

Weder „Werteverzehr“ noch nahezeitliche Änderung i.S.d. § 5 Abs. 2 Satz 2 VersAusglG und dennoch soll gelten „Was weg ist, ist weg“

von VorsRiOLG Werner Schwamb, Frankfurt/M.

Es ist die Quadratur des Kreises, die das VersAusglG von der Rechtsprechung verlangt, wenn es um den Ausgleich bereits bezogener kapitalgedeckter Renten geht. Und so verwundert es nicht, dass die lange herbeigesehnte Entscheidung des BGH v. 17.2.2016 – XII ZB 447/13, FamRZ 2016, 775 = FamRB 2016, 176 und 178 (Norpoth) „zur Behandlung kapitalgedeckter Anrechte im Versorgungsausgleich, aus denen bereits vor der Rechtskraft der Entscheidung über den Versorgungsausgleich eine ungekürzte Altersrente bezogen wird“ (Leitsatz b) die hochgesteckten Erwartungen nicht erfüllen konnte.

1. Die Entscheidung des BGH v. 17.2.2016 – XII ZB 447/13

Überraschend ist allerdings, dass der BGH¹ zwar in seiner logischen Analyse und dogmatischen Begründung bis Rz. 41 des Beschlusses der (auch vom Autor dieses Beitrags favorisierten) Mindermeinung folgt, wonach der Bezug der Altersrente weder einen sog. Werteverzehr bewirkt (Rz. 36–40) noch eine auf den Ehezeitanteil zurückwirkende nahezeitliche Änderung i.S.v. § 5 Abs. 2 Satz 2 VersAusglG darstellt (Rz. 31–35), dann aber „gleichwohl“ (Rz. 42) – ausdrücklich nicht verkennend, dass § 5 Abs. 2 Satz 1 VersAusglG eigentlich entgegensteht (Rz. 56) – zum Ergebnis kommt, der Ausgleichswert verringere sich nach dem vermeintlichen Grundsatz „Was weg ist, ist weg.“ Ob es diesen im Versorgungsausgleich häufiger bemühten „Rechtsgrundsatz“ überhaupt in dieser Allgemeinheit gibt,² kann bereits bezweifelt werden; im Zugewinnausgleich war er zwar tatsächlich in § 1378 BGB a.F. einmal gesetzlich geregelt, wurde aber zeitgleich mit dem neuen VersAusglG abgeschafft. Die Frage kann jedoch dahinstehen, denn der BGH hat – wie ausgeführt – bis Rz. 41 zunächst überzeugend ausgeführt, dass hier tatsächlich „nichts weg ist“. Tatsächlich wendet der BGH damit einen für die Fälle der Auflösung von Anrechten oder tatsächlich durch Kursverfall entwerteter Anrechte übergesetzlich begründeten „Rechtsgrundsatz“ nun entsprechend auf den Fall der lediglich auf die große Zahl einer

Versichertengemeinschaft bezogenen versicherungsmathematischen Barwertminderung an und meint, deswegen die Regelung des § 5 Abs. 2 Satz 1 VersAusglG insoweit nicht beachten zu können. Man fühlt sich insoweit mit ungutem Gefühl daran erinnert, was einst im Unterhaltsrecht aus der Modifizierung von § 1578 BGB über „wandelbare eheliche Lebensverhältnisse“ geworden ist. Im Unterschied dazu könnte allerdings vorliegend tatsächlich „im Hinblick auf die durch das VersAusglG nicht näher aufgegriffenen Widersprüche“ (so ausdrücklich in Rz. 55 des Beschlusses) eine verfassungskonforme Auslegung notwendig sein, die die vorgenommene Einschränkung von § 5 Abs. 2 Satz 1 VersAusglG auch dogmatisch rechtfertigen würde. Dies scheint den BGH, obwohl er es nicht ausdrücklich so benennt, zu bewegen, wenn er in seinen weiteren Ausführungen das Recht der Versorgungsträger aus Art. 2 Abs. 1 GG berührt sieht. Nach der vom BGH zitierten Rechtsprechung des BVerfG schützt Art. 2 Abs. 1 GG einen privaten Versorgungsträger vor hoheitlichen Eingriffen in Verträge, die er abgeschlossen hat, und er gewährleistet ferner die Handlungsfreiheit des Versorgungsträgers im wirtschaftlichen Bereich.³ Allerdings wird vorliegend die wirtschaftliche Relevanz des vermeintlichen Eingriffs nicht mehr näher untersucht, sondern es insoweit bei Annahmen belassen (Rz. 50). Ferner werden keine konkreten Überlegungen angestellt, ob man ggf., um nur geringstmöglich in die gesetzliche Regelung

1 BGH v. 17.2.2016 – XII ZB 447/13, FamRZ 2016, 775 (weitgehend zustimmend besprochen von Borth, FamRZ 2016, 764) = FamRB 2016, 176 und 178 (Norpoth).

2 Ausführlich dazu Norpoth, FamRZ 2016, 677, 680 f., der den „Grundsatz“ in §§ 1, 2 VersAusglG verankert sieht. Beide Vorschriften stellen allerdings ihrem Wortlaut nach auf das Ende der Ehezeit ab und bieten keine unmittelbaren Anhaltspunkte für Kontrollüberlegungen zu späteren Zeitpunkten. Eher böte sich ein Rückschluss aus § 29 VersAusglG an, der aber hier gerade nicht einschlägig ist.

3 Vgl. BVerfG v. 23.6.1993 – 1 BvR 133/89, FamRZ 1993, 1173, 1175.

des § 5 Abs. 2 Satz 1 VersAusglG eingreifen zu müssen, zwischen den Fällen des § 51 VersAusglG mit langer Rückwirkung und neuen Scheidungsverfahren mit durchschnittlichen und kalkulierbaren Laufzeiten differenzieren müsste.⁴ Das BVerfG hat nämlich gerade in der vom BGH für seine Auffassung zitierten Entscheidung aus dem Jahr 1993 zur Verfassungsmäßigkeit des verlängerten schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs eine Verhältnis-mäßigkeitsprüfung vorgenommen und letztlich ausgeführt, den Versorgungsträgern werde zwar ein zusätzliches Risiko auferlegt; diese Belastung sei ihnen unter den gegebenen Umständen aber zumutbar.⁵ Aber selbst wenn man nach näheren Untersuchungen der Auswirkungen tatsächlich Art. 2 Abs. 1 GG berührt sähe, müsste vor einer Einschränkung des Gesetzes im Wege verfassungskonformer Auslegung noch die unvermeidliche Folge, den ebenfalls verfassungsrechtlich geschützten Halbteilungsgrundsatz entweder zum Nachteil des Ausgleichsverpflichteten oder zum Nachteil des Ausgleichsberechtigten einschränken zu müssen (dazu weiter unten), in die Abwägung einbezogen werden.⁶ Sollte sich dabei „im Hinblick auf die durch das VersAusglG nicht näher aufgegriffenen Widersprüche“ (Rz. 55) ergeben, dass eine verfassungskonforme Auslegung nicht möglich ist, stellte sich die Frage der Verfassungsmäßigkeit der gesamten gesetzlichen Regelung.

2. Konsequenzen für die Praxis

*Borth*⁷ und *Norpoth*⁸ beschreiben bereits einige Probleme, die bei der Umsetzung der Entscheidung entstehen werden:

a) Unterschiedliche Behandlung von Regelsicherungssystemen und kapitalgedeckten Versorgungen

Nicht offen geblieben ist allerdings, ob es dann für kapitalgedeckte Versorgungen einen anderen Stichtag gibt als für den Ausgleich der Anrechte aus der gesetzlichen Rentenversicherung.⁹ Der BGH hat vielmehr unter Hinweis auf eine vorangegangene Entscheidung vom 9.9.2015¹⁰ ausdrücklich klargestellt, dass als Konsequenz seiner Auffassung zwischen den Regelsicherungssystemen und der Rentenleistungspflicht der Versorgungsträger einer kapitalgedeckten privaten Altersversorgung insoweit differenziert werden muss (Rz. 49).

b) Maßgebliche(r) Stichtag(e)

Tatsächlich offen geblieben ist jedoch, welcher Stichtag nun bei kapitalgedeckten Versorgungen maßgebend sein soll, wenn der BGH hierzu in Rz. 55 anbietet, das könne „in der Praxis bewirkt werden“, indem der Ausgleichswert anhand des noch vorhandenen „(Rest-)Kapitalwerts“ zeitnah zur Entscheidung¹¹ ermittelt wird oder „vorausschauend auf den Zeitpunkt der mutmaßlichen“ Rechtskraft.¹² Es dürfte bisher einmalig sein, dass der Praxis die Auswahl zwischen zwei Stichtagen freigestellt wird, wobei diese Stichtage ihrerseits unbestimmt sind, insbesondere derjenige der vermuteten Rechtskraft. Für den bereits Rente beziehenden Ausgleichspflichtigen könnte es sich hiernach nicht nur wegen des Zeitgewinns, sondern auch hinsichtlich des Ausgleichswerts lohnen, ein Rechtsmittel

nur zum Zweck des Hinausschiebens der Rechtskraft einzulegen. Für den Versorgungsträger, dessen Anrecht weiter in voller Höhe bezogen wird, dürfte dann schon die nicht vorausgesehene weitere Verfahrensdauer eine eigene Betroffenheit auslösen, die ihn auch nach der Entscheidung des BGH vom 3.2.2016¹³ noch zur Anschlussbeschwerde berechtigen muss, selbst wenn das Angriffsziel des Hauptrechtsmittels dieses Anrecht nicht betrifft.

c) Verletzung des Halbteilungsgrundsatzes

Eine Beibehaltung des ursprünglichen Ausgleichsbetrags trotz der angenommenen nahezeitlichen Barwertverminderung hält der BGH zum Nachteil des Ausgleichspflichtigen generell nicht für möglich (Rz. 52 f.), weil dann der Halbteilungsgrundsatz verletzt sei. Dem Argument, der Pflichtige habe von dem vollen Rentenbezug nach Ehezeitende bereits überproportional profitiert,¹⁴ misst der BGH hier insbesondere im Hinblick auf mögliche Unterhaltszahlungen aus diesen Rentenbezügen keine entscheidende Bedeutung bei. Dies ist jedoch in den Fällen, in denen kein Unterhalt fließt und möglicherweise auch das Verfahren lange andauert, äußerst unbefriedigend, zumal – wie der BGH auch erkennt – die angedachte Kürzung des Gegenausgleichs über ein Anrecht des jetzt benachteiligten anderen Ehegatten nach § 27 VersAusglG vielfach nicht zum Erfolg führen wird (Rz. 60).¹⁵ Insofern bleibt es dann bei einer Verletzung des Halbteilungsgrundsatzes zum Nachteil des Berechtigten infolge der Nichtberücksichtigung des Stichtags nach § 5 Abs. 2 Satz 1 VersAusglG.

d) Konsequenzen für Fälle der externen Teilung

Der BGH hat die Problematik der Verminderung des Ausgleichswerts einer bezogenen Rente zwar nur am Fall

4 OLG Frankfurt v. 7.8.2014 – 6 UF 109/14, FamRZ 2015, 754 = FamRB 2014, 453.

5 BVerfG v. 23.6.1993 – 1 BvR 133/89, FamRZ 1993, 1173, 1176.

6 So auch in BVerfG v. 23.6.1993 – 1 BvR 133/89, FamRZ 1993, 1173, 1176.

7 FamRZ 2016, 764, 765 f.

8 FamRB 2016, 176, 177 f.

9 Insofern entgegen *Norpoth*, FamRB 2016, 176, 177 f.

10 BGH v. 9.9.2015 – XII ZB 211/15, FamRZ 2016, 35 = FamRB 2016, 96; ebenso für den vorzeitigen Bezug einer berufsständischen Versorgung BGH v. 7.3.2012 – XII ZB 599/10, FamRZ 2012, 851 = FamRB 2012, 176 (*Norpoth*) = FamFR 2012, 230 (*Schwamb*).

11 OLG Celle v. 30.10.2013 – 10 UF 204/13, FamRZ 2014, 665, 667; OLG Schleswig v. 29.7.2013 – 10 UF 205/12, FamRZ 2014, 128, 129; *Borth*, FamRZ 2011, 1773, 1776.

12 OLG Köln v. 15.1.2013 – 4 UF 126/12, FamRZ 2013, 1578, 1580; OLG Hamm v. 25.1.2013 – II-10 UF 278/11, FamRZ 2013, 1305, 1307.

13 BGH v. 3.2.2016 – XII ZB 629/13, FamRZ 2016, 794 = FamRB 2016, 180 (*Schwamb*).

14 So bei vorzeitigem Bezug berufsständischer Versorgungen: BGH v. 18.5.2011 – XII ZB 127/08, FamRZ 2011, 1214 – Rz. 17 = FamRB 2011, 237 (*Weil*) = FamFR 2011, 322 (*Schwamb*); v. 7.3.2012 – XII ZB 599/10, FamRZ 2012, 851 = FamRB 2012, 176 (*Norpoth*) = FamFR 2012, 230 (*Schwamb*).

15 Zu den Problemen bei einer im Einzelfall möglichen Kompensation über § 27 VersAusglG s. *Borth*, FamRZ 2016, 764, 767.

einer internen Teilung erörtert. Es liegt aber nach der gesamten Argumentation des BGH nahe, dass er die Frage bei externer Teilung nicht anders beurteilt und es deshalb in Abweichung von einem obiter dictum in seiner Entscheidung vom 7.9.2011¹⁶ jetzt nicht nur dabei belassen würde, in diesen Fällen lediglich die nahezeitliche Aufzinsung auszuschließen. Fraglich ist allenfalls, ob die Gerichte von Amts wegen neue Auskünfte einholen müssen oder davon ausgehen dürfen, dass der Versorgungsträger eine ihm nennenswert erscheinende Veränderung des versicherungsmathematischen Barwerts im Einzelfall selbst mitteilt. Bisher haben sich die Versorgungsträger in diesen Fällen häufig damit begnügt zu fordern, dass keine Aufzinsung nach Ehezeitende ausgesprochen wird.

Bei den grundsätzlich nach § 5 Abs. 2 Satz 2 VersAusglG zu beachtenden Wertverlusten einer fondsgebundenen privaten Altersversorgung hat der BGH¹⁷ eine bloß abstrakte Möglichkeit eines nahezeitlichen Wertverlusts nicht für die Berücksichtigung bei der Bemessung des Ausgleichswerts genügen lassen, sondern darauf hingewiesen, dass die Gerichte dabei auf die Auskünfte der Versorgungsträger nach § 5 Abs. 3 VersAusglG und die Mitteilung späterer Änderungen durch die Versorgungsträger oder die Beteiligten angewiesen sind.

e) Lösung durch Vereinbarung?

Es war zwar das Ziel des Gesetzgebers, den Beteiligten möglichst viel Freiraum für sinnvolle Vereinbarungen zu gewähren.¹⁸ Soweit der BGH allerdings für die hier besprochene Fallkonstellation eine Vereinbarung des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs überhaupt in Betracht zieht, warnt er auch gleich selbst davor, dass dies angesichts des Verlusts des verlängerten schuldrechtlichen Ausgleichs für den Berechtigten keine Lösung sein kann (Rz. 60). Aber ebenso wie der Anwalt des Berechtigten müsste auch der Anwalt des Verpflichteten, der eine solche Vereinbarung mitabschließt, vielfach den Haftpflichtfall gewärtigen, denn sein Mandant würde eventuell darauf verweisen können, dass er nach dem Ergebnis der Entscheidung des BGH bei einem nahe bevorstehenden oder auch bereits eingetretenen Rentenbezug des Ausgleichsberechtigten und noch längerer Verfahrensdauer günstiger abgeschnitten hätte. Zumindest müsste darüber genau belehrt werden. Denkbar wären stattdessen auch Vereinbarungen, mit denen – ebenfalls nach entsprechenden Belehrungen – als Kompromiss aller Beteiligten, d.h. auch des betroffenen Versorgungsträgers, ein abweichendes Datum zwischen Ehezeitende und Entscheidung festgelegt wird, auf das sich der Ausgleichsbetrag dann beziehen soll. Der Anreiz für den Verpflichteten, das Verfahren zu verzögern, könnte allerdings auch damit nicht beseitigt werden.

3. Fazit

Der BGH nimmt es in Kauf, dass die gesetzliche Regelung des § 5 Abs. 2 Satz 1 VersAusglG zum Nachteil der Ausgleichsberechtigten eingeschränkt wird; die dafür vorgebrachten verfassungsrechtlichen Gründe überzeugen gerade auch unter Berücksichtigung der BVerfG-Entscheidung aus dem Jahr 1993 allerdings nicht.

Die Instanzgerichte stehen nun vor der nicht lösbaren Aufgabe, keinen bestimmten Stichtag mehr zur Verfügung zu haben. § 27 VersAusglG und Vereinbarungen nach §§ 6–8 VersAusglG bieten keine tauglichen Korrekturmöglichkeiten.

Der Gesetzgeber ist deswegen spätestens jetzt **dringend gefordert**, eine neue, gerechte, verfassungsgemäße und praktikable Lösung des Problems herbeizuführen. Möglicherweise wäre dabei auch an eine **ausweitende Reform des § 29 VersAusglG** zu denken, der nach seiner engen derzeitigen Fassung auf die Fälle des regulären Rentenbezugs ebenso wenig anwendbar ist (Rz. 47)¹⁹ wie auf die genauso unbefriedigend gelösten Fälle der Ausübung des Kapitalwahlrechts bei privaten Rentenversicherungen.

16 BGH v. 7.9.2011 – XII ZB 546/10, FamRZ 2011, 1785 – Rz. 25 = FamRB 2011, 330.

17 BGH v. 29.2.2012 – XII ZB 609/10, FamRZ 2012, 694 – Rz. 30 = FamRB 2012, 177.

18 Schwamb in Göppinger/Börger, Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, 10. Aufl. 2013, 3. Teil Rz. 3, 36.

19 Dazu auch bereits BGH v. 7.9.2011 – XII ZB 546/10, FamRZ 2011, 1785 – Rz. 25 m.w.N. = FamRB 2011, 330.