

## Entgeltumwandlung in der betrieblichen Altersversorgung – Risiken für Arbeitnehmer, Handlungsdruck für Arbeitgeber

*Dr. Jasper Mauersberg, Rechtsanwalt, Hannover*

### I. Einleitung

Seitdem § 1 a BetrAVG einen Rechtsanspruch der Arbeitnehmer auf Entgeltumwandlung zur Durchführung einer betrieblichen Altersversorgung begründet, wurde eine Vielzahl von Verträgen abgeschlossen, die insbesondere bei Beendigung oder Suspendierung des Arbeitsverhältnisses zu Problemfällen werden können, was bereits in der Literatur<sup>1</sup> behandelt wurde. Dass es sich dabei nicht nur um potentielle Risiken für Arbeitgeber handelt, zeigt nach einem jüngeren Urteil des ArbG Stuttgart<sup>2</sup> die aktuelle Entscheidung des LAG München<sup>3</sup>, die bereits zu einem Anerkenntnis eines Arbeitgebers in einem gleich gelagerten Verfahren vor dem ArbG Hamburg geführt hat<sup>4</sup>.

Die Probleme für Arbeitnehmer und Arbeitgeber resultieren aus den oft nur sehr niedrigen Rückkaufswerten der Pensionskassen- oder Versicherungsverträge und den geringen Leistungen, die gewährt werden, wenn der Vertrag nicht wie geplant mit laufender Beitragszahlung zu Ende geführt wird. Häufig wird dies zu einem bösen Erwachen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber führen, wenn nicht schon vor Vertragsabschluss geprüft wurde, welche Leistungen der Arbeitnehmer in diesen Fällen für sein umgewandeltes Arbeitsentgelt von der Pensionskasse oder Versicherungsgesellschaft zu erwarten hat. Da das Schicksal des jeweiligen Vertrages an den Bestand des Arbeitsverhältnisses und an den Anspruch auf Zahlung laufenden Arbeitsentgeltes gekoppelt ist, kann es bei einer Vielzahl der Verträge zu solchen Problemen kommen, so dass in der Presse bereits

angekündigt wurde: „Unternehmen drohen Milliardenklagen“<sup>5</sup>. Ursache der Probleme ist, dass viele Anbieter solcher Versicherungen bei der Berechnung der Rückkaufswerte die sog. Zillmerung anwenden, was kurz gesagt bedeutet, dass die anfangs gezahlten Beiträge in voller Höhe dazu verwendet werden, Abschlusskosten (insbesondere die Vertriebsprovisionen) abzudecken. Mit dieser Berechnungsmethode hat sich der BGH bereits mehrfach kritisch beschäftigt und die von den Lebensversicherern dafür verwendeten Klauseln wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot für unwirksam erklärt<sup>6</sup>.

Das LAG München hat in dem von ihm entschiedenen Fall die Entgeltumwandlungsvereinbarung für unwirksam erachtet, weil die Zillmerung dem Gebot der Wertgleichheit widerspräche und der Arbeitnehmer durch die vereinbarte Zillmerung unangemessen benachteiligt werde. Im konkreten Fall werde zudem noch der Grundsatz der Portabilität von Versorgungsanwartschaften (§ 4 BetrAVG) unterlaufen, weil die zur Rückdeckung abgeschlossene Lebensversicherung nicht privat fortgesetzt werden konnte<sup>7</sup>.

Außer einer zu niedrigen Leistung bei Vertragskündigung oder Beitragsfreistellung und den weiteren vom LAG München angesprochenen Rechtsfragen gibt es im Zusammenhang mit einer Entgeltumwandlungsvereinbarung noch diverse andere Probleme, die nachfolgend an Hand des vor das ArbG Hamburg gebrachten Falles erläutert werden, der eine typische Konstellation aufweist.

### II. Praxisfragen

#### 1. Typische Fallkonstellation

Der Arbeitnehmer vereinbarte im Jahr 2004 mit seinem Arbeitgeber eine Entgeltumwandlung zu Gunsten einer Pensionskassenversorgung. Der Arbeitgeber hatte mit der Pensionskasse eines großen Versicherungskonzerns eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen, nach der durch den Arbeitgeber zu Gunsten der Arbeitnehmer als versicherten Personen

<sup>1</sup> *Reinecke*, Schutz des Arbeitnehmers im Betriebsrentenrecht: Informationspflichten des Arbeitgebers und Kontrolle von Versorgungsvereinbarungen, DB 2006 S. 555; *Doetsch*, Auskunfts- und Informationspflichten von Arbeitgeber und externem Versorgungsträger bei der betrieblichen Altersversorgung, BetrAV 2003, 48; *Schwintowski*, Schutzlücken in der betrieblichen Altersversorgung, VuR 2003, 327.  
<sup>2</sup> ArbG Stuttgart vom 17. 1. 2005 – 19 Ca 3152/04 – BetrAV 2005, 692 = VuR 2005, 348.  
<sup>3</sup> LAG München vom 15. 3. 2007 – 4 Sa 1152/06 – VersR 2007, 968 = DB 2007, 1143.  
<sup>4</sup> ArbG Hamburg vom 11. 5. 2007 – 25 Ca 28/07.

<sup>5</sup> Focus-Online vom 3. 5. 2005; *Diller*, Alles gezillmert oder was?, FA 2007, 193.

<sup>6</sup> BGH vom 9. 5. 2001 – IV ZR 121/00 – VersR 2001, 841 = DB 2001, 2186 = NJW 2001, 2014; vom 12. 10. 2005 VersR 2005, 1670 = DB 2005, 2686 = NJW 2005, 3559.

<sup>7</sup> Kritisch besprechen das Urteil zu diesen Fragen *Kollroß/Frank*, DB 2007, 1146; *Neumann/Schwebe*, ZIP 2007, 981; *Cisch/Kuip*, Vereinbarung gezillmerter Tarife im Rahmen der Entgeltumwandlung unzulässig? NZA 2007, 786.

Versicherungsverträge zu vergünstigten Konditionen abgeschlossen werden konnten. Die Beratung seiner Arbeitnehmer lagerte der Arbeitgeber vollständig auf Vertriebsmitarbeiter der Pensionskasse aus, denen er dazu in den Betriebsstätten eigene Büroräume zur Verfügung stellte. Prospekte, Beratungsprogramme und Vordrucke für die Entgeltumwandlungsvereinbarung wurden von der Pensionskasse gestellt.

Das Beratungsgespräch des Arbeitnehmers mit dem Mitarbeiter der Pensionskasse fand Ende November 2004 statt. Um noch für dieses Jahr Lohnsteuer und Sozialabgaben zu sparen, unterschrieb der Arbeitnehmer die vorgefertigte Entgeltumwandlungserklärung über einen Monatsbeitrag von 206 EUR sofort. Die Versicherungspolice wurde von der Pensionskasse Mitte Dezember 2004 erstellt und über den Arbeitgeber zugesandt.

Im Sommer 2006 schied der Arbeitnehmer aus dem Betrieb aus, woraufhin die Versicherungsnehmereigenschaft auf ihn übertragen wurde. Erst dadurch wurde ihm deutlich, dass trotz des rabattierten Tarifes bei Einzahlungen von insgesamt 3.502 EUR bisher nur ein sehr geringer Rückkaufswert von rund 400 EUR aufgebaut worden war. Zudem lag die beitragsfreie Rente unter der Mindestrente, so dass eine Zwangsabfindung durch die Pensionskasse möglich gewesen wäre. Eine private Fortführung des Vertrages war für den Arbeitnehmer nicht interessant, denn bisher hatte seine Nettobelastung aus der Beitragszahlung nur bei 90 EUR pro Monat gelegen, während er nun durch das Entfallen der Steuer- und Sozialabgabenfreiheit den vollen Beitrag aus seinem Nettoeinkommen hätte zahlen müssen.

Der Arbeitnehmer, der bei Vertragsabschluss ja nur mit dem Vertriebsmitarbeiter der Pensionskasse gesprochen hatte, beschwerte sich zunächst bei dieser und verlangte die Rückzahlung seiner verlorenen Beiträge. Weil ihm dies verweigert wurde, wandte er sich an den Verfasser mit der Bitte um anwaltliche Hilfe, denn er hatte in der Presse von den Urteilen des BGH gelesen, mit denen das Zillmerungsverfahren in der bisherigen Form, also die Verrechnung der ersten Versicherungsbeiträge in voller Höhe auf die Abschlusskosten, für unwirksam erklärt worden war.

## 2. Wer ist der Gegner?

Es war nicht leicht, dem Arbeitnehmer zu erklären, dass er sich an den falschen Vertragspartner gewandt hatte. Obwohl sich der äußere Rahmen der Beratung und des Abschlusses des Versicherungsvertrages wie bei einer privaten Vorsorge darstellte und obwohl die Beiträge aus

seinem Arbeitsentgelt gezahlt worden waren, richten sich mögliche Ansprüche aus einer fehlerhaften Beratung oder intransparenten Vertragsgestaltung ausschließlich gegen den Arbeitgeber als Vertragspartner der Entgeltumwandlungsvereinbarung. Durchzusetzen sind mögliche Ansprüche vor den Arbeitsgerichten, was zur Folge hat, dass der Arbeitnehmer nach § 12 a ArbGG auch dann seine in I. Instanz anfallenden Anwaltskosten selbst zu tragen hat, wenn er erfolgreich klagt.

Ebenso schwer war es, dem Arbeitgeber zu erklären, dass er seinem Arbeitnehmer wegen einer unrichtigen Beratung oder intransparenten Gestaltung des Versicherungsvertrages haftet, obwohl er diese Dinge doch vertrauensvoll in die Hände der Fachleute eines großen Versicherungskonzerns gelegt hatte. Der Arbeitgeber war daher nicht bereit, dem Arbeitnehmer die aufgrund der Zillmerung verlorenen umgewandelten Entgeltansprüche Zug um Zug gegen Abtretung aller Rechte aus dem Versicherungsvertrag zu erstatten, so dass der Arbeitnehmer sich gezwungen sah, seinen ehemaligen Arbeitgeber zu verklagen, obwohl das Arbeitsverhältnis im besten Einvernehmen geendet hatte.

Nachdem sich der Arbeitgeber im Gütetermin noch uneinsichtig gezeigt hatte, erkannte er – offenbar nach Abstimmung mit der Pensionskasse – den Klaganspruch noch vor der Kammerverhandlung an, wodurch wohl ein weiteres mit Gründen versehenes Urteil zu Lasten der Arbeitgeber, die gezillmerte Altersversorgungsverträge angeboten haben, vermieden werden sollte.

## 3. Anspruchsgrundlagen

### a) Unwirksamkeit der Vereinbarung

Nach dem Urteil des LAG München, das sich auf Reinecke<sup>8</sup>, den Vorsitzenden des für Fragen der betrieblichen Altersversorgung zuständigen 3. Senates des BAG, stützen konnte, sind Entgeltumwandlungsvereinbarungen, die Beitragszahlungen in einen Lebensversicherungs- oder Pensionskassenvertrag mit gezillmerem Tarif vorsehen, wegen des Verstoßes gegen das Gebot der Wertgleichheit (§ 1 Abs. 2 Ziff. 3 BetrAVG) sowohl nach § 17 Abs. 3 S. 3 BetrAVG unwirksam, als auch nach § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Ziff. 1 BGB, weil die entsprechenden Vereinbarungen den Arbeitnehmer unangemessen benachteiligen und von der gesetzlichen Regelung im BetrAVG abweichen.

<sup>8</sup> Reinecke DB 2006, 555.

Die Argumentation von Kollroß/Frank<sup>9</sup>, auch im Fall einer Zillmerung sei von einer „versicherungsmathematischen Äquivalenz“ und somit von einer Wertgleichheit im Sinne von § 1 Abs. 2 Ziff. 3 BetrAVG auszugehen, vermag demgegenüber schon in Anbetracht der reinen Zahlen nicht zu überzeugen: Verbleiben dem Arbeitnehmer wie im Fall des LAG München selbst nach drei Jahren Beitragszahlung gerade einmal etwas über 10 % der eingezahlten Beträge als Rückkaufswert, fehlt es nicht nur an der Gleichwertigkeit, sondern auch an dem vom BVerfG<sup>10</sup> dem Schutzauftrag des GG unterstellten „angemessenen Verhältnis zu den bis zu diesem Zeitpunkt gezahlten Versicherungsprämien“.

Sollte der Verstoß gegen den Grundsatz der Wertgleichheit nicht zur Unwirksamkeit der Entgeltumwandlungsvereinbarung führen, so hätte der Arbeitnehmer doch jedenfalls einen Auszahlungsanspruch in Höhe des Differenzbetrages<sup>11</sup>.

Neben der Frage, in wie weit ein Verstoß gegen das Gebot der Wertgleichheit vorliegt, wird im Einzelfall zu prüfen sein, ob nicht durch die niedrigen beitragsfreien Leistungen, die nach dem Zillmerungsverfahren im Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses innerhalb der ersten Jahre nach Vertragsbeginn verbleiben, die sofortige Unverfallbarkeit für Entgeltumwandlung nach § 1 b Abs. 5 BetrAVG ausgehebelt und faktisch eine nach Art. 12 GG, § 622 Abs. 6 BGB unzulässige Betriebsbindung<sup>12</sup> erzeugt wird.

## b) Schadensersatzansprüche

### aa) Verletzung der Fürsorgepflicht

Die vor dem ArbG Hamburg erhobene Klage gegen den Arbeitgeber stützte sich auf das Urteil des ArbG Stuttgart<sup>13</sup>, das entschieden hatte:

„Im Hinblick auf den dem Arbeitnehmer insoweit möglicherweise entstehenden Schaden gebietet es die arbeitsvertragliche Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer jedenfalls im Falle der Entgeltumwandlungsvereinbarung über das Risiko, das mit dem von ihm gewählten Versicherungstarif verbunden ist, zu informieren, damit dieser den möglicherweise entstehenden

Schaden kalkulieren und ggf. von einer Entgeltumwandlung Abstand nehmen kann.“

In gleicher Weise sieht auch die Literatur eine Verpflichtung des Arbeitgebers, der seinen Arbeitnehmern ein bestimmtes Modell der betrieblichen Altersversorgung nach § 1 a BetrAVG vorgibt, den Arbeitnehmer über dessen Risiken aufzuklären<sup>14</sup>.

Dazu gehört, den Arbeitnehmer auf die im Fall der vorzeitigen Vertragskündigung nachteiligen Wirkungen einer ggf. vorgesehenen Zillmerung bei der Berechnung des Rückkaufswertes hinzuweisen. Solche Hinweise enthielten in unserem Beispielfall die Antragsformulare nicht. Diese Konsequenzen wurden vielmehr mit folgender Formulierung verschleiert: "Beim Ausscheiden werden die Ansprüche des ausgeschiedenen Arbeitnehmers gemäß § 2 Abs. 3 Satz 2 ff. BetrAVG auf die Leistungen begrenzt, die auf Grund der vereinbarten Beitragszahlung aus dem Versicherungsvertrag fällig werden." Diese Formulierung erzeugt beim Arbeitnehmer – und auch beim Arbeitgeber als Versicherungsnehmer – die irrije Vorstellung, es gäbe keine andere Berechnungsmöglichkeit, wodurch beide von der Durchsetzung bestehender Rechte abgehalten werden.

Nach der Rechtsprechung des BGH genügen solche AGB-Klauseln dem Transparenzgebot nur, wenn der Verwender die Rechte und Pflichten seines Vertragspartners möglichst klar und für den typischen Durchschnittskunden durchschaubar darstellt, wobei aus der Klausel nach Treu und Glauben auch die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen soweit erkennbar sein müssen, wie dies nach den Umständen erwartet werden kann<sup>15</sup>. Dabei muss der Hinweis auf die Folgen der Zillmerung in der diesen Bereich regelnden Klausel gemacht werden, denn sonst müsste sich der Arbeitnehmer von sich aus an die Erkenntnis wirtschaftlich nachteiliger Auswirkungen gedanklich heranarbeiten, ohne vom Verwender dazu veranlasst worden zu sein. Der Verwender hat schließlich dafür Sorge zu tragen, dass durch die Informationsabschichtung über zum Teil mehrere Dokumente keine wesentlichen Zusammenhänge aufgespalten werden<sup>16</sup>.

### bb) Fehlende Verbraucherinformation

<sup>9</sup> Kollroß/Frank DB 2007, 1146.

<sup>10</sup> BVerfG vom 15. 2. 2006 – 1 BvR 1317/96 – VersR 2006, 489 = NJW 2006, 1783 unter B. I. 2.

<sup>11</sup> Steinmeyer in Erfurter Komm. zum Arbeitsrecht 6. Aufl. 2006 BetrAVG § 1 Rn. 27.

<sup>12</sup> Vgl. Müller-Glöge in Erfurter Komm. zum Arbeitsrecht 6. Aufl. 2006 BGB § 622 Rn. 101 ff.

<sup>13</sup> ArbG Stuttgart BetrAV 2005, 692 = VuR 2005, 348.

<sup>14</sup> Loritz, ZfA 2001, 199; Steinmeyer aaO (Fn. 11) § 1 a Rn. 16.

<sup>15</sup> BGH VersR 2001, 841 = DB 2001, 2186 = NJW 2001, 2014; 2005, 1670 = DB 2005, 2686 = NJW 2005, 3559.

<sup>16</sup> Vgl. OLG Brandenburg vom 25. 9. 2002 – 7 U 39/02 – VersR 2003, 1155.

Aber auch ohne wie das ArbG Stuttgart die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers hinsichtlich der Aufklärung über die Folgen der Zillmerung zu bemühen, haben die Arbeitnehmer aus § 311 Abs. 2 Nr. i. V. m. § 241 Abs. 2 BGB wegen Verletzung von Aufklärungspflichten bei den Vertragsverhandlungen einen Schadensersatzanspruch, der gerichtet ist auf Rückabwicklung der Entgeltumwandlungsvereinbarungen: Angesichts dessen, dass sich der Arbeitnehmer bei einer betrieblichen Altersversorgung gegen Entgeltumwandlung lebenslang bindet (nur die Beitragsfreistellung ist möglich), dass er Teile seines Arbeitsentgeltes dafür einsetzt und dass es sich um einen wesentlichen Baustein seiner materiellen Daseinsvorsorge handelt, ist er darauf angewiesen, dass er vor Abschluss der Entgeltumwandlungsvereinbarung richtig informiert, vollständig aufgeklärt und möglichst situationsgerecht beraten wird. Wie dies beim Abschluss von Rentenversicherungsverträgen zu geschehen hat, ist in § 10 a VAG normiert, der als erforderliche Verbraucherinformationen vor Vertragsabschluss nicht nur die Erläuterung der Rückkaufwerte und beitragsfreien Renten vorsieht, sondern auch die Übergabe der Versicherungsbedingungen sowie die Informationen zur Überschussbeteiligung und Besteuerung nennt.

Nur durch die rechtzeitige Übergabe all dieser eng mit der Entgeltumwandlungsvereinbarung verbundenen Unterlagen über das zukünftige Versicherungsverhältnis vor Vertragsabschluss wird der Arbeitnehmer in die Lage versetzt, eine sachgerechte Entscheidung darüber zu treffen, ob er die Entgeltumwandlung zur Erlangung des ihm angebotenen Versicherungsschutzes abschließen will oder nicht.

Offenbar aus diesem Grund hatte in unserem Beispielfall die Pensionskasse am Ende ihres für die Arbeitnehmer bestimmten Prospektes auf die für diese bestimmten „Verbraucherinformationen“ verwiesen, die jedoch erst nach Vertragsabschluss zusammen mit der Kopie des Versicherungsscheines zur Verfügung gestellt wurden. Nicht einmal die Versicherungsbedingungen wurden bei Unterzeichnung der Entgeltumwandlungsvereinbarung vorgelegt. Stattdessen heißt es am Ende der unterschiedlichen Prospekte, die dem Arbeitgeber und den Arbeitnehmern ausgehändigt wurden, lediglich: „Nach Erhalt des Versicherungsscheines sind zudem rechtlich verbindlich die dort genannten Werte, Angaben und die dem Versicherungsschein beigefügten Anlagen“.

cc) Falsche oder fehlende Angaben zur Steuer- und Sozialabgabenbelastung

Zudem machte die Pensionskasse in ihren Prospekten auch noch verfälschende und unvollständige Angaben über die Steuer- und Sozialabgabenbelastung der versprochenen Rentenleistungen: „Nutzen Sie die oft geringere Rentenbelastung im Rentenalter“ ist in Anbetracht des bösen Erwachens vieler Rentner, die seit dem Jahr 2005 auf Renten Einkommensteuer zahlen müssen, deren Einzahlungen nicht steuerbegünstigt war, als irreführend einzustufen, denn die gravierenden finanziellen Auswirkungen durch die nachgelagerte Besteuerung der Alterseinkünfte werden verschwiegen.

Die Pensionskasse unterschlug ferner, dass die zukünftigen Rentner auf die Leistungen aus diesen Rentenversicherungsverträgen Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung zahlen müssen. So stellte Finanztest im Februar 2007<sup>17</sup> fest, dass die Entgeltumwandlung gegenüber Riesterverträgen, einer Rüruprente oder einer privaten Altersversorgung in diesem Punkt deutlich schlechter ist. Doetsch wies schon 2003 darauf hin, dass gerade bei Vergleichsprogrammen häufig falsche oder irreführende Beispielrechnungen eingesetzt werden<sup>18</sup>.

Schließlich ist die Entgeltumwandlung für Personen, die freiwillig gesetzlich versichert sind, weniger vorteilhaft, als für pflichtversicherte Arbeitnehmer. Sie sparen heute keine Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge, müssen aber später auf die Rente den vollen Beitragssatz entrichten. Für alle Arbeitnehmer gilt, dass den heute durch die Entgeltumwandlung verringerten Beiträgen zur Renten- und Arbeitslosenversicherung natürlich auch geringere Ansprüche bei Arbeitslosigkeit bzw. Bezug von Rente gegenüberstehen. Dies gilt unabhängig davon, dass die Sozialabgabenfreiheit der Beiträge aus einer Entgeltumwandlung nun über das Jahr 2008 hinaus verlängert worden ist.

Verschuldete falsche, unvollständige oder irreführende Auskünfte oder unterlassene Aufklärungen führen nach § 280 BGB zu Schadensersatzansprüchen. Dabei ist eine Auskunft nach der Rechtsprechung des BAG auch dann schon falsch, wenn sie nur scheinbar vollständig oder in sonstiger Weise irreführend ist<sup>19</sup>. Bei der gerichtlichen Prüfung ist danach von der Vermutung des „aufklärungsrichtigen Verhaltens des Arbeitnehmers“ auszugehen. Diese wird dazu führen, dass der Arbeitnehmer in Kenntnis aller Konsequenzen die Entgeltumwandlung überhaupt nicht vorgenommen hätte, so dass ein Anspruch auf volle Rückabwicklung besteht.

<sup>17</sup> Finanztest 02/2007, 58

<sup>18</sup> Doetsch, BetrAV 2003, 48.

<sup>19</sup> BAG vom 9. 7. 1991 – 3 AZR 354/90 – ZTR 1992, 116 unter 1 b.

Angemerkt seien noch drei weitere Einzelheiten des Beispielfalles, die den Arbeitgeber in arge Bedrängnis bringen können: So wurde der Arbeitnehmer erst nach dem bindenden Vertragsschluss in der ihm erst jetzt überlassenen Versicherungspolice informiert, dass für eine Überschussbeteiligung wegen der Einführung einer neuen Sterbetafel voraussichtlich weniger Mittel zur Verfügung stehen werden, als in den zuvor vorgelegten Beispielrechnungen unterstellt worden war. Zudem wurde erst in der Police darüber aufgeklärt, dass der Vertrag bei einem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis zwar auf eigene Kosten, dann aber zu verschlechterten Konditionen fortgesetzt werden könnte. Welche Einbußen drohten, blieb dabei offen. Schließlich behielt sich die Pensionskasse vor, den Arbeitnehmer erst nach Vollendung des 55. Lebensjahres über ihre Leistung bei einem vorzeitigen Rentenbeginn zu informieren, obwohl entsprechende Auskunftspflichten des Arbeitgebers und der Pensionskasse nach § 2 Abs. 6 BetrAVG bereits bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestehen und vom Arbeitnehmer nach § 260 BGB erzwungen werden können<sup>20</sup>. Dass bei solchen Vertragskonstruktionen zudem der Verbraucherschutz auf der Strecke bleibt, hatte die Verbraucherzentrale Bundesverband schon im Jahre 2005 in ihrem Projektschlussbericht „Vorsorgender Verbraucherschutz in der betrieblichen und privaten Vorsorge“<sup>21</sup> angemahnt.

#### dd) Interessenkonflikt des Arbeitgebers

Stets zu prüfen ist auch, warum ein Arbeitgeber gerade dieses Vorsorgemodell angeboten hat, zumal wenn wie im Beispielfall die Verhandlungen allein durch Vertriebsmitarbeiter der Pensionskasse in eigens dafür zur Verfügung gestellten Räumen im Betrieb geführt worden sind. An der Entgeltumwandlungsvereinbarung hat der Arbeitgeber nämlich schon deshalb ein Eigeninteresse, weil er die Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung, die ohne Entgeltumwandlung fällig würden, spart. Nicht alle Arbeitgeber reichen diesen Vorteil an ihre Mitarbeiter weiter. Ganz in den Hintergrund träten die Arbeitnehmerinteressen dann, wenn der Arbeitgeber von der Pensionskasse bzw. Versicherungsgesellschaft direkt oder indirekt an deren Beitragsaufkommen beteiligt würde. Dieser Interessenkonflikt müsste dem Arbeitnehmer gegenüber zumindest offengelegt werden. Dies gilt ganz sicher für Arbeitgeber, die sich mit dem Verkauf „günstiger“ Versicherungen aller Art an ihre

<sup>20</sup> BAG vom 8. 11. 1983 – 3 AZR 511/81 – VersR 1984, 497 = DB 1984 S. 836 = AP BetrAVG § 2 Nr. 3.

<sup>21</sup> Vom 15. 8. 2005, zu beziehen über <http://www.vzbv.de>.

Mitarbeiter mittels konzerner eigener Versicherungsvermittlungsgesellschaften eine weitere Einnahmequelle erschlossen haben<sup>22</sup>, wie es offenbar in dem vom LAG München entschiedenen Fall war.

Bei der Vermittlung von Wertpapiergeschäften sind solche aus eigenen Provisionsansprüchen resultierende Interessenkonflikte zu offenbaren. Tut eine Bank dies nicht, ist sie zur Rückabwicklung des Anlagegeschäftes verpflichtet<sup>23</sup>. Der BGH hat diese Aufklärungspflicht nicht aus der Sondervorschrift des § 31 WpHG, die zur kurzen Verjährung nach § 37 WpHG geführt hätte, hergeleitet, sondern den Schadensersatzanspruch wegen culpa in contrahendo zugesprochen. Er hat diesen Anspruch auch nicht nur auf Auszahlung der verschwiegenen Provisionen beschränkt, sondern ausdrücklich einen Anspruch auf Rückabwicklung zugesprochen. Überträgt man diese Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall, kann der Arbeitnehmer nicht nur wegen Verletzung der Fürsorgepflicht, sondern auch wegen Verletzung einer Pflicht zur Offenlegung des Interessenkonfliktes des Arbeitgebers die Rückabwicklung der Entgeltumwandlung begehren.

#### c) Widerruf

Neben einer Rückabwicklung im Wege des Schadensersatzes kommt auch noch ein Widerruf der zur Entgeltumwandlung abgegebenen Willenserklärungen in Betracht.

Der Versicherungsvertrag selbst kann nicht nach § 8 VVG widerrufen werden, weil nach den Regelungen des VVG nur dem Versicherungsnehmer, nicht aber der versicherten Person ein Widerrufsrecht zusteht. Zudem ist sowohl in § 5 a Abs. 2 S. 3 VVG, als auch in § 8 Abs. 5 S. 5 VVG bei „Versicherungsverträgen bei Pensionskassen“ ein Widerrufsrecht ausgeschlossen, wenn sie „auf arbeitsvertraglichen Regelungen beruhen.“ Diese Bereichsausnahmen wurden bereits im Jahr 1994 zusammen mit dem Widerrufsrecht eingeführt. In der Gesetzesbegründung heißt es dazu, dass in solchen Fällen für die freie Wahl eines Versicherers durch den Arbeitnehmer und damit für ein individuelles Rücktrittsrecht kein Raum sei<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> *Looman*, Arbeitgeber haften für Verluste bei Kündigung von Betriebsrente, FAZ vom 19. 5. 2007 S. 23.

<sup>23</sup> BGH vom 19. 12. 2006 – XI ZR 56/05 – VersR 2007, 953 = DB 2007 S. 683 (685) = NJW-RR 2007, 257; BGH vom 19. 12. 2000 – XI ZR 349/99 – BGHZ 146, 235 (239) = VersR 2001, 1517 = DB 2001, 478.

<sup>24</sup> Vgl. die Beschlussempfehlung des Bundestags-Finanzausschusses BT-Drucks. 12/7595 S. 111

Allerdings gab es damals auch noch nicht den erst zum 01.01.2002 eingeführten Rechtsanspruch der Arbeitnehmer gemäß § 1 a BetrAVG, einen Teil ihres Arbeitsentgeltes steuerbegünstigt in einen Anspruch auf Versicherungsschutz und damit in eine Prämienzahlung des Arbeitgebers an eine Versicherungsgesellschaft umzuwandeln. Dennoch wird man auch bei einer der 2.

Lebensversicherungsrichtlinie konformen Auslegung der Vorschriften in diesen Fällen zu keinem Widerrufsrecht des Arbeitnehmers gegenüber der Versicherungsgesellschaft gelangen, weil es an einer unmittelbaren vertraglichen Beziehung zwischen beiden fehlt<sup>25</sup>.

Hingegen ist ein Widerruf der Entgeltumwandlungsvereinbarung gegenüber dem Arbeitgeber nach dem Wortlaut von § 312 BGB ohne weiteres möglich. Dafür genügt es, dass es sich bei der Vereinbarung um ein Verbrauchergeschäft handelt. Diese Voraussetzung ist erfüllt, denn der 5. Senat des BAG stuft inzwischen auch den Arbeitsvertrag als Verbrauchervertrag gemäß § 310 Abs. 3 BGB ein<sup>26</sup>. Fehlt nun in dem Formular für die Entgeltumwandlungsvereinbarung der korrekte Hinweis auf ein Widerrufsrecht für den Arbeitnehmer entsprechend § 312 BGB, ist der Arbeitnehmer nach § 355 Abs. 3 S. 3 BGB unbefristet berechtigt, die Vereinbarung zu widerrufen.

Allerdings hat der 2. Senat des BAG entschieden, dass der Arbeitsvertrag und der arbeitsrechtliche Aufhebungsvertrag keine Vertriebsgeschäfte seien, so dass auf ihn das gesetzliche Widerrufsrecht des § 312 BGB aus Gründen der Gesetzessystematik keine Anwendung finde<sup>27</sup>. Er hat dies damit begründet, dass der Arbeitnehmer im Rahmen eines Arbeitsvertrages nicht Empfänger einer entsprechenden Ware oder Dienstleistung sei. Auch der 2. Senat des BAG stellt demnach nicht in Frage, dass es sich bei einem Verkauf von eigenen Erzeugnissen an Mitarbeiter, der z.B. in der Automobilindustrie eine relevante Absatzgröße darstellt, nach einhelliger Ansicht<sup>28</sup> um ein Vertriebsgeschäft handelt, das, wenn auch die weitere Voraussetzung der „mündlichen Verhandlung am Arbeitsplatz“ erfüllt ist, ein Widerrufsrecht nach § 312 begründet. Wenn aber ein Vertriebsgeschäft des Arbeitgebers mit seinem Arbeitnehmer am Arbeitsplatz nach § 312 BGB ein Widerrufsrecht begründet, da es sich um ein

Rechtsgeschäft außerhalb des Arbeitsvertrages handelt, und wenn Vertriebsgeschäfte anderer Gewerbetreibender am Arbeitsplatz dies schon nach dem Wortlaut des Gesetzes tun, muss das Widerrufsrecht auch für verbundene Geschäfte gelten, wie den Vertrieb mischfinanzierter Versicherungsverträge.

Diesen Begriff verwendete die Pensionskasse im vorliegenden Fall in den Antragsformularen. Ersetzt man den Begriff „Mischfinanzierung“ durch „verbundenes Geschäft zur Finanzierung“, zeigt § 358 Abs. 3 S. 3 BGB, dass eine der Haustürwiderrufsrichtlinie konforme Auslegung von § 312 BGB nur in der Form möglich ist, jedenfalls dem Arbeitnehmer ein Widerrufsrecht einzuräumen, dessen Arbeitgeber es der Pensionskasse oder Versicherungsgesellschaft überlässt, die Entgeltumwandlungsvereinbarung mit dem Arbeitnehmer ohne Zutun oder Anwesenheit des Arbeitgebers auszuhandeln und die Unterschrift (Willenserklärung) des Arbeitnehmers einzuholen bzw. entgegenzunehmen. In dieser Konstellation ist die Verbindung der Geschäfte nämlich noch stärker, als bei den kreditfinanzierten Anlagevermittlungsgeschäften, in denen der Kreditgeber dem Vermittler entweder seine Vertragsunterlagen überlässt oder sich der von diesem benutzten Auskunftformulare bedient<sup>29</sup>.

In diesem Zusammenhang ist noch einmal deutlich zu machen, dass es zwar der Arbeitgeber ist, der anfangs alleiniger Vertragspartner der Versicherungsgesellschaft oder Pensionskasse wird. Die Stellung des Arbeitnehmers geht jedoch weit über die einer „normalen“ versicherten Person nach §§ 74 ff. VVG hinaus, denn ein Teil der Beiträge wird offen aus Arbeitsentgelt des Versicherten aufgebracht, der Versicherte ist nach § 1 b Abs. 5 Nr. 2 BetrAVG zur Fortsetzung der Versicherung im eigenen Namen berechtigt, hat also Anspruch auf Übertragung der Versicherung auf ihn als neuen Versicherungsnehmer, und der Arbeitgeber kann anders als nach § 76 Abs. 1 VVG nicht über die Rechte des Versicherten aus dem Vertrag im eigenen Namen verfügen. Der Arbeitnehmer ist somit eine Art Ersatzversicherungsnehmer, der sich von Anfang an verpflichtet, einen Teil der Beiträge aus eigenen Mitteln aufzubringen. Er muss daher nach den Verbraucherschutzrichtlinien der EU denselben Schutz genießen, wie jemand, der von vornherein Versicherungsnehmer ist.

Diesen Schutz genießt er allerdings nur, wenn er in einer Haustürsituation, z.B. an seinem Arbeitsplatz unter Ausnutzung eines Überraschungsmomentes, auf die Entgeltumwandlung zur Begründung von

<sup>25</sup> *Blomeyer/Rolfs/Otto*, BetrAVG 4. Aufl. 2006 Anh. § 1 Rn. 624 und 725

<sup>26</sup> BAG vom 25. 5. 2005 – 5 AZR 572/04 – DB 2005, 2136 = NJW 2005, 3305

<sup>27</sup> BAG vom 27.11.2003 – 2 AZR 135/02 – DB 2004, 1208 = NJW 2004, 2401

<sup>28</sup> *Preis* in Erfurter Komm. zum Arbeitsrecht 6. Aufl. 2006 § 611 BGB Rn. 208.

<sup>29</sup> Vgl. BGH vom 14. 6. 2004 – II ZR 395/01 – DB 2004, 1660 = NJW 2004, 2731; vom 21. 3. 2005 – II ZR 411/02 – DB 2005, 1214 = NJW-RR 2005, 986.

Altersversorgungsanwartschaften angesprochen wird. Begibt der Arbeitnehmer sich hingegen wie in unserem Beispielsfall in einen der Pensionskasse oder Versicherungsgesellschaft zu Vertriebszwecken überlassenen besonderen Raum, fehlt es an der Tatbestandsvoraussetzung „an seinem Arbeitsplatz“<sup>30</sup>..

### III. Konsequenzen für Arbeitgeber und Arbeitnehmer

#### 1. Handlungsdruck für Arbeitgeber

Vor diesem Hintergrund sind Arbeitgeber gut beraten, die im Zusammenhang mit Entgeltumwandlungsvereinbarungen abgeschlossenen Versicherungen genau zu prüfen. Um Nachzahlungs- oder Schadensersatzansprüchen ihrer Arbeitnehmer zuvorzukommen, sollten Arbeitgeber, die gezillmerte Versicherungstarife vereinbart haben, an den Versicherer herantreten und nachträglich eine andere Berechnungsart vereinbaren.

Auch die beschriebene mangelnde bzw. irreführende Aufklärung über die Belastung mit Steuern und Sozialabgaben kann sich als Quelle der innerbetrieblichen Unzufriedenheit entwickeln. Arbeitgeber sind daher gut beraten, sich näher mit den Antragsformularen und Verträgen des von ihnen ausgewählten externen Versorgungsträgers zu befassen.

Ergibt die Prüfung, dass Regressansprüche der Arbeitnehmer drohen, ist weiter zu untersuchen, in wie weit diese an den externen Versorgungsträger weiterbelastet werden können. Hat sich wie im Beispielsfall die Pensionskasse gegenüber dem Arbeitgeber als Anbieter eines umfassenden Services und als Spezialist in allen Fragen der betrieblichen Altersversorgung dargestellt und alles Informationsmaterial für die Arbeitnehmer sowie die Vordrucke für die Entgeltumwandlungsvereinbarungen zur Verfügung gestellt, trifft sie über § 311 Abs. 2 BGB im Vorfeld der Vertragsabschlüsse eine erhöhte Aufklärungs- und Beratungspflicht gegenüber dem Arbeitgeber, denn man kann dann bereits von einer Beratungsvertragssituation sprechen<sup>31</sup>. Nach § 241 Abs. 2 BGB ist der externe Versorgungsträger in dieser Beratungsvertragssituation zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Versicherungsnehmer, also des Arbeitgeber,

verpflichtet. Hat er dieser Verpflichtung durch die mangelhafte Formulargestaltung nicht entsprochen, ist er dem Versicherungsnehmer nach § 280 BGB ähnlich wie bei der uneigentlichen Prospekthaftung wegen des in Anspruch genommenen Vertrauens und der fehlerhaften Gestaltung aller Vordrucke zum Schadensersatz verpflichtet.

Liegen diese Voraussetzungen vor, kann der Arbeitgeber verlangen, dass ihn der externe Versorgungsträger von berechtigten Ansprüchen der Arbeitnehmer freistellen wird.

#### 2. Empfehlungen für Arbeitnehmer

##### a) Ansprüche gegen den Arbeitgeber

Arbeitnehmern, die im Zuge einer arbeitsrechtlichen Beratung oder Prozeßvertretung durch den Rechtsanwalt von einer Entgeltumwandlungsvereinbarung berichten, sollte eine Überprüfung des Versicherungsvertrages und der Aufklärung im Zusammenhang mit der Entgeltumwandlung angeboten werden, damit z.B. im Zuge eines Kündigungsschutzverfahrens dann auch gleich die Auswirkungen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf die Versicherung erkannt und ggf. geregelt werden können.

Sollte es beim Vorliegen eines gezillmerten Tarifs der Versicherung zu keiner Einigung mit dem Arbeitgeber über einen finanziellen Ausgleich kommen, hat ein Schadensersatzprozess gute Erfolgsaussichten.

Soweit mit dem LAG München der Zahlungsanspruch des Arbeitnehmers mit der Unwirksamkeit der Entgeltumwandlungsvereinbarung begründet wird, besteht für all' die Arbeitnehmer dringender Handlungsbedarf, deren Arbeits- oder Tarifverträge Verfallfristen enthalten, denn dann geht es nicht darum, einen Schadensersatzanspruch geltend zu machen, sondern restliche Vergütungsansprüche aus der Vergangenheit, die ggf. Monat für Monat dem Verfall unterliegen.

##### b) Ansprüche gegen den Versorgungsträger

Damit ein erfolgreich geführter Rechtsstreit des Arbeitnehmers wegen der von ihm zu tragenden Anwaltskosten nicht nur ein halber Erfolg ist, stellt sich die Frage, ob die Versicherung oder Pensionskasse, die ihm den gezillmerten Vertrag untergeschoben hat, die Kosten des erfolgreichen Prozesses gegen den Arbeitgeber zu erstatten hat. Auch diese Frage ist zu Gunsten des Arbeitnehmers zu beantworten, der hier auf zwei Anspruchsgrundlagen zurückgreifen kann:

<sup>30</sup> Masuch in Münch.Komm zum BGB 5. Aufl. 2007 § 312 BGB Rn. 42.

<sup>31</sup> Doetsch/Lenz, Auskunfts- und Informationspflichten von Arbeitgeber und externem Versorgungsträger bei der betrieblichen Altersversorgung in: Drolss, Handbuch betriebliche Altersversorgung 2005, S. 312, 323.

Die erste Anspruchsgrundlage ist § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Schon vor der Schuldrechtsreform war anerkannt, dass Vertragsverhältnisse mit Drittbeziehung im Einzelfall Schutz- und Fürsorgepflichten zugunsten Dritter begründen können, wenn diese erkennbar in den Schutzbereich des Vertragsverhältnisses einbezogen werden sollten, und dass der Dritte bei deren Verletzung Schadensersatzansprüche aus culpa in contrahendo (c.i.c.) – heute aus § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB – im eigenen Namen geltend machen kann, selbst wenn er nicht am Vertragsabschluss beteiligt war<sup>32</sup>. Dies gilt umso mehr, wenn der Dritte mit der Entgeltumwandlungsvereinbarung überhaupt erst die Voraussetzung für den Versicherungsvertrag schafft, der als Versicherung für fremde Rechnung gemäß § 74 VVG ein echter Vertrag zugunsten Dritter ist<sup>33</sup>. Jedenfalls aber sind die Arbeitnehmer bei solchen betrieblichen Versicherungen deshalb von vornherein in den Schutzbereich der vorvertraglichen Pflicht der Versicherungsgesellschaft bzw. Pensionskasse zur richtigen Darstellung der Vorteile und Risiken einbezogen, weil diese weiß, dass die Arbeitnehmer beim Wechsel des Arbeitgebers einen Anspruch auf Übernahme des Versicherungsvertrages haben<sup>34</sup>.

Die zweite Anspruchsgrundlage ist § 311 Abs. 3 S. 2 BGB. Danach besteht eine Eigenhaftung von Vertretern und Verhandlungsgehilfen wegen Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten nach § 241 Abs. 2 BGB, wenn diese ein so unmittelbares wirtschaftliches Eigeninteresse an dem Vertragsschluss haben, dass sie gleichsam in eigener Sache tätig werden. Dies gilt zwar wegen des nur mittelbaren Eigeninteresses nicht für den Vertriebsmitarbeiter der Versicherungsgesellschaft oder Pensionskasse, der aus dem Abschluss des nachfolgenden Versicherungsvertrages eine Provision zu beanspruchen hat<sup>35</sup>, und damit grundsätzlich auch nicht für den externen Versorgungsträger selbst, der den Abschluss der Entgeltumwandlungsvereinbarung vermittelt, um anschließend den Versicherungsvertrag mit dem Arbeitgeber abschließen zu können. Allerdings geht man insbesondere dann von einem eigenen wirtschaftlichen Interesse des Abschlussvermittlers aus, wenn er von vornherein die Absicht hat, die Gegenleistung unmittelbar für eigene Zwecke zu

verwenden<sup>36</sup>. Diese Unmittelbarkeit liegt zwar dann noch nicht vor, wenn dem Verhandlungsführer der vom Verhandlungspartner zu erfüllende Anspruch im ordnungsgemäßen Geschäftsgang abgetreten ist.

Im Unterschied dazu besteht das Interesse des externen Versorgungsträgers hier aber nicht nur darin, das umgewandelte Entgelt in Form von Beiträgen vertragsgemäß zu erhalten, sondern auch darin, es im Fall der vorzeitigen Beendigung des Vertrages nicht wieder an den dann direkt anspruchsberechtigten Arbeitnehmer zurückzahlen zu müssen und es durch die Anwendung des Zillmerungsverfahrens behalten zu können, um daraus die Abschlusskosten sofort in voller Höhe abzudecken. An dieser Art der Abrechnung hat der Arbeitgeber, als dessen Verhandlungsgehilfe der externe Versorgungsträger agiert, kein Eigeninteresse, so dass hier einer der Fälle vorliegt, in denen der Dritte Aufklärungs- und Beratungspflichten im Zusammenhang mit einem Vertragsabschluss ausschließlich im eigenen und damit in seinem unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse verletzt.

Auf dieser Basis lässt sich für den Arbeitnehmer bei der Versicherungsgesellschaft oder Pensionskasse Ersatz der im Verfahren gegen den Arbeitgeber entstandenen außergerichtlichen Prozesskosten verlangen und notfalls einklagen - diesmal vor den Zivilgerichten.

#### IV. Zusammenfassung

Die Entgeltumwandlung zur betrieblichen Altersversorgung führt nicht nur dann, wenn der externe Versorgungsträger gezillmerte Tarife anwendet, ohne dies offen zu legen, zu erheblichen finanziellen Risiken für Arbeitnehmer und Arbeitgeber, sondern auch dann, wenn über die abgabenrechtlichen Konsequenzen unzutreffend informiert wird. Die Arbeitsgerichte sprechen den Arbeitnehmern in solchen Fällen Zahlungsansprüche (Vergütung oder Schadensersatz) gegen den Arbeitgeber zu. Dies kann Regressansprüche der Arbeitgeber (wegen fehlerhafter Beratung) und Kostenerstattungsansprüche der Arbeitnehmer aufgrund des Drittschutzes der Versicherungsverträge auslösen, die sich jeweils gegen den externen Versorgungsträger richten. Zu denken ist auch an einen Widerruf der Entgeltumwandlungsvereinbarung durch den Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber.

<sup>32</sup> BGH vom 28. 1. 1976 – VIII ZR 246/74 – BGHZ 66, 51 (56) = VersR 1976, 589 (590) = DB 1976, 476.

<sup>33</sup> *Blomeyer/Rolfs/Otto* aaO (Fn. 25) Rn. 698 ff.; *Steinmeyer*, aaO (Fn. 11) § 1 b Rn. 45.

<sup>34</sup> BGH vom 13. 2. 2003 – IX ZR 62/02 – VersR 2003, 1411 = DB 2003, 1216 = NJW-RR 2003, 1035.

<sup>35</sup> BGH vom 4. 7. 1983 – II ZR 220/82 – BGHZ 88, 67 (70).

<sup>36</sup> *Emmerich* in Münch.Komm zum BGB 5. Aufl. 2007 § 311 BGB Rn. 242 (Fn. 704).