

Berlin, 19. August 2019

STELLUNGNAHME

Deutscher Juristinnenbund e.V.

Vereinigung der Juristinnen,
Volkswirtinnen und Betriebswirtinnen

Geschäftsstelle / Office:

Anklamer Straße 38 • D-10115 Berlin
fon: +49 30 4432700 • fax: +49 30 44327022
geschaefsstelle@djb.de • <https://www.djb.de>

im BVerfG-Verfahren 1 BvL 5/18 zur verfassungsrechtlichen Prüfung von § 17 VersAusglG – Aussetzungs- und Vorlagebeschluss des Oberlandesgerichts Hamm vom 9. Oktober 2018 (II-10 UF 178/17)

Der Deutsche Juristinnenbund e.V. (djB) bedankt sich für die Möglichkeit zur Stellungnahme und hält § 17 Versorgungsausgleichsgesetz (VersAusglG) – im Ergebnis – für verfassungswidrig. Ausschlaggebend dafür sind – neben den zutreffenden Argumenten des OLG Hamm – zwei Aspekte: Zum einen führt § 17 VersAusglG zu einer mittelbaren Diskriminierung von Frauen, weil die negativen Effekte der externen Teilung ganz überwiegend Frauen treffen. Zum anderen treten bei der externen Teilung von Betriebsrenten die überwunden geglaubten Nachteile der – mehrfach vom Bundesverfassungsgericht (BVerfG) als verfassungswidrig eingestuften – Barwertverordnungen wieder auf und führen erneut zu einer verfassungswidrigen Verfehlung des Halbteilungsgrundsatzes.

A. Gegenstand der Vorlage

Der Vorlagebeschluss betrifft einen Fall externer Teilung von Rentenanrechten im Versorgungsausgleich. In dem Verfahren soll eine Betriebsrente des Ehemannes mit einem ehezeitlichen Kapitalwert von 15.045,70 Euro geteilt werden. Der Ausgleichswert beläuft sich auf 7.522,85 Euro. Nach § 17 VersAusglG kann der Versorgungsträger die externe Teilung wählen, weil der für 2017 geltende Wert von 7.140 (§ 14 Abs. 2 Nr. 2 VersAusglG) überschritten ist.

Das OLG Hamm hält in seinem Vorlagebeschluss nicht die Art und Weise der Bewertung nach Maßgabe des § 45 VersAusglG iVm § 253 Abs. 2 HGB für verfassungswidrig (dazu unten ausführlich), sondern die Festlegung der Grenzwerte für die externe Teilung in § 17 VersAusglG selbst.

Das OLG Hamm sieht in der massiven Erweiterung der Grenzwerte (derzeit bis 80.400 Euro) einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art 3 Abs. 2 GG und den allgemeinen Gleichheitssatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG.

B. Rechtliche Grundlagen

Die während der Ehezeit erworbenen Betriebsrentenrechte werden im Rahmen des Versorgungsausgleichs in der Regel hälftig zwischen den Eheleuten geteilt (§§ 1, 3 VersAusglG). Bei einer internen Teilung gemäß § 10 VersAusglG werden die Anrechte auf einem Konto des originären Versorgungsträgers weitergeführt. Die externe Teilung der während der Ehe erworbenen Anrechte führt dazu, dass der ausgleichsberechtigte Ehegatte aus dem

Versorgungssystem des originären Rententrägers herausfällt. Die Anrechte werden bei einem fremden Versorgungsträger fortgeführt. Für diese Übertragung ist der Ausgleichswert des zu teilenden Versorgungsanrechts in einen Kapitalbetrag umzurechnen.

Eine externe Teilung ist ohne das Einverständnis der Eheleute grundsätzlich nur auf Verlangen des Versorgungsträgers in den Grenzen von § 14 Abs. 2 Nr. 2 VersAusglG möglich. § 17 VersAusglG legt für Versorgungsträger, die Betriebsrenten im Wege einer Direktzusage oder einer Unterstützungskasse anbieten, abweichend von diesem gesetzlichen Regelfall sehr viel höhere Grenzwerte fest.

Im Anwendungsbereich der Norm hat sich jedoch herausgestellt, dass bei der Berechnung ein zu geringer Kapitalbetrag ermittelt wird. Dieser reicht nach dem aktuellen Zinsniveau nicht aus, um der ausgleichsberechtigten Person die ihr nach dem Halbteilungsgrundsatz zustehende Rente später auch auszahlen zu können.

Die Berechnung des Kapitalbetrages richtet sich nach § 45 VersAusglG. Dabei arbeiten die Versorgungsträger mit dem Barwert der künftigen Versorgungsleistung im Zeitpunkt der Übertragung nach den §§ 4 Abs. 5, 2 Betriebsrentengesetz i.V.m. den jeweiligen Rechnungsgrundlagen sowie den anerkannten Regeln der Versicherungsmathematik.

In diesem Zusammenhang kommt dem Zinssatz nach § 253 Abs. 2 HGB, der nach dem Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) für die notwendigen Rückstellungen in den Bilanzen maßgeblich ist, besondere Bedeutung zu. Die Festlegung dieses Zinses erfolgt seit 2009 durch die Bundesbank und bildet dabei seit 2016 die innerhalb der vergangenen zehn Jahre durchschnittlich am Markt erzielbaren Zinsen ab. Seit 2009 hat sich – infolge der Bankenkrise – ein deutlicher Verfall dieses Zinses ergeben. Das für neue Anlagen geltende niedrige Zinsniveau entspricht bis zum Jahr 2017 daher keineswegs dem Durchschnittszins der vergangenen zehn Jahre. Dieser war bedeutend höher, weil die Jahre vor 2009 eingerechnet wurden. Der Unterschied zwischen dem am Markt für Neuanlagen erreichbaren Zins und dem BilMoG-Zins war direkt nach der Bankenkrise (voraussichtlich) am höchsten. Der Unterschied wird zwar aktuell geringer, ist aber bis heute spürbar. Gerade bei der Rückabzinsung, mit der der Wert der zukünftigen Rente berechnet wird, ergeben sich keine realistischen Werte mehr.

Diese Effekte der Bewertung nach § 45 VersAusglG verfehlen nach einer breiten Meinung in der Literatur den im Versorgungsausgleich geltenden Halbteilungsgrundsatz.¹ Besonders bei den hohen Werten, bis zu denen (ausschließlich) die Träger betrieblicher Altersversorgung die externe Teilung wählen dürfen, verlieren die Ausgleichsberechtigten unerträglich viel Rente. Dieser Verlust würde sich bei interner Teilung des Anrechts nicht ereignen.

Denn die hier ermittelten Werte sind bei der internen Teilung für die Höhe der auszahlenden Rente bereits nicht maßgeblich, sie dienen nur bei der externen Teilung zur Ermittlung des an einen anderen Versorgungsträger zu zahlenden Betrages.

¹ Jaeger, FamRZ 2010, 1714ff.; Jörn Hauß, FamRZ 2011, 88; Franz Ruland, Transferverluste – nicht nur ein „Kollateralschaden“ der externen Teilung, FamRZ 2016, 867-869 (868); Helmut Borth, Versorgungsausgleich, 8. Aufl. 2017, S. 355; Hartmut Wick, Der Versorgungsausgleich, 4. Aufl. 2017, S. 188f, Rn. 305b; Ludwig Bergner, Die Verfassungswidrigkeit der externen Teilung, NZFam 2015, S. 147-152 (S. 149); Klaus Weil, Reformbedarf bei § 17 VersAusglG, FPR 2013, 254 – 257 (S. 256).

Beispiel

Mittels der Rückabzinsung wird der notwendigen Kapitalbetrag für die Begründung der dem ausgleichsberechtigten Ehegatten zustehenden Rente errechnet. Da dieses Kapital erst in der Zukunft vorhanden sein muss, kann ein geringerer Betrag heute angelegt werden. Zusammen mit den Zinsen soll dann das eigentlich benötigte Kapital in der Zukunft zur Verfügung stehen.

Ist der für die Rückabzinsung angenommene Zins gegenüber dem echten Marktzins zu hoch, steht der für diese Rente benötigte Kapitalbetrag am Ende der Zeit jedoch nicht zur Verfügung. Der ausgleichsberechtigte Ehegatte erhält mithin zu wenig Rente.

Das zeigt sich bereits, wenn man ein benötigtes Kapital für eine Rente mit unterschiedlichen Zinssätzen berechnet. Im folgenden stark vereinfachten Beispiel² wird ermittelt, wieviel Kapital für zwei gleich alte Eheleute benötigt wird, die ab dem Jahr 2039 eine Rente erhalten sollen. Das Beispiel orientiert sich an dem aktuell für die externe Teilung geltenden Höchstwert von 80.400 Euro, der für einen Mann zur Verfügung stehen soll.³ Geht man von 5 Prozent Zinsen auf angelegtes Kapital aus, ergibt sich hieraus eine Rente von 403,00 Euro für die Frau. Bei einem Anlagezinssatz von 2 Prozent müsste für die gleich hohe Rente ein Kapital in Höhe von 124.539,68 Euro für die Frau angelegt werden:

Aktuelle Sterbetafel 2013/2015 (Statistisches Bundesamt 2016)

Alter des Mannes	47
Alter der Frau	47
Rechnungszins	5
Monatsrente	403,37 Euro

Barwert:

Mann:	75.622,19 Euro
Frau:	80.399,71 Euro

Aktuelle Sterbetafel 2013/2015 (Statistisches Bundesamt 2016)

Alter des Mannes	47
Alter der Frau	47
Rechnungszins	2
Monatsrente	403,37 Euro

Barwert:

Mann:	113.353,42 Euro
Frau:	124.539,68 Euro

Ergibt sich der im Wege der externen Teilung an eine Zielversorgung zu zahlende Ausgleichswert nur in Höhe von 80.400,00 Euro, weil der Versorgungsträger den Barwert mit einem

² Berechnet mit dem Programm Winfam.

³ Der Grenzwert bei Kapitalbeträgen ist gesetzlich festgeschrieben auf die Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung gem. §§ 159, 160 SGB VI, und beträgt derzeit 80.400,00 Euro (2019). Damit erweitert § 17 VersAusglG den im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 2 VersAusglG grundlegend für die externe Teilung akzeptierten Grenzwert für Kapitalbeträge von derzeit (2019) 7.476,00 Euro (West) und 6.988,00 Euro (Ost) um mehr als das 10-fache.

unrealistisch hohen, am Gesetz orientierten BilMoG-Zinssatz abzinst, fehlen der Frau also zum Aufbau des an sich ihr zustehenden Rentenwertes rund 34.000,00 Euro. Sie wird – wenn lediglich ein Zinssatz von 2 Prozent als Anlagezins erreicht wird – lediglich eine Rente in Höhe von rund 260,00 Euro erhalten:

Alter des Mannes	47
Alter der Frau	47
Rechnungszins	2
Monatsrente	260,50 Euro
<i>Barwert:</i>	
Mann:	73.204,67 Euro
Frau:	80.428,85 Euro

C. Verfassungsrechtliche Prüfung

I. Begründetheit

Zwar ist der der Entscheidung des OLG Hamm zugrundeliegende Wert – relativ betrachtet – nur unwesentlich höher als der Grenzwert des § 14 Abs. 2 Nr. 2 VersAusglG und damit die ausgleichsberechtigte Person konkret weniger gefährdet durch eine Herabrechnung des Ausgleichswerts einen (zu) hohen Verlust der ihr zustehenden Ausgleichsrente zu erleiden. Aber auch dann, wenn wie vorliegend ein geringerer Verlust zu befürchten steht als in den Fällen, in denen bei externer Teilung bis zu 80.400,00 Euro zu einem Rentenaufbau verwendet werden können, bleibt es bei der nach Art. 100 GG erforderlichen Erheblichkeit für die zu treffende Entscheidung.⁴

Denn entweder gilt § 17 VersAusglG und die Betriebsrente wird extern geteilt, oder es gelten die niedrigeren Werte nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 VersAusglG und das konkrete Anrecht mit einem Ausgleichswert von 7.522,85 Euro kommt intern zur Teilung.

Die Verfehlung des Halbteilungsgrundsatzes wird noch dadurch verstärkt, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes die Vorschrift (§ 17 VersAusglG) auf alle Anrechte bei einem betrieblichen Versorgungsträger angewendet werden muss, da jedes einzeln und gesondert zu beurteilen ist.⁵ Zahlreiche Versorgungsträger geben mehrere eigenständige Versorgungszusagen. Beispielsweise haben die Betriebsangehörigen von VW Anrechte aus der Grundrente und den Beteiligungsrenten I und II; die Pensionskasse der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von Hoechst sagt ebenfalls mehrere eigenständige Renten zu. Der von § 17 VersAusglG intendierte Grenzwert für einen externen Ausgleichswert in Höhe von aktuell 80.400,00 Euro kann daher vervielfacht sein.

Die beschriebenen unterschiedlichen Werte resultieren zum Teil – wie nicht verkannt werden darf – auch auf den verschiedenen biometrischen (im Sinne von Lebenserwartung) Ausgangsdaten der Eheleute. Hauptsächlich besteht der Unterschied jedoch in dem (geglätteten)

⁴ Morgenthaler, in: BeckOK Grundgesetz, Epping/Hillgruber, 41. Edition, Stand: 15.02.2019, Rn. 16-18 zu § 100 GG.

⁵ BGH, Beschluss vom 1.2.2012 – XII ZB 172/11 –, juris, Rn. 12 ff.

BilMoG-Zins einerseits und einem (nicht geglätteten) Marktzins bei Neuanlage des bei externer Teilung transferierten Kapitals andererseits.

1) Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 iVm Art. 3 Abs. 2 GG

Der Versorgungsausgleich dient dazu, vor allem dem geschiedenen Ehegatten eine eigenständige Alters- und Invaliditätsversorgung zu verschaffen.⁶ Das BVerfG hat die Gleichwertigkeit der unterschiedlichen Leistungen der Ehegatten in einer Ehe immer wieder betont und zwar ungeachtet des Umstands, dass die in der Ehe von beiden Partnern geschuldeten Leistungen nicht in einem Gegenseitigkeitsverhältnis stehen, sondern vielmehr unabhängig nebeneinander bestehen.⁷ Der Versorgungsausgleich soll demgemäß der „Abwicklung des durch die Ehe begründeten Privatrechtsverhältnisses⁸ dienen, er betrifft also das Verhältnis grundsätzlich Gleicher und Gleichberechtigter⁹ untereinander, die allerdings in einem besonderen, auch nachwirkenden Pflichtenverhältnis zueinander stehen. Daher ist – so auch schon das BVerfG¹⁰ – ein anderer als der Halbteilungsgrundsatz zur Verwirklichung gleichberechtigter Teilhabe an dem während der Ehe durch gleichwertige Leistung Erzielten nicht geeignet.

Die durch die Anwendung des externen Versorgungsausgleichs entstehenden Nachteile verletzen den Halbteilungsgrundsatz zulasten der ausgleichsberechtigten Person. Da es sich bei der ausgleichsberechtigten Person in geradezu überwältigender Mehrzahl um Frauen handelt, verstößt § 17 VersAusglG gegen das in Art. 3 Abs. 3 und 2 GG verankerte Verbot mittelbarer Diskriminierung, denn Frauen verlieren im Ergebnis ihr Recht auf gleiche Teilhabe an den während einer Ehe erwirtschafteten Werten.

a) Grundsätzlich keine Verfassungswidrigkeit wegen unmittelbarer Diskriminierung

Eine unmittelbare Diskriminierung oder Ungleichbehandlung liegt nicht vor, denn § 17 VersAusglG gilt für Frauen und Männer gleichermaßen.

Die Grenzwerte des § 17 VersAusglG kommen immer dann zur Anwendung, wenn im Versorgungsausgleich auf der Seite eines Ehegatten – unabhängig vom Geschlecht – eine Betriebsrente, die aus einer Direktzusage oder einer Unterstützungskasse auszugleichen ist, geteilt werden soll.

Weil der Versorgungsträger das Kapital, das benötigt wird, um bei Renteneintritt der ausgleichsberechtigten Person die nach dem Halbteilungsgrundsatz erwartete Rente auszusahlen, unter Rückrechnung mit dem (hohen) BilMoG-Zins ermittelt, wird verhältnismäßig wenig Kapital an den Zielversorgungsträger gegeben.¹¹ Verzinst dieser das zum Ausgleich an ihn gezahlte Kapital nun mit einem deutlich geringeren Zinssatz als dem Diskontierungszinssatz nach

⁶ BVerfGE 53, 257 ff. und Stellungnahme des DJB v. 04.01.2001 zum Verfahren 1 BvR 1257/97.

⁷ Stellungnahme des djb vom 4.1.2001 zum Verfahren 1 BvR 1257/97.

⁸ BVerfGE 53, 257ff, <295>.

⁹ BVerfGE 3, 225, <242>.

¹⁰ BVerfGE 87, <348ff.>.

¹¹ Der Versorgungsträger, der sich zu der in § 45 Abs. 1 S. 1 VersAusglG eröffneten Option entschließt, den Kapitalwert des Anrechts mitzuteilen, ist von der Verpflichtung befreit, den korrespondierenden Kapitalwert mitzuteilen, § 47 Abs. 1 VersAusglG.

§ 253 HGB, findet der Wertaufbau – unabhängig vom Geschlecht – nicht in dem prognostizierten Ausmaß statt.

b) Mittelbare Diskriminierung von Frauen

§ 17 VersAusglG in der geltenden Fassung führt nach Auffassung des djb aber zu einer verfassungswidrigen mittelbaren Diskriminierung zulasten von Frauen, weil ausgleichsberechtigt im Versorgungsausgleich vor allem – mit einer überwältigenden Mehrheit von ca. 90 Prozent – Frauen sind.¹² Nach inzwischen ständiger Rechtsprechung des BVerfG darf nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG niemand wegen seines Geschlechts benachteiligt oder bevorzugt werden. Das Geschlecht darf auch aufgrund des Gleichberechtigungsgebots in Art. 3 Abs. 2 GG grundsätzlich nicht zum Anknüpfungspunkt und zur Rechtfertigung für rechtlich oder faktisch benachteiligende Ungleichbehandlungen herangezogen werden. Das Diskriminierungsverbot gilt auch dann, wenn eine Regelung nicht auf eine verbotene Ungleichbehandlung angelegt ist, sondern in erster Linie – oder gänzlich – andere Ziele verfolgt.¹³ Es ist jedoch nicht entscheidend, dass eine Ungleichbehandlung unmittelbar und ausdrücklich an das Geschlecht anknüpft.¹⁴ Eine grundsätzlich unzulässige Anknüpfung an das Geschlecht kann auch dann vorliegen, wenn eine geschlechtsneutral formulierte Regelung überwiegend Frauen nachteilig trifft¹⁵, denn Art. 3 Abs. 2 GG bietet Schutz auch vor faktischen Benachteiligungen. Die Verfassungsnorm zielt auf die Angleichung der Lebensverhältnisse von Frauen und Männern¹⁶; Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG stellt ausdrücklich klar, dass sich das Gleichberechtigungsgebot auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt.¹⁷

Eine mittelbare Diskriminierung setzt deshalb voraus, dass eine Regelung – erstens – zu erheblichen Nachteilen führt (aa, bb), die – zweitens – ein Geschlecht in besonderem Maße treffen (cc). Eine solche Benachteiligung darf ferner nicht durch hinreichende sachliche Gründe gerechtfertigt sein (dd)¹⁸.

aa) Die Ausgleichsform (externe Teilung) geht zu Lasten von Frauen

Vorauszuschicken ist, dass es im Rahmen des Versorgungsausgleichs häufig zur Teilung von Betriebsrenten kommt, die als sogenannte „zweite Säule“ der Altersversorgung von den meisten größeren Arbeitgebern zur Verfügung gestellt werden und auf Verlangen der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers auch zur Verfügung gestellt werden müssen. Solche Zusagen werden unter anderem in der Automobil- und Chemieindustrie erteilt, wo Frauen deutlich

¹² Wolfgang Keck, Tatjana Mika, Hilal Sezgin: 40 Jahre Versorgungsausgleich. Wie wirkt er sich aus? DRV aktuell 2017, S. 181–187 (S. 183).

¹³ Vgl. BVerfGE 85, 191 <206>; 121, 241 <254>.

¹⁴ Vgl. BVerfGE 126, 29 <53>.

¹⁵ Vgl. BVerfGE 97, 35 <43>; 104, 373 <393>; 121, 241 <254 f>.

¹⁶ Vgl. BVerfGE 87, 1 <42>; 109, 64 <89>; 113, 1 <15>; 126, 29 <53 f.>.

¹⁷ Vgl. BVerfGE 92, 91 <109>; 109, 64 <89>; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 8.6.2016 – 1 BvR 3634/13 –, Rn. 22.

¹⁸ Kischel, in: BeckOK Grundgesetz, Epping/Hillgruber, 41. Edition, Stand: 15.05.2019, Rn. 186 zu Art. 3 GG unter Verweis auf BVerfG NJW 2005, S. 2443; BVerfG, NJW 2002, S. 1256; BVerfG, NVWZ Jahr 2008, S. 988; BVerfG, NJW 1998, S. 1215 f.

unterrepräsentiert sind.¹⁹ Ausgleichsberechtigt sind daher in diesen Fallkonstellationen nahezu ausschließlich die (Ehe-)Frauen.

Die einseitige Lastenverteilung soll anhand der nachstehenden Beispiele näher erläutert werden.

In einem von *Jaeger* nach vereinfachender Berechnung dargestellten (Fall-)Beispiel wird aus einem unverfallbaren betrieblichen Rentenanspruch eines 50-jährigen Mannes über 1.000,00 Euro Rente, das nach dem Halbteilungsgrundsatz zu Gunsten der 48-jährigen Ehefrau in Höhe von 500,00 Euro geteilt werden müsste, durch die (zulässig gem. § 17 VersAusglG geforderte) externe Teilung im Wege der Einzahlung in die Deutsche Rentenversicherung (DRV) eine monatliche Rente in Höhe von rund 209,00 Euro.²⁰ *Wick* geht davon aus, dass sich der durchschnittliche Verlust bei einem mittleren Scheidungsalter auf 50 Prozent des an sich auszugleichenden Anspruchs beläuft.²¹

Es handelt sich keineswegs um ein theoretisches Problem, wie ein beim OLG Nürnberg geführtes Verfahren zeigt.²² Hier ergab sich, dass bei einer Ehezeit zwischen dem 1. August 1994 und dem 31. Dezember 2011 für die betriebliche Altersversorgung des Ehemannes 89.501,00 Euro zur Teilung standen (Ausgleichswert 44.750,00 Euro). Nachdem das OLG dem Versorgungsträger aufgegeben hatte, den nach Inkrafttreten des Versorgungsausgleichsgesetzes in den Zinssatz nach § 253 VersAusglG implementierten Aufschlag nach § 1 Satz 2, § 6 Rückstellungsabzinsungsverordnung (RückAbzinsV) herauszurechnen und nur einen Zinssatz von 4,06 Prozent der Wertermittlung zugrunde zu legen, ergab sich der Ehezeitanteil mit 141.083,00 Euro; der Ausgleichswert betrug nun 70.041,00 Euro. Es war seinerzeit bereits illusorisch, auch nur diesen Zins (4,06 Prozent) am Markt zu erzielen. Nach der Entscheidung des OLG Nürnberg floss der Kapitalbetrag im Ergebnis nicht ab, da der Grenzsatz für die einseitig vom Versorgungsträger geforderte externe Teilung nach dieser Berechnung (im Zeitpunkt der Entscheidung) überschritten war.

Wäre ein Betrag in der Größenordnung wie vom Amtsgericht tituliert in die für Betriebsrenten vorgesehene Versorgungsausgleichskasse geflossen, dann wäre nach § 4 Abs. 2 Versorgungsausgleichskassengesetz eine Verzinsung mit dem Zinsfuß nach der nach § 235 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 des Versicherungsaufsichtsgesetzes erlassenen Rechtsverordnung zu erwarten gewesen. Dieser Zinssatz nach der Deckungsrückstellungsverordnung lag im Entscheidungsjahr bei nur 1,75 Prozent, also 3,39 Prozentpunkte unter dem vom Versorgungsträger ursprünglich für die Abzinsung verwendeten Zinsfuß.²³

Die enormen Transferverluste führten zu einer parlamentarischen Initiative der Grünen sowie einer Initiative des Deutschen Anwaltvereins (DAV) zur Abschaffung des § 17 VersAusglG. Der Deutsche Familiengerichtstag (DFGT) hat im Jahr 2013 mehrere Anregungen zur Novellierung bzw. Abschaffung des § 17 VersAusglG zum Anlass genommen, auch andere Normen einer

¹⁹ Vgl. 2. Gleichstellungsbericht der Bundesregierung, BT-Drs. 18/12840, S. 91.

²⁰ Harald Jaeger, Halbteilungsgrundsatz bei externer Teilung von Direktzusagen im Versorgungsausgleich verletzt, FamRZ 2010, 1714-1718 (1715).

²¹ Hartmut Wick, Der Versorgungsausgleich, 4. Aufl. 2017, S. 187, Rn. 305a.

²² OLG Nürnberg, Beschluss vom 15.4.2014 – 7 UF 1115/13 – FamRZ 2014, 1703–1706.

²³ U.a. abgedruckt in FamRZ 2019, S. 178.

kritischen Prüfung zu unterziehen; in der Stellungnahme vom 18. Juni 2013 werden Beispiele von *Jäger*²⁴ und *Bergner/Schnabel*²⁵ zitiert.

Die Abzinsung mit zu hohen, am Markt nicht realisierbaren Zinssätzen, darüber besteht wie gezeigt kaum Streit,²⁶ führt dazu, dass der im Versorgungsausgleich angelegte und verfassungsgerichtlich garantierte²⁷ Halbteilungsgrundsatz verfehlt wird.

bb) Erheblichkeit der Benachteiligung

Der Bundesgerichtshof (BGH) geht in seiner Entscheidung vom 9. März 2016²⁸ zu §§ 17, 45 VersAusglG davon aus, dass es sich um ein temporäres Problem handelt, das jedenfalls dann eliminiert werden wird, wenn sich die am Markt erzielbaren Zinssätze dem BilMoG-Zinssatz wieder annähern. Er verneint, dass es sich um eine strukturelle und systematische Benachteiligung mit Auswirkungen auf die Verfassungsmäßigkeit der Norm handelt. Der BGH führt dazu aus (Rn. 50f.):

„Dies rechtfertigt indessen nicht die Annahme einer strukturellen und systematischen Benachteiligung des ausgleichsberechtigten Ehegatten durch die Verwendung des BilMoG-Zinssatzes als Diskontierungszinssatz.

Auch der infolge der Durchschnittsbildung in einem Siebenjahreszeitraum geglättete Zinssatz gibt die Zinsentwicklung auf dem Kapitalmarkt – wenn auch zeitverzögert und gedämpft – wieder. Kommt die Zinsentwicklung auf einem niedrigen Niveau zum Stillstand, nähert sich der geglättete Durchschnittszins dem nicht geglätteten aktuellen Marktzins immer weiter an. Nach Prognosen der Deutschen Bundesbank aus dem August 2015 würde der Abzinsungszinssatz nach § 253 Abs. 2 Satz 2 HGB auf der Grundlage der siebenjährigen Glättungsperiode bei Fortschreibung eines aktuellen Marktzinses von 2,39 Prozent bereits bis Ende 2018 auf 2,71 Prozent und bis Ende 2020 auf 2,44 Prozent fallen (vgl. „Stellungnahme der Deutschen Bundesbank vom 18. August 2015 zur Entschließung des Deutschen Bundestages zum HGB-Rechnungszins für Pensionsrückstellungen (BT-Drucks. 18/5256)“ S. 8). In einer Marktphase steigender Zinsen wird sich die Durchschnittsbildung demgegenüber zugunsten der ausgleichsberechtigten Person auswirken. Gerade in der Extremsituation eines starken Zinsanstiegs innerhalb kürzerer Zeit – wie dies in jüngerer Vergangenheit etwa zwischen September 2005 und Oktober 2008 der Fall gewesen ist – kann die Trägheit des Durchschnittszinses zeitweise zu einer signifikanten Überbewertung der Versorgungsverpflichtung und der für sie gebildeten Rückstellungen zu Lasten des Versorgungsträgers führen (vgl. auch *Wüstemann/Koch* BB 2010, 1075, 1076).“

Dies stieß zu Recht auf Kritik.

²⁴ FamRZ 2010, 1714.

²⁵ Die Rentenversicherung, Sonderbeilage zu Heft 7/2011, S. 44.

²⁶ Dazu auch Karl-Heinz Kirchmeier, Externe Teilung nach § 17 VersAusglG, FamRZ 2016, S. 2059–2065 (S. 2060).

²⁷ BVerfG, FamRZ 2006, 1000; BVerfG FamRZ 2006, 1002, 1003.

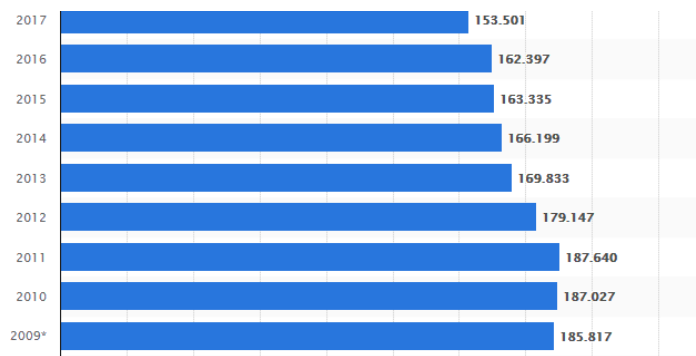
²⁸ BGH, XII ZB 540/14 –, BGHZ 209, 218–243, zitiert nach juris, Rn. 43 ff.

(1) Zahl der betroffenen Personen

Bereits *Ruland*²⁹ hat darauf hingewiesen, dass es mit dem von *Jaeger*³⁰ ermittelten Gesamtanteil von 90 Prozent aller Scheidungsfälle kaum denkbar ist, nicht von einem strukturellen Problem auszugehen. Zwar ist es richtig, dass die anhaltende Niedrigzinsphase zu einer Absenkung des Diskontierungszinssatzes beiträgt und damit die Transferverluste künftig geringer ausfallen werden. Aufgrund der zeitlichen Verzögerung entfallen jedoch keineswegs die Nachteile zulasten der ausgleichsberechtigten Ehegatten in den Jahren 2009 bis 2019.³¹

Auch das OLG Hamm hat aus den Daten der Versorgungsausgleichskasse ermittelt, dass es sich keinesfalls um eine kleine, vernachlässigungswürdige Gruppe von Betroffenen handelt (68.000 Personen zwischen 2009 und 2017 geschätzt).³²

Ähnliche Zahlen ergeben sich bei einem Blick auf die absoluten Scheidungszahlen und den Anteil von Personen, die über eine Betriebsrente verfügen: In den Jahren 2009 bis 2017 (also in den Jahren, in denen es zweifelsfrei ganz erhebliche Unterschiede zwischen dem Diskontierungszins nach § 253 HGB und dem Marktzins gab) sind in Deutschland insgesamt 1.554.869 Ehen geschieden worden:



Quelle: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/228/umfrage/anzahl-der-ehescheidungen-seit-1990/>

Aktuell sind etwa 20,4 Millionen Deutsche im Besitz einer Betriebsrente, dies entspricht – heruntergebrochen auf den Anteil der sozialversicherungspflichtig Beschäftigten – einem Anteil von rund 58 Prozent.³³ Selbst wenn man davon ausgeht, dass in den Scheidungsverfahren jeweils nur eine Betriebsrente zum Ausgleich kommt (also nicht jeweils eine bei Ehemann und Ehefrau), ist daher eine Schätzung, nach der 50 Prozent aller Versorgungsausgleichsverfahren auch Betriebsrenten betreffen, eher vorsichtig. Dies wären zwischen 2009 und 2017

²⁹ Franz Ruland, Transferverluste – nicht nur ein „Kollateralschaden“ der externen Teilung, FamRZ 2016, 867–869 (868).

³⁰ Harald Jaeger, Halbteilungsgrundsatz bei externer Teilung von Direktzusagen im Versorgungsausgleich verletzt, FamRZ 2010, 1714–1718.

³¹ So auch Franz Ruland, Transferverluste – nicht nur ein „Kollateralschaden“ der externen Teilung, FamRZ 2016, 867–869 (868).

³² Quelle OLG Hamm Rn. 24.

³³ <https://de.statista.com/themen/1127/betriebliche-altersversorgung>.

insgesamt 777.434 Scheidungen. Allein die Anzahl der Verfahren zeigt, dass es sich um ein erhebliches strukturelles Problem handelt.

(2) Durchschnittszins – nach der Rechtsprechung des BGH – kein tauglicher Ansatz

Der Annahme des BGH, die über einen Siebenjahresschnitt gebildeten Zinssätze nach dem HGB sprächen gegen eine strukturelle Benachteiligung, weil dieser Zinssatz ansteigen und damit eine Überversorgung des Ausgleichberechtigten erzeugen könnte, ist zu widersprechen.³⁴

Ein niedriger, für die Bewertung nach § 45 VersAusglG maßgeblicher Diskontierungszinssatz nach dem BilMoG führt zwar dazu, dass der Versorgungsträger im Falle externer Teilung einen vergleichsweise hohen Ausgleichswert an den ausgleichsberechtigten Ehegatten zahlen müssen. Denn die Abzinsung mit einem geglätteten niedrigen Zins führt dazu, dass ein hoher Geldbetrag zur Verfügung gestellt werden muss, um die dem Ausgleichsberechtigten zustehende Rente bei einem anderen Versorgungsträger aufbauen zu können.

Der Argumentation (des BGH) ist zuzubilligen, dass aus einem hohen Geldbetrag in der Folge (auch) ein höherer Rentenwert aufgebaut werden kann als nach dem Halbteilungsgrundsatz zunächst geboten erscheint. Der Kapitalabfluss bei Durchführung der externen Teilung wird allerdings nie (!) dazu beitragen (können), dass der ausgleichspflichtige Ehegatte über den Halbteilungsgrundsatz hinaus tatsächlich belastet wird, denn die Bewertung des Anrechts gem. § 45 VersAusglG hat letztlich mit der ihm nach dem Halbteilungsgrundsatz verbleibenden Rente nichts zu tun. Deren monatlicher Auszahlungswert steht prognostisch aus der Rentenzusage fest, bevor die Bewertung nach § 45 VersAusglG erfolgt; dem pflichtigen Ehegatten verbleibt (daher) immer die Hälfte seines Anrechts.

Der ausgleichspflichtige Ehegatte wird deshalb bei Renteneintritt nicht erleben, dass wegen der niedrigen Marktzinsen nur die aus den Rücklagen finanzierbare Rente fließt, sondern er wird eine der Zusage entsprechende, höhere Rente erhalten.

(3) Unterschiedliche gesetzliche Zinssätze generieren (sicher) Verluste

Im Hinblick auf die strukturellen Nachteile für Eheleute ist schließlich zu bedenken, dass die negativen Aspekte in einer Niedrigzinsphase unter Umständen auf Jahre hinaus festgezurrert werden und deswegen im Einzelfall kein „Aufholen“ denkbar ist. Auch ist daran zu erinnern, dass eine etwaige Erholung des Zinsniveaus die für ab 2009 geschiedene Ehegatten erzeugten Nachteile nicht ausgleichen kann. Vor allem die als Auffangversorgungsträger für die externe Teilung von Betriebsrenten geschaffene Versorgungsausgleichskasse arbeitet nicht mit regelmäßig angepassten Zinsen, sondern legt das Kapital in dem Zeitpunkt mit einem Zinssatz aus dem Jahr an, in dem der Transfer erfolgt. Nach § 4 Abs. 2 VersAusglKassG kommt der Zinssatz gemäß der nach § 235 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 des Versicherungsaufsichtsgesetzes erlassenen Rechtsverordnung zum Zeitpunkt der Begründung des Anrechts bei der Versorgungsausgleichskasse zum Tragen. Dies sind aktuell 0,9 Prozent.³⁵ Dagegen ist der Zinssatz nach § 253

³⁴ Auch der zitierte Beitrag von Wüstemann und Koch belegt dies nicht, in dem Beitrag wird – zutreffend – die Überbewertung von Rückstellungen in Phasen beschrieben, in denen der Siebenjahresschnitt deutlich über dem Marktzins notiert wurde, BB 2010, 1075–1078 <1076>. Der Beitrag, der ausschließlich die Auswirkungen der Einführung des geglätteten Zinses nach dem BilMoG betrifft, enthält deswegen keine Aussage dazu, dass sich hier Belastungen von Personen im Versorgungsausgleich ergeben können.

³⁵ § 2 Abs. 1 Deckungsrückstellungsverordnung vom 18.5.2016 (BGBl. I S. 767), zuletzt geändert durch Artikel 1 der Verordnung vom 10.10.2018 (BGBl. I S. 1653).

HGB bzw. dem BilMoG im Juni 2019 auf etwa 2,3 Prozent festgelegt worden.³⁶ Der Zinsunterschied beläuft sich daher bei einem im Juni 2019 durchzuführenden Versorgungsausgleich auf etwa 1,4 Prozentpunkte. Dieser geringere Zins belastet die ausgleichsberechtigte Person dauerhaft und unaufholbar, denn bereits bei einem Unterschied von nur 1 Prozentpunkt sinkt der Ausgleichswert um 10 Prozent, bei jüngeren Ausgleichsberechtigten um noch höhere Anteile.³⁷

Zwar wird die ausgleichsberechtigte Person nach § 4 Abs. 3 Versorgungsausgleichskassengesetz nach Renteneintritt an sämtlichen Überschussanteilen, die auf den Rentenbestand entfallen, beteiligt. Entstehen indes bereits keine Überschüsse (weil es, wie die Versicherungswirtschaft nachhaltig befürchtet, nicht zu einer Anhebung des Zinsniveaus kommt), bleibt es bei dem Nachteil, der sich im Zeitpunkt der Durchführung des Versorgungsausgleichs bzw. bei Zahlung des Kapitals bei der externen Teilung für den ausgleichsberechtigten Ehegatten ergibt.³⁸

Der durch eine Dynamisierung des Ausgleichbetrages aufgefangene Nachteil wird – dies ergänzend – bereits deswegen die Nachteile einer Abzinsung nach dem Diskontierungszinssatz nicht auffangen können, weil die Thesaurierung der geringen Zinsgewinne aus der Vergangenheit den Nachteil eines von vornherein nicht auskömmlichen Kapitalstocks schon rechnerisch nicht ausgleichen kann.³⁹

Die strukturelle Benachteiligung des ausgleichsberechtigten Ehegatten – in der Regel der Frau – führt daher zur Verfehlung des Halbteilungsgrundsatzes, der in den Fällen mit bedeutenden Ausgleichswerten für sich bereits die Annahme eines Verfassungsverstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG begründet.⁴⁰

cc) Benachteiligung zulasten von Frauen

Die erheblichen Nachteile betreffen ganz überwiegend Frauen. Dies zeigt eine Studie der DRV zur Anwendung des Versorgungsausgleichs bei gesetzlichen Rentenansprüchen. Bei den ausgleichsberechtigten Personen im Versorgungsausgleich handelt es sich mit einer überwältigenden Mehrheit um Frauen: Von den 600.000 schon im Rentenbezug stehenden geschiedenen Eheleuten (insgesamt 600.000 Personen) waren 93,6 Prozent der ausgleichsberechtigten Personen weiblich.⁴¹

Die durch den Versorgungsausgleich entstehenden Zuschläge sinken zwar durch die zunehmende Erwerbsquote von Frauen. Dies ändert jedoch auch in Zukunft wenig daran, dass der

³⁶ Rückstellungsabzinsungsverordnung vom 18.11.2009 (BGBl. I S. 3790), zuletzt geändert durch Artikel 9 des Gesetzes vom 11.3.2016 (BGBl. I S. 396, vgl. für die Vorjahre die Aufstellung der Entwicklung der unterschiedlichen Zinssätze in FamRZ 2019, 178).

³⁷ Karl-Heinz Kirchmeier, Externe Teilung nach § 17 VersAusglG, FamRZ 2016, S. 2059–2065 (S. 2060).

³⁸ Vgl. dazu auch Karl-Heinz Kirchmeier, Externe Teilung nach § 17 VersAusglG, FamRZ 2016, S. 2059–2065 (S. 2061).

³⁹ Franz Ruland, Transferverluste – nicht nur ein „Kollateralschaden“ der externen Teilung, FamRZ 2016, 867–869 <868>.

⁴⁰ So Helmut Borth, Versorgungsausgleich, 8. Aufl. 2017, S. 355; Hartmut Wick, Der Versorgungsausgleich, 4. Aufl. 2017, S. 188f, Rn. 305b; Ludwig Bergner, Die Verfassungswidrigkeit der externen Teilung, NZFam 2015, S. 147–152 (S. 149); Klaus Weil, Reformbedarf bei § 17 VersAusglG, FPR 2013, 254–257 (S. 256).

⁴¹ Wolfgang Keck, Tatjana Mika, Hilal Sezgin: 40 Jahre Versorgungsausgleich. Wie wirkt er sich aus? DRV aktuell 2017, S. 181–187 (183).

Versorgungsausgleich in der überwältigenden Mehrzahl der Fälle zu Gunsten von Frauen durchgeführt werden wird. Denn angesichts des seit Jahren fortbestehenden Gender Pay Gap von mehr als 20 Prozent, werden die durchschnittlichen Rentenanwartschaften verheirateter Frauen auf lange Zeit geringer ausfallen als die verheirateter Männer.⁴² Außerdem unterbrechen Mütter nach wie vor häufiger ihre Erwerbstätigkeit als Väter⁴³ und Frauen sind generell häufiger in Teilzeit tätig als Männer.⁴⁴

Für die zunehmend an Bedeutung gewinnende betriebliche Altersversorgung im Allgemeinen und Direktversicherung und Unterstützungskassen im Besonderen fehlt es an entsprechenden Statistiken. Dennoch ist angesichts der geschlechtsbezogenen Unterschiede im Hinblick auf Einkommen und Erwerbsstrukturen anzunehmen, dass es sich bei den ausgleichsberechtigten Personen in der betrieblichen Altersversorgung ebenfalls, wenn nicht sogar häufiger, um Frauen handelt.

Die letzte von *Kantar Public* (ehemals TNS Infratest Sozialforschung) durchgeführte Trägerbefragung der Versorgungsträger der betrieblichen Altersvorsorge zum Anteil von Rentenanwartschaften und Rentenbeiträgen im Jahr 2017 zeigt, dass bereits der Anteil sozialversicherungspflichtig beschäftigter Frauen in der betrieblichen Altersversorgung geringer ist als bei Männern.⁴⁵ Allerdings liegen diese Daten nur für externe Versorgungsträger, aber nicht für die von den Arbeitgebern selbst angebotenen Versorgungssysteme der Direktversicherungen und Unterstützungskassen vor, in denen aber immerhin ca. 4,8 Mio. Beschäftigte aktiv versichert sind.⁴⁶ Dazu kommt, dass Frauen mit 46 Prozent nach wie vor seltener sozialversicherungspflichtig beschäftigt sind als Männer.⁴⁷

Auswertungen zum Gender Pension Gap, also zu der Rentenlücke zwischen den Frauen und Männern, die bereits jetzt Renten beziehen, weisen ebenfalls der Anzahl nach auf geringere Anwartschaften in der betrieblichen Altersversorgung hin. Der Gender Pension Gap betrug im

⁴² 2006 zeigte eine Studie des Statistischen Bundesamtes einen „bereinigten“ Gender Pay Gap von 8,3% Lohnunterschied (https://www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Verdienste/Verdienste-Verdienstunterschiede/Publikationen/Downloads-Verdienste-und-Verdienstunterschiede/verdienstunterschiede-mann-frau-5621001069004.pdf?__blob=publicationFile&v=5, Seite 52. Darunter werden die nicht durch Berufswahl, Bildungsstand oder Teilzeittätigkeit erklärbaren Bruttogehaltsunterschiede zwischen Männern und Frauen gefasst. 2014 belief sich dieser bereinigte Gender Pay Gap immer noch auf 6%. Der für den Versorgungsausgleich maßgebliche, unbereinigte Gender Pay Gap, der die infolge der Kinderbetreuung unterbrochene Teilzeittätigkeit und die danach aufgenommene Teilzeittätigkeit mitumfasst, lag 2006 bei 23% (S. 31 der vorbenannten Studie), 2014 bei 22% (<https://www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Verdienste/Verdienste-Verdienstunterschiede/Tabellen/ugpg-01-gebietsstand.html>).

⁴³ <https://www.boeckler.de/53497.htm>.

⁴⁴ 48% aller sozialversicherungspflichtig beschäftigten Frauen arbeiteten im Juni 2018 in Teilzeit, d. h. weniger als die tariflich oder vertraglich normalerweise vereinbarte Arbeitszeit. Bei den Männern sind es nur 11%, vgl. Bundesagentur für Arbeit, 2019, Die Arbeitsmarktsituation von Frauen und Männern 208, S. 14, <https://statistik.arbeitsagentur.de/Statischer-Content/Arbeitsmarktberichte/Personengruppen/generische-Publikationen/Frauen-Maenner-Arbeitsmarkt.pdf>.

⁴⁵ Kantar Public, 2019, Trägerbefragung zur Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung (BAV 2017), Forschungsbericht im Auftrag des BMAS, S. 15, https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/Forschungsberichte/fb523-traegerbefragung-verbreitung-betriebliche-altersversorgung-endbericht.pdf?jsessionid=A7E332EAE12B0944AA1BEB89D3C50F7F?__blob=publicationFile&v=1.

⁴⁶ Kantar Public, 2019, a.a.O., S. 60.

⁴⁷ <https://statistik.arbeitsagentur.de/Statischer-Content/Arbeitsmarktberichte/Personengruppen/generische-Publikationen/Frauen-Maenner-Arbeitsmarkt.pdf>, S. 7.

Jahr 2015 über alle Säulen hinweg 53 Prozent, bei der betrieblichen Altersversorgung 59 Prozent. Für verheiratete Frauen in Westdeutschland liegt die Differenz säulenübergreifend sogar bei 64 Prozent, für verwitwete Frauen bei 62 Prozent.⁴⁸ Frauen erhalten dabei nicht nur erheblich geringere Betriebsrenten, sondern beziehen auch seltener eine Betriebsrente, weil Betriebsrenten sehr viel häufiger in männertypischen Branchen verbreitet sind.⁴⁹

Damit sind Frauen statistisch betrachtet – sicher in ganz überwiegender Zahl – Hauptbetroffene der nachteiligen (Aus-)Wirkungen des § 17 VersAusglG.

dd) Fehlende Rechtfertigung

§ 17 VersAusglG zielt auf die Vermeidung von Belastungen durch neue Versorgungsempfängerinnen und Versorgungsempfänger, die Betriebsrententrägern bei einem internen Ausgleich entstehen würden.⁵⁰ Die Gesetzgebung begründete die Privilegierung gegenüber anderen externen Versorgungsträgern damit, dass „Eine höhere Wertgrenze für die internen Durchführungswege der betrieblichen Altersversorgung gerechtfertigt (ist), weil der Arbeitgeber hier, anders als bei Anrechten aus einem externen Durchführungsweg (Direktversicherung, Pensionskasse, Pensionsfonds), unmittelbar mit den Folgen einer internen Teilung konfrontiert ist, also die Verwaltung der Ansprüche betriebsfremder Versorgungsempfängerinnen und Versorgungsempfänger übernehmen muss. Das mögliche Interesse der ausgleichsberechtigten Person an der systeminternen Teilhabe muss in diesen Fällen zurückstehen, bleibt aber insoweit gewahrt, als sie nach § 15 VersAusglG über die Zielversorgung entscheidet, die durchaus auch bessere Bedingungen bieten kann als das zu teilende betriebliche Anrecht.“

(1) Besondere Belastungen der Betriebsrententräger nicht ersichtlich

Ob es dieser „Privilegierung“ bedurfte, erscheint bereits vor dem Hintergrund der Regelung in § 13 VersAusglG fraglich, nach der auch die Betriebsrententräger die Kosten der internen Teilung den Eheleuten in Rechnung stellen dürfen.

Schon kurz nach Inkrafttreten des Versorgungsausgleichsgesetzes haben sich die (wirtschaftlich aus Sicht der Ausgleichsberechtigten unerträglichen) Folgen der Bewertung nach § 45 VersAusglG unter Anwendung des zeitgleich geschaffenen festgelegten Zinssatz nach § 253 HGB gezeigt.⁵¹ Der Bundestag hat daher nach der Strukturreform des Versorgungsausgleichs durch den wissenschaftlichen Dienst im Jahr 2014 die Frage untersuchen lassen, ob die Privilegierung (= externe Teilung) wegen der Belastung der Betriebe mit betriebsfremden Versorgungsempfängerinnen und Versorgungsempfängern grundgesetzlich geboten ist. Diese Stellungnahme⁵² kommt zu dem Ergebnis, dass belastbare Zahlen, die ein derartiges Abwägungsergebnis rechtfertigen könnten, aktuell fehlen.⁵³

⁴⁸ WSI GenderDatenPortal 2017, Gender Pension Gap bei eigenen Alterssicherungsleistungen 1992–2015, <https://www.boeckler.de/112210.htm#>, vgl. <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/18/131/1813119.pdf>.

⁴⁹ Ebd., S. 7, 14f.

⁵⁰ BT-Drucksache 16/10144, S. 60.

⁵¹ Harald Jaeger, Halbteilungsgrundsatz bei externer Teilung von Direktzusagen im Versorgungsausgleich verletzt, FamRZ 2010, 1714–1718, hat sie eindrucksvoll berechnet.

⁵² <https://www.bundestag.de/resource/blob/420872/5eb41cb2fa045df130220e732050f81a/wd-3-174-14-pdf-data.pdf>.

⁵³ Ebd., S. 7.

Dazu kommt, dass bis heute Auswertungen dazu fehlen, inwieweit durch externe Teilungen auch positive Effekte entstehen. Führt der Versorgungsträger die interne Teilung durch, entsteht eine Versorgungspflicht für zwei Personen, die einen entsprechenden Verwaltungsaufwand nach sich zieht. Die im Gesetzgebungsverfahren von den Betriebsrententrägern reklamierte vermeintlich unerträgliche Belastung relativiert sich bereits, wenn man berücksichtigt, dass der Ehegatte auch ohne Scheidung zum Versorgungsbezieher werden kann, etwa weil ihm eine Hinterbliebenenrente zusteht. Ein weiterer ökonomischer Aspekt ist darin zu sehen, dass im Falle des Versterbens des ausgleichsberechtigten Ehegatten aus dem übertragenen Anrecht keine Rente gezahlt werden muss und der ausgleichspflichtige Ehegatte keine Chance hat, den Wert im Wege eines Anpassungsverfahrens zurückzuerhalten. Die in § 32 VersAusglG normierte, im Sinne der Versichertengemeinschaft vom Bundesverfassungsgericht als verfassungskonform eingestufte Anpassungssperre⁵⁴ trägt hier zur Entlastung der Betriebsrententräger bei. Ein sachlicher Grund, in ihrem Interesse weitere Privilegien zu schaffen, die in eklatanter Weise den Halbteilungsgrundsatz verletzen, fehlt.⁵⁵

(2) Handlungsfreiheit Betriebsrententräger / Grundrechte der Eheleute nach Art. 3, 6 GG

Eine Rechtfertigung kann auch nicht darin erkannt werden, dass bei einem ersatzlosen Entfall des § 17 VersAusglG in die ihrerseits durch Art. 2 GG geschützte Handlungsfreiheit der Unternehmen eingegriffen wird.⁵⁶ Dieser Erwägung sind die widerstreitenden Interessen der geschiedenen Ehegatten auf gleichwertige Teilhabe an dem in der Ehe erworbenen Versorgungsanrechten (Art. 6 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 2 und 3 GG und der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) genauso wie das Recht auf Schutz seines Eigentums (Art. 14 GG) gegenüberzustellen.

2) §§ 17, 45 VersAusglG führen zu den gleichen verfassungswidrigen Ergebnissen wie die durch die Strukturreform abgeschaffte Barwertermittlung nach der Barwertverordnung

Vor der Strukturreform zum Versorgungsausgleichsrecht erfolgte die Teilung der in der Ehe erlangten Anrechte gemäß § 1587 a BGB a.F.⁵⁷ noch auf der Basis eines Einmalausgleichs durch Splitting oder Quasisplitting über die DRV. Um den Einmalausgleich zu ermöglichen, wurden die statischen oder teilstatischen betrieblichen Anrechte auf die volldynamische Versorgung der DRV mittels der Verordnung zur Ermittlung des Barwerts einer auszugleichenden Versorgung nach § 1587 a Abs. 4 und 3 Nr. 2 BGB angepasst.⁵⁸

⁵⁴ BVerfG, Beschluss vom 6.5.2014 – 1 BvL 9/12 –, BVerfGE 136, 152–190.

⁵⁵ So auch Ludwig Bergner, Die Verfassungswidrigkeit der externen Teilung, NZFam 2015, S. 147–152 (S. 152).

⁵⁶ Ausarbeitung WD 3 – 3000 – 174/14, WD 7 – 3000 – 180/14.

⁵⁷ Gem. § 1587 BGB war ausgleichspflichtig der Ehegatte mit den werthöheren Anwartschaften oder Aussichten auf eine auszugleichende Versorgung. Dem berechtigten Ehegatten stand als Ausgleich die Hälfte des Wertunterschiedes zu.

⁵⁸ § 1587 a Abs. 3 Nr. 2 BGB: „Werden die Leistungen nicht oder nicht ausschließlich aus einem Deckungskapital oder einer vergleichbaren Deckungsrücklage gewährt, ist die Regelaltersrente zugrunde zu legen, die sich ergäbe, wenn ein Barwert der Teilversorgung für den Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags ermittelt und als Beitrag in der gesetzlichen Rentenversicherung entrichtet würde. Das Nähere über die Ermittlung des Barwertes bestimmt die Bundesregierung durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates.“

Diese Umrechnung sollte zwar vordringlich eine unverhältnismäßige Benachteiligung der ausgleichspflichtigen Person durch Dynamisierungseffekte verhindern⁵⁹, führte aber in weiten Teilen dazu, dass die zu teilenden betrieblichen Anrechte unverhältnismäßig im Wert reduziert wurden und wegen der Höchstbetragsgrenze des § 3b Abs. 1 Nr. 1 VAHRG i.V.m. § 18 Abs. 1 SGB VI zum überwiegenden Teil dem schuldrechtlichen Versorgungsausgleich vorbehalten werden mussten. Dieser Ausgleich blieb letztlich einer nachgelagerten Teilung bei Rentenbezug im Wege eines Anspruchs unmittelbar gegen die ausgleichspflichtige Person vorbehalten und wurde (leider) größtenteils im Alter nicht verfolgt.⁶⁰

Bereits mit Beschluss vom 5. September 2001⁶¹ hat der BGH festgestellt, dass die gemäß § 1587a BGB aF für die Bewertung nicht-volldynamischer Anrechte im Versorgungsausgleich genutzte Barwert-VO⁶² und die sich daraus ergebenden Transferverluste durch Unterbewertungen verfassungswidrig sei. In der Begründung wurde darauf abgestellt, dass die nach den rechnerischen Grundlagen der Barwert-VO idF von 1984 ermittelten Barwerte der auszugleichenden Betriebsrenten etc. von den korrekten Barwerten soweit abwichen, dass sie das Prinzip der Halbteilung schwer verletzen.⁶³

Die Form der Umrechnung mittels der Barwert-VO wurde letztlich insgesamt für nicht geeignet erachtet, die Halbteilung sicherzustellen. Maßgeblich war schon seinerzeit, dass „im Kontext der impliziten Annahmen des gesetzlichen Ausgleichsmechanismus, umgesetzt durch die fiktive Einzahlung in die gesetzliche Rentenversicherung, der für die Abzinsung auf die Gegenwart verwandte Zinssatz nicht mit den tatsächlichen Wertsteigerungen in der gesetzlichen Rentenversicherung aufgefangen werden konnte“.⁶⁴

Diese Erkenntnis war letztlich maßgeblich dafür, dass die „Ausführungsnorm“ des § 1587a BGB aF in Form der Barwert-VO für verfassungswidrig erklärt wurde. Folgerichtig wurde mit Beschluss des BVerfG vom 2. Mai 2006⁶⁵ (noch ungeachtet der nachfolgenden bedenklichen – teilweisen – Abkehr) festgestellt, dass der Halbteilungsgrundsatz es erfordere, beim Versorgungsausgleich tatsächlich eine gleiche Aufteilung der erworbenen Anwartschaften vorzunehmen.

Die für verfassungswidrig erklärte Ungleichwertigkeit führt § 17 VersAusglG – im Ergebnis – durch die „Hintertür“ wieder ein. Umso gewichtiger wird dieses Ungleichgewicht, als nach

⁵⁹ BT-Drs 16/10144, S. 33.

⁶⁰ Leider fehlt es an offiziellen Statistiken über in Anspruch genommene schuldrechtliche Ausgleichsrenten im Verhältnis zum Ausspruch der Scheidung im Verbund mit dem Versorgungsausgleich, bei welchem betriebliche Anrechte berücksichtigt wurden.

⁶¹ BGH vom 5.9.2001, Az: XII ZB 121/99.

⁶² Barwert-VO v. 24.6.1977 (BGBl I 77, 1014, zuletzt geändert durch Art. 1 der 4. VO zur Änderung der BarwertVO vom 2.6.2008 (BGBl I 08, 969) und außer Kraft getreten mit Wirkung zum 1.9.2009 durch Art. 23 S. 2 Nr. 1 des VAStrRefG vom 3.4.2009 (BGBl I 09, 700).

⁶³ Glockner/Gutdeutsch, ist die Barwertverordnung verfassungsgemäß?, FamRZ 1999, 896ff.; Ludwig Bergner, Lösungsvorschläge im Zusammenhang mit der Verfassungswidrigkeit des § 1587a Abs. 3 BGB und der Barwertverordnung, FamRZ 1999, 1487 ff.

⁶⁴ Helmut Borth, Versorgungsausgleich in anwaltlicher und familiengerichtlicher Praxis, 3. Aufl. 1998, Rn. 436 und Beispielrechnungen in Drs-BT 16/10144, S. 34 und 35.

⁶⁵ BVerfG vom 2.5.2006, 1 BvR 1275/97.

neuem Versorgungsausgleichsrecht auch keine Abänderungsmöglichkeiten⁶⁶ oder Härtefallregelungen⁶⁷ für Einzelfälle vorgesehen sind.

Die konstruierte „Vergleichbarmachung“ nach der Barwert-VO will das geltende Recht zwar vermeiden und durch eine Realteilung auch der betrieblichen Versorgung den Halbteilungsgrundsatz sichern. Diesem erklärten Ziel der Versorgungsausgleichsrechtsreform zuwider erteilt die Rechtspraxis die zuvor beschriebene Thematik der Ungleichwertigkeit durch § 17 VersAusglG aber erneut, nun jedoch mit noch prekäreren Folgewirkungen: Während nach altem Versorgungsausgleichsrecht wenigstens über den schuldrechtlich vorbehaltenen Versorgungsausgleich eine nahezu gerechte Teilhabe erreichbar schien, ist ein solcher „Ersatzausgleich“ im Falle der externen Teilung nach dem geltendem Recht nicht (mehr) möglich. Wird extern geteilt, verbleibt trotz „Unterbewertung“ für die ausgleichsberechtigte Person keine Möglichkeit eines Ersatzes.

Auch wenn sich im Nachgang bei der Bewertung eine Änderung (mit Rückwirkung auf den Ehezeitanteil) ergeben sollte, ist eine Abänderung ausgeschlossen, da sie vom Gesetz nicht vorgesehen ist (§ 32 VersAusglG i.V.m. § 225 Abs. 1 FamFG).

Im Falle der externen Teilung wird ausschließlich der Betriebsrententräger bevorteilt, der – und dies gilt in jedem Fall und zwar auch unabhängig davon, welcher Zins zugrunde gelegt wird – auf sein Verlangen hin berechtigt wird, sich „freizukaufen“ ohne ein gleichwertiges Anrecht schaffen zu müssen und dazu noch von der vollständigen Halbierung des Anrechts der ausgleichspflichtigen Person gegenüber profitiert.

Auch wenn hier nicht die Verfassungskonformität des § 45 VersAusglG in Rede steht, sei beispielhaft für den Sonderfall einer Bewertung eines Anrechts nach dem alten Versorgungsausgleichsrecht und dem neuen Recht der folgende Fall aus der anwaltlichen Praxis dargestellt:

Die Ehe wurde im Jahr 1996 geschieden. Der Versorgungsausgleich wurde durchgeführt. Die betriebliche Rente wurde seinerzeit mit einem Jahreswert in Höhe von 24.789,61 DM und einem Ehezeitanteil in Höhe von 14.113,41 DM (mithin 1.176,00 DM monatliche Rente) ermittelt. Dieses Anrecht wurde aufgrund der Barwert-VO Tabelle 1 umgerechnet auf eine monatliche Rente in Höhe von 219,42 DM. Der Ausgleichswert betrug demnach 109,71 DM, wovon 82,60 DM gem. § 3 Abs. 1 Nr. VAHRG über die DRV ausgeglichen werden konnten. Der Restbetrag in Höhe von 27,11 DM blieb dem schuldrechtlichen Versorgungsausgleich vorbehalten. Nach heutiger Berechnung beträgt der monatliche Rentenbetrag 1.081,16 Euro. Der Ehezeitanteil wurde ermittelt in Höhe von 662,88 Euro und damit der Ausgleichswert auf 331,44 Euro. Hiervon wäre im Rahmen des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs der Anteil, der über die DRV bereits ausgeglichen wurde, abzusetzen (knapp 55,00 Euro – für das Beispiel vereinfacht). Der Restbetrag umfasst damit noch 276,44 Euro. Im Wege der stattdessen durchgeführten Totalrevision wird vom Betriebsrententräger die externe Teilung verlangt und für den Ausgleichswert bezogen auf das Ende der Ehezeit ein Kapitalwert in Höhe von noch 28.403,81 Euro ermittelt. Mit diesem Betrag kann auch bei Berücksichtigung einer Verzinsung mit dem jeweiligen Rechnungszins bei keinem dritten Träger ein gleichwertiges Anrecht geschaffen werden.

⁶⁶ § 32 VersAusglG schließt die betrieblichen Anrechte aus einer Anpassung nach Rechtskraft der Entscheidung zum Versorgungsausgleich ausdrücklich aus.

⁶⁷ Eine dem VAHRG entsprechende Härtefallregelung sieht das Versorgungsausgleichsgesetz nicht vor.

Diese einseitige Besserstellung der Versorgungsträger ist verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt und lässt sich entgegen der Gesetzesbegründung⁶⁸ auch nicht mit der ungewollten Konfrontation von Folgen durch die Teilung des betrieblichen Anrechts auf Seiten des Arbeitgebers (Träger der Direktzusage oder einer Unterstützungskassenabsicherung), insbesondere durch eine zusätzliche Verwaltung von Ansprüchen betriebsfremder Versorgungsempfängerinnen und Versorgungsempfänger, begründen. Eine solche ist auch im Falle einer Hinterbliebenenabsicherung einzupreisen und ein Mehraufwand wird im Rahmen der internen Teilung durch die Berücksichtigung von Teilungskosten (§ 13 VersAusglG) ausreichend ausgeglichen. Außerdem beträfe dieses Argument ausschließlich die Direktzusage, da eine Absicherung über die Unterstützungskasse bereits die Einbeziehung eines betriebsfremden dritten Trägers erfasst.⁶⁹

Die gesetzgeberische Rechtfertigung stößt darüber hinaus auch insoweit an ihre Grenzen, als sie noch davon ausging, dass das Interesse der ausgleichsberechtigten Person an einer systeminternen Teilhabe hinter dem Interesse des Arbeitgebers zurück treten müsse, weil sie über § 15 VersAusglG über eine frei wählbare Zielversorgung mit durchaus auch besseren Bedingungen ausreichend abgesichert sei. Diese Argumentation hat sich schon mit dem Inkrafttreten des VersAusglG in der Praxis nicht realisieren lassen.⁷⁰

Schon bei der noch vor dem Inkrafttreten des VersAusglG bestehenden günstigeren Zinslage und bei einem Rechnungszinssatz in Höhe von häufig 5 bis 6 Prozent, konnten die abgezinsten Beträge bei keiner Zielversorgung den gleichen Aufzinsungseffekt mit annähernd ähnlicher Leistungsstruktur erreichen. Der Garantiezins im Jahr 2008 stand bereits auf 2,25 Prozent und war damit schon absehbar stetig abgesunken.⁷¹ Die Vorjahre wiesen im Mittel einen Netto-Garantiezins auf den Sparanteil i.H.v. 3,25 Prozent bis 3,6 Prozent auf. Eine Gleichwertigkeit war hiernach nicht erzielbar und allein unter höchstmöglicher Einkalkulierung von Überschussanteilen überhaupt denkbar. Die aktuell schon langjährig andauernde Niedrigzinsphase verdeutlicht die Differenz.

3) Eingriff in Art. 14 GG

Die Frage der Verfassungskonformität der Norm ist auch im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG vom 6. Mai 2014⁷² nicht anders zu beurteilen.

Das BVerfG hat sich zur faktischen Rückabwicklung des Versorgungsausgleichs nach Tod der berechtigten Person geäußert. Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Halbteilung von Anrechten soll nicht deshalb entfallen, weil bei der ausgleichspflichtigen Person eine spürbare Kürzung der Rentenansprüche erfolgt, während sich der Erwerb eines selbständigen Versicherungsschutzes für die ausgleichsberechtigte Person nicht auswirken kann und die Kürzung darum ihren Zweck verfehlt.

Dennoch sieht auch das BVerfG den Zweck der Kürzung des Anrechts der ausgleichspflichtigen Person nur und zuvörderst dann als verwirklicht, wenn der ausgleichsberechtigten Person die

⁶⁸ BT-Drs 16/10144 S. 60.

⁶⁹ Jörn Hauß, Festschrift Bruder Müller, S. 285 ff.

⁷⁰ So aber noch BGH, a.a.O.

⁷¹ Quelle GDV, Stand April 2009.

⁷² BVerfG 1 BvL 9/12 Rn. 43; 1 BvR 1145/13.

Hälfte dieses Anrechts und damit eine eigenständige Versorgung für die Dauer ihres Lebens verschafft wird.

In diesem Zusammenhang wird keineswegs verkannt, dass für die ausgleichsberechtigte Person ein Anrecht geschaffen wird, das getrennt vom ursprünglichen, nun geteilten Anrecht, geführt und von der Versicherungsbiografie der ausgleichspflichtigen Person unabhängig ist. Auch wird nicht übersehen, dass das zugeteilte Anrecht sich auf die Person und Lebenszeit der oder des Ausgleichsberechtigten als selbständiges Versicherungsrisiko bezieht und sich damit der Zweck des Versorgungsausgleichs grundlegend erfüllen kann. Von entscheidender Bedeutung ist jedoch, dass der ausgleichsberechtigten Person das hälftige Anrecht erst einmal zur Verfügung gestellt werden muss.

Dies ist angesichts der obigen Ausführungen mehr als fraglich. So ist schon klärungsbedürftig, an welcher Stelle die Ermittlung des originären Stammrechts tatsächlich greift, ob vor der Abzinsung oder danach.

Die gesetzgeberische Rechtfertigung für § 17 VersAusglG (unternehmerische Handlungsfreiheit) vermag also nicht zu überzeugen, soweit nicht Ausgleichsmechanismen auch für die in der Regel überwiegend benachteiligten Betroffenen (= Ehefrauen) geschaffen werden.

4) *Verhältnismäßigkeit*

Da dergleichen Mechanismen vom maßgeblichen Gesetzeszweck nicht erfasst sind, verletzt die ausschließliche Benachteiligung der Betroffenen durch § 17 VersAusglG obendrein den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Hiernach muss das vom Gesetzgeber eingesetzte Mittel geeignet und erforderlich sein, um den erstrebten Zweck zu erreichen. Das Mittel ist geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann. Dies dürfte hier noch außer Frage stehen, denn § 17 VersAusglG ermöglicht es den Betriebsrententrägern, seltener intern teilen und damit weitere Versorgungsempfängerinnen und Versorgungsempfänger verwalten zu müssen.

Das Mittel ist zugleich erforderlich, wenn der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht nicht oder doch weniger fühlbar einschränkendes Mittel hätte wählen können.⁷³ Das Mittel (hier § 17 VersAusglG) ist nicht erforderlich, um die Rechte der Betriebsrententräger zu wahren. Dazu wird auf die obigen Ausführungen verwiesen. Es ist noch nicht einmal der ersehnte Schutz überhaupt notwendig, um die unternehmerische Integrität zu schützen, da ein Unternehmen immer damit rechnen muss, dass es beispielsweise Hinterbliebene des Versorgungsempfängers zu unterhalten hat und der Verwaltungsmehraufwand mittels der Teilungskosten (§ 13 VersAusglG) geringgehalten werden kann.

II. *Verfassungskonforme Auslegung*

Eine verfassungskonforme Auslegung kommt nicht in Betracht, denn die Festlegung von Höchstgrenzen ergibt hier keinen Spielraum und § 17 VersAusglG ist ohne Ausübung eines Ermessens anzuwenden, wenn der Versorgungsträger bei Unterschreitung der Höchstgrenzen die externe Teilung wählt.

⁷³ BVerfGE 30, 292 <316>.

B. Fazit

Die den Betriebsrententrägern einseitig eingeräumte Möglichkeit, die externe Teilung bei Grenzwerten bis zu (aktuell) 80.400 Euro zu fordern, führt zu erheblichen Transferverlusten zu Lasten der ausgleichsberechtigten Ehegatten. Der zur Bewertung des Anrechts herangezogene Zinssatz nach § 253 Abs. 2 HGB weicht deutlich von dem Zinssatz ab, mit dem der Kapitalstock am Markt angelegt werden kann. Die so zustande kommenden Verluste treffen statistisch gesehen mit einer Wahrscheinlichkeit von ca. 90 Prozent Frauen. Damit verstößt § 17 VersAusglG gegen Art. 3 Abs. 2 und 3 GG.

Wie schon zu den Barwertverordnungen vor Inkrafttreten des Versorgungsausgleichsgesetzes wiederholt entschieden, muss die Bewertung von Anrechten im Versorgungsausgleich und die Durchführung des Versorgungsausgleichs eine hälftige Teilhabe an den durch Art. 14 GG geschützten Versorgungsanrechten der Ehegatten sicherstellen. Dieses Ergebnis wird in verfassungswidriger Art und Weise verfehlt, wenn § 17 VersAusglG für Betriebsrententräger eine Wahlmöglichkeit zur externen Teilung vorsieht.

Prof. Dr. Maria Wersig
Präsidentin

Brigitte Meyer-Wehage
Vorsitzende der Kommission Zivil-, Familien- und Erbrecht,
Recht anderer Lebensgemeinschaften