. Er stellt lediglich fest, dass das Gesetz für die „Bestimmung der Wertgleichheit“ keine Vorgaben mache, äußert sich anschließend dann aber doch zur etwaigen *Zulässigkeit* und *Unzulässigkeit* bestimmter Vertragsgestaltungen beim Entgeltumwandlungsgeschäft. Auch *Steinmeyer* misst somit dem Begriff der Wertgleichheit den Charakter einer Inhaltskontrollnorm zu, ohne jedoch sich mit der Frage zu befassen, weshalb hier ein solcher Kontrollmaßstab überhaupt zu gelten habe. Gleiches gilt für *Vogelsang* in der Kommentierung von *Schaub*⁴¹.

Spätestens mit der – dogmatisch unbeleuchteten – Aufnahme des Wertgleichheitsbegriffs als Inhaltskontrollmaßstab in die arbeitsrechtlichen Standardkommentierungen des Erfurter Kommentars von *Schaub* verdichtete sich das Gerücht vom „Wertgleichheitsgebot“ zu einem ernstzunehmenden Rechtssatz. Im Zusammenhang mit dem umstrittenen Urteil des LAG München vom 15.03.2007⁴² nahm eine Reihe weiterer Autoren zum Regelungsinhalt des Wertgleichheitsbegriffs in § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG Stellung, wobei auch dort eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem zivilrechtlich vollzogenen Systembruch vollständig ausblieb:

Wenngleich sich *Cisch/Kruip*⁴³ gegen den versicherungsmathematischen und für einen vertraglichen Ansatz aussprechen, wonach es den Parteien obliege, im Rahmen der Entgeltumwandlungsvereinbarung festzulegen, welche Versorgung sie als wertgleich zum umgewandelten Entgelt ansehen würden und somit im Kern den Wertgleichheitsbegriff als Kontrollmaßstab ablehnen, greifen sie die These vom „Gebot der Wertgleichheit“ als quasi feststehenden Rechtsbegriff auf und wollen jedenfalls gezillmerte Tarife als hiermit in Einklang stehend sehen. Sogar diejenigen, die also im Ergebnis ihrer Prüfung jeweils im

³⁸ *Reinecke*, DB 2006, 555 (562); *ders.*, RdA 2005, 129 (142).

³⁹ Im besonders praxisrelevanten Bereich der betriebsbedingten Kündigung vertritt das BAG entgegen des eindeutigen Wortlauts des § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 KSchG hartnäckig die Auffassung, dass eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit nicht nur dann zur Unwirksamkeit der Kündigung führt, wenn der Betriebsrat der Kündigung widerspricht. Dies soll – ungeachtet des vom Gesetzgeber normierten Tatbestandes – immer der Fall sein; z.B. BAG v. 15.8.2002 NZA 2003, S. 430.

⁴⁰ 10. Auflage 2009, § 1 BetrAVG, Rn. 26.

⁴¹ 13. Auflage, § 89, Rn. 67 f.

⁴² 4 Sa 1152/06, NZA 2007, 813.

⁴³ *Cisch/Kruip*, NZA 2007, 786 (787).

Einzelfall erkennen wollten, dass der zu prüfende Sachverhalt rechtskonform sei, unterwarfen sich der über Propaganda fortentwickelten Wertgleichheitsgebotsdoktrin. In dieser Hinsicht unkritisch folgten *Döring/Grau*⁴⁴, *Neumann/Schwebe*⁴⁵, *Kollroß/Frank*⁴⁶, *Wiele*⁴⁷, *Dierkes*⁴⁸, *Vogel/Vieweg*⁴⁹ und sogar *Diller*⁵⁰.

Einzig *Reich/Rutzmoser*⁵¹ machen sich die Mühe, zumindest durch Blick in die Gesetzgebungshistorie Aufschlüsse auf den geheimnisvollen Begriff der Wertgleichheit zu erhalten. Da sie dieser jedoch nichts entnehmen zu können glauben, rechtfertigen sie den Deutungsgehalt des unklaren Begriffes mit dem „Allgemeinen Schutzzweck“ des BetrAVG. In Anlehnung an die oben beschriebene Verwegenheit der WertgleichheitsgebotsThese handelt es sich hier um eines der kühnsten Argumentationsmuster der Befürworter des Wertgleichheitsgebots. Denn hiermit wird gewissermaßen ein Selbstzweck aller in arbeitsrechtlichen Schutzgesetzen zu findenden unklaren Rechtsbegriffe geboren. Ein neuer allgemeiner (arbeitsrechtlicher) Rechtssatz würde lauten: Alle in arbeitsrechtlichen Schutzgesetzen zu findenden unklaren Rechtsbegriffe dienen jedenfalls dem Schutz der Arbeitnehmer, da dies ja der Zweck des Gesetzes sei, in dem sie verwendet würden.

Auch wenn man dem Argumentationsmuster des BAG in der Entscheidung vom 15.9.2009⁵² ähnliche Denkmuster zu entnehmen vermag, sie entfernen sich in ihrer undifferenzierten Art und Weise so weit von den allgemein anerkannten Regeln der differenzierten Gesetzesauslegung, welche immer noch (und auch im Arbeitsrecht) auf den Wortlaut, den Regelungszweck, die Systematik und die Historie abstellen, dass sich eine nähere Auseinandersetzung mit diesen nicht lohnt. Sie sind schlechthin abwegig.

Allen Literaturstimmen der *herrschenden Meinung* bleibt gemein, dass sie das Wertgleichheitsgebot behaupten, für dessen Existenz jedoch weder eine historische, noch eine systematische, noch eine teleologische Begründung liefern. Das sog. „Wertgleichheitsgebot“ der *herrschenden Meinung* hat somit nicht einmal einen weichen rechtsdogmatischen Boden, auf dem es steht. Es hat gar keinen. Es entpuppt sich als ein dem Zivilrecht wesensfremdes, im Sinne der Schaffung von Rechtssicherheit zerstörendes, somit mit Art. 20 GG unvereinbares und schlechthin überflüssiges Instrument, nach welchem weder im Gesetzgebungsverfahren noch in der Zeit ohne gesetzliche Begleitung nicht einmal die Gewerkschaften gefragt haben.

3. Gesetzgebungshistorie

⁴⁴ BB 2007, 1564 (1566).

⁴⁵ BetrAV 2007, 442.

⁴⁶ DB 2007, 1146.

⁴⁷ VW 2008, 382.

⁴⁸ BetrAV 2008, 225 (226).

⁴⁹ BetrAV 2008, 550 (554).

⁵⁰ NZA 2008, 338 (339).

⁵¹ DB 2007, 2314.

⁵² a.a.O.

Ein genauer Blick in die Gesetzgebungshistorie liefert erhellende Hinweise darauf, dass es sich bei der Behauptung eines auf Objektivierung der Preisfindung gerichteten „Wertgleichheitsgebots“ lediglich um die Verdichtung eines Gerüchts bzw. ein durch die Literatur ungeprüft fortgetragenes Missverständnis handelt:

Entgeltumwandlungsvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer waren bereits vor Einführung der Regelung des § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG (vormals § 1 Abs. 5 BetrAVG) gängige Praxis⁵³. Diskussionen über eine besondere Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Entgeltumwandelngsgeschäfts gab es nicht. Diese gab es weder in der Rechtsprechung, noch in der Literatur. Unter einem etwaigen Schutzaspekt wurde der Begriff der „Wertgleichheit“ vor dem Gesetzgebungsverfahren 1997 weder an irgendeiner Stelle diskutiert, noch unter diesem Gesichtspunkt in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht. Soweit das BAG behauptet, das „gesetzliche Erfordernis der Wertgleichheit“ diene dem Schutz des Arbeitnehmers, handelt es sich um eine schlichte Behauptung ins Blaue hinein, die in den Gesetzesmaterialien keinerlei Stütze findet. Allein unter steuerrechtlichen Aspekten wurde mit dem Begriff der Wertgleichheit hantiert⁵⁴, wengleich auch dort ohne praktische Relevanz.

a) Rechtsprechung vor Einführung von § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG

Die Rechtsprechung des BAG vor Einführung der gesetzlichen Entgeltumwandlungsregelung belegt, dass der Wertgleichheitsgedanke als Schutznorm von der Justiz nicht einmal in Erwägung gezogen wurde: In einer Entscheidung des BAG aus dem Jahr 1993⁵⁵ ging es um die Frage, ob eine über Entgeltumwandlung erworbene Versorgungsanwartschaft von Beginn an unverfallbar zu stellen sei. Mit dieser Frage ist implizit das Wertverhältnis einer Versorgungsanwartschaft betroffen. Eine verfallbare Anwartschaft ist für den Anwartschaftsberechtigten zunächst wertlos. Das BAG kam im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu dem Ergebnis, dass die Parteien eine sofortige Unverfallbarkeit gewollt hätten. Einen Rückgriff auf das im Arbeitsrecht besonders beliebte Instrument der Inhaltskontrolle gestattete sich das BAG nicht. Die Entscheidung des BAG aus dem Jahr 1993 setzt vielmehr voraus, dass eine Vereinbarung nicht sofort eintretender Unverfallbarkeit und damit eines inäquivalenten Leistungsverhältnisses ohne Weiteres möglich gewesen wäre.

b) Gesetzgebungsverfahren

Die vorhandenen Materialien zum Gesetzgebungsverfahren enthalten ebenfalls kein Indiz dafür, dass von irgendeiner politisch interessierten Seite die Forderung nach einem

⁵³ Schmid, BB 1997, 700; Steinhaus, BetrAV 1978, 123 (124).

⁵⁴ Giloy, in Kirchhof/Söhn, § 19 EStG, B 787.

⁵⁵ BAG vom 8.6.1993 – 3 AZR 670/92, DB 1993, 2538.

Wertgleichheitsgebot für die Entgeltumwandlung erhoben wurde: Die Gesetzgebungsinitiative beruhte auf dem Umstand, dass über die Einbeziehung der arbeitnehmerfinanzierten betrieblichen Altersversorgung in den Anwendungsbereich des BetrAVG endlich Klarheit geschaffen werden sollte. Hierüber war nicht aus arbeitsrechtlichen als vielmehr aus wirtschaftspolitischen Gründen ein Streit entbrannt. Die für die Insolvenzsicherung von Versorgungsanwartschaften zuständige Selbsthilfeorganisation der deutschen Wirtschaft, der Pensionssicherungsverein (PSVaG) vertrat die Auffassung, über Entgeltumwandlung geschaffene Versorgungszusagen fielen nicht zwingend unter den Anwendungsbereich des BetrAVG⁵⁶. Der PSVaG befürchtete, dass über die sog. Entgeltumwandlung missbräuchlich eine Insolvenzsicherung von wirtschaftlich gefährdeten Lohnforderungen bewirkt werden könnte, da betriebliche Altersversorgung unter den gesetzlichen Insolvenzschutz fällt, nicht aber Lohnforderungen und über Entgeltumwandlungen eine Dispositionsbefugnis der Arbeitsvertragsparteien erzeugt würde⁵⁷. Der Gesetzgeber sah diese Befürchtung gegenüber dem Interesse, über Entgeltumwandlung finanzierte Versorgungszusagen in den Schutzbereich des Gesetzes einzubeziehen als nachrangig an.

Da eine gängige Definition für die Entgeltumwandlung nicht etwa in anderen Rechtsquellen bereits vorhanden war, musste eine solche neu entwickelt werden. Das BMAS schlug zunächst folgende Formulierung vor:

*„Betriebliche Altersversorgung liegt auch vor, wenn künftige Entgeltansprüche in einer nach versicherungsmathematischen Grundsätzen berechnete Anwartschaft aus Versorgungsleistungen des Arbeitnehmers umgewandelt werden.“*⁵⁸

In der ursprünglichen Gesetzesformulierung kam der Begriff der „Wertgleichheit“ also nicht vor. Die Gesetzesformulierung des Ministeriums fand jedoch sogleich ihre Kritiker: Die wissenschaftlichen Experten der betrieblichen Altersversorgung monierten an dem entwickelten Wortlaut, dass durch diesen der Eindruck entstehe, eine Gehaltsumwandlung wäre nur zu Gunsten einer Direktzusage möglich⁵⁹. Im Sinne einer Flexibilität sollte eine offenere Formulierung gewählt werden. Die Kritiker schlugen vor, im Gesetz von einer „Umwandlung künftiger Entgeltansprüche in eine wertgleiche Altersversorgung“ zu sprechen. Durch diese Formulierung sollte – so die Initiatoren der Formulierung – den weiteren Entwicklungen in der Praxis mehr Raum gelassen werden.

Erst mit diesem Vorschlag von *Hanau/Arteaga/Kessel* wurde der Begriff der Wertgleichheit in die Debatte eingeführt. Diejenigen, die ihn einbrachten, dachten – womöglich auch nicht im Traum – daran, hiermit ein „Wertgleichheitsgebot“ unter dem Aspekt der besonderen

⁵⁶ *Paulsdorff*, BetrAV 1991, 18 (20); *ders.*, FS Ahrend (1992), 195 (204); *Everhardt*, DB 1994, 780 (782).

⁵⁷ *Höfer*, Betriebsrentengesetz 1999, 100.

⁵⁸ BT Drucks. 13/8671, 80; *Hanau/Arteaga/Kessel*, DB 1997, 1401 (1402); *Doetsch/Förster/Rühmann*, DB 1998, 258.

⁵⁹ *Hanau/Arteaga/Kessel*, DB 1997, 1401 (1402).

Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers als Versicherungsverbraucher konstituieren zu wollen. Den Initiatoren ging es nicht um Arbeitnehmerschutz, sondern um Flexibilität und Praktikabilität. Es ging ihnen allenfalls insofern um einen Schutz der Arbeitnehmer, als durch eine möglichst weite Formulierung möglichst alle Formen der Entgeltumwandlung unter den Anwendungsbereich des BetrAVG fallen sollten.

Mit *Blomeyer*⁶⁰ schloss sich der in der Fachwelt der betrieblichen Altersversorgung seinerzeit herausragende arbeitsrechtliche Experte dieser Auffassung mit einem systematischen Argument an: Die vom Ministerium zunächst gewählte Formulierung der versicherungsmathematischen Berechnung sei nicht zielführend, weil sie zwar einerseits an eine Definition in § 3 Abs. 2 BetrAVG anknüpfe, dort genannte Tatbestandsmerkmale, wie etwa den Rechnungszinsfuß aber unerwähnt ließe. Auch *Blomeyer* erwähnte nicht ansatzweise den Gedanken der Notwendigkeit eines besonderen Arbeitnehmerschutzes. Die von *Hanau/Arteaga/Kessel* ins Spiel gebrachte Formulierung wurde schließlich mit Rentenreformgesetz 1999⁶¹ zum Gesetzestext. Heute kann man deshalb in § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG Folgendes lesen:

„Betriebliche Altersversorgung liegt auch vor, wenn künftige Entgeltansprüche in eine wertgleiche Anwartschaft auf Versorgungsleistungen umgewandelt werden (Entgeltumwandlung).“

Der Wortlaut des Gesetzes beinhaltet – seinem angedachten Zweck (vgl. oben) entsprechend – lediglich eine Definition, nicht jedoch eine Schutznorm⁶².

4. Spekulationen und Gerüchtebildung

Die Gründe, weshalb der Begriff der Wertgleichheit in das Gesetz aufgenommen wurde, gerieten schnell in Vergessenheit und zwar erstaunlicherweise auch bei jenen, die sich in das Gesetzgebungsverfahren eingeschaltet hatten. In Wissenschaft und Praxis begannen Spekulationen, was mit dem Begriff der Wertgleichheit eigentlich gemeint sei. Und genau hier nahm das Märchen vom sogenannten „Wertgleichheitsgebot“ seinen eigentlichen Ursprung. Das Gerücht, mit dem Begriff der Wertgleichheit sei ein Inhaltskontrollmaßstab verbunden, verbreitete sich wie ein Lauffeuer. Hierbei stützten sich die Befürworter dieser These ausschließlich auf den Wortlaut des Gesetzes (welcher freilich in seiner Formulierung als Definitionsnorm für ein „Gebot“ nichts hergibt).

⁶⁰ NZA 1997, 961 (962).

⁶¹ BGBl. I 1997, 3025.

⁶² a.A. BAG vom 15.9.2009 – 3 AZR 17/09 a.a.O.

Über die wundersame Mehrung der Behauptung, dem Begriff der Wertgleichheit sei gleichsam ein Wertgleichheitsgebot zu entnehmen, setzte sich ohne jede dogmatische Grundlage die These fest, § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG diene als Maßstab zur gerichtlichen Inhaltskontrolle von Entgeltumwandlungsvereinbarungen.

5. Dogmatische Rechtsanwendung

Nach sechs Jahren der Gerüchtebildung (seit 1997) wurde der Deutungsgehalt von § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG im Jahr 2003 einer ausführlichen wissenschaftlichen Untersuchung unterzogen⁶³. Diese streng den Regeln der Gesetzesauslegung folgende Analyse führte zu dem Ergebnis, dass der gesetzlichen Regelung keineswegs ein Wertgleichheitsgebot zu entnehmen sei. Der Wortlaut sowie die Historie des Gesetzes gäben für eine solche Behauptung nichts her⁶⁴. Auch der vom Gesetzgeber intendierte Normzweck liefere kein Indiz für ein solches Postulat. Schließlich bestätigten systematische Erwägungen, dass § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG keinen Inhaltskontrollmaßstab enthält. Weder unter arbeitsrechtlichen, noch unter versicherungsrechtlichen Aspekten sei die Konstituierung eines Wertgleichheitsgebotes zu begründen⁶⁵. Ein solches sei als absoluter Preiskontrollmaßstab dem Zivilrecht generell wesensfremd⁶⁶. Überhaupt fänden sich keinerlei Kriterien, die den Begriff der Wertgleichheit einigermaßen gesichert einer Justiziabilität zuführen würden. Im Übrigen enthalte das BetrAVG an mehreren Stellen Regelungen, die das Fehlen eines „Wertgleichheitsgebotes“ zur Voraussetzung haben⁶⁷. Mit dem Zweck der Riester'schen Rentenreform von 2001 und den hierdurch implementierten neuen Regelungen zur Entgeltumwandlung, welche sämtlich in die Richtung gingen, dem Arbeitgeber mehr Kalkulationssicherheit und damit Rechtssicherheit zu verschaffen, sei es ferner unvereinbar, ein Wagniselement wie es ein Wertgleichheitsgebot für die Arbeitgeberseite darstellen würde, bestehen zu lassen⁶⁸.

Diese wissenschaftliche Analyse steht bis heute unwidersprochen im Raum. Deren aufgezeigten Fakten und Argumente sind nicht einmal dem Versuch ausgesetzt gewesen, entkräftet zu werden. Nichtsdestotrotz handelt es sich um eine heute relativ allein stehende Mindermeinung⁶⁹. Weite Teile der Kommentarliteratur übergehen sie bis heute und setzen sich mit ihr inhaltlich nicht auseinander. Die Leitentscheidung des BAG weist zwar deutliche Spuren auf, dass die Analyse dem Senat bekannt war. Zitiert wird sie dort aber nicht. Die

⁶³ Hopfner, Der „gerechte Preis“ bei der Entgeltumwandlung, Diss., Hamburg 2003.

⁶⁴ Hopfner, a.a.O., 19 ff.

⁶⁵ Hopfner, a.a.O., 101 ff.

⁶⁶ Hopfner, a.a.O., 48 ff.

⁶⁷ Hopfner, a.a.O., 132 ff.

⁶⁸ Hopfner, a.a.O., 134 f.

⁶⁹ So auch Herrmann (oben Fn. 5), 19; Huber, BetrAV 2008, 33; Buddenbrock/Manhart, BB 2009, 1129 (1131).

Annahme, dass nach dem Willen des Senats das so lange fortgeschriebene Gerücht vom „Wertgleichheitsgebot“ ungeachtet des Fehlens einer dogmatischen Grundlage nicht gefährdet werden sollte, ist zumindest nicht abwegig.

III.AGB-Unangemessenheitskontrolle als dogmatische Basis

1. Die Ansicht des BAG

Immerhin scheint das BAG die fehlende dogmatische Tragfähigkeit der These vom Wertgleichheitsgebot – soweit ihm o.g. Analyse tatsächlich nicht bekannt ist – zumindest unterbewusst zu erahnen: Seine Rechtsprechung zur Konstituierung eines „besseren Versicherungsverbraucherschutzes“ über das Arbeitsrecht stützt das BAG im Urteil zur Zillmerung ausdrücklich nicht auf das „Wertgleichheitsgebot“. Es bedient sich dem im Arbeitsrecht mittlerweile recht beliebt gewordenen „Breitbandantibiotikums“ gegen dem richterlichen Sozialempfinden widersprechende und somit ungewünschte Gestaltungsinitiativen des vermeintlich übermächtigen Arbeitgebers: Es stützt seine Rechtsfindung auf die Unangemessenheitskontrolle des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

Dies ist insofern für den Analytiker von Vorteil, als diese Norm auch im Versicherungsrecht uneingeschränkte Anwendung findet, da Versicherungsbedingungen nahezu immer unter den Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB fallen. Und genau dies verleitet zu der Annahme, dass in der Tat weniger substantielle Erwägungen, mit denen man sich inhaltlich auseinandersetzen könnte, als vielmehr einer rechtlichen Überprüfbarkeit von vorneherein entzogene sozialpolitische Empfindungen für die Konstituierung des besseren Versicherungsverbraucherschutzes im Arbeitsrecht maßgebend waren. Denn obwohl Arbeitsgerichtsbarkeit und ordentliche Gerichtsbarkeit exakt denselben normativen Wertungsmaßstab anwenden, kommen sie zu unterschiedlichen Ergebnissen.

Die ordentliche Gerichtsbarkeit hält die Zillmerung von Versicherungstarifen in den vom Gesetz vorgegebenen Grenzen für zivilrechtlich zulässig. Die Arbeitsgerichtsbarkeit hält diese ungeachtet der bestehenden versicherungsrechtlichen Zulässigkeit im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer für unzulässig.

Für diese rechtliche Besonderheit im Arbeitsrecht (welche für die Arbeitgeberseite mit höchst unangenehmen wirtschaftlichen Konsequenzen verbunden ist) müssten gewichtige Gründe bestehen, welche gegebenenfalls in der besonderen Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers zu suchen sind. Jedoch stellt sich die Position des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber sowohl in seiner sozialen Herleitung als auch in Bezug auf die Gestaltungs- und Abschlussfreiheit beim Entgeltumwandlungsgeschäft nicht anders dar als in der Relation zwischen Verbraucher und Versicherer.

Setzt man die Analyse konsequent fort und hinterfragt die vom BAG herangezogenen Tatbestandsmerkmale des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB im Detail (wenngleich das BAG sich diese Detailverliebtheit erspart), so stellt man fest, dass eine „unangemessene Benachteiligung“ wie sie das Gesetz für eine gerichtliche Inhaltskorrektur im Lichte des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB verlangt, schon per definitionem gar nicht vorliegen kann. Hierfür müsste nämlich eine mit dem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen werden soll, nicht zu vereinbarende Divergenz vorliegen. Als gesetzliche Norm für die Gestaltung eines Versicherungsverhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer hat insbesondere die jüngst unter dem Gesichtspunkt einer Verbesserung des Verbraucherschutzes neu definierte Regelung des § 169 Abs. 3 VVG zu gelten. Danach ist die Zillmerung von Versicherungstarifen zugelassen. Was dem Versicherer – unter Berücksichtigung der Notwendigkeit eines effektiven Verbraucherschutzes⁷⁰ ungeachtet seiner kommerziellen Interessen gestattet ist, kann schlechthin dem Arbeitgeber in seiner Rolle als ein Versorgungsakteur ohne kommerzielle Interessen und ohne besondere Gestaltungsmacht im versicherungstechnischen Bereich nicht verwehrt werden.

Hierbei sollte nicht unerwähnt bleiben, dass spätestens mit Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 26. Juli 2005⁷¹ sich herausgestellt hat, dass der Verbraucherschutz im privatversicherungsrechtlichen Verhältnis sogar grundgesetzlich verankert ist: Aus Art. 2 Abs. 2 GG und Art. 14 Abs. 1 GG ergebe sich – so das höchste deutsche Gericht – für den Gesetzgeber die Pflicht, für den Bereich der kapitalbildenden Lebensversicherung mit Überschussbeteiligung hinreichende rechtliche Vorkehrungen dafür vorzusehen, dass bei der Ermittlung eines bei Vertragsende zuzuteilenden Schlussüberschusses die durch die Prämienzahlung geschaffenen Vermögenswerte angemessen berücksichtigt werden. Im Kern geht es hier um eine ureigentliche Verbraucherschutznorm, namentlich die Transparenz⁷².

Was die zivilrechtliche Zulässigkeit der Anwendung des Zillmerungsverfahrens anbetrifft, hat der Bundesgerichtshof diese mit Urteil vom 12.10.2005⁷³ detailliert durchleuchtet und den Gestaltungsmöglichkeiten der Versicherer im Zusammenhang mit der Zillmerung Grenzen gesetzt. Die Vereinbarung gezillmerter Prämien entspreche nur dann dem Gebot eines gerechten Ausgleichs der Interessen aller Betroffenen, wenn gesichert ist, dass die den Versicherungsnehmern angelasteten Abschlusskosten im Verhältnis zu den vom Versicherer erbrachten Leistungen auch mit Blick auf eine mögliche vorzeitige Beendigung des Vertrages und damit die Verkürzung seiner Laufzeit angemessen sind. Bei der Art ihrer Verrechnung

⁷⁰ Zur Zillmerung unter Verbraucherschutzaspekten treffend *Hesseling*, BetrAV 2006, 318 ff.

⁷¹ BVerfG vom 26.7.2005 – 1 BvR 80/95; NJW 2005, 2376.

⁷² Je nach dem von welchem Standpunkt man aus die deutsche Verfassung betrachtet, welchen Zweck und welchen Stellenwert man ihr zumisst, drängt es sich zumindest nicht zwangsläufig auf, dass auch der Versicherungsverbraucherschutz Verfassungsrang genießt.

⁷³ VI ZR 162/03, NJW 2005, 3559 ff.

müsse berücksichtigt werden, dass der Versicherungsvertrag von Beginn an nicht nur auf die Abdeckung des Versicherungsrisikos, sondern auch auf die Bildung von Vermögenswerten gerichtet sei. Diese Zielsetzung dürfe nicht dadurch teilweise vereitelt werden, dass hohe Abschlusskosten, deren konkrete Berechnung zudem den Versicherungsnehmern nicht bekannt sei, und deren Höhe von ihnen auch nicht beeinflusst werden könne, in den ersten Jahren mit der Prämie so verrechnet werden, dass der Rückkaufswert in dieser Zeit unverhältnismäßig gering ist, oder gar gegen Null tendiert. Dessen ungeachtet sei die Anwendung des Zillmerungsverfahrens im Grundsatz jedoch in den vom Gesetz vorgesehenen Grenzen nicht zu beanstanden⁷⁴.

Der Gesetzgeber blieb hiervon nicht unbeeindruckt. Das Urteil des BGH fiel in eine Zeit, als der Gesetzgeber ohnehin über eine umfassende Reform des Versicherungsvertragsgesetzes nachdachte. Auch im Abschlussbericht der vom Bundesministerium der Justiz eingesetzten Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 19.04.2004⁷⁵ nahm diese zur Zillmerungsfrage kritisch Stellung. Am 29.11.2007 wurde schließlich das neue VVG verkündet⁷⁶ und trat am 01.01.2008 in Kraft. Mit der VVG-Reform wurde das Verfahren der Zillmerung der Abschlusskosten nicht grundsätzlich abgeschafft. Auch wurden keine detaillierten Regelungen über Abschlusskosten oder Stornohaftungszeiträume eingeführt oder geändert. Vielmehr wurde in § 169 Abs. 3 VVG n.F. lediglich geregelt, dass bei Versicherungsnehmern, die bei Kündigung einen Anspruch auf einen Rückkaufswert haben, dieser aus dem Deckungskapital unter der Annahme zu ermitteln sei, dass die Abschlusskosten gleichmäßig auf die ersten fünf Jahre zu verteilen sind. Entsprechendes gilt auch bei Beitragsfreistellung. Die Zillmerung von Versicherungstarifen erfuhr somit im Zuge einer insbesondere unter dem Aspekt der Verbesserung des Verbraucherschutzes vollzogenen umfassenden Reform des Versicherungsvertragsrechtes seine Bestätigung. Die Zivilgerichtsbarkeit hat spätestens mit Urteil des BGH vom 12.10.2005 und allerspätestens mit der VVG-Reform hiermit grundsätzlich ihren Frieden gemacht.

Der BGH greift in seinen Entscheidungen vom 12.10.2005 wesentliche Gedanken auf, die auch das BAG in seine Erwägungen über die Zulässigkeit im Rahmen der Zillmerung bei Entgeltumwandlung eingestellt hat. Das BAG hantiert mit denselben Erwägungen, bezeichnet diese jedoch anders. Eine sozialpolitische Verbrämung der Diktion des BAG kann hierbei nicht in Abrede gestellt werden. Da es inhaltlich keine Divergenzen zum allgemeinen Versicherungsrecht aufzeigen und somit die Notwendigkeit eines „besseren Versicherungsverbraucherschutzes“ nicht begründen kann, greift es auf Allgemeinplätze zurück. Soweit das BAG mit seiner dogmatischen Herleitung auf angebliche „Hindeutungen“ des Betriebsrentengesetzes auf eine Werterhaltung für den Versorgungsberechtigten verweist oder auf einen „besonderen betriebsrentenrechtlichen Schutz“, bleibt es nebulös, um nicht zu

⁷⁴ So auch das Bundesverfassungsgericht im Nichtannahmebeschluss vom 15.02.2006 – 1 BvR 1317/96.

⁷⁵ 1.3.2.1.4.3.

⁷⁶ BGBl. I 2007, 2631 ff.

sagen reichlich unkonkret. Für die Annahme einer Abweichung von der gesetzlichen Grundkonzeption gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB sind diese generalklauselartigen Formulierungen schlechthin ungeeignet.

Auch die AGB-Inhaltskontrolle vermag daher dogmatisch ein besonderes Versicherungsverbraucherschutzrecht im Arbeitsrecht nicht zu begründen⁷⁷.

2. Präzisierungen der Entscheidung des BGH v. 7.11.2012 (folgt).

IV. Auswirkungen

Um sich die Auswirkungen des vermeintlichen „besseren Versicherungsverbraucherschutzes“ im Arbeitsrecht vor Augen zu führen, bedarf es lediglich einer Betrachtung des im Bereich der betrieblichen Altersversorgung bestehenden rechtlichen Dreiecksverhältnisses bei der Wahl eines sog. externen Durchführungsweges (Direktversicherung, Pensionskasse, Pensionsfonds). Auch bei den externen Durchführungswegen bleibt es beim arbeitsrechtlichen Grundverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Aus diesem kann der Arbeitnehmer seine Rechtsansprüche auf betriebliche Versorgungsleistungen herleiten. Der Arbeitgeber bedient sich lediglich eines externen Versorgungsträgers (Versicherung, Pensionskasse, Pensionsfonds) um die Versorgungsverbindlichkeiten zu erfüllen. Der Arbeitnehmer erhält eine unmittelbare Anspruchsberechtigung gegen den externen Versorgungsträger.

Die Idealkonzeption dieser Gestaltungsart sieht vor, dass der externe Versorgungsträger die Rechtsansprüche des Arbeitnehmers in vollem Umfang erfüllt und somit den Arbeitgeber von seinen Verbindlichkeiten gegenüber dem Arbeitnehmer aus betrieblicher Altersversorgung freistellt. Kommt es im Verhältnis zwischen dem externen Versorgungsträger und dem Arbeitnehmer zu Störungen, so kann der Arbeitnehmer beim Arbeitgeber vorstellig werden.

Der Arbeitgeber geht wie selbstverständlich davon aus, dass ein derartiger Störfall nicht eintritt. Dies setzt bei ihm das Bewusstsein voraus, dass dasjenige Schutzniveau, das der Arbeitnehmer gegenüber dem externen Versorgungsträger erfährt, demjenigen entspricht, welches er selbst dem Arbeitnehmer einräumt. Kommt es hingegen zu einer Abweichung des Schutzniveaus des Arbeitnehmers im Verhältnis zum externen Versorgungsträger einerseits gegenüber dem Schutzniveau des Arbeitnehmers im Verhältnis zum Arbeitgeber andererseits, so wird hierdurch ein für den Arbeitgeber unerwünschtes Risiko konstituiert. Ein derartiges Risiko läge auch darin, dass man dem Arbeitnehmer im Verhältnis zum externen Versorgungsträger ein geringeres verbraucherschutzrechtliches Schutzniveau einräumt als gegenüber dem Arbeitgeber. Über ein „besseres Versicherungsverbraucherschutzrecht“, wie es das BAG nunmehr annimmt, wird diese Systematik zerstört.

⁷⁷ a.A. BAG vom 15.9.2009 – 3 AZR 17/09.

Dem Gesetz kann an verschiedensten Stellen entnommen werden, dass die Herbeiführung des soeben skizzierten Risikos für den Arbeitgeber – und in der Folge die vom BAG judizierte Zerstörung der Systematik – nicht Gegenstand des Rechts der betrieblichen Altersversorgung sein soll. Im Gegenteil: Den gesetzgeberischen Maßnahmen in der jüngeren Vergangenheit kann entnommen werden, dass es dem Gesetzgeber darum ging, die rechtlichen Risiken für den Arbeitgeber im Zusammenhang mit der Eingehung von Verpflichtungen aus betrieblicher Altersversorgung zu verringern. Die Arbeitgeber sollten im Sinne des sozialpolitischen Gedankens einer Stärkung der zweiten Säule der Altersvorsorge gerade dazu motiviert werden, in stärkerem Umfang als bisher Versorgungsverbindlichkeiten einzugehen.

Erst vor wenigen Jahren hat der Gesetzgeber sich entschlossen, die bestehende Konzeption der Zulassung von Leistungszusagen dahingehend zu modifizieren, dass künftig auch beitragsorientierte Konzepte Platz greifen können. Zunächst wurde durch das Rentenreformgesetz 1999 in § 1 Abs. 6 BetrAVG a.F. in der Fassung bis zum 31.12.2000⁷⁸ die beitragsorientierte Leistungszusage in das Gesetz aufgenommen. Mit AVmG vom 29.06.2001 wurde schließlich in § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrAVG n.F. die Beitragszusage mit Mindestleistung eingeführt. Der Gesetzgeber gab damit dem stetig geäußerten Wunsch der Wirtschaftsverbände sowie der Praxis nach, die Haftung des Arbeitgebers aus einem Versorgungsversprechen auf die Beitragszahlungspflicht zu begrenzen⁷⁹. Zu nennen ist ferner die Einführung des § 2 Abs. 5 a BetrAVG⁸⁰. Danach folgt seit 01.01.2001 die Berechnung der Höhe der Versorgungsanwartschaft bei der über Entgeltumwandlung erworbenen betrieblichen Altersversorgung nicht mehr der ratierlichen Berechnungsmethode im sog. „m/n-tel-Verfahren“, sondern es gilt für alle Durchführungswege die Regel, wonach der Arbeitnehmer eine Versorgungsanwartschaft in Höhe der bis zum Ausscheiden erreichten Anwartschaft auf Leistungen aus den bis dahin umgewandelten Entgeltbestandteilen nach dem Ausscheiden behält. Hierdurch soll verhindert werden, dass der Arbeitgeber Mittel für die betriebliche Altersversorgung aufwenden muss, die nicht durch den Entgeltverzicht des Arbeitnehmers gedeckt sind.

Mit diesen gesetzgeberischen Maßnahmen ist die Konstituierung eines „besseren Versicherungsverbraucherschutzrechts“ für Arbeitnehmer schlechthin nicht zu vereinbaren. Für ein höheres verbraucherrechtliches Schutzniveau des Arbeitnehmers im Verhältnis zum Arbeitgeber gegenüber dem Versicherungsnehmer im Verhältnis zum Versicherer fehlt auch angesichts der Betrachtung der gesetzgeberischen Details jeder Raum.

V. Fazit

⁷⁸ Vgl. Art. 35 Abs. 3 AVmG; BGBl. I 2001, 1310 (1342).

⁷⁹ *Husmann* auf der 59. Jahrestagung 12./13.05.1997, *BetrAV* 1997, 124; Arbeitsgemeinschaft für betriebliche Altersversorgung (aba), *BetrAV* 1997, 308; *Blomeyer*, *DB* 1997, 1921; *ders.*, *BetrAV* 1998, 124; *Niemeyer*, *BetrAV* 1997, 296 (300); *Höfer*, *DB* 2001, 1147.

⁸⁰ Vgl. Art. 35 Abs. 3 AVmG; BGBl. I, 1342.

Mit Entscheidung des BAG vom 15.9.2009⁸¹ konstituiert die Arbeitsgerichtsbarkeit einen „besseren Versicherungsverbraucherschutz“ für Arbeitnehmer. Die Arbeitsgerichtsbarkeit will die im Versicherungsrecht (neu justierten) anerkannten versicherungsrechtlichen Grundsätze und hierbei insbesondere das im Interesse aller Versicherungskunden versicherungstechnisch notwendige Zillmerungsverfahren nicht einschränkungslos anerkennen. Der Arbeitnehmer soll im Verhältnis zu seinem Arbeitgeber einen besseren Schutz erfahren als er als allgemeiner Versicherungsverbraucher gegenüber einem Versicherungsunternehmen hätte.

Diese Abweichung des arbeitsrechtlichen Schutzniveaus vom versicherungsrechtlichen Schutzniveau ist in ihren wirtschaftlichen Auswirkungen vom Arbeitgeber zu tragen. Der Bäckermeister, der mit seinen Arbeitnehmern eine Entgeltumwandlungsvereinbarung trifft, muss gegebenenfalls dafür einstehen, dass der von ihm mit dem Versicherungsunternehmen zum Zwecke der Deckung der Versorgungszusage abgeschlossene versicherungsrechtlich wirksame Versicherungsvertrag vom Arbeitsrichter rechtlich als problematisch eingestuft wird.

Der dieses Haftungsrisiko übernehmende Arbeitgeber wird hoffen müssen, dass sich in der Arbeitsgerichtsbarkeit eine besondere versicherungsrechtliche und auch versicherungstechnische Kompetenz entwickelt, die die Haftungsrisiken zumindest sukzessive eingrenzt. Die Tatsache, dass Arbeitsrechtler im Allgemeinen, aber auch Arbeitsrichter im Besonderen das Recht der betrieblichen Altersversorgung gerade wegen ihrer versicherungsrechtlichen Prägung eher als Betätigungsfeld meiden, stimmt diesbezüglich eher pessimistisch.

Die Entwicklung dieser Divergenz zwischen Arbeitsrecht und Versicherungsrecht durch die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung und die als Ausfluss dessen konstituierte Haftungsgefahr für den Arbeitgeber steht den Bemühungen des Gesetzgebers, im BetrAVG die Haftungsrisiken des Arbeitgebers gerade im Zusammenhang mit Entgeltumwandlungsvereinbarungen⁸² zu verkleinern, diametral entgegen. Insofern missachtet die Rechtsprechung die gesetzgeberische Intention. Diese Missachtung hat eine Konterkarierung des vom Gesetzgeber verfolgten Ziels zur Folge, die Arbeitgeber zu einer aktiven Unterstützung des Aufbaus einer privatrechtlich organisierten Altersversorgung in der 2. Säule für die Arbeitnehmer zu motivieren.

Die Divergenz zwischen Arbeitsrecht und Versicherungsrecht hat keinerlei dogmatische Grundlage. Weder der in § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG zu findende Begriff der Wertgleichheit, noch eine Inhaltskontrolle anhand von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB können ein „besseres Versicherungsverbraucherschutzrecht“ dogmatisch rechtfertigen. Die allgemeine Behauptung

⁸¹ a.a.O.

⁸² Z.B. Einführung von § 2 Abs. 5a BetrAVG durch Art. 35 Abs. 3 AVmG; BGBl I, 1332.

eines Schutzzwecks des BetrAVG ist angesichts ihrer Undifferenziertheit ebenfalls ungeeignet, die Divergenz zu rechtfertigen.

Die Divergenz ist juristisch unter keinem Gesichtspunkt begründbar, insbesondere nicht vor dem Hintergrund eines steigenden Verbraucherschutzes im Versicherungsrecht. Die Divergenz ist sozialpolitisch motiviert. Sie beruht in dem fehlenden Willen der Arbeitsgerichtsbarkeit, die Zillmerung von Versicherungstarifen als notwendiges Instrument der versicherungstechnischen Gestaltung anzuerkennen.

Da weder gesetzlich, noch rechtsdogmatisch untermauerte, sozialpolitische Positionen der Judikatur per se ungeeignet sind, eine Rechtsfortbildung zu tragen, liegt in der vom BAG entwickelten Theorie eines „besseren Versicherungsverbraucherschutzrechts“ im Arbeitsrecht ein Verstoß gegen das verfassungsrechtlich verankerte Prinzip der Gewaltenteilung.