

# OLG Karlsruhe Urteil vom 23.12.2010, 12 U 224/09

## Leitsätze

§ 23 Absatz 2 VBLS ist keine wirksame Grundlage für Ansprüche der Versorgungseinrichtung des öffentlichen Dienstes gegen einen ausgeschiedenen Beteiligten auf Zahlung einer Gegenwertleistung.

## Tenor

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Mannheim vom 19.06.2009 - 7 O 124/08 (Kart.) - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.
4. Die Revision wird zugelassen.

## Gründe

### I.

- 1 Der Kläger begehrt von der Beklagten Rückzahlung eines Teils von 400.000 EUR der von ihm wegen seiner Kündigung seines Beteiligungsverhältnisses an der Beklagten an diese geleisteten Gegenwertforderung.
- 2 Die Beklagte ist eine Anstalt des öffentlichen Rechts und gewährt auf privatrechtlicher Grundlage in Form von Gruppenversicherungsverträgen mit Arbeitgebern des öffentlichen Dienstes, die dem geltenden Tarifrecht des öffentlichen Dienstes des Bundes und der Länder oder einem Tarifrecht des öffentlichen Dienstes des Bundes und der Länder oder einem Tarifrecht wesentlich gleichen Inhalts unterliegen (sogen. Beteiligte), nach Maßgabe ihrer Satzung eine Alters-, Erwerbsminderungs- und Hinterbliebenenversorgung. Ein tarifvertraglicher Anspruch auf Gewährung einer solchen Zusatzversorgung wurde für die neuen Bundesländer zum 01.01.1997 geschaffen. Die bisherige Satzung der Beklagten in der Fassung der 41. Satzungsänderung wurde durch eine vom Verwaltungsrat der Beklagten am 19.09.2002 beschlossene, von der Aufsichtsbehörde am 22.11.2002 genehmigte und im Bundesanzeiger vom 03.01.2003 veröffentlichte „Neufassung zum 1. Januar 2001“ ersetzt (im Folgenden VBLS a.F. und VBLS n.F., soweit sie inhaltlich voneinander abweichen).
- 3 Die Finanzierung der Beklagten erfolgte nach §§ 75f Abs. 1 VBLS a.F., 60 Abs. 1, 61 Abs. 1 VBLS n.F. ihrer Satzung im gesonderten

Abrechnungsverband Ost (§ 76 Abs. 3a VBLS a.F., § 61 Abs. 5 VBLS n.F.) bis zum 31.12.2003 über ein reines Umlageverfahren in Form eines modifizierten Abschnittsdeckungsverfahrens. Der Umlagesatz ist bei diesem Verfahren 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 Beklagten während des Deckungsabschnitts sowie der sechs folgenden Monate zu erfüllen. Für die Umlagefinanzierung der Leistungen in der Pflichtversicherung unterhält die Beklagte das sogen. Versorgungskonto I (§ 64 VBLS n.F.). Soweit einzelne Leistungen aufgrund einer Kapitaldeckung erfolgen, wird das hierfür zurückgestellte Vermögen auf dem sogenannten Versorgungskonto II verbucht (§ 66 VBLS n.F.).

- 4 Der Kläger, ein Trägerverein, der eine Klinik betreibt, hatte sich mit Vereinbarung vom 5./27.11.1996 an der Beklagten beteiligt und gehörte dem Abrechnungsverband Ost an. Er kündigte das Beteiligungsverhältnis zum 31.12.2003.
- 5 Seit Einführung des Umlageverfahrens im Jahr 1967 bestimmt § 23 Abs. 2 VBLS die Verpflichtung des ausscheidenden Beteiligten, an die Beklagte einen sog. Gegenwert in Gestalt einer Einmalzahlung zu leisten. Zunächst sah § 23 Abs. 2 VBLS a.F. die nach versicherungsmathematischen Grundsätzen vorzunehmende Berechnung des Gegenwerts nur auf Basis der von der Beklagten an die dem ausscheidenden Beteiligten zuzurechnenden aktuellen Leistungsempfänger zu zahlenden Renten vor. Noch vor der Beteiligung des Klägers an der Beklagten wurde § 23 Abs. 2 VBLS a. F. mit Wirkung zum 01.01.1995 dahingehend geändert, dass ein Gegenwert nicht nur für die von der Beklagten an die Leistungsempfänger zu zahlenden Renten, sondern auch für Anwartschaften solcher Versicherter zu entrichten ist, welche die Wartezeit erfüllt haben.
- 6 Durch weitere Änderungen der VBLS a.F. und VBLS n.F. wurden die Regelungen zur Gegenwertermittlung bis zum Ausscheiden des Klägers zum 31.12.2003 weiter dahingehend modifiziert, dass der Gegenwert zur Deckung von Fehlbeträgen um 10 % und zur Abgeltung von Verwaltungskosten pauschal um 2 % zu erhöhen und der zunächst auf den Ausscheidestichtag abgezinste Gegenwert 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 vom Hundertsatzes der in den letzten fünf Kalenderjahren vor dem Ausscheiden erzielten Vermögenserträgen, mindestens jedoch mit 5,25 v.H. aufzuzinsen ist.
- 7 Die zum 31.12.2003 geltende Fassung des § 23 Abs. 2 VBLS lautet wie folgt:
  - 8 „Zur Deckung der aus dem Anstaltsvermögen nach dem Ausscheiden zu erfüllenden Verpflichtungen auf Grund von
  - 9 a) Leistungsansprüchen von Betriebsrentenberechtigten aus einer Pflichtversicherung bzw. einer beitragsfreien Versicherung sowie
  - 10 b) Versorgungspunkten von Anwartschaftsberechtigten und

- 11 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.
- 12 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 zu Grunde zu legen ist. Zur Deckung von Fehlbeträgen ist der Gegenwert um 10 vH. zu erhöhen; dieser Anteil wird der Verlustrücklage nach § 67 zugeführt. Als künftige jährliche Erhöhung der Betriebsrenten ist der Anpassungssatz nach § 39 zu berücksichtigen.
- 13 Bei der Berechnung des Gegenwertes werden die Teile der Leistungsansprüche und Anwartschaften nicht berücksichtigt, die aus dem Vermögen im Sinne des 61 Abs. 2 oder 66 zu erfüllen sind.
- 14 Ansprüche die im Zeitpunkt des Ausscheidens aus der Beteiligung ruhen, werden nur dann nicht berücksichtigt, wenn das Ruhen auf § 65 Abs. 6 der am Tag vor Inkrafttreten dieser Satzung geltenden Satzung beruht.
- 15 Der Gegenwert ist zur Abgeltung der Verwaltungskosten um 2 v.H. zu erhöhen. Der zunächst auf den Ausscheidestichtag abgezinsten 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 vom Hundertsatzes der in den letzten fünf Kalenderjahren vor dem Ausscheiden erzielten Vermögenserträgen, mindestens jedoch mit 5,25 v.H. aufzuzinsen.
- 16 ...“
- 17 Der Kläger leistete am 23.12.2004 auf die Gegenwertforderung eine Abschlagszahlung von 594.000 EUR. Mit versicherungsmathematischem Gutachten vom 18.05.2005 berechnete die Beklagte für neun Rentner und 135 Leistungsanwärter eine Gegenwertforderung in Höhe von 957.125,77 EUR. Nach Erhalt dieser Berechnung leistete der Kläger unter Vorbehalt weitere 346.101,66 EUR.
- 18 Unter den von der Beklagten in ihre Gegenwertberechnung einbezogenen Leistungsanwärtern befanden sich auch solche Personen, welche die Wartezeit noch nicht erfüllt hatten. Für diese sogen. Rentenanwärter mit verfallbarer Anwartschaft wurden die Gegenwerte ohne Berücksichtigung von Wahrscheinlichkeiten für das künftige Erreichen der Wartezeit auf der Grundlage der erworbenen Versorgungspunkte berechnet. Bei der Berechnung des Gegenwerts wurden vom Kläger geleistete Umlagezahlungen nicht berücksichtigt.
- 19 Die Parteien streiten über die Wirksamkeit des § 23 VBLS a.F. und n.F. in den bis zur Kündigung geltenden Fassungen, insbesondere darüber, ob die Satzungsbestimmungen zum Gegenwert gegen Artikel 82 EGV bzw. § 19 GWB verstoßen und damit nach § 134 BGB nichtig sind, sowie ob sie einer

- AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle zugänglich sind, einer solchen nicht standhalten und auch deshalb unwirksam sind. Weiterhin streitig ist, ob im Falle der Unwirksamkeit der bestehenden Gegenwertregelung, die Lücke durch eine ergänzende Vertragsauslegung gefüllt werden könne und müsse.
- 20 Das Landgericht hat durch Urteil vom 19.06.2009, auf dessen tatsächliche Feststellungen Bezug genommen wird, die Beklagte antragsgemäß verurteilt.
- 21 Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten. Sie macht geltend, § 23 VBLS sei nicht uneingeschränkt AGB-rechtlich überprüfbar, da ihm tarifvertragsgleiche Wirkung zukomme bzw. jedenfalls an der durch Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG geschützten Tarifautonomie teilnehme. Zu Unrecht werde nicht berücksichtigt, dass die ausdrücklich unter Punkt 1.4 des dem ATV als Anlage 5 beigefügten Altersvorsorgeplan 2001 tarifvertraglich geregelte Umlageverpflichtung die Gegenwertzahlungsverpflichtung zwingend nach sich ziehe. Die aufgezeigten anderen theoretischen „Gestaltungsmöglichkeiten“ seien keine gangbaren Alternativen. Außerdem hätten die Tarifvertragsparteien durch die in § 4 Abs. 2 Versorgungs-TV in der bis zur Systemumstellung geltenden Fassung enthaltene Verhandlungsverpflichtung einerseits und die Sicherung umfangreicher Vorschlagsrechte für die Besetzung des für Satzungsänderungen zuständigen Verwaltungsrats andererseits die gleichen Bindungen erzeugt, wie sie der Satzung einer gemeinsamen Einrichtung der Tarifvertragsparteien zugesprochen werde. Darin komme der Wille der Tarifvertragsparteien zum Ausdruck, der Satzung der Beklagten - soweit sie nicht die Verfassung der Beklagten regelt - die gleich normative Wirkung zusprechen zu wollen, wie sie der Satzung einer gemeinsamen Einrichtung der Tarifvertragsparteien zukommt. Dieses Ergebnis werde auch durch die Rechtsprechung des BAG (Urt. v. 21.11.2006, 3 AZR 309/05) bestätigt, wonach tarifvertragliche Regelungen, die hinsichtlich der näheren Ausgestaltung der Gesamtversorgung auf die Satzung der Beklagten in ihrer jeweiligen Fassung verweisen, nicht gegen das Schriftformerfordernis des § 1 Abs. 2 TVG verstoßen. Mit einer dynamischen Verweisung brächten die Tarifvertragsparteien zum Ausdruck, dass sie auch die in Bezug genommenen künftigen Regelungen wegen des engen Sachzusammenhangs in den Geltungsbereich ihres Tarifvertrags für sachgerecht halten. Weiter sei das zitierte Urteil des BGH vom 07.05.1997 (IV ZR 179/96) unzutreffend gewürdigt, das die streitgegenständliche Gegenwertforderung als Erhöhung einer Hauptleistung infolge einer Äquivalenzstörung durch das Ausscheiden eines Beteiligten aus der Umlagegemeinschaft und damit als Preisklausel bewertet habe. Selbst wenn man mit dem erstinstanzlichen Gericht eine uneingeschränkte Inhaltskontrolle unterstellen würde, würde § 23 Abs. 2 VBLS ausscheidende Beteiligte nicht unangemessen i.S.v. § 307 Abs. 1 BGB benachteiligen. Unabhängig davon hätte das Landgericht Mannheim bereits aus Vertrauensschutzgründen § 23 Abs. 2 VBLS jedenfalls in der Fassung seit ab 01.01.1995 nicht, zumindest nicht ohne Übergangsfrist ersatzlos wegfallen lassen dürfen. Darüber hinaus habe das Landgericht zu Unrecht § 306 Abs. 3 BGB missachtet und eine mögliche Anpassung des Vertrages aus dem Grundsatz des Wegfalls bzw. der Störung der Geschäftsgrundlage nicht geprüft.
- 22 Die Beklagte behauptet,

- 23 die Tarifvertragsparteien des öffentlichen Dienstes hätten zusammen mit dem Entwurf eines neuen Versorgungsrechts (Versorgungs-TV) auch einen Entwurf der neuen Satzung vereinbart, der in der Verwaltungsratssitzung vom 15.7.1995 beraten worden sei. Eine Satzungscommission, in der die Tarifvertragsparteien gleich stark vertreten gewesen seien, hätten sowohl das Leistungsrecht wie auch das Finanzierungsverfahren einschließlich des § 23 VBLS i.d.F. des Jahres 1967 ausgehandelt und dem Verwaltungsrat der Beklagten zur Beschlussfassung vorgelegt. Dieser habe den Beschluss am 27.07.1966 gefasst.
- 24 Die Beklagte beantragt:
- 25 Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Mannheim vom 19.06.2009 (Az. 7 O 124/08 <Kart.>) im Kostenpunkt aufgehoben und im Übrigen wie folgt abgeändert: Die Klage wird abgewiesen.
- 26 Der Kläger beantragt:
- 27 Die Berufung ist abzuweisen.
- 28 Der Kläger rügt vorab die funktionelle Zuständigkeit des 12. Zivilsenats des OLG Karlsruhe, da die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits von kartellrechtlichen Vorfragen abhängig sei.
- 29 Im Übrigen verteidigt er das angefochtene Urteil.
- 30 Wegen des weiteren Parteivortrags im Einzelnen wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

## II.

- 31 Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Der Kläger kann von der Beklagten gemäß §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB Rückzahlung von 400.000 EUR und Zahlung von Prozesszinsen aus diesem Betrag verlangen, da die Gegenwertzahlung des Klägers an den Beklagten in dieser Höhe derzeit - auf der Grundlage des bisherigen Satzungsrechts - ohne Rechtsgrund erfolgt ist (nachfolgend A.). Auf die aufgeworfenen kartellrechtlichen Fragen kommt es nicht an, da die Zahlung des Klägers schon aus vertragsrechtlichen Gründen rechtsgrundlos erfolgt ist (nachfolgend B.).
- A.
- 32 Die die Gegenwertzahlung bei Ausscheiden eines Beteiligten regelnde Satzungsbestimmung ist ohne Einschränkungen nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu prüfen (nachfolgend 1.). Sie ist nicht schon deshalb unwirksam, weil sie die Zahlungen des ausscheidenden Beteiligten während der Dauer seiner Beteiligung nicht berücksichtigt (2.). Eine Unwirksamkeit ergibt sich jedoch jedenfalls aus der Berücksichtigung auch derjenigen Versicherten, bei denen die Wartezeit beim Ausscheiden noch nicht erfüllt war (3.) sowie aus der fehlenden Einräumung eines zur Einmalzahlung alternativen Zahlungsmodells (4.), weshalb es (5.) auf die

mögliche Unwirksamkeit der Satzungsbestimmung auch aus anderen Gründen nicht ankommt. Eine Gegenwertzahlung kann die Beklagte derzeit auch nicht unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der ergänzenden Vertragsauslegung verlangen. Der Vertrag ist zwar ergänzend dahin auszulegen, jedoch nur dahin, dass er der Beklagten die Schaffung einer wirksamen, die ausscheidenden Beteiligten nicht unangemessen benachteiligenden Gegenwertregelung auch mit rückwirkender Kraft erlaubt (6.).

- 33 1. Die Regelungen über den Gegenwert in der VBLS unterliegen als Allgemeine Geschäftsbedingungen in Form Allgemeiner Versicherungsbedingungen (BGH, Ur. v. 23.06.1999, IV ZR 136/98, juris Rn.9 ff.) grundsätzlich der richterlichen Inhaltskontrolle nach den hier nach Art. 229 § 5 S.2 EGBGB anwendbaren §§ 307 ff. BGB. Der Inhaltskontrolle sind weder durch § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB oder § 307 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. § 310 Abs. 4 Satz 3 BGB Schranken gesetzt, [nachfolgend a)] noch gebietet die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Tarifautonomie die Anlegung eines eingeschränkten Prüfungsmaßstabes [nachfolgend b)], noch stellen die Regelungen über den Gegenwert eine bloße Preisklausel dar, die der Angemessenheitskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB entzogen wäre [nachfolgend c)].
- 34 a) Die Regelungen über den Gegenwert stellen keine tarifvertragliche Regelungen dar.
- 35 aa) § 23 Absatz 2 VBLS ist nicht unmittelbarer Bestandteil des hier maßgeblichen Tarifvertrags über die betriebliche Altersversorgung der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes (ATV). Anders als etwa hinsichtlich der Umlagen in § 16 Absatz 3 Satz 2 ATV oder der Bonuspunkte in § 19 Absatz 2 Satz 3 ATV (oder in dem vom BAG mit Ur. v. 21.11.2006 - 3 AUR 309/05 - juris Rn. 22, entschiedenen Fall, in dem im VersTV Nr. 3 als auch im ErgTV eine Verweisung auf die jeweils geltende Satzung der Versorgungsanstalt enthalten war) verweist der ATV hinsichtlich der näheren Ausgestaltung der Beendigung eines Beteiligungsverhältnisses auch nicht auf die Satzung der Beklagten in ihrer jeweiligen Fassung. § 23 Absatz 2 VBLS stimmt auch nicht mit einer Regelung des ATV inhaltlich überein, weshalb die Frage offen bleiben kann, ob eine solche inhaltliche Übereinstimmung zur Anwendbarkeit von § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB oder § 307 Abs. 3 Satz 1 i.V. mit § 310 Abs. 4 Satz 3 BGB führt; ob dies der Fall ist, hat der BGH (Ur. v. 29.09.2010, IV ZR 8/10, BeckRS 2010, 24782, juris Rn. 23) zuletzt für zweifelhaft erachtet, aber letztlich jedoch offengelassen.
- 36 bb) Die Beklagte ist - wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat - auch keine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien im Sinne von § 4 Absatz 2 TVG. Zwar können sich die Tarifvertragsparteien einer bereits bestehenden Institution als ihrer Gemeinsamen Einrichtung bedienen (BAG, Ur. v. 28.04.1981, 3 AZR 255/80, juris Rn. 21). Dies setzt jedoch eine tarifvertragliche Regelung voraus, die den paritätischen Einfluss der Tarifvertragsparteien sichert (BAG a.a.O. Rn. 23). Eine solche tarifvertragliche Regelung ist im ATV nicht ersichtlich. In § 4 Absatz 2 des Tarifvertrags über die Versorgung der Arbeitnehmer des Bundes und der Länder sowie von Arbeitnehmern kommunaler Verwaltungen und Betriebe (Versorgungs-TV) war

zwar geregelt, dass sich die Tarifvertragsparteien verpflichten, vor späteren Änderungen von Vorschriften der Satzung der Versorgungsanstalt, die das materielle Leistungsrecht oder die Finanzierungsvorschriften betreffen, Verhandlungen mit dem Ziele eines einheitlichen Vorgehens in den Organen der Versorgungsanstalt aufzunehmen; weiter ist geregelt, dass sich die Tarifvertragsparteien bei Einigung über die Änderung gemeinsam dafür einsetzen werden, dass das Verhandlungsergebnis in die Satzung der Versorgungsanstalt übernommen wird. Zum einen stellt dies aber keine ausreichende Sicherung des paritätischen Einflusses der Tarifvertragsparteien dar. Zum anderen ist der Versorgungs-TV gemäß § 40 Absatz 3a) ATV mit Wirkung zum 01.01.2001 außer Kraft getreten.

- 37 b) § 23 Absatz 2 VBLS beruht auch nicht auf einer vom Schutzbereich der von Art. 9 Absatz 3 Satz 1 GG geschützten Tarifautonomie erfassten Grundentscheidung der Tarifpartner, die der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle entzogen wäre.
- 38 aa) Von einer Grundentscheidung der Tarifvertragsparteien kann hier nicht ausgegangen werden. Eine solche Grundentscheidung hat der BGH bei einer Übereinstimmung der Satzungsregelungen mit Regelungen im Tarifvertrag angenommen; so bei Übereinstimmung der §§ 78, 79 Absatz 1 Satz 1, Absatz 2 VBLS mit den §§ 32, 33 Absatz 1 Satz 1, Absatz 2 ATV (Urt. v. 14.11.2007, IV ZR 74/06, NJW 2008, 1378, juris Rn. 32) und des § 80 VBLS mit § 34 Absatz 1 ATV (Urt. v. 29.09.2010, IV ZR 8/10 - juris Rn. 23). Hier liegt aber bereits eine solche Übereinstimmung nicht vor.
- 39 bb) Im ATV kommt noch nicht einmal ansatzweise eine Entscheidung der Tarifvertragsparteien dahingehend zum Ausdruck, dass der an der Versorgungsanstalt beteiligte Arbeitgeber im Falle seines Ausscheidens zu einer Gegenwertleistung in Form einer Einmalzahlung verpflichtet sein soll. Insbesondere ergibt sich eine solche Entscheidung auch nicht daraus, dass die Tarifvertragsparteien unter Punkt 1.4 der Anlage 5 des ATV sich für eine Beibehaltung der Umlagefinanzierung nach dem Systemwechsel entschieden haben. Entgegen der Auffassung der Beklagten zieht nämlich die Umlagefinanzierung nicht zwingend eine wie in § 23 Absatz 2 VBLS vorgesehene Gegenwertzahlung nach sich. Für die Gestaltung einer die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigenden Regelung für die Folgen des Ausscheidens eines Beteiligten gibt es nämlich inhaltlich wie formal verschiedene Möglichkeiten (wird nachfolgend unter 4. b) ausgeführt).
- 40 cc) Auch soweit die Beklagte sich darauf stützt, eine von den Tarifvertragsparteien paritätisch besetzte Satzungskommission habe § 23 Absatz 2 VBLS i. d. F. des Jahres 1967 ausgehandelt und dem Verwaltungsrat zur Beschlussfassung vorgelegt, der ihn dann auch am 27.07.1966 beschlossen habe, und soweit sich die Tarifvertragsparteien in ihren Tarifverhandlungen vom 07.06., 22. u. 23.9.1994 auf den Entwurf der 26. Satzungsänderung geeinigt haben, der in die Organe der Beklagten eingebracht werden sollte, reicht dies nicht aus, um eine vom Schutzbereich des Art. 9 Absatz 3 GG erfasste Grundentscheidung der Tarifvertragsparteien für die hier in Streit stehende Gegenwertregelung annehmen zu können. Zwar mag sich hieraus ergeben, dass die Gegenwertregelung vom Konsens der

Tarifparteien getragen ist. Allerdings ergibt sich hieraus nicht, dass es sich um eine kollektive Entscheidung der Tarifvertragsparteien über die Gegenwertzahlung handelt, die dem Schutz des Art. 9 Absatz 3 GG unterfällt.

- 41 Das wichtigste Merkmal einer Gesamtvereinbarung im Sinne der grundrechtlich gewährleisteten Tarifautonomie ist deren unmittelbare und zwingende Wirkung; nur eine kollektive Regelung, die sich unabdingbar gegen abweichende Vereinbarungen durchsetzt, kann ihre Aufgaben im Sinne des verfassungsrechtlichen Schutzkonzepts erfüllen (Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht/Dietrich, GG, 11. Aufl., Art. 9 Rn. 60 m. N.). Das geltende Arbeitsrecht erfüllt die Vorgaben der Verfassung, indem es Tarifverträge für die Mitglieder der vertragsschließenden Koalitionen mit normativer Wirkung ausstattet (Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht/Dietrich a.a.O. Rn. 61). Nach § 1 Absatz 2 TVG bedarf der Tarifvertrag der Schriftform, muss also schriftlich niedergelegt und von den Tarifvertragsparteien unterschrieben werden. Das Schriftformgebot dient der Normenklarheit und schließt einen etwaigen schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrags mit ein (Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl., § 1 Rn. 540 f.). Hieraus ergibt sich, dass eine vom Schutzbereich des Art. 9 Absatz 3 GG erfasste Grundentscheidung der Tarifparteien ebenfalls der Schriftform bedarf. Diese Form wäre hier jedoch - auch nach Vorbringen der Beklagten - nicht gewährt.
- 42 Unabhängig von der fehlenden Schriftform unterliegen aber Entscheidungen über die Frage, wie eine zur Sicherung der Rentenansprüche erforderliche Ausfinanzierung bei Ausscheiden eines Beteiligten ausgestaltet sein soll, ohnehin nicht dem Kernbereich der von Art. 9 Absatz 3 Satz 1 GG geschützten Tarifautonomie.
- 43 Der Grundrechtsschutz ist nicht für alle koalitionsmäßigen Betätigungen gleich intensiv, vielmehr nimmt die Wirkkraft des Grundrechts in dem Maße zu, in dem eine Materie aus Sachgründen am besten von den Tarifvertragsparteien geregelt werden kann, weil sie nach der dem Art. 9 Absatz 3 GG zugrunde liegenden Vorstellung des Verfassungsgebers die gegenseitigen Interessen angemessener zum Ausgleich bringen können als der Staat (BGH, Urt. v. 24.02.2010, IV ZR 7/09, NVwZ-RR 2010, 689, juris Rn. 15). Das gilt vor allem für die Festsetzung der Löhne und der anderen materiellen Arbeitsbedingungen (BVerfG, Beschl. v. 24.4.1996, 1 BvR 712/86, NJW 1997, 513, juris Rn. 103). Die Zusatzversorgung im öffentlichen Dienst hat Entgeltcharakter und zählt damit im weiteren Sinn zum Bereich der Löhne und materiellen Arbeitsbedingungen (BGH a.a.O.). Damit unterfällt zwar die Entscheidung der Tarifvertragsparteien, dass die Arbeitgeber den im öffentlichen Dienst Beschäftigten eine solche Zusatzversorgung gewähren, dem Schutz der Tarifautonomie. Dagegen ist nicht ersichtlich, dass die Frage, auf welche Weise die Finanzierung der Rentenansprüche von Beschäftigten ausgeschiedener Beteiligter sichergestellt werden kann, aus Sachgründen am besten von den Tarifvertragsparteien geregelt werden kann, weil sie nach der dem Art. 9 Absatz 3 GG zugrunde liegenden Vorstellung des Verfassungsgebers die gegenseitigen Interessen angemessener zum Ausgleich bringen können als der Staat. Hierbei handelt es sich vielmehr um eine Frage, die allein die an der Versorgungsanstalt beteiligten und diese finanzierenden Arbeitgeber betrifft und zu deren sach- und



interessengerechter Beantwortung es der Arbeitnehmerseite nicht bedarf.

- 44 c) Bloße Abreden über den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistung (sog. Leistungsbeschreibung) unterliegen der gesetzlichen Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz ebenso wenig wie Vereinbarungen über das von dem anderen Teil zu erbringende Entgelt, da das Gesetz den Vertragspartnern grundsätzlich freistellt, Leistung und Gegenleistung im Vertrag frei zu bestimmen (BGH, Urt. v. 9.5.2001, IV ZR 121/00, NJW 2001, 2014, 2016). Der gerichtlichen Inhaltskontrolle entzogene Leistungsbeschreibungen sind solche, die Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung festlegen (BGH a.a.O.). Klauseln, die das Hauptleistungsversprechen einschränken, verändern, ausgestalten oder modifizieren, sind hingegen inhaltlich zu kontrollieren (BGH, Urt. v. 9.5.2001 a.a.O.; BGH Urt. v. 23.06.1999 a.a.O. Rn. 19). Damit bleibt für die der Überprüfung entzogene Leistungsbeschreibung nur der enge Bereich der Leistungsbezeichnungen, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann (BGH a.a.O. m. N.).
- 45 Zu diesen der Inhaltskontrolle entzogenen Leistungsbeschreibungen gehört § 23 Absatz 2 VBLS nicht. Das Hauptleistungsversprechen des Klägers ist in der Beteiligungsvereinbarung in Verbindung mit § 64 Absatz 1 VBLS n.F. niedergelegt, in dem die Zahlung einer monatlichen Umlage durch den Beteiligten geregelt ist. Die Regelungen im Falle einer Kündigung des Vertrags (§§ 22, 23 VBLS) modifizieren lediglich dieses Hauptleistungsversprechen, sie stellen es selbst nicht dar.
- 46 Selbst wenn es sich bei der Verpflichtung zur Zahlung eines Gegenwerts bei Ausscheiden eines Beteiligten nach § 23 Absatz 1 VBLS um ein Hauptleistungsversprechen im oben genannten Sinn handelte, wäre die Regelung gleichwohl nicht der Inhaltskontrolle entzogen. Denn eine - wie hier mit § 23 Absatz 1 VBLS in Frage stehende - Einräumung und nähere Ausgestaltung eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts ist - auch wenn sie eine Hauptleistungspflicht betrifft - gemäß §§ 307 ff. BGB überprüfbar, weil durch eine solche Regelung davon abgewichen wird, dass grundsätzlich (§ 305 BGB a. F.) Leistung und Gegenleistung im Vertrag festzulegen sind (BGH, Urt. v. 20.7.2005, VIII ZR 121/04, NJW-RR 2005, 1496, 1500). Im Übrigen kann das Ergebnis einer einseitigen Leistungsbestimmung, die bei einzelvertraglicher Vereinbarung nach § 315 BGB überprüfbar wäre, nicht deshalb weitergehend einer Kontrolle entzogen sein, weil es in Allgemeine Geschäftsbedingungen gekleidet worden ist.
- 47 2. Soweit die Ausführungen des Landgerichts in dem angefochtenen Urteil dahin zu verstehen sein sollten, dass § 23 VBLS ausscheidende Beteiligte bereits wegen fehlender Berücksichtigung in der Vergangenheit gezahlter Umlagen unangemessen benachteiligt, vermag der Senat dem nicht zu folgen.
- 48 a) Der Senat hat allerdings über die Frage der Angemessenheit der in § 23 VBLS im Einzelnen getroffenen Regelungen noch nicht entschieden. Soweit er in seinem die Zahlung von Sanierungsgeld betreffenden Urteil vom 3. März 2009 (12 U 81/08, Seiten 26 und 42 des Urteilsendrucks) auch die Gegenwertzahlungen angesprochen hat, bestand kein Anlass, sich mit der

Frage zu beschäftigen, welche Ausgestaltung der Gegenwertleistungen nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen noch als angemessen angesehen werden kann.

- 49 b) Das von der Versorgungsanstalt angewendete Umlagesystem mit einheitlichem Beitragssatz hatte zur notwendigen Folge, dass die einzelnen Arbeitgeber nicht zu jedem Zeitpunkt ihrer Beteiligung gleichmäßig zur Finanzierung der Versorgungslasten beigetragen haben. Der Beitragssatz berücksichtigte nämlich nicht, dass bei den einzelnen Beteiligten ein unterschiedliches Verhältnis zwischen den in die Umlagebemessung einbezogenen aktiven Arbeitnehmern einerseits und den Versorgungsberechtigten andererseits bestand. Daher gab es zwangsläufig zu jedem Zeitpunkt Beteiligte, die mehr oder weniger als denjenigen Betrag in das Versorgungssystem einzahlten, als dies für die Versorgung der über sie versicherten Personen notwendig war. Zu jedem Zeitpunkt gab es damit auch „Nettozahler“ und „Nettoempfänger“, wobei einzelne Beteiligte ihren Status im Laufe der Zeit wechseln und sich auch das Ausmaß der Über- oder Unterdeckung ändern konnte.
- 50 c) Richtig ist auch, dass ein Beteiligter, der in zurückliegenden Zeiträumen – möglicherweise durchgehend seit Beginn seiner Beteiligung - wegen eines hohen Rentenlastquotienten die Versorgung von Arbeitnehmern anderer Arbeitgeber mitfinanziert hat, die Chance auf einen Ausgleich dieser überdurchschnittlichen Belastung verliert, wenn er seine Beteiligung beendet und er gleichwohl im Rahmen der Gegenwertberechnung die Versorgungsleistungen für die über ihn versicherten Personen in vollem Umfang finanzieren muss. Eine Saldierung der bis zu dem Ausscheiden eines Beteiligten geleisteten Umlagen und Sanierungsgelder einerseits und der an dessen Arbeitnehmer ausgezahlten Leistungen und der Verwaltungsaufwendungen andererseits sieht § 23 VBLS nämlich nicht vor.
- 51 d) Diesen Nachteil müssen diejenigen Beteiligten, die bis zu ihrem Ausscheiden höhere Leistungen erbracht haben als es zur Versorgung der über sie versicherten Personen und anteilig für die Verwaltung erforderlich war, hinnehmen.
- 52 aa) Der Ausgleich etwaiger höherer Belastungen in der Vergangenheit dürfte zunächst auf nicht überwindbare praktische Schwierigkeiten stoßen. Sie würde nämlich zunächst voraussetzen, dass die Rentenlastquotienten für die Gesamtdauer der Beteiligung des Ausgeschiedenen - oft also über mehrere Jahrzehnte - hinweg ebenso ermittelt werden müsste wie derjenige der anderen jeweils Mitbeteiligten. Auf diese Weise müsste für die einzelnen Beteiligungszeiträume ermittelt werden, in welchem Umfang der ausgeschiedene Beteiligte stärker als andere zu den Versorgungsleistungen beigetragen hat. Anschließend müssten die seit Beginn der Beteiligung stattgefundenen Geldentwertung, die Währungsumstellungen und Änderungen im Finanzierungssystem der Versorgungsanstalt in den Blick genommen werden; schließlich wäre festzustellen, welche derjenigen Beteiligten, die früher möglicherweise von höheren Beiträgen des Ausgeschiedenen profitiert haben, heute noch am Versorgungssystem der Anstalt beteiligt sind. Eine solche Berechnung kann realistischlicherweise nicht erwartet werden.

- 53 bb) Entscheidend ist aber, dass der ausscheidende Beteiligte sich - bei dem ursprünglichen Beitritt, spätestens aber bei den späteren Entscheidungen, die Beteiligung nicht zu kündigen - bewusst für ein solidarisch durch Umlagen finanziertes Versorgungssystem entschieden hat. Den damit verbundenen Vorteil, für die Versorgungslasten keine Kapitaldeckung aufbauen zu müssen und im Wesentlichen kalkulierbare Beiträge zu erhalten, hat er sich durch Hinnahme der Nachteile erkauft, die mit einem solchen System verbunden sind, namentlich mit dem Nachteil, im Falle eines Ausscheidens die Anwartschaft auf eine solidarische Mitfinanzierung seiner Versorgungslasten durch die übrigen beteiligten Arbeitgeber zu verlieren. Dem System gegenseitiger Solidarität, dem sich die ausscheidenden Beteiligten ursprünglich angeschlossen haben, wäre es fremd, wenn die den einzelnen Beteiligten entstandenen Vor- und Nachteile am Ende der Beteiligungszeit gegeneinander aufgerechnet würden.
- 54 3. Der Kläger wird aber dadurch im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unangemessen benachteiligt, dass in § 23 Absatz 2 VBLS in der hier zuletzt geltenden Fassung verfallbare Rentenanwartschaften in gleicher Weise wie unverfallbare Rentenanwartschaften berücksichtigt werden.
- 55 a) Nach der hier zuletzt maßgeblichen Fassung des § 23 Absatz 2 VBLS hat der ausgeschiedene Beteiligte für sämtliche Anwartschaften aus Pflichtversicherungen, die über ihn bestanden haben, einen Gegenwert zu entrichten. Dabei werden von der Vorschrift auch die verfallbaren Anwartschaften erfasst, mithin solche, bei denen der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt des Ausscheidens des Beteiligten die Wartezeit nach § 34 Absatz 1 VBLS noch nicht erfüllt hat und die deshalb im Versicherungsfall grundsätzlich nicht geeignet sind, einen Rentenanspruch gegen die Versorgungsanstalt zu begründen, es sei denn der Versicherte legt weitere Umlage-/Beitragsmonate durch eine erneute Pflichtversicherung über einen anderen bei der Versorgungsanstalt beteiligten Arbeitgeber oder einen anderen Arbeitgeber zurück, der mit der Versorgungsanstalt ein sogen. Überleitungsabkommen (§ 34 Absatz 1 Satz 4 VBLS) geschlossen hat.
- 56 Die Einbeziehung der verfallbaren Anwartschaften in die Gegenwertberechnung ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 23 Absatz 2 VBLS. Nach § 23 Absatz 2b VBLS ist ein Gegenwert auch zur Deckung von Versorgungspunkten von Anwartschaftsberechtigten zu zahlen. Versorgungspunkte werden aber nicht erst ab Erfüllung der Wartezeit nach § 34 Absatz 1 VBLS erworben, sondern ab Beginn des Versicherungsverhältnisses.
- 57 Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Begriff der Anwartschaft. Im juristischen Sprachgebrauch wird mit diesem Begriff eine Vorstufe auf Erwerb des Vollrechts umschrieben (BAG, Urt. v. 10.03.1972 - 3 AZR 278/71- AP § 242 BGB Ruhegehalt Nr. 156). Mit diesem Begriff ist nur die Position des bedingt Berechtigten gekennzeichnet; Aussagen über den Inhalt der Rechtsposition und der mit ihr möglicherweise verbundenen Befugnisse und Schutzrechte lassen sich daraus noch nicht unmittelbar gewinnen (Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht/ Steinmeyer, 11. Aufl., § 1b BetrAVG Rn. 8). Diesem Verständnis stehen auch nicht die herangezogenen Entscheidungen

des BGH vom 28.03.2007 (IV ZR 145/06, NVwZ 2007, 1455) und vom 26.05.1982 (IVb ZB 718/81, NJW 1982, 1989) entgegen. In der letztgenannten Entscheidung, auf welche die erste Entscheidung Bezug nimmt, befasst sich der BGH mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen Anwartschaften unverfallbar sind und führt insoweit aus: „Die Erfüllung der Wartezeit ist Voraussetzung für die Entstehung jeder Zusatzversorgungsanwartschaft dem Grunde nach. Ist daher bei Erlass der Entscheidung über den Versorgungsausgleich die Wartezeit nicht abgelaufen, so kann unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt eine unverfallbare Anwartschaft auf eine Leistung aus der Zusatzversorgung angenommen werden mit der Folge, dass sodann nicht der öffentlich-rechtliche Versorgungsausgleich durchzuführen, sondern der schuldrechtliche Ausgleich vorzubehalten ist (...). Die Erfüllung der Wartezeit kann insoweit als erste Stufe der Unverfallbarkeit bezeichnet werden (...).“

- 58 Selbst wenn im Übrigen § 23 Absatz 2 VBLS hinsichtlich der Einbeziehung verfallbarer Anwartschaften in die Gegenwertberechnung mehrdeutig wäre, ohne dass die Möglichkeit bestünde, die Mehrdeutigkeit im Rahmen der objektiven Auslegung zu beseitigen, wäre von einer Einbeziehung der verfallbaren Anwartschaften auszugehen. Denn in einem solchen Fall greift die Auslegungsregel des § 305c Absatz 2 BGB ein, wonach Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu Lasten des Verwenders gehen (BGH, Urt. v. 23.4.2008, XII ZR 62/06, NJW 2008, 2497 f. Rn. 15). Dies führt jedenfalls dann, wenn eine Auslegungsvariante gegen § 307 BGB verstößt, dazu, dass die kundenfeindlichste Variante sich durchsetzt (BGH a.a.O.).
- 59 b) Die Verpflichtung der ausgeschiedenen Beteiligten für die verfallbaren Anwartschaften einen Gegenwert zu zahlen, der sich ebenso wie bei den unverfallbaren Anwartschaften auf der Grundlage der erworbenen Versorgungspunkte errechnet, benachteiligt den ausgeschiedenen Arbeitgeber dann, wenn bei Eintritt des Versicherungsfalls (Erlangen des gesetzlichen Rentenalters, gesetzlicher Rentenanspruch wegen teilweiser oder voller Erwerbsminderung, § 33 Satz 1 VBLS) die Wartezeit nicht erfüllt ist. In diesem Fall besteht nämlich keine Verpflichtung der Versorgungsanstalt zur Gewährung einer Betriebsrente. Die Gefahr, welcher durch die Regelung in § 23 Absatz 2 VBLS begegnet werden soll, nämlich dass den verbleibenden Beteiligten keine unvertretbare Mehrbelastungen durch Mitfinanzierung der Leistungen aus Pflichtversicherungen von Beschäftigten ausgeschiedener Beteiligter entstehen (Gilbert/Hesse, Die Versorgung der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes, 100 VBLS § 23 Rn. 4), besteht in einem solchen Fall also gerade nicht.
- 60 Berechtigte Interessen der Versorgungsanstalt, gleichwohl die verfallbaren Anwartschaften in gleicher Weise wie die unverfallbaren Anwartschaften bei der Gegenwertberechnung zu berücksichtigen, sind nicht ersichtlich.
- 61 Der Senat kann insbesondere der Auffassung der Versorgungsanstalt nicht folgen, man müsse unterstellen, dass die verfallbaren Anwartschaften doch noch zu Leistungsansprüchen ihr gegenüber führen, etwa wenn der Arbeitnehmer zu einem anderen bei der Versorgungsanstalt beteiligten

Arbeitgeber im öffentlichen Dienst wechselt oder zu einem Arbeitgeber, der mit der Versorgungsanstalt ein sogen. Überleitungsabkommen (§ 34 Absatz 1 Satz 4 VBLS) geschlossen hat. Diese Unterstellung wäre nur dann gerechtfertigt, wenn von einer nachträglichen Erfüllung der Wartezeit in sämtlichen Fällen von vornherein - jedenfalls mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit - ausgegangen werden könnte. Dies ist jedoch nicht der Fall. Der Beklagte hat vorgetragen, dass ein überwiegender Teil der Beschäftigten mit verfallbaren Anwartschaften die Wartezeit nachträglich nicht erreichen wird und deshalb Leistungsverpflichtungen auf die Versorgungsanstalt nicht zukommen. Die insoweit jedenfalls sekundär darlegungspflichtige Versorgungsanstalt hat dies nicht substantiiert bestritten. Sie hat nicht einmal vorgetragen, dass in der Vergangenheit stets sämtliche Wartezeiten nach Ausscheiden eines Beteiligten nachträglich noch erfüllt wurden, woraus man Schlüsse auf zukünftige Fälle hätte ziehen können. Wird aber bei Berechnung der vom ausgeschiedenen Arbeitgeber zu erbringenden Leistungen die damit bestehende Möglichkeit nicht berücksichtigt, dass jedenfalls bei einem Teil der Anwartschaften die Wartezeiten bei Eintritt des Versicherungsfalls nicht erfüllt sind, stellt dies eine unangemessene Benachteiligung des ausgeschiedenen Beteiligten dar.

- 62 4. Eine unangemessene Benachteiligung ausscheidender Beteiligter stellt es außerdem dar, dass diese zum Zeitpunkt ihres Ausscheidens den Gegenwert als nach versicherungsmathematischen Grundsätzen errechnete Einmalzahlung zu leisten haben, ohne dass ihnen alternativ die Möglichkeit eingeräumt würde, die der Versorgungsanstalt konkret entstehenden Aufwendungen zu erstatten.
- 63 a) Die Verpflichtung des ausscheidenden Beteiligten zur Leistung einer Einmalzahlung ist für diesen im Wesentlichen mit zwei Nachteilen verbunden:
- 64 aa) Sie führt zunächst dazu, dass der Ausscheidende entweder vorhandene Liquidität oder eine Kreditlinie in erheblichem Umfang in Anspruch nehmen muss, um die von der Versorgungsanstalt begehrte Kapitaldeckung der noch ausstehenden Verpflichtungen sofort aufzubringen. Das hat zur Folge, dass Liquidität oder Kreditlinien für andere Zwecke nicht mehr zur Verfügung stehen, also zum Beispiel nicht mehr für Investitionen eingesetzt werden können. Dass im Rahmen der Berechnung des Gegenwerts eine Abzinsung stattfindet, gleicht diesen Nachteil nicht aus. Zwar mag sie – zumindest teilweise – den entgangenen Anlagegewinn kompensieren. Das ändert aber nichts daran, dass Liquidität oder Kreditlinien nur in begrenztem Maße zur Verfügung stehen und durch eine Einmalzahlung in erheblichem Umfang in Anspruch genommen werden.
- 65 bb) Ein weiterer wesentlicher Nachteil der Einmalzahlung liegt für den ausscheidenden Beteiligten darin, dass zu deren Ermittlung versicherungsmathematische Berechnungen anzustellen sind und damit notwendigerweise in Kauf genommen wird, dass der für die Versorgung der Berechtigten benötigte Betrag überschätzt wird. Die Versorgungsanstalt stellt es selbst als Vorgabe für die Berechnung des Gegenwerts dar, dass alle theoretisch denkbaren Ansprüche mit dem zur Verfügung zu stellenden Gegenwert im Rahmen eines kapitalgedeckten Systems erfüllt werden können

und müssen. Legt man eine solche Vorgabe und damit eine aus Sicht der Versorgungsanstalt „vorsichtige“ Betrachtungsweise zugrunde, führt dies dazu, dass über den Gegenwert Leistungen gefordert werden, von denen noch nicht feststeht, ob sie erforderlich sein werden, um die berechtigten Ansprüche der versicherten Arbeitnehmer zu erfüllen. Erweisen sich die in die Berechnungen eingestellten Annahmen – etwa zur Lebenserwartung, zum Zinsniveau und zur Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme von Renten in bestimmter Höhe – nicht als zutreffend, so kann die Einmalzahlung sowohl über als auch unter dem tatsächlichen benötigten Betrag liegen.

- 66 b) Die Herstellung einer Kapitaldeckung aus Anlass des Ausscheidens eines Beteiligten ist weder gesetzlich geboten noch wird sie von berechtigten Interessen der Versorgungsanstalt, ihrer verbliebenen Beteiligten noch der versicherten Arbeitnehmer getragen. Vielmehr kann das Ziel, den ausgeschiedenen Beteiligten mit den auf ihn entfallenden Rentenlasten zu belasten, auch auf andere Weise, insbesondere über eine Erstattungslösung, erreicht werden.
- 67 aa) Die Herstellung einer Kapitaldeckung auf den Zeitpunkt des Ausscheidens eines Beteiligten ist nicht gesetzlich geboten. Die Vorschrift des § 53c Absatz 1 Satz 1 VAG, die die Versicherungsunternehmen zur Bildung freier unbelasteter Eigenmittel in bestimmter Höhe verpflichtet, ist auf den hier in Rede stehenden Abrechnungsverband der Versorgungsanstalt nicht anwendbar. Die Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder ist gemäß § 1a Absatz 2 Satz 3 VAG der Versicherungsaufsicht (nur) insoweit unterworfen, als sie im Wege der freiwilligen Versicherung Leistungen der Altersvorsorge anbietet.
- 68 bb) Für die bei der Versorgungsanstalt versicherten Arbeitnehmer entsteht durch die Erstattungslösung kein Nachteil. Die Höhe ihrer Betriebsrentenansprüche wird nicht berührt; angesichts der Erstattung der Aufwendungen durch die ausgeschiedenen Beteiligten – ob durch eine Einmalzahlung oder laufende Erstattung - müssen die Arbeitnehmer auch nicht befürchten, dass die Versorgungsanstalt künftig außerstande sein könnte, ihre berechnete Ansprüche zu erfüllen. Auch die übrigen Beteiligten der Versorgungsanstalt werden von der Ausgestaltung der Gegenwertzahlung als Einmalzahlung oder laufende Erstattung - abgesehen von dem unten gesondert zu behandelnden Insolvenzrisiko - nicht berührt. Im Gegenteil stellt eine Erstattungslösung für diese sicher, dass die auf den ausgeschiedenen Beteiligten entfallenden Aufwendungen in vollem Umfang erstattet werden.
- 69 cc) Allerdings ist richtig, dass ein Absehen von einer Einmalzahlung zur Folge hätte, dass sich die Versorgungsanstalt und der ausscheidende Beteiligte - obwohl der ausscheidende Beteiligte durch seine Kündigung seinen Wunsch nach Beendigung der Vertragsbeziehungen zum Ausdruck gebracht hat - für einen mehrere Jahrzehnte umfassenden Zeitraum nicht endgültig voneinander lösen könnten, sondern regelmäßig in der Frage der Berechnung der Versorgungslasten zusammenarbeiten müssen. Diesen Nachteil haben jedoch beide Vertragsparteien hinzunehmen; er ist eine Folge dessen, dass die von der Versorgungsanstalt gezahlten Rentenlasten durch Umlagen gedeckt werden und der Anstalt daher nicht jederzeit diejenigen Mittel zur Verfügung

stehen, die zur Finanzierung aller künftigen Rentenzahlungsverpflichtungen erforderlich sind. Das Ziel einer Beendigung der Vertragsbeziehungen zwischen den Parteien würde durch eine Erstattungslösung nicht konterkariert. Durch das allmähliche Ausscheiden von Rentenberechtigten aus dem Versichertenbestand der Versorgungsanstalt hätten die verbliebenen Beziehungen zwischen den Parteien ein immer geringeres Gewicht.

- 70 dd) Ferner ist zu berücksichtigen, dass der Versorgungsanstalt ein zusätzlicher Verwaltungsaufwand entsteht, wenn sie einzelnen ausgeschiedenen Beteiligten den auf sie entfallenden Aufwand gesondert in Rechnung stellt. Insbesondere müssen zu diesem Zweck gesonderte Beteiligungskonten geführt, Abrechnungen erstellt und die Erstattungszahlungen begetrieben werden. Die Versorgungsanstalt ist aber nicht gehindert, den ausscheidenden Beteiligten mit dem ihr zusätzlich entstehenden Verwaltungsaufwand zu belasten. Dass der Verwaltungsaufwand für die Versorgungsanstalt nach dem Ausscheiden eines Beteiligten zunächst höher ist als während dessen Mitgliedschaft - es muss der konkret auf den Beteiligten entfallende Aufwand ermittelt werden -, spricht nicht entscheidend gegen eine Erstattungslösung. Dieser Aufwand nimmt mit dem Ausscheiden von über den Beteiligten versicherten Rentenberechtigten nach und nach ab. Die Versorgungsanstalt wird auch nicht zur bloßen „Zahlstelle“. Ihr verbleibt die Aufgabe, die Leistungsseite zu verwalten und hierzu die satzungsgemäß zu zahlende Betriebsrente zu ermitteln.
- 71 ee) Auch das Risiko einer Insolvenz des ausgeschiedenen Beteiligten während der Zeit bis zum Ausscheiden des letzten Rentenberechtigten spricht nicht entscheidend gegen eine Erstattungslösung.
- 72 (1) Allerdings ist richtig, dass die Versorgungsanstalt bei einer Erstattungslösung über einen längeren - jedenfalls mehrere Jahrzehnte - andauernden Zeitraum dem Risiko ausgesetzt ist, dass der ausgeschiedene Beteiligte aus wirtschaftlichen Gründen nicht mehr in der Lage ist, seine ihr gegenüber bestehende Verpflichtung zur Erstattung der Rentenzahlung zu erfüllen. Dieses Risiko besteht indes grundsätzlich auch bei einem in der Versorgungsanstalt verbleibenden Beteiligten und entsteht nicht erst mit dem Ausscheiden, so dass es nicht gerechtfertigt ist, eine Insolvenzversicherung (allein) aus dem Grunde zu verlangen, dass der Beteiligte die Versorgungsanstalt verlassen hat. Dass die Versorgungsanstalt die Geschäftstätigkeit ihres Beteiligten beobachten muss, um feststellen zu können, ob eine bisher nicht gegebene Insolvenzfähigkeit geschaffen wird und ggf. wie sich das Insolvenzrisiko entwickelt, gilt ebenfalls sowohl für aktive wie für ausgeschiedene Beteiligte.
- 73 (2) Sowohl bei aktiven als auch bei ausgeschiedenen Beteiligten kann dem Insolvenzrisiko dadurch begegnet werden, dass eine Insolvenzversicherung nach § 20 Absatz 3 VBL in Verbindung mit den hierzu erlassenen Ausführungsbestimmungen vorgesehen wird. Dadurch wird bei insolvenzfähigen ausgeschiedenen Beteiligten erreicht, dass deren Fähigkeit, die über Jahrzehnte - allerdings in abnehmendem Umfang - zu erbringenden Leistungen aufzubringen, gesichert wird.

- 74 (3) Mit welchen Kosten eine ggf. zu stellende Insolvenzversicherung für einen Beteiligten verbunden ist, muss der Senat im Rahmen der abstrakt-generellen Klauselkontrolle nicht prüfen. Zum einen betrifft die Klausel auch solche Beteiligte, die derzeit nicht insolvenzfähig sind und für die daher eine Insolvenzversicherung nicht verlangt werden kann. Zum anderen liegt es nicht fern, dass ausscheidende Beteiligte die Kosten einer Insolvenzversicherung in Kauf nehmen würden, um auf diese Weise die mit einer Einmalzahlung verbundenen Liquiditätsbelastungen und Prognoserisiken zu vermeiden. Es ist daher geboten, ihnen zumindest alternativ zu einer Einmalzahlung eine Erstattungslösung anzubieten.
- 75 ff) Die in der Begründung des Regierungsentwurfs des Jahressteuergesetzes 2007 enthaltenen Erwägungen zur steuerlichen Behandlung von Gegenwertzahlungen (BT-Drs. 16/2712, Seite 45) rechtfertigen eine andere Beurteilung nicht. Zwar ist darin die Rede davon, dass es sich bei den „sogenannten Gegenwertzahlungen“ um eine „Art Schlusszahlung“ in das Umlageverfahren handele und diese Zahlungen die Versorgung der versicherten Arbeitnehmer und ihrer Hinterbliebenen sichere. Diese Ausführungen zur steuerlichen Bewertung besagen aber nichts über die Frage, welches Modell der bei der Klägerin verbleibenden Versorgungslasten unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen ausscheidender Beteiligter angemessen ist.
- 76 gg) Ob als Alternative zur Erstattungslösung noch grundsätzlich andere Modelle den berechtigten Interessen der ausscheidenden Beteiligten wie der Versorgungsanstalt hinreichend Rechnung tragen würden, muss der Senat nicht abschließend entscheiden.
- 77 (1) Allerdings erscheint es ausgeschlossen, dass eine Mitnahme- und Verzichtslösung – also eine solche, bei der die Rentenberechtigten der ausgeschiedenen Arbeitgeber auf ihre Ansprüche gegenüber der Versorgungsanstalt verzichten und im Gegenzug Ansprüche aus einer Direktzusage oder anderweitigen Versicherung erwerben – praktikabel ist. Zum einen dürfte es jedenfalls bei größeren ausscheidenden Arbeitgebern kaum zu erreichen sein, dass die rentenberechtigten Arbeitnehmer und Hinterbliebenen ausnahmslos auf ihre Ansprüche gegenüber der Versorgungsanstalt verzichten. Zum anderen wird der Versorgungsanstalt nicht angesonnen werden können, im Gegenzug für solche Verzichtserklärung eine Generalquittung gegenüber dem ausscheidenden Beteiligten abzugeben, kann sie doch die Echtheit und das wirksame Zustandekommen der ihr vorgelegten Verzichtserklärungen der einzelnen Versorgungsberechtigten kaum zuverlässig beurteilen.
- 78 (2) Nicht ausgeschlossen könnte es allerdings sein, ausscheidenden Arbeitgebern eine Lösung anzubieten, bei der diese ohne einen individuellen Verzicht der Rentenberechtigten die Berechnung und Zahlung der Betriebsrente einem dritten Unternehmen übertragen und eine Inanspruchnahme des ausgeschiedenen Arbeitgebers nur für den Fall vorgesehen wird, dass die Versorgungsanstalt von dem Versicherten berechtigterweise auf (weitere) Rentenzahlungen in Anspruch genommen wird. Auch diese Lösung könnte durch das Verlangen nach einer



Insolvenzversicherung bei insolvenzfähigen Beteiligten so ausgestaltet werden, dass eine Gefährdung der Interessen der übrigen Beteiligten und der Arbeitnehmer vermieden wird.

- 79 5. Auf die Frage, ob es der Satzungsbestimmung an hinreichender Transparenz mangelt oder sie aus anderen Gründen – etwa wegen nicht genügender Berücksichtigung von Vermögen der Versorgungsanstalt – zu einer unangemessenen Benachteiligung der ausscheidenden Beteiligten führt, kommt es hiernach nicht an. Ebenso wenig hat der Senat zu entscheiden, ob bei der im Auftrage der Versorgungsanstalt durchgeführten Berechnung des Gegenwerts das Satzungsrecht zutreffend angewandt worden ist, insbesondere der Kreis der in die Berechnung einzubeziehenden Personen richtig gezogen worden ist.
- 80 6. Die Unwirksamkeit der Satzungsbestimmung über die Gegenwertzahlung hat eine Regelungslücke zur Folge, die - entgegen der Auffassung des Landgerichts - im Wege ergänzender Vertragsauslegung geschlossen werden muss; allerdings führt diese nicht zu einer bestimmten Gegenwertregelung, sondern nur zur Schaffung einer Befugnis der Versorgungsanstalt, durch Satzung eine neue, unangemessene Benachteiligungen vermeidende Satzungsregelung zu schaffen.
- 81 a) Es besteht eine ausfüllungsbedürftige Regelungslücke, da der Verwaltungsrat der Versorgungsanstalt nicht unter Anwendung des § 14 VBLS eine neue Gegenwertregelung schaffen kann. Der satzungsrechtliche Änderungsvorbehalt ermöglicht es nicht, Verwaltungsratsbeschlüsse über eine Satzungsänderung auch noch gegenüber solchen Beteiligten in Kraft zu setzen, die zum Zeitpunkt des Beschlusses bereits ausgeschieden waren. Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 14 Absatz 3 a) VBLS, in dem für die Änderung bestimmter Satzungsnormen angeordnet wird, dass diese für „bestehende“ Beteiligungen gelten solle. § 14 VBLS ermöglicht damit keine Satzungsänderungen mit Wirkung auch im Verhältnis zu Beteiligten, die zum Zeitpunkt der Entscheidung bereits ausgeschieden sind.
- 82 b) Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt grundsätzlich auch dann in Betracht, wenn eine in Allgemeine Geschäftsbedingungen enthaltene Klausel unwirksam ist, das dispositive Gesetzesrecht eine Regelung für diesen Fall nicht enthält und der ersatzlose Wegfall der Regelung nicht dem hypothetischen Parteiwillen entspricht (vgl. BGHZ 117, 92; H. Schmidt in: BeckOK BGB, § 305c, Rn. 44). Von einer Umgehung des Verbots geltungserhaltender Reduktion kann in solchen Fällen nicht gesprochen werden (anders wohl OLG Dresden, Urteil vom 6. Oktober 2010, 1 U 1809/09, Seite 20, Anlage BB 14, Anlagenheft II. Instanz, Band I). Der Wegfall der Klausel wird nämlich insgesamt in Kauf genommen; er führt dazu, dass der Verwender (nur) noch eine Regelung treffen kann, die die berechtigten Interessen beider Parteien in gleicher Weise berücksichtigt.
- 83 aa) Eine Regelung des dispositiven Gesetzesrechts, die die Folgen des Ausscheidens eines Beteiligten aus einem weitgehend umlagefinanzierten System der kollektiven Altersversorgung regelt, ist nicht ersichtlich.
- 84 bb) Auch ein Rückgriff auf eine frühere Fassung der Satzung der

Versorgungsanstalt kommt nicht in Betracht. Die seit Einführung des Umlageverfahrens in Kraft gesetzten Satzungsfassungen sahen jeweils zumindest die vom Senat nicht für wirksam erachtete Regelung vor, wonach die Ausgleichszahlung des ausscheidenden Beteiligten als Einmalbetrag geleistet werden muss. Auf Satzungsfassungen vor Einführung des Umlageverfahrens kann nicht zurückgegriffen werden, da die Interessenlage der Beteiligten bei einem kapitalgedeckten System mit derjenigen bei einer Umlagefinanzierung nicht vergleichbar ist.

- 85 cc) Der ersatzlose Wegfall der Regelung über die Folgen des Ausscheidens eines Beteiligten würde dem hypothetischen Parteiwillen nicht entsprechen.
- 86 (1) Da die Beteiligung einzelner Arbeitgeber an dem Zusatzversorgungssystem der Beklagten freiwillig ist, muss die Satzung eine Möglichkeit vorsehen, das Zusatzversorgungssystem zu verlassen, obwohl dieses angesichts des angewendeten Umlageverfahrens grundsätzlich auf eine dauerhafte Beteiligung der Arbeitgeber angelegt ist.
- 87 (2) Der ersatzlose Wegfall der Regelung hätte zur Folge, dass sich der ausscheidende Beteiligte aus dem von der Versorgungsanstalt unterhaltenen Zusatzversorgungssystem lösen könnte, ohne einen Ausgleich dafür zu leisten, dass die Versorgungsanstalt die bei ihr versicherten Arbeitnehmer des ausscheidenden Beteiligten mittels Betriebsrente weiter zu versorgen hat. Die Aufwendungen für die Versicherten des ausgeschiedenen Arbeitgebers müssten damit diejenigen Beteiligten tragen, die im Versorgungssystem verblieben sind; dies würde sogar unabhängig davon gelten, ob der ausgeschiedene Beteiligte überwiegend zu den Nettozahlern oder – empfängern gehört hat. Dass die Parteien ein solches Vertragsungleichgewicht hingenommen hätten, wenn sie die Unwirksamkeit der Klausel gekannt hätten, ist nicht anzunehmen; ebenso wenig gibt es Anhaltspunkte dafür, dass der Beitritt des Klägers zu der Versorgungsanstalt in diesem Fall vollständig gescheitert wäre.
- 88 c) Dem hypothetischen Parteiwillen entspricht zur Überzeugung des Senats am ehesten eine Regelung, die es dem Satzungsgeber der Versorgungsanstalt ermöglicht, eine alle Fälle des Ausscheidens regelnde Neufassung des § 23 VBLS zu schaffen.
- 89 aa) Die ergänzende Vertragsauslegung bei unwirksamen Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat nach einem objektiv-generalisierenden Maßstab zu erfolgen, der am Willen und Interesse der typischerweise beteiligten Verkehrskreise - und nicht nur der konkret beteiligten Personen - ausgerichtet sein muss. Die Vertragsergänzung muss deshalb für den betroffenen Vertragstyp als allgemeine Lösung eines stets wiederkehrenden Interessengegensatzes angemessen sein. Sie scheitert, anders als bei Verträgen zwischen einzelnen Personen, nicht daran, dass mehrere Gestaltungsmöglichkeiten zur Ausfüllung der Regelungslücke in Betracht kommen (vgl. BGH, Urteil vom 12. Oktober 2005, IV ZR 162/03, BGHZ 164, 297, juris-Tz. 47). Inhaltlich ist unter Berücksichtigung aller in Betracht kommender Umstände zu untersuchen, wie die Beteiligten bei redlichem Verhalten den offengebliebenen Punkt geregelt haben würden,

wenn sie ihn bedacht hätten (ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, vgl. etwa BGH, Urteil vom 21. September 1994, XII ZR 77/93, BGHZ 127, 138, Tz. 10).

- 90 bb) Legt man dies zugrunde, so kann der Vertrag nicht um eine Neuregelung des Ausscheidens ergänzt werden, die lediglich an den im vorliegenden Fall zu Tage tretenden Interessen der Versorgungsanstalt und eines bestimmten Beteiligten orientiert ist. Vielmehr muss eine Regelung getroffen werden, die die unterschiedlichen Beitritts- und Austrittsdaten verschiedener Beteiligter in den Blick nimmt, die Beteiligung an unterschiedlichen Abrechnungsverbänden, die Insolvenzfähigkeit und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit.
- 91 cc) Eine solche Neuregelung hätten die beteiligten Verkehrskreise bei objektiver Würdigung ihrer Interessen angesichts der Besonderheiten des in Rede stehenden Versorgungssystems nicht gerichtlicher Gestaltung überlassen.
- 92 (1) Es kommen bereits im Ansatz unterschiedliche Modelle für das bei der Erstattung anzuwendende Verfahren in Betracht; so könnte eine Erstattungslösung in verschiedenen Varianten oder - wie aufgezeigt - eine Mitnahmelösung ohne Verzicht in Betracht gezogen werden. Ferner ist denkbar, dass dem ausscheidenden Beteiligten mehrere Modelle zur Auswahl angeboten werden. Bei jeder dieser Varianten sind wiederum unterschiedliche Detailregelungen - etwa in der Frage der Insolvenzversicherung, der Bildung von Abrechnungszeiträumen und der Fälligkeit der Leistungen - möglich. Das gerichtliche Verfahren ist nicht geeignet, die verschiedenen in Betracht kommenden Regelungsmöglichkeiten vollständig zu erfassen und eine sachgerechte Auswahl vorzunehmen. Das gilt insbesondere deshalb, weil das Gericht zwar die Interessen des konkreten Beteiligten erfassen kann, nicht aber die Interessen der weiteren bereits ausgeschiedenen und der in Zukunft möglicherweise noch ausscheidenden Beteiligten.
- 93 (2) Es ist anzunehmen, dass die beteiligten Verkehrskreise in Kenntnis dieser Nachteile eine Neuregelung dem Satzungsgebungsverfahren der Versorgungsanstalt überlassen hätten. In diesem können die Interessen der Arbeitnehmer und der in der Versorgungsanstalt verbliebenen Arbeitgeber miteinander abgestimmt werden; auch verfügt der Verwaltungsrat der Versorgungsanstalt über die Informationen, die erforderlich sind, um Musterberechnungen zu den verschiedenen in Betracht kommenden Modellen anzustellen und Praktikabilitätsüberlegungen für die verschiedenen möglichen Modelle anzustellen.
- 94 (3) Der Nachteil des Satzungsgebungsverfahrens besteht darin, dass in diesem die Interessen der bereits ausgeschiedenen Beteiligten nicht mehr berücksichtigt werden, weil diese im Verwaltungsrat nicht vertreten sind und auf dessen Entscheidungen deshalb keinen unmittelbaren Einfluss nehmen können. Dieser Nachteil wird aber dadurch ausgeglichen, dass der Verwaltungsrat in Kenntnis der erneuten Möglichkeit gerichtlicher Kontrolle der Neuregelung und seinem Interesse an alsbaldiger Bereitstellung des Gegenwerts bemüht sein wird, die berechtigten Interessen der ausgeschiedenen Arbeitgeber in möglichst angemessener Weise zu

berücksichtigen.

- 95 (4) Das Satzungsgebungsverfahren würde es im Übrigen auch ermöglichen, dass der Verwaltungsrat der Versorgungsanstalt – anders als im gerichtlichen Verfahren – mit den bereits ausgeschiedenen und von der Neuregelung betroffenen früheren Beteiligten im Vorfeld Kontakt aufnehmen könnte, um deren Interessenlage bei der Findung eines geeigneten Verfahrens für die Ermittlung des Gegenwerts, die laufende Zahlung und eine eventuelle notwendige Insolvenzversicherung zu ermitteln.

B.

- 96 Auf die Frage, ob die für das Ausscheiden eines Beteiligten in § 23 VBLS getroffene Regelung (auch) gemäß § 134 BGB wegen eines kartellrechtlichen Verbotsgesetzes unwirksam ist, kommt es hiernach nicht mehr an; insoweit besteht auch kein Anlass, den für die Entscheidung von kartellrechtlichen Streitigkeiten zuständigen Senats des Oberlandesgerichts Karlsruhe mit der Sache zu befassen.

III.

- 97 1. Die Entscheidungen über die Kosten und die vorläufige Vollstreckbarkeit beruhen auf §§ 97 Absatz 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.
- 98 2. Die Zulassung der Revision (§ 543 Absatz 2 Nr. 1 ZPO) war wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache veranlasst.
- 99 a) In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist bisher nicht geklärt, ob und ggf. mit welchen Einschränkungen die Bedingungen der Versorgungsanstalt einer Überprüfung nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unterzogen werden können, soweit sie Regelungen über eine beim Ausscheiden eines Beteiligten zu leistenden Zahlungen enthalten. Ebenso wenig ist geklärt, welchen inhaltlichen Schranken - bei unterstellter Möglichkeit der Klauselkontrolle – die Regelungen über die Zahlung eines Gegenwerts unterliegen. Zwar hat der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 7. Mai 1997 (IV ZR 179/96, BGHZ 135, 333, juris-Tz. 23) ausgesprochen, dass Anpassungen des Vertragsinhalts im Falle einer Äquivalenzstörung der Satzung der Versorgungsanstalt grundsätzlich nicht fremd seien. Im Zusammenhang dieser Entscheidung bestand jedoch kein Anlass zur Klärung der Frage, welchen Anforderungen die Ausgestaltung des Gegenwertanspruchs genügen muss.
- 100 b) Die genannten Rechtsfragen stellen sich in allen denjenigen Fällen, in denen die Versorgungsanstalt (weitere) Gegenwertzahlungen verlangt oder bereits ausgeschiedene Beteiligte die Rückzahlung von Leistungen begehren. Entsprechende Verfahren mit hoher wirtschaftlicher Bedeutung sind entweder bereits in erster oder zweiter Instanz anhängig oder nach Darstellung der Versorgungsanstalt zu erwarten. Auch beim Ausscheiden von Beteiligten aus anderen Zusatzversorgungskassen ähnlichen Zuschnitts stellen sich – mögen sich die zum Ausscheiden getroffenen Regelungen auch im Detail unterscheiden – ähnliche Rechtsfragen.