

Auffangfunktion zgedacht war (vgl. § 15 V 1 VersAusglG) und diese vor Anrechten bewahrt werden sollte, deren Höhe zu den ansonsten von ihr zu verwaltenden Anrechten außer Verhältnis steht, kommt dem nach der Übernahme der Auffangfunktion durch die Versorgungsausgleichskasse (§ 15 V 2 VersAusglG) keine ausschlaggebende Bedeutung mehr zu.

Mit freundlicher Genehmigung des C.H.Beck Verlages

Anmerkung von Werner Schwamb*

I. Einleitung

Man fühlt sich fast ins Literarische Quartett mit *Reich-Ranicki* und dessen Verwendung eines Brecht-Zitats versetzt: „Wir stehen selbst enttäuscht und sehn betroffen. Den Vorhang zu und alle Fragen offen.“ Denn das *BVerfG* erklärt den schon bei seiner Einführung umstrittenen § 17 VersAusglG zwar nicht per se für verfassungswidrig, hält die Vorschrift aber im Wesentlichen sogar aus den Bedenken der Vorlageentscheidung nur bei verfassungskonformer Anwendung im Einzelfall für mit dem Grundgesetz vereinbar. Eine verfassungskonforme Auslegung hielt der *BGH* (NJW-RR 2016, 514 Rn. 35 ff. = NZFam 2016, 420 bespr. von *Budinger/Wrobel*) demgegenüber mangels eigener verfassungsrechtlicher Bedenken bisher nicht für erforderlich und das vorliegende *OLG Hamm* (NZFam 2018, 1080 mAnm *Schwamb*) vor diesem Hintergrund deshalb zuletzt auch nicht mehr für möglich.

II. Das Problem der externen Teilung

Mit der Einführung der internen Teilung möglichst vieler Anrechte als Regelfall ist die grundlegende Idee der Reform des Versorgungsausgleichs im Jahr 2009 jedenfalls gesetzestechisch umgesetzt worden. Mit ihr soll eine neue Teilhabegerechtigkeit, die der alte Einmalausgleich nicht leisten konnte, verwirklicht werden (vgl. ausführlich zuletzt *BGH* NZFam 2019, 873 mAnm *Schwamb*). Allerdings hat die

576 ▲▼

BVerfG: Externe Teilung im Versorgungsausgleich und verfassungskonforme
Normanwendung (NZFam 2020, 564)

externe Teilung – aus guten Gründen nur als Ausnahme konzipiert – in der Praxis eine Bedeutung erlangt, die das gesetzgeberische Ziel teilweise konterkariert. Wäre die externe Teilung als Konzession an die Träger der betrieblichen und privaten Altersversorgung auf die Fälle des § 14 VersAusglG („doppelte Geringfügigkeitsgrenze“) beschränkt geblieben, hätte man mit diesem Wermutstropfen leben können, obwohl die mit der praktischen Umsetzung verbundenen Probleme (vgl. nur *BGH* NZFam 2018, 175 und NZFam 2019, 873 jeweils mAnm *Schwamb* zu §§ 15 VersAusglG, 222 FamFG) auch dem Ziel der Vereinfachung des Versorgungsausgleichs zuwiderlaufen. Insoweit bestehen aber in Übereinstimmung mit dem *BVerfG* (oben Rn. 79) noch keine verfassungsrechtlichen Bedenken

Die eigentliche Sollbruchstelle des neuen Rechts ist jedoch § 17 VersAusglG mit der möglichen Wahl der externen Teilung in den beiden klassischen, sog. internen Durchführungswegen der betrieblichen Altersversorgung (Direktzusage und Unterstützungskasse) bis hin zur Beitragsbemessungsgrenze, und dies in der Ausprägung des *BGH* (NJW-RR 2016, 961 = FamRZ 2016, 1435) sogar je Baustein eines Unternehmens. Obwohl sich die damit verbundenen, den Halbteilungsgrundsatz berührenden Transferverluste in Zeiten sinkender Zinsen nicht beschönigen lassen (*OLG Hamm* NZFam 2018, 1080 mAnm *Schwamb* S. 1086 mwN und NZFam 2019, 876, dort unter III. b), was das *BVerfG* auch grundsätzlich anerkennt (Rn. 67 ff.), vermochte es nicht den „Bannstrahl“ der Verfassungswidrigkeit über § 17 VersAusglG zu legen. Die Gründe für die

Aufrechterhaltung der Vorschrift (Schutz der Arbeitgeber vor zusätzlichem Aufwand durch die Verwaltung der Ansprüche betriebsfremder Versorgungsempfänger, Rn. 62), können allerdings nicht überzeugen, zumal das *BVerfG* nun Vorschläge zur verfassungsgemäßen Auslegung unterbreitet, die dann ausweislich Rn. 79 im Einzelfall eben doch nicht aufwandsneutral für den Arbeitgeber sein müssen, und ihm deswegen die freiwillige Flucht in die interne Teilung angedient wird, die „im Rahmen von § 13 VersAusglG“ für ihn kostenneutral und deren „Belastung damit von vornherein begrenzt“ sei (Rn. 79). Letzteres erscheint zwar zutreffend, steht aber im Widerspruch zu der Argumentation in Rn. 62 über die vermeintlich zum Schutz vor den Belastungen einer internen Teilung notwendige Beibehaltung der erweiterten Möglichkeit einer externen Teilung. Ebenso entfällt damit praktisch das Argument, eine „Entlastung der betrieblichen Versorgungsträger“ fördere die mit dem Versorgungsausgleich verfolgte sozialpolitische Zielsetzung der Verbreitung der betrieblichen Altersvorsorge (Rn. 63). Eher dürfte die insoweit nun eintretende Rechtsunsicherheit im Einzelfall dieser Zielsetzung sogar unzutraglich sein.

III. Konsequenzen für die Praxis

§ 17 VersAusglG ist also nicht verfassungswidrig, aber seine Anwendung kann nicht mit der bisherigen (*BGH*-)Rechtsprechung fortgesetzt werden.

Der Kernsatz findet sich dazu in Rn. 67: "Wenn jedoch die externe Teilung zu einer prognostischen Leistungsverminderung führt, die bei interner Teilung nicht einträte, haben die ausgleichsberechtigte wie auch die insoweit ohne entsprechenden Nutzen um einen Teil ihres Anrechts gebrachte ausgleichspflichtige Person dies nicht ohne Weiteres hinzunehmen."

So zutreffend diese Feststellung im Ergebnis ist, so problematisch sind die Konsequenzen für die Praxis, weil die einfache Übernahme der Ausgleichsvorschläge nach § 5 III VersAusglG in den Fällen des § 17 VersAusglG nicht mehr ohne aufwändige Prüfung möglich ist. Wenn das *BVerfG* dazu in Rn. 77 ausführt, gegen die vom vorliegenden *OLG* gezogene Grenze „einer Abweichung der Zielversorgung von der Ausgangsversorgung um mehr als 10 %“ sei verfassungsrechtlich nichts einzuwenden, kann das nur als Leitplanke dienen. So wird in der Regel angenommen, dass bei einer Neuanlage mit einem unter Berücksichtigung von zu schätzenden Überschussanteilen nur um ein Prozent niedrigeren Zinssatz der für den Berechtigten eintretende Barwertverlust bereits mindestens 10 % beträgt (vgl. *BGH NJW-RR* 2016, 514 Rn. 15; *Budinger/Wrobel NZFam* 2014, 721 mwN). Ferner ist auf den bereits zitierten, vom *BGH* am 17.7.2019 entschiedenen Fall (*NZFam* 2019, 873 mAnm *Schwamb*) mit einem Ausgleichsbetrag von 30.562 Euro auf der Basis eines Zinssatzes von 4.54 % hinzuweisen, den die Ausgleichsberechtigte nur mit einem Garantiezinssatz von 0,9 % neu anlegen kann, wobei die Laufzeit bis zur Inanspruchnahme einer Rente noch 17 Jahre beträgt. Schon für diesen Zeitraum (also die Lebenserwartung ab Bezug der Rente zunächst sogar ausgeklammert) und noch ohne Zinseszins belief sich der Verlust bei einem Zinsunterschied von 3,64 % zum Garantiezins auf $30.562 \times 0,0364 \times 17$ auf ca. 18.911 EUR und bei zusätzlich geschätzten Überschussanteilen von jährlich 1 % und einem Zinsunterschied von „nur“ 2,64 % auf immer noch $30.562 \times 0,0264 \times 17 =$ ca. 13.716 EUR. Falls das *OLG Celle* das zurückverwiesene Verfahren gemäß § 21 FamFG ausgesetzt (vgl. dazu *Schwamb NZFam* 2018, 1086, dort unter III. mwN) oder aus anderen Gründen noch nicht neu entschieden haben sollte, wäre es nun jedenfalls gehalten, die Entscheidung des *BVerfG* zu berücksichtigen und den Ausgleichsvorschlag in erheblichem Umfang anzupassen. Laut Rn. 84 der vorliegenden Entscheidung des *BVerfG* ist ihm dabei vom Gesetzgeber „nicht die Verwendung des BilMoG-Zinssatzes (§ 253 II HGB) auferlegt“, den der *BGH* seinen bisherigen Entscheidungen regelmäßig zugrunde gelegt hat. Wie die Berechnung vorzunehmen ist, gebe das Grundgesetz aber nicht vor; insoweit verweist das *BVerfG* in Rn. 91 nun gerade auf die unterschiedlichen Berechnungswege aus der früheren

Rechtsprechung der *Oberlandesgerichte Hamm, Koblenz und Nürnberg* (zitiert in Rn. 91, ebenso *OLG Frankfurt a.M.* – 6 UF 343/13 www.hefam.de), die der *BGH* in ständiger Rechtsprechung abgelehnt hat (*BGH NJW-RR 2016, 514 Rn. 30 ff., NJW-RR 2016, 769; NJW-RR 2016, 1281, zuletzt NZFam 2019, 873* bereits in Kenntnis der Vorlageentscheidung des *OLG Hamm*). Künftige Versuche einer Anpassung müssen dann aber beim *BGH* standhalten, der nun seinerseits erst wieder eine neue Position finden muss.

Wenn das *BVerfG* also tatsächlich den Interessen aller Beteiligten und auch dem Willen des Gesetzgebers gerecht werden wollte, hätte es auch die folgenden Motive in seine Überlegungen einbeziehen sollen: „Im Bereich der Justizhaushalte der Länder ist mittelfristig eine Kosteneinsparung möglich, da die Vereinfachung des Versorgungsausgleichsrechts auch zu Entlastungen des Familiengerichts führen kann. Beispielsweise haben die Versorgungsträger künftig den Ehezeitanteil zu ermitteln und dem Familiengericht einen Vorschlag für die Bestimmung des Ausgleichswerts zu unterbreiten“ (BT-Drucks. 16/10144, S. 44). Nun werden aber nicht nur die Gerichte und die beteiligten Eheleute, sondern auch die betroffenen Versorgungsträger, die mit der Beibehaltung von § 17 VersAusglG vor erhöhtem Verwaltungsaufwand geschützt werden sollen (Rn. 62), durch die weitere Verkom-

BVerfG: Externe Teilung im Versorgungsausgleich und verfassungskonforme
Normanwendung (NZFam 2020, 564)

577 ▲
▼

plizierung der Verfahren mehr belastet. Letztere müssen z.B. prüfen, ob sie bei Abweichungen von ihrem Vorschlag selbst in die interne Teilung flüchten (s. o.), andernfalls einen neuen Vorschlag unterbreiten oder, sofern zulässig, den Rechtsmittelweg einschlagen. Vor diesem Hintergrund überzeugen in Rn. 88 weder die dort zitierte Stellungnahme des *BGH* noch die Ausführungen des *BVerfG*, das der Vorlage des *OLG* zuvor in vielen Punkten folgt, aber hier insoweit widerspricht, als das *OLG Hamm* zu Recht auf eine den Erfordernissen des Massengeschäfts Versorgungsausgleich nicht mehr gerecht werdende Handhabung hingewiesen hat. Zwar trifft es selbstverständlich zu, dass eine Vorschrift nicht nur wegen schwieriger Handhabung verfassungswidrig ist. Hier geht es aber gerade darum, dass das *BVerfG* vielfach komplexe Ergebniskorrekturen wegen ansonsten drohender Verletzungen der Art. 3 und 14 GG für erforderlich hält und genau deshalb zusätzlich erheblicher Aufwand betrieben werden muss, dessen Vermeidung aber ausweislich Rn. 62 als praktisch einziger relevanter Rechtfertigungsgrund für die ansonsten auch vom *BVerfG* für höchst bedenklich gehaltene externe Teilung genannt werden kann. Im Zusammenhang mit der dazu im Widerspruch stehenden Aufforderung, der Arbeitgeber möge bei ihm nicht mehr aufwandsneutral erscheinender externer Teilung freiwillig in die interne Teilung fliehen, die „im Rahmen von § 13 VersAusglG“ für ihn kostenneutral und deren „Belastung damit von vornherein begrenzt“ sei (Rn. 79), wird deutlich, dass § 17 VersAusglG bei zusammenfassender Betrachtung keine ausgewogene Vorschrift ist.

IV. Einschränkung des Wahlrechts aus § 15 VersAusglG

Ein Sonderproblem ist dabei noch gar nicht beachtet und wird in Rn. 90, 91 lediglich angerissen. Um die Transferverluste der externen Teilung in Grenzen zu halten, lautete der Rat an die Ausgleichsberechtigten jedenfalls in der jüngeren Vergangenheit häufig, sofern noch gesetzlich zulässig (§ 187 SGB VI), den Weg in die zuletzt gut prosperierende gesetzliche Rentenversicherung zu wählen. Es stellt sich jetzt zunächst die Frage, ob aus diesem Wahlrecht nun faktisch eine „Wahlpflicht“ wird, wenn andernfalls § 17 VersAusglG nach den neuen Grundsätzen dieser Entscheidung nur mit einem angepassten, für den Arbeitgeber nicht mehr kostenneutralen Ausgleichswert durchgeführt werden könnte. Ggf. würde die Deutsche Rentenversicherung dann entgegen § 15 V 2 VersAusglG, wenn auch nur faktisch, wieder zum „Ersatzversorgungsträger“ anstelle der

Versorgungsausgleichskasse; die teils auf § 15 V 2 VersAusglG beruhenden Schlussüberlegungen zur Relevanz der Beitragsbemessungsgrenze in Rn. 107, 108 wären ggf. auch nicht mehr passend. Hätte der Gesetzgeber im Jahr 2009 diese Kapitalmarktentwicklung vorausgesehen, wäre womöglich sowieso von der Gründung der Versorgungsausgleichskasse abgesehen worden und die gesetzliche Rentenversicherung – wie in der ersten Gesetzesfassung vorgesehen – einziger Ersatzversorgungsträger geblieben. Übt der Ausgleichsberechtigte diese Wahl gleichwohl nicht aus, könnte ihm womöglich entgegengehalten werden, es bedürfe nun doch keiner „verfassungsgemäßen Anwendung“ des § 17 VersAusglG für die Begründung eines Anrechts in der Versorgungsausgleichskasse, weil er ja die vermeintlich günstigere Wahl nicht getroffen habe. Ob das mit der Entscheidung des *BVerfG* vereinbar wäre, erscheint aber fraglich.

Abgesehen von einer damit verbundenen Einschränkung des § 15 VersAusglG bedürfte es für die Bejahung einer solchen faktischen „Wahlpflicht“ der Deutschen Rentenversicherung als Zielversorgung zwecks Vermeidung höherer Transferverluste und somit zur Vermeidung einer Anpassung des Ausgleichswerts nämlich eines Blicks in die Glaskugel. Angesichts der Coronakrise sind 2020 keine Nettolohnerhöhungen wie in den letzten Jahren zu erwarten und somit im Jahr 2021 wohl auch keine erneute dreiprozentige Rentensteigerung. Die künftige Wertentwicklung in der DRV wird vom noch nicht abzusehenden Verlauf der Krise abhängen. Bereits deshalb erscheinen derzeit zuverlässige Prognosen auch für etwa notwendige Anpassungen eines Ausgleichswerts bei Wahl der DRV kaum möglich und schon gar nicht vereinfachende Pauschalierungen, wie sie dem *BGH* offenbar vorschweben (Rn. 88).

Spätere Abänderungen sind im Bereich der betrieblichen Altersversorgung schon wegen § 32 VersAusglG nicht möglich.

V. Sonderproblem bei Bezug des Anrechts

Wird das gemäß § 17 VersAusglG extern zu teilende Anrecht bereits bezogen, besteht auch weiterhin das Sonderproblem, dass es infolge des Zeitablaufs nach der ständigen Rechtsprechung des *BGH* bereits deshalb regelmäßig zu Wertverlusten kommt (*BGH NZFam* 2016, 1186 mAnm *Schwamb*). Andererseits können hier Transferverluste der externen Teilung evtl. sogar abgemildert werden, wenn der Ausgleichswert bei fallenden Zinsen mit einem aktuell niedrigeren Abzinsungssatz als noch zum Ehezeitende neu ermittelt wird. Je nach Ergebnis im Einzelfall stellt sich die Frage, ob ein Familiengericht, das die Auffassung des *BGH* zur offenen Abweichung von der Bezugnahme auf das Ehezeitende nach § 5 II 1 VersAusglG in den Fällen des Bezugs kapitalgedeckter Renten nicht für eine zulässige „verfassungsgemäße Auslegung“ hält (*Schwamb FamRB* 2016, 240), dem *BVerfG* auch einmal die Frage vorlegt, ob die §§ 5 II, 29 VersAusglG im Hinblick auf die „durch das Versorgungsausgleichsgesetz nicht näher aufgegriffenen Widersprüche“ (vgl. *BGH NJW* 2016, 1728 Rn. 55) in ihrer derzeitigen Ausprägung (Wertverlust durch Verfahrensdauer) verfassungswidrig sind.

VI. Fazit

Damit kehren wir zum Zitat von Reich-Ranicki aus Brechts „Der gute Mensch von Sezuan“ zurück. Die von großen Teilen der Praxis erhoffte Zurückdrängung der externen Teilung durch Beseitigung des § 17 VersAusglG ist nicht eingetreten. Die Anwendung der Vorschrift wurde auch nicht prinzipiell eingeschränkt. Jedoch müssen nun die mit der fortbestehend erweiterten Möglichkeit externer Teilungen verbundenen verfassungsrechtlich relevanten Nachteile zunächst aufgespürt und ggf. durch komplexe Anpassungen der Ausgleichswerte vermieden werden, was der *BGH* bisher abgelehnt hat. Der vermeintlich erforderliche Schutz der Versorgungsträger vor Belastungen durch die interne Teilung wird konterkariert, wenn sie zur freiwilligen Flucht in die interne Teilung veranlasst werden und diese dann als

praktisch doch nachteilsfrei beurteilt wird (Rn. 79). Mit der notwendigen teilweisen Entschärfung einiger auch mit der Rechtsprechung des *BGH* zusammenhängender Folgen des § 17 VersAusglG führt das *BVerfG* die seit 11 Jahren bestehenden Probleme keiner dauerhaft zukunftsfähigen Lösung zu. Vielmehr werden alte Probleme neu belebt, wie die beispielhaften Hinweise auf frühere Lösungsansätze einiger Oberlandesgerichte zeigen. Diese sind nun allerdings mit verfassungsgerichtlichem Segen versehen.

BVerfG: Externe Teilung im Versorgungsausgleich und verfassungskonforme Normanwendung (NZFam 2020, 564)

578 ▲



Da nun mit § 17 VersAusglG weder die vom Gesetzgeber angestrebte Vereinfachung des Versorgungsausgleichs zu verwirklichen ist noch ein befriedigendes Teilungsergebnis erzielt wird sowie ein Schutz der Versorgungsträger vor der internen Teilung bei genauer Betrachtung der Ausführungen des *BVerfG* (Rn. 79) nicht wirklich erforderlich erscheint, ist eigentlich wieder der Gesetzgeber aufgerufen, die Probleme anzugehen und nicht die Rechtsprechung ein weiteres Mal (Stichwort sog. „Werteverzehr“) mit einer in sich widersprüchlichen Regelung allein zu lassen (*Schwamb* NZFam 2019, 759 ff. (763)). Die Lösung wäre gar nicht so schwierig, denn das *BVerfG* hat § 17 VersAusglG allenfalls mit einigen Bedenken gebilligt, jedoch keinesfalls seine Beibehaltung durch den Gesetzgeber für verfassungsrechtlich geboten erachtet. Vorerst ist nun wieder der „Vorhang zu und alle Fragen offen.“

-
- * Bei diesem Text handelt es sich um eine redaktionelle Ergänzung.
 - * Bei diesem Text handelt es sich um eine redaktionelle Ergänzung.
 - * Bei diesem Text handelt es sich um eine redaktionelle Ergänzung.
 - * Bei diesem Text handelt es sich um eine redaktionelle Ergänzung.
 - * Bei diesem Text handelt es sich um eine redaktionelle Ergänzung.
 - * Bei diesem Text handelt es sich um eine redaktionelle Ergänzung.
 - * Bei diesem Text handelt es sich um eine redaktionelle Ergänzung.
 - * Bei diesem Text handelt es sich um eine redaktionelle Ergänzung.
 - * Bei diesem Text handelt es sich um eine redaktionelle Ergänzung.
 - * Bei diesem Text handelt es sich um eine redaktionelle Ergänzung.
 - * Bei diesem Text handelt es sich um eine redaktionelle Ergänzung.
 - * Bei diesem Text handelt es sich um eine redaktionelle Ergänzung.
 - * Bei diesem Text handelt es sich um eine redaktionelle Ergänzung.
 - * Bei diesem Text handelt es sich um eine redaktionelle Ergänzung.
 - * Der Autor ist Vorsitzender Richter am OLG Frankfurt a. M. a. D.