

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1

Einleitung	8
1.1 Die drei Säulen der Altersversorgung in Deutschland	8
1.2 Finanzierung und Zukunftssicherheit	9
1.3 Die Situation der betrieblichen Altersversorgung	10
1.4 Modellvorschläge für eine Verbesserung	15
1.5 Das Altersvermögensgesetz (AVmG)	16
1.6 Fondsgebundene Leistungspläne als Alternative	18
1.7 Zum Ablauf dieser Untersuchung	21

Kapitel 2

Produktgestaltung der fondsgebundenen Lebensversicherung	23
2.1 Begriffsbestimmung	23
2.1.1 Lebensversicherung.....	23
2.1.2 Fondsgebundene Lebensversicherung.....	24
2.1.3 Indexgebundene Lebensversicherung	25
2.2 Produktvarianten	25
2.2.1 Modelle der Literatur	25
2.2.2 Standardtarif	26
2.2.3 Varianten im Todesfallschutz	27
2.2.4 Beitragsvarianten	28
2.2.5 Anlagevarianten	28
2.2.6 Weitere Gestaltungsmöglichkeiten	29
2.2.7 Erlebensfallgarantien.....	30
2.2.8 Fondsgebundene Rentenversicherung.....	30
2.2.9 Fondsgebundene Gewinnverwendung bei Kapitallebensversicherungen.....	31
2.2.10 Aktienindexgebundene Lebensversicherung	32
2.2.11 Fondssparen mit Risikoversicherung	33
2.3 Verbreitung auf dem deutschen Markt	33

Kapitel 3

Versicherungsrechtliche Behandlung der fondsgebundenen Lebensversicherung 35

3.1 Rechtsbeziehungen.....	35
3.2 Versicherungsaufsicht.....	36
3.3 Prämienkalkulation.....	37
3.3.1 Leistungen bei planmäßigem Ablauf der Versicherung.....	37
3.3.2 Risikoleistungen.....	38
3.3.3 Kosten.....	39
3.4 Rückkauf und Beitragsfreistellung.....	39
3.4.1 Der Zeitwert der Versicherung nach § 176 Abs. 3 VVG.....	40
3.4.2 Angemessener Stornoabzug (§ 176 Abs. 4 VVG).....	41
3.4.3 Beitragsfreistellung (§ 174 Abs. 1 VVG).....	42
3.5 Kapitalanlage.....	42
3.6 Bilanzierung beim Versicherungsunternehmen.....	43
3.6.1 Deckungskapital.....	43
3.6.2 Deckungsrückstellung.....	44
3.7 Überschussbeteiligung.....	46

Kapitel 4

Fondsgebundene Leistungspläne in der betrieblichen Altersversorgung..... 48

4.1 Anwendbarkeit des Betriebsrentengesetzes.....	48
4.1.1 Tragweite der Diskussion.....	49
4.1.2 Der Begriff der Leistung – Garantie der Höhe nach?.....	50
a) Die systematische Auslegung des Betriebsrentengesetzes.....	50
b) Leistungszusagen, Beitragszusagen und beitragsorientierte Leistungszusagen.....	51
c) Stellungnahme.....	54
4.1.3 Leistungsauslösung durch biologisches Ereignis.....	56
4.1.4 Leistung zum Zweck der Versorgung.....	56
a) Altersversorgung versus Vermögensbildung.....	56
b) Zweckbindung des Versorgungsvermögens.....	59
c) Übernahme biometrischer Risiken.....	59
d) Übernahme von Anlagerisiken.....	62
e) Erben als Leistungsempfänger?.....	64
4.1.5 Zusammenfassung und Fazit für den Standardtarif.....	68
4.1.6 Tarifvarianten.....	69
4.2 Mögliche Durchführungswege.....	72

4.2.1 Direktversicherung	72
4.2.2 Pensionskasse	73
4.2.3 Rückgedeckte Direktzusage	74
4.2.4 Rückgedeckte Unterstützungskasse	75
4.2.5 Zwischenergebnis.....	76
4.3 Ausblick	76

Kapitel 5

Arbeitsrechtliche Einzelfragen 78

5.1 Gesetzliche Unverfallbarkeit.....	78
5.1.1 Problematik der Berechnung der unverfallbaren Altersleistung nach dem m/n-Verfahren.....	78
5.1.2 Versicherungsvertragliche Lösung	79
a) Koppelung an die Erfüllung sozialer Auflagen	80
b) Beschränkung auf den Durchführungsweg Direktversicherung.....	81
5.1.3 Diskussion der möglichen Lösungsansätze für eine rückgedeckte Direktzusage auf der Basis des geltenden Rechts	85
a) Die Veränderungssperre des § 2 Abs. 5 BetrAVG sowie der Auskunftsanspruch in § 2 Abs. 6 BetrAVG	86
b) Der Börsenkurs als Bemessungsgrundlage i. S. v. § 2 Abs. 5 BetrAVG87	
c) Die Rendite als Bemessungsgrundlage	87
d) Die Rechtsprechung zur Behandlung der Überschüsse bei der Kapitallebensversicherung.....	88
e) Schwankende Wertanlage als Inhalt der Versorgungszusage.....	90
f) Stellungnahme	90
5.1.4 Besonderheiten für die anderen Durchführungswege	92
5.1.5 Vorzeitige Todesfälle und Tarifvarianten	94
5.1.6 Kritik an der gegenwärtigen Rechtslage und Ausblick auf die durch das AVmG vorgesehenen Änderungen.....	95
5.2 Abfindung	98
5.2.1 Abfindung unverfallbarer Anwartschaften dem Grunde nach.....	98
5.2.2 Abfindung unverfallbarer Anwartschaften der Höhe nach	99
a) Direktversicherung	99
b) Direktzusage und Unterstützungskasse.....	99
5.3 Übertragung	100
5.4 Vorgezogene und aufgeschobene Leistung	101
5.5 Gesetzliche Insolvenzsicherung	101
5.5.1 Sicherung fondsgebundener Leistungspläne dem Grunde nach.....	102
5.5.2 Sicherungsbedürftige Durchführungswege	103
5.5.3 Höhe der gesicherten Anwartschaften.....	104

a) Direktversicherung	104
b) Direktzusage und Unterstützungskasse	107
c) Höchstgrenze.....	107
5.5.4 Beitragsbemessungsgrundlage.....	107
5.5.5 Vertragliche Insolvenzversicherung als Alternative	109
a) Motivation.....	109
b) Verpfändung einer fondsgebundenen Rückdeckungsversicherung ..	109
c) Verpfändung von Fondsanteilen	110
d) Wirkung der Verpfändung im Insolvenzfall.....	111
5.5.6 Auswirkungen des AVmG	112
5.6 Rentenanpassung	112
5.7 Ausübung von Gestaltungsrechten	113
5.8 Mitbestimmung	114
5.8.1 Gegenstand der Mitbestimmung	115
a) Direktversicherung	115
b) Direktzusage	116
c) Unterstützungskasse	117
5.8.2 Ausübung der Mitbestimmung	117
5.8.3 Folgen unterlassener Mitbestimmung	118
5.9 Haftung des Arbeitgebers für die Kapitalanlage	118
5.9.1 Sorgfalt bei der Auswahl der Kapitalanlage.....	119
5.9.2 Information und Werbung für das Versorgungswerk	121
5.9.3 Einzelfälle möglicher Haftung.....	122
5.9.4 Haftung bei garantierter Mindestleistung?	124

Kapitel 6

Steuerrechtliche und bilanzielle Behandlung fondsgebundener Leistungspläne

125

6.1 Bilanzierung und Ertragsbesteuerung beim Arbeitgeber.....	126
6.1.1 Direktversicherung	126
6.1.2 Rückgedeckte Direktzusage	127
a) Bildung einer Pensionsrückstellung gemäß § 6a EStG.....	127
b) Voraussetzungen und Verfahren im einzelnen	128
c) Rückstellung für eine nicht garantierte Leistung?	129
d) Die Höhe der Pensionsrückstellung für eine fondsgebundene Versorgungszusage.....	133
e) Aktivierung von Deckungsmitteln	134
f) Abzug der Aufwendungen für die Rückdeckung als Betriebsausgaben	135
g) Steuerliche Gesamtwirkung: Mögliche Inkongruenz von Aktiv- und Passivbewertung.....	135
h) Teleologische Reduktion von § 6a EStG?.....	138
i) Die geplanten Änderungen durch das AVmG.....	140

j) Kritische Würdigung	141
6.1.3 Rückgedeckte Unterstützungskasse	142
a) Zuwendungsmöglichkeiten des Arbeitgebers bei kongruenter Rückdeckung	142
b) Die Aussagen der Finanzverwaltung zur fondsgebundenen Rückdeckungsversicherung	144
c) Partielle Rückdeckung.....	145
d) Begrenzung der Zuwendungen durch das zulässige Kassenvermögen.....	145
e) Steuerfreiheit der Kasse.....	147
6.2 Steuerliche und sozialversicherungsrechtliche Behandlung der Finanzierungsbeiträge.....	149
6.2.1 Zufluss von Direktversicherungsbeiträgen zum Arbeitslohn	149
6.2.2 Sonderausgabenabzug für die Beiträge?	150
a) Fondsgebundene Lebensversicherungen	151
b) Aktienindexgebundene Lebensversicherungen	151
6.2.3 Lohnsteuerpauschalierung nach § 40b EStG.....	152
6.2.4 Sozialversicherungspflicht	153
6.2.5 Auswirkungen des AVmG	154
6.3 Die Besteuerung der Leistungen	154
6.3.1 Direktzusage und Unterstützungskasse	154
6.3.2 Kapitalertragsteuerpflicht für Direktversicherungsleistungen dem Grunde nach	155
a) Kapitalerträge aus fondsgebundenen Lebensversicherungen.....	155
b) Das Problem der Novation	157
c) Aktienindexgebundene Lebensversicherung	159
d) Fondsgebundene Rentenversicherung.....	159
6.3.3 Die Bemessungsgrundlage für die Kapitalertragsteuer.....	160
a) Die Formel der h. M.	160
b) Das Nettoprinzip	161
c) Besteuerung von Kursgewinnen?.....	161
d) Stellungnahme	162
e) Einzelfragen zur Abzugsfähigkeit von Kosten	164
f) Schlussbemerkung	165
6.3.4 Auswirkungen des AVmG	165

Kapitel 7

Arbeitnehmerfinanzierte Modelle 166

7.1 Ausgangslage	166
7.2 Begriff der Entgeltumwandlung.....	167
7.2.1 Umwandlung künftiger Entgeltbestandteile	168
7.2.2 Versorgungsleistungen	169
7.2.3 Wertgleichheit.....	170

a) Wie ist die Wertgleichheit zu bestimmen?	170
b) Rechtscharakter des Merkmals	171
c) Wertgleichheit bei Ausscheiden.....	172
d) Störung durch Leistungsausschlüsse, insbesondere an die Erben	172
7.3 Durchführungswege.....	174
7.4 Besonderheiten der Insolvenzversicherung	174
7.4.1 Unzureichende gesetzliche Insolvenzversicherung	174
7.4.2 Bezugsrechtsgestaltung bei der Direktversicherung	175
7.4.3 Verpfändung von Deckungsmitteln bei anderen Durchführungswegen	175
7.5 Steuerliche Besonderheiten.....	176
7.6 Sozialversicherungsrechtliche Besonderheiten	177
7.6.1 Direktversicherung	177
7.6.2 Direktzusagen und Unterstützungskassen	178
7.7 Durch das AVmG vorgesehene Änderungen.....	178

Kapitel 8

Beurteilung der praktischen Einsatzmöglichkeiten..... 180

8.1 Chancen und Risiken aus Arbeitgebersicht	180
8.2 Chancen und Risiken aus Arbeitnehmersicht	182
8.3 Eignung für die Entgeltumwandlung.....	182
8.4 Vergleich der verschiedenen Modellvarianten.....	183
8.4.1 Direktversicherung	183
8.4.2 Rückgedeckte Direktzusage	184
8.4.3 Rückgedeckte Unterstützungskasse	185
8.5 Anforderungen an leistungsfähige rechtliche Rahmenbedingungen und Auswirkungen des AVmG.....	186

Kapitel 9

Fondsgebundene Leistungspläne unter dem Altersvermögensgesetz 189

9.1 Die Beitragszusage mit garantierter Mindestleistung.....	190
9.1.1 Gesetzliche Regelung.....	190
9.1.2 Die Berechnung der unverfallbaren Anwartschaft	190
9.1.3 Gesetzliche Insolvenzversicherung	191
9.1.4 Anpassung laufender Leistungen.....	193
9.2 Der Pensionsfonds	193
9.2.1 Definition und rechtliche Ausgestaltung	193

9.2.2 Leistungsplangestaltung	194
9.2.3 Kapitalanlage	194
9.3 Steuerliche Änderungen durch das AVmG.....	195
9.3.1 Steuerliche Förderung nach § 10a E-EStG.....	195
a) Förderfähige Produkte	195
b) Inhalt und Umfang der Förderung	196
c) Verhältnis zur vorgelagerten Besteuerung	196
d) Rückzahlung der Förderung bei zweckwidriger Verwendung	197
e) Anwendungsbereich für die betriebliche Altersversorgung	197
9.3.2 Einführung der nachgelagerten Besteuerung	198
a) Beschränkung auf Pensionskassen und Pensionsfonds	198
b) Höchstgrenzen	199
c) Pauschalierungsmöglichkeiten.....	199
d) Verhältnis zur Förderung nach § 10a E-EStG	199
e) Verhältnis zur vorgelagerten Besteuerung	200
9.3.3 Finanzierungsbeginn für Pensionsverpflichtungen.....	200
9.4 Änderungen bei der Entgeltumwandlung	201
9.4.1 Rechtsanspruch des Arbeitnehmers	201
9.4.2 Änderungen arbeitsrechtlicher Rahmenbedingungen	202
9.4.3 Steuerliche Besonderheiten	202
9.4.4 Beitragsrechtliche Besonderheiten.....	203
9.4.5 Abgrenzung zu Arbeitgeberfinanzierung und Eigenvorsorge	203
9.5 Konsequenzen für fondsgebundene Leistungspläne	204
9.5.1 Pläne mit garantierter Mindestleistung i. S. v. § 1 Abs. 2 Nr. 2 E- BetrAVG in den bestehenden Durchführungswegen	204
a) Geeignete Varianten für die Beitragszusage.....	204
b) Eignung für die beitragsorientierte Leistungszusage	205
c) Abgrenzung der Zusagetypen im neuen Betriebsrentenrecht	205
9.5.2 Sonstige bisher mögliche Plangestaltungen	207
a) Fortgeltung des Betriebsrentengesetzes	207
b) Steuerliche Förderung nach § 10a E-EStG bei fehlender Mindestgarantie?.....	208
9.5.3 Verhältnis zu den neuen Pensionsfonds	209
9.6 Tauglichkeitsvergleich der Durchführungswege	210
9.6.1 Direktzusage und Unterstützungskasse	210
9.6.2 Direktversicherung	210
9.6.3 Pensionsfonds	211
9.6.4 Pensionskasse	211

Kapitel 10

Zusammenfassung	213
------------------------------	------------

Kapitel 1

Einleitung

1.1 Die drei Säulen der Altersversorgung in Deutschland

Die Sicherung des Lebensstandards im Alter, bei Invalidität sowie im Todesfall für die Hinterbliebenen ist in den vergangenen Jahren verstärkt in den Blickpunkt der Öffentlichkeit gelangt.

In Deutschland ruht das System der Alterssicherung traditionell auf drei Säulen. Erste und wichtigste Säule ist dabei die **gesetzliche Rentenversicherung (GRV)**. Mehr als 90% der zwischen 1936 und 1955 Geborenen werden im Alter ab 65 Jahren eine Versichertenrente der GRV beziehen, in den neuen Bundesländern sogar nahezu 100%¹. Bezüher einer Rente wegen Alters oder verminderter Erwerbsfähigkeit erhielten 1998 im Durchschnitt monatlich 1.842 DM (Männer) bzw. 924 DM (Frauen)².

Die zweite Säule der finanziellen Absicherung im Alter ist die **betriebliche Altersversorgung**. In Deutschland ist die betriebliche Altersversorgung bislang eine freiwillige Sozialleistung des Arbeitgebers. Dementsprechend uneinheitlich ist ihre Verbreitung. Von den GRV-Versicherten der Jahrgänge 1936 bis 1955 können in den alten Bundesländern 36% der Männer und 12% der Frauen im Alter mit einer Zusatzleistung ihres Arbeitgebers rechnen. Dabei besteht in der Industrie ein deutlich höherer Verbreitungsgrad als im Handel³. Die aus heutiger Sicht erreichbare Leistungshöhe beträgt für die Begünstigten im Durchschnitt monatlich 588 DM (Männer) bzw. 369 DM (Frauen)⁴. Bezogen auf die erreichbaren GRV-Renten sind dies knapp 25%⁵. In den neuen Bundesländern ist der Anteil der Arbeitnehmer mit Anwartschaften auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung zur Zeit vernachlässigbar.

Die dritte Säule der Alterssicherung schließlich stellen **Maßnahmen der Eigenvorsorge** dar. Hierunter fallen zunächst zielgerichtete Vorsorgeprodukte wie private Kapitallebens- und Rentenversicherungen. Etwa die Hälfte der Jahrgänge 1936 bis 1955 (der größere Anteil bei den Männern) betreibt auf diese Weise eine private Zusatzvorsorge für das Alter. Bis auf wenige Ausnahmen handelt es sich jedoch um kleinere Anwartschaften, die keinen substantiell hohen Beitrag zur Al-

¹ Vgl. VDR (Hrsg.), in AVID '96, S. 49

² Rentenversicherungsbericht der Bundesregierung 1999, Auszug in BetrAV 2000, S. 203

³ Vgl. Hemmer, in BetrAV 2000, S. 69

⁴ AVID '96, S. 72

⁵ AVID '96, S. 75

terssicherung leisten können⁶. Neben diesen klassischen Vorsorgemaßnahmen können jedoch in einem weiteren Sinne auch Vorgänge, deren Schwerpunkt eher im Bereich der Vermögensbildung anzusiedeln ist, dieser dritten Säule zugeordnet werden. Beispielhaft seien hier Bankkonten- und Investmentsparen, ein Bausparvertrag, oder auch eine selbst genutzte oder vermietete Immobilie genannt.

1.2 Finanzierung und Zukunftssicherheit

Die einzelnen Säulen der Altersversorgung unterscheiden sich nicht nur hinsichtlich ihrer unterschiedlichen Gewichtung, sondern auch und ganz wesentlich in der Art und Weise ihrer Finanzierung.

Die Renten aus der GRV werden nach dem **Umlageverfahren** finanziert, d. h. die laufenden Renten werden mehr oder weniger direkt aus den Beiträgen der heute Erwerbstätigen gezahlt (§ 153 SGB VI). Rücklagen für schlechte Zeiten sind in diesem System nicht vorgesehen, lediglich eine Schwankungsreserve in Höhe von einer Monatsrente muss in den Rentenkassen vorhanden sein (vgl. §§ 214 Abs. 1, 216 ff. SGB VI).

Demgegenüber werden Leistungen aus der betrieblichen Altersversorgung sowie aus privaten Vorsorgeversicherungen nach dem **Kapitaldeckungsverfahren** finanziert, d. h. die Mittel für die Erbringung der Versorgungsleistungen werden bereits in der Anwartschaftsphase angesammelt und nicht erst in der Leistungsphase durch die nachfolgende Generation erbracht. Dies gilt uneingeschränkt bei versicherungsförmigen Versorgungsprodukten: Hier wird aus Beiträgen, die nach dem versicherungsmathematischen Äquivalenzprinzip zu kalkulieren sind (vgl. § 11 VAG), ein Deckungskapital aufgebaut, welches im Versorgungsfall in ausreichend großen Beständen (Gesetz der großen Zahl) zur Leistungserbringung ausreichend ist. Bei der Direktzusage wird über die Pensionsrückstellung (§§ 249 Abs. 1, 253 Abs. 1 S. 2 HGB, § 6a EStG) ein Sollwert für die Kapitalansammlung vorgegeben; der Arbeitgeber ist jedoch in seiner Entscheidung frei, ob und in welcher Weise er den ausgewiesenen Verpflichtungsumfang mit Vermögenswerten bedeckt. Bei der Unterstützungskasse bewirkt § 4d EStG eine wesentliche Einschränkung in der steuerlichen Vorausfinanzierung der Leistungsanwärter.

Der Hauptgrund für die derzeitige Popularität des Themas Altersvorsorge dürfte darin liegen, dass das Vertrauen in die **Zukunftssicherheit der Leistungen** aus der GRV schwindet. Hierfür sind vor allem demografische Ursachen anzuführen:

- Steigende Lebenserwartung
- Rückläufige Geburtenzahlen
- Flexibilisierung des Arbeitslebens (abnehmende Anzahl beitragspflichtig Beschäftigter)

Jeder dieser Gründe trägt dazu bei, dass das Verhältnis von potenziellen Leistungsempfängern zu Beitragszahlern steigt. Nicht nur in Expertenkreisen, sondern auch bei Politikern aus allen Lagern und inzwischen auch in breiten Bevölkerungsschichten hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass an künftigen Leistungs-

⁶ AVID '96, S. 92 f.

kürzungen kein Weg vorbei führen dürfte, da der Faktor Arbeit nicht beliebig mit steigenden Beitragskosten belastet werden kann. Die Diskussion fokussiert sich jetzt mehr und mehr auf die Frage, wie die Kürzungslast zwischen der heutigen und der künftigen Rentnergeneration verteilt werden soll.

Die Verlängerung der Lebenserwartung stellt auch für kapitalgedeckte Versorgungsformen eine Zusatzbelastung dar. Allerdings ist es hier möglich, für sich abzeichnende Trends durch Anpassung der entsprechenden Rechnungsannahmen Vorsorge zu treffen. In der Lebens- und Rentenversicherung werden regelmäßig die Sterbetafeln aktualisiert; für Pensionszusagen wurden zuletzt 1998 neue Richttafeln für die Rückstellungsrechnung von *Heubeck* veröffentlicht. Weitere Risiken des Kapitaldeckungsverfahrens liegen in der Entwicklung des Kapitalmarktes. So könnte sich eine kalkulierte Verzinsung auf die Deckungsmittel als unrealistisch erweisen, oder – im Falle nicht ausreichend sicherer Anlage – ein Kapitalverlust eintreten. Doch zumindest im Bereich der Versicherungsaufsicht sind diese Risiken wohl eher theoretischer Natur.

Beide Finanzierungsverfahren haben also spezifische Vorteile und Risiken. Die Eigenart des Umlageverfahrens allerdings, die Leistungsfähigkeit im Einzelfall bewusst von der Erwerbssituation einer nachfolgenden Generation abhängig zu machen, erweist sich angesichts der aktuellen Prognosen als schwere Bürde. Die Bedeutung ergänzender kapitalgedeckter Vorsorgeformen wird daher zunehmen. Indes dürfte es kaum ausreichen, auf private Eigeninitiative im Rahmen der dritten Säule zu setzen. Angesichts der hohen Belastung der Arbeitseinkommen mit Steuern und Sozialabgaben besteht für derartige Maßnahmen gerade dort, wo der Bedarf am dringendsten ist, häufig kaum finanzieller Spielraum. Eine Möglichkeit läge darin, einen Teil der umlagefinanzierten gesetzlichen Rente schrittweise in eine kapitalgedeckte Versorgung zu überführen⁷. In jedem Fall erscheint es erwägenswert, den kapitalgedeckten Teil einer in Zukunft ausgewogener finanzierten Gesamtversorgung im Bereich der betrieblichen Altersversorgung anzusiedeln, sei es nun auf freiwilliger oder obligatorischer Basis.

1.3 Die Situation der betrieblichen Altersversorgung

Das Recht der betrieblichen Altersversorgung ist gegenwärtig in einem **tief greifenden Wandel** begriffen. Hintergrund sind die durch das **Altersvermögensgesetz (AVmG)** ab spätestens 01.01.2002 vorgesehenen Änderungen arbeits-, steuer- und sozialversicherungsrechtlicher Art (vgl. dazu Abschnitt 1.5). Das AVmG hat am 26.01.2001 den Bundestag in dritter Lesung passiert, der Bundesrat hat jedoch am 16.02.2001 die Zustimmung zunächst verweigert und den Vermittlungsausschuss angerufen. Ob und in welcher Form die Änderungen tatsächlich in Kraft treten, bleibt daher vorerst offen. Die **Ausführungen dieser Arbeit** basieren grundsätzlich auf dem **derzeit noch gültigen Rechtsstand** (Redaktionsschluss: 16.02.2001). Die bis jetzt hypothetischen Auswirkungen des AVmG auf die Be-

⁷ Aus Sicht der Versicherungswirtschaft sollte mindestens ein Drittel der gesetzlichen Rente auf diese Weise umfinanziert werden, vgl. *GDV*-Pressemitteilung vom 10.11.1999, in *BetrAV* 1999, S. 400

antwortung von Einzelfragen werden im Anschluss an die jeweils betroffenen Abschnitte sowie in einer erweiterten Zusammenfassung in Kapitel 9 aufgezeigt⁸.

Betriebliche Altersversorgung kann nach geltendem Recht in Deutschland über **vier verschiedene Durchführungswege** angeboten werden (vgl. § 1 BetrAVG). Der Arbeitgeber kann dem Arbeitnehmer eine Versorgungsleistung unmittelbar, d. h. ohne Einschaltung eines Versorgungsträgers versprechen (Direktzusage), er kann sie mit Hilfe einer Lebensversicherung gewähren (Direktversicherung), er kann sie über eine selbständige Versorgungseinrichtung mit Rechtsanspruch (Pensionskasse) oder ohne Rechtsanspruch (Unterstützungskasse) zusagen. Die insgesamt bei den Unternehmen bzw. Versorgungsträgern angesammelten Deckungsmittel betragen im Jahr 1999 620,4 Mrd. DM. Davon entfallen mit 365,7 Mrd. DM mehr als die Hälfte auf Pensionsrückstellungen für Direktzusagen, 131,6 Mrd. DM auf Pensionskassen, 80,9 Mrd. DM auf Direktversicherungen und 42,2 Mrd. DM auf Unterstützungskassen⁹.

Wie bereits festgestellt, zeigt die **Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung** ein nach verschiedenen Kriterien differenziertes Bild. Der Anteil der Beschäftigten mit entsprechender Anwartschaft ist in der Industrie größer als im Handel, er nimmt mit der Unternehmensgröße zu, und er ist in den alten Bundesländern erheblich höher als in den neuen¹⁰. Insbesondere in der Industrie zeigt sich jedoch im Zeitraum zwischen 1981 und 1996 ein deutlicher Rückgang von 70% auf 65% der Beschäftigten. Der steigende Wettbewerbsdruck hat zudem viele Unternehmen veranlasst, ihre Zusagen auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung im Rahmen des rechtlich Möglichen der Höhe nach einzuschränken.

Auf der Suche nach den Ursachen von Stagnation und Rückgang stößt man jedoch nicht ausschließlich auf Kostenargumente. Mangelnde Flexibilität bei der Gestaltung sowie schlechte arbeits- und steuerrechtliche Rahmenbedingungen sind immer häufiger anzutreffende Kommentare zum rechtlichen Status quo der betrieblichen Altersversorgung. Der Gesetzgeber hat auf die in der Literatur vorgetragene Kritik sowie Änderungsvorschläge¹¹ im ersten Anlauf mit dem Rentenreformgesetz 1999 (RRG 1999) reagiert. Im wesentlichen wurden folgende Ergänzungen bzw. Veränderungen vorgenommen.

- Versorgungsleistungen des Arbeitgebers, die der Arbeitnehmer durch wertgleichen Verzicht auf künftige Entgeltansprüche wirtschaftlich finanziert (sog. **Gehaltsumwandlung**), werden – mit einer Einschränkung beim Insolvenzschutz (§ 7 Abs. 3 S. 3 BetrAVG) – ausdrücklich als betriebliche Altersversorgung anerkannt (§ 1 Abs. 5 BetrAVG).
- Ebenfalls ausdrücklich vorgesehen werden **beitragsorientierte Versorgungszusagen**, bei denen die vom Arbeitgeber zugesagte Versorgungsleistung aus kalkulatorischen Finanzierungsbeiträgen ermittelt wird (§ 1 Abs. 6 BetrAVG).
- Die **Abfindungsmöglichkeit** für unverfallbare Anwartschaften hängt nicht mehr von der Dauer der Betriebszugehörigkeit, sondern in erster Linie von der

⁸ Grundlage der Ausführungen zum AVmG ist die am 26.01.2001 vom Bundestag in 3. Lesung beschlossene Fassung (Abruf im Internet unter <http://www.bma.de/download/beschluesse/Altersvermoegengesetz.pdf>).

⁹ *Schwind*, in BetrAV 2001, S. 175

¹⁰ Vgl. *Hemmer*, in BetrAV 2000, S. 69

¹¹ Vgl. z. B. *Blomeyer*, in DB 1997, S. 1921 ff.; *Hanau/Arteaga/Kessel*, in DB 1997, S. 1401 ff.

Höhe der Anwartschaft ab (§ 3 Abs. 1 BetrAVG). **Minirenten** können ohne Rücksicht auf die Betriebszugehörigkeit abgefunden werden.

- Die Übertragungsmöglichkeit bei **Unternehmensliquidation** wurde verbessert (§ 4 Abs. 3 BetrAVG). Nach einer zwischenzeitlich erfolgten weiteren Gesetzesänderung können jetzt Versorgungsleistungen und unverfallbare Anwartschaften aus Direktzusagen und Unterstützungskassen **steuerneutral** von einer Pensionskasse oder Lebensversicherung übernommen werden (§ 3 Nr. 65 EStG).
- Die aus Arbeitgebersicht wichtigste Verbesserung betrifft die **Prüfungspflicht** für die **Anpassung laufender Leistungen** (§ 16 BetrAVG). Für ab 01.01.1999 erteilte Zusagen **entfällt** diese Verpflichtung, wenn der Arbeitgeber eine jährliche Rentenanpassung von mindestens 1% jährlich garantiert oder – bei Pensionskassen und Direktversicherungen – wenn die Überschussanteile ab Rentenbeginn ausschließlich zur Rentenerhöhung verwendet werden (§ 16 Abs. 3 BetrAVG). Ferner wird die von der bisherigen Rechtsprechung des BAG geforderte nachholende Anpassung abgeschafft.

Die Änderungen im RRG 1999 wurden in der Fachwelt zwar als **Schritt in die richtige Richtung** aufgenommen¹², aber für eine nachhaltige Verbesserung insbesondere hinsichtlich der Erteilung neuer Zusagen und damit der Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung nicht für ausreichend gehalten. Im einzelnen wird weiterhin in folgenden Fragen Verbesserungsbedarf gesehen:

- Die massivste Forderung betrifft die Einführung der sog. **nachgelagerten Besteuerung** für alle Durchführungswege¹³. Nachgelagerte Besteuerung bedeutet, dass nicht bereits die Finanzierungsbeiträge für den Erwerb der Anwartschaft, sondern erst der tatsächliche Leistungsbezug beim Arbeitnehmer besteuert wird. Dies ist nach geltender Rechtspraxis nur für die Durchführungswege Direktzusage (vgl. § 19 Abs. 1 Nr. 2 EStG) und Unterstützungskasse¹⁴ der Fall. Dagegen wird bei den versicherungsförmigen Durchführungswegen Pensionskasse und Direktversicherung die sog. vorgelagerte Besteuerung angewendet, d. h. die Beiträge des Arbeitgebers gehören gem. § 2 Abs. 2 Nr. 3 LStDV zum steuerpflichtigen Arbeitslohn¹⁵.

Nachgelagerte Besteuerung führt prinzipiell bei **gleichem Nettoaufwand zu höheren Nettoleistungen**, da einerseits während der Anwartschaftsphase noch Erträge auf den gestundeten Steueranteil erwirtschaftet werden können und andererseits die Steuerbelastung, insbesondere die Progression im Ruhestand häufig geringer ist als während des aktiven Arbeitslebens. Zudem können auch Sozialbeiträge eingespart werden. Zwar stehen den Nachteilen der vorgelagerten Besteuerung bei Direktversicherungen und Pensionskassenversorgung unter bestimmten Voraussetzungen Vergünstigungen in Form von Lohnsteuer-

¹² Höfer, in DB 1998, S. 1562 (1564)

¹³ BDA-Pressemitteilung vom 14.09.1999, in BetrAV 1999, S. 399 (400); Förster, in BetrAV 1999, S. 370 ff.; GDV, Zukunftsmodell Pensionskasse, S. 26; Horlemann, in FR 1999, S. 20 (21); Kreßel, in BetrAV 1999, S. 180; GDV-Pressemitteilung vom 10.11.1999, in BetrAV 1999, S. 401; zur Besteuerung ausführlich Birk/Wernsmann, in BetrAV 1999, S. 59 ff.

¹⁴ Zur Steuerfreiheit der Arbeitgeberzuwendungen an die Kasse wegen fehlenden Rechtsanspruchs auf die Leistungen BFH, Urteil vom 27.5.1993 – VI R 19/92, BStBl. II 1994, S. 246

¹⁵ Vgl. H-BetrAV 1, Kap. 50 Tz. 941, Kap. 70 Tz. 183

pauschalierung gem. § 40b EStG sowie Kapitalertragsteuerfreiheit (vgl. § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG) gegenüber. Doch sind die Wirkungen auf der Beitragsseite inzwischen stark abgeschwächt, da der Pauschalsteuersatz mit inzwischen 20% kaum noch unter dem individuellen Eingangsteuersatz liegt, die Beitragsgrenze (derzeit 3.408 DM jährlich) nach bisheriger Erfahrung nicht mit der allgemeinen Lohnentwicklung Schritt hält und die jüngste, stark kritisierte Änderung von § 40 Abs. 3 EStG zu einer Verteuerung bei arbeitnehmerfinanzierter betrieblicher Altersversorgung geführt hat¹⁶. Auf der Leistungsseite wird das Steuerprivileg der Lebensversicherungen zunehmend aus steuerpolitischer Sicht zur Disposition gestellt¹⁷.

Überhaupt ist die Frage berechtigt, weshalb vergleichbare Tatbestände – Aufbau finanzieller Mittel für Versorgungszwecke und Leistung aus diesen Mitteln – im Steuerrecht so **wesentlich ungleich behandelt** werden. Ähnlich liegt die Problematik bei den **Renten aus der GRV** im Vergleich mit den **Beamtenpensionen**. Hier hat das Bundesverfassungsgericht über die Vereinbarkeit der Ungleichbehandlung mit dem Grundgesetz zu entscheiden. Es wird jedoch nicht damit gerechnet, dass dem Gesetzgeber die Einführung der nachgelagerten Besteuerung vorgeschrieben wird, da dies nur einer von mehreren möglichen Wegen zur Herstellung der Gleichbehandlung ist¹⁸. Wie so oft im Steuerrecht wird die zu verkraftende Belastung der öffentlichen Haushalte eine wesentliche Rolle spielen.

Für die Einführung der nachgelagerten Besteuerung sprechen weiterhin **steuersystematische Gründe**, da sie das dem Einkommensteuerrecht zu Grunde liegende Zuflussprinzip besser und gerechter konkretisieren würde¹⁹. Schließlich entspricht die nachgelagerte Besteuerung international üblichen Standards, so dass die derzeitige Praxis in Deutschland ein Mobilitätshemmnis innerhalb der EU darstellt²⁰.

- Weiterhin wird die Öffnung der betrieblichen Altersversorgung für **reine Beitragszusagen** gefordert²¹. Eine Beitragszusage im strengen Sinne zeichnet sich dadurch aus, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nur die Bereitstellung eines Finanzierungsbeitrags zum Aufbau einer Versorgungsleistung verspricht, und seine Verpflichtung mit der Beitragszahlung erlischt (§ 362 Abs. 1 BGB). In welcher Höhe aus diesen Beiträgen im Versorgungsfall eine Leistung zur Verfügung steht, liegt dann im Risiko des Arbeitnehmers. Allerdings wird z. T. eine Mindestleistung bei Wertverfall für wünschenswert gehalten²². Demgegenüber liegt nach geltendem Recht eine arbeitsrechtlich relevante und steuerrechtlich geförderte betriebliche Altersversorgung nur vor, wenn der Arbeitnehmer eine Leistung zusagt. Daran ändert auch die jetzt ausdrücklich in § 1 Abs. 6 BetrAVG zugelassene Mischform, die sog. beitragsorientierte Leistungszusage, nichts, denn die Festlegung des Beitrags hat hier nur kalkulatori-

¹⁶ Vgl. *Giloy*, in *BetrAV* 1999, S. 273 f.

¹⁷ Das durch fehlende Zustimmung des Bundesrates gescheiterte Steuerreformgesetz 1999 hätte die Vergünstigungen auf Rententariife beschränkt, so dass die Erträge aus Kapitallebensversicherungen auch bei mehr als 12 Jahren Laufzeit zu versteuern gewesen wären.

¹⁸ *Rürup*, Entwarnung für viele Rentner, in: *Süddeutsche Zeitung* vom 24.05.2000

¹⁹ Vgl. *Tipke/Lang*, *Steuerrecht*, § 4 Rz. 110 ff. (117)

²⁰ *GDV*, *Zukunftsmodell Pensionskasse*, S. 31; *Horlemann*, in *BetrAV* 1996, S. 183 ff.

²¹ *aba*, Modell „Zweite Säule“, S. 28; *Blomeyer*, in *DB* 1997, S. 1921 (1922 f.); *Hannau/Arteaga/Kessel*, in *DB* 1997, S. 1401 (1402)

²² *aba*, Modell „Zweite Säule“, S. 13, 29; *Höfer*, in *DB* 1998, S. 1562 (1565)

sche Bedeutung. Letztlich muss der Arbeitgeber hier genau wie bei der klassischen Leistungszusage für die zugesagte Höhe einstehen, auch wenn sich der kalkulierte Finanzierungsaufwand als nicht ausreichend erweist.

Von der Beitragszusage werden Impulse zur Ausweitung der betrieblichen Altersversorgung bzw. zumindest ein Stopp der rückläufigen Verbreitung erwartet. So haben im Rahmen einer Umfrage unter mehr als 500 Unternehmen immerhin 28% angegeben, dass sie bisher nicht versorgten Personen eine Altersversorgung gewähren würden, wenn der Arbeitgeber von jeglicher Nachschusspflicht über die planmäßig geleisteten Beiträge hinaus frei wäre²³.

- Eine weitere Forderung besteht in der Einräumung von mehr **Freiheit bei der Kapitalanlage**²⁴. Dies betrifft in erster Linie die der Versicherungsaufsicht unterliegenden Durchführungswege der Direktversicherung und Pensionskasse (§§ 54, 54a VAG). Hier wird eine Erhöhung des zulässigen Aktienanteils für wünschenswert gehalten, um an höheren Kapitalmarktrenditen teilhaben zu können. Bei Direktzusagen und Unterstützungskassen besteht hier bereits nach geltendem Recht weitgehende Anlagefreiheit.
- Der Arbeitgeber sollte ferner in der **Dotierung** der Altersversorgung **freier** sein²⁵. Das bedeutet, dass er in ertragsstarken Jahren einen höheren, in ertragschwachen Jahren einen geringeren oder gar keinen Finanzierungsbeitrag leisten muss. Diese Flexibilität ist derzeit allenfalls in der Direktversicherung gegen Einmalbeiträge und bei der nicht rückgedeckten Unterstützungskasse jeweils unter Inkaufnahme steuerlicher Nachteile möglich. Ansonsten ist der Arbeitgeber in seiner Dotierungsfreiheit durch Verteilungsvorschriften stark eingengt. Die Entscheidung für eine betriebliche Altersversorgung stellt noch immer eine **langfristige Bindung** des Unternehmens dar, sie ist also mit einem hohen **Prognoserisiko** verbunden.
- Ein Kritikpunkt bei der Direktzusage richtet sich gegen das aus dem Einzelbewertungsgrundsatz (§ 252 Abs. 1 Nr. 3 HGB) resultierende **Saldierungsverbot**²⁶. Pensionsrückstellungen und bedeckende Vermögensmittel wie etwa eine Rückdeckungsversicherung dürfen nicht miteinander verrechnet werden, selbst wenn etwa durch Verpfändung eine zweckgebundene Verwendung sichergestellt ist²⁷. Anders als nach international üblichen Rechnungslegungsvorschriften ist eine **unerwünschte Bilanzverlängerung** die Folge.
- Schließlich wird mit zunehmenden Mobilitätserfordernissen eine Verbesserung der **Transferierbarkeit** erworbener Anwartschaften auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung im Falle eines Stellenwechsels gefordert²⁸. Derzeit ist dies insbesondere bei den nicht versicherungsförmigen Durchführungswegen aus steuerlichen Gründen und wegen der nicht periodengerechten Finanzierbarkeit kaum möglich.

²³ Höfer, in DB 1998, S. 1562 (1564)

²⁴ Grabner, in DB 1999, S. 903

²⁵ Vgl. Grabner, in DB 1999, S. 903; Kolvenbach, in DB 1997, S. 290; Lorz, in BetrAV 1999, S. 10 (14)

²⁶ Baumbach/Hopt, § 252 Rz. 9

²⁷ Vgl. Grabner, in DB 1999, S. 903 (904)

²⁸ ULA, Pressemitteilung, Stand 11/1999, in BetrAV 1999, S. 402

Die vorgenannten Änderungswünsche hinsichtlich der rechtlichen Rahmenbedingungen fußen auf der Erkenntnis, dass im Rahmen des geltenden Rechts die gewünschten Vorstellungen zumindest nicht in Summe realisierbar sind. So kann der Arbeitgeber bei der Direktversicherung und bei der Pensionskasse seine Verpflichtung zwar faktisch auf einen vorgegebenen Finanzierungsaufwand beschränken. Doch dem stehen als Nachteil die vorgelagerte Besteuerung sowie strenge Kapitalanlagevorschriften gegenüber. Umgekehrt bieten die Direktzusage sowie die Unterstützungskasse eine nachgelagerte Besteuerung, dafür trägt der Arbeitgeber hier Leistungsrisiken hinsichtlich der Biometrie und der Kapitalanlage. Er kann zwar hierfür eine Rückdeckungsversicherung abschließen, doch wird insoweit wieder die Kapitalanlage den strengen Bestimmungen des VAG unterworfen. Zudem ergeben sich dann bei der Direktzusage u. U. negative Bilanzwirkungen, und bei der Unterstützungskasse ist der Gestaltungsspielraum für Rückdeckungs-lösungen aus steuerlichen Gründen erheblich eingeschränkt (vgl. § 4d EStG).

1.4 Modellvorschläge für eine Verbesserung

Aufbauend auf die dargestellte Kritik an den derzeitigen Gestaltungsmöglichkeiten innerhalb der betrieblichen Altersversorgung werden seit einigen Jahren unter dem Sammelbegriff „**Pensionsfonds**“ zahlreiche Modellvorschläge diskutiert, die vor allem die Attraktivität für die Arbeitgeber und damit die Verbreitung fördern sollen. Vorbild ist der Pensionsfonds angelsächsischer Prägung²⁹. Ihnen gemeinsam ist das Bestreben, die für den Arbeitgeber im Rahmen einer betrieblichen Altersversorgung resultierenden langfristigen Verpflichtungen besser kalkulierbar zu machen und dabei auch eine Nutzung der an den Kapitalmärkten bestehenden Chancen zu ermöglichen.

- Ein aus dem Bereich der **Banken** entwickelter Vorschlag³⁰ möchte Pensionsfonds in Deutschland als Sondervermögen einführen, den der Arbeitgeber frei mit Beiträgen dotieren kann. Der Arbeitgeber soll mit der Beitragszahlung im Sinne einer echten Beitragszusage von jeder weiteren Leistungspflicht frei sein. Die Zuwendungen sollen steuerlich abzugsfähige Betriebsausgaben sein, beim Arbeitnehmer soll, wenn überhaupt, erst die Leistung besteuert werden. Die Schutzvorschriften des BetrAVG sollen, da aus Arbeitgebersicht rein nachteilig, nicht gelten.
- Das Modell der *aba*³¹ möchte den Pensionsfonds durch eine Modifikation des bisherigen Durchführungswegs der **Unterstützungskasse** realisieren. Die bloß pauschalen und für Leistungsanwärter aktuariell unzureichenden Dotierungsmöglichkeiten im Falle fehlender Rückdeckung sollen in einer Neufassung von § 4d EStG durch **versicherungsmathematisch kalkulierte Zuwendungsgrenzen** ersetzt werden (Abs. 3). Für alle Durchführungswege werden **Beitragszusagen** vorgesehen und dem Anwendungsbereich des BetrAVG unterstellt. Dabei soll dem Arbeitnehmer allerdings in einem neuen § 1a BetrAVG eine Mindestleistung in Höhe der planmäßigen Sparbeiträge garan-

²⁹ Vgl. dazu z. B. *aba*, Modell „Zweite Säule“, S. 8 ff.

³⁰ *Deutsche Bank Research (Hrsg.)*, Von der Pensionsrückstellung zum Pensionsfonds: Eine Chance für den deutschen Finanzmarkt, Frankfurt 1995

³¹ *aba*, Modell „Zweite Säule“, S. 11

tiert werden, die bei mittelbarer Versorgung ggf. zu einem Aufstockungsanspruch gegen den Arbeitgeber führen und damit das Beitragsprimat durchbrechen kann. Die nachgelagerte Besteuerung soll generell gelten, Finanzierungsaufwendungen des Arbeitgebers bis zu 10% des Bruttogehaltes, bei eingeschlossener Invaliditätsversorgung 12%, bis zur doppelten Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung steuerwirksam möglich sein. Für Direktversicherungen und Pensionskassen ist eine Lockerung der strengen Kapitalanlagevorschriften in § 54a VAG vorgesehen.

- Das Modell der **Versicherungswirtschaft**³² möchte demgegenüber die **Pensionskasse** stärken. Die vorgeschlagenen Maßnahmen stimmen insoweit teilweise mit dem *aba*-Modell überein, jedoch werden Beitragszusagen nicht vorgesehen.
- In der Literatur wird – ähnlich wie beim Modell der *aba* – ein **Ausbau der Unterstützungskasse zum Pensionsfonds** vorgeschlagen³³. Dem Arbeitnehmer soll jedoch ein **Rechtsanspruch** gegen den Fonds eingeräumt werden; zur Vermeidung der Versicherungsaufsicht wäre das VAG zu ändern. Statt dessen soll ein Treuhänder zur Wahrung der Belange der Berechtigten bestellt werden. Die Verpflichtung des Arbeitgebers soll nicht über die Zahlung der Finanzierungsbeiträge hinaus gehen, notfalls wären ähnlich wie bei einer Lebensversicherung Leistungen auf Vorschlag eines verantwortlichen Aktuars zu kürzen.
- Gleich drei Modelle schlägt die sog. **Gerke-Kommission** in ihrem Bericht vor³⁴. Die betriebsunmittelbaren Pensionsfonds (BUPF) sollen eine externe Finanzierung von Direktzusagen in einem Sondervermögen ermöglichen. Die betriebsmittelbaren Pensionsfonds (BMPF) entsprechen den bisherigen Unterstützungskassen³⁵. Substanzielle Neuerungen enthält lediglich der **anlageorientierte Pensionsfonds (APF)**. Er soll **Beitragszusagen bei nachgelagerter Besteuerung** ermöglichen. Unklar bleibt aber das Verhältnis zwischen einer reinen Beitragsverpflichtung einerseits und einer Haftung des Arbeitgebers für biometrische Risiken und Kapitalverlust beim Fonds andererseits³⁶.

1.5 Das Altersvermögensgesetz (AVmG)

Momentan die besten Chancen auf Realisierung im Betriebsrentenrecht haben einige im Rahmen der Rentenreform 2000 vorgesehene Änderungen, die in das derzeit im Gesetzgebungsverfahren befindliche Altersvermögensgesetz (AVmG) eingeflochten sind³⁷. Ziel dieses Gesetzes zusammen mit dem Altersvermögensergänzungsgesetz (AVmEG) ist es, den Beitragssatz in der gesetzlichen Rentenversicherung langfristig stabil zu halten. Zum Ausgleich der hierzu erforderlichen

³² GDV, Zukunftsmodell Pensionskasse, S. 22 ff.

³³ Bode/Grabner, in DB 1997, S. 928 ff.; Kolvenbach, in DB 1997, S. 290 ff.

³⁴ Bericht des Arbeitskreises „Betriebliche Pensionsfonds“ im Auftrag des „Forums Finanzplatz beim Bundesministerium der Finanzen“, Bonn, Juli 1998; der Arbeitskreis wurde von Prof. Dr. W. Gerke geleitet.

³⁵ Vgl. Blomeyer, in ZIP 1998, S. 1737 (1741)

³⁶ Vgl. Gerke-Bericht, S. 34.

³⁷ Vgl. Tz. 1.3 (Fn. 8)

Leistungskürzungen wird der **Aufbau einer arbeitnehmerfinanzierten kapitalgedeckten Zusatzrente** zur gesetzlichen Rente **gefördert**. Die entsprechenden Regelungen befinden sich in § 10a E-EStG in Verbindung mit einem neuen Gesetz über die Zertifizierung von Altersvorsorgeverträgen (E-AltZertG), welches die Anforderungen an förderfähige Produkte sowie das Anerkennungsverfahren formuliert. Im Bereich der betrieblichen Altersversorgung sind im wesentlichen folgende relevante Änderungen vorgesehen:

- Einführung von **Pensionsfonds** als fünftem Durchführungsweg (§ 1b Abs. 3 E-BetrAVG sowie ein neuer Abschnitt VII im VAG). Hierbei soll es sich um eine rechtsfähige, der Aufsicht durch das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen (BAV) unterstellte Versorgungseinrichtung handeln. Pensionsfonds müssen die Versorgung in Form von Rentenleistungen erbringen.
- Einführung von **Beitragszusagen mit Mindestleistung** als neue Zusageform in den Durchführungswegen Direktversicherung, Pensionskasse und Pensionsfonds (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 E-BetrAVG). Die vielfach geforderte Möglichkeit zur Zusage von Versorgungsbeiträgen wird mit der Einschränkung realisiert, dass im Versorgungsfall mindestens die Summe der zugesagten Beiträge (abzüglich der Risikoanteile) zur Verfügung steht.
- **Rechtsanspruch** des Arbeitnehmers auf betriebliche Altersversorgung durch **Entgeltumwandlung** in Höhe von bis zu 4% der auf die Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung (BBG) begrenzten Bruttoeinkünfte (§ 1a E-BetrAVG).
- **Verkürzung der Unverfallbarkeitsfristen** für Neuzusagen auf generell 5 Jahre Zusagedauer mit einer Absenkung des Mindestalters auf 30 Jahre, bei Entgeltumwandlung sofortige Unverfallbarkeit ohne Altersbeschränkung (§ 1b i. V. m. § 30f E-BetrAVG). Die Unverfallbarkeit nach 3 Jahren Zusagedauer mit 12jähriger Betriebszugehörigkeit fällt weg.
- Die **Höhe des unverfallbaren Anspruchs** soll bei beitragsorientierter Versorgung oder bei Entgeltumwandlung der bis zum Ausscheiden **erworbenen Anwartschaft**, bei Beitragszusagen dem auf Grund der bis zum Ausscheiden zugesagten Beiträge **planmäßig zuzurechnenden Versorgungskapital** unter Berücksichtigung der garantierten Mindestleistung entsprechen (§ 2 Abs. 5a, 5b E-BetrAVG).
- Die Rechtsposition des Arbeitnehmers bei der Entgeltumwandlung wird hinsichtlich der **Insolvenssicherung** sowie der **Anpassung laufender Leistungen** gestärkt.
- Die **Besteuerung** der betrieblichen Altersversorgung wird teilweise auf die **nachgelagerte Form** umgestellt. So sind nach § 3 Nr. 63 E-EStG bei Pensionsfonds sowie Pensionskassen Arbeitgeberbeiträge in Höhe von maximal 4% der BBG steuerfrei. Die hieraus resultierenden Leistungen sind dann nach § 22 Nr. 5 E-EStG voll zu versteuern.
- Die Berechnungsvorschrift für **Pensionsrückstellungen** in § 6a EStG wird im Hinblick auf die veränderten Unverfallbarkeitsbestimmungen angepasst.

Nicht vorgesehen ist jedoch die **ausdrückliche Öffnung** des Betriebsrentenrechts für **Beitragszusagen ohne Mindestgarantie**. Auch im Bereich der vorgesehenen Privatrente ist hinsichtlich der Leistungsgarantie eher eine gegenläufige Tendenz erkennbar, da die staatliche Förderung nur für solche Modelle gewährt wird, die zu Beginn der Leistungsphase ein Versorgungskapital mindestens in Höhe der eingezahlten Beiträge vorsehen (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 E-AltZertG). Ebenfalls nicht Bestandteil des Konzepts ist die **steuerliche Gleichbehandlung** der bestehenden Durchführungswege, da weiterhin eine Mischung aus individuell vorgelagerter, pauschal vorgelagerter sowie nachgelagerter Besteuerung bestehen bleibt.

Unabhängig von einer Umsetzung des AVmG dürfte das Ende der Entwicklung zum Thema Pensionsfonds bzw. Beitragszusagen noch lange nicht erreicht sein. Denn insbesondere durch die Mindestgarantie sowie die Pflicht zur Erbringung von Rentenleistungen sind wesentliche Forderungen im Hinblick auf die Gestaltungsfreiheit noch nicht erfüllt. Man darf mit Spannung die weitere Diskussion abwarten.

1.6 Fondsgebundene Leistungspläne als Alternative

Die Debatte um den (oder die) Pensionsfonds spiegelt das Bestreben der Praxis wider, Versorgungsformen zu entwickeln, welche die **höheren Renditeerwartungen** an den Kapital- und insbesondere Aktienmärkten **nutzbar machen**. Die zwangsläufig höheren Risiken einer entsprechend „freien“ Kapitalanlage³⁸ soll hierbei der Arbeitnehmer tragen, allenfalls begrenzt durch eine Mindestgarantie.

Ein Modell, welches diese scheinbar unvereinbaren Zielvorstellungen schon im Rahmen des geltenden Rechts miteinander zu kombinieren versucht, ist kürzlich von *Grabner* vorgestellt worden³⁹. Danach zahlt der Arbeitgeber flexibel Beiträge in einen Investmentfonds und sammelt auf diese Weise Deckungsmittel für Leistungen der betrieblichen Altersversorgung an. Gleichzeitig erhalten die Arbeitnehmer eine beitragsorientierte Direktzusage in der Höhe, die sich durch versicherungsmathematische Umrechnung in eine Leistung auf Alters-, ggf. Invaliditäts- und/oder Hinterbliebenenleistung ergibt. Die zu Grunde liegenden Rechnungsannahmen, insbesondere Verzinsung, sind so vorsichtig gewählt, dass die Verpflichtung durch den Fonds höchstwahrscheinlich mehr als gedeckt ist. Je nach Wertentwicklung des Fonds kann dann von Zeit zu Zeit eine „Überschusszuteilung“ in Form von Nachtragszusagen erfolgen.

Während dieses Modell die **Kapitalanlagefreiheit** in **Reinform** umsetzt, müssen hinsichtlich des **Beitragsprimats** offenbar **Abstriche in Kauf genommen** werden. Denn wenn die Mittel aus dem Fonds trotz aller Vorsicht nicht ausreichen, um die Versorgungsansprüche zu befriedigen, muss der Arbeitgeber den Ausfall selbst tragen. Zentral ist hier der Begriff der ausreichend vorsichtigen Rechnungsannahmen. Hinsichtlich des biometrischen Risikos – etwa bei vorzeitigen Leistungen – mag die Nachschusspflicht zumindest bei ausreichend großen Beständen faktisch auszuschließen sein. Problematisch erscheint jedoch das Kapitalanlagerisiko. Eine **Garantieverzinsung von 4%**⁴⁰ ist gewiss mit einem nicht zu unter-

³⁸ Vgl. *Albrecht*, in *BetrAV* 1999, S. 378 ff.

³⁹ *Grabner*, in *DB* 1999, S. 903 ff.

⁴⁰ Fallbeispiel bei *Grabner*, a. a. O. (906)

schätzenden **Auffüllrisiko** verbunden, wenn das Geld mit der Zielvorstellung in Fonds angelegt wird, die Rendite einer klassischen Kapitallebensversicherung zu übertreffen⁴¹. Die laufende Gutschrift von Wertsteigerungen erhöht das Risiko zusätzlich, da sie nicht mehr zum Ausgleich späterer möglicher Verluste herangezogen werden können.

Geht man davon aus, dass betriebliche Altersversorgung wesensnotwendig die Garantie einer festen Leistungshöhe bei Erreichen einer Altersgrenze voraussetzt (vgl. dazu Tz. 4.1.2), so stößt der Vorschlag von *Grabner* hinsichtlich der Kombination von Kapitalanlagefreiheit und Beitragsorientierung sicherlich an die Grenze des derzeit rechtlich Möglichen. Die Pensionsfonds-idee in Reinkultur wäre aber erst dann verwirklicht, wenn die Zusage ohne solche Garantie einfach auf das **im Leistungsfall vorhandene Fondsvermögen** gerichtet wäre. Zwar kann ein solcher „risikoloser Sparplan“ nach geltendem Recht keine betriebliche Altersversorgung sein. Verwendet man an Stelle eines Investmentfonds jedoch den Leistungsplan einer fondsgebundenen Lebensversicherung, dann ist die Ablehnung des Versorgungsbegriffs in § 1 BetrAVG keineswegs mehr klar, obwohl nur für den Todesfall ein zusätzlicher Risikoschutz besteht. So äußert etwa die Finanzverwaltung in den **Einkommensteuerrichtlinien** 1999 zu § 4b EStG:

„Eine Direktversicherung ist eine Lebensversicherung auf das Leben des Arbeitnehmers, die durch den Arbeitgeber abgeschlossen worden ist und bei der der Arbeitnehmer oder seine Hinterbliebenen hinsichtlich der Leistungen des Versicherers ganz oder teilweise bezugsberechtigt sind (§ 1 Abs. 2 Satz 1 BetrAVG). ... Es ist gleichgültig, ob es sich um Kapitalversicherungen – einschließlich Risikoversicherungen –, Rentenversicherungen oder fondsgebundene Lebensversicherungen handelt und welche Laufzeit vereinbart wird.“⁴²

Eine inhaltlich gleich lautende Regelung findet sich in den **Lohnsteuerrichtlinien** 2001 zu § 40b Abs. 1 S. 1 EStG⁴³.

Die Finanzverwaltung, die sich sonst eher durch eine restriktive Haltung auszeichnet, vertritt damit die Ansicht, dass ein Arbeitgeber, der für einen Arbeitnehmer eine **fondsgebundene Lebensversicherung** abschließt und ihm bzw. seinen Hinterbliebenen das Bezugsrecht einräumt, damit **betriebliche Altersversorgung** im Sinne des Betriebsrentengesetzes gewährt, und sie räumt dafür Betriebsausgabenabzug und Lohnsteuerpauschalierung ein. Das ist insofern bemerkenswert, als eine fondsgebundene Lebensversicherung üblicherweise eine Mindestleistung nur im Todesfall vorsieht, während die Erlebensfalleistung allein vom aktuellen Kurs des Fonds abhängt, in den die Sparanteile der Versicherung investiert wurden⁴⁴. Dies wäre also betriebliche Altersversorgung **ohne garantierte Leistungshöhe** im Alter.

Die fondsgebundene Lebensversicherung ist ein **Zwitter** zwischen einem **Versicherungs- und einem Investmentprodukt**. Ein beispielhafter Ausfluss dieser Zwitterstellung ist eine inkonsequent anmutende Stellung im Einkommensteuer-

⁴¹ Vgl. die Untersuchung von *Albrecht*, Alterssicherung und Vorsorgebedarf im Spannungsfeld von Versicherungs- und Investmentprodukten, insbesondere S. 7 ff.; *ders.*, in BetrAV 1999, S. 378 (384)

⁴² R 26 Abs. 1 S. 1, 5 EStR 1999

⁴³ R 129 Abs. 1 S. 1 sowie Abs. 2 S. 1 LStR 2001

⁴⁴ Zum Begriff und zur Produktgestaltung der fondsgebundenen Lebensversicherung vgl. Kapitel 2.

recht: So ist die fondsgebundene Lebensversicherung von den zum Sonderausgabenabzug zugelassenen Vorsorgeversicherungen ausgeschlossen (§ 10 Abs. 1 Nr. 2b S. 4 EStG), für die steuerliche Vergünstigung der Kapitalerträge diesen jedoch gleich gestellt (§ 20 Abs. 1 Nr. 6 S. 5 EStG). Die Versicherungskomponente reicht nach der geäußerten Auffassung der Finanzverwaltung offenbar aus, um das gemischte Produkt insgesamt als betriebliche Altersversorgung zu qualifizieren. Auch wenn die Aussagen in den Steuerrichtlinien wahrscheinlich eher versicherungs- als arbeitsrechtlich motiviert sind, macht die Praxis sie sich zu Nutze⁴⁵, auch wenn derzeit allenfalls von einem Nischendasein die Rede sein kann.

Nun ist, wie obige Statistik über die Deckungsmittel in der betrieblichen Altersversorgung zeigt, die Direktversicherung nicht gerade ein besonders beliebtes Instrument zur Durchführung von betrieblicher Altersversorgung. Es fragt sich daher, ob für die **anderen Durchführungswege nicht ähnliche Überlegungen** möglich sind. Und in der Tat: Hält man die Auffassung der Finanzverwaltung für zutreffend, so hat man in gewisser Weise schon den Fuß in der Tür. Denn der Aufbau der Absätze 1 bis 4 von § 1 BetrAVG im bislang geltenden Recht spricht dafür, dass die Tatbestandsmerkmale für das Vorliegen von betrieblicher Altersversorgung⁴⁶ unabhängig vom gewählten Durchführungsweg zu beurteilen sind. Wenn also eine fondsgebundene Direktversicherung unter das Betriebsrentengesetz fallen soll, warum dann nicht auch eine Direktzusage oder eine Unterstützungskasse, deren Leistungsplan den Tarif einer fondsgebundenen Lebensversicherung nachbildet, mit Versicherungs- oder Wertpapierrückdeckung? Dies würde z. B. die nachgelagerte Besteuerung ermöglichen.

Diese Gedanken können einen Weg eröffnen, dessen Chancen, aber auch Risiken und Komplikationen auf den ersten Blick überhaupt nicht überschaubar sind, da er praktisch und rechtlich weitgehend Neuland darstellt. Wenn man Leistungspläne ohne Mindestgarantie dem Betriebsrentengesetz unterwirft, welche Anwartschaft wird dann beispielsweise bei Ausscheiden nach Fristerfüllung unverfallbar? Auch die steuerlichen Rahmenbedingungen als notwendiger Katalysator für die Verbreitung betrieblicher Versorgungsmodelle sind nicht zu vernachlässigen. Könnte etwa für eine Leistung, die theoretisch – bei einem Börsencrash – dem völligen Verlustrisiko unterliegt, eine Pensionsrückstellung gebildet werden? Andererseits wäre dies endlich ein reales Modell, welches sich der mit so viel Nachdruck propagierten **Pensionsfondsidee** so weit angenähert hätte wie bislang kein anderes auf Basis des geltenden Rechts; es wäre gewissermaßen ein „Testläufer“ für einen wie auch immer zu gestaltenden Pensionsfonds⁴⁷. Aus diesem Grunde lohnt es sich in jedem Fall, das Thema näher zu untersuchen. Dies soll mit der vorliegenden Arbeit geschehen.

Der zentrale Begriff in dieser Untersuchung ist der **fondsgebundene Leistungsplan**. Hierunter wird jeder Leistungsplan zur betrieblichen Altersversorgung gleich welchen Durchführungsweges verstanden, der einen möglichen Tarif einer fondsgebundenen Lebensversicherung nachbildet. Die Begriffsbildung soll aber an dieser Stelle bewusst weit gefasst werden und nicht durch versicherungs- oder steuerrechtliche Erwägungen (z. B. Mindestrisikoschutz) eingeschränkt werden. Entscheidend soll sein, dass die **planmäßige Leistung** zumindest teilweise von

⁴⁵ Seng, in VW 1999, S. 930 ff.; Heidemann, in VP 1998, S. 147

⁴⁶ Dazu mehr in Tz. 4.1

⁴⁷ Hanau, in BetrAV 1998, S. 147 (149)

einer schwankenden Wertanlage abhängt und damit auch einem **Verlustrisiko** ausgesetzt ist, wie dies etwa auch bei einem reinen Investmentparplan der Fall ist. Die Filterung nach möglicher Eignung für die betriebliche Altersversorgung erfolgt dann später.

An dieser Stelle ist zu bemerken, dass die im AVmG vorgesehene **Einführung von Beitragszusagen mit Mindestgarantie** für bestimmte Durchführungswege **erheblichen Einfluss auf die arbeits- und steuerrechtliche Einstufung fondsgebundener Leistungspläne** entfalten könnte. In welcher Form die neuen Regelungen letztlich umgesetzt werden, ist nach der Ablehnung durch den Bundesrat am 16.02.2001 ungewiss. Gerade über das Erfordernis der Mindestgarantie herrscht weiterhin Streit, da diese Beschränkung Fondsprodukten einen wesentlichen Reiz nimmt und damit für die Anbieter von Investmentprodukten einen Wettbewerbsnachteil darstellt. Wie bereits erwähnt, basieren die Ausführungen in dieser Arbeit grundsätzlich auf dem **derzeit noch gültigen bisherigen Recht**. Wo zentrale Fragen betroffen sein könnten, werden sie durch eine Skizzierung der Auswirkungen des möglichen neuen Rechts ergänzt. Eine zusammenfassende Gesamtdarstellung der möglichen **Auswirkungen des neuen Rechts** erfolgt **am Ende der Arbeit in einem eigenen Kapitel**. Detailliertere Untersuchungen sind erst nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens sinnvoll.

1.7 Zum Ablauf dieser Untersuchung

Zunächst werden die fondsgebundene Lebensversicherung sowie verwandte Versicherungsprodukte behandelt, die sich für das vorliegende Untersuchungsthema eignen, wie etwa die aktienindexgebundene Lebensversicherung. Kapitel 2 gibt hierzu eine **kurze Definition** und stellt dann die Vielfalt der am Markt erhältlichen **Produktgestaltungen** mit möglichen Varianten dar. In Kapitel 3 werden die wichtigsten **versicherungsrechtlichen Grundbegriffe**, wie etwa Aufsicht, Deckungsrückstellung und Rückkaufswert erläutert und ihre Bedeutung für fonds- oder aktienindexgebundene Lebensversicherungstarife geklärt. Bis zu dieser Stelle sind alle Ausführungen auch für **Einzelversicherungen** gültig, z. B. zur privaten Altersvorsorge; Besonderheiten aus dem Einsatz innerhalb eines Arbeitsverhältnisses sind nicht angesprochen.

Kapitel 4 setzt sich mit der Möglichkeit auseinander, fondsgebundene Lebensversicherungen als **Instrument der betrieblichen Altersversorgung** einzusetzen. Im Rahmen des geltenden Rechts wird ausführlich die Frage untersucht, ob der Leistungsplan eines typischen Versicherungstarifs der Legaldefinition für betriebliche Altersversorgung in § 1 Abs. 1 BetrAVG genügt. Dabei steht die Frage nach der notwendigen Risikoübernahme im Mittelpunkt. Nachdem die **Anwendbarkeit des Betriebsrentengesetzes** im Grundsatz bejaht wird, erfolgt eine Anwendung der gefundenen Ergebnisse auf Planvarianten sowie eine Prüfung der **Übertragbarkeit auf andere Durchführungswege**. Kapitel 5 behandelt dann zahlreiche **arbeitsrechtliche Einzelfragen**, die sich vor allem aus dem Fehlen einer garantierten Endleistung ergeben, weil vielen Vorschriften des BetrAVG die Vorstellung einer solchen Garantie zu Grunde liegt. Als wichtigste seien hier Unverfallbarkeit, gesetzlicher Insolvenzschutz und Haftungsfragen genannt.

In Kapitel 6 werden die **steuerrechtlichen Rahmenbedingungen** untersucht. Diese sind deswegen so bedeutsam, weil die Erfahrung immer wieder zeigt, dass

betriebliche Altersversorgung ohne angemessene steuerrechtliche Flankierung keine praktische Aussicht auf Verbreitung hat. Zunächst geht es um die **Ertragsbesteuerung beim Arbeitgeber**. Handelsrechtliche Bilanzierungsfragen werden nur insoweit behandelt, als die entsprechenden Wertansätze auch steuerlich maßgeblich sind. Diskussionsbedarf besteht hier insbesondere zur Rückstellungsbildung für eine Direktzusage nach § 6a EStG sowie zu den Zuwendungsmöglichkeiten für eine Unterstützungskasse. Ferner wird die steuer- und sozialversicherungsrechtliche Behandlung der **Finanzierungsaufwendungen** sowie der **Versorgungsleistungen beim Arbeitnehmer** dargestellt. Besonderes Augenmerk verdient dabei die Besteuerung einer fondsgebundenen Lebensversicherung, die nicht die Voraussetzungen für die Steuerfreiheit der Kapitalerträge erfüllt. Bei aller Wichtigkeit der Aussagen in diesem Kapitel muss indes betont werden, dass es sich wegen der besonderen politischen Beeinflussbarkeit nur um eine Momentaufnahme handeln kann.

Die zunehmende Bedeutung der arbeitnehmerfinanzierten betrieblichen Altersversorgung rechtfertigt ein eigenes Kapitel über die Möglichkeit, fondsgebundene Versorgungsversprechen gegen **Gehaltsverzicht** des Arbeitnehmers zu vereinbaren. Kapitel 7 befasst sich mit den dann zu beachtenden arbeitsrechtlichen Besonderheiten und insbesondere möglichen steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Fallstricken.

In Kapitel 8 wird auf Basis der getroffenen rechtlichen Feststellungen die **praktische Eignung fondsgebundener Leistungspläne** für Versorgungszwecke aus Arbeitgeber- und Arbeitnehmersicht gewürdigt. Dabei werden auch die Vor- und Nachteile der möglichen Durchführungsformen sowie einer Finanzierung durch Gehaltsverzicht zusammenfassend herausgestellt. Weiter werden die wichtigsten Änderungen arbeits- und steuerrechtlicher Regelungen aufgelistet, die aus praktischer Sicht notwendig wären, um die Attraktivität fondsgebundener oder auch anderweitig nach dem Beitragsprimat erteilter Versorgungszusagen wesentlich zu erhöhen und damit der betrieblichen Altersversorgung wieder zu einem Aufschwung zu verhelfen.

Bis zu diesem Punkt beziehen sich die Ausführungen der Arbeit mit Ausnahme einiger ergänzender Bemerkungen auf den derzeit gültigen Rechtsstand. Kapitel 9 rundet diese Darstellung durch eine Bewertung der durch das **Altersvermögensgesetz** vorgesehenen Änderungen ab. Ein wichtiges Resultat der hier geführten Auseinandersetzung ist die Aussage, dass das neue Recht die **bislang bestehenden Möglichkeiten nicht einschränkt, sondern lediglich ergänzt**, so dass die Erkenntnisse aus den vorangehenden Kapiteln weiterhin bedeutsam bleiben. Die Ausführungen zum AVmG geben über weite Strecken eine zwangsläufig sehr persönliche Sichtweise des Verfassers wieder. Denn zum einen ist das Gesetzgebungsverfahren noch nicht abgeschlossen. Zum anderen bleibt abzuwarten, wie die ersichtlich verbleibenden Unklarheiten von der betrieblichen und auch rechtlichen Praxis aufgenommen werden.

Kapitel 10 bringt eine kurze Zusammenfassung der wichtigsten in der Arbeit gefundenen Ergebnisse.

Kapitel 2

Produktgestaltung der fondsgebundenen Lebensversicherung

2.1 Begriffsbestimmung

2.1.1 Lebensversicherung

Der Begriff der Lebensversicherung ist gesetzlich nicht definiert. Ohne inhaltlich nähere Bestimmung kann man hierunter alle Versicherungsverträge zu verstehen, die von Lebensversicherungsunternehmen im Rahmen ihres Geschäftsbetriebes abgeschlossen werden, wie Kapitalversicherungen auf den Todes- und Erlebensfall, Leibrentenversicherungen, Pensionsrentenversicherungen, Risiko-Lebensversicherungen, selbständige Berufsunfähigkeitsversicherungen sowie Unfalltod- und Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherungen⁴⁸. Diese Begriffsbestimmung mag tautologisch erscheinen, ist jedoch im Hinblick auf die von der Aufsichtsbehörde nach § 5 Abs. 1 VAG erforderliche Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb verständlich. Diese Erlaubnis ist nach § 6 Abs. 2 VAG i. V. m. Anlage A Nr. 19 für das Lebensgeschäft gesondert zu erteilen.

Eine inhaltliche Begriffsklärung kann an Hand des aufsichtsrechtlichen Versicherungsbegriffs vorgenommen werden. Wesensnotwendig für den Betrieb von Versicherungsgeschäft ist danach die entgeltliche Übernahme eines wirtschaftlichen Risikos auf Grund einer Kalkulation, nach der die erforderlichen Mittel ganz oder im Wesentlichen durch die Gesamtheit der Entgelte aufgebracht wird⁴⁹ (**Risikoausgleich im Kollektiv**). Die Lebensversicherung ist dann dadurch charakterisiert, dass es von der Dauer des menschlichen Lebens oder vom Eintritt oder Nichteintritt bestimmter Tatsachen (z. B. Berufsunfähigkeit) im Laufe des menschlichen Lebens abhängt, ob oder wann oder in welchem Umfang zu leisten ist oder wie hoch das Entgelt ist⁵⁰. Wichtig ist in diesem Zusammenhang nur, dass es bei reinen Sparvorgängen, in denen bei Eintritt des vertraglich vereinbarten Versicherungsfalls lediglich die aus den Beiträgen angesammelten Deckungsmittel

⁴⁸ H-BetrAV 1, Kap. 70 Tz. 136; *Kessel*, in BetrAV 1975, S. 97 (97)

⁴⁹ *Prölss/Schmidt – Schmidt*, VAG, § 1 Rz. 15

⁵⁰ *Prölss/Schmidt – Schmidt*, a. a. O.; diese Definition erfordert noch eine Abgrenzung von Unfall- und Krankenversicherungen, was hier aber nicht mehr weiter problematisiert werden soll

tel zu leisten sind, an dieser notwendigen Risikoübernahme fehlt. Auch wenn eine solche Gestaltung mit einem Unternehmen der Lebensversicherung vereinbart wird, liegt kein Versicherungsgeschäft, sondern ein atypischer Sparvertrag vor⁵¹. Fragen nach einem erforderlichen Mindest-Risikoschutz⁵² mögen aus steuerrechtlichen Gründen ihre Berechtigung haben, sie sollen hier jedoch nicht problematisiert werden, da es – wie angedeutet – zunächst um möglichst breit gefächerte Vorlagen für Leistungspläne in der betrieblichen Altersversorgung geht⁵³.

2.1.2 Fondsgebundene Lebensversicherung

Auch für die fondsgebundene Lebensversicherung gibt es keine Legaldefinition. Zwar wird im Einkommensteuergesetz in zwei Bestimmungen (§§ 10 Abs. 1 Nr. 2 S. 2, 20 Abs. 1 Nr. 6 S. 5 EStG) auf den Begriff Bezug genommen, jedoch ohne ihn zu erläutern. In der versicherungswirtschaftlichen Literatur wird hierunter ein Lebensversicherungsvertrag verstanden, dessen **Leistungsversprechen** zumindest hinsichtlich des Erlebensfalles nicht auf die Zahlung eines festen Geldbetrags gerichtet, sondern **primär auf eine Sachleistung** bezogen ist, die in **Wertpapieren**, insbesondere Anteilscheinen an einem von einer Kapitalanlagegesellschaft verwalteten Sondervermögen besteht⁵⁴. Für solche Verträge sieht § 54b Abs. 1 VAG abweichend von der Grundvorschrift in § 54a VAG eine **gesonderte Form der Kapitalanlage** vor⁵⁵. Von daher erscheint es naheliegend, alle Vertragsgestaltungen unter den Begriff der fondsgebundenen Lebensversicherung zu fassen, die den Tatbestand des § 54b Abs. 1 VAG erfüllen. Teilweise wird der Begriff auch auf Verträge ausgedehnt, bei denen die Leistung an einen Index gebunden ist und von daher auch der Höhe nach ungewiss ist, aber dennoch in Geld zu erbringen ist⁵⁶. Wegen der z. T. abweichenden Anlagevorschriften für indexgebundene Lebensversicherungen in § 54b Abs. 2 VAG sollten jedoch beide Begriffe auseinander gehalten werden⁵⁷.

Das entscheidende Abgrenzungskriterium zwischen der konventionellen und der fondsgebundenen Lebensversicherung kann damit in der Anlageform gesehen werden. Bei der konventionellen Lebensversicherung werden die Beiträge der Versicherten in einem Deckungsstock angelegt, der sich nach im Rahmen von § 54a VAG freier Entscheidung des Versicherungsunternehmens aus einem Mix verschiedener Vermögensgegenstände zusammensetzt. Diese Gegenstände können jedoch nicht individuell, sondern nur insgesamt pro Abrechnungsverband den Versicherungsverhältnissen zugeordnet werden. Dagegen verlangt § 54b Abs. 1 VAG für die fondsgebundene Lebensversicherung die Bildung eines separaten

⁵¹ BFH, Urteil vom 09.09.1990 – VI R 164/89, in BStBl. II 1991, S. 189

⁵² So gefordert im BMF-Schreiben vom 06.12.1996 – IV B 1 – S 2221 – 301/96, in BStBl I S. 1438, inhaltlich gleich lautende Bestimmungen in den Einkommen- sowie Lohnsteuer-richtlinien; zusammenfassend *Hanau/Arteaga*, Gehaltsumwandlung, Kap. C Rz. 366

⁵³ Auf die entsprechenden Probleme wird noch im Zusammenhang mit dem Einsatz fondsgebundener Lebensversicherungen für die betriebliche Altersversorgung einzugehen sein, insbesondere unter Tz. 4.1.3

⁵⁴ *Greb*, in: Handwörterbuch der Versicherung, S. 427

⁵⁵ Dazu mehr in Tz. 3.4

⁵⁶ *Prölss/Schmidt – Lipowsky*, VAG, § 54b Rz. 1

⁵⁷ *Horlemann*, in DB 1998, S. 743

Anlagestocks, in dem genau die nach dem einzelnen Versicherungsvertrag geschuldeten Werte individuell zu führen sind⁵⁸.

Die Leistungen der fondsgebundenen Lebensversicherung im Todesfall können sehr unterschiedlich sein. Üblicherweise wird eine gewisse Summe als Mindestgesamtleistung oder als Leistung zusätzlich zum Wert der vorhandenen Fondsanteile vereinbart.

Wirtschaftlich besteht der Unterschied zur konventionellen Kapitalversicherung vor allem in der unmittelbaren **Beteiligung des Versicherungsnehmers am Anlageergebnis**. Während bei der Kapitallebensversicherung die Leistungen mit einem vorsichtig angesetzten Garantiezins kalkuliert werden und zwangsläufig zu erwartende Überschüsse aus der Kapitalanlage nur mit teilweise erheblichen Verzögerungen sowie unter völliger Ausklammerung der sog. stillen Reserven an die Versicherten weitergegeben werden, schlagen sich bei der fondsgebundenen Lebensversicherung Kursschwankungen der Fondsanlage unmittelbar im Wert der Versicherung nieder. Stille Reserven gibt es nicht, explizite Überschüsse können nur aus anderen Quellen als der Kapitalanlage, also insbesondere aus dem Risiko- und Verwaltungskostenergebnis entstehen. Der Anleger hat dadurch die Chance, an überdurchschnittlichen Kursgewinnen teilzuhaben, er trägt jedoch auch das Risiko eines Wertverlustes seiner Anlage⁵⁹.

2.1.3 Indexgebundene Lebensversicherung

Die indexgebundene Lebensversicherung ist ein Lebensversicherungsvertrag, der die Versicherungsleistungen von der **Entwicklung eines Aktienindex** oder eines **ähnlichen Bezugswertes abhängig macht** (vgl. § 54b Abs. 2 VAG). Der Unterschied zur fondsgebundenen Lebensversicherung besteht vor allem darin, dass hier keine Sach-, sondern eine **Geldleistung** versprochen wird, deren Entwicklung allerdings an ungewisse Verläufe wie Börsenkurse gekoppelt wird.

2.2 Produktvarianten

2.2.1 Modelle der Literatur

In der älteren Literatur werden für die Klassifizierung der unterschiedlichen Gestaltungsformen der fondsgebundenen Lebensversicherung die Modellbezeichnungen A1 bis A3, A6 und B verwendet⁶⁰. Die **A-Modelle** unterscheiden sich dabei nur hinsichtlich ihres Todesfallschutzes. Ihnen ist gemeinsam, dass die vereinbarte Beitragsleistung in der einmaligen oder laufenden Zahlung eines **festen Beitrags** besteht, während bei **Modell B** die Beitragsleistung **in Anteilen des Fonds** festgelegt ist, mithin die Wertentwicklung des Fonds auch den Geldwert der geschuldeten Beiträge bestimmt. Modell B hat damit den Charakter einer Fremd-

⁵⁸ *Kurzendörfer*, Lebensversicherung, S. 89

⁵⁹ *Heidemann*, in VP 1998, S. 125 (126); *Hagelschuer*, Lebensversicherung, S. 50 f.; *Kurzendörfer*, Lebensversicherung, S. 88

⁶⁰ *Claus/Müller*, in VerBAV 1970, S. 44 (46); *Schneider*, Fondsgebundene Lebensversicherung, S. 52 ff.

währungsversicherung⁶¹. Dieses Modell hat sich jedoch in der Praxis nicht durchsetzen können⁶². Es sei daher nur der Vollständigkeit halber erwähnt.

Bei **Modell A1** ist eine **Mindest-Todesfallsumme** garantiert. Im Todesfall wird also das vorhandene Anlageguthaben, soweit es den Garantiewert nicht erreicht, auf diesen aufgestockt. Das bedeutet, dass ein riskiertes Kapital nur solange und soweit besteht, wie der Wert der auf die Versicherung entfallenden Fondsanteile geringer als die garantierte Todesfallleistung ist. Wird dieser Wert überschritten, so reduziert sich die Versicherung im Prinzip auf einen Sparvorgang.

Bei **Modell A2** ist eine **Mindest-Risikosumme** (zusätzlich zum Wert der vorhandenen Anteile) garantiert. Die Höhe entspricht der Risikosumme einer nach Beitrag und Dauer vergleichbaren gemischten Kapitallebensversicherung. Es ist also immer ein „Schatten-Deckungskapital“ in einer Vergleichsrechnung zu ermitteln⁶³. Auf diese Weise ist sicher gestellt, dass das unter Risiko stehende Kapital während der ganzen Versicherungsdauer positiv bleibt. Allerdings kann die Gesamtleistung im Todesfall bei Kursverfall der Fondsanlage ausgesprochen dürftig ausfallen, da die Garantiesumme mit fortschreitender Vertragsdauer immer weiter fällt. Außerdem mutet die Anlehnung der Garantie an die Kapitalversicherung bei der fondsgebundenen Lebensversicherung künstlich an.

Modell A3 stellt eine **Mischung** der beiden vorgenannten Modelle dar. Es kombiniert die in den Modellen A1 und A2 bestehenden Garantien mit der Maßgabe, dass im Versorgungsfall der höhere der beiden errechneten Beträge zu Auszahlung kommt.

Während bei den Modellen A1 bis A3 der Beitrag aus der Höhe des vorgegebenen Todesfallschutzes wie bei einer gemischten Kapitalversicherung bestimmt wird, beschreitet **Modell A6** den umgekehrten Weg: Aus einem **vorgegebenen Beitrag** wird der **Todesfallschutz** aus der Summe der während der gesamten Versicherungsdauer zu erbringenden Beiträge berechnet. Der für die Kapitalanlage verbleibende Sparanteil der Beiträge steht daher anders als bei den anderen A-Modellen nicht in einem festen Verhältnis zum Gesamtbeitrag, sondern variiert mehr oder weniger stark nach Geschlecht und Eintrittsalter⁶⁴.

2.2.2 Standardtarif

Die idealtypische Beschreibung durch die vorgenannten Modelle kann die heute vorkommende Produktpalette der fondsgebundenen Lebensversicherung nicht annähernd erfassen. So hat sich z. B. das Modell A2 mit der an einer Kapitallebensversicherung orientierten Risikosumme nicht durchsetzen können⁶⁵. Bei den Modellen A1 und A6 besteht wiederum die Möglichkeit, dass die Versicherung in einen reinen Sparvorgang ausartet. Dies ist nämlich dann der Fall, wenn der Wert des Anlageguthabens über die garantierte Todesfallsumme steigt. Solche Tarifformen hat das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen (BAV) in der

⁶¹ Lührs, Lebensversicherung, S. 63

⁶² Zu den zwangsläufigen Unsicherheiten dieses Modells kommt als weiterer Nachteil der fehlende Cost-Average-Effekt (dazu unten Tz. 2.2.4) hinzu; vgl. Greb, Fondsgebundene Lebensversicherungen, S. 427 (428)

⁶³ Lührs, a. a. O.

⁶⁴ Sax, in VerBAV 1990, S. 232 (234)

⁶⁵ Sax, a. a. O. (233)

Zeit vor der Deregulierung der Lebensversicherungsmärkte für nicht mehr genehmigungsfähig gehalten⁶⁶. Obwohl ein solcher Fall bislang noch nicht die Finanzgerichte beschäftigt hat, ist nicht auszuschließen, dass spätestens ab dem Zeitpunkt, in dem durch die Wertentwicklung des Fonds das riskierte Kapital der Versicherung auf Null fällt, die Kapitalertragsteuerfreiheit nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG aberkannt wird.

Die heute gebräuchlichste Tarifform geht von einem **festen laufenden Beitrag** aus. Die **Mindestleistung im Todesfall** bestimmt sich aus der **Beitragssumme**; sie beträgt aus steuerlichen Gründen zumeist **mindestens 60%**. Beitragssumme ist die Summe aller nach dem Versicherungsvertrag während der gesamten Versicherungsdauer zu zahlenden Beiträge. Damit zu jedem Zeitpunkt ein positives riskiertes Kapital vorhanden ist, ist die Vereinbarung einer **Mindestrisikosumme** etwa in Höhe von **5% der Beitragssumme** oder **1% vom Wert des Anlageguthabens** üblich, die in jedem Falle zusätzlich zum Wert der gutgeschriebenen Anteile zur Auszahlung kommt. Diejenigen Beitragsanteile, die nicht für die Kosten oder das Risiko benötigt werden, also die Sparanteile, werden der Versicherung in Anteileneinheiten des jeweiligen Fonds gutgeschrieben⁶⁷.

In der Terminologie der Literatur kann diese Standardform am ehesten als Mischung der Modelle A3 und A6 eingestuft werden.

2.2.3 Varianten im Todesfallschutz

Hinsichtlich des Todesfallschutzes sind – von der Höhe abgesehen – zunächst einmal die in den Literaturmodellen beschriebenen Varianten möglich. Die Gestaltungsfreiheit ist hier nahezu unbegrenzt. So kann z. B. je nach Bedarf auch ein fallender Todesfallschutz vereinbart werden. Die Praxis orientiert sich vor allem an den **steuerlichen Anforderungen**⁶⁸. Da die fondsgebundene Lebensversicherung von ihrer Konzeption her eher risikofreudige und entsprechend renditebewusste Kunden anspricht – zumindest im Vergleich zur klassischen Kapitallebensversicherung –, ist das Bedürfnis, über den von der Finanzverwaltung geforderten Mindesttodesfallschutz zu Lasten der Erlebensfallrendite hinauszugehen, eher selten anzutreffen.

Aus versicherungsrechtlicher Sicht erscheint es auch denkbar, auf einen Todesfallschutz ganz zu verzichten. Nur wenn dann im Todesfall die angesammelten Deckungsmittel ausgezahlt werden, liegt ein risikoloser Sparvorgang vor. **Verfällt** dagegen **das Guthaben bei Tod** renditeerhöhend zu Gunsten der Versicherten-gemeinschaft, wäre der erforderliche **Risikoausgleich im Kollektiv gegeben**. Sinn könnte dies für Ledige ohne versorgungsbedürftige Hinterbliebene machen. Wegen der steuerlichen Benachteiligung eines solchen Modells gegenüber dem reinen Investmentsparen⁶⁹ dürfte es sich allerdings eher um eine theoretische Variante handeln.

⁶⁶ Sax, a. a. O. (237)

⁶⁷ Eine solchen Tarifgestaltung legen z. B. die Musterbedingungen des BAV für die fondsgebundene Lebensversicherung zu Grunde, vgl. VerBAV 1990, S. 89 ff.

⁶⁸ Vgl. BMF-Schreiben vom 06.12.1996 – IV B 1 – S 2221 – 301/96, in BStBl I S. 1438, unter Tz. 7 für fondsgebundene Lebensversicherungen

⁶⁹ Vgl. dazu ausführlich Tz. 6.3.3

2.2.4 Beitragsvarianten

Wie bei der gewöhnlichen Kapitalversicherung ist es auch bei der fondsgebundenen Lebensversicherung nicht erforderlich, dass während der gesamten Versicherungsdauer ein laufender Beitrag in gleicher Höhe gezahlt wird.

Auf der eine Seite besteht die Möglichkeit, die **Beitragszahlungsdauer bis hin zur Einmalprämie abzukürzen**. Allerdings verweigert bei einer Beitragszahlungsdauer von weniger als fünf Jahren die Finanzverwaltung die steuerliche Anerkennung (z. B. Abschn. 129 Abs. 2 S. 4, 5 LStR). Das gilt auch bei der wiederholten Zahlung von Einmalprämien, obwohl gerade diese freie Gestaltung für börsenkundige Anleger die Möglichkeit eröffnet, bei günstigen Einkaufspreisen zu investieren; Voraussetzung sind hier freilich höhere Anlagebeiträge als bei der gleich bleibenden Zahlung. An dieser Stelle ist zudem zu erwähnen, dass die Zahlung eines festen laufenden Beitrags bei schwankenden Börsenkursen generell zu einem relativ günstigen Durchschnittspreis führt. Denn bei niedrigen Kursen, also günstigem Kaufzeitpunkt, werden automatisch mehr Anteile erworben als bei hohen Kursen. Dieser Umstand wird als **Cost-Average-Effekt** bezeichnet.

Auf der anderen Seite kann von vornherein eine **Beitragsdynamik** vereinbart werden, etwa ein laufender Beitrag, der proportional zum Höchstbeitrag in der gesetzlichen Rentenversicherung steigt. Dies schwächt etwas den Cost-Average-Effekt, ermöglicht jedoch dem Versicherungsnehmer, ohne erneute Gesundheitsprüfung in den Genuss einer höheren Versicherungsleistung zu kommen.

2.2.5 Anlagevarianten

Bei der konventionellen Lebensversicherung ist die Kapitalanlage nicht Gegenstand des Versicherungsvertrags. Das Anlageergebnis ist nicht individualisierbar und unterliegt infolge der Anlagevorschriften des § 54a VAG im allgemeinen auch nur relativ geringen Schwankungen⁷⁰. Dagegen ist das Anlageportfolio – also der Fonds – bei der fondsgebundenen Lebensversicherung von entscheidender Bedeutung für die Wertentwicklung der Versicherung.

Für die Zusammensetzung des Fonds kommen in erster Linie **Aktien** und – als Beimischung – **Immobilien** in Frage. Bei den Aktien kann je nach Risikobereitschaft eher in chancenorientierte Wachstumspapiere oder in sicherheitsorientierte Standardtitel investiert werden. Spekulative Titel haben eine geringere Bedeutung, da der potenzielle Interessent solcher Anlagen im allgemeinen lieber direkt am Börsengeschehen teilnimmt. Rentenpapiere sind weniger geeignet, haben aber eine Bedeutung, wenn auch im Erlebensfall eine Mindestleistung garantiert werden soll.

Es ist möglich, aber nicht zwingend, dass während der gesamten Laufzeit in den gleichen Fonds investiert wird. Viele Versicherer haben aber auch mehrere Fonds zur Auswahl und bieten die Möglichkeit, im laufenden Vertrag durch einen Wechsel des Fonds **die Anlage umzuschichten** (sog. **Switch**). Sinnvoll kann es bei einer zum Zwecke der Altersvorsorge bestehenden Versicherung insbesondere sein, in den letzten Jahren der Versicherungsdauer von einer eher riskanten, chancenorientierten Anlage auf sicherere Papiere umzuschichten. Für das Switchen

⁷⁰ Vgl. *Albrecht*, in *BetrAV* 1999, S. 378 ff.

wird häufig eine einmalige Extragebühr verlangt; teilweise ist aber auch ein Wechsel im Jahr gebührenfrei. Gravierender als die Gebühr ist aber das Risiko, dass ein solcher Wechsel als Vertragsänderung die steuerlich wirksame Frist von 12 Jahren unterbricht und damit nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG Kapitalertragsteuerpflicht auslöst⁷¹.

Eine weitere Anlagevariante ist die **Investition in einen Pool von mehreren Fonds**. Die prozentuale Zusammensetzung des individuellen Anlageportfolios legt der Versicherungsnehmer zu Beginn des Vertrags fest. Auch hier ist späteres Switchen möglich. Dieses Verfahren erlaubt eine Risikostreuung nach individuellen Gesichtspunkten, erfordert jedoch einige Börsenkenntnis, wenn der Nutzen über den psychologischen Vorteil der Wahlfreiheit hinaus gehen soll.

Eine bequeme und steuerlich unbedenkliche Alternative zum Fondswechsel stellen die sog. **Managed Funds** dar. Hier wird die Zusammensetzung der Anlage von einer professionellen Fondsverwaltung gesteuert. Dabei kann nicht nur in einzelne Titel, sondern auch in (Unter-)Fonds investiert werden (sog. **Dachfonds**). Der Anleger selbst hat auf diese Vorgänge keinen unmittelbaren Einfluss. Damit kommt es aber auch zu keiner steuerlich wirksamen Verfügung.

2.2.6 Weitere Gestaltungsmöglichkeiten

Mit Blick auf die Unsicherheit der Kapitalanlage bei der fondsgebundenen Lebensversicherung werden dem Versicherungsnehmer häufig zusätzliche Möglichkeiten eingeräumt, das künftige Risiko zu modifizieren, zu begrenzen oder ganz auszuschließen. Entsprechende Klauseln finden sich auch in den Musterbedingungen des BAV⁷².

So findet sich in § 7 der Muster-AVB das Recht, die fondsgebundene Lebensversicherung jederzeit in eine „auf DM lautende Versicherung“, d. h. **in eine gewöhnliche Kapitallebensversicherung umzuwandeln**. Die Umwandlung erfolgt nach Ziff. 7.3 des BAV-Mustergeschäftsplans⁷³ durch Einzahlung des zum Umwandlungstichtag vorhandenen Deckungskapitals als Einmalbeitrag in eine Kapitallebensversicherung⁷⁴. Bereits eingetretene Wertverluste der Fondsanlage können durch die Umwandlung selbstverständlich nicht umgangen werden.

Damit der Versicherungsnehmer bei Fälligkeit der Ablaufleistung nicht gezwungen ist, in einem Kurstief aus der Anlage auszusteigen, wird ihm üblicherweise das Recht eingeräumt, die Laufzeit durch einseitige Erklärung um bis zu fünf Jahre **beitragsfrei zu verlängern**⁷⁵. Innerhalb der Verlängerungsfrist kann er dann den aus seiner Sicht günstigsten Ausstiegszeitpunkt selbst bestimmen. Bei einer Kündigung fallen dann **keine sonst üblichen Stornoabzüge** mehr an⁷⁶.

Bei allen Gestaltungsmöglichkeiten ist freilich die mögliche steuerschädliche Wirkung einer Ausübung zu beachten.

⁷¹ Vgl. Tz. 6.3.2 sowie *Horlemann*, in DB 1998, S. 743

⁷² Abgedruckt in VerBAV 1990, S. 89 ff.

⁷³ Abgedruckt in VerBAV 1990, S. 3 ff.

⁷⁴ *Sax*, in VerBAV 1990, S. 324 (330)

⁷⁵ Z. B. § 10 Abs. 1 Muster-AVB, Ziff. 7.4 Mustergeschäftsplan

⁷⁶ § 10 Abs. 3 Muster-AVB

2.2.7 Erlebensfallgarantien

Üblicherweise gibt es bei der fondsgebundenen Lebensversicherung nur im Todesfall eine garantierte Leistung, während die Leistungshöhe bei Ablauf allein von der Kursentwicklung des Fonds abhängt und somit je nach Börsenlage und Zusammensetzung des Fonds beliebig tief fallen kann. Der Versicherungsnehmer trägt also insoweit sowohl das Zins- als auch das Kapitalanlagerisiko. Es sind jedoch auch Tarife möglich, bei denen auch für den Erlebensfall eine Garantieleistung in Höhe der gezahlten Beiträge oder sogar einschließlich einer **Mindestverzinsung** versprochen wird⁷⁷. Zum einen kann der **Investmentfonds gegen Wertverlust abgesichert** sein. Zum anderen ist ein **selbständiges Versprechen durch das Versicherungsunternehmen** möglich. In beiden Fällen geht die erforderliche Absicherung des Anlage- und ggf. Zinsrisikos zu Lasten der Rendite, einmal innerhalb des Fonds, im anderen Fall durch den zusätzlichen Absicherungsbedarf des Versicherungsunternehmens (vgl. § 54b Abs. 3 S. 2 VAG)⁷⁸.

Gerade für Zwecke der Altersvorsorge verdienen die Produktvarianten mit Garantieleistung im Erlebensfall eine besondere Beachtung, weil der Versicherungsnehmer einen festen Geldbetrag für Versorgungszwecke einplanen kann. Sofern das **AVmG** mit der vorgesehenen **Beitragszusage mit Mindestleistung** im Betriebsrentenrecht sowie **steuerlicher Förderung von Altersvorsorgeverträgen** in Kraft tritt, werden Produkte mit entsprechender Garantie stark an Bedeutung gewinnen. Man wird sich jedoch fragen müssen, ob zumindest bei einer über das eingesetzte Kapital hinausgehenden Garantie noch ein nennenswerter Renditevorteil der Fondspolice gegenüber der konventionellen gemischten Kapitalversicherung verbleibt.

2.2.8 Fondsgebundene Rentenversicherung

Neben der fondsgebundenen Lebensversicherung, bei der im Erlebensfall die Leistung in einer Summe fällig wird, besteht auch die Möglichkeit, **laufende Leistungen** zu vereinbaren. In diesem Falle liegt eine fondsgebundene Rentenversicherung vor⁷⁹. Üblicherweise handelt es sich hierbei in der Anwartschaftsphase um eine gewöhnliche fondsgebundene Lebensversicherung, deren Anlageguthaben (Fondsanteile) beim vereinbarten Rentenbeginn veräußert und in eine sofort beginnende gewöhnliche Rentenversicherung eingezahlt wird. Während also in der Anwartschaftsphase infolge von Kursschwankungen Unsicherheit über die Höhe der späteren Versorgungsleistungen besteht, wird **bei Rentenbeginn die Fondsbindung aufgehoben** und eine lebenslängliche Rente in garantierter Höhe gezahlt. Möglich ist auch eine Garantielaufzeit von z. B. fünf Jahren, über die die Rente unabhängig vom Erleben gezahlt wird.

Soweit ersichtlich existieren aber keine Tarife, bei denen auch in der Phase laufender Leistung noch eine Fondsbindung besteht. Eine Ausnahme bilden sog. **Teilauszahlungstarife**, die nach einem vorher festgelegten Plan Leistungen aus dem Fondsguthaben vorsehen. Wegen des Kursrisikos müssen solche Pläne

⁷⁷ Vgl. ausführlich *Kurz*, Die Fondsgebundene Lebensversicherung mit Mindestgarantie, S. 8 ff.

⁷⁸ Vgl. zu diesen unterschiedlichen Varianten ausführlich *Strasser/Sommer*, in VW 2000, S. 1353 ff.

⁷⁹ Vgl. Marktübersicht Fondsgebundene Rentenversicherungen, in VP 2000, S. 34 f.

zwangsläufig entweder zu Zahlungen von schwankender Höhe oder von ungewisser Dauer führen. Soweit die Summe in wenigen, vielleicht fünf bis maximal zehn Jahresraten erbracht wird, kann man sie unter Vorsorgegesichtspunkten als gestreckte Kapitalzahlung mit steuerlichen Vorteilen rechtfertigen. Problematisch wäre ein solcher Tarif aber insbesondere dann, wenn er konzeptionell auf lebenslänglich laufende Leistungen ausgerichtet ist und man die Zahlungen wegen Kursverfalls vorzeitig kürzen oder gar einstellen müsste.

Ein zusätzlicher Todesfallschutz gehört nicht zum Wesensmerkmal der fondsgebundenen Rentenversicherung und ist auch für die steuerliche Begünstigung nicht erforderlich. **Stirbt der Versicherungsnehmer vor Ablauf** der vereinbarten Versicherungsdauer, so werden häufig nur die tatsächlich **gezahlten Beiträge erstattet**. Nach einigen Jahren Laufzeit bei zumindest durchschnittlicher Anlageentwicklung fällt dies hinter den Wert des Deckungskapitals zurück; mithin besteht dann ein negatives Risikokapital. Das versicherungstypische Risiko ist hier hauptsächlich in der Ungewissheit über die Lebenserwartung und damit der Rentenzahlungsdauer zu sehen. Die Versicherungsgesellschaft trägt also das Langlebigerkeitsrisiko.

Fondsgebundene Rentenversicherungen werden auch mit **Kapitalwahlrecht** angeboten. Im Falle der Ausübung des Kapitalwahlrechts wird bei Erleben des Ablaufalters wie bei der normalen fondsgebundenen Lebensversicherung das Anlageguthaben bzw. der Gegenwert in einer Summe ausgezahlt. Möglich ist auch die Übertragung der gebildeten Fondsanteile auf ein Bankdepot. Wegen des fehlenden Todesfallschutzes kann aber bei der fondsgebundenen Rentenversicherung ein höherer Teil der Beiträge zum Aufbau des Fondsvermögens verwendet werden, so dass eine dementsprechend höhere Endleistung als bei einer nach Laufzeit und Beitrag vergleichbaren Fondspolice zu erwarten ist. Diese Versicherungsform eignet sich besonders für Ledige ohne zu versorgende Hinterbliebene. Die Frage nach der **Abgrenzung zum reinen Sparvorgang** ist allerdings berechtigt, da die Ausübung des Kapitalwahlrechts im Ergebnis einen Verzicht auf das einzige Risikoelement darstellt. Gleichwohl ist eine solche Vertragsgestaltung unter bestimmten Voraussetzungen noch steuerbegünstigt (vgl. § 10 Abs. 1 Nr. 2b cc EStG). Offenbar wird hier das durch die mögliche Nichtausübung des Kapitalwahlrechts bedingt übernommene Langlebigerkeitsrisiko als ausreichende Motivation angesehen.

Im übrigen entsprechen die Gestaltungsmöglichkeiten der fondsgebundenen Rentenversicherung denen der Kapitaltarife.

2.2.9 Fondsgebundene Gewinnverwendung bei Kapitallebensversicherungen

Bei einigen Kapitallebensversicherungstarifen besteht die Möglichkeit, die während der Laufzeit anfallende Überschussbeteiligung in einem Fonds anzulegen. Die garantierte Versicherungsleistung bleibt dadurch während der gesamten Versicherungsdauer konstant. Dafür wird bei Eintritt des Versicherungsfalls die Versicherungssumme zuzüglich des angesammelten Fondsguthabens geleistet. Man könnte diese Versicherungsform als schwächste Form der fondsgebundenen Le-

bensversicherung bezeichnen⁸⁰. Technisch handelt es sich jedoch um eine **normale gemischte Lebensversicherung** mit einer **besonderen Anlageform für die Überschüsse**. Auch hinsichtlich der Gewinnanteile liegt streng genommen keine fondsgebundene Lebensversicherung vor, sofern sie in dem Fonds lediglich angespart werden, ohne dass ein Teil zur Finanzierung (zusätzlicher) Risikoleistungen verwendet wird. Es dürfte indes kaum praktikabel sein und zudem wenig Sinn machen, einen solchen Vertrag in zwei verschiedene Versicherungstypen mit unterschiedlichen Rechtsfolgen (z. B. § 10 Abs. 1 Nr. 2 EStG) zu zerlegen. Vielmehr wird man von einer gemischten Kapitalversicherung ausgehen können. Wirtschaftlich kommt die fondsgebundene Gewinnbeteiligung dagegen dem zuvor beschriebenen Tarif mit Garantieverzinsung im Erlebensfall recht nahe. Dort entfällt lediglich der Umweg über die zwischengeschaltete Überschussbeteiligung.

2.2.10 Aktienindexgebundene Lebensversicherung

Die aktienindexgebundene Lebensversicherung stellt eine Weiterentwicklung der fondsgebundenen Lebensversicherung dar⁸¹. Es handelt sich um ein in Deutschland relativ neues Produkt, bei dem sich das Leistungsversprechen zwar an einem **Index mit ungewisser Wertentwicklung orientiert**, jedoch nicht auf die zu Grunde liegenden Papiere als Sachleistung gerichtet ist. Dies schlägt sich in der Kapitalanlagevorschrift des § 54b Abs. 2 VAG nieder, der zwar einen Bezug der Anlagegegenstände zu dem Referenzindex verlangt, anders als in § 54b Abs. 1 VAG jedoch keine völlige Identität von Leistung und Anlage vorsieht. Die Gestaltungsmöglichkeiten sind deutlich vielfältiger als bei den Fondspolizen. Neben der Beteiligung an einem Kursindex ist die aktienindexgebundene Lebensversicherung – anders als die fondsgebundenen Tarife – üblicherweise mit **Mindestgarantien variabler Ausprägung** ausgestattet. Hier sind nicht nur Kapitalanlage- und Zinsgarantien bezogen auf die Gesamtlaufzeit möglich, es können auch bezogen auf kürzere Perioden Anlageerfolge garantiert werden, so dass ähnlich der Kapitallebensversicherung zwischenzeitliche Indexgewinne „gutgeschrieben“ werden können, die dann auch bei späteren Kursverlusten nicht mehr verloren gehen.

Je umfangreicher die vertraglich eingeräumten Mindestgarantien sind, desto geringer ist korrespondierend der Anteil, mit dem die Entwicklung der Versicherungsleistung an Steigerungen des Referenzindex teilnimmt (der sog. **Partizipationsatz**). Das mit den Mindestgarantien eingegangene Risiko ist auch von der aktuellen Kapitalmarkt- und Börsensituation, insbesondere von der Zinsstruktur und der Volatilität der Aktienmärkte abhängig⁸², so dass das konkrete Leistungsangebot für Neuabschlüsse in relativ kurzen Zeiträumen überprüft werden muss. Aus diesem Grund werden aktienindexgebundene Lebensversicherungen im allgemeinen in jeweils begrenzten Tranchen auf den Markt gebracht.

⁸⁰ *Schneider*, Fondsgebundene Lebensversicherung, S. 54

⁸¹ vgl. *Ruß*, Die Aktienindexgebundene Lebensversicherung mit garantierter Mindestverzinsung in Deutschland, 1999

⁸² *Ruß/Schittenhelm*, in Blätter der DGVM 1998, S. 489

2.2.11 Fondssparen mit Risikoversicherung

Als Alternative zur fondsgebundenen Lebensversicherung kann sich eine Kombination aus einer Risikolebensversicherung und einem Investmentssparplan mit Anlage in Fonds anbieten. Es handelt sich um **zwei selbstständige Verträge**, die zum einheitlichen Produkt fondsgebundene Lebensversicherung einige charakteristische Unterschiede aufweist. Zum einen wird im Todesfall nicht eine Gesamtleistung, sondern die Summe von zwei nicht aufeinander abgestimmten Leistungen gezahlt. Für den Investmentteil fallen keine Abschlusskosten an, die bei der Versicherung vor allem zu Beginn zu Lasten der Sparprämien gehen. Dafür wird laufend ein Ausgabeaufschlag fällig. Schließlich ist die steuerliche Behandlung völlig anders. Zwar gibt es kein § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG entsprechendes Steuerprivileg, jedoch verteilt sich der kapitalertragsteuerepflichtige Zufluss auf die Laufzeit des Fondssparplans und findet nicht auf einen Schlag bei der Auszahlung statt.

Der Vorteil des Fondssparens mit Risikoversicherung besteht demzufolge vor allem in flexibleren, mit weniger Einbußen (Kosten, Steuer) verbundenen Ausstiegsmöglichkeiten. Gerade wenn die Kapitalertragsteuerfreiheit ohnehin nicht möglich oder erwünscht ist, kann diese Alternative zur Fondspolice sinnvoll sein.

Sollte das Steuerprivileg für kapitalbildende Lebensversicherungen generell abgeschafft werden⁸³ und in der Konsequenz bei fondsgebundenen Lebensversicherungen anders als beim Investmentssparen auch der Kursgewinn zu versteuern sein, wird die Konstruktion als Doppelvertrag gewiss stark an Bedeutung zunehmen.

2.3 Verbreitung auf dem deutschen Markt

Die erste Genehmigung eines fondsgebundenen Lebensversicherungstarifs durch das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen (BAV) erfolgte im Dezember 1969⁸⁴. Anfang 1970 wurden dann die ersten Produkte auf dem deutschen Markt angeboten.

Lange Zeit führte die fondsgebundene Lebensversicherung in Deutschland – anders als z. B. in Großbritannien – ein ausgesprochenes Schattendasein. Noch 1988 lag der Anteil am Lebensversicherungsmarkt gemessen an den Bruttobeiträgen bei nur 0,57%⁸⁵. Doch inzwischen wandelt sich das Bild. Die Unternehmensberatung *Tillinghast-Towers Perrin* schätzt in ihrem letzten „FLV Update“, dass der Beitragsanteil neu abgeschlossener fondsgebundener Lebensversicherungen im Geschäftsjahr 2000 die Marke von 25% überschreitet (nach 16% im Vorjahr)⁸⁶. Inzwischen bieten mehr als 60 Versicherungsgesellschaften fondsgebundene Kapital- und/oder Rentenversicherungen in Deutschland an⁸⁷. Der Aktienboom der vergangenen Jahre bei gleichzeitig historisch niedrigen Zinsen hat offenbar den Blick der Bevölkerung für renditestärkere Anlageformen geschärft und lässt Anleger hierfür auch ein höheres Risiko in Kauf nehmen. Man darf gespannt abwar-

⁸³ Dies war im Steuerreformgesetz 1999 vorgesehen und ist nur an der fehlenden Zustimmung des Bundesrates gescheitert; vgl. ausführlich Tz. 6.3.4

⁸⁴ Sax, in VerBAV 1990, S. 232

⁸⁵ Sax, in VerBAV 1990, S. 232 (234) m. w. N.

⁸⁶ *Tillinghast-Towers Perrin*, eigene Erhebungen (noch nicht veröffentlicht)

⁸⁷ *Tillinghast-Towers Perrin*, a. a. O.

ten, ob die inzwischen eingetretene Ernüchterung auf manchen Aktienmärkten sowie die durch das neue Altersvermögensgesetz vorgesehene Förderung von Vorsorgekonzepten mit laufenden Leistungen in garantierter Höhe diesen Trend nachhaltig abschwächen können. Nach Erfahrungen aus anderen Ländern mit ähnlicher Entwicklung könnte der Sättigungspunkt eher noch höher liegen.

Kapitel 3

Versicherungsrechtliche Behandlung der fondsgebundenen Lebensversicherung

In diesem Kapitel werden die wichtigsten versicherungsrechtlichen Grundbegriffe in der Lebensversicherung erläutert und bestehende Besonderheiten bei fonds- und indexgebundenen Tarifen herausgestellt. Dabei zeigt sich, dass bei den Fondspolice in Folge der direkten Koppelung von Kapitalanlage und Versicherungsleistung viele Dinge eine einfachere Gestalt als in der klassischen Kapitallebensversicherung annehmen, wie etwa die Prämienkalkulation, der Zeitwert oder die Berechnung der Deckungsrückstellung. Wenn allerdings eine garantierte Mindestleistung im Erlebensfall eingeschlossen ist, wie dies bei der aktienindexgebundenen Lebensversicherung wesentypisch ist, tauchen dagegen zusätzliche Probleme auf.

3.1 Rechtsbeziehungen

Der Versicherungsvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag (§§ 320 ff. BGB), der den Versicherungsnehmer zur **Zahlung der vereinbarten Prämie** und den Versicherer zur **Übernahme des versicherten Risikos** verpflichtet. Entsprechend dem bereits angedeuteten Wesen des Versicherungsvertrags ist das entscheidende Merkmal der Risikoausgleich im Kollektiv. Die Risikoübernahme ist eine aufschiebend bedingte Leistungspflicht. Die Auszahlung der Versicherungssumme bei einer Lebensversicherung ist nur ein Bestandteil der Gegenleistungspflicht, und zwar auch dann, wenn der Tarif Kapitalerhaltung garantiert.

Der Lebensversicherungsvertrag ist im Zweifel so auszulegen, dass das Bezugsrecht auf die Versicherungsleistung durch einseitige Erklärung des Versicherungsnehmers an den Versicherer einem Dritten gewährt werden kann (§ 166 Abs. 1 VVG). Ein Beispiel ist eine Direktversicherung, die der Arbeitgeber als Versicherungsnehmer auf das Leben eines Arbeitnehmers abschließt und bei der der Arbeitnehmer bzw. seine Hinterbliebenen als Bezugsberechtigte eingesetzt werden. In einem solchen Fall liegt in der Regel ein **Vertrag zu Gunsten Dritter** vor (§§ 330 S. 1, 328 ff. BGB). Das Bezugsrecht ist gem. § 166 Abs. 2 VVG im Zweifel widerruflich, es kann aber auch ausdrücklich als unwiderruflich vereinbart werden. Bei einer Versicherung auf das Leben eines anderen muss dieser zur

Gültigkeit dem Vertrag nach § 159 Abs. 2 S. 1 VVG zustimmen, wenn es sich nicht bloß um eine Sterbegeldversicherung handelt.

Steht das Bezugsrecht einem Dritten zu, so bezeichnet man die Beziehung zwischen dem Lebensversicherer und dem Versicherungsnehmer als Deckungsverhältnis und die zwischen Versicherungsnehmer und Dritten als Valutaverhältnis. Zwischen dem Dritten und dem Versicherer besteht das sog. Vollzugsverhältnis.

3.2 Versicherungsaufsicht

Der Betrieb von Versicherungsgeschäft unterliegt nach §§ 1, 81 Abs. 1 S. 1 VAG der **Rechts- und Finanzaufsicht** durch die Aufsichtsbehörde. Aufsichtsbehörde ist das **Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen (BAV)** in Bonn.

Das Versicherungsunternehmen bedarf gem. § 5 Abs. 1 VAG der **Erlaubnis zur Geschäftstätigkeit**; diese ist gem. § 6 Abs. 2 S. 1 VAG für jede Sparte gesondert zu erteilen⁸⁸. Die Lebensversicherung darf gem. § 8 Abs. 1a VAG nicht zusammen mit anderen Versicherungssparten betrieben werden. Innerhalb der Lebensversicherung ist die fondsgebundene Lebensversicherung eine eigene erlaubnispflichtige Sparte (Nr. 21 der Anlage A zum VAG).

Die Versicherungsnehmer sind nach § 10a VAG vor Abschluss und während der Laufzeit des Vertrages über wesentliche Tatsachen und Rechte zu unterrichten (**Verbraucherinformation**). Hierzu zählen bei der Lebensversicherung nach Anlage D zum VAG insbesondere Informationen über die Garantiewerte für Rückkauf und Beitragsfreistellung, die Überschussbeteiligung, die für den jeweiligen Versicherungstyp maßgeblichen steuerlichen Regelungen. Bei fondsgebundenen Lebensversicherungen kommen noch Angaben über den zu Grunde liegenden Fonds und die darin enthaltenen Vermögenswerte hinzu. In einem kürzlich ergangenen Rundschreiben hat das BAV unter Hinweis auf eine ansonsten mögliche Irreführung der Verbraucher weitere Anforderungen zur Darstellung von Renditebetrachtungen sowie Vergangenheits- und Zukunftsrechnungen konkretisiert⁸⁹.

Die laufende Aufsicht des BAV besteht in einer Überwachung des gesamten Geschäftsbetriebs als Rechts- und Finanzaufsicht (§ 81 Abs. 1 Nr. 1 VAG). Zweck der Finanzaufsicht ist die **Sicherung der dauernden Erfüllbarkeit der Verpflichtungen** aus den Versicherungsverhältnissen (§ 81 Abs. 1 Nr. 5 VAG). Zu diesem Zweck bestehen Regelungen über die Solvabilität der Versicherungsunternehmen (§ 53c Abs. 2 VAG i. V. m. KapitalausstattungsVO), die Kapitalanlage (§§ 54 ff. VAG, vgl. unten 3.5), die Prüfung und die Berichterstattung. Viele früher der laufenden Aufsicht unterliegenden Funktionen werden aber seit der Umsetzung der Dritten EG-Lebensversicherungsrichtlinie (Deregulierung) durch den **Verantwortlichen Aktuar** wahrgenommen (§ 11a VAG).

Im Rahmen der Rechtsaufsicht kann die Aufsichtsbehörde zur Vermeidung oder Beseitigung von Missständen die erforderlichen Maßnahmen treffen.

⁸⁸ Vgl. die Auflistung der Sparten in Anlage A zum VAG

⁸⁹ BAV, Rundschreiben vom 23.10.2000 – R 2/2000, in VerBAV 2000, S. 252 (257)

3.3 Prämienkalkulation

Die Prämien in der Lebensversicherung müssen nach § 11 Abs. 1 S. 1 VAG unter Ansatz angemessener versicherungsmathematischer Annahmen kalkuliert werden und so hoch sein, dass das Versicherungsunternehmen allen seinen Verpflichtungen nachkommen kann. Die Berechnung muss aus Sicht mathematischer Fachleute anerkannten versicherungsmathematischen Grundsätzen genügen⁹⁰ und auf der Grundlage ausreichend vorsichtiger Rechnungsannahmen erfolgen. Anerkannt ist insoweit die Berechnung nach dem **versicherungsmathematischen Äquivalenzprinzip**. Danach sind die Prämien so zu berechnen, dass der Barwert aller während der Vertragsdauer zu erbringenden Leistungen zu Beginn des Vertrages gleich dem Barwert aller versprochenen Versicherungsleistungen einschließlich anzusetzender Kosten ist⁹¹. Der Barwert ist der unter den getroffenen Rechnungsannahmen, insbesondere Risikowahrscheinlichkeit und Zins, auf einen Stichtag – hier den Versicherungsbeginn – berechnete Wert einer Zahlungsverpflichtung.

3.3.1 Leistungen bei planmäßigem Ablauf der Versicherung

Bei der konventionellen Kapitallebensversicherung geht die Erlebensfalleistung auf die beschriebene Weise in die Prämienkalkulation ein: Der Barwert des Ablaufkapitals zu Beginn der Versicherung ist gerade die um die Versicherungsdauer abgezinste und mit der Wahrscheinlichkeit, dass die versicherte Person den Ablauf erlebt, gewichtete garantierte Versicherungssumme.

Bei einer **fondsgebundenen Lebensversicherung ohne Mindestgarantie** ist eine solche Kalkulation weder möglich noch erforderlich. Da keine feste Endleistung versprochen wird, sondern lediglich ein vorhandenes Guthaben auszuzahlen ist, fehlt es an einer für eine Barwertberechnung bestimmbareren Zahlungsverpflichtung. Aus versicherungsmathematischer Sicht braucht eine solche Leistung aber bei der Kalkulation gar nicht berücksichtigt zu werden, weil die Beitragshöhe insoweit beliebig wählbar ist; die „richtige“ Leistung ergibt sich bei Ablauf einfach aus der **Wertentwicklung der Anlage**.

Schwieriger wird es bei der fondsgebundenen Lebensversicherung **mit Mindestgarantie** oder bei der **aktienindexgebundenen Lebensversicherung**. Kein Problem ist dies dann, wenn die Garantie bereits durch die Zusammensetzung des Fonds bzw. die gewählte Bezugsgröße gewährleistet oder rückversichert ist und das Versicherungsunternehmen kein eigenes Garantieverprechen mehr abgibt⁹². Viele Investmentgesellschaften bieten heute Fonds an, die aufgrund eines Investitionsschwerpunktes in Rentenpapiere oder einer Absicherung mittels Optionen Kapitalerhaltung oder sogar eine Mindestverzinsung garantieren. Allerdings ist dieses Vorgehen nicht üblich. Vor allem bei der aktienindexgebundenen Lebensversicherung erteilt der Versicherer ein eigenes Versprechen. In diesem Fall muss das Risiko, dass die Garantie auf Grund schlechter Wertentwicklung der Anlage bzw. Bezugsgröße zum Tragen kommt, in die Prämien einkalkuliert werden. Das versicherungsmathematische Äquivalenzprinzip muss hierzu erweitert werden⁹³.

⁹⁰ Prölss/Schmidt – Schmidt, VAG, § 11 Rz. 4

⁹¹ Z. B. Wolfsdorf, Versicherungsmathematik, Teil 1, S. 136 f.

⁹² Strasser/Sommer, in VW 2000, S. 1353 ff.

⁹³ Kurz, Fondsgebundene Lebensversicherung mit Mindestgarantie, S. 41 f.

Es bedarf eines finanzmathematischen Kapitalmarktmodells für die Bewertung von Optionen, mit welchem ein fairer Preis für die eingegangenen Zins- und Kapitalerhaltgarantien ermittelt werden kann⁹⁴.

3.3.2 Risikoleistungen

Zu den Risikoleistungen zählt an erster Stelle die Leistung bei **Tod der versicherten Person** während der Vertragslaufzeit. Auch diese Leistung muss bei der Prämienkalkulation berücksichtigt werden. Das versicherungsmathematische Äquivalenzprinzip ist in seiner Grundform nur dann anwendbar, wenn das riskierte Kapital nicht von der Entwicklung einer schwankenden Wertanlage abhängt. Dies ist z. B. bei einer klassischen Kapitallebensversicherung der Fall, aber auch bei einer fondsgebundenen Versicherung, die eine feste Todesfalleistung zusätzlich zum Wert des Anlageguthabens im Versicherungsfall vorsieht. In diesem Fall kann der Barwert dieser Leistung ähnlich wie für die Ablaufleistung einer Kapitallebensversicherung berechnet werden. Der Nachteil einer solchen Fondspolice besteht darin, dass sie den von der Finanzverwaltung geforderten Mindesttodesfallschutz nicht mit dem geringsten möglichen Aufwand gewährleisten kann. Typisch ist vielmehr eine Gestaltung, in dem das bei Tod des Versicherten vorhandene Deckungskapital auf eine an der Bruttobeitragssumme orientierte Gesamtleistung aufgestockt wird.

Die Geschäftspläne der fondsgebundenen Lebensversicherung lösen das Problem überwiegend dadurch, dass die **Risikoprämie erst im nachhinein bestimmt wird**, wenn die Kursentwicklung des Fonds und damit die Höhe des Kapitals bekannt ist, das unter Risiko gestanden hat. In kurzen, meist monatlichen Abständen wird die Risikoprämie dann versicherungsmathematisch bestimmt und nachträglich dem Deckungskapital entnommen⁹⁵. Bei schlechter Wertentwicklung wird mehr, bei guter Wertentwicklung weniger Risikobeitrag für die Aufstockungsleistung benötigt⁹⁶. Alternativ ist auch eine vorschüssige Entnahme möglich⁹⁷, doch ist dann mit dem üblichen Verfahren nur eine unsichere Berechnung möglich, so dass insbesondere bei größeren als monatlichen Berechnungsintervallen eine Nachkalkulation erforderlich werden kann⁹⁸. Die laufende Berechnung der Risikobeiträge und ihre Entnahme gehört zur sog. **Beitragszerlegung** bei der fondsgebundenen Lebensversicherung.

Diese Vorgehensweise funktioniert nur bei der fondsgebundenen Lebensversicherung, weil es versicherungstechnisch unproblematisch ist, dem für die Ablaufleistung vorgesehenen Anlageguthaben in beliebiger Folge Prämien für sonstige Leistungen und Kosten zu entnehmen. Bei garantierter Mindestleistung im Erlebensfall und den wesentlich komplizierteren aktienindexgebundenen Tarifen ist dagegen eine abschließende Kalkulation zu Vertragsbeginn erforderlich. Das geht aber

⁹⁴ Vgl. näher *Kurz*, a. a. O., S.46 ff.; *Ruß*, Die Aktienindexgebundene Lebensversicherung mit garantierter Mindestverzinsung in Deutschland, Kap. 3.2

⁹⁵ *Heidemann*, in VP 1998, S. 125 (126); *Lührs*, Lebensversicherung, S. 64

⁹⁶ Insofern überrascht die Feststellung von *Heidemann*, dass die Risikoanteile an den Fondspolices mit zunehmendem Fondswachstum steigen, VP 1998, S. 125 (128)

⁹⁷ So offenbar der Mustergeschäftsplan des BAV, in VerBAV 1990, S. 3 (7)

⁹⁸ *Sax*, in VerBAV 1990, S. 232 (236)

wiederum nur mit Hilfe der Optionsbewertung im Rahmen eines Kapitalmarktmodells⁹⁹.

Sonstige versicherbare Zusatzrisiken wie Unfall, Berufsunfähigkeit oder Dread Disease werden dem Grunde nach ähnlich behandelt; auf sie ist hier nicht weiter einzugehen.

3.3.3 Kosten

Zu den Kosten einer Lebensversicherung zählen **einmalige Abschlusskosten**, aus der insbesondere die Vermittlerprovision zu bestreiten ist, dann **beitragsbezogene Kosten**, z. B. für den Beitragseinzug, ggf. **summenabhängige Verwaltungskosten**, Kosten für **beitragsfreie Zeiten** und **Stückkosten**. Alle diese Kosten gibt es auch bei fondsgebundenen Verträgen. Hier können jedoch noch weitere Positionen hinzu kommen: **Ausgabeaufschläge** für den Erwerb der Fondsanteile, **Depotgebühren**, **Vermögensverwaltungsgebühren** und ggf. **Switchgebühren** für vom Versicherungsnehmer gewünschten Fondswechsel¹⁰⁰.

Das Kostenniveau liegt hierdurch in der Regel **höher** sowohl im Vergleich zur Kapitallebensversicherung als auch zum reinen Investmentsparen¹⁰¹. Außerdem ist die Kostenbelastung auch **weniger transparent**. So ist es durchaus möglich, einen Ausgabeaufschlag durch höhere Verwaltungskosten bei der Versicherung zu „ersetzen“. Insgesamt erschwert die Vielzahl der möglichen Positionen den Vergleich am Markt. Letztlich hängt diese Situation mit der Zwitterstellung der fondsgebundenen Lebensversicherung zwischen Versicherungs- und Investmentprodukt zusammen.

Ähnlich wie die Risikoprämien werden auch die vereinbarten und benötigten Kosten laufend dem Anlageguthaben entnommen. Eine Ausnahme bilden die einmaligen Abschlusskosten. Hier bestimmt § 65 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 VAG i. V. m. § 4 Abs. 1 S. 2 DeckRV, dass höchstens 40 % der Bruttobeitragssumme im Wege der Zillmerung zu Vertragsbeginn gedeckt werden darf, der Rest muss über die Laufzeit verteilt werden.

3.4 Rückkauf und Beitragsfreistellung

Bei Lebensversicherungen, die Leistungen im Erlebensfall vorsehen, handelt es sich in der Regel um eine langfristige Kapitalanlage. Eine vorzeitiger Ausstieg ist schon deshalb problematisch, weil die einmalige Abschlussprovision an den Vermittler üblicherweise im Einklang mit § 4 Abs. 1 S. 2 DeckRV als fester Prozentsatz der Summe aller über die gesamte Laufzeit zu entrichtenden Beiträge gewährt wird und dieser die Provision nach Ablauf der sog. Stornohaftungszeit auch bei Vertragsbeendigung behalten darf. Auf der anderen Seite kann niemand über eine

⁹⁹ *Ruß*, Die Aktienindexgebundene Lebensversicherung mit garantierter Mindestverzinsung in Deutschland, S. 115 ff.

¹⁰⁰ *Heidemann*, in VP 1998, S. 125 (128); die dort vorgenommene Zuordnung der Risikoprämien zu den Kosten erscheint allerdings nicht sachgerecht, da diese Beitragsanteile im Kollektiv den Versicherten zufließen; diese Einstufung ist nur aus einer auf Maximierung der Erlebensfallrendite verengten Sichtweise verständlich

¹⁰¹ *Heidemann*, a. a. O.

solch lange Zeit hinweg seine finanzielle Situation exakt planen. Der Versicherungsnehmer hat daher ein berechtigtes Interesse daran, bei Zahlungsschwierigkeiten die Versicherung gegen entsprechende Herabsetzung der Leistungen beitragsfrei zu stellen oder etwa bei akutem Geldbedarf ganz aufzuheben. Dem Versicherungsnehmer wird daher durch § 165 VVG das Recht eingeräumt, den Vertrag jederzeit zum Schluss der laufenden Versicherungsperiode zu kündigen und nach § 176 Abs. 1 VVG den sog. Rückkaufswert zu verlangen. Alternativ kann er – sofern die hierfür vereinbarte Mindestversicherungssumme erreicht wird – nach § 174 Abs. 1 VVG die Umwandlung in eine prämienfreie Versicherung verlangen.

3.4.1 Der Zeitwert der Versicherung nach § 176 Abs. 3 VVG

Über die Höhe des Rückkaufswertes, die dem Versicherungsnehmer bei Vertragskündigung zusteht, trifft § 176 Abs. 3 S. 1 VVG nur eine allgemeine Aussage. Danach ist der Rückkaufswert nach den anerkannten Regeln der Versicherungsmathematik als Zeitwert der Versicherung zu berechnen. Es handelt sich um einen **Mindestwert**, Tarife mit vertraglich höheren Garantiewerten sind möglich und – insbesondere für den Fall einer Kündigung in den ersten Versicherungsjahren – auch am Markt erhältlich¹⁰².

Was der Zeitwert ist, ist gesetzlich nicht definiert. Unter Beachtung der gesetzgeberischen Intention, dem Versicherungsnehmer den „echten“ Wert seiner Versicherung bei Kündigung zukommen zu lassen¹⁰³, sind in die Bestimmung **alle künftigen Prämien** und **alle künftig zu erwartenden Leistungen** einzubeziehen und in Anlehnung an § 9 BewG **marktgerecht zu bewerten**¹⁰⁴. Nach h. M. kann der Zeitwert bei einer Kapitallebensversicherung im Regelfall als voll gezillmerter, d. h. um die Abschlusskosten vermindertes, Deckungskapital einschließlich des bereits gutgeschriebenen oder erdienten Überschusses verstanden werden¹⁰⁵. Bei außerordentlichem Abschreibungsbedarf auf die Kapitalanlagen in Folge steigender Kapitalmarktzinsen kann sich eine Abweichung nach unten, bei einer anhaltenden Niedrigzinsphase (Unterschreitung des Rechnungszinses für die Beitragsberechnung) nach oben ergeben¹⁰⁶. Ob Überschuss über das zugeteilte Volumen hinaus erdient ist, hängt vom vereinbarten Überschusssystem ab, insbesondere ob die Zuteilung natürlich und zeitnah erfolgt, oder ob sie eher auf einen hohen Schlussgewinnanteil hin „verzögert“ ist¹⁰⁷. Teilweise wird bei der Bewertung der Überschüsse nach dem Grad der Sicherheit differenziert, mit der diese zum Zeitpunkt der Vertragsauflösung aus Sicht eines wohlinformierten Investors bei Weiterführung realisiert werden könnten¹⁰⁸.

Für die typische fondsgebundene Lebensversicherung ist ähnlich wie schon bei der Prämienkalkulation ein solcher versicherungsmathematischer Ansatz weder

¹⁰² Vgl. für die fondsgebundene Lebensversicherung *Heidemann*, in VP 1998, S. 125 (128); Mustergeschäftsplan des BAV, in VerBAV 1990, S. 3 (7); zur angemessenen Verteilung der Abschlusskosten *Sax*, in VerBAV 1990, S. 324 (326)

¹⁰³ Vgl. Begründung der Bundesregierung in BT-Drucks. 12/6959, S. 103

¹⁰⁴ *Prölss/Martin – Kollhosser*, VVG, § 176 Rz. 9

¹⁰⁵ DAV, in: Mitteilung 2/1994, S. 1; H-BetrAV 1, Kap. 70 Tz. 306

¹⁰⁶ DAV, a. a. O., S. 4, 7

¹⁰⁷ *Prölss/Martin – Kollhosser*, a. a. O.

¹⁰⁸ *Lörper/Schön*, in *Der Aktuar* 1997, S. 170 (171 f.)

brauchbar noch nötig. Vielmehr ergibt sich aus der besonderen Kapitalanlage und der damit zusammenhängenden vernachlässigbaren Bedeutung außerrechnungsmäßiger Erträge ein wesentlich einfacherer Ansatz. Der Zeitwert der Versicherung ist hier identisch mit dem **Marktwert der zu Grunde liegenden Kapitalanlage**¹⁰⁹, also dem Börsenkurs des Fondsguthabens im Zeitpunkt des Rückkaufs. Künftige Leistungen und Beiträge brauchen nicht in Ansatz gebracht zu werden, da die Entwicklung der Leistungen nicht vorhersehbar ist, die Beiträge direkt in das Anlageguthaben investiert werden und dieses über die Börse bereits marktgerecht bewertet ist. Dieser Wertansatz bedarf auch keiner Korrektur hinsichtlich der Kosten und der Risikoversicherung, da insoweit eine laufende Finanzierung durch Entnahme aus dem Anlageguthaben, gewissermaßen von der Hand in den Mund, erfolgt.

Wesentlich komplizierter wird die Zeitwertproblematik bei Tarifen, die eine Mindestgarantie im Erlebensfall beinhalten, wie etwa bei der aktienindexgebundenen Lebensversicherung. Soweit der faire Preis für diese Mindestgarantie auf Grund der zu Vertragsbeginn relevanten Größen wie Zinsstruktur und Volatilität ermittelt und in einen laufenden Beitrag einkalkuliert wurde, könnte auch hier eine Berücksichtigung der künftigen Beiträge und Leistungen erforderlich werden, um nicht bei verbesserten Konditionen für Neuabschlüsse zum gezielten Ausstieg zu ermutigen. Die Problematik ist verwandt mit der Frage der Notwendigkeit zusätzlicher Deckungsrückstellungen (§ 54b Abs. 3 S. 2 VAG)¹¹⁰ und soll hier nicht weiter verfolgt werden.

3.4.2 Angemessener Stornoabzug (§ 176 Abs. 4 VVG)

Der tatsächliche Rückkaufswert muss nicht unbedingt mit dem vollen Zeitwert übereinstimmen. Vielmehr kann der Versicherer nach § 176 Abs. 4 VVG einen Stornoabschlag einbehalten, vorausgesetzt dieser ist vereinbart und angemessen. Die Angemessenheit ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Bei der Ausfüllung ist einerseits der Schutzzweck zu Gunsten des Versicherungsnehmers zu beachten, dem auch bei dringendem Finanzbedarf oder Zahlungsschwierigkeiten die für seinen Vertrag gebildete Deckungsrückstellung **grundsätzlich erhalten bleiben soll**¹¹¹. Andererseits ist die Langfristigkeit der Versicherungsverhältnisse notwendig zur Gewährleistung der für die Lebensversicherung typischen gleichmäßig relativ hohen Rendite, der Abzug schützt den Versicherer hier vor **Antiselektionsstrategien**, die darin bestehen können, dass in Zeiten niedriger Kapitalmarktzinsen abgeschlossene Lebensversicherungsverträge bei steigenden Renditen storniert werden¹¹². Bei fondsgebundenen Lebensversicherungen ist dieses Argument allerdings nicht einschlägig.

Von daher ist fraglich, ob Abschläge, die der Höhe nach mit denjenigen bei der Kapitallebensversicherung vergleichbar sind, auch bei der fondsgebundenen Lebensversicherung als angemessen angesehen werden können. Üblich ist ein fester Prozentsatz vom Zeitwert des Deckungskapitals, der mit steigender Vertragsdauer

¹⁰⁹ Lörper/Schön, a. a. O. (172); vgl. Mustergeschäftsplan des BAV, VerBAV 1990, S. 3 (8), Ziff. 7.1

¹¹⁰ Dazu unten Tz. 3.6.2

¹¹¹ Prölss/Martin – Kollhosser, § 176 Rz. 10, § 174 Rz. 6

¹¹² Albrecht, Alterssicherung und Vorsorgebedarf im Spannungsfeld zwischen Versicherungs- und Investmentprodukten, S. 22

fällt und – das ist für Altersvorsorgeprodukte wichtig – in den letzten fünf Jahren vor Ablauf, frühestens ab Alter 60, Null beträgt¹¹³.

3.4.3 Beitragsfreistellung (§ 174 Abs. 1 VVG)

Die Umwandlung in eine beitragsfreie Versicherung hat gem. § 176 Abs. 2 VVG versicherungsmathematisch mit den Rechnungsgrundlagen der Prämienkalkulation zu erfolgen. Die Leistung bestimmt sich durch gedankliche **Einzahlung des Rückkaufwertes in eine Versicherung gegen Einmalbeitrag**, die ohne Ansatz von Abschluss- oder sonstigen beitragsbezogenen Kosten kalkuliert wird. Bei der fondsgebundenen Lebensversicherung ergibt sich nur hinsichtlich der Todesfallleistung Kalkulationsbedarf, da für den Erlebensfall einfach das angesammelte Guthaben – ggf. abzüglich eines Stornoabschlages – erhalten bleibt. Der Mustergeschäftsplan des BAV sieht alternativ eine Umwandlung in eine beitragsfreie Kapitallebensversicherung mit fester Ablaufleistung vor¹¹⁴.

3.5 Kapitalanlage

Wegen der meist langen Zeitspanne zwischen Beitragszahlung und Fälligkeit der Leistung kommt der Anlage der vereinnahmten Prämien durch das Lebensversicherungsunternehmen eine herausragende Bedeutung zu. Der Versicherer ist in der Kapitalanlage nicht frei, sein Handlungsspielraum ist durch zahlreiche aufsichtsrechtliche Vorschriften erheblich eingeengt. Zum Schutz der Versicherungsnehmer formuliert § 54 Abs. 1 VAG im Grundsatz als Anlageziel möglichst große Sicherheit und Rentabilität bei jederzeitiger Liquidität des Unternehmens und verlangt hierzu eine **angemessene Mischung und Risikostreuung**. § 54a VAG regelt mit einem umfangreichen Katalog, in welche Gegenstände und zu welchen Anteilen die zur Bedeckung der Verpflichtungen erforderlichen Vermögensmittel, die sog. Deckungsmittel, angelegt werden dürfen. So darf etwa der Aktienanteil nach § 54a Abs. 4 VAG maximal 30 % betragen. Die Deckungsmittel sind gem. §§ 66, 70 ff. VAG in einem treuhänderisch verwalteten Deckungsstock zu führen.

Die strengen Anlagevorschriften des § 54a VAG sind für fonds- und indexgebundene Versicherungen ungeeignet, da ihre Leistungen nicht unabhängig von der Kapitalanlage garantiert werden, sondern direkt an deren Entwicklung gekoppelt sind. Deshalb gilt hier als Spezialvorschrift § 54b VAG. Für die fondsgebundene Lebensversicherung verlangt § 54b Abs. 1 VAG nur, dass das Versicherungsunternehmen die vereinnahmten Beiträge tatsächlich **in genau den Sachwerten** anlegt, auf die die **vertragliche Verpflichtung lautet**. Entsprechend ist bei der indexgebundenen Versicherung gem. § 54b Abs. 2 VAG der Bezugswert nachzubilden. Für beide Versicherungsarten ist ein separater Anlagestock zu bilden, der nach § 66 Abs. 7 VAG wie ein eigener Deckungsstock zu behandeln ist.

Soweit bei Tarifen mit garantierter Mindestleistung zusätzliche Deckungsrückstellungen erforderlich sind, sind die Deckungsmittel hierfür gem. § 54b Abs. 3 S. 2 VAG nach den allgemeinen Grundsätzen des § 54a VAG anzulegen. Ein Beispiel

¹¹³ Mustergeschäftsplan des BAV, in VerBAV 1990, S. 3 (8); Sax, in VerBAV 1990, S. 324 (329)

¹¹⁴ Mustergeschäftsplan des BAV, in VerBAV 1990, S. 3 (8 f.)

hierfür sind die Mittel aus den monatlich entnommenen Risikobeiträgen zur Abdeckung des Mindesttodesfallschutzes¹¹⁵.

3.6 Bilanzierung beim Versicherungsunternehmen

3.6.1 Deckungskapital

Die im Deckungsstock geführten Vermögensbestände, das sog. Deckungskapital, sind in der Bilanz des Versicherungsunternehmens als **Aktivposten** auszuweisen. Für die Bewertung gelten die allgemeinen handelsrechtlichen Grundsätze (vgl. § 252 Abs. 1 HGB). Von Bedeutung ist hierbei insbesondere das Imparitätsprinzip (§ 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB). Danach sind aus Vorsichtsgründen Verluste, die bis zum Abschlussstichtag entstanden sind, voll zu berücksichtigen, Gewinne jedoch nur insoweit, als sie am Abschlussstichtag bereits realisiert sind. Hinsichtlich der **Wertpapiieranlagen** von Versicherungsunternehmen schlägt sich das Gebot zur Berücksichtigung von Verlusten nach §§ 341b Abs. 2 S. 1, 253 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 HGB im **strengen Niederstwertprinzip** nieder. Danach sind Aktien, Investmentanteile sowie sonstige festverzinsliche und nicht festverzinsliche Wertpapiere höchstens mit dem niedrigeren Wert aus Anschaffungskosten und aktuellem Börsen- bzw. Marktwert anzusetzen¹¹⁶. Dies erlaubt bei steigenden Kursen den Aufbau von **Bewertungsreserven** (sog. stille Reserven), die zu einem späteren Zeitpunkt durch Veräußerung realisiert werden können. Dieses Instrument wird von Lebensversicherungsunternehmen wesentlich zur Ergebnisglättung und damit gleichmäßiger Überschusszuteilung eingesetzt.

Kapitalanlagen des Anlagestocks in der **fonds- und indexgebundenen Lebensversicherung** werden dagegen nicht nach dem Niederstwertprinzip bewertet¹¹⁷. Soweit diese Anlagen für Rechnung und Risiko der Versicherungsnehmer geführt werden (das ist der Fall, wenn die Versicherungsleistung an ihre Wertentwicklung gekoppelt ist), sind sie nach § 341d HGB mit dem **Zeitwert** zu bewerten. Diese Anlagen sind nach § 14 der Verordnung über die Rechnungslegung von Versicherungsunternehmen (RechVersV) in der Bilanz separat auszuweisen. Der Zeitwert ist identisch mit dem Marktwert der fondsgebundenen Lebensversicherung¹¹⁸. Er ergibt sich aus der Summe der gutgeschriebenen Anteilseinheiten einschließlich zusätzlicher Anteile multipliziert mit dem Kurswert am Berechnungstichtag¹¹⁹. Dagegen bleibt es für die ggf. zusätzlich erforderlichen Anlagen zur Bedeckung eventueller Mindestgarantien (§ 54b Abs. 3 S. 2 VAG) bei der Bewertung nach §§ 341b, 341c HGB.

¹¹⁵ Dagegen ist das Erfordernis speziell bei der aktienindexgebundenen Lebensversicherung sehr umstritten, vgl. die Diskussion im nächsten Abschnitt.

¹¹⁶ *Prölss/Schmidt – Mayer*, VAG, Vor §§ 55-64 Rz. 32

¹¹⁷ So noch vor Änderung durch die EG-Versicherungsbilanzrichtlinie *Sax*, in VerBAV 1990, S. 324 (331)

¹¹⁸ *Ahmadi/Ruß*, in VW 1999, S. 185; *Kreuzler/Nörig*, Lebensversicherung und Steuer, S. 113; *Doetsch*, in BetrAV 1999, S. 203 (205)

¹¹⁹ *Hagelschuer*, Lebensversicherung, S. 50; *Heidemann*, in VP 1998, S. 125 (126)

3.6.2 Deckungsrückstellung

Korrespondierend zum Deckungskapital auf der Aktivseite muss das Lebensversicherungsunternehmen für die gegenüber den Versicherungsnehmern übernommenen Leistungsverpflichtungen nach § 341f Abs. 1 HGB in der Bilanz einen Passivposten ausweisen, die sog. Deckungsrückstellung. Es handelt sich um einen besonderen Fall einer Rückstellung für ungewisse Verbindlichkeiten nach § 249 Abs. 1 S. 1, Fall 1 HGB. Ihr Zweck besteht in der **Sicherung der dauernden Erfüllung der Verpflichtungen**¹²⁰ (§ 341e Abs. 1 S. 1 HGB). Die Deckungsrückstellung berechnet sich nach § 341f Abs. 1 S. 1 HGB grundsätzlich als Barwert der künftigen Versicherungsleistungen einschließlich garantierter Erhöhungen aus Überschusszuteilungen abzüglich des Barwerts der künftigen Beiträge (prospektive Methode). Als Rechnungszins dürfen nach § 65 Abs. 1 VAG i. V. m. § 2 Abs. 1 DeckRV für in Euro lautende, nach dem 01.07.2000 abgeschlossene Verträge grundsätzlich höchstens 3,25 % angesetzt werden. Der Zillmersatz darf nach § 4 Abs. 1 S. 2 DeckRV 40 ‰ der Beitragssumme nicht überschreiten. Weitere Details wie Sicherheitszuschläge, die Berücksichtigung der Mindest-Rückkaufswerte in den ersten Versicherungsjahren sowie die Bildung einer Verwaltungskostenrückstellung sind in § 25 RechVersV geregelt.

Die Berechnung nach der prospektiven Methode ist für fonds- und indexgebundene Versicherungen nicht möglich, weil die künftige Leistungspflicht der Höhe nach nicht bestimmt werden kann, sondern von einer ungewissen Kursentwicklung abhängt. In diesem Falle hat die Berechnung der Deckungsrückstellung nach § 341f Abs. 1 S. 2 HGB auf Grund der aufgezinsten Einnahmen und Ausgaben der Vergangenheit zu erfolgen (retrospektive Methode). Bei der fondsgebundenen Lebensversicherung ohne Mindestgarantie entspricht demzufolge die Deckungsrückstellung gerade dem **Wert des Anlageguthabens zum Berechnungsstichtag**, da dieses gerade aus den wertentwickelten Beiträgen der Vergangenheit abzüglich der für die bis zum Berechnungsstichtag benötigten Risiko- und Verwaltungskostenanteilen besteht. Die Bewertung richtet sich nach den Grundsätzen für die Bewertung der Kapitalanlage¹²¹ und ist demzufolge wie in § 341d HGB mit dem Zeitwert vorzunehmen. Andernfalls wäre die Bilanzierung nicht erfolgsneutral und würde der Tatsache nicht gerecht, dass Chancen und Risiken der Kapitalanlage bei diesem Versicherungstyp allein den Versicherungsnehmer betreffen¹²².

Wie schon die Kapitalanlage nach § 14 RechVersV, so ist auch die ihr entsprechende Verpflichtung in der Bilanz separat auszuweisen, und zwar nach § 32 Abs. 1 RechVersV unter der Position „Versicherungstechnische Rückstellungen im Bereich der Lebensversicherung, wenn das Anlagerisiko von den Versicherungsnehmern getragen wird“.

Schließt eine fonds- oder indexgebundene Lebensversicherung **garantierte Mindestleistungen** ein, so ist es fraglich, ob und unter welchen Voraussetzungen hierfür **zusätzliche versicherungstechnische Rückstellungen** zu bilden sind. Klar ist lediglich, dass für den Mindesttodesfallschutz einer fondsgebundenen Lebensversicherung eine solche Rückstellung zu bilden ist, soweit die entsprechende Verpflichtung nicht durch das Fondsguthaben abgedeckt ist. Umgekehrt ist unprob-

¹²⁰ Vgl. § 341e Abs. 1 S. 1 HGB; *Prölss/Schmidt – Mayer*, VAG, Vor §§ 55-64 Rz. 38

¹²¹ *Sax*, in VerBAV 1990, S. 324 (331)

¹²² So auch ausdrücklich für die Steuerbilanz die Finanzverwaltung in einem koordinierten Ländereverlass vom 17.01.2000 – 31 – S 2000 – 645/267 – 758, in DB 2000, S. 497

lematisch, dass keine solche Rückstellung zu bilden ist, wenn die Garantie nicht vom Versicherungsunternehmen selbst erteilt wird, sondern sich allein aus der ausreichend sicheren Anlage innerhalb des Fonds ergibt (Garantie durch die Kapitalanlagegesellschaft)¹²³. Problematisch sind jedoch die von der Versicherung ausgesprochenen Erlebensfallgarantien, insbesondere in der indexgebundenen Lebensversicherung.

Eine strenge Auffassung, die anscheinend auch vom BAV geteilt wird, verlangt für das vom Versicherungsunternehmen garantierte Leistungsspektrum einer aktienindexgebundenen Lebensversicherung eine Vergleichsberechnung der Deckungsrückstellung nach der prospektiven Methode¹²⁴. Wenn der hierbei ermittelte Wert höher sei als der im Rahmen von § 32 Abs. 1 RechVersV einzustellende Zeitwert der Kapitalanlage, müsse der Differenzbetrag als zusätzliche Deckungsrückstellung ausgewiesen werden. Für diese Auffassung spricht § 341e Abs. 1 S. 2 HGB, wonach bei der Bildung versicherungstechnischer Rückstellungen die im Interesse der Versicherten erlassenen aufsichtsrechtlichen Vorschriften zu berücksichtigen sind. Hierzu zählt insbesondere § 65 Abs. 1 VAG i. V. m. der DeckRV¹²⁵. Ferner gestattet § 341f Abs. 1 VAG die retrospektive Bestimmung nur insoweit, als eine Berechnung nach der prospektiven Methode nicht möglich ist.

Die Gegenmeinung betont demgegenüber, dass zusätzliche Deckungsrückstellungen in diesem Fall zur Sicherstellung der dauernden Erfüllbarkeit der Verpflichtungen nicht nötig seien, weil die Kapitalanlage so strukturiert sei, dass sie am Ende gerade die Erlebensfalleistung einschließlich der garantierten Mindestleistung generiere und auch die vorzeitigen Leistungen an ihrem Zeitwert orientiert seien¹²⁶. Wenn auf Grund des Versicherungsvertrags die Kapitalanlage tatsächlich eine in dieser Weise perfekte Absicherung gewährleistet, dann lässt sich gegen diese Auffassung sachlich allenfalls einwenden, dass das Aufsichtsrecht auch und gerade die Bonität des Verpflichteten sicher stellen will und dieser Schutz durch eine Reduktion der Garantie auf eine Bank bzw. Kapitalanlagegesellschaft ausgehebelt werden könnte. Doch für diese Problematik trifft die Anordnung in § 54b Abs. 2 S. 2 VAG, dass die im Anlagestock geführten Werte ausreichend sicher und veräußerbar sind, eine befriedigende Spezialregelung.

Angesichts des eindeutig für die Bildung zusätzlicher Deckungsrückstellungen sprechenden Gesetzeswortlauts und -wortsinns wäre das ökonomisch sinnvolle gegenteilige Ergebnis allenfalls über eine teleologische Reduktion von § 341e Abs. 1 S. 2 HGB erreichbar. Für eine solche Einschränkung spricht ein Vergleich mit § 341f Abs. 2 HGB, wonach eingegangene Zinssatzverpflichtungen bei der Bildung der Deckungsrückstellung nur zu berücksichtigen sind, sofern die derzeitigen oder zu erwartenden Erträge der Vermögenswerte des Unternehmens zur Deckung nicht ausreichen. Eine fundierte Auseinandersetzung mit dieser speziellen Frage würde allerdings den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Festzuhalten bleibt jedenfalls, dass die Bildung zusätzlicher Deckungsrückstellungen trotz marktmäßig ausreichender Kapitaldeckung für das Versicherungsunternehmen

¹²³ Ruß, Die Aktienindexgebundene Lebensversicherung mit garantierter Mindestverzinsung in Deutschland, S. 100

¹²⁴ Herde, in VW 1996, S. 1714; ders., in VW 1997, S. 1354

¹²⁵ Heymann – Rohrmann; § 341e Rz. 5

¹²⁶ Z. B. Ruß, a. a. O., S. 94 f.

finanzielle Risiken birgt¹²⁷ und das die Unsicherheit über deren Notwendigkeit demzufolge die **praktische Verbreitung** der betroffenen Produkte bei den der **deutschen Aufsicht unterliegenden Unternehmen hemmt**. Fest steht aber auch, dass zusätzliche Deckungsrückstellungen in jedem Fall zu bilden sind, wenn ein solches perfektes Hedging nach dem Tarif nicht möglich ist¹²⁸.

Die zusätzlichen Deckungsrückstellungen werden anders als die dem Anlagestock entsprechende Verpflichtung unter der Position „Deckungsrückstellung“ bilanziert (§§ 32 Abs. 2, 25 RechVersV).

3.7 Überschussbeteiligung

Durch die vorgeschriebene vorsichtige Kalkulation der Prämien und Leistungen fallen bei der klassischen Kapitallebensversicherung regelmäßig überrechnungsmäßige Erträge an, die zur Deckung der versprochenen Leistungen nicht benötigt werden. Hauptursache hierfür ist das **Ergebnis aus der Kapitalanlage**, welches in der Praxis regelmäßig die rechnungsmäßige Verzinsung deutlich übersteigt. Seit dem 01.07.2000 darf für neue Verträge nur noch ein Zinssatz von 3,25% zu Grunde gelegt werden. Dieser Wert ergibt sich aus § 2 Abs. 1 DeckRV, er orientiert sich in Deutschland nach § 65 Abs. 1 S. 1 Nr. 1a VAG an der Umlaufrendite der Anleihen des Staates, auf dessen Währung der Vertrag lautet und darf 60% dieser Größe im 10jährigen Durchschnitt nicht übersteigen.

Als weitere Überschussquellen kommen das **Risiko-** sowie das **Verwaltungskostenergebnis** in Frage. Ein Risikogewinn ergibt sich etwa, wenn weniger Todesfälle mit vorzeitiger Fälligkeit der Versicherungssumme eintreten als bei der Prämienkalkulation eingerechnet wurden. Entsprechend ergibt sich ein Kostengewinn, wenn die einkalkulierten Kostensätze sich im Verhältnis zu den tatsächlich benötigten Verwaltungskosten als zu hoch erweisen.

Wegen der erheblichen Bedeutung der Überschüsse – bei langlaufenden Verträgen kann ihr Wert durch den Zinseszinsseffekt höher als die garantierte Leistung ausfallen – müssen die Lebensversicherer beim Altbestand mindestens 90% der außerrechnungsmäßigen Erträge an die Versicherten weitergeben, bei Neuverträgen (Abschluss nach dem 30.06.1994) eine angemessene Beteiligung¹²⁹. In der Praxis sind es oft 98%¹³⁰. Die Überschüsse eines Geschäftsjahrs werden dazu zunächst in einer sog. Rückstellung für Beitragsrückerstattung reserviert und dann verursachungsgerecht auf die einzelnen Verträge verteilt. Sie können hier auf verschiedene Art verwendet werden, wie z. B. Erhöhung der Versicherungsleistung, verzinsliche Ansammlung, Laufzeitverkürzung oder Beitragsermäßigung.

Bei der **fondsgebundenen Lebensversicherung** haben diese Art der Überschüsse eine **erheblich geringere Bedeutung**. Das liegt an der besonderen Art der Kapitalanlage: Der Versicherungsnehmer ist über die Kursentwicklung des Anteilguthabens unmittelbar am Anlageergebnis der Versicherungsgesellschaft beteiligt,

¹²⁷ Ruß, a. a. O., S. 93 sowie Kap. 4.2

¹²⁸ Zur Problematik des theoretisch möglichen perfekten Asset-Liability-Managements bei der fondsgebundenen Lebensversicherung vgl. Kurz, a. a. O., S. 160 ff., insb. S. 176 ff.

¹²⁹ § 1 Abs. 1 S. 1 bzw. § 4 der Verordnung über die Mindestbeitragsrückerstattung in der Lebensversicherung (ZRQuotenV)

¹³⁰ H-BetrAV 1, Kap. 70 Tz. 122

ihm steht jeder Gewinn direkt zu, er muss aber auch jeden Verlust aus dieser Anlage nach dem Wesen der Versicherung selbst tragen, wenn man von dem Ausnahmefall der Mindestgarantie einmal absieht. Überschüsse im klassischen Sinne beschränken sich daher auf die Ursachen Risiko und Kosten, **Zinsüberschüsse fallen nicht an**¹³¹. Die hier anfallenden Mehrerträge werden üblicherweise in zusätzliche Fondsanteile investiert.

¹³¹ *Greb*, in: Handwörterbuch der Versicherung, S. 429; *Sax*, in VerBAV 1990, S. 324 (332)

Kapitel 4

Fondsgebundene Leistungspläne in der betrieblichen Altersversorgung

Nachdem bisher das Wesen und die Besonderheiten fondsgebundener Lebensversicherungen als privates Vorsorgeinstrument dargestellt wurden, geht es nun um die Einsatzmöglichkeiten für die Zwecke betrieblicher Altersversorgung. Im Mittelpunkt steht die in Tz. 1.5 bereits aufgeworfene Frage, ob sich die Ungewissheit über die zu erwartende Altersleistung überhaupt mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis des Begriffes „Altersversorgung“ verträgt, ob also die in den Steuerrichtlinien zur Direktversicherung behauptete Eignung der fondsgebundenen Lebensversicherung aus Sicht des Betriebsrentenrechts zutrifft. Die wenigen Literaturstimmen zu diesem Thema erklären das Betriebsrentengesetz meist für anwendbar, allerdings meist nur mit Verweis auf die Steuerrichtlinien und ohne inhaltliche Auseinandersetzung mit der Problematik¹³². Lediglich zwei Autoren halten eine nähere Prüfung für erforderlich¹³³.

Die Problemstellung bleibt, wie bereits erwähnt, nicht auf Direktversicherungen beschränkt. Wegen der größeren Flexibilität sowie im Hinblick auf steuerliche und bilanzielle Gestaltungsmöglichkeiten mindestens ebenso interessant sind vergleichbare Leistungsplangestaltungen in anderen Durchführungswegen, etwa in Form einer rückgedeckten Direktzusage.

Die anschließende Diskussion der Frage, ob fondsgebundene Leistungspläne die Wesensmerkmale betrieblicher Altersversorgung erfüllen, erfolgt zunächst auf Basis des in Tz. 2.3.3 skizzierten **Standardtarifs in Form einer Direktversicherung** mit garantierter Todesfall- und Risikosumme, jedoch ohne Mindestgarantie im Erlebensfall¹³⁴.

4.1 Anwendbarkeit des Betriebsrentengesetzes

Nach der **Legaldefinition** von § 1 Abs. 1 S. 1 BetrAVG setzt betriebliche Altersversorgung voraus, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Leistungen der Al-

¹³² *Blomeyer/Otto*, Betriebsrentengesetz, § 1 Rz. 248; *Buttler*, Betriebliche Altersversorgung durch Direktversicherungen, Rz. 13 (S. 14); *Höhne*, in Heubeck/Höhne/Paulsdorff/Rau/Weinert, § 1 Rz. 271; *Heidemann*, in VP 1999, S. 147 (147); *Seng*, in VW 1999, S.930 (931)

¹³³ Im Ergebnis für die Anwendung des Gesetzes *Doetsch*, in BetrAV 1999, S. 203 (204 f.); zweifelnd *Hanau*, in BetrAV 1998, S. 147 (149)

¹³⁴ Zu den Tarifvarianten vgl. anschließend Tz. 4.1.6.

ters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung aus Anlass des Arbeitsverhältnisses zusagt. Geht man davon aus, dass das Arbeitsverhältnis unproblematisch ist (die Leistungsplangestaltung ist hierfür ohne Bedeutung), so kann diese Definition in drei relevante Merkmale aufgegliedert werden: Es muss eine **Leistung** zugesagt sein (dazu Tz. 4.1.2); die versprochene Leistung muss durch ein **biologisches Ereignis**, nämlich Alter, Invalidität oder Tod des Arbeitnehmers ausgelöst werden (dazu Tz. 4.1.3); die Leistung muss zum **Zweck der Versorgung** bestimmt sein (dazu Tz. 4.1.4). Zuvor soll jedoch erörtert werden, welche rechtliche und praktische Bedeutung mit der Anwendung oder Nichtanwendung des Begriffs „betriebliche Altersversorgung“ auf fondsgebundene Leistungspläne verbunden ist.

4.1.1 Tragweite der Diskussion

Klar ist, dass die Tatbestandsmerkmale des § 1 Abs. 1 BetrAVG nicht über die Zulässigkeit betrieblicher Vorsorgepläne entscheiden. Insoweit gilt vielmehr der Grundsatz der **Vertragsfreiheit** (§ 305 BGB). Auch eine Vorsorgemaßnahme des Arbeitgebers, die keine betriebliche Altersversorgung im Rechtssinn darstellt, ist zivilrechtlich wirksam¹³⁵.

Arbeitsrechtlich hat die Einstufung als betriebliche Altersversorgung dagegen weit reichende Konsequenzen. Diese ist sachliche Voraussetzung für die Geltung des Betriebsrentengesetzes. Das BetrAVG enthält zahlreiche **Vorschriften zum Schutz des Arbeitnehmers**, die durch den Arbeitsvertrag nicht zu Lasten des Arbeitnehmers abbedungen werden können (§ 17 Abs. 3 S. 3 BetrAVG). Beispiele sind die Unverfallbarkeit von Anwartschaften (§§ 1, 2), Abfindungsbeschränkungen (§ 3), Insolvenzschutz (§ 7 ff.) sowie die Anpassungsprüfung für laufende Leistungen (§ 16). So unterliegen etwa Vorruhestandsgelder nicht der gesetzlichen Insolvenzversicherung, weil ihnen der Status der betrieblichen Altersversorgung abgesprochen wird¹³⁶.

Aus arbeitsrechtlicher Sicht könnte es dem Arbeitgeber von daher eigentlich recht sein, wenn die Versorgungsvereinbarung nicht an die Fesseln des Betriebsrentengesetzes gebunden ist. So ist die Unverfallbarkeit ein Hindernis in dem Bestreben, den Arbeitnehmer noch stärker an den Betrieb zu binden, und die Anpassungsprüfungspflicht für Renten macht die zukünftigen Belastungen aus einem Versorgungswerk noch schwerer kalkulierbar als ohnehin.

Vorteile aus einer betrieblichen Altersversorgung ergeben sich jedoch für den Arbeitgeber in **steuerlicher** sowie teilweise **betriebswirtschaftlicher Hinsicht**¹³⁷. So kann er Beiträge zu Direktversicherungen und Pensionskassen als Betriebsausgaben abziehen. Bis zu einer bestimmten Beitragshöhe kann er zusätzlich die Vorteile der Lohnsteuerpauschalierung nutzen und damit die Finanzierung der Versorgung im Vergleich mit entsprechender Barentlohnung netto billiger durchführen – ein Vorteil, von dem auch der Arbeitnehmer profitieren kann. Die Direktzusage bietet sogar die Möglichkeit, Zuführungen zur Pensionsrückstellung gewinnmindernd geltend zu machen, ohne dass in der Anwartschaftsphase Liquidität aus dem Unternehmen abfließt. Bei Unterstützungskassen kann der Arbeitgeber in

¹³⁵ Etwa für den Fall von Vererbungsklauseln *Hanau/Arteaga*, Gehaltsumwandlung, Kap. D Rz. 542

¹³⁶ Zuletzt BAG, Urteil vom 03.11.1998 – 3 AZR 454/97, in BetrAV 1999, S. 30.

¹³⁷ Zu steuerlichen Einzelfragen vgl. Kap. 6.

festgelegtem Umfang Zuwendungen absetzen und dennoch unter bestimmten Umständen die Kasse über ein Darlehen als Finanzierungsinstrument nutzen. Direktzusage und Unterstützungskasse bieten für den Arbeitnehmer noch einen weiteren Vorteil, den der nachgelagerten Besteuerung: Nicht die Finanzierungsaufwendungen, sondern erst die späteren Versorgungsleistungen sind steuerpflichtig.

Die steuerliche Motivation dürfte in vielen Fällen für den Arbeitgeber deutlich schwerer wiegen als die arbeitsrechtlichen Zusatzbelastungen. Das bedeutet nicht unbedingt, dass die Steuervorteile für betriebliche Altersversorgung besonders üppig bemessen sind – die Kritik aus der Praxis (vgl. oben Tz. 1.3) spricht ja eher eine andere Sprache – oder dass die arbeitsrechtlichen Belastungen für harmlos gehalten werden. Vielmehr kann die Versagung der steuerlichen Anerkennung je nach Art der Durchführung zu massiven steuerlichen Nachteilen führen.

In der Praxis haben Modelle ohne steuerliche Begünstigung kaum eine Chance auf Verbreitung. Als Beispiel mögen die durch das Dritte Finanzmarktförderungsgesetz eingeführten Altersvorsorge-Sondervermögen gelten¹³⁸, die bislang fast ausschließlich zur individuellen Eigenvorsorge eingesetzt werden.

4.1.2 Der Begriff der Leistung – Garantie der Höhe nach?

Die Legaldefinition in § 1 Abs. 1 BetrAVG verlangt, dass der Arbeitgeber „Leistungen“ der Alters-, Invaliden- oder Hinterbliebenenversorgung zusagt. Ob diese Leistungen der Höhe nach garantiert sein müssen, geht aus dem Wortlaut nicht hervor. Die Frage ist daher durch Auslegung zu ermitteln.

a) Die systematische Auslegung des Betriebsrentengesetzes

Die Gesetzesmaterialien geben keinen Aufschluss darüber, ob die Leistung bereits im Zeitpunkt der Zusage in fester Höhe garantiert sein muss.

Analysiert man die innere Systematik des Betriebsrentengesetzes, so stößt man auf einige **Vorschriften, die offenbar von einer Berechenbarkeit der Altersleistung vor Erreichen der Altersgrenze ausgehen**¹³⁹. An erster Stelle zu nennen ist die Grundvorschrift zur Berechnung der unverfallbaren Anwartschaft eines ausgeschiedenen Arbeitnehmers, die gem. § 2 Abs. 1 S. 1 BetrAVG durch eine Kürzung „der ohne das vorherige Ausscheiden zustehenden Leistung“ erfolgt und über die ihm nach § 2 Abs. 6 BetrAVG nach Ausscheiden auch der Höhe nach Auskunft zu erteilen ist. Ferner bezieht sich § 3 Abs. 1 S. 2 BetrAVG auf „den bei Erreichen des der vorgesehenen Altersgrenze maßgeblichen Monatsbetrag der laufenden Versorgungsleistung“. § 7 Abs. 2 S. 3 BetrAVG verweist hinsichtlich der Höhe der insolvenzgesicherten Leistung ebenfalls auf die Unverfallbarkeitsberechnungen in § 2 BetrAVG.

Auf der anderen Seite lassen sich jedoch auch Indizien für eine Zulässigkeit „offener“ Zusagen im Gesetz finden, nämlich **Regelungen, die auf Basis einer jederzeit der Höhe nach feststehenden Endleistung keinen Sinn ergeben würden**. Besonders hervorzuheben ist hier § 2 Abs. 5 S. 1 BetrAVG, wonach bei der

¹³⁸ Mit diesen ist keine betriebliche Altersversorgung im Rechtssinne durchführbar, vgl. *Hannau/Arteaga*, Gehaltsumwandlung, Kap. G Rz. 30 ff.

¹³⁹ *Doetsch*, in *BetrAV* 1999, S. 203 (204); *ders.*, in *ZIP* 1998, S. 270 (273)

Berechnung der unverfallbaren Anwartschaft unter anderem Veränderungen der Bemessungsgrundlagen für die Leistungshöhe außer Betracht bleiben, soweit sie nach dem Ausscheiden des Arbeitnehmers eintreten. Und die nach § 5 Abs. 2 BetrAVG unter bestimmten Voraussetzungen zulässige Anrechnung anderweitiger Versorgungsbezüge auf die zugesagte Leistung (Gesamtversorgungszusage) führt ebenfalls zwangsläufig zu einer Ungewissheit über die spätere Arbeitgeberleistung. Wichtigster und ausdrücklich genannter Anwendungsfall sind die Leistungen aus der gesetzlichen Rentenversicherung.

Die **systematische Auslegung** lässt von daher **nicht eindeutig** erkennen, dass Zusagen ohne der Höhe nach garantierte Versorgungsleistungen von der Anwendung des Gesetzes ausgeschlossen werden sollen. Vielmehr scheint einiges dafür zu sprechen, dass dem Gesetzgeber die damit zusammenhängende Problematik überhaupt nicht bewusst war, weil an derartigen Versorgungszusagen in den siebziger Jahren in Deutschland praktisch keinerlei Interesse bestand.

Auch der Sinn und Zweck des Betriebsrentengesetzes spricht auf Anheb nicht für einen Ausschluss solcher Zusagen. Das Gesetz bringt in seinen Regelungen zum Ausdruck, dass es in erster Linie die Versorgungsansprüche des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber in ihrem angemessenen Bestand sowie in ihrer Werthaltigkeit schützen will. Nun könnte man zwar argumentieren, dass bei „ungewissen“ Leistungsplänen der Arbeitnehmer nicht schutzbedürftig sei, weil er auf keine feste Versorgungsleistung vertrauen kann. Doch bringt das Gesetz eine solche Einschränkung an keiner Stelle zum Ausdruck, weil es – von § 16 einmal abgesehen, der aber nicht die Anwartschaftsphase betrifft – nur gegen Risiken schützt, die mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängen. Das entsprechende Schutzbedürfnis entfällt nicht dadurch, dass die Höhe der Versorgungsleistungen externen Schwankungen unterworfen ist; es wäre anders, wenn der Arbeitgeber die Leistungshöhe frei bestimmen könnte.

Aus der Tatsache, dass einzelne Vorschriften des Betriebsrentengesetzes auf fondsgebundene Versorgungszusagen nicht wörtlich passen, lässt sich die Nichtgeltung des Gesetzes jedenfalls nicht herleiten. Dieser Umstand kann ebenso gut eine Lücke im Gesetz offenbaren, die darin besteht, dass für solche Fälle eine spezielle Regelung nicht bedacht wurde¹⁴⁰. Dies zu entscheiden, dazu dient ja gerade die Auslegung.

b) Leistungszusagen, Beitragszusagen und beitragsorientierte Leistungszusagen

In der Literatur wird die Frage, ob Leistungen der betrieblichen Altersversorgung der Höhe nach garantiert sein müssen, bislang meist nicht direkt angesprochen. Die Anforderungen an den Leistungsbegriff werden stattdessen durch das Gegensatzpaar „Leistungszusage“ versus „Beitragszusage“ bestimmt¹⁴¹.

Eine **Leistungszusage** zeichnet sich nach diesem Verständnis dadurch aus, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine der Höhe nach fest bestimmte Versorgungsleistung verspricht. Mit welchem Aufwand die spätere Erfüllung dieser Ver-

¹⁴⁰ Zutreffend *Doetsch*, in ZIP 1998, S. 270 (273)

¹⁴¹ *Blomeyer*, in BetrAV 1996, S. 308 (311); *Bode/Grabner*, in DB 1997, S. 928 (929 f.); *Hannau/Arteaga*, in BB 1997 Beilage 17, S. 4 f.; *dies.*, Gehaltsumwandlung, Kap. B Rz. 72 ff., *Pophal*, in BetrAV 1997, S. 174 (177)

sorgungsverpflichtung verbunden ist, bleibt bei diesem Zusagetyp offen. Das entsprechende Risiko, das sich u. a. aus der Ungewissheit über den Zeitpunkt des Versorgungsfalls sowie über die Lebenserwartung ergibt, trägt der Arbeitgeber bzw. der von ihm eingesetzte externe Versorgungsträger.

Demgegenüber besteht eine **Beitragszusage** nicht im Versprechen einer – festen – Versorgungsleistung, sondern allein in der Verpflichtung, Finanzierungsbeiträge in festgelegter Höhe an den Arbeitnehmer zum Aufbau einer Versorgungsleistung bis zum Eintritt des Versorgungsfalles zu leisten. Der Arbeitnehmer erhält im Versorgungsfall die Summe der geleisteten Arbeitgeberbeiträge zuzüglich aufgelaufener Erträge. Die Höhe dieser Leistung ist für den Arbeitnehmer in diesem Falle ungewiss, der Arbeitgeber hat seine Verpflichtung mit der Zahlung der Beiträge erfüllt (§ 362 Abs. 1 BGB).

Die h. M. verwendet nun dieses Gegensatzpaar zur Konkretisierung des Begriffs „Leistung“ in § 1 Abs. 1 BetrAVG und folgert, betriebliche Altersversorgung sei nur mit Leistungszusagen möglich, Beitragszusagen fielen dagegen nicht unter das Betriebsrentengesetz¹⁴². Aus dieser Betrachtung rührt denn auch die in Tz. 1.3 und 1.4 bereits erwähnte Forderung nach einer Flexibilisierung des Betriebsrentenrechts in dieser Frage.

Dagegen vertritt *Doetsch* die Ansicht, dass auch reine Beitragszusagen „Leistungen“ i. S. v. § 1 Abs. 1 BetrAVG versprechen¹⁴³. Im Prinzip existiere das Gegensatzpaar Leistungszusage versus Beitragszusage gar nicht¹⁴⁴.

Die Praxis hat aus dem Bedürfnis heraus, den Aufwand für betriebliche Versorgungswerke besser kontrollieren zu können, auf diese aus ihrer Sicht unbefriedigende Rechtswirklichkeit mit der Entwicklung sog. **beitragsorientierter Leistungszusagen** reagiert. Bei einer solchen Zusage steckt der Arbeitgeber zunächst den gewünschten Finanzierungsrahmen ab. Beispielsweise kann er einen festen Prozentsatz vom Gehalt für die Altersversorgung eines jeden Mitarbeiters ansetzen. Anschließend wird dieser kalkulatorische Aufwand nach versicherungsmathematischen Grundsätzen in ein frei wählbares Profil von Versorgungsansparungen auf Alters-, Invaliden- und/oder Hinterbliebenenleistung umgerechnet (Versicherungsprinzip). Alternativ kann der Beitrag auch auf einem fiktiven Konto verzinslich angesammelt und erst bei Eintritt des Versorgungsfalles in eine lebenslänglich laufende Rente umgewandelt werden (Sparprinzip).

In gewisser Weise kann man die beitragsorientierte Zusage als gemischten Typ zwischen Beitrags- und Leistungszusage ansehen¹⁴⁵. Allerdings dominiert hinsichtlich des Rechtscharakters der Verpflichtung klar das Leistungselement. Inhalt der Zusage ist bei dieser Konstruktion nämlich allein die ermittelte Leistung. Wenn sich die der Kalkulation zu Grunde liegenden Finanzierungsbeiträge zur Leistung als unzureichend erweisen, etwa weil die angenommene Verzinsung der Beiträge nicht realisierbar ist oder weil die Rentenempfänger länger leben als in der Leistungsberechnung eingerechnet, bleibt der Arbeitgeber dennoch in der

¹⁴² *Blomeyer*, in BetrAV 1998, S. 124 (127); *Bode/Grabner*, in DB 1997, S. 928 (929 f.); *Grabner*, in DB 1999, S. 903 (905); *Hanau/Arteaga*, in BB 1997 Beilage 17, S. 5; *dies.*, Gehaltsumwandlung, Kap. B Rz. 81; *Niemeyer*, in BetrAV 1997, S. 296 (300); *Schöberle*, in BetrAV 1998, S. 144 (145); unklar *Pophal*, in BetrAV 1997, S. 174 (177)

¹⁴³ *Doetsch*, in ZIP 1998, S. 270 (273)

¹⁴⁴ *Doetsch*, a. a. O. (271)

¹⁴⁵ *Blomeyer*, in BetrAV 1996, S. 308 (312)

Pflicht. In der Konsequenz wird man die beitragsorientierte Zusage daher als einen bestimmten Unterfall der Leistungszusage anzusehen haben¹⁴⁶. Der Arbeitgeber schuldet nicht die Finanzierungsbeiträge, sondern die zugesagte Versorgungsleistung. Der Finanzierungsaufwand ist nur Bestandteil der Kalkulationsgrundlage. In rechtlicher Hinsicht kann dies gewisse Konsequenzen im Falle eines Rechenfehlers haben (Kalkulationsirrtum), vorausgesetzt der Umrechnungsmechanismus kommt in der Zusage zum Ausdruck. Dies ist aber auch der einzige wesensmäßige Unterschied zur klassischen Leistungszusage.

Der Gesetzgeber hat im Rentenreformgesetz 1999 im neu eingefügten § 1 Abs. 6 BetrAVG ausdrücklich bestätigt, dass auch die beitragsorientierte Leistungszusage betriebliche Altersversorgung ist. Die Regelung hat nach dem bisher Gesagten allerdings rein klarstellende Bedeutung. Man könnte allerdings aus der Regelung im Umkehrschluss eine Bekräftigung der Aussage der h. M. sehen, dass echte Beitragszusagen nicht unter das Gesetz fallen.

Versucht man nun, einen **fondsgebundenen Leistungsplan** in die Begrifflichkeit dieser Zusagetypen – Leistungszusage, Beitragszusage, beitragsorientierte Leistungszusage – einzuordnen, so stößt man auf Schwierigkeiten. Die Annahme einer reinen Leistungszusage scheidet im Hinblick auf die ungewisse Höhe der Altersleistung von vornherein aus. Die Ablaufleistung einer fondsgebundenen Lebensversicherung ergibt sich allein aus der Höhe der eingezahlten Beiträge und der Wertentwicklung der erworbenen Anteilscheine. Die Tatsache, dass das **Anlage-schicksal** der geleisteten Finanzierungsbeiträge bis zum Eintritt des Versorgungsfalles in den **Risikobereich des Arbeitnehmers** fällt, ist ein typisches Element der echten Beitragszusage. Dennoch liegt selbst hinsichtlich der Altersleistung keine Beitragszusage in Reinform vor, da das Versprechen des Arbeitgebers so auszulegen sein dürfte, dass sie nicht schon mit der Beitragszahlung, sondern erst mit der planmäßigen Leistung durch das Versicherungsunternehmen erfüllt sein soll¹⁴⁷. Und völlig anders stellt sich der fondsgebundene Leistungsplan dagegen hinsichtlich der Leistung im Todesfall des Arbeitnehmers dar. Hier ist ihm eine feste Mindestleistung versprochen, unabhängig davon, ob die im Anlageguthaben zu diesem Zeitpunkt angesammelten Vermögenswerte zur Deckung ausreichen. Insofern liegt ein Element einer Leistungszusage vor. Üblicherweise besteht in einer Fondspolice ein kalkulatorischer Zusammenhang zwischen dieser Mindestleistung und dem Finanzierungsaufwand¹⁴⁸, etwa die steuerlich motivierte Festsetzung des Todesfallschutzes auf 60 % der Beitragssumme. Die vorzeitige Leistung eines fondsgebundenen Versorgungswerks trägt dann nicht die Prägung einer klassischen, sondern einer beitragsorientierten Leistungszusage.

Offenbar ist die fondsgebundene Versorgungszusage in ihrer hier diskutierten Standardform eine **Mischung** aus einer **echten Beitragszusage** und einer **beitragsorientierten Leistungszusage**. Einmal mehr tritt an dieser Stelle die Zweiterstellung der fondsgebundenen Lebensversicherung als Kombinationsprodukt zu Tage. Daher lässt sich aus den Aussagen der h. M. zum Leistungsbegriff für die Anwendbarkeit des Betriebsrentengesetzes auf fondsgebundene Leistungspläne **kein eindeutiges Ergebnis** erzielen. Einerseits könnte man argumentieren, dass das Schwergewicht der Zusage auf der Altersleistung liegt und damit der Charak-

¹⁴⁶ Bode/Grabner, in DB 1997, S. 928 (929)

¹⁴⁷ Vgl. Pophal, in BetrAV 1997, 174 (176)

¹⁴⁸ Es gibt jedoch auch Tarifvarianten, in denen umgekehrt zuerst der Todesfallschutz festgelegt und dann der erforderliche Beitrag ermittelt wird; vgl. oben Tz. 2.1

ter einer Beitragszusage überwiegt. Umgekehrt könnte man aber den Leistungsbegriff schon durch die garantierte Todesfalleistung als erfüllt ansehen und die „zusätzliche“ Endleistung im Hinblick auf die Anwendbarkeit des BetrAVG für unschädlich halten; dieses Ergebnis würde den Äußerungen der Lohnsteuerrichtlinien entsprechen. Und schließlich könnte man als Konsequenz aus der Zwitterstellung den Leistungsplan aufspalten und die Hinterbliebenenleistung bei Aktivtod, aber nicht die Altersleistung dem Betriebsrentengesetz unterstellen. Eine solche Aufspaltung deuten in steuerlicher Hinsicht zwei Schreiben des Bundesministers der Finanzen an, nach denen eine Unterstützungskasse ihren Leistungsplan auch mit einer fondsgebundenen Lebensversicherung rückdecken kann, steuerlich wirksam aber nur, soweit die Leistungen aus der Versicherung der Höhe nach garantiert sind¹⁴⁹. Auf Basis der h. M. zum Thema Beitragszusage wäre eine solche Aufteilung eigentlich sehr naheliegend.

c) Stellungnahme

Eine **Aufteilung** fondsgebundener Versorgungszusagen mit der Folge einer partiellen Anwendung des Betriebsrentengesetzes ist **abzulehnen**. Spar- und Risikoanteil einer fondsgebundenen Lebensversicherung hängen untrennbar miteinander zusammen: Bei üblicher Vertragsgestaltung wirkt sich die Wertentwicklung der Anlage direkt auf die Höhe der noch benötigten Risikobeiträge aus. Umgekehrt beeinflusst eine Veränderung der für das Risiko eingesetzten Prämienteile den künftigen Sparbeitrag und damit die Fondsanlage. Zudem bedarf es wohl keiner weitergehenden Erörterung, dass die Aufteilung jegliche praktischen Einsatzmöglichkeiten fondsgebundener Lebensversicherungen für Zwecke der betrieblichen Altersversorgung zunichte machen würde. Daher können sie m. E. nur ganz oder gar nicht der Anwendung des Betriebsrentengesetzes unterfallen.

Kehren wir hierzu zurück zu der Frage, ob eine nach § 1 Abs. 1 BetrAVG relevante Leistung voraussetzt, dass sie der Höhe nach garantiert ist. M. E. lässt sich eine Einschränkung auf einer solch formalen Ebene, wie sie in der begrifflichen **Einteilung in Beitrags- und Leistungszusagen** vorgenommen wird, im Gesetz **nicht sinnvoll** begründen. Die Schwäche dieser Einteilung scheint mir wesentlich auf dem Verständnis der Beitragszusage als Verpflichtung zu beruhen, die nur die Zahlung von Finanzierungsbeiträgen zum Inhalt hat. Diese Begriffsbestimmung ist ungeeignet, sie geht jedenfalls an der Realität vorbei. Denn ein Plan, der nur eine Beitragspflicht regelt, aber keine Bestimmung über die Verwendung dieser Beiträge zum Aufbau einer Versorgungsleistung enthält, wäre in sich unvollständig. Dass solche Vereinbarungen den Leistungsbegriff des Betriebsrentengesetzes nicht erfüllen, ist zwar kaum zu bestreiten, für die Praxis aber auch wenig bedeutsam. Dies gilt auch bei externer Durchführung, weil in diesem Fall immer eine gedankliche Verpflichtung des Arbeitgebers zu unterlegen sein müsste¹⁵⁰. In der Praxis enthalten selbst die gerne als Vorbild dienenden „Defined Contribution“-Pläne in Großbritannien oder in den USA Klauseln, in denen den Versorgungsberechtigten nach einem bestimmten Regelwerk Leistungen zugesagt werden, auch wenn diese der Höhe nach nicht garantiert werden¹⁵¹. Das für die Praxis wichtige

¹⁴⁹ BMF, Schreiben vom 13.05.1998 – IV B 2 – S 2144c – 12/98, in BB 1998, S. 1789, sowie vom 11.12.1998 – IV C 2 – S 2144c – 4/98, in DB 1999, S. 25; vgl. dazu unten Tz. 6.1.3

¹⁵⁰ *Blomeyer/Otto*, Betriebsrentengesetz, Einleitung Rz. 725

¹⁵¹ Vgl. *Doetsch*, in ZIP 1998, S. 270 (272)

Kriterium einer Beitragszusage besteht ja lediglich darin, dass die Einstandspflicht des Arbeitgebers auf die planmäßig geleisteten Finanzierungsbeiträge beschränkt werden kann. Wesentlich realitätsnäher erscheint deshalb die Definition einer Beitragszusage als Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung von Beiträgen, verbunden mit einem sachgerechten Regelwerk zur Kapitalanlage und zur Verwendung der gezahlten Beiträge und Kapitalerträge für Versorgungsleistungen¹⁵². Diese Umschreibung ist eine Verallgemeinerung der Plangestaltung, wie sie einer jeden Direktversicherung zu Grunde liegt. Auch die fondsgebundene Lebensversicherung beinhaltet neben der Beitragspflicht ein solches Regelwerk. Mit diesem zusätzlichen Merkmal entfällt aber offenkundig die Rechtfertigung, Beitragszusagen insgesamt aus dem Anwendungsbereich des Betriebsrentengesetzes auszunehmen.

Zuweilen entsteht auch der Eindruck, dass die Aussage, das Betriebsrentengesetz ermögliche keine Beitragszusagen, sich weniger auf eine tatbestandliche Anforderung als vielmehr auf die Rechtsfolgenseite bezieht. Wenn der Arbeitgeber eine beitragsdefinierte Versorgung gewährt und das Gesetz anwendbar ist, so können in der Tat die etwa in §§ 2, 6, 7 ff. oder 16 BetrAVG getroffenen Regeln dazu führen, dass die tatsächlich zu erbringende Leistung einen unvorhersehbaren Mehraufwand erfordert. Dieser Umstand rechtfertigt es aber kaum, beitragsbezogene Versorgungspläne erst gar nicht dem Gesetz zu unterwerfen.

Speziell zur fondsgebundenen Lebensversicherung gibt es noch einen weiteren Grund, weshalb die Unterscheidung zwischen Beitrags- und Leistungszusage ein wenig geeignetes Abgrenzungskriterium ist. Zwar ist deren Ablaufleistung in Geld ausgedrückt ungewiss. Doch kann, wenn der Todesfallschutz nicht zu hoch ist, sehr wohl eine **Endleistung in Anteileinheiten des unterlegten Fonds garantiert** werden. Nun sind in der betrieblichen Altersversorgung unbestritten auch Sachleistungen möglich¹⁵³. Deren Wert in Geld ist vorher auch nicht gewiss. Es muss also ein anderer Grund sein, der die Eignung der Fondspolice für die betriebliche Altersversorgung in Frage stellt. Dabei scheint es mehr um den Zweck der Leistung zu gehen. Denn eine gewöhnliche Sachleistung, wie etwa ein Kohledeputat, kann unabhängig von ihrem Marktwert der Versorgung dienen. An der Wertpapierleistung einer Fondspolice ist dagegen nur der Gegenwert in DM interessant. Die Frage der Zweckbestimmung der Leistung für die Versorgung wird in Tz. 4.1.4 ausführlich diskutiert.

Auf Grund all dieser Überlegungen sowie der im Rahmen der h. M. bestehenden Unklarheiten erscheint mir die Ansicht von *Doetsch* **überzeugender**, dass auch **Beitragszusagen eine „Leistung“ im Sinne von § 1 BetrAVG** versprechen.

Eine ganz andere Frage ist es, welche Mindestanforderungen an die Ausgestaltung des Regelwerks zu stellen sind, welches bei einer auf die Zahlung von Finanzierungsbeiträgen beschränkten Leistungspflicht des Arbeitgebers die Anlage und die Verwendung der Mittel für Versorgungsleistungen bestimmt. Wie bereits festgestellt wurde, ist es im Einklang mit der h. M. unzureichend, wenn ein solches Regelwerk völlig fehlt, dagegen reicht eine Verwendung nach dem Plan einer gewöhnlichen Kapitallebensversicherung unstreitig aus. Ein fondsgebundener Plan nimmt – mit seiner ungewissen Ablaufleistung – eine Zwischenposition ein. Bei der Festlegung dieser Mindestanforderungen geht es aber – wie für die fondsge-

¹⁵² *Engbroks*, in BetrAV 1998, S. 137 (137)

¹⁵³ z. B. *Höfer*, BetrAVG Teil 1, ART Rz. 29

bundene Versorgung bereits angedeutet – m. E. ganz generell um das Tatbestandsmerkmal des Versorgungszwecks, also um die Frage, ob die im Plan vorgesehenen Leistungen geeignet sind, der Versorgung zu dienen. Der formale Begriff der Leistung erscheint mir hierfür nicht brauchbar.

4.1.3 Leistungsauslösung durch biologisches Ereignis

Betriebliche Altersversorgung setzt weiterhin voraus, dass die Leistung durch eines der biologischen Ereignisse Alter, Invalidität oder Tod ausgelöst wird. Dies ist hier völlig unproblematisch. Die Leistungsfälle in der fondsgebundenen Lebensversicherung unterscheiden sich nicht von denen in der gewöhnlichen Kapitallebensversicherung.

4.1.4 Leistung zum Zweck der Versorgung

Nach dem bisher Gesagten bedarf nun die Zweckbestimmung der Leistung zur Versorgung im Ruhestand bei fondsgebundenen Leistungsplänen einer besonderen Prüfung. Hintergrund ist offenkundig nicht die garantierte Leistung im Todesfall, sondern die – von ihrer praktischen Gewichtung her – weitaus bedeutendere ungewisse Leistung im Alter.

Das Merkmal des Versorgungszwecks dient in der einschlägigen Rechtsprechung sowie Literatur in erster Linie zur Festlegung einer Untergrenze für den Bezug von Altersleistungen¹⁵⁴ sowie zur Abgrenzung von betrieblicher Altersversorgung gegen sonstige Zusatzleistungen des Arbeitgebers wie Gewinnbeteiligungszusagen, Jubiläumsgelder, Vorruhestands- und Altersteilzeitleistungen oder Überbrückungsgelder¹⁵⁵. Mit Ausnahme der angesprochenen absoluten Mindestgrenze, die aber bei entsprechender Ausgestaltung höchstens ein theoretisches Problem darstellen kann, betreffen diese Abgrenzungen fondsgebundene Leistungspläne nicht. Im Gegenteil: Der Versorgungszweck erfüllt sich in den meisten Fällen in einer Ergänzung der gesetzlichen Rente¹⁵⁶. Bei entsprechend definierten Leistungsfällen wird dies mit einer Fondspolice ebenso wie mit einer gewöhnlichen Lebensversicherung erreicht. Die Problematik der **ungewissen Leistungshöhe** wird mit den gängigen Konkretisierungen dieses Tatbestandsmerkmals offenbar **nicht erfasst**.

a) Altersversorgung versus Vermögensbildung

Ein Ansatzpunkt dafür, wegen der Abhängigkeit der Leistung von einer ungewissen Kursentwicklung ihre Zweckbestimmung für die Versorgung im Alter in Frage zu stellen, ergibt sich aus der **Investmentkomponente** der fondsgebundenen Lebensversicherung. Würde die Versicherungskomponente – die garantierte Leistung im Todesfall – fehlen, so läge ein reiner Sparplan vor. Ein solcher Investmentsparplan kann zwar auch zur Absicherung im Alter verwendet werden, der Plan unterstützt diesen Zweck jedoch sehr wenig: Der Fälligkeitszeitpunkt ist vielleicht an einen Versorgungsfall gekoppelt, doch der Plan bietet im allgemeinen keinen Schutz gegen typische Versorgungsrisiken wie Invalidität oder Tod, und

¹⁵⁴ Höfer, BetrAVG Teil 1, ART Rz. 19 m. w. N.

¹⁵⁵ Höfer, BetrAVG Teil 1, ART Rz. 50-63 m. w. N.

¹⁵⁶ Höfer, BetrAVG Teil 1, ART Rz. 39

auch im Alter ist völlig offen, wie hoch der Versorgungsbaustein ausfällt und wie lange davon gezehrt werden kann.

Ein Beispiel für solche Investmentsparpläne sind die Altersvorsorge-Sondervermögen (AS-Fonds). Hier besteht keinerlei Zweifel, dass es sich nicht um betriebliche Altersversorgung handelt¹⁵⁷. Als entscheidend wird dabei angesehen, dass die AS-Fonds keinerlei Risiko tragen, sondern im Versorgungsfall lediglich das verzinslich angesammelte Kapital auszahlen. Umgekehrt hat die Finanzverwaltung in ihrem ersten Erlass zu arbeitnehmerfinanzierten Versorgungszusagen das Vorliegen von betrieblicher Altersversorgung dann bejaht, wenn nicht lediglich das „angesparte“ Kapital ausgezahlt, sondern eine versicherungsmathematisch berechnete Anwartschaft auf Versorgungsleistungen gewährt wird¹⁵⁸. Inzwischen sieht sie es ausdrücklich als schädlich an, wenn die eingeräumte Anwartschaft frei vererblich ist¹⁵⁹.

Man könnte diese Argumente so zusammenfassen, dass ein Vorsorgemodell nur dann zur betrieblichen Altersversorgung geeignet ist, wenn es in erster Linie der **Altersversorgung und nicht bloß der Vermögensbildung** dient¹⁶⁰. Diese Abgrenzung gewinnt vor dem Hintergrund der Diskussion um die Einführung und Ausgestaltung zunehmend an Bedeutung. Es handelt sich hierbei nicht um zwei scharf voneinander zu trennende Begriffe, sondern um die Extrempositionen einer im einen Fall zweckgebundenen und im anderen Fall freien Vermögensansammlung. Diese Extrempositionen lassen sich durch eine Reihe von Merkmalen beschreiben.

Zum Wesen von **Altersversorgung** werden dabei folgende Eigenschaften gerechnet:

- Das Versorgungsvermögen unterliegt einer **Zweckbindung**¹⁶¹. Das bedeutet, die Verfügbarkeit vor Eintritt eines Versorgungsfalls, wie **Alter**, **Invalidität** oder **Tod**, ist tatsächlich oder rechtlich ausgeschlossen oder wird zumindest nachteilig sanktioniert.
- Der Versorgungsträger trägt ein **biometrisches Risiko**¹⁶². Biometrische Risiken sind Tod, Invalidität, Erreichen einer Altersgrenze und Langlebigkeit. Die Risikoübernahme muss aber über den im ersten Punkt angesprochenen bloßen Zeitpunkt der Leistung hinaus gehen, sie muss auch ein riskiertes Kapital einschließen. Ähnlich wie im aufsichtsrechtlichen Versicherungsbegriff¹⁶³ muss auch hinsichtlich der Leistungen ein **Risikoausgleich im Kollektiv** erfolgen, so dass der gedanklich gleichermaßen für eine Vielzahl von Personen erbrachte Aufwand bei Verwirklichung einzelner Risiken diesen verstärkt zugute kommt.

¹⁵⁷ Blomeyer, in ZIP 1997, S. 1397 (1400); Hanau/Arteaga, Gehaltsumwandlung, Kap. B Rz. 78 ff., Kap. G Rz. 30 ff., 35; Heubeck, in DB 1996 Beilage 15, S. 15 ff.

¹⁵⁸ Koordinierter Ländererlass vom 15.05.1995, in DB 1995, S. 1150

¹⁵⁹ BMF-Schreiben vom 04.02.2000 – IV C 5 – S 2332 – 11/00, in DB 2000, S. 353

¹⁶⁰ Doetsch, in BetrAV 1999, S. 203 (203); Hanau, in BetrAV 1998, S. 147 (147 f.)

¹⁶¹ Doetsch, in BetrAV 1999, S. 203 (204); Hanau, in BetrAV 1998, S. 147 (152)

¹⁶² Doetsch, in BetrAV 1999, S. 203 (204); Hanau/Arteaga, Gehaltsumwandlung, Kap. B Rz. 106; Blomeyer, in BetrAV 2000, S. 42 (44); Höfer/Meier, in BB 1998, S. 1894 (1896)

¹⁶³ Vgl. Prölss/Schmidt – Schmidt, VAG, § 1 Rz. 15; oben Tz. 3.1

- Der Versorgungsprozess ist auf einen **engen Personenkreis**, nämlich den **Arbeitnehmer und seine Hinterbliebenen begrenzt**¹⁶⁴. Zu den Hinterbliebenen zählen in jedem Fall der Ehegatte sowie minderjährige oder noch in der Ausbildung befindliche Kinder. Hinsichtlich der Einbeziehung weiterer Personen wie Lebensgefährten oder Angehörige im Sinne von § 15 AO ist der Begriff grundsätzlich offen, die Diskussion ist teilweise noch in Bewegung. Idealtypisch ist das Versorgungsvermögen aufgebraucht, wenn solche Personen nicht mehr vorhanden sind, da sich der Zweck dann erledigt hat.

Demgegenüber zeichnet sich Vermögensbildung durch folgende Eigenschaften aus:

- Das aufgebaute Vermögen ist jederzeit abrufbar und **frei verfügbar**.
- Der Sparer erhält bei Abruf immer **genau** sein **individuell aufgebautes Vermögen**. Er muss seine biometrischen Risiken selbst tragen.
- Der Anhäufungsprozess ist sowohl zeitlich als auch der Höhe nach grundsätzlich **unbegrenzt**, er setzt sich von seiner Zwecksetzung her durch Vererbung immer weiter fort¹⁶⁵.

Diese Merkmale bieten eine gewisse Hilfestellung bei der Standortbestimmung von Vorsorgemodellen. Dabei kommt es nicht darauf an, welche Wirkung eine Maßnahme nachträglich hat. So kann selbstverständlich im Falle der Altersversorgung nach dem Tod aller primär Berechtigten noch Versorgungsvermögen übrig sein und den Erben zugute kommen. Umgekehrt kann ein reiner Vermögensbildungsprozess zu einer Ansammlung von Kapital führen, das sich im Alter in der allgemeinen Lebenshaltung aufzehrt. Entscheidend kann hier nur die ursprüngliche, **im Plan zum Ausdruck kommende Zielrichtung** sein.

Die Merkmale einer Extremposition werden selten alle vollständig erfüllt sein. Vielmehr gibt es zahlreiche Mischformen. So ist die Zweckbestimmung einer Kapitallebensversicherung zur Altersversorgung schon weniger zwingend als die einer Rentenversicherung; dennoch eignet sie sich zu Versorgungszwecken, wenn die Erlebensfalleistung an das Erreichen einer entsprechenden Altersgrenze gekoppelt ist¹⁶⁶. Bei der fondsgebundenen Lebensversicherung ist das Gewicht noch etwas weiter in Richtung der allgemeinen Vermögensbildung verschoben, da der Bezugsberechtigte keine feste Altersleistung in seine Versorgungsplanung einbeziehen kann.

Die hier zu untersuchende Frage lautet, ob bei fondsgebundenen Leistungsplänen die Zweckbestimmung für die Versorgung im betriebsrentenrechtlichen Sinne noch ausreichend ist. Dazu ist die Ausprägung der oben aufgezählten wesentypischen Merkmale für Altersversorgung bzw. Vermögensbildung bei dieser Plangestaltung zu untersuchen und anschließend im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu würdigen.

¹⁶⁴ Doetsch, in BetrAV 1999, S. 203 (204)

¹⁶⁵ Doetsch, in BetrAV 1999, S. 203 (204)

¹⁶⁶ Hanau, in BetrAV 1998, S. 147 (148)

b) Zweckbindung des Versorgungsvermögens

Zu diesem Merkmal bedarf es hier keiner Prüfung. Die Zweckbindung des Versorgungsvermögens ist mit der bereits untersuchten Leistungsauslösung durch eines der biologischen Ereignisse Alter oder Tod erfüllt. Weitere Bindungen, wie etwa Verfügungsbeschränkungen, würden sich dann bei Einstufung als betriebliche Altersversorgung als Rechtsfolge aus dem Betriebsrentengesetz ergeben.

c) Übernahme biometrischer Risiken

Die Abdeckung biometrischer Risiken wird heute sowohl arbeits- als auch steuerrechtlich als das **wesentliche Unterscheidungsmerkmal** zwischen Altersversorgung und bloßer Vermögensbildung angesehen¹⁶⁷. Wie bereits aufgeführt und aus der Definition von § 1 Abs. 1 BetrAVG ersichtlich, kommen hierfür folgende Risiken in Frage:

- Tod mit Hinterbliebenen
- Invalidität
- Erleben des Altersruhestandes
- Langlebigkeit im Ruhestand.

Den natürlich denkenden Menschen mag der Sprachgebrauch durchaus verwirren. Tod und Invalidität dürfte jeder als Risiken akzeptieren, im Erleben des Alters und in der Langlebigkeit liegen aber doch erstrebenswerte Ziele, also eher Chancen als Risiken. Die Auflösung dieser Widersprüchlichkeit erfolgt aus Sicht des Versorgungsträgers. Risiko ist jedes mögliche Ereignis, das zur Erbringung von Versorgungsleistungen verpflichtet bzw. den hierfür erforderlichen Aufwand erhöht. Der Begriff ist aktuariell geprägt.

Die Frage ist natürlich, wie man das eingegangene Risiko misst und **welches Mindestmaß an Risikoübernahme** zu fordern ist, damit die Schwelle von der Vermögensbildung zur Altersversorgung hin überschritten ist. Eine einfache Möglichkeit besteht darin, die **Anzahl** der eingegangenen Risiken zum Maßstab zu nehmen. Ein Plan, der als Leistungen Alters-, Invaliden- und Hinterbliebenenrenten vorsieht, übernimmt damit mehr Risiken als eine reine Zusage auf Altersrente. Ein Versorgungsmodell, welches lebenslängliche Rentenzahlungen vorsieht, bietet mehr Risikoschutz als ein im übrigen identisches Modell, welches lediglich Kapitalzahlungen bietet, weil bei letzterem das Langlebkeitsrisiko fehlt. Bei allen Vorteilen indes, die derartige „Breitband-Versorgungssysteme“ haben, kann die bloße Anzahl der Risiken für die Beurteilung zwar eine gewisse Indizwirkung, aber keinesfalls Ausschlag gebende Bedeutung haben. Dies ergibt sich schon aus dem Gesetzestext, der ausdrücklich Leistungen der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung nennt. Es ist daher arbeits- und steuerrechtlich geklärt, dass es grundsätzlich **ausreicht**, wenn **eines der genannten Risiken** durch den Versorgungsplan abgedeckt ist¹⁶⁸. Insbesondere besteht inzwischen kein Zweifel mehr, dass auch Kapitalleistungen ganz generell für die betriebliche Altersversor-

¹⁶⁷ Übelhack, in BetrAV 1998, S. 132 (135); Engbroks, in BetrAV 1998, S. 137 (138)

¹⁶⁸ Höfer, BetrAVG Teil 1, ART Rz. 11

gung geeignet sind¹⁶⁹. Denn zum einen ist der Kapitaltarif der Standardfall einer Lebensversicherung. In § 1 Abs. 2 BetrAVG hätte deutlich gemacht werden müssen, wenn als Direktversicherung nur Rententarife in Frage hätten kommen sollen. Außerdem lässt § 3 BetrAVG im Versorgungsfall stets eine Kapitalabfindung zu – warum sollte man sie dann nicht von Anfang an vereinbaren können?

Eine objektiv messbare Größe zur Beurteilung eines übernommenen Risikos von Versorgungsanwartschaften ist das **riskierte Kapital**. Dieser versicherungstechnische Begriff geht von der Annahme aus, dass für jedes versicherte Risiko planmäßig Vermögensmittel reserviert werden müssen, damit die Verpflichtungen im Schadensfall erfüllt werden können. So ist speziell bei der Lebensversicherung für jeden Vertrag eine Deckungsrückstellung¹⁷⁰, im Falle einer Pensionszusage für jede begünstigte Person eine Pensionsrückstellung (vgl. §§ 249 Abs. 1 S. 2 HGB, 6a EStG) zu bilden. Die Höhe dieser Sollrückstellungen bemisst sich nach der Höhe der Zusage sowie Annahmen über die Verzinsung der Deckungsmittel, insbesondere aber den voraussichtlichen Eintrittszeitpunkt des Versorgungsfalls und – bei Renten – die Laufzeit. Verdichtet sich dann die bloße Wahrscheinlichkeit im tatsächlichen Versorgungsfall zur Sicherheit, so müssen die Deckungsmittel häufig aufgestockt werden. Dieser potenzielle Aufstockungsbetrag wird als riskiertes Kapital zu dem jeweiligen Versorgungsfall bezeichnet. Das Risikokapital ist für Lebensversicherungsunternehmen eine wichtige Größe, nach der sich unter anderem die vorgeschriebene Ausstattung des Unternehmens mit Eigenmitteln bemisst (vgl. § 53c VAG i. V. m. § 4 Abs. 1 KapitalausstattungsVO).

Für den Bereich der betrieblichen Altersversorgung hat der Begriff des Risikokapitals in jedem Fall qualitative Bedeutung. Das völlige Fehlen von Risikokapital stellt nach inzwischen nicht mehr bestrittener Ansicht ein Ausschlusskriterium dar. Ein Risikokapital von Null bedeutet nämlich gerade, dass im Versorgungsfall gerade das vorhandene Deckungskapital ausgekehrt wird. Dies gilt z. B. für die Altersvorsorge-Sondervermögen (AS-Fonds). Solch **reinen Sparplänen**, die keinerlei Versicherungsgedanken umsetzen, wird die **Zielrichtung auf die Versorgung hin abgesprochen**¹⁷¹. Diese Einschätzung verdient Zustimmung. Nach der hier vertretenen, oben geäußerten Ansicht muss ein Vorsorgemodell den Versorgungszweck „auf der Stirn tragen“, und ein reiner Sparplan bringt erkennbar eben nur die Anhäufung von Vermögen zum Ausdruck.

Die fondsgebundene Lebensversicherung fällt aber ersichtlich nicht unter diese Fallgruppe. Im Erlebensfall wird zwar nur der Wert des Anlageguthabens ausgezahlt; im Todesfall ist dagegen eine Mindestleistung garantiert, häufig sogar eine Mindestrisikosumme, und der Versicherer bzw. Versorgungsträger trägt das Risiko, das Anlageguthaben auf bzw. um diese Summe aufzustocken¹⁷².

In der Nähe zum reinen Investmentsparen liegt dennoch der neuralgische Punkt dieser Untersuchung. Das Todesfallrisiko ist in jungen Jahren noch sehr gering. Mit zunehmender Versicherungsdauer steigt aber typischerweise das Wertgutha-

¹⁶⁹ Höfer, BetrAVG Teil 1, ART Rz. 26 m. w. N.; speziell für Pensionskassen BAV, in VerBAV 1998, S. 15

¹⁷⁰ S. oben Tz. 3.6.2

¹⁷¹ Übelhack, in BetrAV 1998, S. 132 (135); Hanau/Arteaga, Gehaltsumwandlung, Kap. B Rz. 81; aus steuerlicher Sicht BFH, Urteil vom 09.09.1990 – VI R 164/89, in BStBl II 1991, S. 189; R 129 Abs. 2 S. 4 LStR 2001

¹⁷² Zu der Problematik, dass bei fehlender Mindestrisikosumme das Wertguthaben in Folge der Kursentwicklung die garantierte Mindestleistung übersteigen kann, vgl. unten Tz. 4.1.6

ben durch laufende Beiträge sowie Kurssteigerungen an, so dass das riskierte Aufstockungskapital kleiner wird. Und schließlich liegt die weitaus größte Wahrscheinlichkeit auf dem Erlebensfall. Dementsprechend gering ist der Anteil der Beiträge für die Risikoversicherung am Gesamtbeitrag. So zeigt ein Vergleich verschiedener Anbieter von Fondspolice, dass unter realistischen Annahmen bei Tarifen mit steuerlich ausreichendem Todesfallschutz ein Beitragsanteil zwischen 10% und 24% für Kosten und Risiko erwartet werden kann¹⁷³. Zieht man den Kostenanteil ab, so erscheint ein Risikobeitrag um oder sogar etwas unter 10% möglich¹⁷⁴. Der Gedanke, dass hier unter dem Deckmantel von Altersversorgung steuerlich privilegierte Vermögensansammlung betrieben wird, ist angesichts dieser Relationen zumindest nicht abwegig.

Die auf den ersten Blick vielleicht naheliegend erscheinende Lösung, nur den Risikoteil der fondsgebundenen Lebensversicherung als betriebliche Altersversorgung zuzulassen, wurde bereits als unpraktikabel ausgeschieden. Ursache ist die Verknüpfung der Risikokomponente mit der laufenden Wertentwicklung des Anlageguthabens.

Es erhebt sich die Frage, ob sich **quantitative Aussagen hinsichtlich eines Mindest-Risikokapitals** treffen lassen. Hierzu finden sich in den bisherigen Stellungnahmen kaum Ansätze, schon gar nicht mit arbeitsrechtlichem Hintergrund. So verwendet die Finanzverwaltung für Steuerzwecke zwar einen quantitativen Ansatz, sie fordert aber keine Mindestrisikosumme, sondern nur eine Mindestgesamtleistung in Relation zur Beitragssumme¹⁷⁵. Aufsichtsrechtlich motiviert ist die aus der Zeit vor Deregulierung der Lebensversicherungsmärkte stammende und wiederum nur qualitative Feststellung, das Risikokapital einer fondsgebundenen Lebensversicherung müsse in jedem Zeitpunkt der Versicherung positiv sein¹⁷⁶. Eine solche Forderung ist natürlich besonders problematisch, weil das riskierte Kapital nach dem Wesen dieser Versicherung gar nicht im Voraus bestimmt werden kann, sondern wie die Erlebensfalleistung Kursschwankungen unterworfen ist. Viele Tarife sehen sicherheitshalber eine Mindestrisikosumme von 5 % der Beitragssumme unabhängig vom sonstigen Leistungsprofil vor, um den Versicherungscharakter zu wahren.

Klar ist in quantitativer Hinsicht lediglich, dass das Risikokapital nicht als absolute Größe in DM, sondern nur relativ zum Volumen einer Versorgung bedeutsam sein kann. Denn die Höhe der Versorgung hat bei gleichem Leistungs- und Risikoprofil keinerlei Auswirkungen auf den Status als Altersversorgung oder Vermögensbildung, davon einmal abgesehen, dass Minimalleistungen der Versorgungszweck abgesprochen werden kann. Eine weitere Präzisierung führt zumindest arbeitsrechtlich zu Problemen. Allein die verschiedenen Finanzierungsformen in der betrieblichen Altersversorgung würden Kriterien mit unterschiedlich definierten sowie berechneten Bezugsgrößen – Pensionsrückstellung, Deckungskapital, Beiträge usw. – erfordern, und das unliebsame Ergebnis, je nach Durchführungsweg unterschiedliche Voraussetzungen an den Leistungsplan zu erhalten, ließe sich kaum vermeiden.

¹⁷³ Vgl. *Heidemann*, in VP 1998, S. 125 (128)

¹⁷⁴ Vgl. *Hanau*, in BetrAV 1998, S. 147 (148)

¹⁷⁵ BMF-Schreiben vom 06.12.1996 – IV B 1 – S 2221 – 301/96, in BStBl I S. 1438: Grundsätzlich muss die garantierte Todesfalleistung während der gesamten Versicherungsdauer mindestens 60 % der tariflichen Beitragssumme betragen.

¹⁷⁶ *Sax*, in VerBAV 1990, S. 232 (234)

Von daher ist bereits fraglich, ob es sinnvoll wäre, allgemein verwendbare quantitative Kriterien an die Höhe des Risikokapitals zu entwickeln. Jedenfalls würde ein solches Vorhaben den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Ein solcher Ansatz wäre im übrigen wesentlich unhandlicher als die derzeitigen pauschalen Vorgaben der Steuerrichtlinien.

Es gibt noch ein weiteres und m. E. gewichtiges Argument dafür, die **Höhe des Risikokapitals** für die fondsgebundene Lebensversicherung **nicht** als **entscheidendes Beurteilungskriterium** für den Altersversorgungsbegriff zu verwenden. Zwar spielt die Höhe des Todesfallschutzes eine wichtige Rolle bei der Eignung für Versorgungszwecke, aber das gilt ebenso für die gewöhnliche Kapitallebensversicherung. Richtig ist auch, dass im Erlebensfall nur die vorhandenen Deckungsmittel ausgekehrt werden. Doch das – und dies ist nur scheinbar eine überraschende Feststellung – ist bei der üblichen Kapitallebensversicherung auch nicht anders: Das Versicherungsunternehmen muss aus kaufmännischen wie aus aufsichtsrechtlichen Gründen das **Deckungskapital immer so aufbauen, dass es bei Ablauf gerade der zu erbringenden Leistung entspricht**. Nichts anderes kommt in der in Tz. 3.6.1 genannten Formel für die Deckungsrückstellung als Barwert künftiger Leistungen abzüglich des Barwertes künftiger Prämien zum Ausdruck, wenn man sie auf den Ablauftermin anwendet.

Diese Betrachtung zeigt m. E. klar, dass das mögliche **Absicherungsdefizit einer fondsgebundenen Lebensversicherung** verglichen mit einem gewöhnlichen Kapitaltarif gar **nicht im Bereich des biometrischen Risikos** zu finden ist. Das auf den Versorgungsempfänger abgewälzte Risiko ist kein biometrisches Risiko, sondern ein **Anlagerisiko**. Es handelt sich um das Risiko von Börsenkursverlusten. Die biometrischen Risiken sind nicht schlechter abgesichert als bei der gewöhnlichen Kapitallebensversicherung, über den Todesfallschutz findet der geforderte Risikoausgleich im Kollektiv statt. Es kann somit festgehalten werden, dass fondsgebundene Leistungspläne biometrische Risiken in ausreichendem Maße absichern.

d) Übernahme von Anlagerisiken

Das Anlagerisiko wird in der Diskussion über die Abgrenzung von Altersversorgung und Vermögensbildung nur am Rande erwähnt. Die h. M. problematisiert das Thema eher bei der Frage nach der Zulässigkeit von Beitragszusagen im Betriebsrentenrecht. Dies ist – wie dargelegt – nach hier vertretener Auffassung jedoch kein geeignetes Kriterium. Diese Diskussion ist zu stark auf formale Kriterien und weniger an der Frage nach dem Versorgungszweck ausgerichtet. Wo immer das Anlagerisiko ernsthaft problematisiert wird, scheint – anders als bei der Prüfung der biometrischen Risiken – weniger die aktuarielle Sichtweise des Versorgungsträgers, als vielmehr der subjektive Standpunkt des Versorgungsberechtigten angesprochen zu sein. So wird bei den **Investmentprodukten**, mit denen Banken und Kapitalanlagegesellschaften in zunehmendem Maße auf den Markt für Vorsorgeleistungen drängen, immer wieder bemängelt, dass sie dem Berechtigten auf Grund der **fehlenden Verlässlichkeit keine wirkliche Hilfestellung bei der Versorgungsplanung** bieten können.

In der sozialpolitischen Diskussion deutet im Moment vieles auf einen Konsens – mit verständlicher Ausnahme der Investmentbranche – derart hin, dass nur solche Vorsorgepläne mit Kapitaleistung förderungswürdig sind, die dem Empfänger

eine **Mindestleistung in Höhe der planmäßigen Sparbeiträge** garantieren¹⁷⁷. Dieser Gedanke ist im **Altersvermögensgesetz (AVmG)**, welches den Aufbau einer kapitalgedeckten Zusatzversorgung zur gesetzlichen Rente fördern soll, bereits umgesetzt worden; dieses Gesetz befindet sich derzeit im Vermittlungsverfahren zwischen Bundestag und Bundesrat. Im neuen § 10a E-EStG sollen die Beiträge für diese Zusatzrente durch Zulagen bzw. einen Sonderausgabenabzug steuerlich begünstigt werden. Voraussetzung ist jedoch nach § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 des neuen Gesetzes über die Zertifizierung von Altersvorsorgeverträgen (E-AltZertG), dass bei Fälligkeit der Leistung mindestens die eingezahlten Beiträge abzüglich höchstens 15% für das Erwerbsminderungsrisiko und 5% für das Hinterbliebenenrisiko garantiert zur Verfügung stehen. Auch im Betriebsrentengesetz sind Konsequenzen vorgesehen: So soll in den versicherungsförmigen Durchführungswegen nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 E-BetrAVG ausdrücklich eine Beitragszusage mit Mindestleistung in Höhe der Sparbeiträge zugelassen werden. Eine solche Mindestgarantie **schmälert bei Kapitalanlagen zwar die Rendite**, erfüllt aber die versorgungspolitisch ungleich wichtigere Funktion, dem Berechtigten eine **gesicherte finanzielle Grundlage im Versorgungsfall** zu bieten und dadurch nicht oder weniger auf die Hilfe anderer angewiesen zu sein. Da der Arbeitgeber die damit verbundenen Risiken im Falle betrieblicher Altersversorgung nicht zwangsläufig selbst tragen muss, lassen sich gegen entsprechende Bestrebungen kaum sachliche Einwände vorbringen. Insbesondere ist eine solche Konzeption, wie schon dargelegt, nicht mit der Idee der Beitragszusage unvereinbar.

Die hier interessierende Frage ist nun, ob das Erfordernis einer solchen oder ähnlichen Verlustsicherung bereits aus dem **geltenden Betriebsrentenrecht** – Stichwort Versorgungszweck – abzuleiten ist. Nun folgt eine derartige Restriktion weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus dem Wortsinn. Nach § 1 Abs. 1 BetrAVG müssen Leistungen für die Versorgung zugesagt werden, das Gesetz sagt nicht, wie hoch diese Leistungen sein müssen, es sagt auch nicht, dass diese Leistungen der Höhe nach garantiert sein müssen¹⁷⁸. Es wurde bereits erwähnt, dass sich die Vorschriften des Betriebsrentengesetzes, die den Arbeitnehmer vor dem Verlust von Anwartschaften schützen sollen, ausschließlich auf Risiken in der Sphäre des Arbeitgebers beziehen.

Im Gegenteil scheint einiges dafür zu sprechen, dass **Anwartschaften schwankender Höhe** im Betriebsrentengesetz **sehr wohl ihren Standort** haben: In **Gesamtversorgungssystemen** unter Anrechnung der Sozialversicherungsrente kann sich die vom Arbeitgeber zu erbringende Aufstockungsleistung während der Anwartschaftsphase ebenfalls aushöhlen. Das gleiche gilt im Prinzip bei **endgehaltsorientierten Leistungsplänen**, wenn zum Ende der Karriere etwa ein Abstieg erfolgt. Auch die Regelung in § 2 Abs. 5 BetrAVG macht in ihrer Formulierung deutlich, dass ein Versorgungsplan auf einer in der Entwicklung ungewissen Bemessungsgrundlage aufgebaut werden darf.

Selbst unter reinen Zweckgesichtspunkten muss eine garantierte Leistung keine bessere Versorgungsaussicht bieten als eine kursabhängige. Festbetragszusagen verlieren bei fehlender Dynamisierung real erheblich an Wert, wobei die genaue Höhe dieses Wertverlusts von der Inflation abhängt und damit bei langfristigen

¹⁷⁷ *aba*, Modell „Zweite Säule“, S. 13; *GDV*, Zukunftsmodell Pensionskasse; *Übelhack*, in BetrAV 1998, S. 132 (135)

¹⁷⁸ Zutreffend *Doetsch*, in ZIP 1998, S. 270 (273); *ders.*, in BetrAV 1999, S. 203 (204)

Verpflichtungen höchst ungewiss ist. Eine **sachwertbezogene Anlage**, und hierzu zählen fondsgebundene Lebensversicherungen, schützt bei langjährigem Horizont wesentlich **besser gegen Inflationsgefahren**. Dies ist ein Gesichtspunkt, dem m. E. in der Diskussion um sinnvolle Vorsorgeprodukte bislang zu wenig Beachtung geschenkt wird. Eine optimierte Vorsorgestrategie wird daher verschiedene Anlageformen miteinander kombinieren, um die den einzelnen Komponenten anhaftenden Risiken zu minimieren. In einem solchen gestreuten Versorgungsportfolio haben auch Fonds ohne Mindestgarantie einen berechtigten Platz. Für den Versorgungszweck im Sinne des Betriebsrentengesetzes muss es aber **ausreichen**, wenn ein Leistungsplan geeignet ist, einen **sinnvollen zusätzlichen Versorgungsbaustein** zu liefern, dagegen ist es nicht Aufgabe der betrieblichen Altersversorgung, Konzepte zu verwirklichen, die schon für sich genommen ein tragfähiges Konzept für eine umfassende Gesamtversorgung bilden.

Daraus ist m. E. die Konsequenz zu ziehen, dass ein fondsgebundener Leistungsplan des Arbeitgebers sehr wohl dem Versorgungszweck im betriebsrentenrechtlichen Sinne dient. Auch Versorgungskonzepte, bei denen der Arbeitnehmer ein Anlagerisiko trägt, eignen sich also im Ergebnis für die betriebliche Altersversorgung. Auf Basis der geltenden Rechtslage scheidet daher die Anwendung des Betriebsrentengesetzes auf fondsgebundene Leistungspläne nicht daran, dass der Versorgungsempfänger das Anlagerisiko für die Altersleistung selbst trägt.

Wichtig ist allerdings, dass beim Arbeitnehmer kein falsches Vertrauen erzeugt wird, etwa derart, der jeweilige Stand des Anlagekontos sei sicher. Hier geht es dann aber eher um Fragen von Aufklärung, Information und Haftung des Arbeitgebers. Diese Aspekte werden an späterer Stelle unter Tz. 5.9 noch ausführlich untersucht.

e) Erben als Leistungsempfänger?

Es bleibt noch ein Sonderproblem zu untersuchen, welches generell versicherungsgebundene Versorgungszusagen betrifft, bei denen im Todesfall ohne Rücksicht auf vorhandene Hinterbliebene eine Leistung zu erbringen ist. Es betrifft die Frage nach dem **möglichen Empfängerkreis von Hinterbliebenenleistungen**. Hier ist zwar nicht speziell die fondsgebundene Lebensversicherung angesprochen, doch ist auch hier zu prüfen, ob im Einzelfall Altersversorgung oder eher Vermögensbildung vorliegt. Denn bei der Altersversorgung wird das Versorgungsvermögen typischerweise vom Arbeitnehmer und seinen Hinterbliebenen aufgezehrt. Dagegen ist Vermögensbildung idealtypisch ein kontinuierlicher, durch fortlaufende Vererbung grundsätzlich unendlicher Anhäufungsvorgang. Dieses Merkmal hat sogar in der Legaldefinition des § 1 Abs. 1 BetrAVG eine gewisse Stütze, nämlich in der Verwendung des Begriffs „Hinterbliebenenversorgung“. Wer Hinterbliebener sein kann, sagt das Gesetz nicht. Im engeren Sinn – insoweit unbestritten – gehören dazu der Ehegatte sowie minderjährige oder in Ausbildung befindliche Kinder. Streitig ist allerdings, inwieweit weitere Personen, wie Lebensgefährten, Eltern, Geschwister oder sonstige Dritte hierunter fallen.

Die am **weitesten gehende Auffassung** von Höfer/Küpper macht keinerlei Einschränkungen hinsichtlich des möglichen Personenkreises von Hinterbliebenenleistungen. Im Prinzip komme hierfür **jeder beliebige Dritte** in Frage. Voraussetzung sei lediglich eine entsprechende Vereinbarung zwischen dem Arbeitgeber

und Arbeitnehmer¹⁷⁹. Insbesondere wäre es nach dieser Ansicht möglich, den Erben des Arbeitnehmers eine Anwartschaft auf Versorgungsleistungen einzuräumen.

Für den Fall von Pensionszusagen, die im Wege der **Entgeltumwandlung** erteilt werden, vertritt die **Finanzverwaltung** demgegenüber eine sehr **restriktive Haltung**. Neben den oben genannten Hinterbliebenen im engeren Sinne seien noch Leistungen an den geschiedenen Ehegatten, „in Einzelfällen“ an den Lebensgefährten möglich¹⁸⁰. Welche Voraussetzungen die Finanzverwaltung für die Anerkennung der Versorgung von Lebensgefährten verlangt, bleibt abzuwarten¹⁸¹. Bei freier Vererblichkeit liege jedenfalls kein Modell der betrieblichen Altersversorgung vor¹⁸².

Inzwischen wird auch die Meinung vertreten, dass der **Ausschluss von Leistungen an die Erben** nicht nur Fälle von Gehaltsumwandlung betreffe, sondern ganz allgemein aus der Zweckbestimmung der Leistung für die Versorgung auch bei klassischer **arbeitgeberfinanzierter Altersversorgung** gelte¹⁸³.

Eine weitere Auffassung sieht gerade dann, wenn der Arbeitnehmer an der Finanzierung der Versorgungsleistungen beteiligt ist – sei es im Wege der Entgeltumwandlung, sei es nur über die Steuer auf Direktversicherungs- oder Pensionskassenbeiträge – ein **Bedürfnis für die Vererblichkeit der Leistungen**¹⁸⁴. In diesem Falle werde die Versorgung ersichtlich als **Entgelt für geleistete Arbeit** erbracht. Das gleiche gelte im Prinzip bei beitragsorientierten Leistungsplänen. Hier müsse der mögliche Versorgungsempfänger frei bestimmt werden können¹⁸⁵. Nur bei echten Leistungszusagen bestehe ein solches Bedürfnis nicht, da diese als Gegenleistung für erbrachte Betriebstreue angesehen werden könnten.

M. E. bietet sich als erster Ansatzpunkt für die Auslegung des Hinterbliebenenbegriffs ein Vergleich mit dem Begriff des **Angehörigen** an, den das Gesetz in § 15 AO definiert. Danach gehören zu den Angehörigen der der Verlobte, der Ehegatte und seine Geschwister, Verwandte und Verschwägere gerader Linie, die Geschwister sowie ihre Ehegatten und Kinder, die Geschwister der Eltern und Pflegeeltern bzw. -kinder. Der Angehörigenbegriff spielt bei der steuerrechtlichen Anerkennung von Pensions- und Unterstützungskassen eine wichtige Rolle. Nach § 5 Abs. 1 Nr. 3a KStG setzt die Befreiung der Kasse von der Körperschaftsteuer voraus, dass Leistungen nur an bestimmte Personen einschließlich ihrer Angehörigen gewährt werden. Das Gesetz konkretisiert damit die Vorstellung, dass aus sozialpolitischer Sicht Versorgungsleistungen nicht an jede vom primär Bedachten eingesetzte Person, sondern nur an solche Menschen förderungswürdig sind, die mit dem Berechtigten auf natürliche Weise näher verbunden sind. Auch dem Betriebsrentengesetz liegt ja eine ähnliche Vorstellung zu Grunde, nur geht es hier in erster Linie nicht um Subventionierung, sondern um einen Schutz, dem solche Leistungen unterstellt werden sollen.

¹⁷⁹ Höfer/Küpper, in BetrAV S. 2000, 444 (446); Höfer, BetrAVG Teil 1, ART Rz. 647; in der Tendenz auch Andresen/Förster/Rößler/Rühmann, Teil 4 A Rz. 58 f.

¹⁸⁰ BMF-Schreiben vom 04.02.2000 – IV C 5 – S 2332 – 11/00, in DB 2000, S. 353

¹⁸¹ Vgl. Langohr-Plato, in BetrAV 2000, S. 450 (452)

¹⁸² BMF, a. a. O.

¹⁸³ Blomeyer, in BetrAV 2000, S. 42 (44)

¹⁸⁴ Hanau/Arteaga, Gehaltsumwandlung, Kap. C Rz. 416

¹⁸⁵ Hanau/Arteaga, a. a. O., Kap. D Rz. 547

Vergleicht man die sprachliche Bedeutung der Begriffen „Angehöriger“ und „Hinterbliebener“, so scheint der Kreis der **Hinterbliebenen eher noch enger** zu sein. Zwar betont dieser Begriff weniger das verwandtschaftliche Verhältnis, dafür drückt eher aber wesentlich stärker die Vorstellung einer tatsächlichen, insbesondere auch wirtschaftlichen Verbundenheit aus. Der Hinterbliebene „bleibt zurück“, der Verstorbene reißt ein Loch in sein Leben, welches über die Trauer hinausgeht, welches ihn zu einer Umstellung der Lebensplanung zwingt und wo – hier ist der Bezug zum Sinn und Zweck des Betriebsrentenrechts zu sehen – aus diesem Grund ein Versorgungsbedarf entstehen kann. Mit dieser sprachlichen Interpretation ist es durchaus vereinbar, Lebensgefährten oder auch mehrere Mitglieder einer langjährigen Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft als gegenseitige Hinterbliebene anzuerkennen. Ganz sicher nicht dürfte dies aber für den Schützenverein gelten, den der Verstorbene als Erben eingesetzt hatte. In einem solchen Fall erscheint es z. B. nicht sachgerecht, wenn der Pensions-Sicherungs-Verein eine Versorgungsleistung zu Lasten der durch Pflichtbeiträge finanzierten Versicherungsgemeinschaft zu erbringen hätte.

Diese sprachliche Inhaltsbestimmung kann allerdings nur einen Ansatz für die Ausfüllung des Hinterbliebenenbegriffs in § 1 Abs. 1 BetrAVG liefern. Als Definition wäre dies zu allgemein und in Versorgungsordnungen kaum umsetzbar, da in jedem einzelnen Todesfall die Anspruchsberechtigung aufwendig geprüft werden müsste. Es kann daher nur darauf ankommen, auf welche Personen die skizzierte **enge tatsächliche Verbundenheit typischerweise** zutrifft. Und das sind m. E. nur der Ehegatte, der Lebensgefährte sowie die minderjährigen oder in Ausbildung befindlichen Kinder. Bei anderen Personen, wie Eltern und Geschwister, ist dies nur ausnahmsweise der Fall, etwa dann, wenn eine häusliche Gemeinschaft besteht. Insofern kommt die hier vertretene Charakterisierung der im BMF-Schreiben¹⁸⁶ vorgenommenen Aufzählung sehr nahe. Sie lässt sich auch problemlos in Versorgungsregelungen formulieren und anwenden.

Die Argumentation von *Höfer/Küpper* verkennt demgegenüber, dass es aus arbeitsrechtlicher Sicht nicht ausreicht, das Vorliegen eines verdeckten Darlehens zu widerlegen¹⁸⁷. Dies mag eine steuerliche Zusatzvoraussetzung sein, die insbesondere bei der Entgeltumwandlung zur Abgrenzung von der Lohnverwendungsabrede dient (vgl. dazu Tz. 7.2.1). Damit ist aber keineswegs automatisch die Zweckbestimmung der Leistung für die Versorgung sichergestellt. Dies bedarf vielmehr einer separaten Prüfung.

Es darf allerdings nicht übersehen werden, dass ein solche Einschränkung des Hinterbliebenenkreises für die **Direktversicherung unbefriedigend** erscheint. Denn es beruht nicht bloß auf der Üblichkeit, dass das Bezugsrecht für die Todesfalleistung hier den Erben eingeräumt wird¹⁸⁸. Vielmehr legen vor allem versicherungstechnische Gründe solche Ausgestaltungen nahe. Das Bezugsrecht darf ja nicht dem Arbeitgeber zustehen, da sonst die Eigenschaft als Direktversicherung verloren geht. Also muss die Versicherungsleistung in die Sphäre des Arbeitnehmers fließen. Als Ausweg käme entweder nur das sehr problematische gespaltene Bezugsrecht in Frage, oder die Einrichtung eines Versicherungstarifs, der eine Todesfalleistung von vornherein nur an „echte“ Hinterbliebene vorsieht. Die **Le-**

¹⁸⁶ BMF, Schreiben vom 04.02.2000 – IV C 5 – S 2332 – 11/00, in DB 2000, S. 353

¹⁸⁷ So die Argumentation von *Höfer/Küpper* in BetrAV 2000, S. 444 (445)

¹⁸⁸ Darauf reduziert aber die Problematik offenbar *Blomeyer*, in BetrAV 2000, S. 42 (44)

bensversicherungsmathematik hat hierfür – anders als die Pensionsversicherungsmathematik, die mit kollektiven Verheiratungswahrscheinlichkeiten und Waisenaufschlägen rechnen kann – **keine geeigneten Werkzeuge**. Für eine Kalkulation nach Wahrscheinlichkeiten wäre nämlich ein ausreichend großes, bestandsmäßig ausgewogenes Kollektiv erforderlich, eine Voraussetzung, die bei Einzelversicherungen nicht gegeben ist. Hier bestünde die Gefahr einer **negativen Risikoselektion**: Verträge würden überwiegend von Verheirateten abgeschlossen und würden dem Versicherungsunternehmen einen Verlust bringen. Deshalb muss nach dem individuellen Äquivalenzprinzip vorgegangen werden. Allenfalls bei Gruppenverträgen mit Zwangsversicherung nach objektiven Kriterien wäre etwas anderes denkbar. Die Vererbungsfeindlichkeit betrieblicher Altersversorgung stellt daher die Direktversicherung vor ernst zu nehmende Probleme.

Da nun andererseits aber die Lebensversicherung ausdrücklich in § 1 Abs. 2 BetrAVG als Instrument der betrieblichen Altersversorgung genannt ist, können diese Probleme nicht einfach ignoriert werden. Die mathematisch-technischen Möglichkeiten der Lebensversicherung sind in gewisser Weise bei der Auslegung des Begriffs „betriebliche Altersversorgung“ zu berücksichtigen. Ob hierin eine ausreichende Rechtfertigung für das Bezugsrecht an die Erben liegt, erscheint fraglich, die Bedenken von *Blomeyer*¹⁸⁹ sind nicht ganz unberechtigt. Zudem würde sich als nächstes eine ähnliche Frage für kongruent rückgedeckte Versorgungskonzepte anderer Durchführungswege und als nächstes die Frage nach der m. E. wichtigen Gleichbehandlung der verschiedenen Durchführungswege schlechthin stellen.

Für die **Praxis** kann nur empfohlen werden, **Arbeitnehmer ohne mögliche Hinterbliebene** generell in einem **Rententarif ohne Todesfallschutz** zu versichern. Angesichts der bestehenden Unsicherheiten in der Beurteilung der Todesfallversicherung ist dies die am wenigsten komplizierte Variante. Bei Fälligkeit der Leistung bleibt eine Kapitalabfindung möglich.

Einzugehen ist noch auf die Differenzierung der Anforderungen an den Hinterbliebenenbegriff nach Arbeitgeber- und Arbeitnehmerfinanzierung oder nach dem Zusagetyp. So scheint der mögliche Kreis der Hinterbliebenen im Fall der Entgeltumwandlung oder bei beitragsorientierten Leistungszusagen zum Teil enger, zum Teil aber auch weiter als bei klassischen Arbeitgeberzusagen gesehen zu werden. Hier ist zunächst einmal festzuhalten, dass der Wortlaut der Absätze 5 und 6 von § 1 BetrAVG gegen eine unterschiedliche Behandlung spricht. Wie schon die Absätze 2 bis 4 bauen auch sie auf den in Absatz 1 geprägten Versorgungsbegriff auf, ohne ihn ersichtlich zu verändern.

Wenn die Finanzverwaltung für die arbeitnehmerfinanzierte Altersversorgung eine Verschärfung des Begriffs anstrebt, so kann hierin ein verständliches Bestreben gesehen werden, handhabbare Abgrenzungskriterien gegen risikolose Sparpläne zu entwickeln, die die steuerliche Privilegierung aus sozialpolitischer Sicht nicht verdienen. Die uneingeschränkte Vererblichkeit der Leistung glättet nämlich eines der für Altersversorgung relevanten biometrischen Risiken, und zwar das Lebensfallrisiko. Denn bei Vererbung muss der Versorgungsträger leisten, ob der Berechtigte die Altersgrenze erlebt oder nicht. Diese Argumente sind so überzeugend, dass eine **Beschränkung auf Fälle der Entgeltumwandlung** eigentlich

¹⁸⁹ *Blomeyer*, in BetrAV 2000, S. 42 (44)

nicht einleuchtet. Auch arbeitgeberfinanzierte Leistungen müssen die Zweckbestimmung für die Versorgung haben.

Aber auch für eine Differenzierung mit umgekehrten Vorzeichen besteht m. E. kein Grund. Auch wenn Versorgungsanwartschaften Entgelt für geleistete Arbeit sind, müssen diese nicht unbedingt in jedem Fall in eine tatsächliche Leistung münden. Wie schon beim Versicherungsvertrag besteht die **Gegenleistung** eben nicht eigentlich in der Auszahlung, sondern in der **Einräumung von Risikoschutz** abhängig von einer Versorgungssituation. Bei der Entscheidung für einen Gehaltsverzicht mag das Verfallsrisiko ja eine hinderliche Vorstellung sein, doch wer in jedem Fall das haben will, was er „eingezahlt“ hat, der denkt eigentlich mehr an Sparen als an Versorgung. Die Wertgleichheit hängt von dieser Frage nicht ab, sie ist für jedes gewünschte Leistungsprofil versicherungsmathematisch realisierbar. Wenn unnötige Leistungen nicht zu erbringen sind, lassen sich die echten Versorgungsfälle günstiger finanzieren. Wer ohne Hinterbliebene im hier verstandenen Sinne stirbt, für den lässt sich – wie dargelegt – ein Versorgungsbedarf kaum konstruieren.

4.1.5 Zusammenfassung und Fazit für den Standardtarif

Es hat sich gezeigt, dass der Begriff der Leistung und die hierzu gern diskutierte Frage, ob nach dem Betriebsrentengesetz auch **Beitragszusagen** möglich sind, **keinen brauchbaren Ansatzpunkt** für die Beurteilung von fondsgebundenen Leistungsplänen liefert. Dem Gesetz sind Situationen, in denen die künftige Arbeitgeberleistung der Höhe nach nicht feststeht, auch an anderer Stelle nicht fremd.

Das Hauptproblem bei fondsgebundenen Leistungsplänen ist das Merkmal des **Versorgungszwecks**. Auf Grund der Nähe zum reinen Investmentsparen ist die Frage aufzuwerfen, ob ein solcher Plan noch der Altersversorgung oder eher der bloßen Vermögensbildung dient. Das wichtigste Unterscheidungskriterium liegt in der **Absicherung biometrischer Risiken** durch einen Risikoausgleich im Kollektiv. Diese ist für Altersversorgung wesentypisch und dem Bereich der Vermögensbildung eher fremd. Doch in der Absicherung biometrischer Risiken ähnelt die fondsgebundene Lebensversicherung in ihrer Standardform stark einer gewöhnlichen Kapitallebensversicherung. Der Todesfallschutz ist gleichwertig, und die Absicherung eines einzigen biometrischen Risikos genügt ja nach h. M. schon. Das Risiko der Kapitalanlage, welches als einziges die beiden Versicherungsformen voneinander unterscheidet, ist streng genommen kein biometrisches Risiko. Letztlich reduziert sich die Diskussion auf eine **Wertungsfrage**, ob nämlich die Abhängigkeit der Erlebensfalleistung von einer **ungewissen Börsenkursentwicklung** aus Sicht des Empfängers ihre **Eignung für die Altersversorgung** entfallen lässt. Dies scheint aber vor allem eine Geschmacksfrage zu sein, da die Wirkung der Börsenabhängigkeit sich nicht in der Binsenweisheit „mehr Chancen, mehr Risiken“ erschöpft, sondern – wie der Vergleich mit einer Festbetragszusage zeigt – gerade bei langfristigem Anlagehorizont auch einen **Schutz gegen Geldentwertung** umfasst. Es spricht daher viel dafür, den Versorgungszweck auch für sachwertorientierte Anlagen zu bejahen. Bei gegenteiliger Ansicht würde sich zudem die Frage nach einem Aufbohren des gemischten Produkts „Fondspolice“ stellen.

Die inhaltlich größten **Bedenken** betreffen eigentlich die bei Direktversicherungen aller Art übliche **freie Vererblichkeit** der Leistung. Sie ist schwer vermeidbar, da die Kalkulation eines Tarifs, der im Todesfall nicht generell, sondern nur unter versorgungsspezifischen Zusatzvoraussetzungen leistet, versicherungstechnisch sehr problematisch wäre. Die h. M. duldet das Phänomen offenbar, die Finanzverwaltung tut es aber nicht bei der Entgeltumwandlung. In der Praxis sind daher **Ersatzlösungen** erforderlich, etwa das Ausweichen auf einen Rententarif, wenn keine Hinterbliebenen in Frage kommen. M. E. betrifft diese Situation ebenso die klassische arbeitgeberfinanzierte Altersversorgung. Da dies aber keine spezielle Problematik fondsgebundener Leistungspläne ist, soll die Fragestellung hier nicht weiter vertieft werden.

Damit lässt sich jetzt die eingangs gestellte Frage bejahen: Mit einem Leistungsplan, wie er dem Tarif einer **üblichen fondsgebundenen Lebensversicherung** zugrunde liegt – Endalter ab 60 Jahre, Anlage der Sparbeiträge in einem Wertpapierfonds mit ungewisser Kursentwicklung, Auszahlung des Fondsguthabens bei Tod oder Erleben, Mindesttodesfallschutz 60% der Beitragssumme, zusätzlich Mindestrisikosumme 5% dieser Größe – lässt sich **betriebliche Altersversorgung im Sinne von § 1 BetrAVG** durchführen. Die Leistungsstruktur fondsgebundener Lebensversicherungen kann ebenso gut zur betrieblichen Altersversorgung eingesetzt werden wie diejenige von gewöhnlichen Kapitaltarifen. Die Erwähnung in den Steuerrichtlinien verschafft diesem Ergebnis eine wesentliche praktische Anerkennung. Mit dem Standardtarif lässt sich daher betriebliche Altersversorgung durchführen.

4.1.6 Tarifvarianten

Ausgehend von diesem Ergebnis können jetzt die in Kapitel 2 aufgeführten Tarifvarianten auf ihre Tauglichkeit für betriebliche Versorgungspläne hin untersucht werden. **Unproblematisch** sind dabei diejenigen Tarifgestaltungen, die verglichen mit der Basisvariante mehr biometrische Risiken abdecken und/oder mehr Anlagesicherheit bieten. Das gilt für die **aktienindexgebundene Lebensversicherung** sowie für Fondspolizen mit **garantierter Mindestleistung im Erlebensfall** und auch für fondsgebundene Rentenversicherungen, wenn diese auch im Todesfall leisten.

Problematisch wird es dann, wenn die Absicherung der biometrischen Risiken unter das Niveau des Standardtarifs fällt. Hierbei kommen folgende Einzelfälle in Frage:

- Der Tarif sieht überhaupt **keine Todesfalleistung** vor, d. h. bei Tod verfallen die Deckungsmittel. Anders als bei Auszahlung der jeweils vorhandenen Deckungsmittel ist in diesem Fall der Versicherungsbegriff unproblematisch erfüllt. Versichert ist in einem solchen Fall das Erleben. Demzufolge ist das **Risikokapital negativ**: Bei Tod des Versicherten während der Vertragslaufzeit werden Mittel frei. Das steigert letztlich die Erlebensfallrendite. Nach den Lohnsteuerrichtlinien ist eine solche Direktversicherung nicht möglich¹⁹⁰.

¹⁹⁰ R 129 Abs. 2 S. 4 LStR 2001

Offenbar wird eine solche Leistungsplangestaltung als „anrühlich“ empfunden, weil sie bei gleichem Beitrag sogar noch eine höhere Altersleistung ermöglicht als ein reiner Sparplan. Die Ablehnung als Direktversicherung widerspricht dennoch der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, wonach nur eines der biometrischen Risiken – in diesem Fall das Erleben des Altersruhestandes – abgedeckt sein muss. Die Interpretation der Lohnsteuerrichtlinien erscheint inkonsequent und erklärt sich nur im inhaltlichen Gleichklang mit dem BMF-Schreiben zum Begriff der Vorsorgeversicherung im Einkommensteuerrecht (§§ 10, 20 EStG)¹⁹¹. Der dort interpretierte Begriff „Kapitalversicherungen gegen laufende Beitragsleistung mit Sparanteil“ lässt aber eher als das Betriebsrentengesetz erkennen, dass auch ein Mindesttodesfallschutz vorhanden sein muss. Im Arbeitsrecht ist m. E. für solche Einschränkungen kein Raum: **Wer keine Hinterbliebenen** hat, für den sind solche Zusatzvoraussetzungen **unter Versorgungsgesichtspunkten überflüssig**.

Diese für eine garantierte Erlebensfalleistung m. E. überzeugende Argumentation verliert allerdings bei **fondsabhängigem Tarif** deutlich an Gewicht. An das einzige abgedeckte biometrische Risiko ist eine börsenabhängige Leistung geknüpft. Hier kann man wohl zu Recht sagen, dass der **Risikoausgleich eine völlig untergeordnete Rolle** spielt.

- Der Tarif hat **keine garantierte Mindest-Risikosumme**. Dies hat zur Folge, dass die Versicherung zu einem bloßen Sparvorgang ausartet, wenn das Fondsguthaben durch fortlaufende Beitragszahlung und/oder günstige Wertentwicklung die garantierte Todesfalleistung übersteigt. Typischerweise nimmt mit zunehmender Versicherungsdauer die unter Risiko stehende Summe ab. Je steiler der Wertanstieg und je geringer der Todesfallschutz, desto eher entfällt das Risiko völlig. Teilweise wird Tarifen, bei denen für den Versicherer nicht über die ganze Laufzeit ein Risiko besteht, der Versicherungscharakter abgesprochen¹⁹². Nach dieser Ansicht ist ohne Mindestrisikosumme keine betriebliche Altersversorgung möglich.

M. E. ist der Versicherungsbegriff hier nicht problematisch. Zu Unrecht beruft sich die Gegenauffassung auf die Rechtsprechung zur Abgrenzung vom Sparvertrag¹⁹³: Im dort entschiedenen Fall war das fehlende Risiko von Anfang an gewiss. Hier wird dagegen zu Vertragsbeginn ein Todesfallrisiko übernommen, welches lediglich zu irgendeinem ungewissen Zeitpunkt wegfallen könnte. Und selbst dann kann durch später fallende Kurse wieder eine positive Risikosumme entstehen. Die Frage, ob eine Versicherung vorliegt oder nicht, kann aber nur aus der **Sicht bei Vertragsabschluss** beurteilt werden. Auch der Versorgungszweck erfordert nicht zwingend eine Mindestrisikosumme, denn den Versorgungsempfänger interessiert mehr die Höhe der garantierten Todesfalleistung als die Frage, ob bzw. in welchem Umfang der Versicherer sein Deckungskapital aufstocken muss. Man wird hier eher **wertend** prüfen müssen, ob der **Todesfallschutz nicht von völlig untergeordneter Bedeutung** ist. Das BMF-Schreiben zum Mindesttodesfallschutz¹⁹⁴ ist für diese Frage ebenfalls als Auslegungshilfe brauchbar. Für eine Verschärfung dieser für die Pra-

¹⁹¹ BMF-Schreiben vom 06.12.1996 – IV B 1 – S 2221 – 301/96, in BStBl I S. 1438

¹⁹² Sax, in VerBAV 1990, S. 232 (234); Blomeyer/Otto, Betriebsrentengesetz, StR A 1

¹⁹³ BFH vom 09.11.1990 – VI R 164/86, in E-BetrAV, Kap. 70.3.1 Nr. 21

¹⁹⁴ BMF-Schreiben vom 06.12.1996 – IV B 1 – S 2221 – 301/96, in BStBl I S. 1438

xis faktisch verbindlichen Anforderungen besteht m. E. kein Bedarf, auch wenn prinzipiell noch andere Interpretationen des Risikobegriffs denkbar sind.

- Der Tarif verbindet **Investmentsparen mit Risikoversicherung in zwei Verträgen** (vgl. Tz. 2.11). Als Direktversicherung kommt der Sparvertrag wegen der getrennten Konzeption auf keinen Fall in Frage. Dennoch kann der Leistungsplan als Ganzes stärkeren Versorgungscharakter haben als eine Fondspolice: So könnte der isolierte Sparvertrag den modellhaften Sparvorgang einer Fondsversicherung nachbilden, aber gleichzeitig das, was bei der Versicherung nur als Mindestgarantie bei Tod vereinbart ist, über die Risikoversicherung zusätzlich zum Guthaben erbracht werden.

Wenn es daher gelingt, einen solchen Plan so zu einer Einheit umzuformen, dass der Sparanteil nicht mehr sinnvoll abgekoppelt werden kann, dann erscheint er m. E. auch für die betriebliche Altersversorgung geeignet. Das Konzept der fondsgebundenen Lebensversicherung der üblichen Art ist nur eine von vielen denkbaren Verbindungen von Spar- und Risikokomponente, die sich mit flexibleren Durchführungswegen wie etwa der Direktzusage realisieren ließen. Allerdings dürfte die praktische Anerkennung solcher Gestaltungsvarianten eher unwahrscheinlich sein.

- Problematisch ist ferner der seltene, aber durchaus vorkommende Fall einer **Bezugsrechtsspaltung** derart, dass der Arbeitgeber den Teil der Erlebensfallleistung für sich behält, der über eine zu bestimmende Höchstgrenze, etwa die Beitragssumme, hinaus geht. Allerdings muss das extra vereinbart werden, da – anders als bei der Überschussbeteiligung einer Kapitallebensversicherung – die Kursentwicklung automatisch die Versicherungsleistung erhöht¹⁹⁵. Wird dieser Höchstbetrag nicht gleichzeitig fest zugesagt, so nimmt der Arbeitgeber für sich die Chancen in Anspruch, lässt aber die Risiken dem Arbeitnehmer. Bei einer derart „gekappten“ **Zusage** ist ihre Zweckbestimmung für die Versorgung **sehr genau zu prüfen**. Außerdem könnte leicht der Eindruck einer Festbetragszusage entstehen und eine entsprechende Vertrauenshaftung auslösen¹⁹⁶.
- Bei **Rententarifen** ist die Praxis wegen des zusätzlich abgesicherten Langlebigkeitsrisikos generell großzügiger. So wird in arbeits- wie in steuerrechtlichen Zusammenhängen auf einen Todesfallschutz während der Anwartschaftsphase verzichtet. Sogar ein Kapitalwahlrecht schadet steuerlich nicht, wenn es nicht von Beginn an ausgeschlossen wird. Hier prägen wohl steuerrechtliche Begriffsbildungen das Arbeitsrecht. Denn wenn nach zwölf Jahren Laufzeit ein noch junger Versicherter die Kapitaloption ausübt, so erscheint der Risikoschutz doch völlig untergeordnet.

Speziell bei fondsgebundenen Rentenversicherungen wäre jedoch noch eine weitere Problematik denkbar, nämlich dann, wenn noch in der **Rentenphase eine Fondsbindung** besteht. Soweit deutlich wird, dass in Abhängigkeit von der jeweiligen Börsenkursentwicklung **Leistungskürzungen** während der

¹⁹⁵ Vgl. die damit verbundene Auslegungsregel für das Bezugsrecht bei *Blomeyer/Otto*, Betriebsrentengesetz, § 2 Rz. 129, 131; LAG Hamm, Urteil vom 20.01.1998 – 6 Sa 992/97, in BB 1998, S. 542

¹⁹⁶ Vgl. Tz. 5.9

Rentenphase bis hin zur völligen Einstellung möglich sind, liegt m. E. **keine betriebliche Altersversorgung** vor. Es wird kein Langlebkeitsrisiko getragen, der Versorgungszweck ist schlechter erfüllt als im Fall der Kapitalleistung. Wenn solche Risiken bestehen, der Arbeitgeber sie aber nicht deutlich macht, dann kann unter **Haftungsgesichtspunkten** (vgl. dazu Tz. 5.9) eine lebenslanglich laufende Leistung geschuldet werden, auf die dann insbesondere § 16 BetrAVG anwendbar ist.

4.2 Mögliche Durchführungswege

Die Frage nach der Anwendbarkeit des Betriebsrentengesetzes auf fondsgebundene Leistungspläne wurde bewusst am gedanklichen Beispiel der Direktversicherung diskutiert, um die Untersuchung nicht unnötig mit zusätzlichen Problemen zu befrachten, die sich aus der Wahl anderer Durchführungswege ergeben können. Daher konnten bis jetzt die Begriffe „fondsgebundene Lebensversicherung“ und „fondsgebundener Leistungsplan“ weitgehend synonym verwendet werden. Wie zu Beginn des Kapitels aber bereits angedeutet wurde, lohnt es sich nun, die gewonnenen Ergebnisse auch für andere Modelle nutzbar zu machen. Beispiele sind etwa unmittelbare Versorgungszusagen oder Unterstützungskassen, die eine fondsgebundene Lebensversicherung zur Rückdeckung einsetzen und in ihrem Leistungsplan entsprechend nachbilden.

Ausgangspunkt dieser Überlegungen ist die bereits angeklungene und hier nochmals bekräftigte Aussage, dass ein vorgegebener Leistungsplan nach der Systematik von § 1 Abs. 1-4 BetrAVG entweder in allen vier Durchführungsweisen zur betrieblichen Altersversorgung einsetzbar ist oder überhaupt nicht. Daher lassen sich die Ergebnisse aus Tz. 4.1 vom Prinzip her vollständig auf **alle Durchführungswege** übertragen. Allerdings wird durch steuer- und versicherungsrechtliche Sonderregeln einzelner Durchführungswege die **Unabhängigkeit vom Durchführungsweg** bei der **arbeitsrechtlichen Anerkennung** eines Leistungsplans als betriebliche Altersversorgung häufig verwischt.

Für die Praxis ist natürlich zu beachten, dass bestimmte Modelle aus Gründen des Versicherungsrechts, insbesondere der Aufsicht ausgeschlossen sein können, oder – dies ist noch wesentlich bedeutsamer – sich wegen steuerlicher Konsequenzen als unvorteilhaft erweisen können. Im Dickicht der vorhandenen steuerlichen Gestaltungsmöglichkeiten ist die Einteilung in vorteilhaft bzw. nachteilig zwar auch eine Geschmacksfrage, doch gibt es einige Sanktionen – beispielsweise die Steuerpflicht von Unterstützungskassen –, die in Kauf zu nehmen sich praktisch nie lohnt. Entsprechend der Zielvorgabe, für die Praxis taugliche Versorgungskonzepte zu entwickeln, soll daher die Betrachtung im weiteren auf wenige Modelle mit besonders herausragenden Eigenschaften fokussiert werden.

4.2.1 Direktversicherung

Der auf natürliche Weise vorgegebene Weg ist die Direktversicherung. Sie stellt den gewünschten Leistungsplan unmittelbar bereit, ohne dass eine Rückdeckungskonstruktion erforderlich wird. Vorteilhaft ist eine Direktversicherung vor allem dann, wenn der Arbeitgeber eine betriebliche Altersversorgung mit kalku-

liebarem Finanzierungsaufwand und einfacher Verwaltung durchführen will, und hier vor allem innerhalb der Beitragsgrenzen für eine Pauschalversteuerung nach § 40b EStG. Zu beachten sind allerdings die Voraussetzungen für eine Begünstigung als Vorsorgeversicherung bei der Besteuerung der Kapitalerträge nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG und hierzu insbesondere die Aussagen der Finanzverwaltung über den Mindesttodesfallschutz¹⁹⁷.

Speziell bei fondsgebundenen Leistungsplänen sprechen noch zwei weitere Gründe für den Durchführungsweg der Direktversicherung: Da sind zum einen die **positiven Aussagen in den Lohnsteuerrichtlinien**, die der Praxis ein Mindestmaß an **Rechtssicherheit** auf einem von Unsicherheit geprägten neuen Boden liefern: So dürfte auf Grund dieser Aussagen sowie der hierauf gestützten Äußerungen in der praxisorientierten Literatur das Risiko als sehr gering einzustufen sein, dass bei einer möglichen gerichtlichen Klärung der Status als betriebliche Altersversorgung aberkannt wird. Zum anderen hat der Arbeitgeber hier (ebenso wie bei der Pensionskasse) die Möglichkeit, das bei fondsgebundener Versorgung sehr problematische m/n-Verfahren zur Berechnung **unverfallbarer Anwartschaften** (s. u. Tz. 5.1.1) nach § 2 Abs. 2 S. 2 BetrAVG durch das sog. **versicherungsvertragliche Verfahren** zu ersetzen.

So gesehen könnte die Direktversicherung eine **Vorreiterfunktion** bei der Etablierung fondsgebundener Leistungspläne in der betrieblichen Versorgungspraxis übernehmen.

4.2.2 Pensionskasse

Wesensverwandt mit der Direktversicherung ist die Pensionskasse. Eine Pensionskasse ist nach § 1 Abs. 3 BetrAVG eine rechtsfähige Versorgungseinrichtung, die auf ihre Leistungen einen Rechtsanspruch einräumt. Sie betreibt damit Versicherungsgeschäft und unterliegt gemäß § 1 VAG der Versicherungsaufsicht. Im Unterschied zur Direktversicherung ist nicht der Arbeitgeber, sondern der begünstigte Arbeitnehmer selbst Versicherungsnehmer. Der Arbeitgeber muss allerdings die Beiträge entrichten, damit betriebliche Altersversorgung vorliegt.

Die Errichtung und Verwaltung einer eigenen Pensionskasse lohnt sich nur für Großunternehmen. Als Alternative bieten sich überbetriebliche Pensionskassen an, die häufig vielen, auch kleinen Unternehmen einer bestimmten Branche die Trägerschaft ermöglichen. Insoweit gelten nach der hier vertretenen Auffassung die positiven Aussagen zur Direktversicherung bei der Pensionskasse entsprechend.

Voraussetzung ist allerdings, dass die Pensionskasse einen fondsgebundenen Tarif anbietet. Hierzu braucht sie, wenn es sich nicht um eine deregulierte Kasse handelt, die **Genehmigung des BAV**. Das BAV hat aber ausdrücklich zu erkennen gegeben, dass es einen **fondsgebundenen Tarif nicht genehmigt**¹⁹⁸. Begründet wird die Verweigerung mit dem nicht näher erläuterten Argument, eine fondsgebundene Versicherung sei nicht geeignet, der betrieblichen Altersversorgung zu dienen. Zwar liefert diese isolierte Aussage kaum einen qualifizierten Diskussionsbeitrag, der nötig wäre, um die überwiegend gegenteiligen Stellungnahmen

¹⁹⁷ BMF-Schreiben vom 06.12.1996 – IV B 1 – S 2221 – 301/96, in BStBl I S. 1438

¹⁹⁸ BAV, in VerBAV 1998, S. 15

hinsichtlich der Direktversicherung zu entkräften. Man könnte vielleicht den Status als soziale Einrichtung zur Diskussion stellen, doch hätte dies nur körperschaftsteuerliche Relevanz. Wesentlich ist jedoch festzuhalten, dass die faktische Verweigerung durch das BAV für die Praxis ein schwer überwindliches Hindernis darstellt.

Bemerkenswert ist der Umstand, dass die Ablehnung fondsgebundener Tarife in einer Äußerung erfolgt ist, in der das BAV Pensionskassen erstmals ausdrücklich die Versicherung von Kapitaleistungen erlaubt¹⁹⁹. Auch hier hat das BAV erst mit erheblicher Verzögerung eine in der Fachwelt sowie in der Praxis längst entschiedene Diskussion nachvollzogen. Die konservative Haltung dürfte von der Aufsichtsfunktion her zu erklären sein.

Naheliegender ist es von daher anzunehmen, dass das BAV seine Haltung ändert, wenn fondsgebundene Leistungspläne in der betrieblichen Altersversorgung eine gefestigte Praxis erfahren. Die Pensionskasse selbst scheint hierfür aber gerade wegen der aufsichtsrechtlichen Probleme **kein gutes Pilotmodell** zu sein. Sie wird daher im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter betrachtet.

4.2.3 Rückgedeckte Direktzusage

Gemessen an den Deckungsmitteln ist die unmittelbare Versorgungszusage immer noch der **beliebteste Durchführungsweg**. Sie ist von der Idee her am einfachsten, da sie nur eine Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erzeugt. Die Beliebtheit in Deutschland gründet sich vor allem auf dem **Liquiditätsvorteil**, der sich zum einen aus dem nicht erforderlichen Mittelabfluss an einen externen Versorgungsträger in der Anwartschaftsphase und zum anderen aus der Steuerstundung durch Bildung einer Pensionsrückstellung nach § 6a EStG ergibt. Es lohnt sich also, die Realisierbarkeit fondsgebundener Leistungspläne in diesem Durchführungsweg näher zu untersuchen.

Vorweg ist allerdings zu bemerken, dass der Liquiditätseffekt einer möglichen fondsgebundenen Direktzusage kaum in gleicher Weise ausgeschöpft werden dürfte wie bei einer klassischen, der Höhe nach fest bestimmten Arbeitgeberzusage. Denn ähnlich wie das Versicherungsunternehmen die auf eine Fondspolice geleisteten Sparbeiträge nach § 54b VAG in entsprechenden Papieren anlegen muss, dürfte für den Arbeitgeber schon aus wirtschaftlichen Gründen die Eingehung einer vergleichbaren **Risikoposition nur bei entsprechender Rückdeckung** in Frage kommen, so dass er die Versorgungsbeiträge nicht völlig frei in seinem Betrieb anlegen kann.

Der Prototyp einer fondsgebundenen Direktzusage bezieht sich auf eine fondsgebundene Lebensversicherung, die als Rückdeckungsversicherung (d. h. mit einem dem Arbeitgeber zustehenden Bezugsrecht) konzipiert ist. Inhalt der Zusage ist der **Anspruch, der sich nach dem Versicherungsvertrag ergibt**. Bis vor wenigen Jahren hielt die Finanzverwaltung die Koppelung der Leistungshöhe an die Rückdeckungsversicherung für einen steuerschädlichen Vorbehalt und deutete eine solche Konstruktion in eine Direktversicherungszusage um²⁰⁰. Diese Auffas-

¹⁹⁹ BAV, a. a. O.; vgl. dazu *Schwind*, in BetrAV 1999, S. 235 (236)

²⁰⁰ FinMin. NRW, Erlass vom 03.01.1980 – S 2373 – 2 – V B 3, in H-BetrAV 2, Kap. A.III.90 Nr.

sung ist durch die neuere BFH-Rechtsprechung jedoch überholt²⁰¹. Einzig verbliebene Beschränkung ist, dass die Leistungspflicht des Arbeitgebers nicht dem Grunde nach von einer Leistung aus der Versicherung abhängig gemacht werden darf. Die Bestimmung der **Leistungshöhe darf jedoch auf den Versicherungstarif Bezug nehmen**²⁰². Die Umdeutung in eine Direktversicherung widerspricht auch deren Legaldefinition, die eindeutig auf das versicherungsrechtliche Bezugsrecht und nicht auf den Leistungsplan abstellt.

An Stelle einer Rückdeckungsversicherung kann der Arbeitgeber sich aber auch für eine **Rückdeckung durch Investmentfonds** entscheiden. Für diese Variante können mehrere Gründe sprechen: Flexiblere Möglichkeiten in der Leistungsplangestaltung, eine niedrigere Kostensituation oder eine günstigere bilanzielle Behandlung der Anlage. Die exakte Nachbildung einer Fondspolice dürfte sich aber wohl weniger anbieten, da das Kapitalanlagerisiko eines solchen Plans durch bloße Fondsrückdeckung hinsichtlich der vorzeitigen Todesfälle (Aufstockungsbedarf) nur unzureichend abgedeckt ist. Näher liegen gemischte Pläne wie in Tz. 2.11, bei denen der Risikoteil abgekoppelt ist.

Bei Leistungsstrukturen, die an Investmentfonds anknüpfen, bedarf die Anerkennung als betriebliche Altersversorgung einer **gesteigerten Prüfung**, da rein äußerlich eine Nähe zu einem bloßen **Sparvorgang** gegeben ist. Unter diesem Gesichtspunkt sind letztlich alle in Tz. 4.1.6 untersuchten Planvarianten zu prüfen, die in Form der Direktzusage losgelöst von versicherungsspezifischen Erfordernissen, z. B. Mindesttodesfallschutz²⁰³, denkbar sind. Als Extremfall sei der Plan genannt, der nur eine Altersleistung vorsieht.

4.2.4 Rückgedeckte Unterstützungskasse

Schließlich ist auch noch der Weg der rückgedeckten Unterstützungskasse für fondsgebundene Leistungspläne gangbar. Eine Unterstützungskasse ist nach § 1 Abs. 4 BetrAVG eine rechtsfähige Versorgungseinrichtung, die auf ihre Leistungen keinen Rechtsanspruch einräumt. Historisch gewachsene Bedeutung des fehlenden Rechtsanspruchs ist die Freiheit von der Versicherungsaufsicht. Die Rechtsstellung der Begünstigten ist nicht schlechter als bei der Direktzusage, denn soweit die Kasse nicht leistet, trifft den Arbeitgeber die Verpflichtung unmittelbar. Insoweit bestehen gewisse Parallelen zu den Ausführungen in Tz. 4.2.3. Insbesondere ist die Bezugnahme auf die Höhe der Leistung aus der Rückdeckungsversicherung im Leistungsplan der Kasse unproblematisch²⁰⁴.

Die steuerliche **Finanzierungsvorschrift in § 4d EStG** enthält allerdings einige zusätzliche Fallstricke, die die sinnvollen Versorgungskonzepte von vornherein stärker beschränken. So ist eine **Rückdeckungsversicherung zwingend erforderlich**, damit die Leistungsanwartschaften versicherungsmathematisch ausreichend **vorfinanziert** werden können. Damit erweist sich eine Rückdeckung durch Wertpapiere als weniger geeignet. Ferner muss die Rückdeckungsversicherung durch laufende, entweder **gleichbleibende oder steigende Beiträge** finanziert werden. Flexible Bausteinsysteme gegen Einmalbeitrag sind also ebenfalls nicht

²⁰¹ BFH, Urteil vom 27.05.1993 – VI R 19/92, E-BetrAV 70.11 Nr. 6, Gründe II.1 b a. E.

²⁰² Hanau/Arteaga, Gehaltsumwandlung, Kap. D Rz. 149

²⁰³ Vgl. Jaeger, in VW 2000, S. 1684 (1686)

²⁰⁴ Göke, in BetrAV 1997, S. 222 (224)

begünstigt. Zu den weiteren Problemen im Zusammenhang mit der Rückdeckungsversicherung vgl. unten 6.1.3.

Leistungen an beliebige **Erben** (nach hier vertretener Auffassung ohnehin mit dem Altersversorgungsbegriff nicht vereinbar) sind nach § 5 Abs. 1 Nr. 3a KStG für die Kasse ausdrücklich **steuerschädlich**.

4.2.5 Zwischenergebnis

Die weitere Untersuchung konzentriert sich damit auf folgende fondsgebundene Versorgungssysteme: Direktversicherung, Direktzusage mit Versicherungs- oder Wertpapierrückdeckung und (versicherungsmäßig) rückgedeckte Unterstützungskasse.

4.3 Ausblick

Die in diesem Kapitel vertretene Einschätzung fondsgebundener Leistungspläne im Hinblick auf das Betriebsrentenrecht könnte sich durch das AVmG gravierend ändern. Zwar geht das Gesetz in der bei Redaktionsschluss diskutierten Fassung auf solche Leistungspläne nicht ein. Jedoch wird die Argumentation, dass der Begriff der betrieblichen Altersversorgung auch Leistungen erfassen kann, die der Höhe nach nicht garantiert sind, durch die **Einführung der Beitragszusagen mit Mindestgarantie** für Direktversicherungen, Pensionskassen und Pensionsfonds in § 1 Abs. 2 Nr. 2 E-BetrAVG unmittelbar berührt. Man könnte nämlich im **Umkehrschluss** folgern, dass **Zusagen ohne eine solche Mindestgarantie nicht mehr unter das Gesetz fallen**. Diese für das bisherige Recht in Tz. 4.1.2 diskutierte und dort verworfene Sichtweise bekäme durch die Gesetzesänderung neues Gewicht. Zwingend ist dieser Schluss indes nicht. Denn die Formulierung von § 1 Abs. 2 Nr. 2 E-BetrAVG hat auch ergänzenden Charakter und will den in Absatz 1 gegebenen, stärker durch die biometrischen Risikoelemente geprägten Grundbegriff im Prinzip nicht einschränken. Hier verbleibt noch ein gewisser Klärungsbedarf (vgl. Tz. 9.1).

Die Forderung nach einem **Schutz gegen Kapitalverlust** entspricht dem gegenwärtig erkennbaren **Trend** in der politischen Diskussion. Die Garantie wenigstens der tatsächlichen bzw. planmäßigen Versorgungsbeiträge (brutto oder wenigstens die Sparanteile) wird zunehmend als wünschenswert angesehen. Die Diskussion ist jedoch noch im Fluss. Die Anbieter der Fondsprodukte wenden nicht ganz zu Unrecht ein, dass eine solche Garantie **ein bis zwei Prozentpunkte Rendite kostet**, und das kann bei langen Laufzeiten erhebliche Leistungseinbußen verursachen. Man wird abwarten müssen, ob sich mittelfristig tatsächlich die Auffassung durchsetzt, dass eine solche nominale Kapitalgarantie das qualifizierende Merkmal schlechthin für eine sichere Altersvorsorge ist. Gegen **Inflationsgefahren** schützt eine solche Garantie jedenfalls auch nicht.

Ob ausgehend von der Förderung **kapitalgedeckter Altersvorsorgeprodukte** ein genereller **Wertewandel** hinsichtlich der wesentlichen **Qualitätsmerkmale betrieblicher Altersversorgung** einsetzen wird, lässt sich derzeit noch nicht absehen. Erkennbar ist jedenfalls einerseits, dass im Bereich der geförderten Altersvorsorge die **Absicherung biometrischer Risiken kein Wesensmerkmal**, son-

dern ein lediglich in Grenzen geduldetes, freiwilliges Zusatzelement darstellt²⁰⁵. Im Regierungsentwurf²⁰⁶ waren Leistungen an Hinterbliebene sogar noch völlig von der Förderung ausgeschlossen²⁰⁷. Nicht zu Unrecht wird inzwischen vor einem Aufweichen der für Altersversorgung typischen Risikoabsicherung durch die Förderung der Anlageprodukte gewarnt²⁰⁸.

Für die **Praxis** dürften sich aus dem AVmG **zwei gegenläufige Konsequenzen** ergeben: Einerseits laufen fondsgebundene Leistungspläne **ohne Mindestgarantie** zunehmend Gefahr, dass ihnen die **Anerkennung als betriebliche Altersversorgung versagt** wird und damit auch steuerlich nachteilige Konsequenzen auferlegt werden. Andererseits wird für **Pläne mit einer solchen Beitragsgarantie** ein neuer Rahmen in Form des **Pensionsfonds** geschaffen, der innerhalb gewisser Höchstgrenzen eine ausgelagerte Finanzierung bei gleichzeitig nachgelagerter Besteuerung ermöglicht. Auch für **Pensionskassen** wird die Verweigerungshaltung des BAV kaum aufrecht zu erhalten sein, wenn dieser Träger ausdrücklich für die Durchführung von Beitragszusagen im Gesetz vorgesehen wird.

²⁰⁵ Nach § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 E-AltZertG dürfen maximal 5% der Beiträge für das Hinterbliebenenrisiko verwendet werden; der Anteil für das Invaliditätsrisiko ist zwar nicht beschränkt, es darf jedoch nach § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 E-AltZertG mit höchstens 15% des Gesamtbeitrags bei der Bestimmung der Mindestleistung berücksichtigt werden.

²⁰⁶ BT-Drucks. 14/4595, textidentisch mit dem Entwurf der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen

²⁰⁷ Höfer, in DB 2000, S. 2474 (2475)

²⁰⁸ v. Puskas, in BetrAV 2001, 1 (2)

Kapitel 5

Arbeitsrechtliche Einzelfragen

5.1 Gesetzliche Unverfallbarkeit

Ein wichtiges Wesensmerkmal von betrieblicher Altersversorgung ist die gesetzliche Unverfallbarkeit. Unverfallbarkeit bedeutet, dass die Versorgungsanswartschaft des Arbeitnehmers auch dann zumindest teilweise aufrecht erhalten bleibt, wenn er vor Eintritt des Versorgungsfalls aus dem Unternehmen ausscheidet. Voraussetzung für die Unverfallbarkeit einer Pensionszusage ist nach der bislang gültigen Fassung des § 1 Abs. 1 BetrAVG entweder eine **Zusagedauer von zehn Jahren** oder eine Zusagedauer von **drei Jahren bei einer Betriebszugehörigkeit von zwölf Jahren** im Zeitpunkt des Ausscheidens. Außerdem muss der Arbeitnehmer zum Ausscheidezeitpunkt **mindestens 35 Jahre alt** sein. Entsprechende Regelungen gelten nach den Absätzen 2 bis 4 auch für die mittelbaren Durchführungswege. Im Hinblick auf die zunehmende Bedeutung von Flexibilität und Mobilität im Erwerbsleben ist die ursprünglich richterrechtlich entwickelte Unverfallbarkeit aus der betrieblichen Altersversorgung nicht mehr wegzudenken. Gegenwärtig wird eine weitere Verkürzung der maßgeblichen Fristen diskutiert²⁰⁹.

5.1.1 Problematik der Berechnung der unverfallbaren Altersleistung nach dem m/n-Verfahren

Die **Leistungshöhe** für den unverfallbar Ausgeschiedenen ist grundlegend in § 2 Abs. 1 BetrAVG in Form einer **ratierlichen Kürzung der erreichbaren Leistung** geregelt. Die Berechnung ist prinzipiell für alle vier Durchführungswege gleich²¹⁰. Ausgangspunkt für die Ermittlung ist nach § 2 Abs. 1 S. 1 BetrAVG die Versorgungsleistung, die dem Arbeitnehmer ohne das vorherige Ausscheiden, d. h. also bei einem Verbleib im Betrieb bis zum Eintritt des Versorgungsfalls, zugestanden hätte. Dieser Ausgangswert wird auch „**Als-ob-Leistung**“ (als ob das Arbeitsverhältnis fortbestanden hätte) bezeichnet²¹¹. Die Als-ob-Leistung hängt selbstverständlich von der Art des jeweiligen Versorgungsfalls (Alter, Berufsunfähigkeit, Tod) sowie von dessen Eintrittszeitpunkt ab. Da die Realisierung im

²⁰⁹ Hanau/Arteaga/Kessel in DB 1997, S. 1401 ff.

²¹⁰ Höhne, in Heubeck/Höhne/Paulsdorff/Rau/Weinert, Betriebsrentengesetz, § 2 Rz. 138, 140, 366

²¹¹ Höfer, BetrAVG Teil 1, § 2 Rz. 1637

Ausscheidezeitpunkt noch ungewiss ist, kann die Als-ob-Leistung bei Ausscheiden nicht als eine einzige Zahl, sondern zunächst nur als Vektor beschrieben werden. Erst bei Eintritt des Leistungsfalles wird klar, welche Vektorkomponente (jeweilige hochgerechnete Versorgungsleistung) zur Anwendung kommt. Sieht beispielsweise die Zusage 10 DM monatliche Alters- und Berufsunfähigkeitsrente für jedes Dienstjahr ohne Zurechnungszeiten vor, so beträgt die Als-ob-Leistung für einen mit 25 Jahren eingetretenen und inzwischen unverfallbar ausgeschiedenen Anwärter 400 DM für die Rente ab Alter 65, aber z. B. 200 DM für die Rente bei Berufsunfähigkeit im Alter 45.

Die so ermittelte Leistung bei Betriebstreue wird nun proportional im **Verhältnis der tatsächlich zurückgelegten (m) zu der bis zur festen Altersgrenze möglichen Dienstzeit (n) gekürzt**. Dem liegt die Vorstellung zu Grunde, dass der Arbeitnehmer seine Versorgungsleistung gleichmäßig über die nach der Versorgungsregelung vorgesehenen Betriebszugehörigkeit erdient. Der m/n-Kürzungsfaktor steht bei Ausscheiden fest und bereitet bei fondsgebundenen Leistungsplänen keine besonderen Probleme.

Erhebliche **Schwierigkeiten** bereitet aber bei fondsgebundener Versorgung die Berechnung der **Als-ob-Leistung** speziell für den Fall der **Altersleistung**. Der übliche Leistungsplan sieht für diesen Fall ja keinen bestimmten oder auch nur rechnerisch bestimmbar Zahlbetrag vor. Vielmehr wird der Wert des Sparguthabens nach den bei Ablauf maßgeblichen Wert- bzw. Kursverhältnissen ausgekehrt. Zum Zeitpunkt des Ausscheidens lassen sich lediglich Prognosewerte für die Ablaufleistung durch Hochrechnung auf Basis bestimmter Annahmen über die künftige Wertentwicklung angeben. Andererseits gehen die Absätze 5 und 6 von § 2 BetrAVG offenbar davon aus, dass der unverfallbare Anspruch bereits bei Ausscheiden bestimmt werden kann und auch soll: So sind nach diesen Absätzen die Versorgungsregelung sowie – bedeutsamer – die Bemessungsgrundlagen für die Leistungsberechnung mit dem Stand am Ausscheidestichtag zu berücksichtigen, künftige Veränderungen haben keine Auswirkungen. Ferner ist dem Mitarbeiter nach Ausscheiden eine Auskunft über die Höhe seiner Anwartschaft auf Altersleistung zu erteilen. In Tz. 5.1.3 erfolgt eine ausführliche Diskussion der hieraus resultierenden Fragen hinsichtlich der Bestimmung der unverfallbaren Leistung nach dem m/n-Verfahren..

5.1.2 Versicherungsvertragliche Lösung

Bei einer fondsgebundenen **Direktversicherung** kann der Arbeitgeber die aus dem m/n-Verfahren resultierenden Probleme von vornherein vermeiden und sich statt dessen nach § 2 Abs. 2 S. 2 BetrAVG für eine Berechnung nach dem **versicherungsvertraglichen Verfahren** entscheiden, auch Ersatzverfahren genannt. Dies bedeutet, dass der Anspruch des Ausgeschiedenen sich nicht anders als der des Betriebstreuen ausschließlich nach dem Versicherungsvertrag richtet und den Arbeitgeber keine darüber hinaus gehende Leistungspflicht trifft. Eine Hochrechnung ist nicht nötig.

a) Koppelung an die Erfüllung sozialer Auflagen

Die versicherungsvertragliche Lösung privilegiert den Arbeitgeber: Die Verwaltung des Versorgungssystems wird einfacher und das Auffüllrisiko bei Fluktuation eliminiert. Damit der Arbeitnehmer dennoch ausreichend geschützt bleibt, muss der Arbeitgeber bei einer Direktversicherung gemäß **drei soziale Auflagen** erfüllen, um das Ersatzverfahren wählen zu dürfen:

- Die erste soziale Auflage betrifft die Sicherstellung derjenigen Leistung, die planmäßig bis zum Ausscheiden finanziert ist: Dem Arbeitnehmer muss ein **unwiderrufliches Bezugsrecht** auf die Versicherungsleistung eingeräumt werden. Die Leistungsansprüche dürfen **nicht abgetreten oder beliehen** sein, und die bis zum Ausscheiden zu entrichtenden **Versicherungsprämien** müssen geleistet sein. Diese Voraussetzungen müssen spätestens drei Monate nach dem Ausscheiden erfüllt sein.
- Die zweite soziale Auflage betrifft die Weitergabe der gesamten Versicherungsleistung einschließlich der Überschusserträge: So müssen die **Überschussanteile** von Beginn an ausschließlich zur **Erhöhung der Versicherungsleistung** verwendet werden.

Bei fondsgebundenen Direktversicherungen birgt die Formulierung dieser zweiten sozialen Auflage zumindest begrifflich eine gewisse Unklarheit. Denn wie in Tz. 3.7 ausgeführt, erfolgt die Beteiligung des Versicherungsnehmers am Anlageerfolg hier anders als bei der Kapitalversicherung nicht im Wege der Überschusszuteilung, sondern unmittelbar durch Wertsteigerungen der Anlage. Lediglich hinsichtlich der im allgemeinen weniger bedeutsamen Ergebnisquellen Risiko und Kosten ist auch hier ein separater Zuweisungsakt erforderlich.

Formal ist der Gesetzeswortlaut völlig unproblematisch. Die Bestimmung greift nur bei Überschüssen, für die eine Verwendung durch einen besonderen Akt zu bestimmen ist. Deshalb ist es auch zutreffend, wenn die h. M. die versicherungsvertragliche Lösung auf fondsgebundene Lebensversicherungen für anwendbar hält, ohne die zweite soziale Auflage näher zu problematisieren²¹²: Außerrechnungsmäßige Erträge aus den Ursachen Risiko und Kosten müssen also zur Erhöhung der Versicherungsleistung verwendet werden, dagegen besteht bei den Erträgen aus der Kapitalanlage gar kein Regelungsbedürfnis, da sie den Wert der Versicherungsleistung unmittelbar erhöhen. Dem Zweck des Gesetzes, das lediglich einen Rückfluss von Beiträgen an den Arbeitgeber verhindern will, wird hierdurch bereits Genüge getan²¹³. Mit dieser sozialen Auflage nicht verträglich wäre lediglich die in Tz. 4.1.6 erwähnte Leistungsplanungsgestaltung, die die Wertsteigerungen über eine bestimmte Höchstgrenze hinaus dem Arbeitgeber zuspricht. Hier dürfte eine am Sinn und Zweck der zweiten

²¹² *Blomeyer/Otto*, Betriebsrentengesetz, § 1 Rz. 248; *Buttler*, Betriebliche Altersversorgung durch Direktversicherungen, Rz. 13, 64; *Hanau*, in *BetrAV* 1998, S. 147 (149)

²¹³ *Doetsch*, in *BetrAV* 1999, S. 203 (206); der von *Doetsch* bereits für die Anwendbarkeit der versicherungsvertraglichen Lösung bei Fondspolizen geforderten analogen Gesetzesanwendung bedarf es aber im Normalfall nicht: Soweit keine Überschüsse i. S. des Gesetzes vorliegen, fordert die zweite soziale Auflage eben nichts ein.

sozialen Auflage orientierte Auslegung die Anwendung der versicherungsvertraglichen Lösung ausschließen.

- Die dritte soziale Auflage verschafft dem Arbeitnehmer die Möglichkeit, einen Einschnitt in die Versorgungsplanung infolge des Ausscheidens zu verhindern. Ihm muss das Recht eingeräumt werden, den **Versicherungsvertrag mit eigenen Beiträgen fortzusetzen**.

b) Beschränkung auf den Durchführungsweg Direktversicherung

Es ist augenfällig, dass im Falle unverfallbaren Ausscheidens allein die **versicherungsförmige Lösung dem Gedanken der Beitragsorientierung** eines Versorgungskonzeptes Rechnung tragen kann. Der Ausgeschiedene erhält hier gerade das, was auf Grund der planmäßigen Arbeitgeberbeiträge während der Dienstzeit ausfinanziert ist, nicht mehr und nicht weniger. Für den Arbeitgeber ist das Ausscheiden aufwandsneutral. Das Schicksal der Versorgungsanwartschaft ab diesem Zeitpunkt, etwa auf Grund ungewisser Entwicklungen, trifft allein den Arbeitnehmer; für den Arbeitgeber ist die Angelegenheit erledigt.

Demgegenüber orientiert sich die unverfallbare Leistung nach dem m/n-Verfahren offenkundig nicht am Aufwand, sondern an der planmäßigen Leistung sowie an der Dienstzeit. Die so berechnete Leistung kann je nach Konstellation höher oder geringer sein als die durch die geleisteten Beiträge gedeckte Anwartschaft. Ist sie höher, so hat der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber einen sog. Auffüllanspruch in Höhe der Differenz. Der Abgang des Mitarbeiters kann dementsprechend beim Arbeitgeber zu einem entsprechenden **Verlust oder Gewinn** führen. Soweit die ausfinanzierte und die geschuldete Leistung voneinander abweichen, trägt der Arbeitgeber auch noch künftig **Risiken** etwa hinsichtlich **Sterblichkeit, Invalidität oder Langlebigkeit** des Ausgeschiedenen, auch wenn er zu deren Übernahme gerade einen externen Träger eingesetzt hat. Das gleiche gilt für die Ungewissheit hinsichtlich der Höhe des Auffüllbetrages, weil die Bemessungsgrundlagen für den m/n-Anspruch nach § 2 Abs. 5 BetrAVG beim Ausscheiden feststehen, die Versicherungsleistung aber wegen der ungewissen künftigen Überschüsse zunächst nur geschätzt werden kann. Diese Ungewissheit umfasst also das gesamte **Kapitalanlagerisiko**. Bei fondsgebundenen Leistungsplänen liegt deshalb hier ein zusätzlicher Problemschwerpunkt (vgl. Tz. 5.1.3). Dementsprechend wichtig ist hier das mögliche Ausweichen auf die versicherungsvertragliche Lösung.

Nach dem **Wortlaut** der gültigen Gesetzesfassung ist das Ersatzverfahren jedoch **nur bei Direktversicherungen und Pensionskassenzusagen** möglich. Verständlich ist dies deshalb, weil diese Durchführungswege seit jeher klassische Durchführungswege für beitragsorientierte Zusagen sind. Denn hier fließen tatsächlich Beiträge, aus deren Höhe die spätere Versorgungsleistung errechnet wird. Die Praxis hat sich jedoch insbesondere wegen der nachteiligen lohnsteuerlichen Behandlung im Lauf der Zeit von dieser Verankerung gelöst. Inzwischen sind etwa beitragsorientierte Direktzusagen nach dem Bausteinsystem alltäglich. Gerade bei einer Finanzierung durch Gehaltsverzicht des Arbeitnehmers ist ein leistungsorientierter Versorgungsplan nicht sinnvoll realisierbar. Für beitragsorientierte Direkt- oder Unterstützungskassenzusagen ist die vom Gesetz auferlegte Unverfall-

barkeitsberechnung nach dem m/n-Verfahren nun ein störender Systembruch²¹⁴. Dieser lässt sich im Wege der Auslegung auch nicht korrigieren, da der Wortsinn als Grenze jeder Auslegung²¹⁵ keine andere Interpretation zulässt.

Es bleibt zu untersuchen, ob sich die versicherungsvertragliche Lösung auf beitragsorientierte Direkt- und Unterstützungskassenzusagen **analog** anwenden lässt. *Hanau/Arteaga* vertreten die Ansicht, dass dies seit der ausdrücklichen Aufnahme der beitragsorientierten Leistungspläne in das Betriebsrentengesetz mit dem RRG 1999 der Fall ist²¹⁶. *Seng* geht für den besonders betroffenen Bereich fondsgebundener Leistungspläne noch einen Schritt weiter: Er hält hier – wenn auch anscheinend nur mit Blick auf die Direktversicherung – das m/n-Berechnungsverfahren für unanwendbar, so dass die versicherungsvertragliche Lösung automatisch anzuwenden sei²¹⁷. Diese Ansicht koppelt die Analogie mit einer teleologischen Reduktion des Quotierungsverfahrens; eine Ausdehnung auf die übrigen Durchführungswege liegt auch hier nahe.

Voraussetzung für eine Analogie ist das Bestehen einer planwidrigen Gesetzeslücke. Eine der Analogie zugängliche Lücke liegt dann vor, wenn das Gesetz für einen bestimmten Fall keine Regelung trifft, sich aus dem inneren Zusammenhang des Gesetzes jedoch das Bedürfnis nach einer Regelung ergibt²¹⁸. Aus **praktischer Sicht** ist ein solches **Regelungsdefizit offenkundig**: Die für Direktzusagen und Unterstützungskassen vorgesehene rätierliche Berechnung des unverfallbaren Anspruchs ist ungeeignet für beitragsorientierte Versorgungsregelungen, da das m/n-Verfahren naturgemäß den kalkulatorisch vorgesehenen Finanzierungsaufwand im Falle des Ausscheidens nivelliert; es fehlt also eine Ausweichmöglichkeit ähnlich der versicherungsförmigen Lösung. Bis zum Inkrafttreten des RRG 1999 ergab sich diese Regelungslücke jedoch **nicht aus dem inneren Zusammenhang des Betriebsrentengesetzes**. Denn die Gesetzssystematik war bis dahin ganz auf reine Leistungszusagen zugeschnitten. Die von der Praxis entwickelten beitragsorientierten Versorgungszusagen mussten sich in den vorgegebenen Rahmen einfügen. Beitragsorientierung war also kein vom Gesetz eingeräumtes Gestaltungsprinzip für Versorgungszusagen, sie ließ sich nur in den Grenzen der gesetzlichen Regelungen – hierzu zählt eben auch § 2 BetrAVG – realisieren. Mit anderen Worten: Die neu entwickelten Versorgungswerke waren im Anwendungsbereich des Betriebsrentengesetzes gewissermaßen geduldet, hatten sich aber in das klassisch ausgerichtete Normengefüge einzuordnen. Mit **Inkrafttreten des RRG 1999** ist nun aber die beitragsorientierte Versorgungszusage in § 1 Abs. 6 BetrAVG ausdrücklich als Instrument der betrieblichen Altersversorgung angesprochen und damit die entsprechende anerkennende Wertung der Beitragsorientierung in das Gesetz aufgenommen worden. Das Vorliegen einer **Lücke** ist nunmehr zugegebenermaßen unbestreitbar geworden, da die Regelung in § 2 Abs. 1 und 4 BetrAVG in der Tat der in § 1 Abs. 6 BetrAVG eingegangenen Wertung zumindest entgegenläuft und eine ausdrückliche Abgrenzungsregelung nicht getroffen wurde.

²¹⁴ Zu einer kritischen Auseinandersetzung mit Blick auf die durch das AVmG vorgesehenen Änderungen s. u. Tz. 5.1.6

²¹⁵ Vgl. *Larenz*, Methodenlehre, S. 366

²¹⁶ *Hanau*, in BetrAV 1998, S. 147 (149); *Hanau/Arteaga*, Gehaltsumwandlung, Kap. B Rz. 99; *dies.*, in BB 1997, Beilage 17, S. 9

²¹⁷ *Seng*, in VW 1999, S. 930 (931)

²¹⁸ *Larenz*, Methodenlehre, S. 370 ff. (372)

Das Vorliegen einer Lücke allein rechtfertigt aber noch keine Analogie, es muss sich vielmehr um eine **planwidrige Lücke** handeln. Dies setzt aber voraus, dass der Gesetzgeber mit der Neuregelung das Gestaltungsprinzip der Beitragsorientierung nicht nur niederschreiben, sondern es zugleich höher als die technischen Regelungen zur Unverfallbarkeit bewerten wollte. Nur dann wäre die Aussage gerechtfertigt, der Gesetzgeber habe übersehen, dass eine beitragsorientierte Versorgung ohne entsprechende Flankierung der Unverfallbarkeit ihren Namen nicht verdiene, und es kann von einem Versehen ausgegangen und die zeitliche Normenkollisionsregel angewandt werden²¹⁹. Die h. M. vertritt hierzu die Auffassung, dass die Aufnahme von **§ 1 Abs. 6 BetrAVG nur deklaratorische Bedeutung** habe, also lediglich die ohnehin bereits vorherrschende Rechtsmeinung zu den aus der Praxis geborenen beitragsorientierten Versorgungsmodellen in Gesetzesform gieße²²⁰. Danach liegt zur Frage der Unverfallbarkeitsberechnung keine planwidrige Lücke, sondern vielmehr **beredtes Schweigen** vor.

Die Einschätzung, der Gesetzgeber habe eine Anpassung der Unverfallbarkeitsberechnung an das Konzept beitragsorientierter Versorgungszusagen schlichtweg vergessen, erscheint doch ziemlich gewagt. Schließlich stellt das Auffüllrisiko des Arbeitgebers bei ratierlicher Berechnung des unverfallbaren Anspruchs schon sein längerem ein praxisbekanntes Übel dar. Hierdurch wird nicht nur der Finanzierungsrahmen beitragsorientierter Leistungsregelungen aufgeweicht, sondern es kann auch zu einer Äquivalenzstörung bei einer Versorgungszusage gegen Gehaltsverzicht kommen. Der Missstand war **während des Gesetzgebungsverfahrens bereits bekannt**²²¹. Zu dessen Abhilfe lagen **veröffentlichte Alternativvorschläge** vor. Einer dieser Vorschläge sah vor, dass für die Bestimmung der erbrachten sowie der möglichen Dienstzeit beim Quotierungsverfahren nicht ab Beginn der Betriebszugehörigkeit, sondern erst ab **Zusagebeginn** zu rechnen sei²²². Dieser Ansatz hätte das Auffüllrisiko des Arbeitgebers bereits weitgehend entschärft. Zu unterstellen, der Gesetzgeber habe in Unkenntnis dieses veröffentlichten Meinungsstands gehandelt, fällt noch schwerer, wenn man bedenkt, dass die ausdrückliche Regelung in § 1 Abs. 6 BetrAVG nur die gängige Praxis bestätigt, während die „vergessenen Folgeregelungen“ echte Änderungen gewesen wären, also gewissermaßen das „heiße Eisen“ dargestellt hätten.

Aber selbst wenn man eine analogiefähige Lücke noch bejahen würde, bestünde immer noch das **Problem der Ausfüllung**. Die analoge Anwendung einer für einen anderen Sachverhalt geltenden Regelung setzt eine Übereinstimmung der für die rechtliche Bewertung maßgeblichen Umstände bei beiden Sachverhalten im Lichte der ratio legis voraus²²³. Hier stehen nun sogar mehrere Alternativverfahren für die Unverfallbarkeitsberechnung zur Auswahl. Methodisch korrekt wäre dann die Regelung zu ergänzen, die dem im Gesetz zum Ausdruck kommenden inneren Normzweck am nächsten kommt.

²¹⁹ So *Hanau/Arteaga*, Gehaltsumwandlung, Kap. B Rz. 97, 99

²²⁰ Überzeugend *Blomeyer*, in *BetrAV* 2000, S. 42 (47); *Höfer*, *BetrAVG* Teil 1, § 1 Rz. 1630.27; *Höfer/Meier*, in *BB* 1998, S. 1894 (1897); *Jaeger*, in *BetrAV* 1999, S. 384 (387); *Göke*, in *BetrAV* 1997, S. 222 (224); für die Unterstützungskasse *Blomeyer/Otto*, *Betriebsrentengesetz*, § 2 Rz. 382, *Bode/Grabner*, in *DB* 1997, S. 928 (933); *Paschek*, *DB* 1994, 2082 (2083); *Höfer*, *BetrAVG* Teil 1, § 2 Rz. 1895.1

²²¹ *Blomeyer*, in *BetrAV* 1996, S. 308 (314)

²²² *Blomeyer*, in *DB* 1997, S. 1921; *Hanau/Arteaga/Kessel*, in *DB* 1997, S. 1401

²²³ Vgl. *Larenz*, *Methodenlehre*, S. 381 f.

Denkbar wäre hier etwa ein **modifiziertes m/n-Verfahren** für beitragsorientierte Zusagen, in welchem nicht die Betriebszugehörigkeit, sondern die Zusagedauer für den Unverfallbarkeitsquotienten herangezogen wird. Dies würde dem Umstand Rechnung tragen, dass in einem solchen System planmäßig kein rückwirkender Dienstzeitaufwand erbracht werden soll. Allerdings würde dies die Schwächen des Quotierungsverfahrens einseitig zu Lasten des Arbeitnehmers korrigieren, da in Versorgungssystemen ohne planmäßige Hochrechnung (etwa bei immer wieder neu zu entscheidenden Einmalprämien) systematisch große Stornogewinne aus unverfallbarem Ausscheiden entstehen würden.

Im Vergleich zu dieser modifizierten Quotierung wäre eine **Analogie** zur versicherungsvertraglichen Lösung gem. § 2 Abs. 2 BetrAVG eine ungleich **stärkerer Eingriff** in die Gesetzessystematik. Dazu müsste die Interessenlage bei beitragsorientierten Versorgungsregelungen mittels Direkt- oder Unterstützungskassenzusage derjenigen vergleichbar sein, die der gesetzlichen Regelung des Ersatzverfahrens zu Grunde liegt. Hierzu genügt es aber nicht, dass an Stelle der Betriebszugehörigkeit ersichtlich der Finanzierungsaufwand die Versorgungsleistung bestimmen soll. Der Gesetzgeber selbst bringt dies zum Ausdruck, indem er selbst bei versicherungsförmigen Durchführungswegen – wie erörtert – **zusätzlich die Erfüllung sozialer Auflagen** verlangt. Nur die solchermaßen verstärkte Arbeitnehmerstellung rechtfertigt nach dem inneren Normzweck des BetrAVG die Privilegierung des Arbeitgebers durch die versicherungsvertragliche Lösung. Dies übersieht *Seng*, wenn er für den Fall fondsgebundener Direktversicherungen generell die versicherungsvertragliche Lösung anwenden will.

Mindestvoraussetzung für eine Ausdehnung des versicherungsvertraglichen Verfahrens im Wege der Analogie wäre eine entsprechende Abbildung auch der sozialen Auflagen als tatbestandliche Voraussetzungen. Und dies stößt von Spezialfällen abgesehen auf **gewaltige praktische Schwierigkeiten**. Die eine unverzichtbare Auflage – Weitergabe der Überschüsse – mag sich in vielen Fällen noch durch die Versorgungsregelung nachbilden lassen, wobei allerdings bei nicht kongruenter Rückdeckung die richtige Bestimmung der Überschüsse Fragen aufwerfen dürfte. Ebenfalls essenziell ist aber die Möglichkeit für den Ausgeschiedenen, die Versicherung – verallgemeinert also die **planmäßige Versorgung** – mit **eigenen Beiträgen fortzusetzen**. Dies erscheint bei unmittelbaren Zusagen und bei Unterstützungskassen de lege lata praktisch **aussichtslos**. Eine Fortsetzung in diesen Durchführungswegen kommt für den Arbeitgeber aus steuerlichen Gründen nicht in Frage, eine Übertragung der Deckungsmittel auf den Arbeitnehmer, so dass dieser etwa die Rückdeckungsversicherung selbst weiter führen kann, belastet nach der derzeitigen Rechtslage den Arbeitnehmer lohnsteuerlich. Damit erscheint das Ziel, sowohl den Arbeitgeber durch das Ausscheiden nicht zu belasten als auch dem Arbeitnehmer eine Erfüllung seiner Versorgungserwartung zu gleich bleibenden Konditionen einzuräumen, nicht erreichbar.

Damit ist m. E. klar, dass die versicherungsvertragliche Lösung de lege lata nicht auf andere als im Gesetz genannte Durchführungswege übertragbar ist. Es handelt sich um eine **nicht analogiefähige Ausnahmeregelung**. Auch fondsgebundene Leistungspläne, die über Direktzusagen oder Unterstützungskassen realisiert werden, kommen letztlich nicht über die vom Gesetz selbst aufgestellten Hürden – die sozialen Auflagen – hinweg. Es ist vollkommen unbestreitbar, dass das rätierliche Verfahren für solche Pläne nicht recht passt und im Einzelfall keinen besonders hohen Ansprüchen an einen gerechten Interessensausgleich genügen kann. Eben-

falls zutreffend und unbefriedigend ist die bestehende Unsicherheit in der Praxis, wie denn für fondsgebundene betriebliche Altersversorgung das m/n-Verfahren anzuwenden ist. Es stimmt jedoch nicht, dass die Regelung völlig sinnlos oder gar undurchführbar ist²²⁴. Im nächsten Abschnitt wird ein Weg aufgezeigt, der sowohl die grundlegenden Wertentscheidungen des Betriebsrentengesetzes zur Unverfallbarkeit respektiert als auch praktisch umsetzbar ist. Dass Einzelfallgerechtigkeit nicht zu diesen Wertentscheidungen gehört, wurde bereits kurz nach Inkrafttreten des Betriebsrentengesetzes nachgewiesen²²⁵ und ist auch für die hier untersuchten Fallgestaltungen in Kauf zu nehmen.

5.1.3 Diskussion der möglichen Lösungsansätze für eine rückgedeckte Direktzusage auf der Basis des geltenden Rechts

Aus der Erkenntnis um die nur eingeschränkte Anwendbarkeit des Ersatzverfahrens resultiert die Notwendigkeit, auch für fondsgebundene Leistungspläne ein **praktikables Berechnungsverfahren** nach der ratierlichen Methode anzugeben und dabei die in Tz. 5.1.1 aufgeworfenen besonderen Probleme bei der Bestimmung der Als-ob-Leistung angemessen zu lösen. Dabei wird zunächst der Fall einer **Direktzusage** unterstellt, da sich hierauf die Grundnorm des § 2 Abs. 1 BetrAVG bezieht und hier zudem nicht auf das Ersatzverfahren ausgewichen werden kann. Die eher geringfügigen und bezogen auf fondsgebundene Leistungspläne auch nicht besonders problemträchtigen Modifikationen bei Direktversicherungen bzw. Unterstützungskassen werden am Schluss dieses Abschnitts erläutert.

Inhalt der exemplarisch betrachteten Direktzusage sei im folgenden gerade die Leistung, die sich aus einer fondsgebundenen Rückdeckungsversicherung nach dem Standardtarif (Tz. 2.3.3) ergibt. Dabei habe der Arbeitnehmer nach der **Versorgungszusage** Anspruch auf die **gesamte Versicherungsleistung einschließlich der Wertsteigerungen sowie zugeteilter Überschüsse** aus dem Risiko- und Kostenergebnis. Letztgenannte Überschüsse seien nach dem Versicherungsvertrag in Form von zusätzlichen Anteilseinheiten gutzuschreiben. Die Frage lautet nun, welche Leistung ein durch diese Zusage begünstigter Arbeitnehmer bei vorzeitigem unverfallbaren Ausscheiden nach dem m/n-Verfahren beanspruchen kann. Die Bestimmung des Dienstzeitfaktors wirft keine besonderen Fragen auf. Die **Problemfrage** lautet: Welches ist die dem Arbeitnehmer zustehende **Leistung** unter der fiktiven Bedingung „**ohne das vorherige Ausscheiden**“? Denn diese Leistung hätte sich bei Betriebstreue erst auf Grund der künftigen ungewissen Wertentwicklung des Anteilguthabens ergeben. Im Zeitpunkt des Ausscheidens sind lediglich Schätzungen möglich. Doch die geschätzten Werte können durch günstige Kursentwicklung einerseits erheblich überschritten werden, andererseits kann ein unvorhergesehener Börsencrash theoretisch noch bis kurz vor Fälligkeit die Versicherung wertlos machen.

Zu dieser konkreten Frage gibt es **keinerlei Rechtsprechung** und nur **ganz vereinzelt Stellungnahmen in der Literatur**. Eine erste Hilfestellung bietet eine

²²⁴ So aber *Hanau*, in BetrAV 1998, S. 147 (149); von diesem Standpunkt aus liegt der Bedarf nach einer Alternativlösung natürlich wesentlich stärker auf der Hand.

²²⁵ Vgl. *Gumpert*, in BB 1975, S. 1489 f., dessen Kritik die Praxis jedoch zur keinerlei Konsequenzen veranlasst hat.

Verallgemeinerung der Fragestellung weg von der ungewissen Börsensituation hin zu Unsicherheiten in der Anwartschaftsentwicklung aus anderen Ursachen. Ungewisse Anwartschaftsverläufe sind in der Praxis betrieblicher Versorgungswerke nicht unbekannt. Nur bei strengen Festbetragszusagen gibt es sie überhaupt nicht. Abhängigkeiten vom Gehalt, von der Ertragssituation der Firma, von der Sozialversicherung oder auch von den Überschüssen im Rahmen eines Lebensversicherungsvertrags führen sofort zu Unwägbarkeiten bei der Hochrechnung der Leistungen. Teilweise, aber nicht immer bietet das Gesetz hier eine Lösungshilfe. Um einen Lösungsansatz für fondsgebundene Leistungspläne zu gewinnen, bietet es sich daher an, neben den ausdrücklichen Äußerungen zu diesem Thema auch die Ansätze in Gesetz, Rechtsprechung und Literatur zu ähnlichen Fragestellungen zu sammeln, um auf diese Weise eine breitere Argumentationsgrundlage zu erhalten.

a) Die Veränderungssperre des § 2 Abs. 5 BetrAVG sowie der Auskunftsanspruch in § 2 Abs. 6 BetrAVG

Die **zentralen Wertentscheidungen** zu Ungewissheit künftiger Leistungsentwicklungen bei unverfallbarem Ausscheiden trifft der Gesetzgeber in **§ 2 Abs. 5, 6 BetrAVG**. So heißt es in § 2 Abs. 5 S. 1 BetrAVG, dass Veränderungen der Versorgungsregelung und der Bemessungsgrundlagen für die Leistung bei der Berechnung der unverfallbaren Anwartschaft außer Betracht bleiben, soweit sie nach dem Ausscheiden des Arbeitnehmers eintreten. Dahinter steht die Überlegung, dass die Leistungshöhe für jeden denkbaren Versorgungsfall im Interesse der **beiderseitigen Rechtsklarheit** bereits bei Ausscheiden feststehen sollte. Untermauert wird diese Wertung durch § 2 Abs. 6 BetrAVG, wonach der Ausgeschiedene vom Arbeitgeber **Auskunft** über die Unverfallbarkeit seiner Versorgungsanwartschaft sowie über die Höhe seiner unverfallbaren Versorgungsleistung bei Erreichen der vertraglichen Altersgrenze verlangen kann. Zwar kann die Veränderungssperre nicht im Sinne eines umfassenden Stichtagsprinzips verstanden werden, da die den Anspruch auslösenden persönlichen Umstände (biologisches Ereignis) erst später eintreten²²⁶. Die Anspruchshöhe soll sich aber nach den tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen bei Ausscheiden errechnen lassen²²⁷.

Konkret kann allenfalls die zweite Alternative der Veränderungssperre – die **Festschreibung der Bemessungsgrundlagen** für die Versorgungsleistung – eine Hilfestellung für die Hochrechnung fondsgebundener Versorgungsleistungen leisten. Hierbei handelt es sich offenkundig um einen eher intuitiven Begriff, dessen präzise Definition schwer fällt. *Höhe* versteht unter Bemessungsgrundlagen in diesem Sinne alle Bestimmungen, die auf die Höhe der zugesagten Versorgungsleistung Einfluss haben, und fügt an Stelle einer näheren sprachlichen Erläuterung dieser Definition mit Auffangcharakter eine Liste von Beispielen hinzu: Gruppenmerkmale bei gestaffelten Leistungsplänen, Bezüge bei gehaltsabhängigen Zusagen, Beamtenbezüge, Preisindizes und ähnliches²²⁸. Unter diese Definition scheint jeder Umstand zu passen, der sich auf die Leistungshöhe auswirkt. Da bleibt zu fragen, welche Dinge nicht unter die Definition fallen. Ähnlich definieren *Andresen/ Förster/Rößler/Rühmann* und *Blomeyer/Otto* den Begriff. Danach

²²⁶ *Höhe*, in Heubeck/Höhe/Paulsdorff/Rau/Weinert, Betriebsrentengesetz, § 2 Rz. 383

²²⁷ *Höhe*, a. a. O.

²²⁸ *Höhe*, a. a. O., § 2 Rz. 390

sind Bemessungsgrundlagen alle **Bestimmungsgrößen zur Berechnung der Höhe** der betrieblichen Versorgungsleistungen²²⁹ bzw. die in der Versorgungsregelung **abstrakt angegebenen rechnerischen Einflussgrößen** zur Bestimmung des Leistungsumfanges²³⁰. Die Bezeichnung „abstrakt angegebene rechnerische Einflussgröße“ deutet ein negatives Abgrenzungskriterium an: **Keine Bemessungsgrundlage** für die Leistungshöhe ist der **Inhalt der Zusage selbst**²³¹. Die genaue Abgrenzung ist alles andere als klar. Die aktuelle Diskussion zeigt, dass ein Konsens über den Anwendungsbereich und die Wirkweise von § 2 Abs. 5 BetrAVG in weiter Ferne ist²³². Auslöser der Diskussion ist eine Entscheidung des **BAG aus dem Jahr 1994**²³³, die allerdings für die konkrete Fragestellung **wenig brauchbar** ist, da das Schwerpunktproblem dort in einer Anwendung der Veränderungssperre auf zugesagte Erhöhungen ungewisser Höhe (nach der Entwicklung von Gruppenbeträgen des Essener Verbandes) während der **Rentenbezugs-** und nicht während der Anwartschaftsphase lag.

Nach diesen theoretischen Vorarbeiten lassen sich nun die für das weitere Vorgehen zentralen Fragen stellen: **Bemisst** sich die Leistung aus einer fondsgebundene Versorgungszusage **nach einer schwankenden Wertanlage** oder ist die Wertanlage **Inhalt der Zusage** selbst? Und im ersten Fall, was genau ist Bemessungsgrundlage i. S. v. § 2 Abs. 5 BetrAVG? Je nach Antwort auf diese Fragen ergeben sich unterschiedliche Berechnungsmodelle.

b) Der Börsenkurs als Bemessungsgrundlage i. S. v. § 2 Abs. 5 BetrAVG

Betrachtet man den Börsenkurs einer Anteilseinheit als Bemessungsgrundlage für die Versorgungsleistung, so liegt es nahe, die Wertentwicklung der Fondsanteile nur bis zum Ausscheidestichtag zu berücksichtigen, m. a. W. die **Hochrechnung der möglichen späteren Versorgungsleistung** (Als-ob-Leistung) unter der **fiktiven Annahme** durchzuführen, dass der **Börsenkurs** einer Anteilseinheit vom Tag des Ausscheidens bis zum Eintritt des Versorgungsfalls **konstant bleibt**. Für diese Einstufung spricht, dass in den Versicherungstarifen oft der Börsenkurs zu einem bestimmten Stichtag als eine Art **Bewertungsfaktor** in die Berechnung des Deckungskapitals und damit der Versicherungsleistung eingeht²³⁴. Es handelt sich damit um eine Eingangsgröße in die Berechnung der Versorgungsleistung im klassischen Sinne.

c) Die Rendite als Bemessungsgrundlage

Denkbar ist es aber auch, die **durchschnittliche Wertentwicklung** (Rendite) als Bemessungsgrundlage für die Versorgungsleistung anzusehen. Letztlich ist die Durchschnittsrendite eine Größe, mittels derer sich das Fondsguthaben aus den eingezahlten Beiträgen errechnen lässt.

²²⁹ *Andresen/Förster/Rößler/Rühmann*, Teil 10 B Rz. 405

²³⁰ *Blomeyer/Otto*, Betriebsrentengesetz, § 2 Rz. 400

²³¹ *Ahrend/Förster/Rößler*, Steuerrecht der betrieblichen Altersversorgung, 1. Teil, Rz. 415a, 659; *Doetsch*, in BetrAV 1999, S. 203 (206)

²³² Einen Überblick gibt *Bepler*, in BetrAV 2000, S. 19 (22 f.) mit zahlreichen Nachweisen

²³³ BAG vom 22.11.1994 – 3 AZR 767/93, in BetrAV 1995, S. 84

²³⁴ So die Formulierung in Ziff. 6.2 des BAV-Mustertarifs, in VerBAV 1990, S. 3 (8)

Eine solche Sichtweise würde zu einer wesentlich höheren Als-ob-Leistung führen, da für die Hochrechnung nicht Null als Wertentwicklung, sondern die bisherige Durchschnittsrendite zu Grunde gelegt wird.

d) Die Rechtsprechung zur Behandlung der Überschüsse bei der Kapitallebensversicherung

Das **BAG** hat sich zwar nicht zur hier diskutierten Frage geäußert, tendiert aber in einer sehr verwandten Thematik zu einer Anwendung der Veränderungssperre mit einer eigentümlichen Korrektur.

Die erhofften, aber ungewissen Wertsteigerungen des Anlageguthabens zu einer fondsgebundenen Lebensversicherung sind im Prinzip das Pendant zu den **außerrechnungsmäßigen Zinsen**, die das Versicherungsunternehmen aus der Kapitalanlage zu einer gewöhnlichen Lebensversicherung erwirtschaftet und in regelmäßigen Abständen den gewinnberechtigten Versicherungsverträgen gutschreibt (vgl. Tz. 3.7). Für einen Fall, in dem diese Überschüsse nach der Versorgungszusage dem Arbeitnehmer in Form von **Leistungsverbesserungen** zustanden, hat das BAG 1986 eine bemerkenswerte Entscheidung zur Berechnung des unverfallbaren Anspruchs nach dem m/n-Verfahren getroffen²³⁵. Das Gericht hat die Überschussentwicklung zunächst tatsächlich der Veränderungssperre des § 2 Abs. 5 BetrAVG unterworfen und demzufolge künftige, erst **nach dem Ausscheiden des Arbeitnehmers entstandene Überschüsse** bei der Berechnung der unverfallbaren Anwartschaft völlig **außer acht gelassen**.

In einem zweiten Schritt **schränkt das BAG dann jedoch die Quotierung ein**: Die ohne künftige Überschüsse ermittelte Als-ob-Anwartschaft wird aufgeteilt in die bereits bei Vertragsbeginn garantierte Versicherungssumme einerseits und in die bis zum Ausscheiden bereits aufgelaufene Überschussanwartschaft andererseits. Die nun nach § 2 Abs. 1 BetrAVG gebotene m/n-Kürzung hat das BAG auf die garantierte Versicherungssumme beschränkt. Die **bereits zugeteilte Überschussleistung** stehe dem Ausgeschiedenen dagegen **ungekürzt** zu. Die Begründung für diese Einschränkung der Quotierung ergibt sich für das BAG daraus, dass das Deckungskapital als Überschussquelle bis zum Ausscheiden ohnehin nur einen höchstens dienstzeitproportionalen Bruchteil des planmäßigen Deckungskapitals eines Betriebstreuens erreiche und eine andernfalls vorzunehmende doppelte Kürzung dem Sinn und Zweck des Quotierungsprinzips widerspreche.

Mit der Einschränkung der m/n-Kürzung widersprach das BAG der bis dahin h. M. in der Literatur²³⁶, die diese Entscheidung denn auch überwiegend als Systembruch ablehnt. So wird versucht, die materiellen Auswirkungen der Entscheidung zu begrenzen. Z. B. ist es streitig, ob das modifizierte Quotierungsprinzip auch auf rückgedeckte Unterstützungskassen zu übertragen ist²³⁷. Das Argument der Gegenseite, eine Rückdeckungsversicherung könne mit einer Direktversicherung nicht verglichen werden, verwundert insofern, als das BAG sich ausdrücklich

²³⁵ BAG – 3 AZR 15/85 – Urt. v. 29.7.1986, E-BetrAV Kap. 250.3 Nr. 10

²³⁶ *Blomeyer/Otto*, Betriebsrentengesetz, § 2 Rz. 133; *Höhne*, in Heubeck/Höhne/Paulsdorff/Rau/Weinert, Betriebsrentengesetz, § 2 Rz. 175 f.; *Kessel*, in BetrAV 1975, S. 97 (99); *Greve-meyer*, in VW 1975, S. 932 (934); a. A. *Höfer*, BetrAVG Teil 1, § 2 Rz. 1773 ff.

²³⁷ Dafür *Blomeyer/Otto*, Betriebsrentengesetz, § 3 Rz. 383; *Paschek*, in DB 1994, S. 2082 (2084); dagegen *Höfer*, BetrAVG Teil 1, § 2 Rz. 1895.2

nicht auf Direktversicherungen beschränkt, sondern auch rückgedeckte Direktzusagen in seine Argumentation einbezogen hat.

In der Tat liefert der Verweis auf das zu Beginn der Versicherung naturgemäß niedrigere Deckungskapital **kein stichhaltiges Argument** für eine Ausnahme von der Kürzung. Denn wenn eine Lebensversicherungsanlage ab einem bestimmten Stichtag keinerlei außerrechnungsmäßige Erträge mehr abwirft (und diese Berechnungsannahme entnimmt ja auch das BAG der Veränderungssperre des § 2 Abs. 5 BetrAVG), so würde **auch ein betriebstreuer Arbeitnehmer keine weiteren Überschüsse** als die auf vermeintlich gekürzter Basis erwirtschafteten und zugeteilten Gewinnanteile des Ausgeschiedenen erhalten – von der Vermeidung einer doppelten Kürzung kann also nicht die Rede sein. Daher verlangt die Literatur auch eine Quotierung der Überschüsse²³⁸. Das BAG hat vermutlich eher die harte Konsequenz aus der strengen Anwendung des § 2 Abs. 5 BetrAVG für ein unbilliges Ergebnis gehalten. Eine mögliche Rechtfertigung der BAG-Rechtsprechung könnte man in dem Umstand sehen, dass die bis zum Ausscheiden aufgelaufenen Überschüsse allein dem Aufwand während der aktiven Dienstzeit zugeordnet werden können. Eine solche Überlegung entspricht allerdings mehr einer beitragsorientierten Sichtweise als dem Grundgedanken des Quotierungsverfahrens.

Die BAG-Rechtsprechung führt bei dem hier betrachteten fondsgebundenen Versorgungsplan zunächst zu der Konsequenz, dass die zusätzlichen Anteilscheine, die aus entstandenen Risiko- und Kostengewinnen bis zum Ausscheidestichtag der Versicherung gutgeschrieben wurden, dem Ausgeschiedenen ungekürzt zufließen. Die **Auswirkungen** auf die wesentlich gewichtigeren **ungewissen Wertsteigerungen** sind dagegen m. E. **nicht eindeutig**. Hier kommt es darauf an, welcher Teil der Versorgungsleistung eher analog der festen Versicherungssumme und welcher Teil eher analog der Überschussleistung zu behandeln ist.

Einerseits könnte man argumentieren, dass die feste Versicherungssumme bei fehlender Mindestgarantie Null ist und im Standardtarif mithin die **gesamte Leistung** eher den **Charakter einer Überschussbeteiligung** hat. Zu Ende gedacht hätte dies zur Folge, dass die unverfallbare Anwartschaft auf Altersleistung gerade dem bei Ausscheiden erreichten Wert des Deckungskapitals entspricht, jedoch ohne die Möglichkeit der Weiterführung mit eigenen Beiträgen oder auch nur der Chance auf künftige Wertentwicklung. Diese Situation ähnelt der versicherungsvertraglichen Lösung ohne soziale Auflagen. Lediglich für den vorzeitigen Todesfall bliebe bis zur Höhe des Mindesttodesfallschutzes Raum für eine quotierte Als-ob-Leistung. Ob das BAG diese harte Konsequenz ziehen würde, erscheint zweifelhaft. Jedenfalls zeigt sich an den Folgerungen aus der gedanklichen Fortführung der modifizierten Quotierung des BAG die Fragwürdigkeit dieses doch recht eigenwilligen Ansatzes.

Man könnte **andererseits** aber auch an Stelle einer vollständig fehlenden Versicherungssumme auch nur von einer fehlenden Verzinsung ausgehen. „**Versicherungssumme**“ ist dann die **Summe der planmäßigen Sparbeiträge**, Überschuss alles, was an Leistung darüber hinaus geht. Der bis zum Ausscheidestichtag erworbene „**Überschuss**“ wäre dann also die **Differenz** zwischen dem **Wert des Deckungskapitals bei Ausscheiden** und der Summe der bis zum Ausscheidestichtag **planmäßigen Sparbeiträge**. Diese Differenz kann freilich negativ

²³⁸ Vgl. *Andresen/Förster/Rößler/Rühmann*, Teil 10 B Rz. 863

sein. Sie wäre dann von der quotierten „Versicherungssumme“ in voller Höhe abzuziehen. Die Unübersichtlichkeit eines solchen Ansatzes dürfte wohl kaum durch ein entsprechendes Mehr an Gerechtigkeit ausgeglichen werden.

e) Schwankende Wertanlage als Inhalt der Versorgungszusage

Im Gegensatz zu den bisher vorgestellten, auf § 2 Abs. 5 BetrAVG basierenden Ansätzen will *Doetsch* die in dieser Vorschrift enthaltene Veränderungssperre überhaupt nicht auf die Wertentwicklung des Anlageguthabens im Rahmen eines fondsgebundenen Leistungsplans anwenden²³⁹. Nach seiner Ansicht ist die **Gewinnbeteiligung an einer fondsgebundenen Versorgungszusage** keine nachträglicher Änderung unterliegende Bemessungsgrundlage für die Versorgungsleistung, sondern **Gegenstand der Zusage selbst**. Demzufolge bleibe auch nach Ausscheiden die zu quotierende Als-ob-Leistung weiterhin von der Kursentwicklung abhängig. Logische Folge dieser Ansicht ist es, dass eine **Berechnung der unverfallbaren Anwartschaft erst im Versorgungsfall** erfolgen kann, indem **ex post** ermittelt wird, wie sich der Versicherungsverlauf bei hypothetischer Weiterzahlung der Beiträge entwickelt hätte. Dabei ist in Kauf zu nehmen, dass eine vorzeitige **Auskunftserteilung nach § 2 Abs. 6 BetrAVG nicht** oder nur unverbindlich auf der Basis prognostischer Annahmen möglich ist.

Da diese Auslegung offenkundig den möglichen Wortsinn zumindest von § 2 Abs. 6 BetrAVG verlässt, bedarf sie zu ihrer Rechtfertigung einer Regelungslücke. *Doetsch* sieht diese Voraussetzung durch die fehlende Berechnungsvorgabe für die Als-ob-Leistung einer fondsgebundenen Versorgung gegeben.

f) Stellungnahme

Das **modifizierte Quotierungsverfahren des BAG** erscheint mir als Vorbild für die Behandlung der ungewissen Wertentwicklung der Fondsanlage **wenig geeignet**. Da anders als bei der Kapitallebensversicherung hier auch ein Kapitalverlustrisiko besteht, kommt man schon bei dem Versuch ins Stolpern, die Leistung in einen quotierbaren Sockel und einen nicht zu kürzenden Steigerungsanteil zu zerlegen. Das Verfahren des BAG ist schon in seinem angestammten Anwendungsbereich als fragwürdiger Systembruch anzusehen, es besteht **kein Grund, diesen Anwendungsbereich auch noch auszudehnen**. Es ist sogar in Frage zu stellen, ob bei einem fondsgebundenen Leistungsplan überhaupt die zusätzlichen Anteilscheine aus zugeteilten Risiko- und Kostengewinnen mit Verweis auf das BAG-Urteil ungekürzt beim Arbeitnehmer verbleiben. Denn das Kernargument des BAG, das Deckungskapital als Messgröße der Überschusszuteilung enthalte bereits eine dienstzeitbezogene Kürzung, greift hier nicht. Nur der Zinsgewinn, um den es hier gar nicht geht, richtet sich nämlich nach dem Deckungskapital. Der Risikogewinn etwa wird nach dem riskierten Kapital aufgeteilt, und das fällt bei einer fondsgebundenen Lebensversicherung typischerweise mit dem Anwachsen des Fondsguthabens.

Meines Erachtens liegt der Schlüssel für eine praktikable Berechenbarkeit des rätierlichen Anspruchs aus einem fondsgebundenen Leistungsplan in der **sachgerechten Auslegung von § 2 Abs. 5 BetrAVG**. Es kommt darauf an, ob die Wert-

²³⁹ *Doetsch*, in BetrAV 1999, S. 203 (206)

entwicklung der Fondsanlage sich aus der Anwendung einer – nach § 2 Abs. 5 BetrAVG bei Ausscheiden festzuschreibenden – Bemessungsgrundlage für die Versorgungsleistung ergibt, oder ob – wie *Doetsch* meint – diese Wertentwicklung Gegenstand der Zusage selbst ist.

Wenn die Versicherungs- bzw. Versorgungsleistung **primär in Geld zugesagt** ist, so ergibt sich der Versorgungsanspruch m. E. durch Anwendung einer **Bemessungsgrundlage**, nämlich des im Leistungszeitpunkt maßgeblichen **Kurswerts, Bewertungsfaktors o. ä.** auf die Anzahl der im Fondsguthaben tatsächlich vorhandenen Anteilscheine. Das ist der **typische Fall einer fondsgebundenen Lebensversicherung**: Der Kunde kann zwischen Geld- und Sachleistung wählen, aber wenn er sein Wahlrecht nicht ausdrücklich ausübt, wird die Leistung in Geld erbracht. Dann erfolgt die Berechnung der Endleistung nach dem Vorbild des BAV-Mustergeschäftsplans unter Verwendung eines solchen Bewertungsfaktors²⁴⁰. Natürlich ist die Versorgungszusage nicht an diese Vorgabe gebunden und kann anders auszulegen sein, auch wenn sie sich auf einen Versicherungstarif bezieht. Doch scheint mir die übliche Praxis bei Versicherungen auch eine vernünftige Auslegungsregel für die Versorgungsvereinbarung zu sein, die immer dann greift, wenn nichts anderes ausdrücklich verabredet wird.

Die gegenteilige Beurteilung von *Doetsch* entspricht mehr der Auslegung einer **Sachleistungszusage**. Bei einer solchen Zusage ist es nur konsequent, dass sich der unverfallbare Anspruch eines Ausgeschiedenen in Geld erst bei Eintritt des Versorgungsfalls beauskunften lässt. Der m/n-Anspruch aus einem Kohledeputat etwa lässt sich bei Ausscheiden nur als eine bestimmte Menge Kohle angeben. Wenn den Berechtigten nur der Geldwert interessiert, kann er sich mit diesem Interesse nicht auf die Versorgungszusage berufen, insbesondere erstreckt sich auch die Unverfallbarkeit nicht auf die Umrechnung in Geld. Das gleiche gilt für eine Fremdwährungsversicherung, mit der die fondsgebundene Lebensversicherung durchaus eine gewisse Ähnlichkeit hat. Hier lässt sich der unverfallbare Anspruch bei Ausscheiden nur in der fremden Währung beziffern. Für fondsgebundene Leistungspläne geht dieser gedankliche Ansatz dennoch **im Regelfall an der Realität vorbei**. Hier lässt sich nämlich die im Versorgungsfall geschuldete Leistung noch nicht einmal in Anteilscheinen beziffern, wenn man einmal von dem praktisch bedeutungslosen Modell B (vgl. Tz. 2.2.1) absieht. Denn die Zahl der erwerblichen Anteilseinheiten hängt vom Börsenkursverlauf des Fonds über die gesamte Versicherungsdauer ab – sowohl über den Einkaufspreis als auch über den Risikobedarf.

Die praktischen Auswirkungen der Auffassung von *Doetsch* sind ebenfalls für Arbeitgeber wie Arbeitnehmer unbefriedigend. So wird m. E. ohne Not die für beide Seiten bedeutsame Rechts- und Planungssicherheit geopfert. Indem eine fiktive Versicherungsentwicklung ex post zur Berechnungsgrundlage für den unverfallbaren Anspruch dienen soll, wird dem Arbeitgeber zugemutet, für Wertsteigerungen von fiktiven Fondsanteilen einzustehen. Um dieses Risiko zu vermeiden, müsste er die Versicherung auch für Ausgeschiedene fortführen.

Damit sprechen m. E. die **entscheidenden Argumente für die Anwendung der Veränderungssperre des § 2 Abs. 5 BetrAVG auf den Börsenkurs** bzw. maßgeblichen Bewertungsfaktor im Zeitpunkt des Ausscheidens. Dies führt zu der **unter Buchst. b) beschriebenen Berechnungsmethode**: Die Als-ob-Leistung wird

²⁴⁰ Vgl. VerBAV 1990, S. 3 (8)

unter der Annahme bestimmt, dass sich der für die Bestimmung von Leistung sowie Risiko- und Sparbeitrag maßgebliche Kurswert ab dem Stichtag des Ausscheidens nicht mehr ändert. Für die Versicherungsgesellschaft ist diese Berechnung kein Problem. Sie führt zur Verbraucherinformation ohnehin Hochrechnungen für den Versicherungsverlauf auf Basis verschiedener Renditeannahmen durch (meist 0, 3, 6 und 9 Prozent). Die **Als-ob-Leistung** ist nichts anderes als **die mit 0% Rendite ab Ausscheidestichtag hochgerechnete Versicherungsleistung**.

Damit ist auch eine **präzise Auskunft** über die zu erwartende unverfallbare Altersleistung i. S. v. § 2 Abs. 6 BetrAVG möglich. Der Arbeitgeber kann im Falle einer rückgedeckten Direktzusage problemlos die in den Versicherungsbedingungen üblicherweise eingeräumte Möglichkeit nutzen, die Fondspolice zum Ausscheidestichtag in eine auf einen **festen Geldbetrag lautende Versicherung umzuwandeln** (vgl. Tz. 2.2.6). Damit kann der Arbeitgeber das Leistungsprofil der Versicherung mit dem von ihm geschuldeten unverfallbaren Anspruchsverlauf in Einklang bringen. Die Deckung dürfte im allgemeinen ausreichen, da der Arbeitgeber von künftigen Zinserträgen aus der Versicherung profitiert, während der Anspruch des Ausgeschiedenen statisch festgeschrieben ist. Wenn dennoch eine Lücke bleibt, etwa weil über den ratierlichen Faktor zurückliegende beitragsfreie Dienstzeiten bedacht werden, so ist dies für den Arbeitgeber ein einmaliger, im Zeitpunkt des Ausscheidens endgültig bezifferbarer Stornoverlust.

Ungewöhnlich an der hier vertretenen Ansicht mag anmuten, dass sie dem Ausgeschiedenen nicht nur die Chance auf künftige Wertzuwächse nimmt, sondern auch **vor späteren Kursverlusten schützt**. Doch wirkt die Festschreibung des § 2 Abs. 5 BetrAVG eben in beiden Richtungen, sie soll den Ausgeschiedenen ja auch nicht einseitig belasten²⁴¹. Die Gefahr, dass ein börsenkundiger Arbeitnehmer bei einem Kurshoch wegen der Gefahr künftiger Verluste „aussteigt“ und die Firma verlässt, erscheint ziemlich realitätsfern.

Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass es hier lediglich um eine Regelung des gesetzlichen Mindestanspruchs bei unverfallbarem Ausscheiden geht. Den Vertragsparteien bleibt es unbenommen, über diesen Wert hinauszugehen. So kann durchaus vereinbart werden, dass dem Arbeitnehmer die auf Basis der bis zum Ausscheiden geleisteten Finanzierungsbeiträge erworbene Anwartschaft einschließlich künftiger Wertsteigerungen zusteht. Im Falle von Gehaltsumwandlung ist eine solche Regelung sicherlich sinnvoll (dazu mehr in Kap. 7).

5.1.4 Besonderheiten für die anderen Durchführungswege

Für die rückgedeckte Unterstützungskasse gelten gegenüber dem in Tz. 5.1.3 beschriebenen Verfahren keinerlei Besonderheiten. § 2 Abs. 4 BetrAVG verweist in diesem Zusammenhang uneingeschränkt auf Absatz 1 und damit auf das Berechnungsverfahren für die unmittelbare Pensionszusage.

Eine wesentliche Besonderheit ist dagegen bei einer fondsgebundenen **Direktversicherung** zu beachten. Da der Arbeitnehmer hier das Bezugsrecht auf die Versicherungsleistung behält (§ 1 Abs. 2 S. 1 BetrAVG), steht im nach § 2 Abs. 2 S. 1 BetrAVG nur ein **Auffüllanspruch** gegen den Arbeitgeber zu. Insgesamt räumt

²⁴¹ So auch BAG, Urt. v. 29.7.1986 – 3 AZR 15/85 –, E-BetrAV Kap. 250.3 Nr. 10

das Gesetz dem Ausgeschiedenen den gleichen m/n-Anspruch wie in den anderen Durchführungswegen ein. Dieser Gesamtanspruch berechnet sich nach Tz. 5.1.3. Davon abzuziehen ist bei einer fondsgebundenen Direktversicherung nach § 2 Abs. 2 S. 1 BetrAVG die vom Versicherer nach dem Versicherungsvertrag auf Grund der Beiträge des Arbeitgebers zu erbringende Versicherungsleistung.

Nach **h. M.** erfolgt die Bestimmung der **anzurechnenden Versicherungsleistung** generell durch proportionale Kürzung der für den Fall der Betriebstreue vorgesehenen vollen Leistung mit der sog. **Deckungsquote**²⁴². Die Deckungsquote ist das Verhältnis zwischen der bei Ausscheiden planmäßig aufgebauten Deckungsreserve (das entspricht den vorhandenen Deckungsmitteln, sofern keine Beitragsrückstände bestehen) und der Einmalprämie, die erforderlich wäre, um das volle, ohne Ausscheiden geschuldete künftige Versicherungsprofil sofort zu finanzieren. Bei einem fondsgebundenen Tarif stellen sich hier wieder die gleichen Fragen wie schon bei der Berechnung der Als-ob-Leistung: Was ist die ursprünglich vorgesehene Versicherungsleistung? Sind die zum Zeitpunkt des Ausscheidens erreichten Wertsteigerungen hinzu zu rechnen, und was ist mit den künftigen Wertsteigerungen? Das BAG hat sich in der oben angesprochenen Entscheidung zur Überschussbeteiligung aus dem Jahr 1986²⁴³ nicht zu der Frage geäußert, ob die bereits zugeteilten Überschüsse bei der aufrecht zu erhaltenden und auf die Arbeitgeberleistung anzurechnenden Versicherungsanwartschaft zu berücksichtigen sind. In der Literatur ist die Frage streitig²⁴⁴.

M. E. sind die offenen Fragen so zu beantworten, dass die **Versicherungsleistung**, die der Arbeitnehmer auf Grund des ihm nach § 1 Abs. 2 S. 1 BetrAVG verbleibenden Bezugsrechts am Ende **tatsächlich für sich behalten** kann, zusammen mit der **Auffüllverpflichtung** des Arbeitgebers gerade den in Tz. 5.1.3 festgestellten **m/n-Gesamtanspruch** ergibt. Das ist offenbar auch der Leitgedanke der h. M., deren Berechnungsverfahren für die anzurechnende Versicherungsleistung im Prinzip eine Nachbildung der Bestimmung einer beitragsfreien Versicherungsleistung ist²⁴⁵. Da der Arbeitgeber anlässlich der Beitragsfreistellung die Struktur der Versicherung nicht ändern darf²⁴⁶, ergänzen sich Versicherungs- und Auffüllleistung zum vorgesehenen m/n-Anspruch. Sofern nach Ausscheiden entstehende Überschüsse dem Arbeitnehmer auf Grund seines Bezugsrechts noch zufließen, verbleiben diese endgültig bei ihm und mindern nicht mehr den Auffüllanspruch²⁴⁷. Insofern findet hier zu Gunsten des Arbeitnehmers eine Festschreibung auf den Ausscheidestichtag statt.

Für fondsgebundene Direktversicherungen ergeben sich daraus folgende Konsequenzen: Das volle, ohne Ausscheiden geschuldete künftige Versicherungsprofil ist gerade als Leistungsprofil der Als-ob-Leistung gem. Tz. 5.1.3 zu bestimmen, also als hochgerechnete Versicherungsentwicklung auf Basis von künftig unveränderten Kursen. Die Deckungsquote wäre dann das Verhältnis von planmäßig vorhandenem Deckungskapital und dem Einmalbeitrag für die volle Versiche-

²⁴² *Blomeyer/Otto*, Betriebsrentengesetz, § 2 Rz. 143-147; *Höfer*, BetrAVG Teil 1, § 2 Rz. 1771

²⁴³ BAG, Urt. v. 29.7.1986 – 3 AZR 15/85 –, E-BetrAV Kap. 250.3 Nr. 10

²⁴⁴ Dafür *Blomeyer/Otto*, Betriebsrentengesetz, § 2 Rz. 149; dagegen offenbar *Höfer*, BetrAVG Teil 1, § 2 Rz. 1771

²⁴⁵ *Höfer*, BetrAVG Teil 1, § 2 Rz. 1744

²⁴⁶ *Blomeyer/Otto*, Betriebsrentengesetz, § 2 Rz. 145; *Höfer*, BetrAVG Teil 1, § 2 Rz. 1777

²⁴⁷ *Blomeyer/Otto*, Betriebsrentengesetz, § 2 Rz. 134, 149 a. E., der es allerdings für eine Auslegungsfrage hält, ob dem Ausgeschiedenen ein hierauf gerichtetes Bezugsrecht noch zusteht.

rungsleistung. Es darf aber bezweifelt werden, ob unter der Annahme stagnierender Kurse dieser hypothetische Versicherungsverlauf überhaupt per Einmalbeitrag versichert werden kann, da es sich im Zweifel um einen risikoabhängig unregelmäßig steigenden Verlauf handeln dürfte und der tarifliche Gestaltungsspielraum bei Fondspolice hier an seine Grenzen stoßen könnte. Mit anderen Worten, die Beitragsfreistellung dürfte wohl zwangsläufig zu einer Umprofilierung des Versicherungsverlaufs führen, zumindest unter der rechnerischen Annahme konstanter Kursverhältnisse. Sollte es gleichwohl möglich sein, ist die im Absatz zuvor beschriebene Berechnungsmethode direkt anwendbar.

Bei einer unumgänglichen Strukturänderung ist dagegen der Auffüllanspruch auf die neue Leistungsstruktur der Versicherung hin auszurichten²⁴⁸. Dann muss der Auffüllanspruch als **Differenz zwischen der nach Tz. 5.1.3 ermittelten m/n-Gesamtleistung** und der neuen **beitragsfreien Leistung aus dem planmäßig aufgelaufenen Deckungskapital** bestimmt werden, wobei das beitragsfreie Leistungsprofil ebenfalls ohne künftige Wertveränderungen hochzurechnen ist.

Beiden Varianten gemeinsam ist das Ergebnis, dass der Arbeitnehmer insgesamt den m/n-Anspruch erhält. Ebenso einheitlich und auch sinnvoll ist die Konsequenz, dass der Ausgeschiedene spätere Verbesserungen des beitragsfreien Versicherungsverlaufs in Folge von Wertsteigerungen zusätzlich erhält (und umgekehrt auch etwaige Verluste hieraus tragen muss). Der Unterschied zwischen beiden Varianten besteht nur in einer je nach Versorgungsfall verschiedenen Aufteilung der m/n-Leistungserbringung zwischen Versicherung und Arbeitgeber.

In Anbetracht der für die fondsgebundene Direktversicherung insgesamt **extrem komplizierten und in der Verwaltung aufwendigen ratierlichen Berechnung** kann als Fazit nur dringend empfohlen werden, auf die versicherungsvertragliche Lösung gem. § 2 Abs. 2 S. 2 BetrAVG auszuweichen und die Voraussetzungen hierfür zu schaffen.

5.1.5 Vorzeitige Todesfälle und Tarifvarianten

Die Bestimmung der Als-ob-Leistung im vorzeitigen Todesfall sowie bei den möglichen Tarifvarianten (vgl. 2.2 und 4.1.6) bereitet nach der Entwicklung der Grundsätze in 5.1.3 **keine zusätzlichen Schwierigkeiten** mehr.

Auch für die Als-ob-Todesfalleistung ist die Hochrechnung mit unveränderten Kursen anzuwenden, dabei sind aber eventuell bestehende Garantien zu berücksichtigen. Als Beispiel mag ein Tarif mit einem Jahresbeitrag von 6.000 DM dienen, der im Todesfall eine Mindestleistung von 100.000 DM und eine zusätzliche Mindestrisikosumme von 5.000 DM vorsieht. Scheidet der begünstigte Arbeitnehmer im Alter 50 mit einem Deckungskapital von 94.000 DM aus, so wäre die Als-ob-Leistung für den sofortigen Todesfall 100.000 DM. Würden bei Verbleib im Betrieb und unveränderten Kursen im folgenden Jahr 1.000 DM des Jahresbeitrags für Risiko und Kosten benötigt, so wäre ein Jahr später das Deckungskapital durch Erwerb weiterer Anteile auf 99.000 DM angewachsen. Demzufolge beträgt die Als-ob-Leistung für den Tod ein Jahr nach Ausscheiden 104.000 DM. So lässt sich der gesamte Als-ob-Vektor hochrechnen, das Versicherungsunternehmen ist zur Berechnung dieses Verlaufs problemlos in der Lage.

²⁴⁸ Höfer, BetrAVG Teil 1, § 2 Rz. 1778

Bei einer Erlebensfallgarantie ist im Prinzip auf gleiche Weise zu verfahren. Das hochgerechnete Fondsguthaben ist ggf. auf den Garantiewert aufzustocken.

Bei einer aktienindexgebundenen Lebensversicherung ist für die Hochrechnung zu unterstellen, dass sich der Bezugsindex ab Ausscheiden nicht mehr verändert. Die Hochrechnung dürfte dann mit der zumeist garantierten Mindestverzinsung erfolgen, je nach Tarif periodisch oder bezogen auf die gesamte Versicherungslaufzeit²⁴⁹.

Bei fondsgebundenen Rententariifen gibt es insofern keine Besonderheiten, als diese Tarife in der Rentenlaufzeit keine Fondsbindung mehr vorsehen. Die Als-ob-Rente ergibt sich also einfach durch Verrentung des hochgerechneten Kapitals.

5.1.6 Kritik an der gegenwärtigen Rechtslage und Ausblick auf die durch das AVmG vorgesehenen Änderungen

Obwohl das m/n-Verfahren auch für fondsgebundene Leistungspläne praktikabel umzusetzen ist, führt doch kein Weg an der Erkenntnis vorbei, dass dieses Verfahren nicht so recht passt, künstlich wirkt und je nach Dienstzeit- und Tarifkonstellation zu recht zufälligen, wenig dem Gerechtigkeitsempfinden entsprechenden Ergebnissen führt. Dies gilt allgemeiner für beitragsorientierte Zusagen schlechthin, weil, wie erwähnt, der vom Arbeitgeber periodenbezogen kalkulierte Aufwand durch das Ausscheiden auf einen Schlag durch eine nach ganz anderen Grundsätzen bemessene Leistungspflicht ersetzt wird. Bei **fondsgebundenen Leistungsplänen** sind die Nachteile allerdings besonders gravierend. Denn hier wird bei Ausscheiden durch den statischen m/n-Anspruch ein **dynamisches Versorgungskonzept zerschlagen**, dessen Vorzüge sich bekanntermaßen erst durch die Langfristigkeit der Anlage entfalten. Denn nur der Risikoausgleich in der Zeit bringt die attraktive Mischung aus hohen Renditechancen bei mäßigem Risiko.

Eine Abhilfe kann hier nur durch den **Gesetzgeber** erfolgen. Das AVmG enthält zur Unverfallbarkeit ein ganzes Bündel von Neuerungen. So werden zunächst für alle Zusagetypen die **Fristen verkürzt**, und zwar nach § 1b E-BetrAVG auf fünf Jahre Zusagedauer bei einem Mindestalter von nur noch 30 Jahren, bei Entgeltumwandlung nach § 1 Abs. 5 S. 1 E-BetrAVG auf sofortige Unverfallbarkeit. Speziell für beitragsorientierte Versorgungsregelungen trägt § 2 Abs. 5a E-BetrAVG der vielfachen Kritik an der bislang vorgeschriebenen ratierten Berechnungsmethode Rechnung: Inhalt des unverfallbaren Anspruchs aus **beitragsorientierten Leistungszusagen sowie Entgeltumwandlungen** ist künftig nicht mehr die m/n-Leistung, sondern die aus den Finanzierungsbeiträgen bzw. Umwandlungsbeträgen bis zum Ausscheiden **erreichte Anwartschaft**. Aus **Beitragszusagen mit Mindestgarantie** soll nach § 2 Abs. 5b E-BetrAVG das individuelle **Versorgungskapital unverfallbar** werden, welches aus den bis zum Ausscheidzeitpunkt planmäßig geleisteten Beiträgen und den hierauf erzielten Erträgen besteht und – im Verlustfall – ggf. auf die Mindestgarantie aufzustocken ist. Nicht ganz klar erscheint auf Anhieb, ob für die Ansprüche der neuen Absätze 5a sowie 5b auch die Festschreibungsregel des § 2 Abs. 5 BetrAVG gelten soll. Eine Festschreibung würde bei der Entgeltumwandlung u. U. die Wertgleichheit stören und bei der Beitragszusage zu nachträglichem ungewissem Aufwand führen.

²⁴⁹ Zu den Garantievarianten vgl. *Ruß/Schittenhelm*, in DGVM-Blätter 1998, S. 489 (490)

Ob ein fondsgebundener Leistungsplan ohne Mindestgarantie in der Systematik des AVmG noch in Form der beitragsorientierten Leistungszusage möglich ist, erscheint fraglich (Tz. 4.3). Bejaht man dies, so dürfte die unverfallbare Anwartschaft nach § 2 Abs. 5a E-BetrAVG der **statischen**, d. h. auf den Ausscheidestichtag festgeschriebenen **beitragsfreien Versicherungsleistung** entsprechen, da der Geltungsbereich von § 2 Abs. 5 BetrAVG insoweit nicht eingeschränkt werden soll. Dagegen spricht bei der Beitragszusage von der Konzeption her einiges dafür, das nach § 2 Abs. 5b E-BetrAVG „planmäßig zuzurechnende Versorgungskapital“ auch nach Ausscheiden an Wertveränderungen teilnehmen zu lassen, da eine solche Zusage – von der Mindestgarantie einmal abgesehen – gar nicht auf eine Leistung gerichtet ist.

Der durch das AVmG eingeschlagene Weg geht von der Idee her in die richtige Richtung, da er Elemente der versicherungsvertraglichen Lösung auch für versicherungsgebundene Versorgungszusagen anderer Durchführungswege einführt und damit die Aufwandsorientierung auch im Falle des Ausscheidens noch berücksichtigt. Unverfallbar soll gerade die auf Grund der planmäßigen Beiträge bis zum Ausscheiden **ausfinanzierte Versorgungsanwartschaft** sein. Allerdings ist nur die Regelung der Beitragszusage in sich stimmig. Die Neuregelung der beitragsorientierten Leistungszusage vermag dagegen die aus Arbeitgeber- und Arbeitnehmersicht bestehenden Nachteile der bisherigen Regelung nicht gleichermaßen auszuräumen. Denn die **Privilegierung des Arbeitgebers**, dessen kalkulatorischer Aufwand jetzt auch in nicht versicherungsförmigen Durchführungswegen zum Maßstab für den unverfallbaren Anspruch erhoben werden soll, wird hier **nicht durch entsprechende soziale Auflagen flankiert**. Dies könnte sich insbesondere bei der Entgeltumwandlung als nicht zu unterschätzender Nachteil erweisen. Als Beispiel mag das Modell von *Grabner* für einen betriebsinternen Pensionsfonds dienen²⁵⁰. Dies ist eine extrem vorsichtig kalkulierte beitragsorientierte Direktzusage mit Fondsrückdeckung. Die „Überschüsse“ aus der Wertpapieranlage werden aus Vorsichtsgründen nur sehr zeitversetzt und unter Wahrung eines ausreichenden Sicherheitspolsters in Form einer Erhöhungszusage „gutgeschrieben“. Hier stehen nach der Neuregelung dem Ausgeschiedenen **weder der m/n-Anspruch noch die künftigen Überschüsse** auf die beitragsfreien Deckungsmittel zu. Dagegen müssten bei einer entsprechenden **Direktversicherung die Überschüsse zur Leistungserhöhung** verwendet werden, damit der m/n-Anspruch nicht entsteht. Es hat durchaus seine Berechtigung, dass der Gesetzgeber trotz der nunmehr ausdrücklichen Akzeptanz beitragsorientierter Versorgungskonzepte entsprechende flankierende Folgeregulungen bislang schuldig geblieben ist²⁵¹. Die „erworbene Anwartschaft“ steht mit dem erbrachten Beitragsaufwand immer nur in recht lockerem Zusammenhang; der Arbeitgeber hat hierin über die Wahl der Rechnungsannahmen weitgehende Freiheit.

M. E. ist es auch nicht ganz unbedenklich, an einen nicht ganz präzisen Begriff wie den der beitragsorientierten Leistungszusage so wesentliche Rechtsfolgen zu knüpfen. Denn beitragsorientierte Zusagen sind letztlich nur eine **Unterart der Leistungszusagen**, sie stehen diesen jedenfalls näher als den Beitragszusagen. Nicht die zugesagte Leistung, nur die Kalkulationsgrundlage trennt beitragsorientierte von klassischen Leistungszusagen. Mit gutem Grund ist die im ursprünglichen Entwurf des AVmG vorgesehene Sonderbehandlung der beitragsorientierten

²⁵⁰ *Grabner*, in BetrAV 2000, S. 431 (432); *ders.*, in DB 1999, S. 903 ff.

²⁵¹ Vgl. *Hanau/Arteaga*, Gehaltsumwandlung, Kap. D Rz. 168; *dies.*, in BB 1997, Beil. 17 S. 9

Zusagen bei der Berechnung der Pensionsrückstellung nach § 6a EStG wieder rückgängig gemacht worden²⁵².

Eine wesentlich **sauberere Lösung** wäre m. E. die **Einführung echter Beitragszusagen auch ohne Mindestgarantie** in das Betriebsrentengesetz. Sie wären **auch als Direktzusage** „nach dem Beitragsprimat“ möglich²⁵³. Fondsgebundene Leistungspläne wären für diese Zusageart wie geschaffen. Wichtig ist, dass das Schicksal der Beiträge durch die Zusage präzise und sachgerecht geregelt wird und während der ganzen Anwartschaftsphase transparent bleibt, so dass dem Arbeitnehmer ein individuelles Deckungsvermögen, das sog. Versorgungskapital, zugeordnet werden kann. In diesem Falle ist eine beide Seiten zufrieden stellende Regelung der Leistung bei Ausscheiden problemlos möglich. Die Vorschläge sind keineswegs neu²⁵⁴:

- Die **Unverfallbarkeitsfristen** könnten für Beitragszusagen **aufgehoben** werden, da kein Grund besteht, bereits erbrachten Aufwand rückgängig zu machen.
- Die Unverfallbarkeit erstreckt sich der Höhe nach auf das **planmäßige Versorgungskapital**. Aus der Planverwendung resultierende künftige Erträge bzw. Wertsteigerungen nehmen an der Unverfallbarkeit teil (hier darf die Stellung des Ausgeschiedenen anders als bisher im Vergleich zum Aktiven nicht schlechter sein), es werden lediglich keine weiteren Versorgungsbeiträge zugeführt. Dies entspricht bei der **fondsgebundenen Lebensversicherung einfach einer Beitragsfreistellung**.
- Vorteilhaft wäre die Möglichkeit, die **Deckungsmittel dem Arbeitnehmer mitzugeben**, um ihm so eine Weiterführungsmöglichkeit einzuräumen und den Arbeitgeber gleichzeitig von der Verwaltung zu entlasten. Dies geht natürlich nur bei externer Vermögensanlage und nicht bei einem rein buchmäßig geführten Versorgungskonto. Zusätzlich müsste das ausgelöste Versorgungskapital gegen vorzeitige Verfügung geschützt werden²⁵⁵. Bei einer fondsgebundenen Versorgung könnte der Arbeitnehmer die zu Grunde liegende Versicherung als Versicherungsnehmer mit eigenen Beiträgen fortführen.

Diese Gedanken sind derzeit aber bestenfalls Zukunftsmusik. Die Tendenz zur Verlustsicherung in Form von Mindestgarantien ist unverkennbar. Im Bereich der für die Existenz notwendigen Grundversorgung ist das auch sinnvoll. Für die idealerweise eher an Höherverdienende mit Zusatzversorgungsbedarf adressierten fondsgebundenen Leistungspläne ist eine solche Mindestsicherung eher zweischneidig zu sehen. Denn Kapitalgarantien gehen zu Lasten der Rendite, vermeiden im Gegenzug aber ein jedenfalls bei Langfristanlagen eher nur geringes Risiko.

²⁵² Vgl. jetzt § 6a Abs. 3 S. 2 Nr. 1 E-EStG: Sonderregelung nur noch für die Entgeltumwandlung; im Regierungsentwurf zuvor BT-Drucks. 14/4595, S. 22. Vgl. auch Tz. 6.1.2 Buchst i.

²⁵³ Engbroks, in BetrAV 1998, S. 137 ff.

²⁵⁴ Vgl. z. B. Blomeyer, in DB 1997, S. 1921 ff. (1925); Hanau/Arteaga/Kessel, in DB 1997, S. 1401 ff.; aba, Modell „Zweite Säule“, S. 13 ff.

²⁵⁵ Blomeyer, in DB 1997, S. 1921 (1923)

5.2 Abfindung

Scheidet der Arbeitnehmer mit einer unverfallbaren Anwartschaft auf betriebliche Versorgungsleistungen aus dem Unternehmen aus, so können sowohl er als auch der Arbeitgeber ein Interesse daran haben, die bestehende Versorgungsverpflichtung gegen Zahlung einer einmaligen Abfindung aufzuheben. Der Arbeitgeber erspart sich unerwünschten Verwaltungsaufwand, dem Ausgeschiedenen kommt die Kapitalzahlung u. U. ganz gelegen, einerseits vielleicht für private Vorsorgezwecke, andererseits aber auch für eine mögliche Neuorientierung, z. B. für den Aufbau einer eigenen Existenz. Die Gefahr einer solchen Abfindung besteht darin, dass das Geld in andere als Versorgungszwecke fließt und dann bei Eintritt des Versorgungsfalles fehlt. Mit den Regelungen zur Unverfallbarkeit will das Gesetz aber gerade verhindern, dass ein Stellenwechsel zu einer Unterbrechung beim Aufbau der Altersversorgung führt.

5.2.1 Abfindung unverfallbarer Anwartschaften dem Grunde nach

Mit dem RRG 1999 ist dieser Interessenkonflikt in § 3 Abs. 1 BetrAVG neu geregelt worden. Danach ist eine Abfindung **unverfallbarer Anwartschaften** in der Regel **unzulässig**. Bei geringen Anwartschaften gelten aber Ausnahmen, weil das Versorgungsinteresse hier ohnehin nicht so groß ist und den ohne Abfindung erforderlichen langfristigen Verwaltungsaufwand nicht zu rechtfertigen vermag. Im einzelnen kann eine unverfallbare Anwartschaft auf Altersrente **abgefunden** werden:

- **auf Verlangen** des Arbeitgebers oder Arbeitnehmers bei einer monatlichen Höhe bis zu **1 % der Bezugsgröße** nach § 18 SGB IV (z. Z. 44,80 DM)
- **mit Zustimmung des Arbeitnehmers** bei einer monatlichen Höhe bis zu **2 % der Bezugsgröße** nach § 18 SGB IV (z. Z. 89,60 DM)
- mit Zustimmung des Arbeitnehmers bei einer monatlichen Höhe bis zu **4 % der Bezugsgröße** nach § 18 SGB IV (z. Z. 179,20 DM), **sofern** der Abfindungsbetrag vom Arbeitgeber unmittelbar in die gesetzliche Rentenversicherung, eine Direktversicherung oder eine Pensionskasse **eingezahlt wird**.

Für Kapitalleistungen gelten die 120fachen Grenzen (derzeit 5.376, 10.752 bzw. 21.504 DM).

Bei fondsgebundenem Leistungsplan wird im Falle der Anwendung des m/n-Verfahrens eine **feste Endanwartschaft** ermittelt (Tz. 5.1.3), die für die Prüfung der genannten Grenzen dann maßgeblich ist. Bei der versicherungsvertraglichen Lösung dürfte es auf die **beitragsfreie Versicherungsleistung** ankommen, die sich unter der Annahme künftig konstanter Wertentwicklung bei Ablauf ergibt.

5.2.2 Abfindung unverfallbarer Anwartschaften der Höhe nach

Ist eine Abfindung nach § 3 Abs. 1 BetrAVG zulässig, so schreibt Absatz 2 die Berechnung der Höhe vor. Dabei ist nach dem Durchführungsweg zu unterscheiden.

a) Direktversicherung

Am einfachsten ist die Abfindung einer Direktversicherung, für die das versicherungsvertragliche Verfahren angewendet wird. Hierbei ist nach § 3 Abs. 2 S. 2 BetrAVG mit dem geschäftsplanmäßigen Deckungskapital abzufinden, hilfsweise – so etwa bei fondsgebundenen Lebensversicherungen – mit dem Zeitwert nach § 176 Abs. 3 VVG (vgl. Tz. 3.4.1). Demzufolge ist bei fondsgebundenen Lebensversicherungen der **Wert der Kapitalanlage zum Auszahlungszeitpunkt** abzufinden²⁵⁶. Streitig ist allerdings, ob dieser Wert in jedem Falle ungekürzt zu zahlen ist²⁵⁷ oder ob er noch um etwaige Stornoabschläge auf den tatsächlichen Rückkaufswert der Versicherung hin zu vermindern ist²⁵⁸.

b) Direktzusage und Unterstützungskasse

Direktzusagen und Unterstützungskassenanwartschaften sind nach § 3 Abs. 2 S. 1, 3 BetrAVG mit dem versicherungsmathematischen Barwert der künftigen Versorgungsleistungen zum Ausscheidestichtag unter Verwendung der steuerlich²⁵⁹ vorgeschriebenen Rechnungsgrundlagen abzufinden. Dies gilt auch für den Aufstockungsanspruch, der sich bei einer nach dem m/n-Verfahren unverfallbaren Direktversicherung gegen den Arbeitgeber ergeben kann und der ja für sich genommen eine unmittelbare Versorgungszusage darstellt. Einzelheiten zur versicherungsmathematischen Bewertung fondsgebundener Leistungspläne im Rahmen von Direkt- oder Unterstützungskassenzusagen werden in Tz. 6.1.2 bzw. Tz. 6.1.3 diskutiert.

Zunächst einmal ist aber festzustellen, dass die von § 3 Abs. 2 S. 1 BetrAVG geforderte Barwertberechnung für ungewisse Leistungsverläufe, wie sie fondsgebundenen Leistungsplänen nun einmal zu eigen sind, prinzipiell gar nicht möglich ist (vgl. Tz. 3.6.2). Nur nach hier vertretener Ansicht zur Unverfallbarkeit fondsgebundener Versorgungszusagen (Tz. 5.1.3) stellt sich das Problem nicht, da durch die Festschreibung der ungewissen Einflussgrößen auf den Ausscheidestichtag kein ungewisser, sondern ein **feststehender Leistungsverlauf** zu bewerten ist. Die hier vorgeschlagene m/n-Berechnungsmethode fügt sich also auch unter diesem Gesichtspunkt bestmöglich in das Gesetz ein.

Es bleibt allerdings das Problem der für die Rückdeckungsmodelle typischen **Inkongruenz** zwischen dem nach eher zufälligen steuerlichen Bewertungsvorschriften ermittelten Bilanzwert der Anwartschaft und den in der Rückdeckungsversicherung tatsächlich vorhandenen Deckungsmitteln²⁶⁰. Diese in der Bilanzierung

²⁵⁶ Andresen/Förster/Rößler/Rühmann, Teil 10 D Rz. 336; Höfer, BetrAVG Teil 1, § 3 Rz. 2163; Höhne, in Heubeck/Höhne/Paulsdorff/Rau/Weinert, § 3 Rz. 48

²⁵⁷ So der Gesetzeswortlaut: vgl. Blomeyer/Otto, Betriebsrentengesetz, § 3 Rz. 96, 100

²⁵⁸ Höfer, BetrAVG Teil 1, § 3 Rz. 2160

²⁵⁹ Höfer, BetrAVG Teil 1, § 3 Rz. 2144; Höhne, a. a. O., § 3 Rz. 57-60

²⁶⁰ Höfer, BetrAVG Teil 1, § 3 Rz. 2147; dazu ausführlich Tz. 6.1.2 Buchst. g – j

bestehende Schieflage entfaltet über § 3 BetrAVG eine Reflexwirkung in das Arbeitsrecht. M. E. sollte das Problem an der Wurzel gepackt werden und im Rahmen der Einrichtung echter Beitragszusagen auch steuerlich eine Harmonisierung zwischen Aktiv- und Passivseite der Bilanz erreicht werden (vgl. Tz. 6.1.2 Buchst. j). Auf Basis der geltenden Rechtslage wird man mit der fehlenden Übereinstimmung und den daraus resultierenden Konsequenzen auf die Abfindung unverfallbarer Anwartschaften leben müssen.

5.3 Übertragung

Die Möglichkeiten, unverfallbare Versorgungsanwartschaften mit Zustimmung des Berechtigten auf einen neuen Träger im Wege der **befreienden Schuldübernahme** zu übertragen, sind durch das Betriebsrenten- und Steuerrecht **stark eingeschränkt**. Ursprünglich aus Arbeitnehmerschutzgründen wegen möglicher Missbrauchstatbestände konzipiert, erweisen sich die in § 4 BetrAVG geregelten Beschränkungen im Zusammenwirken mit lohnsteuerlichen Zuflussregelungen als ein wesentliches **Mobilitätshemmnis**. Unproblematisch auf einen neuen Arbeitgeber übertragbar ist eigentlich nur die Direktversicherung im Falle der versicherungsvertraglichen Lösung: Hier ist der alte Arbeitgeber von seiner Verpflichtung befreit, und der neue kann die Direktversicherung als Versicherungsnehmer weiter führen.

Für die Durchführungswege der Direkt- oder Unterstützungskassenzusage ist dagegen die nach § 4 Abs. 1 BetrAVG eingeräumte Übertragungsmöglichkeit auf eine Pensionskasse oder Lebensversicherung mit einem sofortigen lohnsteuerlichen Zufluss verbunden und daher unattraktiv. Eine befreiende Übernahme durch den neuen Arbeitgeber ist wegen der potenziellen Gefahr für die Position des Versorgungsberechtigten nicht vorgesehen. Lediglich bei der Unterstützungskasse kann § 4 Abs. 2 BetrAVG in bestimmten Fällen einen Ausweg bieten.

Nur in einem speziellen Sonderfall mit ganz besonders dringendem Übertragungsbedarf wurde jüngst eine Verbesserung eingeführt: So ist nach § 4 Abs. 3 BetrAVG im Falle der **Unternehmensliquidation** eine Übertragung auf eine Pensionskasse oder Lebensversicherung nicht nur **ohne Zustimmung des Arbeitnehmers** möglich, vielmehr ist diese Übertragung nach § 3 Nr. 65 EStG auch **lohnsteuerlich neutral**: Die Übertragung selbst löst keine Steuerpflicht aus, die spätere Versorgungsleistung ist wie im ursprünglichen Durchführungswege zu versteuern²⁶¹. Die Notwendigkeit derartiger „Schleichwege“ im Gesetz offenbart einmal mehr die Fragwürdigkeit der unterschiedlichen Besteuerungsarten in den einzelnen Durchführungswegen betrieblicher Altersversorgung.

Eine weitere Ausnahmeregelung sieht das **AVmG** für **Entgeltumwandlungszusagen** vor: Nach § 4 Abs. 4 E-BetrAVG kann der Ausgeschiedene die schuldbefreiende Übertragung des Barwertes der unverfallbaren Anwartschaft auf den neuen Arbeitgeber verlangen. Die Höhe des Barwertes soll wie bei der Abfindung (Tz. 5.2) ermittelt werden. Das dort angesprochene Problem der Inkongruenz zwischen Soll- und Istwert bei rückgedeckten fondsgebundenen Zusagen dürfte daher auch bei dieser neuen Übertragungsmöglichkeit einer alle Beteiligten zufrieden stellenden Lösung im Wege stehen. Interessant erscheint aber die neu vorgesehene

²⁶¹ Vgl. Förster, in BetrAV 2000, S. 39 (40)

Möglichkeit, **Deckungsmittel** aus Direktzusagen oder Unterstützungskassen nach § 3 Nr. 66 E-EStG **steuerfrei auf einen Pensionsfonds zu übertragen**.

Im geltenden Recht bleiben solche Möglichkeiten außerhalb der angesprochenen Ausnahmen vorerst Wunschdenken. Das AVmG setzt aber an der richtigen Stelle an: Generell wäre bei fondsgebundenen Leistungsplänen im Sinne einer größeren Flexibilität für den Berufsweg des Arbeitnehmers eine steuerneutrale Übertragungsmöglichkeit wünschenswert, durch welche dem übernehmenden Träger der zu Grunde liegende Fonds mitgegeben wird. Vom Ausnahmefall der Direktversicherung abgesehen entspricht dieses Konzept aber nicht der geltenden Rechtslage. Die steuerliche Problematik würde mit der Einführung einer einheitlich nachgelagerten Besteuerung für alle Durchführungswege entfallen. Arbeitsrechtlich wäre eine solche Übertragung m. E. aber nur im Rahmen echter Beitragszusagen sinnvoll, in denen das Schicksal des Versorgungskapitals qua Zusage eindeutig dem Arbeitnehmer zugeordnet ist. Dagegen erscheint ein Sonderstatus für bloß beitragsorientierte Versorgungskonzepte fragwürdig.

5.4 Vorgezogene und aufgeschobene Leistung

Der in § 6 BetrAVG geregelte Bezug von Leistungen der betrieblichen Altersversorgung vor Erreichen der vertraglichen Altersgrenze wirft bei fondsgebundenen Leistungsplänen keine besonderen Fragen im Vergleich etwa zu Direktversicherungen mit gewöhnlichem Kapitaltarif auf. Praktisch empfehlenswert, wenn auch nicht vorgeschrieben, ist allerdings eine Option des Arbeitnehmers, den Leistungszeitpunkt innerhalb eines mehrjährigen Zeitraums, ggf. auch erst nach Erreichen des Pensionierungsalters selbst zu bestimmen, um einer möglichen Baisse ausweichen zu können. In den Versicherungstarifen findet sich häufig ein derartiges Gestaltungsrecht (Tz. 2.2.6).

5.5 Gesetzliche Insolvenzsicherung

Kann der Arbeitgeber die zugesagten Versorgungsleistungen nicht erbringen, weil er zahlungsunfähig ist, so sind unverfallbare Anwartschaften sowie laufende Versorgungsleistungen nach den §§ 7 ff. BetrAVG durch den **Pensions-Sicherungs-Verein auf Gegenseitigkeit (PSVaG)** als Träger der gesetzlichen Insolvenzsicherung gesichert. Dieser Insolvenzschutz verlängert gewissermaßen die Schutzwirkung des Betriebsrentenrechts in den Konkurs des Arbeitgebers hinein.

Dieser Abschnitt befasst sich mit der Frage, inwieweit auch fondsgebundene Versorgungspläne dem gesetzlichen Insolvenzschutz unterliegen. Behandelt werden dabei ausschließlich **Versorgungsanwartschaften**. Denn laufende Leistungen aus einer fondsgebundenen Rentenversicherung unterscheiden sich in der Praxis nicht von denen einer gewöhnlichen Rentenversicherung, und auch bei jederzeit fälligen Kapitalleistungen wirft die Fondsbindung m. E. keinerlei Sonderfragen auf. Diese Anwartschaften der sog. technischen Rentner sind – in ihrer bei Eintritt des Sicherungsfalles feststehenden Höhe – immer gesichert²⁶².

²⁶² Höfer, BetrAVG Teil 1, § 7 Rz. 2720

5.5.1 Sicherung fondsgebundener Leistungspläne dem Grunde nach

Bei fondsgebundenen Versorgungszusagen kann das Vertrauen des Arbeitnehmers in die Erbringung der Versorgungsleistung gleich auf **zweierlei Weise enttäuscht** werden. Da sind zum einen die in § 7 Abs. 1 BetrAVG genannten Sicherungsfälle, bei denen der **Arbeitgeber seinen Verpflichtungen nicht mehr nachkommen kann**. Daneben kann der Arbeitgeber aber wirtschaftlich völlig gesund sein, doch in Folge von **Kursrückgängen**, die z. B. durch wirtschaftliche Schwierigkeiten der im Fonds geführten Unternehmen oder einfach durch einen allgemeinen Börsencrash ausgelöst sein können, fällt die Versorgungsleistung weit geringer aus als vorhergesagt aus.

Es liegt auf der Hand und wird auch nicht bestritten, dass gegen den **Versorgungsausfall wegen Börsenkursverlusten keine Insolvenzversicherung** in Frage kommt²⁶³. Man müsste ansonsten die Liste der vom Gesetz aufgeführten Sicherungsfälle durch einen weiteren ergänzen, doch fehlt es hierfür ersichtlich an Analogievoraussetzungen. Der Normzweck will vor Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers schützen, nicht vor Kapitalanlageverlusten. So besteht z. B. auch kein Insolvenzschutz in dem theoretischen Fall, dass die Direktversicherungsgesellschaft in Konkurs gehen würde²⁶⁴. Es würde im übrigen geradezu zum Missbrauch einladen, wenn dem Träger der Insolvenzversicherung die Risiken hoch spekulativer Anlagen aufgebürdet würden, ohne dass das Verfahren der Beitragsermittlung (vgl. § 10 Abs. 3 BetrAVG) eine Möglichkeit zur Erhebung einer entsprechenden Risikoprämie bieten würde.

Scheidet somit ein Schutz gegen Anlageverluste aus, so stellt sich die Frage, ob und inwieweit der übliche Insolvenzschutz bei fondsgebundenen Leistungsplänen greifen kann. Zwar ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes hier keine Einschränkung, doch gibt es eine Reihe von möglichen Zweifeln²⁶⁵. Zu denken ist hier in erster Linie an ein **fehlendes Sicherungsbedürfnis**, da zumindest bei einer fehlenden Mindestgarantie die **Altersleistung** ganz bewusst und **wesenstypisch dem Verfallsrisiko unterliegt**. Sodann stellt sich die Frage, wie der PSVaG eine **der Höhe nach ungewisse Anwartschaft** versichern kann, ohne die Haftung für die Wertentwicklung des Fonds durch eine entsprechende Kapitalanlage abdecken zu können. Schließlich erscheint zweifelhaft, wie für eine solche Verpflichtung im Rahmen des vorgeschriebenen Rentenbarwertumlageverfahrens **risikogerechte Beiträge** erhoben werden können.

Die Frage nach dem Sicherungsbedürfnis ist m. E. der einzige ernst zu nehmende Zweifel an einer Geltung des gesetzlichen Insolvenzschutzes bei fondsgebundenen Versorgungsplänen. Die anderen Einwände betreffen mehr Schwierigkeiten in der technischen Durchführung und rechtfertigen keinesfalls eine vollständige Versagung der Insolvenzversicherung, auf die das Gesetz selbst keinerlei Hinweis gibt. Es besteht jedoch kein Grund, das Sicherungsbedürfnis gegen den Konkurs des Arbeitgebers zu verneinen, nur weil Gefahr noch von einer ganz anderen Seite, nämlich von der Kapitalanlage her droht. Zunächst einmal ist das **Konkursrisiko**

²⁶³ Hanau, in BetrAV 1998, S. 147 (149)

²⁶⁴ Blomeyer/Otto, Betriebsrentengesetz, Einl. Rz. 815

²⁶⁵ So ohne nähere Ausführung Blomeyer/Otto, Betriebsrentengesetz, § 1 Rz. 248; Hanau, in BetrAV 1998, S. 147 (149); keine substanziellen Bedenken zeigt Doetsch, in BetrAV 1999, S. 203 (207)

viel gravierender als das Risiko der Fondsanlage. So führt der Konkurs des Arbeitgebers zum völligen Ausfall der Versorgung, was bei der Wertpapieranlage nur dann eintreten würde, wenn sämtliche im Fonds geführte Titel wertlos würden. Realistisch ist hier allenfalls eine gewisse Minderung der Versorgungsleistung gegenüber dem erwarteten Wert. Zum anderen wird das Anlagerisiko bewusst und mit Blick auf entsprechende Chancen eingegangen, wohingegen der Konkurs des Arbeitgebers immer ein vom Gesetz anerkannt unvermeidbares und damit **sicherungswürdiges Risiko** darstellt. Daher lässt sich ein Ausschluss der Einstandspflicht des PSVaG dem Grunde nach nicht mit dem fehlenden Sicherungsbedürfnis rechtfertigen.

Diese Einschätzung wird auch von der *aba* geteilt: Die *aba* sieht bei der reinen Beitragszusage ein Sicherungsbedürfnis für das bis zum Sicherungsfall angesammelte Versorgungskapital²⁶⁶, obwohl dieses je nach Anlageform durchaus Schwankungen unterworfen sein kann. Allerdings liegt der *aba*-Konzeption die Vorstellung einer Garantieleistung des Arbeitgebers in Höhe der planmäßigen Versorgungsbeiträge zu Grunde²⁶⁷.

Die **Alternative** zur gesetzlichen Insolvenzversicherung könnte allenfalls darin bestehen, dem Arbeitgeber den Zugriff auf den dem Versorgungsversprechen zu Grunde liegenden Fonds zu verweigern und damit dessen Untergang in der Masse zu verhindern²⁶⁸. In der Tat würde dies einen besonderen Insolvenzschutz hinsichtlich des durch den Fonds abgedeckten Leistungsteils erübrigen. Nach dem geltenden Recht ist eine solche Sicherung in Form einer Verpfändung zwar möglich, aber **nicht vorgeschrieben** (s. u. 5.5.5). Unterbleibt eine Verpfändung, so stünde der Arbeitnehmer ohne gesetzliche Insolvenzversicherung schutzlos da. Als Obligatorium sinnvoll realisierbar erscheint eine Verpfändungslösung nur für die künftig einzuführenden Beitragszusagen, da – wie bereits erörtert – bei den anderen Zusagetypen ohne erhebliche Einschnitte in die Flexibilität der Leistungsplanung keine ausreichend zwingende Verbindung zwischen zugesagter Leistung und eventuell rückdeckender Vermögensanlage hergestellt werden kann.

Fondsgebundene Leistungspläne unterliegen also dem Grunde nach der gesetzlichen Insolvenzversicherung.

5.5.2 Sicherungsbedürftige Durchführungswege

Der PSVaG muss im Konkursfall nicht für jegliche betriebliche Altersversorgung des Arbeitgebers eintreten, sondern nur nach Maßgabe von § 7 Abs. 1, 2 BetrAVG in den dort genannten Durchführungsweisen. Der Schutz ist dort entbehrlich, wo durch den Eintritt des Sicherungsfalles die Verwendung der Deckungsmittel für die Versorgung des Arbeitnehmers überhaupt nicht gefährdet ist²⁶⁹.

Dem entsprechend sind Anwartschaften auf **Direktversicherungsleistungen** nur unter den Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BetrAVG gesichert, also dann, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nur ein **widerrufliches Bezugs-**

²⁶⁶ *aba*, in BetrAV 1997, 318 (320); *dies.*, Modell „Zweite Säule“, S. 13-15

²⁶⁷ *aba*, Modell „Zweite Säule“, S. 29

²⁶⁸ So *Hanau*, in BetrAV 1998, S. 147 (149)

²⁶⁹ *Höfer*, BetrAVG Teil 1, § 7 Rz. 2816

recht auf die Versorgungsleistungen eingeräumt hat oder den Versicherungsanspruch **abgetreten oder beliehen** hat. Denn die Rechtsposition des unwiderruflich Bezugsberechtigten kann auch im Insolvenzfall nicht entzogen werden. Lückenhaft ist diese Absicherung allerdings dann, wenn die Leistung deshalb nicht erbracht wird, weil der Arbeitgeber Prämien nicht bezahlt hat²⁷⁰.

Dagegen sind **Direktzusagen** und Versorgungsanwartschaften aus **Unterstützungskassen** nach § 7 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, S. 2 BetrAVG **unbeschränkt gesetzlich insolvenzgesichert**, und zwar auch dann, wenn eine privatrechtliche Zusatzabsicherung etwa in Form verpfändeter Deckungsmittel besteht²⁷¹. Lediglich tatsächlich erbrachte Leistungen aus diesen Sicherungsinstrumenten sind nach § 7 Abs. 4 BetrAVG der Höhe nach auf die Verpflichtung des PSVaG anzurechnen²⁷².

5.5.3 Höhe der gesicherten Anwartschaften

Die zentrale Frage bei der Insolvenzversicherung fondsgebundener Leistungspläne besteht natürlich darin, ob dem PSVaG die **Versicherung** einer bei Eintritt des Sicherungsfalles auf Grund der unbekanntem Wertentwicklung **völlig ungewissen Leistung auferlegt** werden kann und muss. Die gesetzliche Regelung des für den PSVaG bestehenden Verpflichtungsumfangs für unverfallbare Versorgungsanwartschaften befindet sich in § 7 Abs. 2 S. 3 und 4 BetrAVG. Danach ist die Leistung im Grundsatz so zu berechnen, **als ob der Arbeitnehmer bei Eintritt des Sicherungsfalles aus dem Unternehmen ausgeschieden** wäre. Der in 5.1 zur Unverfallbarkeit vertretene Lösungsansatz schreibt aber die Wertentwicklung der Kapitalanlage auf den Ausscheidestichtag fest und ist damit prinzipiell geeignet, möglichst früh Klarheit über den Leistungsumfang des PSVaG herzustellen. Das Interesse aller Beteiligten an einer möglichst frühzeitigen Klärung findet zudem noch am Ende von § 7 Abs. 2 S. 3 BetrAVG eine Stütze, indem ausdrücklich die **entsprechende Anwendung von § 2 Abs. 5 BetrAVG** angeordnet wird. Damit hat die hier vertretene Lösung zur Unverfallbarkeitsberechnung den weiteren Vorzug, dass sie auf natürliche Weise zu einer hierzu passenden, befriedigenden Insolvenzversicherung führt. Je nach Durchführungsweg sind allerdings Detailfragen zu klären.

a) Direktversicherung

a1) Anwartschaften aktiver Arbeitnehmer

So ist bei der Direktversicherung die **versicherungsvertragliche Berechnung** (vgl. Tz. 5.1.2) ohne Rücksicht darauf vorgeschrieben, welches Verfahren der Arbeitgeber gewählt hatte. Das ergibt sich aus dem Rechtsfolgenverweis auf § 2 Abs. 2 S. 2 BetrAVG²⁷³. Es kommt also nicht auf die Erfüllung der sozialen Aufgaben durch den Arbeitgeber an. Das wirkt sich insofern aus, als damit die Berechnungsmethode auch den Fall abdecken muss, in dem die Versicherungsleistung dem Arbeitnehmer nach der Versorgungszusage nicht uneingeschränkt zu-

²⁷⁰ Ob diese Lücke durch Analogie zu schließen ist, ist streitig. Vgl. Höfer, BetrAVG Teil 1, § 7 Rz. 2835 ff., m. w. N.

²⁷¹ Blomeyer/Otto, Betriebsrentengesetz, § 7 Rz. 55 f.; Höfer, BetrAVG Teil 1, § 7 Rz. 2823

²⁷² Höfer, BetrAVG Teil 1, § 7 Rz. 2925

²⁷³ Grevemeyer, in VW 1975, S. 1007 (1007)

steht (gespaltenes Bezugsrecht) oder der Arbeitgeber die Überschüsse für sich in Anspruch nimmt. Zudem steht in der Situation des § 7 Abs. 2 Nr. 2 BetrAVG – anders als es von § 2 Abs. 2 BetrAVG für das normale Ausscheiden vorausgesetzt werden kann – die Versicherung für den Versorgungszweck nicht mehr zur Verfügung, da die Ansprüche in die Masse fallen können.

Daher muss hier eine an der Versorgungszusage orientierte **Soll-Versicherungsleistung** (ähnlich wie in Tz. 5.1.4) bestimmt werden, allerdings **ohne aufzusetzenden Auffüllanspruch**. Die Soll-Versicherungsleistung ist der Versicherungsanspruch, der sich ergeben würde, wenn die Versicherung bei Eintritt des Sicherungsfalls **beitragsfrei** gestellt wird²⁷⁴. Streitig ist, ob eine Beeinträchtigung der Versicherung durch Beitragsrückstände des Arbeitgebers vor Eintritt des Sicherungsfalls durch den PSVaG auszugleichen ist²⁷⁵. Bejaht man dieses, so sind in der fiktiven Berechnung vor der Beitragsfreistellung noch die Prämienrückstände auszugleichen. Bei gespaltenem Bezugsrecht ist die Berechnung auf den zur Deckung der Zusage bestimmten Teil der Versicherung einzuschränken. Zu dem gerade bei fondsgebundenen Tarifen möglichen Problem einer erforderlichen Umprofilierung des Leistungsverlaufs siehe Tz. 5.1.4.

Die Frage, ob die **künftigen ungewissen Wertschwankungen** der Kapitalanlage bei Fondspolice in die Bestimmung der Soll-Versicherungsleistung einzubeziehen sind, wird zwar nicht ausdrücklich diskutiert. Die Problematik ist aber vergleichbar mit der Behandlung künftiger Überschüsse von Kapitallebensversicherungen. Von vornherein können nur solche Überschüsse berücksichtigt werden, die nach der Versorgungszusage dem Arbeitnehmer zustehen²⁷⁶. Die hiervon bis zum Sicherungsfall zugeteilten Überschussanteile erhöhen die Soll-Versicherungsleistung. Der Meinungsstand zu den künftigen, bei Eintritt des Sicherungsfalls noch nicht feststehenden Gewinnanteilen korrespondiert zu der entsprechenden Frage bei der Berechnung des Auffüllanspruchs in Tz. 5.1.4²⁷⁷. Dort wurde bereits die Ansicht vertreten, dass die maßgeblichen Berechnungen **ohne Berücksichtigung** künftiger Wertveränderungen erfolgen sollten.

Bei der Insolvenzversicherung sprechen noch weitere Gründe dafür, dass künftige Gewinne bzw. Wertveränderungen **bei allen Berechnungen außen vor bleiben sollten**. Zunächst einmal liegt diese Konsequenz schon wegen der Verweisung auf § 2 Abs. 5 BetrAVG nahe. Außerdem steht – anders als im Falle des unverfallbaren Ausscheidens – die Versicherungsleistung im Insolvenzfall häufig gar nicht mehr zur Verfügung. Es erscheint abwegig, durch fiktives Fortentwickeln eines gar nicht mehr existierenden Vermögensgegenstandes die Leistungspflicht des PSVaG zu bestimmen. Letztlich ist es auch nicht einsichtig, weshalb im Konkursfall ein anderer Maßstab gelten soll als beim unverfallbaren Ausscheiden. Auch der Träger der Insolvenzversicherung hat ein berechtigtes Interesse an einer möglichst **einfachen und klaren Verwaltbarkeit der Versorgungsverpflichtungen**.

²⁷⁴ *Blomeyer/Otto*, Betriebsrentengesetz, § 7 Rz. 248; *Grevenmeyer*, in VW 1975, S. 1007 (1008); *Paulsdorff*, in Heubeck/Höhne/Paulsdorff/Rau/Weinert, Betriebsrentengesetz, § 7 Rz. 67

²⁷⁵ Ablehnend gegen die bis dahin h. M. BAG v. 17.11.1992 – 3 AZR 51/92, in BetrAV 1993, S. 211; Diskussionsnachweise vgl. *Blomeyer/Otto*, Betriebsrentengesetz, § 7 Rz. 185

²⁷⁶ *Blomeyer/Otto*, Betriebsrentengesetz, § 7 Rz. 251; *Höfer*, BetrAVG Teil 1, § 7 Rz. 2895; *Muth*, in BetrAV 1976, S. 121 (124); *Paulsdorff*, a. a. O.

²⁷⁷ Vgl. Fn. 244; gegen eine Berücksichtigung die h. M.: *Andresen/Förster/Rößler/Rühmann*, Teil 13 A Rz. 960; *Blomeyer/Otto*, a. a. O.; *Kessel*, in BetrAV 1975, S. 97 (102); *Paulsdorff*, a. a. O., § 7 Rz. 69; a. A. *Höfer*, BetrAVG Teil 1, § 7 Rz. 2899 f.; zweifelnd *Muth*, in BetrAV 1976, S. 121 (124)

Dieses Ziel wird sicherlich nicht dadurch erreicht, dass er u. U. Jahrzehnte nach Auflösung eines Direktversicherungsvertrags von der Versicherungsgesellschaft eine fiktive ex-post-Berechnung für den Fall der Weiterführung beschaffen muss.

Zuweilen wird auch aus dem **Finanzierungsverfahren** hergeleitet, dass der PSVaG künftige Überschüsse nicht berücksichtigen muss²⁷⁸. Diese Einschätzung geht aber offenbar davon aus, dass der PSVaG spätere Überschüsse weder selbst erwirtschaften noch durch das gesetzlich vorgesehene Verfahren der Beitragsaufbringung finanzieren kann. Für die Anwartschaftsphase ist dies jedoch unzutreffend. Denn das in § 10 Abs. 2 S. 1 BetrAVG geregelte Kapitalwertumlageverfahren sieht vor, dass jährlich immer nur der Barwert der im jeweiligen Jahr entstehenden, d. h. erstmals fälligen Ansprüche durch die Umlage auszufinanzieren ist. Schwankungen bei den Anwartschaften wären also gar kein Problem, hier kann noch der bei Eintritt des Versorgungsfalles maßgebliche Wert umgelegt werden. Lediglich bei bereits laufenden Leistungen ist der PSVaG auf Grund des Finanzierungsverfahrens an einer Nacherhebung von Beiträgen gehindert.

Die zuvor angeführten Argumente sind dennoch Rechtfertigung genug, die **insolvenzgesicherte Soll-Versicherungsleistung** abschließend nach den **bei Eintritt des Sicherungsfalles gültigen Wertverhältnissen** zu ermitteln.

Soweit bei Eintritt des Sicherungsfalles eine Ist-Versicherungsleistung besteht, weil die Versicherung durch die Insolvenz teilweise nicht beeinträchtigt ist, kann sich die vom PSVaG zu erbringende Leistung nach § 7 Abs. 4 BetrAVG vermindern²⁷⁹. Eine Möglichkeit besteht z. B. darin, dass der Arbeitgeber als Versicherungsnehmer die Versicherung nach § 174 VVG in eine beitragsfreie Versicherung umwandelt. Der PSVaG kann allerdings dies ebenso wenig forcieren wie eine Übertragung der Eigenschaft des Versicherungsnehmers auf den Arbeitnehmer zwecks Fortsetzung²⁸⁰.

Anders als beim unverfallbaren Ausscheiden, wo der Arbeitnehmer Chancen und Risiken einer bei ihm verbleibenden Versicherungsanwartschaft generell selbst trägt (vgl. für das ratierliche Verfahren Tz. 5.1.4), verbleibt dies Position im Konkursfall in erster Linie beim PSVaG. Denn § 7 BetrAVG legt bei Eintritt des Sicherungsfalles keinen „Aufstockungsanspruch“ gegen den PSVaG fest, sondern eine insolvenzgesicherte Gesamtleistung. Lediglich um Doppelzahlungen zu vermeiden, vermindert sich diese nach Absatz 4 um die später tatsächlich erbrachte Leistung des Versicherers.

a2) Anwartschaften ausgeschiedener Arbeitnehmer

Für Arbeitnehmer, die bei Eintritt des Sicherungsfalles bereits ausgeschieden waren, setzt sich die unverfallbare Anwartschaft aus einem Versicherungsanspruch und – falls die ratierliche Berechnungsmethode angewendet wurde – einem Auffüllanspruch gegen den Arbeitgeber zusammen (vgl. Tz. 5.1.4). Der **Versicherungsanspruch ist wie bei Aktiven gesichert**, falls nicht eine Insolvenzsicherung mangels Vorliegen der in § 7 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BetrAVG genannten Voraussetzungen ohnehin entfällt. Der **Auffüllanspruch** ist als **unmittelbare Versorgungszusage zusätzlich gesichert**²⁸¹. Daraus resultiert das zuweilen als uner-

²⁷⁸ Blomeyer/Otto, a. a. O.; Paulsdorff, a. a. O.; Grevemeyer, in VW 1975, S. 1007 (1008)

²⁷⁹ Blomeyer/Otto, Betriebsrentengesetz, § 7 Rz. 258

²⁸⁰ Blomeyer/Otto, a. a. O.

²⁸¹ Höfer, BetrAVG Teil 1, § 7 Rz. 2892

wünscht angesehene Ergebnis, dass die bis zum Eintritt des Sicherungsfalles aktiven Arbeitnehmer insolvenzsicherungsrechtlich schlechter stehen können als die zuvor bereits Ausgeschiedenen²⁸². Man muss hierin aber keine ungerechte Benachteiligung sehen. Denn wenn auch die Stichtagsabgrenzung vielleicht etwas hart ist, ist es m. E. durchaus begründbar, die aktiven Mitarbeiter nicht nur hinsichtlich positiver Umstände, sondern auch mit negativen Konsequenzen stärker an der Unternehmensentwicklung zu beteiligen als die Ausgeschiedenen.

b) Direktzusage und Unterstützungskasse

Für die Durchführungswege Direktzusage und Unterstützungskasse ist die Insolvenzsicherung nach der in Tz. 5.1 vertretenen Auffassung zur Unverfallbarkeitsberechnung völlig unproblematisch. Die Leistung des PSVaG berechnet sich genau nach dem in Tz. 5.1.3 beschriebenen Verfahren. Damit wird insbesondere der ausdrücklich angeordneten entsprechenden Anwendung von § 2 Abs. 5 BetrAVG Genüge getan und eine im Zeitpunkt des Sicherungsfalles berechenbare Leistung festgeschrieben²⁸³.

Etwas anderes könnte künftig bei Verwirklichung des Reformvorhabens durch das AVmG gelten. Der geänderten Unverfallbarkeitsberechnung folgend würde sich im Falle fondsgebundener Versorgung der gesicherte Anspruch eines Aktiven auf die bis zum Eintritt des Sicherungsfalles erworbene Anwartschaft erstrecken. Diese Anwartschaft ist der Höhe nach auf die Wertverhältnisse bei Eintritt des Sicherungsfalles festgeschrieben (vgl. Tz. 5.1.6).

c) Höchstgrenze

Die Einstandspflicht des PSVaG für laufende Leistungen ist nach § 7 Abs. 3 BetrAVG monatlich auf das Dreifache der Bezugsgröße nach § 18 SGB IV begrenzt. Für Kapitaleistungen gilt das 120fache dieser Grenze, also derzeit ca. 1,6 Mio DM. Wenn es sich um eine Entgeltumwandlung handelt und keine gleichwertige arbeitgeberfinanzierte Versorgung besteht, reduziert sich die Höchstgrenze auf 1/10 dieser Größe (Einzelheiten in Tz. 7.4.1).

5.5.4 Beitragsbemessungsgrundlage

Der PSVaG erhält die Mittel zur Leistungserbringung nach § 10 Abs. 1 BetrAVG durch öffentlich-rechtliche Beitragsverpflichtung der Arbeitgeber mit entsprechender betrieblicher Altersversorgung. Das Gesamtbeitragsaufkommen eines Kalenderjahres muss nach § 10 Abs. 2 BetrAVG die im jeweiligen Jahr entstehenden Versorgungsansprüche aus aktuellen und früheren Sicherungsfällen mit ihrem Barwert ausfinanzieren. Es wird nach § 10 Abs. 3 BetrAVG von allen teilnehmenden Arbeitgebern im Verhältnis der individuellen Beitragsbemessungsgrundlagen aufgebracht. Für jeden am Schluss des Wirtschaftsjahres unverfallbaren

²⁸² Höfer, BetrAVG Teil 1, § 7 Rz. 2893, 2897 f.

²⁸³ Die bereits erwähnte Diskussion um die Anwendung des § 2 Abs. 5 BetrAVG im Rahmen der Insolvenzsicherung (vgl. die Nachweise bei *Bepler*, in BetrAV 2000, S. 19 (22 f.)) betrifft vor allem die zugesagte Dynamisierung laufender Leistungen. Hinsichtlich der ungewissen Entwicklung von Anwartschaften dürfte es außer Frage stehen, dass die zur Unverfallbarkeit getroffene Wertung auch für die Insolvenzsicherung zu übernehmen ist.

Versorgungsanwärter und jeden Leistungsempfänger ist eine solche Beitragsbemessungsgrundlage zu rechnen. Das Berechnungsverfahren richtet sich nach dem gewählten Durchführungsweg.

Für **Direktzusagen** (Abs. 3 Nr. 1) ist Beitragsbemessungsgrundlage der **Teilwert gem. § 6a Abs. 3 EStG** (vgl. dazu unten Tz. 6.1.2). Im Vorgriff auf den steuerrechtlichen Teil dieser Arbeit sei an dieser Stelle erwähnt, dass m. E. auch das Fehlen einer Festbetragsgarantie kein Hindernis für die Bildung einer Pensionsrückstellung darstellt, da die Leistungshöhe nach den Verhältnissen am Bilanzstichtag anzusetzen ist.

Für **Direktversicherungen** (Abs. 3 Nr. 2) ist Beitragsbemessungsgrundlage das geschäftsplanmäßige Deckungskapital, hilfsweise die Deckungsrückstellung. Für fondsgebundene Direktversicherungen ist mithin der **Zeitwert der Kapitalanlage**, mindestens jedoch der garantierte Rückkaufswert anzusetzen (vgl. Tz. 3.6). Zu berücksichtigen sind diese Größen aber nur hinsichtlich des abgetretenen oder behielten Teils der Versicherung oder bei widerruflichem Bezugsrecht.

Für **Unterstützungskassenzusagen** (Abs. 3 Nr. 3) ist Beitragsbemessungsgrundlage schließlich das nach **§ 4d EStG** berechnete Deckungskapital der laufenden Leistungen zuzüglich des 20fachen der zulässigen Zuführung für die mindestens 30jährigen Leistungsanwärter (vgl. dazu Tz. 6.1.3).

Diese Berechnungsvorschriften sollen **einigermaßen gerechte Beiträge** sicherstellen. Die Berücksichtigung individueller Risikomerkmale (Liquiditätsprüfung) oder gar die Wahrung des versicherungsmathematischen Äquivalenzprinzips sind aber nicht bezweckt. Vielmehr zeigt die Verwendung steuerlich bzw. versicherungstechnisch relevanter Größen, dass die Beitragsermittlung **möglichst ohne zusätzlichen Rechenaufwand** erfolgen können soll.

Fraglich ist, ob eine nach § 10 Abs. 3 BetrAVG ermittelte Beitragsbemessungsgrundlage um den Teil **gekürzt** werden kann, der auf Leistungsteile entfällt, die die in § 7 Abs. 3 BetrAVG genannten **Höchstgrenzen übersteigen** und daher ohnehin nicht insolvenzgeschützt sind. Der PSVaG selbst bejaht diese Frage in einem Schreiben²⁸⁴. Streng genommen müsste hierzu der nach den Verhältnissen am Berechnungsstichtag planmäßige Leistungsverlauf an der Höchstgrenze abgeschnitten und neu bewertet werden. Da diese exakte Berechnung der Aufteilung sehr aufwendig wäre, lässt der PSVaG mehrere Vereinfachungsmöglichkeiten zu. Praktikabel ist das Verfahren, die ungekürzte Beitragsbemessungsgrundlage mit dem **Verhältnis aus Höchstgrenze und planmäßiger Ablaufleistung** (sofern dies kleiner als 1 ist) zu multiplizieren. Bei fondsgebundener Versorgung ist zu beachten, dass als planmäßige Endleistung nicht bloß der aktuelle Wert des Deckungskapitals anzusetzen ist, sondern ähnlich wie bei der Ermittlung der Als-ob-Leistung für die Unverfallbarkeit eine Hochrechnung künftiger Beiträge unter konstanten Wertentwicklungsannahmen erfolgen muss.

²⁸⁴ PSVaG, Schreiben vom 14.01.1999, in BetrAV 1999, S. 106 (107)

5.5.5 Vertragliche Insolvenzversicherung als Alternative

a) Motivation

Die vorhergehenden Ausführungen haben gezeigt, dass das System der gesetzlichen Insolvenzversicherung durchaus auch bei fondsgebundener betrieblicher Altersversorgung zum Tragen kommt. Allerdings gibt es gerade bei diesen eher unkonventionellen Leistungsplänen mehrere Gründe, sich nicht allein auf die Einstandspflicht des PSVaG zu verlassen.

Ein wichtiger praktischer Grund liegt ganz einfach darin, dass die **Anerkennung** der fondsgebundenen Leistungspläne als betriebliche Altersversorgung im allgemeinen und als Gegenstand der gesetzlichen Insolvenzversicherung im besonderen **noch nicht genügend gesichert** ist. Auch wenn diese Arbeit einen Versuch in diese Richtung hin unternehmen möchte, ist die praktische Umsetzung dennoch mit Restrisiken zumindest im Hinblick auf Abgrenzungsfragen verbunden.

Aber auch bei Überwindung dieser Grundsatzfragen bleibt ein weiteres Problem, welches generell die Insolvenzversicherung beitragsorientierter Versorgungskonzepte betrifft. Gesichert ist nämlich nicht der durch die planmäßigen Versorgungsbeiträge bis zum Sicherungsfall ausfinanzierte Anspruch, sondern – nach Maßgabe von § 7 Abs. 2 BetrAVG – nur die **gesetzlich unverfallbare Leistung**. Das bedeutet zum einen, dass vor Erreichen der Unverfallbarkeit nach § 1 BetrAVG keinerlei gesetzlicher Schutz besteht. Zum anderen richtet sich die Höhe nach dem gesetzlichen Anspruch eines ausscheidenden Mitarbeiters. Bei Direkt- oder Unterstützungskassenzusagen ist dieser nach dem m/n-Verfahren zu rechnen und hat in Folge dessen wenig mit den in der Rückdeckung angesammelten Versorgungsmitteln zu tun. Aber auch bei Direktversicherungen ist nach hier vertretener Auffassung nur ein **Festanspruch bei Eintritt des Sicherungsfalles geschützt**, der im Falle eines fondsgebundenen Tarifs – anders als im ursprünglichen Versorgungskonzept vorgesehen – nicht mehr an der Wertentwicklung der Fondsanlage teilnimmt. Auch hier verbleiben in Detailfragen rechtliche Unsicherheiten.

Schließlich ist die gesetzliche Insolvenzversicherung auf die in § 7 Abs. 3 BetrAVG genannten **Höchstgrenzen** beschränkt (vgl. 5.5.3c). Zumindest im Falle der Entgeltumwandlung kann die reduzierte Grenze sehr schnell überschritten sein.

Während bei **Direktversicherungen** die Konkursfestigkeit dadurch erreicht werden kann, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ein **unwiderrufliches Bezugsrecht** einräumt und die Versicherungsansprüche nicht abtritt oder beleihet, verbleibt bei den Rückdeckungsmodellen ein zusätzlicher Sicherheitsbedarf. Sofern eine **Direktzusage** oder **Unterstützungskassenversorgung** kongruent rückgedeckt ist, lässt sich die Versorgungsanwartschaft in Höhe des durch Rückdeckungsbeiträge ausfinanzierten Teils im Wege der **Verpfändung von Deckungsmitteln** erreichen.

b) Verpfändung einer fondsgebundenen Rückdeckungsversicherung

Besteht die Rückdeckung in einer Lebensversicherung, so kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer das Bezugsrecht verpfänden²⁸⁵. Hierzu muss er das Bezugs-

²⁸⁵ Vgl. *Blomeyer*, in *BetrAV* 1999, S. 293 ff.

recht dem Arbeitnehmer nach § 1274 Abs. 1 S. 1 BGB **übertragen** und die Verpfändung dem Versicherer gem. § 1280 BGB **anzeigen**. Das Bezugsrecht für den Todesfall ist an die Hinterbliebenen zu verpfänden. Generell muss der zu sichernde Versorgungsanspruch bei der Pfandrechtsbestellung zumindest **bestimmbar** sein. Ein Problem stellen hierbei die ungewissen, noch nicht zugeteilten Überschussanteile dar²⁸⁶.

Fraglich ist, ob bei einer fondsgebundenen Rückdeckungsversicherung dem Bestimmbarkeitserfordernis genügt werden kann. Hier besteht vor allem Ungewissheit über die künftige Wertentwicklung. „Bestimmbar“ ist der Bezugsrechtsverlauf nur unter festgelegten Annahmen, z. B. unveränderten Börsenkursen. Von daher könnte problematisch sein, ob überhaupt eine Verpfändung während der Anwartschaftsphase möglich ist, und falls man dies bejaht, ob die durch Wertsteigerungen nach Pfandrechtsbestellung eintretenden Bezugsrechtserhöhungen dem Pfand automatisch zuwachsen oder – was für die Praxis extrem lästig wäre – laufend Nachträge vereinbart werden müssten. M. E. sind aber die Probleme der unbekanntem Überschusszuteilungen auf das Wesen der fondsgebundenen Lebensversicherung nicht übertragbar. Denn hier ist kein rechtsgeschäftlicher Akt erforderlich, durch den die zugesagte Versicherungsleistung zu erhöhen ist, vielmehr verändert sich die Bezugsrechtshöhe automatisch mit jeder Kursbewegung, allenfalls beschränkt auf die tariflich genannten Feststellungsstichtage. Hier zeigt sich wieder der Sachleistungscharakter fondsgebundener Tarife: Zwar ist das Bezugsrecht in Geldwert schwankend, in Anteileneinheiten ausgedrückt aber nicht, wenn man einmal von der Entnahme kursabhängiger Risikoprämien absieht. Anteile an einem Investmentfonds können ja auch direkt verpfändet werden, obwohl ihr späterer Rücknahmepreis einer ungewissen Entwicklung unterliegt. Die an dieser Stelle mehr rechtsdogmatische Problematik der Bestimmbarkeit rechtfertigt m. E. keine andere Behandlung der fondsgebundenen Lebensversicherung. Daher sollte eine **Übertragung des Bezugsrechts auch mit Wirkung auf spätere, mit tariflicher Automatik eintretende Wertveränderungen** möglich sein, und zwar unabhängig davon, ob der Versicherungstarif ausschließlich oder primär Sach- oder Geldleistung vorsieht.

Ebenfalls dem dogmatischen Bereich zuzuordnen ist die Frage, inwieweit eine Unterstützungskasse dem Arbeitnehmer ein Pfandrecht einräumen kann, nachdem in der Legaldefinition in § 1 Abs. 4 BetrAVG Rechtsansprüche der Versorgungsberechtigten gegen die Kasse ausgeschlossen sind²⁸⁷. Nach der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung besteht zumindest ein gegen den Arbeitgeber gerichteter Rechtsanspruch. Aus § 1 Abs. 4 BetrAVG folgt aber nicht, dass ein solcher Rechtsanspruch nicht durch Verpfändung von Vermögensgegenständen der Kasse gesichert werden kann, und für eine solche Beschränkung gäbe es auch keine sachlich begründbare Rechtfertigung.

c) Verpfändung von Fondsanteilen

Bei einem fondsgebundenen Leistungsplan, dessen Verpflichtungen nicht durch eine Versicherung, sondern durch direkten Erwerb von Fondsanteilen rückgedeckt werden, können die für das einzelne Versorgungsverhältnis erworbenen Fondsanteile direkt an den Versorgungsberechtigten verpfändet werden. Die Einzelheiten

²⁸⁶ Blomeyer, in BetrAV 1999, S. 293 (296)

²⁸⁷ Vgl. Blomeyer, a. a. O.

der Pfandrechtsbestellung ergeben sich je nach Art der zu Grunde liegenden Wertpapiere aus § 1273 i. V. m. §§ 1274 Abs. 1, 1292 oder 1293 BGB. Bestimmbarkeitsprobleme treten in diesem Fall nicht auf.

In diesem Fall kann allerdings das Pfandrecht nicht mit dem Aufbau des Deckungskapitals durch die Anschaffung von Fondsanteilen automatisch mitwachsen. Vielmehr muss für die laufend neu zu erwerbenden Anteile stets ein eigenes Pfandrecht begründet werden.

d) Wirkung der Verpfändung im Insolvenzfall

Wenn kein gesetzlicher Insolvenzschutz besteht, etwa vor Eintreten der gesetzlichen Unverfallbarkeit, kann der Versorgungsberechtigte die verpfändeten Deckungsmittel **zur Befriedigung seiner Ansprüche verwerten**. Wird etwa eine kongruente Rückdeckungsversicherung verpfändet, so steht hieraus im Versorgungsfall die nach Eintreten der Insolvenz beitragsfreie Leistung zur Verfügung. Falls die Versorgungszusage keine ausdrückliche Regelung hierzu trifft, dürfte sich im Wege der Auslegung eine vertragliche Unverfallbarkeit für den Insolvenzfall mindestens in Höhe dieser Leistung ergeben.

Besteht **zugleich ein gesetzlicher Insolvenzschutz**, so gehen nach § 9 Abs. 2 S. 1 BetrAVG im Sicherungsfall die Versorgungsansprüche und -anwartschaften der Berechtigten gegen den Arbeitgeber, die die Leistungspflicht des PSVaG begründen, auf den PSVaG über. Die h. M. versteht dies so, dass auch die akzessorischen Sicherungsrechte für alle Berechtigten, für die dem Grunde nach gesetzlicher Insolvenzschutz besteht (d. h. deren Anwartschaften gesetzlich unverfallbar sind), von dem Übergang erfasst sind²⁸⁸. Diese Regelung kann zu unerwünschten technischen Komplikationen führen, wenn etwa die Rückdeckung kongruent ist: Der Sicherungsgegenstand nimmt einen Umweg über den PSVaG, obwohl der Berechtigte perfekt abgesichert ist. Klar ist in jedem Fall nach § 9 Abs. 2 S. 2 BetrAVG, dass der **PSVaG nicht mehr behalten darf, als er selbst leistet**.

Übersteigt der vertragliche Anspruch den gesetzlich gesicherten Teil, etwa wegen Überschreitung der in § 7 Abs. 3 BetrAVG genannten Höchstgrenzen, so ist es möglich, dass **nur der übersteigende Teil vertraglich abgesichert** wird. Lange Zeit war unklar, ob wegen § 9 Abs. 2 S. 1 BetrAVG in diesem Fall eine Vollabsicherung vereinbart werden muss. Nunmehr hat der PSVaG in einem Schreiben klargestellt, dass er wegen § 9 Abs. 2 S. 2 BetrAVG Sicherheiten freigeben muss, soweit er den Versorgungsberechtigten nicht selbst befriedigt²⁸⁹.

Der gesetzliche Insolvenzschutz kann durch **vertragliche Absicherungen nicht aufgehoben werden**. Dies ergibt sich aus § 17 Abs. 3 S. 3 BetrAVG. Das betrifft sowohl die Einstandspflicht des PSVaG als auch die korrespondierende Beitragspflicht des Arbeitgebers²⁹⁰.

²⁸⁸ Vgl. Höfer, BetrAVG Teil 1, § 9 Rz. 3048; Hanau/Arteaga, Gehaltsumwandlung, Kap. D Rz. 228

²⁸⁹ PSVaG, Schreiben vom 14.01.1999, in BetrAV 1999, S. 106 f.; zustimmend Langohr-Plato/Teslau, in BetrAV 1999, S. 305 (307)

²⁹⁰ Blomeyer/Otto, Betriebsrentengesetz, § 7 Rz. 55 f.; Höfer, BetrAVG Teil 1, § 7 Rz. 2823

5.5.6 Auswirkungen des AVmG

Fondsgebundene Leistungspläne, die in Form der durch das **AVmG** vorgesehenen Beitragszusage mit Mindestgarantie durchgeführt werden, sollen nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 bzw. Abs. 2 Nr. 3 E-BetrAVG insolvenzgesichert werden. Nach dieser Vorschrift wird aber – anders als nach der hier vertretenen Systematik – dem Berechtigten **nur noch für die Mindestleistung eine gesetzliche Sicherung zugestanden**. Beitragsbemessungsgrundlage soll nach § 10 Abs. 3 Nr. 4 E-BetrAVG die Summe der zugesagten Beiträge sein. Die Insolvenzsicherungspflicht ist unabhängig vom Durchführungsweg vorgesehen.

5.6 Rentenanpassung

Nach § 16 Abs. 1, 2 BetrAVG ist der Arbeitgeber verpflichtet, mindestens alle drei Jahre eine Anpassung der laufenden Renten zu prüfen und – nach gefestigter Rechtsprechung – in der Regel mit der Entwicklung der Lebenshaltungskosten bzw. Nettolöhne zu erhöhen. Diese ungewisse Erhöhungspflicht birgt besonders bei beitragsorientierten Versorgungskonzepten das Risiko einer unerwünschten Nachfinanzierung über den kalkulierten und während der aktiven Tätigkeitsphase erbrachten Aufwand hinaus. Allerdings hat § 16 BetrAVG durch die mit dem RRG 1999 eingeführten Befreiungsmöglichkeiten in Abs. 3 viel an Brisanz verloren. Für Neuzusagen seit dem 01.01.1999 entfällt die Prüfungspflicht generell, sofern eine lebenslängliche Rentendynamik von 1% zugesagt wird (Abs. 3 Nr. 1). Bei Direktversicherungen genügt es, wenn die Überschüsse ab Rentenbeginn ausschließlich zur Rentenerhöhung verwendet werden (Abs. 3 Nr. 2). Bei richtiger Vertragsgestaltung stellt § 16 BetrAVG in keinem Durchführungsweg der betrieblichen Altersversorgung mehr ein echtes Hindernis auf dem Weg zur beitragsdefinierten Zusage dar.

Fondsgebundene Rentenversicherungen der Art, wie sie auf dem deutschen Markt derzeit vorkommen (vgl. Tz. 2.2.8), verursachen insoweit **keinerlei besondere Probleme**. In der Rentenphase handelt es sich um gewöhnliche Leibrentenversicherungen. Im Falle einer Direktversicherung kann also allein durch die ausschließliche Überschussverwendung zur Leistungserhöhung Nachfinanzierungsaufwand vermieden werden. Bei den Rückdeckungsmodellen ist dieser Effekt durch einen versicherungstechnisch problemlos kalkulierbaren Tarif erreichbar, der mit einer jährlichen Rentendynamik von 1% ausgestattet ist. Selbst wenn beides nicht der Fall ist, reichen die tatsächlich anfallenden Überschüsse aus der Versicherung nach aller Erfahrung zur Erfüllung der Anpassungsverpflichtung aus.

Die aus heutiger Sicht eher hypothetischen Besonderheiten, die sich bei einer **in der Rentenphase fortbestehenden Fondsbindung** ergeben können, seien hier – im Anschluss an die Erwähnung in Tz. 4.1.6 – nur kurz gestreift. Abgesehen von dem Fall einer vollständigen Absicherung des Fonds gegen Kapitalverlust besteht dann immer die Gefahr einer Leistungskürzung bis hin zur völligen Einstellung, wenn das Deckungskapital aufgezehrt ist. Auf solche Pläne ist nach hier vertretener Auffassung (Tz. 4.1.6) das **Betriebsrentengesetz** aber gar **nicht anwendbar**. Die Regelung in § 16 BetrAVG passt auf einen solchen Fall auch gar nicht, da sie

auf eine sukzessive Leistungserhöhung ausgerichtet ist²⁹¹. Wenn es sich nicht bloß um eine Ratenauszahlung einer Kapitalleistung handelt (über einen Zeitraum von fünf bis maximal zehn Jahren), so müssen m. E. zumindest **lebenslängliche Zahlungen in gleich bleibender Höhe garantiert** sein, damit das Merkmal des Versorgungszwecks erfüllt ist. Dies dürfte nur mit ganz speziellen, sicherheitsorientierten Fonds zu bewerkstelligen sein. Auf eine solche Leistung bereitet die Anwendung von § 16 BetrAVG aber keine Probleme.

Ausdrücklich von der Anpassungspflicht ausgenommen sollen die durch das AVmG vorgesehenen Beitragszusagen mit Mindestgarantie bleiben (§ 16 Abs. 3 Nr. 3 E-BetrAVG).

5.7 Ausübung von Gestaltungsrechten

Fondsgebundene Lebensversicherungen sind mit einer Reihe von besonderen Gestaltungsrechten ausgestattet, die dem Versicherungsnehmer vornehmlich Einfluss auf die Entwicklung der Kapitalanlage geben sollen und ihn die nach eigener Einschätzung bestmögliche Wahrnehmung der Chancen und die Minimierung der Verlustrisiken gestatten sollen. Hierzu gehören üblicherweise (vgl. 2.2.5 und 2.2.6)

- die **Umschichtung** der Kapitalanlage (Switch)
- die Wahl des geeigneten **Abrufzeitpunktes** innerhalb einer bestimmten Zeitspanne
- die **Umwandlung** in einen gewöhnlichen Kapitaltarif.

Versicherungsrechtlich stehen dem Arbeitgeber diese Gestaltungsrechte zu. Zumindest den Abrufzeitpunkt kann allerdings der Arbeitnehmer in dem von § 6 BetrAVG vorgegebenen Rahmen selbst bestimmen. Im übrigen bestimmt die **Versorgungsvereinbarung, wer** unter welchen Voraussetzungen im Innenverhältnis **diese Rechte ausüben darf**²⁹². Aus betriebsrentenrechtlicher Sicht bestehen nur für ausgeschiedene Arbeitnehmer die in § 2 Abs. 2 S. 4 bis 6 BetrAVG genannten Verfügungsverbote. Sie beziehen sich auf dessen Eintritt in die Stellung als Versicherungsnehmer. Ausgeschlossen sind in diesem Fall Abtretung, Beleihung und Rückkauf. Zwar gilt § 2 Abs. 2 BetrAVG hier nicht direkt, da es nur darum geht, wer im Innenverhältnis zwischen Arbeitgeber und aktivem Arbeitnehmer über die Ausübung der oben genannten Gestaltungsrechte entscheiden darf. Jedoch ist für das Vorliegen von betrieblicher Altersversorgung der allgemeine Grundsatz zu beachten, dass eine **Verwendung der Vermögensmittel für Versorgungszwecke sichergestellt** bleiben muss. Die Verfügungsverbote in § 2 Abs. 2 BetrAVG sind lediglich eine besondere Ausprägung dieses Grundsatzes.

Die Bestimmung des Zeitpunktes für die Altersleistung ist unter diesem Gesichtspunkt lediglich dann problematisch, wenn die Auszahlung vor der Alterspensionierung erfolgen soll. Ob die Entscheidung hier durch den Arbeitgeber oder den

²⁹¹ Vgl. *Doetsch*, in BetrAV 1999, S. 203 (207)

²⁹² Zur Mitbestimmung vgl. unten Tz. 5.8.

Arbeitnehmer getroffen wird, spielt dabei allerdings nur eine untergeordnete Rolle. Bei einer **Auszahlung ab Alter 60** dürften **keine Bedenken** bestehen.

Problematischer ist allerdings die Wahlmöglichkeit hinsichtlich der Kapitalanlage. Wenn der Arbeitnehmer das Recht hat, dem Arbeitgeber die Entscheidung über tarifliche Switchmöglichkeiten vorzugeben, könnte fraglich sein, ob in der Versorgungsvereinbarung der Charakter einer Investmentanlage dominiert und hierdurch das Versorgungselement in den Hintergrund gedrängt wird²⁹³. Dies hätte in allen Durchführungswegen auch unerwünschte steuerliche Konsequenzen. Wenn allerdings fondsgebundene Leistungspläne – wie hier in Tz. 4.1 vertreten – dem Grunde nach als betriebliche Altersversorgung anzuerkennen sind, so ist in begrenztem Umfang auch die **Möglichkeit zum Fondswechsel** zu akzeptieren, denn eine Reaktionsmöglichkeit auf unvorhersehbare Entwicklungen der Börse dient auch der Risikobegrenzung und damit der **Versorgungssicherung**. Allenfalls in extrem gelagerten Missbrauchsfällen ist ein Abrücken von dieser Beurteilung gerechtfertigt.

Bei einer Fondsauswahl durch den **Arbeitnehmer** stellt sich die Frage, inwieweit den Arbeitgeber aus der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht heraus eine entsprechende **Informations- und Beratungspflicht** trifft. Hieraus kann für den Arbeitgeber ein erheblicher Verwaltungsaufwand entstehen. Wenn umgekehrt der **Arbeitgeber** die Bestimmung der Kapitalanlage treffen kann, stellt sich die Frage nach einer möglichen **Haftung für eine sorgfältige Auswahl**²⁹⁴.

Für den Arbeitgeber ist das Thema der Fondsauswahl daher in jedem Fall mit gewissen Risiken behaftet. Das gilt besonders bei einer Finanzierung durch Gehalts-umwandlung. Die Risiken sollten Grund genug sein, Fondswechsel in der Praxis mit besonderer Zurückhaltung zu sehen. Davon ausgenommen dürfte allerdings die sicherlich sehr sinnvolle Möglichkeit sein, bei Annäherung an das Rentenalter auf einen **stärker sicherheitsbetonten Anlagemix** umzuschichten.

Unter Risikogesichtspunkten völlig unproblematisch ist die Umwandlung einer Fondspolice in einen gewöhnlichen Kapitaltarif. Bei einer Direktversicherung sind hier lediglich die steuerlichen Konsequenzen zu beachten, da es sich bei einer solchen Umwandlung um eine Novation handelt²⁹⁵.

5.8 Mitbestimmung

Die betriebliche Altersversorgung unterliegt als freiwillige Sozialleistung der Mitbestimmung durch den Betriebsrat²⁹⁶. Bei Direktversicherungen und Direktzusagen geht es um Fragen der betrieblichen Lohngestaltung (§ 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG). Das gleiche gilt für eine Zusage durch eine überbetriebliche Unterstützungskasse. Eine betriebliche Unterstützungskasse ist als Sozialeinrichtung nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG mitbestimmungspflichtig. Die Mitbestimmung soll die Angemessenheit und Durchsichtigkeit des innerbetrieblichen Lohngefüges sicher-

²⁹³ Doetsch, in BetrAV 1999, S. 203 (207)

²⁹⁴ Vgl. zur Fürsorgepflicht und Haftungsgesichtspunkten unten Tz. 5.9

²⁹⁵ Vgl. dazu unten Tz. 6.3.2

²⁹⁶ BAG, Urt. vom 26.04.1988 – 3 AZR 186/86, E-BetrAV Kap. 150 Nr. 17

stellen und die innerbetriebliche Verteilungsgerechtigkeit wahren²⁹⁷. In diesem Abschnitt werden die kollektivrechtlichen Besonderheiten fondsgebundener Leistungspläne herausgestellt.

5.8.1 Gegenstand der Mitbestimmung

Der Betriebsrat kann in persönlicher Hinsicht nur in den Angelegenheiten der Arbeitnehmer mitbestimmen. Ausgenommen sind nach § 5 Abs. 3 BetrVG leitende Angestellte.

Da der Arbeitgeber (noch) nicht verpflichtet ist, den Arbeitnehmern eine Altersversorgung zu gewähren, unterliegen die grundsätzlichen Entscheidungsfragen zur Einführung eines Versorgungswerks nicht der Mitbestimmung. Diese **Freiheit** hat der Arbeitgeber in vierfacher Hinsicht: **Ob er überhaupt** eine betriebliche Altersversorgung einführt, welchen **Durchführungsweg** er wählt, welchen **Dotierungsrahmen** er bereitstellt und – im Rahmen des Gleichbehandlungsgrundsatzes – welchen **Arbeitnehmerkreis** er begünstigt²⁹⁸. Mitbestimmungsfrei sind ferner Einzelzusagen, da sie nicht die betriebliche Lohngestaltung betreffen²⁹⁹.

Mitbestimmungspflichtig sind alle übrigen Entscheidungen. Wichtigster Anwendungsfall ist die Frage, wie die vom Arbeitgeber eingesetzten Mittel auf die Begünstigten verteilt werden, also die **Leistungsplangestaltung** des Versorgungswerks³⁰⁰. Das wirkt sich unmittelbar auf die kollektivrechtliche Behandlung fondsgebundener Leistungspläne aus. Der Betriebsrat hat bereits darüber mitzubestimmen, ob überhaupt eine ungewisse **fondsgebundene Versorgung zugesagt wird** oder eine klassische **Altersleistung in garantierter Höhe**. Dabei sind unterschiedliche Interessenlagen denkbar. Beide Positionen, die des Arbeitgebers wie die des Betriebsrats, können je nach individueller Abwägung von Chancen und Risiken sowohl auf eine risikofreudige als auch eher auf eine sichere Anlageform gerichtet sein.

Die Einzelheiten der Mitbestimmung richten sich nach dem vom Arbeitgeber gewählten Versorgungswerk.

a) Direktversicherung

Bei einer Direktversicherung gehört nach der BAG-Rechtsprechung die Ausgestaltung des Lebensversicherungsvertrags, also der **Versicherungstarif**, zur mitbestimmungspflichtigen Leistungsplangestaltung³⁰¹. Das betrifft die Frage, ob einem Gruppenversicherungsvertrag ein fondsgebundener Tarif, ein gewöhnlicher Kapitaltarif oder ein Rententarif unterlegt wird. Das BAG hat in der zitierten Entscheidung sogar entschieden, dass der Betriebsrat die Aufnahme von Verhandlungen mit einem anderen Lebensversicherer verlangen kann, wenn das vom Arbeitgeber

²⁹⁷ *Fitting/Kaiser/Heither/Engels*, § 87 Rz. 402; *Hanau/Arteaga*, Gehaltsumwandlung, Kap. C Rz. 312

²⁹⁸ BAG, Beschluss vom 18.03.1976 – 3 ABR 32/75, E-BetrAV 150 Nr. 4; *Richardi*, § 87 Rz. 906 ff.

²⁹⁹ *Fitting/Kaiser/Heither/Engels*, § 87 Rz. 410

³⁰⁰ *Fitting/Kaiser/Heither/Engels*, § 87 Rz. 451

³⁰¹ BAG, Beschluss vom 18.03.1976 – 3 ABR 32/75, E-BetrAV 150 Nr. 4; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels*, § 87 Rz. 451; *Richardi*, § 87 Rz. 914

gewünschte Versicherungsunternehmen den vom Betriebsrat gewünschten Leistungsplan nicht anbietet.

Auf der anderen Seite entspricht es aber auch gesicherter Rechtsprechung, dass die **Auswahl des Versicherungsunternehmens** als Vertragspartner des Arbeitgebers **nicht** der Mitbestimmung unterliegt³⁰².

Beide Aussagen scheinen sich auf den ersten Blick zu widersprechen und gerade im Bereich fondsgebundener Versicherungstarife zu Problemen zu führen. Die Produktvielfalt auf dem Markt (vgl. Tz. 2.2) ist hier mittlerweile derart unüberschaubar und ständigen Neuentwicklungen unterworfen, dass viele spezielle Tarifvarianten von überhaupt nur ganz wenigen Gesellschaften, wenn nicht sogar nur einer einzigen, angeboten werden dürften. Die vom BAG angenommene Verhandlungspflicht mit einem anderen Versicherer hätte auf diese Weise eine spürbare Reflexwirkung auf die mitbestimmungsfreie Auswahl des Versicherungsunternehmens. Sie muss daher wohl sehr restriktiv ausgelegt werden und kann nur bei grundlegenden Fragen der Leistungspflicht greifen. Denn die **Freiheit des Arbeitgebers, sich seine Vertragspartner selbst zu wählen** (etwa wegen besonders günstiger Konditionen), kann und sollte durch das Mitbestimmungsrecht nicht ausgehebelt werden.

So kann im Einzelfall der Betriebsrat einen anderen Versicherer ins Spiel bringen, wenn der vom Arbeitgeber primär gewünschte überhaupt keine Fondspolizen anbietet. Ähnliches wird vielleicht auch dann noch gelten, wenn der Betriebsrat eher das Sicherheitsbedürfnis der Arbeitnehmer gewahrt wissen will und einen von der Versicherung des Arbeitgebers nicht angebotenen Tarif mit Erlebensfallgarantie wünscht. Wenn es aber um Detailfragen geht, wie etwa die Zusammensetzung möglicher Fonds aus einzelnen Titeln, so ist der Mitbestimmungsspielraum des Betriebsrates m. E. auf den vom Arbeitgeber vorgeschlagenen Versicherer beschränkt.

Die **Auswahl des Fonds** ist – mit der vorgenannten Einschränkung – nach den von der Rechtsprechung aufgestellten Kriterien klar **mitbestimmungspflichtig**. Das ist auch sinnvoll, da je nach Arbeitnehmergruppe (insbesondere Gehaltsgruppen) eher riskante oder sicherheitsorientierte Kapitalanlagen vorteilhaft sein können und der Betriebsrat entsprechende Interessen vertreten können sollte. Das gleiche gilt m. E. für die Frage, wer – Arbeitgeber oder Arbeitnehmer – die in Tz. 5.7 behandelten **Gestaltungsrechte**, insbesondere den Fondswechsel, ausüben darf. Denn hier geht es um die Gestaltung der Leistungspflicht aus dem Versorgungsverhältnis, ohne dass der Dotierungsrahmen oder der Durchführungsweg betroffen ist.

b) Direktzusage

Wird die betriebliche Altersversorgung über eine Direktzusage oder über eine überbetriebliche Unterstützungskasse durchgeführt, so richtet sich das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ebenfalls nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Die Einwirkungsmöglichkeiten auf die Leistungsplangestaltung sind also im Prinzip die gleichen wie im Falle der Direktversicherung.

³⁰² BAG, Beschluss vom 16.02.1993 – 3 ABR 29/92, E-BetrAV 150 Nr. 23; *Blomeyer*, in BetrAV 2000, S. 42 (51); *Fitting/Kaiser/Heither/Engels*, § 87 Rz. 449; *Hanau/Arteaga*, Gehaltsumwandlung, Kap. C Rz. 100

Faktisch ist der Handlungsspielraum des Betriebsrates allerdings dadurch eingeschränkt, dass die Frage der **Rückdeckung als Finanzierungsfrage mitbestimmungsfrei** ist³⁰³. Dies bedeutet z. B., dass der Arbeitgeber frei entscheiden kann, ob er seine Verpflichtungen überhaupt rückdecken möchte oder ob er statt dessen z. B. die Vorzüge einer reinen Innenfinanzierung nutzen will. Entscheidet er sich für eine reine Rückstellungsfinanzierung, so scheiden damit fondsgebundene Leistungspläne von vornherein aus. Auch im Falle einer Rückdeckung dürften die Einwirkungsmöglichkeiten des Betriebsrates auf deren Ausgestaltung und damit letztlich auf Detailfragen des Leistungsplans geringer sein als auf einen Direktversicherungstarif. Die Finanzierungsfreiheit des Arbeitgebers kann durch das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht beeinträchtigt werden.

c) Unterstützungskasse

Bei der betrieblichen Unterstützungskasse richtet sich die Mitbestimmung des Betriebsrats nicht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Es handelt sich vielmehr um eine betriebliche Sozialeinrichtung i. S. v. § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG, weil hier ein Sondervermögen für die Altersversorgung gebildet wird³⁰⁴. Nr. 8 ist Spezialvorschrift gegenüber Nr. 10 und räumt den Arbeitnehmern weiter gehende Mitbestimmungsbefugnis, nämlich hinsichtlich der Form, Ausgestaltung und Verwaltung der Kasse ein.

Die Leistungsplangestaltung unterliegt hier ebenso wie in den anderen Durchführungswegen der Mitbestimmung. Sie gehört hier zur Ausgestaltung der Versorgungseinrichtung³⁰⁵.

Als zusätzliches Element der Mitbestimmung kommt aber die **Verwaltung der Unterstützungskasse** hinzu. Das Mitbestimmungsrecht ist stärker als die nach § 3 Nr. 2 KStDV vorgeschriebene beratende Mitwirkung bei der Vermögensanlage. Denn beratende Mitwirkung erschöpft sich in Information und Stellungnahme, sie ist jedoch nicht entscheidungswirksam³⁰⁶. Demgegenüber verlangt § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG eine nach Stimme bzw. Gewicht **gleichberechtigte Entscheidungskompetenz**³⁰⁷. Die Mitbestimmung betrifft nur Regelungs- und keine Rechtsfragen.

5.8.2 Ausübung der Mitbestimmung

Der Betriebsrat hat in allen mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten zunächst ein umfassendes Informations- und auch Initiativrecht. Er kann also eigene Vorschläge zur Ausgestaltung einer betrieblichen Altersversorgung einbringen, damit allerdings diese an sich freiwillige Leistung nicht erzwingen.

Sinnvolles und häufig unumgängliches **Kernstück der Mitbestimmung** ist der Abschluss einer **Betriebsvereinbarung** gem. § 77 BetrVG. Sehr häufig werden

³⁰³ BAG, Beschluss vom 12.06.1975 – 3 ABR 137/73, E-BetrAV 150 Nr. 2

³⁰⁴ BAG, Beschluss vom 18.03.1976 – 3 ABR 32/75, E-BetrAV 150 Nr. 4; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels*, § 87 Rz. 341

³⁰⁵ *Fitting/Kaiser/Heither/Engels*, § 87 Rz. 341

³⁰⁶ *Buttler*, Steuerliche Behandlung der Unterstützungskassen, Rz. 44; *Göke*, in BetrAV 1997, S. 222 (224)

³⁰⁷ Zu den möglichen Formen der Ausübung vgl. unten Tz. 5.8.2.

Versorgungsordnungen auf diese Weise begründet. Auch formlose Regelungsabreden sind möglich, diese wirken jedoch nicht als Rechtsnorm und müssen daher erst in einzelne Arbeitsverhältnisse umgesetzt werden.

Mitbestimmung bedeutet, dass der Arbeitgeber nur mit Zustimmung des Betriebsrates handeln und entscheiden kann³⁰⁸. Kommt eine Einigung nicht zustande, so entscheidet nach § 87 Abs. 2 S. 1 BetrVG die Einigungsstelle. Im Bereich freiwilliger betrieblicher Sozialleistungen dürfte dies weniger die Begründung oder Verbesserungen betreffen als vielmehr vom Arbeitgeber geplante Umverteilungen oder Leistungskürzungen.

Für die Ausübung des Mitbestimmungsrechts bei der Verwaltung einer Unterstützungskasse gibt es zwei grundsätzliche Varianten³⁰⁹. Bei der üblichen, aber etwas umständlichen zweistufigen Lösung werden die Entscheidungsorgane vom Arbeitgeber besetzt. Der Betriebsrat wirkt indirekt über Regelungsabreden mit dem Arbeitgeber ein, der diese in der Verwaltung durchsetzen muss. Bei der organchaftlichen Lösung werden die Entscheidungsgremien dagegen durch von Arbeitgeber und Betriebsrat entsandte Vertreter paritätisch besetzt.

5.8.3 Folgen unterlassener Mitbestimmung

Maßnahmen, die der Arbeitgeber unter Verletzung des Mitbestimmungsrechts trifft, sind zum Nachteil betroffener Arbeitnehmer **unwirksam**. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn bei der Umstrukturierung eines Versorgungswerks der Betriebsrat der erforderlichen Neuverteilung der Mittel nicht zugestimmt hat³¹⁰. Die Schließung einer Altersversorgung für Neuzugänge ist dagegen mitbestimmungsfrei möglich, da sie das freiwillige Ob der Leistung betrifft.

5.9 Haftung des Arbeitgebers für die Kapitalanlage

Eine börsenkursabhängige Kapitalanlage birgt immer auch mehr oder minder starke Verlustrisiken. Bei einer fondsgebundenen betrieblichen Altersversorgung trägt diese Verlustrisiken zunächst einmal natürlich der Versorgungsempfänger, also der Arbeitnehmer. Seine Zusage besteht in einer Altersleistung, dessen genaue Höhe erst bei Pensionierung bestimmt werden kann. Stehen die Kurse dann schlecht, kann das sehr unangenehme Konsequenzen haben, wenn etwa ein bestimmter Betrag für die Versorgungsplanung, etwa zur Hypothekentilgung, fest einkalkuliert war. Klar ist auf jeden Fall, dass ein Arbeitgeber insbesondere dann, wenn er gegenüber den Mitarbeitern den Wert seiner Altersversorgung immer besonders betont hat und der Verfall vielleicht besonders überraschend und massiv ist, in erheblichen **moralischen Druck** geraten kann, für die enttäuschten Erwartungen selbst einzustehen³¹¹. Von besonderem Interesse ist an dieser Stelle die weiter gehende Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen den Arbeitgeber auch **rechtlich** eine entsprechende **Ausgleichspflicht** treffen kann.

³⁰⁸ *Fitting/Kaiser/Heither/Engels*, § 87 Rz. 548

³⁰⁹ Vgl. *Fitting/Kaiser/Heither/Engels*, § 87 Rz. 365 f.

³¹⁰ Grundlegend BAG, Urt. v. 26.04.1988 – 3 AZR 168/86, E-BetrAV Kap. 150 Nr. 17; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels*, § 87 Rz. 371, 572

³¹¹ Vgl. *Doetsch*, in *BetrAV* 1999, S. 203 (207)

Verankert werden könnte eine solche Verpflichtung vor allem in der allgemeinen **Fürsorgepflicht** des Arbeitgebers. Die Fürsorgepflicht ist eine Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB): Der Arbeitgeber hat seine Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis so zu erfüllen, seine Rechte so auszuüben und die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitnehmers so zu wahren, wie dies unter Berücksichtigung der Belange des Betriebs und der Interessen der anderen Arbeitnehmer des Betriebs nach Treu und Glauben billigerweise verlangt werden kann³¹². Sie korrespondiert mit der Treuepflicht des Arbeitnehmers, ist jedoch wie diese Nebenpflicht und steht nicht im Synallagma. Eine Verletzung kann einen Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung nach sich ziehen³¹³.

Zur Fürsorgepflicht gibt es eine Vielzahl von Einzelfallrechtsprechung. Die hier diskutierte Problematik ist jedoch juristisches Neuland. Daher kann hier nur versucht werden, die in der Praxis entwickelten Leitgedanken und Wertentscheidungen auf die vorliegende Situation zu übertragen und mögliche konkrete Ausgestaltungen der Fürsorgepflicht im Zusammenhang mit fondsgebundener betrieblicher Altersversorgung zu untersuchen. In dieser Thematik müssen zwangsläufig zahlreiche mögliche konkrete Fragestellungen **bis zu einer gerichtlichen Klärung offen** bleiben. Daher dient dieser Abschnitt in erster Linie dazu, **mögliche Gefahrenpunkte für den Arbeitgeber** herauszuarbeiten. Das ermöglicht der Praxis, um die aus heutiger Sicht nicht zu klärenden potenziellen Stolpersteine zu vermeiden.

5.9.1 Sorgfalt bei der Auswahl der Kapitalanlage

Der erste Problemkreis betrifft die Sorgfalt des Arbeitgebers bei der Fondsauswahl. Dies betrifft sowohl die **Anlageentscheidung bei Einrichtung** als auch mögliche **spätere Umschichtungen** oder auch deren Unterlassung, vorausgesetzt, er trifft diese Entscheidungen selber und überlässt sie nicht dem Arbeitnehmer.

Bekanntlich bieten die Versicherungsunternehmen eine immer unübersichtlicher werdende Vielfalt von Fondszusammenstellungen an, die sich vor allem hinsichtlich des Risikoprofils unterscheiden. Es gehört zum Grundwissen richtiger strategischer Kapitalanlage, dass höhere Renditechancen auch mit höherem Verlustrisiko einher gehen und dass die **Anlageform** umso **sicherer** gewählt werden sollte, je dringender der Anleger auf den **Rückfluss der Mittel angewiesen** ist. Für die Anlage in riskante Papiere sollte ausreichend „Spielgeld“ vorhanden sein.

Eine weitere Anlageentscheidung betrifft die Frage, ob die Zusammensetzung des Fonds aus bestimmten Titeln **fest vereinbart** wird oder ob mit dieser Aufgabe ein **professionelles Fondsmanagement** betraut wird. Der gemanagte Fonds verursacht höhere Verwaltungskosten zu Lasten der Rendite, dafür erfordert die eigene Zusammenstellung zumindest bei chancenorientierten Titeln eine bessere Kenntnis und insbesondere auch Beobachtung des Börsengeschehens.

Obwohl die Zusage einer betrieblichen Altersversorgung eine freiwillige Maßnahme ist, spricht doch einiges dagegen, dass der Arbeitgeber in seiner Anlageentscheidung völlig frei ist. So zeigt das Betriebsrentengesetz in zunächst allgemeiner Form, dass die Freiheit uneingeschränkt nur hinsichtlich des Ob, nicht je-

³¹² MünchKomm/Müller-Glöge, § 611 Rz. 403

³¹³ MünchKomm/Müller-Glöge, § 611 Rz. 406

doch des Wie der Leistung besteht. Die Regelungen dieses Gesetzes haben vor allem das Ziel, die **Kontinuität der Versorgungsplanung des Arbeitnehmers** gegen Beeinträchtigung durch alle möglichen Lebensereignisse zu schützen, insbesondere bei Ausscheiden aus dem Betrieb, bei Insolvenz des Arbeitgebers oder gegen Inflationsgefahren. Es liegt daher nahe, die allgemeine Fürsorgepflicht des Arbeitgebers dahin gehend zu konkretisieren, dass er mit seiner Anlageentscheidung auch die Bedarfssituation, insbesondere die **Belastbarkeit** der zu versorgenden Arbeitnehmer in Bezug auf das **Risiko angemessen zu berücksichtigen** hat. Für diese Sichtweise lassen sich auch Vertrauensgesichtspunkte ins Feld führen. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ist das Korrelat zur persönlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers³¹⁴. Im Rahmen dieser Abhängigkeitsbeziehung darf der Arbeitnehmer berechtigterweise darauf vertrauen, dass der Arbeitgeber seine Sache schon richtig machen wird. Soweit der Arbeitnehmer der Anlageentscheidung des Arbeitgebers ausgeliefert ist, übernimmt dieser eine **schwer wiegende Verantwortung für dessen spätere Versorgungssituation**. Der Normalverdiener hat zudem nur begrenzte Gestaltungsmöglichkeiten für eine Eigenvorsorge, er kann sich nur auf die Mittel aus dem Arbeitsverhältnis stützen.

Nicht zu vergessen ist auch, dass der Arbeitgeber bei einem fondsgebundenen Leistungsplan fremdes Geld anlegt und damit eine Art **Treuhänderfunktion** ausübt. Die Fürsorgepflicht umfasst den Schutz des Arbeitnehmereigentums³¹⁵ und damit auch die eigentumsähnliche Anwartschaftsposition. Zudem sind bei der fondsgebundenen Versorgung schon die Versorgungsbeiträge ein grundsätzlich nicht mehr entziehbarer Bestandteil der dem Arbeitnehmer zustehenden Gesamtvergütung; sie spielen auch eine stärkere Rolle als in klassischen Versorgungssystemen, da eine Leistung ja im voraus nicht bestimmt werden kann.

Zwar kann dem Arbeitgeber bei der Einrichtung eines Versorgungswerks nicht zugemutet werden, jede individuelle Besonderheit der begünstigten Arbeitnehmer zu berücksichtigen. Er muss aber aus seiner gesteigerten Verantwortung heraus m. E. bei der Entscheidung für ein **Risikoprofil** zumindest nach **unverzichtbarer Grundversorgung** und bloß **wünschenswerter Zusatzversorgung** unterscheiden. Gerade in den unteren Einkommensbereichen, wo die von der abnehmenden Versorgungswirkung der staatlichen Vorsorgesysteme verursachten Lücken zu schließen sind, sind riskante Anlageformen ein ungeeignetes Mittel. Das beim unkundigen Arbeitnehmer möglicherweise entstehende Gefühl einer Altersabsicherung wäre hier trügerisch. Der Arbeitgeber würde auf diese Weise seiner Fürsorgepflicht nicht gerecht.

Auch die weitere Entwicklung der Fondsanlage kann der Arbeitgeber nicht einfach ihrem Schicksal überlassen. Wenn er sich nicht für ein professionelles Fondsmanagement entscheidet, muss er selbst die Börse beobachten und ggf. umschichten, wobei der anzulegende **Sorgfaltsmaßstab mit steigendem Anlagerisiko strenger** wird. Im konkreten Einzelfall dürfte es aber schwer festzustellen sein, ob der Arbeitgeber seine Fürsorgepflicht erfüllt hat oder nicht. Denn jedes Tun oder Unterlassen an der Börse ist mit Chancen und Risiken verbunden. Das gilt selbst für institutionelle Anleger. Entscheidend für die Beurteilung kann daher nicht der nachträgliche Erfolg oder Misserfolg sein, sondern vielmehr nur die Fra-

³¹⁴ MünchKomm/Müller-Glöge, § 611 Rz. 405

³¹⁵ Palandt/Putzo, § 611 Rz. 102, 99

ge, ob der Arbeitgeber allgemein zugängliche Informationen über Änderungen im Risikopotenzial seiner Anlage angemessen gewürdigt hat.

Noch schwieriger als die Annahme einer Verletzung der Fürsorgepflicht durch unangemessenes Anlageverhalten dürfte das Entstehen eines Schadens sowie dessen Höhe festzustellen sein. Da es im Zweifel viele „richtige“ Alternativen gibt, ist „die“ Differenz i. S. v. § 249 S. 1 BGB kaum festzustellen.

5.9.2 Information und Werbung für das Versorgungswerk

Der zweite potenziell problematische Bereich möglicher Haftungsrisiken betrifft die richtige Aufklärung der Arbeitnehmer hinsichtlich des Versorgungswerks durch den Arbeitgeber. Die Fürsorgepflicht verpflichtet den Arbeitgeber allgemein, den Lohn und die Grundlagen der sonstigen Ansprüche richtig zu berechnen³¹⁶. Hierzu gehört eine Information über die Voraussetzungen und den Umfang von betrieblichen Sozialleistungen einschließlich betrieblicher Altersversorgung³¹⁷. Aber auch unabhängig von seiner arbeitsrechtlichen Verpflichtung wird der Arbeitgeber über sein Versorgungswerk informieren und dafür werben wollen, schon um eine positive personalpolitische Wirkung mit dieser freiwilligen Leistung zu erzielen. Er wird den **Wert seiner Versorgungsleistung als zusätzlichen Vergütungsbestandteil heraus stellen** wollen, um sowohl eine stärkere Bindung der vorhandenen Arbeitnehmer als auch Wettbewerbsvorteile gegenüber anderen Unternehmen bei der Rekrutierung neuer Arbeitskräfte zu erreichen. Bestimmte Zielgruppen lassen sich möglicherweise besonders durch den modernen Charakter eines fondsgebundenen Versorgungswerks überzeugen.

Es ist aber gar nicht so leicht, das komplexe Konzept eines fondsgebundenen Leistungsplans dem Arbeitnehmer verständlich zu erklären. Die Eigenschaft, die den Mitarbeiter, aber auch einen Stellenbewerber am meisten interessiert, ist natürlich die zu erwartende **Leistungshöhe** im Versorgungsfall. Auf diese Frage gibt es aber keine zuverlässige Antwort. Hochrechnungen sind nur mit Hilfe von hypothetischen Annahmen über die Kursentwicklung möglich, und auf die Börse kann weder der Arbeitgeber noch der Arbeitnehmer Einfluss nehmen. Die Frage ist also, auf welche Weise der Arbeitgeber die ihm obliegende Informations- und Aufklärungspflicht im Falle einer fondsgebundenen Versorgung korrekt erfüllen kann und welche Risiken er beachten muss.

Ein Ausfluss der Fürsorgepflicht ist sicherlich darin zu sehen, dass der Arbeitgeber typischerweise bestehende Irrtümer im Zusammenhang mit der Versorgung ausräumen muss. Wenn der Arbeitgeber in zurechenbarer Weise beim Arbeitnehmer bestimmte Vorstellungen über einen unentziehbaren Versorgungsanspruch erweckt, verletzt er diese Pflicht³¹⁸. Allein das Wissen um das Bestehen einer betrieblichen Altersversorgung dürfte bei den meisten Arbeitnehmern ein zumindest unbestimmtes Sicherheitsgefühl erzeugen. Ist nun ein Versorgungswerk so konzipiert, dass seine Leistungen im ungünstigsten Fall ganz ausfallen können, so ist dieses Gefühl der Sicherheit falsch. Der Arbeitgeber muss deutlich auf diesen **schlimmsten möglichen Fall hinweisen**, damit der Arbeitnehmer seine Vorsor-

³¹⁶ Palandt/*Putzo*, § 611 Rz. 103

³¹⁷ LAG Hamm vom 14.12.1982 – 6 Sa 312/82, E-BetrAV 170 Nr. 15; MünchKomm/*Müller-Glöge*, § 611 Rz. 414

³¹⁸ LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 14.01.1992 – 10 Sa 531/91, E-BetrAV 250.1 Nr. 3

geplanung auf der richtigen Basis und nicht im Gefühl einer ausreichenden betrieblichen Absicherung durchführen kann³¹⁹. Besonders muss der Arbeitgeber die **Unverbindlichkeit von Modellrechnungen** betonen, denen nicht garantierte Renditen zu Grunde liegen. Wenn nämlich der Arbeitnehmer auf Grund von voraus gegangenem Verhalten des Arbeitgebers darauf **vertrauen darf**, dass eine bestimmte Versorgung erbracht wird, kann den Arbeitgeber eine **entsprechende Haftung** treffen³²⁰. Dies ist ein spezieller Fall der allgemeinen Vertrauenshaftung. Dieses Risiko des Arbeitgebers dürfte große praktische Bedeutung haben, da er auf solche Modellrechnungen – etwa aus der Vergangenheit – angewiesen ist, um überhaupt Angaben zur Höhe machen zu können.

Eine weitere Informationspflicht besteht hinsichtlich der **Ausübung von Gestaltungsrechten**, jedenfalls wenn sie nach der Versorgungszusage vom **Arbeitnehmer** ausgeübt werden können. Der Arbeitgeber muss den Arbeitnehmer auf die ihm zustehenden Rechte im Zusammenhang mit betrieblichen Sozialleistungen umfassend hinweisen, damit er sie nutzen kann³²¹. Das betrifft z. B. die Möglichkeit, die Leistung innerhalb einer bestimmten Zeitspanne abzurufen, um möglichst günstige Kurse abzapfen, oder das Recht zum Switch. Der zur sinnvollen, nicht bloß zufälligen Ausübung dieser Gestaltungsrechte erforderliche **Aufklärungsbedarf** dürfte beim Arbeitnehmer **je nach Zielgruppe sehr unterschiedlich** sein. Aufgeklärte Hochverdiener mögen die Entscheidungen eigenverantwortlich treffen können. Einfachen Arbeitnehmern wird der Arbeitgeber dagegen eine Beratung anbieten müssen, um sie überhaupt in die Lage zu einer fundierten Entscheidung zu versetzen. Der Arbeitgeber kann sich seiner Verantwortung für die Komplexität des Versorgungssystems also nicht einfach dadurch entziehen, dass er wesentliche Entscheidungen dem Arbeitnehmer überlässt.

5.9.3 Einzelfälle möglicher Haftung

Mangelnde Sorgfalt bei den Anlageentscheidungen und unzureichende oder irreführende Informationen stellen die hauptsächlich denkbaren Risiken für den Arbeitgeber, die eine Einstands- oder Ausgleichspflicht gegenüber dem Arbeitnehmer begründen können. Im Folgenden wird der Versuch unternommen, mögliche und vielleicht besonders nahe liegende Einzelfälle auf die Haftungsfrage hin zu untersuchen. Mangels einschlägiger Rechtsprechung kann über die Beurteilung durch die Gerichte nur spekuliert werden. Die Auflistung kann daher nur **potenzielle Haftungsauslöser** enthalten, die ein Arbeitgeber **möglichst vermeiden** sollte, wenn er mit seinem Versorgungswerk auf der sicheren Seite stehen will. Unabhängig von der rechtlichen Würdigung sollte er eine entsprechende Sorgfalt schon mit Rücksicht auf ein gutes Betriebsklima beachten, denn selbst wenn die Ansprüche der enttäuschten Versorgungsempfänger „nur“ moralischer Art sind, ist bei einer Ablehnung der Ärger vorprogrammiert.

- **Falsches Risikoprofil:** Für gering verdienende Arbeitnehmer ist der finanzielle Spielraum zur Eigenvorsorge typischerweise sehr beschränkt. Mit einer abschließlichen Anlage der Versorgungsmittel in riskante Fonds ohne Bedarfs-

³¹⁹ Doetsch, in BetrAV 1999, S. 203 (207)

³²⁰ So schon BAG, Urteil vom 13.07.1973, 3 AZR 385/72, E-BetrAV 160 Nr. 2

³²¹ LAG Hamm, Urt. v. 13.07.1999 – 6 Sa 2407/98, in BB 1999, S. 2615 (2616)

abstufung verstößt der Arbeitgeber, wie dargestellt, gegen die Fürsorgepflicht. Die Folge kann sein, dass er im Falle eines Verlustes haftet. Der Haftungsumfang ist natürlich schwer zu bestimmen, da es „die“ sichere Vergleichsanlage nicht gibt. Doch zumindest das verlorene Kapital, um das die Leistung hinter dem erbrachten Finanzierungsaufwand zurück bleibt, dürfte er in den betroffenen Fällen zu ersetzen haben. Für welche Gruppe welches Risiko verträglich ist, ist eine im Einzelfall schwierige Wertungsfrage. Für den Arbeitgeber ist es daher empfehlenswert, entweder einen Fondstarif mit Erlebensfallgarantie zu wählen oder die fondsgebundene Versorgung nur als Zusatzversorgung zu einer garantierten Grundabsicherung zuzusagen.

- **Nachteilige Anlageentscheidungen:** Wenn der Arbeitgeber selbst über Fondswechsel entscheidet und der von ihm gewählte Anlageverlauf sich im Versorgungsfall als ungeschickt erweist, so kann dies allein keine Haftung auslösen. Denn jede Entscheidung an der Börse ist ungewiss, niemand kann Gewinne garantieren. Deshalb ist auch bei vorgenommenen oder unterlassenen Umschichtungen hinsichtlich der Haftung in erster Linie darauf abzustellen, ob das Risikoprofil für den Kreis der Versorgungsberechtigten angemessen ist.
- **Präsentation von Modellrechnungen:** Bereits angedeutet wurde die Einstandspflicht des Arbeitgebers, wenn er bei der Information über sein Versorgungswerk Modellrechnungen zur Bestimmung möglicher Versorgungsleistungen verwendet, ohne auf deren Ungewissheit hinzuweisen. Wenn der Arbeitnehmer darauf vertrauen durfte, dass im Versorgungsfall der in der Musterberechnung genannte Betrag zur Verfügung steht, muss der Arbeitgeber einen eventuellen Fehlbetrag selbst ausgleichen. Auch bei mehreren Alternativrechnungen (die Versicherer verwenden üblicherweise die Renditevarianten 0, 3, 6 und 9 Prozent und eine aus der Vergangenheit abgeleitete Hochrechnung) darf nicht der Eindruck entstehen, die Leistung betrage mindestens den in der ungünstigsten Berechnungsvariante angegebenen Wert.
- **Unzureichende Risikoaufklärung:** Auch ohne aktiv durchgeführte, potenziell irreführende Werbe- und Informationsmaßnahmen muss der Arbeitgeber über die mit dem Versorgungskonzept verbundenen Verlustrisiken in angemessener Form aufklären. Sonst kann bei unkundigen Arbeitnehmern leicht der Eindruck entstehen, die Leistung bestehe mindestens in den eingezahlten Beiträgen zuzüglich einer ungewissen Gewinnkomponente. Bei arbeitnehmerfinanzierter Versorgung ist es ganz besonders erforderlich, einem derartigen irrigen Eindruck aktiv entgegen zu wirken.
- **Fehlende Beratung über Gestaltungsrechte:** Soweit der Arbeitgeber Gestaltungsmöglichkeiten wie den Fondswechsel oder die Wahl des Leistungszeitpunkts nicht selbst wahr nimmt, sondern dem Arbeitnehmer überlässt, muss er den Arbeitnehmer in die Lage versetzen, diese Entscheidungen sachkundig zu treffen und die hierfür erforderlichen Informationen beschaffen und weitergeben. Der Arbeitnehmer muss das angebotene Spektrum kennen, um gegebenenfalls sein Risiko verringern zu können. Er muss auch wissen, wann er frühestmöglich die Leistung abrufen kann, um ab diesem Zeitpunkt entscheiden zu können, ob er den erreichten Leistungsstand realisieren oder auf weitere Steigerungsmöglichkeiten setzen möchte. Fehlt ihm das Wissen hierzu, so droht dem Arbeitgeber bei Verlusten der Einwand des Arbeitnehmers, bei an-

gemessener Aufklärung hätte er eine Entscheidung getroffen, die das Verlustrisiko reduziert oder vermieden hätte.

5.9.4 Haftung bei garantierter Mindestleistung?

Zwar können die oben beschriebenen möglichen Ursachen einer Haftung theoretisch auch für fondsgebundene Leistungspläne mit Erlebensfallgarantie greifen, etwa bei einer überhöht geweckten Renditeerwartung. Unter normalen Umständen dürfte sich der Arbeitgeber jedoch insbesondere dann auf der sicheren Seite befinden, wenn der Leistungsplan die Kriterien der durch das **AVmG** vorgesehenen Beitragszusage mit Mindestleistung erfüllt. Sofern das AVmG in dieser Form in Kraft tritt, werden in absehbarer Zeit **standardisierte Produkte** zur Verfügung stehen, mit denen die Risiken auf ein Minimum reduzierbar sind.

Kapitel 6

Steuerrechtliche und bilanzielle Behandlung fondsgebundener Leistungspläne

Die Besteuerung der Altersversorgung, ob gesetzlich, betrieblich oder individuell, ist politisch ein heißes Eisen. Denn einerseits ist auf Grund des Generationenproblems eine Ausweitung der Vorsorgemaßnahmen volkswirtschaftlich dringend geboten. Soll dies auf freiwilliger Basis erfolgen, so zeigt alle Erfahrung, dass eine spürbare steuerliche Förderung ein unverzichtbarer Katalysator für den Erfolg ist. Dies betrifft sowohl den individuellen Bereich, wie der Diskussionsablauf um das Steuerprivileg der Lebensversicherung zeigt, als auch die Verbreitung der betrieblichen Absicherung, deren allmählicher Rückgang mit schleichenden Verschlechterungen der steuerlichen Rahmenbedingungen einher geht. Andererseits geht es bei der Besteuerungsfrage um große Summen. Das Interesse an einer Belebung der Altersvorsorge prallt also auf handfeste fiskalische Bedürfnisse des Staates.

In der betrieblichen Altersversorgung gliedert sich das Thema der Besteuerung in drei Bereiche auf. Der unter Förderungsgesichtspunkten wichtigste Bereich betrifft die steuerliche Behandlung bei der **Gewinnermittlung des Arbeitgebers**, also die Ertragsbesteuerung. Denn der Arbeitgeber ist im Angebot einer betrieblichen Altersversorgung frei, und in seiner Entscheidung wird er auch unter steuerlichen Gesichtspunkten abwägen, ob er die Maßnahme betriebswirtschaftlich für sinnvoll hält. Der zweite Bereich ist die Frage, wie der **Finanzierungsaufwand** des Arbeitgebers beim Arbeitnehmer steuerlich behandelt wird, ob und ggf. in welchem Umfang diese Aufwendungen also dem steuerpflichtigen Arbeitslohn zuzurechnen sind. Als letztes geht es um die Frage, wie die betriebliche Altersversorgung in der **Leistungsphase** beim Versorgungsempfänger zu besteuern ist. Für die Effizienz eines Versorgungskonzepts spielen alle Aspekte eine wichtige Rolle. Interessant ist der Wirkungsgrad, also die Frage, **mit welchem Nettoaufwand welche Nettoleistung** erbracht werden kann. Auch wenn die Steuer beim Arbeitnehmer erhoben wird, muss der Arbeitgeber seinen Aufwand erhöhen, wenn er ein bestimmtes Nettoversorgungsziel erreichen will.

In diesem Kapitel geht es in erster Linie um die Frage, wie sich fondsgebundene Leistungspläne steuerlich in den **derzeitigen Rechtszustand** einordnen lassen. Es ist allerdings zu betonen, dass der Status quo sowohl aus politischen wie auch aus rechtlichen Gründen zunehmend an Stabilität verliert. Politisch nimmt der Druck zu, die ungleiche Besteuerung der einzelnen Durchführungswege der betrieblichen

Altersversorgung zu beenden. Im Rahmen des AVmG gerät in die Steuerfrage zwar Bewegung, allerdings ist **kein Ende der Ungleichbehandlung** zu erkennen. Auch verfassungsrechtlich ist eine Gleichbehandlungsproblematik aktuell. So wird das Bundesverfassungsgericht demnächst entscheiden, ob die unterschiedliche Besteuerung von Beamtenpensionen und Renten aus der gesetzlichen Rentenversicherung verfassungskonform ist. Diese Entscheidung dürfte auch für andere Alterseinkünfte wie eben Leistungen der betrieblichen Altersversorgung Konsequenzen haben.

6.1 Bilanzierung und Ertragsbesteuerung beim Arbeitgeber

Bemessungsgrundlage für die Ertragsbesteuerung beim Arbeitgeber ist im allgemeinen nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 EStG der Gewinn. Buch führende Unternehmen ermitteln diesen nach § 4 Abs. 1 EStG durch Betriebsvermögensvergleich. Bilanzierungsfragen sollen hier jedoch kein Kernthema sein. **Handelsbilanzielle Wertansätze** werden in diesem Abschnitt **nur insoweit** gestreift, als sie nach § 5 Abs. 1 S. 1 EStG auch **steuerlich maßgeblich** sind. Gerade für den wichtigen Bereich der Pensionsrückstellung ist diese Maßgeblichkeit wegen der speziellen Regelung des § 6a EStG nur eingeschränkt der Fall. Wer zur Buchführung nicht verpflichtet ist und auch keine Bücher führt, kann den Gewinn nach § 4 Abs. 3 EStG als Überschuss der Einnahmen über die Ausgaben berechnen.

6.1.1 Direktversicherung

Die ertragsteuerliche Behandlung der Direktversicherung ist eher unkompliziert³²². Soweit das Bezugsrecht dem Arbeitnehmer oder seinen Hinterbliebenen zusteht, handelt es sich nach § 4b EStG um einen dem Arbeitnehmer zuzurechnenden Vermögensgegenstand, den der Arbeitgeber **nicht aktivieren** muss. Praktische Schwierigkeiten kann allenfalls bei gespaltenem Bezugsrecht die erforderliche Aufteilung des Versicherungswertes bereiten.

Die Abzugsfähigkeit der Versicherungsprämien als Betriebsausgaben richtet sich nach § 4 Abs. 4 EStG. Es kommt also unabhängig von der Bezugsrechtsgestaltung allein auf die Frage der betrieblichen Veranlassung an³²³. Diese ist jedoch nur in Ausnahmefällen problematisch. Der Betriebsausgabenabzug erfolgt nach R 26 Abs. 3 S. 1 EStR im Jahr der Beitragszahlung.

Fondsgebundene Direktversicherungen weisen bei der Besteuerung auf Arbeitgeberseite keine Besonderheiten auf. Problematisch können sie unter bestimmten Voraussetzungen bei der Leistungsbesteuerung sein (Tz. 6.3).

³²² Eine Übersicht findet sich bei *Buttler*, Betriebliche Altersversorgung durch Direktversicherungen, Rz. 19 ff.

³²³ *Blomeyer/Otto*, Betriebsrentengesetz, StR A Rz. 16

6.1.2 Rückgedeckte Direktzusage

a) Bildung einer Pensionsrückstellung gemäß § 6a EStG

Erteilt ein bilanzierender Arbeitgeber eine Pensionszusage an einen Arbeitnehmer, so muss er hierfür einen **Passivposten** in seiner Bilanz ausweisen, die sog. Pensionsrückstellung. Diese Verpflichtung wurzelt im **Handelsrecht**. Da der Eintritt der Verpflichtung hinsichtlich Zeitpunkt, ggf. Höhe und Dauer bis zum vollständigen Erlöschen nicht bekannt ist, ist nach § 249 Abs. 1 HGB eine **Rückstellung für ungewisse Verbindlichkeiten** zu bilden. Über die Höhe der zu bildenden Rückstellung trifft § 253 Abs. 1 S. 2 HGB eine allgemeine Aussage. Danach sind laufende Renten mit dem Barwert anzusetzen, Anwartschaften mit dem Betrag, der nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung zur Erfüllung der Verpflichtung erforderlich ist.

Für die Bildung einer Pensionsrückstellung in der **Steuerbilanz** gilt in § 6a EStG eine wesentlich detailliertere Bestimmung. Hier werden sowohl handelsrechtlich irrelevante Zulässigkeitsvoraussetzungen aufgestellt als auch Einzelheiten hinsichtlich des Berechnungsverfahrens, der Rechnungsgrundlagen, der Finanzierungsdauer usw. vorgeschrieben. Dies soll vor allem eine **einheitliche steuerliche Behandlung der Direktzusagen gewährleisten** sowie im Hinblick auf die noch darzulegende betriebswirtschaftliche Attraktivität der Rückstellungsfinanzierung Missbrauch verhindern. § 6a EStG ist *lex specialis* zu §§ 5, 6 EStG und schränkt insoweit den Maßgeblichkeitsgrundsatz ein³²⁴. Viele Firmen übernehmen daher der Einfachheit halber umgekehrt den nach § 6a EStG ermittelten Bilanzwert in ihre Handelsbilanz. Ohne Modifikationen ist das nicht unproblematisch: Zwar widerspricht der steuerliche Ansatz nicht unbedingt der vernünftigen kaufmännischen Beurteilung³²⁵, jedoch gibt es Situationen, in denen unternehmensindividuelle Besonderheiten wie z. B. die langfristig erzielbare Unternehmensrendite berücksichtigt werden müssen³²⁶. Derartige Fragen sollen hier aber, wie eingangs erwähnt, nicht weiter ausgeführt werden.

Bei der Gewinnermittlung wirken sich die Bildung der Pensionsrückstellung sowie die jährlichen Zuführungen mindernd auf den steuerpflichtigen Ertrag des Unternehmens aus. Erst wenn die Leistungen erbracht werden bzw. die Verpflichtung erlischt, kommt es zu Gewinn erhöhenden Auflösungen. Dadurch erzielt das Unternehmen einen **Steuerstundungseffekt** sowie **Liquiditätsvorteile**: Während der Anwartschaftsphase fällt lediglich Buchaufwand an. Der Aufwand fließt aber nicht aus dem Unternehmen ab, vielmehr kann der Arbeitgeber entsprechende Mittel nach seiner freien Entscheidung extern anlegen oder intern damit wirtschaften. Die Steuerpflicht verlagert sich von der Anwartschafts- in die Leistungsphase bzw. auf den Zeitpunkt, in dem die Verpflichtung erlischt. Die zwischenzeitlich erwirtschafteten Erträge auf die gestundeten Steuern stellen einen **dauerhaften betriebswirtschaftlichen Vorteil** aus der Rückstellungsfinanzierung dar. Diese Vorteile sind ein Grund dafür, dass die Direktzusage gemessen an den gebundenen Deckungsmitteln der beliebteste Durchführungsweg der betrieblichen Altersversorgung in Deutschland ist.

³²⁴ Ahrend/Förster/Rößler, 2. Teil, Rz. 36

³²⁵ Ahrend/Förster/Rößler, 8. Teil, Rz. 25

³²⁶ Vgl. Ahrend/Förster/Rößler, 8. Teil, Rz. 95 ff.

Die Möglichkeit der Rückstellungsfinanzierung besteht aber nur bei einer Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 1, nicht dagegen nach § 4 Abs. 3 EStG³²⁷.

b) Voraussetzungen und Verfahren im einzelnen

Die Voraussetzung für die Bildung einer Pensionsrückstellung sind in § 6a Abs. 1 EStG aufgezählt. Danach muss

- ein **Rechtsanspruch** auf die Pensionsleistungen bestehen
- die Zusage **schriftlich** erteilt sein
- die Zusage **ohne steuerschädliche Vorbehalte** erteilt sein.

Mit dem Jahressteuergesetz 1997 wurde die Abhängigkeit der Leistung von künftigen gewinnabhängigen Bezügen den steuerschädlichen Vorbehalten gleich gestellt. Derzeit darf also **keine Rückstellung für eine Pensionsverpflichtung** gebildet werden, deren Höhe von der **künftigen ungewissen Entwicklung des Unternehmensgewinns abhängt**. Die Änderung war eine Reaktion auf ein Urteil des BFH, der die bis dahin gültige Rechtslage gegenteilig interpretiert hatte³²⁸. Die Auseinandersetzung hat, wie sich noch zeigen wird, eine gewisse Bedeutung für die Frage nach der Rückstellungsfähigkeit fondsgebundener Versorgungszusagen.

Für Anwartschaften setzt die Rückstellungsbildung ferner voraus, dass der Berechtigte in der Mitte des betreffenden Wirtschaftsjahres mindestens 30 Jahre alt ist (§ 6a Abs. 2 Nr. 1 EStG).

Die **Höhe** der zu bildenden Rückstellung muss nach § 6a Abs. 3 EStG dem **versicherungsmathematischen Teilwert** entsprechen. Das ist der Barwert der künftigen Verpflichtung abzüglich des Barwerts künftiger gleichbleibender vorschüssiger Jahresprämien. Die Jahresprämie ist nach dem versicherungsmathematischen Äquivalenzprinzip zu bestimmen (vgl. Tz. 3.3). Finanzierungsbeginn ist der Diensteintritt (mindestens Alter 30), Finanzierungsende ist grundsätzlich das vertragliche Pensionsalter³²⁹. Die Berechnung muss nach den **anerkannten Regeln der Versicherungsmathematik** erfolgen. Das gilt vor allem für die Wahl der biometrischen Rechnungsgrundlagen. Anerkannt und überwiegend verwendet, wenn auch nicht zwingend, sind derzeit die „Richttafeln 1998“ von *Heubeck*. Als Rechnungszins sind 6% p. a. vorgeschrieben.

Das **Leistungsprofil**, welches für die Barwert- und Prämienberechnungen heranzuziehen ist, ist nach dem **Stichtagsprinzip** zu ermitteln. In § 6a Abs. 3 S.2 Nr. 1 S. 3 EStG heißt es am Ende, dass die künftigen Pensionsleistungen mit dem Betrag anzusetzen sind, der sich nach den Verhältnissen am Bilanzstichtag ergibt. Erhöhungen und Ermäßigungen, die am Bilanzstichtag bereits feststehen, sind bei der Berechnung zu berücksichtigen, wie etwa ein Tarifabschluss, auch wenn die erhöhten versorgungsfähigen Gehälter erst ab einem späteren Zeitpunkt zu zahlen

³²⁷ Ahrend/Förster/Rößler, 2. Teil, Rz. 60

³²⁸ BFH, Urt. vom 09.11.1995 – IV R 2/93, in BetrAV 1996, S. 110

³²⁹ In den Einkommensteuerrichtlinien sind zwei Wahlrechte für ein höheres bzw. – in Anlehnung an die gesetzliche Rentenversicherung – ggf. niedrigeres Bewertungsendalter vorgesehen, vgl. R 41 Abs. 12 EStR.

sind. Umgekehrt sind nach § 6a Abs. 3 S. 2 Nr. 1 S.4 EStG ungewisse Veränderungen, wie etwa im Falle der Koppelung der Leistung an einen Preisindex, erst dann zu berücksichtigen, wenn sie tatsächlich eingetreten sind. Deshalb kann z. B. für eine zugesagte Rentenerhöhung um einen festen Prozentsatz eine Rückstellung gebildet werden, nicht aber für die der Höhe nach ungewisse Anpassungspflichtung nach § 16 BetrAVG. Der Interpretation des Stichtagsprinzips kommt bei der Anwendung von § 6a EStG auf fondsgebundene Leistungspläne überragende Bedeutung zu.

Im Falle einer **Zusageerhöhung** werden Prämien und Barwerte so bestimmt, als ob von Anfang an die höhere Leistung zu finanzieren gewesen wäre. D. h. die **auf die Vergangenheit entfallenden Teilprämien** für die Erhöhung müssen **sofort** zugeführt werden (past-service-Effekt).

c) Rückstellung für eine nicht garantierte Leistung?

Will man im Falle einer fondsgebundenen Versorgungszusage im Rahmen der hier dargestellten Grundzüge des Bewertungsverfahrens den versicherungsmathematischen Teilwert nach § 6a EStG berechnen, so stößt man auf eine grundlegende Schwierigkeit: Welches Leistungsprofil kann für die Rückstellungsrechnung berücksichtigt werden? Für die Leistung im Todesfall wird man in jedem Fall die Mindestgarantiesumme zu Grunde legen können. Das gleiche gilt für eine eventuell bestehende, im Bereich der Altersversorgung aber bislang eher unübliche Mindestgarantie bei Ablauf bzw. Alterspensionierung. Problematisch ist aber die **Altersleistung**, wenn keine solche Mindestzusage besteht und im **ungünstigsten Fall die Versorgung wertlos** werden kann. Hier ist als erstes zu fragen, ob für eine solch ungewisse Leistung überhaupt eine Pensionsrückstellung gebildet werden kann.

Voraussetzung für die Rückstellungsbildung ist zunächst das Bestehen eines **Rechtsanspruchs** auf die zugesagten Leistungen. Daran fehlt es dann, wenn die Leistungserbringung nur unverbindlich in Aussicht gestellt wird. Um solche Probleme geht es hier aber nicht. Die **Qualität** des Rechtsanspruchs steht außer Frage. Lediglich die **Quantität** ist zweifelhaft, da der Gegenstand, auf den sich der Anspruch bezieht, einen bei Zusageerteilung ungewissen Wert hat. Doch rechtfertigt dies allein nicht die Verneinung des steuerlich geforderten Rechtsanspruchs. Denn in zahlreichen bekannten Konstellationen ist die Höhe der Versorgungsleistung in der Anwartschaftsphase noch nicht garantiert, nämlich immer dann, wenn die Versorgungsregelung Bezug auf ungewisse Bemessungsgrößen wie etwa das Gehalt, Bezugsgrößen der Sozialversicherung oder anzurechnende sonstige Versorgungsleistungen nimmt. In diesen Fällen ist eine Rückstellungsbildung unstrittig möglich. Auf den Bestand der Bemessungsgrundlagen muss sich der Rechtsanspruch nicht erstrecken³³⁰. In diesen Fällen ist das **Stichtagsprinzip** das richtige Instrument zum Umgang mit den Ungewissheiten. Unterschiede bestehen allein darin, wer auf die Entwicklung dieser Größen Einfluss hat und wie stark sie sich auf die Versorgungsleistung auswirken können.

Gestützt wird diese Einschätzung durch einen Blick in die Vergangenheit. Es geht um das Rückstellungsverbot für **Versorgungsbestandteile**, deren Höhe sich nach **gewinnabhängigen Bemessungsgrößen** richtet. Der BFH hatte in der Zeit vor

³³⁰ Ahrend/Förster/Rößler, 2. Teil, Rz. 244

der expliziten gesetzlichen Regelung in einem Versorgungssystem, in welchem neben den Festbezügen auch nicht garantierte gewinnabhängige Vergütungsbestandteile versorgungsfähig waren, die Bildung einer Pensionsrückstellung auch hinsichtlich derjenigen Anwartschaftsteile zugelassen, die sich aus der Berücksichtigung der variablen Gehälter ergab³³¹. Dabei hat der BFH das Stichtagsprinzip dahingehend konkretisiert, dass hinsichtlich der Gewinnsituation beim Arbeitgeber die Verhältnisse am Bilanzstichtag heran zu ziehen sind. In der Praxis können der Bewertung dann die zuletzt gewährten gewinnabhängigen Gehälter zu Grunde gelegt werden, solange auf Grund einer geänderten Gewinnsituation eine Neufestsetzung nicht gewiss ist.

Der **Gesetzgeber** war mit diesem Ergebnis nicht einverstanden und hat als Reaktion auf das Urteil des BFH § 6a EStG geändert. Nunmehr ist die **Rückstellungsbildung für gewinnabhängig ungewisse Versorgungsleistungen ausdrücklich ausgeschlossen**. Damit sollten **steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten verhindert** werden. Die BFH-Entscheidung hätte den Unternehmen die Möglichkeit eröffnet, in ertragsreichen Jahren Zuführungen zur Pensionsrückstellung vorzunehmen und diese in schwachen Jahren wieder gewinnerhöhend aufzulösen³³². Die Pensionsrückstellung würde dann der Glättung des Geschäftsergebnisses dienen. Die Ergänzung erfolgte in Abs. 1 Nr. 2, also zum steuerschädlichen Vorbehalt. Und in der Tat hat die Situation eine gewisse Ähnlichkeit mit einer Widerrufsmöglichkeit. Denn der Arbeitgeber kann seinen Gewinn bis zu einem gewissen Grad selbst steuern und hat auch Freiheiten bei der Festsetzung gewinnabhängiger Bezüge.

Die Entscheidung des BFH ist sicherlich auch auf Basis der alten Rechtslage fragwürdig. Das betrifft nicht nur die Prüfung eines steuerschädlichen Vorbehaltes, sondern auch die Anwendung des Stichtagsprinzips. Denn soweit der Gewinn des Unternehmens bei Eintritt des Versorgungsfalls für die Leistung maßgeblich ist (oder zumindest derjenige künftiger Wirtschaftsjahre), so kann man durchaus auch den gegenteiligen Standpunkt vertreten, nämlich das der künftige Gewinn am Bilanzstichtag noch nicht erwirtschaftet und daher mit Null anzusetzen ist. Denn der Gewinn ist keine stetige Größe, die automatisch auf der Vergangenheit aufsetzt. Das Geschäftsergebnis wird auch stark von einmaligen und außerordentlichen Maßnahmen und Ereignissen geprägt. Durch Vor- und Rücktragsmöglichkeiten kann sogar der Gewinn des einen Jahres dem Verlust eines anderen entsprechen. Unter Stichtages Gesichtspunkten wäre daher naheliegend, den künftigen, noch nicht erwirtschafteten Gewinn mit Null anzusetzen, was im Ergebnis auch zu einem Rückstellungsausschluss führen würde.

Unabhängig von dieser Kritik bringt das BFH-Urteil jedoch die **grundlegende Wertung** zum Ausdruck, dass selbst ein **völliges Verfallsrisiko** den Rechtsanspruch nicht entfallen lassen muss. Vielleicht hat sich der BFH etwas weit vorgewagt, indem er dies für die Abhängigkeit der Versorgungsleistung vom **Unternehmensgewinn** entscheidet. Denn hierbei handelt es sich um eine **Bemessungsgröße**, die immer wieder neu entsteht und die **der Arbeitgeber sogar beeinflussen kann**. Für die Abhängigkeit der Leistung von einem rein **äußeren Ereignis** wie dem Börsenkurs muss eine solche Konsequenz dann aber **erst recht** gezogen

³³¹ BFH, Urt. vom 09.11.1995 – IV R 2/93, in BetrAV 1996, S. 110

³³² Littmann/Bitz/Hellwig, § 6a Rz. 43; Zweiter Bericht des Finanzausschusses des Bundestages, BT-Drucks. 13/5952, S. 45

werden. Unter Missbrauchsgesichtspunkten besteht für eine steuerliche Restriktion auch gar keine Rechtfertigung.

Das gesetzliche Verbot der Rückstellungsbildung für gewinnabhängige Versorgungsleistungen ist für die Beurteilung börsenkursabhängiger Leistungen übrigens ohne Auswirkung. Da es sich offenkundig um eine „**lex BFH**“ handelt, verbietet sich eine Ausdehnung im Wege der Analogie auf ungewisse Bemessungsgrößen allgemeiner Art von vornherein. Der Gesetzgeber hat eine mögliche allgemeinere Formulierung, wie sie der Regierungsentwurf noch vorsah³³³, bewusst nicht übernommen. Infolgedessen bleibt z. B. weiterhin offen, ob Rückstellungen für umsatzabhängige Versorgungsleistungen möglich sind³³⁴. Auf die Situation der Fondspläne passt die gesetzgeberische Kritik an der durch das BFH-Urteil geschaffenen Situation zudem überhaupt nicht, weil es die Firma nicht in der Hand hat, wie sich der Kurs des Fonds entwickelt.

Diese Argumentation zeigt zugleich, dass die Abhängigkeit der Leistung von der Kursentwicklung keinen **steuerschädlichen Vorbehalt** darstellt. Eine Rückstellungsbildung ist nach § 6a Abs. 1 S. 2 EStG ausgeschlossen, wenn die Zusage einen Vorbehalt enthält, dass die Pensionsanswartschaft gemindert oder entzogen werden kann, es sei denn, der Vorbehalt bekräftige lediglich Widerrufsmöglichkeiten nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen wie Wegfall der Geschäftsgrundlage. Bereits der Wortlaut „gemindert oder entzogen“ weist darauf hin, dass es um einen Widerruf nach dem Willen des Arbeitgebers geht. Auch die Interpretation durch die Finanzverwaltung in R 41 Abs. 3 und 4 EStR stellt bei der Abgrenzung zum unschädlichen Vorbehalt darauf ab, ob der Arbeitgeber die Zusage nach freiem Belieben oder nur nach billigem Ermessen widerrufen kann. Dagegen beruht die Ungewissheit der fondsbezogenen Leistung auf äußeren Risiken, auf die der Arbeitgeber keinen Einfluss hat. Wenn fondsgebundene Leistungspläne dem Grunde nach zur betrieblichen Altersversorgung zulässig sind, dann kann die Verwirklichung des wesentypischen Ausfallrisikos nicht mit dem willkürlichen Widerruf ohne angemessene Berücksichtigung der Arbeitnehmerinteressen gleichgesetzt werden.

Gelegentlich wird in der Literatur die Ansicht vertreten, dass die Abhängigkeit einer Versorgungsleistung von einer schwankenden Bemessungsgrundlage steuerschädlich sei, wenn nicht auf arbeitsrechtliche Grenzen der Verringerung in der Zusage hingewiesen wird³³⁵. Solche Grenzen können sich bei fondsgebundenen Leistungsplänen insbesondere aus einer Vertrauenshaftung des Arbeitgebers ergeben. Darauf hinzuweisen ergibt aber keinen Sinn, da die Haftung bei ansonsten ordnungsgemäßem Verhalten des Arbeitgebers gar nicht entsteht. Ohnehin scheint eine derartige Hinweispflicht zweifelhaft. Sie würde zumindest die verbreitete Verwendung des in R 41 Abs. 4 der Einkommensteuerrichtlinien als steuerschädlich bezeichneten speziellen Vorbehalts in Frage stellen, wonach u. a. eine Entziehung der Leistung zulässig ist, wenn der Berechtigte Handlungen begeht,

³³³ BT-Drucks. 13/5359, S. 118

³³⁴ Dafür wegen größerer Stabilität des Umsatzes im Vergleich mit dem Gewinn *Ahrend/Förster/Rößler*, 2. Teil, Rz. 244, die hierbei betonen, dass sich der Rechtsanspruch nicht auf die Bemessungsgrundlagen erstrecken muss; dagegen *Blomeyer/Otto*, Betriebsrentengesetz, StR A Rz. 316 sowie – zum alten § 6a – OFD Düsseldorf vom 13.02.1968 – S 2176 A, in BB 1968, S. 284

³³⁵ *Blomeyer/Otto*, Betriebsrentengesetz, StR A Rz. 316

die zu einer fristlosen Entlassung berechtigen. Denn nach gefestigter Rechtsprechung sind die arbeitsrechtlichen Grenzen für einen Widerruf viel enger.

Nachdem der Rechtsanspruch auf die Leistungen gegeben ist und auch kein steuerschädlicher Vorbehalt anzunehmen ist, richtet sich die Rückstellungsfähigkeit für fondsgebundene Versorgungszusagen ganz nach dem **Stichtagsprinzip**. Hier ist zu fragen, ob bei völligem Fehlen einer Mindestgarantie die Altersleistung während der Anwartschaftsphase überhaupt **ausreichend bestimmbar** ist, um hierfür zum Bilanzstichtag eine Rückstellung bilden zu können. Entscheidend hierfür ist die Sichtweise, mit der man den Wertbildungsprozess für den Aufbau der Ablaufleistung einer fondsgebundenen Lebensversicherung betrachtet. **Einerseits** könnte man von der **Garantieleistung am Bewertungsstichtag** ausgehen, diese beträgt üblicherweise **Null**. Die tatsächliche Ablaufleistung ist dann eine bis zuletzt ungewisse Erhöhung dieser (Null-) Leistung, die erst zum vereinbarten endgültigen Feststellungszeitpunkt eintritt und damit einer Bewertung nach dem Stichtagsprinzip zugänglich wird. Nach dieser m. E. allerdings wenig überzeugenden Argumentation wäre die Bildung einer Rückstellung während der Anwartschaftsphase ausgeschlossen. **Andererseits** kann man den Aufbau der Ablaufleistung als einen nicht schlagartigen, sondern vielmehr **kontinuierlichen Prozess** betrachten, der sich aus einem versicherungstechnischen Formelwerk ergibt und vor allem durch die Beitragszahlung und die Kursschwankungen beeinflusst wird. Die Beitragszahlung folgt dabei üblicherweise einem festgelegten Plan und kann daher nach den Verhältnissen am Bilanzstichtag berücksichtigt werden. Der **Kurswert eines Anteils**, der über den Berechnungsfaktor die Ablaufleistung bestimmt, stellt dann eine Bemessungsgrundlage für die Leistung dar, die ähnlich wie ein versorgungsfähiges Gehalt oder ein Index mit dem **am Bilanzstichtag gültigen Wert anzusetzen** ist³³⁶.

Die oben zitierte Rechtsprechung des BFH zielt eindeutig – bezogen auf den (künftigen) Unternehmensgewinn als Bemessungsgröße – auf die zweite Sichtweise. Mit dem Gewinn bewertet der BFH nach dem Stichtagsprinzip eine schwankende Jahresgröße mit ihrem aktuellen Wert, die immer wieder völlig neu erwirtschaftet werden muss und nicht etwa kumulativ auf dem Gewinn des Vorjahrs aufsetzt. Damit dehnt der BFH das Stichtagskonzept sogar auf bloße Orientierungsgrößen aus. Es bedarf weit weniger Rechtfertigung, den jeweiligen Anteilswert als Bemessungsgröße für eine fondsgebundene Versorgungsleistung dem Stichtagsprinzip zu unterwerfen. Denn der **am Bilanzstichtag zuletzt bekannte Kurs** ist nicht bloß eine reine Schätzgröße für den bei Ablauf maßgeblichen Kurs, er ist vielmehr die **Basisgröße für die weitere Preisbildung an der Börse**. Der Kurs einer Aktie kann im Prinzip begriffen werden als anteiliger Unternehmenswert unter Berücksichtigung der langfristigen Gewinnerwartung, Kursschwankungen sind also Wertveränderungen eines Gegenstandes. Dagegen ist der von Jahr zu Jahr erwirtschaftete Gewinn ein kurzfristiger, möglicherweise von Sondereinflüssen geprägter Ausstoß.

In der Praxis anzutreffende Bedenken, wonach für den nicht garantierten Teil eines fondsgebundenen Leistungsplans keine Rückstellung nach § 6a EStG gebildet werden kann, scheinen mir nicht stichhaltig. Sie werden möglicherweise durch die

³³⁶ R 41 Abs. 17 S. 2 EStR: Änderungen der Bemessungsgrundlagen, die erst nach dem Bilanzstichtag wirksam werden, sind zu berücksichtigen, wenn sie am Bilanzstichtag bereits fest stehen.

in der politischen Diskussion zunehmend erhobenen Forderungen nach einer garantierten Mindestabsicherung gefördert, denen jedoch keinerlei Gewicht für die Auslegung des geltenden Steuerrechts zukommt. Zur Verunsicherung mögen auch zwei höchst fragwürdige BMF-Schreiben zur fondsgebundenen Rückdeckung von Unterstützungskassen beitragen, auf die im entsprechenden Zusammenhang noch einzugehen ist³³⁷. Ausdrücklich ablehnende Stellungnahmen zur Rückstellungsfähigkeit fondsgebundener Direktzusagen sind jedenfalls nicht ersichtlich.

Für eine Rückstellungsbildung spricht auch der Umstand, dass der Arbeitgeber die zur Rückdeckung eingesetzten Vermögensmittel (Versicherungen oder Wertpapiere) in seiner Bilanz aktivieren muss. Der Aktivwert berücksichtigt aber auch den nicht garantierten Teil³³⁸. Ohne Passivierungsmöglichkeit käme es zu einer krassen **Schiefelage**, der Arbeitgeber müsste den Wertzuwachs der Rückdeckung als Gewinn versteuern, obwohl – im Falle kongruenter Rückdeckung – diese Mittel deckungsgleich für die Erfüllung der Versorgungsverbindlichkeiten reserviert sind.

Als **Zwischenergebnis** kann somit festgehalten werden, dass weder wegen fehlenden Rechtsanspruchs noch unter dem Einwand eines steuerschädlichen Vorbehalts noch unter Stichtagserwägungen eine Rückstellungsbildung für fondsgebundene, der Höhe nach nicht garantierte Versorgungsanwartschaften ausgeschlossen ist. Vielmehr ist das Stichtagsprinzip in der hier beschriebenen, vom BFH in einem viel kritischeren Zusammenhang noch geteilten Sichtweise auszulegen, wonach das **zu bewertende Leistungsprofil** auf Basis des **am Bilanzstichtag maßgeblichen Kurswerts** der Fondsanteile zu bestimmen ist.

d) Die Höhe der Pensionsrückstellung für eine fondsgebundene Versorgungszusage

Das **Hauptproblem** bei der Ermittlung der Pensionsrückstellung nach § 6a EStG für einen fondsgebundenen Leistungsplan ist die Bestimmung des zu bewertenden Leistungsvektors. Dieses Problem löst sich nach den obigen Ausführungen zum Stichtagsprinzip auf die gleiche Weise wie bei der Bestimmung der Als-ob-Leistung der unverfallbaren Leistung in Tz. 5.1.3. Danach ist die **Altersleistung** aus dem am Bilanzstichtag **planmäßig angesammelten Fondsvermögen** durch **Zurechnung der Nettosparanteile** aus den zugesagten künftigen Beiträgen zu ermitteln. Zu unterstellen ist dabei, dass sich der Wert eines Fondsanteils nach dem Bilanzstichtag nicht mehr ändert. Für die vorzeitige **Todesfalleistung** ist das Fondsguthaben auf gleiche Weise bis zum jeweiligen Leistungszeitpunkt hochzurechnen. Der ermittelte Betrag ist hier aber zusätzlich noch ggf. auf eine etwaige **Mindestleistung** bzw. um eine **garantierte Mindestrisikosumme aufzustocken**. Das in Tz. 5.1.5 gezeigte Rechenbeispiel kann insoweit unverändert übernommen werden.

Hinsichtlich der übrigen Einzelfragen der Rückstellungsrechnung besteht kein wesensmäßiger Unterschied zu den schon länger bekannten beitragsorientierten Zusagen. Die vorgeschlagene Hochrechnungsmethode ist hier üblich und im Steu-

³³⁷ Vgl. Tz. 6.1.3c; BMF, Schreiben vom 13.05.1998 – IV B 2 – S 2144c – 12/98, in BB 1998, S. 1789, sowie vom 11.12.1998 – IV C 2 – S 2144c – 4/98, in DB 1999, S. 25

³³⁸ Einzelheiten s. u. Buchst. e) und f)

erreicht wohl aus dem Stichtagsprinzip heraus auch verbindlich³³⁹. Die Berücksichtigung des nicht garantierten Teils im Rahmen der Hochrechnung fügt sich nahtlos in das Verfahren ein. Für Anwärter, die das Finanzierungsendalter bereits erreicht haben, jedoch ihre Leistung noch nicht abgerufen haben, ist der Betrag einzustellen, der bei sofortigem Abruf am Bilanzstichtag zu zahlen wäre, also in der Regel der aktuelle Wert des Fondsguthabens. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Betreffende noch aktiv tätig ist oder ob er trotz Beendigung des Dienstverhältnisses die Auszahlung in der Hoffnung auf Kurssteigerungen noch aufschiebt. Laufende Renten einer fondsgebundenen Rentenversicherung sind üblicherweise der Höhe nach garantiert und bereiten dann keinerlei Bewertungsprobleme; sollten aber Laufzeit und/oder Leistungshöhe noch fondsabhängig sein, ist der Leistungsverlauf nach dem Stichtagsprinzip nicht anders als bei den Anwartschaften durch Hochrechnung zu ermitteln. Die Rückstellungsrechnung kann zumindest bei kongruenter Rückdeckung mit einer fondsgebundenen Lebensversicherung durch das Versicherungsunternehmen problemlos durchgeführt werden.

e) Aktivierung von Deckungsmitteln

Korrespondierend zur Passivierung der unmittelbaren Versorgungsverpflichtung nach § 6a EStG muss der Arbeitgeber **Vermögenswerte**, die er zur Abdeckung dieser Verpflichtung anschafft, in der Bilanz **aktivieren**. Eine Verrechnung mit der Verpflichtung ist auch bei kongruenter Rückdeckung nicht zulässig, da die Gegenstände nach § 252 Abs. 1 Nr. 3 HGB einzeln zu bewerten sind und insoweit das **Saldierungsverbot** des § 246 Abs. 2 HGB gilt. Fraglich ist, mit welchem Wert die Deckungsmittel anzusetzen sind.

Eine **Rückdeckungsversicherung** ist nach h. M. mit dem geschäftsplanmäßigen Deckungskapital zuzüglich einem bereits zugeteilten Überschussguthaben, hilfsweise dem **Zeitwert** nach § 176 Abs. 3 VVG zu aktivieren³⁴⁰. Für die fondsgebundene Lebensversicherung kann insoweit auf die Ausführungen in Tz. 3.4.1 verwiesen werden, danach ist der Zeitwert im Normalfall der **aktuelle Börsenwert** der für die Versicherung gutgeschriebenen Anteilseinheiten. Die Ansicht, dass statt dessen nur der um einen Stornoabzug niedrigere Rückkaufswert anzusetzen sei, weil nur dieser realisierbar sei³⁴¹, hat sich nur für den Fall durchgesetzt, dass am Bilanzstichtag ernsthaft mit der Auflösung des Versicherungsvertrags zu rechnen ist³⁴². Ebenfalls ohne praktische Bedeutung ist die Ansicht, nach § 253 Abs. 1 S. 1 HGB seien ggf. nur die niedrigeren Anschaffungskosten, also die Summe der gezahlten Versicherungsprämien zu aktivieren³⁴³.

Im Falle einer **Rückdeckung durch Investmentfonds** gilt für den Bilanzansatz nach § 253 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 2 HGB das **Niederstwertprinzip**. Das bedeutet, dass der Arbeitgeber die Anteile mit dem niedrigeren Wert aus Anschaffungs- und aktuellem Börsenwert bilanzieren muss. Er ist nach § 253 Abs. 5 HGB nicht zur Wertaufholung verpflichtet, wenn ein vorübergehender Kursverlust wieder wett-

³³⁹ OFD Hannover, Verfügung vom 05.10.1995, in WP 1996, S. 34; ausführliche Beschreibung bei *Bode/Grabner*, in DB 1980, S. 2151 (2156)

³⁴⁰ So die Einkommensteuerrichtlinien in R 41 Abs. 24 S. 2 EStR; *Dankmeyer*, in DB 1998, S. 1434 (1436) m. N. auf die Rechtsprechung; *Hanau/Arteaga*, Gehaltsumwandlung, Kap. D Rz. 450 f.

³⁴¹ *Ahrend/Förster/Rößler*, 8. Teil, Rz. 144; *Wichmann*, in BB 1989, S. 1228 (1231 f.)

³⁴² *Dankmeyer*, a. a. O.

³⁴³ *Ahrend/Förster/Rößler*, a. a. O.

gemacht wird. Das führt dazu, dass der Arbeitgeber **stille Reserven aufbauen kann**. Kurssteigerungen der Anteileinheiten sind nicht zu aktivieren und führen dadurch erst bei einer Veräußerung zu einer Versteuerung³⁴⁴, also in der Regel bei Eintritt des Versorgungsfalls oder bei (verfallbarem) Ausscheiden des versorgungsberechtigten Arbeitnehmers. Auch eine Umschichtung in andere Papiere führt zu einer Realisierung der stillen Reserven. Somit kann der Arbeitgeber bei dieser Form der Rückdeckung einerseits von einem Steuerstundungseffekt profitieren, andererseits bis zu einem gewissen Grad den steuerlichen Aufwand über seine Anlagepolitik gestalten bzw. glätten.

f) Abzug der Aufwendungen für die Rückdeckung als Betriebsausgaben

Der Arbeitgeber kann die Prämien zur Rückdeckungsversicherung bzw. die Anschaffungskosten für die Wertpapiere zur Rückdeckung seiner Versorgungsverpflichtungen nach § 4 Abs. 4 EStG als Betriebsausgaben steuerlich geltend machen. Sie sind betrieblich veranlasst, weil sie seinem Sicherheitsinteresse dienen.

g) Steuerliche Gesamtwirkung: Mögliche Inkongruenz von Aktiv- und Passivbewertung

Der steuerlich wirksame Aufwand beim Arbeitgeber ergibt sich aus seinen Aufwendungen für die Rückdeckung (Versicherungsprämien bzw. Wertpapieranschaffung) zuzüglich der Differenz aus der Zuführung zur Pensionsrückstellung gem. § 6a EStG und der bilanzwirksamen Veränderung der Deckungsmittel. Während die Kosten für die Rückdeckung liquiden Aufwand darstellen, handelt es sich bei der Differenz aus den Veränderungen von Passiv- und Aktivposten um einen reinen Buchaufwand. **Sinnvoll** wäre es nun, wenn bei **kongruenter Rückdeckung** durch eine fondsgebundene Lebensversicherung die Bilanzwerte auf der **Aktiv- und Passivseite gleich hoch** wären und damit kein Buchaufwand entstünde, denn in diesem Fall trifft den Arbeitgeber keinerlei über die Entrichtung der Versicherungsprämien hinausgehende effektive Verpflichtung. Allerdings dürfte diese Situation in Folge der völlig unterschiedlichen Bewertungsverfahren eine allenfalls zufällig eintretende Ausnahme sein, so dass das Saldierungsverbot in der Praxis nicht nur bilanzoptische, sondern auch erfolgswirksame Effekte hat³⁴⁵. Im einzelnen sind folgende **wesentliche Unterschiede** in der Bewertung relevant:

- Nach dem **Teilwertverfahren** wird der **Finanzierungsaufwand gleichmäßig auf die gesamte Dienstzeit** des Arbeitnehmers verteilt. Wird die Zusage erst mehrere Jahre nach Diensteintritt des Arbeitnehmers erteilt, so muss der Arbeitgeber mit einer erhöhten Erstzuführung auf einmal die Raten für die Vergangenheit nachfinanzieren. Das gleiche gilt für spätere Erhöhungen der Zusage, etwa durch Erhöhung des künftigen Aufwands. Dagegen berücksichtigt der **Zeitwert** als Wertansatz für die Rückdeckungsversicherung nur den bis zum Bilanzstichtag **tatsächlich erbrachten Prämienaufwand**. Bei laufender Beitragszahlung führt das zu einer tendenziell höheren Pensionsrückstellung gegenüber dem Aktivwert, wobei der Vorsprung desto größer ist, je mehr

³⁴⁴ Dornberger, in BetrAV 1997, S. 311 (312)

³⁴⁵ Andresen/Förster/Rößler/Rühmann, Teil 3 Rz. 92

Dienstjahre der Arbeitnehmer bei Zusageerteilung bzw. Erhöhung im Verhältnis zur gesamten Dienstzeit bereits zurückgelegt hat.

- Die Aufwandsgleichverteilung beim Teilwertverfahren wirkt in umgekehrter Richtung, wenn der Schwerpunkt des zugesagten Aufwands vor dem Bilanzstichtag liegt. Dies ist allgemein bei **abgekürzter Beitragszahlungsdauer** und in Extremform beim **Einmalbeitrag** der Fall, etwa dann, wenn der Arbeitgeber keinen dauerhaften Aufwand versprechen möchte, sondern nur Versorgungsbausteine von Fall zu Fall gewähren will. Der geleistete Einmalbeitrag wirkt sich im Aktivwert voll, in der Pensionsrückstellung jedoch nur mit dem auf die zurückgelegte Dienstzeit entfallenden Anteil aus. Daher ist bei der Einmalprämie der Aktivwert erheblich höher als die Pensionsrückstellung³⁴⁶.
- Die Pensionsrückstellung wird erst **ab Alter 30** dotiert. Für jüngere Berechtigte erworbene Deckungsmittel sind zu aktivieren, ohne dass ein korrespondierender Passivposten gebildet werden kann.
- Der **Zeitwert** des Deckungskapitals enthält die bis zum Bewertungsstichtag erzielte **Fondsrendite in voller Höhe**. Das **Teilwertverfahren** verteilt auch diese auf die gesamte Dienstzeit und berücksichtigt sie **nur mit dem zurückgelegten Anteil**. Dafür erfolgt eine Hochrechnung in die Zukunft, allerdings mit dem Wert Null. Die daraus resultierende „Mischrendite“ führt bei typischerweise positiver Wertentwicklung zu einem **Bewertungsrückstand beim Teilwertverfahren**. Je besser der Fonds rentiert, desto weiter bleibt der Ansatz nach § 6a EStG hinter dem Aktivwert zurück. Nur bei negativer Rendite kehrt sich der Effekt um. Genau genommen ist nicht die Fondsrendite, sondern die Nettorendite auf die Beiträge nach Abzug der Kosten maßgeblich. Diese ist typischerweise in den ersten Versicherungsjahren negativ, wenn von den Beiträgen noch die Abschlusskosten der Versicherung gedeckt werden müssen und nur ein geringer Anlagestock aufgebaut werden kann. Deshalb ist in den ersten Versicherungsjahren der Teilwert eher höher als der Aktivwert, wobei es aber meist um geringe Absolutbeträge geht.
- Beim **Teilwertverfahren** berücksichtigen alle Barwertberechnungen eine vorgeschriebene jährliche **Verzinsung von 6%**. Je länger der Zeitraum vom Bewertungsstichtag bis zum rechnungsmäßigen Pensionierungstermin noch ist, desto niedriger ist der zum Stichtag maßgebliche Wert. Dagegen wird der **Zeitwert** einer fondsgebundenen Rückdeckungsversicherung **nicht abgezinst**, da er nicht auf die Zukunft bezogen ist. Der Einfluss des Rechnungszinses auf die Ergebnisse ist erheblich: Der Barwert einer erst in 20 Jahren fälligen Altersleistung von 100.000 DM beträgt allein unter Berücksichtigung der Verzinsung (ohne Sterblichkeit und Invalidität) nur ca. 32.000 DM.

Mit Ausnahme des Nachfinanzierungseffekts bei späterer Zusageerteilung und -erhöhung sowie dem anfänglichen Zurückbleiben des Fondsguthabens wegen vorrangiger Deckung der Abschlusskosten wirken alle hier aufgeführten Unterschiede in Richtung einer **stärkeren Gewichtung des Aktivwertes** im Verhältnis zur Pensionsrückstellung. Insbesondere wegen des Zinseffektes dürfte in gemischten, offenen Beständen auch bei laufender Beitragszahlung der Passivwert weit hinter dem Aktivwert zurück bleiben. Nur im Jahr der Erstzusage und bei Nachfinanzierungseffekten auf Grund von gewichtigen Neuzusagen oder Erhöhungen dürfte

³⁴⁶ Vgl. *Hanau/Arteaga*, Gehaltsumwandlung, Kap. D Rz. 453 f.

sich im Anwärterbereich ein positiver Buchaufwand ergeben. Erst mit der Annäherung an die Altersgrenze nähern sich beide Wertansätze wieder einander. Insgesamt wird in der ersten Hälfte der Anwartschaftsphase eher eine Gewinnerhöhung und in der zweiten Hälfte eine korrespondierende Gewinnminderung aus der Inkongruenz der Bewertungsverfahren ergeben. Dieser **buchmäßige, nicht durch eine effektive Verpflichtung gerechtfertigte Vorgang** führt dann dazu, dass sich der für Direktzusagen charakteristische Steuerstundungseffekt **umkehrt** und der Arbeitgeber **Steuern vorstrecken muss**.

Das Ergebnis scheint auf den ersten Blick der Einschätzung zu widersprechen, dass bei kongruent rückgedeckten Direktzusagen, die einen klassischen **Kapitaltarif** nachbilden, die **Pensionsrückstellung im Regelfall höher** liegt als der Aktivwert³⁴⁷. Für den Unterschied gibt es jedoch zwei tragende Erklärungen:

- Die Rendite einer Kapitalversicherung ist im Durchschnitt geringer als die einer Fondspolice. Zudem können **nur die zugewiesenen außerrechnungsmäßigen Erträge** zu einem Bewertungsüberhang auf der Aktivseite führen, da der Rechnungszins für die gesamte Versicherungsdauer in der Garantiesumme enthalten ist und damit von Anfang an in die Bewertung nach § 6a EStG eingeht. Mittlerweile wird aber ein zunehmender Anteil dieser außerrechnungsmäßigen Erträge erst im Wege der Schlussüberschusszuteilung gutgeschrieben³⁴⁸. Diese beeinflussen die Bewertungen während der Anwartschaftsphase nicht.
- Bei Kapitallebensversicherungen erfolgt die Berechnung des Aktivwertes nach einem grundlegend **anderen Verfahren** als bei Fondspolice. Bei laufenden Prämien wird grundsätzlich – ähnlich dem Teilwertverfahren – die Differenz von Leistungs- und Prämienbarwerten angesetzt, lediglich ohne Rückverteilung des Aufwands (vgl. das in Tz. 3.6.2 dargestellte Verfahren zur Berechnung der Deckungsrückstellung). Insbesondere wird aber **abgezinst**, wenn auch mit einem niedrigeren Zinssatz als beim Teilwertverfahren. Damit ist das für den Bewertungsunterschied mitverantwortliche **Zinsgefälle geringer**.

Wählt der Arbeitgeber eine – hinsichtlich der Altersleistung kongruente – Rückdeckung seiner Verpflichtungen durch **Investmentfonds**, so sind Aktiv- und Passivbilanzierung kaum mehr miteinander vergleichbar. Der den Wertpapieren gegenüberstehende Verpflichtungsumfang beinhaltet auch mögliche stille Reserven³⁴⁹, die zwar in der Teilwertrechnung, nach dem Niederstwertprinzip aber nicht bei der Bilanzierung auf der Aktivseite zu berücksichtigen sind. Immerhin können durch stille Reserven die beschriebenen, typischerweise bestehenden Bewertungsrückstände auf der Passivseite gemildert oder ausgeglichen werden, und der Arbeitgeber hat auf seinen Aufwand durch dieses Instrument einen gewissen Einfluss und ist nicht völlig zufälligen Schwankungen an den Kapitalmärkten ausgeliefert. Insofern steht sich der Arbeitgeber bei einer Wertpapierrückdeckung zumindest **steuerlich günstiger** als bei einer Rückdeckungsversicherung.

Die **Inkongruenz** von Aktiv- und Passivbewertung selbst bei kongruenter Rückdeckung ist jedoch **wenig befriedigend**. Dies ist nun kein spezielles Problem

³⁴⁷ So *Buttler*, Steuerliche Behandlung von Unterstützungskassen, Rz. 88

³⁴⁸ *Buttler*, a. a. O.

³⁴⁹ *Andresen/Förster/Rößler/Rühmann*, Teil 3 Rz. 101

fondsgebundener Leistungspläne, sondern gilt ganz generell für beitragsorientierte Versorgungszusagen. Anschauliches Beispiel hierfür sind Gehaltsumwandlungszusagen: Hier will der Arbeitgeber Versorgungsaufwand an Stelle von Gehalt in eine leistungsdefinierende Rückdeckung einbringen, ein an und für sich ergebnisneutraler Vorgang. Doch die nicht zueinander passenden Bewertungen von Vermögen und Verpflichtung erzeugen einen positiven oder negativen Buchaufwand und durchkreuzen so die geplante Neutralität.

h) Teleologische Reduktion von § 6a EStG?

Bei genauer Betrachtung erweist sich vor allem das **Teilwertverfahren** als **inadäquat** zur sachgerechten Bewertung **beitragsorientierter Zusagen**. Es ermöglicht nämlich definitionsgemäß keine freie Aufwandsbestimmung, insbesondere keine zeitliche Zuordnung des Aufwands durch die Vertragsparteien, sondern erzwingt stets eine Gleichverteilung über die gesamte Dienstzeit des Arbeitnehmers. Die dahinter stehende Idee, der Versorgungsanspruch des Arbeitnehmers werde allein durch dessen Treue zum Betrieb über die gesamte Dienstzugehörigkeit erdient, mag zwar für die klassische Leistungszusage in der Regel zutreffen, widerspricht jedoch den Motiven, von denen üblicherweise der Abschluss einer beitragsorientierten Versorgungsvereinbarung getragen ist. Hier soll nämlich **typischerweise** nicht die gesamte Dienstzeit bedacht werden, sondern – **möglichst flexibel – gerade die Zeit, für die der Aufwand kalkuliert wird**. Im Fall variabler Gehaltsumwandlungsmodelle soll der Zeitfaktor überhaupt keine Rolle spielen, erdient ist nach dem Willen der Parteien sofort die durch den Umwandlungsbetrag ausfinanzierte Anwartschaft³⁵⁰. Solche flexiblen Dotierungsmöglichkeiten, die gerade den besonderen Reiz beitragsorientierter Versorgungskonzepte ausmachen und aus arbeitsrechtlicher Sicht völlig unproblematisch sind, werden von der steuerlichen Berechnungsmethode völlig ignoriert. Obwohl bei einer beitragsorientierten Neuzusage typischerweise kalkulatorischer Aufwand nur für die Zukunft erbracht werden soll, verlangt § 6a EStG eine Rückverteilung bis Dienstbeginn. Das gleiche gilt für eine Erhöhung des kalkulatorischen Aufwands. Umgekehrt wird auch planmäßiger Einmalaufwand zwangsläufig auf die gesamte Dienstzeit verteilt.

Handelsrechtlich sind hier Situationen denkbar, in denen wegen der von § 253 Abs. 1 S. 2 HGB geforderten vernünftigen kaufmännischen Beurteilung ein Abweichen von § 6a EStG nötig ist³⁵¹. Dem soll hier nicht weiter nachgegangen werden. Jedoch sind auch im Steuerrecht Tendenzen zu erkennen, bei der Bestimmung des Verteilungszeitraums für den Aufwand die Absicht des Arbeitgebers zumindest typisiert zu berücksichtigen.

So wird die Ansicht vertreten, bei beitragsorientierten Zusagen sei an Stelle des Dienstbeginns der **Zeitpunkt der Zusageerteilung für den Finanzierungsbeginn** heranzuziehen, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer ausdrücklich vereinbaren, dass zurück liegende Dienstzeiten nicht vergütet werden sollen³⁵². Angesichts des eindeutigen Wortlauts und -sinns in § 6a EStG, in dem der Finanzierungsbeginn auf den Beginn des Wirtschaftsjahrs festgelegt wird, „in dem das Dienstverhältnis begonnen hat“, dürfte klar sein, dass eine solche Interpretation nicht mehr

³⁵⁰ Hanau/Arteaga, Gehaltsumwandlung, Kap. D Rz. 445

³⁵¹ Vgl. Ahrend/Förster/Rößler, 2. Teil, Rz. 59

³⁵² Blomeyer/Otto, Betriebsrentengesetz, StR A Rz. 353; Otto, in DStR 1996, S. 770 (771)

als Ergebnis einer Auslegung zu erreichen ist, sondern eine teleologische Reduktion von § 6a EStG erfordert.

Im Wege der teleologischen Reduktion werden sogar noch **weitergehende Modifikationen von § 6a EStG** vorgeschlagen. Danach soll eine beitragsorientierte Versorgungszusage überhaupt nicht mit dem Teilwert, sondern generell nach dem früher vorgeschriebenen **Gegenwartswertverfahren** bewertet werden³⁵³. Dieses unterscheidet sich vom Teilwertverfahren dadurch, dass sowohl die **Erstzusage** als auch spätere **Erhöhungen** immer nur auf **die jeweilige Restdienstzeit zu verteilen** sind. Eine Rückverteilung von Versorgungsaufwand ist dadurch ausgeschlossen. Bei einem Bausteinsystem, bei dem nach Sinn und Zweck der Versorgungszusage der jeweilige Versorgungsbaustein mit der Aufwandserbringung voll erdient ist, soll sogar direkt mit dem **Barwert der erworbenen Anwartschaft** zu bewerten sein, ohne Berücksichtigung künftiger Steigerungen und ohne Abzug künftiger Prämien³⁵⁴. Diese Ansicht ermöglicht eine punktgenaue Aufwandsbestimmung durch die Vertragsparteien, auch Einmalbeiträge können voll rückstellungswirksam erbracht werden.

Bei diesen Modifikationsversuchen handelt es sich um **sinnvolle Veränderungsvorschläge** für die Bewertung beitragsorientierter Versorgungsverpflichtungen. Hier besteht in jedem Fall Handlungsbedarf, denn für einen Arbeitgeber, der zwar bereit ist, einen festgelegten Versorgungsaufwand zu erbringen, jedoch die ungewissen Risiken einer Leistungszusage scheut, können die dargestellten buchmäßigen Aufwandsschwankungen durchaus ein ernstes Einführungshindernis sein. Auf Basis der aktuellen Rechtsprechung des **BFH** erscheinen diese Vorschläge zur teleologischen Reduktion des § 6a EStG allerdings doch ziemlich **utopisch**. In seinem jüngsten Vordienstzeitenurteil vertritt das Gericht eine sehr strenge Auslegung des Begriffs „Beginn des Dienstverhältnisses“³⁵⁵. Der BFH lehnt dort die Rückverlegung des Dienstbeginns um vertraglich anerkannte Vordienstzeiten ab und bringt dabei klar zum Ausdruck, dass die **Parteien den Dienstbeginn i. S. v. § 6a EStG** mit ihrer Vertragsbestimmung **nicht in der Hand haben**. Angesichts dieser strengen Haltung in einer doch eher harmlosen, nur wenige Einzelfälle betreffenden Frage ist mit einem Aufgreifen der Idee einer teleologischen Reduktion durch die Rechtsprechung in absehbarer Zeit wohl nicht zu rechnen.

Unabhängig von den praktischen Chancen auf Umsetzung bleibt aber zu untersuchen, ob die derzeitige Ausgestaltung von § 6a EStG die Voraussetzungen für eine teleologische Reduktion liefert. Dazu müsste eine **verdeckte Lücke** vorliegen, also eine für die Fallgestaltung zwar anwendbare Regelung, die aber nach ihrem Sinn und Zweck hier nicht passt, weil sie die für die Wertung gerade der betrachteten Fälle relevante Besonderheit außer acht lässt³⁵⁶. Die Besonderheit könnte bei den beitragsorientierten Zusagen gerade in einer Art und Weise der von den Parteien gewünschten Aufwandszuordnung bestehen, die der von § 6a EStG stillschweigend vorausgesetzten Gleichverteilung zuwider läuft.

Für das Bestehen einer Lücke reicht es aber nicht aus, dass die vom Gesetz getroffene Entscheidung einer rechtspolitischen Kritik nicht standhält. Erforderlich ist vielmehr, dass das Gesetz gemessen an seiner eigenen, aus dem **inneren Norm-**

³⁵³ Hanau/Arteaga, Gehaltsumwandlung, Kap. D Rz. 446

³⁵⁴ Hanau/Arteaga, a. a. O., Kap. D Rz. 447

³⁵⁵ BFH, Urteil vom 09.04.1997 – I R 124/95, E-BetrAV 70.7 Nr. 52

³⁵⁶ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 377, 391

zusammenhang bestimmten Regelungsabsicht **keine passende Regelung bereit hält**³⁵⁷. Als steuerlicher Vorschrift kommt aber § 6a EStG vor allem ordnende Funktion zu. Materiell-inhaltliche Fragen, ob der Aufwand nach kaufmännischer Betrachtung exakt oder nur näherungsweise erfasst wird, mögen im Handelsrecht entscheidend sein; sie spielen im Steuerrecht eine untergeordnete Rolle. Die inhaltliche Rechtfertigung der Ausgestaltung des **Steuerrechts** besteht vor allem darin, **dem Staat Einnahmen zu verschaffen**. Im übrigen genügt es, dass die Normen nicht völlig willkürlich sind und die Verfassung, insbesondere den Gleichheitssatz, beachten.

Unter diesem Gesichtspunkt lassen sich für die derzeitige Regelung eine ganze Menge positiver Argumente anführen, ohne dass damit die von der Gegenmeinung genannten Argumente in der Sache entkräftet wären. So führt die Bestimmung, alle Direktzusagen nach einem einheitlichen Verfahren zu behandeln, zu einer gewissen **Vereinfachung** und vermeidet Abgrenzungsprobleme, zu deren Lösung u. U. erst der Wille der Vertragspartner oder der Deckungsgrad einer Rückdeckungseinrichtung überprüft werden muss. Eine wichtige Funktion steuerlicher Ordnungsvorschriften besteht auch darin, **Gestaltungsmisbrauch zu verhindern**. Mit einem von der Bestimmung der Vertragspartner unabhängigen Verfahren lassen sich unerwünschte Schlupflöcher leichter vermeiden. Weiterhin fördert die derzeitige Bewertungsvorschrift durch eine nur sehr geringe Berücksichtigung von Einmalaufwand die **Motivation** des Arbeitgebers zur Zusage einer **sozialpolitisch wünschenswerten dauerhaften Beitragsleistung**. Eine Änderung könnte auch eine unerwünschte Tendenz hin zu Einmalbeitragssystemen bewirken. Und schließlich würde selbst der am weitesten gehende Vorschlag einer teleologischen Reduktion, nämlich die Bewertung bestimmter Versorgungssysteme mit dem Barwert, noch keine vollständige Kongruenz von Aktiv- und Passivbewertung erreichen. Denn dazu müssten auch der Zins und die biometrischen Rechnungsgrundlagen angeglichen werden.

Auch der Umstand, dass jede Änderung von § 6a EStG massive **fiskalische Konsequenzen** nach sich zieht, spricht dafür, den gesetzgeberischen Willen hinsichtlich der klar formulierten Regelung einstweilen zu akzeptieren und Änderungen dem Gesetzgeber zu überlassen³⁵⁸. Dieser dürfte vor einer Entscheidung über eine Änderung der Bewertungsmethode aus berechtigtem Interesse heraus **zunächst die haushaltsmäßigen Auswirkungen** insbesondere mit Blick auf die Einmalbeitragssysteme untersuchen. Das Prüfungsergebnis für die innere Rechtfertigung von § 6a EStG ist jedenfalls nicht eindeutig negativ. Eine **teleologische Reduktion erscheint daher nicht gerechtfertigt**.

i) Die geplanten Änderungen durch das AVmG

Korrespondierend mit den Änderungen der Unverfallbarkeitsregelungen sieht das AVmG Modifikationen von § 6a EStG vor. So wird das **Mindestalter** für die Rückstellungsbildung auf **28 Jahre** gesenkt, um die frühere Erfüllung der Unverfallbarkeit und damit geringere Fluktuationseffekte zu berücksichtigen. Unabhängig von diesem Alter gilt bei **Entgeltumwandlungen** stets der **Barwert der un-**

³⁵⁷ Larenz, a. a. O., S. 374

³⁵⁸ So auch *aba*, Modell „Zweite Säule“, S. 20, die aber auch einen gesetzgeberischen Änderungsbedarf sieht

verfallbaren Anwartschaft auch für Aktive stets als Mindestwert für die Pensionsrückstellung.

Ursprünglich sollte diese Änderung auch **arbeitgeberfinanzierte Versorgungskonzepte** betreffen³⁵⁹. Der vorgesehene, nach hier vertretener Auffassung aber nicht uneingeschränkt sinnvolle Sonderstatus beitragsorientierter Leistungszusagen hinsichtlich der Unverfallbarkeitsberechnung (s. o. Tz. 5.1.6) hätte dann auch Auswirkungen auf das Steuerrecht gehabt. Das unter dem Gesichtspunkt der teleologischen Reduktion nicht erreichbare Ziel, bei beitragsorientierten Versorgungsregelungen den Barwert der erworbenen Anwartschaft in die Pensionsrückstellung einzustellen, wäre damit Gesetz geworden.

Fondsgebundene Leistungspläne profitieren von Änderungen dieser Art wenig. Denn der mit 6% Zins gerechnete Barwert einer Anwartschaft auf Leistungen, die sich aus einer Fondspolice unter der Annahme konstanter Börsenkurse ergibt, bleibt im allgemeinen immer noch deutlich hinter dem angesammelten Deckungskapital der Police zurück. Die Kongruenz von Aktiv- und Passivbewertung wäre also immer noch nicht erreicht. Im Gegenteil: Durch die ausdrückliche Regelung der Beitragszusage mit Mindestleistung in den versicherungsförmigen Durchführungswegen steigt das Risiko, dass Pläne ohne Mindestgarantie auch in Form der Direktzusage überhaupt nicht mehr als betriebliche Altersversorgung anerkannt wird, für die eine Rückstellungsbildung nach § 6a EStG zulässig ist.

j) Kritische Würdigung

Der Gesetzgeber bleibt in jedem Fall aufgefordert, ein sachlich nicht besonders glückliches Bewertungsverfahren zu ändern. Die Ansätze des AVmG bieten hierfür zwar eine brauchbare Basis. Eine Sonderrolle für Entgeltumwandlungs- oder beitragsorientierte Zusagen ist jedoch – wie schon bei der Unverfallbarkeit – nicht unproblematisch. **Verschiedene Bewertungsverfahren** unter dem Dach des § 6a EStG bergen die **Gefahr**, als Quasi-Wahlrechte nicht unbedingt nach der gesetzgeberischen Motivation, sondern in erster Linie **zum Zweck der Bilanzsteuerung eingesetzt** zu werden.

Aber auch eine Freigabe der Bestimmung des Dienstbeginns und der Aufwandszuordnung an die Vertragsparteien erschiene angesichts des möglichen Gestaltungsmissbrauchs bedenklich. Am ehesten gerechtfertigt ist wohl eine **direkte Koppelung von § 6a EStG an die Bestimmung des Aktivwertes** im Falle kongruenter Rückdeckung³⁶⁰, um dem gravierendsten Einwand Rechnung zu tragen, dass für eine effektiv nicht bestehende Verpflichtung der Ausweis von positivem oder negativem Aufwand nicht gerechtfertigt ist. Allerdings ist zu beachten, dass dieser Einwand nur dann schlagkräftig ist, wenn die **Verwendung der Rückdeckung für Versorgungszwecke auch sichergestellt** ist. Trotz Kongruenz ist das z. B. bei Abtretung, Beleihung oder Nichtzahlung der Prämien nicht der Fall.

Gerade für fondsgebundene Leistungszusagen erweist sich die beitragsorientierte Leistungszusage einmal mehr nur als Behelfslösung. Besser wäre eben ein sauberer Schnitt zwischen Leistungszusagen auf der einen und Beitragszusagen (ohne Mindestleistung) auf der anderen Seite. Das steuerliche Bewertungsverfahren für **Leistungszusagen**, seien sie nun beitragsorientiert oder nicht, müsste dann über-

³⁵⁹ BT-Drucks. 14/4595, S. 22

³⁶⁰ So z. B. *Hanau/Arteaga*, Gehaltsumwandlung, Kap. D Rz. 459

haupt **nicht geändert werden**. Denn versprochen ist in beiden Fällen die Leistung, und der Aufwand ist lediglich eine interne Kalkulationsgrundlage, die mit dem tatsächlich erforderlichen Aufwand mehr oder auch weniger gut übereinstimmt. Anders sieht dies bei den wünschenswerten **echten Beitragszusagen** aus, die für fondsgebundene Leistungspläne den sachgerechten Rahmen liefern würden. Hier weist der Vorschlag der *aba* in die richtige Richtung. Nicht eine irgendwie konstruierte Leistung soll bewertet werden müssen, in die Rückstellung gehört vielmehr der auf Grund des erbrachten Versorgungsaufwands am Bilanzstichtag tatsächlich erreichte **Stand des individuellen Versorgungskontos**³⁶¹. Der Stand des Versorgungskontos würde aber bei kongruenter Rückdeckung gerade dem in der Versicherung angesammelten Deckungskapital entsprechen. So wäre eine Übereinstimmung zwischen Aktiv- und Passivbewertung erreicht.

Alternativ könnte das Problem der Inkongruenz gleich an der Wurzel seiner Entstehung beseitigt werden. Und die liegt im handelsrechtlichen Saldierungsverbot des § 246 Abs. 2 HGB, welches in manchen Rückdeckungskonstellationen, wenn auch nicht in allen, doch übertrieben vorsichtig erscheint. Hier wäre eine **Lockerung nach internationalem Vorbild** sinnvoll: Rückgedeckte Versorgungsverpflichtungen sollten dann **nicht ausgewiesen** werden müssen, wenn ihnen **zweckgebundene Vermögenswerte gegenüber stehen**³⁶². Optimale Zweckbindung ließe sich z. B. durch treuhänderische Verwaltung des Versorgungsvermögens erreichen, Mindestvoraussetzung sollte eine Verpfändung der Rückdeckungsversicherung sein.

6.1.3 Rückgedeckte Unterstützungskasse

Bei der rückgedeckten Unterstützungskasse als selbstständiger Versorgungseinrichtung ist neben der steuerlichen Wirkung beim Arbeitgeber auch diejenige bei der Kasse interessant.

a) Zuwendungsmöglichkeiten des Arbeitgebers bei kongruenter Rückdeckung

Anders als bei der Direktversicherung oder der rückgedeckten Direktzusage, wo der Arbeitgeber Versicherungsbeiträge grundsätzlich in voller Höhe nach § 4 Abs. 4 EStG als Betriebsausgaben geltend machen kann, gelten bei der Unterstützungskasse für die steuerlichen Zuwendungsmöglichkeiten des Arbeitgebers die umfangreichen Sonderregelungen des § 4d Abs. 1 EStG. Für **Leistungsanwärter**, auf die sich die folgenden Betrachtungen beschränken, räumt das Gesetz **zwei unterschiedliche Dotierungsalternativen** ein.

Die in erster Linie für nicht rückgedeckte Kassen einschlägige **Grundregel** in § 4d Abs. 1 S.1 Buchst. b EStG knüpft in einem überaus komplizierten Regelwerk die Zuwendungsmöglichkeit je Leistungsanwärter (Mindestalter 30 Jahre) an die im letzten Zeitpunkt der Anwartschaft erreichbare Leistung³⁶³. Im Falle eines Alterskapitals sind das z. B. 2,5% der individuell erreichbaren Altersleistung. Dieser

³⁶¹ So der Entwurf der *aba* zu § 6a Abs. 3 Nr. 2 EStG, in Modell „Zweite Säule“, S. 20

³⁶² Vgl. *Grabner*, in DB 1999, S. 903 (904)

³⁶³ Die alternative Berechnungsmöglichkeit an Hand der durchschnittlich laufenden Leistungen kommt bei Kapitalplänen nicht in Betracht.

Zuwendungsrahmen erlaubt **in keinem Fall eine versicherungsmathematische Vorausfinanzierung** der Anwartschaften, er ermöglicht lediglich den Aufbau eines sog. **Reservepolsters**. Für fondsgebundene Leistungspläne stellt sich hier zusätzlich die Frage nach der Bestimmung der erreichbaren Altersleistung, wenn eine solche nicht garantiert ist. M. E. ist wie bei der Pensionsrückstellung hochzurechnen (vgl. Tz. 6.1.2 Buchst. d), alternativ wäre die garantierte Todesfallsumme unmittelbar vor Versicherungsablauf heranzuziehen. So oder so bleibt aber unbefriedigend, dass nicht die volle Versicherungsprämie zugewendet werden kann.

Die **Sonderregel für rückgedeckte Kassen** in § 4d Abs. 1 S.1 Buchst. c EStG erlaubt demgegenüber die Zuwendung der **Rückdeckungsprämie**, soweit diese die planmäßige Leistung deckt, bei einer kongruenten Rückdeckung also die volle Prämie. Allerdings muss die Rückdeckungsversicherung mehrere Voraussetzungen erfüllen, damit sie durch die Sonderregel privilegiert ist, ansonsten bleibt es bei der unzureichenden Finanzierung nach der Grundregel. Rückdeckungen, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen, sind unter Finanzierungsgesichtspunkten nicht zu empfehlen. Zunächst einmal muss es sich um eine **Versicherung im aufsichtsrechtlichen Sinne** handeln³⁶⁴, so dass eine Rückdeckung durch Wertpapiere anders als bei der Direktzusage von vornherein ausscheidet. Im einzelnen muss eine „gute“ Rückdeckungsversicherung nach § 4d Abs. 1 Nr. 1c S. 2 bis 4 EStG folgende Eigenschaften besitzen:

- Die Versicherung muss **bis zum frühestmöglichen Bezug von Altersleistungen** laufen und darf nicht vor Vollendung des 55. Lebensjahres enden.
- Die Versicherung muss gegen **laufende, jährlich gleich bleibende oder steigende Beiträge** abgeschlossen sein. Bausteinmodelle mit flexiblem, von Jahr zu Jahr schwankendem Einmalaufwand kommen also nicht in Frage³⁶⁵. Davon abgesehen ist aber eine beitragsorientierte Gestaltung des Leistungsplans nicht ausgeschlossen³⁶⁶.
- Altersleistung darf grundsätzlich nur für Anwärter **ab dem 30. Lebensjahr** versichert werden, für jüngere Berechtigte nur dann, wenn sie eine vertraglich unverfallbare Anwartschaft haben. Nach Ansicht der Finanzverwaltung muss die Höhe dieser vertraglichen Anwartschaft mindestens der ratierlichen Leistung nach § 2 Abs. 1 BetrAVG entsprechen³⁶⁷. Fraglich ist, ob wegen der Aufnahme der beitragsorientierten Zusage in § 1 Abs. 6 BetrAVG auch eine vertragliche Unverfallbarkeit in Höhe der ausfinanzierten Versicherungsleistung ausreichen kann³⁶⁸. Dagegen spricht, dass das Gesetz auch für diesen Zusagetypus an der Berechnungsvorschrift des § 2 Abs. 1 BetrAVG festhält (vgl. 5.1.2 b).
- Die Ansprüche aus der Versicherung dürfen **weder abgetreten noch beliehen** sein.

³⁶⁴ BMF, Schreiben vom 13.05.1998 – IV B 2 – S 2144c – 12/98, in BB 1998, S. 1789

³⁶⁵ BMF, Schreiben vom 31.05.1994 – IV B 2 – S 2144c – 18/94, in H-BetrAV 2, Kap. A.I.280 Nr. 14

³⁶⁶ *Hanau/Arteaga*, Gehaltsumwandlung, Kap. E Rz. 128; entgegen der dort geäußerten Einschätzung lässt sich aber dem zuvor zitierten BMF-Schreiben vom 31.05.1994 ein solches generelles Verbot beitragsorientierter Leistungspläne auch nicht entnehmen.

³⁶⁷ R 27a Abs. 8 S. 7 EStR

³⁶⁸ So *Hanau/Arteaga*, Gehaltsumwandlung, Kap. E Rz. 128

Die **Flexibilität** der Leistungsplangestaltung ist also insbesondere durch das Erfordernis mindestens gleich bleibender Beiträge bis zur planmäßigen Alterspensionierung gegenüber der Direktzusage **stark eingeschränkt**.

b) Die Aussagen der Finanzverwaltung zur fondsgebundenen Rückdeckungsversicherung

Mit den Ausführungen des vorangegangenen Unterabschnitts wäre die Frage der Zuwendung von Rückdeckungsprämien zu fondsgebundenen Lebensversicherung eigentlich abschließend erörtert, wären da nicht zwei höchst fragwürdige, weitgehend inhaltsgleiche Schreiben des **BMF** zu diesem Thema ergangen³⁶⁹. Darin wird die Ansicht geäußert, eine fondsgebundene Lebensversicherung biete für die Zwecke des § 4d Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Buchst. c EStG **keine ausreichend bestimmbare Versicherungsleistung im Erlebensfall**. Vielmehr müsse die Versicherung auch im Erlebensfall eine Garantieleistung erbringen, damit eine Zuwendung der Prämie nach dieser Vorschrift möglich sei.

Für den Fall einer **kongruenten Rückdeckung**, in dem die Unterstützungskasse genau die gleiche ungewisse Leistung in Aussicht stellt, die in dem fondsgebundenen Tarif versichert ist, sind diese Aussagen **völlig haltlos** und entbehren jeder Grundlage im Gesetz. Denn dort heißt es, dass die Zuwendung des Versicherungsbeitrags an die Kasse möglich ist, „soweit“ diese sich **die Mittel für ihre in Aussicht gestellten Versorgungsleistungen durch den Abschluss der Versicherung verschafft**. Aber wie soll sich eine Unterstützungskasse mit einem fondsgebundenen Leistungsplan besser verschaffen als durch den Abschluss der fondsgebundenen Lebensversicherung? Anders wäre die Lage natürlich, wenn der Leistungsplan der Kasse eine feste Altersleistung vorsieht. Hier würde bei einer fondsgebundenen Rückdeckungsversicherung ohne Erlebensfallgarantie in der Tat bis zuletzt offen bleiben, ob und ggf. in welcher Höhe die erreichte Kassenleistung aus Rückflüssen der Versicherung erbracht werden kann.

Offenbar liegen den beiden oben zitierten Schreiben solche Fallgestaltungen zu Grunde, in denen die Struktur der Versicherung und die des Leistungsplans in der eben dargestellten Weise nicht zueinander passen³⁷⁰. Anders ist die Formulierung im Schreiben vom 13.05.1998 nicht zu erklären, dass einer in Aussicht gestellten Versorgungsleistung keine ausreichend konkret bestimmbare Versicherungsleistung gegenüber stehe. **Eine solche Divergenz besteht bei kongruenter Rückdeckung gerade nicht**. Auch der Verweis, die Zuwendungen des Trägerunternehmens bemesse sich wegen der fehlenden Garantie nach § 4d Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Buchst. a und b EStG, deutet auf eine feste Kassenleistung hin, da in der Logik des Schreibens eine ungewisse Leistung auch nach der Grundregel ein Problem darstellen müsste.

Leider sind die beiden Schreiben in diesem wesentlichen Punkt nicht klarer formuliert. So aber kann nicht deutlich genug betont werden, dass die **Kernaussagen** dieser Äußerungen für kongruent rückgedeckte Kassen **mit dem geltenden Recht nicht in Einklang** stehen. Wünschenswert wäre in jedem Fall eine baldige Klärung, sei es durch ein klar stellendes Schreiben oder durch gerichtliche Entschei-

³⁶⁹ BMF, Schreiben vom 13.05.1998 – IV B 2 – S 2144c – 12/98, in BB 1998, S. 1789, sowie vom 11.12.1998 – IV C 2 – S 2144c – 4/98, in DB 1999, S. 25

³⁷⁰ So auch die Einschätzung von *Doetsch*, in BetrAV 1999, S. 203 (205)

dung. Denn obwohl die BMF-Schreiben nur behördenintern verbindlich sind, belegen sie die Einrichtung einer fondsgebunden rückgedeckten Unterstützungskasse rein **faktisch mit einem erheblichen steuerlichen Risiko**. Mit diesem Risiko dürfte die fondsgebundene Lebensversicherung als Rückdeckungsinstrument in der Praxis ausscheiden³⁷¹. Dies gilt nicht nur hinsichtlich der Zuwendungen durch den Arbeitgeber, sondern auch und noch gravierender bei der Bestimmung des zulässigen Kassenvermögens (vgl. Buchst. d), welches auch für die Körperschaftsteuerfreiheit der Kasse maßgeblich ist.

c) Partielle Rückdeckung

Deckt die Kasse nicht die ganze Verpflichtung, sondern nur einen Teil durch Abschluss einer Versicherung, so bestimmt sich der zulässige Zuwendungsrahmen des Arbeitgebers nach § 4d Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Buchst. c S. 5 EStG als gewichteter Durchschnitt der Beträge nach der Grund- und Sonderregel. Der **Anteil der Sonderregel** entspricht dabei der **Deckungsquote**, dies ist das Verhältnis der Barwerte von versicherter und in Aussicht gestellter Leistung.

Da bei fondsgebundenen Leistungsplänen die zugesagten Fondswerte stets durch eine Kapitalanlage in entsprechender Höhe gedeckt sein sollten, sind partielle Rückdeckungsmodelle nur in der qualitativ aufgespaltenen Art sinnvoll, dass die Todesfalleistung durch eine Versicherung und die Altersleistung durch direkten Erwerb von Fondsanteilen gedeckt wird. Die Anschaffungskosten für die Fondsanteile können nicht über die Sonderregel zugewendet werden, da es sich nicht um eine Versicherung handelt. Für die Bestimmung der Deckungsquote ist die gedeckte Anwartschaft auf Todesfalleistung mit dem Barwert anzusetzen. Die nicht gedeckte Altersleistung dürfte demgegenüber mit dem Zeitwert des angesammelten und durch den Leistungsplan in Aussicht gestellten Fondsvermögens zu berücksichtigen sein. In jedem Fall ist der **Zuwendungsrahmen geringer als bei kongruenter Rückdeckung**.

d) Begrenzung der Zuwendungen durch das zulässige Kassenvermögen

Das Trägerunternehmen darf die nach § 4d Abs. 1 S. 1 EStG ermittelten Beträge der Kasse nur insoweit zuwenden, als hierdurch das tatsächliche Kassenvermögen nicht das zulässige Kassenvermögen übersteigt (§ 4d Abs. 1 S. 2 EStG). Hinsichtlich der Leistungsanwärter besteht das zulässige Kassenvermögen im achtfachen Betrag der zulässigen Jahreszuwendung nach der Grundregel. Kann nach der **Sonderregel** die Rückdeckungsprämie zugewendet werden, so besteht das zulässige Kassenvermögen statt dessen aus dem geschäftsplanmäßigen Deckungskapital bzw. **Zeitwert der Versicherung ohne etwaiges Überschussguthaben**. Allerdings gehören Überschüsse, die der Versicherung in Form von Leistungserhöhungen gutgeschrieben wurden, dann zum zulässigen Kassenvermögen, wenn die erhöhten Leistungen planmäßig den Begünstigten zukommen³⁷². Bei einer gemischten Anwendung der Grund- und Sonderregel im Fall partieller Rückdeckung wird das zulässige Kassenvermögen mit der gleichen Quote aus beiden Berechnungsprinzipien zusammen gesetzt.

³⁷¹ *Baier/Buttler*, in BB 2000, S. 2070 (2074); *Buttler*, Steuerliche Behandlung von Unterstützungskassen, Rz. 22

³⁷² *Buttler*, Steuerliche Behandlung von Unterstützungskassen, Rz. 32

Beim tatsächlichen Kassenvermögen sind alle vorhandenen Vermögenswerte zu berücksichtigen. Versicherungen gehören ohne Rücksicht darauf zum Kassenvermögen, ob Prämien hierfür nach der Sonderregel zugewendet werden können. Versicherungen sind mit dem Deckungskapital bzw. Zeitwert zu bewerten, anders als beim zulässigen Kassenvermögen aber einschließlich Überschussguthaben. Sonstige Vermögenswerte sind mit dem gemeinen Wert anzusetzen, zur Rückdeckung erworbene Fondsanteile also mit dem aktuellen Börsenwert am Schluss des Wirtschaftsjahres.

Beim Zusammenspiel von Leistungsplan und Rückdeckungsversicherung sind demzufolge zwei Problemfelder zu beachten. Zum einen ist es wichtig, dass die Versicherung die qualifizierenden Merkmale für die **Anerkennung durch die Sonderregel** erfüllt. Denn andernfalls beträgt der korrespondierende Teil des zulässigen Kassenvermögens lediglich das Achtfache der zulässigen Jahreszuwendung nach der Grundregel, bei einer Kapitalleistung also 20% der Endanwartschaft, und dieser Wert wird vom tatsächlichen Kassenvermögen, dem Deckungskapital, früher oder später überschritten. Es droht also Überdotierung³⁷³. Zum anderen muss die **Verwendung der für die Versicherung anfallenden Überschüsse** genau mit der entsprechenden Regelung im **Leistungsplan der Kasse abgestimmt** werden, um mögliche Inkongruenzen von zulässigem und tatsächlichem Kassenvermögen zu vermeiden. Wenn die Überschüsse den Leistungsempfängern zukommen sollen, so sollten sie in der Versicherung zur Leistungserhöhung verwendet werden, damit die Rückdeckung insoweit kongruent bleibt. Sollen die Überschüsse nicht zur Kassenleistung gehören, so empfiehlt sich in der Versicherung eine Verrechnung mit den laufenden Beiträgen, da das Überschussguthaben andernfalls einseitig das tatsächliche Kassenvermögen belastet³⁷⁴.

Bei fondsgebundener Leistungsplangestaltung ergibt sich vor allem aus der ablehnenden Haltung der Finanzverwaltung in den zitierten **BMF-Schreiben aus 1998** (vgl. Buchst. b) ein ebenso ärgerlicher wie gesetzeswidriger **Stolperstein**. Beträfe diese Ablehnung auch kongruente Rückdeckungsversicherungen, so ergäbe sich das absurde Ergebnis, dass sich das **tatsächliche Kassenvermögen nicht auf das gesetzlich zulässige Maß beschränken** ließe. Um eine Überdotierung zu vermeiden, müsste sich der Arbeitgeber dann Gewinn erhöhend Vermögenswerte rückübertragen lassen, obwohl diese zur Leistungserbringung gebraucht werden. Diese Konsequenzen laufen dem Sinn und Zweck von § 4d EStG völlig zuwider. Keine der in der Sonderregel genannten qualifizierenden Eigenschaften bietet auch nur andeutungsweise Anlass zu einer derartigen Sanktionierung fondsgebundener Rückdeckungsversicherungen.

Anders sieht es jedoch bei einer Rückdeckung durch Investmentfonds aus. Hier verhindert das Gesetz eine Harmonisierung von zulässigem und tatsächlichem Kassenvermögen. Ein Zusatzproblem sind die von Jahr zu Jahr ungewissen Schwankungen des tatsächlichen Kassenvermögens in Folge von Kursbewegungen der Papiere. Das nach der Grundregel an Hand der Endanwartschaft zu bestimmende zulässige Kassenvermögen verändert sich bei Kursschwankungen schon wegen der geringeren Größenordnung zumindest nicht in gleicher Höhe. Außerdem steht das rechnerische Ergebnis einer Anwendung der Grundregel auf nicht garantierte Leistungen durch die Finanzverwaltung völlig in den Sternen.

³⁷³ Göke, in BetrAV 1997, S. 222 (224)

³⁷⁴ Buttler, a. a. O.

Ist die Hürde der Anerkennung fondsgebundener Rückdeckungsversicherung einmal genommen, so bereitet das zweite Problemfeld, nämlich die **Behandlung der Überschüsse**, erfreulich **wenig Schwierigkeiten**. Die allein problematischen klassischen Überschüsse sind hier nämlich kaum von Bedeutung (vgl. Tz. 3.7). Der Erfolg aus der Kapitalanlage, üblicherweise Hauptüberschussquelle, wächst dagegen ohne nähere Bestimmung sowohl dem Deckungskapital der Versicherung als auch korrespondierend der den Leistungsempfängern in Aussicht gestellten Versorgungsleistung zu. Die Kongruenz bleibt also gewahrt.

e) Steuerfreiheit der Kasse

Unterstützungskassen in der Rechtsform des eingetragenen Vereins, einer Stiftung oder einer GmbH sind nach § 1 Abs. 1 KStG grundsätzlich voll körperschaftsteuerpflichtig. Sie können jedoch nach § 5 Abs. 1 Nr. 3 KStG unter bestimmten Voraussetzungen von der Körperschaftsteuer befreit werden. Die Voraussetzungen hierfür sind im einzelnen:

- Leistungen dürfen nur den in § 5 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a KStG genannten Personen in Aussicht gestellt werden. Hierzu zählen Arbeitnehmer der Trägerunternehmen sowie arbeitnehmerähnliche Personen, aber auch Zugehörige der wirtschaftlichen Geschäftsbetriebe wie z. B. Steuerberater.

Wichtig ist der Hinweis, dass **Hinterbliebenenleistung** nach dieser Vorschrift **nur den Angehörigen** der genannten Personen gewährt werden darf. Insoweit gilt der Begriff aus § 15 Abs. 1 AO³⁷⁵ (vgl. 4.1.4 Unterabschnitt e). Wenn die Reichweite von § 15 AO auch nicht auf den üblichen Empfängerkreis betrieblicher Hinterbliebenenversorgung eingeschränkt ist, so ist eine Gewährung von Leistungen an beliebige Erben jedenfalls nicht möglich, auch wenn man dies nicht als Hindernis für die Qualifizierung als betriebliche Altersversorgung einstuft. Zudem können wegen der Leistungshöchstgrenzen (vgl. nächster Abschnitt) nur an Witwen, Witwer und Waisen Leistungen erbracht werden, die über ein Sterbegeld von 15.000 DM hinaus gehen³⁷⁶. All diese Einschränkungen erschweren aber kongruente Rückdeckungen. Bei Zwangskollektiven ließe sich das Problem durch eine Kalkulation der Hinterbliebenenanwartschaft nach der kollektiven Methode lösen (mit Hilfe von Verheiraturwahrscheinlichkeiten). Bei freiwilligem Zugang, etwa im Falle der Gehaltsumwandlung, müsste für jeden Versicherten streng genommen mit den individuellen Daten der Hinterbliebenen, insbesondere des Ehegatten kalkuliert werden, um eine kongruente Deckung der planmäßigen Leistung zu gewährleisten. Zumindest müsste für Personen ohne versorgungsberechtigte Angehörige ein eigener Tarif angeboten werden. Zwar fordert die Finanzverwaltung für die rückdeckenden Lebensversicherungen bei Unterstützungskassen keinen Mindesttodesfallenschutz³⁷⁷. Dennoch ist für diesen Personenkreis ein Rententarif empfehlenswert, um die Anerkennung als betriebliche Altersversorgung nicht zu gefährden.

³⁷⁵ Ahrend/Förster/Rößler, 3. Teil, Rz. 274

³⁷⁶ Baier/Buttler, in BB 2000, S. 2070 (2076); Buttler, Steuerliche Behandlung von Unterstützungskassen, Rz. 45

³⁷⁷ BMF, Schreiben vom 11.11.1996 – IV B 2 – S 2144c – 27/96, in BetrAV 1996, S. 328

- Die Kasse muss nach dem Geschäftsplan und nach Art und Höhe der Leistungen eine **soziale Einrichtung** sein. Dieser Begriff wird in §§ 1 bis 3 KStDV präzisiert. Danach dürfen die Leistungsempfänger nicht mehrheitlich Unternehmer bzw. Gesellschafter und deren Angehörige sein. Die Verpflichtung der Leistungsempfänger zu Eigenbeiträgen ist ausgeschlossen. Die Leistungsempfänger bzw. Arbeitnehmervertretungen müssen satzungsmäßig und tatsächlich das Recht haben, an der Verwaltung der Kasseneinnahmen beratend mitzuwirken. Bei Auflösung der Kasse darf das Vermögen satzungsmäßig nur den Leistungsempfängern sowie deren Angehörigen oder gemeinnützigen Zwecken zufließen.

Bedeutsam sind die nach § 3 Nr. 3 KStG auch für Unterstützungskassen geltenden **Leistungshöchstgrenzen** gem. § 2 KStG. Für laufende Pensionen der Leistungsempfänger sind dies derzeit 50.400 DM jährlich, für die Witwe gilt 2/3 dieses Betrages, für Vollwaisen 40% und für Halbwaisen 20%. Diese Grenzen müssen für 88% aller Leistungsempfänger durch den Geschäfts- oder Leistungsplan der Kasse sicher gestellt werden. Für 8% dürfen die Grenzen um 50% überschritten werden, für die restlichen 4% gelten keine Beschränkungen. Die Grenzen gelten auch für Anwärter, wobei hier nicht die erreichbaren, sondern die zum Überprüfungszeitpunkt tatsächlich erreichten Anwartschaften maßgeblich sind³⁷⁸. Für die Grenzen von Kapitalleistungen sind diese Rentenbeträge mit Barwertfaktoren auf der Basis von 5,5% Rechnungszins zu kapitalisieren (R 6 Abs. 16 KStR).

Die soeben beschriebenen Höchstgrenzen sind die einzige Voraussetzung für das Vorliegen einer sozialen Einrichtung, die bei fondsgebundenen Leistungsplänen besonders zu beachten ist. Die Schwierigkeit besteht in der Ungewissheit hinsichtlich der künftigen Anwartschaftsentwicklung auf Grund der möglichen Kursschwankungen. Legt man die Voraussetzung, dass die Eigenschaft der sozialen Einrichtung durch den Geschäfts- bzw. Leistungsplan sicher gestellt sein muss, streng aus, so müsste eine Bestimmung aufgenommen werden, nach der die Leistungen bei den maßgeblichen Höchstbeträgen abgeschnitten werden. Das kann aber gerade bei arbeitnehmerfinanzierten Modellen problematisch sein. Nach dem Sinn und Zweck der Leistungsbegrenzung sollte es aber m. E. ausreichen, wenn bei der Bestimmung des Aufwands ausreichend Luft gelassen wird, so dass auch bei hoher Fondsrendite nicht mit einem Überschreiten der Höchstbeträge zu rechnen ist. Dennoch empfiehlt es sich, das **Verfahren bei Erreichen bzw. Überschreiten der Höchstgrenzen in der Satzung bzw. dem Leistungsplan zu regeln**³⁷⁹, schon weil im Falle einer Leistungsabsenkung auch eine Rückübertragung von Deckungsvermögen geprüft werden muss.

- Die Verwendung des Kassenvermögens ausschließlich für satzungsgemäße Zwecke muss nach der Satzung und der tatsächlichen Geschäftsführung dauernd gesichert sein.
- Das **tatsächliche Kassenvermögen** darf nicht höher als 125% des für Zuwendungen nach § 4d Abs. 1 S. 2 EStG maßgebliche zulässige Kassenvermögen

³⁷⁸ So der Wortlaut von § 2 Abs. 1 KStDV und die Interpretation in R 6 Abs. 14 KStR; *Ahrend/Förster/Rößler*, 3. Teil, Rz. 279; *Blomeyer/Otto*, Betriebsrentengesetz, StR G Rz. 13; *Buttler*, Steuerliche Behandlung von Unterstützungskassen, Rz. 45

³⁷⁹ *Göke*, in *BetrAV* 1997, S. 222 (224)

(vgl. oben Unterabschnitt d) sein. Bei Überschreiten wird die Kasse nach § 6 Abs. 5 KStG mit dem Einkommensteil steuerpflichtig, der anteilig auf den 100% des zulässigen Kassenvermögens übersteigenden Teil des tatsächlichen Kassenvermögens entfällt. Die Erhöhung um 25% hat also lediglich die Funktion eines **Puffers für Vermögensschwankungen**³⁸⁰. Dieser Puffer kann bis zu einem gewissen Grad auch Wertschwankungen des Fondsvermögens auffangen. Auch hier sollten allerdings für den Fall des Überschreitens Rückübertragungsmöglichkeiten vorgesehen werden. Diese beseitigen nicht nach § 6 Abs. 6 S. 1 KStG nicht den Charakter der Kasse als soziale Einrichtung.

6.2 Steuerliche und sozialversicherungsrechtliche Behandlung der Finanzierungsbeiträge

In diesem Abschnitt wird die steuer- und sozialversicherungsrechtliche Behandlung der Finanzierungsbeiträge zu einer fondsgebundenen betrieblichen Altersversorgung auf Arbeitnehmerseite behandelt. Zentrale Norm für die Steuerbarkeit ist § 11 Abs. 1 S. 1 EStG, wonach Einkünfte in dem Kalenderjahr zu versteuern sind, in dem sie dem Steuerpflichtigen zufließen. Von den hier betrachteten Durchführungswegen betrifft diese Problematik nur die Direktversicherung. Für die Direktzusage sowie die Unterstützungskasse gilt dagegen die nachgelagerte Besteuerung. Das bedeutet, dass nicht die Zuführungen des Arbeitgebers zur Pensionsrückstellung sowie seine Zuwendungen an eine Unterstützungskasse zum zugeflossenen Arbeitslohn zählen, sondern erst die spätere Versorgungsleistung. Bei der Direktzusage liegt das daran, dass die Dotierung der Pensionsrückstellung durch den Arbeitgeber einen rein internen Buchvorgang darstellt, aus dem der Arbeitnehmer keinerlei eigenständige Rechte herleiten kann. Bei der Unterstützungskasse scheidet ein Zufluss vor Leistungsbezug schon am definitionsgemäßen Ausschluss des Rechtsanspruchs auf Kassenleistungen.

6.2.1 Zufluss von Direktversicherungsbeiträgen zum Arbeitslohn

Nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 LStDV gehören Ausgaben, die der Arbeitgeber zu einer Zukunftssicherung des Arbeitnehmers leistet, zum zugeflossenen Arbeitslohn des Arbeitnehmers. Zur Zukunftssicherung rechnet die Vorschrift die Absicherung des Arbeitnehmers gegen Krankheit, Unfall, Invalidität, Alter und Tod. Die überwiegende Meinung geht in Übereinstimmung mit dieser Regelung davon aus, dass bereits die Direktversicherungsbeiträge des Arbeitgebers als Arbeitslohn zu versteuern sind³⁸¹ (vorgelagerte Besteuerung). Die Rechtsprechung stellt für die Abgrenzung zwischen vor- und nachgelagerter Besteuerung vor allem auf das **Bestehen eines Rechtsanspruchs** ab³⁸², obwohl § 2 Abs. 2 Nr. 3 LStDV diesen ausdrücklich für unerheblich hält. Da Lebensversicherungen nun bekanntermaßen einen Rechtsanspruch auf ihre Leistungen gewähren, wird die Lohnsteuerpflicht auf die Beiträge von der h. M. offenbar nicht weiter in Frage gestellt.

³⁸⁰ Vgl. Ahrend/Förster/Rößler, 3. Teil, Rz. 335

³⁸¹ Ahrend/Förster/Rößler, 4. Teil, Rz. 81; Buttler, Betriebliche Altersversorgung durch Direktversicherungen, Rz. 28

³⁸² BFH, Urteil vom 27.05.1993 – VI R 19/92, in BetrAV 1994, S. 27 f.

Diese Argumentation wird neuerdings für den Fall **bestritten**, dass dem Arbeitnehmer nur ein **widerrufliches Bezugsrecht** auf die Versicherungsleistung eingeräumt wird³⁸³. Denn dann könne ihm die Anwartschaft jederzeit wieder entzogen werden. Erst im Versicherungsfall sei die Leistung für ihn sicher, so dass erst dann, also nachgelagert, eine Besteuerung rechtlich in Frage komme.

Dieser Einwand ist überzeugend. Denn wenn der Arbeitgeber Beiträge zu einer Direktversicherung leistet und dem Arbeitnehmer nur ein widerrufliches Bezugsrecht einräumt, so ist dies wirtschaftlich eben **nicht** mit einem Zuschuss **zur Eigenvorsorge gleichwertig**, denn die Eigenvorsorge kann dem Arbeitnehmer niemand mehr entziehen. Auch das Argument des von der Versicherung eingeräumten Rechtsanspruchs geht fehl. Denn die Realisierung dieses Rechtsanspruchs hängt allein vom Willen des Arbeitgebers während der Anwartschaftsphase ab. Dass es sich nicht bloß um eine Formalität handelt, zeigt der Fall des ausscheidenden Arbeitnehmers. Hatte er die Unverfallbarkeit noch nicht erreicht, so kann ihm der Arbeitgeber die Anwartschaft im Einklang mit dem Arbeitsrecht entziehen. Auch aus der Existenz der Pauschalierungsmöglichkeit in § 40b Abs. 3 EStG lässt sich die vorgelagerte Besteuerung auch widerruflicher Direktversicherungen nicht ableiten. Denn § 40b Abs. 3 EStG setzt eine Steuerpflicht für die Beiträge zu einer Zukunftssicherung voraus und knüpft dabei an eine entsprechende Wertung in § 11 Abs. 1 S. 1 EStG an, sie schafft aber keinen eigenen Zuflusstatbestand. Diese Vorschrift ist auch dann noch sinnvoll, wenn sie nur für einen Teil der Direktversicherungen zum Tragen kommt, nämlich für die Fälle mit unwiderruflichem Bezugsrecht. Die in § 2 Abs. 2 Nr. 3 LStDV geäußerte Unbeachtlichkeit des Rechtsanspruchs steht mit dem gesetzlichen Zuflussprinzip nicht in Einklang.

6.2.2 Sonderausgabenabzug für die Beiträge?

Im Rahmen der durch § 10 Abs. 3 EStG genannten Höchstbeträge kann der Steuerpflichtige die in § 10 Abs. 1 Nr. 2 EStG genannten Vorsorgeaufwendungen als Sonderausgaben von der Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer abziehen (§ 2 Abs. 4 EStG). Hierunter fallen unter bestimmten Zusatzanforderungen Beiträge zu Renten-, Kapital- und Risikolebensversicherungen. Die Abzugsfähigkeit soll dem Vorsorgebedürfnis Rechnung tragen³⁸⁴. Begünstigt werden sollen nach der gesetzgeberischen Intention nur Maßnahmen der Altersversorgung, nicht dagegen allgemeine Kapitalansammlungen³⁸⁵. Auch die nachträglich eingefügten Beschränkungen für die Darlehenssicherung³⁸⁶ sowie der Ausschluss erworbener Versicherungen deuten auf die Zweckbestimmung für langfristige Alterssicherung hin³⁸⁷.

Für Arbeitnehmer ist die praktische Bedeutung des Sonderausgabenabzugs allerdings gering, weil sie die Höchstgrenzen im allgemeinen bereits durch gesetzliche Vorsorgeaufwendungen überschreiten.

³⁸³ *Kreuzler*, in *BetrAV* 1999, S. 198 (200)

³⁸⁴ BVerfGE 45, S. 104 (134); BVerfGE 68, S. 143 (153)

³⁸⁵ BT-Drucks. 7/1470, S. 287

³⁸⁶ StÄndG 1992 vom 25.02.1992, BGBl. I 1992, S. 297

³⁸⁷ *Tipke/Lang*, *Steuerrecht*, § 9 Rz. 708 f.

a) Fondsgebundene Lebensversicherungen

Beiträge zu fondsgebundenen Lebensversicherungen sind in § 10 Abs. 1 Nr. 2b S. 4 EStG vom Sonderausgabenabzug **ausdrücklich ausgeschlossen**. Diese Bestimmung wurde durch das Einkommensteuer-Reformgesetz 1974 eingefügt. Für die Praxis ist das Thema damit erledigt. Der Ausschluss gilt auch für die enthaltenen Risikoprämien und sogar für Beiträge zu einer Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherung³⁸⁸. Vor der Neuregelung war die fondsgebundene Lebensversicherung aus Sicht der Finanzverwaltung bezüglich der steuerlichen Behandlung der Beiträge mit der konventionellen Lebensversicherung völlig gleichzustellen³⁸⁹. Der Gesetzgeber begründete die Änderung mit der aus seiner Sicht bestehenden Nähe der fondsgebundenen Lebensversicherung zu einer Vermögensbildung in Sachwerten bzw. Kapitalansamlungsverträgen³⁹⁰.

Anfängliche **verfassungsrechtliche Bedenken** im Hinblick auf Art. 3 GG gegen die Ungleichbehandlung von fondsgebundenen und gewöhnlichen kapitalbildenden Lebensversicherungen³⁹¹ haben sich **nicht durchsetzen können**. Zwar mag man darüber streiten, ob eine unterschiedliche Behandlung der beiden Typen von Lebensversicherungsverträgen bei den Beiträgen politisch sinnvoll ist. Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG setzt aber voraus, dass zwei in wesentlichen Punkten gleiche Sachverhalte vom Gesetz ungleich behandelt werden³⁹². Wesentliche Gleichheit ist nur anzunehmen, wenn unter keinem Gesichtspunkt ein sachlicher Grund für eine Differenzierung ersichtlich ist. Dem Gesetzgeber steht dabei ein Ermessensspielraum zu, er ist keineswegs gehalten, immer die vernünftigste Lösung zu wählen³⁹³. Ein legitimer sozialpolitischer Zweck der Steuerbegünstigung liegt aber gerade in der Funktion, eine ausreichende Grundversorgung der Bevölkerung abzudecken und zu verhindern, dass die Betroffenen im Alter, bei Krankheit oder bei Tod des Ernährers der Allgemeinheit zur Last fallen. Und dieser Zweck lässt sich mit einer fondsgebundenen Lebensversicherung wegen ihres spekulativen Elementes eben nicht mit einer der Kapitalversicherung vergleichbaren Sicherheit erreichen. Bei fehlender Mindestgarantie steht die Fondspolice durchaus dem nicht steuerbegünstigten Investmentsparen nahe. Der Gesetzgeber hat mit dem Ausschluss der Steuerbegünstigung daher nicht seinen Ermessensspielraum überschritten.

b) Aktienindexgebundene Lebensversicherungen

Unklar ist unter der derzeitigen Rechtslage die Anwendbarkeit von § 10 Abs. 1 Nr. 2b S. 4 EStG auf die aktienindexgebundene Lebensversicherung. *Horlemann* will die Ausschlussbestimmung nicht auf diesen neuen Versicherungstyp anwenden³⁹⁴. Er begründet dies mit dem niedrigeren Risikopotenzial dieser Versicherung, da die verwendeten Referenzindizes eine breitere Streuung aufwiesen als ein

³⁸⁸ OFD Düsseldorf vom 30.08.1976, in DB 1976, S. 1794

³⁸⁹ BMF-Erlass, IV B 3 – S 2221 –, in DB 1974, S. 1888

³⁹⁰ BT-Drucks. 7/2180, S. 10, 20 f.

³⁹¹ *Marchand*, in DB 1974, S. 2430 (2432); *Schneidler*, in DB 1974, S. 662 (665); zustimmend *Reuter*, in BB 1986, S. 295 (296)

³⁹² St. Rspr., BVerfGE 1, S. 14 (52); 76, S. 256 (329); 78, S. 249 (287)

³⁹³ BVerfGE 4, S. 144 (155)

³⁹⁴ *Horlemann*, in DB 1998, S. 743 (747)

bestimmter Fonds. Die aktienindexgebundene Lebensversicherung sei **eher der üblichen kapitalbildenden Lebensversicherung vergleichbar**.

Für diese Einschätzung sprechen systembedingte Unterschiede von fonds- und aktienindexgebundenen Tarifen hinsichtlich Versicherungsleistung und Kapitalanlage. Während nämlich die **fondsgebundene Lebensversicherung** als **Sachwertanlage** gelten kann, bei der für jede Versicherung das Deckungskapital in Anteilseinheiten am Fondsvermögen geführt wird, ist der Anspruch aus einer **aktienindexgebundenen Police** wie der einer Kapitallebensversicherung auf eine **reine Geldleistung** gerichtet. Der Index ist hierfür lediglich eine Bezugsgröße. Die konkrete Anlageentscheidung wird bei der Indexpolice ebenfalls wie bei der Kapitallebensversicherung durch das Versicherungsunternehmen getroffen (wenn auch im engen Rahmen von § 54b Abs. 2 VAG), bei der Fondspolice trifft dagegen der Kunde mit der Fondsauswahl zugleich auch die Anlageentscheidung³⁹⁵.

Ob **Finanzverwaltung** und ggf. Gerichte sich dieser Auffassung anschließen, darf allerdings angezweifelt werden. Unter Vorsorgegesichtspunkten ist die Unterscheidung fonds-/indexgebunden gewiss weniger sachlich gerechtfertigt als das Bestehen oder Nichtbestehen sowie die Höhe einer Erlebensfallgarantie. Aber auch das Risikopotenzial ist kein scharfes Abgrenzungskriterium, der Übergang zwischen sicher und spekulativ ist fließend. Zu erwarten ist **eher eine steuerliche Gleichstellung beider Versicherungstypen**³⁹⁶.

6.2.3 Lohnsteuerpauschalierung nach § 40b EStG

Die steuerlichen Nachteile, die sich aus der vorgelagerten Besteuerung der Direktversicherung im Vergleich zu Direktzusagen und Unterstützungskassen ergeben, werden durch § 40b Abs. 1 EStG etwas gemildert. Danach kann der Arbeitgeber Aufwendungen zu bestimmten Zukunftssicherungsleistungen bis zu einem Höchstbetrag von derzeit 3.408 DM jährlich je Arbeitnehmer mit einem pauschalen Satz von derzeit 20% zzgl. Solidaritätszuschlag und ggf. pauschaler Kirchensteuer versteuern. Die Finanzverwaltung lässt dieses Verfahren **auch für fondsgebundene Lebensversicherungen** zu (R 129 Abs. 2 S. 1 LStR). Der wirtschaftliche Vorteil dieser Methode ist allerdings durch die Verdoppelung des ursprünglich 10% betragenden pauschalen Steuersatzes bereits stark eingeschränkt worden und wird ohne Änderung durch die in bereits beschlossene stufenweise Senkung der individuellen Steuersätze bis zum Jahr 2005 weiter schrumpfen. Die in der Vergangenheit vorgenommenen Anpassungen des Höchstbetrags von ursprünglich 2.400 DM haben außerdem nicht einmal die Inflation ausgeglichen.

Eine **weitere Verschlechterung** betrifft seit 1999 die Fälle, in denen der **Arbeitnehmer wirtschaftlich die Pauschalsteuer trägt**, wie dies häufig bei Gehaltsumwandlungsmodellen vorkommt. Er muss diese aus dem individuell versteuerten Einkommen bestreiten³⁹⁷, was wirtschaftlich einer doppelten Besteuerung gleich kommt.

Die Lohnsteuerpauschalierung hat folgende Voraussetzungen:

³⁹⁵ Horlemann, a. a. O. (748)

³⁹⁶ Vgl. Ahmadi/Ruß, in VW 1998, S. 1733 f.

³⁹⁷ Giloy, in BetrAV 1999, S. 273

- Die Versicherung darf nicht auf den Erlebensfall eines früheren als des 60. Lebensjahres abgeschlossen sein.
- Eine vorzeitige Kündigung durch den Arbeitnehmer muss ausgeschlossen sein.
- Eine Abtretung oder Beleihung eines unwiderruflichen Bezugsrechts durch den Arbeitnehmer muss ebenfalls ausgeschlossen sein (R 129 Abs. 6 S. 1 LStR). Denn durch eine solche wirtschaftliche Verwertungsmöglichkeit würde das zur Sicherstellung des Vorsorgezweckes geforderte Mindestalter 60 unterlaufen.
- Der Arbeitslohn muss aus einem ersten Dienstverhältnis bezogen sein. Die Pauschalierung ist also nicht in der Lohnsteuerklasse VI möglich.
- Ferner verlangt die Finanzverwaltung eine Mindestlaufzeit von 5 Jahren sowie die Einhaltung des für die Kapitalertragsteuerfreiheit maßgeblichen Mindesttodesfallschutzes von 60% der Beitragssumme (R 129 Abs. 2 S. 4 und 5 LStR).

Diese Voraussetzungen werfen für fondsgebundene Lebensversicherungen kaum Sonderfragen auf³⁹⁸. Allenfalls wäre zu überlegen, ob die Möglichkeit des Arbeitnehmers zu einseitigem **Fondswechsel** eine der Abtretung, Beleihung oder Kündigung gleichzustellende **unerwünschte Verfügungsmöglichkeit** darstellt. Dies ist jedoch zu verneinen, weil der Fondswechsel – anders als die sanktionierten Verfügungen – die Mittel nicht der Zweckbestimmung für die Versorgung entziehen kann, sondern das Vermögen unter Aufrechterhaltung der langfristigen Bindung lediglich umschichtet. Auch der mögliche Einwand, dass das Versorgungsvermögen durch übermäßige Switchmöglichkeiten zur Spekulation benutzt werden kann, ist m. E. nicht tragfähig. Angesichts der Unwägbarkeiten an der Börse sind die Chancen und Risiken des Switchens nicht prinzipiell anders als die Chancen und Risiken des Liegenlassens.

6.2.4 Sozialversicherungspflicht

Beitragspflichtig zur Sozialversicherung ist grundsätzlich das bezogene Arbeitsentgelt³⁹⁹. Dies umfasst nach § 14 Abs. 1 S. 1 SGB IV grundsätzlich alle laufenden und einmaligen Einnahmen aus einer Beschäftigung. Die Sozialversicherungspflicht folgt damit grundsätzlich der Steuerpflicht. Beiträge zur Direktversicherung, die als zugeflossener Arbeitslohn **individuell zu versteuern** sind, unterliegen also der **Sozialversicherungspflicht**. Werden die Beiträge zu der Zukunftssicherung jedoch nach § 40b EStG **pauschal versteuert**, so sind sie nach § 2 Abs.1 Nr. 3 ArEV **sozialversicherungsfrei**, wenn sie erstens **zusätzlich zum Gehalt** erbracht werden und zweitens die Versorgungsregelung keinen allgemein erreichbaren Bruttogesamtversorgungsgrad von 75% sowie eine Anpassung laufender Leistungen im Umfang der entsprechenden Arbeitsentgelte oder gesetzlichen Versorgungsbezüge vorsieht.

³⁹⁸ Zum Mindesttodesfallschutz näher Tz. 6.3.2

³⁹⁹ Beispielhaft § 162 Nr. 1 SGB VI für die gesetzliche Rentenversicherung, entsprechende Regelungen für alle anderen Zweige der Sozialversicherung.

Das Merkmal „zusätzlich zu Löhnen und Gehältern“ ist im Falle des § 40b EStG normalerweise unproblematisch, da die Lohnsteuerpauschalierung ohnehin voraussetzt, dass die Beiträge vom Arbeitgeber gezahlt werden. Fraglich kann dies nur dann sein, wenn sie wirtschaftlich vom Arbeitnehmer durch Gehaltsverzicht getragen werden. Die im Falle der Gehaltsumwandlung relevanten Sonderprobleme werden ausführlich in Tz. 7.6 behandelt.

Trägt dagegen der Arbeitgeber die Beiträge einschließlich der darauf entfallenden pauschalen Lohnsteuer, so sind nicht nur die Beiträge, sondern auch die Pauschalsteuern sozialversicherungsfrei⁴⁰⁰.

6.2.5 Auswirkungen des AVmG

Für die hier betrachteten Durchführungswege Direktversicherung, Direktzusage und Unterstützungskasse ändert sich bei arbeitgeberfinanzierter Versorgung kaum etwas. Lediglich bei der **Direktversicherung** kann für Beiträge aus individuell versteuertem und verbeitragtem Einkommen die **Förderung nach § 10a E-ESTG** in Anspruch genommen werden. Die Inanspruchnahme des Sonderausgabenabzugs entspricht – mit Ausnahme der Beitragspflicht zur Sozialversicherung – im wirtschaftlichen Ergebnis einer nachgelagerten Besteuerung. Dagegen können bei **Pensionskassen** und **Pensionsfonds** Arbeitgeberbeiträge nach **§ 3 Nr. 63 E-ESTG** bis zur Höhe von 4% der BBG **steuer- und beitragsfrei** in nachgelagert zu versteuernde betriebliche Versorgungssysteme eingezahlt werden.

6.3 Die Besteuerung der Leistungen

Die Steuerpflicht für Leistungen der betrieblichen Altersversorgung richtet sich danach, ob bereits die Finanzierungsaufwendungen besteuert wurden (vorgelagerte Besteuerung) oder nicht (dann nachgelagerte Besteuerung). Entsprechend dem Korrespondenzprinzip, wonach das Lebenseinkommen nur einmal besteuert werden soll, kommt eine Besteuerung der Versorgungsleistung insoweit **nicht** mehr in Frage, als es sich hierbei um den Rückfluss **von bereits versteuerten Beiträgen** handelt⁴⁰¹. Daher können bei der Direktversicherung nur noch die in der Leistung enthaltenen Kapitalerträge besteuert werden, die in der Anwartschafts- und ggf. Leistungsphase auf die eingezahlten Beiträge erwirtschaftet wurden (vgl. Tz. 6.3.2). Dagegen enthalten die Leistungen aus einer Direktzusage oder Unterstützungskasse keine bereits versteuerten Anteile. Sie unterliegen daher grundsätzlich der vollen Versteuerung mit gewissen Vergünstigungen (Tz. 6.3.1).

6.3.1 Direktzusage und Unterstützungskasse

Pensionsleistungen aus **Direktzusagen und Unterstützungskassen** sind nachträgliche Einkünfte aus nicht selbstständiger Arbeit gem. § 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG und sind daher **wie Arbeitseinkommen** zu versteuern. Die Steuerlast ist aber aus zwei Gründen oftmals geringer als die für Aktivbezüge. Zum einen han-

⁴⁰⁰ BSG, Urteil vom 21.08.1997 – 12 RK 44/96, in DB 1998, S. 584

⁴⁰¹ Vgl. z. B. *Birk/Wernsmann*, in BetrAV 1999, S. 59 (60)

delt sich um Versorgungsbezüge gem. § 19 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 EStG. Das bedeutet, dass dem Empfänger ab einem erreichten Alter von 62 Jahren oder im Falle von Invaliditäts- oder Hinterbliebenenleistung ein **Versorgungsfreibetrag** von 40% der Leistung, maximal 6.000 DM zusteht. Zum anderen ist der **Steuersatz** eines Pensionärs in Folge des geringeren zu versteuernden Gesamteinkommens **häufig erheblich geringer** als der eines aktiven Arbeitnehmers. So schöpft der zu versteuernde Ertragsanteil einer durchschnittlichen Altersrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung derzeit noch nicht einmal den Grundfreibetrag voll aus.

Kapitalleistungen, wie sie in fondsgebundenen Versicherungstarifen noch die Regel sind, profitieren von diesen Vergünstigungen nur sehr bedingt. Sie sind um ein Vielfaches höher als eine wertgleiche lebenslänglich zugesagte Jahresrente, der Kapitalwertfaktor kann je nach individuellen Verhältnissen zwischen 10 und 20 liegen. Der persönliche Steuersatz kann bedingt durch die **Progression** sehr hoch werden. Gemildert wird dies dadurch, dass es sich im Rahmen von betrieblicher Altersversorgung um Vergütungen für eine mehrjährige Tätigkeit i. S. v. § 34 Nr. 3 EStG handelt, so dass für die Bestimmung des Steuersatzes fiktiv von nur einem Drittel der Leistung ausgegangen wird. Bei sehr hohen Leistungen verbleibt gleichwohl eine erhebliche Steuerlast. Hier empfiehlt sich eine Zahlung in **mehreren Jahresraten**, sofern eine **Rente** nicht in Frage kommt.

6.3.2 Kapitalertragsteuerpflicht für Direktversicherungsleistungen dem Grunde nach

Leistungen aus einer **Direktversicherung** gehören nicht zum nachträglichen Arbeitslohn, da hier die Beiträge bereits als Arbeitslohn versteuert wurden. Die steuerliche Behandlung ist hier nicht anders als bei entsprechenden **privaten Lebensversicherungen**. Wegen der steigenden Verbreitung fondsgebundener Produkte auf dem Markt der Einzelversicherung hat das Thema aktuell große Bedeutung. Hier werden zunächst Kapitalleistungen betrachtet. Die weniger komplizierten Rentenleistungen werden in Unterabschnitt d) behandelt.

a) Kapitalerträge aus fondsgebundenen Lebensversicherungen

Bei Kapitallebensversicherungen sowie bei der Kapitalabfindung von Rentenversicherungen ist der im Auszahlungsbetrag enthaltene Rückfluss der eingezahlten Beiträge nach dem Korrespondenzprinzip steuerfrei. Hingegen handelt es sich bei den in der Versicherungsleistung enthaltenen Zinsen, die während der Laufzeit vom Versicherungsunternehmen auf die Beiträge erwirtschaftet und an den Versicherungsnehmer weitergegeben wurden, grundsätzlich um **Einkünfte aus Kapitalvermögen** gem. §§ 2 Abs. 1 Nr. 5, 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG. Unter ähnlichen Voraussetzungen wie für den Sonderausgabenabzug in § 10 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b EStG werden allerdings bestimmte **Vorsorgeversicherungen von der Steuerpflicht ausgenommen**. Steuerpflicht wie Ausnahmetatbestände gelten nach dem Verweisungsumfang des § 20 Abs. 1 Nr. 6 S. 5 EStG **auch für fondsgebundene Lebensversicherungen**. Diese durchbrechen damit den Gleichklang von Steuer-

begünstigung auf der Beitrags- und Kapitalertragsseite⁴⁰². In der politischen Diskussion wird das Steuerprivileg für Lebensversicherungen immer wieder in Frage gestellt. Zuletzt mit dem im Bundesrat gescheiterten Steuerreformgesetz 1999 sollte es für Kapitaleistungen weitgehend abgeschafft werden.

Historisch vollzog sich die Entwicklung der heute geltenden Steuerregelung mit einem wesentlichen Zwischenschritt. Zunächst beendete der mit dem Einkommensteuerreformgesetz 1975 eingeführte § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG die bis zu diesem Zeitpunkt bestehende generelle Steuerfreiheit der Erträge aus Lebensversicherungen. Das Schicksal der anfangs nicht ausdrücklich erwähnten Fondspolice war jedoch unklar. Einerseits lag wegen der Verweisung auf § 10 EStG und dem dortigen Ausschluss fondsgebundener Lebensversicherungen von der Abzugsfähigkeit die Annahme nahe, diese sollten nun ohne Ausnahme der Kapitalertragsteuer unterworfen sein. So ging die Finanzverwaltung von einer Anwendbarkeit der Bestimmung auf Fondspolice aus⁴⁰³. Gegen die generelle Anwendbarkeit wurden die gleichen verfassungsrechtlichen Bedenken geltend gemacht wie gegen die Ungleichbehandlung bei der Abzugsfähigkeit der Beiträge⁴⁰⁴. Andererseits wurde die Anwendbarkeit der neuen Bestimmung auf Fondspolice überhaupt bezweifelt, da der Gegenstand der Besteuerung – rechnungsmäßige und außerrechnungsmäßige Zinsen – hier gar nicht anfallt. Es gebe weder einen Rechnungszins für die Kapitalanlage, noch würden wie bei einer gewöhnlichen Lebensversicherung Überschüsse aus dem Anlageergebnis des Versicherungsunternehmens als außerrechnungsmäßige Zinsen zugeteilt. Die Wertsteigerungen des Fonds seien keine trennbare Frucht und damit kein Ertrag der Anlage⁴⁰⁵.

Mit dem Körperschaftsteuerreformgesetz vom 31.08.1976⁴⁰⁶ hat der Gesetzgeber im heutigen § 20 Abs. 1 Nr. 6 S. 5 EStG positiv die Gleichstellung von fondsgebundenen mit sonstigen Lebensversicherungen hinsichtlich der Ertragsbesteuerung dem Grunde nach entschieden⁴⁰⁷. Wie nun im einzelnen der Zinsbegriff bei fondsgebundenen Tarifgestaltungen verstanden werden kann, welche Bemessungsgrundlage hier also für die Kapitalertragsteuer anzusetzen ist, lässt die Bestimmung aber offen. Nur lässt sich mit dem sogar für die klassische Lebensversicherung anzutreffenden Argument, die Erträge hätten wegen der fehlenden Abspaltbarkeit von der Vermögensanlage keinen Zinscharakter⁴⁰⁸, die völlige Steuerfreiheit dieser Erträge auch nicht mehr für Fondspolice vertreten. Mag die Formulierung auch viele Fragen ungeklärt lassen, klar ist jedenfalls die Absicht, eine **Trennlinie zwischen steuerfreier Kapitalrückzahlung und steuerpflichtigen Erträgen** zu ziehen. Unter Vorsorgegesichtspunkten wäre es auch sachlich schwer zu rechtfertigen, eine dem Kapitalverlustrisiko ausgesetzte Tarifform steuerlich günstiger zu stellen als einen gewöhnlichen Kapitaltarif mit gesicherter Ablaufleistung im Alter. Die bis heute nicht restlos geklärten Einzelheiten werden unten in Tz. 6.3.3 diskutiert.

⁴⁰² Dieser inkonsequent anmutende Zwiespalt korrespondiert in gewisser Weise mit der Zwitterstellung der fondsgebundenen Lebensversicherung zwischen Anlage- und Versicherungsprodukt und spiegelt die Schwierigkeiten bei der Beurteilung des Vorsorgecharakters wider.

⁴⁰³ R 154 (2) EStR 1975; Scholtz, in FR 1977, S. 25 (27)

⁴⁰⁴ Marchand, in DB 1974, S. 2430 (2433), vgl. oben Tz. 6.2.2

⁴⁰⁵ Marchand, a. a. O.

⁴⁰⁶ BGBl. I 1976, S. 2597

⁴⁰⁷ Scholtz, a. a. O.; entsprechend die Aussagen im BMF-Schreiben vom 31.08.1979 – IV B 4 – S 2252 – 77/79, in BStBl 1979, S. 592 ff.

⁴⁰⁸ So Neubeck, in WP 1980, S. 469 (477)

Die Ertragsteuerfreiheit greift nach der gesetzlichen Regelung in folgenden Fällen:

- Fondsgebundene Lebensversicherungen gegen laufende Beitragszahlung mit einer Versicherungsdauer von mindestens 12 Jahren
- Fondsgebundene Rentenversicherungen ohne Kapitalwahlrecht gegen laufende Beitragszahlung oder gegen Einmalbeitrag
- Fondsgebundene Rentenversicherungen mit Kapitalwahlrecht gegen laufende Beitragszahlung, wenn das Kapitalwahlrecht nicht vor Ablauf von 12 Jahren nach Vertragsschluss ausgeübt werden kann.

Bei Rückkauf der Versicherung vor Ablauf der Mindestvertragsdauer von 12 Jahren greift die Steuerfreiheit nicht.

Laufende Beitragszahlung setzt nach Auffassung der Finanzverwaltung gleich bleibende oder steigende Beiträge über einen Zeitraum von mindestens fünf Jahren voraus⁴⁰⁹. Dem Gesetz lässt sich eine solche Frist nicht entnehmen, für die Praxis ist sie durchaus akzeptabel.

Für die Anerkennung von Kapitalversicherungen verlangt die **Finanzverwaltung** als Abgrenzung gegen atypische Sparvorgänge, dass während der gesamten Versicherungsdauer eine Todesfalleistung **in Höhe von mindestens 60% der Summe aller zu entrichtenden Beiträge** versichert ist⁴¹⁰. Eine solche Einschränkung ist unter dem Gesichtspunkt des Vorsorgegedankens gerechtfertigt.

b) Das Problem der Novation

Die Erfüllung der Frist von 12 Jahren als Voraussetzung für die Kapitalertragsteuerfreiheit kann bei einer **Vertragsänderung** während des Fristenlaufs fraglich sein. Das gleiche gilt bei einer Änderung, an die sich eine verbleibende Restlaufzeit von weniger als 12 Jahren anschließt. Wenn man eine solche Änderung als Novation ansieht, d. h. als Abschluss eines neuen Vertrags unter Aufhebung des alten, so müssen die Vertragslaufzeiten vor und nach der Änderung steuerlich getrennt betrachtet werden. Ist also einer dieser Zeiträume kürzer als 12 Jahre, so sind die auf diesen Zeitraum entfallenden Zinsen steuerpflichtig.

Welche Vertragsänderungen als Novation anzusehen sind, darüber gehen die Meinungen auseinander. Unproblematisch liegt eine Novation z. B. dann vor, wenn die versicherte Person ausgewechselt wird⁴¹¹. Denn in diesem Fall muss das versicherte Risiko als Kern des Versicherungsvertrags völlig neu bewertet werden. Auch der Tarifwechsel, etwa vom Kapital- zum Rententarif, wird als Novation angesehen⁴¹². Die Finanzverwaltung hat darüber hinaus auch Änderungen von anderen Vertragselementen, wie Versicherungssumme, Beitrag, Beitragszah-

⁴⁰⁹ BMF-Schreiben vom 20.07.1990 – IV B 1 – S 2221 – 115/90, in H-BetrAV 2, Kap. A.I.260 Nr. 9

⁴¹⁰ BMF-Schreiben vom 06.12.1996 – IV B 1 – S 2221 – 301/96, in BStBl I S. 1438, insbesondere Tz. 7 zur fondsgebundenen Lebensversicherung; *Langohr-Plato*, in BetrAV 1999, S. 4 (8)

⁴¹¹ *Kreuzler/Nörig*, Lebensversicherung und Steuer, S. 108

⁴¹² *Kreuzler/Nörig*, a. a. O.

lungsdauer oder Laufzeit als Novationen eingestuft⁴¹³. Mittlerweile zeigen sich auch gegenläufige Tendenzen. So soll bei einer Beitragserhöhung nur hinsichtlich der Erhöhung ein neuer Vertrag vorliegen, während der bisherige Vertrag daneben unverändert bestehen bleibt⁴¹⁴.

Maßgeblich für die Beurteilung ist offenbar die Wertung, ob man die jeweilige Vertragsänderung als so wesentlich ansieht, dass die Kontinuität des Vertragslaufs nicht mehr gewahrt ist. Was in diesem Sinne wesentlich ist, ist m. E. nach Sinn und Zweck der Steuerbefreiung zu beurteilen. Der Gesetzgeber will nämlich Verträge privilegieren, die sich gut für Vorsorgezwecke eignen, und dies tun nach seiner Wertung eben am besten Verträge mit einer gewissen Kontinuität von Aufwand und Kapitalanlage⁴¹⁵. Wenn die Änderungsmöglichkeit bereits als Gestaltungsrecht im ursprünglichen Vertrag vorgesehen war, so kann das ein Indiz für Unwesentlichkeit sein, es ist dies aber kein entscheidendes Merkmal⁴¹⁶.

Bei Fondspolizen wirft die Novationsproblematik einige Sonderfragen auf.

- Wie ist die **Umwandlung in eine gewöhnliche Kapitalversicherung** zu beurteilen?
- Welche Auswirkung hat die Bestimmung, dass die **Leistung innerhalb einer gewissen Zeitspanne** auch vor dem vereinbarten Ablauf abgerufen werden kann?
- Liegt eine Novation vor, wenn der Versicherungsnehmer sein Recht zum **Fondswechsel ausübt**?

Die Umwandlung in einen Kapitaltarif stellt einen Tarifwechsel dar, der eine grundlegende Änderung der Anlagequalität mit sich bringt. Aufsichtsrechtlich handelt es sich um getrennte Versicherungssparten (vgl. Tz. 3.2) mit völlig unterschiedlichen Anlagevorschriften. Es dürfte sich daher um eine Novation handeln, obwohl der Wechsel unter Vorsorgegesichtspunkten zu einer besseren Absicherung führt. Auch der Umstand, dass ein entsprechendes Änderungsrecht häufig in den Versicherungsbedingungen bereits verankert ist, nimmt dem Wechsel nicht die Wesentlichkeit.

Die Möglichkeit eines vorzeitigen Abrufs zur Berücksichtigung der Börsenlage ist versicherungstechnisch eine Rückkaufsmöglichkeit unter Verzicht auf Stornoabschläge. Die Situation ist mit dem vorzeitigen Abruf von Kapitalversicherungen zur Altersvorsorge ab Alter 60 vergleichbar. Wie dort dürfte es für die Steuerfreiheit darauf ankommen, dass im Zeitpunkt des tatsächlichen Abrufs die Frist von 12 Jahren erfüllt ist.

Die praktisch bedeutendste Frage betrifft den **Fondswechsel**. Hier ist vereinzelt die Ansicht anzutreffen, dass der Fondswechsel durch den Versicherungsnehmer eine Novation darstelle, weil dies ein Akt der **Ausübung freier Dispositionsbe-**

⁴¹³ So auch das BMF-Schreiben vom 31.08.1979 – IV B 4 – S 2252 – 77/79, in BStBl 1979, S. 592 ff.; ablehnend *Kreußler/Nörig*, Lebensversicherung und Steuer, S. 85

⁴¹⁴ BMF vom 19.04.1999 – IV C 4 – S 2221 – 132/99, in DB 1999, S. 1298; *Heidemann*, in VP 1999, S. 123

⁴¹⁵ *Horlemann*, in BetrAV 1998, S. 11 (14)

⁴¹⁶ So auch das BMF-Schreiben vom 31.08.1979 – IV B 4 – S 2252 – 77/79, in BStBl 1979, S. 592 ff., unter Tz. 7.2.1

fugnis darstelle und damit zum **Zufluss** führe⁴¹⁷. Das erscheint doch ein wenig abwegig, da der Fondswechsel dem Versicherungsnehmer in keiner Weise freien Zugriff auf die Vermögensmittel ermöglicht. Davon abgesehen ist eine Novation keine Frage des Zuflusses; diesen Zeitpunkt sieht die Finanzverwaltung auch bei steuerlich relevanten Vertragsänderungen erst dann gegeben, wenn die Zinsen tatsächlich ausgezahlt oder mit Beiträgen verrechnet werden. Gewichtiger wäre der inhaltliche Einwand, dass der Switch Spekulationsmöglichkeiten eröffnet, die der Kontinuität der Anlage zuwider laufen, auf die das Steuerprivileg aber zielt. **Gegen eine Novation** spricht allerdings, dass der Fondswechsel das **Leistungsprofil nach Zeit und Höhe zunächst überhaupt nicht verändert**. Erst die künftige Kursentwicklung zeigt, ob und in welchem Umfang die Umschichtung eine Leistungsänderung nach sich zieht. Das gilt aber letztlich auch für Anlageentscheidungen des Versicherungsunternehmens bei Kapitalpolicen im Rahmen von § 54a VAG. Einziger Unterschied ist, dass bei der Kapitalversicherung der Versicherungsnehmer an den Anlageentscheidungen nicht beteiligt ist. Der Eindruck einer Vertragsänderung durch einen Fondswechsel wird sogar noch abgeschwächt, wenn – wie üblich – ein entsprechendes Gestaltungsrecht des Versicherungsnehmers vertraglich eingeräumt ist. Da die Frage noch nicht entschieden wurde, empfiehlt sich die Aufnahme des Fondswechsels in die Vertragsbestimmungen zumindest aus Sicherheitsgründen. Im Grunde sollte aber auch ohne vorherige Vereinbarung eine Novation nicht anzunehmen sein⁴¹⁸.

c) Aktienindexgebundene Lebensversicherung

Die Steuerfrage bei der aktienindexgebundenen Lebensversicherung ist noch nicht abschließend geklärt. So ist die Meinung anzutreffen, das Produkt gehöre nicht zum abschließend aufgezählten Katalog der privilegierten Vorsorgeversicherungen, da es sich weder um einen in § 10 EStG ausdrücklich genannten begünstigten Tarif noch um eine fondsgebundene Lebensversicherung handelt⁴¹⁹. Diese Aussage ist zwar vom Wortlaut und -sinn her zutreffend, verkennt aber, dass die fondsgebundene Lebensversicherung nur deshalb extra erwähnt wurde, weil wegen ihrer damals grundlegend neuen Produktkonzeption und ihres ausdrücklichen Ausschlusses vom Sonderausgabenabzug Missverständnisse bezüglich ihrer kapitalertragsteuerlichen Behandlung geblieben waren. Die aktienindexgebundene Lebensversicherung vom Steuerprivileg auszunehmen, ist sachlich schon deshalb nicht gerechtfertigt, weil sie der klassischen Kapitalversicherung wesentlich näher steht als eine Fondspolice⁴²⁰.

Die aktienindexgebundene Lebensversicherung ist daher analog der fondsgebundenen Lebensversicherung unter den im Gesetz genannten Zusatzvoraussetzungen hinsichtlich der Kapitalertragsteuer zu privilegieren.

d) Fondsgebundene Rentenversicherung

Rentenversicherungen erwirtschaften nicht nur in der Anwartschaftsphase, sondern auch in der Leistungsphase noch Kapitalerträge auf die Deckungsmittel. Bei

⁴¹⁷ Horlemann, in DB 1998, S. 743 (748)

⁴¹⁸ So auch Doetsch, in BetrAV 1999, S. 203 (207)

⁴¹⁹ Vgl. Herde, in VW 1997, S. 1354 (1356)

⁴²⁰ Horlemann, in DB 1998, S. 743 (747)

Leibrenten, deren Laufzeit von der Lebensdauer des Berechtigten abhängt, ist daher eine Aufteilung in steuerfreien Kapitalrückfluss und steuerpflichtigen Zinsanteil im Vorhinein gar nicht exakt möglich. So kann bei frühem Tod der versicherten Person die Summe der gezahlten Renten sogar hinter der Beitragssumme zurück bleiben. § 22 Nr. 1 S. 3 Buchst. a EStG rechnet daher zwar den **Ertrag des Rentenrechts** zu den **sonstigen Einkünften** des § 2 Abs. 1 Nr. 7 EStG, bestimmt aber den Ertragsanteil der Rente **pauschal** als **jährlich gleich bleibenden Prozentsatz** auf Basis der **voraussichtlichen Laufzeit** und jährlicher **Zinserträge von 5,5%**. Für lebenslänglich laufende Leistungen ist die **Tabelle** in § 22 Nr. 1 S. 3 Buchst. a S. 3 EStG maßgeblich. Für eine Rente ab Alter 60 beträgt der Ertragsanteil danach 32%, für eine Rente ab Alter 65 noch 27%. Dieser Pauschalansatz begünstigt Renten, die länger als erwartet gezahlt werden und benachteiligt im Gegenzug Zahlungen, die früher enden.

Die während der Anwartschaftsphase anfallenden Zinsen fallen auch bei Rententariifen unter § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG; sie kommen jedoch wegen der hier weitgehend vollständigen Steuerbefreiung kaum zum Tragen.

6.3.3 Die Bemessungsgrundlage für die Kapitalertragsteuer

In der Praxis orientieren sich die meisten Policen an den Voraussetzungen für die völlige Steuerfreiheit der Kapitalauszahlung. Insbesondere bei einer vorzeitigen Auflösung einer Direktversicherung wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses kann es jedoch zu einem Verlust dieses Privilegs kommen. Zu versteuern sind nach dem Wortlaut von § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG in diesem Fall die **rechnungsmäßigen und außerrechnungsmäßigen Zinsen** aus den Sparbeiträgen. Wie bereits erwähnt, ist die Anwendung dieses Begriffs auf fondsgebundene Lebensversicherungen nicht ohne weiteres möglich. Das Gesetz ordnet lediglich eine Gleichstellung der „Kapitalerträge“ aus der fondsgebundenen Lebensversicherung mit diesen Zinsen an und hüllt sich hinsichtlich der Einzelheiten in Schweigen.

a) Die Formel der h. M.

Die h. M. ermittelt die Bemessungsgrundlage für die Besteuerung des Ertrags aus einer fondsgebundenen Lebensversicherung durch folgende **Formel**⁴²¹:

$$\frac{\begin{array}{l} \text{Auszahlungsbetrag} \\ \text{./. Risiko- und Kostengewinne einschl. Verzinsung} \\ \text{./. Summe der Sparbeiträge (Bruttobeiträge abzgl. Risiko- und Kostenbeiträge)} \end{array}}{\text{steuerpflichtiger Ertrag.}}$$

Diese Formel basiert auf folgenden Erwägungen: Ausgangspunkt für die Ermittlung der Bemessungsgrundlage ist die tatsächlich ausgezahlte Versicherungsleistung. Hiervon ist der Rückfluss bereits versteuerter Beiträge abzuziehen. Das sind aber zunächst nur die Sparbeiträge, nicht aber die Risiko- und Kostenbeiträge. Denn diese werden kalkulatorisch für die vorzeitigen Versorgungsfälle sowie für

⁴²¹ So implizit im BMF-Schreiben vom 31.08.1979 – IV B 4 – S 2252 – 77/79, in BStBl 1979, S. 592 ff., Tz. 2, 3, 4, 11; *Ahmadi/Ruß*, in VW 1999, S. 185; *Kreuzler/Nörig*, Lebensversicherung und Steuer, S. 114

die Abschlussprovision und die laufende Verwaltung der Versicherung verbraucht. Eine Ausnahme sind die aus dem Risiko- und Kostenergebnis erzielten und der Versicherung in Form zusätzlicher Teileinheiten gutgeschriebenen Gewinne. Diese müssen abgezogen werden, weil es sich nicht um steuerpflichtige Erträge aus den Beiträgen handelt, sondern um die Rückerstattung nicht benötigter (und bereits versteuerter) Beiträge.

b) Das Nettoprinzip

Aus dem im Einkommensteuerrecht vorherrschenden Nettoprinzip wird gelegentlich abgeleitet, dass vom Ertrag zumindest das **negativ auszugrenzen** sei, was die **eingezahlten Beiträge nicht übersteigt**⁴²². Diese Ansicht würde dazu führen, dass auch die zur Deckung der Kosten und des Risikos verbrauchten Beiträge den Ertrag aus den Sparbeiträgen mindern.

Diese Sichtweise sollte mit dem **Steuerreformgesetz 1999** ausdrücklich für die Berechnung des steuerpflichtigen Ertrags aus Kapitallebensversicherungen in das Gesetz übernommen werden. An Stelle der rechnungsmäßigen und außerrechnungsmäßigen Zinsen wäre ausdrücklich die **Differenz zwischen Auszahlungsbetrag und eingezahlter Beitragssumme** als Bemessungsgrundlage für die Steuer vorgeschrieben worden. Diese Formulierung hätte also die hier bestehenden Unklarheiten beseitigt. Die Neuregelung ist allerdings im Bundesrat gescheitert.

c) Besteuerung von Kursgewinnen?

Sowohl die h. M. als auch die Betrachtung nach dem Nettoprinzip führen zu der Konsequenz, dass nicht nur Dividenden und Zinsen aus dem Anlageguthaben, sondern auch **Wertsteigerungen des Guthabens durch Kursgewinne** zum **steuerpflichtigen Ertrag** zu rechnen sind⁴²³. Diese Selbstverständlichkeit überrascht insofern, als das Gesetz sich auf Kapitalerträge aus fondsgebundenen Lebensversicherungen bezieht und hierunter bei **direkt erworbenen Aktien oder Investmentfonds** unstreitig nur Zinsen, Dividenden oder ähnliche ausgeschüttete oder ausschüttungsgleiche Erträge zu verstehen sind. Die **Wertsteigerungen**, die sich erst bei Veräußerung in einem Gewinn realisieren, sind hier **steuerfrei**, sofern die **Papiere mindestens ein Jahr lang gehalten** werden. Nur bei einer kürzeren Frist zwischen Anschaffung und Veräußerung liegt ein steuerpflichtiges Spekulationsgeschäft gem. § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Buchst. b EStG vor. Entsprechend wird – allerdings ohne Auseinandersetzung mit der abweichenden h. M. – die Ansicht vertreten, dass auch bei der fondsgebundenen Lebensversicherung nur diejenigen Erträge aus der Fondsanlage zu versteuern sind, die auch für einen solchen Anleger steuerpflichtig sind, der direkt und ohne den „Umweg“ über die Versicherung in die entsprechenden Papiere investiert⁴²⁴.

⁴²² Reuter, Die Lebensversicherung im Einkommensteuerrecht, II. Teil, Rz. 191; Horlemann, in FR 1999, S. 19 (21)

⁴²³ Ausdrücklich dafür BMF im zitierten Schreiben vom 31.08.1979, Tz. 11; Kreuzler/Nörig, Lebensversicherung und Steuer, S. 114

⁴²⁴ Harenberg, in Hermann/Heuer/Raupach, § 20 EStG Rz. 776

d) Stellungnahme

Die Kernfrage der Leistungsbesteuerung einer fonds- oder auch aktienindexgebundenen Lebensversicherung betrifft offenkundig die Behandlung der Kursgewinne. Auch hier tritt der unklare Standort der Fondspolice zwischen Versicherungs- und Investmentprodukt zu Tage: Der **Versicherungsnehmer** investiert Beiträge und erhält schließlich eine Versicherungsleistung. Die Leistung steht im Mittelpunkt, das konkrete Schicksal der einzeln entrichteten Beiträge ist irrelevant. Entsprechend erscheint **jeder Zuwachs der Leistung über die Beiträge als steuerpflichtiger Ertrag**. Der **Anleger dagegen** investiert in eine konkrete Sache, nämlich bestimmte Wertpapiere. Der durch diese Anlage erzielbare Gesamtgewinn kann bei diesem näheren Blickwinkel in **zwei Komponenten** aufgeteilt werden, nämlich einen – steuerpflichtigen – **separat abgeworfenen Ertrag** einerseits und eine steuerfreie **Wertsteigerung der Sache selbst**.

Natürlich erhebt sich die Frage nach der sachlichen Rechtfertigung für die aus diesen eher formalen Sichtweisen resultierenden unterschiedlichen steuerlichen Konsequenzen. Dabei ist der auf einen einheitlichen Ertrag gerichtete Standpunkt des Versicherungsnehmers in sich stimmig. Fragwürdig ist die künstlich anmutende steuerwirksame Aufspaltung des Gewinns in Wertzuwachs einerseits und isolierbaren Ertrag andererseits aus Sicht eines Kapitalanlegers. Hierzu ist ein wenig der historisch gewachsene **steuersystematische Hintergrund** zu beleuchten.

Grundlage für die Unterscheidung zwischen steuerfreien Kurszuwächsen einerseits und steuerpflichtigen Erträgen andererseits ist die sog. **Quellentheorie**. Danach sollen nur die Früchte aus einer Kapitalanlage der Steuer unterworfen sein, während Wertveränderungen der Kapitalanlage (Quelle) selbst der Vermögenssphäre zuzuordnen und damit steuerlich irrelevant sind. Dies gilt zumindest solange, wie die Ausnutzung der substanziellen Vermögenswerte durch Anschaffungs- und Veräußerungsgeschäfte gegenüber der reinen Fruchtziehung nicht in den Vordergrund tritt⁴²⁵. Für den Privatanleger sind indes solche Vorgänge allein in den engen Grenzen der Besteuerung von Spekulationsgeschäften (§§ 22 Nr. 2, 23 Abs. 1 EStG) steuerlich relevant. Eine Steuerpflicht tritt danach bei Wertpapieren nur bei einer Veräußerung vor oder innerhalb eines Jahres nach Erwerb ein.

Die Quellentheorie liegt im Einkommensteuerrecht allen **Überschusseinkunftsarten** zu Grunde, während für die **Gewinneinkünfte** die sog. **Reinvermögenszugangstheorie** gilt. Bei dieser werden auch Wertveränderungen des Stammvermögens steuerlich erfasst. Während das Bundesverfassungsgericht sowie ein Teil der Literatur diese Dualität der Einkünftermittlung akzeptiert, halten andere die Unterscheidung wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz für verfassungswidrig⁴²⁶.

Die Einordnung von Leistungen aus Lebensversicherungen unter den Zinsbegriff war von Anfang an mit Schwierigkeiten verbunden⁴²⁷. Akzeptiert man die Quellentheorie, so kann man die fragwürdige Unterscheidung von Versicherungsnehmer und Kapitalanleger bei der Steuerbemessung formal mit unterschiedlichen Quellen begründen: Im Versicherungsvertrag sind nur die Beiträge Quelle für das

⁴²⁵ *Tipke/Lang*, Steuerrecht, § 9 Rz. 182

⁴²⁶ BVerfGE 26, S. 302 (310 ff.); zum Streit vgl. *Tipke/Lang*, Steuerrecht, § 9 Rz. 187

⁴²⁷ Vgl. *Neubeck*, in WP 1980, S. 469 (474 f., 477)

Einkommen, beim Anleger sind es die für die angelegten Gelder erworbenen Wertpapiere. Die **fondsgebundene Lebensversicherung** bricht aber gerade aus diesem Schema aus. Hier wird in den Fonds als eine dem Anleger gehörige „Quelle“ investiert. Der Anlagevorgang spielt sich nicht in einem für den Versicherungsnehmer anonymen Topf ab, sondern in einem **individuell auf seine Rechnung geführten Anlageguthaben**. Wie dieses zusammengesetzt ist, bestimmt der Versicherungsnehmer durch die Wahl des Fonds oder zumindest durch seine Entscheidung für ein Risikoprofil. Das ist insoweit nicht anders als beim Erwerb von Investmentzertifikaten. Im Lichte der Quellentheorie, auf der die von der h. M. vorgenommene Unterscheidung von Kursgewinnen basiert, steht also die fondsgebundene Lebensversicherung Investmentprodukten wesentlich näher als etwa einer konventionellen Lebensversicherung. Der von der h. M. verlangte Besteuerung der Kursgewinne bei Fondspolizen fehlt also auf Basis der immer noch geltenden dualen Einkünfteermittlung eigentlich eine hinreichende Rechtfertigung, die zur Abgrenzung gegen die abweichende Behandlung bei reinen Anlageprodukten erforderlich wäre.

Weniger eindeutig ist die Situation bei der **aktienindexgebundenen Lebensversicherung**. Zwar sind auch hier die Bezugsgrößen für die Leistungsentwicklung im Vertrag festgezogen, so dass aus Sicht des Versicherungsnehmers keine die Leistung beeinflussenden Anlageentscheidungen mehr „im Dunkeln“ getroffen werden, doch fehlt es bei den Indexpolizen an einem klaren, gegenständlichen Anlagestamm als Grundlage für die duale Betrachtungsweise. Hier ist die von der h. M. vorgenommene Wertzuwachsbesteuerung mit der Quellentheorie vereinbar.

Trotz der systematischen Bruchstelle gelangt die h. M. zu einem sinnvollen Ergebnis. Sauberer wäre allerdings eine Änderung der Besteuerungssystematik unter **Aufgabe des Quellenprinzips**. Die Kritik der Literatur am Dualismus der Einkünfteermittlung erscheint nämlich in weiten Bereichen gerechtfertigt. Aus Gleichheitsgründen ist eine Reform dringend geboten. Zumindest bedarf der Anwendungsbereich der Quellentheorie einer wesentlichen Einschränkung auf sachlich angemessene Fälle. Gerade am Beispiel der **Aktienanlage** wird die **Absurdität des heutigen Rechtszustands** deutlich: Niemand, auch kein Privatanleger, würde heutzutage allein aufgrund der Dividenden die mit der Aktienanlage verbundenen Risiken eingehen. Die Dividendenrendite vieler im DAX vertretener Standardtitel liegt unter dem risikolos am Markt erzielbaren Zins, teilweise sogar unter der Verzinsung eines gewöhnlichen Sparbuchs. Stets wird die Frage nach der Rentabilität auch unter Einbeziehung der erwarteten oder erhofften Kurssteigerungen beantwortet. Hier entbehrt die Trennung der Quellentheorie in Vermögensstamm und Früchte jeder an der wirtschaftlichen Realität orientierten Grundlage. Die wesentliche Voraussetzung für die Steuerfreiheit des Substanzzuwachses, dass dessen Ausnutzung durch Anschaffungs- und Veräußerungsgeschäfte gegenüber der reinen Fruchtziehung nicht in den Vordergrund treten dürfe, ist im heutigen Börsengeschehen vollständig entfallen. In diesem zentralen Bereich der Einkünfteermittlung hat sich die duale Betrachtungsweise überlebt.

Daher verdient trotz der geäußerten Bedenken die h. M. zur Besteuerung der Kursgewinne aus fondsgebundenen Lebensversicherungen Zustimmung. Die Gleichbehandlung zum Investmentsparen sollte vielmehr durch eine auch dort einzuführende entsprechende Besteuerung gewährleistet werden. Eine wünschenswerte **Zukunftsvision** besteht in einem System nachgelagerter Besteuerung, in dem die Geldanlage von Sparern und Anlegern aller Art aus unversteuer-

ten Beiträgen aufgebaut und erst **im Zeitpunkt des Entsparens zu versteuern** ist⁴²⁸, also die zur freien Verfügung entnommenen Auszahlungsbeträge der vollen Versteuerung unterworfen sind. Dagegen würde die Angleichung an die für das Wertpapiersparen bestehende steuergünstige Regelung den Gleichheitsverstoß nur verlagern: Der private Versicherungsnehmer stünde sich dann besser als ein Gewerbebetrieb, der eine fondsgebundene Lebensversicherung abgeschlossen hat, etwa zur Rückdeckung einer Direktzusage.

e) Einzelfragen zur Abzugsfähigkeit von Kosten

Einzugehen ist noch auf die Auswirkung der gezahlten und verbrauchten, also nicht rückerstatteten Risiko- und Kostenbeiträge auf die Bemessungsgrundlage der Steuer. Die auf dem Nettoprinzip basierende Aussage, besteuert werden könne grundsätzlich nur das, was über die eingezahlten Beiträge hinausgeht, ist in dieser Allgemeinheit auf Basis der geltenden Rechtslage nicht haltbar. Die Formulierung von § 20 Abs. 1 Nr. 6 S. 1 EStG spricht mit ihrem ausdrücklichen Bezug auf die Sparanteile für eine getrennte Betrachtung der durch Spar-, Risiko- und Verwaltungskostenbeiträge ausgelösten Vermögensvorgänge. Demnach sind dann die **Erträge aus den Sparbeiträgen eben nicht mit den gezahlten Risiko- und Kostenanteilen zu verrechnen.**

Hinsichtlich der **Risikobeiträge** ist diese Beurteilung auch sachlich gerechtfertigt. Der Versicherungsnehmer erhält hierfür in Form des Todesfallschutzes eine äquivalente Gegenleistung. Der Verbrauch der Risikoprämien steht nicht etwa mit dem Erzielen des Anlageertrags aus den Sparprämien in wirtschaftlichem Zusammenhang. Die Erkenntnis, dass die Risikoprämien nach Erleben des Versicherungsablaufs „verloren“ sind, ist für die steuerliche Beurteilung irreführend, da der **Gegenwert** für die Prämien nicht in der (möglichen) Zahlung der Risikosumme, sondern bereits in dem **bereitgestellten Versicherungsschutz** besteht. Die gegenteilige Ansicht müsste neben der Ertragsminderung durch „vergebliche“ Risikoprämien korrespondierend eine volle Steuerpflicht der im Versicherungsfall geleisteten Risikosumme annehmen.

Anders ist die Lage allerdings in Bezug auf den **Verwaltungskostenanteil**. Hier ist zu prüfen, ob es sich um steuerlich abzugsfähige **Werbungskosten** handelt. Werbungskosten sind gemäß § 9 Abs. 1 S. 1 EStG Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einnahmen. Hierunter fallen alle Aufwendungen, die durch Einkünfte i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 4-7 EStG erwirtschaftende Tätigkeiten veranlasst sind⁴²⁹. Dabei kommt es nach Auffassung der Finanzverwaltung darauf an, dass die Aufwendungen der späteren Erzielung von Einkünften und nicht der Vermögensbildung dienen⁴³⁰. Diese an sich zutreffende Aussage eignet sich m. E. aber nicht, Tarife mit Rückkaufs- oder Kapitaloption vom Werbungskostenabzug auszuschließen. Denn der Anleger leistet den Verwaltungsaufwand unabhängig von der Tarifform ganz generell mit dem Ziel, Kapitaleinkünfte aus seinen Beiträgen zu erzielen, die ja abgesehen von privilegierten Fällen dann auch besteuert werden. Aus diesem Grund muss m. E. der Verwaltungskostenanteil bei der Be-

⁴²⁸ So *Tipke/Lang*, Steuerrecht, § 4 Rz. 117

⁴²⁹ *Tipke/Lang*, Steuerrecht, § 9 Rz. 470

⁴³⁰ BMF, Schreiben vom 20.11.1997 – IV B 5 – S 2255 – 356/97, in BStBl. 1998 I S. 126; zustimmend *Hanau/Arteaga*, Gehaltsumwandlung, Kap. C Rz. 375

stimmung des steuerpflichtigen Kapitalertrags zumindest insoweit heraus gerechnet werden, als er auf den Sparvorgang entfällt⁴³¹.

Der **Ausgabeaufschlag** für den Erwerb der Fondsanteile ist ohne Zweifel dem Sparvorgang zuzuordnen. Dies gilt auch dann, wenn etwa aus Gründen der besseren Vermarktung auf die Erhebung eines Ausgabeaufschlags zu Lasten höherer sonstiger Verwaltungskosten verzichtet wird, was ein durchaus üblicher Vorgang ist. Bei den Kosten der laufenden Verwaltung wird zu differenzieren sein. **Beitragsabhängige Verwaltungskosten** etwa sind wohl im Verhältnis von Risiko- und Sparanteil der Beiträge aufzuteilen. **Switchgebühren** für den Wechsel des Anlagefonds entfallen wieder ausschließlich auf die Sparanteile.

Zweifelhaft ist die Behandlung der **Abschlusskosten**. Diese müssen zum Erwerb der fondsgebundenen Lebensversicherung aufgewendet werden und sind zum Teil als Anschaffungskosten für die Kapitalanlage anzusehen. Grundsätzlich sind Anschaffungskosten, die zur zum Erwerb von Kapitalvermögen getätigt werden, das zur Einkünfteerzielung im privaten Bereich eingesetzt wird, keine Werbungskosten, da sich nicht dem Ertrag, sondern dem Stammvermögen zuzurechnen sind⁴³². Wenn man jedoch mit der h. M. annimmt, dass auch Wertsteigerungen des Fonds von der Steuerpflicht erfasst werden, verliert dieses Argument seine Berechtigung.

Eine konsequente Umsetzung der Reinvermögenszugangstheorie erfordert schlussendlich auch, dass **Kursverluste als negative Einnahmen** eingestuft werden. Bezogen auf die Formel der h. M. bedeutet dies, dass ein eventueller negativer Saldo als Verlust mit anderweitigen Gewinnen aus Kapitalvermögen oder unter gewissen Voraussetzungen auch mit anderen Einkünften verrechnet werden kann. Diese Konsequenz will die h. M. aber offenbar nicht ziehen.

f) Schlussbemerkung

Als abschließende Bemerkung zur Frage der Leistungsbesteuerung aus fondsgebundenen Lebensversicherungen sei gesagt, dass die hier aufgeworfenen und mit einer persönlichen Einschätzung versehenen Fragen vor allem den Ungereimtheiten des Dualitätsprinzips in der derzeitigen Steuersystematik gelten. Diese wirken sich in einer **kaum zu rechtfertigenden Ungleichbehandlung fondsgebundener Versicherungen im Vergleich zu entsprechenden Investmentanlagen** aus. Für die Praxis bleibt einstweilen die Formel der h. M. maßgeblich.

6.3.4 Auswirkungen des AVmG

Die im Bereich der Leistungsbesteuerung durch das AVmG vorgesehenen Änderungen betreffen von den hier betrachteten Durchführungswegen lediglich solche Direktversicherungen, die nach § 10a E-EStG steuerlich gefördert werden. Die Leistungen aus diesen Versicherungen sind nach **§ 22 Nr. 5 E-EStG voll zu versteuernde sonstige Einkünfte**. Von der Steuerpflicht ausgenommen sein dürfte nach dem gegenwärtigen Stand des Gesetzgebungsverfahrens lediglich der den bereits versteuerten Beiträgen entsprechende Anteil der Leistung.

⁴³¹ Vgl. *Lindberg*, Die Besteuerung der Kapitaleinkünfte, Kap. B Rz. 258, 260

⁴³² BMF vom 20.11.1997 – IV B 5 – S 2255 – 356/97, in BStBl. 1998 I S. 126; *Lindberg*, a. a. O., Kap. B Rz. 265

Kapitel 7

Arbeitnehmerfinanzierte Modelle

7.1 Ausgangslage

Nach traditioneller Vorstellung ist betriebliche Altersversorgung eine freiwillige Zusatzleistung des Arbeitgebers, mit der zumindest nicht nur die geleistete Arbeit, sondern auch – wie an den derzeit noch recht langen Unverfallbarkeitsfristen ersichtlich – erbrachte Betriebstreue honoriert wird. Steigender Wettbewerbs- und Kostendruck führt indes dazu, dass viele Unternehmen ihre Versorgungswerke schließen oder zumindest Leistungen reduzieren und dass die Bereitschaft zur Erteilung neuer Zusagen sehr gering ist. Die Versorgungslücke der betroffenen Arbeitnehmer steigt demgegenüber weiter an, denn auch bei den Leistungen aus der gesetzlichen Rente sind Abstriche unvermeidlich.

Die Praxis hat auf diese Situation schon vor einiger Zeit reagiert und Versorgungsmodelle entwickelt, deren Aufwand zwar formal der Arbeitgeber, wirtschaftlich jedoch der Arbeitnehmer trägt, indem er für die Erteilung der Pensionszusage im Gegenzug auf einen dem erforderlichen Aufwand entsprechenden Teil seiner Bezüge verzichtet. Auf diese Weise entstehende Anwartschaften stellen wie die ursprünglich vereinbarten Barbezüge ausschließlich eine Abgeltung erbrachter Arbeitsleistung dar. Spätestens der neue § 1 Abs. 5 BetrAVG hat klar gestellt, dass es sich hierbei um betriebliche Altersversorgung im Sinne des Betriebsrentengesetzes handelt⁴³³. Solche Vereinbarungen des Typs „**Versorgung statt Barlohn**“ erfreuen sich zunehmender Beliebtheit, weil bei entsprechender Gestaltung je nach gewähltem Durchführungsweg sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer Steuern und Sozialabgaben sparen können. Im Vergleich zur privaten Eigenvorsorge kann also durch Gehaltsumwandlung **bei gleichem Aufwand eine höhere Nettoversorgung** erreicht werden. In einer Umfrage haben 68% der befragten Arbeitgeber Bereitschaft zum Angebot einer arbeitnehmerfinanzierten betrieblichen Altersversorgung gezeigt⁴³⁴.

Fondsgebundene Leistungspläne scheinen sich auf Anhieb in besonderer Weise für die Gehaltsumwandlung zu eignen, da sie der echten Beitragszusage schon recht nahe kommen. Kernfrage bei der Ausgestaltung von Entgeltumwandlungszusagen ist nämlich die Herstellung der Leistungsäquivalenz. Der Arbeitgeber

⁴³³ Nach h. M. galt dies auch ohne ausdrückliche Aufnahme in das Gesetz, vgl. Höfer, BetrAVG Teil 1, § 1 Rz. 1630.3 mit zahlreichen Nachweisen

⁴³⁴ Höfer, in DB 1998, S. 1561 (1563)

möchte nur die Versorgung leisten müssen, die sich mit den eingesparten Gehaltsteilen tatsächlich finanzieren lässt, und er möchte das Risiko einer Nachschusspflicht vermeiden. Dem Arbeitnehmer wiederum ist wichtig, dass sich sein Verzicht auch „lohnt“ und nicht ein Teil der Mittel beim Arbeitgeber „verfällt“. Das lässt sich zwar mit speziell gestalteten versicherungsförmigen bzw. kongruent rückgedeckten Versorgungssystemen ebenfalls erreichen⁴³⁵. Die **Wertgleichheit** wird aber bei der **fondsgebundenen Versorgungsleistung besonders transparent** und verschafft ihr damit einen psychologischen Akzeptanzvorteil, weil hier offenkundig ein positives wie negatives Anlageergebnis unmittelbar an den Arbeitnehmer weiter gegeben wird. Die Leistung aus dem Fonds basiert eben nicht auf möglicherweise problematischen versicherungsmathematischen Annahmen, sondern orientiert sich unmittelbar an der tatsächlichen Wertentwicklung.

Aufbauend auf der bisherigen Darstellung befasst sich dieses Kapitel mit den arbeits- und steuerrechtlichen Besonderheiten für arbeitnehmerfinanzierte fondsgebundene Versorgungszusagen. Dabei werden diejenigen Ergebnisse nochmals herausgestellt, die im Falle der Entgeltumwandlung besondere Auswirkungen haben.

7.2 Begriff der Entgeltumwandlung

Eine **Legaldefinition** der Zusage durch Entgeltumwandlung befindet sich seit der Kodifizierung durch das RRG 1999 in § 1 Abs. 5 BetrAVG. Diese Vorschrift hat allerdings keinen neuen Begriff geschaffen, sondern lediglich die Wesensmerkmale der in der Praxis entwickelten Modelle übernommen. Die Hauptfunktion der Neuregelung bestand darin, endgültig Rechtsklarheit über die Anwendbarkeit des Betriebsrentengesetzes, insbesondere der Insolvenzsicherung, sowie der daran anknüpfenden steuerlichen Flankierungen zu schaffen.

Auf den ersten Blick könnte man meinen, die Vorschrift habe – ähnlich wie § 1 Abs. 6 BetrAVG – lediglich deklaratorische Bedeutung. Denn wie dort wird kein neuer Typus betrieblicher Altersversorgung geschaffen, sondern an den in § 1 Abs. 1 BetrAVG definierten Begriff angeknüpft und die Erfüllung der dort genannten Merkmale vorausgesetzt⁴³⁶. Der ausdrückliche Gehalt der neuen Vorschrift beschränkt sich auf eine Negativaussage der Art, dass bestimmte, näher genannte Begleitumstände für die Annahme betrieblicher Altersversorgung unschädlich sind.

Bei näherem Hinsehen zeigt sich jedoch, dass im Falle der Entgeltumwandlung sehr wohl andere Rechtsfolgen gelten können als bei „normalen“ arbeitgeberfinanzierten Versorgungszusagen (vgl. z. B. § 7 Abs. 3 S. 3 BetrAVG). Letztlich ist eine genaue Begriffsklärung aus verschiedenen Gründen unumgänglich:

- Zumindest aus lohnsteuerlicher Sicht ist eine **Abgrenzung zur Lohnverwendungsabrede** nötig (vgl. Tz. 7.2.1).

⁴³⁵ Vgl. z. B. für Direktzusagen *Hanau/Arteaga*, Gehaltsumwandlung, Kap. D Rz. 52 ff.

⁴³⁶ Der Begriff „Versorgungsleistung“ in § 1 Abs. 5 BetrAVG kann sich aus dem Kontext heraus nur auf die in § 1 Abs. 1 BetrAVG genannte Alters-, Invaliditäts- und Hinterbliebenenversorgung beziehen, vgl. *Blomeyer*, in *BetrAV* 2000, S. 42 (44)

- Es scheint nicht ganz klar zu sein, ob die **Anforderungen an den Versorgungsbegriff** bei arbeitgeber- und arbeitnehmerfinanzierten Modellen identisch sind. Vor allem die mit den steuerlichen Konsequenzen konfrontierte Finanzverwaltung zeigt Tendenzen, im Falle der Gehaltsumwandlung einen strengeren Maßstab anzulegen (vgl. Tz. 7.2.2).
- Bei einer Versorgungszusage gegen Gehaltsverzicht liegt es in der Natur der Sache, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer die **Wertgleichheit** der ausgetauschten Leistungen anstreben. Nicht ganz klar ist, **welche Rechtsqualität** diesem Begriff in seiner Erwähnung in § 1 Abs. 5 BetrAVG zukommt (Tz. 7.2.3).
- Auf der Rechtsfolgenseite bestehen **Besonderheiten** bei der Insolvenzsicherung (vgl. Tz. 7.4) sowie bei der Lohnsteuerpauschalierung (Tz. 7.5). Die h. M. unterscheidet außerdem bei der Sozialversicherungspflicht (Tz. 7.6).

7.2.1 Umwandlung künftiger Entgeltbestandteile

Betriebliche Altersversorgung durch Entgeltumwandlung setzt voraus, dass künftige Entgeltansprüche umgewandelt werden. Das bedeutet, dass der Zeitraum noch nicht begonnen haben darf, für den das umzuwandelnde Entgelt erdient wird. Diese Forderung wurde zunächst von der Finanzverwaltung aus steuerrechtlicher Sicht mit der Begründung erhoben, dass das Entgelt andernfalls lohnsteuerlich zugeflossen sei und dann lediglich eine Abrede über die Verwendung steuerpflichtigen Arbeitslohns gegeben sei⁴³⁷; durch § 1 Abs. 5 BetrAVG ist das Merkmal auch in das Arbeitsrecht übernommen worden.

Damit sich die Barlohnsumwandlung nicht auf sonstige entgeltabhängige Arbeitgeberleistungen wie Sonderzahlungen, Tantiemen, eine bestehende betriebliche Altersversorgung o. ä. mindernd auswirkt, ist es wichtig zu vereinbaren, diese Leistungen weiterhin nach dem fiktiv ungekürzten Gehalt zu bemessen. Nach h. M. steht das Führen eines solchen **Schattengehaltes** der geforderten endgültigen und vorbehaltlosen Umwandlung nicht entgegen, da es sich lediglich um eine Rechengröße handele⁴³⁸. Die Finanzverwaltung hat sich dieser Auffassung erst kürzlich angeschlossen und damit die in der Praxis bestehenden Zweifel ausgeräumt⁴³⁹.

Keine Umwandlung, sondern normale betriebliche Altersversorgung soll vorliegen, wenn **an Stelle** einer individuell erwogenen, aber noch nicht vereinbarten **Gehaltserhöhung eine betriebliche Versorgungszusage** erteilt wird⁴⁴⁰. Schon diese willkürlich erscheinende Unterscheidung spricht dafür, die Eigenschaft „durch Entgeltumwandlung finanziert“ mit nicht zu vielen besonderen Rechtsfolgen auszustatten.

⁴³⁷ Erstmals im koordinierten Erlass der Länderfinanzminister zur arbeitnehmerfinanzierten betrieblichen Altersversorgung vom 15.05.1995, in DB 1995, S. 1150 f.; auch arbeitsrechtlich h. M.; z. B. *Blomeyer*, in BetrAV 2000, S. 42 (43); a. A. *Höfer*, BetrAVG Teil 1, § 1 Rz. 1630.9

⁴³⁸ *Blomeyer*, in BetrAV 2000, S. 42 (48); *Jaeger*, in BetrAV 1999, S. 384 (385)

⁴³⁹ BMF-Schreiben vom 04.02.2000 – IV C 5 – S 2332 – 11/00, in DB 2000, S. 353 mit Anm. *Niermann* (S. 347); zustimmend *Förster*, in BetrAV 2000, S. 39 (40)

⁴⁴⁰ *Höfer*, BetrAVG Teil 1, § 1 Rz. 1630.10

7.2.2 Versorgungsleistungen

Der Arbeitgeber muss im Gegenzug zum Gehaltsverzicht des Arbeitnehmers eine Anwartschaft auf Versorgungsleistungen zusagen. Hiermit sind offenkundig die in § 1 Abs. 1 BetrAVG genannten Leistungsarten, also Alters-, Invaliden- und/oder Hinterbliebenenleistungen gemeint⁴⁴¹. Die Anforderungen an diesen Begriff, namentlich die für fondsgebundene Leistungspläne problematische Abgrenzung zur echten Beitragszusage sowie der Versorgungszweck, wurden bereits ausführlich in 4.1 diskutiert. Insofern kann auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.

Hier geht es nur noch um die Frage, ob der **Begriff der Versorgungsleistung** für die Entgeltumwandlung völlig identisch mit dem Fall der Arbeitgeberfinanzierung ist oder ob er **modifiziert** werden muss. Die Diskussion dieser Frage wird durch zwei Umstände erschwert: Erstens lassen die einschlägigen Stellungnahmen zu den Anforderungen an den Versorgungsbegriff bei der Entgeltumwandlung häufig nicht erkennen, ob sie auch für „normale“ betriebliche Altersversorgung gemeint sind. Zweitens – damit zusammenhängend – wird auch nicht immer klar, ob es sich um rein steuerrechtliche (das Steuerrecht genießt hier als Triebfeder dieser Modelle offenkundig mehr Beachtung) oder auch um arbeitsrechtliche Anforderungen handelt.

Aus arbeitsrechtlicher Sicht bietet das Gesetz nicht den geringsten Anlass, an die Versorgungsqualität der zugesagten Leistung bei der Gehaltsumwandlung einen strengeren Maßstab anzulegen als bei sonstiger betrieblicher Altersversorgung. Vom Wortlaut her ist § 1 Abs. 5 BetrAVG ja eher noch allgemeiner formuliert, und auch der Normzweck rechtfertigt es nicht, die Schutzwirkung arbeitnehmerfinanzierter Pensionszusagen von weiteren als den im Gesetz genannten Merkmalen abhängig zu machen. Nach hier vertretener Ansicht müssen die qualifizierenden Eigenschaften der Versorgungsleistung und -zweckbestimmung **einheitlich gehandhabt** werden. Die wichtigsten zu beachtenden Kriterien bei der Entgeltumwandlung sind dabei:

- Es darf sich **nicht** um **reine Sparpläne** handeln⁴⁴².
- Der Arbeitgeber muss mit der Zusage ein **biometrisches Risiko** übernehmen⁴⁴³.
- Leistungsempfänger dürfen **nicht beliebige Erben** sein⁴⁴⁴.

Soweit im Steuerrecht der Begriff der Versorgungsleistung maßgeblich ist, wie z. B. bei der Pensionsrückstellung nach § 6a EStG, verbietet sich m. E. ebenfalls eine Unterscheidung nach Arbeitgeber- und Arbeitnehmerfinanzierung. Etwas anderes gilt natürlich dort, wo ausdrückliche Sonderregelungen bestehen (vgl. z. B. Tz. 7.5).

⁴⁴¹ Blomeyer, in BetrAV 2000, S. 42 (44)

⁴⁴² Koordinierter Erlass der Länderfinanzminister zur arbeitnehmerfinanzierten betrieblichen Altersversorgung vom 15.05.1995, in DB 1995, S. 1150 f.

⁴⁴³ Blomeyer, in BetrAV 2000, S. 42 (44)

⁴⁴⁴ BMF-Schreiben vom 04.02.2000 – IV C 5 – S 2332 – 11/00, in DB 2000, S. 353

7.2.3 Wertgleichheit

Nach § 1 Abs. 5 BetrAVG müssen die eingesetzten Entgeltansprüche und die zugesagten Versorgungsanwartschaften wertgleich sein. Das wirft zwei Fragen auf: Zum einen, wie Wertgleichheit zu bestimmen ist, und zum anderen, welche Folgen sich aus dem Fehlen von Wertgleichheit ergeben, welche Rechtsnatur das Merkmal also hat.

a) Wie ist die Wertgleichheit zu bestimmen?

Der Wertvergleich von Barlohn und Versorgungsanwartschaften ist deshalb nicht trivial, weil der Gehaltsverzicht jetzt und unbedingt erfolgt, die Versorgungsleistung jedoch später und abhängig von einem ungewissen Lebensverlauf erbracht wird. Eine allgemein anerkannte Methode, derartige Zahlungsströme miteinander zu vergleichen, sind die Barwertberechnungen der Versicherungsmathematik. Nach **h. M.** muss sich die Wertgleichheit nach solchen **versicherungsmathematischen Grundsätzen** ergeben⁴⁴⁵. Dem entspricht die Entstehungsgeschichte des Gesetzes, während der lediglich zur Vereinfachung die im ursprünglichen Entwurf vorgesehene Formulierung „nach versicherungsmathematischen Grundsätzen berechnet“ durch „wertgleich“ ersetzt wurde⁴⁴⁶. Teilweise wird aus der Umformulierung aber auch hergeleitet, die Versicherungsmathematik müsse nicht zur Anwendung kommen, vielmehr entscheide die **freie Bestimmung der Vertragsparteien**, was diese als wertgleich ansehen und was nicht⁴⁴⁷. Die Finanzverwaltung verlangt für die steuerliche Anerkennung von Gehaltsumwandlungsvereinbarungen ebenfalls nicht die Anwendung versicherungsmathematischer Grundsätze⁴⁴⁸. Für die Bestimmung der Rechnungsannahmen, insbesondere Zins und Lebenserwartung, ist eine solche Wertungsfreiheit auch einleuchtend. Andere Bewertungsmethoden dürfte es jedoch kaum geben, und es ist schwer vorstellbar, dass die Beurteilung „aus dem hohlen Bauch heraus“ erfolgen soll.

Die Diskussion offenbart wieder die **wesentliche Schwachstelle beitragsorientierter Leistungszusagen**. In echten Beitragszusagen wäre die Wertgleichheit unmittelbar durch Einzahlung der Verzichtsbeiträge in das System gegeben. Perfekte Gleichwertigkeit in der Umwandlungsvereinbarung ist in bloß beitragsorientierten Versorgungssystemen grundsätzlich nur durch Einschaltung einer vollumfänglichen Versicherung möglich, sei es als Direktversicherung, sei es als leistungsdefinierende kongruente Rückdeckungsversicherung. Hierdurch werden die Unwägbarkeiten der Kalkulation gewissermaßen ausgelagert und belasten nicht die Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

Für die Wertgleichheit ist wichtig, dass der Gehaltsverzicht keine unerwünschten Nebenwirkungen hat. Deswegen sollten sich sonstige Arbeitgeberleistungen wie

⁴⁴⁵ Blomeyer, in BetrAV 2000, S. 42 (44); Hanau/Arteaga, Gehaltsumwandlung, Kap. B Rz. 67 f.; Höfer/Meier, in BB 1998, S. 1894

⁴⁴⁶ Die ursprüngliche Formulierung „nach versicherungsmathematischen Grundsätzen“ im Gesetzesentwurf der Fraktionen CDU und F.D.P. zum RRG 1999 (BT-Drucks. 13/8011, S. 33) wurde in der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung eher beiläufig und ohne Bezug nehmende inhaltliche Begründung durch „wertgleich“ ersetzt (BT-Drucks. 13/8671, S. 65, 120)

⁴⁴⁷ Blumenstein/Krekeler, in BetrAV 1999, S. 52 (53); Doetsch/Förster/Rühmann, in DB 1998, S. 258; Langohr-Plato, in BetrAV 1999, S. 4

⁴⁴⁸ BMF-Schreiben vom 06.01.2001 – IV C 5 – S 2332 – 1/01, in DB 2001, S. 357

Tantiemen, Jubiläumsgaben oder künftige Gehaltssteigerungen weiterhin nach dem ungekürzten Gehalt bemessen (sog. **Schattengehalt**)⁴⁴⁹. Ferner muss das Schicksal der Verzichtsbeträge in den Deckungsmitteln transparent sein, die Erträge bzw. **Überschüsse müssen verursachungsgerecht zugeordnet und weiter gegeben werden**⁴⁵⁰.

Fondsgebundene Leistungspläne ermöglichen Wertgleichheit wegen ihrer Nähe zu echten Beitragszusagen auch in der Direktzusage auf **bemerkenswert unproblematische Weise**. Die Altersleistung ergibt sich im Standardfall aus den Einzahlungen in den Fonds sowie dessen Ausschüttungen und Wertentwicklung während der Anwartschaftsphase, ohne dass die Versicherungsmathematik bemüht werden muss. Überschüsse, die verteilt werden müssen, fallen insoweit nicht an. **Nur die garantierten Risikoleistungen erfordern eine versicherungsmathematische Kalkulation**. Deswegen muss nur dieser Teil zur Herstellung perfekter Wertgleichheit über einen Versicherer abgedeckt werden, für die Altersleistung steht dem Arbeitgeber bei entsprechend angepasster Leistungsplangestaltung auch die Direktanlage in einem Fonds offen⁴⁵¹.

Nur soweit der Arbeitgeber auf eine Rückdeckung verzichtet, bleibt die Wertgleichheit problematisch. Der fondsbezogene Leistungsteil ist jedoch nur über die Rückdeckung sinnvoll zuzusagen, der Risikoteil wäre wie üblich mit unsicheren Rechnungsannahmen zu kalkulieren, auf die sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer verständigen müssen.

b) Rechtscharakter des Merkmals

Es ist noch kurz auf die Frage einzugehen, welche **Rechtsfolgen** sich aus dem **Fehlen von Wertgleichheit** ergeben. Von einem theoretischen Standpunkt aus betrachtet ist hierfür von Bedeutung, ob sich dieses Merkmal auf eine Aufforderung an die Vertragsparteien beschränkt⁴⁵², oder ob ihm darüber hinaus eine eigenständige Bedeutung als Tatbestandsmerkmal zukommt⁴⁵³.

Doch auch bei Einstufung als Tatbestandsmerkmal dürfte die fehlende Gleichwertigkeit weder den Schutz des Betriebsrentengesetzes in Frage stellen⁴⁵⁴ noch generell zur Annahme klassischer betrieblicher Altersversorgung (mit z. B. höheren Insolvenzversicherungsgrenzen) führen. Bleibt die Versorgung hinter dem umgewandelten Gehalt wertmäßig zurück, etwa weil die tatsächlichen Vermögenserträge höher ausfallen als einkalkuliert, so ist im Wege der Auslegung eine Korrektur der Versorgungszusage zu prüfen⁴⁵⁵. Im umgekehrten Fall könnte hinsichtlich des übersteigenden Teils arbeitgeberfinanzierte Altersversorgung (§ 1 Abs. 1 BetrAVG) vorliegen, wenn die Auslegung ergibt, dass eine Korrektur nach unten nicht gewollt ist.

⁴⁴⁹ Hanau/Arteaga, Gehaltsumwandlung, Kap. C Rz. 69; zur Zulässigkeit Tz. 7.2.1

⁴⁵⁰ Hanau/Arteaga, a. a. O., Kap. D Rz. 146

⁴⁵¹ Vgl. aber zu den steuerrechtlichen bzw. bilanziellen Problemen Tz. 6.1.3

⁴⁵² So Bepler, in BetrAV 2000, S. 19

⁴⁵³ So offenbar Blomeyer, in BetrAV 2000, S. 42 (44)

⁴⁵⁴ Hiervon geht zutreffend auch der BMF aus, vgl. das o. g. Schreiben vom 06.01.2001 – IV C 5 – S 2332 – 1/01, in DB 2001, S. 357

⁴⁵⁵ Blomeyer, a. a. O.

c) Wertgleichheit bei Ausscheiden

Scheidet der Arbeitnehmer vor Eintritt des Versorgungsfalls aus dem Unternehmen aus, so würde sich die Wertgleichheit der Umwandlungsvereinbarung in optimaler Weise dadurch fortsetzen, dass er die durch die Verzichtsbeträge **ausfinanzierte Anwartschaft behalten** darf. Das ist bei versicherungsgebundenen Zusagen die beitragsfreie Leistung, bei Bausteinzusagen sind es die bis zu Ausscheiden angesammelten Versorgungsbausteine. Bei **fondsgebundenen Leistungsplänen** ist es die **beitragsfreie Versicherungsleistung** bzw. – im Falle nicht versicherungsförmiger Gestaltung – **das bei Ausscheiden angesammelte Fondsguthaben**⁴⁵⁶. Das Gebot der Wertgleichheit erfordert daher wegen der Vorleistung durch den Arbeitnehmer, dass eine Anwartschaft auf Versorgungsleistung in der genannten Höhe sofort vertraglich unverfallbar gestellt wird⁴⁵⁷.

Mit der **vertraglichen Unverfallbarkeit** lässt sich aber nur die eine Seite der durch das Ausscheiden hervorgerufenen Verwerfungen der Wertgleichheit beheben. Denn damit erhält der Arbeitnehmer zwar mindestens den seinem Verzicht entsprechenden Versorgungswert, der Arbeitgeber wird jedoch nicht vor einer möglichen höheren Inanspruchnahme infolge gesetzlicher Unverfallbarkeit nach der rätierlichen Methode des § 2 Abs. 1 BetrAVG geschützt. Das kann insbesondere dann zu einer **Nachschusspflicht** führen, wenn die Umwandlungsvereinbarung erst längere Zeit nach Dienst Eintritt erfolgt und auf eine regelmäßig wiederkehrende Entgeltumwandlung gerichtet ist. Das Problem ist vergleichbar der in Tz. 5.1.2 Buchst. b diskutierten Überschreitung des kalkulatorischen Aufwands bei beitragsorientierten Direktzusagen. Nach hier vertretener Ansicht lässt sich das Problem nicht durch eine Analogie zur versicherungsvertraglichen Methode lösen, vielmehr ist der Gesetzgeber gefordert, den in der Tat für beitragsdefinierte Zusagen unbefriedigenden Rechtszustand zu ändern (vgl. Tz. 5.1.6). Will der Arbeitgeber das Risiko einer Aufstockung unverfallbarer Anwartschaften begrenzen, so stehen ihm derzeit nur eingeschränkte Möglichkeiten zur Verfügung. Die sicherste Methode besteht in der **Wahl der versicherungsvertraglichen Unverfallbarkeitsberechnung**, die allerdings nur in der Direktversicherung und damit unter Inkaufnahme insbesondere der vorgelagerten Besteuerung möglich ist. Bei der Direktzusage fällt die m/n-Anwartschaft wegen der fehlenden Hochrechnung niedriger aus, wenn keine dauerhafte Umwandlung, sondern immer nur einzelne Verzichtsrate vereinbart werden (Einmalprämiensystem). Hierdurch reduziert sich allerdings zwangsläufig auch die Pensionsrückstellung nach § 6a EStG.

d) Störung durch Leistungsausschlüsse, insbesondere an die Erben

Zu beachten ist schließlich die scheinbar banale Tatsache, dass Wertgleichheit bei versicherungsgebundenen sowie versicherungsähnlich kalkulierten Entgeltumwandlungszusagen nur erreichbar ist, wenn alle **kalkulierten** bzw. von der Versicherung **tariflich erbrachten Leistungen an den Versorgungsempfänger weiter gegeben** werden. Das sollte zwar in einer fairen Leistungsplangestaltung selbstverständlich sein. Jedoch könnte etwa aus steuerlichen Gründen die Weiter-

⁴⁵⁶ Genauer: die Anwartschaft auf das bis zum Versorgungsfall beitragsfrei weiter geführte Fondsguthaben

⁴⁵⁷ *Blomeyer*, in *BetrAV* 2000, S. 42 (47); *Blomeyer/Otto*, *Betriebsrentengesetz*, Einl. Rz. 729; *Hanau/Arteaga*, Kap. C Rz. 11; das BAG hat hierin noch 1993 nur eine Auslegungsregel gesehen, Urteil vom 08.06.1993 – 3 AZR 670/92, in *BB* 1994, S. 73 (74)

gabe aller Leistungen an den Arbeitnehmer problematisch sein. Das betrifft z. B. die Todesfallleistung, wenn der Arbeitnehmer keine versorgungsberechtigten Hinterbliebenen hat. Die Finanzverwaltung hat klar zum Ausdruck gebracht, dass sie jedenfalls bei der Entgeltumwandlung **keine Leistung an beliebige Erben** als betriebliche Altersversorgung akzeptiert⁴⁵⁸. Damit stehen die Entgeltumwandlungszusagen je nach gewähltem Durchführungsweg vor einem echten Dilemma.

Bei der **Direktversicherung** muss eine nicht unerhebliche Todesfallleistung von grundsätzlich 60% der Beitragssumme mitversichert werden, weil sonst die Kapitalerträge bei Auszahlung steuerpflichtig sind⁴⁵⁹. Die Versorgungszusage muss jedoch den Personenkreis reduzieren. Abgesehen von der dadurch nötigen Bezugsrechtsspaltung droht eine **Schieflage bei der Wertgleichheit**, da je nach persönlicher Situation ein Teil des vom Arbeitnehmer umgewandelten Entgelts zur Finanzierung einer Leistung eingesetzt würde, welche ihm gar nicht zugesagt wird. Das lässt sich auch nicht mit einer kollektiv, also unter Ansatz von Verheiraturungswahrscheinlichkeiten kalkulierten Hinterbliebenenleistung vermeiden. Ein kollektiver Tarif würde wegen des freiwilligen Zugangs bei der Entgeltumwandlung zu negativer Risikoselektion führen. Es wäre nämlich zu befürchten, dass verstärkt Verheiratete diesen für sie günstigen Tarif in Anspruch nehmen würden.

Nicht viel anders sieht die Lage bei der **rückgedeckten Direktzusage** aus. Die Zusage darf im Todesfall keine Leistung vorsehen, wenn keine der im BMF-Schreiben genannten Hinterbliebenen vorhanden sind, auch keine Beitragserstattung; sonst droht die Einstufung als Sparplan und die Aberkennung des Status' als betriebliche Altersversorgung. Zwar wird die Rückdeckung eines solchen Plans nicht durch die Regelungen zum Mindesttodesfallschutz behindert, weil der Rückdeckungsanspruch ja ohnehin im Betriebsvermögen des Arbeitgebers steuerlich erfasst wird. Allerdings dürfte es schwer sein, einen passenden Rückdeckungstarif zu finden, dessen Kapital bei Tod zu Gunsten der Versichertengemeinschaft verfällt (mit negativem Risikokapital). Jede darüber hinausgehende tarifliche Versicherungsleistung würde aber die Wertgleichheit stören, da sie nicht als Versorgungsleistung weitergegeben werden dürfte.

Bei der **Unterstützungskasse** ergibt sich die Beschränkung der Leistungsempfänger zusätzlich zur Wahrung der Körperschaftsteuerfreiheit aus § 5 Abs. 1 Nr. 3 KStG. Ansonsten ist die Situation mit der Direktzusage vergleichbar.

Nach hier vertretener Auffassung ist die Einschränkung des für Hinterbliebenenleistungen in Frage kommenden Personenkreises kein charakteristisches Problem der Entgeltumwandlung, vielmehr ergibt sich diese aus dem Versorgungsbegriff (vgl. Tz. 4.1.4 Buchst. e) und ist damit auch unabhängig vom Durchführungsweg. Für Arbeitnehmer, die im Todesfall **keine in Frage kommenden Hinterbliebenen** hinterlassen, sind daher m. E. **Kapitalzusagen zur Entgeltumwandlung ungeeignet**. Denn eine wertgleiche Kalkulation dieser Leistung führt entweder zu negativem Risikokapital oder zu einem reinen Sparplan. Ob eine positive Risikoleistung nur im Invaliditätsfall für die Anerkennung als betriebliche Altersversorgung ausreichen würde, mag bezweifelt werden. Der einzige wirklich saubere Ausweg ist für diese Personen in einem **Rententarif** zu sehen (vgl. Tz. 4.1.5). Hier ist eben das Langlebigerisiko versichert, und der Verfall bei Tod bereitet keine besonderen Schwierigkeiten.

⁴⁵⁸ BMF-Schreiben vom 04.02.2000 – IV C 5 – S 2332 – 11/00, in DB 2000, S. 353

⁴⁵⁹ BMF-Schreiben vom 06.12.1996 – IV B 1 – S 2221 – 301/96, in BStBl I S. 1438

7.3 Durchführungswege

Generell eignen sich **alle Durchführungswege** der betrieblichen Altersversorgung für die Entgeltumwandlung. Dafür spricht auch die Stellung von § 1 Abs. 5 BetrAVG im Gesetz, der augenscheinlich auf die vier zuvor definierten Durchführungswege aufsetzt. Für die Unterstützungskasse war dies lange Zeit unklar, da der Status als soziale Einrichtung nach § 3 Nr. 1 KStDV voraussetzt, dass die Begünstigten nicht zu eigenen Beiträgen an die Kasse verpflichtet sind. Im Einklang mit der Meinung der Praxis hat die Finanzverwaltung inzwischen aber klar gestellt, dass es sich bei den Beiträgen aus der Entgeltumwandlung um Arbeitgeberbeiträge handelt⁴⁶⁰.

Bei der **Unterstützungskasse** muss aber aus heutiger Sicht dennoch eine **gravierende Einschränkung** gemacht werden. Durch das Erfordernis laufender, der Höhe nach gleich bleibender oder steigender Beiträge zu einer Rückdeckungsversicherung (§ 4d Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Buchst. c S. 2 EStG, dazu Tz. 6.1.3 Buchst. a) muss sich der Arbeitnehmer in diesem Durchführungsweg auf einen dauerhaften Gehaltsverzicht festlegen. Dazu wird er, u. U. aber auch der Arbeitgeber, häufig nicht bereit sein. Den praktischen Erfordernissen entspricht ein flexibel dotierbares Bausteinsystem häufig mehr. Daher ist die Unterstützungskasse aus heutiger Sicht nicht das Optimum für die Gehaltsumwandlung⁴⁶¹.

7.4 Besonderheiten der Insolvenzsicherung

Die Insolvenzsicherung ist auch bei der Entgeltumwandlung wichtig. Denn wie mit seiner Arbeitsleistung leistet der Arbeitnehmer auch mit seinen Verzichtsbeiträgen vor; die entsprechende Versorgungsleistung ist dagegen oft viele Jahre später zu zahlen.

7.4.1 Unzureichende gesetzliche Insolvenzsicherung

Der PSVaG hat sich bis zur expliziten Einführung von § 1 Abs. 5 BetrAVG im RRG 1999 gegen die Anerkennung von Gehaltsumwandlung als betriebliche Altersversorgung gesträubt. Wegen der möglichen Missbrauchsgefahren wollte er solche Zusagen nicht versichern. Der Missbrauchstatbestand in § 7 Abs. 5 BetrAVG hätte nicht alle Fälle auffangen können, in denen marode Unternehmen letztlich zu Lasten des PSVaG Gehaltsumwandlungszusagen erteilen.

Mit der Neuregelung ist die Frage des gesetzlichen Insolvenzschutzes für die Entgeltumwandlung zwar positiv entschieden. Der **Schutz** ist dennoch sehr **lückenhaft**. So ist der **Höchstbetrag** der Sicherung nach § 7 Abs. 3 S. 3 BetrAVG auf 1/10 der allgemeinen Begrenzung reduziert, sofern nicht eine nach Barwert bzw. Deckungskapital gleichwertige arbeitgeberfinanzierte Versorgung besteht. Für Kapitaleistungen sind das derzeit nur ca. 160.000 DM.

⁴⁶⁰ BMF-Schreiben vom 23.06.1998, in BetrAV 1998, S. 232; Göke, in BetrAV 1997, S. 222 (223 f.)

⁴⁶¹ Göke, a. a. O. (226)

Eine weitere Schwäche des Insolvenzschutzes arbeitnehmerfinanzierter Versorgungszusagen besteht darin, dass er **nur gesetzlich unverfallbare Anwartschaften** deckt. Die vor Erfüllung der gesetzlichen Fristen wegen des Wertgleichheitsgebots vertraglich unverfallbar gestellten Anwartschaften sind nicht gesichert. So können über viele Jahre kumulierte Verzichtsbeträge für den Arbeitnehmer verloren gehen. Aber auch nach Erreichen der gesetzlichen Unverfallbarkeit kann bei Direktversicherungen und Unterstützungskassen der allein gesicherte m/n-Anspruch weitaus niedriger sein als der auf Grund der umgewandelten Entgeltteile ausfinanzierte Anspruch. Bei **fondsgebundenen Leistungsplänen** kommt noch eine weitere gravierende unerwünschte Eigenschaft hinzu: Der gesicherte m/n-Anspruch ist nach hier vertretener Auffassung **statisch**, während vertraglich die finanzierten Fondsanteile an der künftigen Renditeerwartung teilhaben.

7.4.2 Bezugsrechtsgestaltung bei der Direktversicherung

Für eine Absicherung der Wertgleichheit der Umwandlungsvereinbarung auch im Insolvenzfall kann man sich also nicht allein auf den gesetzlichen Schutz verlassen. Am einfachsten lassen sich die Probleme bei der Direktversicherung vermeiden. Damit der Versicherungsanspruch konkursfest ist und nicht in die Masse fällt, ist es erforderlich und ausreichend, dass das dem Arbeitnehmer eingeräumte Bezugsrecht unwiderruflich ist⁴⁶².

7.4.3 Verpfändung von Deckungsmitteln bei anderen Durchführungswegen

Bei der Direktzusage sowie der Unterstützungskassenversorgung sollten dagegen für einen wirksamen Insolvenzschutz die Deckungsmittel an den Versorgungsberechtigten verpfändet werden (dazu ausführlich Tz. 5.5.5). Bei kongruenter Rückdeckung ist dieser Schutz perfekt. Soweit allerdings die Leistungen rein intern durch Pensionsrückstellungen finanziert werden, ist ein Schutz auf diesem Wege nicht möglich. Sofern der zusätzliche Sicherungsbedarf allein durch die geringen Höchstgrenzen verursacht ist, genügt eine privatrechtliche Absicherung hinsichtlich des Exzedenten⁴⁶³.

Bei fondsgebundener Entgeltumwandlungszusage ist eine Innenfinanzierung ohnehin sinnlos. Der Arbeitgeber muss sich zur Vermeidung von unkalkulierbaren Schwankungsrisiken entweder über eine fondsgebundene Rückdeckungsversicherung oder über den Erwerb von Fondsanteilen absichern. Somit dürfte der vertragliche Insolvenzschutz in der Praxis kein besonderes Problem darstellen.

⁴⁶² *Hanau/Arteaga*, Gehaltsumwandlung, Kap. C Rz. 167; in der Rspr. zuletzt ArbG Frankfurt, Urteil vom 07.07.1999 – 7 Ca 9502/98 (nicht rechtskräftig), in BetrAV 1999, S. 344 mit zustimmender Anmerkung *Sonnen*

⁴⁶³ Schreiben des PSVaG vom 14.01.1999, in BetrAV 1999, S. 106 f.; zustimmend *Blomeyer*, in BetrAV 1999, S. 293 (303 f.); *Blumenstein/Krekeler*, in BetrAV 1999, S. 52 (57); *Langohr-Plato/Teslau*, in BetrAV 1999, S. 305 (307)

7.5 Steuerliche Besonderheiten

Rechtssystematisch besteht in steuerlicher Hinsicht kein Unterschied zwischen arbeitgeber- und arbeitnehmerfinanzierter betrieblicher Altersversorgung. Denn an den in § 1 Abs. 5 BetrAVG definierten Begriff der Entgeltumwandlung knüpfen sich ausdrücklich keinerlei speziellen steuerlichen Rechtsfolgen. So ist auch das bereits mehrfach zitierte Schreiben des BMF zur Entgeltumwandlung⁴⁶⁴ in erster Linie eine Interpretation des arbeitsrechtlichen Begriffs der betrieblichen Altersversorgung. Inzwischen ist das „**Primat des Arbeitsrechts**“ von der Finanzverwaltung auch ausdrücklich anerkannt: Die fachliche Einschätzung der Arbeitsverwaltung wird von den Finanzbehörden in der Regel nicht in Frage gestellt⁴⁶⁵. Speziell steuerlich zu beachten ist hier lediglich, dass die **Barbezüge bei der Umwandlung noch nicht i. S. v. § 11 Abs. 1 EStG zugeflossen** sind. Doch selbst die hiermit zusammenhängende Abgrenzung zur Lohnverwendungsabrede hat auch eine arbeitsrechtliche Seite. Denn spätestens wenn der Arbeitnehmer bereits erhaltenen Lohn in eine Altersversorgung des Arbeitgebers „einzahlt“, liegt keine betriebliche Altersversorgung, sondern eine Maßnahme der Eigenvorsorge vor, da die Zusage nicht mehr aus Anlass der Tätigkeit für den Betrieb, sondern als Gegenleistung für die Einzahlung gewährt wird⁴⁶⁶. Arbeits- und Steuerrecht bilden somit eine weitgehende Einheit.

Fast beiläufig wurde mit dem am 01.04.1999 in Kraft getretenen Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002⁴⁶⁷ die Entgeltumwandlung mit einer ausdrücklichen steuerlichen Sonderregelung bedacht. In § 40 Abs. 3 S. 2 2. HS EStG heißt es nunmehr, dass **auf den Arbeitnehmer abgewälzte pauschale Lohnsteuer als zugeflossener Arbeitslohn gilt** und nicht die Bemessungsgrundlage für die Einkommensteuer mindert. Dabei ging es in erster Linie gar nicht um Direktversicherungen, sondern um geringfügige Beschäftigungsverhältnisse, allerdings sind die Zukunftssicherungsleistungen des § 40b EStG wegen der allgemeinen Formulierung der Neuregelung unstrittig mit betroffen⁴⁶⁸. Wegen der heftigen Kritik im laufenden Gesetzgebungsverfahren gegen die undifferenzierte Einbeziehung der Direktversicherung erscheint die Annahme eines Redaktionsversehens abwegig.

Diese Regelung schadet nicht nur der Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung und setzt zum ungünstigen Zeitpunkt ein falsches Signal, sie schafft auch eine willkürliche, sinnlose und schwer handhabbare Komplikation mehr im deutschen Steuerrecht. Die eingeführte „**Steuer auf Steuer**“ ist schon an und für sich fragwürdig; sie bewirkt nun zusätzlich eine **Schlechterstellung arbeitnehmerfinanzierter Versorgungsmodelle**. In der Bezeichnung „abgewälzte Steuer“ klingt zudem eine moralische Verurteilung des Umwandlungsvorgangs an, sei sie nun bezweckt oder durch mangelndes sprachliches Feingefühl in die Formulierung geraten.

⁴⁶⁴ BMF-Schreiben vom 04.02.2000 – IV C 5 – S 2332 – 11/00, in DB 2000, S. 353

⁴⁶⁵ BMF-Schreiben vom 06.01.2001 – IV C 5 – S 2332 – 1/01, in DB 2001, S. 357

⁴⁶⁶ So Höfer, BetrAVG, § 1 Rz. 1630.11 und 89 f.; Blomeyer (in BetrAV 2000, S. 42 (43)) grenzt mit der h. M. sogar bloß erdienten Lohn aus. Ob der steuerliche Zufluss mit dem Zeitpunkt zusammenfällt, ab dem die „gekaufte“ Versorgung auch arbeitsrechtlich nicht mehr unter das Betriebsrentengesetz fallen soll, wird nicht ausdrücklich gesagt, diese Konsequenz liegt aber auf Grund der Argumentation nahe.

⁴⁶⁷ Gesetz vom 24.03.1999, BGBl. I S. 402

⁴⁶⁸ Giloy, in BetrAV 1999, S. 273

Es kann nur dringend empfohlen werden, jede von der Änderung betroffene bestehende oder geplante Versorgungsvereinbarung auf **Ausweichmöglichkeiten** hin zu untersuchen. Der Arbeitgeber kann die Steuer z. B. aufwandsneutral wieder übernehmen, wenn die nächste noch nicht feststehende individuelle Gehaltserhöhung um den gleichen Betrag niedriger vereinbart wird. In diesem Falle ist der Tatbestand der Abwälzung nicht erfüllt⁴⁶⁹. Außerdem ist diese Konstruktion von der normalen Arbeitgeberfinanzierung schlicht und einfach nicht unterscheidbar (vgl. Tz. 7.2.1). Der Arbeitgeber übernimmt damit lediglich das Risiko künftiger Steueränderungen.

7.6 Sozialversicherungsrechtliche Besonderheiten

7.6.1 Direktversicherung

Die Beitragspflicht zur Sozialversicherung auf die Direktversicherungsprämien wurde bereits in Tz. 6.2.4 behandelt. Dort ergab sich auf Grund des einschlägigen § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArEV für pauschal versteuerte Prämien eine Ausnahme von der Beitragspflicht, weil sie zusätzlich zu Löhnen und Gehältern gewährt werden.

Würde die sozialversicherungsrechtliche Einstufung der steuerlichen Beurteilung folgen, so dürfte für die Entgeltumwandlung nichts anderes gelten. Denn dort verzichtet der Arbeitnehmer auf sein Gehalt, ehe es ihm steuerlich zufließt und die Steuerpflicht entstehen kann. Die weitgehende Übereinstimmung von Steuer und Sozialversicherung wird auch als ausdrückliches Ziel in § 17 Abs. 1 SGB IV als Ermächtigungsgrundlage für die Arbeitsentgeltverordnung formuliert.

Gleichwohl vertreten die für die Verwaltungspraxis maßgeblichen **Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger** in einer Übereinkunft mit der Bundesanstalt für Arbeit die Auffassung, dass **Direktversicherungsprämien aus umgewandelten laufenden Bezügen sozialversicherungspflichtig** seien⁴⁷⁰. Diese Ansicht widerspricht der h. M. in der **Literatur**⁴⁷¹, wonach im Einklang mit dem Steuerrecht **nicht zwischen Arbeitgeberfinanzierung und Gehaltsumwandlung unterschieden** werden sollte. Diese Ansicht verdient Zustimmung, weil weder § 17 SGB IV noch die Arbeitsentgeltverordnung einen Anhaltspunkt für eine weitere Differenzierung geben. Auch die Aussage des Bundessozialgerichts, Arbeitgeber und Arbeitnehmer könnten durch Einwirkung auf künftige Gehaltsansprüche auf die Beitragspflicht Einfluss nehmen⁴⁷², stützt diese Auffassung.

Die Spitzenverbände vertreten letztlich ihren eigenen Standpunkt **nicht konsequent**, weil sie bei der Umwandlung von **Einmalzahlungen** keine Beitragspflicht annehmen. Wiederum bietet die Arbeitsentgeltverordnung für eine solche Unterscheidung keinerlei Grundlage.

⁴⁶⁹ So auch Ahrend/Förster/Rößler, 4. Teil, Rz. 104

⁴⁷⁰ In BB 1990, S. 1267 (1269); zustimmend Buczko, in DAngVers 1998, S. 121 (130)

⁴⁷¹ Bode, in BetrAV 1997, S. 164 (168); Hanau/Arteaga, Gehaltsumwandlung, Kap. C Rz. 438, 440; Hanau/Arteaga/Kessel, in DB 1997, S. 1401 (1402)

⁴⁷² BSG, Urteil vom 30.08.1994 – 12 RK 59/92, in NZA 1995, S. 701 (703)

7.6.2 Direktzusagen und Unterstützungskassen

Bei den Gehaltsumwandlungs-Direktzusagen sind die Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger nach einigem Hin und Her übereingekommen, dass eine steuerwirksame Umwandlung auch die Bemessungsgrundlage für die Beitragspflicht in der Sozialversicherung mindert⁴⁷³. Sie unterscheiden dabei anders als bei den Direktversicherungsprämien nicht nach der Umwandlung von laufenden und einmaligen Bezügen. Die fehlende Beitragspflicht ergibt sich hier aber nicht aus der Arbeitsentgeltverordnung, sondern einfach daraus, dass es schlicht an einer Grundlage für die Beitragserhebung fehlt⁴⁷⁴.

Für Unterstützungskassen dürfte dies entsprechend gelten⁴⁷⁵.

7.7 Durch das AVmG vorgesehene Änderungen

Das AVmG sieht eine erhebliche Ausweitung der bislang bestehenden Möglichkeiten für arbeitnehmerfinanzierte Versorgungsmodelle vor. Kernelement der Neuregelung ist ein Rechtsanspruch eines jeden Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber auf Einrichtung einer betrieblichen Altersversorgung gegen Gehaltsverzicht (§ 1a E-BetrAVG). Die Höhe dieses Umwandlungsanspruchs beträgt 4% der BBG und orientiert sich damit an den steuerlichen Förderungsgrenzen in der Endstufe (ab 2008). In diesem Zusammenhang ist auch eine Veränderung einiger Rahmenbedingungen vorgesehen:

- **Sofortige gesetzliche Unverfallbarkeit** in Höhe der durch die Umwandlungsbeträge **ausfinanzierten Anwartschaft** (§§ 1b Abs. 5 S.1, 2 Abs. 5a E-BetrAVG). Die Wertgleichheit wird durch das Ausscheiden also nicht mehr zerstört.
- **Rückstellungsbildung** bei Direktzusagen in Höhe des **Barwerts der unverfallbaren Anwartschaft**, sofern dieser höher als der versicherungsmathematische Teilwert ist (§ 6a Abs. 3 S. 2 Nr. 1 E-EStG).
- Verpflichtung des Arbeitgebers zur **Erfüllung der sozialen Auflagen** für die versicherungsvertragliche Lösung ohne Wahlrecht im Falle der Direktversicherungs- oder Pensionskassenzusage sowie **Verbot der wirtschaftlichen Verwertung** (§ 1b Abs. 5 S. 2 E-BetrAVG). Dies sichert in diesen Durchführungswegen die Wertgleichheit.
- **Verbesserter Insolvenzschutz** für Entgeltumwandlung im Rahmen der vom Rechtsanspruch auf Umwandlung umfassten Höchstbeträge (§ 7 Abs. 3 S. 4 E-BetrAVG).
- **Anpassungspflicht** für laufende Leistungen in Höhe von 1% jährlich bzw. durch Verwendung sämtlicher Überschüsse (§ 16 Abs. 5 E-BetrAVG). Davon nicht betroffen sind allerdings Auszahlungspläne (§ 16 Abs. 6 E-BetrAVG) sowie Beitragszusagen mit Mindestgarantie (§ 16 Abs. 3 Nr. 3 E-BetrAVG).

⁴⁷³ Stellungnahme der Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger vom 06./07.05.1998, in BetrAV 1998, S. 233

⁴⁷⁴ Bode, in BetrAV 1997, S. 164 (168); Buczko, in DAngVers 1998, S. 121 (131); Hanau/Arteaga, Gehaltsumwandlung, Kap. D Rz. 566

⁴⁷⁵ Hanau/Arteaga, Gehaltsumwandlung, Kap. E Rz. 160

- **Mitnahmemöglichkeit** für Anwartschaften bei Arbeitgeberwechsel (§ 4 Abs. 4 E-BetrAVG)

Eine nachteilige Änderung wird sich durch das AVmG jedoch in allen Durchführungswegen ergeben. Nach § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, Abs. 2 Nr. 5, 6 E-ArEV sind künftig Entgeltumwandlungsbeiträge unabhängig von ihrer steuerlichen Behandlung **sozialversicherungspflichtig** (zur Übergangsfrist bis einschließlich 2008 vgl. Art. 24 Abs. 7a AVmG).

Für die Erfüllung der sozialen Auflagen gibt es auch weiterhin kein entsprechendes Pendant in den nicht versicherungsförmigen Durchführungswegen. Bei Direkt- und Unterstützungskassenzusagen bleibt die Herstellung von Wertgleichheit daher weniger klar.

Kapitel 8

Beurteilung der praktischen Einsatzmöglichkeiten

8.1 Chancen und Risiken aus Arbeitgebersicht

Fondsgebundene Leistungspläne bieten dem Arbeitgeber im Prinzip die Möglichkeit, die **Kapitalmarktchancen für die Altersversorgung seiner Arbeitnehmer voll nutzbar** zu machen, ohne dass ihn selbst ein Anlagerisiko trifft. Die vielfach geforderte echte Beitragszusage kann mit einer entsprechenden Plan- und Finanzierungsgestaltung zumindest in einer auf Basis des geltenden Rechts kaum zu übertreffenden Annäherung umgesetzt werden. Der enorme Zuwachs bei den Neuabschlüssen fondsgebundener Lebensversicherungen bei der privaten Vorsorge zeigt dabei die wachsende Akzeptanz dieses Produkts in breiten Bevölkerungsschichten. Mit der Einrichtung eines solchen modernen Versorgungswerks kann der Arbeitgeber die **Wertschätzung des Unternehmens** sowohl bei den **Mitarbeitern** als auch **nach außen hin steigern**.

Diesen Chancen stehen allerdings nicht unerhebliche Risiken gegenüber. Der Arbeitgeber muss umfangreiche **Informations- und Sorgfaltspflichten** beachten, wenn er nicht Gefahr laufen will, für eine mögliche ungünstige Anlageentwicklung selbst zu haften. Und das ist nicht nur sehr aufwändig, sondern relativiert auch den Einsatz des Versorgungswerks als internen Werbeträger. Denn die Arbeitnehmer müssen auch darüber informiert sein, was mit ihrer Versorgung **im ungünstigsten Fall** passieren kann. Und bei Leistungsausfall bewahrt selbst pflichtgemäßes Verhalten den Arbeitgeber nicht vor einer möglichen moralischen Einstandspflicht, der er sich schon deswegen nicht vollständig entziehen kann, weil ansonsten u. U. massive **Auswirkungen auf das Betriebsklima** drohen.

Risiken für den Arbeitgeber ergeben sich darüber hinaus aus der **unsicheren rechtlichen Beurteilung**. Arbeitsrechtlich betrifft das vor allem den genauen Inhalt und Umfang der genannten Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten sowie der bei Verstößen resultierenden **Haftung**. Ähnlich unsicher, in den Auswirkungen aber eher auf Einzelfälle beschränkt, ist der **Umfang der gesetzlichen Unverfallbarkeit**. Die Frage der prinzipiellen Anerkennung als betriebliche Altersversorgung unterliegt dagegen m. E. einem nur geringen Restrisiko, wenn man von den Extremvarianten absieht, bei denen der Risikoschutz völlig in den Hintergrund tritt. Steuerrechtlich unsicher ist vor allem bei **nicht garantierter Leistungshöhe** die

Berechnung der **Pensionsrückstellung** sowie die **Zuwendung der Rückdeckungsbeiträge** an eine Unterstützungskasse.

Schließlich ist auch die **politische Entwicklung unsicher**. Wenn das im Vermittlungsverfahren befindliche AVmG in der vom Bundestag beschlossenen Form in Kraft tritt, werden fondsgebundene Leistungspläne ohne Mindestgarantie (wie auch entsprechende Einzelversicherungen) an Bedeutung abnehmen. Eine **Tendenz zu garantierten Mindestleistungen** ist in vielen Reformvorschlägen zur betrieblichen Altersversorgung zu beobachten. Bestehende Versorgungssysteme könnten immerhin ggf. mit einer solchen Garantie „nachgerüstet“ werden.

Viele diese Risiken betreffen aber nicht generell fondsgebundene Leistungspläne, sondern schwanken zumindest in ihrem Gewicht stark nach dem Durchführungsweg, der konkreten Plangestaltung und den sonstigen Begleitumständen. Wenn der Arbeitgeber etwa den Arbeitnehmern schon eine sichere Grundversorgung gewährt oder weniger riskante Fondsanlagen wählt, ist der an die Sorgfaltspflicht bei der Kapitalanlage anzulegende Maßstab geringer. Ferner dürfte der Aufklärungsbedarf stark von dem zu versorgenden Personenkreis abhängen.

Wägt man Chancen und Risiken gegeneinander ab, so lässt sich doch ziemlich sicher sagen, dass sich **fondsgebundene Leistungspläne ohne Garantieleistung im Erlebensfall** aus Sicht des Arbeitgebers wohl **kaum als Ersatz für die klassischen Versorgungswerke** zur Abdeckung einer ausreichend sicheren Grundversorgung eignen dürften. Bei der Einrichtung eines solchen Versorgungswerks sollte der Arbeitgeber gedanklich immer auch das **worst-case-Szenario durchspielen** und sich nicht auf eine „mit aller Vorsicht“ realistische bloße Leistungserwartung verlassen. Nicht ohne Grund führt jede Absicherung einer Mindestgarantie, und sei sie nur auf teilweise Kapitalerhaltung gerichtet, zu einer Verteuerung des Aufwands oder zu einer Verringerung der erwarteten Leistung.

Eine **besondere Einsatzmöglichkeit** fondsgebundener Versorgungszusagen besteht gewiss im Bereich von **Einzelzusagen**. Adressaten solcher Zusagen sind nämlich üblicherweise Führungs- und herausragende Fachkräfte und damit eher aufgeklärte und tendenziell anlageerfahrene Personen mit hohem Einkommen. Zu eng ist m. E. aber die Sicht, dass sich der sinnvolle Einsatzbereich fondsgebundener Leistungspläne in diesem Personenkreis erschöpft⁴⁷⁶. Vielmehr zeigt der wachsende Markt der Investmentfonds für die Altersvorsorge, dass solche Versorgungszusagen unter bestimmten Voraussetzungen durchaus für ein breites Arbeitnehmerpublikum geeignet sein können. Eine vorteilhafte Mischung könnte z. B. darin bestehen, dass der Arbeitgeber den vorgesehen Dotierungsrahmen für die betriebliche Altersversorgung je **zur Hälfte auf eine sichere Grundversorgung und eine fondsgebundene Zusatzversorgung** aufteilt. Bei gehaltsabhängigem Beitragsaufwand könnte alternativ der auf Einkommensteile oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung entfallende Versorgungsbeitrag in diese Zusatzversorgung fließen. Solche Modelle lassen sich gut verkaufen und stellen eine ausgewogene Mischung aus Rendite und Sicherheit dar. Sie eignen sich ferner für eine freiwillige Zusatzabsicherung im Wege der Entgeltumwandlung.

⁴⁷⁶ So aber *Doetsch*, in BetrAV 1999, S. 203 (208)

8.2 Chancen und Risiken aus Arbeitnehmersicht

Für den Arbeitnehmer bieten fondsgebundene Versorgungszusagen die Chance, durch die Teilhabe an der Kapitalmarktentwicklung schon bei relativ geringer Einsatzbereitschaft des Arbeitgebers zu einer ansehnlichen Versorgungsleistung zu gelangen. In einer Zeit, in der viele Unternehmen unter dem globalen Wettbewerbsdruck ihre freiwilligen Sozialleistungen auf den Prüfstand stellen, kann durch Betonung renditestärkerer Vorsorgeformen **trotz Aufwandskürzung** zumindest erwartungsmäßig **ein passables Versorgungsniveau gehalten** werden.

Der Preis für die höhere Rendite ist natürlich ein höheres Risiko. Soweit der Arbeitnehmer seinen existenziellen Mindestbedarf im Alter nicht abgesichert hat, ist ihm mit einer fondsgebundenen Versorgungszusage ohne garantierte Mindestleistung nicht gedient. Ein solcher Tarif erlaubt nämlich **keine zielgerichtete Vorsorgeplanung**, er kann im Alter nur eine zusätzliche Leistung bereit stellen, deren Ausfall der Empfänger notfalls auch verkraften könnte. Vor allem muss er sich des bestehenden Risikos bewusst sein, sonst wiegt er sich womöglich in falscher Sicherheit und unterlässt dringend erforderliche Maßnahmen der Eigenvorsorge. Man kann also sagen, dass sich eine fondsgebundene Versorgungszusage hauptsächlich als **ergänzender Vorsorgebaustein für risikobewusste Arbeitnehmer eignet**⁴⁷⁷. Diese Situation ist häufig bei der Gehaltsumwandlung gegeben.

Steuerlich weist eine fondsgebundene Versorgungszusage für den Arbeitnehmer kaum Besonderheiten auf. Im Falle der Direktversicherung sollten Pauschalierungsmöglichkeiten genutzt und die Voraussetzungen für die derzeit noch mögliche Steuerfreiheit der Kapitalerträge beachtet werden.

Aus diesen Ausführungen wird ersichtlich, dass bei der **Eignungsfrage gar nicht strikt zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmersicht getrennt werden kann**. Denn der Arbeitgeber muss die Interessenlage des Arbeitnehmers bei der Plangestaltung berücksichtigen.

8.3 Eignung für die Entgeltumwandlung

Fondsgebundene Leistungspläne eignen sich gut zur Entgeltumwandlung. Durch die Bindung der Leistung an einen Fonds wird für den Arbeitnehmer **besonders transparent, dass er eine wertgleiche Gegenleistung erhält**. Die explizite Zuteilung von Überschüssen aus dem Deckungskapital, welche bei einer fairen Umwandlungsvereinbarung dem Arbeitnehmer in Form von Leistungserhöhungen gutgeschrieben werden, entfällt hier weitgehend.

Außerdem ist bei der Entgeltumwandlung das Eingehen auf individuelle Versorgungsbedürfnisse leichter als in einem kollektiven Versorgungswerk. Der Arbeitgeber kann z. B. wahlweise einen Tarif mit garantierter Mindestleistung anbieten. Wichtig ist eine solche Wahlmöglichkeit dann, wenn keine ausreichend sichere arbeitgeberfinanzierte Grundversorgung vorhanden ist und die Entgeltumwandlung das einzige Versorgungsangebot darstellt.

Ein weiterer Vorteil bei der Entgeltumwandlung mit Blick auf fondsgebundene Leistungspläne ist der **freiwillige Zugang**. Ein solches Angebot wird tendenziell

⁴⁷⁷ Doetsch, a. a. O. (207)

her von Höherverdienenden angenommen, die noch finanziellen Spielraum für eine zusätzliche Alterssicherung haben. Gerade für dieses Publikum ist ein chancenorientierter Plan attraktiv.

Im Falle der Direktzusage hat der Arbeitnehmer schließlich die vorteilhafte Möglichkeit, Arbeitseinkommen **vor Steuern und Sozialabgaben in eine rentable Anlageform** zu investieren. Der effektive Vorteil aus diesem Steuerstundungseffekt ist um so größer, je höher die auf die gestundeten Beträge erwirtschaftete Rendite ist.

Dennoch ist vor allem aus steuerlichen Gründen zu beachten, dass die Plangestaltung nicht in die Nähe eines reinen Investmentsparens rücken sollte. Trotz der hier vertretenen einheitlichen Sichtweise scheint die Finanzverwaltung hierauf bei der Entgeltumwandlung ein strengeres Auge zu richten als bei einer Finanzierung durch den Arbeitgeber. Insbesondere darf die Leistung nicht frei vererblich sein. Wegen der hierdurch ausgelösten Gestaltungsprobleme könnte für Interessenten ohne in Frage kommende Hinterbliebene ein fondsgebundener Rententarif ohne Todesfallschutz angeboten werden.

8.4 Vergleich der verschiedenen Modellvarianten

8.4.1 Direktversicherung

Die Direktversicherung ist für den Arbeitgeber auf jeden Fall **am leichtesten handhabbar** und mit dem **geringsten Risiko** verbunden. Das betrifft zunächst die Anerkennung der Zusage als betriebliche Altersversorgung überhaupt. Diese für fondsgebundene Leistungspläne nicht unproblematische Frage wird nämlich für die Direktversicherung durch die Erwähnung in den Einkommen- und Lohnsteuererrichtlinien positiv präjudiziert. Auch die Unverfallbarkeit lässt sich in diesem Durchführungsweg als einzigem der betrachteten Modelle mit der versicherungsvertraglichen Lösung befriedigend lösen. Schließlich entfällt bei unwiderruflichem Bezugsrecht das Problem der Insolvenzversicherung.

Als **nachteilig** wird dagegen überwiegend die **vorgelagerte Besteuerung** angesehen. Die Steuer muss schon bei Entrichtung der Beiträge gezahlt werden und kann somit in der Phase bis zum Eintritt des Versorgungsfalles keine Erträge mehr erwirtschaften. Der individuelle Steuersatz ist außerdem höher als in der Leistungsphase. Dass die vorgelagerte Besteuerung aber auch erhebliche Vorteile hat, geht in der aktuellen Diskussion ein wenig unter. Durch die **Pauschalierungsmöglichkeit nach § 40b EStG** lassen sich trotz der mehrfach verschlechterten Rahmenbedingungen immer noch eine Menge Steuern sparen. Zumindest bei einer Kapitalleistung kann dies schon günstiger sein als die nachgelagerte Besteuerung mit einem dann hohen individuellen Steuersatz. Zudem wird bei nachgelagerter Besteuerung die Gesamtleistung bestehend aus Nettoaufwand und Erträgen der Steuer unterworfen, während bei der Direktversicherung in der üblichen Gestaltung die **Erträge nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG völlig steuerfrei** sind.

Die Direktversicherung dürfte also dann der richtige Weg sein, wenn die Pauschalierungsgrenze des § 40b EStG noch nicht erschöpft ist, eine Kapitalleistung vorgesehen ist und der Arbeitgeber mit der Altersversorgung keine weiteren Finan-

zierungseffekte beabsichtigt, sondern möglichst wenig mit der Verwaltung der Zusagen sowie mit rechtlichen Zweifelsfragen zu tun haben möchte.

8.4.2 Rückgedeckte Direktzusage

Die Direktzusage lässt dem Arbeitgeber ohne Zweifel die **größten Freiheiten bei der Leistungsplangestaltung**. Dagegen gibt es für die **Anerkennung** fondsgebundener Leistungspläne zur betrieblichen Altersversorgung **nicht so klare Regeln** wie bei der Direktversicherung. Ungeklärt ist etwa im Detail die Abgrenzung zu einem reinen Sparplan, ob etwa ein Mindest-Todesfallschutz erforderlich ist und welchen Umfang ein solcher haben müsste. Nach hier vertretener Auffassung sollte die Beurteilung des Plans zwar nicht vom Durchführungsweg abhängen; aber in der Praxis ist dies keineswegs gesichert. Im Zweifel sollte der Arbeitgeber eher Vorsicht walten lassen und bei fondsgebundenen Plänen am Risikoschutz nicht sparen, solange verlässliche Aussagen für die Praxis fehlen. Nachteilig ist auch, dass die Unverfallbarkeit nicht nach der versicherungsvertraglichen Lösung gewählt werden kann und dass auch bei kongruenter und verpfändeter Rückdeckung Insolvenzversicherungsbeiträge entrichtet werden müssen.

Die Beliebtheit der Direktzusage bei deutschen Unternehmen beruht vor allem auf der Möglichkeit der auch steuerlichen **Vorausfinanzierung über Pensionsrückstellungen** bei gleichzeitig im Betrieb verbleibender freier Liquidität. Diese Möglichkeit besteht bei fondsgebundenen Leistungsplänen de facto nur **eingeschränkt**. Denn zum einen ist die Zulässigkeit der Rückstellungsbildung für fondsabhängige Leistungen im Rahmen von § 6a EStG nicht ganz unproblematisch. Zum anderen macht ein freies Wirtschaften mit dem Versorgungskapital kaum Sinn; der Arbeitgeber muss schon im eigenen Interesse zumindest den fondsabhängigen Teil der zugesagten Leistung durch eine **entsprechende Anlage rückdecken**. Und schließlich können durch die diskutierten Inkongruenzen der Aktiv- und Passivbewertung erwünschte Finanzierungseffekte leicht in **unerwünschte buchmäßige Aufwandsschwankungen** umschlagen.

Betrachtet man die generelle Rückstellungsmöglichkeit nach dem Stichtagsprinzip einmal als geklärt, so bleiben dem Arbeitgeber immerhin zwei Stellschrauben für gezielte Finanzierungseffekte. So löst eine **Erst- oder Erhöhungszusage** an Mitarbeiter mit bereits einigen Dienstjahren einen über das Aktivvermögen hinausgehenden Rückstellungsschub und damit einen Steuerstundungseffekt aus. Durch entsprechende Bündelung der Zusageerteilungen lässt sich der Aufwand den Erfordernissen entsprechend steuern. Und im Falle einer **Wertpapierrückdeckung** können sich Finanzierungseffekte aus dem **Aufbau und der Auflösung stiller Reserven** ergeben. Die direkte Rückdeckung durch Investmentfonds vermeidet zudem die vergleichsweise hohen, Rendite schmälernenden Verwaltungskosten der fondsgebundenen Lebensversicherung. Insgesamt sind die zu beachtenden Vorgänge aber wesentlich komplexer als bei üblichen rückgedeckten Direktzusagen und dürften **laufend anspruchsvolle Beratung** erfordern.

Die Einsparung von Verwaltungskosten gegenüber der Direktversicherung – ein oft genannter Vorzug der Direktzusage – gelingt hier nur bei einer Rückdeckung durch Investmentfonds. Dies ist insbesondere bei großen Versorgungswerken zu erwägen, wenn sich die Auflage eines Spezialfonds lohnt.

Ein wesentlicher Unterschied zur Direktversicherung liegt schließlich in der **nachgelagerten Besteuerung**. Dies kann insbesondere dann vorteilhaft sein, wenn die Plangestaltung nicht den Bedingungen für die Steuerfreiheit der Kapitalerträge einer Lebensversicherung genügen würde, also z. B. bei einer beabsichtigten flexiblen Dotierung durch Einmalbeiträge. Entsprechendes gilt, wenn die pauschalierungsfähigen Höchstbeträge für Direktversicherungen schon ausgeschöpft sind.

Zusammengefasst fordert eine fondsgebundene Direktzusage dem Arbeitgeber aus heutiger Sicht noch einen gewissen Pioniergeist ab. Das gilt sowohl wegen der fehlenden Rechtspraxis als auch wegen der doch recht komplexen Finanzierungsvorgänge. Dieser Durchführungsweg wird sich vor allem dann anbieten, wenn die nachgelagerte Besteuerung besonders effektiv ist, etwa bei hohem individuellen Steuersatz. Die Zusage über eine kongruente fondsgebundene Lebensversicherung ist dabei der einfachere Weg, der außer der nachgelagerten Besteuerung allerdings kaum Vorzüge gegenüber der Direktversicherung aufweist. Die Rückdeckung durch Investmentfonds ist komplizierter, eröffnet aber noch mehr Raum für eine kreative Nutzung der Finanzierungseffekte dieses Durchführungswegs. Dies dürfte sich indes wegen der erforderlichen Beratung nur bei größeren Versorgungswerken lohnen.

8.4.3 Rückgedeckte Unterstützungskasse

Die Unterstützungskasse ist prinzipiell dann der richtige Durchführungsweg, wenn die nachgelagerte Besteuerung gewünscht ist, der Arbeitgeber die Verpflichtung aber **auslagern** will. Durch die Zuwendung der Rückdeckungsbeiträge ist ein wesentlich gleichmäßiger Aufwand gewährleistet als bei der von Schwankungsrisiken geprägten Direktzusage.

Allerdings ist dieser Durchführungsweg von zahlreichen steuerlichen Fallstricken geprägt. Das aus heutiger Sicht gewichtigste Hemmnis besteht in den **Äußerungen des Bundesfinanzministeriums**, in denen fondsgebundenen Rückdeckungsversicherungen die steuerliche Anerkennung versagt wird⁴⁷⁸. Die darin geäußerte Sichtweise passt zwar nicht auf kongruente Rückdeckungen, sie droht aber faktisch die Finanzierungsmöglichkeiten auf die Dotierung des für fondsgebundene Leistungspläne gänzlich unpassenden Reservepolsters zurück zu stützen. Auch hier wäre also Pioniergeist gefragt. Der Arbeitgeber sollte sich in jedem Fall vor Einrichtung mit einer entsprechenden Anrufungsauskunft zu seinem konkreten Vorhaben absichern.

Eine weitere **gravierende steuerliche Beschränkung** der rückgedeckten Unterstützungskasse ergibt sich aus dem Gebot laufender, mindestens gleich bleibender Versicherungsbeiträge. Flexible, mit Einmalbeiträgen dotierbare **Bausteinsysteme** sind damit **nicht möglich**.

Die Unterstützungskasse wird also nur dann gegenüber der Direktzusage in Frage kommen, wenn der beabsichtigte Leistungsplan und insbesondere die geplante Aufwandsverteilung mit den Erfordernissen des § 4d EStG in Einklang steht. Dies wird aber bei vielen modernen Versorgungssystemen und insbesondere bei der

⁴⁷⁸ BMF, Schreiben vom 13.05.1998 – IV B 2 – S 2144c – 12/98, in BB 1998, S. 1789, sowie vom 11.12.1998 – IV C 2 – S 2144c – 4/98, in DB 1999, S. 25

Gehaltsumwandlung eher nicht der Fall sein. Denn dazu wäre eine Festlegung auf einen gleichbleibenden Aufwand bis zum Pensionierungsalter erforderlich.

8.5 Anforderungen an leistungsfähige rechtliche Rahmenbedingungen und Auswirkungen des AVmG

Fondsgebundene Versorgungszusagen können derzeit unter dem Dach der beitragsorientierten Leistungszusage nur ein – gemessen am Idealzustand – etwas eingegengtes Dasein führen. Dies haben die Anwendungs- und Auslegungsprobleme bei zahlreichen arbeits- und steuerrechtlichen Einzelfragen in dieser Arbeit gezeigt. Nur in der Form der **echten Beitragszusage** käme das Wesen einer solchen Plangestaltung voll zur Geltung. Beitragsorientierte Zusagen sind eben doch **Leistungszusagen**, und die hierauf gemünzten Regelungen des Betriebsrentenrechts, aber auch die darauf aufbauenden steuerrechtlichen Bewertungsvorschriften sind für fondsgebundene Versorgungspläne nur eine Krücke, sie ergeben aber **kein sachgerechtes Regelwerk**.

Dreh- und Angelpunkt einer angemessenen Integration fondsgebundener Leistungspläne in das System der betrieblichen Altersversorgung ist also die **Schaffung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Beitragszusagen**, insbesondere ihre Aufnahme in das Betriebsrentengesetz. Ausgehend von der Problematik der gesetzlichen Unverfallbarkeit hat sich diese Anforderung ja schon in Tz. 5.1.6 ergeben. Das Basteln an der beitragsorientierten Leistungszusage ist an eine natürliche, nicht mehr erweiterbare Grenze gestoßen. Das eigentliche Gegensatzpaar lautet „Leistungszusage“ versus „Beitragszusage“. Entgegen einer immer wieder anzutreffenden Meinung impliziert die Beitragszusage übrigens keineswegs eine unsichere, für den Arbeitnehmer riskante Versorgungslage. Denn die Entscheidung für eine Beitragszusage legt noch nicht fest, wie viel Risiko letztlich beim Arbeitnehmer verbleibt und wie viel ein externer Träger übernimmt. Das Risiko soll nur **nicht vom Arbeitgeber getragen** werden müssen.

Wenn die Beitragszusage mit allen ihrem Wesen entsprechenden Merkmalen in die gesetzliche Systematik Eingang finden würde, wären die meisten derzeit bestehenden Unsicherheiten in der Behandlung fondsgebundener Versorgungszusagen beseitigt. Die wünschenswerten Eigenschaften seien an dieser Stelle nochmals zusammengestellt.

- Leitprinzip ist die **Kalkulierbarkeit** des Aufwands. Den Arbeitgeber darf über den von ihm bereit gestellten Versorgungsaufwand hinaus keinerlei Belastung treffen.
- Der Aufwand soll **flexibel** erbracht werden können. Das bedeutet, der Arbeitgeber kann seine Entscheidung, Versorgungsaufwand zu erbringen, insbesondere ohne steuerliche Nachteile nur für einen bestimmten Zeitraum oder auch nur von Fall zu Fall treffen.
- Bei Rückdeckungsmodellen darf das Betriebsergebnis nicht durch Inkongruenzen von **Verpflichtungs- und Vermögensbewertung** gestört werden. Im Gegenzug ist aber sicher zu stellen, dass das Versorgungsvermögen tatsächlich zur Leistungserbringung zur Verfügung steht.

- Die Beschränkungen bei der Dotierung **rückgedeckter Unterstützungskassen** sollten aufgehoben werden.
- Bei entsprechender (**treuhänderischer**) **Sicherung** des Versorgungskapitals entfällt ein gesetzlicher Insolvenzschutz durch den PSVaG.
- Die Anwartschaften werden **sofort** – oder nach höchstens einem Jahr – **unverfallbar**. Die Höhe der unverfallbaren Leistung entspricht dem planmäßig angesammelten Versorgungskapital, bei fondsgebundenen Leistungsplänen also dem **Fondsvermögen bei Ausscheiden**.
- Bei **Ausscheiden** kann das unverfallbare Versorgungskapital bei entsprechender Verfügungsbeschränkung **dem Arbeitnehmer mitgegeben** oder durch einen neuen Arbeitgeber weiter geführt werden. Es entsteht weder Stornogewinn noch -verlust.
- Für alle Durchführungswege sollte einheitlich die **nachgelagerte Besteuerung** eingeführt werden. Zufluss findet erst statt, wenn das Versorgungskapital ausgezahlt wird.

Alle diese Merkmale basieren auf der Annahme, dass der Arbeitgeber den **Versorgungsbeitrag als Entgelt für geleistete Arbeit** verstanden wissen will. Daneben sollte die bisherige Leistungszusage, ob beitragsorientiert oder nicht, als eine Alternative bestehen bleiben. Mit dem Versprechen einer festen Leistung, den längeren Unverfallbarkeitsfristen und dem rätierlichen unverfallbaren Anspruch kann der Arbeitgeber die **Betriebstreue** seiner Mitarbeiter über die Zusage **stärker gewichten**. Er sollte zwischen beiden Varianten wählen, aber nicht – im Sinne der „Rosinentheorie“ – mischen können. **Fondsgebundene Versorgungszusagen**, aber auch Entgeltumwandlungen aller Art, wären in diesem **dualen System** allein in der **Beitragszusage** richtig aufgehoben.

Die Einführung von Pensionsfonds sowie von Beitragszusagen mit Mindestleistung durch das **AVmG** wäre ein wichtiger Schritt in die dargestellte Richtung. Fondsgebundene Leistungspläne **mit** der geforderten **Mindestgarantie** bekämen in den Durchführungswegen **Direktversicherung, Pensionskasse und Pensionsfonds** einen **soliden rechtlichen Boden**, auf dem auch das Haftungsrisiko extrem gering erscheint. **Unsicher** erscheint dagegen der Fortbestand der für Plangestaltungen **ohne Mindestgarantie** entwickelten rechtlichen Nische, und unsicherer dürften auch die Einsatzmöglichkeiten innerhalb der Durchführungswege **Direktzusage** und **Unterstützungskasse** werden. Im Rahmen der neuen Möglichkeiten für die nachgelagerte Besteuerung wäre dann zunächst die Ausschöpfung der versicherungsförmigen Durchführungswege zu erwägen.

Im Bereich der fakultativen Zusatzversorgung, wo die **Absicherung eigentlich verzichtbar** wäre, erweist sich der Verlustschutz leider als **Renditebremse**. Auf der anderen Seite ist natürlich zu fragen, weshalb die Mindestgarantie die Renditeerwartung so massiv drückt, wenn das abzusichernde Risiko bei langfristigem Anlagehorizont so gering ist. Vielleicht kann die **Entwicklung verbesserter Sicherungsinstrumente** auf Anbieterseite hier Abhilfe schaffen.

Nicht gelungen mit dem AVmG ist jedenfalls das **Bestreben nach Vereinfachung und Vereinheitlichung**. Die Ungleichbehandlung der verschiedenen Durchführungswege wird durch das Nebeneinander verschiedener Förder- und Begünstigungsprinzipien (§ 10a, § 40b EStG, vorgelagerte Besteuerung mit Kapi-

talertragsteuerprivileg) noch unübersichtlicher. Hier bleibt abzuwarten, ob das zu erwartende Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Besteuerung der Alterseinkünfte eine Korrektur erfordert.

Kapitel 9

Fondsgebundene Leistungspläne unter dem Altersvermögensgesetz

Das vom Bundestag am 26. Januar 2001 in dritter Lesung beschlossene Altersvermögensgesetz hat auf die bisherige Systematik der betrieblichen Altersversorgung in Deutschland erhebliche Auswirkungen. Die bedeutsamsten Neuerungen sind dabei die Einführung von **Pensionsfonds** als fünfter Durchführungsweg, die Aufnahme der **Beitragszusage mit Mindestleistung** als neuer Zusagetyp neben der klassischen und der beitragsorientierten Leistungszusage sowie massive Änderungen bei der **steuerlichen Behandlung** der Finanzierungsaufwendungen und der Versorgungsleistungen innerhalb der einzelnen Durchführungswege. Es ist offenkundig, dass fondsgebundene Leistungspläne sowohl wegen ihrer Nähe zur Beitragszusage als auch wegen ihres möglichen Einsatzes innerhalb von Pensionsfonds in besonderem Maße von der Neuregelung betroffen sind. Mögliche Auswirkungen der vom Bundestag beschlossenen Änderungen auf die in dieser Arbeit gefundenen Ergebnisse wurden bereits im Anschluss an die betroffenen Einzelfragen in ergänzenden Abschnitten diskutiert.

Nach der Ablehnung des zustimmungspflichtigen Gesetzes durch den Bundesrat am 16. Februar 2001 schien der Umfang der im Vermittlungsverfahren auszuhandelnden Kompromisse und damit die Zukunft des Vorhabens im Ganzen zunächst unklar. Nach dem zwischenzeitlichen Scheitern der Vermittlungsgespräche scheint sich die Entwicklung nunmehr auf ein „Ganz oder gar nicht“ hin zu polarisieren, abhängig von der Frage, ob bei einer erneuten Behandlung durch den Bundesrat die bislang unentschlossenen Länder ggf. durch ein Entgegenkommen zur Zustimmung bewegt werden können. Inzwischen hat sich aber praktisch einhellig die Erkenntnis durchgesetzt, dass ein völliges Scheitern der Reform für die Zukunft der Alterssicherung die schlechteste Lösung wäre. Somit sind die **politischen Chancen stark gestiegen**, dass das Altersvermögensgesetz in der vom Bundestag beschlossenen Form mit nur noch marginalen Modifikationen **tatsächlich in Kraft treten wird**.

Aus diesem Grund wird nun in einem eigenen Kapitel versucht, ein mögliches Bild der aus den Neuerungen resultierenden Konsequenzen für fondsgebundene Leistungspläne zu zeichnen.

9.1 Die Beitragszusage mit garantierter Mindestleistung

Die wichtigste Neuerung im Hinblick auf die Gestaltbarkeit fondsgebundener Leistungspläne stellt zweifellos die Einführung der Beitragszusage mit garantierter Mindestleistung dar.

9.1.1 Gesetzliche Regelung

Die Beitragszusage mit Mindestleistung ist nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 E-BetrAVG eine Zusage, durch die sich der Arbeitgeber verpflichtet, **Finanzierungsbeiträge zum Aufbau einer betrieblichen Altersversorgung zu zahlen**. Er ist dabei allerdings auf die Durchführungswege **Direktversicherung, Pensionskasse** und den neuen **Pensionsfonds** (s. Tz. 9.2) beschränkt, und zwar vermutlich deshalb, weil nur in diesen Durchführungswegen tatsächlich Beiträge fließen. Für die **Altersleistung** muss das **planmäßig zuzurechnende Versorgungskapital** zur Verfügung stehen. Der Arbeitgeber muss zudem den **Kapitalerhalt mindestens der eingesetzten Sparbeiträge garantieren**.

Dieser erst relativ spät in das Gesetzgebungsverfahren eingebrachte Zusagetyp dient offenkundig dem Ziel, das Spektrum der nach § 10a E-EStG steuerlich geförderten privaten Alterssicherung möglichst umfassend auch der zweiten Säule der Alterssicherung zugänglich zu machen. Der Arbeitnehmer soll, wie auch am Rechtsanspruch auf Entgeltumwandlung ersichtlich, frei entscheiden können, ob er für seine Zusatzversorgung den Weg der Eigenvorsorge oder den der betrieblichen Altersversorgung nutzen möchte.

Die **arbeitsrechtliche Behandlung** der Beitragszusage mit garantierter Mindestleistung **weicht wesentlich** von den bekannten, auf Leistungszusagen zugeschnittenen Regelungen **ab**. Betroffen sind die gesetzliche Unverfallbarkeit (Tz. 9.1.2), die Insolvenzsicherung (Tz. 9.1.3) und die Anpassung der laufenden Leistungen (Tz. 9.1.4). Die besonderen Bestimmungen sollen eine auf die Beitragsentrichtung beschränkte Arbeitgeberverpflichtung auch bei Ausscheiden bzw. im Versorgungsfall des Arbeitnehmers wahren sowie die Erbringung der möglicherweise nicht durch die Kapitalanlage abgedeckte Mindestverpflichtung des Arbeitgebers auch bei dessen Insolvenz sicher stellen.

Wegen der **unterschiedlichen Rechtsfolgen** ergibt sich aus der neuen **Vielfalt im Betriebsrentenrecht** – klassische Leistungszusage, beitragsorientierte Leistungszusage und Beitragszusage mit Mindestleistung – das Problem der **Abgrenzung** untereinander⁴⁷⁹ (Diskussion speziell zu fondsgebundenen Leistungsplänen in Tz. 9.5.1 Buchst. c).

9.1.2 Die Berechnung der unverfallbaren Anwartschaft

Bei unverfallbarem Ausscheiden gilt für die Höhe der aufrecht zu erhaltenden Anwartschaft aus einer Beitragszusage mit Mindestleistung die Sondervorschrift des § 2 Abs. 5b E-BetrAVG. Unverfallbar ist danach das **aus den bis zum Ausscheiden geleisteten Beiträgen planmäßig zuzurechnende Versorgungskapi-**

⁴⁷⁹ Vgl. *Hoppenrath*, in *BetrAV* 2001, S. 114 (117)

tal, mindestens die Summe der bis dahin zugesagten Beiträge. Diese Formulierung scheint auf den ersten Blick klar, lässt aber gleichwohl einige Fragen offen.

Nach dem klaren Wortlaut ist das unverfallbare Versorgungskapital aus den tatsächlich geleisteten Beiträgen zu bestimmen. Dies hat merkwürdigerweise zur Folge, dass **Beitragsrückstände** den **unverfallbaren Anspruch mindern** können. Der Differenzbetrag kann allerdings im Wege eines vertraglichen Schadensersatzanspruchs eingefordert werden⁴⁸⁰. Anders als bei der Leistungszusage können sich aus einer solchen Aufteilung allerdings keine negativen Folgen für die Insolvenzversicherung ergeben, da sich diese allein auf die zugesagte Beitragssumme beschränkt. Die Frage hat also eher theoretische Bedeutung.

Wesentlich bedeutsamer und leider nicht klar geregelt ist die Frage, ob die unverfallbare Anwartschaft aus einer Beitragszusage mit Mindestleistung zum Ausscheidestichtag festzuschreiben ist, oder ob sich diese Anwartschaft noch entsprechend der Entwicklung der Kapitalanlage **bis zum Eintritt des Versorgungsfalls verändern** kann. Ausdrücklich beziehen sich in § 2 Abs. 5b E-BetrAVG nur die geleisteten Beiträge, nicht aber die im Versorgungskapital enthaltenen Erträge auf den Zeitpunkt des Ausscheidens. Auch aus § 2 Abs. 5 BetrAVG lässt sich eine Festschreibung nicht herleiten, da diese Vorschrift wie schon bisher nur für den Teilanspruch nach § 2 Abs. 1 BetrAVG gilt. Schließlich würde eine Festschreibung auch dem **Wesen der Beitragszusage** widersprechen, da das am Ausscheidestichtag beitragsfrei gestellte Versorgungskapital sinnvollerweise planmäßig angelegt werden sollte und das Ergebnis aus dieser Anlage beim Arbeitgeber als Stornogewinn oder -verlust das Prinzip der Beitragsbezogenheit durchbrechen würde.

9.1.3 Gesetzliche Insolvenzversicherung

Auch die gesetzliche Insolvenzversicherung soll bei der Beitragszusage mit Mindestleistung einer völlig eigenständigen Regelung unterworfen werden. Unabhängig vom gewählten Durchführungsweg soll **die garantierte Mindestleistung, nicht aber** ein darüber hinaus gehender **Anlageerfolg insolvenzgesichert** sein. Voraussetzung für die Einstandspflicht des PSVaG ist nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 3, Abs. 2 S. 1 Nr. 3 E-BetrAVG, dass das planmäßig zuzurechnende Versorgungskapital hinter der Summe der zugesagten Sparbeiträge zurück bleibt und der Arbeitgeber seiner (nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 E-BetrAVG bestehenden) Aufstockungsverpflichtung wegen Eintritt des Sicherungsfalls nicht nachkommt. Beitragsbemessungsgrundlage ist nach § 10 Abs. 3 Nr. 4 E-BetrAVG die Summe der zugesagten Beiträge.

Diese Regelung wird in der Fachwelt teilweise heftig kritisiert. So wird es als Systembruch bemängelt, dass auch die der strengen Versicherungsaufsicht unterliegenden Durchführungswege Direktversicherung und Pensionskasse einer nicht nur auf Ausnahmefälle beschränkten Insolvenzversicherungspflicht unterworfen werden⁴⁸¹. Umgekehrt wird eine vollständige Unterwerfung der Pensionsfonds

⁴⁸⁰ So allgemein Höfer, BetrAVG Teil 1, ART Rz. 109

⁴⁸¹ Stellungnahme der *aba* zum Entwurf des AVmG, in BetrAV 2001, S. 149 (158); Hoppenrath, in BetrAV 2001, 114 (117)

unter die Insolvenzversicherung verlangt, auch hinsichtlich der Leistungszusagen⁴⁸². Begründet wird dies mit dem Ausfallrisiko in Folge der freieren Kapitalanlage sowie mit der Gefahr einer Aushöhlung der Insolvenzversicherung durch Übertragung von Deckungsmitteln aus den insolvenzversicherungspflichtigen Durchführungswegen Direktzusage und Unterstützungskasse auf Pensionsfonds. Schließlich wird die Beitragsbemessungsgrundlage in Höhe der zugesagten Beitragssumme zwar für Anwartschaften, nicht aber für laufende Leistungen als sachgerecht empfunden, da sich hier die gesicherte Beitragssumme durch Verbrauch zunehmend vermindert⁴⁸³.

Die Einbeziehung der Direktversicherung und der Pensionskassen hinsichtlich der Beitragszusage mit Mindestleistung ist in der Tat **nur dann verständlich**, wenn man die **Mindestgarantie** als eine ausschließliche **Leistung des Arbeitgebers zusätzlich zu den Beiträgen** begreift. Wenn die Beiträge beim externen Träger nur zur Kapitalanlage und zur Absicherung des biometrischen Risikos verwendet werden sollen, aus Renditegründen jedoch nicht zur Verlustsicherung, dann bleibt natürlich trotz Versicherungsaufsicht eine potenzielle Nachschusspflicht des Arbeitgebers, die dem Insolvenzrisiko unterliegt. Diese Vorstellung scheint der gesetzlichen Regelung zu Grunde zu liegen. In der Praxis wird jedoch ein Arbeitgeber, der einen bestimmten Versorgungsaufwand zu erbringen bereit ist, **mit diesem Beitrag auch die Kosten der Verlustsicherung decken** wollen. Gerade Lebensversicherungsunternehmen und Pensionskassen bieten hierfür geeignete Tarife an. Dagegen dürfte die vorrangige Anlaufstelle für renditebetonte Versorgungskonzepte eher der neue Pensionsfonds sein.

Die kritisierte Ausnahme der leistungsbezogenen Pensionspläne aus der Insolvenzversicherung erklärt sich aus dem Leitprinzip, dass der gesetzliche Schutz nach der gegenwärtigen Konzeption nur gegen den Ausfall des Arbeitgebers, nicht aber gegen Börsenkursverluste greifen soll⁴⁸⁴. Im Klartext bedeutet das, dass der Gesetzgeber eine von einem Pensionsfonds garantierte Leistung immer noch für ausreichend sicher hält. Unklar bleibt aber in jedem Fall, weshalb Beitragszusagen nicht von der Sicherungspflicht befreit werden, wenn der externe Träger die Mindestleistung selbst abdeckt.

Kritikwürdig erscheint in jedem Fall die Festlegung der **Beitragsbemessungsgrundlage**. Zwar beruht die Beitragspflicht nicht auf dem individuellen Äquivalenzprinzip, so dass größtmögliche Einzelfallgerechtigkeit nicht zu erwarten ist. Die Festsetzung auf die gesamte Beitragssumme erscheint im Verhältnis zu der gesicherten Verpflichtung jedoch **weit überhöht**: Es wird nicht berücksichtigt, dass sich das Auffüllrisiko des Arbeitgebers in der Beitragszahlungsphase erst allmählich aufbaut. Weiter bleibt die fortschreitende Minderung der Maximalhaftung vor allem in der Leistungsphase, aber auch in der Anwartschaftsphase – durch den Verbrauch für das biometrische Risiko – unberücksichtigt. Schließlich unterstellt die Methode von Anfang an einen Totalausfall der Kapitalanlage⁴⁸⁵, d. h. eine volle Einstandspflicht des Arbeitgebers bzw. des PSVaG. Im Ergebnis

⁴⁸² Stellungnahme der *aba* zum Entwurf des AVmG, in BetrAV 2001, S. 149 (150); *Hoppenrath*, a. a. O.; *Husmann*, in BetrAV 2001, S. 101 (102)

⁴⁸³ *Hoppenrath*, a. a. O.

⁴⁸⁴ *Heubeck*, in BetrAV 2001, S. 119 (124)

⁴⁸⁵ Vergleichbar ist dies mit einer rückgedeckten Direktzusage, bei der das Bestehen der Rückdeckung ebenfalls keine Beitrag mindernde Wirkung hat.

dürfte sich die Belastung der Beitragszusage mit Insolvenzsicherungsbeiträgen im Verhältnis zum Schadenvolumen überproportional entwickeln.

9.1.4 Anpassung laufender Leistungen

Die Pflicht zur Anpassung laufender Leistungen **entfällt** bei der Beitragszusage mit Mindestleistung vollständig (§ 16 Abs. 3 Nr. 3 E-BetrAVG). **Überschüsse**, die der Versorgungsträger bei Verrentung des Versorgungskapitals während der Leistungsphase aus der Kapitalanlage erzielt, müssen allerdings **zu Gunsten der Versorgungsberechtigten** eingesetzt werden, da eine Rückgewähr an den Arbeitgeber dessen Verpflichtung zur Zahlung der zugesagten Finanzierungsbeiträge in voller Höhe unterlaufen würde. Der Verpflichtungsumfang des Arbeitgebers ist ja gerade über den Beitrag definiert, und auch in der Leistungsphase soll dieser Umfang weder nach oben noch nach unten verändert werden.

9.2 Der Pensionsfonds

Die zweite für fondsgebundene Leistungspläne bedeutsame Neuerung durch das AVmG stellt die Einführung von Pensionsfonds dar. Diese Pensionsfonds können in eine gewisse Konkurrenz zu den in dieser Arbeit besprochenen fondsgebundenen Leistungsplänen treten, da sie eine stärker als bislang übliche renditeorientierte externe Anlage der für die betriebliche Altersvorsorge bestimmten Vermögensmittel ermöglichen sollen.

9.2.1 Definition und rechtliche Ausgestaltung

Die gesetzlichen Grundlagen für den Pensionsfonds des AVmG werden in einem eigenen Abschnitt VII des Versicherungsaufsichtsgesetzes geregelt. Nach der Legaldefinition des § 112 Abs. 1 S. 1 E-VAG handelt es sich um eine rechtsfähige Versorgungseinrichtung (AG oder VVaG), die

- Altersversorgungsleistungen für einen oder mehrere Arbeitgeber zu Gunsten von Arbeitnehmern erbringt
- beitragsbezogene Pläne mit Zusage einer Mindestleistung oder leistungsbezogene Pläne anbietet
- nach dem Kapitaldeckungsverfahren finanziert wird
- den Arbeitnehmern einen Rechtsanspruch auf die Leistungen gegen sich einräumt
- die Altersleistung in jedem Fall als lebenslange Rente erbringt.

Pensionsfonds unterliegen einer gegenüber Lebensversicherungsunternehmen abgeschwächten Form der Versicherungsaufsicht (vgl. § 113 E-VAG). Sie bedürfen nach § 112 Abs. 2 E-VAG der Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb durch die Aufsichtsbehörde.

9.2.2 Leistungsplangestaltung

Die Möglichkeiten der Leistungsplangestaltung innerhalb eines Pensionsfonds sind bei näherem Hinschauen verglichen mit den bestehenden Durchführungswegen relativ stark eingeschränkt. Nach der Legaldefinition kann ein Pensionsfonds wie auch Pensionskassen und Direktversicherungen Leistungszusagen und Beitragszusagen mit Mindestleistung umsetzen. Ebenfalls möglich ist der Einschluss von Invaliditäts- und Hinterbliebenenversorgung.

Ausgeschlossen ist aber in jedem Fall die Gewährung von **Kapitalleistungen** sowie von Leistungen im Rahmen eines **Auszahlungsplans**. Das ergibt sich aus § 112 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 E-VAG, wonach die Leistung in jedem Fall als lebenslange Altersrente zu erbringen ist.

Schwer verständlich in seiner Bedeutung für die Gestaltbarkeit der Pensionspläne ist das Definitionsmerkmal in § 112 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 E-VAG, wonach entweder die Höhe der Leistungen oder die Höhe der Beiträge nicht für alle im Pensionsplan vorgesehenen Leistungsfälle zugesagt werden darf. Gemeint ist wohl, dass im Hinblick auf die Anlageorientierung nicht wie bei einer klassischen Lebensversicherung eine vorbehaltlich der Zuteilung von Überschüssen feste Versorgungsleistung gegen einen festen Beitrag versichert werden kann. Damit werden offenbar **leistungsbezogene Planvarianten eingeschränkt**: Auch bei diesen Plänen soll die Relation von Beitrag und Leistung noch unmittelbar durch den Anlageerfolg bestimmt werden.

Leistungsbezogene Pensionsfonds sind damit weniger eine Alternative zu Direktversicherungen oder Pensionskassen, sondern eher zu Direktzusagen oder Unterstützungskassen.

9.2.3 Kapitalanlage

Wesentliches Motiv für die Einführung von Pensionsfonds zur betrieblichen Altersversorgung ist die Zielvorstellung, durch eine freiere Kapitalanlage eine höhere Rendite auf das eingesetzte Versorgungsvermögen erzielen zu können und damit mit weniger Beitrag eine höhere Leistung zu erreichen. Die für Pensionsfonds umstrittene Versicherungsaufsicht stellt aus Sicht der Investmentbranche schon ein ernstes Hindernis für dieses Ziel dar. Demgegenüber setzt § 115 E-VAG nur eine sehr **allgemeine Rahmenvorschrift** hinsichtlich der Kapitalanlage. Wesentliche Einzelfragen, insbesondere die **qualitativen und quantitativen Vorgaben zur Anlagestreuung**, werden per **Verordnungsermächtigung** in § 115 Abs. 2 E-VAG an die **Bundesregierung** delegiert; diese muss bei der Ausübung den Rahmen von Art. 21 der Dritten Lebensversicherungsrichtlinie beachten.

Es ist zu **erwarten**, dass den Pensionsfonds im Ergebnis **wesentlich größere Freiheiten** in der Kapitalanlage gewährt werden als in der für Lebensversicherungen und Pensionskassen maßgeblichen Vorschrift des **§ 54a VAG** (vgl. Tz. 3.5). Allerdings dürfte die Freiheit nicht so groß wie für die fondsgebundene Lebensversicherung ausfallen, für die § 54b VAG ja überhaupt keine eigenständigen Vorgaben macht, sondern lediglich Kongruenz von Anlage und Verpflichtung verlangt. § 54b VAG selbst ist nach § 113 Abs. 3 E-VAG auf Pensionsfonds nicht anwendbar.

9.3 Steuerliche Änderungen durch das AVmG

Die Änderungen im Bereich des Steuerrechts stellen aus politischer Sicht eigentlich den **Hauptgegenstand in der Reform der privaten, aber auch der betrieblichen Altersvorsorge** dar. Seinen Ursprung nahm das ganze Reformvorhaben nämlich bei der Überlegung, private kapitalgedeckte Vorsorgeprodukte unter bestimmten Voraussetzungen und innerhalb bestimmter Grenzen steuerlich zu fördern und damit die zunehmend schwieriger zu finanzierende gesetzliche Rentenversicherung zu entlasten. Diese Förderung umfasst neben der Gewährung von **Zulagen** vor allem einen **Aufschub der Steuerpflicht** von der Anwartschafts- auf die Leistungsphase, so dass der Berechtigte aus un versteuertem Einkommen eine private Altersversorgung aufbauen kann. Erst zu einem späteren Zeitpunkt des Gesetzgebungsverfahrens wurde auch die betriebliche Altersversorgung in das Förderkonzept aus nachgelagerter Besteuerung und Zulagen einbezogen. Die meisten der **arbeits- und versicherungsrechtlichen Neuerungen**, wie z. B. der Rechtsanspruch auf Entgeltumwandlung (vgl. dazu Tz. 9.4.1), die Beitragszusage mit Mindestleistung oder auch die Einführung der Pensionsfonds dienen zumindest vorrangig der **Anpassung der Rahmenbedingungen für die betriebliche Altersversorgung an die steuerliche Förderung**. Die in diesem Kapitel angesprochenen ungeklärten Fragen belegen m. E. eine bei dieser Anpassung **einseitige Ausrichtung des Gesetzgebers** auf das neue Förderkonzept ohne ausreichende Rücksichtnahme auf die bestehende Systematik des Betriebsrentenrechts.

Steuerliche Sonderfragen aus der Entgeltumwandlung werden nicht in diesem Abschnitt, sondern unter Tz. 9.4 behandelt.

9.3.1 Steuerliche Förderung nach § 10a E-EStG

Die steuerliche Förderung der kapitalgedeckten Zusatzversorgung wird in § 10a E-EStG geregelt. Das Konzept ist augenscheinlich auf die Privatvorsorge zugeschnitten und lediglich nachträglich für die betriebliche Altersversorgung nutzbar gemacht worden. Deshalb wird hier zunächst in Grundzügen die Förderung von Maßnahmen der Eigenvorsorge erläutert, wobei aber nur auf die für die zweite Säule relevanten Details näher eingegangen wird.

a) Förderfähige Produkte

Förderfähig sind nach § 10a Abs. 2 S. 1 E-EStG Altersvorsorgeverträge, die nach § 5 E-AltZertG zertifiziert worden sind. Um zertifiziert werden zu können, muss das Vorsorgeprodukt den umfassenden Katalog in § 1 Abs. 1 E-AltZertG erfüllen. Für das mögliche Leistungsspektrum förderfähiger Produkte gelten danach folgende Voraussetzungen:

- Die Versorgungsleistung darf erst **ab Vollendung des 60. Lebensjahres** oder dem Beginn einer gesetzlichen Alters- oder Erwerbsminderungsrente fällig werden (§ 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 E-AltZertG)
- Zu Beginn der Auszahlungsphase muss **mindestens die Summe der eingezahlten Beiträge** zur Verfügung stehen, allenfalls vermindert um die zulässi-

gerweise für biometrische Risiken verbrauchten Anteile (§ 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 E-AltZertG).

- Die Leistung muss in Form einer **lebenslangen Altersrente** oder eines **Auszahlungsplans mit Restkapitalverrentung** nach Maßgabe von § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4, 5 E-AltZertG erfolgen. Nicht zulässig sind also Kapitalzahlungen oder abgekürzte Auszahlungspläne. Wegen der verlangten, mindestens gleich bleibenden monatlichen Raten darf auch in der Auszahlungsphase **kein Kursverlustrisiko** bestehen.
- **Hinterbliebenenleistungen** dürfen nur für den **Ehegatten und kindergeldberechtigten Kinder**, die im Haushalt des Vertragspartners leben, vorgesehen werden; für das Hinterbliebenenrisiko dürfen **höchstens 5% der Beiträge** verwendet werden (§ 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 E-AltZertG).

Damit kommen als geeignete Produkte vor allem **private Rentenversicherungen** und **Investmentsparpläne** in Betracht, letztere müssen allerdings gegen Kapitalverlust gesichert sein (z. B. durch Garantiefonds). Besonders geeignet erscheint als typisches Mischprodukt die **fondsgebundene Rentenversicherung mit Mindestgarantie**.

b) Inhalt und Umfang der Förderung

Die Förderung besteht im Grundsatz nach § 10a Abs. 1 S. 1 E-EStG darin, dass der **Beitrag** für einen geförderten Altersvorsorgevertrag innerhalb festgelegter Grenzen als **Sonderausgaben** von der Bemessungsgrundlage der Einkommenssteuer abgezogen werden kann. Hierin ist allerdings keine endgültige Steuerbefreiung, sondern nur ein **Steueraufschub** zu sehen, da die **Leistung aus solchen Verträgen** nach § 22 Nr. 5 E-EStG der **vollen Besteuerung** unterworfen werden soll. Die Vergünstigung dieser nachgelagerten Besteuerung kann zum einen durch den **Zinseszinsseffekt** und zum anderen durch eine im Alter **geringere Progression** genutzt werden.

Für Geringverdiener und kinderreiche Familien, die von einem Sonderausgabenabzug kaum profitieren können, sind nach § 10a Abs. 3 E-EStG **Zulagen in fester Höhe** vorgesehen. Welche Art der Förderung günstiger ist, wird nach § 10a Abs. 6 E-EStG für jeden Veranlagungszeitraum gesondert von Amts wegen geprüft. Nach der etwas umständlichen Gesetzeskonstruktion wird die Zulage in jedem Fall gezahlt, bei einer günstigeren Förderung durch Sonderausgabenabzug jedoch durch eine entsprechende Erhöhung der Einkommensteuer neutralisiert.

Der **förderfähige Höchstbeitrag** zu Altersvorsorgeverträgen beträgt in der Endstufe ab 2008 **jährlich 4% der Beitragsbemessungsgrenze** in der gesetzlichen Rentenversicherung. Bis dahin erfolgt beginnend mit dem Jahr 2002 ein gestaffelter Aufbau der Förderung sowohl hinsichtlich der Beiträge als auch hinsichtlich der Zulagen.

c) Verhältnis zur vorgelagerten Besteuerung

Die Rechtfertigung für die volle Besteuerung der Leistungen aus Altersvorsorgeverträgen nach § 22 Nr. 5 E-EStG ergibt sich daraus, dass die Förderung nach § 10a E-EStG mindestens einer Steuerfreistellung der Beiträge entspricht. Prob-

lematisch ist die Leistungsbesteuerung aber dann, wenn die **Beiträge teilweise vorgelagert besteuert** wurden. Dies tritt zum einen bei umgewandelten Altverträgen nach § 1 Abs. 1 S. 3 E-AltZertG auf, betrifft zum anderen aber auch künftige Verträge, zu denen Beiträge oberhalb der Förderhöchstgrenzen geleistet werden. Für beide Fälle enthält § 22 Nr. 5 E-EStG Sonderregeln.

In der Leistung enthaltene **Altbeiträge** werden durch eine Übergangsregelung **einschließlich der vor der Anwendung des § 10a E-EStG angesammelten Erträge** nach § 22 Nr. 5 S. 2 E-EStG von der vollen Versteuerung ausgenommen. Künftige Erträge während der Anwartschaftsphase sind danach zu versteuern. Für die ausgenommenen Leistungsteile gilt weiterhin die **Besteuerung mit dem Ertragsanteil** nach § 22 Nr. 1 S. 3 Buchst. a E-EStG. Diese erfasst den während der Rentenlaufzeit zu erwartenden Ertrag. Nicht ganz klar ist aber die Art und Weise, wie die Rente bzw. die Ratenzahlung auf die Besteuerungsarten aufgeteilt werden soll. Sachgerecht erscheint es, das Verhältnis des Deckungskapitals bei Umwandlung zu dem bei Beginn der Auszahlungsphase heranzuziehen.

Im übrigen sollen **nicht geförderte Beiträge** nach § 22 Nr. 5 S. 3 E-EStG „anteilig“ abgezogen werden. Auch hier fehlt eine detaillierte Regelung. Entsprechend dem vorher Gesagten bietet sich als Aufteilungsschlüssel das Verhältnis der nicht geförderten Beitragssumme zum Deckungskapital bei Auszahlungsbeginn an.

Beide Übergangsregeln sind m. E. nachteilig. Denn für die nicht geförderten Beitragsanteile gelten einerseits **nicht die Vorzüge des neuen Systems** (nachgelagerte Besteuerung), andererseits **fallen** hinsichtlich der künftigen Erträge **die bisherigen Vergünstigungen** (Sparerfreibetrag, steuerfreie Kursgewinne, Lebensversicherungsprivileg) **weg**. Die Aufteilung des Vorsorgeeinsatzes auf mehrere Verträge erscheint daher günstiger als ein unter die Übergangsregelung fallender „Mischvertrag“.

d) Rückzahlung der Förderung bei zweckwidriger Verwendung

Der Gesamtbetrag der steuerlichen Förderung (Zulage bzw. Steuervorteil) ist nach § 10a Abs. 7 E-EStG für jeden Altersvorsorgevertrag durch das Finanzamt zu führen. Kommt die Leistung unter anderen Bedingungen oder zu anderen Zwecken zur Auszahlung als im Förderkatalog vorgesehen, so wird der Förderbetrag unter den Voraussetzungen von § 10a Abs. 8 E-EStG **zurück gefordert**. Dies tritt ein, wenn die in § 10a Abs. 1 S. 1 Nr. 4, 5 E-EStG genannten **Auszahlungsbedingungen nicht eingehalten** werden oder soweit die Leistung im Todesfall nicht der Vorgabe des § 10a Abs. 1 S. 1 Nr. 6 E-EStG entspricht.

Da die Förderung der Beiträge wieder entzogen wird, kommt eine Versteuerung der vollen Leistung dann nicht mehr in Frage. Die in der Leistung enthaltenen Eigenbeiträge und zurück geforderten Zulagen werden daher von der Versteuerung ausgenommen.

e) Anwendungsbereich für die betriebliche Altersversorgung

Die Förderung nach § 10a E-EStG wird künftig für die betriebliche Altersversorgung in den Durchführungswegen **Direktversicherung, Pensionskasse und Pensionsfonds** ermöglicht. Der geförderte Höchstbeitrag ist als Gesamtwert unter Berücksichtigung der Eigenvorsorge zu sehen. Die **Voraussetzungen** sind aber **we-**

niger streng als die für die Eigenvorsorge: § 10a Abs. 2 S. 2 E-EStG verweist lediglich auf das Erfordernis lebenslänglicher Rentenzahlung bzw. eines Auszahlungsplans mit Restkapitalverrentung. Insbesondere stellt § 10a Abs. 2 S. 3 E-EStG klar, dass die Beitragsanteile für Invaliditäts- und Hinterbliebenenrenten hier nicht auf einen bestimmten Prozentsatz beschränkt sind. Auch ist keine Zertifizierung erforderlich.

Die Förderung ist nur für Zahlungen möglich, die aus dem **individuell versteuerten und verbeitragten Einkommen** des Arbeitnehmers geleistet werden. Beiträge, die nach § 40b EStG pauschal versteuert werden oder nach § 3 Nr. 63 E-EStG steuerfrei sind (vgl. dazu Tz. 9.3.2), werden nicht gefördert. Hierdurch wird eine **Gleichstellung mit der dritten Säule** erreicht, bei der die geförderten Beiträge ebenfalls aus dem individuellen Nettoeinkommen zu leisten sind. Bei Zahlungen aus versteuertem und verbeitragtem Einkommen handelt es sich aber nur dann um betriebliche Altersversorgung, wenn sie direkt durch den Arbeitgeber erbracht werden, nicht aber dann, wenn der Arbeitnehmer bereits ausgezahlten Nettolohn in eine Versorgungseinrichtung einzahlt⁴⁸⁶. Nach dem Gesetz hängt die Förderung von dieser Unterscheidung aber nicht ab.

Keine Förderung möglich ist für **Direktzusagen** und **Unterstützungskassen**. Hierfür gibt es zwar die Rechtfertigung, dass in diesen Durchführungswegen ohnehin die nachgelagerte Besteuerung gilt und außerdem keine Beiträge fließen, die steuerfrei gestellt werden könnten. Ein **echter Nachteil** ist jedoch das **Fehlen der Zulagenförderung** für solche Arbeitnehmer, für die die Zulage im Rahmen der Günstigerprüfung vorteilhafter wäre.

9.3.2 Einführung der nachgelagerten Besteuerung

Der Ansatz, bei privaten Vorsorgeverträgen die Steuerpflicht von der Finanzierungs- in die Leistungsphase zu verlagern, hat nun auch in der betrieblichen Altersversorgung der lang ersehnten nachgelagerten Besteuerung zumindest teilweise zum Durchbruch verholfen. Allerdings erscheint die Umsetzung unnötig kompliziert und in Detailfragen auch unstimmig.

a) Beschränkung auf Pensionskassen und Pensionsfonds

Steuerfrei möglich sind nach § 3 Nr. 63 E-EStG Beiträge des Arbeitgebers an eine Pensionskasse oder an einen Pensionsfonds. Die Leistungen dieser Versorgungsträger sind demgegenüber nach § 22 Nr. 5 E-EStG voll zu versteuern.

Durch die Ausnahme der Direktversicherung bleibt dieser Durchführungsweg der einzige innerhalb der betrieblichen Altersversorgung, für den weiterhin die vorgelegte Besteuerung gilt. Die Sonderbehandlung der Direktversicherung wurde bereits während des Gesetzgebungsverfahrens heftig kritisiert. Sie erhöht nicht nur die Unübersichtlichkeit des Steuersystems, sondern ist im Verhältnis zur Pensionskasse auch **verfassungsrechtlich problematisch**. Es ist gut möglich, dass sich schon aus dem in Kürze zu erwartenden Urteil des BVerfG zur Besteuerung der Alterseinkünfte hier weiterer Änderungsbedarf ergibt.

⁴⁸⁶ Höfer, BetrAVG Teil 1, Rz. 1630.11

Die Motivation zur Beibehaltung der vorgelagerten Besteuerung bei der Direktversicherung ist fiskalischer Natur, da Einnahmeausfälle aus der Pauschalsteuer befürchtet werden. Doch scheint dies kurzfristig gedacht: Innerhalb der Pauschalierungsgrenzen bleibt die **Direktversicherung mit steuerfreier Ablaufleistung ein attraktiver Ergänzungsbaustein für Gutverdiener**. Durch die vergrößerte Besteuerungsvielfalt können Selektionsstrategien langfristig zu Einnahmeausfällen führen. Angesichts der an § 22 Nr. 5 E-EStG ersichtlichen Qualität gegenüber entwickelter Übergangsregelungen kann der **Abschluss neuer Direktversicherungen** allerdings **erst dann** wieder empfohlen werden, wenn das anwendbare **Recht einigermaßen gefestigt** ist.

b) Höchstgrenzen

Die Höchstgrenze für den steuerfrei möglichen Arbeitgeberbeitrag an Pensionskassen oder Pensionsfonds beträgt **4% der Beitragsbemessungsgrenze** in der gesetzlichen Rentenversicherung. Diese Grenze entspricht dem ab 2008 gültigen förderfähigen Höchstbeitrag nach § 10a E-EStG, allerdings gilt sie nach § 3 Nr. 63 E-EStG **in voller Höhe bereits ab 2002**.

c) Pauschalierungsmöglichkeiten

Beiträge, die die neue Höchstgrenze des § 3 Nr. 63 E-EStG **überschreiten**, sind beim Arbeitnehmer zu versteuern. Dabei ist bei der Pensionskasse, wie schon bisher, unter den Voraussetzungen des § 40b EStG eine **Lohnsteuerpauschalierung möglich**. Ein Wahlrecht zur pauschal versteuerten Beitragsentrichtung unterhalb der Höchstgrenze gibt es m. E. dagegen nicht, da § 3 Nr. 63 E-EStG eine insoweit abschließende Spezialregelung ist.

d) Verhältnis zur Förderung nach § 10a E-EStG

Weniger klar erscheint dagegen das Verhältnis von § 3 Nr. 63 E-EStG zu der Fördermöglichkeit nach § 10a Abs. 2 S. 2 E-EStG. Würde man auch hier einen Vorrang der nachgelagerten Besteuerung annehmen, so würde die Alternative der Förderung und damit die Möglichkeit zur Inanspruchnahme der Zulagen de facto ins Leere laufen, da zunächst der gesamte steuerfreie Rahmen ausgeschöpft werden müsste. Dann würde die Direktversicherung als einziger Durchführungsweg einen unproblematischen Zugang zur Förderung nach § 10a E-EStG ermöglichen – eine Folge, die kaum der Absicht des Gesetzes gerecht würde, alle beitragsfinanzierten Durchführungswege für die steuerliche Förderung zu öffnen.

Von daher ist im Ergebnis anzunehmen, dass **unabhängig von der Ausschöpfung** des § 3 Nr. 63 E-EStG eine **förderfähige Beitragsleistung** aus versteuertem und verbeitragtem Einkommen des Arbeitnehmers möglich ist. Die dogmatische Rechtfertigung bleibt allerdings unklar. Ein Ansatz könnte in der Vorschrift des § 1b Abs. 3 E-BetrAVG liegen, wonach der Arbeitnehmer im Rahmen des neuen Rechtsanspruchs auf Entgeltumwandlung in allen förderfähigen Durchführungswegen auch die Erfüllung der Fördervoraussetzungen verlangen kann (vgl. Tz. 9.4.1). In jedem Fall bedarf § 3 Nr. 63 E-EStG aber einer **einschränkenden Auslegung** – etwa der Art, dass Beiträge aus Entgeltumwandlung keine Arbeitgeber-

berbeiträge sind. In dieser subtilen Materie ist eine solch ungenaue Verwendung zentraler Begriffe freilich nicht besonders glücklich.

e) **Verhältnis zur vorgelagerten Besteuerung**

Wie schon bei Altersvorsorgeverträgen stellt sich bei Pensionsfonds, mehr sogar noch bei Pensionskassen, die Frage nach der Besteuerung von Leistungen, die **ganz oder teilweise aus vorgelagert besteuerten Beiträgen** stammen. Bei Pensionskassen sind alle bei In-Kraft-Treten bestehenden Versicherungsverhältnisse betroffen.

Bei **wörtlicher Auslegung** ist sowohl für die Altbeiträge als auch für die Beiträge oberhalb der Grenze für die Steuerfreiheit allein die unbefriedigende Kollisionsregel des § 22 Nr. 5 S. 3 E-EStG anwendbar. Danach sind die in der Leistung enthaltenen **versteuerten Beiträge lediglich nominal** ohne Erträge von der Bemessungsgrundlage für die ansonsten volle Steuer **abzuziehen**. Hart treffen würde dies rentennahe Jahrgänge, die kurz vor dem Empfang einer nach bisherigem Recht völlig steuerfreien Kapitalleistung stehen, u. U. einschließlich erheblicher Zinserträge. Selbst bereits laufende Renten, die vollständig auf Altbeiträgen beruhen und bislang nur mit dem Ertrag des Rentenrechts steuerpflichtig sind, müssten künftig auch mit den Erträgen aus der Anwartschaftsphase versteuert werden. Eine solche Art **Rückwirkung** erschiene **verfassungsrechtlich sehr problematisch**.

Es fragt sich daher, ob zumindest für den auf **Altbeiträgen** beruhenden Leistungsanteil von Pensionskassen die eigentlich nur für Altersvorsorgeverträge normierte **günstigere Übergangsregelung des § 22 Nr. 5 S. 2 E-EStG analog** angewendet werden kann. Danach könnten zumindest die vor der Rechtsänderung auf die Beiträge erzielten Erträge von der Bemessungsgrundlage der Steuer abgezogen werden. Für die laufenden Renten würde sich dann an der Besteuerung nichts mehr ändern, die Folgen für bestehende Anwartschaften wären durch den Wegfall der Rückwirkung immerhin abgemildert. Ein besonderes Glanzstück ist die Neuregelung in diesem Punkt gleichwohl nicht.

9.3.3 Finanzierungsbeginn für Pensionsverpflichtungen

Eine der wenigen arbeitsrechtlich motivierten Änderungen im Steuerrecht betrifft den Finanzierungsbeginn für Pensionsverpflichtungen aus unmittelbaren Zusagen sowie Unterstützungskassen. Mit Rücksicht auf die frühere Unverfallbarkeit von Versorgungsverpflichtungen (vgl. Tz. 5.1.6) wurde das **Alter für den Finanzierungsbeginn in den §§ 4d und 6a EStG von 30 auf 28 Jahre** herab gesetzt. Ob die Änderungen den steigenden Verpflichtungsumfang zutreffend erfassen, hängt letztlich von der tatsächlichen Fluktuation ab; ist diese gering, so könnten im Fall der Direktzusage die Mehrkosten bei Nettobetrachtung sogar durch den Steuerstundungseffekt gedeckt werden.

9.4 Änderungen bei der Entgeltumwandlung

Wesentlich umfassender als die Rentenreform 1999 befasst sich das AVmG mit der Entgeltumwandlung. Kernstück der Änderungen ist die Einräumung eines Rechtsanspruchs, der jedem sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmer die Möglichkeit zum Aufbau einer betrieblichen Altersversorgung einräumt. Die Ausgestaltung dieses Rechtsanspruchs ist auf die Fördermöglichkeiten des § 10a E-EStG zugeschnitten. Teilweise im Sinne der angestrebten Wertgleichheit verbessert werden arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen zur Unverfallbarkeit, zum Insolvenzschutz und zur Anpassungspflicht. Sachlich schwer zu rechtfertigen sind dagegen einige Sonderregeln im Steuer- und insbesondere Beitragsrecht. Angesichts der inzwischen zahlreichen Sondervorschriften erlangt der Begriff der Arbeitnehmerfinanzierung jedenfalls eine erhebliche rechtliche Bedeutung, deren inhaltliche Legitimation angezweifelt wird⁴⁸⁷. Auffällig ist in diesem Zusammenhang, dass das AVmG selbst die für die Unterscheidung sensiblen Begriffe nicht besonders sorgfältig einsetzt.

9.4.1 Rechtsanspruch des Arbeitnehmers

Nach § 1a Abs. 1 S. 1 E-BetrAVG kann jeder Arbeitnehmer vom Arbeitgeber die Umwandlung von Entgelt bis zur Höhe von 4% der Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung in eine betriebliche Altersversorgung verlangen. Arbeitnehmer, die **ausschließlich Tarifeinkommen** beziehen, können diesen Anspruch allerdings nach § 17 Abs. 5 E-BetrAVG nur realisieren, wenn der Tarifvertrag eine entsprechende **Öffnungsklausel** enthält. Die Nebenbedingungen des Rechtsanspruchs sind ganz auf den Einsatz für die steuerlich geförderte Zusatzrente hin geformt: Wenn der Arbeitgeber weder eine Pensionskassenversorgung noch einen Pensionsfonds anbietet, kann der Arbeitnehmer nach § 1a Abs. 1 S. 3 E-BetrAVG den Abschluss einer Direktversicherung verlangen. § 1a Abs. 3 E-BetrAVG stellt sicher, dass der Arbeitgeber auf Verlangen auch die übrigen **Voraussetzungen für die Förderfähigkeit erfüllen muss**.

Nach § 1a Abs. 2 E-BetrAVG **ausgeschlossen** ist der Anspruch, soweit bereits eine durch Entgeltumwandlung finanzierte betriebliche Altersversorgung **besteht**. „Soweit“ bedeutet, dass bei einer Entgeltumwandlung geringeren Umfangs noch ein **Ergänzungsanspruch** bis zu der in Abs. 1 genannten Grenze verbleibt. Unklar ist jedoch der Anspruch auf förderfähige Entgeltumwandlung, wenn die **bestehende Versorgung die Förderkriterien nicht erfüllt**. Um in diesem Fall dem Arbeitnehmer nicht sinnwidrig die zweite Säule für die Realisierung der Förderung zu versperren, wird man in diesem Falle einen **Nachbesserungsanspruch** hinsichtlich der bestehenden Vereinbarung annehmen können. Eine solche Auslegung erscheint mit der Formulierung von § 1a Abs. 3 E-BetrAVG vereinbar, da dieser nur auf Abs. 1 und nicht auch auf Abs. 2 verweist.

⁴⁸⁷ Grabner/Bode, in DB 2001, S. 481 (484)

9.4.2 Änderungen arbeitsrechtlicher Rahmenbedingungen

Neu erteilte arbeitnehmerfinanzierte Versorgungszusagen sind künftig nach § 1b Abs. 5 E-BetrAVG **sofort unverfallbar**. Die **Höhe bei Leistungszusagen** (für Beitragszusagen bedarf die Entgeltumwandlung keiner Sonderbehandlung) wird nach § 2 Abs. 5a E-BetrAVG nicht nach dem rätierlichen Verfahren, sondern als **erreichte Anwartschaft** aus den bis zum Ausscheiden umgewandelten Entgeltbestandteilen bestimmt. Bei **Pensionskassen, Pensionsfonds** und **Direktversicherungen** stellen die vier Bedingungen am Ende von § 1b Abs. 5 E-BetrAVG sicher, dass diese Anwartschaft auch tatsächlich eine wertgleiche Gegenleistung für das umgewandelte Einkommen darstellt. Für den Arbeitgeber entsteht in diesen Durchführungswegen weder Stornogewinn noch -verlust. Bei **Direktzusagen** und **Unterstützungskassen** stellt die Ablösung des m/n-Verfahrens ebenfalls einen wesentlichen Schritt in Richtung Wertgleichheit dar, wobei die verbleibenden Schwierigkeiten ohne Rückdeckung kaum zu beheben sind.

Unverfallbare Anwartschaften aus Entgeltumwandlung können künftig mit Zustimmung des Arbeitnehmers ohne weiteres **abgefunden** werden (§ 3 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 E-BetrAVG).

Verbessert wird auch die **Insolvenzicherung**: Unabhängig von der nach wie vor bestehenden knapp bemessenen Höchstgrenze für Entgeltumwandlungszusagen sind Vereinbarungen **im Umfang des neu eingeführten Rechtsanspruchs** nach § 7 Abs. 3 S. 4 E-BetrAVG **in jedem Fall gesichert**.

Laufende Renten aus Entgeltumwandlung müssen künftig nach § 16 Abs. 5 E-BetrAVG **um jährlich 1% erhöht** werden. Ausgenommen sind nur die Direktversicherung und die Pensionskasse, sofern die Überschüsse ab Rentenbeginn nur zur Erhöhung der laufenden Leistungen verwendet werden.

9.4.3 Steuerliche Besonderheiten

Einen expliziten steuerlichen Sonderstatus für die Entgeltumwandlung ordnet das AVmG nur an einer Stelle an: Bei der **Berechnung der Pensionsrückstellung** für Anwartschaften auf unmittelbare Versorgungsleistungen. Hier ist nämlich nach § 6a Abs. 3 S. 2 Nr. 1 E-EStG abweichend von der arbeitgeberfinanzierten Zusage der **Barwert der unverfallbaren Anwartschaft** rückzustellen, sofern dieser höher ist als der versicherungsmathematische Teilwert. Die ursprünglich geplante Ausdehnung dieses Maximalprinzips auf beitragsorientierte Versorgungszusagen wurde nicht in das Gesetz übernommen.

Abzuwarten bleibt, wie sich das von der Finanzverwaltung für die Anerkennung von Entgeltumwandlung an den Versorgungsbegriff angelegte Anforderungsprofil künftig entwickeln wird. Die jüngst geäußerte Anlehnung an die Begriffsbestimmung der Arbeitsverwaltung⁴⁸⁸ könnte hier längerfristig zu einer Bewegung führen, sofern – ausgelöst durch die Diskussion um die kapitalgedeckte Ergänzung der gesetzlichen Rentenversicherung – die biometrischen Risikoelemente zu Gunsten einer möglichst hohen Altersrente weiter in den Hintergrund treten.

⁴⁸⁸ BMF-Schreiben vom 06.01.2001 – IV C 5 – S 2332 – 1/01, in DB 2001, S. 357

9.4.4 Beitragsrechtliche Besonderheiten

Bis einschließlich 2008 bleibt die Möglichkeit, Entgeltbestandteile unter Vermeidung der Beitragspflicht in eine betriebliche Versorgungsleistung umzuwandeln, unter den gleichen (wenig konsistenten) Voraussetzungen wie bisher bestehen. Die neue Steuerbefreiung der Beiträge zu Pensionskassen und Pensionsfonds zieht ebenfalls Beitragsfreiheit nach sich und eröffnet damit zunächst sogar eine zusätzliche solche Möglichkeit. Mit Ablauf des Jahres 2008 **läuft die beitragsfreie Umwandlung von Arbeitsentgelt jedoch in allen Durchführungswegen aus** (vgl. § 14 Abs. 1 S. 2 E-SGB IV sowie § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, Abs. 2 Nr. 5, 6 E-ArEV i. V. m. Art. 24 Abs. 7a AVmG).

Die Erhebung von Sozialbeiträgen auf nicht zugeflossenen Arbeitslohn und das dadurch bedingte Abweichen von der steuerlichen Qualifizierung vermag **nicht zu überzeugen**⁴⁸⁹. Anstatt die vorhandenen Unebenheiten in Recht und Praxis zu beseitigen, erhebt die Neuregelung die Widersprüchlichkeit sogar zum System. Der Versuch, auf diese Weise die Beitragsbasis der gesetzlichen Rentenversicherung zu stabilisieren, zeugt von mangelndem Weitblick, da später entsprechende Leistungen zu gewähren sind – es sei denn, die Beitragsorientierung der gesetzlichen Rentenversicherung würde bis dahin ganz abgeschafft.

9.4.5 Abgrenzung zu Arbeitgeberfinanzierung und Eigenvorsorge

Die in hohem Maße unterschiedlichen Rechtsfolgen verleihen der **Abgrenzung von arbeitgeber- und arbeitnehmerfinanzierter betrieblicher Altersversorgung** eine erhebliche Bedeutung. In einem gewissen Grenzbereich jedoch, etwa wenn an Stelle einer angedachten Gehaltserhöhung eine Versorgungszusage vereinbart wird, ist die Unterscheidung schwierig. Die Qualifizierung als Entgeltumwandlung setzt voraus, dass die Vereinbarung der Minderung von Gehalt objektiv nachprüfbar ist⁴⁹⁰. Die Grenzziehung trägt stark formalistische Züge und kann dazu führen, dass **vergleichbare Sachverhalte unterschiedlich behandelt werden**⁴⁹¹.

Zur **Abgrenzung von Entgeltumwandlung und Eigenvorsorge** stiftet das Altersvermögensgesetz eher Verwirrung. So wird in § 1a Abs. 1 S. 1 E-BetrAVG die Entgeltumwandlung als „**Verwendung**“ von Entgeltteilen für betriebliche Versorgungsleistungen beschrieben. Das ist zumindest missverständlich, da der Arbeitnehmer keine Verfügungsmacht über das Entgelt erlangen darf⁴⁹². Ebenfalls unsauber ist der an verschiedenen Stellen benutzte Begriff der „**Eigenbeiträge**“ (z. B. in §§ 10a Abs. 12, 22 Nr. 5 S. 3 E-EStG). Offenbar sollen hier auch die Beiträge aus Entgeltumwandlung erfasst werden, obwohl dies rechtlich Arbeitgeberbeiträge sind, die lediglich wirtschaftlich vom Arbeitnehmer getragen werden. Umgekehrt ist die Reichweite des Begriffs „**Beiträge des Arbeitgebers**“ in § 3 Nr. 63 E-EStG ebenfalls unklar.

⁴⁸⁹ So auch *Grabner/Bode*, in DB 2001, S. 481 (485)

⁴⁹⁰ Vgl. *Höfer*, BetrAVG Teil 1, Rz. 1630.10

⁴⁹¹ Ausführliche Beispiele bei *Grabner/Bode*, in DB 2001, S. 481 (483 f.)

⁴⁹² Vgl. dazu *Grabner/Bode*, in DB 2001, S. 481 (482)

9.5 Konsequenzen für fondsgebundene Leistungspläne

Die Auswirkungen der dargestellten Gesetzesänderungen auf fondsgebundene Leistungspläne sind für die in Frage kommenden Gestaltungsalternativen unterschiedlich. Nach der Art der Betroffenheit können drei Bereiche betrachtet werden.

Der auf den ersten Blick unproblematischste Bereich umfasst diejenigen der in dieser Arbeit bereits behandelten Gestaltungsvarianten, die sich unter dem **neuen Recht für die Beitragszusage mit Mindestleistung eignen** (Tz. 9.5.1). Diese Modelle können von den gegenüber dem bisherigen Recht deutlich sachgerechteren arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen profitieren. Da Tarife mit Mindestgarantie jedoch ohne weiteres auch für Leistungszusage eingesetzt werden können, müssen **beide Zusagetypen** im Hinblick auf die völlig unterschiedlichen Rechtsfolgen **voneinander abgegrenzt** werden.

Der zweite Bereich betrifft die **übrigen Plangestaltungen nach bisherigem Recht**, also alle Tarife, denen eine Mindestgarantie der in § 1 Abs. 2 Nr. 2 E-BetrAVG beschriebenen Art fehlt (Tz. 9.5.2). Hier ist zum einen zu untersuchen, ob diese nach der ausdrücklichen Normierung der Beitragszusage mit Mindestleistung überhaupt noch ihren **Platz im Betriebsrentenrecht** haben. Ferner stellt sich die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen Beiträge zu solchen Tarifen unter die **steuerlichen Förderung** nach § 10a Abs. 2 S. 2 E-EStG fallen.

Schließlich sind die mit **Pensionsfonds** eingeräumten **neuen Gestaltungsmöglichkeiten** zu untersuchen und mit den bislang vorhandenen Alternativen zu vergleichen (Tz. 9.5.3).

9.5.1 Pläne mit garantierter Mindestleistung i. S. v. § 1 Abs. 2 Nr. 2 E-BetrAVG in den bestehenden Durchführungswegen

a) Geeignete Varianten für die Beitragszusage

Der von § 1 Abs. 2 Nr. 2 E-BetrAVG verlangte Schutz gegen Kapitalverlust könnte im Rahmen der in dieser Arbeit betrachteten Anlagevarianten prinzipiell auf mehrere Weisen erreicht werden. Die einfachste und in natürlicher Weise vorgegebene Möglichkeit bietet eine **fondsgebundene Lebensversicherung mit garantierter Mindestleistung im Erlebensfall** (Tz. 2.2.7). Allerdings kommt von den behandelten Modellen nur die **Direktversicherung** in Frage, da die Rückdeckungsmodelle (Direktzusage und Unterstützungskasse) nicht für die Beitragszusage vorgesehen sind. Wegen der ausdrücklichen Einbeziehung der **Pensionskasse** wird aber auch in diesem Durchführungsweg künftig ein solcher Tarif durch das BAV wohl nicht mehr zurückgewiesen werden können.

Möglich ist es offenkundig auch, dass lediglich der **Arbeitgeber die Garantiezusage erteilt**. Die Direktversicherung bzw. Pensionskasse kann dann einen **renditestärkeren Tarif ohne Erlebensfallgarantie** anbieten – zumindest in dieser Kombination behält die klassische Fondspolice auch weiterhin ihren Standort in der betrieblichen Altersversorgung. Nur mit Blick auf ein solches Konzept erhält die Einbeziehung der Mindestgarantie in die gesetzliche Insolvenzversicherung in diesen Durchführungswegen überhaupt eine Rechtfertigung. Der Arbeitgeber

muss allerdings bedenken, dass er die höhere Rendite ähnlich wie bei den betriebsinternen Pensionsfonds mit der Eingehung einer u. U. **erheblichen Risikoposition** erkaufte. Diese Lösung ist daher nur bedingt zu empfehlen.

Die direkte Anlage der Versorgungsbeiträge in einen **Garantiefonds** kann zwar auch den Erhalt der Beiträge sichern; sie ist zur Durchführung der neuen Beitragszusage außerhalb eines Pensionsfonds allerdings nicht geeignet, da die Rückdeckungsmodelle nicht von der Neuerung erfasst sind.

Mit der Entscheidung für eine Beitragszusage mit Mindestleistung wird die Versorgungsregelung durch eine sachgerechte Unverfallbarkeitsregelung flankiert und – im Fall einer Rentenleistung – eine über die Weitergabe der Kapitalerträge hinaus gehende Anpassungsverpflichtung vermieden.

b) Eignung für die beitragsorientierte Leistungszusage

Unabhängig von der Einsatzmöglichkeit für die neue Beitragszusage besteht bei fondsgebundenen Leistungsplänen mit garantierter Kapitalerhaltung kein ernsthafter Zweifel daran, dass sie bereits nach bislang geltendem Recht die Merkmale für betriebliche Altersversorgung erfüllen. Denn der Arbeitnehmer erhält eine feste Leistung zugesprochen, die sich durch günstigen Anlageverlauf noch erhöhen kann. Sofern die Höhe der Leistung durch den kalkulierten Beitragsaufwand bestimmt wird, liegt in der herkömmlichen Begrifflichkeit eine **beitragsorientierte Leistungszusage** vor.

Die Entscheidung zugunsten einer Leistungszusage resultiert z. B. dann, wenn eine rückgedeckte Direktzusage oder eine Unterstützungskasse geplant ist, weil in diesen Durchführungswegen eine Beitragszusage gar nicht möglich ist. In den anderen Durchführungswegen könnte der Wunsch, Insolvenzsicherungsbeiträge zu vermeiden, eine motivierende Rolle spielen.

c) Abgrenzung der Zusagetypen im neuen Betriebsrentenrecht

Am Beispiel der fondsgebundenen Lebensversicherung mit Mindestgarantie zeigt sich also besonders deutlich, dass zwischen der neuen Beitragszusage mit Mindestleistung und der beitragsorientierten Leistungszusage **keine klare Trennlinie** gezogen wurde. Im Hinblick auf die unterschiedliche arbeitsrechtliche Behandlung ist es aber erforderlich, die beitragsorientierte Leistungszusage und die Beitragszusage mit Mindestleistung voneinander abzugrenzen. Für eine solche Abgrenzung kommen zunächst mehrere Kriterien in Frage:

- **Der Zeitpunkt der Zusage:** Es kann davon ausgegangen werden, dass Beitragszusagen mit Mindestleistung erst durch das Altersvermögensgesetz in die Welt der betrieblichen Altersversorgung Eingang finden sollen. Bestehende Zusagen der betrieblichen Altersversorgung können daher nicht ohne weiteres diesem neuen Zusagetyp zugeordnet werden.
- **Der Leistungsplan**⁴⁹³: Die Beitragszusage setzt voraus, dass sämtliche Erträge dem Versorgungsberechtigten zufließen. Wenn unter bestimmten Vorausset-

⁴⁹³ Vgl. die Definition beitrags- und leistungsbezogener Pensionspläne für Pensionsfonds in § 112 Abs. 1 S. 3 E-VAG

zungen ein Rückfluss an den Arbeitgeber vorgesehen ist (etwa aus der Zuteilung von Überschüssen), so kommt nur eine Leistungszusage in Frage.

- **Der erklärte Gegenstand der Versorgungszusage:** Wesentlich für die Annahme einer Beitragszusage scheint zu sein, dass der Arbeitgeber deutlich macht, dass sich seine Zusage – abgesehen von der Mindestgarantie – nur auf die Entrichtung der Finanzierungsbeiträge erstreckt und dass mit deren Zahlung seine Verpflichtung nach § 362 Abs. 1 BGB insoweit erfüllt ist.

M. E. spricht bereits die gesetzliche Formulierung in § 1 Abs. 2 Nr. 2 E-BetrAVG dafür, in dem zuletzt genannten Kriterium – dem erklärten Verpflichtungsgegenstand – das **entscheidende Abgrenzungsmerkmal** zu sehen. Arbeitgeber und Arbeitnehmer haben es mit ihrer **Vertragsbestimmung** in der Hand, ob sie eine **Beitrags- oder eine Leistungszusage** vereinbaren möchten. Die übrigen genannten Umstände haben dagegen eher die Funktion einer **Auslegungshilfe**.

Wichtigste Konsequenz dieser Interpretation ist, dass die **bisherigen Möglichkeiten** zur Durchführung betrieblicher Altersversorgung **unverändert bestehen bleiben**. So kann der Arbeitgeber fondsgebundene Versicherungstarife mit Mindestgarantie sowohl für die althergebrachte beitragsorientierte Leistungszusage als auch für die neue Beitragszusage mit Mindestleistung einsetzen. Die Zuordnung hängt davon ab, wie die Verpflichtung des Arbeitgebers in der Versorgungszusage definiert ist. Ein solches Verständnis ergibt sich m. E. zwingend aus dem Gesetzgebungsverfahren: Die **vorhandenen Zusagetypen** der betrieblichen Altersversorgung sollen **nicht beschnitten, sondern lediglich ergänzt** werden, um die Fördermöglichkeiten für die private Zusatzrente möglichst umfassend auch der zweiten Säule zugänglich zu machen.

Eine rein an objektiven Merkmalen des Leistungsplans orientierte Einstufung könnte zudem keine für alle Durchführungswege einheitlich gültigen Kriterien verwenden. Da bei der Direktzusage und der Unterstützungskasse keine Beitragszusagen vorgesehen sind, hätte die Qualifizierung eines bislang zulässigen Leistungsplans als Beitragszusage die **vom Gesetzgeber kaum beabsichtigte Sperrung dieser Durchführungswege** zur Folge.

Bei der **Direktversicherung** wäre im übrigen eine Klassifikation **allein an Hand des Leistungsplans kaum möglich**, so dass die Bestimmung in der Versorgungszusage wesentliche Bedeutung erlangt. Das wird nicht nur durch das Beispiel der fondsgebundenen Lebensversicherung mit Mindestgarantie belegt. Vielmehr enthält auch die klassische Kapitallebensversicherung im Einsatz als Direktversicherung Elemente der Beitrags- und der Leistungszusage⁴⁹⁴; über die Versicherungssumme wird im allgemeinen eine Leistung garantiert, der die eingezahlten Beiträge umfasst. Viele Arbeitgeber, die betriebliche Altersversorgung über eine Direktversicherung durchführen, dürften dies in der Vorstellung tun, dass sich ihre Leistungspflicht in der Entrichtung der Versicherungsbeiträge erschöpft. Ohne klare Bestimmung dürfte die Zuordnung künftig eine im Einzelfall schwierige Auslegungsfrage werden.

Für eine Beitragszusage im Sinne von § 1 Abs. 2 Nr. 2 E-BetrAVG muss die Versorgungsvereinbarung damit zwei Voraussetzungen erfüllen: Erstens muss der Wille des Arbeitgebers, sich lediglich zur Zahlung der Finanzierungsbeiträge zu verpflichten, klar zum Ausdruck kommen. Zweitens muss eine dieser Vorschrift

⁴⁹⁴ Vgl. Lorz, in BetrAV 1999, S. 10 ff.

entsprechende Mindestleistung im Versorgungsfall garantiert werden. Fehlt es an der ersten Voraussetzung, so kann es sich nur um eine Leistungszusage handeln. Ist die erste, aber nicht die zweite Voraussetzung erfüllt, so ist nach dem Betriebsrentengesetz die Qualifikation als betriebliche Altersversorgung überhaupt fraglich.

Auch die **Abgrenzung zwischen der klassischen und der beitragsorientierten Leistungszusage** kann auf Basis der Änderungen durch das AVmG für fondsgebundene Leistungspläne mit Mindestgarantie Bedeutung erlangen. Denn es ist durchaus denkbar, die Garantieleistung vorzugeben und daraus die Beitragssumme und die Todesfalleistung mittels bestimmter Vorgaben zu ermitteln. In diesem Fall läge keine beitragsorientierte, sondern eine klassische Leistungszusage vor. Während bisher an die Unterscheidung dieser bloßen Unterarten keinerlei Rechtsfolgen geknüpft werden, soll nun die Unverfallbarkeit beitragsorientierter Zusagen nach § 2 Abs. 5a E-BetrAVG nicht mehr nach dem m/n-Verfahren, sondern in Höhe der bei Ausscheiden erworbenen Anwartschaft zu berechnen sein. Auf den ersten Blick mag dies sachgerecht erscheinen; die Änderung führt jedoch zu nicht unerheblichen Problemen, die bereits ausführlich in Tz. 5.1.6 dargestellt wurden.

9.5.2 Sonstige bisher mögliche Plangestaltungen

a) Fortgeltung des Betriebsrentengesetzes

Bei fondsgebundenen Versorgungskonzepten, die die Voraussetzungen für die Beitragszusage mit Mindestleistung nicht erfüllen, könnte fraglich sein, ob sie nach der Neufassung von § 1 BetrAVG überhaupt noch als betriebliche Altersversorgung angesehen werden können. Denn in der neuen Aufgliederung in Leistungszusage und Beitragssumme mit Mindestleistung könnte zum Ausdruck kommen, dass Zusagen, die **weder eine feste Leistung noch den Erhalt von Beiträgen garantieren**, nicht (mehr) unter das Gesetz fallen sollen. Betroffen wären übrigens nicht nur solche Zusagen, bei denen ein Kapitalverlustrisiko besteht. Die Überlegungen erfassen auch Zusagen mit Mindestgarantie, die in Form der **rückgedeckten Direktzusage bzw. Unterstützungskasse** erteilt werden. Denn die vollständige Herausnahme dieser Durchführungswege aus § 1 Abs. 2 Nr. 2 E-BetrAVG bringt zum Ausdruck, dass den hierzu erfolgenden Aufwendungen auch hinsichtlich ihrer Quantifizierbarkeit **nicht die Qualität von Versicherungsbeiträgen** zuzusprechen ist. Allerdings erscheint bei solchen Zusagen eher die Bejahung einer Leistungszusage möglich.

Von wesentlicher Bedeutung für die Prüfung der Fortgeltung des Betriebsrentengesetzes ist der Umstand, dass die hier relevante Änderung durch das AVmG – die **Einführung der Beitragssumme** – weniger arbeits- als vielmehr **steuerrechtlich motiviert** war. Denn der bislang vorgegebene Rahmen des Betriebsrentengesetzes war für eine **gleichwertige Aufnahme der Förderung** nach § 10a E-EStG in die zweite Säule der Alterssicherung einfach **zu eng**. Gleichzeitig konnte auf die schon lange erhobene Forderung nach mehr Flexibilität im Betriebsrentenrecht eingegangen werden. Die Beitragssumme stellt allein eine Beschränkung für die neuen Gestaltungsmöglichkeiten dar. Die gegenwärtige Diskussion konzentriert sich eher auf die Frage, ob die Flexibilisierung weit genug geht oder ob die betriebliche Altersversorgung auf Dauer **ganz generell für Beitragssummen auch**

ohne Mindestgarantie geöffnet werden sollte⁴⁹⁵. Es kann in dieser Situation nicht davon ausgegangen werden, dass durch die Neufassung vorhandene, und seien es auch verborgene, Möglichkeiten zur Durchführung betrieblicher Altersversorgung ohne eine entsprechende ausdrücklich erklärte gesetzgeberische Absicht beschnitten werden sollten.

Eine gegenteilige Sichtweise könnte zudem insbesondere bei der **Direktzusage** und bei der **Unterstützungskasse** nicht überzeugen. Denn auch diese Durchführungswege müssten von einem Ausschluss fondsgebundener Leistungspläne mit Kapitalverlustrisiko betroffen sein, da für eine Ungleichbehandlung jegliche Rechtfertigung fehlen würde. Doch wollte der Gesetzgeber diese Durchführungswege offenkundig gar **nicht antasten**.

Und schließlich besteht auch gar kein Grund, solchen Planvarianten den **arbeitsrechtlichen Schutz durch das BetrAVG** zu entziehen. Denn dann hätte der Arbeitnehmer zu dem Verlustrisiko auch noch die Risiken des Verfalls sowie der Insolvenz des Arbeitgebers zu tragen.

Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass die in den Kapiteln 4 und 5 beschriebenen arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen für fondsgebundene Leistungspläne ohne Mindestgarantie **durch das AVmG nicht eingeschränkt** werden.

b) Steuerliche Förderung nach § 10a E-EStG bei fehlender Mindestgarantie?

Nach § 10a Abs. 2 S. 2 E-BetrAVG sind Beiträge zu einer Direktversicherung oder einer Pensionskasse förderfähig, sofern es sich um einen Rententarif handelt. Bei wörtlicher Auslegung schadet es sogar nicht, wenn es sich hierbei um eine fondsgebundene Rentenversicherung ohne Mindestgarantie handelt. Denn der Verweis auf den Katalog der Fördervoraussetzungen umfasst nicht § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 E-AltZertG, also die Bestimmung, die für Altersvorsorgeverträge den Kapitalerhalt mindestens der Sparbeiträge fordert.

Zwar wollte der Gesetzgeber mit der Einschränkung der Fördervoraussetzungen bestimmte typische Eigenheiten der betrieblichen Altersversorgung wie etwa die Absicherung der Hinterbliebenen berücksichtigen. **Nichts** im Gesetzgebungsverfahren deutet jedoch auf eine **gewollte Ausnahme von der Mindestgarantie** hin. Die Fondspolice gehört ja auch nicht zu typischen Gegenständen, sondern eher zu den exotischen Erscheinungen der betrieblichen Altersversorgung. Wie schon im voran gegangenen Abschnitt ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Existenz eines derart ungesicherten Zusagetyps in einer doch verborgenen Nische des Betriebsrentenrechts **ganz einfach übersehen** und damit die ausdrückliche Verweisung auf § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 E-AltZertG für entbehrlich gehalten hat. Es liegt somit eine **planwidrige Lücke** vor.

Die Schließung dieser Lücke erfolgt durch Anwendung dieser Fördervoraussetzung auch auf die förderfähigen Durchführungswege der betrieblichen Altersversorgung. Für **fondsgebundene Leistungspläne ohne entsprechende Verlustsicherung** besteht daher **kein Anspruch auf Förderung der Beiträge**. Man darf hier gespannt die Handhabung durch die Praxis abwarten.

⁴⁹⁵ So aktuell *Heubeck*, in BetrAV 2001, S. 119 (125)

9.5.3 Verhältnis zu den neuen Pensionsfonds

Die als fünfter Durchführungsweg eingeführten neuen Pensionsfonds (vgl. Tz. 9.2) können durchaus in Konkurrenz zu den in dieser Arbeit betrachteten fondsgebundenen Leistungsplänen treten, da auf Grund der vorgesehenen Leistungsstruktur sowie Kapitalanlage eine gewisse Verwandtschaft zu den herkömmlichen Fondsprodukten besteht. Der Charme von Pensionsfonds ist in der Kombination einiger Vorzüge zu sehen, die in dieser Häufung in keinem der vorhandenen Durchführungswege anzutreffen sind:

- Innerhalb gewisser Grenzen sind **steuer- und beitragsfreie Zuwendungen** möglich.
- Die Dotierung kann **flexibel** erfolgen.
- Bei der **Kapitalanlage bestehen größere Freiheiten** als für Lebensversicherungen und Pensionskassen.
- Die Verpflichtung erscheint **nicht in der Bilanz** des Unternehmens.

Allerdings stehen diesen Vorteilen in der vom AVmG vorgenommenen Ausgestaltung des Pensionsfonds auch eine ganze Reihe weniger erwünschter Eigenschaften gegenüber, die sich mit fondsgebundenen Leistungsplänen in anderen Durchführungswegen teilweise vermeiden lassen:

- Die Leistungsart des Pensionsfonds muss in einer **lebenslangen Rente** bestehen.
- Trotz der gegenüber klassischen Lebensversicherungen größeren Freiheit in der Kapitalanlage kann die Anlagevielfalt fondsgebundener Lebensversicherungen in Pensionsfonds nicht erreicht werden. Denn für den Pensionsfonds bleiben immer noch, wenn auch gelockerte, **aufsichtsrechtliche Vorgaben** (§ 115 E-VAG). Dagegen können fondsgebundene Lebensversicherungen auf beliebige von einer Kapitalanlagegesellschaft ausgegebene Wertpapiere bezogen werden, § 54b VAG verlangt lediglich die Kongruenz von Verpflichtung und Kapitalanlage.
- Es erscheint höchst **fraglich**, ob in einem Pensionsfonds die **Mindestgarantie** ähnlich wie bei fondsgebundenen Leistungsplänen **vermieden werden kann**. Denn zum einen handelt es sich um eine neue Einrichtung, die sich nicht auf eine bestehende Praxis stützen kann. Und andererseits sind leistungsbezogene Pensionspläne nach § 112 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 E-VAG über eine Zusage des Arbeitgebers definiert. Es ist aber schwer vorstellbar, wie der Arbeitgeber eine „Leistung“ ohne Mindestgarantie versprechen will, ohne eine fondsgebundene Lebensversicherung zur Hilfe zu nehmen. Zudem muss bei leistungsbezogenen Pensionsplänen nach § 112 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 E-VAG der Beitrag variabel sein.
- Bei **Überschreitung der Dotierungsgrenzen** müssen auf die Beiträge **Steuern und Sozialabgaben** entrichtet werden, ohne dass nach § 40b EStG eine Pauschalierungsmöglichkeit besteht. Diese insoweit vorgelagerte Besteuerung wird bei der Leistungsphase nur unzureichend berücksichtigt.

- Steuerfreie Kursgewinne sind nicht möglich.

Diese Nachteile heben die Attraktivität der Pensionsfonds zwar nicht auf; sie zeigen aber, dass durch deren Einführung die bisherigen fondsgebundenen Leistungspläne keineswegs überflüssig werden. Vor allem für Zusagen auf Kapitalleistung oder ohne Erlebensfallgarantie behalten die bisherigen Möglichkeiten ihre Berechtigung.

9.6 Tauglichkeitsvergleich der Durchführungswege

9.6.1 Direktzusage und Unterstützungskasse

Fondsgebundene Direkt- sowie Unterstützungskassenzusagen werden von den Regelungen durch das AVmG, wie festgestellt, kaum beeinflusst. Sie erhalten durch die Einführung der Pensionsfonds sowie der nachgelagerten Besteuerung für Pensionskassen lediglich etwas Konkurrenz. Während die **Unterstützungskasse** derzeit ohnehin **nicht als optimale Lösung** gelten kann (vgl. Tz. 8.4.3), dürfte die rückgedeckte **Direktzusage kaum an Attraktivität verlieren**. Sie bietet weiterhin die größte Freiheit bei der Leistungsplangestaltung sowie bei der Finanzierung und ermöglicht als einziger Durchführungsweg eine steuerfreie Dotierung ohne Beschränkung der Höhe nach.

Auch die **nicht vorgesehene Förderung** nach § 10a E-EStG dürfte sich für fondsgebundene Direktzusagen **kaum als Wettbewerbsnachteil** gegenüber den externen Durchführungsweisen erweisen. Denn Arbeitnehmer, für die auf Grund der geringen persönlichen Steuerbelastung die Zulagenförderung günstiger ist als die bloße Steuerfreiheit der Beiträge, dürften von ihrer Einkommenssituation ohnehin nicht zur typischen Zielgruppe fondsgebundener betrieblicher Altersversorgung gehören.

Der Markt für den neuen Rechtsanspruch auf **Entgeltumwandlung** wird für Direktzusagen möglicherweise **etwas schwierig**. Denn auf diesen Durchführungswege müssen sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer einigen. Dagegen hat es jede Seite für sich in der Hand, einen externen Versorgungsträger einzusetzen (vgl. § 1a Abs. 1 E-BetrAVG).

9.6.2 Direktversicherung

Für fondsgebundene Direktversicherungen mit Erlebensfallgarantie eröffnet die **Beitragszusage mit Mindestleistung** einen neuen Rahmen: Der Arbeitgeber kann, flankiert durch entsprechende arbeitsrechtliche Detailregelungen, erstmals an Stelle einer Leistung nur die Erbringung eines bestimmten Finanzierungsaufwands versprechen. Die Mindestleistung stellt bei Deckung durch den Versicherungstarif keine effektive Verpflichtung für den Arbeitgeber dar.

Das klingt zwar neu. Bei konsequenter Nutzung der Möglichkeiten des geltenden Rechts, insbesondere der versicherungsvertraglichen Lösung sowie der Rentenanpassung durch die Überschüsse, kann der Arbeitgeber jedoch **auch jetzt schon seinen Aufwand faktisch auf die Zahlung der Versicherungsbeiträge be-**

schränken. In der Frage der Insolvenzversicherung ist die Beitragszusage für den Arbeitgeber sogar nachteiliger. Und Zusagen ohne Mindestleistung bleiben nach wie vor auf Basis der alten Systematik möglich. Die Akzeptanz der Beitragszusage mit Mindestleistung in der Praxis ist daher aus heutiger Sicht nicht sicher.

Die Versicherungswirtschaft beklagt eine Benachteiligung der Direktversicherung, da diese als einziger Durchführungsweg auch weiterhin vorgelagert besteuert wird. Sie hat für den Fall ausbleibender Nachbesserung des Gesetzes bereits Verfassungsbeschwerde angekündigt. Auch wenn die Bedenken insgesamt zutreffen dürften, sollte nicht übersehen werden, dass die **vorgelagerte Besteuerung auch ein Gutes hat.** Sie ermöglicht nämlich durch die Pauschalierungsmöglichkeit sowie das Steuerprivileg für Lebensversicherungen für besser Verdienende den Aufbau eines günstigen ergänzenden Versorgungsbausteins, der als **Einmalkapital einschließlich der angesammelten Erträge steuerfrei** ausgezahlt werden kann (vgl. Tz. 9.3.2 Buchst. a).

Vor allem für **Einzelzusagen** bleiben Direktversicherungen in jedem Fall attraktiv, da sie für den Arbeitgeber mit dem vergleichsweise **geringsten Verwaltungsaufwand** verbunden sind.

9.6.3 Pensionsfonds

Das Verhältnis der neuen Pensionsfonds zu den fondsgebundenen Leistungsplänen in den anderen Durchführungswegen wurde bereits in Tz. 9.5.3 dargestellt. Als Fazit lässt sich ziehen, dass der Einsatz eines Pensionsfonds dann sinnvoll ist, wenn die **nachgelagerte Besteuerung** gewünscht ist, der Leistungsplan in den vorgegebenen Rahmen passt (**Rente mit Mindestgarantie**) und die Verpflichtung **nicht in der Bilanz** ausgewiesen werden soll. Auf Grund der zahlreichen Beschränkungen erscheint der Pensionsfonds aus heutiger Sicht bestenfalls als **gleichwertige Ergänzung** zu den vorhandenen Durchführungswegen, jedoch **nicht** – wie durch das moderne Etikett möglicherweise suggeriert – **als Königsweg** der betrieblichen Altersversorgung.

9.6.4 Pensionskasse

Pensionskassen werden durch die Regelungen des AVmG **aufgewertet.** Das gilt zunächst ganz generell in Folge der Einführung nachgelagerter Besteuerung sowie der steuerlichen Förderung. Speziell **fondsgebundenen Tarifen** wird durch die Einführung der Beitragszusage mit Mindestleistung ein **Weg in die Pensionskasse eröffnet.** Nach dieser gesetzgeberischen Grundsatzentscheidung wird das BAV jedenfalls nicht mehr in der bisherigen Allgemeinheit an der 1998 geäußerten Verweigerung fondsgebundener Tarife für Pensionskassen⁴⁹⁶ festhalten können.

Fraglich bleibt aber, ob sich nach dem Muster der anderen Durchführungswege fondsgebundene Tarife **ohne Mindestgarantie** durchsetzen lassen. Immerhin müsste nach der gesetzlichen Systematik ebenso wie bei der Direktversicherung die Mindestabsicherung nicht innerhalb der Kasse gedeckt werden; es genügt, wenn der Arbeitgeber eine entsprechende Zusage erteilt.

⁴⁹⁶ BAV, in VerBAV 1998, S. 15

Sofern die Einrichtung eines fondsgebundenen Pensionskassentarifs i. S. v. § 54b VAG möglich ist, hätte dieser Durchführungsweg gegenüber dem Pensionsfonds den Vorteil einer größeren Gestaltungsfreiheit der Anlage. Ein genereller Vorzug der Pensionskasse gegenüber dem Pensionsfonds ist zudem in der Zulässigkeit von **Kapitalleistungen** zu sehen.

Kapitel 10

Zusammenfassung

Die gesetzlichen Versorgungssysteme leiden unter einem Generationenproblem. Ihre Finanzierung nach dem Umlageverfahren bedingt bei der aktuellen Bevölkerungsentwicklung, dass immer weniger aktiv Erwerbstätige immer mehr Leistungsempfänger unterhalten müssen. Immer deutlicher zeichnet sich ab, dass die gesetzliche Rente allein die Versorgung im Alter allein nicht mehr sicher stellen kann, denn die Belastung der Erwerbsarbeit mit Sozialbeiträgen stößt schon heute an ihre Grenzen. Wissenschaft, Wirtschaft und Politik sind sich weitgehend einig, dass zumindest ergänzend eine kapitalgedeckte Zusatzversorgung für alle nötig ist. Wenn auch im Detail unterschiedlich, so legen die vorgeschlagenen Modelle nahezu einhellig Wert darauf, dass im Versorgungsfall nicht lediglich ein angesammeltes Kapital ausgekehrt wird, sondern das zusätzlich Riskoleistungen versichert sind, die z. B. bei Tod, Invalidität oder ggf. auch Wertverlust das dann nicht ausreichende Deckungskapital aufstocken; ausgenommen sind verständlicherweise die Konzepte der Anbieter reiner Investmentprodukte.

Für die Umsetzung dieser versicherungsförmigen Vorschläge wäre die betriebliche Altersversorgung im Prinzip ein besonders geeigneter Rahmen, da sie sich an die gleiche Zielgruppe wie die krisengeschüttelte gesetzliche Rentenversicherung wendet, nämlich an abhängig Beschäftigte. Die Realität sieht leider anders aus: Unternehmen schränken zunehmend ihre betrieblichen Versorgungswerke oder schließen sie ganz, weil ihnen diese unter dem Druck des globalen Wettbewerbs einfach zu teuer erscheinen oder weil sie die langfristigen Risiken unkalkulierbarer Zusatzaufwendungen scheuen.

Die Entwicklung der freiwilligen individuellen Eigenvorsorge zeigt, dass offenbar Produkte gefragt sind, die durch eine Teilhabe an den Kapital- und insbesondere Aktienmärkten höhere Renditen erwarten lassen als sichere Anlagen wie Festgelder oder Kapitallebensversicherungen. Damit verbundene höhere Risiken werden bewusst oder unbewusst in Kauf genommen. Der Markt für Investmentfonds boomt, und im Bereich der Lebensversicherung jagen fondsgebundene Tarife klassischen Kapitaltarifen zunehmend Marktanteile ab. Dahinter ist das Bedürfnis zu erkennen, mit knapper werdendem verfügbarem Einsatz dennoch eine ansehnliche finanzielle Absicherung in der Zukunft zu erreichen.

Aufbauend auf dem zwiespältigen Bedürfnis nach Risikoschutz einerseits und höherer Renditeerwartung andererseits befasst sich diese Arbeit intensiver mit der fondsgebundenen Lebensversicherung. Fondsgebundene Tarife können in der Anwartschaftsphase einen der klassischen Kapitalversicherung vergleichbaren Todesfallschutz bieten. Die für diesen Risikoschutz nicht benötigten Nettobeiträge

werden dagegen in einem Investmentfonds angelegt. Die Ablaufleistung der Versicherung besteht im aktuellen Kurswert der für den Vertrag gebildeten Fondsanteile. Der Versicherungsnehmer hat also ein je nach Ausgestaltung des Fonds mehr oder weniger hohe Renditechancen durch Kursgewinne, er trägt aber auch das korrespondierende Verlustrisiko. Mit der Beliebtheit wächst auch die Produktvielfalt am Markt. Es gibt inzwischen unzählige Varianten, was etwa den Todesfallschutz, die Gestaltung der Anlage einschließlich Umschichtungsmöglichkeiten und sogar Garantieverprechen betrifft. Auch Rententarife sind möglich, wobei aber sinnvollerweise in der Leistungsphase keine Fondsbindung mehr besteht.

Auffällig ist indes, dass ungeachtet des Booms bei den Einzelversicherungen fondsgebundene Lebensversicherungen in der betrieblichen Altersversorgung ein ausgesprochenes Schattendasein führen. Das verwundert insofern, als dieses Produkt mehrere Kernforderungen an ein zukunftsfähiges Modell der betrieblichen Altersversorgung bereits heute erfüllt, insbesondere Elemente des vielfach gewünschten Pensionsfonds verwirklicht. Schwerpunkt der Arbeit ist die Untersuchung der rechtlichen und praktischen Möglichkeiten, Leistungspläne der fondsgebundenen Lebensversicherung für die betriebliche Altersversorgung nutzbar zu machen. Dabei zeigen sich sowohl arbeits- als auch steuerrechtlich erhebliche Schwierigkeiten, die nach Auffassung des Verfassers zwar zumindest für gewisse Fallgestaltungen schon auf Basis des geltenden Rechts befriedigend lösbar sind, die jedoch die derzeitige Zurückhaltung der Praxis verständlich erscheinen lassen.

Auf Anhieb unklar ist schon die Frage, ob die Zusage einer der Höhe nach nicht garantierten, von einer ungewissen Börsenkursentwicklung abhängigen Altersleistung überhaupt betriebliche Altersversorgung im Sinne des Betriebsrentengesetzes ist. Dies ist keineswegs so selbstverständlich, wie es die entsprechenden Aussagen der Steuerrichtlinien zur Direktversicherung erscheinen lassen, aber im Ergebnis dennoch zu bejahen. Bei der Beurteilung eines Leistungsplans sollte dabei nach Ansicht des Verfassers nicht zwischen den verschiedenen Durchführungswegen unterschieden werden. Demzufolge beschränkt sich die Untersuchung nicht auf die Direktversicherung, sondern bezieht die wegen der nachgelagerten Besteuerung beliebtere Direktzusage und die Unterstützungskasse ein. Diese Durchführungswege setzen allerdings eine Rückdeckung der Verpflichtungen durch eine entsprechende Versicherung oder zumindest durch die mit der Zusage versprochenen Wertpapiere voraus.

Auch bei der Anwendung des immer noch auf Leistungszusagen zugeschnittenen Betriebsrentengesetzes bereitet das Fehlen einer garantierten Endleistung immer wieder Probleme, wenn zukunftsbezogene Berechnungen durchzuführen sind, wie etwa bei der Unverfallbarkeit oder der Insolvenzsicherung. Diese lassen sich aber auf praktikable Weise bewältigen, wenn die Veränderungssperre des § 2 Abs. 5 BetrAVG konsequent angewendet wird. Die Ungewissheit der künftigen Kursentwicklung wird ersetzt durch die fiktive Annahme, dass sich an den Verhältnissen am Berechnungstichtag nichts mehr ändern wird. Natürlich führt diese Verfahrensweise nicht immer zu optimalen Ergebnissen, dieses Problem besteht aber generell bei beitragsorientierten Versorgungszusagen, weil diese nur halbherzig in das Gesetz aufgenommen wurden. Vermeidbar sind diese Probleme bei der Direktversicherung mit unwiderruflichem Bezugsrecht, weil die dort mögliche versicherungsvertragliche Lösung bei Unverfallbarkeit und Insolvenzsicherung keinerlei Hochrechnungen erfordert.

Eine arbeitsrechtliche Besonderheit fondsgebundener Leistungspläne sind erhöhte Informations- und Sorgfaltspflichten. Der Arbeitgeber ist aus seiner Fürsorgepflicht heraus gefordert, den Arbeitnehmer über die mit der Versorgung verbundenen Risiken und eventuelle Möglichkeiten ihrer Vermeidung aufzuklären und – sofern er etwaige Anlageentscheidungen selbst trifft – auf das individuell verkraftbare Risiko seiner Arbeitnehmer Rücksicht zu nehmen. Verletzt er diese Pflichten, so droht ihm im Falle einer ungünstigen Anlageentwicklung eine Haftung für den Leistungsausfall, deren genauer Umfang im Einzelfall schwer vorhersehbar sein dürfte.

Auch steuerrechtlich ist die Direktversicherung am wenigsten problematisch, sofern die für Lebensversicherungen generell wichtigen Voraussetzungen der Kapitalertragsteuerfreiheit nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG beachtet werden. Dagegen führt bei der Direktzusage das Fehlen einer garantierten Endleistung zu Anwendungsproblemen bei der Berechnung der Pensionsrückstellung nach § 6a EStG. Nach Ansicht des Verfassers unzutreffend wäre es aber, die Rückstellungsfähigkeit wegen fehlenden Rechtsanspruchs völlig zu verneinen. Denn die Zusage impliziert ein verbindliches Rechenwerk zur Bestimmung der Ablaufleistung, nur ist die wesentliche Eingangsgröße, nämlich der Anteilswert, erst im Zeitpunkt der Leistungserbringung bekannt. Der Umgang mit dieser Art Ungewissheit wird aber durch das Stichtagsprinzip geregelt. Das Stichtagsprinzip führt in seiner konsequenten Anwendung zu einer Hochrechnung der Leistung auf gleiche Weise wie bei der Berechnung des unverfallbaren Anspruchs, nämlich unter der Annahme konstanter Börsenkurse. Die Inkongruenz zwischen der Bewertung nach § 6a EStG und der Aktivbewertung des Rückdeckungsvermögens kann zu unerwünschten buchmäßigen Aufwandsschwankungen führen und erfordert anspruchsvolle Beratung, wenn der Arbeitgeber diese Effekte positiv nutzen will.

Die größten Unsicherheiten bestehen derzeit bei der steuerlichen Behandlung der Unterstützungskasse. Hier hat die Finanzverwaltung in zwei Schreiben von unklarer Reichweite die Arbeitgeberzuwendung von Beiträgen zu einer fondsgebundenen Rückdeckungsversicherung abgelehnt, soweit die Versicherungsleistungen der Höhe nach nicht garantiert sind. Diese Ansicht ist für kongruente Rückdeckungstarife zwar nicht überzeugend, birgt für den Arbeitgeber jedoch gravierende praktische Risiken, wenn er sich nicht durch eine Anrufungsauskunft absichert.

Eine interessante Möglichkeit sind fondsgebundene Leistungspläne dann, wenn sie zur Entgeltumwandlung eingesetzt werden. Die Nähe zur Beitragszusage und die hinsichtlich des Leistungsschwerpunktes bestehende Verzichtbarkeit versicherungsmathematischer Kalkulationen machen hier die Bestimmung einer dem Umwandlungsbetrag wertäquivalenten Versorgungszusage insoweit besonders einfach und transparent. Die Altersleistung ergibt sich einfach aus den investierten Umwandlungsbeträgen zuzüglich der Fondsrendite (Ausschüttungen und Kurssteigerungen) abzüglich der für Risiko und Verwaltungskosten benötigten Beitragsanteile. Ganz besonders ist hier aber auf ausreichenden Risikoschutz zu achten, schon damit die insbesondere steuerliche Anerkennung als betriebliche Altersversorgung gewahrt bleibt. Je nach persönlicher Situation betrifft dies den Todesfallschutz oder – zur Abdeckung des Langlebighkeitsrisikos – eine Altersleistung in Form einer lebenslänglichen Rente.

Fondsgebundene Leistungspläne können die klassischen betrieblichen Versorgungssysteme nicht ersetzen, sondern nur ergänzen. Denn der Spielraum für rentablere, aber auch risikobehaftete Anlageformen beginnt erst dort, wo ein elemen-

tarer Mindestbedarf schon gedeckt ist. Der Arbeitnehmer darf sich bei seiner individuellen Vorsorgeplanung nur auf die Leistungen verlassen, die der Höhe nach garantiert sind. Aber auch der Arbeitgeber muss bei der Einrichtung des Versorgungswerks immer den „worst case“ bedenken und trägt vor allem im Bereich der für die Existenz notwendigen Grundabsicherung eine Verantwortung für die geeignete Wahl des Risikoprofils. Zudem hat er dafür Sorge zu tragen, dass die Mitarbeiter das Risiko richtig einschätzen können. Dies kann für die verschiedenen Arbeitnehmergruppen mit sehr unterschiedlichem Aufwand verbunden sein.

Von den untersuchten Durchführungswegen werden fondsgebundene Direktversicherungen am besten von der geltenden Rechtslage unterstützt. Das betrifft einerseits die positive Präjudizierung durch die Erwähnung in den Steuerrichtlinien, andererseits aber auch ein vergleichsweise weites Entgegenkommen des Gesetzgebers an die Beitragsbezogenheit der Versicherung, etwa durch die Entscheidungsmöglichkeit für die versicherungsvertragliche Unverfallbarkeitsberechnung. Dafür engen steuerliche Beschränkungen den tatsächlichen Gestaltungsspielraum doch recht stark ein.

Flexibler einsetzbar und steuerlich u. U. vorteilhafter, aber mit mehr rechtlichen und tatsächlichen Unwägbarkeiten behaftet ist die Alternative, die Versicherung zur kongruenten Rückdeckung einer entsprechenden Direktzusage einzusetzen. Die vielseitigsten Gestaltungsmöglichkeiten bietet derzeit die Direktzusage auf Basis einer Wertpapierrückdeckung, ggf. gekoppelt mit einer rückdeckenden Risikolebensversicherung. Das spart vor allem Kosten, die insgesamt für die reine Wertpapieranlage in jedem Falle niedriger sind als für die Fondspolice, und eröffnet zudem die Nutzung von betriebswirtschaftlichen bzw. steuerlichen Finanzierungseffekten. Allerdings ist dieser Weg auch mit den meisten Risiken behaftet.

Die Unterstützungskasse ist aus heutiger Sicht dagegen nur unter der Bedingung zu empfehlen, dass der Arbeitgeber Beiträge für eine kongruente fondsgebundene Rückdeckungsversicherung steuerlich an die Kasse zuwenden darf. Hierzu müsste eine entsprechende Klarstellung der zumindest missverständlichen Aussagen aus den ablehnenden BMF-Schreiben erfolgen. Auch dann bleiben noch genügend Fallstricke zu beachten. Die direkte Rückdeckung der Kasse durch Wertpapiere erlaubt hier auf keinen Fall eine verpflichtungsgerechte Vorausfinanzierung.

Im bisher geltenden Recht passen viele der für die betriebliche Altersversorgung bestehenden arbeits- und steuerrechtlichen Regelungen auf fondsgebundene Leistungspläne nicht besonders gut. Hiervon ausgenommen ist nur die mit den bekannten Nachteilen behaftete Direktversicherung. Für die anderen Durchführungswege, vor allem die Direktzusage, sind die geltenden Gesetze zwar irgendwie anwendbar. Der Rechtsanwender stößt aber auf zahlreiche Probleme, weil viele der einschlägigen Vorschriften offenkundig nur im Hinblick auf leistungsbezogene Versorgungssysteme konzipiert sind. Ein Schwerpunkt dieser Arbeit liegt denn auch in der Destillation einer der Rechtsanwendung zugänglichen zugesagten Leistung aus einer fondsgebundenen Zusage, die eigentlich klar über den Beitrag definiert ist. In einem Satz liest sich das Destillat so: „Zugesagt ist der Leistungsverlauf, der sich aus der planmäßigen Investition der Beiträge und der Kursentwicklung der maßgeblichen Anlage ergibt.“ Diese Sichtweise harmoniert mit dem bislang geltenden Recht noch am ehesten, da dem Gesetzgeber die Problematik der beitragsorientierten Zusagen spätestens bei der Änderung des Betriebsrentenrechts durch das RRG 1999 bewusst gewesen sein muss und er dennoch viele leistungsbezogene Regelungen unverändert belassen hat.

Sofern das Altersvermögensgesetz (AVmG) mit dem bei Redaktionsschluss bekannten Stand im Gesetzgebungsverfahren in Kraft treten sollte, dürften sich erhebliche Auswirkungen auf die Möglichkeiten fondsgebundener Versorgungskonzepte ergeben. Durch die Einführung von Pensionsfonds zusammen mit der ausdrücklichen Regelung der Beitragszusage mit Mindestgarantie werden fondsgebundene Lösungen zwangsläufig verstärkt Aufmerksamkeit erlangen. Durch das Gesetz gestärkt werden aber ausschließlich Tarife, bei denen im Erlebensfall mindestens die eingezahlten Beiträge abzüglich der Risikoanteile zur Verfügung stehen. Für solche Gestaltungen sind zur Unverfallbarkeit, zum Insolvenzschutz und zur Rentenanpassung im AVmG Regelungen eingebaut, die die bislang herrschende Unsicherheit auf zumindest brauchbare Weise beseitigen würden. Bei richtigem Verständnis stellen diese Neuerungen lediglich eine Erweiterung des vorhandenen Rahmens für die betriebliche Altersversorgung dar, die die in dieser Arbeit diskutierten Möglichkeiten – auch ohne Mindestgarantie – in keiner Weise beschneiden. In der Praxis könnte allerdings die Unsicherheit hinsichtlich des Einsatzes klassischer Fondstarife ohne Erlebensfallgarantie für betriebliche Versorgungszwecke noch zunehmen. Diese Schwächung beträfe auch Direktzusagen und Unterstützungskassen, obwohl diese von der Einführung der Beitragszusage eigentlich nicht betroffen sind.

Unabhängig von der weiteren Entwicklung des aktuellen Gesetzgebungsverfahrens kann der weitere Weg nur in Richtung der zahlreichen Reformvorschläge gehen, die eine Integration der echten Beitragszusage in das Betriebsrentengesetz mit entsprechender steuerlicher Flankierung sowie den weiteren Ausbau von Pensionsfonds als weiterem Durchführungsweg fordern. Das AVmG ist zumindest ein Schritt in die richtige Richtung. Die Regelung der Beitragsgarantie hilft unerwünschte Risiken zu vermeiden, trifft aber auch diejenigen Fälle, in denen das Risiko in Kauf genommen werden könnte. Davon abgesehen sind die Neuregelungen über weite Strecken sehr unübersichtlich und kompliziert geraten. Es zeichnet sich jedenfalls kein Ende auf der Suche nach einer Optimierung der Rahmenbedingungen für die betriebliche Altersversorgung ab. Der Gesetzgeber bleibt aufgefordert, den Rahmen an das Bedürfnis der Praxis nach flexiblen Beitragszusagen anzupassen und zusagewilligen Arbeitgebern ein mehrgleisiges Instrumentarium anzubieten.

Literaturverzeichnis

- aba* – *Arbeitsgemeinschaft für betriebliche Altersversorgung e. V.*, Stellungnahmen der aba zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung und zur Förderung eines kapitalgedeckten Altersvorsorgevermögens (Altersvermögensgesetzes – AVmG), in BetrAV 2001, S. 149-158
- aba* – *Arbeitsgemeinschaft für betriebliche Altersversorgung e. V.*, Modell „Zweite Säule“, Vorschläge der aba zur Einführung international wettbewerbsfähiger Finanzierungsformen der betrieblichen Altersversorgung, Heidelberg 1998
- aba* – *Arbeitsgemeinschaft für betriebliche Altersversorgung e. V.*, Thesen der aba zur Integration von Beitragszusagen in das BetrAVG, in BetrAV 1997, S. 318-320
- aba* – *Arbeitsgemeinschaft für betriebliche Altersversorgung e. V. (Hrsg.)*, Handbuch zur betrieblichen Altersversorgung, Teil 1, Loseblatt, Stand September 1999 (zit.: H-BetrAV 1)
- aba* – *Arbeitsgemeinschaft für betriebliche Altersversorgung e. V. (Hrsg.)*, Handbuch zur betrieblichen Altersversorgung, Teil 2, Loseblatt, Stand April 2000 (zit.: H-BetrAV 2)
- aba* – *Arbeitsgemeinschaft für betriebliche Altersversorgung e. V. (Hrsg.)*, Entscheidungssammlung zur betrieblichen Altersversorgung, Loseblatt, Stand Juli 1999 (zit.: E-BetrAV)
- Ahmadi, S./ Ruß, J.*, Ermittlung der steuerpflichtigen Zinsen aus Fondsgebundenen und Aktienindexgebundenen Lebensversicherungen, in VW 1999, S. 185
- Ahmadi, S./ Ruß, J.*, Zur steuerlichen Behandlung der Aktienindexgebundenen Lebensversicherung mit garantierter Mindestverzinsung (AILV), in VW 1998, S. 1733-1734
- Ahrend, P./ Förster, W.*, Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, 6. Aufl., München 1996
- Ahrend, P./ Förster, W./ Rößler, N.*, Steuerrecht der betrieblichen Altersversorgung, Kommentar, Stand 17. Lfg. Dezember 2000
- Albrecht, P.*, Alterssicherung und Vorsorgebedarf im Spannungsfeld von Versicherungs- und Investmentprodukten, Heft 70 der Mannheimer Vorträge zur Versicherungswissenschaft, Karlsruhe 1998

- Albrecht, P.*, Rendite oder Sicherheit in der Altersversorgung – unvereinbare Gegensätze?, in *BetrAV* 1998, S. 378-384
- Andresen, B.-J. / Förster, W. / Rößler, N. / Rühmann, J.*; Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung mit sozialversicherungsrechtlicher Grundlegung, Loseblatt, Köln 1999
- Baier, M. / Buttler, A.*, Steuerliche Fallstricke bei der rückgedeckten Unterstützungskasse, in *BB* 2000, S. 2070-2076
- Baumbach, A. / Hopt, K.*, *Handelsgesetzbuch*, 29. Aufl., München 1995
- BAV – Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen*, Geschäftsplan für die Fondsgebundene Lebensversicherung, in *VerBAV* 1990, S. 3-11
- BAV – Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen*, Musterbedingungen für die Fondsgebundene Lebensversicherung, in *VerBAV* 1990, S. 89-95
- Bepler, K.*, Neuere Tendenzen im Betriebsrentenrecht aus Kasseler Sicht, in *BetrAV* 2000, S. 19-27
- Birk, D. / Wernsmann, R.*, Die Besteuerung der betrieblichen Altersversorgung – Reformbedarf und Gestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers, in *BetrAV* 1999, S. 59-66
- Blomeyer, W.*, Beitragsversprechen in Pensionszusagen und bei Unterstützungskassen, in *BetrAV* 1998, S. 124-131
- Blomeyer, W.*, Flexibilisierung des Betriebsrentenrechts durch Beitragszusagen, in *DB* 1997, S. 1921-1926
- Blomeyer, W.*, Betriebsrente durch Pensionsfonds?, in *ZIP* 1997, S. 1397-1404
- Blomeyer, W.*, Betriebliche Pensionsfonds in neuer Auflage, Die Vorschläge der „Gerke-Kommission“ in neuer Sicht, in *ZIP* 1998, S. 1737-1747
- Blomeyer, W.*, Die Verpfändung von Rückdeckungsversicherungen an Versorgungsanwärter der betrieblichen Altersversorgung, in *BetrAV* 1999, S. 293-304
- Blomeyer, W.*, Offene Rechtsfragen der Entgeltumwandlung, in *BetrAV* 2000, S. 42-51
- Blomeyer, W. / Otto, K.*, *Betriebsrentengesetz*, 2. Aufl., München 1997
- Blumenstein, M. / Krekeler, N.*, Auswirkungen des neuen Betriebsrentenrechts auf die Praxis, in *BetrAV* 1999, S. 52-59
- Bode, C.*, Gehaltsumwandlung im Tarifbereich, in *BetrAV* 1997, S. 164-171

- Bode, K.-J. / Grabner, E.*, Pensionsfonds in Deutschland?, in DB 1997, S. 928-935
- Bode, K.-J. / Grabner, E.*, Pensionsrückstellungen für beitragsorientierte Versorgungszusagen, in DB 1980, S. 2151-2158
- Buczko, G.*, Betriebliche Altersversorgung im Beitragsrecht, insbesondere beitragsorientierte Leistungszusagen und Entgeltumwandlungen, in DAngVers 1998, S. 121-132
- Buttler, A.*, Steuerliche Behandlung von Unterstützungskassen, 3. Aufl., Karlsruhe 2000
- Buttler, A.*, Betriebliche Altersversorgung durch Direktversicherungen, 3. Aufl., Karlsruhe 1998
- Claus, G. / Müller, H.*, Fondsgebundene Lebensversicherung, in VerBAV 1970, S. 44-50, 82-92
- Dankmeyer, U.*, Ansprüche aus Lebensversicherungsverträgen als Betriebsvermögen, in DB 1998, S. 1434-1437
- DAV – Deutsche Aktuarvereinigung e. V.*, Garantiewerte in der Lebensversicherung und Zeitwert nach § 176 VVG, DAV-Mitteilung Nr. 2, Bonn, Juni 1994
- Dernberger, M.*, Wertpapierrückdeckung bei Direktzusagen und Unterstützungskassen im Vergleich zu Rückdeckungsversicherungen, in BetrAV 1997, S. 311-312
- Deutsche Bank Research GmbH (Hrsg.)*, Von der Pensionsrückstellung zum Pensionsfonds: Eine Chance für den deutschen Finanzmarkt. Studie von B. Nürk und A. Schrader, Frankfurt 1995
- Doetsch, P.*, Möglichkeit beitragsdefinierter Versorgungszusagen nach geltendem Arbeits- und Steuerrecht, Ein Diskussionsbeitrag zur richtigen Einordnung von „Defined Contribution“-Zusagen, in ZIP 1998, S. 270-276
- Doetsch, P.*, Die fondsgebundene Lebensversicherung als Instrument der betrieblichen Altersversorgung, in BetrAV 1999, S. 203-208
- Doetsch, P. / Förster, W. / Rühmann, J.*, Änderungen des Betriebsrentengesetzes durch das Rentenreformgesetz 1999, in DB 1998, S. 258-263
- Engbroks, H.*, Das Versorgungskapital einer Pensionszusage nach dem Beitragsprimat, in BetrAV 1998, S. 137-140
- Fitting, K. / Kaiser, H. / Heither, F. / Engels, G.*, Betriebsverfassungsgesetz, 19. Aufl., München 1998

- Förster, W.*, Aktuelle steuerrechtliche Fragen aus Sicht des aba-Fachausschusses „Steuerrecht“, in *BetrAV* 2000, S. 39-42
- Förster, W.*, Nachgelagerte Besteuerung für alle Durchführungswege der betrieblichen Altersversorgung – Bedrohung für den Bundeshaushalt?, in *BetrAV* 1999, S. 370-373
- GDV – Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e. V.*, Zukunftsmodell Pensionskasse, Vorschlag der Versicherungswirtschaft zur Weiterentwicklung der betrieblichen Altersversorgung, Karlsruhe 1998
- GDV – Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e. V.*, Positionen der Versicherungswirtschaft zur Reform der Alterssicherung, Pressemitteilung vom 10.11.1999, in *BetrAV* 1999, S. 400
- Giloy, J.*, Pauschalierung der Lohnsteuer bei Gehaltsumwandlungen ab 01.04.1999, in *BetrAV* 1999, S. 273-274
- Göke, U.*, Möglichkeiten und Grenzen der Gehaltsumwandlung im Rahmen einer rückgedeckten Unterstützungskasse, in *BetrAV* 1997, S. 222-226
- Grabner, E.*, Der betriebsinterne Pensionsfonds – Eine beitragsdefinierte betriebliche Versorgungseinrichtung auf bestehender Gesetzesgrundlage –, in *DB* 1999, S. 903-908
- Grabner, E.*, Der betriebsinterne Pensionsfonds – Eine Möglichkeit zur beitragsdefinierten Versorgungszusage –, in *BetrAV* 2000, S. 431-435
- Grabner, E. / Bode, C.*, Betriebliche Altersversorgung aus Entgeltumwandlung – Erhebliche Rechtsunsicherheiten durch neue Gesetzesregeln –, in *DB* 2001, S. 481-485
- Greb, W.*, Fondsgebundene Lebensversicherung, in: D. Farny u. a. (Hrsg.), *Handwörterbuch der Versicherung*, Karlsruhe 1988, S. 427-429
- Grevemeyer, E.*, Das Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung und die deutsche Lebensversicherung, in *VW* 1975, S. 932-937 und 1007-1014
- Gumpert, J.*, Keine Einbußen am Ruhegeld bei Stellenwechsel nach Eintritt der Unverfallbarkeit?, in *BB* 1975, S. 1489-1490
- Hagelschuer, P. B.*, *Lebensversicherung*, 2. Aufl., Wiesbaden 1987
- Hanau, P.*, Altersversorgung und Vermögensbildung, in *BetrAV* 1998, S. 147-152
- Hanau, P. / Arteaga, M. S.*, *Gehaltsumwandlung zur betrieblichen Altersversorgung*, Köln 1999

- Hanau, P. / Arteaga, M. S.*, Pensions-Sondervermögen und betriebliche Altersversorgung, in BB 1997, Beilage 17 zu Heft 47
- Hanau, P. / Arteaga, M. S. / Kessel, H.*, Änderungsvorschläge zur Neufassung des Betriebsrentengesetzes, in DB 1997, S. 1401-1406
- Heidemann, J.*, Fondsgebundene Lebensversicherungen, in VP 1998, S. 125-129, 147-153
- Hemmer, E.*, Die Betriebliche Altersversorgung im Lichte aktueller Statistiken, in BetrAV 2000, S. 68-73
- Herde, A.*, Die Deckungsrückstellung bei der Aktienindexgebundenen Lebensversicherung, in VW S. 1996, 1714
- Herde, A.*, Indexgebundene Lebensversicherung: Was noch zu klären ist, in VW 1997, S. 1354-1356
- Herrmann, C. / Heuer, G. / Raupach, A.*, Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz, Kommentar, 21. Aufl., Stand 192. Lfg. April 1999
- Heubeck, G. / Höhne, G. / Paulsdorff, J. / Rau, H.-G. / Weinert, W.*, Kommentar zum Betriebsrentengesetz, 2. Aufl., Heidelberg 1982
- Heubeck, K.*, Die Finanzierung der Insolvenzversicherung, in BetrAV 2001, S. 119-125
- Heubeck, K.*, Pensionsfonds für die Alterssicherung – der Name allein reicht nicht, in DB 1996, Beilage 15, S. 15-18
- Heymann*, Handelsgesetzbuch, Band 3, 2. Aufl., Berlin 1999
- Höfer, H.*, Impulse aus dem novellierten Betriebsrentengesetz und aus neuen Versorgungsformen – Auszüge aus einer Umfrage, in DB 1998, S. 1562-1565
- Höfer, R.*, Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, Kommentar, Stand März 1999
- Höfer, R.*, Die betriebliche Altersversorgung im Regierungsentwurf zum Altersvermögensgesetz (AVmG), in DB 2000, S. 2474-2478
- Höfer, R. / Küpper, P.*; Die Hinterbliebenenversorgung bei der betrieblichen Altersversorgung aus der Entgeltumwandlung – Anmerkungen zum Schreiben des Bundesministers der Finanzen vom 4.2.2000, in BetrAV 2000, S. 444-447
- Höfer, R. / Meier, K.*, Tarifvertragliche Altersversorgung und Entgeltumwandlung, in BB 1998, S. 1894-1898

- Hoppenrath, M.*, Pensionsfonds und Insolvenzversicherung, Eine Bewertung aus der Sicht des Pensions-Sicherungs-Vereins auf Gegenseitigkeit, in BetrAV 2001, S. 114-119
- Horlemann, H. G.*, Altersversorgung im Blickpunkt, Einordnung des Gerke-Gutachtens zur Einführung von Pensionsfonds, in FR 1999, S. 20-24
- Horlemann, H. G.*, Änderungen des Direktversicherungsvertrages aus steuerlicher Sicht, in BetrAV 1998, S. 11-19
- Horlemann, H. G.*, Steuerrechtliche Behandlung von fonds- und aktienindexgebundenen Lebensversicherungen, in DB 1998, S. 743-748
- Horlemann, H. G.*, Steuerliche Behandlung von Direktversicherungen – Blick über die Grenzen in Europa, in BetrAV 1996, S. 183-191
- Husmann, J.*, Perspektiven der betrieblichen Altersvorsorge vor dem Hintergrund des Entwurfs eines Altersvermögensgesetzes, in BetrAV 2001, S. 101-102
- Jaeger, H.*, Riester-Plan für Pensionszusagen: Steuer- und sozialversicherungsgeförderte Kapitalbeschaffung für die deutsche Wirtschaft, in VW 2000, S. 1684-1687
- Jaeger, H.*, Fallstricke bei der Deferred Compensation mittels einer Unterstützungskasse, in BetrAV 1999, S. 384-389
- Kessel, H.*, Die Direktversicherung im arbeitsrechtlichen Teil des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, in BetrAV 1975, S. 97-103
- Kolvenbach, P.*, Für eine Pensionsfonds-Unterstützungskasse, in DB 1997, S. 290-292
- Kreuzler, U.*, Steuerliche Entwicklungen der Direktversicherung, in BetrAV 1999, S. 198-202
- Kreuzler, U. / Nörig, H.*, Lebensversicherung und Steuer, 4. Aufl., Karlsruhe 1998
- Kreßel, E.*, Bericht der Leitung der Fachvereinigung Unterstützungskassen und Pensionszusagen, in BetrAV 1999, S. 180-181
- Kurz, A. E.*, Die Fondsgebundene Lebensversicherung mit Mindestgarantie, Karlsruhe 1997
- Kurzendörfer, V.*, Einführung in die Lebensversicherung, 2. Aufl., Karlsruhe 1996
- Langohr-Plato, U.*, Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für die betriebliche Altersversorgung, in BetrAV 2000, S. 450-453

- Langohr-Plato, U.*, Die Direktversicherung in der aktuellen Rechtsentwicklung, in BetrAV 1999, S. 4-9
- Langohr-Plato, U. / Teslau, J.*, Das Verpfändungsmodell: Privatrechtliche Insolvenzversicherung durch Verpfändung einer Rückdeckungsversicherung, in BetrAV 1999, S. 305-309
- Larenz, K.*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin 1991
- Lindberg, K.*, Die Besteuerung der Kapitaleinkünfte, München 1996
- Littmann, E. / Bitz, H. / Hellwig, P.*, Kommentar zum Einkommensteuerrecht, Stand 42. Lfg. Januar 2000
- Lorz, W.*, Die Firmendirektversicherung als Kombination der Vorteile von Leistungs- und Beitragszusage, in BetrAV 1999, S. 10-15
- Lühns, D.*, Lebensversicherung – Produkte, Recht und Praxis, Wiesbaden 1997
- Marchand, J.*, Fondsgebundene Lebensversicherungen im Einkommensteuergesetz, in DB 1974, S. 2430-2434
- Münchener Kommentar*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4 (Besonderes Schuldrecht II), 3. Aufl., München 1997
- Muth, R.*, Die Insolvenzversicherung aus Sicht der Direktversicherung, in BetrAV 1976, S. 121-125
- Neubeck, J.*, Kapitalertragsteuerpflicht von rechnungsmäßigen und außerrechnungsmäßigen Zinsen aus Lebensversicherungen, in WP 1980, S. 469-477
- Niemeyer, W.*, Aktueller Stand der Reform des Betriebsrentengesetzes und Auswirkungen auf die Direktversicherung, in BetrAV 1997, S. 296-301
- Otto, K.*, Pensionszusagen für Direktzusagen aufgrund wertgleichen Gehaltsverzichts insbesondere an beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer, in DStR 1996, S. 770-774
- Palandt, O.*, Bürgerliches Gesetzbuch, 60. Aufl., München 2001
- Paschek, W.*, Die Unverfallbarkeit in der Unterstützungskasse – neuere Entwicklungstendenzen, in DB 1994, S. 2082-2086
- Paulsdorff, J.*, Kommentar zur Insolvenzversicherung der betrieblichen Altersversorgung, 3. Aufl., Heidelberg 1988
- Pophal, R.*, Direktversicherung als Beitrags- oder Leistungszusage, in BetrAV 1997, S. 174-178
- Prölss, J. / Schmidt, R.*, Versicherungsaufsichtsgesetz, 11. Aufl., München 1997

- Prölss, J. / Martin, A.*, Versicherungsvertragsgesetz, 26. Aufl., München 1998
- v. Puskas, G.*, Was ist Altersversorgung?, in BetrAV 2001, S. 1-2
- Reuter, H. P.*, Die fondsgebundene Lebensversicherung, in BB 1986, S. 295-297
- Reuter, H. P.*, Die Lebensversicherung im Einkommensteuerrecht, 9. Aufl., Herne/Berlin 1997
- Richardi, R.*, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 7. Aufl., München 1998
- Rürup, B.*, Entwarnung für viele Rentner, Interview in der Süddeutschen Zeitung vom 24.05.2000
- Ruß, J.*, Die Aktienindexgebundene Lebensversicherung mit garantierter Mindestverzinsung in Deutschland, Ulm 1999
- Ruß, J. / Schittenhelm, F. A.*, Unterscheidungskriterium Partizipationssatz bei der Aktienindexgebundenen Lebensversicherung, in Blätter der DGVM 1998, S. 489-498
- Sax, U.*, Die Fondsgebundene Lebensversicherung, in VerBAV 1990, S. 232-240, 258-266, 324-333
- Schneidler, M.*, Die Grundlagen einer Fondsgebundenen Lebensversicherung in Deutschland, Karlsruhe 1974
- Schneidler, M.*, Können Beiträge zu fondsgebundenen Lebensversicherungen als Sonderausgaben geltend gemacht werden?, in DB 1978, S. 662-665
- Schöberle, H.*, Vermögensbildung versus Altersversorgung, in BetrAV 1998, S. 144-147
- Scholtz, R.-D.*, Die Einkünfte aus Kapitalvermögen nach neuem Recht, in FR 1977, S. 25-27
- Schwind, J.*, Die Deckungsmittel der betrieblichen Altersversorgung in Deutschland 1999, in BetrAV 2001, S. 175-176
- Seng, P.*, Betriebliche Altersversorgung mit fondsgebundenen Lebensversicherungen, in VW 1999, S. 930-934
- Spitzenverbände der Kranken- und Rentenversicherungsträger*, Änderung der Arbeitsentgeltverordnung und der Sachbezugsverordnung zum 1.1.1990 – Zusammenfassende Darstellung der beitragsrechtlichen Zweifelsfragen aus Sicht der Spitzenverbände, in BB 1990, S. 1267 ff.

Strasser, W. / Sommer, P., Fondsgebundene Policen mit Mindestgarantie, Scor und BNP Paribas decken Kursrisiken und Bestandsschwankungen ab, in VW 2000, S. 1353-1355

Tipke, K. / Lang, J., Steuerrecht, 16. Aufl., Köln 2000

Übelhack, B., Weiterentwicklung der Unterstützungskasse zum betrieblichen Pensionsfonds, in BetrAV 1998, S. 132-137

VDR – Verband Deutscher Rentenversicherungsträger (Hrsg.), Altersvorsorge in Deutschland 1996 – Lebensverläufe und künftige Einkommen im Alter, Studie der Infratest Burke Sozialforschung (AVID '96), Bad Homburg 1999

Wichmann, G., Die Rückdeckungsversicherung im handelsrechtlichen Jahresabschluss, in BB 1989, S. 1228-1234

Wolfsdorf, K., Versicherungsmathematik, Teil 1 (Personenversicherung), Stuttgart 1997