

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 441

**Die fondsakzessorische Direktzusage
einer Betriebsrente**

Von

Nils Börner



Duncker & Humblot · Berlin

NILS BÖRNER

Die fondsakzessorische Direktzusage einer Betriebsrente

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 441

Die fondsakzessorische Direktzusage einer Betriebsrente

Von

Nils Börner



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Friedrich-Schiller-Universität Jena hat diese Arbeit
im Jahre 2014 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2015 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0720-7387
ISBN 978-3-428-14499-0 (Print)
ISBN 978-3-428-54499-8 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84499-9 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung in den Untersuchungsgegenstand	13
B. Entwicklung der betrieblichen Altersversorgung	17
C. Überblick über die betriebliche Altersversorgung	20
I. Definition betrieblicher Altersversorgung	20
II. Kriterien im Einzelnen	21
1. Einbindung in das Arbeitsverhältnis	21
2. Biologisches Ereignis	22
3. Versorgungszweck	22
III. Finanzierungsformen betrieblicher Altersversorgung	22
IV. Formen der Zusageerteilung	23
1. Gesetz	24
2. Einzelzusage	24
3. Gesamtzusage	24
4. Betriebsvereinbarung	25
5. Tarifvertrag	26
6. Entstehung nach allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen	26
a) Betriebliche Übung	26
b) Gleichbehandlungsgrundsatz	27
V. Durchführungswege	28
1. Interne Durchführung = Direktzusage	28
2. Mittelbare Durchführungswege	30
a) Pensionskasse	30
b) Direktversicherung	32
c) Unterstützungskasse	33
d) Pensionsfonds	34
VI. Insolvenzsicherung	35
1. Allgemeiner Insolvenzschutz nach dem BetrAVG	35
2. Insolvenzsicherungspflichtige Durchführungswege	36
VII. Zusagearten	36
1. Leistungszusagen	36
a) Festbetrags-/Festrentenzusage	37

b) Gehaltsabhängige Zusagen	37
aa) Endgehaltsplan	37
bb) Durchschnittsgehaltsplan	38
cc) Renteneckwertsystem	38
2. Beitragszusagen	39
a) Reine Beitragszusage	39
b) Beitragsorientierte Leistungszusagen	41
c) Beitragszusagen mit Mindestleistung	42
D. Einordnung der fondsakzessorischen Direktzusagen in die Zusagenarten des Gesetzes	44
I. Anwendungsbereich der Beitragszusagen mit Mindestleistung	44
1. Beschränkung auf versicherungsförmige Durchführungswege	45
2. Zwischenergebnis – Anwendungsbereich der BZML	48
3. Eigene Stellungnahme	49
4. Fondsakzessorische Direktzusagen = beitragsorientierte Leistungszusagen ..	52
5. Strukturelle Ähnlichkeiten der fondsakzessorischen Direktzusagen zu einer BZML im Durchführungswege Pensionsfonds und deren mögliche Folgen. ..	52
a) Abgrenzung der fondsakzessorischen Direktzusagen vom Pensionsfonds ..	53
b) Versicherungsrechtliche Aufsicht	54
II. Einordnung der fondsakzessorischen Direktzusagen	55
E. Probleme der fondsakzessorischen Direktzusagen in der rechtlichen Praxis	56
I. Rentenanpassungen nach § 16 BetrAVG	56
II. Umfang einer unverfallbaren Anwartschaft	56
1. Auslegung von § 2 Abs. 5a BetrAVG – „erreichte Anwartschaft“	57
a) Argumente für eine Beschränkung auf die bislang gewährten Beiträge ohne eine Beteiligung an etwaigen Überschüssen bis zum Versorgungsfall	58
aa) Teleologische Reduktion des § 2 Abs. 5a BetrAVG	58
bb) Systematische Auslegung	59
cc) Interesse des Arbeitgebers an Belohnung der Betriebstreue	59
b) Einwände	59
aa) Wertgleichheitsgebot	60
bb) Auslegung anhand der Gesetzessystematik	60
cc) Wille des Gesetzgebers – Ausschluss des Quotierungsprinzips durch § 2 Abs. 5a BetrAVG	61
dd) Konkrete Bestimmung der „erreichten Anwartschaft“	62
2. Eigene Stellungnahme zum Umfang der unverfallbaren Anwartschaft aus einer fondsakzessorischen Direktzusagen	62
III. Portabilität fondsakzessorischer Direktzusagen	65
1. Übertragung nach § 4 Abs. 2 Nr. 1 BetrAVG	66

2. Übertragung nach § 4 Abs. 2 Nr. 2 BetrAVG	66
3. Eigene Stellungnahme zur Portabilität fondsakzessorischer Direktzusagen	69
IV. Insolvenzsicherungspflicht für fondsgebundene Direktzusagen	70
1. Angemessenheit der Beitragshöhe	70
2. Umfang des Insolvenzschutzes bei fondsakzessorischen Direktzusagen ..	71
a) Literaturstimmen zum Umfang des Insolvenzschutzes bei einer Bei- tragszusage mit Mindestleistung	72
b) Literaturstimme(n) zum Umfang des Insolvenzschutzes bei einer bei- tragsorientierten Leistungszusage	73
3. Eigene Stellungnahme zum Umfang des gesetzlichen Insolvenzschutzes bei fondsakzessorischen Direktzusagen	74
4. Zusammenfassung	75
V. Treuhand – Contractual Trust Arrangements (CTA)	76
1. Einleitung/Allgemeines	76
2. Ausgestaltung eines CTA	77
3. Rechtliche Konstruktion eines CTA	77
a) Verpfändungsmodell	78
b) Doppeltreuhandmodell	79
4. Arbeitsrechtliche Fragestellungen im Hinblick auf die Einrichtung eines CTA	80
a) Individualrechtliche Folgen	80
b) Kollektivrechtliche Folgen/Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates ..	80
aa) Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG	80
bb) Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG	82
5. Aufsichtsrechtliche Fragestellungen	83
6. Bilanzrechtliche Vorgaben	84
a) International Financial Reporting Standards	85
b) US-GAAP	85
c) Handelsgesetzbuch	85
7. Insolvenzfestigkeit des CTA	86
a) Verpfändungsmodell	86
aa) Zugriffsrechte des Insolvenzverwalters	86
(1) Anfechtung gem. §§ 130, 131 und 132 InsO	87
(2) Anfechtung gem. § 133 InsO	87
(3) Anfechtung nach § 134 InsO	88
(4) Zugriffsrechte des PSVaG	88
bb) Insolvenzfestigkeit des Verpfändungsmodells	89
b) Doppeltreuhandmodell	90
aa) Zugriffsrechte des Insolvenzverwalters	92
bb) Zugriffsrechte des PSVaG	92

c) Folgen der Doppelsicherung für Beitragsgestaltung	95
aa) Heubeck Gutachten vom 24. Oktober 2011	95
bb) Thüsing Gutachten vom 21. September 2012	96
8. Zusammenfassung	96
F. Die fondsakzessorische Direktzusage im Versorgungsausgleich	98
I. Darstellung alte Rechtslage vor 2009	98
II. Darstellung der wesentlichen Änderungen	99
III. Bewertung eines Anrechts aus einer fondsakzessorischen Direktzusage	100
1. Ermittlung des Ehezeitanteils	101
a) Definition Ehezeit	101
b) Bewertung des Ehezeitanteils	102
aa) Unmittelbare Bewertung	102
bb) Zeiträtierliche Bewertung	103
cc) Berechnung des Ehezeitanteils einer (fondsakzessorischen) Direktzusage	104
2. Ermittlung des Ausgleichswerts	105
3. Halbteilung – 3 Varianten	105
a) Leistungshalbierung	105
b) Kapitalwerthalbierung	106
c) Kapitalwertteilung mit gleich hohen Leistungen	106
IV. Teilungsalternativen	107
1. Interne Teilung	107
a) Kosten der internen Teilung gem. § 13 VersAusglG	108
b) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den Kosten der internen Teilung	108
aa) BGH Beschluss vom 01.02.2012 – XII ZB 172/11	108
bb) BGH Beschluss vom 04.04.2012 – XII ZB 310/11	111
cc) BGH Beschluss vom 27.06.2012 – XII ZB 275/11	111
dd) BGH Beschluss vom 11.07.2012 – XII ZB 459/11	112
ee) Zusammenfassung zu den Kosten der internen Teilung	113
c) Interne Teilung in der Anwartschaftsphase	113
d) Interne Teilung in der Leistungsphase	114
2. Externe Teilung	114
a) Externe Teilung in der Anwartschaftsphase/Leistungsphase	116
b) Verzinsung des Ausgleichswerts bei externer Teilung	116
aa) Höhe der Verzinsung des Ausgleichswerts	117
bb) Verzinsung des Ausgleichswerts bei Vereinbarung der Ehegatten ..	118
cc) Zeitraum der Verzinsung des Ausgleichswerts	119
dd) Verzinsung des Ausgleichswerts bei externer Teilung fondsgebundener Anrechte	121

ee) Zusammenfassung/Eigene Stellungnahme zur Verzinsung des Ausgleichswerts bei externer Teilung	122
V. Berücksichtigung nahezeitlicher Wertschwankung bei der Bemessung des Ehezeitanteils bzw. des Ausgleichswerts	123
VI. Tenorierung der Entscheidung über den Versorgungsausgleich	126
VII. Eigene Stellungnahme zur Tenorierung der Entscheidung bei einer fondsak- zessorischen Direktzusage	129
VIII. Nachgelagerter Versorgungsausgleich, §§ 20 ff. VersAusglG	132
IX. Probleme der Praxis in Hinblick auf die Teilung von Risikoleistungen, der Beitragsgarantie und des „Kassenbestandes“	133
1. Teilung des „Kassenbestandes“	133
2. Teilung der Beitragsgarantie	133
3. Teilung abschmelzender Risikoleistungen/fehlende Ausgleichsreife	133
G. Fazit	137
H. Thesen	140
Literaturverzeichnis	143
Sachwortverzeichnis	151

Abkürzungsverzeichnis

AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AltEinkG	Alterseinkünftegesetz
AVmG	Altersvermögensgesetz
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BarwertVO	Barwertverordnung
bAV	betriebliche Altersversorgung
BBG	Beitragsbemessungsgrenze
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BetrVG	Gesetz zum Betriebsverfassungsrecht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BZML	Beitragszusage mit Mindestleistung
bzw.	beziehungsweise
CTA	Contractual Trust Arrangement
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
etc.	et cetera
f.	folgende
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
ff.	fortfolgende
ggf.	gegebenenfalls
grds.	grundsätzlich
GRV	gesetzliche Rentenversicherung
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
HZvNG	Hüttenknappschaftliches Zusatzversicherungs-Neuregelungs-Gesetz
i.H.v.	in Höhe von
i.R.d.	im Rahmen des
i.S.v.	im Sinne von
KWG	Kreditwesengesetz
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
PSVaG	Pensions-Sicherungs-Verein auf Gegenseitigkeit
RRG	Rentenreformgesetz
Rspr.	Rechtsprechung
s.a.	siehe auch bzw. so auch
u. a.	unter anderem
usw.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
UVA	unverfallbare Anwartschaft

VAHRG	Versorgungsausgleichs-Härteregelungsgesetz
VersAusglG	Versorgungsausgleichsgesetz
VVaG	Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit
z. B.	zum Beispiel

A. Einführung in den Untersuchungsgegenstand

Die fondsakzessorische Direktzusage ist eine relativ neue Form der betrieblichen Altersversorgung (bAV).

Die bAV wiederum ist eine Form der Vorsorge, die auch Arbeitnehmern mit geringem Einkommen zu Gute kommt und zur Vermeidung von Altersarmut beitragen kann. Derartige „social benefits“ (= freiwillige Sozialleistungen des Arbeitgebers) gewinnen auch im Hinblick auf die Anwerbung sogenannter „High Potentials“, also besonders gut qualifizierter Fach- und Führungskräfte, an Bedeutung (Arbeitgeber-Soft-Skill). Arbeitnehmer achten bei der Wahl des Arbeitgebers zunehmend auf derartige Zusatzleistungen des Arbeitgebers. Der sich abzeichnende Fachkräftemangel wird den Druck der Arbeitgeber hinsichtlich der Steigerung der Attraktivität des eigenen Profils voraussichtlich noch verstärken.

Die volkswirtschaftliche Bedeutung der bAV lässt sich anhand der geschätzten Deckungsmittel messen. Diese angesammelten Mittel beliefen sich 2010 auf insgesamt ca. 482,9 Mrd. €.¹

Wurde betriebliche Altersversorgung in der Vergangenheit noch als Resultat des Fürsorgegedankens des Arbeitgebers verstanden und dementsprechend mitsamt aller Risiken von diesem getragen bzw. finanziert, so verschiebt sich das Verständnis der bAV zunehmend hin zu einem Total Compensation Ansatz.² Die betriebliche Altersversorgung wird also zunehmend als ein Teil der Gesamtvergütung gesehen.³

Mit dieser Entwicklung gehen oftmals Risikoverlagerungen zu Lasten der Arbeitnehmer einher.

Ein Beispiel solcher Verlagerungen der Risiken ist die zunehmende Verbreitung⁴ kapitalmarktgebundener Zusagen. Diese Form der Zusage entspricht dem Bestreben Risiken auszulagern in besonderem Maße.

Kapitalmarktorientierte⁵ oder fondsakzessorische Direktzusagen sind als Unterfall beitragsorientierter Direktzusagen mit variablen Überschussmodellen anzusehen.

¹ Schwind, BetrAV 2012, 363.

² s.a. Karst/Paulweber, BB 2005, 1498

³ BGH 07.01.1971 – II ZR 23/70, BGHZ 55, 274, 278 = NJW 1971, 1127; Blomeyer/Rolfs/Otto – Rolfs, BetrAVG, Einl. Rn. 41 m.w.N.

⁴ Vgl. z.B. Daimler Pensions Plan der Daimler AG; ähnlich Versorgungsmodelle von Bosch, BMW und MAN.

⁵ Vgl. ausführlich Bode/Grabner, Pensionsfonds, S. 159 ff.

hen.⁶ Charakteristisch für derartige Zusagen ist, dass Zinsen gar nicht oder nur teilweise garantiert werden⁷ und die individuelle Entwicklung der Beiträge bzw. die Entwicklung des aus den Beiträgen resultierenden Versorgungsguthabens von Referenzfaktoren abhängig ist. Den Gestaltungen ist gemein, dass der Arbeitgeber regelmäßig keine Festverzinsung garantiert, aber eine Wertentwicklung nach bestimmten Prämissen zusagt, die dem Mitarbeiter spätestens im Versorgungsfall gutgeschrieben werden.⁸ Derartige Modelle verfolgen die Zielsetzung, Kapitalmarktrisiken und -chancen für die Wertentwicklung der Beiträge auf die Mitarbeiter zu verlagern. Die Partizipation der Mitarbeiter wird dabei durch unterschiedliche Modellgestaltungen realisiert.

Beispielhaft werden in der Literatur⁹ folgende „Zinsmodelle“ angeführt:

- Die Verzinsung des Versorgungsguthabens orientiert sich an den Tarifen der Lebensversicherungswirtschaft; Beispiel: Garantiezins zuzüglich nicht garantierter Überschüsse.
- Die Verzinsung des Versorgungsguthabens orientiert sich an Kapitalmarktzinssätzen, z. B. Staatsanleihen mit einer Laufzeit, die jeweils dem verbleibenden Zeitraum bis zum Erreichen der individuellen Regelaltersgrenze entsprechen.
- Die Verzinsung wird jährlich vom Unternehmen, entweder nach freiem Ermessen oder in Abhängigkeit von der Unternehmens- oder Kapitalmarktrendite, neu festgelegt.
- Fondsakzessorische Zusagen, bei denen die Höhe der Verzinsung von der Entwicklung eines oder mehrerer bestimmter Kapitalmarktindizes bzw. Kapitalmarktfonds abhängig gemacht wird. Derartige Zusagen werden entweder mit einer Beitragsgarantie und/oder der Zusage eines Garantiezinses verknüpft.

Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit soll diese letztgenannte Zusage sein. Als kapitalmarktabhängige bzw. fondsakzessorische Direktzusage wird daher im Nachfolgenden eine Direktzusage unterstellt, bei denen die arbeitgeberseitig gewährten Versorgungsbeiträge der Höhe nach garantiert werden (Beitragsgarantie), die weitere Wertentwicklung jedoch von der Entwicklung bestimmter Kapitalmarktprodukte wie Aktienfonds oder Staatsanleihen abhängig ist. Mit dieser Form der Direktzusage wird dem Mitarbeiter garantiert, im Versorgungsfall Leistungen beanspruchen zu können, die sich aus der Summe der bis dahin bereitgestellten Beiträge ergeben. Zusätzlich besteht die Aussicht, dass sich dieses Versorgungsguthaben in Abhängigkeit von der Performance des Referenzindexes positiv entwickelt hat und der Mitarbeiter zusätzlich diese Rendite beanspruchen kann. Das Risiko hinsichtlich der Entwicklung liegt bis dahin jedoch beim Mitarbeiter. Die

⁶ Vgl. Darstellung von Karst/Paulweber in BB 2005, 1498.

⁷ Karst/Paulweber, BB 2005, 1498.

⁸ Karst/Paulweber, BB 2005, 1498 – Zusagen mit variablen Überschussanteilen.

⁹ Karst/Paulweber, BB 2005, 1498.

Festschreibung einer etwaigen Performance erfolgt erst im Versorgungsfall. Der Versorgungsschuldner garantiert lediglich, dass die Summe der gewährten Beiträge keinesfalls unterschritten wird.

Zur Risikoreduzierung für den Arbeitnehmer kann ein solches Modell mit einem sogenannten Lebenszyklus (Life-Cycle) verbunden werden.¹⁰ Dabei erfolgt die Investition der zur Verfügung stehenden Beiträge in Abhängigkeit zum Alter des jeweiligen Mitarbeiters. In jüngeren Jahren erfolgt die Investition folglich risikoreicher als im rentennahen Alter. Rentennah wird beispielsweise in vermeintlich sichere Werte wie Staatsanleihen investiert, wohingegen in jungen Jahren Aktien den maßgeblichen Teil der Investition ausmachen dürften. Durch ein regelmäßiges durchzuführendes „Rebalancing“ erfolgt eine entsprechende Umschichtung der investierten Beiträge und eine altersgerechte Reinvestition (Asset Allocation).

In der Literatur finden sich unterschiedliche Beschreibungen bzw. Definitionen solcher Zusagen. Rengier¹¹ beispielsweise beschreibt die fondsgebundene Direktzusage als Deckungsmittel, die der Arbeitgeber in einem zweckgebundenen Sondervermögen ansammelt. Es handele sich daher um einen „betriebsinternen Pensionsfonds“, bei dem die Deckungsmittel grds. frei angelegt werden könnten, weil die Anlage keinen aufsichtsrechtlichen Restriktionen unterliege. Lediglich das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG sei zu beachten.

Ähnlich wie Rengier beschreibt auch Bode¹² die fondsgebundene Direktzusage einer Betriebsrente als „innenfinanzierten Pensionsfonds“. Bei diesem werde der Versorgungsaufwand festgelegt, der jährliche Investitionsaufwand jedoch nicht – wie bei Direktzusagen üblich – im Betriebsvermögen belassen, sondern in ein für die betriebliche Altersversorgung separiertes Zweckvermögen (plan assets) eingebracht und extern am Kapitalmarkt angelegt. Die Anlage erfolge durch den Arbeitgeber selbst oder durch eine vom Arbeitgeber beauftragte Kapitalanlagegesellschaft nach vorgegebenen Anlagerichtlinien einer vorher definierten Anlagestrategie. Bei Eintritt des Versorgungsfalls würden sodann die erforderlichen Mittel dem Vermögen entnommen. Die individuelle Vermögensentwicklung ergäbe sich aus dem Saldo von vertraglich bestimmten Versorgungsbeiträgen, Entnahmen zur Erfüllung der arbeitgeberseitigen Verpflichtungen und den Vermögenserträgen bzw. Wertzuwachsen (Performance). Jährlich erfolge zudem ein Abgleich von Aktiva und Passiva und ggf. ein dem Abgleich entsprechende, aber nicht garantierte Überschussverteilung.

Eine Rückstellungsbildung nach § 6a EStG erfolge nur insoweit ein Rechtsanspruch auf die Versorgungsleistungen bestehe. Daher würden keine Rückstellungen für die ungewisse Performance gebildet, da diese nach dem steuerrechtlichen Stichtagsprinzip nicht bilanzierbar seien.

¹⁰ Zum Life-Cycle vgl.: Kräber/Henze/Lux, BetrAV 2011, 267, 268.

¹¹ Münchner Anwalts Handbuch Arbeitsrecht, Rengier, § 36, Rn. 117.

¹² Bode, BetrAV 2001, 17, 20 f.