



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

IV ZR 12/11

Verkündet am:  
10. Oktober 2012  
Heinekamp  
Justizhauptsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch die Vorsitzende Richterin Mayen, die Richter Wendt, Felsch, die Richterin Harsdorf-Gebhardt und den Richter Dr. Karczewski auf die mündliche Verhandlung vom 10. Oktober 2012

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 23. Dezember 2010 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die klagende Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL) macht gegen den beklagten Verband nach Kündigung seines Beteiligungsverhältnisses eine restliche Gegenwertforderung geltend.
- 2 Die Klägerin wird im Abrechnungsverband West, dem der Beklagte angehörte, seit 1967 über ein Umlageverfahren in Form eines modifizierten Abschnittsdeckungsverfahrens finanziert. Der Umlagesatz ist so bemessen, dass die für die Dauer des Deckungsabschnitts zu entrichtende Umlage zusammen mit den übrigen zu erwartenden Einnahmen und dem verfügbaren Vermögen ausreicht, die Aufgaben der Klägerin während des Deckungsabschnitts sowie der sechs folgenden Monate zu erfüllen.

Wegen der nach dem Ausscheiden eines Beteiligten weiterhin zu erfüllenden Verpflichtungen der Klägerin bestimmt § 23 Absatz 2 VBLS seit Einführung des Umlageverfahrens die Verpflichtung des ausscheidenden Beteiligten, einen so genannten Gegenwert zu zahlen. Die Bestimmung wurde mehrfach geändert.

3 § 23 Abs. 2 VBLS hatte in der Fassung der 41. Satzungsänderung vom 1. Februar 2002 (VBLS a.F.) auszugsweise folgenden Wortlaut:

"<sup>1</sup>Deckung der aus dem Anstaltsvermögen nach dem Ausscheiden zu erfüllenden Verpflichtungen aufgrund von

a) Leistungsansprüchen von Personen, bei denen der Versicherungsfall während einer Pflichtversicherung (einschließlich der Fälle des § 37 Absatz 2 bis 4 sowie des Absatzes 4a in der bis zum 31. Dezember 1994 geltenden Fassung) über den ausgeschiedenen Beteiligten eingetreten ist,

b) Leistungsansprüchen von Personen, bei denen der Versicherungsfall in einer beitragsfreien Versicherung eingetreten ist, die auf einer Pflichtversicherung über den ausgeschiedenen Beteiligten beruht,

c) Leistungsansprüchen von Hinterbliebenen von in den Buchstaben a und b genannten Personen,

d) Anwartschaften aus Pflichtversicherungen über den ausgeschiedenen Beteiligten, die nach § 37 Absatz 4 aufrechterhalten sind,

e) Anwartschaften aus beitragsfreien Versicherungen im Sinne des Buchstaben b, die beim Ausscheiden des Beteiligten schon bestanden haben oder die mit dem Ausscheiden des Beteiligten entstehen,

f) künftigen, aufgrund des Todes den in Buchstaben a, b, d und e genannten Personen entstehenden Leistungsansprü-

chen der Personen, die im Zeitpunkt des Ausscheidens aus der Beteiligung als Hinterbliebene in Frage kommen,

hat der ausscheidende Beteiligte einen von der Anstalt auf seine Kosten zu berechnenden Gegenwert zu zahlen.

<sup>2</sup>Der Gegenwert ist nach versicherungsmathematischen Grundsätzen zu berechnen, wobei die Rechnungsgrundlagen nach § 76 anzuwenden sind; als Rechnungszins ist jedoch der durchschnittliche Vomhundertsatz der in den letzten fünf Kalenderjahren vor dem Ausscheiden erzielten Vermögenserträge, höchstens jedoch 5,5 v.H. zugrunde zu legen. <sup>3</sup>Als künftige jährliche Erhöhung ist der Durchschnitt der Erhöhungen und Verminderungen nach § 56 Absatz 1 Satz 1 in den letzten fünf Kalenderjahren vor dem Ausscheiden zu berücksichtigen, mindestens aber eine Erhöhung von jährlich 3 v.H.

<sup>4</sup>Bei der Berechnung des Gegenwertes werden die Teile der Leistungsansprüche und Anwartschaften nicht berücksichtigt, die aus dem Vermögen im Sinne des § 76 Absatz 2 zu erfüllen sind.

<sup>5</sup>Ansprüche, die im Zeitpunkt des Ausscheidens aus der Beteiligung ruhen, werden nur dann nicht berücksichtigt, wenn das Ruhen auf § 65 Absatz 6 beruht.

<sup>6</sup>Der Gegenwert ist zur Abgeltung der Verwaltungskosten um den Vomhundertsatz zu erhöhen, der in dem Kalenderjahr vor dem Jahr des Ausscheidens des Beteiligten an Verwaltungskosten, bezogen auf die entrichteten Umlagen, angefallen ist. ..."

4

Die Satzung der VBL in der Fassung der 41. Satzungsänderung wurde durch eine vom Verwaltungsrat der Klägerin am 19. September 2002 beschlossene, von der Aufsichtsbehörde am 22. November 2002 genehmigte und im Bundesanzeiger vom 3. Januar 2003 veröffentlichte Neufassung mit Wirkung vom 1. Januar 2001 (VBLS n.F.) ersetzt. Hiernach lautet § 23 Abs. 2 VBLS auszugsweise wie folgt:

<sup>1</sup>Zur Deckung der aus dem Anstaltsvermögen nach dem Ausscheiden zu erfüllenden Verpflichtungen aufgrund von

a) Leistungsansprüchen von Betriebsrentenberechtigten aus einer Pflichtversicherung bzw. einer beitragsfreien Versicherung sowie

b) Versorgungspunkten von Anwartschaftsberechtigten und

c) künftigen Leistungsansprüchen von Personen, die im Zeitpunkt des Ausscheidens aus der Beteiligung als Hinterbliebene in Frage kommen, hat der ausscheidende Beteiligte einen von der Anstalt auf seine Kosten zu berechnenden Gegenwert zu zahlen.

<sup>2</sup>Der Gegenwert ist nach versicherungsmathematischen Grundsätzen zu berechnen, wobei als Rechnungszins 3,25 v.H. während der Anwartschaftsphase und 5,25 v.H. während des Rentenbezuges zugrundegelegt ist. <sup>3</sup>Zur Deckung von Fehlbeträgen ist der Gegenwert um 10 v.H. zu erhöhen: dieser Anteil wird der Verlustrücklage nach § 67 zugeführt. <sup>4</sup>Als künftige jährliche Erhöhung der Betriebsrenten ist der Anpassungssatz nach § 39 zu berücksichtigen.

<sup>5</sup>Bei der Berechnung des Gegenwertes werden die Teile der Leistungsansprüche und Anwartschaften nicht berücksichtigt, die aus dem Vermögen im Sinne des § 61 Absatz 2 oder § 66 zu erfüllen sind.

<sup>6</sup>Ansprüche, die im Zeitpunkt des Ausscheidens aus der Beteiligung ruhen, werden nur dann nicht berücksichtigt, wenn das Ruhen auf § 65 Absatz 6 der am Tag vor In-Kraft-Treten dieser Satzung geltenden Satzung beruht.

<sup>7</sup>Der Gegenwert ist zur Abgeltung der Verwaltungskosten um 2 v.H. zu erhöhen. <sup>8</sup>Der zunächst auf den Ausscheidestichtag abgezinste Gegenwert ist für den Zeitraum vom Tag des Ausscheidens aus der Beteiligung bis zum Ende des Folgemonats nach Erstellung des versicherungsmathematischen Gutachtens mit Jahreszinsen in Höhe des durchschnittlichen Vomhundertsatzes der in den letzten fünf Kalenderjahren vor dem Ausscheiden erzielten Vermö-

genserträgen, mindestens jedoch mit 5,25 v.H. aufzuzinsen."

5 Der seit 1940 schon an der Vorgängeranstalt der Klägerin beteiligte Beklagte kündigte seine Beteiligung zum 31. Dezember 2002. Nach seinem Ausscheiden leistete er zwei Abschlagszahlungen in Höhe von 7.577.263 € und weiteren 1.984.737 €. Die Klägerin berechnete einen Gegenwert einschließlich der Kosten für das versicherungsmathematische Gutachten von insgesamt 18.357.553,15 €; hiervon entfallen auf 85 Leistungsempfänger 5.575.604,31 €. Den sich nach Anrechnung der Abschlagszahlungen ergebenden Restbetrag i.H. von 8.126.996,65 € macht die Klägerin geltend.

6 Die Parteien streiten über die Wirksamkeit der Satzungsbestimmung zum Gegenwert und die Richtigkeit der bezifferten Gegenwertforderung. Dabei hält der Beklagte § 23 VBLS n.F. schon deshalb für nicht anwendbar, weil diese Fassung erst am 3. Januar 2003 - und damit nach seinem Ausscheiden zum 31. Dezember 2002 - im Bundesanzeiger veröffentlicht worden sei. Zudem seien der Änderungsvorbehalt des § 14 VBLS a.F./n.F. und damit die darauf beruhenden Satzungsänderungen unwirksam, weil der Änderungsvorbehalt nicht hinreichend bestimmt sei. § 23 VBLS a.F./n.F. selbst verstoße im Übrigen gegen das Transparenzgebot und stelle eine unangemessene Benachteiligung des ausscheidenden Beteiligten dar. Weiterhin sei der Gegenwert falsch berechnet, u.a. durch Einbeziehung von Versicherten ohne erfüllte Wartezeit. Schließlich sei das Verhalten der VBL als kartellrechtlicher Missbrauch einzuordnen. Nach Ansicht der VBL unterliegt die Gegenwertregelung im Hinblick auf eine Grundentscheidung der Tarifvertragsparteien nur einem gelockerten Prüfungsmaßstab. Sie sieht alle Regelungen als sachgerecht und AGB-rechtlich unbedenklich an. Da ihr die Unter-

nehmenseigenschaft fehle, gingen alle geltend gemachten kartellrechtlichen Bedenken gegen die Satzungsbestimmung zum Gegenwert ins Leere

7 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung ist erfolglos geblieben. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihren Zahlungsanspruch weiter.

8 Im Revisionsverfahren ist der "Änderungstarifvertrag Nr. 6 vom 24. November 2011 zum Tarifvertrag über die betriebliche Altersversorgung der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes (Tarifvertrag Altersversorgung - ATV) vom 1. März 2002" (im Folgenden Änderungstarifvertrag Nr. 6 zum ATV) vorgelegt worden. Dieser enthält Regelungen zur Gegenwertforderung nach dem Ausscheiden eines Beteiligten, die eine Rückwirkung zum 1. Januar 2001 vorsehen.

#### Entscheidungsgründe:

9 Die Revision hat keinen Erfolg.

10 I. Das Berufungsgericht hat die Frage der Anwendbarkeit von altem oder neuem Satzungsrecht dahinstehen lassen. Es hat § 23 VBLS gleich in welcher Fassung einer uneingeschränkten AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle unterzogen, da die Satzungsbestimmungen über den Gegenwert keine tarifvertraglichen Regelungen seien und ihnen keine Grundentscheidung der Tarifvertragsparteien zu Grunde liege. Eine unangemessene Benachteiligung des ausscheidenden Beteiligten bestehe

unter neuem Satzungsrecht darin, dass bei der Berechnung des Gegenwerts auch Versicherte vor Erfüllung der Wartezeit ohne Einschränkungen berücksichtigt würden, obwohl nicht erkennbar sei, dass alle diese Personen die Wartezeit nach dem Ausscheiden des Beteiligten jemals erfüllten und damit zu Leistungsempfängern werden könnten. Sowohl bei der alten als auch bei der neuen Fassung der VBLS liege zudem eine unangemessene Benachteiligung darin, dass der ausscheidende Beteiligte die künftigen Leistungen der VBL an seine Beschäftigten, die sich i.d.R. über mehrere Jahrzehnte erstreckten, durch einen Einmalbetrag ausgleichen müsse. Bei einer gebotenen ergänzenden Vertragsauslegung sei ein hypothetischer Wille der Parteien dergestalt anzunehmen, dass sie der VBL bei Kenntnis der Unwirksamkeit der Satzungsbestimmung über den Gegenwert die Möglichkeit zur Schaffung einer rechtskonformen Satzungsregelung eingeräumt hätten.

11                   II. Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

12                   Das Berufungsgericht hat zu Recht einen Zahlungsanspruch der VBL verneint. In Folge der Unwirksamkeit der Gegenwertregelung in § 23 VBLS - gleich in welcher Fassung - besteht für die Forderung der Klägerin derzeit kein Rechtsgrund.

13                   1. Richtig hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Satzungsbestimmungen über den Gegenwert der uneingeschränkten Inhaltskontrolle des § 9 AGBG unterliegen.

14                   a) Bei der Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes ist zwischen dem arbeitsrechtlichen, durch Tarifvertrag geregelten Grundver-

hältnis und dem versicherungsrechtlichen, durch die Satzung der Klägerin geregelten Durchführungsverhältnis zu unterscheiden. Die VBL schließt, obwohl sie eine Anstalt des öffentlichen Rechts ist (vgl. Senatsurteil vom 20. Juli 2011 - IV ZR 76/09, BGHZ 190, 314 Rn. 31 ff.), mit den an ihr beteiligten Arbeitgebern privatrechtliche Versicherungsverträge. Bei der Satzung der Klägerin handelt es sich um privatrechtliche Allgemeine Geschäftsbedingungen in Form Allgemeiner Versicherungsbedingungen (Senatsurteile vom 14. November 2007 - IV ZR 74/06, BGHZ 174, 127 Rn. 30; vom 23. Juni 1999 - IV ZR 136/98, BGHZ 142, 103, 105 ff.; vom 30. September 1998 - IV ZR 262/97, BGHZ 139, 333, 339). Als solche unterliegen sie grundsätzlich der richterlichen Inhaltskontrolle nach den §§ 8 ff. AGBG. Allerdings sind dieser Inhaltskontrolle im Hinblick auf tarifrechtliche Besonderheiten ihrerseits Schranken gesetzt. Diese Schranken greifen indes hier nicht ein.

- 15            b) § 23 VBLS ist sowohl in alter wie in neuer Fassung eine originäre Satzungsregelung ohne tarifrechtlichen Ursprung. Es kann daher dahinstehen, ob für Satzungsbestimmungen, die mit tarifvertraglichen Regelungen inhaltlich übereinstimmen, der Ausschluss der Anwendung des AGB-Rechts gemäß § 23 Abs. 1 AGBG oder nach § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB gilt (vgl. Senatsurteil vom 14. November 2007 aaO Rn. 32).
- 16            aa) Den Tarifvertragsparteien fehlt es nicht an der Tarifmacht zur Regelung des Gegenwerts (a.A. Gansel, Die Beendigung der Beteiligung an einer Zusatzversorgungskasse 2009 S. 177 ff.). Die Tarifmacht reicht so weit, dass sie die Gestaltung der Beitragsbeziehungen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer zur VBL umfasst (Senatsurteil vom 20. Juli 2011 - IV ZR 76/09, BGHZ 190, 314 Rn. 54 ff.). Insofern ist es konse-

quent, dass die Tarifvertragsparteien weitergehend auch die finanziellen Folgen des Ausscheidens eines Beteiligten regeln können.

17           bb) Allerdings fehlt es - vom jüngsten Tarifvertrag vom 24. November 2011 abgesehen - an tarifvertraglichen Regelungen zum Gegenwert.

18           (1) Die tarifvertraglichen Bestimmungen in § 11 des Versorgungstarifvertrages vom 2. Dezember 1966 (GMBI. 1966, 627), § 1 Nr. 4 Buchst. b des Elften Änderungstarifvertrages zum Versorgungstarifvertrag (GMBI. 1977, 454) und Punkt 1.4 des Altersvorsorgeplans 2001 (Anlage 5 zum Tarifvertrag Altersversorgung vom 1. März 2002) beschäftigen sich allein mit der Umlagefinanzierung. Dies stellt weder unmittelbar noch inzident eine tarifvertragliche Regelung der finanziellen Folgen des Ausscheidens eines Beteiligten dar.

19           Die Auslegung des normativen Teils eines Tarifvertrages folgt den für die Auslegung von Gesetzen geltenden Regeln. Auszugehen ist zunächst vom Wortlaut des Tarifvertrages. Zu erforschen ist der maßgebliche Sinn der Erklärung, ohne am Buchstaben zu haften (§ 133 BGB). Dabei ist der wirkliche Wille der Tarifvertragsparteien über den reinen Wortlaut hinaus nur zu berücksichtigen, soweit er in den tariflichen Normen seinen Niederschlag gefunden hat. Abzustellen ist ferner auf den tariflichen Gesamtzusammenhang, weil dieser Anhaltspunkte für den wirklichen Willen der Tarifvertragsparteien liefern und nur so der Sinn und Zweck der Tarifnorm zutreffend ermittelt werden kann (BAG NZA 1996, 988, 989 f., eingehend zur Auslegung von Tarifverträgen Wiedemann/Wank, Tarifvertragsgesetz 7. Aufl. § 1 Rn. 978 ff. m.w.N.).

20 In den genannten Tarifverträgen ist der Wortlaut eindeutig. In ihnen wird allein von der Umlagefinanzierung als laufender Finanzierung aus den Umlagen gesprochen. Folgeansprüche der VBL bei Beendigung einer Beteiligung sind nicht Inhalt der Tarifverträge. Weder aus einem erweiterten Sinn der Finanzierungsbestimmungen über die laufende Umlage noch aus dem tarifvertraglichen Gesamtzusammenhang ist abzuleiten, dass der finanzielle Ausgleich der VBL beim Ausscheiden eines Beteiligten erfasst werden sollte. Zwar mag die Gegenwertforderung versicherungsmathematisch notwendig sein. Dies bedeutet indes nicht, dass sie durch die Tarifvertragsparteien erfolgen muss. Wie hier kann dies genauso gut durch Satzungsrecht ohne tarifvertraglichen Hintergrund geschehen. Ein etwaiger anderweitiger Wille der Tarifvertragsparteien ist deshalb unbeachtlich, weil er in den tarifvertraglichen Regelungen weder im Wortlaut noch im Gesamtzusammenhang einen Niederschlag gefunden hat. Eine hinreichende Normklarheit ist jedoch erforderlich, da die Tarifvertragsparteien Grundrechte und verfassungsrechtliche Grundsätze zu beachten haben, zu denen in Folge des Rechtsstaatsprinzips auch gehört, dass tarifliche Regelungen hinreichend bestimmt sein müssen (Henssler in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar 4. Aufl. TVG Einl. Rn. 18; Wiedemann/Thüsing, Tarifvertragsrecht 7. Aufl. § 1, Rn. 229 ff.).

21 (2) Das Berufungsgericht ist zutreffend dem Vortrag der Klägerin nicht gefolgt, dass § 23 VBLS a.F./n.F. deshalb einen tarifrechtlichen Charakter habe, weil sein Text von den Tarifvertragsparteien ausgearbeitet und der VBL zur Satzungsgebung durch deren Gremien überantwortet worden sei.

- 22 Ein Tarifvertrag ist ein schriftlicher Vertrag zwischen einer Gewerkschaft und einem oder mehreren Arbeitgebern oder einer Vereinigung von Arbeitgebern, in dem Rechtsnormen zur Regelung von Arbeits- und Wirtschaftsbeziehungen festgesetzt und Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien selbst begründet werden (Wiedemann/Thüsing, Tarifvertragsgesetz 7. Aufl. § 1 Rn. 1, siehe auch Däubler/Reim, Tarifvertragsgesetz 2. Aufl. § 1 Rn. 1; Henssler in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar 4. Aufl. TVG § 1 Rn. 1 ff.). Es kommt nicht entscheidend darauf an, ob die Tarifvertragsparteien den Begriff Tarifvertrag verwendet haben. Vielmehr ist darauf abzustellen, ob der Wille der Tarifvertragsparteien zur Normsetzung hinreichend deutlich zum Ausdruck kommt (BAGE 75, 116, 120 f.; Däubler/Reim aaO Rn. 4a; Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz 2. Aufl. § 1 Rn. 11). Gemäß § 1 Abs. 2 TVG bedürfen Tarifverträge der Schriftform, womit die Anforderungen des § 126 BGB zu erfüllen sind (BAG NZA-RR 2011, 30 Rn. 14). Nach § 8 TVG sind die Arbeitgeber verpflichtet, die für ihren Betrieb maßgebenden Tarifverträge an geeigneter Stelle im Betrieb auszulegen.
- 23 Hier ist bereits ein Wille zur Normsetzung eines Tarifvertrages nicht erkennbar. Wäre eine tarifvertragliche Regelung gewollt gewesen, so hätten sich die Tarifvertragsparteien nicht darauf beschränken dürfen, einen Entwurf für Satzungsregelungen zu verfassen und dem Satzungsgebungsverfahren der VBL zu überlassen, d.h. eine rechtliche Wirksamkeit allein durch das Satzungsrecht der VBL herbeizuführen. Nur mit dem fehlenden tarifvertraglichen Normsetzungswillen erklären sich die fehlende Schriftform und die ausschließliche Zuleitung an den Verwaltungsrat der VBL mit dem Ziel, das Satzungsgebungsverfahren zu durchlaufen. Wer lediglich Satzungsrecht vorbereitet, will kein eige-

nes Tarifrecht schaffen. Anderes ergibt sich entgegen der Auffassung der Revision nicht etwa aus dem Senatsurteil vom 6. Juli 1994 (IV ZR 272/93, VersR 1994, 1133), das sich auf die Ermittlung des gemeinsamen Willens der Tarifvertragsparteien zur Beurteilung einer Äquivalenzstörung beschränkt und weitergehende Aspekte des Tarifvertragsrechts - insbesondere die Frage, wann von einer tarifvertraglichen Regelung gesprochen werden kann - nicht zum Gegenstand hat. Weiterhin ist - worauf das Berufungsgericht abgehoben hat - das Formerfordernis des § 1 Abs. 2 TVG nicht gewahrt.

24           cc) Der Änderungsvertrag Nr. 6 zum ATV, dessen Nr. 1 die Zahlung eines nach versicherungsmathematischen Grundsätzen zu bemessenden Gegenwerts und damit die Einmalzahlung eines Barwerts festschreibt, führt zu keiner anderen Beurteilung.

25           Zwar ist dieser Tarifvertrag im Revisionsverfahren zu berücksichtigen, weil das Revisionsgericht das zur Zeit seiner Entscheidung geltende Recht anzuwenden hat (BGH, Urteil vom 26. Februar 1953 - III ZR 214/50, BGHZ 9, 101; MünchKomm-ZPO/Wenzel 3. Aufl. § 545 Rn. 9). Das gilt im arbeitsgerichtlichen Verfahren (BAGE 7, 186, 198; Müller-Glöge in GERMELMANN/MATTHES, Arbeitsgerichtsgesetz 7. Aufl. § 73 Rn. 3; Ulrich in Schwab/Weth, Arbeitsgerichtsgesetz 3. Aufl. § 73 Rn. 59) genauso für den normativen Teil eines Tarifvertrages (vgl. Ulrich aaO Rn. 13). Im Verhältnis zum Beklagten entfaltet er aber keine Rechtswirkung. Dabei kann offenbleiben, zwischen welchen Tarifvertragsparteien der Änderungstarifvertrag Nr. 6 geschlossen wurde. Auch das Bestehen eines Geltungsgrundes für den Tarifvertrag im Hinblick auf das Ausscheiden des Beklagten zum 31. Dezember 2002 kann da-

hinstehen. Jedenfalls liegt eine zur Unwirksamkeit führende echte Rückwirkung vor.

26 Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts tragen tarifvertragliche Regelungen den immanenten Vorbehalt ihrer rückwirkenden Abänderung durch Tarifvertrag in sich (BAG NZA 2008, 131, 132; BAGE 117, 53, 58 f.; BAGE 78, 309, 327 ff.). Allerdings ist die Gestaltungsfreiheit der Tarifvertragsparteien zur rückwirkenden Änderung tarifvertraglicher Regelungen durch den Grundsatz des Vertrauensschutzes der Normunterworfenen begrenzt (BAG aaO). Für die Grenzen der Rückwirkung gelten die gleichen Regelungen wie nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rückwirkung von Gesetzen (BAG aaO). Demnach ist eine rückwirkende Regelung nur in engen Grenzen erlaubt. Eine so genannte echte Rückwirkung, mit der der Gesetzgeber nachträglich ändernd in abgeschlossene Sachverhalte eingreift, ist grundsätzlich unzulässig. Eine Ausnahme gilt unter anderem dann, wenn sich kein schützenswertes Vertrauen auf den Bestand des geltenden Rechts bilden konnte. Hingegen ist eine unechte Rückwirkung in der Regel zulässig. Sie ist dann gegeben, wenn eine Vorschrift auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt und damit die betroffene Rechtsposition nachträglich entwertet oder künftige Rechtsfolgen von Gegebenheiten aus der Zeit vor Verkündung der Norm abhängig macht (Senatsurteil vom 20. Juli 2011 - IV ZR 76/09, BGHZ 190, 314 Rn. 84).

27 Kennzeichen der echten Rückwirkung ist der Eingriff in einen abgewickelten Tatbestand (Dreier/Schulze-Fielitz, Grundgesetz 2. Aufl. Art. 20 Rn. 156, Grzeszick in Maunz/Dürig, Grundgesetz Art. 20 Rn. 80, Stand: Oktober 2011; Pieroth, Rückwirkung und Übergangsrecht, 1981,

S. 30). So gilt im Abgabenrecht ein Tatbestand als abgewickelt, wenn die Abgabenschuld bereits nach altem Recht entstanden war (BVerfGE 19, 187, 195; vgl. auch BVerfGE 30, 392, 402; Grzeszick aaO, Pieroth aaO). Bei gesetzlichen Ansprüchen ist ein Tatbestand abgewickelt, wenn die Voraussetzungen des bisher geltenden Anspruchstatbestands erfüllt waren; dagegen kommt es auf die Zuerkennung durch einen Bescheid nicht an (BVerfGE 30, 367, 386 f.). Mithin ist maßgebend auf die Verwirklichung der rechtlichen Tatbestandsvoraussetzungen abzustellen.

28

Bei der Gegenwertforderung sind diese rechtlichen Tatbestandsvoraussetzungen mit der Beendigung der Beteiligung erfüllt. Systematisch findet sich die Gegenwertforderung in § 23 VBLS a.F./n.F., der mit der Überschrift "Ausscheiden eines Beteiligten" versehen ist. Ein Beteiligter "scheidet aus der Beteiligung aus", wenn sie - wie z.B. nach einer Kündigung gemäß § 22 VBLS a.F./n.F. - endet (Gilbert/Hesse, Die Versorgung der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes, § 23 VBLS Rn. 2, Stand: September 2011). Eigene Tatbestandsvoraussetzungen für das Entstehen der Gegenwertforderung nennt § 23 Abs. 2 VBLS a.F./n.F. nicht; diese Bestimmung regelt nur die Berechnungsweise sowie das Prozedere der Ermittlung der Höhe der Gegenwertforderung. Hieraus lässt sich ableiten, dass die Zahlung des Gegenwerts satzungsmäßige Folge der Beendigung der Beteiligung ist. Hierfür spricht weiterhin § 23 Abs. 2 Satz 7 VBLS a.F./§ 23 Abs. 2 Satz 8 VBLS n.F., wonach die Gegenwertforderung für den Zeitraum "vom Tag des Ausscheidens aus der Beteiligung bis zum Ende des Folgemonats nach Erstellung des versicherungsmathematischen Gutachtens" zu verzinsen ist. Dies setzt voraus, dass die Gegenwertforderung vor ihrer Bezifferung bereits entstanden ist. Durch das anschließende versicherungsmathematische

Gutachten wird lediglich die Höhe der Forderung bestimmt. § 23 Abs. 4 Satz 1 VBLS a.F./n.F. regelt die Fälligkeit, wonach der Gegenwert innerhalb eines Monats nach Zugang der Mitteilung über die Höhe des Gegenwerts zu zahlen ist. Folglich liegt ein abgeschlossener Sachverhalt vor, weshalb die im Änderungsstarifvertrag Nr. 6 zum ATV bestimmte rückwirkende Inkraftsetzung der dortigen Gegenwertregelungen zum 1. Januar 2001 eine echte Rückwirkung darstellt. Ausnahmen vom Grundsatz der Unzulässigkeit echter Rückwirkung - etwa dass der Betroffene mit einer Neuregelung rechnen musste, die geltende Rechtslage unklar und verworren war oder zwingende Belange des Gemeinwohls wie die Verhinderung von Mitnahmeeffekten eine echte Rückwirkung gebieten (im Einzelnen hierzu Jarass in Jarass/Pieroth, Grundgesetz 11. Aufl. Art. 20 Rn. 72 m.w.N.) - sind nicht ersichtlich.

29           c) Eine Grundentscheidung der Tarifvertragsparteien mit der Folge, dass dem Satzungsgeber bei deren Umsetzung und inhaltlichen Ausgestaltung eine weitgehende Gestaltungsfreiheit zusteht (vgl. Senatsurteil vom 14. November 2007 - IV ZR 76/09, BGHZ 190, 314 Rn. 32 m.w.N.), ist nicht gegeben.

30           aa) In seiner älteren Rechtsprechung zum Gesamtversorgungsprinzip hat der Senat ganz allgemein als Grundentscheidung der Tarifvertragsparteien angesehen, in welchem Maß die Versorgung der Arbeiter und Angestellten des öffentlichen Dienstes an die Versorgung der Beamten angeglichen werden soll (Senatsurteil vom 11. Dezember 1985 - IVa ZR 251/83, DöD 1986, 116). Weiterhin wurde auf das Gewicht der Regelung für die Belange der Zusatzversorgung abgestellt (Senatsurteil vom 2. Mai 1990 - IV ZR 211/89, VersR 1990, 841 unter II 3 c). Hier klingt an, dass es sich bei einer Grundentscheidung um die

Regelung prinzipieller Belange der Zusatzversorgung handeln muss. In der jüngeren Rechtsprechung fand bei der Frage, ob eine Grundentscheidung gegeben ist, stets Berücksichtigung, ob eine tarifvertragliche Regelung vorliegt (vgl. Senatsurteile vom 20. Juli 2011 - IV ZR 76/09, BGHZ 190, 314 Rn. 7, 51 ff.: vom 12. Januar 2011 - IV ZR 118/10, VersR 2011, 611 Rn. 1, 19; vom 24. Februar 2010 - IV ZR 7/09, NVwZ-RR 2010, 689 unter II 1; vom 14. November 2007 - IV ZR 74/06, BGHZ 174,127 Rn. 32: Annahme einer Grundentscheidung wegen Übereinstimmung der angegriffenen Satzungsregelungen mit Bestimmungen des ATV; Senatsbeschluss vom 10. März 2010 - IV ZR 333/07, NVwZ-RR 2010, 572, Rn. 9: Grundentscheidung zur Streckung und Linearisierung der Versorgungsstaffel abgeleitet aus dem 26. Änderungstarifvertrag vom 15. November 1991; Senatsurteil vom 27. September 2000 - IV ZR 140/99, VersR 2000, 1530 unter II 2 b: Verneinung einer Grundentscheidung mangels tariflicher Verankerung des Anrechnungsausschlusses in der DDR zurückgelegter Sozialversicherungszeiten; Senatsurteil vom 16. März 1988 - IV ZR 154/87, BGHZ 103, 370, 374 f., 384: Grundentscheidung zur Einführung der Netto-Gesamtversorgung abgeleitet aus dem 15. Änderungstarifvertrag zum Versorgung-TV).

31

In Fortführung dieser Rechtsprechung ist notwendige Voraussetzung für eine Grundentscheidung der Tarifvertragsparteien, dass die Tarifvertragsparteien als solche und damit im Wege eines Tarifvertrages handeln. Zudem kann von einer Grundentscheidung als Regelung prinzipieller Belange der Zusatzversorgung keine Rede sein, wenn die Tarifvertragsparteien eine Regelung durch Tarifvertrag nicht für notwendig erachtet haben. Keine Grundentscheidung der Tarifvertragsparteien enthalten mithin solche Regelungen, die lediglich in von den Tarif-

vertragsparteien entworfenen Satzungsentwürfen enthalten sind und der VBL zur eigenständigen Satzungsgebung überantwortet wurden.

32           bb) Damit wird nicht in die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Tarifautonomie eingegriffen.

33           Es kann dahinstehen, ob - wie dies das Berufungsgericht annimmt - bereits der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG nicht betroffen ist, da nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfGE 44, 322, 340 f.) die grundgesetzlich geschützte Tarifautonomie als Aushandeln und Abschließen von Tarifverträgen verstanden wird (Wiedemann/Wiedemann, Tarifvertragsrecht 7. Aufl. Einl. Rn. 84) und hierbei Wesensmerkmal die unmittelbare und zwingende Wirkung der tarifvertraglichen Regelung ist (Erfurter Kommentar/Dieterich 12. Aufl. GG Art. 9 Rn. 60; Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz 2. Aufl. Grundl. Rn. 39). Selbst bei einem weiteren Verständnis des Schutzbereichs würde nicht in die grundrechtlich geschützte Koalitionsfreiheit eingegriffen. Denn die Tarifautonomie wird durch den Gesetzgeber ausgestaltet, der dabei einen erheblichen Gestaltungsspielraum hat (BVerfGE 92, 365, 394). Das Erfordernis des Normsetzungswillens der Tarifvertragsparteien und das Schriftformerfordernis des § 1 Abs. 2 TVG regeln insoweit nur das "Wie" der Betätigung der Koalitionsfreiheit und gestalten die Tarifautonomie lediglich aus.

34           d) Eine AGB-Kontrolle entfällt entgegen der Ansicht der Revision auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer Preisklausel.

35           Da es den Vertragspartnern überlassen ist, Leistung und Gegenleistung im Vertrag frei zu bestimmen, unterliegen bloße Abreden über

den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistung und Vereinbarungen über das vom anderen Teil zu erbringende Entgelt nicht der Inhaltskontrolle (vgl. Senatsurteil vom 9. Mai 2001 - IV ZR 121/00, BGHZ 147, 354, 360 f.). So ist in der Lebensversicherung das Hauptleistungsversprechen des Versicherers darin zu sehen, dass in den Tarifbedingungen neben dem vom Versicherungsnehmer monatlich zu zahlenden Beitrag die jeweilige Versicherungssumme genannt wird (Senatsurteil vom 9. Mai 2001 aaO). Regelungen für den Fall einer Vertragskündigung stellen nur Modifizierungen des Hauptleistungsversprechens dar (Senatsurteil vom 9. Mai 2001 aaO). Auf dieser Linie sind die von der VBL gewährten Versicherungsleistungen als Hauptleistung und die hierfür verlangte laufende Umlage als korrespondierendes Entgelt aufzufassen. Hingegen entsteht die Gegenwertforderung erst auf Grund der Kündigung eines Beteiligten als späteres Ereignis und liegt außerhalb der normalen Vertragsabwicklung (Gansel, Die Beendigung der Beteiligung an einer Zusatzversorgungskasse, 2009, S. 182). Dagegen spricht nicht das Senatsurteil vom 7. Mai 1997 (IV ZR 181/96, juris Rn. 23), in dem der Senat zu den Rechtsfolgen eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage ausgeführt hat, dass Anpassungen des Vertragsinhalts der VBL nicht fremd sind, und hierbei den Gegenwert beispielhaft genannt hat. Dass die Gegenwertforderung die Gegenleistung des Versicherungsnehmers für den Versicherungsschutz sein soll, wird damit - anders als die Revision meint - nicht zum Ausdruck gebracht. Ebenso ist die Frage der Kontrollfreiheit einer Klausel nicht Gegenstand jener Entscheidung.

2. Die Klägerin kann vom Beklagten keinen Gegenwert für Versicherte ohne erfüllte Wartezeit verlangen. Dabei kann es dahinstehen, ob altes oder neues Satzungsrecht anzuwenden ist, da nach beiden

Fassungen die von der VBL praktizierte volle Einbeziehung bei der Berechnung des Gegenwerts unzulässig ist.

- 37 a) Nach der alten Satzungslage sind Versicherte vor Erfüllung der Wartezeit nicht beim Gegenwert zu berücksichtigen. Nach § 23 Abs. 2 Satz 1 VBLS a.F. sind die dort näher beschriebenen Anwartschaften beim Gegenwert einzubeziehen. Dabei stellt die Satzung einen Bezug zu den Leistungsansprüchen von Personen her, bei denen der Versicherungsfall in einer beitragsfreien Versicherung eingetreten ist, die auf einer Pflichtversicherung über den ausgeschiedenen Beteiligten beruht. Diese Verbindung zu schon eingetretenen Leistungsansprüchen wird der durchschnittliche Versicherungsnehmer so verstehen, dass die ausgleichenden Anwartschaften so beschaffen sein müssen, dass im Versicherungsfall Leistungsansprüche ausgelöst werden können. Gemäß § 37 Abs. 1 VBLS a.F. führt der Versicherungsfall aber nur bei erfüllter Wartezeit zu Ansprüchen. Daher wird der durchschnittliche Versicherungsnehmer nur solche Versicherte als Anwartschaftsberechtigte erachten, die die Wartezeit bereits erfüllt haben.
- 38 b) Wie der Senat in seinem Grundsatzurteil zum Gegenwertanspruch der VBL vom heutigen Tage (IV ZR 10/11) entschieden und im Einzelnen dargelegt hat, sind von § 23 Abs. 2 Satz 1 Buchst. b VBLS n.F. auch Versicherte ohne erfüllte Wartezeit erfasst. Dies stellt eine unangemessene Benachteiligung des ausscheidenden Beteiligten dar, weil dem finanziellen Ausgleich des Versicherungsnehmers keine Belastung der VBL gleichen Umfangs zu Grunde liegt.
- 39 Die von § 23 Abs. 2 VBLS n.F. erfassten Versicherten ohne Erfüllung der Wartezeit können nur dann bei Eintritt des Versicherungsfalles

Leistungen geltend machen, wenn sie nach dem Ausscheiden des Beteiligten bei einem anderen Arbeitgeber, der Beteiligter der VBL ist oder eine Überleitung vornimmt (vgl. § 31 VBLS n.F.), ihre Wartezeiten auffüllen konnten. Dafür müsste die bisherige Beschäftigung beim ausscheidenden Beteiligten beendet werden und ein neues Arbeitsverhältnis bei einem anderen Arbeitgeber aufgenommen werden. In welchem Umfang dies tatsächlich der Fall ist und mit welcher Wahrscheinlichkeit daher von diesem Personenkreis jemals Ansprüche gegen die VBL geltend gemacht werden, ist weder dargelegt noch ersichtlich. Dennoch muss der Ausscheidende gemäß § 23 Abs. 2 VBLS n.F. beim Gegenwert einen vollen finanziellen Ausgleich für diese Versicherten leisten.

40

Für Klauseln, für deren Regelungsgegenstand es wie hier am Maßstab einer gesetzlichen Regelung fehlt, ist der Anwendungsbereich der AGB-rechtlichen Generalklausel eröffnet (Staudinger/Coester, BGB Neubearb. 2006 § 307 Rn. 86). Bei der hiernach anzustellenden Interessenabwägung ist auf Seiten der VBL zu berücksichtigen, dass sie einen Ausgleich für die finanziellen Lasten verlangen können muss, die ihr durch die Versorgung der Beschäftigten des ausscheidenden Beteiligten entstehen, der keine Umlagen mehr zahlt. Auf Seiten des ausscheidenden Beteiligten besteht ein legitimes Interesse, die Zahlungen an die VBL auf das notwendige Maß zu begrenzen. Die Umlagengemeinschaft hat nur ein rechtlich geschütztes Interesse am Schutz vor Belastungen, denen sie auch tatsächlich ausgesetzt ist (Gansel, Die Beendigung der Beteiligung an einer Zusatzversorgungskasse, 2009, S. 192). Dieses Maß wird hier überschritten, was zu einer unangemessenen Benachteiligung des ausscheidenden Beteiligten führt.

41

c) Die Gegenargumente der Revision zum neuen Satzungsrecht vermögen nicht zu überzeugen:

42           aa) Ihr Einwand, das Berufungsgericht habe verkannt, dass gegenüber Unternehmen der Kontrollmaßstab des § 307 BGB großzügiger sei, greift nicht durch. Der bei der Abwägung maßgebliche Vertragspartner bei Geschäften dieser Art (Staudinger/Coester, BGB Neubearb. 2006 § 307 Rn. 109) ist ein Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes. Es ist nicht ersichtlich, warum ein öffentlicher Arbeitgeber mehr als die durch seine Beschäftigten tatsächlich hinterlassenen finanziellen Rentenlasten ausgleichen soll und es ihm daher zuzumuten wäre, den vollen Gegenwert für Versicherte vor Erfüllung der Wartezeit entrichten zu müssen.

43           bb) Anders als die Revision meint, ist für die Abwägung nicht entscheidend, dass die VBL für sich eine im Handelsverkehr geltende Gewohnheit beansprucht. Zwar kann die Branchenüblichkeit einer Regelung ein Indiz für die Angemessenheit sein (BGH, Urteil vom 27. Februar 1985 - VIII ZR 85/84, NJW 1985, 2693 unter III 2). Allein aus der Üblichkeit lassen sich aber keine Aussagen über die Einhaltung normativer Vorgaben und die Anerkennung durch die beteiligten Verkehrskreise ableiten (Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht 11. Aufl. § 307 Rn. 141). Mithin wird die Unangemessenheit einer Regelung nicht dadurch in Frage gestellt, dass entsprechende Klauseln weithin üblich (BGH, Urteile vom 5. März 1991 - XI ZR 75/90, BGHZ 114, 9, 15; vom 17. Januar 1989 - XI ZR 54/88, BGHZ 106, 259, 267 m.w.N.) oder über lange Zeit unbeanstandet geblieben sind (BGH, Urteil vom 18. Januar 1996 - IX ZR 69/95, BGHZ 132, 6, 12). An einer Verkehrssitte fehlt es deshalb, weil keine Anhaltspunkte bestehen, dass der fragliche Rege-

lungsgehalt der Klausel von den beteiligten Verkehrsgruppen generell als maßgeblich und angemessen erachtet wird (vgl. BGH, Beschluss vom 30. Oktober 1984 - VIII ARZ 1/84, BGHZ 92, 363, 368).

44 cc) Entgegen der Ansicht der Revision stellt die Einbeziehung von Versicherten ohne erfüllte Wartezeit keinen untergeordneten Teil des Gegenwerts dar. Es ist nicht ersichtlich, dass die betroffenen Beschäftigten nach dem Ausscheiden des Beteiligten über einen anderen Arbeitgeber ihre Wartezeit bei der VBL in einem Ausmaß auffüllen, das die volle Berücksichtigung dieses Personenkreises bei der Gegenwertforderung rechtfertigen könnte. Gegen den von der Revision vermittelten Eindruck, dass die Auffüllung der Wartezeit und der Wechsel der Beschäftigung der Normalfall sei, spricht weiterhin, dass dem Arbeitnehmer auch nach Kündigung der Beteiligung bei der VBL ein tarifvertraglich oder im Arbeitsvertrag zugesagter Anspruch auf Zusatzversorgung erhalten bleibt, sein Versorgungsverschaffungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber also weiterhin besteht (BAG, ZTR 2001, 35, 36). Der Anteil an der Gegenwertforderung von rund 755.000 € stellt auch keine zu vernachlässigende Summe dar.

45 dd) Unzutreffend meint die Revision, dass die Möglichkeit der Erstattung geleisteter Beiträge an die Versicherten gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 VBLS n.F. gegen die Unangemessenheit der angegriffenen Bestimmung spreche. Nach § 44 Abs. 1 Satz 1 VBLS n.F. können die beitragsfrei Versicherten, die die Wartezeit nicht erfüllt haben, bis zur Vollendung ihres 67. Lebensjahres die Erstattung der von ihnen geleisteten Beiträge verlangen. Gemäß § 44 Abs. 3 VBLS n.F. werden nur die von den Beschäftigten entrichteten Eigenanteile ausgezahlt. Die Revision zeigt nicht auf, was aus dieser Regelung für die Angemessenheit

der Gegenwertforderung folgern soll. Das Grundproblem, dass der Arbeitgeber potentiell nicht zu einem Leistungsanspruch führende Rentenanwartschaften voll ausfinanzieren muss, wird nicht dadurch beseitigt, dass den betroffenen Beschäftigten deren Eigenanteile ausgezahlt werden.

46 ee) Nicht relevant ist die von der Revision dargelegte Praxis, dass die VBL unter bestimmten Voraussetzungen die Forderung ermäßigt. Eine wegen ihres Inhalts unwirksame Bestimmung wird nicht dadurch wirksam, dass der Berechtigte davon nicht in vollem Umfang Gebrauch macht (BGH Urteile vom 6. Oktober 1982 - VIII ZR 201/81, NJW 1983, 159 unter II 5 a; vom 28. Oktober 1981 - VIII ZR 302/80, BGHZ 82, 121, 128).

47 ff) Entgegen der Ansicht der Revision ist der Formulierung in § 23 Abs. 2 Satz 2 VBLS n.F., wonach der Gegenwert nach versicherungsmathematischen Grundsätzen zu berechnen ist, nicht zu entnehmen, dass damit eine bloß anteilige Berücksichtigung der Versorgungspunkte von Versicherten ohne erfüllte Wartezeit gemeint sein soll. Der durchschnittliche Versicherungsnehmer versteht § 23 Abs. 2 Satz 1 Buchst. b) VBLS n.F. so, dass der Gegenwert für sämtliche Versorgungspunkte zu leisten ist. § 23 Abs. 2 Satz 2 VBLS n.F. veranlasst den durchschnittlichen Versicherungsnehmer zu keiner anderen Sichtweise, da er selbst als öffentlicher Arbeitgeber keine versicherungsrechtlichen Spezialkenntnisse besitzt. Gegen die im Revisionsverfahren vorgebrachte Sichtweise der VBL spricht im Übrigen die Selbstausslegung der Norm durch ihre bisherige Berechnung der Gegenwertforderung gegenüber dem Beklagten, bei der gerade keine anteilige Berücksichtigung vorgenommen wurde.

- 48           gg) Unrichtig ist der Einwand der Revision, das Berufungsgericht habe bei seiner Lösung nicht berücksichtigt, dass ein Versicherter nach der Beendigung der Beteiligung seines Arbeitgebers seine Wartezeiten anderweitig erfüllen könne. Das Berufungsgericht hat keine eigene Gegenwertregelung getroffen, sondern diese einem neuen Satzungsgebungsverfahren überlassen. Dabei kann der von der Revision angeführte Fall umgekehrt nicht dazu führen, dass - wie derzeit - für Versicherte ohne erfüllte Wartezeit der volle Gegenwert anzusetzen ist.
- 49           hh) Ob sich die Regelung über die Berücksichtigung von Anwartschaftsberechtigten - wie die Revision meint - als teilbare Klausel verstehen lässt (vgl. hierzu Senatsurteil vom 2. Dezember 1992 - IV ZR 135/91, BGHZ 120, 290, 294 f.), kann dahinstehen, da die Satzungsbestimmung über den Gegenwert eine weitere unwirksame Regelung enthält, die die derzeitige Gegenwertregelung insgesamt gegenstandslos macht.
- 50           3. Zutreffend hat das Berufungsgericht eine unangemessene Benachteiligung des ausscheidenden Beteiligten auch darin gesehen, dass dieser den zu leistenden Ausgleich durch die Zahlung des Barwerts der bei der VBL verbleibenden Versorgungslast zu erbringen hat. Diese Beurteilung ist unabhängig davon, ob altes oder neues Satzungsrecht zur Anwendung kommt, weil beide Fassungen eine entsprechende Regelung vorsehen.
- 51           a) Für den ausscheidenden Beteiligten sind mit der derzeitigen Regelung erhebliche Nachteile verbunden:

52           aa) Zu Recht hat das Berufungsgericht auf die weitreichenden finanziellen Belastungen des ausscheidenden Beteiligten abgehoben.

53           Nach der Satzung der Klägerin ist der Gegenwart als Einmalzahlung zu entrichten. Dies bedeutet, dass der ausscheidende Beteiligte die Versorgungslasten der künftigen Jahrzehnte, die von seinen Beschäftigten herrühren, auf einmal zu leisten hat. Dabei handelt es sich sowohl nach altem wie neuem Satzungsrecht um einen nach versicherungsmathematischen Grundsätzen ermittelten und durch zahlreiche Korrekturfaktoren in der Satzung ergänzten Barwert (Gansel, Die Beendigung der Beteiligung an einer Zusatzversorgungskasse, 2009, S. 152) der derzeitigen und künftigen Leistungen der VBL. Dies stellt die komplette Ersetzung der Umlagefinanzierung durch eine Kapitaldeckung zu einem Stichtag dar. In der Diskussion um die Finanzierung der gesetzlichen Rentenversicherung wird ein Übergang von der Umlage- zur Kapitaldeckung wegen der hohen Kosten und der Doppelbelastung der Erwerbstätigen abgelehnt (Wigger, Grundzüge der Finanzwissenschaft 2. Aufl. S. 224 f.). Ebenso werden bei der Finanzierung der Altersversorgung des öffentlichen Dienstes die hohen Übergangskosten gegen einen Übergang vom gleitenden Abschnittsdeckungsverfahren zur vollständigen Kapitaldeckung eingewandt (Heubeck/Rürup, Finanzierung der Altersversorgung des öffentlichen Dienstes, 2000, S. 64 f.). Schließlich ist die im Abrechnungsverband Ost ab dem 1. Januar 2004 vorgenommene Ablösung der Umlagefinanzierung durch ein Kapitaldeckungsverfahren aus gutem Grund nur schrittweise und nicht zu einem Stichtag vorgesehen. Strukturell steht der ausscheidende Beteiligte vor ähnlichen Problemen: Die bestehenden Anwartschaften und Renten muss er komplett ausfinanzieren, d.h. auf einmal eine Kapitaldeckung schaffen. Gleichzeitig muss er wegen des Versorgungs-Verschaf-

fungsanspruchs seiner Arbeitnehmer diesen auch nach Beendigung der Beteiligung bei der VBL eine laufende Zusatzversorgung gewährleisten. Mit der punktuellen Umstellung von einer Umlagefinanzierung zur vollständigen Kapitaldeckung verlangt die VBL dem ausscheidenden Beteiligten mehr ab, als die betriebliche Altersversorgung der VBL selbst leisten können muss.

54            Diese Situation trifft den ausscheidenden Beteiligten umso härter, als seine bisherigen Aufwendungen für die Zusatzversorgung in Gestalt der Umlage durch Auskehrung an die Leistungsempfänger und fehlende Anrechnung auf den Gegenwert verloren sind. Weiterhin sind wegen der laufenden Umlagezahlungen in der Regel keine Rücklagen für die Erfüllung der Gegenwertforderung gebildet worden. Daher ist es für den Ausscheidenden von gravierendem Nachteil, dass die finanziellen Lasten der Zusatzversorgung für viele Jahrzehnte im Voraus auf einmal fällig gestellt werden.

55            bb) Die Einmalzahlung bedingt weiterhin, dass alle derzeitigen und künftigen Leistungen der VBL in den kommenden Jahren in eine konkrete Summe umgerechnet werden müssen.

56            Die Bewertung von Zahlungen der VBL, die unter Umständen erst in Jahrzehnten zu erbringen sind, birgt erhebliche Prognoserisiken (Lebenserwartung, Zinsentwicklung, etc.). Zwar gibt es für den Ausscheidenden keine Nachschusspflicht bei zu niedriger Kalkulation und keine Rückerstattung bei zu hoher Kalkulation. Das Risiko, dass sich die Prognosen als unzutreffend erweisen, wird daher sowohl vom Ausscheidenden als auch von der VBL gemeinsam getragen, wobei allerdings die VBL das Risiko einer zukünftigen Unterdeckung durch Sicher-

heitszuschläge wie etwa die Fehlbetragsabgabe von 10 v.H. der Gegenwertforderung gemäß § 23 Abs. 2 Satz 3 VBLS n.F. oder durch Anpassung der Rechnungsgrundlagen zu vermindern versucht. Eine unangemessene Benachteiligung ergibt sich aber bereits daraus, dass man den ausgeschiedenen Beteiligten einem derart gravierenden Prognoserisiko aussetzt, obwohl dies nicht zwingend notwendig ist, da es Möglichkeiten zur Ausgestaltung des Gegenwerts gibt, die dieses Risiko nicht aufweisen. Zu nennen ist etwa die so genannte Erstattungslösung, bei der der Ausscheidende die Renten für seine Arbeitnehmer zum jeweiligen Fälligkeitszeitpunkt erstattet (im Einzelnen hierzu Niermann/Fuhrmann, BetrAV 2010, 528, 532), d.h. nicht heute künftige Renten mit einem prognostizierten Barwert zahlt, sondern künftig das ausgleicht, was die VBL jeweils bei Fälligkeit an seine (ehemaligen) Beschäftigten leistet.

57                    b) Auf Seiten der VBL sind folgende Interessen maßgebend:

58                    aa) Die Einmalzahlung nach gegenwärtiger Satzungslage erlaubt es den Parteien, sich schnell voneinander zu trennen. So betont die VBL ihr Interesse an einem "schnellen Schnitt" und einer zügigen Vertragsabwicklung. Dabei berücksichtigt sie nicht, dass der Begriff der zügigen Vertragsabwicklung etwa im Warenverkehr, wo die schnelle Erfüllung der gegenseitigen Leistungspflichten regelmäßig im Vordergrund steht, eine andere Bedeutung hat als bei der Zusatzversorgung. Die VBL betreut ein Versicherungsvertragsverhältnis, das zunächst auf unbestimmte Zeit abgeschlossen wurde. Auch nach einer Kündigung hat sie sich wegen des Weiterbestehens der Verpflichtungen gegenüber ihren Versicherten auf eine über viele Jahre angelegte Leistungsphase und damit auf ein langes Nachwirken des gekündigten Beteiligungsver-

hältnisses einzustellen. Einen "schnellen Schnitt" gibt es unter Berücksichtigung der Leistungsseite ohnehin nicht. Daher stellt es für die VBL keinen übermäßigen Nachteil dar, sich auch beim finanziellen Ausgleich der Rentenlasten auf einen längeren Abwicklungszeitraum einzustellen. Dies ist zwar für die VBL möglicherweise mit einem erhöhten Verwaltungsaufwand verbunden. Jedoch ist die VBL nicht gehindert, den ausscheidenden Beteiligten mit diesen Kosten angemessen zu belasten. Das Interesse der VBL an geringerem Verwaltungsaufwand ist daher gegenüber den Interessen des ausscheidenden Beteiligten von untergeordneter Bedeutung.

59           bb) Als zentralen Vorteil der Einmalzahlung betrachtet die VBL das minimierte Risiko einer Zahlungsunfähigkeit des Ausscheidenden. Bei einem zeitlich gedehnten Ausgleich der verbliebenen Rentenlasten fürchtet sie eine Erhöhung des Insolvenzrisikos.

60           Dieses resultiert daraus, dass die VBL auch insolvenzfähigen juristischen Personen eine Beteiligung ermöglicht, wobei die Satzung und hierzu ergangenen Ausführungsbestimmungen Näheres regeln. Bei einer ungekündigten Beteiligung sieht sich die VBL in der Lage, dieses Insolvenzrisiko auf zeitlich unbestimmte Zeit zu tragen. Dabei trifft sie allerdings für den Fall der Privatisierung Vorkehrungen, um diesem Risiko zu begegnen (§ 20 Abs. 3 VBLS n.F. i.V. mit den hierzu erlassenen ausführungsbestimmungen im Anhang 1 zur VBLS Ziff. III Abs. 1). Hiernach kann eine Beteiligung nur aufrecht erhalten bleiben, wenn die unwiderrufliche Verpflichtungserklärung einer oder mehrerer juristischer Personen des öffentlichen Rechts, deren Insolvenzfähigkeit ausgeschlossen ist, beigebracht wird, wonach im Falle einer Beendigung der Beteiligung für die Erfüllung aller finanziellen Verpflichtungen des Betei-

ligten gegenüber der Anstalt eingestanden wird. Als Alternative ist ein Zuschlag von 15 v.H. zur Umlage möglich. Zudem kann die VBL eine Deckungszusage eines Versicherungsunternehmens oder eine entsprechende Bankbürgschaft akzeptieren.

61 Die derzeit zur Begrenzung des Insolvenzrisikos allein vorgesehene Ausgestaltung des Gegenwerts als Einmalzahlung ist unverhältnismäßig. Zum einen trifft sie unterschiedslos alle Beteiligten und damit auch solche, die nicht insolvenzfähig sind oder deren Insolvenzrisiko voll abgesichert ist - etwa weil nach einer Privatisierung die Garantieerklärung einer nicht insolvenzfähigen juristischen Person des öffentlichen Rechts vorgelegt wurde. Zum anderen schneidet sie dem ausscheidenden Beteiligten die Möglichkeit einer alternativen Insolvenzversicherung wie die Garantieerklärung einer nicht insolvenzfähigen juristischen Person des öffentlichen Rechts, die Deckungszusage eines Versicherers oder eine entsprechende Bankbürgschaft ab. Es ist nicht nachvollziehbar, dass bei einer gekündigten Beteiligung der Insolvenzschutz nicht ausreichen soll, den die VBL bisher bei einer ungekündigten Beteiligung selbst als ausreichend betrachtet hat. Hier ist Raum für eine sinnvolle Neuregelung der Satzungsbestimmungen über den Gegenwert. Daher ist es unerheblich, dass die derzeitige Satzungslage diese Möglichkeit nicht vorsieht. Vor diesem Hintergrund ist das von der VBL behauptete Insolvenzrisiko gegenüber den Interessen des ausscheidenden Beteiligten als untergeordnet zu betrachten.

62 c) Die gegen diese Interessenabwägung vorgebrachten Einwände der Revision überzeugen nicht.

63

aa) Anders als die Revision meint, führt die Möglichkeit der Stundung nach § 23 Abs. 4 Satz 2 VBLS a.F./n.F. zu keinem Ausgleich, der die Unangemessenheit beseitigt. Wie oben dargelegt, wird eine wegen ihres Inhalts unwirksame Bestimmung nicht dadurch wirksam, dass der Berechtigte davon nicht in vollem Umfang Gebrauch macht.

64 bb) Entgegen der Ansicht der Revision ist es nicht zwingend, dass eine andere Ausgestaltung als die Einmalzahlung deshalb für den ausscheidenden Beteiligten nachteilig ist, weil er Rückstellungen nach §§ 249, 253 HGB und § 6a EStG bilden muss.

65 Eine Versorgungsverpflichtung des Arbeitgebers ist eine ungewisse Verbindlichkeit i.S. des § 249 Abs. 1 Satz 1 HGB. Für eine solche darf eine Rückstellung nur dann gebildet werden, wenn aus der Sicht des Bilanzstichtags eine Inanspruchnahme des Verpflichteten wahrscheinlich ist (BFH, BB 2006, 1626, 1627; BFH, BB 2009, 321, 322 f.; Buciek in Blümich, Einkommensteuergesetz, EStG § 5, Rn. 797a m.w.N. Stand: Februar 2012). Das gilt auch im Anwendungsbereich des § 6a EStG (BFH aaO). Der Träger des Betriebes muss nicht damit rechnen, selbst aus der Versorgungsverpflichtung in Anspruch genommen zu werden, wenn anfallende Versorgungsleistungen nach den am Bilanzstichtag bestehenden Erkenntnissen voraussichtlich von einer Versorgungskasse weiter erbracht werden (BFH aaO). Dies ist bei der so genannten Erstattungslösung der Fall, da die direkten Ansprüche der Versicherten gegen die VBL von den laufenden Erstattungszahlungen des ausgeschiedenen Beteiligten an die VBL während der Leistungsphase nicht betroffen sind. Bei Beendigung der Beteiligung bleibt die beitragsfreie Versicherung des Arbeitnehmers erhalten und führt mit Erfüllung der Wartezeit und dem Eintritt des Versicherungsfalles zu direk-

ten Ansprüchen des Versicherten gegenüber der VBL. Ob dies bei anderen alternativen Modellen der Gegenwertabwicklung genauso ist, kann dahinstehen. Jedenfalls ist der Verzicht auf eine Einmalzahlung des Gegenwerts nicht automatisch mit Rückstellungen des Arbeitgebers verbunden und deshalb für diesen nicht zwangsläufig nachteilig.

66           4. § 23 Abs. 2 VBLS a.F./n.F. ist weiterhin - wie die Revisionserwiderung zu Recht geltend macht - intransparent, weil nicht alle Berechnungsgrundlagen des Gegenwerts offen gelegt werden.

67           Nach dem Transparenzgebot ist der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen entsprechend den Grundsätzen von Treu und Glauben gehalten, Rechte und Pflichten seines Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen (Senatsurteil vom 24. März 1999 - IV ZR 90/98, BGHZ 141, 137, 143).

68           Dies bedeutet zum einen, dass die Klausel die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen soweit erkennen lassen muss, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann (Senatsurteil vom 24. März 1999 aaO). Das ist hier der Fall. Der Gegenwert lässt sich nicht im Vorhinein berechnen, da sich die Anzahl der Beschäftigten und die Höhe ihrer Anwartschaften während des Beteiligungsverhältnisses ändern. Die Satzung legt insoweit offen, dass die Berechnung des Gegenwerts ein versicherungsmathematisches Gutachten erfordert. Allerdings ist durchschnittlicher Versicherungsnehmer bei § 23 Abs. 2 VBLS ein öffentlicher Arbeitgeber, dem die Grundgegebenheiten der Zusatzversorgung der VBL bekannt sind und der daher die wirtschaftliche Bedeutung des Gegenwerts einzuschätzen vermag.

- 69            Zum anderen erfordert das Transparenzgebot, dass der Versicherungsnehmer seine vertraglichen Rechte und Pflichten erkennen kann. Deshalb muss er in der Lage sein, die gegen ihn erhobene Gegenwertforderung nachzuvollziehen und zu überprüfen. Der Verweis in § 23 Abs. 2 Satz 2 VBLS a.F./n.F. auf die Berechnung nach versicherungsmathematischen Grundsätzen genügt hierfür nicht. § 23 Abs. 2 VBLS a.F./n.F. nennt zwar einige Rechnungsgrundlagen, allerdings ohne den Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben. Berechnungsmethode und Rechnungsgrundlagen wie z.B. die zu Grunde gelegten Sterbetafeln sind weder aus der Satzung noch aus veröffentlichten Ausführungsbestimmungen vollständig ersichtlich. Eine unangemessene Benachteiligung des ausgeschiedenen Beteiligten liegt mithin in der Gefahr, dass er wegen unklar abgefasster Bedingungen seine Rechte nicht wahrnimmt (vgl. Senatsurteil vom 23. November 1994 - IV ZR 124/93, BGHZ 128, 54, 60 f.), weil ihm die unklaren Rechnungsgrundlagen die Möglichkeit zu einer eigenständigen Überprüfung der gegen ihn erhobenen Forderung - gegebenenfalls mittels eines eigenen Gutachtens - nehmen. Dabei ist es nicht Aufgabe des Versicherungsnehmers, sich durch eigene Gutachter fehlende Berechnungsparameter zu erschließen.
- 70            5. Da § 23 Abs. 2 VBLS a.F./n.F. aus den genannten Erwägungen unwirksam ist, kommt es auf etwaige weitere Unwirksamkeitsgründe nicht an.
- 71            6. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht für die durch die unwirksame Gegenwertbestimmung in § 23 VBLS entstandene Regelungslücke eine ergänzende Vertragsauslegung zugelassen, die die Möglichkeit einer neuen Satzungsregelung einschließt.

- 72            Das Berufungsgericht hat die Voraussetzungen für eine ergänzende Vertragsauslegung beanstandungsfrei bejaht und hierbei insbesondere herausgestellt, dass der ersatzlose Wegfall der Gegenwertregelung für die VBL eine unzumutbare Härte wäre. Die ansonsten eröffnete Möglichkeit der ausgleichslosen Abwälzung von Rentenlasten auf die verbliebenen Beteiligten stellte eine gravierende Belastung der Solidargemeinschaft dar. Eine Beendigung der Beteiligung ohne jeglichen finanziellen Ausgleich nimmt nicht einmal der Beklagte für sich in Anspruch. Die Parteien hätten bei sachgerechter Abwägung der beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben deshalb vereinbart, dass eine Neuregelung des Gegenwerts im Satzungsänderungsverfahren auch für die bereits beendete Beteiligung möglich sein soll.
- 73            Zur jetzigen Ausgestaltung des Gegenwerts kommen zahlreiche Alternativen in Betracht. In der Literatur werden weitere Modelle, unter anderem die Übernahme der Versorgungslasten durch den Versicherungsnehmer und deren Ersetzung durch eine gleichwertige Leistung (so genannte Übernahmелösung, siehe Gansel, Die Beendigung der Beteiligung an einer Zusatzversorgungskasse 2009 S. 226 ff.) diskutiert, ohne dass der Senat diese hier im Einzelnen zu bewerten hätte. Dies widerspricht nicht dem Grundsatz, dass beim Vorhandensein verschiedener Gestaltungsmöglichkeiten zur Ausfüllung einer Vertragslücke eine ergänzende Vertragsauslegung zu unterbleiben hat, wenn kein Anhaltspunkt dafür vorliegt, welche Regelung die Parteien getroffen hätten (vgl. BGH, Urteil vom 30. März 1990 - V ZR 113/89, NJW 1990, 1723 unter 3 m.w.N., insoweit in BGHZ 111, 110, 115 f. nicht vollständig abgedruckt). Der Zweck dieses Grundsatzes liegt darin, die Parteien vor einer Auswahl durch das Gericht nach dessen eigenen Kriterien zu schützen, weil dies mit dem Grundsatz der Privatautonomie unvereinbar

wäre (NK-BGB/Looschelders, 2. Aufl. § 157 Rn. 26). Eine eigene Auswahl zwischen den verschiedenen denkbaren Lösungsmodellen hat das Berufungsgericht zu Recht nicht getroffen. Es hat vielmehr aus den Besonderheiten der betrieblichen Zusatzversorgung den hypothetischen Parteiwillen ermittelt, dass der VBL eine Neuregelung des Gegenwerts durch eine Satzungsänderung möglich sein soll, wenn diese den auscheidenden Beteiligten nicht unangemessen beteiligt.

Mayen

Wendt

Felsch

Harsdorf-Gebhardt

Dr. Karczewski

Vorinstanzen:

LG Mannheim, Entscheidung vom 18.12.2009 - 7 O 290/08 Kart. -

OLG Karlsruhe, Entscheidung vom 23.12.2010 - 12 U 1/10 -