

Aktueller Stand der Diskussion zur Zillmerung und Anmerkungen dazu

Einer kleinen Handvoll Themen wird zur Zeit besondere Aufmerksamkeit in Medien, Beratung und Rechtsprechung zuteil. Sei es die EU-Portabilitätsrichtlinie, das Anti-Diskriminierungsgesetz, ein mögliches Obligatorium der Betriebsrente. Diese und weitere Themen haben jedoch gemein, daß sie – für den Moment jedenfalls – den Planungs- oder Diskussionsstatus noch gar nicht verlassen haben, so daß ein jeder nach Herzenslust debattieren, lamentieren oder auch antichambrieren kann. Ein aktuelles Thema, auch ein Dauerbrenner der Versicherungswirtschaft, brilliert hier in der Medienpräsenz mit besonderer Güte – die Zillmerung. Seit Jahren kontrovers diskutiert, dieweil den einen übler Dorn im Auge, während in der Betrachtung der anderen entweder nur der gerechte Lohn für geleistete Arbeit oder Basis der Deckungsrückstellungsbildung, ist die Zillmerung spätestens seit 2005 Gegenstand kritischer Anmerkungen und Entscheidungen deutscher Gerichte. Damit nicht genug, ist auch das Thema Abschlußkosten zum Inhalt europäischer Rechtsprechung geworden. In der betrieblichen Altersversorgung scheint sich die öffentliche Debatte und Rechtsprechung auf die Entgeltumwandlung zu beschränken. Der O-Ton „Entgeltumwandlungen, die gezillmerte Tarife vorsehen, sind unwirksam“¹ mag Balsam auf die Seele des arbeitnehmerfreundlichen Arbeitsrechtlers sein, schweres Geschütz oder „shocking news“ allerdings für die Anbieter solcherart kalkulierter Tarife. Wie sich also dem Reizthema nähern und vielleicht den Mittelweg finden?

Der folgende Beitrag widmet sich zum einen einer Darstellung des Status quo. Es werden die Kerngedanken der in diesem Zusammenhang jüngst ergangenen Entscheidungen der Gerichte sowie die wesentlichen Gedanken der veröffentlichten Wortbeiträge dargelegt. In einem zweiten Teil sollen dann auch die Argumente zusammen getragen werden, die für einen Fortbestand dieses mathematischen Verfahrens – auch im Arbeitsrecht – sprechen und sodann eine Abwägung der unterschiedlichen Sichtweisen erfolgen. Voran gestellt sei jedoch eine Erläuterung der gesetzlichen Grundlagen der Zillmerung, ihrer Funktionsweise und Wirkung.

A. Allgemeines

I. Historie

Das Verfahren zur Zillmerung von Verträgen, also der Verteilung der Abschlußkosten eines Lebens- oder Krankenversicherungsvertrages (nachfolgend werden nur noch Lebensversicherungsverträge behandelt), geht zurück auf den zwischenzeitlich in der Branche weithin bekannten Mathematiker Dr. August Zillmer (1831-1893). Problematik der Ausgangslage war damals wie heute das zeitliche Auseinanderfallen von Entstehung und notwendiger Tilgung der beim Abschluß eines Lebensversicherungsvertrages entstehenden

Kosten. Um dieses Problem zu lösen, entwickelte Zillmer das nach ihm benannte Kostenverteilungsverfahren.

II. Funktionsweise

Bei Abschluß eines Lebensversicherungsvertrages fallen Abschlußkosten an. Sie setzen sich zusammen aus Provisionen, Risikoprüfungs- und Policierungskosten. Diese Abschlußkosten muß das Versicherungsunternehmen zunächst vorschießen. Zum Zwecke der Finanzierung wird dann ein gleich bleibender Abschlußkostensatz in die Versicherungsprämie eingerechnet. Dadurch ist gewährleistet, daß der Versicherungsnehmer eine gleich bleibende Prämie zahlen kann. Er muß also nicht die Dienstleistung, soweit es die Beratungs- und Vertriebsleistung betrifft, die er vor und bei Vertragsschluß in Anspruch nimmt, sofort bezahlen. Dies ist ein gravierender Unterschied zu sonstigen Dienstleistungen und Produkten, die kaufbar sind. Dort ist üblicherweise (und auch bislang unbeanstandet) der Kostensatz, der die anfallenden Vertriebs-, Einrichtungs- oder eben Beratungskosten deckt, die vor oder bei Vertragsschluß entstehen, sogleich in voller Höhe bei Vertragsschluß zu entrichten (siehe dazu auch Abschnitt B. IV.).

Bei der Berechnung des Deckungskapitals wird nun der Barwert der Abschlußkosten mit dem Deckungskapital verrechnet (sog. gezillmerter Deckungskapital). D.h., auch der Sparbeitragsanteil in der Prämie wird zur Deckung der Abschlußkosten verwendet. Dies führt dazu, daß das Deckungskapital zu Vertragsbeginn negativ ist. Erst zu Vertragsende erreicht das gezillmerte Deckungskapital die Höhe des ungezillmernten Deckungskapitals. Da sich auch der Rückkaufswert, also jener Wert, den der Versicherer bei vorzeitiger Vertragsbeendigung an den Versicherungsnehmer auszahlt, am Deckungskapital orientiert, kann das Zillmerverfahren bedeuten, daß zu Beginn des Vertrages kein bzw. ein sehr geringer Rückkaufswert vorhanden ist².

Das gesetzlich geregelte Zillmerungsverfahren sieht nach dem Prinzip der gleich bleibenden Prämie grundsätzlich eine rechnermäßig *gleichmäßige* Verteilung aller Kosten über die gesamte Laufzeit vor und entfaltet seine Auswirkung auf die Höhe der Deckungsrückstellung (bzw. des Deckungskapitals des Vertrages).

Das Verfahren der Zillmerung dürfte auch die kostengünstigere Variante von Belastung mit Beratungskosten sein. Denn diese Kosten werden somit so schnell wie möglich getilgt, d.h., die Belastung eines Vertrages mit Zinsen wird so gering wie möglich sein. Ohne diese Art der Verteilung von Kosten müßten Zinsen für den noch nicht getilgten Kostenteil über die gesamte Laufzeit getilgt werden. Wie die Erfahrungen beim Immobilienerwerb lehren, fällt dann die Zinslast naturgemäß höher aus³.

III. Gesetzliche Grundlagen – Höchstzillmerung

Hier ist zwischen dem sogenannten Altbestand und Neubestand zu unterscheiden. Nach § 11c VAG gehören zum Altbestand alle Verträge, die vor dem 29.7.1994 geschlossen wurden. Für diese Verträge gilt der von der Aufsichtsbehörde genehmigte Geschäftsplan in vollem Umfang weiter. Alle Kosten, mit denen ein Versicherungsvertrag im Altbestand belastet werden darf/durfte, gehen aus eben jenem Geschäftsplan hervor. Die Zulässigkeit von Kostenbelastung und Verteilung im Geschäftsplan reguliert für diesen Bestand die Versicherungsaufsicht. Dieses Verfahren ist insoweit kritisch, als dem Versicherungsnehmer der seinem Vertrag zugrunde

2 Spezielle Versicherungslehre, 1996, S. 170; Tonndorf/Horn, Lebensversicherung von A-Z, 12. Auflage.
3 Siehe auch Abschnitt A.IV.

1 Reinecke, DB 2006 S. 555.

liegende Geschäftsplan des Versicherers üblicherweise nicht bekannt ist, er folglich also keinen genauen Einblick in die Kostenbelastung und -kalkulation erhält.

Nach dem 29.7.1994 geschlossene Verträge (Zeitpunkt der Deregulierung des Versicherungswesens) gehören nicht mehr zum Altbestand, sondern zum Neubestand. Für den Neubestand ist die Belastung mit Kosten („Zillmerung“) in den Versicherungsbedingungen vertraglich festzulegen.

Mit § 4 DeckRV (Deckungsrückstellungsverordnung) regelt der Gesetzgeber sowohl das Zillmerverfahren als auch den höchst zulässigen Zillmersatz. Er beläuft sich auf 40 vom Tausend der Summe aller Prämien. Normadressat der DeckRV für die Altersversorgung sind gemäß § 1 Abs. 1 Ziff. 1 DeckRV alle Lebensversicherungsunternehmen. Ausgenommen sind Sterbe- und Pensionskassen, bei denen keine Feststellung nach § 156a Abs. 3 S. 5 VAG getroffen wurde („regulierte Kassen“). D.h., für diese Kassen wird keine Unterscheidung von Alt- und Neubestand vorgenommen. Es gelten die Regelungen für den Altbestand.

Daß das Verfahren zur Zillmerung von Verträgen angewendet werden darf, ergibt sich ferner aus §§ 65 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 VAG sowie 15 RechVersV (Rechnungslegungsverordnung).

IV. Bilanzielle Auswirkung

Die eingerechneten Abschlußkosten werden zu Vertragsbeginn als noch nicht fällige Ansprüche der Forderungen aus dem Versicherungsgeschäft an den Versicherungsnehmer aktiviert. Die Forderungen sind mit den ersten Beiträgen zu tilgen, soweit diese nicht für Versicherungsleistungen oder für den laufenden Versicherungsbetrieb verwendet werden. Eine abweichende Regelung gilt für Lebensversicherungsverträge, die nach dem Fünften Vermögensbildungsgesetz abgeschlossen sind⁴. Zum gesetzlichen Verfahren für die übrigen Lebensversicherungsverträge s.o.

Werden für die Prämie und die Deckungsrückstellung identische Rechnungsgrundlagen verwendet und wird ferner kein Rückkaufswert garantiert, der höher ist als das gezillmerte Deckungskapital, wird ein positives Deckungskapital in der Deckungsrückstellung (auch Reserve oder Bilanzreserve genannt) passiviert. Die nach versicherungsmathematischen Grundsätzen berechnete Deckungsrückstellung ist die Differenz zwischen dem Barwert der zugesagten Leistungen des Versicherers und dem Barwert der zukünftigen Prämien des Versicherungsnehmers. Rechtsgrundlage der Bildung von Deckungsrückstellung sind §§ 341 ff. HGB, 25 und 32 RechVersV.

Praktische Folge der Zillmerung ist beispielsweise eine tendenziell höhere Belastung der Bilanz bei Versicherern mit hohem Neugeschäftsanteil oder analog bei Lebensversicherern, die neu in den Markt eintreten. Ohne Zillmerung (gleichmäßige Kostenverteilung) wäre der Versicherer auch gezwungen, erheblich mehr Finanzierungsmittel für die Vorfinanzierung insbesondere der Vertriebskosten bereitzustellen. Dies würde wohl eine deutlich höhere Belastung der Passivseite mit Fremdkapital nach sich ziehen. Darüber hinaus fallen zusätzliche Zinskosten an.

V. VVG-Reform

Der Reformentwurf des Versicherungsvertragsgesetzes⁵ sieht u.a. vor, daß bei der Berechnung von Rückkaufswerten in Folge von Kündigung durch den Versicherungsnehmer bzw.

Rücktritt oder Anfechtung durch den Versicherer ein Mindestrückkaufswert vorhanden sein muß. Bei diesem Wert handelt es sich gemäß § 169 Abs. 3 VVG-E um den Betrag des Deckungskapitals, der sich ergibt, wenn die in Ansatz gebrachten Abschluß- und Vertriebskosten gleichmäßig auf die ersten fünf Jahre des Vertrages verteilt werden. Von dieser Regelung sind fondsgebundene Versicherungen ausgenommen. Hier gilt nach wie vor die Berechnung eines Zeitwertes (§ 169 Abs. 4 VVG-E). Ferner sollen entwurfsgemäß Stornoabzüge unzulässig sein (so § 169 Abs. 5 VVG-E: „[...] Die Vereinbarung eines Abzuges für noch nicht getilgte Abschluß- und Vertriebskosten ist unwirksam“).

Die Intention des Gesetzgebers ist für diese gesetzliche Neuregelung den Hinweisen der Begründung des Referentenentwurfs zu entnehmen: Der Versicherungsnehmer soll einerseits den durch die Prämien angesparten Wert erhalten, andererseits aber soll der Versicherer nicht über die bereits entstandene Verpflichtung hinaus belastet werden, jedoch auch keinen Vorteil aus der Kündigung des Vertrages ziehen können⁶.

Das neue Recht soll am 1.1.2008 in Kraft treten. Für Altverträge, also für alle Verträge, die bis Ende 2007 geschlossen worden sind, soll es grundsätzlich bis zum 31.12.2008 bei der alten Rechtslage bleiben⁷.

Damit wird die bisherige gesetzliche Regelung des § 176 Abs. 3 S. 1 VVG aufgegeben, nach der im Fall des Rückkaufes der Wert des Vertrages nach den anerkannten Regeln der Versicherungsmathematik für den Schluß der laufenden Versicherungsperiode als *Zeitwert* zu berechnen war. Die Regelung läßt im Fall der Kündigung auch die Möglichkeit eines Abzuges (in Form eines Stornoabzuges) zu, soweit dieser „vereinbart und angemessen“ ist.

Der Synopse des bisherigen üblichen Verfahrens und dem vorgesehenen zukünftigen Berechnungsverfahren ist zu entnehmen, daß unter der Annahme des Abschlusses eines mit einer Provision von 40 Promille belasteten Tarifes und einer Prämie von 1.200 €/Jahr ein Vergleich wie folgt ausfällt:

	Kostensatz	Regelung zum Rückkaufswert als Zeitwert aktuell nach § 176 Abs. 3 S. 1 VVG	Regelung zum Rückkaufswert zukünftig nach § 169 Abs. 3 VVG-E
RKW am Ende des ersten Jahres	40‰	0 €	938 €
RKW 3. Jahr	40‰	2.144 €	2.893 €
RKW 5. Jahr	40‰	4.705 €	4.962 €
RKW 10. Jahr	40‰	11.779 €	12.249 €

* Rkw – Rückkaufswert Quelle: Eigene Recherchen

Weitere Annahmen: Rente ohne Todesfallschutz, EA 30 Jahre, Aufschubdauer 30 Jahre, Sterbetafel 04R, keine Altersverschiebung, Rechnungszins 2,75%.

Im Ergebnis belohnt also die geplante Neuregelung Versicherungsnehmer, die ihrem Vertrag nur kurzzeitig Beiträge zuführen.

⁴ § 4 Abs. 3 DeckRV.

⁵ Referentenentwurf des BMJ vom 13.3.2006.

⁶ Begründung Referentenentwurf des BMJ vom 13.3.2006, S. 15.

⁷ GDV RS 0973/2006 vom 16.3.2006.

B. Rechtsprechung

I. Arbeits- und Verbraucherschutzrecht

1. Das Arbeitsgericht Stuttgart hatte im Januar 2005 ein erstes rechtskräftiges Urteil⁸ zur Frage des Umgangs mit Zillmerungskosten im Arbeitsrecht erlassen. In dem beurteilten Fall wurde der beklagte Arbeitgeber zu einer Schadensersatzleistung i.H.v. 1.646,97 € nebst 5% Zinsen an den Arbeitnehmer (Kläger) verurteilt. Dieser hatte zwischen dem 18.5.2001 und dem 31.3.2003 ein Beschäftigungsverhältnis inne. Für die betriebliche Altersversorgung über eine rückgedeckte Unterstützungskasse wurden vom Arbeitgeber 121,44 € und vom Arbeitnehmer im Wege der Entgeltumwandlung 242,80 €, also gesamt 364,32 € pro Monat an Beitragsmitteln zugeführt. Der dazu eingerichtete Tarif war (bei zugleich jedoch reduzierten Abschlußkosten) gezillmert. Mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses bot der beklagte Arbeitgeber durch Übertragung der Rückdeckungsversicherung dem Arbeitnehmer zur Abfindung der Versorgungsansprüche das vorhandene Deckungskapital i.H.v. 1.218,18 € an. Der Kläger begehrte darüber hinaus den Ersatz der vom Rückdeckungsversicherer in Ansatz gebrachten Stornokosten. Er gehe davon aus, daß ein Arbeitgeber seine Fürsorgepflicht verletze, wenn er im Rahmen der Entgeltumwandlung gezillmerte bzw. mit Stornoabschlag versehene Tarife einsetze. Auch sei die Flexibilität des Arbeitnehmers dadurch eingeschränkt, mithin ein früher Arbeitgeberwechsel (oder häufige Wechsel) dazu führen, daß ein Versorgungskapital systematisch vernichtet werde. Hierauf hätte der Arbeitgeber vor Abschluß der Entgeltumwandlungsvereinbarung hinweisen müssen.

Dem Gang dieser Argumentation ist das Arbeitsgericht Stuttgart weitgehend gefolgt. Der Arbeitnehmer sei so zu stellen, als ob der Tarif einen Stornoabschlag nicht vorsehe. Mit dem fehlenden Hinweis auf die Zillmerung und den Stornoabschlag habe der Arbeitgeber seine sich aus dem Arbeitsvertrag ergebende Fürsorgepflicht verletzt. Weiter: Ein gezillmerter Tarif kann für den Arbeitnehmer, insbesondere bei relativ frühem Arbeitgeberwechsel, finanzielle Nachteile mit sich bringen. Über diese Nachteile hat der Arbeitgeber im Falle der Entgeltumwandlung zu informieren. Ob diese Information tatsächlich erbracht wurde oder nicht, ist unklar geblieben. Jedenfalls hatte das Gericht den hierzu fehlenden substantiierten Vortrag der Beklagten bemängelt⁹.

Mit dieser Entscheidung wurde die Zillmerung bzw. die „Nachteile“, die der Arbeitnehmer durch sie in Kauf nehmen muß, durch das Gericht dann für zulässig erachtet, wenn im Rahmen der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers für das eingebrachte Vermögen des Arbeitnehmers im Zusammenhang mit dem Einsatz gezillmerter Tarife eine entsprechende Information des Arbeitnehmers einhergeht.

Inwieweit das Arbeitsgericht Stuttgart insgesamt mit seinem Urteil den Vorstellungen des BGH (Entscheidungen vom 12.10.2005¹⁰) zum geforderten „Mindestwert“ entspricht, kann zur Zeit nicht geklärt werden. In die Rückdeckungsversicherung der Unterstützungskasse wurde über die zweijährige Beschäftigungsdauer des Klägers ein Gesamtbetrag i.H.v. 8.197,20 € eingezahlt (Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeitrag). Summiert man den Betrag des vorhandenen Deckungskapitals i.H.v. 1.218,18 € zum zugebilligten Schadensersatz i.H.v. 1.646,97 € hinzu, so ergibt sich ein insgesamt dem Arbeitnehmer zugestandenes Kapital von 2.865,15 €. Allerdings lag dem Leistungsplan und dem Rückdeckungsversicherungsvertrag eine Zusage auf alle Leistungsarten

(Alterskapital, Todesfallkapital und Rente bei BU) zugrunde. Mithin dürfte der Prämienteil für die Absicherung der Biometrie entsprechend hoch gewesen sein.

Im Verhältnis zu den eingezahlten Beiträgen erscheint die dem Kläger zugestandene Summe nach wie vor recht gering zu sein. Ob dies möglicherweise seine Begründung darin findet, daß die reduzierten Abschlußkosten nur aufgrund eines Sammelinkassorabattes gesenkt waren, konnte nicht geklärt werden. Jedenfalls werden auf Anbieterseite genügend Tarife im Kollektivbereich bereitgestellt, die sowohl die berechtigten Vergütungsinteressen des Vermittlers als auch die Interessen des frühzeitig seinen Vertrag beendenden Verbrauchers/Arbeitnehmers wahren. Wenn in der Folge in diesem Beitrag von Kollektivtarifen die Rede ist, dann also nur von solchen Tarifen, die echte Kollektivkonditionen vorsehen. Nicht gemeint sind solche Tarife, die im Rahmen von Gruppengeschäft bloß einen Sammelinkassorabatt zwischen 3 und 5% vorsehen.

2. Zwei Monate nach dieser Entscheidung hatte sich das Landgericht Stuttgart mit der Frage der Transparenz der Bedingungen einer Pensionskasse (zugleich Beklagte) auseinander zu setzen¹¹. Es handelte sich ebenfalls um eine betriebliche Altersversorgung im Rahmen der Entgeltumwandlung. Auch diese Entscheidung ist inzwischen rechtskräftig. Die beklagte Pensionskasse wurde zu einem Schadensersatz i.H.v. 232,00 € nebst Zinsen i.H.v. 5% verurteilt. Ferner hat es die Pensionskasse zu unterlassen, sich auf die verwendete Stornoklausel zu berufen.

In diesem Fall hatte die Pensionskasse Klauseln in ihren Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) verwendet, die im Fall der Beitragsfreistellung des Vertrages während der vereinbarten Beitragszahlungsdauer, je nach Aufschubdauer des Vertrages, einen (Storno-) Abzug von mindestens 30 € bis zu 1,2% der Differenz zwischen durchschnittlichem Garantiekapital des bisherigen Versicherungsverlaufs und der Summe der bis zur Beitragsfreistellung gezahlten Beiträge vorsahen.

Zunächst prüfte hier das Gericht die Zulässigkeit der Klage durch den (nicht betroffenen) Verbraucherschutzverband. Die Zulässigkeit wurde bejaht.

Die verwendete Klausel wurde sodann unter dem Gesichtspunkt eines möglichen Verstoßes gegen § 305c Abs. 2 BGB geprüft. Hier sei die kundenfeindlichste Auslegung einer Klausel zu wählen. In diesem Zusammenhang legte das Gericht die §§ 5a und 5b BetrAVG [sic! – gemeint ist § 2 Absätze 5a und b BetrAVG]¹² so aus, daß nach der zitierten Rechtsnorm das „...Versorgungskapital ungekürzt um sonstige Abzüge für den Versorgungsempfänger bereit zu halten ist“. Dies ist unverständlich. Beide in Bezug genommenen Absätze regeln unterschiedliche Berechnungsmethoden der Höhe der unverfallbaren Anwartschaft. Zunächst hat der Gesetzgeber mit § 2 Abs. 5a BetrAVG eine Spezialregelung geschaffen, die im Fall der Entgeltumwandlung (und der beitragsorientierten Leistungszusage) den Anspruch des Arbeitnehmers auf das begrenzt, was sich aus den bis zu seinem Ausscheiden verwendeten Beiträgen ergibt. Es wird ausdrücklich auf die *erreichte Anwartschaft* abgestellt. Der Begriff des Versorgungskapitals wird in diesem Teil der Norm nicht verwendet.

Mit Abs. 5b wiederum wird die Höhe der unverfallbaren Anwartschaft im Fall der Beitragszusage mit Mindestleistung geregelt. Hier stellt der Gesetzgeber auf das „*planmäßig zuzurechnende Versorgungskapital*“ ab. Dieses ist in der Tat nicht

⁸ ArbG Stuttgart vom 17.1.2005 – 19 Ca 3152/04 –, BetrAV 2005 S. 692.

⁹ ArbG Stuttgart a.a.O. (Fn. 8), Entscheidungsgründe Rz. 19.

¹⁰ BGH vom 12.10.2005 – IV ZR 162/03, IV ZR 177/03, IV ZR 245/03 –, vgl. BetrAV 2005 S. 788.

¹¹ LG Stuttgart v. 22.3.2005 – 20 O 541/04 –, BetrAV 2005 S. 792.

¹² LG Stuttgart a.a.O. (Fn. 11), unter II Ziff. 2a) der Gründe.

um sonstige Abzüge zu kürzen. Zumindest sind bei dieser Zusageart wenigstens die Höhe der eingezahlten Beiträge abzüglich der Kosten für die Biometrie zuzüglich den Erträgen für den Arbeitnehmer bereitzuhalten. Das Gericht läßt leider offen, ob es ein anderes Verständnis von dem Begriff des „Versorgungskapitals“ hat. Dieser Begriff wird in §§ 1 Abs. 2 Ziff. 2 sowie 2 Abs. 5b BetrAVG im Zusammenhang mit der Definition der Beitragszusage mit Mindestleistung verwendet, nicht jedoch in § 2 Abs. 5a BetrAVG. Der Begriff ist auch gesetzlich nicht weiter definiert. Die Begründung des Gerichtes, es sei mit dem Hinweis auf das „nicht zu kürzende Versorgungskapital“ in Abs. 5a gegen eine zwingende gesetzliche Regelung verstoßen, ist also wenig überzeugend.

Jedenfalls wird für eine wertgleiche Umwandlung von Entgeltbestandteilen in der Literatur i.d.R. auf die anerkannten Grundlagen der Versicherungsmathematik abgestellt¹³. Im Rahmen versicherungsmathematischer Berechnung müssen aber – neben Garantieleistungen – auch die entstehenden Kosten berücksichtigt und verteilt werden.

Unter Hinweis auf den (vermeintlichen?) Verstoß gegen eine zwingende gesetzliche Regelung sieht das Gericht sodann einen Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, weshalb die Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam sei. Die weiteren Entscheidungsgründe gehen dann ausführlich auf die mangelnde Transparenz der Bedingungen ein. Sie seien „nicht verständlich und klar“¹⁴.

II. Entscheidungen des BGH

Mit gleich drei Entscheidungen hatte sich der BGH im Oktober 2005 zu der Frage von Treuhänderklauseln bzw. der Klauselersetzung unwirksamer Klauseln nach § 172 Abs. 2 VVG sowie auch der Höhe von Mindestrückkaufswerten (und damit indirekt mit Abschlußkosten) befaßt¹⁵. Ohne auf die Details der einzelnen Entscheidungen an dieser Stelle einzugehen, ist hier wichtig, daß es sich bei den Fällen nicht um eine betriebliche Altersversorgung, sondern um privat abgeschlossene Kapital- oder Rentenversicherungsverträge handelte. Dennoch entfaltet diese Rechtsprechung ihre Wirkung auch auf Verträge, die in der betrieblichen Altersversorgung eingerichtet werden, da der Arbeitnehmer eben auch wie ein Verbraucher betrachtet wird.

Zwei der Entscheidungen¹⁶ wurden vom Bund der Versicherten unterstützt. Der Kläger verlangte jeweils von der Beklagten (Lebensversicherungsunternehmen) „[...] Auskunft über den Rückkaufswert ohne Verrechnung von Abschlußkosten und Stornoabzug [...]“. Neben der ausführlichen Begründung über die Anwendbarkeit und Auslegung des Treuhänderverfahrens und die Zulässigkeit des Ersatzes von Treuhänderklauseln durch inhaltsgleiche Bestimmungen äußert sich der BGH auch detailliert zu der Zulässigkeit der Verrechnung von Abschlußkosten. Unter anderem heißt es sinngemäß¹⁷: „[...] Da Prämien in der Lebensversicherung aus betriebswirtschaftlicher Vernunft und aufsichtsrechtlich nach § 11 VAG zwingend so zu kalkulieren sind, daß das Versicherungsunternehmen allen seinen Verpflichtungen nachkommen kann [...], liegt wohl auch den vertragsrechtlichen Vorschriften eher die Vorstellung zugrunde, daß die Abschlußkosten in die Prämienkalkulation mit einfließen“.

Und weiter: „Der vollständige Wegfall der Verrechnung (der Prämie) mit den Abschlußkosten würde die Versicherungsnehmer im Ergebnis auch nicht entlasten. Dies würde die Überschüsse [...] vermindern und damit im wesentlichen die Versicherungsnehmer treffen, die den Vertrag bis zum Ende oder jedenfalls für längere Zeit [...] aufrechterhalten. Begünstigt würden dagegen nur die Versicherungsnehmer, die den Vertrag nach kurzer Laufzeit kündigen oder beitragsfrei stellen. [...] Dies widerspricht dem im Versicherungsrecht typischen Grundgedanken einer Risikogemeinschaft und ist deshalb nicht sachgerecht“¹⁸.

Im Rahmen richterlich ergänzender Vertragsauslegung sind Lücken in (Versicherungs-) Bestimmungen so zu schließen, daß es *grundsätzlich* bei der Verrechnung der geleisteten, einmaligen Abschlußkosten nach dem Zillmerungsverfahren bleibt. Aber: „Bei vorzeitiger Beendigung der Beitragszahlung [...] darf der Rückkaufswert einen Mindestbetrag nicht unterschreiten“. Diesen Mindestbetrag sieht der BGH bei der Hälfte des mit den Rechnungsgrundlagen der Prämienkalkulation berechneten ungezillmernten Deckungskapitals¹⁹. Der BGH hat sich jedoch nicht klar zu der Frage geäußert, wann dieser Mindestbetrag zur Verfügung stehen muß. Im Zweifel läßt sich der Formulierung des BGH entnehmen, daß dieser Wert bereits im ersten Versicherungsjahr bereit stehen muß. Ein konkreter Vorschlag liegt dazu jedoch mit dem Reformentwurf zum VVG vor²⁰.

Im Ergebnis werden also auch durch diese Rechtsprechung keine grundsätzlichen Bedenken gegen die Statthaftigkeit und den Sinn der Zillmerung bzw. die Abschlußkostenverteilung erhoben. Dies gilt insbesondere auch unter Gesichtspunkten zugunsten der „vertragstreuen“ Versicherungsnehmer. Im Gegenteil – mit Verweis auf die Entscheidungen des Senates vom 9.5.2001²¹ „[...] entspricht das Zillmerverfahren grundsätzlich dem Interesse aller am Vertrag Beteiligten. Zu beanstanden ist nur [...] die nicht transparente Darstellung von nachteiligen Folgen der Zillmerung bei Kündigung oder Beitragsfreistellung“.

III. Entscheidungen des BVerfG

Das Bundesverfassungsgericht hat sich seit Sommer 2005 mehrfach mit Fragen zur Überschußbeteiligung befaßt²². Zum einen ging es in den Verfahren im wesentlichen um die Bewertung der stillen Reserven und deren Berücksichtigung bei der Rückkaufswertberechnung bzw. um den fehlenden Einfluß der Versicherungsnehmer auf die Bildung und Verwendung der mit ihren Prämien gebildeten Vermögenswerte²³. Zum anderen waren versicherungsaufsichtsrechtliche Fragen bei der Bestandsübertragung von Lebensversicherungsverträgen zu bewerten²⁴.

In einem weiteren Beschlußverfahren war die Beschwerde eines Versicherungsnehmers zu behandeln, der die Minderung des Rückkaufswertes um Abschlußkosten durch den Versicherer (zugleich Beklagte) für die vorzeitig gekündigte (private) Lebensversicherung nach dem Zillmerverfahren bemängelte²⁵. Die Beschwerde wurde mangels ihrer grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedeutung und unter Hinweis des Gerichtes auf seine Rechtsprechung vom 26.7.2005, auf die Urteile des BGH vom 12.10.2005 (s.o.) sowie vor dem Hintergrund der geringen (!) materiellen Bedeutung der

13 Langohr-Plato, Betriebliche Altersversorgung, 3. Auflage, Rz. 265 m.w.N.; Kemper/Kisters-Kölkes/Berenz/Bode/Pühler, BetrAVG Kommentar, 2. Auflage, S. 146, Rz. 410 ff.; Hartsoe, BetrAV 2005 S. 630; a.A. Ahrend/Förster/Rühmann, Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, Kommentar, 10. Auflage, S. 24 Rz. 22.
14 LG Stuttgart a.a.O. (Fn. 11), unter II Ziff. 3 der Gründe.
15 A.a.O. (Fn. 11).
16 BGH vom 12.10.2005 – IV ZR 162/03, IV ZR 177/03, a.a.O. (Fn. 10).
17 BGH vom 12.10.2005 – IV ZR 245/03, III Ziff. 1 der Gründe.

18 Mit Hinweis auf BVerfG, VersR 2005 S. 1127 (1134).
19 BGH vom 12.10.2005 – IV ZR 245/03, IV Ziff. 2 ff der Gründe.
20 S.o. A.V. und Fn. 4.
21 BGH vom 9.5.2001 – IV ZR 121/00 (vgl. BetrAV 2001 S. 795) und IV ZR 138/99.
22 BVerfG vom 26.7.2005 – 1 BvR 80/95 (vgl. BetrAV 2005 S. 583), 1 BvR 782/94, 1 BvR 957/96.
23 BVerfG vom 26.7.2005 – 1 BvR 80/95 –, a.a.O. (Fn. 22).
24 BVerfG vom 26.7.2005 – 1 BvR 782/94, 1 BvR 957/96.
25 BVerfG, Beschluß vom 15.2.2006 – 1 BvR 1317/96 –, BetrAV 2006 S. 282.

zusätzlich beanspruchten Rückvergütung für den Beschwerdeführer nicht zur Entscheidung angenommen.

Der ausführlichen Darlegung des Parteivortrages des BVerfG in dieser abgelehnten Beschwerdesache kann aber insoweit entnommen werden, daß für die Bewertung der Zillmerung und der Belastung von Verträgen mit Abschluß- und Vertriebskosten hier die Gründe der oben genannten BGH-Entscheidungen maßgeblich sind. Mit Verweis auf Art. 2 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG bestätigt das BVerfG die Rechtsprechung des BGH: „[...] der Versicherungsnehmer einer kapitalbildenden Lebensversicherung muß *erkennen können*, in welcher Höhe Abschlußkosten mit seiner Prämie verrechnet werden. Unter Berücksichtigung der Abschluß-, Verwaltungs- und Risikokosten muß die Rückvergütung bei vorzeitiger Beendigung in einem *angemessenen Verhältnis* zu den [...] gezahlten Prämien stehen. Es widerspricht dem Ausgleich der Interessen verschiedener Gruppen von Versicherten, wenn Abschlußkosten in überproportionaler Weise den Neuversicherungsnehmern auferlegt werden, die den Vertrag vorzeitig beenden“²⁶. Diese Begründung steht nicht – auch wenn es zunächst so scheinen mag – im Widerspruch zu der Rechtsprechung des BGH (s.o.). Letztendlich stellen beide Entscheidungen den Ausgleich der Interessen aller Versicherten in den Vordergrund. Weder ist es sachgerecht, die Neuversicherungsnehmer überproportional zu belasten, noch ist es sachgerecht, vertragsbeständige Versicherungsnehmer mit Kosten zu belasten, die sie nicht verursacht haben. Allerdings läßt sich bezweifeln, ob es eine überproportionale Belastung eines Neuversicherungsnehmers darstellt, wenn er mit Kosten belastet wird, die durch die Beratung entstanden sind, die er in Anspruch genommen hat.

Nicht zuletzt aber, so das BVerfG, müsse auch berücksichtigt werden, daß – neben dem Tragen des Versicherungsrisikos – regelmäßig der (Lebens-) Versicherungsvertrag auf die Bildung von Vermögen gerichtet sei. Diese Zielsetzung dürfe nicht dadurch vereitelt werden, daß hohe Abschlußkosten in den ersten Jahren so mit der Prämie verrechnet werden, daß der Rückkaufswert unverhältnismäßig gering ist oder gar gegen Null tendiert²⁷. Damit ist auch nach diesen Entscheidungen die Zillmerung nicht verboten. Vielmehr sieht das Gericht das Erfordernis einer Modifikation bei der Verteilung der Abschlußkosten, um zugunsten des frühzeitig die Beitragszahlung einstellenden Verbrauchers, dessen gegebenenfalls zusätzliche Zielsetzung bei Vertragsschluß – nämlich die Vermögensbildung – angemessen zu beachten.

IV. Entscheidung des EFTA-Gerichtshofs²⁸

Auch auf europarechtlicher Ebene sind die Abschlußkosten von Lebensversicherungsverträgen mit einer Entscheidung des EFTA-Gerichtshofes behandelt worden²⁹.

In diesem Fall wurde die Frage nach der Zulässigkeit einer besonderen Regelung des norwegischen Versicherungsrechtes geprüft. Diese Regelung sieht vor, daß ein Lebensversicherer sofort bei Vertragsschluß die gesamten Abschlußkosten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vom Versicherungsnehmer einfordern muß (!). Damit ist in Norwegen – anders als in anderen europäischen Ländern – eine Verteilung von Abschlußkosten auf mehrere Jahre nicht möglich.

26 Ebd., Entscheidungsgründe Ziffn. 58-62.

27 Für weitere Hinweise im Zusammenhang mit den Entscheidungen des BVerfG und den bilanziellen Auswirkungen s. auch: *Geib/Engeländer*, VW 2006 S. 541 und S. 620.

28 Der EFTA-Gerichtshof ist zuständig für die Auslegung des EWR-Abkommens, soweit Fälle der Länder Island, Norwegen und Liechtenstein betroffen sind. Seine Rechtsprechung hat auch Auswirkung auf die Praxis des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaft.

29 EFTA-Gerichtshof vom 25.11.2005 – E-1/05, Volltext unter: www.eftacourt.lu/decided/cases.

Die Einführung dieser Vorgabe wurde vom norwegischen Gesetzgeber mit Verbraucherschutzwägungen (!) begründet. Der Kunde soll im Rahmen der Transparenz gleich zu Vertragsbeginn erkennen, welche Kosten mit seinem Vertrag verbunden sind³⁰. Diese Regelung wurde vom Gerichtshof als ein Verstoß gegen Art. 3 der Lebensversicherungsrichtlinie³¹ gewertet, weil sie gegen die primärrechtlich durch Art. 49 EGV gewährleistete Dienstleistungsfreiheit verstößt. Mit der jetzt geltenden nationalen Vorschrift würde ausländischen Lebensversicherungsunternehmen der Zutritt zum norwegischen Versicherungsmarkt nur dann ermöglicht, wenn sie ihre Produkte grundlegend ändern. Dies sei eine Einschränkung der europaweiten Dienstleistungsfreiheit. Nach Meinung des EFTA-Gerichtshofes sei im übrigen die Regelung geeignet, das angestrebte Ziel des Verbraucherschutzes zu erreichen. Der Verbraucher sei allein dadurch ausreichend geschützt, daß er über die Abschlußkosten informiert wird.

Es ist *Bürkle*³² in seiner Bewertung zuzustimmen, daß nationaler Regulierung in diesem Bereich Grenzen gesetzt sind. Der grenzüberschreitende Vertrieb von Versicherungsprodukten darf nicht durch eine produktbezogene Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit unangemessen behindert werden. Sowohl Gesetzgeber als auch die Gerichte (etwa im Falle ergänzender richterlicher Vertragsauslegung, s.o.) haben die europäischen Grundfreiheiten und die speziellen Richtlinienvorgaben im Versicherungssektor mit in ihre Betrachtung einzubeziehen.

C. Wortbeiträge

I. Dr. Gerhard Reinecke

Im Zusammenhang mit den Informations- und Beratungspflichten hatte Dr. *Gerhard Reinecke*, Vorsitzender Richter des 3. Senats am BAG, zum Thema Zillmerung bei Entgeltumwandlungen Stellung genommen³³. Ausgehend von dem Ziel, eine Verbesserung der Information des Versorgungsanwärters zu erreichen, formulierte *Reinecke* seine Bedenken hinsichtlich der „Zillmerung“ von Verträgen in der durch den Arbeitnehmer finanzierten betrieblichen Altersversorgung, Zitat: „Manche Lebensversicherungsverträge sehen vor, daß zunächst sämtliche Vertriebs- und Abschlußkosten vollständig getilgt werden, bevor die Beiträge zum Aufbau eines Deckungskapitals für die Altersversorgung führen – sog. Zillmerung. Bei kürzerer Laufzeit des Vertrages gehen dann unter Umständen sogar alle Beiträge verloren – ein erhebliches Risiko für den Arbeitnehmer. Die besseren Gründe sprechen dafür, daß derartige Vertragsgestaltungen zumindest im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung nach § 307 Abs. 1 BGB unzulässig sind. Der Arbeitnehmer ist so zu stellen, wie er stünde, wenn der Arbeitgeber einen ungezillmernten Tarif gewählt hätte.“

Reinecke bemängelt in seiner Argumentation die Wirkung dieser Tarifgestaltung – nämlich, daß unter Umständen bei kürzerer Laufzeit nur ein geringes oder gar kein Deckungskapital zur Verfügung steht. Daraus folgt: Wird ein Tarif gewählt, der beispielsweise durch reduzierte Abschluß- und Vertriebskosten (wie sie eben durchaus üblich im Kollektivgeschäft der betrieblichen Altersversorgung sind³⁴) bereits zu einem sehr frühen Zeitpunkt ein angemessenes Deckungskapital bereitstellen kann, spricht zumindest aus diesem Grunde nichts gegen das Zillmerverfahren bzw. die volle Belastung mit (dann reduzierten) Kosten zu Vertragsbeginn.

30 VersR 2006 S. 249 mit Anmerkung *Bürkle*.

31 RL 2002/83/EG vom 5.11.2002.

32 A.a.O. (Fn. 29).

33 RdA 2005 S. 129 = BetrAV 2005 S. 614.

34 Vgl. dazu auch Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen, R 3/94 vom 10.11.1994.

Bereits ein Jahr später wird mit einer weiteren Veröffentlichung³⁵ aus dem bis dato noch mit einer Spur des Zweifels formulierten Einwand gegen die bisherige Regelung ein apoktisches Fazit, Zitat: „Entgeltumwandelungsvereinbarungen, die gezellmerte Tarife vorsehen, sind unwirksam.“ Dafür werden im wesentlichen zwei Gründe ins Feld geführt: Zum einen unterliegen Entgeltumwandelungsvereinbarung ebenso wie auch der Versicherungsvertrag einer Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB. Zum zweiten verstoßen, so *Reinecke*, gezellmerte Tarife gegen das Wertgleichheitsgebot (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG).

Die §§ 305 ff. BGB entfalten ihre Wirkung auch auf das arbeitsrechtliche Vertragsverhältnis. Der Arbeitnehmer wird wie ein Verbraucher betrachtet. Im Falle des § 307 Abs. 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, die den Vertragspartner (Arbeitnehmer) des Verwenders (Arbeitgeber) entgegen dem Grundsatz von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Im übrigen sind jedoch die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten zu berücksichtigen (§ 310 Abs. 4 S. 2 BGB).

Hier muß zweierlei beachtet werden: Auch im Arbeitsrecht gilt der Grundsatz der Privatautonomie. Der Arbeitnehmer fällt gerade im Rahmen der Wahrnehmung seines Rechtes auf Entgeltumwandlung nach § 1a BetrAVG eine autonome Entscheidung³⁶, die auf die Umwandlung von Entgelt zugunsten einer Anwartschaft auf Altersversorgung gerichtet ist, was inzwischen in aller Regel in Verbindung mit einem Versicherungsvertrag geschieht. Nur wenn der Arbeitnehmer aktiv diesen Willen bekundet, kann überhaupt ein solcher Vertrag zustande kommen. Wird dem Arbeitnehmer vor Vertragsschluß und neben den üblichen mündlichen und schriftlichen Informationen zu seiner Altersversorgung (insbesondere auch zu den Folgen von frühzeitigem Arbeitgeberwechsel) eine Berechnung des Versicherers über den Verlauf bzw. die Entwicklung seiner Vertragswerte ausgehändigt, so liegen diesbezüglich alle für den Vertragsschluß wesentlichen Informationen vor. Ein Verstoß gegen die Grundsätze von Treu und Glauben kann dann nicht ernstlich in Betracht kommen³⁷.

Darüber hinaus war die Schaffung der Möglichkeit genau dieses auf den Aufbau der eigenen Versorgung gerichteten Interesses Intention des Gesetzgebers. Der Rechtsrahmen dafür findet sich in § 1a BetrAVG. Eine Vorgabe hinsichtlich der Behandlung, Ermittlung und Zuordnung von entstehenden Kosten der Versorgung enthält die Rechtsnorm (aus guten Gründen) nicht. Im Gegenteil – der Gesetzgeber hat ja durch den Willen, daß grundsätzlich die privatautonome Entscheidung auch im Arbeitsrecht („die Durchführung des Anspruches wird durch Vereinbarung geregelt“) Vorrang vor allen anderen Varianten des § 1a BetrAVG haben soll, auch den Raum dafür eröffnet, daß die Parteien selbst eine Zuordnung der Kosten der Versorgung vornehmen. Wird dem Arbeitnehmer vor Vertragsschluß eine Übersicht der Entwicklung des Wertes des Vertrages ausgehändigt oder er anderweitig darüber informiert, so wird dies vereinbarungsgemäß Vertragsbestandteil. Eine von Rechts wegen ausschließlich dem Arbeitgeber zugeordnete Kostentragung kann nicht – im Rahmen der Entgeltumwandlung schon gar nicht – sachgerecht sein.

Zweitens wird hier auch die Rechtsprechung des BGH vom 12.10.2005³⁸ zu beachten sein. In den bereits zitierten Entscheidungen wurde gerade unter *Verbrauchersichtspunkten* die grundsätzliche Zulässigkeit des Zillmerverfahrens (unter

Berücksichtigung eines Mindestrückkaufwertes) bejaht, weil es als Mittel zur Ermöglichung des Ausgleiches der Interessen aller am Vertrag Beteiligten dient.

Die in den beiden Artikeln von *Reinecke* begründete Sichtweise verkennt aber das Interesse der Arbeitnehmer, die ihren Vertrag bis zum Ende der vereinbarten Laufzeit bzw. zumindest bis kurz vor Laufzeitende einhalten. Diese Arbeitnehmer haben – wie der BGH richtig erkennt – kein Interesse an dem vollständigen Wegfall der Verrechnung (der Prämie) mit den Abschlußkosten. Dies würde diese Versicherungsnehmer im Ergebnis belasten, weil die Überschüsse dadurch vermindert würden. Profitieren würden folglich von einem Fortfall der Verrechnung der Abschlußkosten mit der Prämie im wesentlichen die Versicherungsnehmer, die den Vertrag vorzeitig auflösen oder beitragsfrei stellen. Hier ist ein gerechter Interessenausgleich notwendig. Eine Forderung nach einem Verbot der Zillmerung in der Entgeltumwandlung mit dem Ziel, die frühzeitig den mit der Entgeltumwandlung verbundenen Versicherungsvertrag beendenden Arbeitnehmer besser zu stellen, wägt das Partikularinteresse dieser Arbeitnehmergruppe schwerer als das Interesse der übrigen am Versorgungswerk Beteiligten.

Ein weiterer Gesichtspunkt ist bedeutsam: Der den Entgeltumwandelungsvertrag beratende Außendienst hat durch seine erbrachte Arbeitsleistung einen Vergütungsanspruch gegen den Versicherer. Dabei lassen sich m.E. durchaus auch Gründe für einen *erhöhten* Vergütungsanspruch (sprich: höheren Provisionsanspruch) finden. Beispielsweise ist die Beratung in der betrieblichen Altersversorgung wegen der gewichtigen arbeits-, steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Implikationen grundsätzlich aufwendiger und komplexer als eine Beratung zur privaten Lebensversicherung. Hinzu treten versicherungstechnische Besonderheiten, wie z.B. Richtlinien für das Kollektivgeschäft, Tarifbesonderheiten, veränderte Risikoprüfung und Annahmebedingungen. Ferner muß der Berater hier zweimal eine Beratungsleistung erbringen. Zunächst ist der Arbeitgeber vom Modellansatz zu überzeugen. Ist dies gelungen, ist im Anschluß der Arbeitnehmer zu beraten. Dagegen stehen sicherlich Gründe, die gegen einen erhöhten Vergütungsanspruch stehen, wie zum Beispiel das i.d.R. deutlich größere Beitragsvolumen, das im Kollektivgeschäft durch eine Vielzahl von zu versorgenden Arbeitnehmern zugeführt wird.

Hier darf auch nicht übersehen werden, daß nachweislich der gesetzgeberische Zweck einer Förderung der Verbreitung der Entgeltumwandlung durch den Einsatz von Beratern, die individuelle Beratungsleistungen erbringen, erheblich besser erreicht wird. Die Durchdringungsquoten bzw. die Akzeptanz von Entgeltumwandlungsmodellen im Unternehmen sind grundsätzlich dort höher, wo eine Beratung der Mitarbeiter erfolgte. Diese Beratung kostet Geld.

Entsprechend dieser Gründe hat der Versicherer die für die erbrachte Leistung vereinbarte Vergütung an den Vermittler zu zahlen. Entfiele die Möglichkeit der – wie *Reinecke* dies implizit fordert – kurzfristigen Verrechnung der Abschlußkosten mit der Prämie, so muß der Versicherer auf andere Finanzierungsinstrumente zurückgreifen, um den Vergütungsanspruch erfüllen zu können. Werden beispielsweise die Vertriebskosten vorfinanziert, so wird man hier einen angemessenen Zins zu berücksichtigen haben. Diese Zinskosten sind auf alle Verträge umzulegen, mithin also auch hier jene Versicherungsnehmer/versicherten Personen benachteiligt werden, die ihre Verträge bis zum vereinbarten Ende aufrechterhalten, weil sie mit Kosten belastet werden, die nicht durch sie verursacht werden. Auch hier ist ein Interessenausgleich zwischen den berechtigten Interessen der Beteiligten notwendig.

35 *Reinecke*, DB 2006 S. 555.

36 Vgl. *Reichel/Heger*, Betriebliche Altersversorgung – Ein Grundriß, 2002, S. 71, Rz. 288.

37 Vgl. hierzu auch *Langohr-Plato*, a.a.O. (Fn. 13), S. 369, Rz. 1492 ff. 38 A.a.O. (Fn. 10).

Auch die Frage nach einem möglichen Verstoß gezielter Tarife in der Entgeltumwandlung gegen das Gebot der Wertgleichheit (§ 1 Abs. 2 S. 3 BetrAVG) enthält Aspekte, die nicht angemessen berücksichtigt zu sein scheinen. Das Betriebsrentenrecht fußt bei der Berechnung von Anwartschaften in weiten Teilen auf versicherungsmathematischen Grundsätzen. Selbst für den zunächst „finanzierungsfreien“ Durchführungsweg der Pensionszusage gelten hinsichtlich der Berechnungsmethodik zur Rückstellungsbildung versicherungsmathematische Grundsätze. Der Gesetzgeber macht diese Grundsätze also zu einem tragenden Element der betrieblichen Altersversorgung. Es ist nicht ersichtlich, warum dies nicht auch für den Bereich der Entgeltumwandlungen gelten soll. Immerhin war denn auch mit dem Rentenreformgesetz 1999 während des Gesetzgebungsverfahrens vorgesehen, die Entgeltumwandlung nur nach versicherungsmathematischen Grundsätzen zuzulassen³⁹. Letztendlich wurde diese explizite Regelung jedoch zugunsten einer gesonderten Regelung der Entgeltumwandlung fallen gelassen. Unbesehen spielen aber auch für die Umrechnung der gewandelten Entgeltteile in Versorgungsleistungen die Regeln der Versicherungsmathematik eine entscheidende Rolle⁴⁰. Somit sind grundsätzlich für die Entgeltumwandlung versicherungsmathematische Grundsätze anwendbar. Dann jedoch ist es nur folgerichtig, wenn die in der Versicherungskalkulation geltenden Grundsätze, u.a. eben das Zillmerverfahren, zur Anwendung gelangen. Im Rahmen des betriebsrentenrechtlichen Wertgleichheitsgebotes kann den Arbeitgeber also in erster Linie nur die Pflicht treffen, umgewandelte Entgeltteile vollständig der Versorgung des Mitarbeiters zuzuführen. Der Arbeitgeber kann keine Verantwortung für die Kalkulation des Versicherers tragen. Ihn (den Arbeitgeber) trifft hier nur die Verantwortung der nach billigem Ermessen durchzuführenden Auswahl eines geeigneten Versicherungsunternehmens und -tarifes.

II. Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski

Ausführlicher dem Thema Tarifwahl und -wechsel gewidmet hat sich auch *Schwintowski*⁴¹. Zu den Kernthesen seiner Ausführungen zählt zum einen der Hinweis auf die Diskriminierung häufiger den Arbeitsplatz wechselnden Arbeitnehmer. Hier führe die Zillmerung zu einem deutlich langsameren Anstieg des Rückkaufwertes. Dies sei als Verstoß gegen die mit § 1a Abs. 1 S. 5 BetrAVG vorgesehene Flexibilisierung zu werten. Überdies seien eben wegen dieses Verstoßes und der damit verbundenen Benachteiligung des Arbeitnehmers auch Pensionskassentarife unter aufsichtsrechtlichen Gesichtspunkten (§ 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, 1. Alternative) nicht zu genehmigen.

Grundsätzlich ist *Schwintowski* zuzustimmen, wenn er feststellt, daß gezielte Verträge einen langsameren Wertaufbau als ungezielte Verträge vorweisen. Allerdings ist diese Sichtweise wieder nur auf das Partikularinteresse des frühzeitig wechselnden Arbeitnehmers gerichtet. Nicht in Betracht gezogen werden die ebenfalls berechtigten Interessen der verbleibenden Arbeitnehmer und diejenigen des Versicherers. Wenn – wie dies die positive Entwicklung der versicherungsgebundenen betrieblichen Altersversorgung in den letzten Jahren zeigt – Entgeltumwandlung aus gutem Grunde verstärkt über diese Form der Finanzierung und Sicherung der Versorgungsmittel durchgeführt wird, dann dürfen auch die typischen Kalkulationseffekte (ebenso wie die Absicherung biometrischer Risiken und der gewünschte Garantiezins) nicht außer Betracht gelassen werden. Daß

die Zillmerung von Verträgen auch im Arbeitsrecht zulässig ist, kann schon dem versicherungsvertraglichem Verfahren (in der aktuellen Fassung des § 2 Abs. 2 S. 4 und 5 BetrAVG) entnommen werden. Diese Regelung ist erstaunlicherweise jahrzehntelang im Arbeitsrecht unbeanstandet geblieben⁴². Entscheidend muß also vielmehr sein, daß der Arbeitnehmer richtig beraten und über die Risiken vorzeitiger Vertragsbeendigungen bzw. Beitragsfreistellungen informiert wird – getreu dem Motto, daß nur der mündige Bürger eine autonome Entscheidung fällen kann. Wird dem Arbeitgeber, dem Versicherer oder dem langfristig seinen Vertrag fortführenden Arbeitnehmer ein Risiko finanzieller Bürden von persönlichen Lebensplan-Entscheidungen des frühzeitig wechselnden Arbeitnehmers auferlegt, so hat kein angemessener Interessenausgleich stattgefunden.

Ferner begründet *Schwintowski* die Unzulässigkeit von Zillmerung mit dem Rahmen der in § 1a Abs. 1 S. 5 BetrAVG normierten Flexibilisierung des Arbeitnehmers (dieser muß sich auf Verlangen des Arbeitgebers für die Dauer eines Jahres zur Wandlung gleich bleibender monatlicher Beträge verpflichten). Ob damit allerdings gemeint ist, daß der Arbeitnehmer tatsächlich das Recht hat, jedes Jahr den Betrag zur Entgeltumwandlungsvereinbarung der Höhe nach neu „festzusetzen“, läßt sich zumindest dem Wortlaut des Gesetzes nicht entnehmen. Andererseits spricht der Wortlaut des § 1a Abs. 1 S. 4 und 5 BetrAVG dafür, daß dies *möglich* ist. In beiden Sätzen wird von einem Jahr als Bezugszeitraum für die umzuwandelnden Entgeltteile gesprochen. Daraus läßt sich schließen, daß der Arbeitnehmer nach Ablauf eines Jahres den bislang gewandelten Entgeltteil auch – soweit keine generellen Ausschlusskriterien vorliegen – neu variieren darf bzw. im Zweifel eben gar kein Entgelt wandelt⁴³. Auch die gesetzliche Systematik des § 1a Abs. 1 S. 1 BetrAVG spricht dafür, daß sich der Anspruch des Arbeitnehmers auf Entgeltumwandlung der Höhe nach jährlich ändern darf. Die Begrenzung des Anspruches des Arbeitnehmers auf 4% der jeweils gültigen Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung bedingt i.d.R. – zumindest dann, wenn die Vereinbarung auf die volle Ausschöpfung dieses Prozentsatzes gerichtet ist – auch eine Veränderung der Höhe des umgewandelten Entgeltteiles⁴⁴.

Andererseits ist in diesem Zusammenhang fraglich, wie der in § 1a Abs. 1 S. 5 BetrAVG enthaltene Anspruch des Arbeitgebers auf angemessenen Verwaltungsaufwand zu verstehen ist. Dem Wortlaut nach hat der Arbeitgeber – wohl ausgleichsweise für den Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf Entgeltumwandlung – einen Anspruch auf verwaltungsvereinfachende Umsetzung der Entgeltumwandlung. Würde der Arbeitnehmer tatsächlich nach Gusto jährlich den Betrag neu „festsetzen“ können, bedeutete dies in einem Unternehmen mit 1.000 Mitarbeitern und einer Durchdringungsrate bei Entgeltumwandlung von 60% im Extremfall, daß jährlich 600 Vereinbarungen neu zu regeln sind. Die entsprechende Verwaltungsbelastung (Verteilung der Formulare, Einsammlung und Zeichnung derselben, Weitergabe der Informationen an den Versicherer, Bearbeitung von Rückfragen und Sonderwünschen etc.) hat die Personalstelle des Arbeitgebers zu tragen. Der Hinweis *Schwintowskis*, daß bereits die Auslagerung der Durchführung auf Direktversicherung, Pensionskasse und -fonds dazu führt, daß der Arbeitgeber kaum Verwaltungsaufwand hat, überzeugt deshalb nicht. Im übrigen steht einem alljährlichen Änderungsverlangen des Arbeitnehmers möglicherweise auch § 1a Abs. 1 S. 2 BetrAVG entgegen: Die Durchführung des Anspruchs wird durch Vereinbarung geregelt. Beide Parteien müssen sich folglich auf

³⁹ Hanau/Arteaga, Gehaltsumwandlung zur betrieblichen Altersversorgung, 1999, S. 30, Rz. 65 ff.

⁴⁰ Kemper/Kisters-Kölkes/Berenz/Bode/Pühler, a.a.O. (Fn. 13), S. 147, Rz. 412 ff.

⁴¹ Schwintowski, Schutzlücken in der betrieblichen Altersversorgung, www.vur-online.de/beitrag/52.html.

⁴² Vgl. Langohr-Plato, a.a.O. (Fn. 13), S. 370, Rz. 1494.

⁴³ Vgl. ebd.

⁴⁴ Vgl. Reichel/Heger, a.a.O. (Fn. 36), S. 69, Rz. 281.

eine für *beide* akzeptable Form der Durchführung einigen. Es stellt sich also auch die Frage, ob dem Arbeitgeber dann, wenn der Verwaltungsaufwand für ihn unangemessen hoch zu werden droht, ein Verweigerungsrecht zusteht, sich mit dem Arbeitnehmer auf die Entgeltumwandlung zu vereinbaren oder ob der Arbeitgeber insoweit unter Kontrahierungszwang steht. Dann würde allerdings die Regelung des Satzes 5 ohne praktische Wirkung bleiben. Dem Anspruch auf entsprechende Förderung der Altersversorgung und Flexibilität des Arbeitnehmers steht der Anspruch des Arbeitgebers gegenüber, die Gestaltung so verwaltungsarm wie möglich zu organisieren. Man wird beide Interessen gegeneinander abzuwägen haben. Die Norm kann durchaus auch als Verwaltungsvereinfachungsgebot verstanden werden.

Weiter hält *Schwintowski* die Zillmerung bei Entgeltumwandlung in der betrieblichen Altersversorgung deshalb für nicht statthaft, weil die Beitragssumme („Gesamtprämie“) bei Vertragsschluß nicht bekannt ist. Hier ist nicht klar, auf welche Regelung *Schwintowski* abzielt. Möglicherweise auf das Zillmerverfahren (§ 4 DeckRV) selbst. Wäre dem so, dann könnte dem Argument zufolge bei Entgeltumwandlungsverträgen grundsätzlich keine Deckungsrückstellung berechnet werden (es sei denn, die Kalkulation erfolgt auf Basis eines laufenden Einmalbeitrages). Dieses Ergebnis wäre absurd. Im Gegenteil: Der Versicherer kann das Zillmerverfahren schon allein deshalb anwenden, weil er auch bei einem im Rahmen von Entgeltumwandlung zustande gekommenen Versicherungsvertrag zunächst einmal – dem Grundsatz *pacta sunt servanda* folgend – davon ausgehen darf, daß der Vertrag aufrechterhalten und eine durchgehende Prämienzahlung erfolgen wird. Die typischen, zu Vertragsänderungen führenden Unwägbarkeiten werden dann stets im Bedarfsfall zu einer Adjustierung der Deckungsrückstellung führen. Nichts anderes gilt für die Entgeltumwandlung.

Andererseits, so *Schwintowski* weiter, enthält für den Bereich der privaten Altersvorsorgeverträge („Riester-Verträge“) § 1 Abs. 1 Nr. 8 AltZertG die Vorschrift, daß Abschluß- und Vertriebskosten über einen Zeitraum von mindestens zehn Jahren zu verteilen sind (die aktuelle Fassung dieser Norm des AltZertG sieht hier nur mehr einen Zeitraum von fünf Jahren vor). Dabei wird argumentiert, daß mit dieser Regelung der Gesetzgeber das Problem der Zillmerung erkannt und überwunden habe. Diesem Gedanken widerspricht allerdings die bereits ausgeführte gesetzliche Regelung zum versicherungsvertraglichen Verfahren in der Direktversicherung und Pensionskasse.

Auch kann der Meinung nicht zugestimmt werden, es sei wohl für den Gesetzgeber selbstverständlich, daß die Zillmerung in der Entgeltumwandlung ein systemfremder Faktor ist. Dies folgert *Schwintowski* aus einer Infobroschüre des BMGS, in der darauf hingewiesen wird, daß bei betrieblicher Altersversorgung keine individuellen Abschlußprovisionen wie bei einer privaten Rentenversicherung anfallen. Das ist auch dem Grunde nach richtig – wird doch die betriebliche Altersversorgung eben i.d.R. im Rahmen von Kollektivtarifen der Versicherer eingerichtet. Dabei werden geringere Abschluß- und Vertriebskosten in den Vertrag eingerechnet, also eben andere Kosten, als in einen privaten, individuell zu kalkulierenden Vertrag üblicherweise eingerechnet werden. Keineswegs ist diese Erkenntnis des Ministeriums also ein Hinweis auf eine vermeintliche Einsicht in mangelnde Systemkonformität der Zillmerung in der Entgeltumwandlung, sondern sie entspricht der üblichen versicherungsmathematischen Kalkulation. Die Erkenntnis, daß Abschluß- und Vertriebskosten wesentlicher Bestandteil der Kalkulation eines Versicherungsvertrages sind, läßt sich im übrigen auch dem Verweis in der Broschüre „Betriebliche Altersversorgung“, S. 5 der Deutschen Rentenversicherung Bund entneh-

men⁴⁵. Dort wird ausdrücklich auf die wichtigsten Vorzüge der Betriebsrente verwiesen, unter anderem: „[...] Die Verwaltungs- und Abschlußkosten sind teilweise günstiger, weil sie auf eine größere Personengruppe verteilt sind [...].“ Damit wird sowohl die Existenz als auch die Zulässigkeit von der Belastung eines Vertrages mit Abschlußkosten zu Vertragsbeginn grundsätzlich anerkannt.

D. Alternativen

Der Schwerpunkt der Suche nach Alternativen wird von einem gerechten Ausgleich der Interessen zwischen den Beteiligten eines Versorgungswerkes angetrieben. Ausdrücklich kann bei Vereinbarung von Entgeltumwandlungen nicht nur das einzelne Interesse des frühzeitig die Beitragszahlung beendenden Arbeitnehmers berücksichtigt werden, sondern es ist auf das Gesamtinteresse aller Beteiligten abzustellen. Dazu gehören – neben einem frühzeitig seinen Versicherungsvertrag beendenden oder beitragsfrei stellenden Arbeitnehmer – auch alle übrigen Arbeitnehmer, die ihre Vereinbarung langfristig aufrechterhalten. Aber auch der Arbeitgeber und – wie bei Entgeltumwandlung inzwischen häufig üblich – das Versicherungsunternehmen sind mit ihren Interessen zu berücksichtigen. Ein solcher gerechter Ausgleich ist naturgemäß immer mit großen Schwierigkeiten und gewissen Unwägbarkeiten verbunden.

Den Versuch eines ausgewogenen Ansatzes hat sicher der BGH formuliert. Das Zillmerverfahren entspricht grundsätzlich dem Interesse aller am Vertrag Beteiligten. Zu beanstanden ist die nicht transparente Darstellung von nachteiligen Folgen der Zillmerung bei Kündigung oder Beitragsfreistellung. Hier sind vor Vertragsschluß alle relevanten Informationen an den Arbeitgeber und/oder –nehmer auszuhändigen oder im Beratungsgespräch zu erläutern und zu protokollieren.

Um zu erreichen, daß der Arbeitnehmer grundsätzlich frühzeitig einen angemessenen Vertragswert („Mindestwert“) aufbaut, sollten – soweit nicht besondere Umstände dagegen sprechen und eine versicherungsförmige oder -gebundene Lösung eingerichtet wird – ausschließlich echte Kollektivverträge in der Entgeltumwandlung eingesetzt werden (besondere Umstände könnten zum Beispiel sein: zu kleines Kollektiv, besonderer sonstiger Aufwand in der vorvertraglichen Beratungsphase u.ä.). Damit wird dem gewichtigen Argument eines möglicherweise schrumpfenden Versorgungsvermögens des Arbeitnehmers, der häufig seinen Arbeitsplatz wechselt, Rechnung getragen. Das Zillmerverfahren kann so weiterhin eingesetzt werden, der beratende Vermittler erhält eine angemessene Vergütung seiner Tätigkeit, und der Arbeitnehmer bildet frühzeitig einen angemessenen Wert für seine Versorgung bei gleichzeitiger verursachergerechter Kostentragung.

Wird das jetzige Zillmerverfahren so geändert, daß die frühzeitige Tilgung der Abschlußkosten über die Prämie nicht mehr möglich ist, kommt für den Versicherer eine Vorausfinanzierung der vor bzw. bei Vertragsschluß entstehenden Kosten in Betracht (siehe Abschnitt A.IV.). Hier ist allerdings – auch aus Verbrauchersicht – beachtlich, daß dieses Verfahren für den seinen Vertrag fortführenden Verbraucher (Arbeitnehmer) wirtschaftlich voraussichtlich ungünstiger wird. Die Finanzierungskosten eines Produktes oder einer Dienstleistung werden nur dadurch gemindert, daß ihre Tilgung möglichst früh und möglichst hoch beginnt. Diese Erfahrung dürfte vielen aus dem Kauf bzw. der Finanzierung einer Immobilie vertraut sein. Zu Beginn der Finanzierung machen Zinsen den größten Teil des annuitätischen Finan-

⁴⁵ Zu beziehen bei: www.deutsche-rentenversicherung-bund.de/publikationen, Betriebliche Altersversorgung 1. Auflage (01/2006).

zierungsbetrages aus. Werden diese ratierlich über die gesamte Laufzeit zurückgeführt, so müssen die noch nicht getilgten Kosten aus Eigenmitteln des (Versicherungs-) Unternehmens beglichen werden. Dessen Eigenkapitalkosten sind jedoch hoch, da das Unternehmen als Eigenkapitalgeber einen Risikozuschlag erheben wird. Diese (Vor-) Finanzierungskosten werden aber auf den Kunden umgelegt. Dadurch wird das Produkt teurer⁴⁶. Dieser betriebswirtschaftlichen Mechanik kann sich auch der Versicherungskunde (bzw. eben im Falle der Entgeltumwandlung der Arbeitnehmer) nicht entziehen. Für Beratungskosten, die an das Versicherungsunternehmen zu leisten sind, gilt eben diese Mechanik genauso wie für den Hauskauf.

E. Fazit

Zillmerung ist – auch im Arbeitsrecht – erlaubt und wird einstweilen, zumindest bis zur VVG-Reform und unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung, bestehen bleiben. Ob man Tarife, bei denen eine Verteilung von Kosten auf fünf Jahre erfolgt – gesetzt den Fall, der VVG-Reformentwurf wird in der bekannten Fassung in geltendes Recht gegossen – als „ungezillmerte“ Tarife bezeichnen mag, ist vielleicht Ansichtssache. Immerhin wird auch bei diesem Modus und letztendlich nur zum Wohle des frühzeitig seinen Vertrag beendenden oder beitragsfrei stellenden Arbeitnehmers/Verbrauchers hier die Kostenbelastung von bisher ein bis zwei Jahre auf eben fünf Jahre gestreckt. Die sicher nicht sachgerechte Verteilung aller Kosten auf die gesamte Laufzeit findet nicht statt.

Insbesondere kann aber einer grundsätzlichen „Unwirksamkeit von Zillmerung im Rahmen der Entgeltumwandlung“ nicht zugestimmt werden. Die kritischen Äußerungen der Rechtsprechung bzw. einzelner zielen im wesentlichen auf die fehlende, mangelhafte oder mißverständliche Information der Verbraucher und Arbeitnehmer zur Berechnung von Abschluß- und Vertriebskosten, zur Darstellung von Nachteilen, die mit der Kündigung oder Beitragsfreistellung von Verträgen verbunden sind sowie – im Fall der Kündigung – von Rückkaufswerten ab. Einen ausgeglichenen Weg zur Wahrung der Interessen aller Beteiligten hat hier der BGH in seinen Entscheidungen aus 2005 gewiesen.

Prämien sind in der Lebensversicherung aus betriebswirtschaftlicher Vernunft und aufsichtsrechtlich nach § 11 VAG *zwingend* so zu kalkulieren, daß das Versicherungsunternehmen allen seinen Verpflichtungen nachkommen kann. Damit liegt den vertragsrechtlichen Vorschriften wohl eher die Vorstellung zugrunde, daß die Abschlußkosten in die Prämienkalkulation mit einfließen. Würde der jetzige Verrechnungsmodus der Abschlußkosten vollständig entfallen, würden die Versicherungsnehmer im Ergebnis auch nicht entlastet. Überschüsse würden vermindert und damit im wesentlichen die Versicherungsnehmer belastet, die den Vertrag bis zum Ende aufrechterhalten. Begünstigt würden dagegen nur die Versicherungsnehmer, die den Vertrag nach kurzer Laufzeit kündigen oder beitragsfrei stellen. Damit wird einem tragenden Element im Versicherungsrecht, nämlich jenem der Risikogemeinschaft, nicht genügend Rechnung getragen. Das Zillmerverfahren entspricht also grundsätzlich dem Interesse aller am Vertrag Beteiligten.

⁴⁶ Vgl. auch: www.gdv.de/Themen/Recht_und_Gesetz/Hintergrundinformationen/Versicherungsvertragsgesetz/inhaltsseite470.html, Online-Abruf vom 23.4.2006.