

Schriften zum Notarrecht

29

Sethe/Höland/Notarkammer Sachsen-Anhalt (Hrsg.)

Versorgungsausgleich



Nomos

Band 29

Schriften zum Notarrecht

**Herausgegeben von der
Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V. (NotRV)**

Herausgeber-Beirat

Prof. Dr. Johannes Hager (Vorsitzender),
Forschungsstelle für Notarrecht
der Ludwig-Maximilians-Universität München

Notar Dr. Ulrich Bracker,
Präsident der Landesnotarkammer Bayern

Prof. Dr. Walter Bayer,
Institut für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena

Prof. Dr. Mathias Schmoeckel,
Rheinisches Institut für Notarrecht
der Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Prof. Dr. Rainer Schröder,
Institut für Notarrecht der Humboldt-Universität zu Berlin

Prof. Dr. Klaus Tiedtke,
Institut für Notarrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg

Prof. Dr. Rolf Sethe/Prof. Dr. Armin Höland/
Notarkammer Sachsen-Anhalt (Hrsg.)

Versorgungsausgleich



Nomos

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

ISBN 978-3-8329-7021-5

1. Auflage 2011

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2011. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Ein wichtiger Bestandteil des Ersten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1. Ehegesetz) von 1976, dessen Vorarbeiten Ende der 1960er Jahre begannen und das nach zwei Legislaturperioden schließlich am 1.7.1977 in Kraft trat, war die Einführung des Versorgungsausgleichs. Er fand, wie es im § 1587 Abs. 1 Satz 1 BGB alter Fassung hieß, zwischen den geschiedenen Ehegatten statt, soweit für sie oder einen von ihnen in der Ehezeit Anwartschaften oder Aussichten auf eine Versorgung wegen Alters-, oder Berufs-, oder Erwerbsunfähigkeit begründet oder aufrechterhalten worden sind. Der Versorgungsausgleich hatte – und hat nach wie vor – eine gleichheits- und gerechtigkeitspolitische Aufgabe. Er sollte nach der Gesetzesbegründung von 1976 (BT-Drs. 7/650 S. 154) sicherstellen, dass auch die Frau eine eigenständige soziale Sicherung erhält, um ihrer „gewandelten gesellschaftlichen Stellung [...] und dem Wert ihrer Tätigkeit für die Familie und die Allgemeinheit“ Rechnung zu tragen. Damit flankierte das Konzept des Versorgungsausgleichs in sozial-ökonomischer Hinsicht den Übergang vom Verschuldensprinzip zum Zerrüttungsprinzip, der die Eherechtsreform von 1976 kennzeichnete. Das Bundesverfassungsgericht hatte die Grundkonzeption des Versorgungsausgleichs in seiner Entscheidung vom 28.2.1980 (BVerfGE 53, 257 = FamRZ 1980, 326) gebilligt und den tragenden Gedanken des Gesetzgebers unterstrichen. Die auf Lebenszeit angelegte Ehe verbinde die Ehegatten „in einer von Gleichberechtigung geprägten partnerschaftlichen Gemeinschaft, die gegenseitige Verpflichtungen in unterhaltsrechtlicher und vermögensrechtlicher Hinsicht schafft und in der für eheliche Kinder Rechte und Pflichten aus der gemeinsamen Elternverantwortung wahrzunehmen sind (vgl. BVerfGE 31, 194, 204)“. Dieses Pflichtenverhältnis werde durch die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft verändert, aber nicht beendet. Die trotz der Trennung der Ehegatten weiterbestehende rechtliche Bindung rechtfertige grundsätzlich die Aufteilung des während der gesamten Ehezeit erworbenen Versorgungvermögens.

Bei diesem Grundsatz ist es geblieben, die gesetzliche Ausgestaltung hingegen hat sich seit dem 1. September 2009 erheblich geändert. Durch das Gesetz über den Versorgungsausgleich (Versorgungsausgleichsgesetz – VersAusglG) vom 3. April 2009 (BGBl. I, 700), das – ganz gegen den Trend moderner Zivilrechtsgesetzgebung – die Regelung des Versorgungsausgleichs aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch wieder herausgenommen hat, sollten evident gewordene Schwächen der letzten drei Jahrzehnte behoben werden. Wie die Begründung des von der Bundesregierung vorgelegten Entwurfs eines Gesetzes zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs (BT-Drs. 16/10144) feststellte, verfehlt das gel-

tende Recht häufig die rechnerische Halbteilung im Versorgungsfall, „denn der Ausgleich bei der Scheidung beruht auf einer fehleranfälligen Prognose“ (S. 30). Ursache hierfür sei vor allem der Einmalausgleich aller Anrechte über die gesetzliche Rentenversicherung und die hierfür erforderliche Vergleichbarmachung aller Anrechte. Dies könne zu erheblichen Wertverzerrungen führen, meist zulasten der ausgleichsberechtigten Ehefrauen.

Zwei Ursachen für die Funktionsdefizite des Versorgungsausgleichs hebt die Begründung der Neuregelung hervor (a.a.O. S. 30). Die eine Ursache liegt im Strukturwandel der Alterssicherungssysteme mit seiner gestiegenen Bedeutung der „2. und 3. Säule“, das heißt der Anrechte aus betrieblicher Altersversorgung und der privaten Vorsorge. Sie haben das Problem des Einmalausgleichs und der Vergleichbarmachung in einem System, das ursprünglich die gesetzliche Rentenversicherung und die Beamtenversorgung vor Augen hatte, verschärft. Das schon wenige Jahre nach dem Inkrafttreten des 1. Eherechtsreformgesetzes geschaffene Gesetz zur Regelung von Härten im Versorgungsausgleich (VAHRG) von 1983 konnte diese Schwächen des Gesetzes offenkundig nicht beheben.

Die zweite Veränderung ist rein historischer Natur und keinem Gesetzgeber anzulasten. Mit der deutschen Einigung entstand nach 1990 ein kompliziertes und nicht befriedigend auflösbares Nebeneinander von „Ostanrechten“ und „Westanrechten“. Hier war, wie der Gesetzesentwurf deutlich machte, der Versorgungsausgleich nach dem Versorgungsausgleichs-Überleitungsgesetz (VAÜG) häufig blockiert (a.a.O. S. 30).

Um die von ihm so beschriebenen Gerechtigkeitsdefizite zu beheben, hat der Gesetzgeber der Neuregelung des Versorgungsausgleichs im Jahr 2009 das Prinzip der internen Teilung von Anrechten als Normalverfahren eingeführt. Interne Teilung ist in § 10 Abs. 1 VersAusglG dadurch definiert, dass das Familiengericht für die ausgleichsberechtigte Person zulasten des Anrechts der ausgleichspflichtigen Person ein Anrecht in Höhe des Ausgleichswerts bei dem Versorgungsträger überträgt, bei dem das Anrecht der ausgleichspflichtigen Person besteht.

Zu einer ersten Bewertung der Reform des Versorgungsausgleichs und zu einer Abschätzung der damit verbundenen Probleme für die notarielle Praxis hatte das 6. Notarrechtliche Symposium am 17. Juni 2010 an der Martin-Luther-Universität Halle eine Reihe von theoretisch wie praktisch mit der Anwendung des Versorgungsausgleichs befassten Referentinnen und Referenten zu Vorträgen und Diskussion versammelt. Die nachfolgenden Beiträge zeigen die Breite der Zugänge zu dem Thema. Beginnend mit einer systematischen Analyse der Rechtsfigur des Versorgungsausgleichs und seiner Reform (Caroline Meller-Hannich) geht der Themenbogen über die praktischen Gestaltungsmöglichkeiten bei der Vereinbarung eines Versorgungsausgleichs (Ludwig Bergschneider und

Eberhard Eichenhofer), die Fragen des Versorgungsausgleichs in der betrieblichen Altersversorgung (Sabine Drochner) bis zur Rückbindung des Themas an die beruflichen Risiken des Notariats durch die Betrachtung der Notarhaftung im Hinblick auf den Versorgungsausgleich (Romy Ahner). Den Abschluss bilden die mathematischen Grundlagen des Versorgungsausgleichs aus der Sicht des Aktuars (Horst-Günther Zimmermann). Der das Symposium eröffnende Beitrag von Thomas Wagenitz, Richter am Bundesgerichtshof, und Andreas Holzwarth, zu dieser Zeit noch Richter am Amtsgericht, zu „Grundzügen des reformierten Versorgungsausgleichs“ wurde auf Wunsch der Autoren nicht in den Band aufgenommen. Er bot einen gehaltvollen und grundlegenden Überblick über den Gesetzes- und Rechtsstand Anfang des Jahres 2010. Ihn auf den aktuellen, durch die rasch einsetzende und dynamische Entwicklung in der Rechtsprechung gekennzeichneten Stand Mitte 2011 zu bringen, hätte unverhältnismäßig viel Aufwand erfordert.

Die Unterschiedlichkeit der thematischen Blickwinkel, Fragestellungen und Methoden erweist sich für den hiermit vorgelegten Band als Gewinn. Im Ergebnis ist eine theoretisch wie praktisch informative Beschreibung des Versorgungsausgleichs in seiner reformierten Fassung entstanden.

Die Herausgeber danken Frau Ass. Sabine Schmid für die Betreuung des Symposiums. Besonderer Dank gebührt auch Marion Renggli für die sehr sorgfältige und umfassende Betreuung des Manuskripts.

Zürich und Halle, 15. Juni 2011

Armin Höland und Rolf Sethe

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Inhaltsverzeichnis	9

Versorgungsausgleich bei der privaten Altersvorsorge

Prof. Dr. Caroline Meller-Hannich

Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

15

Kapitel 1 Einleitung	17
Kapitel 2 Voraussetzungen für den Ausgleich	19
A. Durch Arbeit oder Vermögen geschaffen oder aufrechterhalten	19
B. Der Absicherung im Alter oder bei Invalidität dienend	20
C. Auf eine Rente gerichtet	21
Kapitel 3 Anforderungen an die interne Teilung	23
A. Ausgleichswert	23
B. Gleichwertige versorgungsrechtliche Stellung	24
Kapitel 4 Verfahren der Teilung und Wertermittlung	26
Kapitel 5 Versorgungsausgleich, Güterstand und mögliche privatautonome Optionen	29
Kapitel 6 Fazit	30

Grundzüge und Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich

Dr. Ludwig Bergschneider

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht, München

31

Kapitel 1 Allgemeines	33
A. Grundsätzliche Überlegungen zur Vereinbarung über den Versorgungsausgleich	33
B. Ehevertrag, Scheidungsvereinbarung	34
Kapitel 2 Besondere materielle Wirksamkeitsvoraussetzungen für Vereinbarungen – Inhalts- und Ausübungskontrolle	36
A. Die materiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen nach dem VersAusglG	36
B. Konsequenzen für die Praxis	40
Kapitel 3 Form, Auskunft, Entscheidung des Familiengerichts	43
A. Formvorschriften	43
B. Auskunftsansprüche	43
C. Entscheidung des Familiengerichts	44

9

Kapitel 4	Inhaltliche Gestaltungsmöglichkeiten nach § 6 Abs.1	
	VersAusglG	45
A.	Die beispielhafte Aufzählung in § 6 Abs. 1 S.1 2 VersAusglG	45
B.	Einbeziehung des VA in die Regelung der ehelichen Vermögensverhältnisse	45
C.	Ausschluss des VA	46
D.	Vorbehalt weiterer Ausgleichsansprüche	46
Kapitel 5	Weitere Gestaltungsmöglichkeiten	50
A.	Ehedauer	50
B.	Bagatellklausel	50
C.	Saldierung	50
D.	Externe Teilung	52
E.	Weitere Regelungsmöglichkeiten	52

Reform des Versorgungsausgleichs und notarielle Praxis

*Prof. Dr. Dr. iur. h.c. Eberhard Eichenhofer,
Friedrich-Schiller-Universität Jena*

55

Kapitel 1	Versorgungsausgleich ein schwer verständliches, nicht selten unverständenes Rechtsinstitut nach tiefgreifender und folgenreicher Reform	57
Kapitel 2	Ziel des Versorgungsausgleichs	58
A.	Egalisierung sämtlicher in der Ehe erworbenen Vorsorgerechte	58
B.	Versorgungsausgleich und Zugewinnausgleich	58
C.	Einwände gegen den Versorgungsausgleich und deren Ausgestaltung	59
Kapitel 3	Warum bedurfte der 1977 geschaffene Versorgungsausgleich der Reform?	61
A.	Gesamtausgleich verlangt Umrechnung der Rentenrechte	61
B.	Rechtspolitische Debatte	61
C.	Reformvorschläge	62
Kapitel 4	Reform des Versorgungsausgleichs 2009	63
A.	Reform auf der Basis des Vorrangs interner vor externer Teilung	63
B.	Probleme des Ansatzes	65
C.	Ausweg	66
Kapitel 5	Auswirkungen auf die notarielle Praxis	68
A.	Der Versorgungsausgleich wird zum neuen notarrechtlichen Aufgabenfeld	68
B.	Notarielle Befugnisse im künftigen Versorgungsausgleich	68
C.	Grenzen der Vereinbarung	69
D.	Externe Teilung durch Vereinbarung	70
Kapitel 6	Fazit	72

Versorgungsausgleich und betriebliche Altersversorgung	73
<i>Sabine Drochner</i>	
Kapitel 1 Einleitung	75
A. Rechtsentwicklung	75
B. Die betriebliche Altersversorgung als System	76
I. Bedeutung im Alterssicherungssystem	76
II. Durchführungswege der bAV	77
III. Zusagearten	78
IV. Unverfallbarkeit	79
V. Insolvenzschutz	79
C. Rechtslage bis zum 31.8.2009	80
Kapitel 2 Die in den Versorgungsausgleich einbezogenen Anrechte aus der bAV	82
A. Anwartschaften und laufende Leistungen	82
B. Auszugleichende Leistungsformen	82
C. Auszugleichendes Leistungsspektrum	83
D. Ausgleichsreife	83
Kapitel 3 Die Wertermittlung	85
A. Bestimmung von Ehezeitanteil, Ausgleichswert und korrespondierendem Kapitalwert	85
B. Besonderheiten in der betrieblichen Altersversorgung	86
I. Wertermittlung nach § 45 Abs. 1 VersAusglG	86
II. Ermittlung des Ehezeitanteils nach § 45 Abs. 2 VersAusglG	86
Kapitel 4 Interne Teilung	88
A. Mindestanforderungen	88
I. Eigenständige Versorgung mit vergleichbarer Sicherung (§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 VersAusglG)	88
II. Vergleichbare Wertentwicklung (§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 VersAusglG)	89
III. Gleiche Qualität der Risikoabsicherung (§ 11 Abs. 2 Nr. 3 VersAusglG)	90
B. Rechtsfolgen	90
C. Teilungskosten	93
Kapitel 5 Externe Teilung	95
A. Voraussetzungen	95
B. Durchführung	96
C. Versorgungsausgleichskasse	97
Kapitel 6 Pflichten, Handlungsbedarf und Gestaltungsspielräume für Arbeitgeber und Versorgungsträger	100
Kapitel 7 Fazit	103

Notarhaftung im Hinblick auf den Versorgungsausgleich

Romy Ahner

Wissenschaftliche Mitarbeiterin, Friedrich-Schiller-Universität Jena

105

Kapitel 1	Einleitung	107
Kapitel 2	Die Haftung des Notars nach § 19 Abs. 1 BNotO	108
A.	Amtspflichtverletzung	108
I.	§ 17 Abs. 1 BeurkG	108
1.	Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung	109
2.	Pflicht zur Willenserforschung	110
3.	Pflicht zur klaren und eindeutigen Formulierung/Formulierungspflicht	110
4.	Pflicht zur Belehrung über die rechtliche Tragweite des Geschäfts	110
5.	Belehrungsbedürftigkeit	112
6.	Beispielsfall	113
II.	Beweislast	117
III.	Rechtswidrigkeit	118
B.	Verschulden	118
C.	Schaden	119
D.	Subsidiarität der Haftung	122
E.	Versäumung eines Rechtsmittels	123
F.	Mitverschulden, Verjährung	123
Kapitel 3	Konsequenzen für den Notar	124
A.	Inhaltskontrolle von Eheverträgen/Scheidungsvereinbarungen	124
B.	Zweifel an der Wirksamkeit	125
C.	Unwirksamkeit des Geschäfts	126
D.	Gestaltung des Beurkundungsverfahrens	127
I.	Beteiligung der Parteien	127
II.	Aufnahme der Umstände und Motive	128
III.	Salvatorische Klauseln	129
IV.	Aufnahme von Alternativgestaltungen bzw. (auflösenden) Bedingungen	129
V.	Vermerk/Dokumentation	130

Aktuelle Fragen des Versorgungsausgleichs aus der Sicht des Aktuars

Dr. Horst-Günther Zimmermann

Aktuar DAV/IVS, Hamburg

131

Kapitel 1	Einleitung	133
Kapitel 2	Grundlagen und Gestaltungsspielräume	134
A.	Vereinbarungen der Ehegatten	134

B.	Keine Durchführung des Versorgungsausgleichs	134
1.	Ausschluss bei kurzer Ehezeit nach § 3 VersAusglG	134
2.	Geringfügigkeit nach § 18 VersAusglG	135
3.	Fehlende Ausgleichsreife nach § 19 VersAusglG	135
C.	Versorgungsträger der betrieblichen Altersversorgung	136
D.	Teilung innerhalb des jeweiligen Systems oder Übertragung auf einen anderen Versorgungsträger?	137
1.	Interne Teilung	137
2.	Externe Teilung	137
Kapitel 3	Durchführung des Versorgungsausgleichs	139
A.	Aktuarielle Aufgaben im Versorgungsausgleich	139
B.	Ermittlung des Ausgleichswertes – Vier Schritte	140
1.	Schritt: Ermittlung des unverfallbaren betrieblichen Anrechts am Ende der Ehezeit	140
2.	Schritt: Ermittlung des Ehezeitanteils – unmittelbar oder zeitratierlich	140
3.	Schritt: Bewertung des Ehezeitanteils	141
a)	Drei Möglichkeiten der Teilung des Anrechts	141
b)	Rechnungsgrundlagen und Bewertungsparameter	144
c)	Wiederaufnahme eines Versorgungsausgleichsverfahrens	145
d)	Einbeziehung von Hinterbliebenenrenten	146
e)	Versorgungsstatus der ausgleichspflichtigen und der ausgleichsberechtigten Person	147
4.	Schritt: Halbierung des bewerteten Ehezeitanteils = Ausgleichswert (ggf. unter Berücksichtigung der Teilungskosten bei interner Teilung)	149
Kapitel 4	Umsetzung des Versorgungsausgleichs beim Versorgungsträger	151
A.	Begründung des Anrechts für die ausgleichsberechtigte Person bei interner Teilung	151
B.	Kürzung des Anrechts der ausgleichspflichtigen Person	152
C.	Kernpunkte einer Teilungsordnung	153
Kapitel 5	Fazit	154

Versorgungsausgleich bei der privaten Altersvorsorge

Prof. Dr. Caroline Meller-Hannich

Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Kapitel 1 Einleitung

Bekanntermaßen gilt beim Versorgungsausgleich nunmehr das Prinzip der internen Teilung und der Realteilung. Das bedeutet, die Anrechte, die ein Ehegatte in seinem Versorgungssystem hat, werden dort geteilt, und es kommt statt zur früheren Saldierung im ehezeitbezogenen Gesamtausgleich (§§ 1587a, 1587b BGB a.F.) zu einem Hin- und Her-Ausgleich der in der Ehe erworbenen Anrechte (§§ 1, 10 VersAusglG). Jedes einzelne Anrecht wird im Versorgungssystem geteilt. Jeder Ehegatte kann ausgleichsberechtigt und ausgleichsverpflichtet sein. Es gibt so viele Ausgleichspflichtige und Ausgleichsberechtigte wie Versorgungsanrechte bestehen. Nur in Ausnahmefällen kommt es zur Begründung eines Anrechts bei einem anderen Versorgungsträger im Wege der externen Teilung (§§ 14 ff. VersAusglG) oder zum schuldrechtlichen Ausgleich (§§ 20 ff. VersAusglG). Ausnahmen vom Versorgungsausgleich insgesamt gibt es bei kurzer Ehezeit (§ 3 Abs. 3 VersAusglG), infolge von Vereinbarungen der Ehegatten (§§ 7, 8 VersAusglG), bei geringer Differenz der Ausgleichswerte oder geringem Ausgleichswert (§ 18 VersAusglG)¹ sowie im Falle grober Unbilligkeit (§ 27 VersAusglG)².

In den Versorgungsausgleich sind sowohl Anwartschaften als auch Ansprüche auf laufende Versorgung einzubeziehen – beides fällt unter den Begriff der „Anrechte“ (§ 2 Abs. 1 VersAusglG). Es wird auch kein Unterschied gemacht, ob ein Anrecht im In- oder Ausland³ besteht und ob es aus der gesetzlichen Rentenversicherung, aus anderen Regelversicherungssystemen (Beamtenversorgung, berufsständische Versorgungswerke) oder aus der betrieblichen Altersversorgung⁴ stammt.

Ein Anrecht kann auch der privaten Alters- und Invaliditätsvorsorge entspringen. Erfasst sind insbesondere Leibrentenversicherungen, einschließlich der steuerlich geförderten „Riester“- und „Rürup“-Renten, private Berufsunfähig-

1 S. noch u. Kapitel 3. A.

2 S. noch u. Kapitel 5.

3 Im Ausland erworbene Anwartschaften sind allerdings nicht ausgleichsreif, s. §§ 19 Abs. 2 Nr. 4, Abs. 3, Abs. 4, 20 ff. VersAusglG. Infolge entfällt der Wertausgleich nach der Scheidung auch für Rechte des anderen Ehegatten.

4 Hier wird anscheinend von der Möglichkeit, nach § 14 Abs. 2 VersAusglG die externe Teilung zu wählen, in der Praxis vielfach Gebrauch gemacht: *Jaeger*, FamRZ 2010, 1714; vgl. *Bergschneider*, RNotZ 2009, 457, 459 f.; *Kirchmeier*, VersR 2009, 1581, 1582.

keits- oder Unfallversicherungen und private Leibrentenversprechen.⁵ Die private Vorsorge hat sich – auch unterstützt durch die „Riester“- und die „Rürup“-Rente – zur dritten Säule der Altersvorsorge entwickelt.⁶ Ihre Bedeutung im Versorgungsausgleich ist Thema dieses Beitrags.

5 *Kirchmeier*, VersR 2009, 1581, 1582 f.

6 *Kirchmeier*, VersR 2009, 1581.

Kapitel 2 Voraussetzungen für den Ausgleich

Während § 2 Abs. 1 VersAusglG den Begriff des Anrechts im oben genannten weiten Sinne definiert und die private Vorsorge dabei ausdrücklich einbezieht, benennt § 2 Abs. 2 VersAusglG die Voraussetzungen für jede Ausgleichung eines Anrechts: Es muss erstens durch Arbeit oder Vermögen geschaffen oder aufrechterhalten worden sein, zweitens der Absicherung im Alter oder bei Invalidität dienen und drittens auf eine Rente gerichtet sein.

A. *Durch Arbeit oder Vermögen geschaffen oder aufrechterhalten*

Die private Vorsorge ist ein durch Vermögen geschaffenes Anrecht. Woher dieses Vermögen stammt, spielt für die Einbeziehung in den Ausgleich keine Rolle. Es kann bei Eheschließung schon vorhandenes ebenso wie später erworbenes Vermögen sein; es kann erarbeitet, darlehensweise erlangt, ererbt oder geschenkt sein.⁷ Ausgleichsfrei bleiben aber solche Versorgungsleistungen, die durch von Dritten dem Versorgungsträger unmittelbar zugewandtes Vermögen geschaffen werden.⁸

Schwierig kann die Abgrenzung zwischen einer unmittelbaren (regelmäßig schenkweisen) Zuwendung eines Dritten an den Versorgungsträger und dem geschenkten und dann vom Ehegatten an den Versorgungsträger gezahlten Vermögen werden. Letzteres ist auszugleichen, ersteres nicht. Entscheidend wird sein, ob im Zeitpunkt der Zahlung an den Versorgungsträger eine Zugehörigkeit zum Vermögen eines Ehegatten bestand. Aus diesem Vermögen geschaffene Anrechte sind auszugleichen. Dient aber der Ehegatte nur als Mittelsperson zur Beitragsentrichtung durch einen Dritten, ist davon nicht auszugehen. Dieser Fall ist deshalb der unmittelbaren Zuwendung durch den Dritten gleichzustellen.⁹

7 *Brudermüller*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 2 VersAusglG, Rn. 6; *Dörr*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl., 2010, § 2 VersAusglG, Rn. 8.

8 BGH FamRZ 1983, 262; *Kemper*, in: Hk-BGB, 6. Aufl., 2009, § 2 VersAusglG, Rn. 9; nicht aber, wenn das Vermögen selbst aus einer Zuwendung eines Dritten stammt: OLG Koblenz, FamRZ 2005, 1255.

9 BGH NJW 1984, 1542; MünchKommBGB/Dörr (Fn. 7), § 2 VersAusglG, Rn. 9.

B. Der Absicherung im Alter oder bei Invalidität dienend

Anrechte, die andere Zwecke als die Alterssicherung oder Invaliditätssicherung verfolgen, z.B. Lebensversicherungen zur Hausfinanzierung oder Kapitalbildung ohne Versorgungscharakter gehören nicht in den Versorgungsausgleich.¹⁰ Sie sind güterrechtlich auszugleichen. Lebensversicherungen auf das Leben eines Dritten unterliegen ebenfalls nicht dem Versorgungsausgleich und zwar auch dann nicht, wenn der Ehegatte Versicherungsnehmer ist.¹¹ Es muss also immer um die Absicherung der Langlebigkeit oder der Invalidität des Ehegatten gehen, und die Leistungen müssen lebenslang bzw. für die Dauer der Invalidität erbracht werden. Ist eine Lebensversicherung auf eine Rente gerichtet, enthält aber ein Kapitalwahlrecht, führt dies nicht zum Ausschluss aus dem Versorgungsausgleich, wenn das Kapitalwahlrecht nicht ausgeübt ist.

Kumulativ brauchen die Voraussetzungen von Abs. 2 Nr. 2 VersAusglG nicht vorzuliegen. Auszugleichen sind deshalb auch Invaliditätsversicherungen, die nicht lebenslang geleistet werden. Der Regelfall der privaten Berufsunfähigkeitsversicherung ist ohnehin die Überbrückung der „Zeit bis zur Rente“, und auch eine solche Berufsunfähigkeitsversicherung dient der Invaliditätsabsicherung im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 2 VersAusglG. Bei der privaten Berufsunfähigkeits(zusatz)versicherung ist allerdings § 28 VersAusglG zu beachten, so dass ein Ausgleich nur dann vorzunehmen ist, wenn der Versicherungsfall in der Ehezeit eingetreten ist und die ausgleichsberechtigte Person am Ende der Ehezeit eine laufende Versorgung wegen Invalidität bezieht oder die gesundheitlichen Voraussetzungen dafür erfüllt. Der Grund für diese Einschränkung liegt darin, dass es sich bei der Invaliditätsversicherung um eine Risikoversicherung handelt, für die kein Deckungskapital gebildet wird. Ob das Risiko eintritt, ist ungewiss. Ist der Versicherungsfall nicht eingetreten, werden Anrechte aus privaten Invaliditätsversicherungen deshalb gar nicht ausgeglichen. Außerdem muss Invalidität auch beim Ausgleichsberechtigten vorliegen.¹² Dem Versorgungsausgleich unterfällt private Invaliditätsvorsorge deshalb nur dann, wenn beide Ehegatten invalide sind. Selbst wenn diese Voraussetzungen ausnahmsweise (!) vorliegen, werden diese Versicherungen nur schuldrechtlich nach den Regeln über den

¹⁰ Hk-BGB/*Kemper* (Fn. 8), § 2 VersAusglG, Rn 7.

¹¹ OLG Zweibrücken v. 4.2.2011 – 2 UF 82/10 (juris) „Sparvertrag auf das Leben eines Kindes“; Palandt/*Brudermüller* (Fn. 7), § 46 VersAusglG, Rn. 3.

¹² Kritisch zu dieser Neuerung MünchKommBGB/*Dörr/Glockner* (Fn. 7), § 28 VersAusglG, Rn. 6.

Ausgleich nach der Scheidung ausgeglichen (§§ 28 Abs. 3, 20-22 VersAusglG). Immerhin wird fingiert, dass die gesamte Versorgung in der Ehezeit erworben wurde (§ 28 Abs. 2 VersAusglG). Der schuldrechtliche unterscheidet sich vom versorgungsrechtlichen Versorgungsausgleich maßgeblich. Er führt nur zu einem unterhaltsähnlichen Anspruch des Berechtigten gegen den Verpflichteten, nicht aber zu dessen eigenständiger versicherungsrechtlicher Stellung.

Bei den sog. „Wohn-Riester“-Verträgen¹³ ist fraglich, ob sie die Voraussetzungen von § 2 Abs. 2 Nr. 2 VersAusglG erfüllen. Es handelt sich um Altersvorsorge-Bausparverträge nach § 1 Abs. 1a Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetz (AltZertG) bzw. § 92a EStG. Sie haben nicht vorrangig den Charakter einer Absicherung im Alter,¹⁴ der Sicherung dient vielmehr die Immobilie selbst. Andererseits gelten sie nach § 1 Abs. 1a AltZertG als Altersvorsorgeverträge und sehen in der Regel bei Nichtabruf eine lebenslange Leibrente vor. Auch von § 2 Abs. 2 Nr. 3 VersAusglG sind sie schließlich erfasst. Dies und die Tatsache, dass auch „Riester“-Rentenkapital zum Immobilienerwerb eingesetzt werden kann, sprechen dafür, sie in den Versorgungsausgleich einzubeziehen, solange sich der Bausparvertrag in der Ansparphase befindet. Nach Erwerb der Immobilie kann aber von einem Anrecht nicht mehr gesprochen werden; die Immobilie selbst fällt nicht in den Versorgungsausgleich.¹⁵

C. *Auf eine Rente gerichtet*

Die Anrechte müssen auf eine Rente und dürfen nicht auf eine Kapitalleistung gerichtet sein. Von einer Rente spricht man insoweit nur bei regelmäßig wiederkehrenden Leistungen. Auszahlungspläne oder Staffellungen der Kapitalauszahlung nach Zeiträumen sind deshalb grundsätzlich nicht erfasst.¹⁶ Eine Ausnahme hiervon schafft allerdings § 2 Abs. 2 Nr. 3 Halbsatz 2 VersAusglG. Neben den Anrechten im Sinne des Betriebsrentengesetzes sind nämlich solche des AltZertG im Versorgungsausgleich auszugleichen und zwar auch dann, wenn ihre Leistungen nicht auf eine Rente gerichtet sind.

Dafür ein kleiner Blick in die Konstruktion der „Rürup“- und der „Riester“-Rente: Steuerlich gefördert sind beide, die „Riester“-Rente nach §§ 10a, 79 ff.

13 Allgemein zur Riester-Rente u. C.

14 *Kirchmeier*, VersR 2009, 1581, 1583.

15 *Schaal/Meusch*, RNotZ 2011, 93, 98.

16 Hk-BGB/*Kemper* (Fn. 8), § 2 VersAusglG, Rn. 10.

EStG, §§ 1 ff. AltZertG und die „Rürup“-Rente nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 lit. b EStG. Die „Rürup“-Rente ist eine Basisrentenversicherung, die ausschließlich Ansprüche auf Rentenzahlung begründet. Sie fällt also ohne weiteres in den Versorgungsausgleich. Bei der Riesterrente kann aber auch an die Stelle der monatlichen Ratenzahlungen ein Auszahlungsplan i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 AltZertG gesetzt werden. Anschließend ist eine Teilkapitalverrentung spätestens ab dem 85. Lebensjahr vorzusehen. Bis zu zwölf Monatsleistungen können bei dem Auszahlungsplan als Sammelzahlung zusammengefasst werden oder ein Betrag in Höhe einer sog. Kleinbetragsrente nach § 93 Abs. 3 EStG wird abgefunden. Bis zu 30 Prozent des zu Beginn der Auszahlungsphase zur Verfügung stehenden Kapitals kann außerhalb der monatlichen Leistungen ausgezahlt werden; Zinsen und Erträge können gesondert ausgezahlt werden. Unabhängig von der Auszahlungsform sind sie in den Versorgungsausgleich einzubeziehen. Auch für „Wohn-Riester“-Verträge, die nach der hier vertretenen Ansicht¹⁷ die Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 Nr. 2 VersAusglG erfüllen, scheidet der Ausgleich nicht an denjenigen von § 2 Abs. 2 Nr. 3 VersAusglG, da unabhängig von der Leistungsform auszugleichen ist.

Altersvorsorgeverträge mit Kapitalleistungen sind nunmehr eindeutig einordbar: Private Lebensversicherungen, die nicht auf Rentenleistungen gerichtet sind, sind grundsätzlich nicht im Versorgungsausgleich auszugleichen. Anrechte, die in den Anwendungsbereich von § 2 Nr. 3 VersAusglG fallen, sind aber auszugleichen, auch wenn sie auf eine Kapitalzahlung gerichtet sind und nach altem Recht über den Zugewinnausgleich auszugleichen waren.¹⁸

17 S.o. Kapitel 2 B.

18 *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 6. Aufl., 2010, § 28 III, Rn. 25; s. noch u. Kapitel 5.

Kapitel 3 Anforderungen an die interne Teilung

A. Ausgleichswert

In den Ausgleich fallen nach § 1 Abs. 1 VersAusglG nur Ehezeitanteile. Das sind die Anrechte, die während der Ehezeit erworben wurden. Die Ehezeit beginnt nach § 3 VersAusglG mit dem Anfang des Monats, in dem die Ehe geschlossen wird, und endet mit dem Ende des Monats, in dem der Scheidungsantrag zugestellt wird. Alle vorehelichen und nach dem Ende der Ehezeit erworbenen Anrechte bleiben außer Betracht. Wird ein Beitrag nachentrichtet kommt es bei privaten Versicherungen auf den Zeitpunkt der Beitragszahlung und darauf, ob dieser innerhalb der Ehezeit liegt, an.¹⁹ Die Ehezeitanteile sind jeweils zur Hälfte zu teilen. Der ausgleichsberechtigten Person steht die Hälfte des Werts des jeweiligen Ehezeitanteils (Ausgleichswert) zu. Die Geringfügigkeitsregelung des § 18 VersAusglG hat hier – auch wegen der Verrechnungsmöglichkeit der Teilungskosten mit den Anrechten (§ 13 VersAusglG)²⁰ – in der Praxis erhebliche Bedeutung erlangt; vielfach unterbleibt der Ausgleich aus diesem Grund.²¹ Das ist für den Ausgleichsberechtigten bei mehreren „Kleinst-Versicherungen“, die in der Summe durchaus maßgebliche Werte erbringen können, natürlich problematisch, aber der Vereinfachungs- und Beschleunigungstendenz der Geringfügigkeitsregelung geschuldet.²²

19 *Gernhuber/Coester-Waltjen* (Fn. 18), § 28 III, Rn. 30-34.

20 Vgl. AG Erfurt v. 18.2.2011 – F 916/10 Rn. 76 (juris); AG Duisburg v. 17.2.2011 – 54 F 39/10 (juris) Rn. 34: Abzug der Teilungskosten bei der Berechnung des für § 18 VersAusglG maßgeblichen Ausgleichswerts.

21 S. etwa OLG Düsseldorf v. 27.12.2010 – 7 UF 182/10 (juris); OLG Celle, FamRZ 2011, 723; OLG Brandenburg v. 24.3.2011 – 10 UF 233/10 (juris); AG Erfurt v. 18.2.2011 – 36 F 916/10 (juris); AG Duisburg v. 17.2.1011 – 54 F 39/10 (juris); OLG Nürnberg v. 17.2.2011 – 11 UF 1659/10 (juris); OLG Celle, FamRZ 2010, 979; andererseits aber auch OLG München v. 20.12.2010 – 12 UF 1715/10 (juris); OLG Bamberg v. 18.11.2010 – 2 UF 211/10 (juris); kritisch zur Qualität der Geringfügigkeitsauskünfte *Hauß*, FPR 2011, 26, 28; zur erschwerten Rechtsanwendung *Palandt/Brudermüller* (Fn. 7), § 18 VersAusglG, Rn. 1; vgl. *MünchKommBGB/Gräper* (Fn. 7), § 18 VersAusglG, Rn. 2, 4.

22 Vgl. *MünchKommBGB/Gräper* (Fn. 7), § 18 VersAusglG, Rn. 12.

B. Gleichwertige versorgungsrechtliche Stellung

Wie die Teilung erfolgt, richtet sich nach §§ 9 ff. VersAusglG. Vorgesehen ist der Regelfall der internen Teilung. Die interne Teilung ist für beide Ehegatten steuerlich neutral (§ 3 Nr. 55a EStG).²³ Umgesetzt wird die interne Teilung nach den Regeln, die für das jeweilige Versorgungssystem gelten (§ 10 Abs. 3 VersAusglG). Die entscheidenden Anforderungen an die interne Teilung beschreibt vor allem § 11 VersAusglG. Danach erlangt der Ausgleichsberechtigte die versorgungsrechtliche Stellung gleichwertig zu derjenigen des Ausgleichsverpflichteten (§ 11 Abs. 1 Satz 1 VersAusglG).

Die ausgleichsberechtigte Person muss deshalb ein im Vergleich zum Anrecht der ausgleichspflichtigen Person eigenständiges und entsprechend gesichertes Anrecht erhalten (§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 VersAusglG). Ihr Anrecht gestaltet sich unabhängig vom Versicherungsschicksal des Ausgleichspflichtigen.²⁴ Das bedeutet bei einer privaten Versicherung, dass die ausgleichsberechtigte Person selbst versicherte Person wird.²⁵ Ein Neuvertrag ist abzuschließen. Die Versorgungsträger können darüber entscheiden, ob das übertragene Anrecht weiter ausbaubar ist oder nicht. Zu bedenken ist, dass laufende Versorgung übertragen wird. Dadurch, dass der Ausgleichsberechtigte selbst versicherte Person wird, muss er also auch die laufenden Beiträge weiterhin entrichten. Er wird deshalb sowohl über den evtl. Ausbau als auch über eine evtl. Kündigung oder ein beitragsfreies Ruhenlassen der Versicherung nachdenken müssen.²⁶

Die ausgleichsberechtigte Person muss zudem ein Anrecht in Höhe des Ausgleichswerts mit vergleichbarer Wertentwicklung erhalten (§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 VersAusglG). Vorgegeben ist also einerseits die Unabhängigkeit des Anrechts,²⁷ andererseits die Vergleichbarkeit in der Wertentwicklung, was bei einer privaten Versicherung nicht immer einfach zu vereinbaren ist. Bei der privaten Versicherung ist nämlich die Wertentwicklung vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses abhängig. Der dem Ausgleichsverpflichteten bei Vertragsschluss garantierte Zinssatz orientiert sich an der zu bildenden Deckungsrückstellung (Deckungskapital aller Verträge) der Versicherung.²⁸ § 2 Abs. 2 Satz 2 und 3 der

²³ Schmid/Bührer, FamRZ 2010, 1608, 1609; Körper, DStR 2010, 1214, 1216.

²⁴ Palandt/Brudermüller (Fn. 7), § 11 VersAusglG, Rn. 5.

²⁵ BT-Drs. 16/10144, S. 56.

²⁶ Kirchmeier, VersR 2009, 1581, 1587.

²⁷ S. soeben.

²⁸ Kirchmeier, VersR 2009, 1581, 1585.

Deckungsrückstellungsverordnung²⁹ ordnet hier an, dass der bisherige Zinssatz auch für den Neuvertrag des Ausgleichsberechtigten beibehalten werden kann. Der Ausgleichsberechtigte profitiert also trotz Neuvertrags von dem „alten“ garantierten Zinssatz. Nacheheliche rechtliche oder tatsächliche Veränderungen, die auf den Ehezeitanteil zurückwirken, sind – soweit schon bekannt – bereits bei der Entscheidung über den Versorgungsausgleich zu berücksichtigen.³⁰

Schließlich ist eine gleichwertige versorgungsrechtliche Stellung nur bei gleichem Risikoschutz gegeben (§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 VersAusglG). Das erfordert einen entsprechenden Insolvenzschutz³¹ und bedeutet, dass auch Leistungen der Hinterbliebenenversorgung, sofern sie zum Leistungsspektrum des auszugleichenden Anrechts gehören, in den Versorgungsausgleich einbezogen werden. Eine isolierte Hinterbliebenenversorgung ist aber nicht auszugleichen. Der Versicherungsträger kann allerdings den Risikoschutz auf die Altersversorgung beschränken und muss dann einen angemessenen Zuschlag auf die Altersversicherung als Ausgleich vornehmen.³²

29 Deckungsrückstellungsverordnung – DeckRV – v. 6.5.1996, BGBl. I 670, zuletzt geändert durch VO v. 1.3.2011, BGBl. I, 345, siehe BT-Drs. 16/13424, S. 23, 37.

30 BGH FamRZ 2011, 547 (aktuelle Fassung der Satzung eines RA-Versorgungswerks).

31 *Bergschneider*, RNotZ 2009, 457, 458.

32 BGH FamRZ 2011, 547 (9%); Palandt/*Brudermüller* (Fn. 7), § 11 VersAusglG, Rn. 8; kritisch zur unterschiedlichen Handhabung des Kompensationszuschlags in der Praxis *Hauß*, FPR 2011, 26, 27 f.

Kapitel 4 Verfahren der Teilung und Wertermittlung

Der Versorgungsausgleich ist die einzige Materie, die noch im Zwangsverbund steht (§ 137 FamFG). Das Verfahren wird von Amts wegen eingeleitet, und die Ehe wird nicht geschieden, wenn nicht zugleich eine Regelung des Versorgungsausgleichs stattfindet. § 140 FamFG gestattet allerdings in einigen Fällen die Auflösung des Verbunds. Erhebliche Relevanz wegen der für das neue Recht noch richterlich zu klärenden Fragen über Höhe und Bestand der auszugleichenden Anrechte dürfte hier § 140 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 i.V.m § 221 FamFG erhalten, wonach solange auszusetzen ist, bis das zuständige Spezialgericht den Streit zwischen den Beteiligten, wozu auch der Versorgungsträger zählt,³³ über das Anrecht geklärt hat.³⁴ Jedenfalls wird die Entscheidung über den Versorgungsausgleich nicht vor Rechtskraft des Scheidungsausspruchs wirksam, selbst wenn sie schon vorher rechtskräftig geworden ist (§ 148 FamFG).

Bei der Durchführung ist der Versorgungsträger entscheidend beteiligt. Er ist Beteiligter im gerichtlichen Verfahren und zur Erteilung von Auskünften verpflichtet, die das Gericht von Amts wegen einholt, wozu ein elektronisches Übermittlungsverfahren vorgesehen ist (§§ 219, 220, 229 FamFG).

Trotz vieler Möglichkeiten, den Versorgungsausgleich privatautonom zu beeinflussen, sind die Vorschriften des Verfahrensrechts und des materiellen Rechts in intertemporaler Hinsicht nicht disponibel.³⁵ Die Parteien können also nicht etwa das neue Recht wählen, wenn das alte Anwendung findet, oder das neue, wenn ihr Sachverhalt dem alten Recht unterfällt.

Der Versorgungsträger berechnet den Ehezeitanteil und unterbreitet dem Familiengericht einen Vorschlag für den Ausgleichswert (§ 5 VersAusglG). Die Wertermittlung richtet sich dabei nach §§ 39 bis 47 VersAusglG. Nach allgemeinen Bewertungsregeln (§§ 39-42 VersAusglG) gilt vorrangig eine unmittelbare Bewertung der Anwartschaft, alternativ eine zeitratierliche Bewertung oder eine Bewertung der schon laufenden Versorgung und hilfsweise eine Bewertung nach Billigkeit. Diese Werte spielen eine Rolle bei der Bestimmung des Ausgleichswerts und sind Grundlage für den Vorschlag des Versorgungsträgers an das Familiengericht.

33 S. sogleich.

34 Keidel/*Weber*, FamFG, 17. Aufl., 2011, § 221 Rn. 6.

35 OLG Stuttgart, FamRZ 2010, 1671.

Bei der privaten Versicherung verweist aber § 46 VersAusglG auf ein anderes Bewertungssystem. Maßgebliche Bezugsgröße für die Bewertung des Anrechts sind die Bestimmungen des VVG über Rückkaufswerte. Anzuwenden ist hier § 169 VVG. Ein Rückkaufswert bildet den Kapitalwert einer Versicherung zu einem bestimmten Stichtag ab und wird realisiert im Fall der Kündigung oder Vertragsaufhebung. Tatsächlich wird natürlich der Rückkaufswert im Versorgungsausgleich nicht realisiert. Entscheidend ist er vielmehr allein für die Wertbestimmung. Deshalb sind Stornokosten auch nicht abzuziehen (§ 46 Satz 2 VersAusglG). Bereits zugeteilte Überschussanteile und der für den Fall der Kündigung vorgesehene Schlussüberschussanteil sind nach §§ 169 Abs. 7, 153 Abs. 3 VVG ebenso wie die bereits bestimmten Bewertungsreserven auszugleichen.³⁶ Auf die Ehezeit rückwirkende Änderungen sind – wie erwähnt³⁷ – ebenfalls zu berücksichtigen. Schlussüberschüsse und Bewertungsreserven, die nicht garantiert sind und erst im Leistungsfall zur Auszahlung gebracht werden, finden aber keinen Eingang in den Ausgleichswert, da auch der Ausgleichsverpflichtete auf sie zum Stichtag (Ende der Ehezeit) keinen Anspruch hat.³⁸ Die Vorstellung des Gesamtverbands der Deutschen Versicherungswirtschaft geht ebenfalls in die Richtung, (nur) die der Ehezeit zuzuordnenden im Vertrag genutzten Bezugsgrößen für Bewertungsreserven und Schlussüberschussanteile hinzuzuziehen.³⁹ Daneben soll hinsichtlich der noch nicht zugeteilten Schlussüberschüsse und Bewertungsreserven die unmittelbare Bewertung in § 39 VersAusglG zur Anwendung kommen. Bei fondgebundenen Rentenversicherungen (vgl. § 169 Abs. 4 VVG) gilt ähnliches: Der Ausgleichsberechtigte, der selbst Versicherungsnehmer wird,⁴⁰ erhält in seine Versicherung einen Anteil an den vorhandenen Fondsanteilen, berechnet nach den Fondszuwächsen in der Ehezeit.⁴¹ Die Berücksichtigung nachträglicher Schwankungen kann insofern insgesamt nur über eine Übertragung bezogen auf das Ehezeitende erfolgen.⁴² Es ist – mit Ausnahme der Stornokosten – so zu berechnen, als wäre zu diesem Stichtag die Kündigung erfolgt.

36 *Kirchmeier*, VersR 2009, 1581, 1583 f.

37 S. o. Kapitel 3 B.

38 OLG München, FamRZ 2011, 978.

39 *Hoffmann/Raulf/Gerlach*, FamRZ 2011, 333, 334.

40 S. o. Kapitel 3 B.

41 *Hoffmann/Raulf/Gerlach*, FamRZ 2011, 333, 335; MünchKommBGB/*Glockner* (Fn. 7), § 46 VersAusglG, Rn. 18.

42 OLG München, NJW-Spezial 2010, 742; vgl. MünchKommBGB/*Glockner* (Fn. 7), § 46 VersAusglG, Rn. 18.

Für Verträge nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 lit. b EStG („Rürup“-Renten) ist der Wert unmittelbar nach § 39 VersAusglG zu ermitteln, da es hier keinen Rückkaufswert gibt, diese Rechte sind nicht kapitalisierbar.

Jede einzelne Teilungsanordnung der gerichtlichen Versorgungsausgleichsentscheidung ist anfechtbar und führt zur Überprüfung nur im Umfang der Anfechtung.⁴³

Eine Anpassung nach §§ 33-38 VersAusglG wegen Unterhalt, Invalidität oder Tod findet bei der privaten Vorsorge keinen Raum, da § 32 VersAusglG die aus ihr stammenden Anrechte nicht als anpassungsfähig ansieht.

43 OLG Düsseldorf v. 27.12.2010 – 7 UF 182/10 (juris); OLG Stuttgart, FamRZ 2011, 378.

Kapitel 5 Versorgungsausgleich, Güterstand und mögliche privatautonome Optionen

Versorgungsausgleich und Güterstand sind grundsätzlich unabhängig voneinander,⁴⁴ wobei § 2 Abs. 4 VersAusglG einen Vorrang des Versorgungsausgleichs vorsieht. Da § 2 Abs. 2 Nr. 3 Halbsatz 1 VersAusglG nur die auf eine Rente gerichtete Vorsorge in den Versorgungsausgleich einbezieht, fallen auf Kapitalleistung gerichtete Privatversicherungen aber in den güterrechtlichen Ausgleich.

Die Umwandlung einer privaten auf Rente gerichteten Versicherung in eine auf Kapitalleistung gerichtete Versicherung durch Ausübung eines Kapitalwahlrechts führt deshalb zum Entzug aus dem Versorgungsausgleich, und die Kapitalleistung fällt in den Zugewinnausgleich. Das gilt nun wegen § 2 Abs. 2 Nr. 3 Halbsatz 2 für die auf Kapitalleistung gerichteten Versicherungen nach dem Alt-ZertG („Riester“-Rente) und die Anrechte im Sinne des BetrAVG nicht mehr. Dadurch wird der Versorgungsausgleich ausgeweitet und unabhängig von der Leistungsform durchgeführt.⁴⁵ Manipulationsmöglichkeiten zur Umgehung des Versorgungsausgleichs wurden eingeschränkt.⁴⁶

Auch eine Umwandlung einer auf Kapitalleistung in eine auf Rentenzahlung gerichtete Versicherung ist denkbar mit dem Ziel, Pfändungsschutz für derartige private Altersvorsorge zu erhalten. Die Versicherung wird dadurch dem Zugewinnausgleich entzogen und dem Versorgungsausgleich zugeführt. Die Leistungen sind nach § 851c ZPO nur beschränkt pfändbar. Das angesammelte Kapital ist nach Maßgabe der Norm sogar vollständig unpfändbar. Die Umwandlung ist nach § 167 VVG gestattet. Die steuerlich geförderte Altersvorsorge ist nach § 851d ZPO ohnehin nur beschränkt pfändbar.

Kündigt ein Ehepartner seine private Lebensversicherung, um sie dem Versorgungsausgleich zu entziehen, findet § 27 VersAusglG Anwendung, wodurch vom Ausgleich der Anrechte des anderen Ehegatten abgesehen werden kann.⁴⁷ Insbesondere, wenn der Zugewinnausgleich ausgeschlossen wurde, können solche Handlungen treuwidrig sein.⁴⁸

44 *Gernhuber/Coester-Waltjen* (Fn. 18), § 28 II, Rn. 12.

45 *Gernhuber/Coester-Waltjen* (Fn. 18), § 28 Rn. 12, 28; *Brudermüller*, NJW 2010, 401, 405.

46 *Hk-BGB/Kemper* (Fn. 8), § 2 VersAusglG, Rn. 11, 13.

47 OLG Brandenburg, NJW 2011, 539.

48 *Kirchmeier*, VersR 2009, 1581, 1582.

Kapitel 6 Fazit

Die interne Teilung wird der Vielzahl unterschiedlicher Altersvorsorgesysteme stärker gerecht als die Saldierung im Gesamtausgleich. Das gilt insbesondere für die private Altersvorsorge. Die Einbeziehung bestimmter auch auf Kapitalleistung gerichteter Versicherungen („Riester“-Rente, Renten nach dem BetrAVG) stärkt zudem den Versorgungsausgleich gegenüber dem güterrechtlichen Ausgleich und kann Manipulationen mit dem Ziel des Entzugs einer Versorgung aus dem Versorgungsausgleich zumindest teilweise ausschließen. Diese Vorteile führen aber auch zu einem nicht einfachen Verfahrensablauf beim Versorgungsausgleich. Die Versorgungsträger sind intensiver als nach altem Recht in das Verfahren einbezogen und müssen der gleichberechtigten Teilhabe der Ehegatten an jeder einzelnen Versorgung bei ihren Teilungsvorschlägen gerecht werden. Interne versicherungsmathematische Berechnungen werden nun im Versorgungsausgleichsverfahren Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzung. Die Teilungskosten führen dabei dazu, dass in der Praxis der Ausgleich vielfach an der Geringwertigkeit der Ausgleichswerte scheitert. Angesichts der mannigfaltigen Gestaltungsmöglichkeiten privater Versicherungen ist es eine nicht einfache, aber notwendige Aufgabe für Gerichte und Versorgungsträger, eine gleichwertige versorgungsrechtliche Stellung von Ausgleichsberechtigten und Ausgleichsverpflichteten herzustellen. Nach wie vor bestehen bei privaten Versicherungen – insbesondere, wenn der Zugewinnausgleich ausgeschlossen ist – Manipulationsmöglichkeiten zu Lasten des Versorgungsausgleichs, indem eine Versicherung auf Kapitalleistungen umgestellt oder gar gekündigt wird. Einzelfallentscheidungen zur Frage treuwidrigen Verhaltens erspart auch das neue Recht nicht. Durch den erweiterten Pfändungsschutz privater Vorsorge in §§ 851c und 851d ZPO kann sich allerdings die Leistungsform der Rentenzahlung durchaus lohnen.

Grundzüge und Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich

Dr. Ludwig Bergschneider

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht, München

Kapitel 1 Allgemeines

A. Grundsätzliche Überlegungen zur Vereinbarung über den Versorgungsausgleich

1. Seit dem am 1. September 2009 erfolgten Inkrafttreten des Gesetzes über den Versorgungsausgleich (Versorgungsausgleichsgesetz – VersAusglG)¹ ist wesentlich mehr als früher zu überprüfen, ob eine Vereinbarung oder zumindest eine Teilvereinbarung über den Versorgungsausgleich geschlossen und wie gegebenenfalls eine Vereinbarung gestaltet werden soll. Dies entspricht auch der Absicht des Gesetzgebers, der mit der Reform mehr Gestaltungsspielraum für die Ehegatten, die Familiengerichte und die Versorgungsträger schaffen wollte und zwar sowohl in Eheverträgen als auch in Scheidungsvereinbarungen. Diese Absicht wurde in das Gesetz aufgenommen und zwar in § 6 Abs. 1 S. 1 VersAusglG, wo ausdrücklich festgestellt ist, dass die Ehegatten Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich (VA) schließen können, also die Vertragsfreiheit erweitert wird.

2. Das gesamte Versorgungsrecht bleibt kompliziert wie eh und je. Das Recht des VA als das die Versorgung überlagernde Recht und damit die Einzelheiten des VersAusglG können damit nicht einfach sein. Eine Vereinbarung über den VA setzt deshalb einen Vergleich zwischen der gesetzlichen Regelung mit ihren speziellen Auswirkungen und Sicherungen einerseits und dem beabsichtigten Inhalt der Vereinbarung andererseits und damit gute Kenntnisse des VersAusglG voraus. Dies gilt insbesondere für weitreichende oder gar vollständige Abänderungen des VA, die in vielen Fällen schon aus Haftungsgründen die Beiziehung eines Rentenberaters oder Versicherungsmathematikers ratsam erscheinen lassen. Die Vereinbarung eines Haftungsausschlusses von Rechtsanwälten bzw. ausdrückliche und verständliche Hinweise von Notaren werden in vielen derartigen Fällen angezeigt sein. Vertragliche Abänderungen bezüglich geringer Anrechte sind jedoch regelmäßig unproblematisch. Es ist daher unsicher, ob es im

1 Siehe dazu *Bergschneider*, Zur Neuregelung des Versorgungsausgleichs, RNotZ 2009, 457; *Brüggen*, Die Strukturreform des Versorgungsausgleichs – Auswirkungen auf die notarielle Praxis, MittBayNot 2009, 337; *Hauß/Eulering*, Versorgungsausgleich und Verfahren in der Praxis (FamRZ-Buch 30), 2009; *Ruland*, Versorgungsausgleich, 2. Auflage, 2009; *Triebbs*, Versorgungsausgleich aktuell – Bewertung, Verfahren, Gestaltung, 2009.

erwarteten Umfang zu Vereinbarungen kommt. Eine eventuelle Zurückhaltung wäre allerdings verständlich.

3. Jenseits der rechtlichen Konstruktion und der versicherungsmathematischen Bewertung, die beherrschbar sind oder in schwierigen Fragen zumindest nach einer Festigung der Rechtsprechung beherrschbar sein werden, steht das große Problem nach der Zukunftsfähigkeit des gesamten Altersvorsorgesystems. Dies gilt nicht nur für das auf dem Umlageverfahren beruhende und wegen der Änderung der Altersstruktur dauernden Anpassungen unterworfenen gesetzliche Rentensystem, sondern auch für die Versorgung des öffentlichen Dienstes, berufsständische Versorgungen, von Betriebsrenten, Lebensversicherungen, der Riesterreute und was auch sonst noch alles auf dem Markt ist. Die Wirtschaftskrisen der vergangenen Jahre haben zudem gezeigt, dass auch die Altersvorsorge in Form von Immobilien und Kapital nicht die absolut sichere Versorgung garantiert. Bei dieser allseitigen Unsicherheit zu beurteilen, welche Versorgungsansprüche sicherer und/oder günstiger sind und welche nicht, welche also angestrebt und welche weggegeben werden sollen, verleiht der anwaltlichen und notariellen Beratung glückspielhafte Züge, die zu dem Rat zwingt, einschlägige Entscheidungen im Wesentlichen den Parteien zu überlassen und nicht zu engagiert tätig zu werden. Wohl nicht zu spekulativ wird in vielen Fällen der Rat sein, der gesetzlichen Rentenversicherung (ges. RV), in geringerem Maße auch der Versorgung des öffentlichen Dienstes trotz aller negativen Anmerkungen eine erhebliche Bedeutung beizumessen, besonders, wenn es um größere Werte geht; hinter ihnen steht nämlich eine politische Macht, mit der es sich die vom Populismus geprägten Parteien nicht völlig verderben wollen. Auf derartige Rechte zu verzichten, sollte nicht nur einmal überlegt werden². Für die Praxis bedeutet dies, dass Gegenstand der Vereinbarungen in erster Linie sog. Randversorgungen sein werden.

B. Ehevertrag, Scheidungsvereinbarung

1. Bisher hatte sowohl der Ehevertrag i.S. von § 1408 Abs. 2 BGB a.F. als auch die Scheidungsvereinbarung i.S. von § 1587o BGB a.F. je eine Besonderheit. § 1408 Abs. 2 BGB a.F. enthielt eine Sperrfrist von einem Jahr, § 1587 o BGB

2 Der aktuelle Rentenwert betrug DM 25, 20 im Jahre 1977 und € 27, 20 im Jahre 2009 und war damit von der Steigerung des Lebenshaltungskosten-Indexes nicht allzu weit entfernt.

a.F. das Erfordernis einer gerichtlichen Genehmigung. Der größere Gestaltungsfreiraum im neuen Recht wird auch in der Weise erweitert, dass es nicht nur diesen bisher bestehenden Unterschied zwischen Ehevertrag und Scheidungsvereinbarung aufhebt und die formellen und materiellen Voraussetzungen für eine Vereinbarung über den VA zusammenfasst, sondern auch das Erfordernis der familiengerichtlichen Genehmigung von Scheidungsvereinbarungen und die einjährige Sperrfrist bei Eheverträgen beseitigt.

2. Die Regelungsbefugnisse und die Wirksamkeitsvoraussetzungen von Vereinbarungen über den VA sind in den §§ 6 bis 8 VersAusglG unter der Abschnittsüberschrift „Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich“ zusammengeführt.

Kapitel 2 Besondere materielle Wirksamkeitsvoraussetzungen für Vereinbarungen – Inhalts- und Ausübungskontrolle

A. *Die materiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen nach dem VersAusglG*

1. Vorrangig ist zu beachten³, dass durch die Vereinbarung über den VA gem. § 8 Abs. 2 VersAusglG Anrechte nur übertragen oder begründet werden können, wenn die maßgeblichen Regelungen dies zulassen, gegebenenfalls die betroffenen Versorgungsträger zustimmen. Die Ehegatten sind daher grundsätzlich nicht in der Lage, zu Lasten eines Versorgungsträgers einen VA zu vereinbaren, der nicht oder nicht in dieser Höhe gesetzlich vorgegeben ist. Dies gilt insbesondere für die sog. Regelversorgungssysteme, nämlich die ges. RV (§§ 32, 46 Abs. 2 SGB I) und das Beamtenversorgungsrecht (§ 3 Abs. 1 BeamtVG), aber auch für alle anderen Systeme. Wollen die Ehegatten von der gesetzlichen Regelung abweichen, bedarf dies der Zustimmung des betroffenen Versorgungsträgers (§§ 32, 46 Abs. 2 SGB I). Die damit erfolgte Beseitigung des bisherigen generellen Verbots ist vor allem für hohe Ausgleichswerte aus privaten Versicherungen von Bedeutung. Zulässig ist es jedoch, auf den Ausgleich eines Anrechts ganz zu verzichten⁴.

Beispiel: Der Ehemann hat für sein Alter nur mit Lebensversicherungen vorgesorgt, die Ehefrau ist in der ges. RV. Die Anrechte des Ehemannes werden nach § 10 VersAusglG intern geteilt. Auf die Durchführung des VA bezüglich der Anrechte der Ehefrau verzichtet der Ehemann.

2. Von den übrigen bisherigen materiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen, nämlich der ausdrücklich gesetzlich erwähnten einjährigen Sperrfrist des § 1408 Abs. 2 BGB a.F. und der Genehmigungsbedürftigkeit des § 1587o Abs. 2 S. 3 BGB a.F. ist lediglich die Beachtung der von der Rechtsprechung entwickelten richterlichen Inhaltskontrolle von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen verblieben. So heißt es denn auch in § 8 Abs. 1 VersAusglG unter der Überschrift „Besondere materielle Wirksamkeitsvoraussetzungen“, dass die Vereinbarung über den VA „einer Inhalts- und Ausübungskontrolle standhalten“ muss.

3 Siehe im Einzelnen *Hahne*, Regelungsbefugnisse der Ehegatten nach der Strukturreform des Versorgungsausgleichs, FamRZ 2009, 2041, 2043 ff.

4 Siehe im Einzelnen *Ruland* (Fn. 1), Rn. 816 ff.

3. Damit verweist der Gesetzgeber auf die mit der Grundentscheidung vom 11. Februar 2004 begründete Rechtsprechung des BGH⁵, die er seither mit einer Vielzahl von Entscheidungen zur richterlichen Inhaltskontrolle von Eheverträgen fortgeführt hat und die von Oberlandesgerichten auch auf Scheidungsvereinbarungen erstreckt wurde⁶. Das VersAusglG kennt in den §§ 6 bis 8 zwar nur den einheitlichen Begriff der „Vereinbarung“. Doch sind bei Anwendung der Rechtsprechung zur richterlichen Inhaltskontrolle Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen nicht generell gleich zu behandeln. Bei der Überprüfung der subjektiven Seite macht es beispielsweise einen Unterschied, ob in einem vor der Ehe geschlossenen Ehevertrag auf VA verzichtet wurde oder ob dies in einer Scheidungsvereinbarung geschah, als die Auskünfte zu den beiderseitigen Versorgungsanrechten bereits vorlagen.

4. Bei der Beurteilung einer Vereinbarung am Maßstab der richterlichen Inhaltskontrolle sind die hohe Wertigkeit des VA innerhalb der Kernbereichslehre des BGH zu beachten, wonach dem VA die zweithöchste Rangstelle innerhalb des Kernbereichs des Scheidungsfolgenrechts eingeräumt wird⁷, aber auch das Erfordernis, die Vereinbarung in einer Gesamtschau zu beurteilen. Die isolierte Beurteilung der Regelung über den VA wird deshalb oft nicht zu angemessenen Ergebnissen führen. Deshalb ist eine Darstellung der Kasuistik⁸ anhand der OLG- und AG-Rechtsprechung nur von beschränktem Wert, zumal die subjektiven Umstände, die für die Entscheidungen bedeutsam sind, oft nicht ausreichend berücksichtigt werden und die Instanzgerichte unterschiedlich judizieren. Stattdessen sollte von den grundlegenden Ausführungen des BGH und insbesondere von seinen den VA betreffenden Entscheidungen ausgegangen werden, welche die Kontrollfestigkeit von Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich ausreichend konturieren haben.

5. Speziell zum Versorgungsausgleich seien die beiden Beschlüsse des BGH vom 6. Oktober 2004⁹ („Versorgungsausgleich 1“ und „Versorgungsausgleich 2“¹⁰) vorgestellt: In beiden Beschlüssen ging es darum, ob in einem Ehevertrag der VA durchzuführen sei. Der BGH prüft die beiden Eheverträge zunächst am

5 Vgl. BGH FamRZ 2004, 601 = NJW 2004, 930.

6 Siehe *Bergschneider*, Richterliche Inhaltskontrolle von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen, 2008, S. 35 ff.

7 Vgl. die speziellen Entscheidungen des BGH zum VA, FamRZ 2005, 26; 2005, 185; 2008, 2011; 2009, 1041.

8 Siehe z.B. *Ruland* (Fn. 1), Rn. 830 ff.

9 BGH FamRZ 2005, 26 und 185 beide mit Anm. *Bergschneider*.

10 Die Kurzbezeichnungen sind dem Buch von *Bergschneider* (Fn. 6), entnommen.

Maßstab des § 138 Abs. 1 BGB (Sittenwidrigkeit, Wirksamkeitskontrolle, Bestandskontrolle) und anschließend am Maßstab des § 242 BGB (unzulässige Rechtsausübung, Ausübungskontrolle). Bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit stellt der BGH auf den Zeitpunkt der Vereinbarung ab, auf die damaligen subjektiven Umstände und darauf, ob sich die Regelung bezüglich des VA als eine gravierende Verletzung des dem Versorgungsausgleichs zugrunde liegende Verletzung ehelicher Solidarität herausstellt. Dabei kommt der BGH auf den wohl bedeutendsten Gesichtspunkt bei der Prüfung einer Vereinbarung über den VA zu sprechen, nämlich ob sich ein Ehegatte einvernehmlich der Betreuung gemeinsamer Kinder gewidmet und damit auf eine versorgungsbegründende Erwerbstätigkeit in der Ehe verzichtet hat und welche Gegenleistung er dafür erhalten hat. Ergibt die Prüfung, dass die Vereinbarung sittenwidrig ist, ist der VA nach den gesetzlichen Vorschriften durchzuführen. Bei einer Beanstandung im Wege der unzulässigen Rechtsausübung, wobei die Verhältnisse im Zeitpunkt des Scheiterns der Lebensgemeinschaft maßgebend sind, sind im Wege des Versorgungsausgleichs (nur) die ehebedingten Nachteile auszugleichen; der benachteiligte Ehegatte ist also so zu stellen wie er stünde, wenn er ohne Kinderbetreuung eine Versorgung erworben hätte. Eine Nivellierung findet nicht statt.

Urteil vom 12. Januar 2005¹¹ („Weitgehender Verzicht“): 44 bzw. 46 Jahre alte Eheleute ohne gemeinsame Kinder hatten vor der Heirat einen Ehevertrag abgeschlossen. Sie vereinbarten Gütertrennung und den Ausschluss des VA. Ferner verzichteten sie auf nachehelichen Unterhalt, wobei sich der Ehemann verpflichtete, für den Fall der Scheidung an die Ehefrau für jedes vollendete Ehejahr eine „Unterhaltsabfindung“ in Höhe von 10.000 DM zu bezahlen, höchstens 80.000 DM. Außerdem verpflichtete er sich, für die Ehefrau ab Rechtskraft der Scheidung bis zur Vollendung ihres 60. Lebensjahres Beiträge zur ges. RV in Höhe der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberanteile nach einem monatlichen Bruttoentgelt von 2.000 DM zu entrichten, falls die Ehefrau keine Erwerbstätigkeit ausüben könne. Während der Ehe waren die Ehefrau und der Ehemann gleiche Zeit lang versicherungspflichtig erwerbstätig. Trotz der erheblichen Benachteiligung der Ehefrau (die für den Verzicht auf nachehelichen Unterhalt und VA vorgesehenen Kompensationen – für den Zugewinnausgleich ist überhaupt keine Kompensation vorgesehen – unterschreiten nach damaligem Recht deutlich die gesetzlichen Ansprüche) hat der BGH festgestellt, ein VA finde nicht statt und hat diesen Ehevertrag auch sonst nicht beanstandet. Zum VA wies er unter anderem darauf hin, dass im Hinblick auf das Alter der Eheleute bereits bei der Heirat

11 BGH FamRZ 2005, 691 mit Anm. *Bergschneider*.

üblicherweise ein nicht unwesentlicher Teil der Altersversorgung bereits erworben sei und die Ehefrau in der Ehe ihre Altersversorgung weiter ausbauen konnte. Zusätzlich stellte er fest, dass eine Beanstandung auch nicht aus subjektiven Gründen veranlasst sei.

Urteil vom 17. Oktober 2007¹² („Mehrheitsgesellschafter“): Aus der Ehe sind zwei Kinder hervorgegangen. Die Ehefrau führte den Haushalt und betreute die Kinder. Einige Wochen vor der Heirat schlossen sie einen Ehevertrag (nur) mit Gütertrennung. Abreden über den VA und den Unterhalt wurden nicht getroffen. Die Ehefrau war schwanger. Der Ehemann war damals Angestellter einer Familien-GmbH. Kurz darauf erwarb er einen Anteil, wurde in der Folgezeit Mehrheitsgesellschafter und Geschäftsführer dieses Unternehmens. Namhafte Versorgungsrechte sind bei keinem der Ehegatten entstanden. Die Ehefrau versuchte, anstatt des mangels Masse nicht durchzuführenden VA eine Beteiligung über den Zugewinnausgleich. Der BGH beanstandete die Gütertrennung nicht und schuf auch keinen sonstigen Ausgleich für den nicht stattfindenden VA. Damit wurde kein Ausgleich für nicht entstandene Anrechte geschaffen.

Urteil vom 9. Juli 2008¹³ („Gütertrennung/Jurist“): Kurz vor der Heirat schlossen die Parteien einen Ehevertrag, der eine Gütertrennung und den Verzicht auf VA enthielt. Zum Unterhalt wurde eine differenzierte, die künftige Ehefrau stark benachteiligende Regelung getroffen. Die Frau war damals 24 Jahre alt und Erzieherin in einem Kindergarten, der Mann 44 Jahre und erfolgreicher Jurist. Die Frau war im neunten Monat schwanger. Ihr wurde vor der notariellen Verhandlung kein Vertragsentwurf zugeleitet, der Ehevertrag wurde mit den Parteien nicht vorbesprochen und der Frau auch sonst nicht rechtzeitig zur Kenntnis gebracht. Der wesentliche Teil des Ehevertrages schließt mit einer pauschalen salvatorischen Klausel. Aus der Ehe sind drei Kinder hervorgegangen. Der BGH beurteilt den gesamten Vertrag bei einer umfassenden Betrachtung objektiver und subjektiver Gesichtspunkte als sittenwidrig. Ausgangspunkt für die Annahme der Sittenwidrigkeit des Gesamtvertrags war der Verzicht auf den hochrangigen VA im Rahmen der Kernbereichslehre, auf Grund dessen die Ehefrau wegen der vorhersehbaren Betreuung gemeinsamer Kinder keine Altersversorgung aufbauen konnte.

Beschluss vom 18. März 2009¹⁴ („Versorgungsausgleich 3“): Im Ehevertrag war Gütertrennung vereinbart und der VA ausgeschlossen. Der Unterhalt wurde

12 BGH FamRZ 2008, 386 mit Anm. *Bergschneider*.

13 BGH FamRZ 2008, 2011 mit Anm. *Bergschneider*.

14 BGH FamRZ 2009, 1041 mit Anm. *Bergschneider*.

im Wesentlichen auf der Grundlage der gesetzlichen Vorschriften variiert. Der BGH entschied, dass ein im Ehevertrag kompensationslos vereinbarter Ausschluss des VA nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist, wenn die Ehefrau bei Abschluss des Vertrages schwanger ist und die Ehegatten bewusst in Kauf nehmen, dass sie wegen Kindesbetreuung alsbald aus dem Berufsleben ausscheiden und bis auf Weiteres keine eigenen Versorgungsrechte (abgesehen von Kindererziehungszeiten) erwerben wird.

B. Konsequenzen für die Praxis

1. Im Hinblick auf diese Strukturen ist die bisherige Rechtsprechung zur Genehmigungsfähigkeit von Scheidungsvereinbarungen (§ 1587 Abs. 2 S. 3 BGB a.F.) nicht mehr von Bedeutung. In einer Diskussion beim Deutschen Familiengerichtstag im September 2009 bestand auch Einigkeit darüber, dass die (alten) Genehmigungsgrundsätze nicht über den Weg der richterlichen Inhaltskontrolle wieder Bedeutung erlangen sollen. Stattdessen ist zu prüfen, ob mit dem Verzicht die eheliche Solidarität verletzt ist. Dabei kommt es insbesondere auf die Wertigkeit des Verzichts/der Verzichte, auf die subjektiven Gegebenheiten und eine Gesamtschau an, die darüber entscheiden, ob die Vereinbarung sittenwidrig ist (Bestandskontrolle, § 138 Abs. 1 BGB), als unzulässige Rechtsausübung zu kontrollieren (Ausübungskontrolle, § 242 BGB) oder ob die Vereinbarung kontrollfest ist. Im letzteren Fall ist das Familiengericht an die Vereinbarung gebunden (§ 6 Abs. 2 VersAusglG)¹⁵. Damit ergibt sich aus der bisherigen BGH-Rechtsprechung und insbesondere aus den vorstehenden Entscheidungen u.a. Folgendes:

Besonders problematisch ist ein Verzicht auf VA, wenn wegen der Betreuung gemeinsamer Kinder keine Altersversorgung aufgebaut oder weitergeführt werden kann und kein Ausgleich geschaffen oder in anderer Weise die Altersversorgung gewährleistet ist. Hier geht es – wie beim Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB – auch um das Kindeswohl, nämlich dass der betreuende Elternteil nicht veranlasst werden soll, durch Aufnahme einer Erwerbstätigkeit sich nicht im erforderlichen Maß den Kindern widmen zu können. Ist dieses Defizit bei Vertragsabschluss absehbar, wird in vielen Fällen Sittenwidrigkeit in Betracht kommen. Stellt sich dieses Defizit entgegen der ursprünglichen Planung erst bei der

¹⁵ Siehe nachfolgend Kapitel 3 C.

Scheidung heraus, wird regelmäßig ein Fall unzulässiger Rechtsausübung in Betracht kommen.

Widmet sich ein Ehegatte auf Grund gemeinsamer Entscheidung während der Ehe der Haushaltsführung und kann er während dieser Zeit keine Altersversorgung aufbauen oder weiterführen und ist kein Ausgleich geschaffen oder in anderer Weise die Altersvorsorge gewährleistet, ist der Vertrag regelmäßig zu beanstanden. Ob Sittenwidrigkeit oder unzulässige Rechtsausübung in Betracht kommt, hängt wesentlich von den subjektiven Umständen ab.

Entstehen während der Ehe keine ehebedingten Versorgungs Nachteile, ist ein Verzicht auf den VA in aller Regel nicht zu beanstanden.

Beispiel: Heiraten ein Arzt und eine medizinische Assistentin und schließen sie in einem Ehevertrag den VA aus, ist dies grundsätzlich nicht zu beanstanden (wenn sich die Beanstandung nicht aus anderen Gesichtspunkten ergibt, z.B. Kindesbetreuung).

Findet auf Grund der minimalen Anrechte aus rechnerischen Gründen ein VA nicht oder nur in minimalem Umfang statt, verbleibt es dabei, gleich ob ein Verzicht vereinbart ist oder nicht. Ein Ausgleich kann nicht etwa durch Heranziehung anderer Rechte geschaffen werden. Eine Verpflichtung zur Begründung einer Altersversorgung besteht grundsätzlich nicht.

Ein an und für sich nicht zu beanstandender Verzicht auf VA kann dann zu dessen Sittenwidrigkeit führen, wenn der Vertrag aus anderen Gründen massiv zu beanstanden, insbesondere für eine Partei ausnahmslos nachteilig ist und keine berechtigten Belange der anderen Partei vorliegen. Damit sind auch diejenigen Ehen erfasst, aus denen keine gemeinsamen Kinder hervorgegangen sind.

Ist die Vereinbarung zum VA sittenwidrig, ist der VA nach den gesetzlichen Vorschriften durchzuführen, also wie wenn keine Vereinbarung getroffen worden wäre.

Wird die entsprechende Vereinbarung im Wege der unzulässigen Rechtsausübung beanstandet, sind die ehebedingten Nachteile auszugleichen, also ist der benachteiligte Ehegatte versorgungsmäßig so zu stellen, wie wenn er seine Versorgungsbiografie unbeeinflusst fortgesetzt hätte.

Formulierungsbeispiel 1 (Ausübungskontrolle): Sollte der vorstehende Verzicht als unzulässige Rechtsausübung beanstandet werden, dann sind bezüglich der Anrechte in der gesetzlichen Rentenversicherung die fiktiven Versorgungsanrechte des berechtigten Ehegatten in der Weise zu ermitteln, dass diejenigen Entgelte, die er bei gedachter Weiterführung der Erwerbstätigkeit in der Zeit der ehebedingten Berufspause hätte erzielen können, zu den in dieser Zeit jeweils gegebenen Durchschnittsentgelten aller Versicherten ins Verhältnis gesetzt und damit die jährlichen Entgeltpunkte und daraus die erzielbaren Rentenanwartschaften errechnet werden. Bei anderen Anrechten ist in möglichst vergleichbarer Weise zu verfahren. Ist die Durchführung des Versorgungsausgleichs auf diesem Wege im Hinblick auf die Regelung des § 8 Abs. 2 VersAusglG nicht möglich, ist sie unwirtschaftlich, nicht ermittelbar oder entspricht sie nicht dem Ziel der Ausübungskontrolle, so bestimmt das Familiengericht den Ausgleich nach billigem Ermessen.

2. Selbst wenn die vom BGH vorgegebene Grundstruktur verhältnismäßig klar ist, sind dennoch die Entscheidungen der Instanzgerichte nach wie vor recht unterschiedlich, weshalb es im Einzelfall auch in Zukunft manchmal schwierig zu beurteilen sein wird, wie die Familiengerichte mit der Inhalts- und Ausübungskontrolle im Zusammenhang mit dem VA umgehen werden. Für die Vertragsgestaltung sollte deshalb das Vorsichtsprinzip besonders beachtet werden, insbesondere was – die dringend anzuratenden – Kompensationsleistungen bei einem Verzicht auf Versorgungsleistungen angeht. Eine wesentliche Voraussetzung für die Erfüllung der in der Gesetzesbegründung ausgesprochenen Erwartung, in Zukunft werde es mehr Vereinbarungen über den VA als bisher geben, ist allerdings, dass die Rechtsprechung der Privatautonomie breiten Raum gibt. Dieser Erwartung wird insbesondere dann entsprochen werden, wenn die Familiengerichte ihre bisherige Praxis fortsetzen, indem sie die Beachtung der Grundsätze der richterlichen Inhalts- und Ausübungskontrolle regelmäßig nur auf eine entsprechende Einwendung hin oder dann überprüfen, wenn dafür besondere Anhaltspunkte (z.B. völlig einseitige Regelungen) vorliegen. In derartigen Fällen wird sich deshalb empfehlen, in den Vertrag zumindest eine kürzere oder ausführlichere Erläuterung aufzunehmen, dass die Grundsätze der richterlichen Inhalts- und Ausübungskontrolle beachtet sind; ein genereller derartiger Hinweis scheint nicht erforderlich.

3. Die Inhalts- und Ausübungskontrolle umfasst auch die Prüfung, ob die Vereinbarung nicht zulasten der Sozialhilfe (im Alter: Grundsicherung nach SGB XII) geht, da ein solche Vereinbarung gegen § 138 Abs. 1 BGB verstoßen würde.

4. Es ist zu beachten, dass die Ehegatten keine Vereinbarung mehr treffen können, wenn der Wertausgleich durch rechtskräftigen Gestaltungsbeschluss (§ 224 FamFG) vollzogen ist. Unter Wertausgleich versteht man die in den §§ 10 bis 17 VersAusglG aufgeführten Ausgleichsformen, also die interne und die externe Teilung. Dann kann beispielsweise eine Verpflichtung zur Rückübertragung von ausgeglichenen Anwartschaften nicht mehr vereinbart werden. Mit der Rechtskraft eines solchen Beschlusses verlieren die Ehegatten insoweit ihre Dispositionsbefugnis¹⁶. Dies gilt selbstverständlich nicht, soweit der schuldrechtliche VA vorbehalten ist oder die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Abänderung des öffentlich-rechtlichen VA nach §§ 51f. VersAusglG vorliegen. Gleiches gilt für den Fall, dass der Versorgungsträger (z.B. Betriebsrententräger) zustimmt.

¹⁶ Vgl. OLG Zweibrücken, FamRZ 2002, 1410.

Kapitel 3 Form, Auskunft, Entscheidung des Familiengerichts

A. Formvorschriften

Bei Vereinbarungen über den VA verbleibt es grundsätzlich bei der notariellen Form (§ 7 VersAusglG). Dies gilt sowohl für eine Scheidungsvereinbarung als auch für eine Vereinbarung über den Versorgungsausgleich im Rahmen eines Ehevertrags (§ 1410 BGB). Diese Formbedürftigkeit gilt jedoch nur für Vereinbarungen, die vor Rechtskraft der Entscheidung über den Wertausgleich¹⁷ geschlossen werden. Sonstige Vereinbarungen sind formfrei; dies gilt insbesondere für Ausgleichsansprüche nach der Scheidung i.S. von §§ 20 bis 26 VersAusglG. Die Regelung des § 127a BGB (Beurkundungsmöglichkeit im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs) gilt entsprechend. Auch in der Form des schriftlichen Vergleichs nach § 278 Abs. 6 ZPO kann die Vereinbarung wirksam geschlossen werden¹⁸

B. Auskunftsansprüche

Auf Grund der erweiterten Möglichkeiten zum Abschluss von Vereinbarungen gewinnen die außerhalb eines Ehescheidungsverfahrens bestehenden – jedoch inhaltlich unveränderten – Auskunftsansprüche größere Bedeutung als bisher (§ 4 VersAusglG)¹⁹. Dies gilt insbesondere neben den Ansprüchen der Eheleute, einander Auskunft zu erteilen auch für das Auskunftsrecht eines Ehegatten gegenüber dem Versorgungsträger des anderen Ehegatten. Daneben besteht wie bisher die Auskunftspflicht im Rahmen eines Gerichtsverfahrens über den VA, insbesondere also eines Ehescheidungsverfahrens (§ 220 FamFG).

17 Unter Wertausgleich bei der Scheidung sind die interne und externe Teilung i.S. von §§ 9 bis 19 VersAusglG zu verstehen.

18 So OLG Naumburg, FamRZ 2009 617 für einen Vergleich gemäß § 1587o BGB.

19 Siehe auch *Triebbs* (Fn. 1), Rn. 184 ff.

C. *Entscheidung des Familiengerichts*

Bestehen keine Wirksamkeits- und Durchsetzungshindernisse, ist das Familiengericht nach § 6 Abs. 2 VersAusglG an die Vereinbarung gebunden. Liegen die Voraussetzungen für eine solche Bindung vor, stellt das Gericht nach § 224 Abs. 3 FamFG in der Beschlussformel fest, dass insoweit kein Wertausgleich stattfindet. Diese Entscheidung erwächst in Rechtskraft und zwar mit den tragenden Gründen der Entscheidung²⁰. Kommt das Familiengericht zu dem Ergebnis, dass die Vereinbarung unwirksam ist, wird der VA gesetzlich durchgeführt.

20 Siehe *Bumiller/Harders*, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 9. Aufl. 2009, § 224 FamFG Rn. 9

Kapitel 4 Inhaltliche Gestaltungsmöglichkeiten nach § 6 Abs.1 VersAusglG

A. *Die beispielhafte Aufzählung in § 6 Abs. 1 S.1 2 VersAusglG*

§ 6 Abs. 1 S. 1 VersAusglG weist ausdrücklich darauf hin, dass die Parteien den VA ganz oder teilweise selbst regeln können²¹ und bringt in § 6 Abs. 1 S. 2 VersAusglG eine beispielhafte Aufzählung, die jedoch nicht abschließend ist.

B. *Einbeziehung des VA in die Regelung der ehelichen Vermögensverhältnisse*

Als Regelungsbeispiel nennt § 6 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VersAusglG an erster Stelle Vereinbarungen, die den VA ganz oder teilweise in die Regelung der ehelichen Vermögensverhältnisse einbeziehen. Hier kommen insbesondere sog. Paketlösungen in Betracht, die im Rahmen einer Scheidungsvereinbarung oder eines Ehevertrages verschiedene und oft gegenläufige Rechtsansprüche miteinander verknüpfen. Beispielsweise erwirbt die Ehefrau den Miteigentumsanteil des Ehemannes am gemeinsamen Hausgrundstück gegen ihren Verzicht auf nachehelichen Unterhalt, ihre Ansprüche auf Zugewinnausgleich und VA oder eines Teils ihrer Ansprüche aus VA, etwa aus der Betriebsrente des Ehemannes.

Formulierungsbeispiel 2 (Verzicht, Teilverzicht): (Nach der Darstellung der vorausgehenden Ausgleichsvorgänge) Die Ehefrau und der Ehemann verzichten hiermit auf ihre sämtlichen Anrechte aus Versorgungsausgleich im Sinne von § 2 VersAusglG und nehmen diesen Verzicht hiermit wechselseitig an. Die Beteiligten sind darüber einig, dass dieser Verzicht sich auch auf jede spätere Abänderung des Versorgungsausgleichs erstreckt. Sie nehmen diesen Verzicht hiermit wechselseitig an.

Variante: Die Ehefrau verzichtet hiermit gegenüber dem Ehemann auf den Ausgleich sämtlicher Anrechte, die im Zusammenhang mit seinem Arbeitsverhältnis bei der X.-AG in der Ehezeit entstanden sind oder künftig entstehen werden, wenn sie sich in irgendeiner Weise auf die Ehezeit beziehen usw.

Für beide Varianten: Die Ehegatten haben nach der Auskunft der DRV Bund vom ... bzw. ... eine Versorgungserwartung bei Fortsetzung ihrer bisherigen sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung und zwar der Ehemann in Höhe von ... €, die Ehefrau in Höhe von ... €.

21 Siehe oben Kapitel 1 B. und Kapitel 2.

(Zu überlegen ist abschließend eine kurze Begründung oder ein Hinweis, dass die Regelung einer Inhalts- und Ausübungskontrolle standhält – beispielsweise durch Darstellung der Gegenleistung – oder eine Bestätigung der Parteien, dass sie darüber belehrt worden sind, wenn sich dies nicht bereits aus der beschriebenen Rentenhöhe ergibt)²².

C. *Ausschluss des VA*

Diese Möglichkeit ist in § 6 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VersAusglG ausdrücklich erwähnt. Dazu kann das vorstehende Formulierungsbeispiel verwendet werden. Ganz besonders zu beachten ist in diesem Zusammenhang die Rechtsprechung zur richterlichen Inhaltskontrolle von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen, wonach ein Verzicht auf Versorgungsausgleich zwar grundsätzlich – unter Umständen auch entschädigungslos – zulässig, aber insbesondere dann sehr problematisch ist, wenn er die Zeit umfasst, in welcher der verzichtende Ehegatte wegen Kindesbetreuung keine Versorgungsansprüche erwerben konnte²³. Der Ausschluss kann auch einzelne Versorgungen oder Teile davon betreffen. Nicht zulässig ist dagegen eine Vereinbarung, wonach eine Versorgung des Ausgleichspflichtigen überhaupt nicht, eine andere Versorgung dagegen zu hundert Prozent (also nicht nur hälftig) ausgeglichen wird. Denn zu Lasten eines Versorgungsträgers können nicht mehr Ansprüche übertragen werden als gesetzlich zulässig, es sei denn er stimmt zu (§ 8 Abs. 2 VersAusglG)²⁴. Beim Ausschluss wird es regelmäßig geboten sein, in die Vereinbarung die Gründe aufzunehmen, welche die Rechtsprechung zur richterlichen Inhaltskontrolle als beachtet darstellen²⁵ (z.B. dass der Berechtigte im Alter ausreichend durch Vermögen gesichert ist).

D. *Vorbehalt weiterer Ausgleichsansprüche*

1. Das in § 6 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 VersAusglG als letztes genannte Regelungsbeispiel betrifft den Anspruch auf schuldrechtliche Ausgleichsrente (§ 20 VersAusglG), die Abtretung von Versorgungsansprüchen (§ 21 VersAusglG), den An-

22 Siehe oben Kapitel 2 B. 2.

23 Vgl. dazu insbesondere BGH FamRZ 2008, 2011 und oben Kapitel 2 B. 1.

24 Siehe *Ruland* (Fn. 1), Rn. 803; *Hahne*, FamRZ 2009, 2041, 2043.

25 Siehe oben Kapitel 2 B. 2.

spruch auf Ausgleich von Kapitalzahlungen (§ 22 VersAusglG) und den Anspruch auf Abfindungen (§§ 23, 24 VersAusglG).

2. Regelungen, die einen VA einer schuldrechtlichen Ausgleichsrente vorbehalten, dürften in der Praxis nur selten vorkommen. Es war gerade eines der Ziele der Reform, den schuldrechtlichen VA wegen seiner Defizite zurückzudrängen. Da die verbliebenen Restbestände an schuldrechtlichem VA nicht gestärkt worden sind, besteht auch in Zukunft wenig Interesse, andere Ausgleichsformen in einen schuldrechtliche VA umzuwandeln. An eine Ausnahme könnte beispielsweise dann gedacht werden, wenn die gesetzliche Ausgleichsform zwar rechtlich möglich, aber schwierig oder mit unangemessenem Ergebnis durchzuführen wäre, ohne dass bereits ohnedies die Voraussetzungen für die Durchführungsform des schuldrechtlichen VA gegeben wären (§§ 19 ff. VersAusglG). Zu bedenken ist aber in diesem Zusammenhang, dass bei einer solchen Vereinbarung die Teilhabe an der Hinterbliebenenversorgung entfallen kann (§ 25 Abs. 2 VersAusglG). Gegenstand des Ausgleichsanspruchs ist ein bestimmter wiederkehrender Geldbetrag. Die Beteiligten können aber auch einen bestimmten Prozentsatz der Rente der Verpflichteten als Ausgleichsrente vereinbaren. Eine Titulierung ist insoweit jedoch nicht möglich, da ein geschuldeter Prozentsatz der Gesamtbetriebsrente dem Erfordernis der Bestimmtheit von Vollstreckungstiteln widerspricht²⁶.

3. Nach § 21 Abs.1 VersAusglG kann der Ausgleichsberechtigte vom Ausgleichspflichtigen die Abtretung des Anspruchs gegen den Versorgungsträger in Höhe der Ausgleichsrente verlangen. Eine solche Abtretung bietet sich als weitere Möglichkeit für eine Vereinbarung an. Sie ist auch dann wirksam, wenn andere Vorschriften die Übertragung oder Pfändung des Versorgungsanspruchs ausschließen (§ 21 Abs. 3 VersAusglG). Es kann aber nur die Abtretung eines bestimmten wiederkehrenden Geldbetrages verlangt werden, nicht jedoch die Abtretung der schuldrechtlichen Ausgleichsrente als Prozentsatz²⁷.

4. Erhält der Ausgleichspflichtige aus einem noch nicht ausgeglichenen Anrecht Kapitalzahlungen, kann der Ausgleichsberechtigte von ihm die Zahlung des Ausgleichswerts verlangen. In einem solchen Fall (§ 22 VersAusglG) ist eine entsprechende Vereinbarung über eine Ausgleichszahlung dringend anzuraten.

5. Nach § 23 VersAusglG kann der Ausgleichsberechtigte vom Ausgleichspflichtigen eine zweckgebundene Abfindung in Höhe des Zeitwerts des Aus-

26 Vgl. BGH FamRZ 2007, 2055; 2008, 1841.

27 Vgl. BGH FamRZ 2007, 2055; 2008, 1841.

gleichswerts verlangen²⁸. Die Zweckbindung besteht in der Form, dass die Abfindung an den Versorgungsträger zu zahlen ist, bei dem ein bestehendes Recht ausgebaut oder ein neues Recht begründet werden soll. In einer Vereinbarung kann auch die Abfindung ohne Zweckbindung oder mit einem veränderten Betrag ausgezahlt werden. In der Praxis wird vielfach ein geringerer Betrag als der Zeitwert des Ausgleichswerts vereinbart, der nicht für die Altersversorgung verwendet werden muss, sondern beispielsweise zur Gründung einer Existenz²⁹.

Formulierungsbeispiel 3 (Abfindung): 1. Die Ehegatten sind darüber einig, dass der Versorgungsausgleich bezüglich ihrer Anrechte aus der gesetzlichen Rentenversicherung und der Beamtenversorgung nach den gesetzlichen Vorschriften durchgeführt werden soll. 2. Zur Abgeltung seiner Anrechte aus der betrieblichen Altersversorgung bei der X-AG verpflichtet sich der Ehemann hiermit, zu Gunsten der Ehefrau auf deren Lebensversicherung bei der ... Lebensversicherung VS.Nr. ... einen einmaligen Betrag von ... € einzuzahlen. Dieser Betrag ist bis spätestens einen Monat nach Rechtskraft der Scheidung fällig. Mit der Einzahlung dieses Betrages sind die Ansprüche der Ehefrau bezüglich der genannten betrieblichen Altersversorgung endgültig erledigt. Vorsorglich verzichtet die Ehefrau auf alle diesbezüglichen Rechte; der Ehemann nimmt diesen Verzicht hiermit an. Auch eine Abänderung dieser Vereinbarung ist ausgeschlossen. (Anschließend Vollstreckungsunterwerfung).

6. Insbesondere, wenn mehrere Anrechte auszugleichen sind, kann es beim Ausgleich der Anrechte aus der ges. RV verbleiben. Die übrigen Anrechte (sog. Randversorgungen) können verrechnet und ein verbleibender Restbetrag ausbezahlt werden. Bei Anrechten von geringerer Bedeutung kann dabei der korrespondierende Kapitalwert zugrunde gelegt werden, auch wenn es sich hierbei nur um eine Hilfsgröße handelt (§ 17 VersAusglG).

Formulierungsbeispiel 4 (Auszahlung, korrespondierender Kapitalwert):

Laut den von den Versorgungsträgern dem Familiengericht erteilten Auskünften haben die Parteien in der Ehezeit folgende Versorgungsanrechte erworben:

Der Ehemann: Bei der DRV Bund 7,0321 Entgeltpunkte, bei der X- AG Anrechte mit einem korrespondierenden Kapitalwert von 8.500 €.

Die Ehefrau: Bei der DRV Bund 5,8534 Entgeltpunkte, bei der Y-AG Anrechte mit einem korrespondierenden Kapitalwert von 5.500 €.

Die Parteien sind darüber einig, dass ihre beiderseitigen Anrechte bei der DRV Bund nach den gesetzlichen Vorschriften ausgeglichen werden sollen.

Sie vereinbaren jedoch, dass ihre Anrechte aus ihrer beiderseitigen betrieblichen Versorgung unter Zugrundelegung des jeweiligen korrespondierenden Kapitalwerts auszuglei-

28 Siehe *Triebts* (Fn. 1), Rn. 319 ff.

29 In der Praxis wird vielfach ein Abfindungsbetrag in der Größenordnung von 16.000 bis 17.000 € pro 100 € monatliche Rentenanwartschaft angesetzt.

chen sind. Demzufolge verpflichtet sich der Ehemann, an die Ehefrau die Hälfte des entsprechenden Unterschiedsbetrags zu bezahlen, das sind 1.500 €. Dieser Betrag ist zwei Wochen nach Rechtskraft der Ehescheidung zur Zahlung fällig. Den Ehegatten ist bekannt, dass es sich beim korrespondierenden Kapitalwert lediglich um einen versorgungsausgleichsrechtlichen Hilfswert handelt, der möglicherweise dem wirklichen Wert der jeweiligen Versorgung nicht ganz entspricht. Zur Ermittlung des wirklichen Werts müssten weitere wertbildende Faktoren berücksichtigt werden (z.B. unterschiedliches Leistungsspektrum, Dynamisierung, Altersgrenzen), was die Einholung eines versicherungsmathematischen Gutachten erfordern würde. Nach ausführlicher Belehrung des beurkundenden Notars erklären die Ehegatten, dass es bei der Bewertung ihrer Anrechte bezüglich der beiderseitigen Anrechte aus der betrieblichen Versorgung beim korrespondierenden Kapitalwert verbleiben soll. (Anschließend Vollstreckungsunterwerfung).

Kapitel 5 Weitere Gestaltungsmöglichkeiten

A. *Ehedauer*

Nach § 3 Abs. 3 VersAusglG findet bei einer Ehedauer von bis zu drei Jahren ein VA nur statt, wenn ein Ehegatte dies beantragt. In einem Einzelfall kann es aber interessant sein, den VA auch bei einer solch kurzen Ehedauer durchzuführen. Die Durchführung kann sich auch auf einzelne Rechte beschränken.

Beispiel: Als Folge der Durchführung des VA werden bestimmte Mindestvoraussetzungen erfüllt. Bei hochverdienenden Spitzensportlern, Wirtschafts-Managern.

Formulierungsbeispiel 5 (Kurze Ehedauer): Der Ehemann und die Ehefrau sind darüber einig, dass der VA im Falle einer Scheidung ihrer Ehe auch bei einer Ehedauer von bis zu drei Jahren durchgeführt werden soll. Sie verpflichten sich bereits jetzt, in einem solchen Fall beim Familiengericht den Antrag auf Durchführung des VA zu stellen.

Die Durchführung des Versorgungsausgleichs kann aber auch von einer Mindestehedauer abhängig gemacht werden.

B. *Bagatellklausel*

Nach § 18 VersAusglG soll das Familiengericht nicht ausgleichen, wenn entweder (a) die Differenz der beiderseitigen Anrechte gleicher Art oder (b) ein einzelnes Anrecht einen geringen Ausgleichswert hat, wobei die Geringfügigkeit in § 18 Abs. 3 VersAusglG definiert ist (Bagatellklausel), nämlich bei monatlich 25,55 € als Rentenbetrag bzw. 3.066,00 € (2010) als Kapitalwert. Da die Aufaddierung einzelner Bagatell-Anrechte eine beträchtliche Summe ausmachen kann, ist eine Vereinbarung zu überlegen, solche Rechte dennoch auszugleichen.

C. *Saldierung*

Nehmen wir als Beispiel:

Der Ehemann ist Richter und hat ehezeitliche Anrechte in Höhe von monatlich 800 €. Die Ehefrau ist Lehrerin mit ehezeitlichen Anteilen von monatlich 500 €. Beide sind Landesbeamte, weshalb keine interne Teilung vorgesehen ist. Nach § 16 Abs. 1 VersAusglG ist der VA deshalb in der Weise durchzuführen, dass ihre beiderseitigen Anrechte aus der Beamtenversorgung durch Begründung jeweils eines Anrechts bei der ges. RV auszugleichen sind. Das bedeutet, dass von den Anrechten des Ehemannes der Hälftebetrag bei der ges. RV zu Gunsten der Ehefrau auszugleichen ist, also monatlich 400 €. Ebenso ist der Hälftebetrag der Anrechte der Ehefrau bei der ges. RV zu Gunsten des Ehemannes auszugleichen, also monatlich 250 €. Es ist anzunehmen, dass beide Ehegatten wenig daran interes-

siert sind, ihre Anrechte aus dem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis in dieser Höhe zu verlieren und dafür Anrechte bei der ges. RV zu erwerben. Sie könnten dieses Ergebnis durch Saldieren ihrer beiderseitigen Ausgleichswerte vermeiden und zwar dadurch, dass die Ehefrau ihre Anrechte aus dem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis behält und der Ehemann nicht 400 € bei der ges. RV ausgleicht, sondern lediglich 150 €. Neben den durch den VA nicht berührten Anrechten aus dem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis von 400 € verbleiben ihm also 650 € anstatt nur 400 € bei der gesetzlichen Durchführung des VA.

Formulierungsbeispiel 6 (Saldierung): Laut der vom Familiengericht eingeholten Auskünfte haben der Ehemann in der Ehezeit Versorgungsanrechte in Höhe von monatlich 800 € und die Ehefrau in Höhe von monatlich 500 € aus ihren öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen beim Freistaat Bayern Landesamt für Finanzen erworben. Sie vereinbaren hiermit, dass der VA nicht in vollem Umfang nach § 16 Abs. 1 VersAusglG durchgeführt werden soll, also nicht in vollem Umfang durch Begründung beiderseitiger Anrechte bei der gesetzlichen Rentenversicherung. Vielmehr saldieren sie ihre beiderseitigen Ausgleichswerte in der Weise, dass im Wege des VA lediglich ein Anrecht in Höhe von monatlich 150 € zu Lasten des Ehemannes und zu Gunsten der Ehefrau bei der Deutschen Rentenversicherung Bund begründet werden soll, während die Begründung eines Anrechts zu Lasten der Ehefrau und zugunsten des Ehemannes unterbleibt. Soweit diese Vereinbarung einen Verzicht bedeutet, nehmen sie einen solchen Verzicht wechselseitig an.

Eine solche Vereinbarung ist in derartigen Fällen, in denen die Versorgungen weitgehend gleiche Leistungen und Sicherheiten bieten, unproblematisch und wird dann oft geboten sein. Dies gilt insbesondere für Regelversorgungen, also die ges. RV und die Beamtenversorgung. Für berufsständische Versorgungen gilt dies, wenn sie ein der ges. RV vergleichbares Leistungsspektrum aufweisen und in ihrer Dynamik der ges. RV gleichen.

Ein Risiko für derartige Saldierungen besteht jedoch dann, wenn es um Versorgungen unterschiedlicher Struktur und Sicherheit geht. Dies ist häufig bei Betriebsrenten mit ihren erheblichen Stabilitäts-, Leistungs- und Finanzierungsunterschieden der Fall. Hier sollten bei einer beabsichtigten Vereinbarung auch andere Regelungsmöglichkeiten zum Vergleich herangezogen werden.

Bei privaten Altersversorgungen sind die Verhältnisse unterschiedlich. Zwar handelt es sich hierbei grundsätzlich um Versorgungen, die aus einem Deckungskapital bezahlt werden, das der Versorgungsträger bei seiner Auskunft an das Familiengericht mitzuteilen hat (§ 220 Abs. 4 FamFG, § 5 Abs. 3 VersAusglG) und das in der Regel eine Basis für den Abschluss einer saldierenden Vereinbarung bilden kann. Es muss aber bedacht werden, dass die Kapitalmarktrisiken zu unterschiedlichen Renditeerwartungen führen und der Rechnungszins variieren kann.

Fondsgebundene Versorgungen eignen sich regelmäßig nicht zur Saldierung oder zu sonstigen Vereinbarungen. Weil derartige Produkte in erheblich größerem Umfang als herkömmliche Rentenversicherungen in Aktien investieren, kann dies zur Folge haben, dass trotz hoher ehezeitlich erbrachter Kapitaleinträ-

ge ein verhältnismäßig kleiner Kapitalwert vorhanden ist. Eine Ausnahme kann nach genauer Überprüfung insoweit für Riester- und Rürup-Versorgungen mit ihrer Beitragsgarantie gemacht werden³⁰.

D. Externe Teilung

Statt einer internen Teilung (§ 10 VersAusglG) kann im Einzelfall eine externe Teilung (§ 14 VersAusglG) interessant sein. Vertragspartner sind hier der Ausgleichsberechtigte und der Versorgungsträger des Ausgleichspflichtigen (§ 14 Abs. 2 Nr. 1 und 2 VersAusglG). Eine solche Regelung hat auch den Vorteil, dass die Ausgleichswerte nicht durch Teilungskosten vermindert werden, die nur bei interner Teilung angesetzt werden dürfen (§ 13 VersAusglG).

Beispiel: Ein Betriebsrententräger oder eine berufsständische Versorgung möchte die Aufnahme betriebsfremder oder berufsfremder Personen in das eigene Versorgungssystem vermeiden; er bietet deshalb die externe Teilung an. Die einzelnen Versorgungsträger haben dazu bereits Musterverträge vorbereitet.

E. Weitere Regelungsmöglichkeiten

Als weitere Regelungsmöglichkeiten kommen insbesondere in Betracht³¹:

1. Es wird weniger als die Hälfte der in der Ehezeit erworbenen Anteile von Versorgungsanrechten ausgeglichen, also die Quote herabgesetzt³².

Formulierungsbeispiel 7 (Herabsetzung der Quote):

Bezüglich des Versorgungsausgleichs verbleibt es bei den gesetzlichen Vorschriften, jedoch mit der Maßgabe, dass bezüglich der beiderseitigen Anrechte anstatt der Hälfte des Wertunterschieds gemäß § 1 Abs. 1 VersAusglG lediglich 40 Prozent des jeweiligen Anrechts übertragen bzw. begründet werden sollen.

2. Es werden bei einem oder mehreren Anrechten nur reduzierte Beträge ausgeglichen.

Formulierungsbeispiel 8 (Reduzierter Betrag, Höchstbetrag):

Bezüglich des Versorgungsausgleichs verbleibt es bei den gesetzlichen Vorschriften, jedoch mit der Maßgabe, dass bezüglich der Anrechte in der gesetzlichen Rentenversiche-

30 Zur Saldierung insgesamt siehe *Hauß/Eulering* (Fn. 1), Rn. 126 ff.

31 Siehe die Vertragsmuster bei *Bergschneider*, Verträge in Familiensachen, 4. Aufl. 2010, Rn. 860 ff.

32 Vgl. BGH FamRZ 1986, 890.

rung Rentenanwartschaften höchstens mit einem Wertunterschied nach Verrechnung übertragen werden, der ... Entgeltpunkten entspricht.

3. Es wird nicht die volle Ehezeit berücksichtigt, wobei zu beachten ist, dass der Ausgleichsbetrag nach voller Ehedauer nicht höher ist als nach der gesetzlichen Ehezeit. Auch das Ende der Ehezeit i.S. von § 3 Abs. 1 VersAusglG darf nicht verändert werden, da es sonst zu Manipulationen kommen kann³³.

Beispiel: Durch eine Rückdatierung des Ehezeitendes könnten einem Ehegatten bei drohender Invalidität Versorgungsansprüche aus einer zu teilenden Versorgung zugeschanzt werden (z.B. bei einer Erwerbsunfähigkeitsrente).

Formulierungsbeispiel 9 (Verkürzte Anrechnungszeit): Der Versorgungsausgleich wird nach den gesetzlichen Vorschriften durchgeführt. Jedoch kommen die Ehegatten überein, nur die vom Beginn der Ehezeit bis zum ... erworbenen Versorgungsrechte auszugleichen, soweit dies einen Verzicht bedeutet. Den Beteiligten ist bekannt, dass das Ehezeitende durch diese Vereinbarung nicht berührt wird.

4. Der Versorgungsausgleich wird nur zu Gunsten eines der beiden Ehegatten ausgeschlossen.

Beispiel: Der Ehemann ist selbstständiger Unternehmer, der nicht beabsichtigt, eine Altersversorgung aufzubauen oder fortzuführen, die dem Versorgungsausgleich unterliegt. Die Ehefrau ist jedoch versicherungspflichtig erwerbstätig. Gemäß der Vereinbarung soll ein Versorgungsausgleich zu Lasten der Ehefrau nicht durchgeführt werden, jedoch zu Gunsten der Ehefrau, wenn der Ehemann dann doch eine dem Versorgungsausgleich unterliegende Versorgung erwirbt und seine Versorgung höher ist als diejenige der Ehefrau.

Formulierungsbeispiel 10 (Einseitiger Ausschluss): Bezüglich des Versorgungsausgleichs verbleibt es jedoch bei den gesetzlichen Vorschriften. Ist jedoch die Ehefrau bei einem oder mehreren Anrechten Ausgleichsverpflichtete, findet bezüglich des betreffenden Anrechts oder der betreffenden Anrechte ein Versorgungsausgleich nicht statt.

5. In die Vereinbarung kann eine Bedingung oder eine Rücktrittsklausel aufgenommen werden.

Beispiel: Im praktisch häufigsten Fall wird die Durchführung des Versorgungsausgleichs davon abhängig gemacht, ob aus der Ehe Kinder hervorgehen. Es können jedoch auch andere Bedingungen aufgenommen werden, wie der Ausschluss oder die Herabsetzung für den Fall einer erwarteten Erbschaft oder wenn die Ehezeit eine bestimmte Mindestdauer nicht erreicht.

Formulierungsbeispiel 11 (Kinderklausel 1): Den Versorgungsausgleich schließen wir hiermit aus. Dieser Ausschluss gilt nicht, wenn aus unserer Ehe Kinder hervorgehen; für diesen Fall ist der Versorgungsausgleich nach den gesetzlichen Vorschriften durchzuführen.

33 Siehe *Hauß/Eulering* (Fn. 1), Rn. 125.

Formulierungsbeispiel 12 (Kinderklausel 2): Den Versorgungsausgleich schließen wir hiermit aus. Dieser Ausschluss gilt nicht für den Fall, dass ein Ehegatte allein oder überwiegend ein oder mehrere gemeinsame Kinder betreut und die Dauer von der Geburt des ältesten Kindes bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres des jüngsten Kindes. Für diesen Zeitraum ist der Versorgungsausgleich nach den gesetzlichen Vorschriften durchzuführen, soweit dies nicht eine Benachteiligung des kindesbetreuenden Ehegatten bedeutet. (Anschließend insoweit einseitiger Ausschluss nach Formulierungsbeispiel 10).

Bei der Vereinbarung von Kinderklauseln sind exakte Regelungen dringend zu empfehlen; es soll entweder der Versorgungsausgleich ungeschmälert durchgeführt oder ein bestimmtes Kindesalter festgesetzt werden. Abgrenzungen in Anlehnung an die Erwerbsobliegenheit nach § 1570 Abs. 1 S. 2 und 3 BGB führen zu Unsicherheiten. Zudem ist zumindest bei der Kinderklausel die Aufnahme einer Bedingung gegenüber einem Rücktrittsrecht vorzuziehen, weil dann von Anfang an Klarheit besteht.

6. Auch die Vereinbarung einer Befristung oder eines Rücktrittsrechts ist möglich, etwa, wenn ein Ehegatte eine statt des Versorgungsausgleichs übernommene Beitragspflicht in eine gesetzliche oder private Rentenversicherung nicht erfüllt. Auch über die Abänderungsmöglichkeit des durchgeführten Versorgungsausgleichs kann eine Vereinbarung getroffen werden, etwa dass jede Abänderung ausgeschlossen sein soll (§§ 225, 227 Abs. 2 FamFG). Nicht zulässig ist dagegen eine Verschiebung des Endes der Ehezeit³⁴.

34 Siehe *Hahne*, FamRZ 2009, 2041, 2043.

Reform des Versorgungsausgleichs und notarielle Praxis

Prof. Dr. Dr. iur. h.c. Eberhard Eichenhofer, Jena

Kapitel 1 Versorgungsausgleich ein schwer verständliches, nicht selten unverstandenes Rechtsinstitut nach tiefgreifender und folgenreicher Reform

Seit 1977 besteht der Versorgungsausgleich in Deutschland. Zufällig wurde er im selben Jahr auch in Kanada eingeführt – dort allerdings auf die öffentliche Alterssicherung beschränkt. Zunächst in §§ 1587 – 1587 o BGB normiert, ist er seit September 2009 in § 1587 BGB nur noch angedeutet. Er findet seither seine Ausprägung in dem seit 1.9.2009 geltenden Versorgungsausgleichsgesetz (Vers-AusglG).

Der Versorgungsausgleich beruht auf einer eigenen, höchst technischen Begrifflichkeit. Dies erschwert den allermeisten Jurist(inn)en den Zugang zu seinen Regeln. Er ist auch nicht aus sich selbst heraus plausibel – heute und hier noch weniger als vor 33 Jahren. Dies gilt vor allem für den Osten Deutschlands, wo er 1992 eingeführt wurde, aber bei Vorliegen von Ost-West-Anrechten bis September 2009 ganz ausgesetzt war. Für eine Ost-Westdeutsche Teilungskonstellation wurde erst mit der Neuregelung des Versorgungsausgleichs eine Regelung gefunden.

Die notarielle Praxis war schon bisher mit dem Versorgungsausgleich befasst, zunächst bei dessen ehevertraglicher Gestaltung, dann bei Eheverträgen, darin der Versorgungsausgleich nach der BGH-Rechtsprechung nur eingeschränkt verfügbar ist, und im Rahmen der Scheidungsfolgenregulierung. Dies führt zu drei Fragen: Erstens, was soll der Versorgungsausgleich erreichen (Kapitel 2)? Zweitens, warum bedurfte der 1977 geschaffene Versorgungsausgleich einer tiefgreifenden Reform (Kapitel 3)? Drittens, wie wirkt sich die Reform auf die notarielle Praxis aus (Kapitel 4)?

Kapitel 2 Ziel des Versorgungsausgleichs

A. Egalisierung sämtlicher in der Ehe erworbenen Vorsorgerechte

Der Versorgungsausgleich egalisiert die in der Ehezeit erworbenen Anrechte auf Alters-, Invaliditäts- und Hinterbliebenenversicherung unter den Eheleuten. Seit 2005 ist er auch auf die Partner der eingetragenen Lebenspartnerschaft bei deren Auflösung zu erstrecken. Der Versorgungsausgleich hat also zur Folge, dass der während der Ehe höhere Anwartschaften oder Anrechte auf Alters-, Invaliditäts- und Hinterbliebenenversorgung erwerbende Partner die Hälfte der Wertdifferenz zwischen den Vorsorgerechten ausgleichen muss.

Dieses Prinzip ist international nur vereinzelt anerkannt. Neben Kanada ist es in Schweden, der Schweiz und den Niederlanden zu finden. Aber nirgendwo auf der Welt wird es in der in Deutschland üblichen Folgerichtigkeit verwirklicht.

Während andere Staaten die Teilung von Altersvorsorgerechten bei Scheidung auf einzelne Rechte – namentlich diejenigen aus der Rentenversicherung, zuweilen auch auf betriebliche Vorsorge und Privatversicherungsrechte – beschränken, bezieht deutsches Recht sämtliche während der Ehezeit erworbenen Vorsorgerechte in den Ausgleich ein, sei es solche aus der Rentenversicherung, Beamten- (auch der Richter, Pfarrer und Abgeordneten) oder berufsständischen Versorgung (z.B.: der Notare und Rechtsanwälte), ferner Betriebsrenten und die steuerlich oder durch Subventionen geförderten Riester- oder Rürup-Rente wie alle anderen Rechte der privaten Alterssicherung. Dagegen ist die Kapitallebensversicherung im Zugewinnausgleich zu berücksichtigen, also bei Bestehen des gesetzlichen Güterstandes der Eheleute als Vermögenswert auszugleichen.

B. Versorgungsausgleich und Zugewinnausgleich

Der den Versorgungsausgleich leitende Rechtsgedanke entstammt dem Zugewinnausgleich. So wie dieser bei scheidungsbedingter Auflösung der Ehe einen Gesamtausgleich des Vermögens anordnet, bei dem der Ehegatte mit dem höheren Vermögenszuwachs den Ehegatten mit dem geringeren Vermögenszuwachs während der Ehezeit die Hälfte der Wertdifferenz als Ausgleich schuldet, ordnet der Versorgungsausgleich eine solche Teilung für sämtliche Anrechte der Alters-, Invaliditäts- und Hinterbliebenenversorgung an. Der Zugewinnausgleich begründet Ansprüche auf Geldzahlung, der Versorgungsausgleich dagegen überträgt Rentenrechte.

Der Grund für den Ausgleich liegt in der Annahme, dass der Zuwachs an Vermögens- und Vorsorgerechten in der Ehe regelmäßig dem gemeinschaftlichen Wirken beider Ehegatten geschuldet sei. Im Scheidungsfall fordere die Teilhabeäquivalenz also die Egalisierung der Zuwächse. Komme es nämlich nicht zur Scheidung, genössen die Ehegatten das gemeinsam erarbeitete Vermögen wie die Vorsorge auch gemeinsam. Entfällt die Lebensgemeinschaft hingegen, verlange ein ungleicher Bestand an Vermögens- und Vorsorgerechten der Egalisierung – und zwar um jeden Preis!

C. *Einwände gegen den Versorgungsausgleich und deren Ausgestaltung*

Gegen den Versorgungsausgleich lässt sich einwenden, letztlich Ausdruck eines konservativen, verstaubten Ehe- und Sozialverständnisses zu sein. Denn er beruhe auf der Differenz von Mann und Frau in Ehe, Arbeit und Gesellschaft und befördere deshalb nicht die Gleichstellung, sondern vertiefe die Ungleichheit von Mann und Frau. Dieser Einwand ist nicht von der Hand zu weisen. Namentlich vor dem Hintergrund der ostdeutschen Biographien, in denen die Erwerbstätigkeit von Mann und Frau die Regel war und ist und Lohndifferenzen zwar bestanden und bestehen, aber noch heute überwiegend nicht annähernd das im Westen oft übliche Ausmaß annehmen, will es wenig einleuchten, wieso die zu unterschiedlichen Vorsorgerechten führenden Erwerbsverläufe bei der Scheidung rentenrechtlich korrigiert werden sollen.

Das OLG Brandenburg hat in einem Urteil vom 30.11.2009¹ deshalb sogar die Frage aufgeworfen, ob nicht ganz generell ein Versorgungsausgleich wegen eines Härtefalls (§ 1587 c BGB) stets ausgeschlossen sei, wenn die Frau Anrechte an ihren ehemaligen Ehemann zu übertragen habe. Immerhin liegt in einer solchen Frage beispielhaft das Bemühen um gender mainstreaming. Denn seit der Vereinigungskrise der 1990er Jahre ist es in Ostdeutschland nicht einmal selten, dass das Erwerbseinkommen der Frau das der Männer jedenfalls über die Ehezeit hinweg und in der Dauerhaftigkeit dasjenige des Mannes übertrifft. Was soll der Versorgungsausgleich also bewirken, wenn Mann und Frau gleichermaßen berufstätig sind und EU-Recht nachdrücklicher als das gleichsinnig in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG niedergelegte deutsche Verfassungsrecht die Gleichstellung und Gleichbehandlung von Mann und Frau fordern?

1 OLG Brandenburg v. 30.11.2009 – 10 UF 138/07.

In der sozialen Realität ist die Lohngleichheit aber noch nicht erreicht. Im Gegenteil, Deutschland hinkt darin weltweit zurück. Außerdem tritt für Frauen mit der Geburt von Kindern oftmals ein Einkommensverlust ein. Mit der steigenden Kinderzahl erreicht diese Einbuße drastische Auswirkungen, weil in der Phase der Kindererziehung Einschränkungen oder gar die Aufgabe der Erwerbstätigkeit nach wie vor weit verbreitet sind und oft auch ein späterer Wiedereinstieg in das Berufsleben nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen oder geringeren Einkommenschancen gelingen kann. Ist namentlich bei Familien die Lohngleichheit von Mann und Frau nicht umfassend zu sichern, trüge die Frau den Nachteil in der Altersversorgung, gäbe es den Versorgungsausgleich nicht.

Ein erziehender Elternteil – typischerweise die Frau – erwirbt in der Rentenversicherung zwar Kindererziehungszeiten über drei Jahre pro Kind in Höhe von je einem Entgeltpunkt, also insgesamt drei Entgeltpunkte für jedes erzogene Kind und erfährt damit eine gezielte Förderung. Dieser Ausgleich erfolgt jedoch pauschal. Er ist daher nicht deckungsgleich mit dem Versorgungsausgleich, der sämtliche konkreten Versorgungsverluste konkret ausgleicht.

Weil Kindererziehungszeiten und Versorgungsausgleich aber in der familienpolitischen Zweckrichtung übereinstimmen, ist deren Berücksichtigung im Versorgungsausgleich meines Erachtens nicht zu rechtfertigen. Es wäre vielmehr sachgerechter, wenn die Kindererziehungszeiten aus der Ausgleichspflicht ausgenommen würden und der Ausgleich für diese Zeit sich nur auf die zusätzlichen Entgeltpunkte beschränken würde.

Diese Überlegungen bewogen den Gesetzgeber daher auch noch 2008 von der grundsätzlichen Sachgerechtigkeit des Versorgungsausgleichs auszugehen. „Der Versorgungsausgleich hat die Aufgabe, die von den Eheleuten während der Ehe erworbenen Anrechte auf eine Versorgung wegen Alter und Invalidität gleichmäßig aufzuteilen. Das wirkt sich regelmäßig zugunsten desjenigen Ehegatten aus, der sich beispielsweise der Kinderbetreuung gewidmet hat und damit keine oder nur eine geringere eigenständige Versorgung aufbauen konnte. Das sind unabhängig vom gewählten konkreten Familienmodell nach wie vor meist die Ehefrauen Wird die Ehe geschieden, ist es von Verfassung wegen geboten, einen Ausgleich zu schaffen (grundlegend Bundesverfassungsgericht vom 28. Februar 1980 – 1 BvL 17/77 = FamRZ 1980, 326). Ziel der Reform ist es deshalb, mit dem Grundsatz der internen Teilung jedes Versorgungsanrechts die gerechte Teilhabe im Versorgungsfall zu stärken“.²

2 BT-Drs. 16/1044, S. 29.

Kapitel 3 Warum bedurfte der 1977 geschaffene Versorgungsausgleich der Reform?

A. *Gesamtausgleich verlangt Umrechnung der Rentenrechte*

Der 1977 geschaffene Versorgungsausgleich beruhte auf dem Prinzip des Gesamtausgleichs. Danach waren die Anrechte aus der betrieblichen Altersversorgung und privaten Rentenversicherung in Rechte aus der gesetzlichen Rentenversicherung umzurechnen. Der den Ausgleich vollziehende Richter hatte eine alle öffentliche, betriebliche und private Vorsorgerechte umfassende Ausgleichsbilanz zu erstellen. Dabei wurden die Barwerte der betrieblichen und privaten Altersvorsorge so berechnet, als ob das in diesen Systemen angelegte Vermögen in die gesetzliche Rentenversicherung einbezahlt worden wäre; und es damit (wie Rechte aus der freiwilligen Versicherung der gesetzlichen Rentenversicherung) in dieser eigene Ansprüche begründet hätte. Diese Umrechnung war auf der Grundlage der Barwert-Verordnung vorzunehmen.

Dieser Berechnungsmodus stützte sich auf die Annahme, dass sich sämtliche Altersvorsorgerechte generell gleichsinnig entwickelten, sich namentlich die für die betriebliche Zusage maßgebenden Unternehmenserträge und die für die private Altersvorsorge maßgebenden Kapitalerträge gleichsinnig mit den für die Rentendynamik in der gesetzlichen Rentenversicherung bestimmenden Lohnsumme entwickeln würden. Dies war schon immer eine Fiktion, mochten auch die in den 1970er Jahren bestehenden Unterschiede noch geringer gewesen sein, als sie heute sind. Dies veranlasste den BGH,³ die Barwert-Verordnung als verfassungswidrig zu verwerfen.

B. *Rechtspolitische Debatte*

Eine in Fachkreisen über diese Rechtsprechung geführte rechtspolitische Debatte blieb jedenfalls weithin ohne öffentliche Resonanz. Das Versorgungsausgleichsrecht vermochte wegen seiner hohen Technizität die öffentliche Debatte nie zu erreichen. Experten berieten zwar darüber. Namentlich eine beim BMJ eingesetzte Reformkommission zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs nahm

3 BGHZ 148, 351.

sich des Themas an. Mir wurde die Ehre zuteil, in dieser Kommission mitzuwirken.

C. Reformvorschläge

Die Kommission unterbreitete dem BMJ den Vorschlag zu einer Strukturreform des Versorgungsausgleichs. Sie regte an, künftig die öffentlichen Anrechte wegen der Gleichwertigkeit ihrer Entwicklungen nach den bisher gültigen Regeln aufzuteilen, für betriebliche und private Altersvorsorgerechte dagegen ein auf Kapitalwerten beruhenden Ausgleich im Scheidungszeitpunkt vorzusehen. Dieser sollte durch Übertragung einzelner Vorsorgerechte von einer von Ausgleichspflichtigen zu bestimmenden Vorsorgeeinrichtung des Ausgleichspflichtigen auf eine vom Ausgleichsberechtigten bestimmte Zielversorgung geschehen.

Die Regel basierte also auf der grundsätzlichen Portabilität betrieblicher und privater Altersvorsorgerechte. Dieser Vorschlag wurde vom BMJ schon während der Beratung in der Kommission abgelehnt, weil es vor allem befürchtete, dass die im Scheidungszeitpunkt erfolgende Bewertung des Kapitalwerts sich, rückschauend betrachtet, als falsch erweise. Das BMJ sprach sich dagegen für die interne Teilung sämtlicher, während der Ehezeit erworbenen Anrechte aus. Dieser Ansatz mache die prinzipiell als schwierig erscheinende Abgrenzung zwischen den der öffentlichen Gestaltung zugänglichen öffentlichen Anrechte einerseits und den privaten und betrieblichen Vorsorgerechten andererseits entbehrlich und sichere vor allem die Teilhabeäquivalenz in der Leistungsphase, weil so die Entscheidung und Bewertung über die Anrechte in die Leistungsbezugsphase hinausgeschoben werde.

Kapitel 4 Reform des Versorgungsausgleichs 2009

A. Reform auf der Basis des Vorrangs interner vor externer Teilung

Die 2008 eingeleitete und am 1.9.2009 in Kraft getretene Reform des Versorgungsausgleichs schuf vollständig neue Regeln. Namentlich wurde die Barwert-Verordnung durch das Prinzip des internen Ausgleichs ersetzt, der schon bisher – allerdings mit nur geringer Verbreitung – als Realteilung verwirklicht war.

Der Versorgungsausgleich beläuft sich auf die Hälfte der Wertdifferenz der von den Eheleuten während der Ehe erworbenen Vorsorgerechten. Dieser Ausgleich soll vorrangig durch Vereinbarung und nur bei deren Nichtabschluss durch interne und externe Teilung vorgenommen werden (§§ 10 ff., 14 ff. VersAusglG). Die interne Teilung begründet ein Teilhaberecht des ausgleichsberechtigten am Vorsorgerecht des ausgleichspflichtigen Ehegatten. Externe Teilung überführt ein Rentenrecht des ausgleichspflichtigen Ehegatten in ein zu begründendes oder bestehendes Vorsorgerecht des Ausgleichsberechtigten, welches dieser zu bestimmen hat (Zielversorgung). Die interne Teilung hat die Vervielfachung der Versorgungsansprüche zur Folge; dieses Resultat wird bei der externen Teilung vermindert, weil durch die Teilung ein für den ausgleichsberechtigten Ehegatten bestehendes Recht ausgeweitet wird. Regelmäßig vollzieht sich der interne Ausgleich gleichartiger Rechte bei demselben Versorgungsträger (Rentenversicherung, Beamtenversorgung, betriebliche Altersversorgung) durch Verrechnung der Wertdifferenz (§ 10 Abs. 2 VersAusglG).

Durch die interne Teilung⁴ ist für den ausgleichsberechtigten Ehegatten eine eigenständige und dem Recht des Ausgleichspflichtigen wertgleiche Teilhabeberechtigung zu schaffen, die grundsätzlich einen Risikoschutz in demselben Umfang und Ausmaß gewährleisten muss wie dem Ausgleichspflichtigen. Gewährleistet der Träger nicht denselben Risikoschutz, ist ein Vermögensausgleich zu vollziehen (§ 11 VersAusglG). Die dem Versorgungsträger entstehenden Kosten der Teilung tragen zu gleichen Teilen die Beteiligten (§ 13 VersAusglG).

Bei der externen Teilung⁵ wird der Träger des Ausgleichspflichtigen mit einer vorzeitigen Leistungspflicht gegenüber einem Träger der Zielversorgung verpflichtet. Die externe Teilung wird dem Träger des Ausgleichspflichtigen daher nicht aufgezwungen, sondern an dessen Einverständnis gebunden (§ 14 Abs. 2

4 *Triebbs*, FPR 2009, 202.

5 *Elden*, FPR 2009, 206.

Nr. 1 VersAusglG). Kleinere Versorgungsrechte (§ 14 Abs. 2 Nr. 2 VersAusglG) können notfalls auch ohne den Willen des Ausgleichsberechtigten ausgeglichen werden. Weit großzügiger ist das Gesetz bei der externen Teilung von Betriebsrenten (§ 17 VersAusglG), die leichter und umfangreicher als sonstige Vorsorge-rechte abgelöst werden können.

Schuldrechtliche Ausgleichsansprüche, also die unterhaltsrechtliche Teilhabe am Ertrag der Vorsorgerechte, sind namentlich für die wegen Verfallbarkeit noch nicht ausgleichsreifen Ansprüche sowie die Vorsorgerechte vorgesehen, die kraft ausländischen, europäischen und internationalen Rechts erworben sind (§§ 19 ff. VersAusglG). Sie sind dem gesetzlichen Zugriff des Inlands entzogen, so dass externe oder interne Teilung für sie nicht in Betracht kommen.

Die schuldrechtliche Ausgleichszahlung ist – gemessen am Ziel des Versorgungsausgleichs – eine Auffanglösung.⁶ Denn sie sind nicht im Scheidungszeitpunkt, sondern im Leistungszeitraum fällig. Sie sichert dem Berechtigten eine Teilhabe am Rentenanspruch des Ausgleichspflichtigen. Der Ausgleichsberechtigte kann vom Ausgleichspflichtigen beanspruchen, dass dieser den auf jenen entfallenden Anteil seines Anspruchs gegen den Vorsorgeträger auf sich überträgt (§ 21 VersAusglG). Sind aus dem Rentenstammrecht nach dem Tod des Berechtigten Rentenzahlungen an den überlebenden Ehegatten zu leisten, dann schafft § 25 VersAusglG die Möglichkeit zur Verlängerung der Ausgleichspflicht über den Tod des Ausgleichspflichtigen hinaus, so dass der Ausgleichsberechtigte auch nach dem Tod des Pflichtigen gesichert wird. Haben die Eheleute aber den schuldrechtlichen Ausgleich vereinbart, indem sie auf die interne oder externe Teilung verzichtet haben, ist zur Vermeidung von Zusatzbelastungen der schuldrechtliche Ausgleich ausgeschlossen (§ 25 Abs. 2 VersAusglG).

Aufgrund des Versorgungsausgleichs vermindert sich beim Ausgleichspflichtigen dessen Anwartschaft oder Anspruch auf Rente in dem Maß, wie sich der Anspruch des Ausgleichsberechtigten erhöht (§ 76 SGB VI). Bezieht der Ausgleichspflichtige allerdings bei Ausspruch des Versorgungsausgleichs bereits Rente, so ermäßigt sich diese erst, wenn an den Ausgleichsberechtigten aufgrund des Versorgungsausgleichs Leistungen zu erbringen sind. Der Ausgleichspflichtige kann die rentenmindernden Konsequenzen des Versorgungsausgleichs durch Beitragszahlung an den Versorgungsträger mildern oder aufheben (§ 187 SGB VI).

6 Vgl. *Eichenhofer*, FPR 2009, 211.

B. Probleme des Ansatzes

Das neue Gesetz schuf Fortschritte – namentlich für die von Berechnungen fortan entlasteten Verfahrensbeteiligten und Gerichte. Allerdings müssen vor allem die beteiligten Ehegatten und Versorgungsträger einen Preis dafür zahlen. Denn die bei weitem größte Schwierigkeit liegt in den vom internen Ausgleich selbst ausgelösten Folgen. Zwar ist der Versorgungsausgleich für die Verfahrensbeteiligten und Gerichte leichter als das geltende Recht zu handhaben: ein nicht gering zu schätzender Vorteil. Aber dieser wird erkaufte durch eine Vervielfachung der Vorsorgerechte – also durchaus unelegante Folgen für die Betroffenen!

Dieser Effekt tritt zwar nicht für die im Regelfall vorherrschenden und nach wie vor bedeutsamsten öffentlich-rechtlichen Vorsorgerechte der gesetzlichen Rentenversicherung und Beamtenversorgung ein, weil diese nach wie vor durch Splitting und Quasi-Splitting den internen Ausgleich durch die Umschichtung gleichartiger Rentenrechte ermöglichen. Es kommt zu dieser Umschichtung allerdings nicht im Hinblick auf die an Bedeutung für die Alterssicherung wachsenden betrieblichen und privaten Rechte; auch für die Rechte aus der berufsständischen Versorgung ist eine mit Anrechten aus anderen Zweigen öffentlicher Vorsorge nicht im Regelfall gewährleistet.

Das geltende System führt deshalb dazu, dass, falls beide Ehegatten jeweils drei mit einander nicht zu verrechnende Vorsorgerechte in der Ehezeit erworben haben und damit dem heutigen Ideal der Altersvorsorge mittels dreier Säulen voll entsprechen, nach Scheidung sechs Vorsorgerechte haben werden! Es ist richtig, dass dies nicht für alle Eheleute gilt, weil sich durch die gegenüber dem geltenden Recht weiter gefasste Klausel für geringfügige Fälle der gesetzliche Ausgleich auf die wesentlichen, weil problematischen Ausgleichslagen konzentriert. Es ist aber auch richtig, dass in manchen Ehen mehr als drei Altersvorsorgeansprüche zur Teilung gelangen können, namentlich in den nicht seltenen Fällen des Arbeitsplatzwechsels während der Ehezeit oder auch nur der Ablösung von Betriebsrentenzusagen im Verlaufe eines fortbestehenden Beschäftigungsverhältnisses. Unter diesen nicht unrealistischen Voraussetzungen potenziert sich der angedeutete Vervielfachungseffekt. Gerade für die vom Gesetzgeber als einzig wichtig erachteten Fallgestaltungen der länger währenden Ehe mit erheblichen, zwischen den Ehegatten bestehenden Vorsorgerechtsdifferenzen fragt sich: Ist die vorgeschlagene Lösung wirklich akzeptabel?

Die Folgen des dadurch bewirkten Wechsels sind durchaus beträchtlich. Die Eheleute – die schon heute oft ihre Altersvorsorge kaum durchschauen (es wird international eine weit verbreitete „financial illiteracy“ beklagt) – würden mit der Verwirklichung des Vorschlages mit noch viel größeren Orientierungsunsicherheiten belastet. Die Träger der Vorsorge haben viele, oftmals nur kleine Vorsor-

gerechte zu verwalten. Die Rentenstatistiken werden noch weniger aussagekräftig, weil die Vervielfältigung der Anrechte zur Absenkung der Höhe der einzelnen Anrechte führt und damit den Aussagegehalt von Rentenstatistiken hinsichtlich der mutmaßlichen Möglichkeiten von Alterssicherung für einzelne Berechtigte weiter entwertet.

C. *Ausweg*

So gilt für das neue Recht die Sorge: „Aber wehe, wenn ich auf das Ende sehe!“ Aller Voraussicht nach dürften die Beteiligten diese für sie absehbaren Konsequenzen abzuwenden versuchen – sei es noch im Scheidungsverfahren, sei es alsbald danach. Eine Abwendung im Scheidungsverfahren könnte durch die Abgeltung einzelner Vorsorgerechte durch Zahlung eines dem auszugleichenden Anrechts entsprechenden Kapitalwerts vorgenommen werden – in der Sprache des Gesetzes also durch die Ablösung der „internen“ durch die „externe“ Teilung. Denkbar wäre aber auch, dass die Eheleute die Korrektur des ihnen nach dem Scheidungsurteil misslich erscheinenden Ergebnisses nach der Scheidung vornehmen, indem sie die durch die Scheidung bedingte Teilung ihrer Anrechte durch Übertragung und Bündelung in oder Verknüpfung mit anderen Anrechten überwinden, um so ihre Alterssicherung wieder übersichtlicher zu gestalten.

Die Alternative zwischen interner und externer Teilung hat nicht nur eine technische, sondern eine juristische Dimension. Die interne Teilung verwirklicht die Teilhabe der Eheleute in der Leistungsphase. Sie verwirklicht damit das vom BVerfG⁷ für das Recht des Versorgungsausgleichs als wichtig angesehene und vom Gesetzgeber deshalb auch zu realisierende Prinzip der Ergebnisgleichheit im Leistungszeitraum. Die externe Teilung beruht dagegen auf dem Prinzip der gleichberechtigten Teilhabe am Vorsorgerecht im Scheidungszeitpunkt; nachträgliche Fortentwicklungen im Vorsorgerecht bleiben bei dieser Teilungsmethode ganz unberücksichtigt. Sie orientiert sich an der Leitvorstellung des clean break – d.h. im Scheidungstermin durch die Bewertung der Anrechte in diesem Zeitpunkt die endgültige Auseinandersetzung der gemeinsam erworbenen Rechte ein für alle Mal vorzunehmen. Die beiden Teilungsformen sind also nicht nur hinsichtlich ihrer Durchführung, sondern auch des verwirklichten Gerechtigkeitsideals ganz und gar unterschiedlichen Maximen verpflichtet. Deswegen

7 BVerfGE 53, 257.

stellt die externe Teilung für die interne Teilung keinen Ersatz, sondern eine konzeptionelle Alternative dar.

§ 4 BetrAVG gibt dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf Übertragung von Betriebsrentenanwartschaften. „Arbeitnehmer“ ist auch ein ausgleichsberechtigter Ehegatte. Der Rechtsanspruch auf die Übertragung solcher Ansprüche ist also jedenfalls nach geltendem Betriebsrentenrecht gewährt.

Kapitel 5 Auswirkungen auf die notarielle Praxis

A. Der Versorgungsausgleich wird zum neuen notarrechtlichen Aufgabenfeld

Das neue Recht des Versorgungsausgleichs lässt den Parteien einen weiten Spielraum bei der Regelung des Versorgungsausgleichs. Die gesetzgeberische Ausgestaltung des Versorgungsausgleichs ist – namentlich bei Vorliegen komplexer Vorsorgerechtsverhältnisse bei beiden Beteiligten – auch geradewegs darauf angelegt, durch eine Vereinbarung der Parteien abgelöst zu werden. Das war auch gesetzgebend bezweckt: „Die Reform schafft mehr Gestaltungsspielräume für die Eheleute, die Familiengerichte und die Versorgungsträger“.⁸ Nur die Notare traten noch nicht hinreichend in den Gesichtskreis des Gesetzgebers.⁹ In Anbetracht der weitreichenden Bedeutung der Ausgleichsentscheidung hat der Gesetzgeber dem Notar also eine weitreichende Zuständigkeit bei der Gestaltung der Scheidungsfolgen eingeräumt. Auch wer gegenüber Hypostasierungen generell Vorbehalte hegt, kommt doch nicht um die Feststellung umhin: nach künftigem Recht avanciert der Versorgungsausgleich zu einem neuen notarrechtlichen Aufgabenfeld!

B. Notarielle Befugnisse im künftigen Versorgungsausgleich

Nach § 6 VersAusglG können die Ehegatten Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich schließen und ihn insbesondere mit dem güterrechtlichen Ausgleich verbinden, ganz oder teilweise ausschließen oder eigenen Ausgleichsansprüchen nach Scheidung (§§ 20 – 24 VersAusglG) vorbehalten – also statt einer internen oder externen Teilung den ausgleichsberechtigten Ehegatten auf die in der Leistungsphase des Vorsorgerechts fällig werdenden Teilhabeansprüchen am Vorsorgerechtsertrag oder gegen den Versorgungsträger auf Teilhabeansprüche am Stammrecht oder der Hinterbliebenenrente verweisen. Damit räumt das künftige Recht den Parteien einen ungleich höheren Gestaltungsspielraum als das bisherige Recht ein. Denn dieses war abgesehen von der durch die Reform unberührten Möglichkeit der ehevertraglichen Gestaltung des Versorgungsausgleichs

8 BT-Drs. 16/10144, S. 39.

9 Vgl. BT-Drs. 16/10144, S. 52.

(§ 1408 Abs. 2 BGB) bisher wesentlich auf gerichtliche Vereinbarungen der Parteien beschränkt, die um wirksam zu werden gerichtlicher Genehmigung bedurften (§ 1587 o BGB a.F.). Diese Bestimmung ist nun entfallen. Ausweislich § 7 Abs. 1 VersAusglG kann eine den Versorgungsausgleich betreffende Vereinbarung vor Rechtskraft der Entscheidung über den Versorgungsausgleich bei der Scheidung mittels notarieller Beurkundung beschlossen werden. Das bisherige gerichtliche Monopol zum Abschluss solcher Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich im Zusammenhang mit der Scheidung entfällt damit. Den Notaren wird damit ein neues Aufgabenfeld eröffnet.

C. Grenzen der Vereinbarung

Ebenso wie das bisherige unterwirft auch das künftige Recht solche Vereinbarungen materiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen. Im Hinblick auf diese bestimmt § 8 VersAusglG: „(1) Die Vereinbarung über den Versorgungsausgleich muss einer Inhalts- und Ausübungskontrolle standhalten. (2) Durch die Vereinbarung können Anrechte nur übertragen und begründet werden, wenn die maßgebenden Regelungen dies zulassen und die betroffenen Versorgungsträger zustimmen.“

Nach den gesetzgeberischen Beweggründen¹⁰ soll damit auf die Grundsätze Bezug genommen werden, welche in der Rechtsprechung von BVerfG¹¹ und BGH¹² für die Unwirksamkeit von Eheverträgen wegen unangemessener Übervorteilung eines Ehegatten formuliert sind. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers soll diese Klausel vor allem verhindern, „dass die Ehegatten bewusst oder unbewusst Verpflichtungen, die auf der Ehe beruhen, objektiv zu Lasten der Sozialhilfe (im Alter: Grundsicherung) regeln“. ¹³ Diese Erwägung ist wichtig, weil es gesicherter Rechtserkenntnis entspricht, dass eine Scheidungsvereinbarung zum Zweck der Überwälzung privatrechtlicher Einstandspflichten auf Träger der Sozialhilfe als sittenwidrig und damit unwirksam anzusehen ist.¹⁴

10 BT-Drs. 16/10144, 52 ff.

11 BVerfGE 103, 89.

12 BGHZ 158, 81; BGH FamRZ 2005, 185; Deisenhofer, Unwirksamkeit des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs bei Nichtigkeit des Ehevertrages, FPR 2007, 124; Wick, Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich, FPR 2009, 219.

13 BT-Drs. 16/10144, 53.

14 BGHZ 86, 82; BGH NJW 2007, 904.

Damit ist jedoch die materielle Wirksamkeit von Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich nicht angemessen und vor allem nicht vollständig umschrieben. Eine Vereinbarung, welche oftmals in jungen Lebensjahren der Beteiligten geschlossen wird, kann wegen der Unabsehbarkeit der Zukunft grundsätzlich nicht auf deren Wirkungen für die Vorsorgeverhältnisse der Beteiligten geprüft werden, was auch der Gesetzgeber erkennt. Gleichwohl kann eine solche Vereinbarung auch deshalb mit den Maximen der Inhalts- und Ausübungskontrolle unvereinbar sein, weil zwischen den Parteien Vorteile und Lasten ungleich und damit materiell unwirksam verteilt sind. In der Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen kommt dem Versorgungsausgleich eine Schlüsselstellung für die Beurteilung der Angemessenheit einer Vereinbarung zu. Es besteht nicht der geringste Anlass anzunehmen, dass sich der Gesetzgeber bei der Reform des Versorgungsausgleichs von dieser Rechtsprechung hätte lossagen wollen. Im Gegenteil, er nimmt auf diese ja gerade Bezug. Dann folgt daraus aber für die Auslegung des § 8 VersAusglG, dass diese Anforderungen nicht nur verletzt ist, wenn die Vereinbarung der öffentlichen Hand Lasten auferlegt, sondern auch dann zu verwerfen ist, wenn die getroffene Vereinbarung den Anspruch auf gerechten Ausgleich von Vorsorgerechten unter den Ehegatten verfehlt.

D. Externe Teilung durch Vereinbarung

Eine besonders anspruchsvolle Form des Versorgungsausgleichs liegt in der Abbedingung der internen durch externe Teilung, also des Ersatzes der Teilung eines Versorgungsrechts durch dessen Übertragung auf einen anderen Versorgungsträger. § 14 Abs. 2 Nr. 1 VersAusglG lässt eine solche Teilung zu und gibt dem Ausgleichsberechtigten ein Wahlrecht hinsichtlich der „Zielversorgung“, also des Versorgungsträgers, bei dem das zu übertragende Anrecht begründet wird. Soll es bei einem bereits bestehenden Vorsorgerechtsverhältnis angesiedelt werden, läge ein Ausbau und sonst eine Neubegründung des Anrechts vor.

Eine derartige Vereinbarung über die externe Teilung ist zwischen Ausgleichsberechtigtem und dem Träger des Ausgleichspflichtigen zu treffen. Diese Vereinbarung ist formfrei möglich,¹⁵ aber wohl schon aus sachlichen Gründen nur in Schriftform denkbar, wohl aber auch genügend. Ferner sind andere Formen gleichermaßen gültig.

¹⁵ BT-Drs. 16/10144, 58.

Wird die externe Teilung in einer zwischen den Eheleuten geschlossenen Vereinbarung geregelt, ist der von jedem Versorgungsträger für den Ehezeitanteil maßgebliche Kapitalwert (vgl. §§ 5 I, 47 VersAusglG) zu beurkunden. Des Weiteren ist in der Vereinbarung sowohl der abgebende wie der aufnehmende Träger zu benennen, also sowohl der Träger des Ausgleichspflichtigen als auch die Zielversorgung urkundlich festzuhalten. Zwar ist nach dem Gesetz die Geltendmachung der externen Teilung dem Ausgleichsberechtigten gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 1 VersAusglG überantwortet. Da der Ausgleich aber den Vollzug und damit den Abschluss der Vereinbarung zwischen ausgleichsberechtigtem und ausgleichspflichtigem Träger voraussetzt, gehört es auch zu den Aufgaben des Notars, bei einer zwischen den Eheleuten vereinbarten externen Teilung die zu deren Durchführung notwendigen Erklärungen einzuholen und damit herbeizuführen.

In diesem Zusammenhang muss sich der Notar vom Ausgleichsberechtigten bevollmächtigen lassen, die entsprechende Vereinbarung mit dem des ausgleichspflichtigen Träger abzuschließen und zugleich eine Übertragung auf den Träger der Zielversorgung vorzunehmen. Da – wie in den rechtspolitischen Betrachtungen zur Reform dargelegt – die Ablösung der internen durch die externe Teilung im Interesse der Übersichtlichkeit der Vorsorgerechtsverhältnisse aller Voraussicht nach eine ganz entscheidende Bedeutung haben wird, wird auch dieses Element notarieller Tätigkeit in Zukunft eine große Tragweite für die Praxis erlangen.

Kapitel 6 Fazit

Der Versorgungsausgleich ist mit der Reform nicht nur ganz neu gestaltet worden, sondern er hat auch für die Notare neue Aufgabenfelder eröffnet. Sie sind neu, aber wichtig; ihre Bewältigung verlangt tiefes Wissen in der Alterssicherung – aber dieses benötigen die Notare schon seit geraumer Zeit, so dass sie auch die neuen Aufgaben meistern können.

Versorgungsausgleich und betriebliche Altersversorgung

Sabine Drochner

Kapitel 1 Einleitung

A. *Rechtsentwicklung*

Der Versorgungsausgleich wurde erstmals durch das am 1.7.1977 in Kraft getretene 1. Eherechtsreformgesetz¹ gesetzlich geregelt. Die damit geschaffene Grundstruktur – hälftige Teilung der in der Ehe erworbenen Versicherungen – blieb im Wesentlichen erhalten bis zur Verabschiedung des Gesetzes über den Versorgungsausgleich vom 3. April 2009², das am 1. September 2009 in Kraft getreten ist.

Im Detail waren jedoch bereits zuvor immer wieder Modifizierungen vorgenommen worden, insbesondere als Folge von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts³. Trotz dieser Korrekturmaßnahmen nahm die Kritik an dem Versorgungsausgleich zu. Sie entzündete sich vor allem an dem Prinzip des Einmalausgleichs in der gesetzlichen Rentenversicherung. Dieses erforderte eine Vergleichbarmachung der in der Ehezeit erworbenen Ansprüche, wozu 1984 die sog. Barwert-Verordnung erlassen worden war. Der BGH hatte jedoch im Jahre 2001 die Barwert-Verordnung wegen der überholten Annahmen zur Sterbewahrscheinlichkeit nur noch für eine Übergangszeit bis Ende 2002 für anwendbar erklärt⁴. Der Gesetzgeber entschied sich für eine weitere Übergangslösung durch Anpassung der Barwert-Verordnung an die geänderten Sterbewahrscheinlichkeiten. Als dies im Jahr 2003 geschah, kommentierte die damalige Bundesjustizministerin Brigitte Zypries: „Auch künftig können Familiengerichte Rechte aus der betrieblichen oder der berufsständischen Alters-Zusatzversorgung bei der Scheidung im Versorgungsausgleich wie gewohnt bewerten und ausgleichen. ... Die neue Barwert-Verordnung ist ein Zwischenschritt auf dem Weg zur grundlegenden Strukturreform des Versorgungsausgleichs. Eine Strukturreform ist notwendig, um Ungerechtigkeiten beim Scheitern der Ehe zulasten des wirtschaftlich schwächeren Ehepartners – in der Regel der Frau – zu beseitigen. Noch in dieser Legislaturperiode wollen wir den Versorgungsausgleich grundlegend überarbei-

1 BGBl. 1976 I, 1421.

2 BGBl. 2009 I, 700.

3 So BVerfG v. 28.2.1980, BVerfGE 53, 257, vgl. auch BetrAV 1980, 191; BVerfG v. 8.4.1986, BVerfGE 71, 364, BetrAV 1986, 192.

4 BGH v. 5.9.2001, BGHZ 148, 351, BetrAV 2002, 312.

ten und können dann hoffentlich ganz auf diese komplizierten Ausgleichsrechnungen verzichten“.⁵

Im selben Jahr wurde eine Kommission zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs eingesetzt, deren Hauptaugenmerk auf dem Ausgleich der betrieblichen Zusatzversorgung lag. Dabei ging es darum, im Interesse der betrieblichen Altersversorgung Arbeitgeber und Versorgungsträger möglichst wenig zu belasten, wenn auch der grundsätzliche Reformbedarf im Interesse eines fairen Ausgleichs zwischen den Eheleuten unbestritten war. Dieses Bemühen hat seinen Niederschlag gefunden in einer Reihe von Sonderregelungen für Betriebsrenten in dem Versorgungsausgleichsgesetz (VersAusglG) vom 3.4.2009⁶.

B. *Die betriebliche Altersversorgung als System*

Um die Besonderheiten des neuen Versorgungsausgleichsrechts für die Betriebsrenten darstellen und bewerten zu können, sollen vorab einige Grundzüge der betrieblichen Altersversorgung dargestellt werden.

I. Bedeutung im Alterssicherungssystem

Die betriebliche Altersversorgung hat als zweite Säule des deutschen Alterssicherungssystems in den vergangenen Jahren zunehmend an Bedeutung gewonnen. Ihre Verbreitung ist von TNS Infratest Sozialforschung im Auftrag der Bundesregierung mehrfach ermittelt worden; die neuesten Daten sind im Januar 2009 in der Studie „Situation und Entwicklung der betrieblichen Altersversorgung in Privatwirtschaft und öffentlichem Dienst 2001 – 2007 – Endbericht“⁷ veröffentlicht worden.

Danach hat sich die Zahl der sozialversicherungspflichtig Beschäftigten, die einen Betriebsrentenanspruch erworben haben, von rund 14,5 Millionen Ende 2001 auf rund 17,5 Millionen Ende 2007 erhöht. Dies entspricht einer Steigerung von 21 Prozent. Insgesamt hatten am Jahresende 2007 rund 64 Prozent der sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer durch eigene

5 Pressemitteilung des BMJ v. 26.3.2001.

6 Weitere Hintergründe zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs sind dargestellt von Schmid/Eulering, FamRZ 2009, 1269.

7 Der gesamte Wortlaut ist auf der homepage des BMAS abrufbar unter: http://www.bmas.de/coremedia/generator/30028/property=pdf/f384__forschungsbericht.pdf.

und/oder Arbeitgeberbeiträge Anwartschaften auf eine spätere betriebliche Zusatzversorgung aufgebaut.

Auch die Deckungsmittel der betrieblichen Altersversorgung, also die Gesamtsumme der für die betriebliche Altersversorgung angelegten Vermögenswerte, sind kontinuierlich gestiegen. Beliefen sie sich im Jahr 2001 noch auf insgesamt 341,6 Mrd. €⁸, so lagen sie im Jahr 2008 bereits bei 453,8 Mrd. €⁹.

Diese Zahlen spiegeln die Tatsache wider, dass die im Jahr 2001 durchgeführte Rentenreform¹⁰ und weitere gesetzgeberische Maßnahmen in den darauffolgenden Jahren - u.a. das Alterseinkünftegesetz (AltEinkG) vom 5.7.2004¹¹ - die betriebliche Altersversorgung mehr und mehr in den Fokus gerückt haben. Da die umlagefinanzierte gesetzliche Rente aufgrund der demografischen Entwicklung zunehmend weniger in der Lage ist, eine Lebensstandardsicherung zu gewährleisten, kommt den betrieblichen – und auch den privaten – Versorgungsleistungen eine immer größere Bedeutung zu. Dieser Paradigmenwechsel macht es erforderlich, dass auch in Zukunft die Rahmenbedingungen der betrieblichen Altersversorgung so gestaltet sein müssen, dass ihr Ausbau als zweite tragende Säule neben der gesetzlichen Rentenversicherung gefördert wird.

II. Durchführungswege der bAV

Das Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung¹² sieht fünf verschiedene Durchführungswege vor:

- Direktzusage
- Direktversicherung
- Pensionskasse
- Unterstützungskasse
- Pensionsfonds (seit 2002).

Bei allen Durchführungswegen erfolgt grundsätzlich eine Vorausfinanzierung der späteren Versorgungsleistungen durch Ansammlung von Mitteln während der Aktivitätszeit des Berechtigten: im Fall der Direktzusage geschieht dies innerhalb eines Unternehmens, in allen übrigen Fällen durch einen externen Ver-

8 *Schwind*, BetrAV 2003, 352.

9 *Schwind*, BetrAV 2010, 383.

10 Gesetz zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung und zur Förderung eines kapitalgedeckten Altersvorsorgevermögens (AVmG) v. 26.6.2001, BGBl. I, 1310.

11 BGBl. I, 1427.

12 Betriebsrentengesetz – BetrAVG – v. 19.12.1974, BGBl. I, 3610, zuletzt geändert durch Art. 4e des Gesetzes v. 21.12.2008, BGBl. I, 2940.

sorgungsträger. § 1 Abs. 1 S. 3 BetrAVG stellt ausdrücklich klar, dass der Arbeitgeber in jedem Fall – also auch bei Einschaltung eines Dritten – für die Erfüllung des Versorgungsanspruchs einzustehen hat.

Während bei der Direktzusage das Versorgungsverhältnis lediglich auf der Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer beruht, entsteht bei den übrigen Durchführungswegen ein Dreiecksverhältnis zwischen Arbeitgeber, Arbeitnehmer und externem Versorgungsträger. Dieser erhält vom Arbeitgeber die notwendigen Mittel, aus denen bei Eintritt des Versorgungsfalles die Leistungen an die Begünstigten erbracht werden. Jedes Unternehmen hat die freie Wahl unter diesen fünf Durchführungswegen und kann sie auch miteinander kombinieren. Im Einzelnen unterscheiden sie sich z.T. erheblich in ihren arbeits-, steuer-, versicherungs- und sozialversicherungsrechtlichen Rahmenbedingungen.

III. Zusagearten

Die *Leistungszusage* ist die klassische Form der Betriebsrentenzusage, bei der der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine von vorneherein in der Höhe bestimmbare Versorgungsleistung zusagt, z.B. eine monatliche betriebliche Altersrente in Höhe von 300 Euro. Damit steht die *Versorgungsleistung* im Vordergrund, während der *Versorgungsaufwand* aus der definierten Leistung abgeleitet wird. Zur Finanzierung der Leistungsansprüche kann der Arbeitgeber je nach Durchführungsweg entweder feste oder variable Beiträge an einen externen Finanzdienstleister zahlen oder entsprechende bilanzielle Pensionsrückstellungen bilden.

Bei der *beitragsorientierten Leistungszusage* steht der Beitrag bzw. der Versorgungsaufwand im Vordergrund und weniger die Leistung, die hieraus finanziert wird. Der Arbeitgeber verspricht einen bestimmten Aufwand zur Finanzierung der Altersversorgung. Die Leistung wird nach versicherungsmathematischen Grundsätzen unter Zugrundelegung eines bestimmten Zinses ermittelt.

Die *Beitragszusage mit Mindestleistung* wurde als neue Zusageart mit der Reform des Betriebsrentenrechts im Jahr 2001 eingeführt und ist nur über die externen Durchführungswege Direktversicherung, Pensionskasse und Pensionsfonds möglich. Auch bei dieser Zusageform wird eine bestimmte Leistung zugesagt, nämlich die gesetzlich vorgeschriebene Mindestleistung in Höhe der eingezahlten Beiträge abzgl. der Beiträge, die für einen biometrischen Risikoausgleich verbraucht wurden. Die Garantie dieser Mindestleistung kann dabei auch von dem externen Versorgungsträger übernommen werden.

Echte Beitragszusagen, d.h. Zusagen, bei denen sich der Arbeitgeber lediglich dazu verpflichtet, einen bestimmten Finanzierungsbeitrag für die Alterssicherung seiner Mitarbeiter zur Verfügung zu stellen, kennt das Betriebsrentengesetz nicht.

IV. Unverfallbarkeit

Zu den zwingenden Vorschriften des Betriebsrentengesetzes gehören die Regelungen über die Unverfallbarkeit. Sie haben zur Folge, dass der Arbeitnehmer unter bestimmten Voraussetzungen seine Versorgungsanwartschaft auch dann behält, wenn das Arbeitsverhältnis, innerhalb dessen eine Versorgungszusage erteilt worden ist, vor Eintritt des Versorgungsfalls endet. Der Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Kündigung durch den Arbeitgeber oder durch den Arbeitnehmer bzw. einvernehmliche Beendigung) ist dabei irrelevant.

Die gesetzlichen Unverfallbarkeitsfristen sind in den vergangenen Jahren mehrfach zugunsten der Arbeitnehmer modifiziert worden. Seit dem 1.1.2001 gibt es nur noch eine vom Bestand der Zusage, also von der Zusagedauer abhängige Unverfallbarkeitsfrist, während die Dauer der Betriebszugehörigkeit keine Rolle mehr spielt. Seit Inkrafttreten des AVmG¹³ waren die Voraussetzungen für die Unverfallbarkeit dergestalt geregelt, dass bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Arbeitnehmer mindestens 30 Jahre alt sein und seine Versorgungszusage mindestens fünf Jahre Bestand gehabt haben musste. Für Neuzusagen, die ab dem 1.1.2009 erteilt worden sind, wurde das Mindestausscheidealter von 30 auf 25 Jahre herabgesetzt (§ 1b Abs. 1 S. 1 BetrAVG).

Sind für den Arbeitnehmer günstigere Modalitäten vereinbart worden, so handelt es sich um eine vertragliche Unverfallbarkeit.

Die genannten Bedingungen für den Eintritt der gesetzlichen Unverfallbarkeit gelten ausschließlich für Versorgungszusagen, die durch den Arbeitgeber finanziert werden. Handelt es sich um Entgeltumwandlungszusagen gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG¹⁴, die nach dem 1.1.2000 erteilt worden sind, so gilt für sie die sofortige Unverfallbarkeit (§ 1b Abs. 5 BetrAVG).

V. Insolvenzschutz

Bei der in den §§ 7 bis 15 BetrAVG geregelten Insolvenzversicherung handelt es sich um eine gesetzliche Pflichtversicherung, deren Träger der Pensions-Sicherungs-Verein Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (PSVaG) mit Sitz in Köln ist. Er wurde im Jahr 1974 durch die Bundesvereinigung der Arbeitgeber-

13 S.o. Fn. 10.

14 „Betriebliche Altersversorgung liegt auch vor, wenn ... künftige Entgeltansprüche in eine wertgleiche Anwartschaft auf Versorgungsleistungen umgewandelt werden (Entgeltumwandlung) ...“

verbände, den Bundesverband der Deutschen Industrie und den Verband der Lebensversicherungsunternehmen gegründet. Die Finanzierung des PSVaG erfolgt durch Beiträge der Arbeitgeber, die ihren Arbeitnehmern eine betriebliche Altersversorgung zugesagt haben. Durch die Eintrittspflicht des PSVaG werden die Arbeitnehmer für den Fall der Insolvenz ihres Arbeitgebers vor einem Verlust ihrer (zukünftigen) betrieblichen Versorgungsleistungen geschützt. Gesichert werden im Rahmen der gesetzlichen Regelungen die laufenden Versorgungsleistungen sowie gesetzlich unverfallbare Anwartschaften.

Nicht alle Durchführungswege unterliegen dem gesetzlichen Insolvenzschutz, sondern nur diejenigen, bei denen eine Gefährdung der Deckungsmittel dem Grunde nach überhaupt eintreten kann. Dies ist bei Pensionskassen und Direktversicherungen¹⁵ grundsätzlich nicht der Fall, da diese der Aufsicht durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht unterliegen und zudem die im Versicherungsaufsichtsgesetz vorgesehenen Anlagevorschriften bereits eine hinreichende Sicherheit bezüglich des bestehenden Kapitalanlagerisikos gewährleisten.

Derzeit stehen rd. 10 Mio. Versorgungsberechtigte – 3,9 Mio. Rentner und 6,1 Mio. Arbeitnehmer mit unverfallbaren Anwartschaften – unter dem Insolvenzschutz des PSVaG; rd. 468.100 Rentempfänger erhalten rd. 61,9 Mio. € monatlich¹⁶.

C. *Rechtslage bis zum 31.8.2009*

Die bis zum 31.8.2009 gültige Struktur des Versorgungsausgleichs beruhte auf dem Saldierungsprinzip: Die von jedem Ehegatten in der Ehezeit erworbenen Versorgungsansprüche wurden aufgelistet und addiert, und die Differenz der beidseits erworbenen Ansprüche wurde hälftig zugunsten desjenigen Ehegatten ausgeglichen, der insgesamt die geringeren Versorgungsansprüche aufwies (Halbteilungsgrundsatz).

15 Es sei denn, der Arbeitgeber hat die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag abgetreten, verpfändet oder beliehen oder dem Arbeitnehmer wurde lediglich ein widerrufliches Bezugsrecht eingeräumt (§ 7 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BetrAVG).

16 Diese und weitere Zahlen sind abrufbar auf der homepage des PSVaG: www.psva.de – Fakten & Zahlen.

Aus der Sicht eines betrieblichen Versorgungsträgers war das gerichtliche Scheidungsverfahren eines (ehemaligen) Mitarbeiters bzw. Versorgungsberechtigten nur mit moderatem Zusatzaufwand verbunden.

Mit dem Ziel des Ausgleichs von in der Ehezeit erdienten Renten und unverfallbaren Rentenanwartschaften war im Rahmen des gerichtlichen Auskunftsernehmens lediglich eine zentrale Angabe zu machen: Auf Grundlage der bei Eheende geltenden Bemessungsgrundlagen war die bis zum Erreichen der festen Altersgrenze erreichbare Jahresrente zu bestimmen oder die Höhe der unverfallbaren Anwartschaft bzw. der laufenden Rente anzugeben. Die zur Durchführung des Versorgungsausgleichs erforderliche Versorgungsbilanz erstellte das Gericht. Es übernahm auch die Gesamtsaldierung und die Umsetzung des Ausgleichs mittels verschiedener Ausgleichsformen (Splitting, Quasi-Splitting, Super-Splitting, Realteilung, schuldrechtlicher Versorgungsausgleich etc.).

Schließlich wurde der betriebliche Versorgungsträger als Beteiligter in das gerichtliche Verfahren zum Versorgungsausgleich in der Regel lediglich dann eingebunden, wenn er als Teilungsform den Weg der Realteilung gewählt hatte und folglich durch die Aufnahme von „Betriebsfremden“ unmittelbar von der Umsetzung des Versorgungsausgleichs betroffen war.

Kapitel 2 Die in den Versorgungsausgleich einbezogenen Anrechte aus der bAV

A. *Anwartschaften und laufende Leistungen*

Auch wenn sich die Formulierung in § 2 Abs. 1 VersAusglG – „Anrechte ... sind ... bestehende Anwartschaften auf Versorgungsleistungen und Ansprüche auf laufende Versorgungsleistungen ...“ – gegenüber der bisherigen Regelung¹⁷ geringfügig geändert hat, ergeben sich hieraus keine praktischen Auswirkungen. Nach wie vor unterliegen dem Versorgungsausgleich alle Anrechte, die durch Arbeit oder Vermögen geschaffen oder aufrechterhalten worden sind (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 VersAusglG) und der Absicherung im Alter oder bei Invalidität dienen, insbesondere wegen verminderter Erwerbsfähigkeit, Berufsunfähigkeit oder Dienstunfähigkeit (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 VersAusglG).

B. *Auszugleichende Leistungsformen*

Vor der Strukturreform des Versorgungsausgleichs wurden Anrechte, die dem Betriebsrentengesetz unterliegen und sich nicht auf eine Rentenleistung, sondern auf einen Kapitalbetrag richten, dem Güterrecht zugeordnet. Seit dem 1.9.2009 sind sämtliche Anrechte i.S.d. BetrAVG in den Versorgungsausgleich einzubeziehen, unabhängig von ihrer jeweiligen Leistungsform (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 Halbsatz 2 VersAusglG), also auch, wenn sie auf eine Kapitalleistung gerichtet sind.

Damit wollte der Gesetzgeber zwei Probleme beseitigen:

Solange Versorgungszusagen, die auf Kapitalzahlungen gerichtet waren, im Zugewinnausgleich berücksichtigt wurden, fehlten dem ausgleichspflichtigen Ehegatten oft gerade in der Scheidungssituation die notwendigen liquiden Mittel, um die Forderung zu erfüllen, wenn nämlich die auszugleichende Versorgung selbst zum Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils weder fällig noch anderweitig verfügbar war. Zum anderen wurde in Einzelfällen der Versorgungsausgleich umgangen, indem nach Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags noch ein Kapitalwahlrecht ausgeübt wurde¹⁸.

¹⁷ § 1587 Abs. 1 BGB a.F.: „... Anwartschaften oder Aussichten ...“

¹⁸ Vgl. BT-Drs. 16/10144 zu § 2.

Dieser gesetzgeberischen Entscheidung ging eine lange Auseinandersetzung über die Einbeziehung von Kapitalleistungen in den Versorgungsausgleich voraus. Mit der jetzigen Lösung wird sichergestellt, dass nur solche Anrechte auf Kapitalzahlungen Gegenstand des Versorgungsausgleichs sind, bei denen der Versorgungszweck außer Frage steht¹⁹.

C. *Auszugleichendes Leistungsspektrum*

Neben der Altersvorsorge ist – wie nach bisherigem Recht – auch die Versorgung wegen Invalidität Gegenstand des Versorgungsausgleichs. Der Begriff „Invalidität“ steht in § 2 Abs. 2 Nr. 2 VersAusglG für alle denkbaren Einschränkungen der Arbeits- oder Dienstunfähigkeit vor Erreichen der Regelaltersgrenze.

Sofern eine Hinterbliebenenversorgung zum Leistungsspektrum des auszugleichenden Anrechts gehört, ist sie mit einzubeziehen, und zwar selbst dann, wenn ihr Barwert im Einzelfall herausgerechnet werden könnte. Nur Versorgungszusagen, die ausschließlich eine Hinterbliebenenleistung vorsehen, bleiben im Versorgungsausgleich unberücksichtigt²⁰.

Bei der Durchführung des Versorgungsausgleichs im Wege der internen Teilung (vgl. Kapitel 4) kann der Risikoschutz auf eine Altersversorgung beschränkt werden. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass ein zusätzlicher Ausgleich bei der Alterssicherung erfolgt, § 11 Abs. 1 Nr. 3 VersAusglG. Sieht also eine Versorgungszusage neben einer Altersversorgung eine Invaliditätsabsicherung oder Hinterbliebenenversorgung vor, so genügt ein Versorgungsausgleich den gesetzlichen Anforderungen, wenn nur das Risiko der Altersversorgung abgesichert und dieser verminderte Risikoschutz kompensiert wird.

D. *Ausgleichsreife*

Soweit es um Anwartschaften auf Betriebsrenten geht, werden sie zum Zeitpunkt der Scheidung nur dann in den Versorgungsausgleich einbezogen, wenn sie bereits unverfallbar sind (s. Kapitel 1, IV.). Sind die Voraussetzungen hierfür noch

19 Neben den Anrechten aus betrieblicher Altersversorgung ist dies auch bei Altersvorsorgeverträgen i.S.d. Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetzes der Fall, vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 3 VersAusglG.

20 Für ihre Einbeziehung *Engbroks*, BetrAV 2008, 438.

nicht erfüllt, sind diese Ansprüche noch nicht ausgleichsreif (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 VersAusglG) und es bleibt nur ein späterer schuldrechtlicher Ausgleich nach Maßgabe der §§ 20 ff. VersAusglG möglich²¹. § 224 Abs. 4 FamFG verpflichtet das Gericht, noch nicht ausgleichsreife Anrechte in der Beschlussformel zu benennen. Damit wird die ausgleichsberechtigte Person daran erinnert, dass ihr insoweit noch Ansprüche zustehen können.

An dieser Stelle ist der Gesetzgeber von dem Grundsatz abgewichen, dass die Entscheidung über den Versorgungsausgleich zeitnah und abschließend erfolgen soll. Es wäre wünschenswert gewesen, zum Zeitpunkt der Ehescheidung noch verfallbare Anwartschaften auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung ganz²² aus dem Versorgungsausgleich herauszunehmen, zumal sie in aller Regel einen geringen Wert aufweisen. Ob die Parteien von der Möglichkeit eines schuldrechtlichen Ausgleichs für später unverfallbar gewordene Ansprüche Gebrauch machen, wird sich in Zukunft zeigen.

21 Dies entspricht dem bisherigen Recht: § 1587a Abs. 2 Nr. 3 Satz 3 BGB.

22 U.U. mit einer Regelung für Härtefälle.

Kapitel 3 Die Wertermittlung

A. *Bestimmung von Ehezeitanteil, Ausgleichswert und korrespondierendem Kapitalwert*

Ausgangspunkt für die Wertermittlung ist § 5 VersAusglG. Er sieht vor, dass der Versorgungsträger zunächst den Ehezeitanteil des Anrechts bestimmt, und zwar nach den Bezugsgrößen des jeweiligen Versorgungssystems. Ist das geschehen, hat der Versorgungsträger dem Familiengericht einen Ausgleichswert vorzuschlagen, bei dem es sich um die Hälfte des Ehezeitanteils handelt (§ 1 Abs. 2 Satz 2 VersAusglG).

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bewertung des Ehezeitanteils – und damit auch für die Bestimmung des Ausgleichswertes – ist das Ende der Ehezeit (§ 3 Abs. 1 VersAusglG), es gilt also grundsätzlich das Stichtagsprinzip. Hiervon macht § 3 Abs. 2 Satz 2 VersAusglG eine Ausnahme. Ergeben sich zwischen dem Ende der Ehezeit und der Entscheidung des Familiengerichts Änderungen, die rückwirkend zu einer anderen Bewertung des Ehezeitanteils und damit auch des Ausgleichswertes führen, so sollen sie bei der Entscheidung berücksichtigt werden. Dies gilt jedoch nicht für die übliche Wertentwicklung des Anrechts²³ oder für solche nahezeitlichen Veränderungen, die keinen Bezug zur Ehezeit haben, wie etwa spätere Beförderungen.

Entscheidet sich der Versorgungsträger, die Wertermittlung auf der Grundlage von Rentenbeträgen vorzunehmen, so muss darüber hinaus ein sog. korrespondierender Kapitalwert bestimmt werden (§ 47 VersAusglG). Hierbei handelt es sich um eine Hilfsgröße, die eine Vergleichbarmachung der Anrechte gewährleisten soll. Mithilfe dieses Wertes kann eine Versorgungsbilanz erstellt werden, die immer dann notwendig ist, wenn die Parteien eine Vereinbarung über den Versorgungsausgleich treffen wollen oder wenn das Gericht zu prüfen hat, ob der Versorgungsausgleich aus Härtefallgründen auszuschließen (§ 27 VersAusglG) oder trotz geringfügiger Wertunterschiede am Stichtag durchzuführen ist (§ 18 Abs. 3 VersAusglG).

23 Z.B. durch zwischenzeitlich erfolgte Anpassungen der Bemessungsgrundlagen für die Anwartschaft, vgl. BT-Drs. 16/10144 zu § 5.

B. Besonderheiten in der betrieblichen Altersversorgung

I. Wertermittlung nach § 45 Abs. 1 VersAusglG

Für Anrechte aus dem Betriebsrentengesetz enthält § 45 VersAusglG eine Sonderregelung und sieht zunächst ein Wahlrecht vor: die Bewertung des Anrechts kann entweder als Rentenbetrag nach § 2 BetrAVG oder als Kapitalwert nach § 4 Abs. 5 BetrAVG erfolgen.

Der Rentenbetrag orientiert sich an der Höhe und der Ermittlung unverfallbarer Anwartschaften, wie sie sich aus der sehr komplexen Vorschrift des § 2 BetrAVG ergeben, der unterschiedliche Berechnungsmethoden für die einzelnen Durchführungswege vorsieht²⁴.

Der Gesetzgeber geht davon aus, dass die Versorgungsträger überwiegend von der Möglichkeit Gebrauch machen werden, das auszugleichende Anrecht als Kapitalwert zu ermitteln²⁵. In diesem Fall ist § 4 Abs. 5 BetrAVG als Bewertungsvorschrift heranzuziehen. Sie regelt die Übertragung einer Betriebsrentenanwartschaft auf einen neuen Arbeitgeber im Fall des Arbeitsplatzwechsels und bestimmt in diesem Zusammenhang die Höhe des Übertragungswertes. Die Ermittlung dieses Wertes unterscheidet sich wiederum nach dem jeweiligen Durchführungsweg. Während bei den versicherungsförmigen Durchführungswegen (Direktversicherung, Pensionskasse und Pensionsfonds) das gebildete Kapital zum Zeitpunkt der Übertragung ausschlaggebend ist, muss bei den Durchführungswegen Direktzusage und Unterstützungskasse der versicherungsmathematische Barwert der nach § 2 BetrAVG bemessenen künftigen Versorgungsleistung zum Zeitpunkt der Übertragung errechnet werden. Die Vorschrift des § 4 Abs. 5 BetrAVG gilt auch für den korrespondierenden Kapitalwert (§ 47 Abs. 4 Satz 1 VersAusglG).

II. Ermittlung des Ehezeitanteils nach § 45 Abs. 2 VersAusglG

Kann der Versorgungsträger frei wählen zwischen der Berechnung des auszugleichenden Anrechts als Renten- oder als Kapitalbetrag, so stellt das Gesetz für die Ermittlung des Ehezeitanteils in § 45 Abs. 2 VersAusglG eine Priorität auf:

24 Zu Einzelheiten vgl. z.B. *Kisters-Kölkes*, in: *Kemper/Kisters-Kölkes/Berenz/Huber, BetrAVG*, 4. Aufl. 2010, § 2 Rn. 1 ff.; *Langohr-Plato, Betriebliche Altersversorgung*, 5. Aufl. 2010, Rn. 411.

25 BT-Drs. 16/10144 zu § 45.

grundsätzlich ist hier eine unmittelbare Bewertung vorzunehmen und nur, wenn das nicht möglich ist, soll eine zeitratierliche Bewertung erfolgen²⁶.

Eine unmittelbare Bewertung ist in all denjenigen Fällen möglich, in denen ein direkter Zusammenhang zwischen einer Bezugsgröße, die aus der Ehezeit resultiert, und der Höhe der Versorgung besteht. Diese Voraussetzungen sind u.a. bei kapitalgedeckten Anrechten und bei Rentenbaustein-Systemen erfüllt.

Beispiel: Die Versorgungszusage sieht vor, dass der Mitarbeiter pro Beschäftigungsjahr einen Betrag in Höhe von 10 € erhält. Der Wert des Ehezeitanteils eines solchen Anrechts entspricht dem Umfang der auf die Ehezeit entfallenden Bezugsgröße. Beträgt die Ehezeit sieben Jahre, so liegt der Wert des Ehezeitanteils bei 70 €.

Ist eine solche Zuordnung nicht möglich, kommt – nachrangig – die zeitratierliche Methode²⁷ zum Zuge. Zunächst ist der Wert des betriebsrentenrechtlichen Anteils (Verhältnis der tatsächlichen Betriebszugehörigkeit zu der Zeit vom Beginn der Betriebszugehörigkeit bis zur festen Altersgrenze – „betriebsrentenrechtliches m/n-tel“) zu ermitteln. Im zweiten Schritt wird der Quotient gebildet aus der ehezeitlichen Betriebszugehörigkeit und der Zeit vom Beginn der Betriebszugehörigkeit bis zum Ende der Ehezeit („versorgungsrechtliches m/n-tel“). Diese beiden Größen werden dann miteinander multipliziert²⁸.

26 Einen Überblick über Lösungsansätze zur Berechnung von Ehezeitanteil und Ausgleichswert bei der Direktzusage geben u.a. *Huber/Burg*, BB 2009, 2534.

27 Sie wird im Betriebsrentenrecht regelmäßig angewendet zur Ermittlung der Höhe einer unverfallbaren Anwartschaft, § 2 Abs. 1 BetrAVG.

28 Beispiele finden sich u.a. bei *Ruland*, Versorgungsausgleich, 2. Aufl. 2009, Rn. 392; *Borth*, Versorgungsausgleich, 5. Aufl. 2010, Rn. 402 ff.; *Glockner/Hoenes/Weil*, Der neue Versorgungsausgleich, 2009, Rn. 51. Kritisch *Engbroks/Heubeck*, BetrAV 2009, 16, 19.

Kapitel 4 Interne Teilung

§ 10 VersAusglG ordnet vorrangig²⁹ die interne Teilung jedes Anrechts der Ehegatten an. Zugleich wird der allgemeine Grundsatz formuliert, dass die interne Teilung die gleichwertige Teilhabe der Ehegatten an den in der Ehezeit erworbenen Anrechten sicherstellen muss (§ 11 Abs. 1 S. 1 VersAusglG). Um den Versorgungsträgern den bereits in der Vergangenheit bei der Realteilung bestehenden Gestaltungsspielraum zu erhalten und auch aufgrund der Vielgestaltigkeit von Versorgungsleistungen verzichtet das Gesetz darauf, diesen Grundsatz bis ins Einzelne zu konkretisieren, sondern beschränkt sich darauf, einige Mindestanforderungen zu nennen.

A. *Mindestanforderungen*

I. *Eigenständige Versorgung mit vergleichbarer Sicherung (§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 VersAusglG)*

Für die ausgleichsberechtigte Person ist ein eigenständiges Anrecht zu begründen, das unabhängig ist von der Person des Ausgleichspflichtigen. Eine Abtretung reicht nicht aus, da dieser Anspruch mit dem Tod der ausgleichspflichtigen Person unterginge. Bei Direktversicherungen muss die ausgleichsberechtigte Person selbst versicherte Person werden und ihr muss das Bezugsrecht eingeräumt werden.

Darüber hinaus muss das zu übertragende Anrecht vergleichbar gesichert sein wie das auszugleichende Recht. Für Anrechte, die dem Betriebsrentengesetz unterfallen, ist dies i.d.R. kein Problem, weil die §§ 7 ff. BetrAVG einen gesetzlichen Insolvenzschutz vorsehen (vgl. Kapitel 1, B.V.), der sich nach Durchführung des Versorgungsausgleichs auf die ausgleichsberechtigte Person erstreckt. Übersteigt das Anrecht des Ausgleichspflichtigen hingegen die Höchstgrenzen des § 7 Abs. 3 BetrAVG – mit der Folge, dass keine Einstandspflicht des PSVaG besteht –, steht dies einer internen Teilung nicht entgegen, da zwar eine gleiche

29 Vgl. § 9 Abs. 2 VersAusglG.

Teilhabe der ausgleichsberechtigten Person gewährleistet sein soll, nicht aber eine Besserstellung³⁰.

II. Vergleichbare Wertentwicklung (§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 VersAusglG)

Um dem Ausgleichsberechtigten ein Anrecht in Höhe des Ausgleichswertes mit vergleichbarer Wertentwicklung zu sichern, stehen dem Versorgungsträger drei Möglichkeiten offen:

- Teilung auf der Grundlage des Deckungskapitals
- Halbteilung von Rentenbeträgen oder Bezugsgrößen
- Ermittlung gleich hoher Rentenbeträge nach dem vorhandenen Deckungskapital und dessen entsprechende Aufteilung auf die Ehegatten.

Erfolgt die Teilung auf der Grundlage des Deckungskapitals, können sich aufgrund der unterschiedlichen biometrischen Risiken (Alter, Geschlecht) daraus für die beiden Ehegatten unterschiedlich hohe Anrechte ergeben. Die zweite Variante kann für den Versorgungsträger aufgrund der unterschiedlich hohen Risiken zu einem finanziellen Mehraufwand führen. Dies wird bei der dritten Möglichkeit vermieden, die zur Folge haben kann, dass der Ausgleichsverpflichtete zwar mehr als die Hälfte des Ausgleichswertes abgeben muss, die sich am Ende für die Ehegatten daraus ergebenden Leistungen jedoch gleich hoch sind³¹.

Ein weiterer Aspekt der vergleichbaren Wertentwicklung besteht darin, dass das zu übertragende Anrecht an künftigen Anpassungen in der Anwartschafts- und/oder Leistungsphase in gleichem Umfang teilnimmt wie dies bei der ausgleichspflichtigen Person geschieht³². Erfolgen derartige Anpassungen aber aufgrund von Veränderungen, die erst nach dem Ehezeitende eintreten – z.B. Sat-

30 Ist allerdings eine nicht dem BetrAVG unterfallende Versorgung zu ihrer Absicherung z.B. durch eine Lebensversicherung rückgedeckt, so muss die ausgleichsberechtigte Person entsprechend abgesichert werden; vgl. BT-Drs. 16/10144 zu § 11.

31 Zu der Frage, welcher der drei Möglichkeiten der Vorzug zu geben ist, vgl. u.a. *Ruland* (Fn. 28), Rn. 563 m.w.N.; *Borth* (Fn. 28), Rn. 536; kritisch insoweit *Thurnes*, BetrAV 2010, 230, 232.

32 Zu dem Verhältnis von § 11 Abs. 1 Nr. 2 zu § 12 VersAusglG vgl. *Ruland* (Fn. 28), Rn. 563; *Glockner/Hoenes/Weil* (Fn. 28), Rn. 101.

zungsänderungen –, so bleiben diese für den Versorgungsausgleich außer Betracht³³.

III. Gleiche Qualität der Risikoabsicherung (§ 11 Abs. 2 Nr. 3 VersAusglG)

Nach § 11 Abs. 2 Nr. 3 VersAusglG soll das zugeteilte Recht grundsätzlich die gleiche Qualität wie das auszugleichende Recht haben, also die gleichen Risiken absichern. Regelmäßig muss es zumindest eine Altersversorgung vorsehen; eine Invaliditäts- und Hinterbliebenenversorgung sind dagegen nicht zwingend vorgeschrieben, selbst dann nicht, wenn sie Bestandteil des auszugleichenden Anrechts sind³⁴. Sollen diese Risiken ausgeschlossen werden, muss die Altersversorgung entsprechend erhöht werden (vgl. Kapitel 2, C.). Wie dies im Einzelfall zu geschehen hat, hängt wiederum davon ab, ob die Teilung über die Halbierung des Deckungskapitals oder über die Halbierung des Rentenbetrags erfolgt. In jedem Fall muss der Versorgungsträger gegenüber dem Familiengericht nachvollziehbare Angaben hierzu machen, insbesondere zum finanziellen Ausgleich als Kompensation für den wegfallenden Risikoschutz.

Die Familiengerichte haben die Einhaltung dieser Mindestanforderungen, die kumulativ vorliegen müssen, zu überprüfen.

B. Rechtsfolgen

Im Hinblick auf die Rechtsfolgen einer internen Teilung enthält § 12 VersAusglG für Betriebsrenten eine Sonderregelung. Die ausgleichsberechtigte Person erlangt in diesem Fall mit der Übertragung des Anrechts die Stellung eines ausgeschiedenen Arbeitnehmers i.S.d. Betriebsrentengesetzes. Dies hat weitreichende Folgen und bedeutet im Einzelnen:

- § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG: Die Subsidiärhaftung des Arbeitgebers (vgl. Kapitel 1, B.2.) erstreckt sich auf das neue Anrecht des Ausgleichsberechtig-

33 Vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 16/10144 zu § 11. Sieht beispielsweise eine Satzung im Zeitpunkt der Scheidung für das auszugleichende Anrecht eine jährliche Anpassung um 1% in der Anwartschaftsphase vor, ist dies auch auf das Anrecht des Ausgleichsberechtigten anzuwenden; erhöht sich nach Ausgleich des Anrechts der Steigerungssatz durch eine Satzungsänderung von 1% auf 2%, so bleibt dies für das neu geschaffene Anrecht ohne Folgen.

34 Zu den Vor- und Nachteilen bzw. den zu lösenden Fragestellungen vgl. *Obenberger*, BetrAV 2010, 5, 10; *Engbroks/Heubeck*, BetrAV 2009, 16, 20; *Thurnes* (Fn. 31), S. 233 f.

ten, seine Anwartschaft bzw. Versorgung ist also im Wege der Arbeitgeberhaftung geschützt.

- § 1b Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 BetrAVG: Bei Entgeltumwandlungszusagen, die über eine Direktversicherung, eine Pensionskasse oder einen Pensionsfonds abgewickelt werden, hat der ausgeschiedene Arbeitnehmer und damit ebenso die ausgleichsberechtigte Person das Recht zur Fortsetzung der Versicherung oder Versorgung mit eigenen Beiträgen.
- § 3 BetrAVG: Da Betriebsrenten in erster Linie der Versorgung dienen sollen, sind Abfindungen nur in eingeschränktem Umfang möglich. Unter welchen Voraussetzungen Anwartschaften von unverfallbar Ausgeschiedenen abgefunden werden dürfen, regelt § 3 BetrAVG. Die darin beschriebenen Abfindungsmöglichkeiten wurden durch das Alterseinkünftegesetz³⁵ im Jahr 2005 nochmals reduziert. Der Arbeitgeber hat demnach ein einseitiges Abfindungsrecht nur dann, wenn der Monatsbetrag der aus der Anwartschaft resultierenden laufenden Leistung bei Erreichen der vorgesehenen Altersgrenze 1% der monatlichen Bezugsgröße nach § 18 SGB IV³⁶ nicht übersteigt; bei Kapitalleistungen beträgt der entsprechende Grenzwert 12/10 der monatlichen Bezugsgröße nach § 18 SGB IV³⁷.
- § 4 Abs. 3 BetrAVG: Wird ein Arbeitsverhältnis beendet und scheidet ein Arbeitnehmer mit einer unverfallbaren Anwartschaft aus, so kann er unter bestimmten Voraussetzungen die Übertragung seiner Versorgung vom alten auf den neuen Arbeitgeber verlangen. Ein solcher Mitnahmeanspruch gilt nur für die Durchführungswege Direktversicherung, Pensionskasse sowie Pensionsfonds und er steht dem unverfallbar Ausgeschiedenen zu, wenn der Übertragungswert die Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung nicht übersteigt³⁸. Weder der Finanzierungsweg (arbeitgeber- oder arbeitnehmerfinanzierte Versorgung) noch die Zusageart (Direktzusage, beitragsorientierte Leistungszusage oder Beitragszusage mit Mindestleistung, vgl. Kapitel 1, B.III.) spielen für den Mitnahmeanspruch des Arbeitnehmers – und damit der ausgleichsberechtigten Person bei einem

35 Gesetz zur Neuordnung der einkommensteuerrechtlichen Behandlung von Altersvorsorgeaufwendungen und Altersbezügen (Alterseinkünftegesetz – AltEinkG) v. 5.7.2004, BGBl. I, 1427.

36 In 2011: 25, 55 € (West) bzw. 21, 70 € (Ost).

37 In 2011: 3.066 € (West) bzw. 2.604 € (Ost).

38 In 2011: 66.000 € (West) bzw. 55.800 € (Ost); zur Frage, ob eine Differenzierung zwischen der BBG West und der BBG Ost erfolgen soll oder nur die BBG West Anwendung findet, vgl. *Kisters-Kölkes* (Fn. 24), § 4 Rn. 71 m.w.N.

Versorgungsausgleich – eine Rolle. Der Anspruch muss innerhalb eines Jahres nach Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis³⁹ geltend gemacht werden; darüber hinaus muss der Ausgleichsberechtigte selbst innerhalb dieser Frist den Arbeitgeber wechseln.

- § 4a BetrAVG: Um dem Arbeitnehmer eine fundierte Entscheidungsgrundlage zu geben im Hinblick auf die mögliche Geltendmachung seines Mitnahmeanspruchs i.S.v. § 4 Abs. 3 BetrAVG, ist mit dem Alterseinkünftegesetz zusätzlich ein Auskunftsanspruch in das Betriebsrentengesetz aufgenommen worden: Der Arbeitgeber muss dem ausscheidenden Arbeitnehmer auf dessen Verlangen die Höhe des Übertragungswertes mitteilen. Darüber hinaus besteht bei Vorliegen eines berechtigten Interesses ein Anspruch auf Auskunft darüber, in welcher Höhe aus einer bereits erworbenen unverfallbaren Anwartschaft bei Erreichen der in der Versorgungsregelung vorgesehenen Altersgrenze ein Anspruch auf Altersversorgung resultiert.
- § 6 BetrAVG: Um einen Gleichlauf von gesetzlicher Rente und betrieblicher Altersversorgung zu gewährleisten, kann ein Arbeitnehmer, der aus der gesetzlichen Rentenversicherung eine vorzeitige Altersrente bezieht, zum gleichen Zeitpunkt seine betrieblichen Altersleistungen in Anspruch nehmen, auch wenn er die nach der Versorgungsordnung vorgesehene Altersgrenze noch nicht erreicht hat. Gleiches gilt für den Arbeitnehmer, der mit einer unverfallbaren Anwartschaft ausgeschieden ist⁴⁰ und somit auch für den Ausgleichsberechtigten.
- §§ 7 ff. BetrAVG: Durch die gesetzliche Fiktion des § 12 VersAusglG gelten für die ausgleichsberechtigte Person die Regeln des gesetzlichen Insolvenzschutzes für Betriebsrenten (vgl. Kapitel 1, B.V. und Kapitel 4, A.I.).
- § 16 BetrAVG: Um ehemaligen Arbeitnehmern die Werterhaltung ihrer bereits laufenden Betriebsrentenleistungen zu sichern, hat der Gesetzgeber in § 16 BetrAVG dem Arbeitgeber eine Anpassungsprüfungspflicht auferlegt. Alle drei Jahre hat der Arbeitgeber die laufenden Leistungen zu überprüfen und über eine Erhöhung nach billigem Ermessen zu entscheiden. Dabei sind die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers einerseits und der Kaufkraftverlust der Renten andererseits zu berücksichtigen. Je nach Ausgestaltung der Ver-

39 Bzw. nach rechtskräftig durchgeführtem Versorgungsausgleich; vgl. *Borth* (Fn. 28).

40 *Kisters-Kölkes* (Fn. 24), § 6 Rn. 82.

sorgungszusage können an die Stelle der Anpassungsprüfungspflicht andere, in § 16 Abs. 3 BetrAVG geregelte Mechanismen treten⁴¹.

Ausweislich der Gesetzesbegründung⁴² erhält die ausgleichsberechtigte Person durch die Regelung des § 12 VersAusglG keine arbeitsrechtliche Stellung, sondern es wird „lediglich“ eine versorgungsrechtliche Beziehung mit dem Versorgungsträger hergestellt⁴³.

Nach § 10 Abs. 1 VersAusglG überträgt das Familiengericht das Anrecht für die ausgleichsberechtigte Person zulasten des Anrechts der ausgleichspflichtigen Person. Daraus folgt das Recht des Versorgungsträgers, das Anrecht des Ausgleichspflichtigen entsprechend zu kürzen.

Kommt es zu einem Rechtsstreit zwischen dem Versorgungsträger und der ausgleichsberechtigten Person, so ist hierfür das Arbeitsgericht zuständig. Das ergibt sich daraus, dass der Ausgleichsberechtigte durch den richterlichen Gestaltungsakt nach § 10 Abs. 1 VersAusglG Rechtsnachfolger i.S.d. § 3 Arbeitsgerichtsgesetz wird.

C. *Teilungskosten*

§ 13 VersAusglG stellt klar, dass die durch die interne Teilung entstehenden Kosten von den Eheleuten hälftig zu tragen sind. Demnach dürfen Kosten abgezogen werden⁴⁴, die z.B. durch die Einrichtung eines neuen Kontos und den damit zusammenhängenden Verwaltungsaufwand entstehen, nicht jedoch Kosten, die durch die Ermittlung des Ehezeitanteils verursacht werden. Dies ist angesichts der z.T. sehr komplexen Berechnungen, die erforderlich sind, bevor dem Familiengericht ein Ausgleichswert vorgeschlagen werden kann, nicht unproblematisch⁴⁵. Der Hinweis in der Gesetzesbegründung⁴⁶, dass auch nach der bisherigen Rechtslage die Kosten für die Ermittlung des Ehezeitanteils nicht erfasst waren, kann nicht überzeugen, da bis zur Strukturreform die interne Teilung

41 So die Verpflichtung des Arbeitgebers, laufende Renten jährlich mindestens um 1% anzupassen bzw. bei Direktversicherung und Pensionskasse die Verwendung aller Überschussanteile ab Rentenbeginn zur Erhöhung der laufenden Leistung.

42 BT-Drs. 16/10144 zu § 12.

43 Zu den Konsequenzen, die dies für den Arbeitgeber mit sich bringt, vgl. *Wilhelm*, BetrAV 2009, 735, 737.

44 Zu der Frage, wie dieser Abzug vorzunehmen ist, vgl. *Engbroks/Heubeck* (Fn. 28), S. 20.

45 *Thurnes* (Fn. 31), S. 231.

46 BT-Drs. 16/10144 zu § 13.

nicht als Grundprinzip des Versorgungsausgleichs ausgestaltet war und in der Praxis wenig ins Gewicht fiel⁴⁷.

Gleichzeitig bezeichnet es die Gesetzesbegründung als angemessen, die Teilungskosten zu pauschalisieren und bezieht sich auf die zur Realteilung ergangene Rechtsprechung, nach der Kostenabzüge von zwei bis drei Prozent des Deckungskapitals gebilligt worden waren⁴⁸. Hat sich bei langer Ehedauer ein hohes Deckungskapital gebildet, kann eine solche schematische Regelung zu unangemessenen Kosten führen, so dass die Festlegung von Ober- und Untergrenzen empfehlenswert sein kann⁴⁹.

47 Vgl. auch *Wilhelm* (Fn. 43), S. 736. Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens wurde mehrfach die Forderung erhoben, die gesamten Kosten in Abzug bringen zu können; vgl. z.B. *Gunkel*, BetrAV 2009, 273, 274.

48 BT-Drs. 16/10144 zu § 13 m.w.N.

49 So *Merten/Baumeister*, DB 2009, 957, 959. Zu einem Lösungsvorschlag im Bereich der Zusatzversorgungseinrichtungen des öffentlichen und kirchlichen Dienstes vgl. *Mühlstädt*, BetrAV 2010, 425, 429.

Kapitel 5 Externe Teilung

Die externe Teilung ist vom Gesetzgeber in § 14 VersAusglG als Ausnahme konzipiert worden. Sie ist dadurch gekennzeichnet, dass für den Ausgleichsberechtigten ein Anrecht bei einem anderen Versorgungsträger begründet wird als demjenigen, bei dem das Anrecht des Ausgleichspflichtigen besteht. Dafür muss der Versorgungsträger des Ausgleichsverpflichteten die entsprechenden Vermögensmittel bereitstellen. Die externe Teilung kann einerseits nur durchgeführt werden, wenn eine der in § 14 Abs. 2 VersAusglG genannten Voraussetzungen erfüllt ist. Ist dies der Fall, ist andererseits das Gericht an die Wahl der externen Teilung gebunden.

A. Voraussetzungen

Eine externe Teilung kann erfolgen, wenn sich die ausgleichsberechtigte Person und der Versorgungsträger der ausgleichspflichtigen Person auf eine solche Teilung einigen (§ 14 Abs. 2 Nr. 1 VersAusglG). In diesem Fall spielt die Höhe des auszugleichenden Rechts keine Rolle.

Dies ist anders bei der in § 14 Abs. 2 Nr. 2 VersAusglG geregelten Variante. Danach kann der Versorgungsträger der ausgleichspflichtigen Person auch einseitig die externe Teilung verlangen, wenn bestimmte Wertgrenzen nicht überschritten werden: der Ausgleichswert darf am Ende der Ehezeit bei einem Rentenbetrag höchstens 2%, in allen anderen Fällen als Kapitalwert höchstens 240% der monatlichen Bezugsgröße nach § 18 SGB IV betragen⁵⁰.

Bei Betriebsrenten aus einer Direktzusage oder Unterstützungskasse gilt als Sonderregelung § 17 VersAusglG, der für diese beiden Durchführungswege wesentlich höhere Obergrenzen bestimmt, bis zu denen eine externe Teilung zulässig ist. Hier kann auch dann noch eine externe Teilung einseitig verlangt werden, wenn der Ausgleichswert am Ende der Ehezeit als Kapitalwert höchstens die Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung gemäß §§ 159, 160 SGB VI erreicht⁵¹. Der Grund für die Privilegierung dieser internen Durchführungswege liegt darin, dass der Arbeitgeber im Falle einer internen Teilung

50 In 2011: 51,10 € bzw. 6.132 €. Kritisch zu dem Verhältnis dieser beiden Größen: *Ruland* (Fn. 28), Rn. 615.

51 In 2011: 66.000 €.

lung die Administration von Ansprüchen betriebsfremder Versorgungsberechtigter übernehmen muss. Das rechtfertigt es, den Spielraum für die Wahl der externen Teilung aus Sicht des Arbeitgebers der ausgleichspflichtigen Person zu erweitern.

Die Diskussion über die grundsätzliche Erweiterung der Möglichkeiten für die externe Teilung ist während des gesamten Gesetzgebungsverfahrens geführt worden⁵² und ist auch nach Inkrafttreten des Versorgungsausgleichsgesetzes noch nicht verstummt.

Übersicht über die Möglichkeiten einer externen Teilung:

Vereinbarung zwischen ausgleichsberechtigter Person und Versorgungsträger	§ 14 Abs. 2 Nr. 1 VersAusglG	Keine Wertgrenze
Einseitiges Wahlrecht des Versorgungsträgers im Falle geringerer Ausgleichswerte	§ 14 Abs. 2 Nr. 2 VersAusglG: Direktversicherung Pensionskasse Pensionsfonds	Ausgleichswert (2% bzw. 240% der Bezugsgröße nach § 18 Abs. 1 SGB IV): 51,10 € als Rentenwert 6.132 € als Kapitalwert
	§ 17 VersAusglG: Direktzusage Unterstützungskasse	Ausgleichswert (BBG in der gesetzlichen Rentenversicherung nach §§ 159 f. SGB VI): 66.000 € als Kapitalwert

B. Durchführung

Bei der externen Teilung wird im Zeitpunkt der Scheidung ein Kapitalwert auf einen von dem Ausgleichsberechtigten ausgewählten Versorgungsträger überwiesen, der damit entscheiden kann, ob ein bereits bestehendes Anrecht ausgebaut oder ein neues Anrecht begründet werden soll (§ 15 Abs. 1 VersAusglG).

⁵² Vgl. *Gunkel* (Fn. 47), S. 274; *Flecken*, *BetrAV* 2009, 307, 309.

Der ausgewählte Versorgungsträger muss mit der vorgesehenen Teilung einverstanden sein⁵³.

Das Gesetz verlangt darüber hinaus die „Angemessenheit“ der Zielversorgung (§ 15 Abs. 2 VersAusglG) und bezeichnet „Anrechte im Sinne des Betriebsrentengesetzes“ als stets angemessen (§ 15 Abs. 4 i.V.m. Abs. 2 VersAusglG). Diese Formulierung macht deutlich, dass nicht bereits die Zahlung eines Kapitalbetrages an den Träger einer betrieblichen Altersversorgung die Bedingung der Angemessenheit erfüllt, sondern dass die Begründung eines Anrechts erforderlich ist⁵⁴.

Ebenso ist denkbar, dass als Zielversorgung ein Vertrag i.S.d. § 5 AltZertG (sog. Riester-Vertrag) gewählt wird, der gemäß § 15 Abs. 4 i.V.m. Abs. 2 VersAusglG – genau wie Anrechte i.S.d. BetrAVG – als stets angemessen gilt.

§ 14 Abs. 4 VersAusglG regelt, wie die externe Teilung durchzuführen ist: der Versorgungsträger der ausgleichsverpflichteten Person hat den Ausgleichswert als Kapitalbetrag unmittelbar an den Versorgungsträger der ausgleichsberechtigten Person zu zahlen. Dem Ausgleichsberechtigten selbst sollen keine Geldmittel zufließen, damit sichergestellt ist, dass das Versorgungskapital zum Zwecke der Altersversorgung erhalten bleibt⁵⁵.

Kommt der Versorgungsträger des Ausgleichsverpflichteten seiner Zahlungsverpflichtung nicht nach, kann gegen ihn der neue Versorgungsträger des Ausgleichsberechtigten aus der Endentscheidung die Zwangsvollstreckung betreiben.

Im Gegensatz zur internen Teilung können die Kosten der Durchführung einer externen Teilung nicht umgelegt werden.

C. *Versorgungsausgleichskasse*

Für den Fall, dass die ausgleichsberechtigte Person ihr Wahlrecht nicht oder nicht fristgemäß ausübt, wird die externe Teilung grundsätzlich durch die Be-

53 Der Ausgleichsberechtigte hat einen entsprechenden Nachweis zu führen: § 222 Abs. 2 FamFG.

54 Einzelheiten hierzu sind streitig. So wird die Meinung vertreten, dass bei der Wahl der Pensionskasse der ausgleichsberechtigten Person als Zielversorgung ein „Anrecht i.S.d. BetrAVG“ erst dadurch entsteht, dass der Arbeitgeber auch insofern eine (Umfassungs-) Zusage erteilt. Geschieht das nicht, bleibe es bei einer Form der privaten Altersvorsorge, deren Angemessenheit im Einzelfall gerichtlich zu überprüfen sei, so *Merten/Baumeister* (Fn. 49), S. 961; a.A. *Kisters-Kölkes* (Fn. 24), Anhang I, Rn. 97.

55 *Kisters-Kölkes* (Fn. 24), Anhang I, Rn. 90; *Merten/Baumeister* (Fn. 49), S. 960.

gründung eines Anrechts in der gesetzlichen Rentenversicherung durchgeführt (§ 15 Abs. 5 Satz 1 VersAusglG). Noch auf der „Zielgeraden“ des Gesetzgebungsverfahrens wurde eine Sonderregelung für Versorgungsanrechte aus einer betrieblichen Altersversorgung geschaffen, um mit einer solchen kapitalgedeckten Auffanglösung den Besonderheiten von Betriebsrenten besser gerecht zu werden⁵⁶. § 15 Abs. 5 VersAusglG wurde um einen Satz 2 erweitert, der bestimmt, dass abweichend von Satz 1 ein Anrecht i.S.d. Betriebsrentengesetzes durch Begründung eines Anrechts bei der Versorgungsausgleichskasse auszugleichen ist⁵⁷.

Im November 2009 haben 38 Lebensversicherer mit einem Marktanteil von mehr als 80% die Versorgungsausgleichskasse als Pensionskasse in der Rechtsform einer Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit gegründet. Im März 2010 lag die erforderliche Zustimmung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) vor, so dass am 1. April 2010 die neue Versorgungsausgleichskasse ihren Geschäftsbetrieb aufgenommen hat und als Auffang-Zielversorgungsträger für die externe Teilung von betrieblichen Anrechten bereitsteht.

In der Satzung der Kasse ist u.a. festgelegt, dass zwar Verwaltungskosten, nicht aber Abschluss- oder Vertriebskosten erhoben werden dürfen. Der Leistungsumfang der Versorgungsausgleichskasse ist in § 4 VersAusglKassG geregelt: es ist eine lebenslange monatliche Altersrente zu gewähren, die ab dem Alter 65 fällig wird. Es muss ein garantierter Rechnungszins von derzeit 2,25% eingehalten werden und ab Rentenbeginn sind sämtliche auf den Rentenbestand entfallenden Überschussanteile zur Erhöhung der laufenden Leistungen zu verwenden. Die Verträge können nicht mit eigenen Beiträgen fortgesetzt werden. Ebenso wenig kann die ausgleichsberechtigte Person über den Versicherungsver-

56 In der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses (BT-Drs. 16/11903) heißt es wörtlich: „Der Rechtsausschuss fordert die Bundesregierung auf, kurzfristig die gesetzlichen Voraussetzungen zu schaffen, damit für Anrechte aus der betrieblichen Altersversorgung ein Auffang-Versorgungsträger gegründet werden kann, der bei der externen Teilung von Betriebsrenten als Zielversorgung dient, wenn die ausgleichsberechtigte Person ihr Wahlrecht nicht ausübt. ... Es wäre vorzugswürdig, wenn ein Auffang-Versorgungsträger geschaffen werden könnte, der – wie bei Betriebsrenten üblich – auf Kapitaldeckung basiert und dessen Leistungen auch steuerlich vergleichbar den Leistungen der betrieblichen Altersversorgung behandelt werden könnten.“

57 Art. 9d des Gesetzes zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch, zur Errichtung einer Versorgungsausgleichskasse und anderer Gesetze v. 15.7.2009, BGBl. I, 1939; Art. 9e desselben Gesetzes enthält das „Gesetz über die Versorgungsausgleichskasse – VersAusglKassG“.

trag verfügen. Das Anrecht ist nicht übertragbar, nicht beleihbar und nicht veräußerbar.

Die Kapitalanlage der eingezahlten Beiträge erfolgt in der Weise, dass die Kasse bei einem Konsortium von Lebensversicherungsunternehmen Rückdeckungsversicherungen abschließt. Durch die Mitgliedschaft im Sicherungsfonds „Protector“ sind die Anrechte zusätzlich gegen Insolvenzrisiken geschützt.

Kapitel 6 Pflichten, Handlungsbedarf und Gestaltungsspielräume für Arbeitgeber und Versorgungsträger

Seit dem 1. September 2009 sind Arbeitgeber und Versorgungsträger wesentlich stärker als bisher⁵⁸ in den Versorgungsausgleich eingebunden.

Das Verfahrensrecht (§ 219 Nr. 2 und 3 FamFG) sieht vor, dass sie generell Verfahrensbeteiligte sind⁵⁹ und als solche Auskunftspflichten gegenüber dem Gericht haben (§ 220 FamFG). Um diesen Auskunftspflichten nachkommen zu können, muss

- der Ehezeitanteil des Anrechts berechnet werden;
- ein Ausgleichswert ermittelt, dem Gericht vorgeschlagen und „einschließlich einer übersichtlichen und nachvollziehbaren Berechnung“ (§ 220 Abs. 4 Satz 1 FamFG) erläutert werden;
- ggf. zusätzlich der korrespondierende Kapitalwert ermittelt werden.

Weitere Pflichten treffen die Versorgungsträger bei der Durchführung der Teilung. Bei einer internen Teilung muss zugunsten der ausgleichsberechtigten Person ein Anrecht begründet werden. Bei Eintritt des Versorgungsfalles – also oft erst viele Jahre nach dem Ehezeitende – müssen dem Ausgleichsberechtigten die Versorgungsleistungen gewährt werden. Durch diese obligatorische Aufnahme von i.d.R. Betriebsfremden erhöht sich die Zahl der Versorgungsanwärter bzw. Rentner, was zwangsläufig zu einem nicht unerheblichen administrativen Mehraufwand führt.

Sowohl bei der internen als auch bei der externen Teilung muss das Anrecht der ausgleichsverpflichteten Person gekürzt werden. Bei einer externen Teilung kann sich ferner die Pflicht ergeben, auf ein Angebot zur Durchführung der externen Teilung zu reagieren.

Zu den Auskunftspflichten gegenüber dem Familiengericht können weitere Pflichten der Versorgungsträger hinzukommen: Nach § 4 Abs. 2 VersAusglG sind Ehegatten, Hinterbliebene oder Erben u.U. berechtigt, Auskünfte zu verlangen. Darüber hinaus können sich – bei Vorliegen eines berechtigten Interesses des Arbeitnehmers – für den Arbeitgeber aus § 4a BetrAVG weitere Auskunfts-

58 Zur bisherigen Rechtslage s.o. Kapitel 1, C.

59 Dieser Status kann es auch mit sich bringen, dass das Gericht einen Vertreter des Versorgungsträgers zur mündlichen Verhandlung lädt, um die erteilten Auskünfte näher zu erläutern.

pflichten ergeben, beispielsweise über die Höhe der zu erwartenden Versorgungsleistung (s.o. Kapitel 4, B.).

All das erfordert eine Reihe von zusätzlichen Maßnahmen innerhalb bestehender Betriebsrentensysteme. Es müssen neue Datensätze erfasst und damit die Verwaltungssysteme entsprechend angepasst werden. Darüber hinaus sind die Voraussetzungen für den elektronischen Datenverkehr mit dem Familiengericht zu schaffen⁶⁰. Ein Begleitschreiben für die Auskunft an das Gericht muss erstellt werden, mit dem die erteilten Auskünfte erläutert werden. Für Personalabteilungen ergibt sich daraus die Notwendigkeit der Mitarbeiterschulung, so dass das neue Versorgungsausgleichsrecht auch in die Personalplanung eingreift.

Weiterer Handlungsbedarf ergibt sich für Arbeitgeber und Versorgungsträger, wenn sie die sich ihnen bietenden Gestaltungsmöglichkeiten nutzen wollen.

Insbesondere im Rahmen der internen Teilung hat sich der Gesetzgeber darauf beschränkt, Mindestvorgaben zu formulieren (s.o. Kapitel 4) und damit den Versorgungsträgern einen „Regelungsauftrag [erteilt] ..., Bestimmungen über die interne Teilung von Anrechten zu treffen“⁶¹. Macht der Versorgungsträger von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch, finden auf das neu begründete Anrecht des Ausgleichsberechtigten die Vorschriften über das Anrecht des Ausgleichsverpflichteten Anwendung (§ 11 Abs. 2 VersAusglG).

Im Rahmen einer solchen Teilungsregelung sind mehrere Komponenten gestaltbar. Zum einen ist dies die Frage, welche Teilungsvariante für die Ermittlung des Ausgleichswertes gewählt wird: Halbierung des Rentenbetrags, Halbierung des Deckungskapitals oder Bestimmung gleicher Rentenbeträge aus dem Deckungskapital (s.o. Kapitel 4, A.II.)⁶². Des Weiteren ist zu entscheiden, ob der Risikoschutz zugunsten des Ausgleichsberechtigten verändert, also z.B. auf eine Altersversorgung beschränkt werden soll und ob bzw. wie die Kosten der Teilung umgelegt werden sollen (Prozentsatz, Pauschale, Unter-/Obergrenzen). Ob es sich hierbei im Einzelfall um mitbestimmungspflichtige Angelegenheiten handelt, wird in der Literatur unterschiedlich beurteilt⁶³.

Auch bei der externen Teilung besteht ein Handlungsspielraum für den Versorgungsträger. So kann er im Rahmen der gesetzlich normierten Höchstgrenzen

60 Vgl. zu diesem Themenkomplex *Viefhues*, BetrAV 2009, 103 und BetrAV 2010, 139.

61 Vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 16/10144 zu § 11.

62 Vgl. hierzu im Einzelnen *Cisch/Hufer*, BetrAV 2009, 500, 503.

63 Gegen ein Mitbestimmungsrecht *Kisters-Kölkes* (Fn. 24), Anhang I, Rn. 171; differenzierend *Cisch/Hufer* (Fn. 62), S. 502 ff.; *Budinger/Krazeisen*, BetrAV 2009, 489, 491.

(vgl. Kapitel 5, A.) entscheiden, ob er die externe Teilung einseitig verlangt oder ob er sie mit dem Ausgleichsberechtigten vereinbart.

Das Gesetz eröffnet darüber hinaus für die Ehegatten erweiterte Möglichkeiten, Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich zu schließen. Diese sind gemäß § 8 Abs. 2 VersAusglG gegenüber dem Versorgungsträger aber nur wirksam, wenn dieser zustimmt. Also kann der Versorgungsträger auch eine Entscheidung treffen über die Zulassung der Begründung von Anrechten durch Vereinbarung der Ehegatten⁶⁴.

Je nach Regelungsgrundlage erfordert die Nutzung dieser Gestaltungsspielräume eine Anpassung von Pensionsplänen, Satzungen, Betriebsvereinbarungen, Einzelzusagen, Tarifverträgen oder Versicherungsbedingungen.

64 Zum Für und Wider einer solchen Entscheidung vgl. *Obenberger* (Fn. 34), S. 11 f.

Kapitel 7 Fazit

Dass der Versorgungsausgleich einer grundlegenden Reform zu unterziehen war, war nicht erst seit den entsprechenden höchstrichterlichen Entscheidungen (s.o. Kapitel 1, A.) weitgehend unbestritten. Ebenso wenig kann das Bemühen des Gesetzgebers geleugnet werden, die Belastungen für Arbeitgeber und Versorgungsträger möglichst gering zu halten⁶⁵, was in den verschiedenen Sonderregelungen für Betriebsrenten seinen Ausdruck gefunden hat.

Dennoch bleibt ein Jahr nach Inkrafttreten des neuen Versorgungsausgleichs rechts festzustellen, dass die im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens immer wieder geäußerten Bedenken⁶⁶ nicht aus der Luft gegriffen waren: Die Durchführung des Versorgungsausgleichs bedeutet im Bereich der betrieblichen Altersversorgung – unabhängig von dem jeweiligen Durchführungsweg – einen nicht unerheblichen Mehraufwand. Dieser ist mit zusätzlichen Kosten verbunden und geht letztlich zulasten der Versorgung der geschiedenen Ehegatten.

Auf diesem Hintergrund bleibt die Überlegung aktuell, die Möglichkeiten der externen Teilung zu erweitern, um so der Zersplitterung von Anrechten und Ansprüchen entgegenzuwirken. Für derartige Maßnahmen müsste erneut der Gesetzgeber tätig werden. Im Blick auf das Inkraft getretene Versorgungsausgleichsgesetz gibt es bereits jetzt Fragestellungen, die erst durch Gerichtsentscheidungen endgültig beantwortet werden können⁶⁷.

Für die Praxis des Betriebsrentenrechts stellt somit der neue Versorgungsausgleich eine erhebliche Herausforderung dar, und es bleibt zu hoffen, dass die größer gewordene Komplexität der Materie keinen negativen Einfluss auf die grundsätzliche Entscheidung von Arbeitgebern haben wird, ihren Mitarbeitern eine Betriebsrente zu gewähren.

65 *Flecken* (Fn. 52), S. 309.

66 Vgl. z.B. *Eichenhofer*, FamRZ 2008, 950, 952; eine generelle Kritik an dem damaligen Diskussionsentwurf äußerte *Häußermann*, BetrAV 2008, 428.

67 Zur Frage, inwieweit die bisherige Rechtsprechung für das neue Recht gültig bleibt, *Schwamb*, BetrAV 2010, 338.

Notarhaftung im Hinblick auf den Versorgungsausgleich

Romy Ahner

Wissenschaftliche Mitarbeiterin, Friedrich-Schiller-Universität Jena

Kapitel 1 Einleitung

Mit dem nachfolgenden Beitrag möchte ich den Versorgungsausgleich aus haftungsrechtlicher Sicht betrachten. Wesentlicher Anknüpfungspunkt ist dabei natürlich die Urkundstätigkeit des Notars im Bereich von Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich. Diese bedürfen im Rahmen eines Ehevertrages nach § 1410 BGB, im Übrigen nach § 7 Abs. 1 VersAusglG, der notariellen Form. Diesbezüglich möchte ich im Rahmen eines haftungsrechtlichen Überblicks den Fokus auf einige im Hinblick auf den Versorgungsausgleich besonders interessierende Punkte lenken und im Anschluss noch kurz auf Konsequenzen insbesondere der Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen eingehen.¹

Eine umfangreiche höchstrichterliche Rechtsprechung zur Notarhaftung im Bereich des Versorgungsausgleichs gibt es nicht. Durch die Neuregelungen im VersAusglG ergeben sich haftungsrechtlich auch keine grundlegenden und umfangreichen Änderungen, so dass auf die bisherige Rechtsprechung zurückgegriffen werden kann. In Bezug auf Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich ist dabei natürlich die erweiterte Gestaltungsfreiheit der Eheleute zu beachten. Im Übrigen wurde die Differenzierung zwischen Ehevertrag und Vereinbarungen anlässlich Trennung oder Scheidung weitestgehend aufgehoben (so etwa die Sperrfrist von einem Jahr für Eheverträge nach § 1408 Abs. 2 BGB a.F. und die Genehmigungspflicht für Scheidungsvereinbarungen nach § 1587o BGB a.F.). Unterschiede ergeben sich nun vor allem aus dem unterschiedlichen Charakter der Verträge. Schließlich wurde die durch die Rechtsprechung entwickelte Inhalts- und Ausübungskontrolle als einheitlicher Prüfungsmaßstab gesetzlich festgeschrieben, § 8 Abs. 1 VersAusglG. Hierauf komme ich im zweiten Teil des Vortrages zurück.

¹ Diese Ausführungen beziehen sich auf die Beurkundungstätigkeit des Notars; die Betreuungstätigkeit nach § 24 BNotO bleibt vorliegend unberücksichtigt.

Kapitel 2 Die Haftung des Notars nach § 19 Abs. 1 BNotO

Die Haftung des Notars ergibt sich aus § 19 BNotO. Dieser ordnet in Absatz 1 Satz 1 an, dass der Notar zum Schadensersatz verpflichtet ist, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem anderen gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt.

Jedenfalls gegenüber denjenigen Personen, die in eigener Sache an den Notar herantreten, hat der Notar auf Einhaltung seiner Amtspflichten zu achten.² Die Ehegatten gehören als Urkundsbeteiligte zum eigentlichen Schutzbereich des § 19 Abs. 1 BNotO³, so dass an dieser Stelle in der Regel keine Probleme zu verzeichnen sind.

Voraussetzung für die Haftung des Notars ist somit im Wesentlichen eine Amtspflichtverletzung, das Verschulden des Notars und die Entstehung eines kausalen Schadens. Ausgeschlossen ist der Ersatzanspruch des Geschädigten in bestimmten Fällen, sofern eine anderweitige Ersatzmöglichkeit besteht (§ 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO) oder der Geschädigte es unterlassen hat, den Schaden durch rechtzeitigen Gebrauch von Rechtsmitteln abzuwenden. Die folgenden Ausführungen werden sich schwerpunktmäßig der Amtspflichtverletzung und dem Schaden widmen.

A. *Amtspflichtverletzung*

Wesentliche Voraussetzung eines Schadensersatzanspruches gegen den Notar ist somit zunächst die Verletzung einer Amtspflicht durch den Notar. Zum Inhalt und Umfang dieser Amtspflichten enthält § 19 BNotO jedoch keine Angaben, diese ergeben sich vielmehr vor allem aus der BNotO und dem BeurkG.⁴

I. § 17 Abs. 1 BeurkG

Bei der Urkundstätigkeit hat der Notar vor allem § 17 BeurkG zu beachten. Auch im hier interessierenden Aufgabenfeld des Notars enthält diese zentrale Vor-

² *Haug/Zimmermann*, Die Amtshaftung des Notars, 3. Auflage, 2011, Rn. 19.

³ *Haug/Zimmermann* (Fn. 2), Rn. 19.

⁴ Hier v.a. § 14 BNotO und §§ 17 ff. BeurkG.

schrift und Grundsatznorm zu den Prüfungs- und Belehrungspflichten des Notars⁵ die im Wesentlichen von ihm zu beachtenden Amtspflichten.

Nach § 17 Abs. 1 BeurkG hat der Notar den Willen der Beteiligten zu erforschen, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren, ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiederzugeben und darauf zu achten, dass Irrtümer und Zweifel vermieden, sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden.

Mit diesen Anforderungen soll die Erstellung einer rechtswirksamen, den entsprechenden Formvorschriften genügenden Urkunde, die den wahren Willen der Beteiligten vollständig und unzweideutig wiedergibt, sichergestellt werden.⁶ Aufgabe des Notars ist eine umfassende, ausgewogene und interessengerechte Vertragsgestaltung.⁷ Der Notar hat also auf das Zustandekommen eines wirksamen Vertrages hinzuwirken und im Rahmen seiner Pflicht zur gestaltenden Beratung alternative Gestaltungsvorschläge zu machen.⁸

Die Pflichten des § 17 Abs. 1 BeurkG lassen sich in 4 einzelne Pflichten aufteilen, wobei diese sich gegenseitig bedingen und teilweise nur schwer zu trennen sind.

1. Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung

Zunächst hat der Notar den Sachverhalt aufzuklären. Dies ist notwendig, um den Willen der Beteiligten richtig zu erfassen. Hierbei ist er jedoch nicht zur „Amtsermittlung“ verpflichtet, sondern kann sich auf die Angaben der Beteiligten verlassen.⁹ Allerdings ist hier darauf zu achten, dass die Beteiligten als juristische Laien unter Umständen Rechtsbegriffe anders verstehen bzw. verwenden als der Notar, so dass zum Beispiel bei der Frage nach dem Güterstand der Beteiligten auch sichergestellt sein muss, dass sie diesen Begriff kennen und richtig verwenden und so etwa vom bestehenden Güterstand zuverlässige Kenntnis haben.¹⁰

5 *Armbrüster*, in: *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG, 5. Auflage, 2009, Vorbem. zu §§ 17 ff. Rn. 1; *Frenz*, in: *Eylmann/Vaasen*, BNotO und BeurkG, 2. Auflage, 2004, § 17, Rn. 1.

6 BGH DNotZ 1995, 403, 404.

7 BGH DNotZ 1995, 403, 404; *Frenz* (Fn. 5), § 17, Rn. 4; *Reithmann*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Auflage, 2001, Rn. 20 ff.

8 *Brambring*, Notarielle Inhaltskontrolle von Eheverträgen, FGPrax 2004, 175, 176.

9 BGH DNotZ 1987, 450, 452; DNotZ 1996, 563, 564; *Armbrüster* (Fn. 5), § 17, Rn. 18, 19; *Bernhard*, in: *Beck'sches Notar-Handbuch*, 5. Auflage, 2009, G Rn. 58; *Haug*, Inhalt und Grenzen der notariellen Belehrungspflicht, DNotZ 1972, 388, 404.

10 BGH DNotZ 1987, 450, 452; DNotZ 1996, 563, 564; *Armbrüster* (Fn. 5), § 17, Rn. 20; *Bernhard* (Fn. 9), G, Rn. 58.

2. Pflicht zur Willensforschung

Der Notar muss zum Zweiten persönlich den Willen der Beteiligten so eindeutig wie möglich erforschen und kann hierauf nicht im Hinblick auf einen von den Beteiligten vorgelegten Entwurf oder auf eine bereits erfolgte rechtliche Beratung der Beteiligten verzichten.¹¹ Die Annahme, dass ja eine Beratung schon durch einen Rechtsanwalt/Steuerberater stattgefunden habe und daher der mitgebrachte Entwurf schon den tatsächlichen Willen der Beteiligten enthalten werde, kann den Anforderungen des § 17 Abs. 1 BeurkG nicht genügen und einen Verzicht auf eigene Pflichten nicht rechtfertigen.¹²

3. Pflicht zur klaren und eindeutigen Formulierung/Formulierungspflicht

§ 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG verlangt vom Notar schließlich auch, die Erklärungen der Beteiligten präzise und unzweideutig in der Niederschrift wiederzugeben und legt ihm nicht eine bloße Wiedergabe- sondern eine Formulierungspflicht auf.¹³ Der Notar hat auf Vollständigkeit zu achten und Auslegungsbedürftigkeit bzw. das Aufkommen von Zweifeln zu vermeiden.¹⁴

4. Pflicht zur Belehrung über die rechtliche Tragweite des Geschäfts

Die wesentliche Aufgabe des Notars ist schließlich die Belehrung der Beteiligten nach § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG. Der Notar muss hiernach die Rechtslage prüfen und die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren, d.h. ihnen aufzeigen, von welchen Voraussetzungen der beabsichtigte rechtliche Erfolg abhängig ist und welche unmittelbaren Rechtswirkungen an ihn geknüpft sind.¹⁵ In diesem Zusammenhang ist vom Notar auch bzw. insbesondere zu verlangen, dass er auf die Grundsätze zur Inhaltskontrolle von familienrechtlichen Verträgen hinweist und die Beteiligten darüber belehrt.¹⁶

11 *Armbrüster* (Fn. 5), § 17, Rn. 21; *Reithmann* (Fn. 7), Rn. 9.

12 *Frenz* (Fn. 5), § 17, Rn. 5; *Reithmann* (Fn. 7), Rn. 9.

13 *Armbrüster* (Fn. 5), § 17, Rn. 39.

14 *Frenz* (Fn. 5), § 17, Rn. 22.

15 *Armbrüster* (Fn. 5), § 17, Rn. 27; *Ganter*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Notarhaftung seit 1996, WM 2000, 641, 643, 644.

16 *Armbrüster* (Fn. 5), § 17, Rn. 28; *Sandkühler*, in: *Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO, 6. Auflage, 2008, § 14, Rn. 164.

Der Notar ist darüber hinaus dem Grundsatz des sichersten Weges dahingehend verpflichtet, als dass er den Beteiligten die sicherste Gestaltung raten und dafür sorgen muss, dass der Wille der Beteiligten diejenige Rechtsform erhält, die für die Zukunft Zweifel und Gefahren für die Beteiligten möglichst ausschließt.¹⁷ Im Rahmen der sogenannten gestaltenden Beratung, die als Kernstück der Beurkundung in den Aufgabenkreis des § 17 BeurkG gehört¹⁸, ist der Notar gegebenenfalls auch gehalten, den Beteiligten alternative Gestaltungsmöglichkeiten aufzuzeigen und diese mit ihnen zu besprechen, sofern die ursprünglich beabsichtigte Regelung risikobehaftet ist oder die Beteiligten in der Wahl der konkreten rechtlichen Form noch nicht festgelegt sind.¹⁹

Abzugrenzen ist die dem § 17 Abs. 1 BeurkG immanente gestaltende Beratung dabei von der planenden Beratung im Sinne der Betreuung nach § 24 BNotO, die sich im Gegensatz zur Belehrung und gestaltenden Beratung im Sinne des § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG auf die Zweckmäßigkeit und wirtschaftliche und steuerliche Fragen erstreckt.²⁰ Die Belehrungspflicht nach § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG reicht hingegen nur so weit, wie es zur Errichtung einer rechtswirksamen Urkunde erforderlich ist.²¹

Im Rahmen dieser gestaltenden Beratung kann und soll der Notar auf die Ausgewogenheit der Vereinbarung hinwirken und möglichst ungerechtfertigt ungleiche Interessenlage verhindern.²² Dies ist gerade auch bei der Beurkundung von Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich schon allein wegen der Inhaltskontrolle relevant. Auch wenn ein direkter korrigierender Eingriff auf die emotionale, intellektuelle oder wirtschaftliche Lage der Beteiligten natürlich nicht bzw. nur begrenzt möglich ist²³, können jedoch durch entsprechende Gestaltung der Beurkundung (v.a. durch umfassende Information und Belehrung) Ungleichgewichtslagen weitgehend ausgeglichen werden.²⁴ Hierin zeigt sich auch die Be-

17 BGH DNotZ 1966, 506, 508; *Armbrüster* (Fn. 5), § 17, Rn. 32.

18 BGH DNotZ 2002, 768, 769; *Armbrüster* (Fn. 5), § 17, Rn. 15; *Jerschke*, Die Wirklichkeit als Muster – Der richtige Weg zum gerechten Vertrag, DNotZ 1989, 21, 28 f.

19 BGH DNotZ 1995, 494, 495; DNotZ 1996, 568, 571; *Armbrüster* (Fn. 5), § 17, Rn. 29, *Frenz* (Fn. 5), § 17, Rn. 11; *Keim*, Streitverhütung, Streitregelung – die Rolle des Notars, MittBayNot 1994, 2, 3.

20 *Peters-Lange*, Notarhaftung für Unterhaltspflichten nach Ehescheidung?, DNotZ 1997, 595, 597.

21 *Peters-Lange*, DNotZ 1997, 595, 603.

22 *Brambring*, FGPrax 2004, 175, 176.

23 *Koch*, in: FS Werner, Gründen und Stiften, 2009, S. 472, 480.

24 *Münch*, Notar und Parität – Die Bedeutung notarieller Beurkundung im Rahmen der Inhaltskontrolle von Eheverträgen, DNotZ 2004, 901, 911.

deutung der Belehrungspflicht nach § 17 Abs. 1 BeurkG im Hinblick auf die Wahrung der Vertragsfreiheit, dass nämlich hierdurch zunächst die Voraussetzungen geschaffen werden müssen, dass jeder aufgeklärte Beteiligte auch bewusst und selbstbestimmt von seiner Freiheit Gebrauch machen kann.

Der Notar hat also nach § 17 Abs. 1 BeurkG vor allem auch die Pflicht, wirksame Verträge bzw. Vereinbarungen zu beurkunden und auf die Ausgewogenheit der Regelungen zu achten, da unausgewogene Verträge unter Umständen der gerichtlichen Inhaltskontrolle (d.h. Wirksamkeitskontrolle gem. § 138 BGB und Ausübungskontrolle gem. § 242 BGB²⁵) nicht standhalten.²⁶

Zu beachten ist, dass im Rahmen der Belehrung über die rechtliche Tragweite des Geschäfts auch über die Risiken etwaig vereinbarter Gegenleistungen für einen Verzicht zu belehren ist. Dies kann insbesondere beim Versorgungsausgleich relevant sein, weil die Rechtsprechung ihm eine hohe Wertigkeit zuordnet und in vielen Fällen ein vollständiger Verzicht nur bei Vereinbarung einer entsprechenden Kompensation wirksam sein wird.²⁷ So verpflichtete sich der Ehemann in einem vom OLG Nürnberg am 04.02.2009 entschiedenen Fall²⁸ zur Zahlung eines bestimmten Geldbetrages u.a. auch für den Verzicht auf den Versorgungsausgleich. Hierzu übertrug er an seine Ehefrau u.a. seinen Kommanditanteil in Höhe von 200.000 DM an der Kommanditgesellschaft X, worauf jedoch bis dahin lediglich 100.000 DM eingezahlt worden waren. 10 Jahre später wurde die Frau sodann im Rahmen der vorläufigen Insolvenzverwaltung über das Vermögen eben dieser Gesellschaft dazu aufgefordert, die restliche Kommanditeinlage zu zahlen. Das OLG Nürnberg stellt hierzu fest, dass der Notar im Rahmen seiner Belehrungspflicht über die rechtliche Tragweite des Geschäfts auch auf die rechtlichen Folgen noch nicht voll erbrachter Kommanditeinlagen hätte hinweisen müssen.²⁹

5. Belehrungsbedürftigkeit

In vielen Fällen werden die Beteiligten bereits eine Vorstellung über die beabsichtigte Vereinbarung haben oder gar bereits einen Entwurf mitbringen. Im Zu-

25 BGHZ 158, 81 ff.

26 *Sandkühler* (Fn. 16), § 14, Rn. 49.

27 Vgl. hierzu Rechtsprechungshinweise unter Kapitel 3 A.

28 OLG Nürnberg v. 3.2.2009, Az. 4 U 2181/07, zitiert nach beck-online (BeckRS 2010, 00467).

29 OLG Nürnberg v. 3.2.2009, Az. 4 U 2181/07, zitiert nach beck online (BeckRS 2010, 00467).

sammenhang mit der Einschaltung eines Rechtsanwalts, Steuerberaters oder anderem Berater durch die Beteiligten taucht dann die Frage auf, in welchem Umfang den beurkundenden Notar die Pflichten des § 17 Abs. 1 BeurkG in solchen Fällen noch treffen, konkret: inwieweit sich der Notar auf eine bereits erfolgte ausreichende Beratung und Aufklärung der Beteiligten verlassen darf, ob die Beteiligten mithin überhaupt noch belehrungsbedürftig sind oder ob nicht eine Aufklärung des Sachverhalts, die Willenserforschung bzw. die Belehrung unterbleiben darf.

Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass die Ausnahme von der grundsätzlichen Belehrungsbedürftigkeit der Beteiligten der Notar zu beweisen hat.³⁰

Eine bereits erfolgte Belehrung der Beteiligten durch einen Rechtsberater, die vom Notar in der Regel ja selbst nicht wahrgenommen, sondern nur vermutet bzw. von den Parteien lediglich behauptet wird, lässt die Belehrungspflicht des Notars nicht automatisch entfallen.³¹

Auch an dieser Stelle gilt, dass die mit § 17 BeurkG bezweckten Funktionen der notariellen Beurkundung sehr hoch anzusiedeln sind. Der Notar soll eben gerade seiner Schutz-, Warn- und Übereilungsfunktion nachkommen, ihm ist diese in besonderem Maße auferlegt und seinem Amt immanent, so dass er diese grundsätzlich nicht auf andere Berater abwälzen darf. Auch bei Beurkundung eines Fremdentwurfs sind die Pflichten des § 17 BeurkG daher grundsätzlich einzuhalten.³²

6. Beispielsfall

Zur Veranschaulichung der Amtspflichten des Notars bei der Beurkundung von Vereinbarungen, die (auch) den Versorgungsausgleich betreffen, möchte ich nun auf eine der haftungsrechtlichen Entscheidungen des BGH aus dem Bereich des Versorgungsausgleichs eingehen. Mit Beschluss vom 28.01.2010³³ fand ein umfangreicher Rechtsstreit ein Ende, in dem der geschiedene Ehemann den Notar

30 BGH DNotZ 1997, 62, 63; NJW 1995, 330, 331; *Frenz* (Fn. 5), § 17, Rn. 15.

31 BGH DNotZ 1991, 321, 323; *Armbrüster* (Fn. 5), § 17, Rn. 43.

32 *Armbrüster* (Fn. 5), § 17, Rn. 50; *Reithmann* (Fn. 7), Rn. 9; *ders.*, in: FS für Merz zum 65. Geburtstag, 1992, S. 469, 472.

33 BGH v. 28.01.2010, Az. III ZR 75/09, zitiert nach juris; der zugrunde liegende Sachverhalt wird im Folgenden vereinfacht und verkürzt sowie für die Zwecke des Vortrages entsprechend aufgearbeitet dargestellt.

wegen Amtspflichtverletzungen bei Beurkundung des Ehevertrages aus § 19 BNotO in Anspruch nahm.³⁴

Die Beteiligten hatten anlässlich einer Ehekrise zunächst mit Hilfe eines Mediators Vorstellungen zu einem Ehevertrag entwickelt. Zweck des Ehevertrages sollte sein, Rechtsklarheit für den Fall der Scheidung zu schaffen, um erforderlichenfalls eine schnelle Durchführung zu gewährleisten.

Zunächst sollte sich unter Punkt 1 die Ehefrau zur Übertragung ihres hälftigen Eigentumsanteils am gemeinsam bewohnten Grundstück für den Fall der Scheidung verpflichten. Als Ausgleich für ihre Investitionen sollte der Ehemann hierfür noch einen Betrag von 100.000 € zahlen. Als zweiten Punkt sollte sich der Ehemann verpflichten, als Ausgleich für den Verzicht auf den Versorgungsausgleich zugunsten der Frau die laufenden Beiträge zur Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA) in Höhe von 1.000 € pro Jahr bis zum Zeitpunkt der Scheidung zu zahlen. Weiter war ein wechselseitiger umfassender Unterhaltsverzicht beabsichtigt, welcher die Erfüllung der Pflichten aus Punkt 1 zur Voraussetzung haben sollte.

Im Verlauf der Korrespondenz wurde als weitere Bedingung für den Unterhaltsverzicht der Frau vereinbart, dass der Ehemann für seine Frau eine Eigentumswohnung zum Preis von 300.000 € erwerben und ihr zu Alleineigentum überlassen soll. Sofern ein höherer Kaufpreis notwendig werden würde, sollte die Ehefrau den Betrag in Höhe von 100.000 € (Punkt 1) vorzeitig erhalten, um den überschüssigen Kaufpreis entsprechend zu finanzieren.

Noch vor Beurkundung des Ehevertrages hatte der Ehemann dann eine Eigentumswohnung zum Preis von gut 400.000 € erworben und an die Ehefrau übertragen. Insoweit bestand Einigkeit, dass damit die Gegenleistung des Mannes für die Übertragung des Miteigentumsanteils der Frau im Falle der Scheidung (Punkt 1) erbracht sein sollte. Entsprechend strich der Ehemann in dem ihm übersandten Entwurf auch den Passus mit der Gegenleistung durch.

Im Rahmen der Vorkorrespondenz entstanden also noch diverse Änderungswünsche. Hieraus und unter Berücksichtigung der Vorschläge des anwaltlichen Beraters fertigte der Notar einen Vertragstext. Auch an den übersandten Entwürfen wurden noch Änderungen von den Eheleuten angemerkt, bei Beurkundung noch Änderungen handschriftlich eingefügt.

Der Ehevertrag enthielt sodann u.a. folgende Bestimmungen:

34 BGH v. 28.1.2010, Az. III ZR 75/09, zitiert nach juris, vorgehend: OLG Schleswig v. 12.2.2009, Az. 11 U 118/07, zitiert nach beck-online (BeckRS 2010 04033, vorgehend: LG Itzehoe v. 16.08.2007, Az. 4 O 110/04, zitiert nach juris.

1. Verpflichtung der Ehefrau für den Fall der Scheidung, „den Miteigentumsanteil am Grundstück X zu übertragen“
2. Verpflichtung des Ehemannes zur Zahlung der laufenden Beiträge an die BfA zugunsten der Ehefrau „in Höhe von derzeit 1.000 €“
3. Unterhaltsverzicht unter der Bedingung der Erfüllung der Pflichten aus Nr. 1

Nachdem sich die Eheleute Jahre später scheiden ließen, kam es zu Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Durchführung des Ehevertrages. Der Mann begehrte die Übertragung des Eigentumsanteils nach Punkt 1, die Frau verlangte hierfür noch eine Ausgleichszahlung. Das mit diesem Streit befasste Gericht erteilte den Hinweis, dass die Gesamtnichtigkeit des Vertrages gem. § 139 BGB aufgrund der widersinnigen Regelungen des Ehevertrages in Betracht gezogen werde. Die Beteiligten schlossen daraufhin einen Vergleich, in dem sich der Mann zur Zahlung eines Betrages von 120.000 € gegen Übertragung des hälftigen Eigentumsanteils durch die Frau bei wechselseitiger Generalquittung verpflichtete.

Anschließend machte der Ehemann gegen den Notar Schadensersatzansprüche geltend. Übereinstimmend stellten die befassten Gerichte³⁵ eine Amtspflichtverletzung des Notars fest. Insbesondere hat der Notar im vorliegenden Fall den Sachverhalt nicht hinreichend geklärt und den Vertragsinhalt nicht klar und unzweideutig formuliert, so dass die Wirksamkeit des Ehevertrages in Zweifel gezogen worden ist. Er hat offen gelassen, an wen der Grundstücksanteil von der Ehefrau zu übertragen ist und ob und gegebenenfalls welche Gegenleistung hierfür aufzubringen ist. Es fehlte des Weiteren an jeglicher Vereinbarung zur Kostentragungspflicht und Fälligkeit in Bezug auf den Übertragungsanspruch. Schließlich hätten dem Notar die Entwicklungen der Vertragsentwürfe insbesondere im Hinblick auf die Gegenleistung der Übertragungsverpflichtung der Ehefrau Anlass zur Nachfrage bei den Beteiligten geben müssen. Dann hätten Unstimmigkeiten aufgeklärt werden können. Dies gilt umso mehr, als dass der Notar selbst den Erwerb der Eigentumswohnung beurkundet hat. Schließlich machte auch die Bezugnahme des Unterhaltsverzichts der Ehefrau auf die Erfüllung der Pflichten nach Punkt 1 keinerlei Sinn (mehr), weil das im Ergebnis bedeuten würde, dass sie es selbst in der Hand hätte, durch Verweigerung der Übertragung des Eigentumsanteils den Verzicht nicht wirksam werden zu lassen. Sinnvoll war der Unterhaltsverzicht der Ehefrau nur durch die Erfüllung einer dem Ehemann obliegenden Verpflichtung zu bedingen.

35 Wie zuvor.

Hinsichtlich der Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich hat der Notar den Willen der Parteien nicht zutreffend beurkundet bzw. den Sachverhalt nicht ausreichend ermittelt und nicht klar und unzweideutig formuliert, da er die Kennzeichnung der durch den Ehemann zugunsten der Ehefrau vorzunehmenden Zahlungen an die BfA als Jahresbeitrag und die Aufnahme des Zeitpunkts der Beendigung der Zahlungen unterlassen hat. Diese Angaben waren jedoch ebenfalls an verschiedenen Stellen im Schriftverkehr vermerkt.

Dieser Fall macht die Anforderungen an den Notar recht gut deutlich. Zum einen wird der Umfang der Pflichten umrissen. Hier geht es nicht nur darum, etwaig von den Beteiligten vorbereitete Entwürfe bloß zu beurkunden, sondern es geht auch um die gestaltende Beratung des Notars. Insbesondere muss ein sorgfältiger Notar an Vereinbarungen bezüglich Kostentragungspflicht, Fälligkeit, Befristungen u.ä. denken. Zum anderen muss aber auch berücksichtigt werden, inwieweit zwischenzeitlich eingetretene Veränderungen eine Anpassung der Bestimmungen an die geänderte Sachlage erforderlich machen. D.h. es muss stets auch geschaut werden, inwieweit die formulierten Regelungen zum Zeitpunkt der Beurkundung noch sinnvoll sind und noch dem Willen der Beteiligten entsprechen. Ein sorgfältiger Notar hätte vorliegend jedenfalls Feststellungen zur Gegenleistung des Übertragungsanspruches des Ehemannes sowie entsprechende Fälligkeits- und Kostentragungsregelungen treffen müssen, Umfang und Dauer der Zahlungen an die BfA konkret und vor allem dem Parteiwillen entsprechend festhalten und darauf achten müssen, dass die Bedingungen zur Wirksamkeit des Unterhaltsverzichts nicht widersprüchlich sind. Anderenfalls besteht die Gefahr der Gesamtnichtigkeit des Vertrages nach § 139 BGB. Dies hat der Notar im Sinne seiner Pflicht, wirksame Verträge zu beurkunden, ebenso zu vermeiden, wie Prozesse, die aufgrund unklarer Formulierung zur Auslegung und Durchführung des Ehevertrages notwendig werden.

Der Notar hat also den wirklichen Willen der Parteien (im Zeitpunkt der Beurkundung) zu beachten und festzuhalten, daher Änderungen im Laufe des Urkundsverfahrens zu berücksichtigen, einen möglichst umfassenden Vertrag zu formulieren und Widersprüche sowie Zweifel – somit die Auslegungsbedürftigkeit des Vertrages und darauf fußende spätere Prozesse – zu vermeiden. Ebenso hat er auf die Stimmigkeit des Vertrages im Rahmen einer Gesamtschau zu achten.

Durch die in verschiedener Hinsicht unklare Fassung des Ehevertrages kam es hier zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung der Eheleute hinsichtlich der Durchführung der Regelungen des Ehevertrages, was gerade durch diesen vermieden werden sollte.

Auch der Einwand des Notars, dass die Ehefrau nach der Scheidung die unklare Lage „ausgenutzt“ habe, sahen die mit dem Fall befassten Gerichte nicht

als erheblich an. Durch eine klare und eindeutige vertragliche Formulierung soll der Notar eben gerade auch verhindern, dass es zur Erhebung unberechtigter Ansprüche durch einen der Beteiligten kommt. Die Kausalität der Amtspflichtverletzung ist daher aus diesem Grund nicht bezweifelt worden.

Der Kläger war somit mit seinen Regressforderungen gegen den Notar im Wesentlichen erfolgreich.

II. Beweislast

Grundsätzlich hat der Geschädigte die Amtspflichtverletzung als anspruchsbegründende Tatsache zu beweisen.³⁶ In Bezug auf die Belehrungspflicht wird dem Notar in der Regel ein Unterlassen vorgeworfen. Insofern gilt die Erleichterung für den Negativbeweis, dass zunächst der Notar substantiiert darzulegen hat, in welcher Weise er seine Amtspflicht erfüllt haben will. Er muss so etwa beim Vorwurf einer unterlassenen Belehrung den Gang der Verhandlung im Einzelnen schildern und konkret angeben, welche Hinweise und Belehrungen er genau erteilt haben will.³⁷ Der Geschädigte hat sodann die Unrichtigkeit dieser Darstellung zu beweisen.³⁸ Sofern jedoch eine Dokumentationspflicht besteht, hat der Notar bei Fehlen eines entsprechenden Belehrungsvermerkes zu beweisen, dass eine ordnungsgemäße Belehrung dennoch stattgefunden hat.³⁹ Andersherum – so auch im Fall der Pflichten des § 17 Absatz 1 Satz 1 BeurkG – kann allein aus dem Fehlen eines gesetzlich nicht vorgeschriebenen Belehrungsvermerks nicht auf die tatsächliche Nichtvornahme der Belehrung geschlossen werden.⁴⁰

Aus Gründen der Beweisbarkeit wird vielfach empfohlen, die erteilten Belehrungen im Urkundentext zu vermerken, auch wenn keine gesetzliche Dokumentationspflicht besteht.⁴¹ Dass dies bei der Beweisführung hilfreich sein kann, liegt sicherlich auf der Hand. Dieser Empfehlung kann dennoch nicht in allen Fällen unkritisch gefolgt werden.⁴² So hält die Rechtsprechung das Fehlen eines nicht notwendigen Belehrungsvermerkes unter Umständen, insbesondere, wenn

36 BGH DNotZ 1996, 568, 570; WM 1999, 1324, 1326; *Wöstmann*, in: *Ganter/Hertel/Wöstmann*, Handbuch der Notarhaftung, 2. Auflage, 2010, Rn. 334.

37 BGH DNotZ 1996, 568, 570; *Wöstmann* (Fn. 36), Rn. 342.

38 *Sandkühler* (Fn. 16), § 19, Rn. 30.

39 BGH DNotZ 2006, 912, 915; *Sandkühler* (Fn. 16), § 19, Rn. 31.

40 BGH DNotZ 2006, 912, 915; DNotZ 1990, 441, 442 – dort bezüglich § 53 BeurkG.

41 Vgl. *Bücker/Viefhus*, Häufiger Fehler bei der notariellen Amtsführung, ZNotP 2005, 91, 92; *Münch*, DNotZ 2004, 901, 912.

42 Vgl. etwa *Krebs*, Anmerkung zu BGH v. 22.06.2006, DNotZ 2006, 916 ff.

es eine gegenteilige notarielle Praxis gibt, im Rahmen der Beweiswürdigung für relevant.⁴³ Gesetzlich vorgeschrieben ist die Aufnahme solcher Belehrungsvermerke aber nur in besonderen Fällen.⁴⁴ Sofern man nun aus Gründen der Vorsicht und im Hinblick auf die spätere Beweisbarkeit wahl- und grenzenlos sämtliche erteilte Belehrungen in der Urkunde vermerkt, steht dies in der Regel nicht nur der Verständlichkeit und der Übersichtlichkeit der Urkunde entgegen. Vielmehr kann dies wieder zu einer in der Notarpraxis bestehenden Üblichkeit führen und man setzt selbst Standards, die nicht gewollt noch notwendig oder zweckmäßig sind.

III. Rechtswidrigkeit

Die Amtspflichtverletzung muss schließlich rechtswidrig sein. Durch die objektive Verletzung einer dem Notar obliegenden Amtspflicht wird die Rechtswidrigkeit jedoch im Regelfall indiziert.⁴⁵ Eine Rechtfertigung kann sich unter anderem durch kollidierende weitere Amtspflichten des Notars ergeben⁴⁶, wofür dann der Notar die Beweislast trägt.⁴⁷

B. Verschulden

Bei der Amtspflichtverletzung muss dem Notar nach § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorzuwerfen sein.

Abzustellen ist dabei auf einen erfahrenen, pflichtbewussten und gewissenhaften Durchschnittsnotar⁴⁸, wobei die Sorgfaltsanforderungen an die Notare sehr hoch sind.

Entsprechend § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB wird das Verschulden des Notars bei Vorliegen der Amtspflichtverletzung indiziert, so dass der Notar bezüglich der Widerlegung dieser Verschuldensvermutung beweisbelastet ist.⁴⁹

43 Vgl. BGH DNotZ 2006, 912, 915.

44 Vgl. bspw. §§ 17 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 1, 18 – 20, 21 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2, Abs. 2, 38 Abs. 2 BeurkG.

45 *Wöstmann* (Fn. 36), Rn. 334.

46 *Wöstmann* (Fn. 36), Rn. 334.

47 BGH DNotZ 1985, 234, 236.

48 BGHZ 145, 265, 275; *Frenz* (Fn. 5), § 19, Rn. 23.

49 BGHZ 145, 265, 275 (noch zu § 282 BGB a.F.); *Sandkühler* (Fn. 16), § 19, Rn. 119; *Wöstmann* (Fn. 36), Rn. 347.

C. Schaden

Der Notar ist zum Ersatz des aus der Amtspflichtverletzung entstandenen Schadens verpflichtet. Die Schadensermittlung erfolgt nach den allgemeinen Grundsätzen des Schadensrechts im Wege der Differenzhypothese.⁵⁰ Der Schaden muss kausal auf die Amtspflichtverletzung zurückzuführen sein und ist vom Geschädigten darzulegen und zu beweisen.

Die Darlegungs- und Beweislast trägt der Geschädigte, wobei zum einen § 287 ZPO anwendbar ist.⁵¹ Zum anderen kann dem Geschädigten etwa bei unterlassener Belehrung durch den Notar der Anscheinsbeweis der Vermutung belehrungsgerechten Verhaltens zugute kommen.⁵² Allerdings kann diese Beweiserleichterung nur zum Zuge kommen, wenn dem Geschädigten nur eine einzige Entscheidungsmöglichkeit zur Wahl steht, nicht etwa bei Vorliegen mehrerer naheliegender, jedoch einzeln jeweils risikobehafteter Handlungsweisen, die noch abzuwägen gewesen wären.⁵³

In der Regel wird es sich bei den Schäden aus notarieller Amtspflichtverletzung um Vermögensschäden handeln, hier insbesondere die Kosten der Rechtsverfolgung gegen vorrangig haftende Dritte, es sei denn diese Rechtsverfolgung war aussichtslos oder mutwillig.⁵⁴ Diese Prozesskosten stellen schon aufgrund der Subsidiarität der Notarhaftung eine regelmäßige und typische Schadensposition dar. Allerdings sind diese Kosten keinesfalls die einzig möglichen Schadensersatzpositionen. Maßgeblich ist, welche Schäden nicht entstanden wären, wenn die Amtspflichtverletzung unterblieben wäre.

Zur Veranschaulichung möglicher Schadenspositionen möchte ich noch einmal auf den bereits angesprochenen Rechtsstreit zurückkommen. Die dem Notar vorgeworfenen Pflichtverletzungen wurden bereits dargestellt, so dass jetzt die ersatzfähigen Schadenspositionen betrachtet werden können.

In einem ersten Verfahren gegen den beurkundenden Notar erstritt der Ehemann sich zunächst die im Rechtsstreit über die Auslegung des Ehevertrages angefallenen Anwaltsgebühren.⁵⁵ Hätte der Notar seine Pflichten sorgfältig erfüllt, wäre ein Rechtsstreit zur Durchführung und Auslegung des Ehevertrages nicht notwendig gewesen.

50 BGH NJW 1986, 1329, 1332; *Sandkühler* (Fn. 16), § 19, Rn. 121.

51 BGH DNotZ 1994, 485, 489; *Sandkühler* (Fn. 16), § 19, Rn. 157.

52 BGH NJW 2000, 2110, 2111; *Sandkühler* (Fn. 16), § 19, Rn. 159.

53 BGH WM 1992, 1662, 1667; DNotZ 2003, 845, 846; *Sandkühler* (Fn. 16), § 19, Rn. 159.

54 *Sandkühler* (Fn. 16), § 19, Rn. 121 ff., 187.

55 OLG Schleswig, v. 3.11.2005, Az. 11 U 172/04 (n.v.).

In dem folgenden zweiten Haftungsprozess⁵⁶ nahm der Kläger den Notar sodann für weitere Schäden in Anspruch.

Zunächst begehrte er den Vergleichsbetrag in Höhe von 120.000 €, zu dem er sich in dem vor dem Familiengericht geschlossenen Vergleich verpflichtet hatte. Hier stellt sich die Frage, inwieweit ein Vergleichsschluss im Prozess zwischen den ehemaligen Eheleuten, der aufgrund der Amtspflichtverletzung geführt werden muss, möglicherweise einen Eingriff des Geschädigten in den Schadensverlauf darstellt, der den Kausalverlauf unterbricht.

Dies kann der Fall sein, wenn der Geschädigte aufgrund eines eigenen Willensentschlusses – hier des Vergleichsschlusses – eine weitere Ursache setzt, die den Schaden erst endgültig herbeiführt.⁵⁷ Zu prüfen ist dann, ob diese Handlung einen rechtfertigenden Anlass hatte und durch die Amtspflichtverletzung herausgefordert worden ist oder ob die Entscheidung völlig unsachgemäß und unvertretbar ist.⁵⁸

Hierbei sind natürlich die Umstände des Einzelfalles maßgeblich - insbesondere die Erfolgsaussichten im Falle einer gerichtlichen Entscheidung.⁵⁹ Im konkreten Fall wäre bei sorgfältiger Beurkundung kein Rechtsstreit notwendig gewesen darüber, ob und welche Gegenleistung für die Übertragung des Miteigentums notwendig war. Zudem war es nicht fernliegend, sich auf den Vergleichsvorschlag des Gerichts einzulassen, um lang anhaltende Zahlungen an die BfA und die Durchführung von Versorgungsausgleichs- und Unterhaltsverfahren zu vermeiden.⁶⁰ Dies erschien wahrscheinlich, da das Gericht aufgrund der in verschiedener Hinsicht unklaren Formulierung eine Gesamtnichtigkeit nach § 139 BGB erwogen hatte.⁶¹

Als weitere Schadensposition hat der Ehemann dann die Finanzierungskosten aus einem für diese Vergleichssumme aufgenommenen Darlehen geltend gemacht. Diese Kosten sind ersatzfähig, da dies den wirtschaftlichen Gepflogenheiten entspricht und im konkreten Fall angemessen erschien.⁶²

Auch die Gerichtskosten des familiengerichtlichen Verfahrens waren dem Ehemann zu ersetzen, denn auch diese wären nicht angefallen, wenn eine sorgfältige

56 S. Fn. 34.

57 BGH, Beschluss v. 28.1.2010, Az. III ZR 75/09, zitiert nach juris.

58 BGH, Beschluss v. 28.1.2010, Az. III ZR 75/09, zitiert nach juris.

59 BGH, Beschluss v. 28.1.2010, Az. III ZR 75/09, zitiert nach juris.

60 BGH v. 28.01.2010, Az. III ZR 75/09, zitiert nach juris.

61 OLG Schleswig v. 3.11.2005, Az. 11 U 172/04 (n.v.).

62 OLG Schleswig v. 12.2.2009, Az. 11 U 118/07, zitiert nach beck-online (BeckRS 2010 04033).

Beurkundung stattgefunden hätte.⁶³ Hier muss jedoch genau differenziert werden, da die Kosten für das Scheidungsverfahren als sogenannte „Sowieso-Kosten“ nicht ersatzfähig sind, sondern nur die Verfahrenskosten, die das Verfahren hinsichtlich der Auslegung bzw. Durchführung des Ehevertrages betreffen.

Die vorgerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren, die aufgrund von außergerichtlichen Verhandlungen mit dem Notar über dessen Haftung angefallen sind, wären ebenfalls bei sorgfältiger Amtsführung nicht entstanden und waren somit gleichfalls zu ersetzen.⁶⁴

Auch die Rechtsanwaltsgebühren für die außergerichtliche Auseinandersetzung mit der ehemaligen Frau des Klägers im Vorfeld des Übertragungsvertrages aufgrund von Zweifeln zur Fälligkeit des Übertragungsanspruches stellen einen ersatzfähigen Schaden dar, da ein gewissenhafter Notar entsprechend klare Regelungen zur Fälligkeit aufgenommen hätte bzw. auf sie hätte hinwirken müssen.⁶⁵

Rechtsanwaltsgebühren, die im Rahmen einer gerichtlichen Auseinandersetzung bezüglich der Erfüllung der Ratenzahlung des Vergleichs mit der Frau entstanden sind, wurden hier nicht zugesprochen. Zwar können auch diese Kosten zum ersatzfähigen Schaden gehören, allerdings war hier konkret eine Fehlüberweisung einer Ratenzahlung des Klägers Anlass der Auseinandersetzung, was die Kausalkette unterbrochen hat.⁶⁶

Schließlich ging es noch um die Notarkosten und Grundbuchgebühren im Zusammenhang mit Beurkundung und Vollzug des Übertragungsvertrages. Hinsichtlich der Notarkosten stand der Einwand im Raum, dass diese vermeidbar und damit nicht ersatzfähig seien, weil die Auflassung auch vor dem Familiengericht möglich gewesen wäre. Damit konnte der verklagte Notar nicht durchdringen. Zwar obliegt dem Geschädigten eine Schadensminderungspflicht. Diese hat er nach Auffassung des Gerichts hierdurch jedoch nicht verletzt, da zum einen eine Auflassung vor dem Familiengericht in der Praxis eher selten und zum anderen in der Regel eine entsprechende Vorbereitung hierfür notwendig ist (Bezeichnung des Grundstücks, Grundbucheinsicht usw.). Im vorliegenden Fall hat dieser Einwand auch deswegen nicht gegriffen, da der Vergleich zunächst wideruflich geschlossen worden ist und aus diesem Grund die Auflassung vor dem Familiengericht nicht in Betracht kam.⁶⁷ Dem Einwand der mangelnden Ersatz-

63 LG Itzehoe v. 16.8.2007, Az. 4 O 110/04, zitiert nach juris.

64 LG Itzehoe v. 16.8.2007, Az. 4 O 110/04, zitiert nach juris.

65 LG Itzehoe v. 16.8.2007, Az. 4 O 110/04, zitiert nach juris.

66 LG Itzehoe v. 16.8.2007, Az. 4 O 110/04, zitiert nach juris.

67 LG Itzehoe v. 16.08.2007, Az. 4 O 110/04, zitiert nach juris.

fähigkeit aufgrund der Tatsache, dass diese Kosten auch bei ordnungsgemäßer Beurkundung angefallen wären, kann entgegenstehen, dass die Beteiligten zum Zeitpunkt der Beurkundung einig waren über die diesbezügliche Kostenfreiheit des Geschädigten und der Notar eine entsprechende Vereinbarung nicht aufgenommen hat.⁶⁸

D. *Subsidiarität der Haftung*

Der Notar haftet nur subsidiär. Sofern der Notar fahrlässig gehandelt hat, kann er durch den Geschädigten also nur in Anspruch genommen werden, wenn dieser nicht auf andere Weise Ersatz erlangen kann, § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO. Ausgenommen sind die Amtsgeschäfte der in §§ 23 und 24 BNotO bezeichneten Art.

Als andere Ersatzmöglichkeit kommen insbesondere Ansprüche gegen den vom Geschädigten eingeschalteten Rechtsanwalt oder Steuerberater in Betracht, sei es, dass dieser den Vertragsentwurf erstellt hat, sei es, dass er vor der Beurkundung den Vertragsentwurf geprüft und den Beteiligten entsprechend beraten oder beim Notar an der Vertragsgestaltung mitgewirkt hat.⁶⁹ Eine vorrangige Haftung des Rechtsanwalts/Steuerberaters kommt somit bei Vorliegen eines entsprechenden Fehlverhaltens zum einen dann in Betracht, wenn der Geschädigte den Anwalt im Vorfeld der Beurkundung eingeschaltet hat.⁷⁰ Zum anderen ist ein Ausschluss der Notarhaftung über die Subsidiarität zumindest im Hinblick auf zu erstattende Prozesskosten auch dann möglich, wenn eine fahrlässige Amtspflichtverletzung des Notars zum Streit zwischen den Beteiligten führt und der daraufhin beauftragte Anwalt einen aussichtslosen Prozess aufnimmt.⁷¹ Ebenso tritt die Haftung des Notars hinter die des Rechtsanwalts zurück, der aufgrund einer Fehlbewertung der Prozessrisiken einen für den Geschädigten nachteiligen Vergleich schließt.⁷² Zu prüfen bleibt in solchen Fällen jedoch, inwieweit sich die jeweils kausalen Schäden decken und ob gegebenenfalls noch eine Teilhaftung des Notars verbleibt.

68 OLG Schleswig v. 12.2.2009, Az. 11 U 118/07, zitiert nach beck-online (BeckRS 2010 04033).

69 BGH, DNotZ 1985, 231, 234; OLG Nürnberg v. 4.2.2009, Az. 4 U 2181/07, zitiert nach beck online (BeckRS 2010, 00467); *Sandkühler* (Fn. 16), § 19, Rn. 188.

70 *Sandkühler* (Fn. 16), § 19, Rn. 189.

71 OLG Hamm, DNotZ 1987, 167, 168; *Sandkühler* (Fn. 16), § 19, Rn. 190.

72 BGH, NJW 1993, 1587, 1589; *Sandkühler* (Fn. 16), § 19, Rn. 190.

In jedem Fall muss die anderweitige Ersatzmöglichkeit jedoch durchsetzbar und deren Durchsetzung zumutbar sein.⁷³ Für das Fehlen einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit trägt der Geschädigte die Beweislast.⁷⁴

E. *Versäumung eines Rechtsmittels*

Über § 19 Abs. 1 Satz 3 BNotO kommt des Weiteren das Haftungsprivileg des § 839 Abs. 3 BGB bei schuldhaftem Nichtgebrauch eines Rechtsmittels zur Anwendung. Hier wird vom Geschädigten verlangt, dass er alle Rechtsbehelfe ergriffen hat, die sich gegen die amtspflichtwidrige Handlung oder Unterlassung richten und dazu bestimmt und geeignet sind, diese zu berichtigen bzw. zu beseitigen und so den Schaden abzuwenden.⁷⁵ Rechtsmittel ist hier nicht im engen technischen Sinne zu verstehen, sondern umfasst insbesondere Gegenvorstellungen, Erinnerungen, Dienstaufsichtsbeschwerden und mündliche Vorhaltungen gegenüber dem Notar.⁷⁶ Voraussetzung für den hieraus folgenden Haftungsausschluss ist die Prognose, dass der Schaden durch Einlegung des Rechtsmittels abgewendet worden wäre.⁷⁷

F. *Mitverschulden, Verjährung*

Auf die Berücksichtigung mitwirkenden Verschuldens der Beteiligten und Einzelheiten der Verjährung, die sich nach § 19 Abs. 1 Satz 3 BNotO in Verbindung mit §§ 194 ff. BGB richtet und grundsätzlich drei Jahre (§ 195 BGB) beträgt, soll an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden.

73 BGH, NJW 1995, 330, 332; DNotZ 1996, 118, 120; *Sandkühler* (Fn. 16), § 19, Rn. 183.

74 BGH, WM 1999, 1324, 1326; *Sandkühler* (Fn. 16), § 19, Rn. 202.

75 BGH, DNotZ 1983, 129, 131; *Sandkühler* (Fn. 16), § 19, Rn. 225.

76 BGH, DNotZ 1983, 129, 131; DNotZ 2002, 539, 540; *Sandkühler* (Fn. 16), § 19, Rn. 225.

77 BGH, DNotZ 2002, 539, 542 f.; *Sandkühler* (Fn. 16), § 19, Rn. 232.

Kapitel 3 Konsequenzen für den Notar

Nach Darstellung der Haftungsgrundlagen am obigen Beispiel soll nun noch einmal darauf eingegangen werden, welche Konsequenzen sich aus der Haftungsrechtsprechung und insbesondere aus der durch die Rechtsprechung entwickelten und nun gesetzlich festgeschriebenen Inhalts- und Wirksamkeitskontrolle für den Notar ergeben.

A. Inhaltskontrolle von Eheverträgen/Scheidungsvereinbarungen

Nach § 8 Abs. 1 VersAusglG hat das Gericht bei entsprechenden Anhaltspunkten die Vereinbarung der Eheleute einer Inhalts- und Ausübungskontrolle zu unterziehen, deren Maßstab die Rechtsprechung des BVerfG und des BGH zur Inhalts- und Ausübungskontrolle ist.⁷⁸ Hiernach sind der grundsätzlichen (Ehe-) Vertragsfreiheit dort Grenzen zu setzen, wo der Vertrag nicht Ausdruck und Ergebnis einer gleichberechtigten Lebenspartnerschaft ist, sondern durch die Dominanz des einen Ehepartners eine erheblich ungleiche Verhandlungsposition der Eheleute entsteht, die zur Verkehrung der Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung des unterlegenen Ehegatten führt.⁷⁹ Der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen darf insbesondere nicht dadurch unterlaufen werden, dass eine evident einseitige Lastenverteilung entsteht, die durch die individuellen Umstände des Einzelfalles nicht gerechtfertigt ist und für den belasteten Ehegatten bei angemessener Berücksichtigung der Interessen und des Vertrauens des anderen Ehegatten auf die Regelung sowie verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar ist.⁸⁰

Daher ist im Rahmen einer Gesamtschau der getroffenen Vereinbarung, deren Gründe und Umstände sowie der beabsichtigten und verwirklichten Gestaltung des Ehelebens zu prüfen, ob die Vereinbarung gem. § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig ist oder aber ihrer Ausübung der Einwand unzulässiger Rechtsausübung gem. § 242 BGB entgegensteht.⁸¹

Bei der Wirksamkeitskontrolle nach § 138 Abs. 1 BGB ist dabei der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich, bei der Ausübungskontrolle nach § 242 BGB

78 BT-Drs. 16/10144, 51 f.

79 BVerfG, DNotZ 2001, 222, 227.

80 BGHZ 158, 81, 96.

81 BGHZ 158, 81, 94, 100 f.

sind die zwischenzeitlich eingetretenen Änderungen zu beachten und es ist auf den Zeitpunkt des Scheiterns der Lebensgemeinschaft abzustellen.⁸² Im Falle der Sittenwidrigkeit sind die gesetzlichen Vorschriften anzuwenden, im Falle der unzulässigen Rechtsausübung hat der Richter diejenige Rechtsfolge anzurufen, die den Interessen der Parteien nunmehr am ehesten Rechnung trägt.⁸³

Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Versorgungsausgleich, der als vorweggenommener Altersunterhalt auch dem Zugewinnausgleich nahesteht, im Rahmen der Kernbereichslehre auf zweiter Rangstufe steht und damit eine hohe Wertigkeit hat.⁸⁴ Er steht der vertraglichen Disposition daher nur begrenzt offen.⁸⁵ So ist etwa ein Ausschluss des Versorgungsausgleichs zu beanstanden, wenn ein Ehegatte über keine ausreichende Alterssicherung verfügt und es durch Betreuung gemeinsamer Kinder zu einer Lücke in der eigenen Versorgungsbio-graphie kommt, die einseitig und ohne Kompensation auf ihm lastet.⁸⁶ Diesen Grundsätzen muss der Notar Rechnung tragen.

B. Zweifel an der Wirksamkeit

Wie bereits dargestellt ist der Notar zur Wirksamkeitskontrolle verpflichtet.⁸⁷ Hat er – etwa aufgrund der Unausgewogenheit der Vereinbarung – Zweifel an der Wirksamkeit des Geschäfts, muss er die Beteiligten hierüber belehren und dies in der Niederschrift vermerken, wenn die Beurkundung trotzdem auf Wunsch der Beteiligten vorgenommen werden soll, § 17 Abs. 2 S. 2 BeurkG. Sofern die Vereinbarung gesetzeskonform ist und dem Willen der Beteiligten entspricht, kann er die Beurkundung jedoch nicht ablehnen.⁸⁸ Darin zeigt sich, dass der Notar unausgewogene Vereinbarungen nicht in jedem Fall zu verhindern⁸⁹, sondern vielmehr durch Beratung und Belehrung vornehmlich dafür zu sorgen hat, dass die Beteiligten die Unausgewogenheit der Regelung, die sich daraus ergebenden Gefahren und die Gestaltungsmöglichkeiten kennen. Letztere können

82 BGHZ 158, 81, 100 f.

83 BGHZ 158, 81, 100 f.

84 BGHZ 158, 81, 98.

85 BGHZ 158, 81, 98.

86 BGH, FamRZ 2009, 1041, 1043.

87 *Brambring*, FGPrax 2004, 175, 175; *Keim*, MittBayNot 1994, 2, 4; *Münch*, DNotZ 2004, 901, 910.

88 *Sandkühler* (Fn. 16), § 14, Rn. 48.

89 *Langenfeld*, Ehevertragsgestaltung nach Ehetypen – Zur Fallgruppenbildung in der Kautelarjurisprudenz, FamRZ 1987, 9, 13.

statt des Totalverzichts etwa in der Durchführung des Versorgungsausgleichs nur während Zeiten des familienbedingten Verzichts bzw. der Verringerung der Erwerbstätigkeit, der auflösenden Bedingung durch Geburt eines Kindes, dem einseitigen Verzicht oder der ausreichenden anderweitigen Kompensation des Verzichts liegen.⁹⁰ Hier muss jedoch in besonderem Maße auf den jeweiligen Einzelfall abgestellt werden, so dass konkrete oder gar allgemeingültige Vorschläge in diesem Rahmen nicht gegeben werden können, sondern auf die Formulierungsvorschläge in der Fachliteratur verwiesen werden muss.

C. *Unwirksamkeit des Geschäfts*

Es bleibt sodann die Frage, wie sich der Notar zu verhalten hat, wenn er insbesondere seiner Belehrungspflicht und auch seiner gestaltenden Beratungspflicht im Rahmen des § 17 Abs. 1 BeurkG nachgekommen ist, die Beteiligten jedoch auf einer Vereinbarung beharren, von deren Unwirksamkeit er ausgeht. Der Notar hat nach §§ 14 Abs. 2 BNotO, 4 BeurkG die Beurkundung abzulehnen, wenn diese mit seinen Amtspflichten nicht vereinbar wäre, insbesondere, wenn seine Mitwirkung bei Handlungen verlangt wird, mit denen erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden. So ist es dem Notar hiernach verwehrt, Rechtsgeschäfte zu beurkunden, die ohne vernünftigen Zweifel unwirksam sind und nicht geheilt werden können.⁹¹ Verträge, die gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) oder gegen die guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB) verstoßen, darf der Notar somit nicht beurkunden.⁹²

Ob diese Pflicht zur Ablehnung der Beurkundung aufgrund zweifelloser Unwirksamkeit in der Praxis häufig auftritt, bleibt zu bezweifeln. Man darf vielmehr davon ausgehen, dass die Beteiligten nach entsprechender Belehrung und Beratung hinsichtlich anderer Gestaltungsmöglichkeiten in der Regel wohl zum Abschluss einer alternativen Vereinbarung zu bewegen sind – und sei es dann bei entsprechend belehrungsrenitenten Beteiligten eine solche, deren Wirksamkeit der Notar nur mehr noch bezweifelt, jedoch nach § 15 Abs. 1 S. 1 BNotO unter Berücksichtigung des § 17 Abs. 2 BeurkG beurkunden muss.

90 Vgl. etwa *Bergschneider*, Verträge in Familiensachen, 3. Auflage, 2006, Rn. 873 ff.; *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 2. Auflage, 2007, Rn. 775 m.w.N.

91 *Preuß*, in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG, 5. Auflage, 2009, § 4 Rn. 12.

92 *Preuß* (Fn. 91), § 4 Rn. 12.

D. Gestaltung des Beurkundungsverfahrens

Zu betrachten ist nun noch, wie der Notar im Bereich des Versorgungsausgleichs bzw. der Beurkundung entsprechender Vereinbarungen den ihm obliegenden Pflichten und dem Prüfungsmaßstab der Inhalts- und Wirksamkeitskontrolle am weitesten gerecht werden und dadurch nicht nur möglichst wirksame – und damit ausgewogene und interessengerechte – Vereinbarungen beurkunden, sondern natürlich möglichst auch der Haftung weitgehend entgehen kann. Auch wenn die notarielle Belehrung die richterliche Inhaltskontrolle nicht obsolet macht⁹³, sollte sie in die Beurteilung und Gesamtabwägung des Richters mit einfließen, da durch entsprechende Gestaltung des Beurkundungsverfahrens, der Belehrung und der gestaltenden Beratung der Parteien etwa bestehende Ungleichgewichte zwischen ihnen ausgeräumt bzw. minimiert werden können.⁹⁴ Auf einige Punkte möchte ich daher abschließend Ihre Aufmerksamkeit lenken.

I. Beteiligung der Parteien

Die auch gem. § 17 BeurkG möglichst auszuschließende Übervorteilung des aus unterschiedlichen Gründen unterlegenen Vertragspartners und die weitgehende Sicherstellung der Vertragsparität kann unter anderem durch sorgfältige Information und Aufklärung der Beteiligten persönlich sichergestellt werden.

Aufgabe des Notars ist hier in vielen Fällen zunächst einmal, dass er den Beteiligten die Wichtigkeit des Versorgungsausgleiches vor Augen führt. Da dessen Auswirkungen in der Regel erst in ferner Zukunft spürbar werden, werden sie oftmals von den Beteiligten nicht in vollem Ausmaß erfasst.⁹⁵

Auch sollte vermieden werden, dass die erste und letzte Konfrontation eines der Beteiligten durch Vorlage des Entwurfes erst bei Beurkundung erfolgt.⁹⁶ Vielmehr ist die Auseinandersetzung der Beteiligten mit dem Vertragstext in ruhiger Umgebung durch Übersendung des Vertragsentwurfes rechtzeitig vor Beurkundung oder/und Vorbesprechungen mit beiden Beteiligten – gegebenenfalls

93 BGHZ 158, 81, 99.

94 S.a. *Münch*, DNotZ 2004, 901, 914; *Rauscher*, Ehevereinbarungen: Die Rückkehr der Rechtssicherheit – zu BGH v. 11.2.2004 – XI I ZR 265/02, DNotZ 2004, 524, 540 f.

95 S.a. *Langenfeld*, FamRZ 1987, 9, 10, *Münch* (Fn. 90), Rn. 776.

96 S. hierzu BGH DNotZ 2009, 62, 66.

die Empfehlung einer vorherigen anwaltlichen Beratung – sinnvoll.⁹⁷ Auch Drucksituationen, die sich aufgrund der Nähe des beabsichtigten Vertragsschlusses zum Hochzeitstermin ergeben, sollten je nach den Einzelfallumständen möglichst vermieden werden – insbesondere im Zusammenhang mit der Unkenntnis des Vertragsentwurfes eines Beteiligten bis zum Beurkundungstermin.⁹⁸

II. Aufnahme der Umstände und Motive

Da im Rahmen der Inhaltskontrolle eine Gesamtschau vorgenommen wird, müssen auch die Motive der Beteiligten für die getroffenen Regelungen sowie mögliche ungleiche Verhandlungspositionen hinterfragt werden. Die für die Gesamtwürdigung einzubeziehenden Umstände und Motive bestimmen somit zunächst den Umfang der Pflicht zur Sachverhaltsermittlung und Willenserforschung.⁹⁹ Zudem wird empfohlen, in mehr oder weniger ausführlichen Vertragspräambeln die tatsächliche Lebenssituation der Eheleute und die Hintergründe der vertraglichen Absprachen festzuhalten, so etwa Einkommens- und Vermögensverhältnisse, Motive der Eheleute, Ausbildungsstand, berufliche Tätigkeit, bereits verwirklichter und geplanter Zuschnitt der Ehe usw.¹⁰⁰ Der Notar ist hierzu nicht verpflichtet. Gleichwohl liefert eine solche Aufstellung etwa im Rahmen einer Präambel die Tatsachen und Umstände, nach denen sich die Wirksamkeitskontrolle bemisst und an denen sich eine später eventuell notwendige Ausübungskontrolle dann orientieren kann – nicht zuletzt bei der richterlichen Suche nach der Ersatzregelung, die dem Willen und den Interessen der Eheleute am ehesten entspricht.¹⁰¹ Damit kann also auch eine Entscheidungsgrundlage für die richterliche Vertragsanpassung geschaffen werden.

Einer möglichen Gefahr durch eine solch erweiterte Präambel aufgrund der Frage nach deren rechtlichen Einordnung¹⁰² kann man möglicherweise durch die

97 *Bergschneider*, Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, FamRZ 2004, 1757, 1765; *ders.*, Richterliche Inhaltskontrolle von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen, 2008, S. 80; *Gageik*, Die aktuelle ober- und höchstrichterliche Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen und ihre Auswirkungen auf die notarielle Praxis, RNotZ 2004, 295, 315; *Münch*, in: Hager (Hrsg.), Vertragsfreiheit im Ehevertrag?, 2007, S. 21, 22.

98 *Münch* (Fn. 97), S. 23; *Rauscher*, DNotZ 2004, 524, 541.

99 *Brambring*, FGPrax 2004, 175, 176.

100 *Brambring*, FGPrax 2004, 175, 176, *Gageik*, RNotZ 2004, 295, 311; *Koch* (Fn. 23), S. 478.

101 *Koch* (Fn. 23), S. 478.

102 *Bergschneider*, FamRZ 2004, 1757, 1764; *Münch* (Fn. 90), Rn. 696.

Klarstellung ihrer rechtlichen Natur bzw. Bedeutung¹⁰³ weitestgehend begehen. Es sollen hiermit letztlich die maßgeblichen Motive und Umstände festgehalten und dokumentiert werden – auch im Hinblick auf die Anforderungen der Inhaltskontrolle.

III. Salvatorische Klauseln

Die Schwierigkeit bei vorsorglichen Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich und anderen Scheidungsfolgen besteht oftmals in der Tatsache, dass diese Vereinbarungen erst nach mehreren Jahren durch Trennung/Scheidung der Eheleute Relevanz erlangen. Wenn man das Erkennen der Sittenwidrigkeit zumindest nach den mittlerweile vom BGH aufgestellten Grundsätzen zur Inhaltskontrolle wohl vom Notar erwarten kann, zumal sich diese auf einzelne Extremfälle beschränken muss, ist zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses die sichere Prognose der richterlichen Einschätzung hinsichtlich der Wirksamkeit der Vereinbarung im Rahmen der Ausübungskontrolle in vielen Fällen nicht möglich. Dies liegt zum einen an der Notwendigkeit der Subsumtion des einzelnen Falles unter die unbestimmten Rechtsbegriffe der „Sittenwidrigkeit“ und des „Treu und Glaubens“¹⁰⁴ und zum anderen natürlich an der Tatsache, dass diese Einschätzung sich nach dem Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe richtet und sich in der Zwischenzeit die Dinge anders entwickeln können und in vielen Fällen auch werden, als die Beteiligten es bei Abschluss der Vereinbarung dachten. Auch insoweit ist an salvatorische Klauseln zu denken, die etwa bei der richterlichen Ausübungskontrolle ein wertvoller Hinweis sein können.¹⁰⁵ Diese können jedoch nicht greifen, wenn sich die Sittenwidrigkeit bzw. die Unredlichkeit der Berufung auf den Ehevertrag gerade aus der Gesamtschau des Vertrages ergibt.¹⁰⁶ Die pauschale Verwendung einer salvatorischen Klausel ist ebenso zu vermeiden, da diese nicht in allen Fällen sinnvoll sind.¹⁰⁷

IV. Aufnahme von Alternativgestaltungen bzw. (auflösenden) Bedingungen

Auch durch die Aufnahme alternativer Rechtsfolgen kann neben der entsprechenden Gestaltung der Vorbemerkung die Ausgewogenheit und Interessengerechtig-

103 *Gageik*, RNotZ 2004, 295, 312.

104 *Koch* (Fn. 23), S. 480.

105 *Bergschneider*, FamRZ 2004, 1757, 1764.

106 BGH DNotZ 2006, 863, 864; DNotZ 2009, 62, 67; *Brambring*, Führt die Teilnichtigkeit zur Gesamtnichtigkeit von Eheverträgen?, FPR 2005, 130, 133.

107 Siehe hierzu das Beispiel bei *Brambring*, FPR 2005, 130, 132.

keit des Vertrages gewahrt werden und im Falle einer späteren richterlichen Inhaltskontrolle v.a. für eine eventuell vorzunehmende Ausübungskontrolle dem Richter Hinweise und Entscheidungsgrundlagen an die Hand gegeben werden für eine Vertragsanpassung, die den Parteiinteressen weitestgehend gerecht wird.¹⁰⁸ Im Rahmen dieser notariellen Vertragsanpassung, also der Aufnahme alternativer Gestaltungen in Reflektion möglicher vom Parteiplan abweichender Entwicklungen, wird den Beteiligten eine größere Einflussmöglichkeit und Verwirklichung ihres Willens ermöglicht. Zwar wird sicher nicht jede mögliche Wendung des (ehelichen) Lebens bedacht und berücksichtigt werden können, allerdings kann beim Ausschluss des Versorgungsausgleichs beispielsweise mit auflösenden Bedingungen oder zeitlichen wie höhenmäßigen Begrenzungen oder auch Rücktrittsrechten gearbeitet werden – etwa für den Fall, dass entgegen ursprünglicher Planung ein Kind geboren wird und ein Ehegatte die Erwerbstätigkeit deswegen aufgibt.¹⁰⁹

Jedenfalls ist den Beteiligten jedoch zu raten, bei Abweichung der tatsächlichen von der bei Vertragsschluss angenommenen Ehekonstellation ihre Vereinbarung zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen.

V. Vermerk/Dokumentation

Die Aufnahme des Verfahrensablaufes in die Urkunde wie auch der durchgeführten Belehrungen mittels ausführlicher Belehrungsvermerke¹¹⁰ kann zum einen im Falle einer richterlichen Inhaltskontrolle etwa im Rahmen der Beurteilung einer etwaigen einseitigen Unterlegenheit sinnvoll sein. Zum anderen kann dies natürlich in beweisrechtlicher Hinsicht relevant werden, wobei diesbezüglich vor der grenzenlosen Aufnahme von Belehrungsvermerken (wohlgemerkt in Fällen, in denen die Dokumentation nicht gesetzlich vorgeschrieben ist) zu warnen ist.¹¹¹ In diesem Zusammenhang ist weiter problematisch, dass insbesondere auch bei Eheverträgen etwaige haftungsrechtliche Folgen oftmals erst Jahre nach der Beurkundung auftreten, Nebenakten zum Beispiel jedoch grundsätzlich nach 7 Jahren zu vernichten sind, § 5 Abs. 4 DOfNot. Um sich dieses „Beweismittel“ zu bewahren, sollte daher auf die Verlängerungsmöglichkeit der Aufbewahrungsfrist zurückgegriffen werden.

108 *Gageik*, RNotZ 2004, 295, 314.

109 *Koch* (Fn. 23), S. 483; *Münch* (Fn. 90), Rn. 716.

110 *Gageik*, RNotZ 2004, 295, 315; *Münch* (Fn. 90), Rn. 709; *ders.* (Fn. 97), S. 25.

111 Siehe dazu bereits oben unter Kapitel 2 A. II.

**Aktuelle Fragen des Versorgungsausgleichs aus der Sicht des
Aktuars**

Dr. Horst-Günther Zimmermann, Aktuar DAV/IVS, Hamburg

Kapitel 1 Einleitung¹

Durch das Gesetz zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs (VAStrRefG), das zum 01.09.2009 in Kraft trat, wurde das gesamte Recht des Versorgungsausgleichs grundlegend reformiert. Der Ausgleich vollzieht sich gemäß dem im Zuge der Reform neu geschaffenen Versorgungsausgleichsgesetz (VersAusglG), indem jedes in der Ehezeit erworbene Versorgungsanrecht der Ehegatten einzeln geteilt wird. Nach der neuen Rechtslage entfällt die Notwendigkeit, betriebliche, private und öffentliche Versorgungsrechte zu saldieren und anschließend – mittels der zunehmend kritisierten Barwert-Verordnung – umzurechnen.

Ein wichtiges Ergebnis der Reform ist, dass die Aufgaben der Bewertung der zu teilenden Versorgungsrechte nicht mehr von den Gerichten wahrgenommen, sondern auf die Versorgungsträger verlagert werden. Die Versorgungsträger haben gemäß § 5 VersAusglG den Ehezeitanteil der Versorgung zu berechnen sowie dem Familiengericht einen Vorschlag für die Bestimmung des Ausgleichswertes und ggf. für einen korrespondierenden Kapitalwert zu unterbreiten. Insbesondere für die Bestimmung eines (korrespondierenden) Kapitalwertes sind die Versorgungsträger nunmehr auf versicherungsmathematischen Sachverstand angewiesen. Dieser Beitrag zeigt die aktuariellen Fragestellungen auf, die sich im Zusammenhang mit den für die Erfüllung der gesetzlich angeordneten Auskunftspflicht des Versorgungsträgers erforderlichen Berechnungen ergeben, und hat den DAV/IVS Hinweis "Aktuarielle Aspekte des VersAusglG im Hinblick auf die betriebliche Altersversorgung"² zur Grundlage. Der Schwerpunkt des Beitrages liegt im Bereich der betrieblichen Altersversorgung.

- 1 Der Verfasser dankt Frau Dipl.-Wirtschaftsjuristin (FH) *Iryna Prokofyeva* für ihre Unterstützung bei der Vorbereitung des Vortrages und dieses Manuskriptes.
- 2 Hinweise der Deutschen Aktuarvereinigung (DAV) bzw. des Instituts der versicherungsmathematischen Sachverständigen für Altersversorgung e.V. (IVS) sind nicht verbindliche Empfehlungen zu aktuariellen Einzelfragen. Sie werden grundsätzlich auf der Basis einer hinreichend breiten fachlichen Diskussion und Abstimmung ausgesprochen. Der genannte DAV/IVS Hinweis kann unter http://www.aktuar.de/download/intern/fav/2009-11-30-Aktuarielle_Aspunkte_des_Versorgungsausgleichgesetzes_FAV.pdf abgerufen werden.

Kapitel 2 Grundlagen und Gestaltungsspielräume

A. *Vereinbarungen der Ehegatten*

Das VersAusglG sieht eine Teilung eines jeden einzelnen Versorgungsanrechts vor, sodass der Versorgungsausgleich (insbesondere bei externer Teilung) zur Zersplitterung von Anrechten der Ehegatten führen kann. Die Anzahl der Anrechte nach der Durchführung des Versorgungsausgleichs wird vervielfacht, wobei die Anrechte infolge der Teilung ggf. weniger werthaltig werden. Zur Vermeidung der Zersplitterung von Anrechten können die Ehegatten Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich gemäß §§ 6 ff. VersAusglG schließen. Die Ehegatten können den Versorgungsausgleich u.a. ausschließen oder den Ausgleichsansprüchen nach der Scheidung gemäß §§ 20 bis 24 VersAusglG vorbehalten. Außerdem können bestimmte Anrechte (z.B. die Anrechte, bzw. Anteile von Anrechten, die nach der Trennung der Ehegatten, aber vor der Rechtswirksamkeit der Scheidung erworben wurden) vom Ausgleich ausgeschlossen werden. Die Dispositionsbefugnis der Ehegatten wird nach der neuen Rechtslage gestärkt; einer Vereinbarung der Ehegatten wird sogar Vorrang vor den anderen Teilungsformen eingeräumt.

Zum Schutz der Ehegatten werden die abzuschließenden Vereinbarungen gemäß § 8 Abs. 1 VersAusglG einer gerichtlichen Inhalts- und Ausübungskontrolle unterzogen; eine vor Rechtskraft der Entscheidung über den Wertausgleich bei der Scheidung geschlossene Vereinbarung bedarf zu ihrer Wirksamkeit gemäß § 7 Abs. 1 VersAusglG der notariellen Beurkundung. Zum Schutz des Versorgungsträgers sieht § 8 Abs. 2 VersAusglG vor, dass die Anrechte nur übertragen oder begründet werden können, wenn die betroffenen Versorgungsträger damit einverstanden sind.

B. *Keine Durchführung des Versorgungsausgleichs*

1. *Ausschluss bei kurzer Ehezeit nach § 3 VersAusglG*

Bei einer Ehe von bis zu drei Jahren findet ein Versorgungsausgleich nur auf Antrag eines Ehegatten statt. Die Regelung, die ursprünglich keinen Versorgungsausgleich bei einer Ehe bis zu zwei Jahren vorgesehen hatte, wurde im Gesetzgebungsverfahren durch den Rechtsausschuss geändert. Das Antragsrecht soll gemäß der Gesetzesbegründung zu § 3 VersAusglG insbesondere dazu dienen, in seltenen, außergewöhnlich gelagerten Fällen mit einem hohen Anrechtserwerb in

kurzer Zeit auf Seiten nur eines Ehegatten einen Versorgungsausgleich zu ermöglichen³.

2. Geringfügigkeit nach § 18 VersAusglG

Beiderseitige Anrechte gleicher Art bzw. einzelne Anrechte sind nicht auszugleichen, sofern die Differenz ihrer Ausgleichswerte bzw. der einzelne Ausgleichswert geringfügig ist. Die Geringfügigkeitsgrenze ergibt sich bei einem Rentenbeitrag in Höhe von 1 % (*25,55 EUR im Jahr 2011*) bzw. bei einem Kapitalwert in Höhe von 120 % (*3 066 EUR im Jahr 2011*) der monatlichen Bezugsgröße nach § 18 Abs. 1 SGB IV. Das Gesetz sieht den Ausschluss des Versorgungsausgleichs wegen Geringfügigkeit aber nicht zwingend vor, im Ermessen des Gerichts liegt es, den Ausgleich trotzdem vorzunehmen, wenn der Einzelfall es gebietet.⁴

3. Fehlende Ausgleichsreife nach § 19 VersAusglG

Ein Anrecht ist aufgrund der fehlenden Ausgleichsreife nicht auszugleichen,

- wenn es dem Grunde oder der Höhe nach nicht hinreichend verfestigt ist, insbesondere als noch verfallbares Anrecht i.S.d. Betriebsrentengesetzes (BetrAVG) (dabei erstreckt sich der Tatbestand der fehlenden Ausgleichsreife auch auf weitere vergleichbare Sachverhalte, z.B. wenn die Höhe eines unverfallbaren Anrechts nicht hinreichend sicher bestimmt werden kann⁵),
- soweit es auf eine abzuschmelzende Leistung gerichtet ist (z.B. Abflachungsbeträge von Anrechten aus der Beamtenversorgung⁶),
- soweit sein Ausgleich für die ausgleichsberechtigte Person unwirtschaftlich wäre (z.B. Übertragung eines Ausgleichswertes nach § 16 Abs. 1 VersAusglG auf die gesetzliche Rentenversicherung als Zielversorgungsträger für einen Beamten auf Lebenszeit, der die allgemeine Wartezeit für den Bezug einer gesetzlichen Rente voraussichtlich nicht mehr erfüllen könnte⁷),
- wenn es bei einem ausländischen, zwischenstaatlichen oder überstaatlichen Versorgungsträger besteht.

3 BT-Drs. 16/11903, S. 8.

4 BT-Drs. 16/10144, S. 60.

5 BT-Drs. 16/11903, S. 55.

6 BT-Drs. 16/10144, S. 62.

7 BT-Drs. 16/10144, S. 62.

Werden Anrechte oder Anteile von Anrechten, u.a. wegen der fehlenden Ausgleichsreife des Anrechts, nicht bei der Scheidung ausgeglichen, kommen Ausgleichsansprüche nach der Scheidung – schuldrechtliche Ausgleichsrente nach §§ 20 ff. VersAusglG – in Betracht.

Die Anspruchsvoraussetzungen für eine schuldrechtliche Ausgleichsrente nach § 20 VersAusglG sind, dass der ausgleichspflichtige Ehegatte bereits laufende Versorgung aus einem noch nicht ausgeglichenen Anrecht bezieht und der ausgleichsberechtigte Ehegatte entweder auch eine laufende Versorgung bezieht, die Regelaltersgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung erreicht hat oder die gesundheitlichen Voraussetzungen für eine laufende Versorgung wegen Invalidität erfüllt. Der Anspruch auf eine schuldrechtliche Ausgleichsrente richtet sich zunächst gegen den ausgleichspflichtigen Ehegatten; die Versorgungsträger sind jedoch verpflichtet, Auskünfte nach § 5 VersAusglG zu erteilen.

C. *Versorgungsträger der betrieblichen Altersversorgung*

In der betrieblichen Altersversorgung sind zurzeit fünf Durchführungswege gesetzlich kodifiziert:

Versorgungseinrichtung	Erläuterung
Arbeitgeber (Direktzusage)	Arbeitgeber erteilt eine unmittelbare Versorgungszusage, d.h. ohne Einschaltung eines externen Versorgungsträgers
Unterstützungskasse	Eine rechtsfähige Versorgungseinrichtung, in der Form eines e.V., einer GmbH/AG oder einer Stiftung, die auf ihre Leistungen keinen Rechtsanspruch gewährt
Lebensversicherungsunternehmen (Direktversicherung)	Arbeitgeber = Versicherungsnehmer Arbeitnehmer = versicherte Person
Pensionskasse	Lebensversicherungsunternehmen besonderer Art in der Form eines VVaG (i.d.R. reguliert) oder einer AG (dereguliert)
Pensionsfonds	kein Lebensversicherungsunternehmen, sondern Versorgungseinrichtung in der Form eines PVaG oder einer AG

D. Teilung innerhalb des jeweiligen Systems oder Übertragung auf einen anderen Versorgungsträger?

1. Interne Teilung

Eine interne Teilung von Anrechten gemäß § 10 VersAusglG ist als Regelfall vom Gesetzgeber vorgesehen. Bei interner Teilung wird zulasten des Anrechts der ausgleichspflichtigen Person ein Anrecht in Höhe des Ausgleichswertes für die ausgleichsberechtigte Person bei dem Versorgungsträger begründet, bei dem das Anrecht der ausgleichspflichtigen Person besteht. Die Teilung vollzieht sich hierbei innerhalb des bestehenden Systems. Der Versorgungsträger hat grundsätzlich die gleichwertige Teilhabe der Ehegatten an den in der Ehezeit erworbenen Anrechten sicherzustellen. Er ist allerdings nach § 11 Abs. 1 Nr. 3 VersAusglG berechtigt, den Risikoschutz der ausgleichsberechtigten Person auf eine Altersversorgung zu beschränken, wenn er für das nicht abgesicherte Risiko einen zusätzlichen Ausgleich bei der Altersversorgung schafft.

2. Externe Teilung

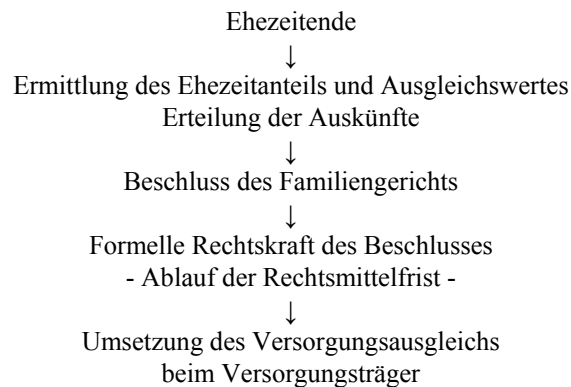
Die vom Gesetzgeber als Ausnahmefall vorgesehene, in der Praxis aber (im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten) von den Versorgungsträgern oft gewählte Alternative, ist die externe Teilung nach § 14 VersAusglG. Dabei wird für die ausgleichsberechtigte Person ein Anrecht in Höhe des Ausgleichswertes bei einem anderen Versorgungsträger als demjenigen, bei dem das Anrecht der ausgleichspflichtigen Person besteht, begründet. Die Wahl des Zielversorgungsträgers obliegt der ausgleichsberechtigten Person. Wird bei einem Anrecht im Sinne des Betriebsrentengesetzes keine Zielversorgung gewählt, ist gemäß § 15 Abs. 5 VersAusglG ein Anrecht für sie bei der Versorgungsausgleichskasse zu begründen. Die Zielversorgung muss eine angemessene Versorgung gewährleisten und darf nicht zu steuerpflichtigen Einnahmen bei der ausgleichspflichtigen Person führen, es sei denn, sie stimmt der Wahl der Zielversorgung zu.

Eine externe Teilung kann vom Versorgungsträger einseitig verlangt werden, sofern der Ausgleichswert am Ende der Ehezeit bei einem Rentenbetrag als maßgeblicher Bezugsgröße höchstens 2 % (51,10 EUR im Jahr 2011), in allen anderen Fällen als Kapitalwert höchstens 240 % (6 132 EUR im Jahr 2011) der monatlichen Bezugsgröße nach § 18 Abs. 1 SGB IV beträgt. Übersteigt der Ausgleichswert den genannten Höchstbetrag, ist eine externe Teilung im Rahmen einer Vereinbarung zwischen dem Versorgungsträger und der ausgleichsberechtigten Person möglich. Für die internen Durchführungswege der betrieblichen Altersversorgung (Direktzusage oder Unterstützungskasse) sieht § 17 VersAusglG

eine einseitige Durchsetzung der externen Teilung durch den Arbeitgeber vor, sofern der Ausgleichswert als Kapitalwert am Ende der Ehezeit höchstens die Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung nach den §§ 159 und 160 SGB VI erreicht (*66 000 EUR im Jahr 2011*).

Kapitel 3 Durchführung des Versorgungsausgleichs

Die Abwicklung des Versorgungsausgleichs vollzieht sich in mehreren Schritten, wobei der betroffene Versorgungsträger als Beteiligter des Verfahrens nach § 219 FamFG seit dem Beginn des gerichtlichen Verfahrens eingebunden ist:



A. Aktuarielle Aufgaben im Versorgungsausgleich

Die in der betrieblichen Altersversorgung tätigen Aktuar sind bei der Abwicklung von Versorgungsausgleichssachen meist in mehrfacher Hinsicht eingeschaltet, als Verantwortlicher Aktuar (gemäß § 11a VAG), Organ eines Versorgungsträgers oder als externer Berater im Auftrag des Versorgungsträgers⁸. Zu den aktuariellen Aufgaben gehören:

- Wahl des Verfahrens zur Ermittlung des Ausgleichswertes,
- Entscheidung zur Teilung auf der Basis von Kapitalwerten oder Rentenbeiträgen (unter Beachtung von Kostenneutralität für den Versorgungsträger),
- Aufstellung von Regeln für
- Kürzung des Anrechts des Ausgleichspflichtigen,
- Begründung eines Anrechts für den Ausgleichsberechtigten (bei interner Teilung),

⁸ Vgl. DAV/IVS Hinweis "Aktuarielle Aspekte des VersAusglG im Hinblick auf die betriebliche Altersversorgung", S. 1.

- Entscheidung, ob das betriebliche Versorgungswerk Zielversorgungsträger sein soll, wenn der Arbeitnehmer bei externer Teilung ausgleichsberechtigt ist,
- Unterstützung bei der Formulierung einer Teilungsordnung,
- Ggf. Unterstützung bei Vereinbarungen zwischen den Ehegatten.

B. Ermittlung des Ausgleichswertes – Vier Schritte

1. Schritt: Ermittlung des unverfallbaren betrieblichen Anrechts am Ende der Ehezeit

Bei der Teilung eines Anrechts i.S.d. BetrAVG hat der Versorgungsträger nach § 45 VersAusglG die Wahl, den Wert des zu teilenden Anrechts als Rentenbetrag nach § 2 BetrAVG oder als Kapitalwert nach § 4 Abs. 5 BetrAVG zu bestimmen. Somit hat der Gesetzgeber es den Versorgungsträgern überlassen, für die Ermittlung des Ausgleichsbetrages die im Einzelfall angemessene Aufteilungsmethode festzulegen.

2. Schritt: Ermittlung des Ehezeitanteils – unmittelbar oder zeiträtierlich

Die unmittelbare Bewertungsmethode nach § 39 VersAusglG hat bei der Ermittlung des Ehezeitanteils Vorrang vor der zeiträtierlichen Methode nach § 40 VersAusglG. Die unmittelbare Bewertungsmethode kommt zur Anwendung, wenn die Bestandteile der Versorgungszusage bestimmten Zeiträumen zugeordnet werden können (z.B. Beiträge, die in einem Zeitabschnitt entrichtet werden und in einen Versorgungszuwachs (Rentenbaustein) umgerechnet werden, der diesem Zeitabschnitt zugeordnet werden kann). Auch Teilzeitbeschäftigungsgrade können mittels Gewichtung der Dienstzeiten vor und während der Ehe mit dem jeweiligen Teilzeitbeschäftigungsgrad nach der unmittelbaren Methode berücksichtigt werden. Weiterhin kommt die unmittelbare Bewertungsmethode in Betracht, wenn Besitzstandsbeiträge aufgrund von Änderungen der ursprünglichen Versorgungszusage eindeutig bestimmten Zeitabschnitten zugeordnet werden können⁹.

⁹ DAV/IVS Hinweis "Aktuarielle Aspekte des VersAusglG im Hinblick auf die betriebliche Altersversorgung", S. 3.

Für die Zurechnung von Beiträgen zur Ehezeit ist grundsätzlich der Zeitraum des arbeitsrechtlichen Erdienens und nicht der Zeitpunkt der tatsächlichen Beitragszahlung maßgeblich.

In der betrieblichen Altersversorgung kommt es grundsätzlich auf den Zeitraum der Arbeitsleistung an. Soweit dieser in die Ehezeit fällt, ist das Anrecht der Ehezeit zuzurechnen.

In der berufsständischen Versorgung (sowie in der betrieblichen Altersversorgung, die über eine Pensionskasse oder eine Direktversicherung durchgeführt wird) ist zwischen Pflichtbeiträgen und freiwilligen Beiträgen zu unterscheiden:

- *Pflichtbeiträge*: die Zuordnung eines entsprechenden Bestandteils eines Anrechts in Abhängigkeit davon, ob die geleistete Arbeit in die Ehezeit fällt
- *freiwillige Beiträge*: entscheidend ist, wann die Zahlung erfolgt ist. Nur die während der Ehezeit geleisteten Beiträge sind auszugleichen¹⁰.

Ist die unmittelbare Bewertung nicht möglich (z.B. bei einer endgehaltsbezogenen Versorgung) kommt die zeiträtlerische Bewertungsmethode zum Ansatz. Das ist der Fall, wenn kein direkter Zusammenhang zwischen einer Bezugsgröße aus der Ehezeit und der Höhe der Versorgung besteht¹¹. Dabei ist gemäß § 45 VersAusglG der ermittelte Wert des Anrechts mit dem Quotienten zu multiplizieren, der aus der ehezeitlichen Betriebszugehörigkeit und der gesamten Betriebszugehörigkeit bis zum Ehezeitende zu bilden ist.

Ein Anspruch auf eine schuldrechtliche Ausgleichsrente (s. Teil I, Abschnitt 2, Buchstabe c) kommt bei einer endgehaltsbezogenen Versorgung hinsichtlich der zum Zeitpunkt der Entscheidung noch verfallbaren Einkommensdynamik in Frage¹².

Hilfsweise kann eine Bewertung nach Billigkeit gemäß § 42 VersAusglG herangezogen werden.

3. Schritt: Bewertung des Ehezeitanteils

a) Drei Möglichkeiten der Teilung des Anrechts

Bei interner Teilung des Anrechts kann der Versorgungsträger gemäß der Gesetzesbegründung zu § 11 VersAusglG¹³ zwischen drei Möglichkeiten wählen:

10 Vgl. F. Ruland, Versorgungsausgleich, 2. Auflage, 2009, S. 69.

11 BT-Drs. 16/10144, S. 79.

12 BT-Drs. 16/10144, S. 63.

13 BT-Drs. 16/10144, S. 56.

- Aufteilung des Kapitalwerts,
- Ermittlung zweier gleich hoher Versorgungen aus dem ermittelten Kapitalwert,
- Teilung des Rentenbetrages.

Die Aufteilung des Kapitalwerts stellt grundsätzlich eine wertneutrale Lösung für den Versorgungsträger dar. Aufgrund der unterschiedlichen biometrischen Daten der Ehegatten können sich allerdings unterschiedlich hohe Rentenbeträge nach dieser Aufteilungsmethode ergeben. Gleich hohe Rentenbeträge bei einer grundsätzlichen Wertneutralität für den Versorgungsträger ergeben sich bei der zweiten Aufteilungsmethode; diese ist aber sehr kompliziert in der Umsetzung.

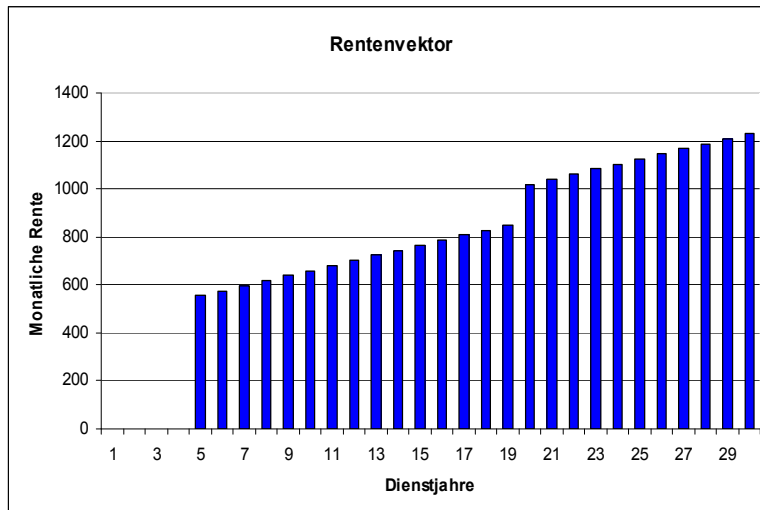
Bei der Teilung des Rentenbetrages ist zu beachten, dass häufig nicht nur eine mögliche Rentenleistung zu teilen ist, sondern ein Rentenvektor, wie das nachfolgende *Beispiel 1* zeigt:

Versorgungszusage:

- Alters- und Erwerbsminderungsrente sowie Witwen- und Waisenrenten
- 5 Jahre Wartezeit
- Monatsgehalt 3 000 EUR

Die monatliche Alters- und Erwerbsminderungsrente beträgt:

- Sockelbetrag 15%
- Zuzüglich für jedes anrechenbare Dienstjahr 0,7% des Monatsgehalts
- Nach 20 vollen anrechenbaren Dienstjahren erhöht sich der Sockelbetrag auf 20%
- Witwenrente 60 %
- Waisenrente 10%



Die Teilung des Rentenbetrages (Rentenvektors) kann zu einer Mehrbelastung des Versorgungsträgers aufgrund der unterschiedlichen biometrischen Daten der Ehegatten führen. Grundsätzlich gilt dabei: Je älter die ausgleichsberechtigte Person im Vergleich zur ausgleichspflichtigen Person ist, desto größer ist die Belastung für den Versorgungsträger bei Rententeilung. Bei Versorgungsempfängern ist der Wert für den jüngeren Versorgungsempfänger höher als der Wert für den älteren Versorgungsempfänger¹⁴.

Die Auswirkungen der unterschiedlichen Teilungsmethoden werden anhand des nachfolgenden *Beispiels 2* veranschaulicht:

Persönliche Daten:

Herr Mustermann (ausgleichspflichtiger Mitarbeiter)
 Geburtsdatum: 31.03.1965
 Eintritt in das Unternehmen: 01.04.2000
 Rentenzusage: Feste mtl. Alters-/Invalidenrente
 300,00 EUR
 Witwenrente 60 %
 Pensionsalter: Vollendung des 65. Lebensjahres
 Frau Mustermann (ausgleichsberechtigte Ehefrau)
 Geburtsdatum: 31.03.1970

14 Vgl. H. Engbroks, Aktuarielle Aspekte des Versorgungsausgleichs, Infotag Versorgungsausgleich 2010.

Ehezeit:

01.04.1995 – 31.03.2010

Ermittlung des Ehezeitanteils:

Dienstzeit bis Alter 65: $n = 30$, davon entfällt auf die Ehezeit: $m = 10$
Ehezeitanteil an der Rente nach § 2 BetrAVG: $R = m/n * 300 \text{ EUR} = 100,00 \text{ EUR}$.

Barwert (5% Zins, 2% Rententrend, Richttafeln 2005 G) hierfür: 8.920 EUR.

• **Teilung des Rentenbetrags:**

Mitarbeiter 50,00 EUR - Ausgleichsberechtigte 50,00 EUR
(Barwert hierfür: $4.460 + 3.540 = 8.000 \text{ EUR}$)

• **Aufteilung des Kapitalwerts, Ausgleichsberechtigte hat Anwartschaft auf AR, IR und HR:**

Mitarbeiter 50,00 EUR – Ausgleichsberechtigte 62,99 EUR

• **Aufteilung des Kapitalwerts, Ausgleichsberechtigte hat nur Anwartschaft auf AR:**

Mitarbeiter 50,00 EUR – Ausgleichsberechtigte 76,82 EUR

• **Ermittlung zweier gleich hoher Versorgung aus dem ermittelten Kapitalwert:**

Mitarbeiter 55,75 EUR – Ausgleichsberechtigte 55,75 EUR

b) Rechnungsgrundlagen und Bewertungsparameter

Die Bestimmung der Rechnungsgrundlagen und Bewertungsparameter spielt eine große Rolle bei der Ermittlung des (korrespondierenden) Kapitalwertes. Gesetzliche Vorgaben hierzu sind aber nicht eindeutig, sodass die Parameterwahl letztlich dem Versorgungsträger obliegt. Der DAV/IVS Hinweis "Aktuarielle Aspekte des VersAusglG im Hinblick auf die betriebliche Altersversorgung" verweist hierzu auf die Stellungnahme zur "Portabilität und Übertragungswert"¹⁵ und schlägt für unmittelbare Versorgungszusagen und Versorgungszusagen von Unterstützungskassen eine Bewertung mit den Parametern vor, die das Unternehmen für die Bewertung von Verpflichtungen nach handelsrechtlichen Grundsätzen verwendet. Obwohl die Bewertung des Ehezeitanteils auf das Ehe-

15 Die Stellungnahme zur "Portabilität und Übertragungswert" wurde von der Arbeitsgruppe "Portabilität" des DAV-Fachausschusses "Altersversorgung" in 2007 ausgearbeitet und wird derzeit aktualisiert; die derzeitige Fassung ist unter www.aktuar.de/download/intern/fav/2008-02-18_Portabilitaet.pdf abrufbar.

zeitende abzustellen ist, können aus Praktikabilitätsgründen i. d. R. die für den letzten Bilanzstichtag vor dem Ehezeitende gewählten Parameter verwendet werden. Für kongruent rückgedeckte Versorgungszusagen können ggf. auch die Rechnungsgrundlagen der Rückdeckungsversicherung herangezogen werden¹⁶.

Für versicherungsförmige Durchführungswege der betrieblichen Altersversorgung – betriebliche Versorgungsregelungen, die über eine Direktversicherung, eine Pensionskasse oder einen Pensionsfonds mit versicherungsförmigen Garantien abgewickelt werden – ist der nach § 45 VersAusglG zu ermittelnde Kapitalwert als gebildetes Kapital zu verstehen. Entsprechend dem BMGS-Schreiben vom 14.12.2004¹⁷ gilt für Pensionskassen und Direktversicherungen als gebildetes Kapital das vorhandene Deckungskapital ohne Abzüge zuzüglich des Guthabens aus der verzinslichen Ansammlung und dem Anteil am Schlussüberschuss. Darüber hinaus ist die Beteiligung an den Bewertungsreserven zu berücksichtigen. Für Pensionsfonds wird auf das dem einzelnen Arbeitnehmer zugeordnete Kapital, mindestens jedoch auf den Barwert der garantierten Leistung abgestellt¹⁸.

c) Wiederaufnahme eines Versorgungsausgleichsverfahrens

Zweifelsfragen ergeben sich bei den abgetrennten und ausgesetzten Versorgungsausgleichsverfahren mit deutlich zurückliegendem Ehezeitende, die nach §§ 50 ff. VersAusglG wiederaufgenommen werden. Gemäß § 5 Abs. 2 VersAusglG ist der maßgebliche Zeitpunkt für die Bewertung das Ende der Ehezeit. Rechtliche oder tatsächliche Veränderungen nach dem Ende der Ehezeit, die auf den Ehezeitanteil zurückwirken, sind dabei zu berücksichtigen. Nach der Gesetzesbegründung sind dabei die Änderungen zu berücksichtigen, die rückwirkend zu einer anderen Bewertung des Ehezeitanteils und des Ausgleichswertes führen; ein typischer Fall sei demnach gegeben, wenn die ausgleichspflichtige Person nach dem Ende der Ehezeit, aber vor der Entscheidung über den Wertausgleich dienstunfähig wird. Nicht zu berücksichtigen sei dagegen die übliche Wertentwicklung des Anrechts, "etwa durch zwischenzeitlich erfolgte Anpassungen der Bemessungsgrundlagen für die

16 Vgl. DAV/IVS Hinweis "Aktuarielle Aspekte des VersAusglG im Hinblick auf die betriebliche Altersversorgung", S. 4.

17 "Übertragung von Betriebsrentenanwartschaften (Portabilität), Auslegung des Begriffs "gebildetes Kapital" gemäß § 4 Abs. 5 BetrAVG, Schreiben des Bundesministeriums für Gesundheit und Soziale Sicherung v. 14.12.2004 – 416-42107.

18 Vgl. DAV/IVS Hinweis "Aktuarielle Aspekte des VersAusglG im Hinblick auf die betriebliche Altersversorgung", S. 9.

Anwartschaft, also die Dynamik, die dem jeweiligen Anrecht innewohnt". Gleiches soll auch für nahezeitliche Veränderungen gelten, die keinen Bezug zur Ehezeit haben, wie etwa spätere Beförderungen¹⁹.

In der Praxis fällt die Abgrenzung zwischen den Änderungen, die zu berücksichtigen sind und denjenigen, die unbeachtlich bleiben sollen, angesichts der Fülle und Vielfalt der individuellen Lebenssituationen schwer, insbesondere wenn sich der Zeitraum zwischen dem Ehezeitende und dem Zeitpunkt der Erteilung der Auskünfte (nach der Wiederaufnahme des Verfahrens) auf mehrere Jahre erstreckt. Zu nennen sind hierbei die Vereinbarungen über Vorruhestand oder Altersteilzeit, vorzeitige Pensionierungen, Gehaltserhöhungen auf individualrechtlicher oder tarifvertraglicher Basis, Beförderungen, die zwar nach dem Ehezeitende vorgenommen, aber während der Ehezeit vereinbart wurden sowie Änderungen der dem zu teilendem Anrecht zugrunde liegenden Versorgungsregelung.

Liegt das Ehezeitende deutlich vor dem Zeitpunkt der Auskunftserteilung, stellt sich auch die Frage nach einer Verzinsung des ermittelten Ausgleichswertes. Der zum Ende der Ehezeit festgestellte Wert des in der Ehezeit erdienten Anteils des Anrechts stimmt im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung nicht mehr mit dem dann erreichten Wert des in der Ehezeit erdienten Anteils des Anrechts überein²⁰. Der 18. Deutsche Familiengerichtstag – Empfehlungen des Vorstandes an die Rechtsprechung – äußerte hierzu: "Bei der externen Teilung ist in der Entscheidung zusätzlich zum Kapitalbetrag eine Verzinsung in Höhe des Rechnungszinses ab Ehezeitende anzuordnen".

Bezieht die ausgleichspflichtige Person bereits Versorgungsleistungen, sind die ggf. seit dem Ehezeitende erfolgten Zahlungen (Kapitalverzehr) bei der Ermittlung des Kapitalwertes zu berücksichtigen (z.B. durch eine alternative Bestimmung des Kapitalwertes bezogen auf einen der Auskunftserteilung zeitnahen Stichtag).

d) Einbeziehung von Hinterbliebenenrenten

Weitere Fragestellungen ergeben sich im Zusammenhang mit der Einbeziehung von Hinterbliebenenrenten bei der Ermittlung des Kapitalwertes. Nach der Gesetzesbegründung zum § 2 VersAusglG ist die Hinterbliebenenversorgung in den

19 BT-Drs. 16/10144, S. 49.

20 Vgl. DAV/IVS Hinweis "Aktuarielle Aspekte des VersAusglG im Hinblick auf die betriebliche Altersversorgung", S. 5.

Versorgungsausgleich mit einzubeziehen, wenn diese Leistungen zum Leistungsspektrum des auszugleichenden Anrechts gehören, und zwar auch dann, wenn sie im Einzelfall versicherungsmathematisch gesondert bewertet werden können. Eine isolierte Hinterbliebenenversorgung unterliegt hingegen nicht dem Versorgungsausgleich²¹.

Bei der Bewertung des Ehezeitanteils stellt sich die Frage, ob das Anrecht auf Hinterbliebenenrente auch berücksichtigt werden soll, wenn die Witwenrente auf eine namentlich genannte Ehefrau abgestellt ist oder eine so genannte Spätehensklausel vereinbart wurde. Der Hintergrund ist, dass einige Versorgungsregelungen eine Leistung an einen hinterbliebenen Ehegatten nur dann gewähren, wenn die Ehe z.B. vor der Pensionierung des versorgungsberechtigten Mitarbeiters geschlossen wurde. Lässt sich nun ein Versorgungsempfänger scheiden, besteht bei einer erneuten Ehe kein Anspruch auf Hinterbliebenenrente für die neue Ehefrau. Fraglich ist somit, ob diese Änderung bei der Bewertung des Ehezeitanteils zu berücksichtigen ist, und ob der ausgleichsberechtigten Person ein Anteil an der Hinterbliebenenversorgung zu gewähren ist, obwohl der Hinterbliebenenschutz für die ausgleichspflichtige Person mit der Scheidung entfällt.

Nach dem DAV-Hinweis "Aktuarielle Aspekte des VersAusglG im Hinblick auf die betriebliche Altersversorgung" folgt die Bewertungsmethode auch im Hinblick auf die individuelle oder die kollektive Bewertung von Hinterbliebenenrenten dem Ansatz in der Handelsbilanz. Es ist somit davon auszugehen, dass die durch die Scheidung hervorgerufene Änderung der in Betracht kommenden Leistungen an Hinterbliebene bei der Bewertung unberücksichtigt bleibt.

e) Versorgungsstatus der ausgleichspflichtigen und der ausgleichsberechtigten Person

Für die Ermittlung des Ausgleichswertes und die Bestimmung einer Versorgungsleistung für die ausgleichsberechtigte Person bei interner Teilung ist der Versorgungsstatus der ausgleichspflichtigen und der ausgleichsberechtigten Person von großer Bedeutung. Bei einem ausgleichspflichtigen Erwerbsminderungsrentner ergibt sich ein relativ hoher Ausgleichswert, der für einen ausgleichsberechtigten Anwärter zu einer entsprechend hohen Anwartschaft führen würde. Dies verdeutlicht das folgende *Beispiel 3*:

21 BT-Drs. 16/10144, S. 46.

**Bedeutung des Status der ausgleichspflichtigen
und der ausgleichsberechtigten Person**

*Das Anrecht eines 1970 geborenen männlichen Ausgleichsverpflichteten beträgt monatlich **100,00 €** für den Fall der Erwerbsminderung und des Alters. Die Ausgleichsberechtigte ist 1980 geboren. Der Ehezeitanteil beträgt **60 %**. Die interne Teilung wird ohne Ansatz von Teilungskosten vorgenommen. Je nach dem Status der beiden Ehepartner am Ende der Ehezeit (30.6.2009) ergibt sich Folgendes:*

<i>Fall</i>	<i>Ausgleichspflichtiger Ehegatte</i>	<i>Ausgleichsberechtigter Ehegatte</i>
1. Beide Ehegatten sind nicht erwerbsgeminderte aktive Anwärter.	Kapitalwert der Versorgung: 5.106 € (Ermittelt nach handelsrechtlichen Grundsätzen mit einem Rechnungszins von 5,0 % und einer jährlichen Rentenerhöhungsrate von 1 % p.a. nach den Richttafeln 2005 G von Klaus Heubeck) Ausgleichswert: $50 \% \times 60 \% \times 5.106 \text{ €}$ =1.532 €.	Eine Anwartschaft auf Erwerbsminderungs- und Altersrente in Höhe von monatl. 40 €
2. Der ausgleichspflichtige Ehegatte bezieht eine lebenslängliche Erwerbsminderungsrente in Höhe von 100 € monatlich. Die Ausgleichsberechtigte ist aktiv.	Kapitalwert: 17.153 € Ausgleichswert: $50 \% \times 60 \% \times 17.153 \text{ €}$ = 5.146 €	Eine Anwartschaft auf Erwerbsminderungs- und Altersrente in Höhe von monatlich 135 €
3. Der ausgleichspflichtige Ehegatte bezieht eine lebenslängliche Erwerbsminderungsrente in Höhe von 100 € monatlich, die Ausgleichsberechtigte ist ebenfalls er-	Kapitalwert: 17.153 € Ausgleichswert: $50 \% \times 60 \% \times 17.153 \text{ €}$ =5.146 €	Eine sofort beginnende monatliche Erwerbsminderungsrente in Höhe von 25 €

werbsgemindert		
4. Der Ausgleichspflichtige ist aktiver Arbeitnehmer, die Ausgleichsberechtigte ist erwerbsgemindert.	Kapitalwert: 5.106 € Ausgleichswert: $50 \% \times 60 \% \times 5.106 €$ =1.532 €	Eine sofort beginnende monatliche Erwerbsminderungsrente in Höhe von 8 €

Quelle: DAV/IVS Hinweis "Aktuarielle Aspekte des VersAusglG im Hinblick auf die betriebliche Altersversorgung", S. 8

4. Schritt: Halbierung des bewerteten Ehezeitanteils = Ausgleichswert (ggf. unter Berücksichtigung der Teilungskosten bei interner Teilung)

Gemäß § 13 VersAusglG können die bei der internen Teilung entstehenden Kosten mit den Anrechten der Ehegatten verrechnet werden, soweit sie angemessen sind. Die Gesetzesbegründung verweist auf die Rechtsprechung nach der Rechtslage vor dem 01.09.2009 und bezeichnet einen pauschalen Kostenansatz in Höhe von 2 bis 3 Prozent des Kapitalwertes als zulässig²². Die Kosten der internen Teilung sind die Kosten der Einrichtung eines neuen Kontos sowie die Kosten der (lebenslangen) Verwaltung des Anrechts der ausgleichsberechtigten Person. Die Kosten, die dem Versorgungsträger durch die Ermittlung des Ehezeitanteils und Erarbeitung eines Vorschlags für den Ausgleichswert entstehen, sind davon nicht erfasst.

Eine Kostenpauschale, die sich nach der Höhe des jeweiligen Ehezeitanteils richtet, wird von den Familiengerichten, die eine Angemessenheitsprüfung durchzuführen haben, nicht in jedem Fall akzeptiert. Die nach Ansicht des Gerichts zu hohe Kostenpauschale bei einem relativ hohen Ehezeitanteil kann von diesem reduziert werden. Sofern Regelungen zur Durchführung des Versorgungsausgleichs von dem Versorgungsträger geschaffen werden, ist eine Festlegung von Unter- und Obergrenzen für die Teilungskosten denkbar.

Die Versorgungsträger können im Rahmen ihrer gesetzlich angeordneten verfahrensrechtlichen Auskunftspflicht nach § 220 FamFG aufgefordert werden, die Angemessenheit der in Ansatz gebrachten Teilungskosten nachzuweisen.

22 BT-Drs. 16/10144, S. 57.

Die Nachweis- und Erläuterungspflicht des Versorgungsträgers – als einem Verfahrensbeteiligten nach § 219 FamFG – erstreckt sich darüber hinaus auf die von ihm ermittelten Werte (Ehezeitanteil und Ausgleichswert, ggf. korrespondierender Kapitalwert). Dabei ist zu beachten, dass eine gut strukturierte und nachvollziehbare Auskunft die Rückfragen des Gerichts sowie der weiteren Verfahrensbeteiligten vermindern und somit den Verwaltungsaufwand des Versorgungsträgers im Rahmen halten kann. Hierfür könnte der nachfolgend vorgestellte Mustervermerk zur Durchführung des Versorgungsausgleichs nach dem Versorgungsausgleichsgesetz herangezogen werden.

**Mustervermerk
zur Durchführung des Versorgungsausgleichs
nach dem Versorgungsausgleichsgesetz (VersAusglG)
Amtsgericht Musterstadt – Aktenzeichen 12345 VA**

- I. Persönliche Daten der ausgleichspflichtigen Person
- II. Rechtsgrundlagen
- III. Zu erwartende Altersversorgung der ausgleichspflichtigen Person im vertraglichen Pensionsalter
- IV. Wert des Ehezeitanteils (zeitratierliche Ermittlung)
 1. Wert des betriebsrentenrechtlichen Anteils (§ 45 Abs. 1 VersAusglG)
 - a) Betriebsrentenrechtlicher Anteil: Verhältnis der tatsächlichen Betriebszugehörigkeit zu der Zeit vom Beginn der Betriebszugehörigkeit bis zur festen Altersgrenze
 - b) Wert des betriebsrentenrechtlichen Anteils: Kapitalwert gemäß § 45 Abs. 1 VersAusglG i. V. m. § 4 Abs. 5 BetrAVG
 2. Versorgungsausgleichsrechtlicher Anteil (§ 45 Abs. 2 VersAusglG) = Ehezeitanteil
Verhältnis der ehezeitlichen Betriebszugehörigkeit (ggf. unter Berücksichtigung des Teilzeitgrades in der Ehezeit) zu der Zeit vom Beginn der Betriebszugehörigkeit bis zum Ende der Ehezeit
 3. Wert des Ehezeitanteils
Kapitalwert aus 1. Buchstabe b) multipliziert mit dem Ehezeitanteil aus 2.
- V. Ausgleichswert
Die Hälfte des Wertes des Ehezeitanteils aus 3. ggf. unter Abzug der hälftigen Teilungskosten bei der internen Teilung

Kapitel 4 Umsetzung des Versorgungsausgleichs beim Versorgungsträger

A. *Begründung des Anrechts für die ausgleichsberechtigte Person bei interner Teilung*

Bestehen keine besonderen Regelungen zum Versorgungsausgleich, so gelten gemäß § 11 Abs. 2 VersAusglG für das Anrecht der ausgleichsberechtigten Person die Regelungen über das Anrecht der ausgleichspflichtigen Person entsprechend. Eine Auslegung der Leistungsbestimmungen ist erforderlich, falls leistungsbestimmende Merkmale für die ausgleichsberechtigte Person nicht definiert oder nicht anwendbar sind. Die Bestimmung von Versorgungsleistungen für die ausgleichsberechtigte Person bei vorzeitigen Versorgungsfällen kann problematisch sein. Insbesondere gilt das für die dienstzeitabhängigen Versorgungszusagen, da die ausgleichsberechtigte Person i. d. R. keine Dienstzeiten in dem Unternehmen der ausgleichspflichtigen Person aufweist. Eine Lösungsmöglichkeit könnte die Ermittlung einer gleichbleibenden Festrente für die ausgleichsberechtigte Person oder eine Nachbildung des Rentenvektors der ausgleichspflichtigen Person aus dem zu übertragenden Ausgleichswert sein.

Führt der Versorgungsträger besondere Regelungen zum Versorgungsausgleich ein, so kann das Anrecht der ausgleichsberechtigten Person nach interner Teilung gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 3 VersAusglG auf eine Altersversorgung beschränkt werden, wenn für das nicht abgesicherte Risiko ein zusätzlicher Ausgleich bei der Altersversorgung geschaffen wird. Die Höhe des Ausgleiches für den Wegfall des Risikoschutzes wurde vom Gesetzgeber nicht vorgeschrieben, sodass die Entscheidung hierzu der Praxis überlassen wurde. Denkbar sind sowohl versicherungsmathematisch ermittelte anteilige Erhöhungen der Altersrente der ausgleichsberechtigten Person als auch das bereits von der Rechtsprechung nach der alten Rechtslage akzeptierte Vorgehen, wonach der Anteil des für das Anrecht der ausgleichspflichtigen Person auf Alters-, Invaliden- und Hinterbliebenenleistungen zur Verfügung stehenden Kapitals zur Ermittlung einer reinen Altersversorgung für die ausgleichsberechtigte Person verwendet wird, was nach versicherungsmathematischen Grundsätzen zu einer höheren Altersversorgung

führt, als es bei einer zusätzlichen Absicherung von Invaliditäts- (und Hinterbliebenen)-risiken der Fall wäre²³.

Bei versicherungsförmiger Durchführung der betrieblichen Altersversorgung ist durch die Änderung der Deckungsrückstellungsverordnung²⁴ die Möglichkeit geschaffen, für den Vertrag der ausgleichsberechtigten Person den Rechnungszins zu verwenden, der für den Vertrag der ausgleichspflichtigen Person gilt. Zu beachten ist, dass diese Möglichkeit für Rückdeckungsversicherungen nach Auffassung der Versicherungsaufsicht nicht besteht, da die Rückdeckungsversicherung nicht Gegenstand des Versorgungsausgleichs ist²⁵.

B. Kürzung des Anrechts der ausgleichspflichtigen Person

Das Anrecht der ausgleichsberechtigten Person wird sowohl bei interner als auch bei externer Teilung zulasten des Anrechts der ausgleichspflichtigen Person begründet, sodass die Versorgung der ausgleichspflichtigen Person zum Zeitpunkt der Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung zu kürzen ist. Für die Kürzung des Anrechts der ausgleichspflichtigen Person bestehen verschiedene Möglichkeiten:

- „Proportionale Kürzung“
 - Bei interner Teilung:
Die am Ende der Ehezeit unverfallbaren Anrechte, gekürzt im Verhältnis des um die anteiligen Kosten der internen Teilung erhöhten Ausgleichswertes zum Wert der unverfallbaren Anwartschaft im Zeitpunkt des Ehezeitendes, werden von den ohne Berücksichtigung des Versorgungsausgleichs ermittelten Leistungen in Abzug gebracht.
 - Bei externer Teilung:
Die am Ende der Ehezeit unverfallbaren Anrechte, gekürzt im Verhältnis des Ausgleichswertes zum Wert der unverfallbaren Anwartschaft im

23 Vgl. OLG Karlsruhe v. 12.11.1998 – 2 UF 261/97.

24 Gesetz zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch, zur Errichtung einer Versorgungsausgleichskasse und anderer Gesetze v. 15.7.2009, BGBl. I, 1939.

25 Vgl. DAV/IVS Hinweis "Aktuarielle Aspekte des VersAusglG im Hinblick auf die betriebliche Altersversorgung", S. 14.

Zeitpunkt des Ehezeitendes, werden von den ohne Berücksichtigung des Versorgungsausgleichs ermittelten Leistungen in Abzug gebracht²⁶.

- Weitere mögliche Ausgestaltungen der Kürzung
 - Vorrangige Kürzung einzelner Leistungsarten (z.B. Hinterbliebenenrente)
 - Ausschluss der Kürzung von Waisenrentenanwartschaften
 - Ermittlung eines festen Kürzungsbetrages (statt Rentenvektor)

Bei der Wahl eines Verfahrens zur Kürzung des Anrechts der ausgleichspflichtigen Person sind stets die Grundsätze der Gleichbehandlung (ggf. auch der Mitbestimmung) zu beachten.

C. *Kernpunkte einer Teilungsordnung*

Das neue Recht des Versorgungsausgleichs bürdet den Versorgungsträgern neue Pflichten auf, eröffnet aber gleichzeitig gewisse Gestaltungsspielräume. Sollte der Versorgungsträger Gebrauch von diesen Gestaltungsrechten machen wollen (z.B. Beschränkung des Anrechts der ausgleichsberechtigten Person auf eine Altersversorgung), ist eine Erstellung von einem Regelwerk für den Versorgungsausgleich sinnvoll. Das Regelwerk kann das Verfahren für die Ermittlung des ehezeitbezogenen Ausgleichswertes, für die Kürzung des Anrechts der ausgleichspflichtigen Person und für die Begründung des Anrechts der ausgleichsberechtigten Person unter Nutzung der gesetzlichen Gestaltungsspielräume beschreiben. Dabei sind Differenzierungen nach Personengruppen und/oder unterschiedlichen Versorgungsregelungen unter Beachtung des Gleichbehandlungserfordernisses möglich.

Das Regelwerk zum Versorgungsausgleich könnte Bestandteil jeder einzelnen Pensionszusage werden oder in Form einer übergeordneten Teilungsordnung verabschiedet werden. Die Frage, ob eine Teilungsordnung einseitig durch den Versorgungsträger (z.B. Arbeitgeber) erlassen werden kann oder ob eine Vereinbarung mit dem jeweiligen Versorgungsberechtigten erforderlich ist, ist bislang in Fachkreisen umstritten; ebenso ist die Frage nach der Mitbestimmungspflicht bei der Erstellung einer Teilungsordnung noch nicht abschließend geklärt.

²⁶ Vgl. DAV/IVS Hinweis "Aktuarielle Aspekte des VersAusglG im Hinblick auf die betriebliche Altersversorgung", S. 7.

Kapitel 5 Fazit

Das neue Versorgungsausgleichsrecht erweitert deutlich die Auskunftspflichten der Versorgungsträger und vergrößert damit deren Verwaltungsaufwand. Im Gegenzug werden für die Versorgungsträger gewisse Gestaltungsspielräume bei der Umsetzung des Versorgungsausgleichs eröffnet. Die Aufgaben der Bewertung des Ehezeitanteils und des Ausgleichswertes, die nach der alten Rechtslage im Verantwortungsbereich der Gerichte lagen, wurden der Praxis überlassen. Aufgrund der gesetzlich angeordneten Pflicht zur Berechnung eines (korrespondierenden) Kapitalwertes sind die Versorgungsträger auf versicherungsmathematischen Sachverstand angewiesen. Die in der betrieblichen Altersversorgung tätigen Aktuarien werden nunmehr in den Prozess der Abwicklung von Versorgungsausgleichssachen eingebunden und können die Versorgungsträger bei der Auskunftserteilung unterstützen. Dabei müssen nicht nur rein aktuarielle Fragen beantwortet, sondern auch arbeits-, sozialversicherungs-, steuer- sowie verfahrensrechtliche Aspekte berücksichtigt werden.