Der Geschäftsführer im Versorgungsausgleich ….

Rolf Schlünder, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Familienrecht und Arbeitsrecht, Mannheim

…eine Überschrift dieser Art wirft Fragen auf, wird damit doch eine gewisse Sonderstellung des Geschäftsführers im Verfahren des Versorgungsausgleichs behauptet. Und tatsächlich kreisen um die Rechtsstellung eines Geschäftsführers eine Reihe recht heikler Rechtsfragen, welche die privilegierte Stellung dieser Personengruppe im Versorgungsausgleich rechtfertigt. Schon die Bezeichnung Geschäftsführer ist nicht eindeutig: Wir unterscheiden den Fremdgeschäftsführer von dem am Gesellschaftskapital beteiligten Geschäftsführer und den Gesellschafts-Geschäftsführer. Und die Bezeichnung des Geschäftsführers im Zusammenhang mit dem Versorgungsausgleich suggeriert, dass alle seine Anrechte auf Altersversorgung, die anlässlich der Scheidung zu teilen sind, von diesem Ausgleichssystem erfasst werden, was aber, wie zu zeigen sein wird, nicht der Fall ist. Wenig Probleme macht der Geschäftsführer, der über Anrechte in der gesetzlichen Rentenversicherung verfügt - diese sind nach den bekannten Regeln zu teilen. Schon anspruchsvoller sind Anrechte des Geschäftsführers auf betriebliche Altersversorgung, sie werfen Rechtsfragen auf, die möglicherweise dem Gesetzgeber des reformierten Versorgungsausgleichs in der sich durch die Rechtsprechung des BGH darstellenden Form noch nicht bewusst waren. Das ist der Grund, warum sich der folgende Vortrag ausschließlich mit den grundlegenden Problemen des Geschäftsführers im Zusammenhang mit Pensionszusagen und mit dem Eingriff in private Versorgungen beschäftigt.

Der Begriff der betrieblichen Altersversorgung wird im Recht des Versorgungsausgleichs nicht einheitlich verwendet. Während § 2 Abs. 1 VersAusglG ganz allgemein ohne nähere Qualifizierung von der *betrieblichen Altersversorgung* spricht, geht es in anderen Vorschriften des VersAusglGs um das *Anrecht nach dem Betriebsrentengesetz* (z.B. §§ 2 Abs. 2 Nr.3, 14 Abs. 2 Nr.3, 15 Abs. 5 S. 2, 17 VersAusglG*)*. Beide Termini werden offenbar nicht synonym gebraucht. Doch worin unterscheiden sie sich? Eine erste Annäherung könnte danach differenzieren, dass es sich bei der betrieblichen Altersversorgung allgemein nicht um ein Anrecht aus dem Betriebsrentenrecht handelt. Damit ist aber noch nicht die Frage beantwortet, ob diese beiden Formen

der betrieblichen Altersversorgung unterschiedlich bewertet und nach welchem Ausgleichssystem sie letztlich geteilt werden.

Das Verständnis dieser auch auf den zweiten Blick nicht einleuchtenden Differenzierung wird durch dreierlei erschwert.

- Zwar findet das Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (BetrAVG) nur auf Anrechte von Arbeitnehmern Anwendung; es geht hier aber nicht um das geläufige arbeitsrechtliche Verständnis, was ein Arbeitnehmer ist, der Begriff des Arbeitnehmers im Betriebsrentenrecht ist wesentlich weiter - ein Geschäftsführer kann sogar Arbeitnehmer im Sinne des Gesetzes sein.

- Zweitens hat der BGH die Vorschrift (§ 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG), in welcher der Arbeitnehmerbegriff für das Betriebsrentenrecht definiert wird, einschränkend ausgelegt. Dort heißt es, das Gesetz finde auch Anwendung auf Personen, die nicht Arbeitnehmer sind, die jedoch eine Tätigkeit für ein Unternehmen (im Gegensatz zur Tätigkeit für ein eigenes Unternehmen) ausüben.

- Und schließlich scheint, jedenfalls nach dem Wortlaut von § 2 Abs. 2 Nr. 3 2. HS VersAusglG die Leistungsform (Kapital oder Rente) über das Zuordnungsschicksal zu entscheiden: Nach § 2 Abs. 2 Nr. 3, 1. HS VersAusglG spielt die Leistungsform keine Rolle, ein Anrecht im Sinne des Betriebsrentengesetzes wird im Versorgungsausgleich ausgeglichen, gleichgültig, ob es auf Kapital oder Rente gerichtet ist. Demgegenüber kommt es bei einer betrieblichen Altersversorgung, die nicht dem Betriebsrentenrecht unterfällt, entscheidend auf die Leistungsform an, § 2 Abs. 2 Nr. 3, 2. HS VersAusglG: Ein Rentenanrecht wird im Versorgungs-ausgleich ausgeglichen, das auf die Zahlung eines Kapitals gerichtete Anrecht fällt nach dem klaren Wortlaut der Vorschrift nicht in den Anwendungsbereich des Versorgungsausgleichs.

Erst kürzlich hat die *Versorgungsausgleichskommission des Deutschen Familiengerichtstags e. V.* in ihrer Stellungnahme vom 06.04.2023[1] auf diesen Missstand hingewiesen. § 2 Abs. 2 Nr. 3 2. HS VersAusglG sollte – so die Kommission - ganz generell auf betriebliche Altersversorgungen ausgedehnt werden, unabhängig von der Frage, in welcher Leistungsform die Zusage erteilt worden ist und unabhängig von der sich aus § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG ergebenden personellen Beschränkung. Diesem Anliegen kann man sich nur uneingeschränkt anschließen – die unterschiedlichen Ergebnisse des geltenden Rechts sind nicht plausibel, wie im Einzelnen noch darzustellen sein wird.

A. Die betriebliche Altersversorgung im Allgemeinen und das Anrecht im Sinne des Betriebsrentengesetzes im Besonderen

Die zentrale Vorschrift, die bestimmt, ob ein Anrecht im Versorgungsausgleich ausgeglichen wird, ist § 2 VersAusglG. Sie bestimmt den gegenständlichen Anwendungsbereich derjenigen Vermögenspositionen, die im Versorgungsausgleich ausgeglichen werden. Zweck dieser Vorschrift ist ein doppelter: Einmal soll eine Abgrenzung zum Güterrecht erreicht werden, zum anderen auch zu anderen Leistungsarten, die anderen Zwecken als der Versorgung dienen wie z.B. Entschädigungsleistungen oder geldwerte Leistungen aus einer gewerblichen Tätigkeit sowie Tantieme, Übergangsgelder.[2] Die Vorschrift zählt in Abs. 1 ganz allgemein die ausgleichsfähigen Versorgungsanrechte auf und erwähnt ohne nähere Spezifizierung *„die betriebliche Altersversorgung*“. Abs. 2 enthält drei weitere qualitative Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit das Anrecht im Versorgungsausgleich ausgeglichen werden kann. Ein Anrecht ist auszugleichen, sofern es

(1) durch **Arbeit oder Vermögen** geschaffen oder aufrechterhalten worden ist,

[1] https.//www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebubgsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/092420 Stellungnahme DFGT RefE Versorgungsausgleich.
[2] *Borth*, Versorgungsausgleich Kap. 1 Rn.60.

(2) der **Absicherung** im Alter oder bei Invalidität, insbesondere wegen verminderter Erwerbsfähigkeit, Berufsunfähigkeit oder Dienstunfähigkeit dient und

(3) auf eine **Rente** gerichtet ist; ein Anrecht im Sinne des Betriebsrentengesetzes oder des Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetzes ist **unabhängig von der Leistungsform** auszugleichen.

Zur Veranschaulichung soll das folgende Beispiel dienen:[3]

Beispiel 1: *Ehemann M, seit 01.07.1988 mit F verheiratet, beantragt im August 2012 die Scheidung. Er ist Gesellschafter der Firma X-GmbH. Sein Geschäftsanteil beträgt 50 %, Mitgesellschafter sind die Herren H. und J. zu je 25 %. Geschäftsführer sind der Ehemann und Herr H. Im November 1997 erteilte die X – GmbH M eine Direktzusage wie folgt:*

„Der Versorgungsberechtigte hat gegenüber der Gesellschaft einen Anspruch auf Ruhegehalt und Hinterbliebenenversorgung. Das Ruhegehalt wird dem Versorgungsberechtigten gezahlt, wenn er aus den Diensten der Gesellschaft ausscheidet, weil er berufsunfähig ist oder das 60. Lebensjahr vollendet hat. Das Ruhegehalt beträgt einmalig DM 500.000.00 und wird mit Vollendung des 60. Lebensjahres zur Zahlung fällig.“

Ist dieses Anrecht anlässlich der Scheidung güterrechtlich oder im Versorgungsausgleich auszugleichen? Die Antwort auf diese Frage beurteilt sich nach § 2 Abs. 2 VersAusglG. Die ersten beiden Tatbestandsmerkmale sind sicher unproblematisch: Das Anrecht ist durch Arbeit geschaffen worden und dient ohne Zweifel der Absicherung im Alter. Nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 1. HS VersAusglG muss das Anrecht auf eine Rente gerichtet sein. Im Beispielsfall ist die Leistungsform jedoch nicht Rente, sondern Kapital. Inhalt der Zusage ist eine einmalige Zahlung von DM 500.000 mit Vollendung des 60. Lebensjahres. Nach dem Halbsatz 2 von § 2 Abs. 2 Nr. 3 VersAusglG gilt für zwei Anrechtsarten eine Ausnahme: Für Anrechte im Sinne des Betriebsrentengesetzes und für die zertifizierten Altersvorsorgeverträge. Ausnahme bedeutet: Auch dann, wenn das Anrecht auf eine Kapitalleistung gerichtet ist, wird das Anrecht im Versorgungsausgleich geteilt, mit anderen Worten: Der

[3] Angelehnt an *OLG Stuttgart* v. 28.07.2017 – 15 UF 2 51/16, FamRZ 2017, 1923 mit Anm. *Borth.*

Versorgungsausgleich erfasst beide Anrechte unabhängig von der Leistungsform. Wenn es sich also bei dem Anrecht des M um ein Anrecht im Sinne des Betriebsrentenrechts handeln würde, also ein Anrecht im Sinne des Betriebsrentengesetzes (ursprünglich: *Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung vom 19.12.1974* - BetrAVG) könnte es im Versorgungsausgleich ausgeglichen werden.

Das BetrAVG ist ein **Schutzgesetz zugunsten von Arbeitnehmern**. Es regelt nicht, wie eine Versorgungszusage vereinbart werden kann, es enthält lediglich Schutzvorschriften, so z.B. das Abfindungsverbot, die Sicherung des Insolvenzrisikos, die Anpassung der laufenden Leistungen etc. Sein Geltungsbereich ist auf Arbeitnehmer beschränkt, wie die Formulierung in § 17 Abs. 1 S. 1 erster Halbsatz BetrAVG nahelegen könnte: *"Arbeitnehmer im Sinne der §§ 1 – 16 sind Arbeitnehmer und Angestellte einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten…."* Das ist die klassische Formel arbeitsrechtlicher Gesetze zum persönlichen Geltungsbereich.

Die Besonderheit des BetrAVG besteht jedoch in einem **erweiterten Arbeitnehmerbegriff,** wie sich aus § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG ergibt: *Die §§ 1 bis 16 gelten entsprechend für Personen, die nicht Arbeitnehmer sind, wenn ihnen Leistungen der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung aus Anlass ihrer Tätigkeit für ein Unternehmen zugesagt worden sind.* ***„Tätigkeit für ein Unternehmen"*** - das ist ein sehr weiter Begriff. Die Rechtsprechung des BGH[4] hat die nach ihrem Wortlaut zu weitreichende Bestimmung **einschränkend ausgelegt**: Nur diejenigen Personen sind gemeint, deren Lage im Falle einer Pensionsvereinbarung mit der eines Arbeitnehmers annähernd vergleichbar ist:

„Zwar fallen Organpersonen rechtsfähiger Gesellschaften nicht ohne weiteres aus dem Geltungsbereich des Betriebsrentengesetzes heraus. Das Gesetz ist aber nicht anzuwenden auf Gesellschafter-Geschäftsführer, die allein oder zusammen mit anderen Gesellschafter-Geschäftsführern eine Beteiligungsmehrheit halten und nach der Verkehrsanschauung ihr eigenes Unternehmen leiten"[5]

[4] Sehr anschaulich dargestellt in *BGH* v. 1.10. 2019 – II ZR 386/17 -, FamRZ 2020, 89 Rz 11 – 17.
[5] *BGH* vom 16.01.2014 – XII ZB 4 55/13 –, FamRZ 2014, 731 Rn.9 m. v. N;

So verhält es sich im Ausgangsfall: Zusammen mit Herrn H. ist der Ehemann in der Lage, die für Gesellschafterbeschlüsse erforderliche Stimmenmehrheit von 75 % nach Geschäftsanteilen zu bilden. Damit ist er Mitunternehmer und mit **einem Arbeitnehmer nicht annähernd vergleichbar.** Er fällt aus dem Schutz des Betriebsrentenrechts heraus, auf unseren Fall (vor dem Hintergrund von § 2 Abs. 2 Nr. 3 2. HS VersAusglG) bezogen: Bei dem Anrecht des M handelt sich **nicht um ein Anrecht im Sinne des Betriebsrentengesetzes**, damit bleibt es beim Grundsatz des 1. HS, das Anrecht muss auf Rente gerichtet sein, ist aber hier auf Kapital gerichtet und wird damit nicht im Versorgungsausgleich ausgeglichen. Der BGH zur einschränkenden Auslegung von § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG:

„Versorgungsberechtigte sind insoweit von der Geltung des BetrAVG ausgenommen, als ihre Ansprüche auf die Leistungen beruhen, die sie bei natürlicher Betrachtung für das eigene Unternehmen, sei es auch gegenüber einem formal-rechtlich selbstständigen Unternehmensträger, erbracht haben. Dies trifft auf solche Personen zu, die sowohl vermögens- als auch einflussmäßig mit dem Unternehmen, für das sie arbeiten, so sehr verbunden sind, dass sie es als ihr eigenes betrachten können und deshalb unter dem Gesichtspunkt der Pensionssicherung dem Inhaber eines Einzelunternehmens gleichzustellen sind.“[6]

Folgende Fälle[7] sind zu unterscheiden:

(1) Dem Inhaber eines Einzelunternehmens gleichzustellen ist bei Kapitalgesellschaften der **Alleingesellschafter**, der sich als Unternehmensleiter eine Versorgungszusage selbst gegeben oder sonst wie verschafft hat. Der BGH: „*Es leuchtet ohne weiteres ein, dass ein solcher Gesellschafter wegen einer Tätigkeit für das wirtschaftlich ihm allein gehörende Unternehmen keine durch das Betriebsrentengesetz gilt es besonders gesicherte und damit insolvenzfeste Versorgungsrente erwarten kann.“*[8] Weil daher der Alleingesellschafter einer Kapitalgesellschaft kein Arbeitnehmer im Sinne des Betriebsrentenrechts

[6] *BGH* v. 1.10. 2019 – II ZR 386/17 -, FamRZ 2020, 89 Rn. 12.
[7] Zum Folgenden *BGH* v. 1.10. 2019 – II ZR 386/17 -, FamRZ 2020, 89 Rn. 11 – 17.
[8] *BGH* v. 1.10. 2019 – II ZR 386/17 -, FamRZ 2020, 89 Rn. 12.

ist, ist § 2 Abs. 2 Nr. 3 2. HS VersAusglG nicht anwendbar, wohl aber Satz 1. Ist sein Anrecht also auf eine **Rente** gerichtet, ist die Teilhabe im Versorgungsausgleich gewährleistet, im Fall einer **Kapitalzahlung** nicht;

(2) Das gleiche wie zu (1) gilt für den geschäftsführenden **Mehrheitsgesellschafter**. Bei ihm überwiegt die auf der hohen Kapitalbeteiligung in Verbindung mit einer entsprechenden Leitungsmacht beruhende Unternehmerstellung so eindeutig, dass der Charakter von Versorgungsbezügen als Unternehmerlohn im Vordergrund steht;[9]

(3) Anders beim geschäftsführenden **Minderheitsgesellschafter. „***Eine Minderheitsbeteiligung vermittelt dem Inhaber vermögensgüter- und einflussmäßig im Allgemeinen noch keine so überragende Stellung, dass er das Unternehmen für das erarbeitet, als sein eigenes betrachten wird.“*[10] Da er nicht als Unternehmer, sondern als Arbeitnehmer im Sinne des BetrAVG angesehen wird, fällt er unter den persönlichen Anwendungsbereich des § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG). Sein Anrecht wird im Versorgungsausgleich ausgeglichen, unabhängig davon, ob ihm zum Ausscheiden aus dem Erwerbsleben eine Rente oder ein Kapitalbetrag zugesagt worden ist;[11]

(4) Die Pensionszusage des **organschaftlichen Geschäftsführers**, der nur zu einem Teil an Gesellschaftskapital beteiligt ist, der jedoch mit anderen Gesellschafts-Geschäftsführern **eine Beteiligungsmehrheit bilden** kann, wird als Unternehmer angesehen und nicht als Arbeitnehmer im Sinne des BetrAVG.[12] Das Anrecht wird im Versorgungsausgleich ausgeglichen, wenn die Leistungsform auf eine Rente gerichtet ist., § 2 Abs. 2 Nr. 3 1.HS BetrAVG. Im Fall des BGH vom 16.01.2014 verfügte der Ehemann zwar über einen kleineren Geschäftsanteil von 20 %, war aber sowohl gemeinsam mit seinem Vater und seinem Bruder zur Geschäftsführung berufen als auch mit diesen gemeinsam in der Lage, die für Gesellschafterbeschlüsse erforderliche Stimmenmehrheit von 75 % nach Geschäftsanteilen zu bilden, ohne dass einer von ihnen allein eine Stimmenmehrheitsbeteiligung innehatte. Damit hat der BGH den

[9] *BGH* v. 1.10. 2019 – II ZR 386/17 -, FamRZ 2020, 89 Rz 13.
[10] *BGH* v. 1.10. 2019 – II ZR 386/17 -, FamRZ 2020, 89 Rz 14.
[11] *BGH* v. 1.10. 2019 – II ZR 386/17 -, FamRZ 2020, 89 Rz 14.
[12] so im Fall des *BGH* v. 16.01.2014 – XII ZB 455/13 –, FamRZ 2014, 731.

Ehemann als **Mitunternehmer** behandelt, der nicht dem Schutz des Betriebsrentenrechts unterfällt.[13]

(5) Die Pensionszusage des **organschaftlichen Geschäftsführers** einer GmbH, der **nicht** am Gesellschaftskapital **beteiligt** ist, wird unabhängig von der Leistungsform, Kapital oder Rente, im Versorgungsausgleich ausgeglichen. Der Fremdgeschäftsführer fällt unter § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG, damit in den Schutzbereich des BetrAVG und wird daher von § 2 Abs. 2 Nr. 3 2. HS VersAusglG erfasst.

(6) Während der Ehezeit ist ein betrieblich erworbenes Anrecht in eine **private Kapitalversicherung umgewandelt** worden. Dieses Anrecht wird im Zugewinn ausgeglichen (vgl. Beispiel weiter unten).

Der beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer

Beispiel 2[14]*: Der Ehemann ist alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der von ihm gegründeten P - GmbH. Sie erteilte ihm eine Pensionszusage, in der ihm unter anderem die Leistung einer monatlichen Altersrente von Euro 5000,00 mit Vollendung des 65. Lebensjahres versprochen wird. Wird dieses Anrecht im Versorgungsausgleich ausgeglichen?*

Das Problem, Anrecht im Sinne des BetrAVG nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 2. HS VersAusglG stellt sich hier gar nicht. Denn es handelt sich um eine Pensionszusage in der Leistungsform der Rente. Damit greift § 2 Abs. 2 Nr. 3 1. HS VersAusglG - das Anrecht ist auf eine Rente gerichtet. Der Ehemann ist hier beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer der P-GmbH, sodass seine Pensionszusage nicht in den Anwendungsbereich des BetrAVG fällt, was für den vorliegenden Fall aber keine Rolle spielt. Ergebnis: Das Anrecht wird im Versorgungsausgleich ausgeglichen.

- Dieser Fall zeigt deutlich das doppelte Dilemma des geltenden Rechts: Da der beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer nicht Arbeitnehmer im Sinne des BetrAVG ist, findet auf ihn § 2 Abs. 2 Nr. 3 2. HS keine Anwendung, weil das BetrAVG nicht gilt. Damit gilt S.

[13] *BGH* v. 16.01.2014 – XII ZB 4 55/13 –, FamRZ 2014, 731 Rn.10.
[14] Nach *BGH* v. 11.09.2019 – XII ZB 627/15 –, FamRZ 2019, 1993.

1 und es entscheidet die Leistungsform: Ist das Anrecht auf eine Rente gerichtet, dann Versorgungsausgleich, ist es auf ein Kapital gerichtet, dann Güterrecht. Das Ergebnis ist nicht plausibel: Das Anrecht des organschaftlichen, nichtbeteiligten Fremdgeschäftsführers wird im Versorgungsausgleich geteilt; das Anrecht des Gesellschafter-Geschäftsführers, dessen Anrecht auf Kapital gerichtet ist, im Zugewinnausgleich, ist es auf eine Rente gerichtet, wieder im Versorgungsausgleich.

Umwandlung in eine private Kapitalversicherung

Beispiel 3:[15] *Der Ehemann war alleiniger Gesellschafter- Geschäftsführer einer GmbH, die ihm eine Pensionszusage auf einer Altersversorgung erteilt hatte. Während der Ehezeit ist dieses betrieblich erworbene Anrecht in eine private Kapitalversicherung umgewandelt worden. Wird die Pensionszusage im Versorgungsausgleich ausgeglichen?*

Nach der ständigen Rechtsprechung des *BGH* können nur diejenigen Anrechte im Versorgungsausgleich ausgeglichen werden, die im Zeitpunkt der letzten tatrichterlichen Entscheidung noch vorhanden sind.[16] Das betriebliche Anrecht war in eine private Kapitalversicherung umgewandelt worden, bestand also zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Versorgungsausgleich als solches nicht mehr. Darüber hinaus fehlt es an der Voraussetzung nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 VersAusglG („*auf eine Rente gerichtet ist*“).

„Der Versorgungsausgleich ist im Übrigen grundsätzlich auf den Ausgleich von Renten zugeschnitten. Die im Zeitpunkt der Entscheidung noch bestehenden Anrechte aus einer privaten Kapitalversicherung sind schon deswegen nicht im Versorgungsausgleich zu berücksichtigen, weil sie nicht auf eine Rente, sondern ***auf Auszahlung eines Kapitalbetrages gerichtet*** *sind, über den der Berechtigte frei verfügen kann…. Eine Ausnahme hiervon hat der Gesetzgeber nur für Anrechte im Sinne des Betriebsrentengesetzes oder des Altersvorsorgeverträge-Zerti-*

[15] Nach *BGH* vom 06.11.2013 – XII ZB 22/13 –, FamRZ 2014, 104.
[16] *BGH* vom 18.04.2012 – XII ZB 325/11 –, FamRZ 2012, 1039 Rz.11 m.w.N.

fizierungsgesetzes vorgesehen, die unabhängig von der Leistungsform auszugleichen sind (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 VersAusgIG).“[17]

Der Ausgleich beim sog. Statuswechsel

Von einem Statuswechsel spricht man, wenn der Versorgungsberechtigte während der Ehezeit von dem bisherigen **Status des Unternehmers** auf Grund einer Entwicklung auf der Ebene der Gesellschafter oder der Geschäftsführer in den Status **des Arbeitnehmers** im Sinne des Betriebsrentenrechts wechselt. Im Fall des *BGH*[18] war der versorgungsberechtigte Ehemann während der Ehezeit zwar nur mit 20 % an einer GmbH beteiligt, hielt jedoch zusammen mit seinem Vater und Bruder weitere 50,004 % bzw. 20 % Geschäftsanteile. Gemeinsam verfügten sie mit insgesamt 90,004 % Geschäftsanteilen über eine beherrschende Stellung, da Gesellschafterbeschlüsse nach den Regelungen des Gesellschaftsvertrages mit einer Mehrheit von 75 % der vertretenen Geschäftsanteile gefasst werden konnten. Dann ist der Ehemann in die Gruppe (4) der oben genannten Fallgruppen einzuordnen ist. Der BGH[19]:

„Das Gesetz ist aber nicht anzuwenden auf Gesellschafter – Geschäftsführer, die allein oder zusammen mit anderen Gesellschafter – Geschäftsführern eine Beteiligungsmehrheit halten und nach der Verkehrsanschauung ihr eigenes Unternehmen leiten.“

Während der Ehezeit schied der Vater dann als Geschäftsführer aus, behielt aber seinen Geschäftsanteil von 50,004 %. Das hatte zur Folge, dass der Ehemann seither mit keinem anderen Geschäftsführer mehr eine Stimmenmehrheit in der Gesellschafterversammlung hatte. Eine Zurechnung von Geschäftsanteilen, die nicht von geschäftsführenden Familienangehörigen gehalten werden, kommt nach der Rechtsprechung des BGH nicht in Betracht.[20] Damit ist der Ehemann seit dem Ausscheiden des Vaters aus der Geschäftsführung nicht mehr Mitunternehmer,

[17] *BGH* vom 06.11.2013 – XII ZB 22/13 –, FamRZ 2014, 104 Rn. 8; *BGH* vom 15.7.2010 -XII ZB 363/19 -, FamRZ 2020, 1549 Rz.18 ff m. Anm. *Borth*

[18] *BGH* vom 16.01.2014 – XII ZB 455/13 –, FamRZ 2014, 731; *BGH* v. 23.3. 2022 – XII ZB 337/21 FamRZ 2022, 945= NZFam 2022, 537; BGH v. 15.7.2020 – XII ZB 363/19 -, FamRZ 2020, 1549.

[19] *BGH* v. 16.01.2014 – XII ZB 4 55/13 –, FamRZ 2014,731 Rn.9; BGHZ 77, 94,9 7 ff = NJW 1980, 2254.

[20] BGHZ 77, 94, 105f. = NJW 80, 2254.

sondern Beschäftigter (mit gleichzeitiger Kapitalanlage) und unterfällt deshalb seither dem persönlichen Anwendungsbereich des Betriebsrentengesetzes und ist damit Arbeitnehmer.

Der Statuswechsel hat Konsequenzen einmal

- für die ausgleichsrechtliche Einordnung,
- für die Bewertung,
- für den Insolvenzschutz,
- für die Unverfallbarkeit

je nachdem ob die zugesagte Versorgung auf den Status des Unternehmers oder denjenigen des Arbeitnehmers entfällt. Der **BGH lehnt eine einheitliche Bewertung** ab: Es findet eine getrennte Bewertung der Anrechte statt für die Zeiten als Arbeitnehmer und als Unternehmer.

Für die ausgleichsrechtliche Einordnung: Ist der Versorgungsberechtigte geschäftsführender Mitunternehmer, kommt es nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 1. HS VersAusglG darauf an, ob die **Zusage als Rente** erteilt wurde. Ist sie auf Kapital gerichtet, ist die Zusage im Güterrecht auszugleichen. Das kann zu strategischen Überlegungen anregen: Der beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer kann sein Anrecht dem Versorgungsausgleich entziehen, wenn er sein Kapitalwahlrecht ausübt. Dann würde das Anrecht zugewinnrechtlich ausgeglichen, im Fall der Gütertrennung überhaupt nicht. Damit hat der Gesellschafter – Geschäftsführer eine legale Möglichkeit, eine erfolgreiche Flucht aus dem Versorgungsausgleich anzutreten.

Für die Bewertung: Für die Bewertung von Anrechten aus dem Betriebsrentengesetz gilt § 45 VersAusglG (Wahlrecht: Renten- oder Kapitalbetrag. Für die Zeit als Unternehmer gilt §§ 39 ff. VersAusglG (Rentenbetrag).

Für den Insolvenzschutz: Für den Arbeitnehmer des Betriebsrentenrechts gilt §§ 7 ff BetrAVG; für den Unternehmer besteht kein gesetzlicher

Insolvenzschutz. Der Schutz kann über eine an den Geschäftsführer verpfändete Rückdeckungsversicherung gewährleistet werden.[21]

Für die Unverfallbarkeit: Die betriebliche Altersversorgung wird beim Statuswechsel in dem Umfang in den Versorgungsausgleich einbezogen, wie die versprochene Versorgung zeitanteilig auf die Tätigkeit als Arbeitnehmer entfällt. Mit dem Wechsel in die Arbeitnehmereigenschaft beginnen die Unverfallbarkeitsfristen nach dem Betriebsrentengesetz zu laufen. Im Fall des BGH[22] war dies besonders misslich, weil mit dem Eintritt in die Arbeitnehmereigenschaft die Unverfallbarkeitsfrist nach dem Betriebsrentengesetz zu laufen begann, diese fünf Jahre betrug und zum Ende der Ehezeit noch nicht abgelaufen war.

B. Die Ausgleichsreife des Versorgungsanrechts

Nach § 9 Abs. 1 VersAusglG werden alle Anrechte anlässlich der Scheidung ausgeglichen, es sei denn, die Ehegatten haben den Ausgleich vertraglich (anders) geregelt oder die **Ausgleichsreife** der Anrechte fehlt. Die Vorschrift des § 19 Abs. 1 S. 1 VersAusglG greift diesen Grundsatz des Versorgungsausgleichs auf: Ist ein Anrecht nicht ausgleichsreif, so findet insoweit ein Wertausgleich bei der Scheidung nicht statt – zu ergänzen ist allerdings, dass im Fall der fehlenden Ausgleichsreife der Wertausgleich schuldrechtlich nach §§ 20 ff. VersAusglG nachgeholt wird, wenn beide geschiedenen Ehegatten das Rentenalter erreicht haben (§ 19 Abs. 4 VersAusglG). Die Ausgleichsreife eines Anrechts bestimmt also die Ausgleichsform: Anlässlich der Scheidung oder im Rentenalter der beteiligten (dann geschiedenen) Eheleute. Das Vers Betriebszugehörigkeit der ausgleichspflichtigen Person spätestens zum Ehezeitende beendet ist. Das VersAusglG regelt nicht positiv, wann ein Anrecht ausgleichsreif ist. In 19 Abs. 2 Nr. 1 VersAusglG heißt es, ein Anrecht ist nicht ausgleichsreif, wenn es dem *Grund oder der Höhe nach nicht hinreichend verfestigt* ist, insbesondere als noch verfallbares Anrecht im Sinne des Betriebsrentengesetzes.

[21] *BGH* v. 16.01.2014 – XII ZB 455/13 –, FamRZ 2014, 731 Rn. 12.
[22] *BGH* v. 16.01.2014 – XII ZB 455/13 –, FamRZ 2014, 731 Rn.13.

Handelt es sich um ein Anrecht im Sinne des Betriebsrentengesetzes, stellt sich die Frage der Ausgleichsreife als Verfallbarkeit unter dem Blickwinkel von § 45 VersAusglG - dann kommt es auf die Leistungsform an: handelt es sich um einen **Rentenbetrag**, ist § 2 BetrAVG maßgebend, handelt es sich um einen **Kapitalwert**, ist § 4 Abs. 3 BetrAVG anzuwenden. Dabei ist nach § 45 Abs. 1 S. 2 zu unterstellen, dass die Betriebszugehörigkeit der ausgleichspflichtigen Person spätestens zum Ehezeitende beendet ist. Soweit so gut für Anrechte nach dem Betriebsrentengesetz: Der Fremdgeschäftsführer bspw. oder minderheitsbeteiligte Geschäftsführer fällt unter den Begriff des Arbeitnehmers im Sinne des Betriebsrentenrechts, sodass für die Frage der Ausgleichsreife/Unverfallbarkeit auch die Vorschriften des Betriebsrentenrechts anwendbar sind. Wie aber, wenn das Anrecht wie beim Gesellschafter-Geschäftsführer nicht in den Anwendungsbereich des BetrAVG fällt? Bereits vor der Strukturreform des Versorgungsausgleichs zum 01.09.2009 hatte der BGH[23] den allgemeinen Rechtssatz geprägt, dass ein Anrecht dann hinreichend verfestigt ist, wenn der **Versorgungswert dem Grunde und der Höhe nach durch die künftige betriebliche oder berufliche Entwicklung des Anrechts nicht mehr beeinträchtigt werden kann**.[24]

„In diesen Fällen ist jeweils anhand der für die Versorgung einschlägigen Regelungen zu prüfen, ob das Anrecht nach Grund und Höhe hinreichend verfestigt ist. Bei Versorgungszusagen für beherrschende Gesellschafter -Geschäftsführer ist von einer fehlenden Verfestigung insbesondere dann auszugehen, wenn die Entstehung eines Rechtsanspruchs auf die Versorgung aufgrund von vertraglichen Vereinbarungen – Verfallbarkeitsklauseln, Widerrufsrechten, Bedingungen – noch ungewiss ist (BT- Drucks. 16/11903, S. 55).“[25]

- Hier ergibt sich aber folgendes Problem: Die vertraglich vereinbarten Versorgungszusagen von Gesellschafter-Geschäftsführern enthalten oft **Widerrufsklauseln oder sonstige Bedingungen** zum Bezug der Versorgungszusage, z.B. die Vereinbarung einer Verfallbarkeit, ein Widerrufsrecht, insbesondere im Fall einer

[23] *BGH* FamRZ 1989, 844, 845; *Borth* FamRZ 2014, 270.
[24] *BGH* v. 11.09.2019 – XII ZB 627/15 –, FamRZ 2019, 1993 Rz.19.
[25] *BGH* v. 11.09.2019 – XII ZB 627/15 –, FamRZ 2019, 1993 Rz.19.

Treueverletzung des Versorgungsberechtigten oder wenn eine Bedingung besteht, nach der das Anrecht dem Grund nach wegfallen oder sich der Höhe nach verändern kann. In solchen Fällen ist eine interne bzw. externe Teilung des Anrechts nicht möglich.[26] *Borth* weist darauf hin, dass in solchen Fällen eine sorgfältige Prüfung der Ausgleichsreife geboten ist.[27]

Abzugrenzen sind solche Vertragsklauseln von den allgemeinen zivilrechtlichen Möglichkeiten des Arbeitgebers, sich von einer Versorgungszusage zu lösen. So der BGH: Die einem Arbeitgeber in bestimmten Härtefällen gegebene Möglichkeit, die Versorgungszusagen wegen Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) oder nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) zu kürzen oder aufzuheben, rechtfertigt es nicht, die Ausgleichsreife eines Anrechts abzulehnen. Denn sonst könnte die einem beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer erteilte Versorgungszusage praktisch nie in den Wertausgleich bei der Scheidung einbezogen werden.[28] Das Gleiche gilt auch für **deklaratorische Vertragsbestimmungen**, in denen nur bestimmte **atypische Geschehensabläufe beschrieben** werden, bei deren Eintritt sich der Arbeitgeber nach den Vorschriften des allgemeinen Zivilrechts ohnehin einseitig von der Versorgungszusage lösen könnte.[29]

Typische Fälle einer fehlenden Ausgleichsreife[30]

- Der Rechtsanspruch auf die Versorgung ist etwa dann ungewiss, wenn die **Höhe der künftigen Versorgung** von der **Vergütung des Geschäftsführers** abhängig gemacht wird, bspw. 70 % des bei Erreichen einer festen Altersgrenze erzielten jährlichen Einkommens und dieses sich entsprechend den Vereinbarungen im Anstellungsvertrag nach der im vorangehenden Jahr erreichten Ertragslage oder einer vergleichbaren Ertrags- oder umsatzabhängigen Bemessungsgrundlage des Gewerbebetriebs richtet.[31] Dann kann die **Versorgung** zum Ehezeitende **nicht sicher**

[26] *Borth* FamRZ 2014 270, 271.
[27] *Borth* FamRZ 2014, 271.
[28] *BGH* v. 11.09.2019 – XII ZB 627/15 –, FamRZ 2019, 1993 Rz.19.
[29] OLG Stuttgart v.28.7.2017 15 UF 251/16 -, FamRZ 2017, 1923, 1925 m. Anm. *Borth*
[30] Dazu *Borth* FamRZ 2014, 271.
[31] Fall nach *Borth* FamRZ 2014, 270, 271.

bestimmt werden, sodass eine fehlende Verfestigung anzunehmen ist – das Anrecht ist schuldrechtlich auszugleichen;

- Dem Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH wird eine Pension zugesagt, wenn er ein **bestimmtes Lebensalter** erreicht hat, das bei Ehezeitende bzw. zum Zeitpunkt der Entscheidung noch nicht eingetreten ist. So etwa im Fall des *OLG Stuttgart*[32]: Die Pensionszusage sah vor, dass ein Versorgungsanrecht erst entsteht, wenn der Geschäftsführer das 50. Lebensjahr erreicht hat. Zum Zeitpunkt der Entscheidung über Versorgungsausgleich war der Versorgungsberechtigte 46 Jahre alt. Nach den vertraglichen Vereinbarungen war damit ungewiss, ob der Rechtsanspruch auf die Versorgung entstehen würde;

- Die Pensionszusage enthält eine **Vorbehaltsklausel,** wonach die Gewährung der Versorgung von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Versorgungsträgers zum Zeitpunkt des Leistungsfalles abhängt. „*In diesem Fall ist regelmäßig zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Versorgungsausgleich ungewiss, ob der Versorgungsträger wirtschaftlich in der Lage ist, die Pensionszusage voll oder nur teilweise zu erfüllen, sodass das Anrecht nicht ausgleichsreif ist.*“[33]

- Ist ein **Versorgungsanrecht sicherungsabgetreten oder gepfändet**, fehlt es nicht an der erforderlichen Ausgleichsreife. Es kann deshalb im Versorgungsausgleich intern ausgeglichen werden.[34]

- Auch **Pensionszusagen von Partnerschaften** kann die Ausgleichsreife fehlen, wenn sie berufsständig organisiert sind (Architekten, Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwälte), soweit diese keine Pensionsrückstellungen bilden und vor allem dann, wenn sie nicht in Form einer Personen- oder Kapitalgesellschaft original organisiert sind. In solchen Fällen wird die Zusage oft von den erwirtschafteten

[32] *OLG Stuttgart* vom 28.05.2013 – 17 UF 308/12 –, FamRZ 2013, 1908.

[33] BGH v. 21.11.2013 – XII ZB 403/12 -, FamRZ 2014, 282 Rn.21; BGH vom 17.04.2013 XII ZB 371/12 -, FamRZ 2013, 1021 Rn.9.

[34] BGH v. 07.08.2013 – XII ZB 673/12 –, FamRZ 2013, 1715 Rn.11 ff; BGH v. 16.12.2020 – XII ZR 28/20 –, FamRZ 2021, 584 Rn.24.

Erträgen der Partnerschaft bzw. der Ertragslage der Partnerschaft abhängig gemacht. Zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Versorgungsausgleich kann die für die Leistungspflicht vorausgesetzte Ertragslage meistens nicht sicher vorhergesagt werden. Fehlen insolvenzfeste Absicherungen, fehlt es insoweit an einem hinreichend gesicherten Anrecht.

Beispiel 4:[35] *Die Ehegatten führten einen landwirtschaftlichen Betrieb. Der Ehemann übertrug den Grundbesitz an den jüngeren Sohn als Hofübernehmer, der eine monatliche, durch Indexklausel wertgesicherte Rente von anfänglich € 2000,00 als Gegenleistung versprochen hatte. Die Zahlungspflicht sollte aufschiebend bedingt mit Ausscheiden des Ehemannes aus dem von ihm und dem Hofübernehmer in Gesellschaft des bürgerlichen Rechts betriebenen landwirtschaftlich bzw. weinbaulichen Betriebs entstehen. Weiter heißt es im Übergabevertrag:*

„Rein schuldrechtlich vereinbaren die beiden Beteiligten, dass bei einer wesentlichen Veränderung der heutigen Verhältnisse jeder Vertragsteil berechtigt ist, eine entsprechende Anpassung der vorstehend vereinbarten wertgesicherten monatlichen Zahlung bei Bedingungseintritt gemäß § 323 ZPO zu verlangen. Dabei sind insbesondere der sich ändernde Bedarf des Berechtigten und die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten zu berücksichtigen."

Die Ehefrau möchte im Rahmen des Scheidungsverfahrens das Versorgungsanrecht des Ehemannes aufgrund der Übertragungs-vereinbarung im Versorgungsausgleich ausgeglichen haben.

Handelt es sich im Sinne des BGH auch hier um *bestimmte atypische Geschehensabläufe*, bei deren Eintritt man sich einseitig von der Versorgungszusage lösen kann? Das hat der BGH für den vorliegenden Fall verneint.

„Hinreichend verfestigt ist ein Anrecht insoweit, als der Versorgungswert dem Grund und der Höhe nach durch die künftige, namentlich betriebliche

[35] *BGH* v. 21.12.2013 – XII ZB 403/12 –, FamRZ 2014,282 „Hofübergabefall".

oder berufliche Entwicklung des Berechtigten nicht mehr beeinträchtigt werden kann und somit bereits endgültig gesichert ist.“[36]

Jeder Vertragsteil kann hier auf Grund einer individuellen Vereinbarung eine **entsprechende Anpassung** nach § 323 ZPO verlangen, der Hofübernehmer, bei Einschränkung der Leistungsfähigkeit, der Ehemann, bei Bedarfssteigerung bspw. durch notwendig werdende Versorgung in einem Alten- oder Pflegeheim oder im Fall einer dauernden Pflegebedürftigkeit des Ehemanns. Und damit kann das Anrecht durch eine betriebliche Entwicklung oder – weil vertraglich vereinbart - ein biologisches Ereignis aufseiten des Ehemannes vor Eintritt des Versorgungsfalls beeinträchtigt werden: Das Anrecht ist daher nicht hinreichend verfestigt und muss schuldrechtlich ausgeglichen werden (§ 19 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 4 VersAusglG).

C. Die Absicherung des Insolvenzrisikos

Werden im Versorgungsausgleich Anrechte nach dem Betriebsrentengesetz ausgeglichen, besteht kraft Gesetzes eine umfassende **Insolvenzsicherung**: Nach § 7 Abs. 1 BetrAVG sind alle Versorgungsansprüche auf laufende Leistungen oder Kapitalzusagen der betrieblichen Altersversorgung abgesichert und das Gleiche gilt nach Abs. 2 auch für unverfallbare Anwartschaften unabhängig davon, ob die Betriebszugehörigkeit noch besteht oder ob der Arbeitnehmer bereits ausgeschieden. Die interne Teilung gewährt nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VersAusglG der ausgleichsberechtigten Person ein eigenständiges und entsprechend gesichertes Anrecht – also bestehen die Wohltaten der Insolvenzsicherung auch zugunsten – meistens – der Ehefrau, ohne dass dies etwa im Tenor der familienrechtlichen Entscheidung oder sonst wie zum Ausdruck gebracht werden müsste - **Insolvenzsicherung kraft Gesetzes**!

Träger der Insolvenzsicherung der betrieblichen Altersversorgung ist in diesen Fällen der Pension-Sicherungs-Verein, Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (PSVaG). Der Verein gewährleistet die betriebliche Altersversorgung im Fall der Insolvenz des Arbeitgebers in der

[36] *BGH* v. 21.12.2013 – XII ZB 403/12 –, FamRZ 2014,282 Rz.21; dazu *Borth* FamRZ 2014,270

Bundesrepublik Deutschland und im Großherzogtum Luxembourg. Dabei ist der PSVaG an die Vorschriften des Betriebsrentengesetzes gebunden. Gesichert sind betriebliche Altersversorgungen in Form von unmittelbaren Versorgungszusagen, Anrechte in Unterstützungskassen, Pensionsfonds- und Pensionskassenzusagen sowie in bestimmten Fällen Zusagen über eine Direktversicherung (§ 7 BetrAVG). Die Abwicklung der Rentenzahlung erfolgt durch ein Konsortium von 47 Lebensversicherungsunternehmen unter der Geschäftsführung der Allianz Lebensversicherungs-AG, Stuttgart.

Aber wie gestaltet sich die Insolvenzsicherung bei Pensionszusagen für Geschäftsführer, die nach § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG nicht in den persönlichen Anwendungsbereich des Betriebsrentenrechts fallen und für die die Vorschrift des § 7 BetrAVG nicht gilt? Besteht **keine besondere insolvenzsichernde Maßnahme** (dazu unten) auf Seiten der ausgleichspflichtigen Person, erhält die ausgleichsberechtigte Person ein Anrecht, welches gegen die Insolvenz des Arbeitgebers nicht geschützt ist. Das Anrecht wird damit möglicherweise wertlos, wenn der Insolvenzfall eintritt, eine gesetzliche Insolvenzsicherung wie bei den Arbeitnehmern des Betriebsrentenrechts besteht nicht. Mit anderen Worten: Ist keine insolvenzsichernde Maßnahme vereinbart worden, gehen beide geschiedenen Eheleute im Insolvenzfall leer aus.

Das entspricht dem Willen des Gesetzgebers.[37] Ausgleichspflichtige Person und Ausgleichsberechtigter teilen sich Chancen und Risiken des auszugleichenden Rechts - es gilt der **Grundsatz der gleichwertigen Teilhabe**. Übertragen werden kann nur, was der ausgleichspflichtigen Person zur Verfügung steht. Und verfügt diese nur über ein nicht insolvenzgesichertes Anrecht, kann die ausgleichsberechtigte Person nicht eine bessere Rechtsposition erlangen als der Ausgleichspflichtige. Kann also der Betrieb wegen Insolvenz die Versorgung nicht erfüllen, steht beiden, dem Ausgleichspflichtigen und dem Ausgleichsberechtigten kein Anspruch auf Leistung aus der betrieblichen Altersversorgung zu, eine Konsequenz, die auch eingetreten wäre, würde die Ehe nicht geschieden worden sein.[38]

[37] BT-Drucks. 16/10144 Seite 56.

[38] *Borth*, Versorgungsausgleich 8. Auflage Kap 2 Rz. 376; *BGH* v. 11.09.2019 – XII ZB 6 27/15 –, FamRZ 2019, 1993 Rz.38; *OLG Stuttgart* v. 28.07.2017 – 15 UF 2 51/16 –, FamRZ 2017, 1923, 1927.

Die Rückdeckungsversicherung und deren Verpfändung als insolvenzsichernde Maßnahme

Das Manko der fehlenden gesetzlichen Insolvenzsicherung wird in der Praxis mit einer sog. Rückdeckungsversicherung und deren Verpfändung an den Geschäftsführer kompensiert.[39] Die Rückdeckungsversicherung ist nicht etwa ein Anrecht der betrieblichen Altersversorgung, welches im Rahmen des Versorgungsausgleichs ausgeglichen werden müsste, sie ist **nicht Teilungsgegenstand**.[40] Sie gehört nicht zum Kreis der fünf Durchführungsformen[41] der betrieblichen Altersversorgung. Ihre Funktion besteht darin, die finanziellen Mittel zu beschaffen, um den Arbeitgeber in die Lage zu versetzen, die künftige Pensionsverpflichtung gegenüber dem Mitarbeiter zu erfüllen. Im Einzelnen:

- **Vertragspartner** der Rückdeckungsversicherung, die auf das Leben des Geschäftsführers abgeschlossen wird**,** ist der Versicherer und der Arbeitgeber, nie der Geschäftsführer. Deshalb kann sie auch nicht Gegenstand der internen Teilung im Versorgungsausgleich sein,[42] denn das Bezugsrecht aus dem Vertrag steht nicht dem Gesellschafter-Geschäftsführer zu, sondern dem Arbeitgeber (z.B. eine GmbH oder AG). Bezugsberechtigt ist allein der Arbeitgeber bzw. die Unterstützungskasse im Unterschied zur Direktversicherung, bei der der Arbeitnehmer und seine Hinterbliebenen bezugsberechtigt sind. Der Versicherer ist nach § 7 Abs. 2 FamFG am Verfahren zu beteiligen.[43]

- Die Rückdeckungsversicherung ist reines **Finanzierungsinstrument** und verschafft dem Arbeitgeber die Liquidität, die er benötigt, um die künftige Verpflichtung aus der Pensionszusage dem Geschäftsführer gegenüber zu erfüllen. Sie ist daher in aller

[39] *BGH* v. 23.3. 2022 – XII ZB 337/21 FamRZ 2022, 945 Rn.17= NZFam 2022, 537; BGH v. 15.7.2020 – XII ZB 363/19 -, FamRZ 2020, 1549 Rn.18; *BGH* vom 11.09.2019 – XII ZB 6 27/15 –, FamRZ 2019, 1993;

[40] *Borth*, Versorgungsausgleich 8. Auflage Kap 2 Rn.372; *BGH* vom 11.09.2019 – XII ZB 6 27/15 –, FamRZ 2019,1993 Rz.11.

[41] die fünf Durchführungsformen sind: Die Direktzusage, das Anrecht aus einer Unterstützungskasse, die Direktversicherung, das Anrecht über einen Pensionsfonds und über eine Pensionskasse.

[42] *BGH* vom 11.09.2019 – XII ZB 6 27/15 –, FamRZ 2019,1993 Rz.11.

[43] *BGH* v. 11.9.2029 – XII ZB 627/15 -, FamRZ 2019, 1993=FamRB 2020, 13 (Norpoth); *BGH* v.10.6.2021 – IX ZR 6/18 -, FamRZ 2021, 1357 Rn.11.

Regel ein Lebensversicherungsvertrag, abgeschlossen vom Arbeitgeber;

- Als reine Lebensversicherung des Arbeitgebers würde der Insolvenzschutz zu Gunsten des Geschäftsführers nicht gewährleistet sein. Denn im Insolvenzfall würde der Insolvenzverwalter das Deckungskapital aus der Lebensversicherung zur Insolvenzmasse ziehen, weil der Anspruch auf die Versicherungsleistung im Ausgangspunkt dem Betrieb als Versicherungsnehmer zusteht; dem Geschäftsführer stünde damit kein realisierbarer Anspruch mehr zu. Das ist der Grund, warum die **Ansprüche aus der Lebensversicherung zugunsten des Geschäftsführers verpfändet** werden.[44] Damit tritt die gewünschte Insolvenzsicherung ein. Ist eine Verpfändung der Rückdeckungsversicherung nicht vereinbart, hat diese Vertrag keine Bedeutung für den Versorgungsausgleich, weil zugunsten des Versorgungsberechtigten dann kein besonders gesichertes Anrecht im Sinne von § 11 Abs. 1 S. 2 Nr.1 VersAusglG besteht;[45]

- Die ausgleichsberechtigte Person, meist die Ehefrau, hat nach § 11 Abs. 1 S. 1 VersAusglG Anspruch auf eine **gleichwertige Teilhabe** im Rahmen des Versorgungsausgleichs. Es ist ihr ein eigenständiges und entsprechend gesichertes Anrecht zu übertragen. *Entsprechend gesichert bedeutet*:

> *„Ist die auszugleichende betriebliche Versorgung eines beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführers über eine Lebensversicherung rückgedeckt, ist dem ausgleichsberechtigten Ehegatten im Rahmen der internen Teilung eine entsprechende Sicherung zu verschaffen."*[46]

- Die **externe Teilung** wird durch Entnahme des Deckungskapitals der Rückdeckungsversicherung finanziert.

[44] *OLG Stuttgart* vom 28.07.2017 – 15 UF 2 51/16 –, FamRZ 2017, 1923, 1927.
[45] Vgl. *Scholer* FamRZ 2020, 1551.
[46] *BGH* v. 11.09.2019 – XII ZB 6 27/15 –, FamRZ 2019, 1993 Rz.36,37.

Ich Nach § 11 Abs. 1 S. 1 VersAusglG muss die interne Teilung eine gleichwertige Teilhabe der Ehegatten an den in der Ehezeit erworbenen Anrechten gewährleistet. Das setzt nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VersAusglG unter anderem die **Übertragung eines eigenständigen und entsprechend gesicherten Anrechts** voraus. Ist die auszugleichende betriebliche Altersversorgung eines beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführers über eine Lebensversicherung, also eine Rückdeckungsversicherung, gesichert, ist dem ausgleichsberechtigten Ehegatten bei der internen Teilung **eine entsprechende Sicherung zu verschaffen.**[47]

„Diesem Erfordernis kann genügt werden, wenn das Deckungskapital der Rückdeckungsversicherung in entsprechender Höhe dem Ausgleichswert zugeordnet wird, um dadurch zu bewirken, dass die Rückdeckung versicherungstechnisch auch den Ausgleichswert erfasst. Das Gericht hat einen entsprechenden Ausspruch in seine Beschlussformel aufzunehmen, wenn dies nicht schon in einer Teilungsanordnung bestimmt ist."[48]

Die nach § 11 Abs. 1 S. 1 VersAusglG im Rahmen der internen Teilung geschuldete gleichwertige Teilhabe bezieht sich jedoch nicht nur auf das Deckungskapital der Rückdeckungsversicherung, sondern auch auf das **Pfandrecht an der Versicherungsforderung**;

- ***Der ausgleichsberechtigten Person ist damit zweierlei zuzuordnen: Einmal das Deckungskapital der Rückdeckungsversicherung in entsprechender Höhe des Ausgleichswerts und zum anderen das Pfandrecht, ebenfalls in Höhe des Ausgleichswerts.***

Beispiel einer Regelung in einer Pensionszusage:[49]

„Die Gesellschaft wird zur Absicherung der Risiken aus dieser Zusage und zur Anpassung der Versorgungsleistungen eine Rückdeckungsversicherung auf das Leben der/des Versorgungsberechtigten

[47] *BGH* v. 11.09.2019 – XII ZB 6 27/15 –, FamRZ 2019, 1993 Rz.36, 37.
[48] *BGH* v. 11.09.2019 – XII ZB 6 27/15 –, FamRZ 2019, 1993 Rn.37; BT-Drucks. 16/10144, S. 56.
[49] Nach *BGH* v. 11.09.2019 – XII ZB 6 27/15 –, FamRZ 2019, 1993 Rz.2.

abschließen… Die Ansprüche aus dieser Versicherung und/oder sonstigen Vermögenswerten stehen allein der Gesellschaft zu. Die Gesellschaft wird zur Sicherung der Ansprüche aus der Versorgungszusage die Rückdeckungsversicherung an die/den Versorgungsberechtigten verpfänden…"

Bei der Verpfändung von Ansprüchen aus einer Rückdeckungsversicherung des Arbeitgebers handelt es sich um eine **Verpfändung von Rechten** nach §§ 1273 ff BGB. Eine wirksame Verpfändung setzt neben der Vereinbarung, dass alle derzeitigen und künftigen Rechte und Ansprüche aus der auf das Leben des Mitarbeiters abgeschlossenen Rückdeckungsversicherung (konkrete Bezeichnung der Versicherungsvertrages) verpfändet werden, nach § 1280 BGB die **Anzeige an den Schuldner** voraus: *Die Verpfändung einer Forderung, zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt, ist nur wirksam, wenn der Gläubiger sie dem Schuldner anzeigt.* Die Auskunft im familiengerichtlichen Verfahren sollte auch die schriftliche Verpfändungsanzeige an den Rückdeckungsversicherer umfassen (dazu unten).

Tritt in der Insolvenzfall ein, darf der **Insolvenzverwalter** die Forderung des Arbeitgebers gegen den Versicherer grundsätzlich gemäß § 80 InsO einziehen, und zwar auch dann, wenn ein Sicherungsrecht in Form eines Pfandrechts zugunsten einer dritten Person besteht, z.B. zugunsten der ausgleichsberechtigten Ehefrau. Die Pfandreife der gesicherten Forderung ist noch nicht eingetreten, weil sie unter einer aufschiebenden Bedingung steht, nämlich dem Eintritt des Versorgungsfalls. Ist der Versorgungsfall noch nicht eingetreten, hinterlegt der Insolvenzverwalter den Rückkaufswert nach §§ 191 Abs. 1, 198 InsO, um die Versorgungsansprüche sicherzustellen.[50]

Im Fall des OLG Hamburg[51] hatte der Ehemann mit seinem früheren Arbeitgeber anlässlich seines Ausscheidens aus dem Betrieb die Verpfändung der Rechte aus einer vom Arbeitgeber abgeschlossenen Rückdeckungsversicherung mit der X-Lebensversicherung an ihn vereinbart. Der Arbeitgeber befand sich zwischenzeitlich in Insolvenz.

[50] *Borth* in seiner Anmerkung zu *BGH* vom 11.09.2019 – XII ZB 6 27/15 –, FamRZ 2019,1993, S. 2000; *Borth*, Versorgungsausgleich 8. Auflage Kap 2 Rz.376.
[51] *OLG Hamburg* v. 03.02.2022 - 7 UF 25/21 –, FamRZ 2022, 863=FamRB 2022, 218 (Adamus).

Nach Auffassung des OLG Hamburg steht eine Insolvenz des Arbeitgebers der internen Teilung nicht zwingend entgegen. Denn die Insolvenz des ehemaligen Arbeitgebers berührt nicht den Anspruch des Ehemanns aus dem Vertrag über die betriebliche Altersvorsorge. Zwar kann der Insolvenzverwalter oder auch der Versicherer grundsätzlich den Vertrag kündigen. Das ist allerdings nach § 1276 BGB bei einer Verpfändung nur mit Zustimmung des Pfandinhabers möglich. Damit war das Anrecht internen zu teilen, nachdem der Insolvenzverwalter[52] von seinem Recht nach § 14 Abs. 2 VersAusglG, wegen des unterhalb des Schwellenwerts liegenden Ausgleichswerts die externe Teilung verlangen zu können, keinen Gebrauch gemacht hatte. Das OLG hatte den Versicherer als Beteiligten zum Verfahren des Versorgungsausgleichs hinzugezogen.

D. Die Entscheidung des Familiengerichts

Da die ausgleichsberechtigte Person nach § 11 Abs. 1 S. 1 VersAusglG bei der internen Teilung einen Anspruch auf **gleichwertige Teilhabe** hat, ist ihr ein dem Ausgleichswert entsprechender Anteil an der Rückdeckungsversicherung und an dem Pfandrecht zuzuordnen. Das Gericht hat dies im Tenor auszusprechen.

Tenor in Bezug auf die **Rückdeckungsversicherung**:

Die für das Anrecht des Ehemanns/Antragstellers bei der X-GmbH/Arbeitgeber abgeschlossene Rückdeckungsversicherung bei der Y AG (Versicherungsnummer …; Versicherungsschein vom Datum) wird in Höhe des Ausgleichswerts dem übertragenen Anrecht der Antragsgegnerin zugeordnet.

Tenor in Bezug auf die **Verpfändung**:

Das dem Antragsteller/Ehemann durch Vereinbarung mit der… X – GmbH/Arbeitgeber eingeräumte Pfandrecht an den Ansprüchen aus der Rückdeckungsversicherung bei der Y-AG (Versicherungsnummer;

[52] Ist der Insolvenzfall zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Versorgungsausgleich bereits eingetreten, muss der Insolvenzverwalter nach § 219 Nr. 2 FamFG am Verfahren des Versorgungsausgleichs als gesetzlicher Vertreter des Betriebs beteiligt werden; *Borth*, Versorgungsausgleich 8. Auflage Kap 2 Rz.378.

Versicherungsschein Datum) wird in Höhe des Ausgleichswerts der Antragsgegnerin zur Absicherung Ihres Anrechts zugeordnet.

Die Deckungslücke in der Rückdeckungsversicherung

Nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VersAusglG darf zwar der Insolvenzschutz für das Anrecht des Ausgleichsberechtigten nicht hinter demjenigen des Ausgleichspflichtigen zurückbleiben, andererseits darf der Ausgleichsberechtigte auch nicht bessergestellt werden. Deckt **die Rückdeckungsversicherung das auszugleichende Anrecht nicht vollständig ab**, besteht somit eine Deckungslücke, sodass die ausgleichsberechtigte Person nicht in höherem Umfang an dem Deckungskapital partizipieren kann als es ihrem im Versorgungsausgleich zu übertragenden Anteil am Versorgungsanrecht entspricht. Dann ist das Deckungskapital dem Ausgleichswert lediglich anteilig in einem Verhältnis zuzuordnen, das dem Quotienten zwischen dem Ausgleichswert und dem gesamten Wert des Anrechts entspricht.[53]

Tenor bei **Deckungslücke:**

Die für das Anrecht des Ehemanns/Antragstellers bei der X-GmbH/Arbeitgeber abgeschlossene Rückdeckungsversicherung bei der Y AG (Versicherungsnummer …; Versicherungsschein vom Datum) wird in Höhe des Ausgleichswerts dem übertragenen Anrecht der Antragsgegnerin zugeordnet, jeweils aber nicht höher als 29,8 % des Deckungskapitals der Rückdeckungsversicherung.

Im Fall des *OLG Stuttgart* betrug der Wert des Anrechts zum Ehezeitende € 385.000,00, der Ausgleichswert belief sich auf Euro 115.000,00, sodass sich der prozentuale Anteil mit € 115.000,00/385.000,00 = 29,8 % errechnet. In gleicher Form ist beim Pfandrecht zu tenorieren.

Zinsen und Überschussanteile

Nach Auffassung des BGH sind Wertsteigerungen, nämlich Zinsen und Überschussanteile, dem Anrecht bereits ehezeitlich zugeordnet und

[53] *Borth*, Versorgungsausgleich 8. Auflage Kap 2 Rz.377; *OLG Stuttgart* vom 28.07.2017 – 15 UF 2 51/16 –, FamRZ 2017, 1923, 1927.

erhöhen deshalb das *Maß der Besicherung.* Dem zugunsten der ausgleichsberechtigten Person neu begründeten Anrecht ist das anteilige Deckungskapital der Rückdeckungsversicherung, bezogen auf das Ehezeitende, zuzüglich darauf entfallende Überschussanteile und Zinsen zuzuordnen und das dem Ehemann daran bestellte Pfandrecht zu übertragen.[54]

Auch dies ist im Tenor zum Ausdruck zu bringen:

Die für das Anrecht des Ehemanns/Antragstellers bei der X-GmbH/Arbeitgeber abgeschlossene Rückdeckungsversicherung bei der Y AG (Versicherungsnummer …; Versicherungsschein vom Datum) wird in Höhe des Ausgleichswerts dem übertragenen Anrecht der Antragsgegnerin zugeordnet, jeweils aber nicht höher als 29,8 % des Deckungskapitals der Rückdeckungsversicherung, zuzüglich der auf den Anteil des Deckungskapitals entfallenden Zinsen und Überschussanteile.

E. Die misslungene Verpfändungsvereinbarung

Wie ist mit der Konstellation umzugehen, wenn die Pensionszusage zwar die Verpflichtung enthält, eine entsprechende Rückdeckungsversicherung abzuschließen, es aber gar nicht zum Abschluss gekommen ist oder bei der Vereinbarung der Verpfändung Fehler aufgetreten sind?

Beispiel 5[55]***:*** *Der Ehemann ist alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der von ihm gegründeten X-GmbH. Diese erteilte ihm eine Pensionszusage in der Form der Leistung einer monatlichen Altersrente in Höhe von Euro 5000,00 mit Vollendung des 65. Lebensjahres. Die Pensionszusage enthält die Verpflichtung der GmbH, zur Absicherung der Risiken aus der Zusage und zur Anpassung der Versorgungsleistungen eine Rückdeckungsversicherung auf das Leben des Ehemannes abzuschließen. Die Versicherung wurde zwar abgeschlossen, bei der Verpfändungsvereinbarung wurde jedoch die Anzeige an den Versicherer (§ 1280 BGB) übersehen. Die Ehefrau ist im*

[54] *BGH* v. 23 3. 2022 – XII ZB 337/21 -, FamRZ 2022, 945 Rn.19; *BGH* v. 17.02.2016 – XII ZB 447/13 –, FamRZ 2016, 775 Rn.18 ff.;

[55] Angelehnt an *BGH* vom 11.09.2019 – XII ZB 6 27/15 –, FamRZ 2019, 1993.Rn.2

Scheidungsverfahren der Auffassung, dass ihr der vertragliche Anspruch auf Abschluss einer (anteiligen) Rückdeckungsversicherung gegen die X-GmbH abzutreten ist.

Zweifelsohne ist die **Rückdeckungsversicherung** zwischen der X-GmbH und dem Versicherer **wirksam abgeschlossen** worden. Das Deckungskapital der Rückdeckungsversicherung ist in entsprechender Höhe dem Ausgleichswert zuzuordnen, um damit zu bewirken, dass die Rückdeckung versicherungstechnisch auch den Ausgleichswert erfasst. Im Fall der Insolvenz der X-GmbH nützt diese Rückdeckungsversicherung der Ehefrau aber nichts. Der Insolvenzverwalter wird den Rückkaufswert der Rückdeckungsversicherung zur Masse ziehen, ohne dass die Ehefrau (oder der Ehemann) ein Sicherungsrecht hätte. Denn es fehlt an einer wirksamen Insolvenzsicherung: Bei der Verpfändung wurde die **Anzeige an den Versicherer** nach § 1280 BGB übersehen. Damit ist das Pfandrecht an der Versicherungsforderung nicht wirksam entstanden.

Die Frage stellt sich allerdings, ob nicht der Ehefrau ein Anspruch auf Abschluss der (anteiligen) Verpfändungsvereinbarung nach der Pensionszusage anteilig abzutreten ist. Dem Ehemann steht ein solcher Anspruch gegen die GmbH zu und nach dem Grundsatz der gleichwertigen Teilhabe muss auch der Ehefrau ein solcher Anspruch übertragen werden. Diese Rechtsfrage ist noch nicht entschieden, sie wird von *Borth* allerdings bejaht:

„Da diesem (dem Ehemann Anm. d. Verf.) nach der erteilten Zusage bereits ein Anspruch zusteht, muss bei der Durchführung der internen Teilung in der Beschlussformel eine entsprechende Anordnung getroffen werden, die den Ausgleichsberechtigten – mithilfe der durch den Versorgungsausgleich getroffenen richterlichen Gestaltungsentscheidung – in die Lage versetzt, ***gegenüber der GmbH den Anspruch auf die anteilige Verpfändung durchzusetzen.*** *Ohne diese Anordnung würde der Ausgleichsberechtigte nicht denselben Insolvenzschutz erlangen, der dem Ausgleichspflichtigen zusteht. In diesem Sinne ist auch der Hinweis des BGH zu verstehen (Rz. 39 a. E.), die entsprechende Absicherung im*

Wege eines schuldrechtlichen Anspruchs gegenüber der GmbH durchzusetzen.“[56]

F. Negative Einwirkungen auf die Versorgungslage

Vielfach sieht eine auf Rente gerichtete Pensionszusage zugunsten des Versorgungsberechtigten die Befugnis vor, die **Kapitalauszahlung** an Stelle der Rente **zu wählen**. Die Rechtsprechung hatte sich mit Fällen zu beschäftigen, in welchen während des anhängigen Scheidungsverfahrens dieses Kapitalwahlrecht ausgeübt worden ist.

Beispiel 6:[57] *Den Eheleuten standen Anrechte in der gesetzlichen Rentenversicherung zu. Ursprünglich ebenfalls auf Rentenzahlung gerichtet war ein weiteres, auf seiner Anstellung als Gesellschafter-Geschäftsführer der A.-GmbH beruhendes Anrecht, einer rückgedeckten Unterstützungskasse für Selbstständige, mit einem Kapitalwert von rund Euro 43.500,00 und einem Ausgleichswert von Euro 21.750. Während des anhängigen Scheidungsverfahrens übte der Ehemann für dieses Anrecht das ihm eingeräumte Kapitalwahlrecht aus. Den Zugewinnausgleich hatten die Ehegatten durch notariellen Ehevertrag ausgeschlossen. Das Anrecht des Ehemannes bei A-GmbH hat das Familienrecht nicht ausgeglichen, weil es nach der Ausübung des Kapitalwahlrechts nicht mehr in den Versorgungsausgleich falle. Zu Recht?*

Ständige Rechtsprechung des *BGH*: In den Wertausgleich bei Scheidung können nur solche **Anrechte** einbezogen werden, die im Zeitpunkt der letzten tatrichterlichen Entscheidung über den Versorgungsausgleich noch **vorhanden** sind.[58] Mit der Ausübung des Kapitalwahlrechts hat der Ehemann das Anrecht dem Versorgungsausgleich entzogen, denn zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Versorgungsausgleich besteht kein Anrecht mehr im Sinne von § 2 Abs. 2 VersAusglG. Demgemäß kann ein Wertausgleich bei Scheidung nicht mehr stattfinden.

[56] *Borth* in der Anmerkung zu *BGH* vom 11.09.2019 – XII ZB 6 27/15 –, FamRZ 2019,1993, S. 2001.
[57] Fall nach *BGH* vom 01.04.2015 – XII ZB 701/13 –, FamRZ 2015, 998 m. Anm. *Hoppenz*.
[58] *BGH* vom 01.04.2015 – XII ZB 701/13 –, FamRZ 2015, 998 Rz.24 m. Anm. *Hoppenz* m.w.N.

Der Ausgleich über den **Zugewinnausgleich kann ebenfalls nicht erfolgen**. Denn die Eheleute haben durch Ehevertrag den Ausgleich des Zugewinns ausgeschlossen. Im Ergebnis kann dieses Anrecht daher weder im Versorgungsausgleich noch im Zugewinn ausgeglichen werden. An dieser Beurteilung ändert sich auch nichts, wenn der ausgleichspflichtige Ehegatte auf die nach Ehezeit eingetretene negative Entwicklung seiner Versorgungslage selbst eingewirkt hat.[59]

Der BGH löst diese Fälle über § 27 VersAusglG. Er weist dieser Vorschrift die Funktion eines **Gerechtigkeitskorrektivs** zu. Sie ermöglicht eine Korrektur in Fällen,

> *„in denen die schematische Durchführung des Versorgungsausgleichs zur Prämierung einer groben Verletzung der aus der ehelichen Gemeinschaft folgenden Pflicht führen oder gegen die tragenden Prinzipien des Versorgungsausgleichs verstoßen würde.“*[60]

Zwar ist die Ausübung des Kapitalwahlrechts für sich genommen rechtens und führt ja in der Regel lediglich zu einem Wechsel in das Ausgleichssystem des Zugewinns.[61] Haben die Ehegatten jedoch den Zugewinn ehevertraglich ausgeschlossen, wird **das Anrecht** durch die Ausübung des Kapitalwahlrechts allerdings **ausgleichsfrei.** Auf einen kurzen Nenner gebracht: Nicht die Ausübung des Kapitalwahlrechts als solche ist pflichtwidrig, sondern das Festhalten am Ausgleich auch der Anrechte des anderen Ehepartners. Die Konsequenz ist, dass der Ausgleich der von dem anderen Ehegatten erworbenen Anrechte im selben Umfang unterbleibt, bzw. beschränkt wird.

- Die Einwirkungsmöglichkeiten[62] sind nicht auf die Ausübung des Kapitalwahlrechts[63] beschränkt. Entschieden worden ist der Fall der **Abfindung** des Versorgunganrechts nach dem Ende der Ehezeit, aber noch vor der Entscheidung über den Versorgungsausgleich[64]

[59] *BGH* vom 11.09.2019 – XII ZB 627/15 –, FamRZ 2019, 1993 Rz 24.
[60] BGH vom 01.04.2015 – XII ZB 701/16 –, FamRZ 2015, 998 Rz. 17
[61] *OLG Hamm* vom 28.08.2012 – II – 14 UF 149/12 –, FamRZ 2013,303 mit Anm. *Borth*; *Kemper* NZFam 2014, 343, 345.
[62] Generell zur Einflussnahme auf den Versorgungsausgleich *Kemper* NJW 2017, 1781.
[63] Weiter entschiedene Fälle: *BGH* vom 21.09.2016 – XII ZB 264/13 –, FamRZ 2017, 26= NJW 2016, 3722 m. Anm. *Götsche*; *BGH* vom 16.12.2015 – XII ZB 450/13 -, FamRZ 2016, 697.
[64] *BGH* vom 16.12.2015 – XII ZB 450/13 -, FamRZ 2016,697 Rz. 10.

und der Fall der **Beitragserstattung.**[65] Im schon erwähnten Fall des BGH vom 11.09.2019 kam der Ehemann=Gesellschafter-Geschäftsführer auf die glorreiche Idee, seine **Versorgungszusage** nach Zustellung des Scheidungsantrags **zu ändern**:

Beispiel 7: wie Beispiel 6: *Im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens hat der Ehemann mit der P-GmbH einen „Nachtrag" über die Änderung der Pensionszusage vereinbart. Dort heißt es im Vorspann, dass der Ehemann zum Stichtag 31.12.2011 unverfallbare Anwartschaften auf Versorgungsleistungen in Höhe von € 1420,00 erdient habe, im Übrigen:*

„Die Pensionszusage wird mit Wirkung zum Stichtag festgeschrieben auf den erdienten Teil der Pensionszusage unter Beibehaltung des Leistungsspektrums, als wären sie ohne Eintritt des Versorgungsfalls vorzeitig ausgeschieden."

Auch hier bestätigt der BGH seine ständige Rechtsprechung: Ein Anrecht kann nur ausgeglichen werden, wenn es zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Versorgungsausgleich noch vorhanden ist. Auch wenn der ausgleichspflichtige Ehegatte auf die nach dem Ehezeitende eingetretene negative Entwicklung seiner Versorgungslage **selbst eingewirkt** hat, ergibt sich keine andere Beurteilung:

> *„… schon im Hinblick auf die Rechtsstellung der beteiligten Versorgungsträger ist es grundsätzlich ausgeschlossen, ein im Entscheidungszeitpunkt nicht oder nicht mehr in voller Höhe bestehendes Versorgungsanrecht für Zwecke des Versorgungsausgleichs mit seinem bei Ehezeitende noch vorhandenen (höheren) Wert zu fingieren.*[66] *Die* ***Einwirkung eines Ehegatten auf seine Versorgungsanrechte*** *kann beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 27 VersAusglG nur in der Weise sanktioniert werden, dass* ***der andere Ehegatte von seinen eigenen Versorgungsanrechten nichts oder entsprechend weniger auszugleichen hat."***[67] (Hervorhebungen d. Verf.)

[65] *BGH* vom 19.10.1994 – XII ZB 158/93 –, FamRZ 1995, 31 f.; *BGH* vom 18.09.1991 – XII ZB 92/89-, FamRZ 1992,45 f.

[66] *BGH* vom 09.06.2013 – XII ZB 633/11 –, FamRZ 2013,1362 Rz. 10.

[67] *BGH* vom 11.09.2019 – XII ZB 627/15 –, FamRZ 2019,1993 Rz 24; *BGH* vom 21.09.2016 – XII ZB 264/13 –, FamRZ 2017,26 mit Anm. *Siede* Rz.21 ff.

Allerdings ging im Fall des BGH vom 11.09.2019 der Schuss nach hinten los: Die Festschreibung auf € 1420,00 hat die *Gesamtzeit* verkürzt und damit auch den *Quotienten*. Das OLG ging von 46 Monaten Ehezeit/ 344 Monaten Gesamtzeit aus, ergibt bei Euro 5000,00 Versorgungszusage einen Anteil von **668,60.** Durch die Verkürzung der Gesamtzeit zum 31.12.2011 (Gesamtzeit nach der Nachtragsvereinbarung: Dezember 2006 bis Dezember 2011) ergibt sich ein Quotient von **€** 46 Monaten/zu 61 Monaten x € 1420,00 =**€ 1070,82.**

G. Die Teilhabe an der Hinterbliebenenversorgung

Wird die Pensionszusage des Geschäftsführers im Wertausgleich bei Scheidung durch interne oder externe Teilung ausgeglichen (§ 9 VersAusglG), entsteht zugunsten der ausgleichsberechtigten Person mit der Rechtskraft der Entscheidung über den Versorgungsausgleich eine eigenständige Versorgung. Bei fehlender Ausgleichsreife gilt § 19 Abs. 4 VersAusglG: Danach bleiben **Ausgleichsansprüche nach der Scheidung** gemäß §§ 20-26 VersAusglG unberührt.

Muss das Familiengericht den schuldrechtlichen Ausgleich ausdrücklich im **Tenor** der Ausgangsentscheidung **vorbehalten**? Der Anspruch auf die Zahlung der schuldrechtlichen Ausgleichsrente ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz, §§ 20 ff. VersAusglG. Damit ist für den genannten Anspruch der Vorbehalt in der Entscheidung des Gerichts ohne konstitutive Relevanz. Ein solcher Vorbehalt hat lediglich **deklaratorische Bedeutung**. Umgekehrt: Enthält die Erstentscheidung zum Versorgungsausgleich keinen Vorbehalt der Ausgleichsansprüche nach Scheidung gemäß §§ 20 – 26 VersAusglG, hindert dies den Anspruch nicht. Der Vorbehalt in der Ausgangsentscheidung ist daher keine Voraussetzung dafür, dass der Anspruch auf schuldrechtliche Ausgleichsrente geltend gemacht werden kann.[68]

Die schuldrechtlichen Ausgleichsansprüche haben eine Schwäche – **sie erlöschen mit dem Tod** eines Ehegatten, § 31 Abs. 3 S. 1 VersAusglG. In solchen Fällen kann eine Versorgungslücke entstehen, welche die §§ 25, 26 VersAusglG teilweise schließen.

[68] *BGH* vom 16.09.2015 – XII ZB 166/13 –, FamRZ 2015, 2130 Rz.19; *BGH* vom 24.06.2015 – XII ZB 495/12 –, FamRZ 2015, 1688 Rz.21 mit Anm. *Borth*; *BGH* vom 03.09.2008 – XII ZB 203/06 –, FamRZ 2008,2263 Rz.11.

Dann stellt sich die Frage, ob der geschiedenen Ehefrau eine **Witwenrente** zusteht, in der Terminologie des Gesetzes: ob die Vorschriften über die Teilhabe an der Hinterbliebenenversorgung eingreifen. Das hängt von den folgenden Voraussetzungen ab:

- Einmal davon, dass das Anrecht, um welches es geht, nicht schon **im Wertausgleich bei Scheidung ausgeglichen wurde**. Der Ausgleich dieses Anrechts wird meistens in der Ausgangsentscheidung vorbehalten, was aber nicht zwingend ist;

- und weiter, dass eine **Hinterbliebenenversorgung besteht**. Mit anderen Worten: Das noch nicht ausgeglichene Anrecht muss eine Hinterbliebenenversorgung vorsehen zugunsten des überlebenden Ehegatten. Dafür sind die dem nicht ausgeglichenen Anrecht zugrunde liegenden Versorgungsordnungen oder Versorgungsverträge heranzuziehen.[69]

- Das betriebliche Anrecht muss zum Zeitpunkt des Todes des ausgleichspflichtigen Ehegatten **unverfallbar** gewesen sein;[70]

- dem ausgleichsberechtigten Ehegatten muss im Grundsatz ein **Anspruch auf Ausgleich nach der Scheidung** gemäß § 20 ff VersAusglG zustehen. Der Anspruch darf nicht bereits erloschen sein, z.B. durch Einbeziehung nach § 19 Abs. 3 VersAusglG (vgl. § 25 Abs. 2 Alt. 2 VersAusglG) oder durch Abfindung nach § 23 VersAusglG. Ob die Abfindung den Wert der Hinterbliebenen-versorgung berücksichtigt hat, spielt keine Rolle;[71]

- Ob der verstorbene Ehegatte vor seinem Tod bereits eine **laufende Versorgung** aus dem noch nicht ausgeglichenen Anrecht bezogen hat oder nicht, spielt keine Rolle. Auch bei Versterben der ausgleichspflichtigen Person vor dem Erreichen des Versorgungsfalles kann ein Anspruch des ausgleichsberechtigten Ehegatten nach § 25 Abs. 1 VersAusglG gegeben sein;

---

[69] *Götsche/Rehbein/Breuers* Versorgungsausgleichsrecht, 3. Aufl.§ 25 Rz.7.
[70] *Götsche/Rehbein/Breuers,* Versorgungsausgleichsrecht, 3. Auflage § 25 Rn.11.
[71] *Götsche/Rehbein/Breuers,* Versorgungsausgleichsrecht, 3. Auflage § 25 Rn.12.

- Der überlebende Ehegatte braucht den verstorbenen ausgleichspflichtigen Ehegatten vor dessen Tod nicht in Anspruch genommen zu haben,[72] d. h., es ist **nicht erforderlich**, dass der ausgleichsberechtigte Ehegatte gegen den Ausgleichspflichtigen **ein Verfahren** nach §§ 20 ff VersAusglG eingeleitet hat.

Sonderproblem: Die Wiederverheiratungsklausel

Versorgungsträger knüpfen den Anspruch auf Hinterbliebenenversorgung oft an zusätzliche Voraussetzungen (vergleiche unten Auszug aus einer Versorgungsordnung). In der Praxis häufig ist der Fall der Wiederverheiratungsklausel, wonach ein Anspruch auf **Hinterbliebenenrente** dann **erlischt**, wenn die ausgleichsberechtigte Person erneut heiratet. Solche Klauseln beruhen auf der Vorstellung, dass mit der Heirat zugunsten der ausgleichsberechtigten Person ein *„neuer Versorger“* die Bühne betritt.

Auszug aus *BGH* vom 13.04.2011 Rz.12 f.:[73]

„Wiederverheiratungsklauseln beruhen auf der Vorstellung, dass der hinterbliebene Ehegatte, der sich erneut verheiratet, in dem Zusammenleben mit dem neuen Ehegatten eine angemessene Versorgung findet und auf eine Versorgung nach seinem verstorbenen Ehegatten nicht länger angewiesen ist. Diese Vorstellung hat für die gesetzliche Rentenversicherung in § 107 SGB VI, der in der Versorgungsordnung der Antragsgegnerin nachgebildet ist, ihren Niederschlag gefunden. Die Überlegung rechtfertigt es, auch den Anspruch des geschiedenen Ehegatten auf verlängerten schuldrechtlichen Versorgungsausgleich auszuschließen (Senatsbeschluss vom 17.11.2004 – XII ZB 46/01 -, FamRZ 2005, 189, 190).

Ob und unter welchen Voraussetzungen eine Hinterbliebenenversorgung zugesagt wird und welchen Umfang diese hat, kann der Versorgungsträger frei bestimmen. Enthält eine Versorgungsordnung eine

[72] *Götsche/Rehbein/Breuers,* Versorgungsausgleichsrecht, 3. Auflage § 25 Rn.13.
[73] *BGH* v. 13.04.2011 – XII ZB 122/09 –, FamRZ 2011, 961.

Regelung, dass ein Anspruch auf Hinterbliebenenversorgung nicht (mehr) besteht, so entfällt mithin auch die Zahlungspflicht des Versorgungsträgers.“

Diese Grundsätze hat der *BGH* in der genannten Entscheidung unter Geltung des bis 31.08.2009 geltenden Versorgungsausgleichsrechts entwickelt, sie haben aber auch Gültigkeit unter den ab 01.09.2009 geltenden neuen Regelungen. In dieser Entscheidung hat der BGH auch folgendes klargestellt:

Leitsatz des BGH: *„Enthält eine Versorgungsordnung die Regelung, dass ein Anspruch auf Hinterbliebenenversorgung wegfällt, wenn der Witwer oder die Witwe wieder heiratet (sog. Wiederverheiratungsklausel), kann ein geschiedener, wiederverheirateter Ehegatte von dem Träger der Versorgung auch dann nicht die Zahlung einer Ausgleichsrente im Wege des verlängerten schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs verlangen, wenn die zweite Ehe nach dem Tod des früheren Ehemannes, aber vor Eintritt in das Rentenbezugsalter geschlossen wird (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 07.12.2005 – XII ZB 39/01 -, FamRZ 2006, 326).“*

Auszug aus einer Versorgungsordnung zum Ende des Anspruchs:

1. Der Anspruch auf die Witwen - bzw. Witwerrente oder Rente an den eingetragenen Lebenspartner endet mit:
a) dem Tod der Witwe/des Witwers bzw. des eingetragenen Lebenspartners oder
b) der Wiederheirat der Witwe/des Witwers oder der Begründung einer eingetragenen Lebenspartnerschaft.

2. Bei Wiederheirat der Witwe oder des Witwers bzw. bei Begründung einer eingetragenen Lebenspartnerschaft wird eine einmalige Abfindung in Höhe des 36fachen Betrages der zuletzt bezogenen monatlichen Witwen - bzw. Witwerrente oder Rente an den eingetragenen Lebenspartner, ohne Berücksichtigung der zusätzlichen Weihnachtszuwendung, gewährt. Die Zahlung erfolgt nach Abzug eventuell anfallender Steuern, Krankenversicherungsbeiträge und anderer gesetzlicher Abgaben.

3. Das Wiederaufleben eines erloschenen Anspruchs auf Witwen – bzw. Witwerrente oder Rente an den eingetragenen Lebenspartner ist ausgeschlossen.

4. Die Rente wird letztmalig für den vollen Monat gezahlt, in dem der Anspruch endet.

H. Welche Belege/Unterlagen werden benötigt?

Neben den bekannten Formularen V 30 und V 31 geht es zunächst um die ***Pensionszusage***. Sie erfolgt in aller Regel schriftlich und ist eine Vereinbarung zwischen dem Arbeitgeber und dem Geschäftsführer. Sie enthält alle wesentlichen Regelungen wie *Art und Umfang der Versorgungsleistungen* (Altersrente, Witwenrente, seltener Waisenrente), die *Fälligkeit der Versorgungsleistungen*, die *vorzeitige Beendigung des Dienstverhältnisses*, Regelungen zur *Unverfallbarkeit*, Regelungen zur *Anpassung von laufenden Leistungen*, Fälle des *Leistungsausschlusses* und oft auch die *Verpflichtung* des Arbeitgebers, eine *Rückdeckungsversicherung* abzuschließen und zugunsten des Geschäftsführers zu verpfänden. Bestandteil der Pensionszusage ist oft auch der **Gesellschafterbeschluss**, mit welchem die Versorgungszusage und die Verpfändung der Rückdeckungsversicherung seitens der Gesellschafterversammlung ausdrücklich genehmigt wird.

Die ***Police der Rückdeckungsversicherung***, die der Arbeitgeber vorlegen sollte. Sie enthält Angaben zum *Versicherungsnehmer* (= Arbeitgeber) und zur *versicherten Person* (meistens der Geschäftsführer), zu den *Vertragsdaten* (Versicherungsbeginn, gewählter Rentenbeginn, Beitragsdauer und Art des Vertrages), zur Art der *Beitragszahlung* (monatlich, jährlich, vierteljährlich) und zu den *Versicherungsleistungen* (Leistung bei Rentenbeginn, Leistung im Todesfall, Beitragsbefreiung bei Berufsunfähigkeit). Der Police lassen sich auch das *Bezugsrecht* entnehmen und weitere Einzelheiten der Vertragsgrundlagen.

Zur Sicherung des Insolvenzschutzes wird eine Rückdeckungsversicherung in aller Regel zugunsten des Geschäftsführers verpfändet. Der Arbeitgeber sollte die **Verpfändungsvereinbarung** mit dem

Geschäftsführer vorlegen. Meist verpflichtet sich die Gesellschaft/der Arbeitgeber in der Verpfändungsvereinbarung, die Verpfändung der Rückdeckungs-versicherung dem Versicherer unverzüglich unter Übersendung einer Ausfertigung der Verpfändungsvereinbarung schriftlich anzuzeigen.

Wichtig für die Wirksamkeit der Verpfändung ist die **Anzeige** an den Versicherer (§ 1280 BGB: *„Die Verpfändung einer Forderung, zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt, ist nur wirksam, wenn der Gläubiger sie dem Schuldner anzeigt“*). **Anzeigen muss der Verpfänder, nicht der Pfandgläubiger**, also der Arbeitgeber, nicht der Geschäftsführer! Die Anzeige kann den folgenden Wortlaut haben:

„Hiermit zeigen wir Ihnen unter Bezugnahme auf die beigefügte Verpfändungsvereinbarung an, dass wir die Ansprüche auf die Erlebensfall- Leistung aus der im Betreff genannten Versicherung an die versorgungsberechtigte Person, Herrn/Frau XXX, verpfändet haben. Weitere Pfandrechte an der Versicherung bestehen nicht“

Man sollte sich nicht mit der Anzeige allein begnügen, sondern sich auch die **Bestätigung des Versicherers** vorlegen lassen, dass die Anzeige bei ihm eingegangen ist. Die Bestätigung der Anzeige kann an den Geschäftsführer gerichtet sein; Beispiel:

„….die uns eingereichte Verpfändungsanzeige haben wir erhalten. Wir haben vorgemerkt, dass Ihnen an den Rechten und Ansprüchen aus diesem, im Betreff genannten Versicherungsvertrag ein Pfandrecht bestellt wurde. Der Umfang unserer Leistungen ergibt sich aus dem Versicherungsschein und eventuell späteren Nachträgen und sonstigen Mitteilungen zum Vertrag.“

Das Gericht sollte nicht nur prüfen, ob eine Verpfändung vereinbart wurde, sondern sich auch von deren **Wirksamkeit** überzeugen. Das ist kein reiner Formalismus; denn fehlt es an einer solchen Anzeige, ist ein Pfandrecht nicht entstanden – es besteht daher die Gefahr, dass das Anrecht der ausgleichsberechtigten Person nicht insolvenzgesichert ist.

Anhand der Pensionszusage kann überprüft werden, ob sich der Arbeitgeber dem Geschäftsführer gegenüber verpflichtet hat, eine Rückdeckungsversicherung abzuschließen. Ist dies der Fall und die Verpfändungsvereinbarung ist nicht geschlossen worden, wäre ein entsprechender Anspruch auf Abschluss einer Verpfändungs-vereinbarung im Wege eines richterlichen Gestaltungsbeschlusses auf die ausgleichsberechtigte Person abzutreten (vgl. oben).

Rolf Schlünder
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familien- und Arbeitsrecht
Beethovenstrasse 2
68165 Mannheim
Telefon: 0621/ 71 89 70 0
Email: schluender@fischer-anwaltssozietaet.de