HEUBECK AG
Lösungen zur Altersvorsorge

# Gutachten

# über eine

# risikoorientierte Beitragsgestaltung

# der

# Insolvenzsicherung der betrieblichen Altersversorgung

**24. Oktober 2011**

Auftraggeber: IPV-Akademie
in Kooperation mit der
Bundesvereinigung der
Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA)

***Wir danken den Mitarbeitern der Heubeck AG***
***RAin Birgit Oster, Dr. Erhard Pechstein, RA Johannes Teslau und***
***Dipl.-Math. Martin Elzer für die wertvolle Unterstützung***
***bei der Anfertigung dieses Gutachtens***

**Inhaltsverzeichnis**


| | | |
|---|---|---|
| **I** | **Auftrag** | **6** |
| **II** | **Derzeitige Finanzierung der gesetzlichen Insolvenzsicherung** | **9** |
| **II.1** | **Grundsätze der gesetzlichen Insolvenzsicherung** | **9** |
| **II.2** | **Rechtlicher Rahmen der Beitragspflicht und -bemessung** | **12** |
| **II.2.1** | **Die Beitragspflicht dem Grunde nach** | **12** |
| II.2.1.1 | Beitragspflicht nach Arbeitgebern | 12 |
| II.2.1.2 | Beitragspflicht nach Arbeitnehmern | 13 |
| II.2.1.3 | Beitragspflicht nach Versorgungszusagen | 13 |
| II.2.1.4 | Beitragspflicht nach Durchführungswegen | 14 |
| **II.2.2** | **Die Beitragspflicht der Höhe nach** | **18** |
| II.2.2.1 | Grundsätze | 18 |
| II.2.2.2 | Beitragsbemessung | 19 |
| II.2.2.2.1 | Ermittlung des Schadenvolumens | 19 |
| II.2.2.2.1.1 | Zu sichernde Anwartschaften | 20 |
| II.2.2.2.1.2 | Ansprüche auf Leistungen der Insolvenzsicherung | 20 |
| II.2.2.2.2 | Beitragsbemessungsgrundlage | 21 |
| **II.3** | **Mittelaufbringung** | **22** |
| **II.3.1** | **Anzurechnende Leistungen (§ 7 Abs. 4 BetrAVG)** | **22** |
| **II.3.2** | **Übergang akzessorischer Sicherungsrechte (Folge aus § 9 Abs. 2 BetrAVG)** | **23** |
| **II.3.3** | **Vermögensübergang (§ 9 Abs. 3 und 3 a BetrAVG)** | **25** |
| **II.3.4** | **Übergang der Leistungspflicht und Abfindung (§ 8 BetrAVG)** | **26** |
| **II.4** | **Folgen für die Beitragszahlung der Unternehmen** | **27** |
| **II.5** | **Notwendigkeit einer Neugestaltung?** | **29** |
| **II.5.1** | **Motive für die derzeitige gesetzliche Gestaltung** | **29** |
| II.5.1.1 | Motive des Gesetzgebers zur Beitragspflicht und -bemessung | 29 |
| II.5.1.2 | aba-Gutachten aus 1974 zur Beitragspflicht und -bemessung | 30 |
| **II.5.2** | **Änderungsvorschläge des Gutachtens Gerke/Heubeck aus 2002** | **33** |
| **II.5.3** | **BDA-Konzeptentwurf vom November 2009** | **37** |
| **II.6** | **Literatur und Rechtsprechung** | **39** |
| **II.6.1** | **Literatur** | **40** |
| II.6.1.1 | Literatur im Zusammenhang mit der Einführung der Regelungen zur Ausfinanzierung von Anwartschaften | 40 |
| II.6.1.2 | Literatur zum allgemeinen Reformbedarf | 41 |

| | | |
|---|---|---|
| II.6.1.2.1 | Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz | 41 |
| II.6.1.2.2 | Vereinbarkeit mit europäischem Recht | 44 |
| **II.6.2** | **Rechtsprechung** | **47** |
| II.6.2.1 | Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Einführung der Regelungen zur Ausfinanzierung von Anwartschaften | 47 |
| II.6.2.2 | Rechtsprechung zum allgemeinen Reformbedarf | 48 |
| **II.7** | **Der Rahmen für Änderungen in der Beitragsgestaltung** | **54** |
| **III** | **Einbeziehung vorhandenen Vermögens in die Beitragsbemessung aus rechtlicher Sicht** | **57** |
| **III.1** | **Rechtliche Möglichkeiten zur Absicherung von Versorgungsversprechen zugunsten des Arbeitnehmers** | **57** |
| **III.1.1** | **Bildung von Deckungsmitteln** | **57** |
| **III.1.2** | **Sicherung durch eigenes Vermögen des Arbeitgebers** | **59** |
| III.1.2.1 | Realsicherheiten an unbeweglichen Gegenständen ("Immobilien") | 59 |
| III.1.2.2 | Realsicherheiten an beweglichen Gegenständen ("Sachen") | 60 |
| III.1.2.2.1 | Sicherungsübereignung | 60 |
| III.1.2.2.2 | Pfandrecht an Sachen | 61 |
| III.1.2.3 | Realsicherheiten an Forderungen ("Rechte") | 62 |
| III.1.2.3.1 | Sicherungszession | 62 |
| III.1.2.3.2 | Pfandrecht an Rechten | 63 |
| III.1.2.3.3 | Pfandrecht an Rückdeckungsversicherungen | 64 |
| **III.1.3** | **Sicherung durch fremdes Vermögen** | **65** |
| III.1.3.1 | Bürgschaften | 65 |
| III.1.3.2 | Patronatserklärungen und "Konzernklauseln" | 66 |
| III.1.3.3 | Gesamtschuld, Schuldbeitritt und Erfüllungsübernahme | 66 |
| III.1.3.4 | Treuhandmodelle ("CTA") | 67 |
| **III.2** | **Rechtliche Möglichkeiten zur Verfügbarmachung von Vorsorgevermögen in der Insolvenz des Arbeitgebers** | **68** |
| **III.2.1** | **Allgemeine Grundsätze des Insolvenzverfahrens** | **69** |
| **III.2.2** | **Verwertung von Sicherheiten in der Insolvenz ohne den PSVaG** | **70** |
| III.2.2.1 | Pfandrechte, speziell an Rückdeckungsversicherungen | 72 |
| III.2.2.2 | Sicherheiten an fremdem Vermögen unter Ausklammerung von Treuhändern | 73 |
| III.2.2.3 | Treuhandmodelle in der Insolvenz | 74 |
| III.2.2.3.1 | Insolvenzfestigkeit von Treuhandmodellen | 74 |
| III.2.2.3.2 | Sonstige Risiken eines Treuhandmodells aus Sicht des Arbeitnehmers | 76 |

**III.2.3 Verwertung von Sicherheiten in der Insolvenz durch den PSVaG 79**
III.2.3.1 Allgemeine Grundsätze 79
III.2.3.1.1 Übergang der Hauptforderungen 79
III.2.3.1.2 Übergang der Sicherungsrechte 80
III.2.3.2 Bei Direktzusagen 81
III.2.3.2.1 Verpfändete Rückdeckungsversicherung 82
III.2.3.2.2 Sicherung durch Treuhandmodelle 84
III.2.3.3 Bei Unterstützungskassen 85
III.2.3.3.1 Vermögensübergang bei (Einzel-)Unterstützungskassen 87
III.2.3.3.2 (Gruppen-)Unterstützungskassen 88
III.2.3.3.3 Verpfändung der Rückdeckung bei Unterstützungskassen 89
III.2.3.4 Bei Direktversicherungen 90
III.2.3.5 Bei Pensionskassen 91
III.2.3.6 Bei Pensionsfonds 93
**III.3 Einteilung in Risikoklassen aus rechtlicher Sicht 95**
**III.3.1 Beschreibung und Zuordnung 95**
**III.3.2 Tableau der Risikoklassen 97**
**IV Einbeziehung vorhandenen Vermögens in die Beitragsbemessung aus wirtschaftlicher Sicht 101**
**IV.1 Anforderungen an die Beitragsbemessungsgrundlage 101**
**IV.2 Bewertung von Pensionsverpflichtungen 103**
**IV.2.1 Versicherungsmathematischer Barwert 103**
**IV.2.2 Teilwert nach § 6a EStG 103**
**IV.2.3 Bewertung nach IAS 104**
**IV.2.4 Bewertung nach BilMoG 105**
**IV.2.5 Vergleich der verschiedenen Bewertungsansätze 105**
**IV.2.6 Beitragsbemessungsgrundlage bei den sonstigen Durchführungswegen 106**
**IV.3 Berücksichtigung von verfügbarem Vermögen 108**
**IV.3.1 Verfügbares Vermögen 108**
**IV.3.2 Höhe des verfügbaren Vermögens 108**
**IV.3.3 Beurteilung des Vermögens hinsichtlich der Verfügbarkeit im Insolvenzfall aus quantitativer Sicht 110**

| | | |
|---|---|---|
| **IV.4** | **Angemessener Rechnungszins und Bewertung der Kapitalanlage** | **112** |
| **IV.5** | **Einteilung in Risikoklassen unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten** | **114** |
| **IV.5.1** | **Klassifizierung von vorhandenem Vermögen** | **115** |
| **IV.5.2** | **Tableau der Risikoklassen aus wirtschaftlicher Sicht** | **116** |
| **V** | **Vorschlag für eine zukünftige Beitragspflicht und Beitragsbemessung** | **117** |
| **V.1** | **Aspekte und Anforderungen an eine risikoorientierte Beitragsgestaltung** | **119** |
| **V.1.1** | **Kein Unternehmensrating** | **119** |
| **V.1.2** | **Berücksichtigung von Vermögenswerten, die im Insolvenzfall vom PSVaG genutzt werden können** | **120** |
| V.1.2.1 | Verwertungsrisiken | 120 |
| V.1.2.2 | Wegfall de Deckungsmittel aufgrund eines Betriebsübergangs | 121 |
| V.1.2.3 | Handhabbarkeit | 122 |
| V.1.2.4 | Risikoklassensystem | 122 |
| **V.2** | **Grundkonzept einer risikoorientierten PSVaG-Beitragsgestaltung** | **123** |
| **V.2.1** | **BDA-Konzept 2009** | **123** |
| **V.2.2** | **Fortentwicklung des BDA-Konzepts** | **123** |
| **V.2.3** | **Grundkonzept des Gutachtens** | **124** |
| V.2.3.1 | Voraussetzungen | 124 |
| V.2.3.2 | Anrechnung von Vermögenswerten | 125 |
| V.2.3.3 | Vergleichbarkeit von Vermögens- und Verpflichtungsbewertung | 128 |
| V.2.3.4 | Ermittlung der Netto-Beitragsbemessungsgrundlage | 128 |
| V.2.3.5 | Umsetzung in der Praxis | 131 |
| **V.2.4** | **Auswirkungen einer Umstellung der PSVaG-Beitragsgestaltung** | **132** |
| Anhang A | | 135 |
| Anhang B | | 137 |

# I Auftrag

Die IPV-Akademie hat uns in Abstimmung mit der BDA (Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände) den Auftrag zu einem Gutachten zum BDA-Konzept für eine risikoorientierte Beitragsstruktur des PSVaG (Pensions-Sicherungs-Verein auf Gegenseitigkeit, e.V.) erteilt.

Die zentrale Aufgabe des Gutachtens besteht darin, das im November 2009 vorgelegte Konzept[1] der BDA zu einer stärker risikobasierten Finanzierung der gesetzlichen Insolvenzsicherung für die betriebliche Altersversorgung zu überprüfen und im Hinblick auf seine weiteren Folgen und möglichen Konkretisierungen hin zu untersuchen. Damit ergibt sich für uns zum einen die Frage, ob sich das BDA-Konzept in die bisherigen gesetzlichen und politischen Vorgaben zur Finanzierung der Insolvenzsicherung einfügt; zum anderen stellt sich die Frage, inwieweit das Konzept der generellen Forderung nach einer risikoorientierten, d. h. nach einer auch als gerechter empfundenen Beitragsgestaltung ausreichend Rechnung trägt. Die vielfältigen Ausgestaltungen und die seit Einführung der gesetzlichen Insolvenzsicherung im Jahre 1975 eingetretenen Veränderungen legen es nahe, das BDA-Konzept auch in diesem erweiterten Kontext zu beurteilen.

Zu beiden Problemstellungen haben wir im Folgenden versucht, eine auf alle Durchführungsformen der betrieblichen Altersversorgung anwendbare risikoorientierte Beitragsstruktur zu entwickeln. Diese sollte sich zum einen nahtlos in das vorgegebene Leistungs- und Finanzierungssystem der gesetzlichen Insolvenzsicherung einfügen; zum anderen ist dabei auch zu beachten, dass die PSV-Beiträge der Arbeitgeber gewolltermaßen, von der Rechtsprechung bestätigt und finanztechnisch zwingend auch Solidarelemente enthalten, das Risikodeckungs- bzw. Sicherungselement also nicht die alleinige Grundlage für die Beitragsbemessung ist und sein kann.

Im folgenden Kapitel II werden zunächst die derzeitigen Regelungen zur Beitragspflicht und -bemessung in Erinnerung gerufen und der gegenwärtige Rahmen für mögliche Änderungen in der Beitragsgestaltung umrissen. Ausgehend von der Feststellung, dass das Risiko für den Arbeitnehmer im Insolvenzfall des Arbeitgebers ohne gesetzlichen Insolvenzschutz umso größer ist, je weniger Deckungsmittel dann für seine betriebliche Altersversorgung zur Verfügung stehen, gehen wir in diesem Gutachten davon aus, dass ein stärker risikobasiertes Beitragssystem sich orientieren sollte an dem möglichen Verlust oder der möglichen Nicht-Verfügbarkeit von Deckungsmitteln im Insolvenzfall. Je größer die Sicherheiten in qualitativer und quantitativer Hinsicht, desto geringer ist das Risiko des Kapitalausfalls bei Insolvenz des Arbeitgebers, desto höher ist auch das dann für die geschützte Altersversorgung des Arbeitnehmers zur Verfügung stehende Kapital, und - so unsere Arbeitshypothese - desto niedriger kann und sollte ein risikoorientierter Beitrag bemessen sein.

Das Problem der Nicht-Verfügbarkeit von Deckungsmitteln besteht bei den verschiedenen Versorgungsträgern und Durchführungsformen der betrieblichen Altersversorgung in unterschiedlicher Form und Dimension. Außerdem haben sich die hier relevanten Sachverhalte seit der Einführung der gesetzlichen Insolvenzsicherung zum Teil deutlich verändert, und selbst in der jüngsten Ver-

[1] BDA-Konzeptentwurf, Perspektiven einer risikoorientierten PSVaG-Beitragsstruktur, 2009, http://www.bda-online.de/www/arbeitgeber.nsf/res/BDA_Konzeptentwurf_PSV.pdf/$file/BDA_Konzeptentwurf_PSV.pdf

gangenheit hat man noch neuere Erfahrungen und Erkenntnisse aus der Praxis, insbesondere im Bereich der sogenannten CTA-Finanzierungen, gewonnen. Daher werden im vorliegenden Gutachten systematisch sämtliche Versorgungsträger und Durchführungsformen im Hinblick darauf untersucht, inwieweit eine Einbeziehung von vorhandenem Vermögen in die Beitragsbemessung möglich und sachgerecht wäre: Kapitel III behandelt zunächst diese Frage aus rechtlicher (qualitativer) und Kapitel IV anschließend aus wirtschaftlicher (quantitativer) Sicht. Dass sich dabei zum Teil auch rechtlich noch nicht generell beantwortete Fragen bzw. auch offene Bewertungsprobleme stellen, darf nicht überraschen. Die beiden Kapitel geben zu deren Beantwortung jedoch Hinweise bzw. machen konkrete Vorschläge.

Die diesbezüglichen Ausführungen beginnen mit der Darlegung in Kapitel III, welche rechtlichen Möglichkeiten es gibt, extern angelegtes Vermögen für den Arbeitnehmer abzusichern und im Insolvenzfall verfügbar zu machen. Dabei wird der Versuch unternommen, zu den unterschiedlichen Durchführungsformen unter rein rechtlichen Gesichtspunkten eine Einteilung in Klassen mit unterschiedlichen Absicherungen und Überprüfungsmöglichkeiten für die Deckungsmittel, d.h. letztlich unterschiedlichen Verlustrisiken, zu entwickeln. Im Ergebnis führt dies zu einer Zusammenfassung der rechtlichen Sicherungsmöglichkeiten (qualitativen Sicherungsmaßnahmen) für betriebliche Versorgungsvermögen in Risikoklassen aus rechtlicher Sicht.[2]

In Kapitel IV wird anschließend untersucht, inwieweit sich dieses Risiko des möglicherweise partiellen Vermögensverlustes in sinnvoller Weise quantifizieren lässt. Dabei geht es in erster Linie um die Entwicklung eines einheitlichen, sachgerechten Bewertungsmaßstabes für die Versorgungsverpflichtungen des Arbeitgebers selbst auf der einen Seite (der Passivseite) und für das zu ihrer Deckung angesammelte Vermögen auf der anderen Seite (der Aktivseite oder extern). Denn nur bei einer zuverlässigen und zum Bewertungsstichtag in etwa vergleichbaren Bewertungsmethodik für Verpflichtungsumfang und zugehörigen Kapitalanlagen lässt sich beurteilen, in welcher Höhe im Insolvenzfall Deckungsmittel zur Verfügung stehen bzw. vom Arbeitgeber oder dem PSVaG nachgeschossen werden müssen. Dabei zeigen sich einerseits die Möglichkeiten, andererseits aber auch die Grenzen für eine risikoorientierte, nach dem möglichen Verlustrisiko differenzierende Beitragsgestaltung des PSVaG. Die Ergebnisse der Untersuchungen führen zu einer Einteilung der externen Kapitalanlageformen in verschiedene Risikoklassen aus wirtschaftlicher Sicht.

In Kapitel V werden im Anschluss die Untersuchungsergebnisse der vorangehenden Kapitel zusammengeführt und Vorschläge für eine Kapitalausfallrisiken berücksichtigende Beitragsbemessung unterbreitet. Dabei wird darauf geachtet, dass das vorgegebene System der gesetzlichen Insolvenzsicherung in seinen rechtlichen und finanziellen Grundlagen fortbestehen soll und effizient fortgeführt werden kann; des Weiteren, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die Beitragsseite Solidarelemente enthält und auch weiter enthalten soll. Vor diesem Hintergrund wird für die verschiedenen Durchführungsformen der betrieblichen Altersversorgung ein System von Risikoklassen entwickelt, das es erlaubt, den jeweils vom Arbeitgeber jährlich zu erbringenden Beitrag stärker, wenn auch nicht punktgenau, am abstrakten Risiko des Ausfalls von Deckungsmitteln im möglichen Insolvenzfall zu orientieren.

[2] Vgl. III.3.

In diesem System findet auch das von der BDA vorgestellte Konzept für eine risikoorientierte Beitragsgestaltung beim CTA seine grundsätzliche Bestätigung. Die Untersuchungen haben jedoch gezeigt, dass es sowohl für diese Anlageformen als auch für einige andere Durchführungs- und Absicherungswege zu Klärungen und Verbesserungen bei den rechtlichen Absicherungen und den Bewertungsmethoden kommen muss, wenn man eine stärkere Risikoorientierung in der Beitragsgestaltung erreichen möchte.

Offen und in diesem Gutachten nicht zu beantworten bleibt die Frage, ob der Solidargedanke in der gesetzlichen Insolvenzsicherung nicht soweit trägt, dass alle Arbeitgeber mit betrieblicher Altersversorgung und Insolvenzrisiko Mitglied des PSVaG werden müssten, auch wenn sie in Zeiten einer vollständig oder fast vollständig risikolosen Anlage der Deckungsmittel keinen oder nur einen sehr geringen (Risiko-)Beitrag zu zahlen hätten.

## II Derzeitige Finanzierung der gesetzlichen Insolvenzsicherung

### II.1 Grundsätze der gesetzlichen Insolvenzsicherung

Die gesetzliche Insolvenzsicherung der betrieblichen Altersversorgung in Deutschland ist geregelt in den §§ 7 bis 15 des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (Betriebsrentengesetz - BetrAVG). Die letzte grundlegende Reform der gesetzlichen Insolvenzsicherung erfolgte durch das Gesetz zur Änderung des Betriebsrentengesetzes und anderer Gesetze vom 19.10.2006.[3]

Die Einführung der gesetzlichen Insolvenzsicherung erfolgte mit Wirkung zum 1. Januar 1975 im Zuge der allgemeinen Zielvorgabe, dass die betriebliche Alterversorgung als wichtige Ergänzung der sozialen Sicherung für die begünstigen Arbeitnehmer sicherer und wirkungsvoller gestaltet werden sollte.[4]

Die gesetzliche Insolvenzsicherung hat die Funktion einer gesetzlichen Vermögensschadenversicherung.[5] Sie wird vom PSVaG als beliehenem Unternehmer durchgeführt. Er nimmt hoheitliche Aufgaben im eigenen Namen wahr. Die gesetzlich angeordnete Zwangsversicherung schützt die Versorgungsberechtigten in den Durchführungswegen unmittelbare Versorgungszusage, Unterstützungskasse, Pensionsfonds und - unter bestimmten Voraussetzungen - Direktversicherung weitgehend vor der Gefahr einer Zahlungsunfähigkeit ihres Arbeitgebers. Nach § 10 Abs. 1 BetrAVG werden die für die Durchführung der Insolvenzsicherung erforderlichen Mittel aufgrund öffentlich-rechtlicher Verpflichtung durch Beiträge der dem PSVaG als Mitglieder angeschlossenen Arbeitgeber aufgebracht.[6] Versichert ist ausschließlich das Vermögensschadenrisiko des Versorgungs- bzw. Anwartschaftsberechtigten.[7] Deshalb wird der Arbeitgeber von seiner Verpflichtung nicht frei, wenn der Träger der Insolvenzsicherung leistet. Die Forderung geht dann auf diesen von Gesetzes wegen über (§ 9 Abs. 2 BetrAVG).[8]

Unter rechtlichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten lässt sich die Insolvenzsicherung auch als eine Gläubigersicherung interpretieren.[9] Versteht man die betriebliche Altersversorgung als Gegenleistung für erbrachte Arbeitsleistung[10] oder als Entgelt für geleistete Betriebstreue[11], leistet der Arbeitnehmer regelmäßig vor. Der Arbeitgeber hat das Entgelt erst bei Eintritt eines Versorgungsfalls zu erbringen. Zu diesem Zeitpunkt ist die Leistung des Arbeitnehmers im vorgenannten Sinne bereits erbracht. Die Situation ist damit mit einem Darlehen des Arbeitnehmers an seinen Arbeit-

---

3 BGBl. I 2006, S. 2742
4 BT-Drs 7/2843, S. 1
5 Vgl. Cisch/Karst, AuA 2011, S. 228
6 BAG 4.4.2000 - 3 AZR 458/99 - Rn. 47; vgl. auch Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebsrentengesetz, 5. Aufl. 2010, Vor § 7 Rn. 3 m.w.N.
7 Vgl. zur Einordnung des gesetzlichen Insolvenzschutzes über den PSVaG als Vermögensschadenversicherung auch Cisch/Karst, AuA 2011, S. 228
8 Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebsrentengesetz, 5. Aufl. 2010, Vor § 7 Rn. 4
9 Vgl. Forschungsgutachten der "Arbeitsgemeinschaft für betriebliche Altersversorgung e. V." (aba) vom 14. Februar 1974, S. 441
10 ErfK-Steinmeyer, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2010, 200 Vorbemerkung Rn. 7
11 Vgl. u.a. BAG 22.11.1994, NZA 1995, S. 734

geber vergleichbar. Die Sicherung dieses Darlehens im Rahmen der gesetzlichen Insolvenzsicherung kann dann als eine Art Kreditversicherung gesehen werden, bei der der Arbeitgeber Kreditnehmer und gleichzeitig der zur Absicherung verpflichtete Versicherungsnehmer ist.[12]

Nach der derzeitigen Regelung der Finanzierung der gesetzlichen Insolvenzsicherung enthalten die Beiträge der Arbeitgeber Elemente eines Solidarbeitrags, während die Beitragsbemessung im einzelnen Unternehmen risikoabhängig erfolgt. Der vom Arbeitgeber zu zahlende Beitrag ist unabhängig von dem - sich im Zeitablauf ggf. ändernden - Risiko der Insolvenz des jeweiligen Arbeitgebers oder eines anderen arbeitgeberabhängigen Sicherungsfalls. Insoweit handelt es sich um "Solidar"-beiträge der Arbeitgeber mit guter Bonität zugunsten der Arbeitgeber mit weniger guter Bonität. Die Bemessung des Beitrags für den einzelnen Arbeitgeber ist jedoch abhängig von der Höhe des versicherten Risikos, nämlich dem möglichen Vermögensschaden bzw. Ausfall von Deckungsmitteln bei Eintritt des Sicherungsfalls.[13]

Die Aufteilung der für die Finanzierung der Insolvenzsicherung erforderlichen Beiträge auf die Gesamtheit der beitragspflichtigen Arbeitgeber erfolgt nach der Gesetzesbegründung nach Maßstäben, die trotz der Unterschiedlichkeit der zu sichernden Versorgungsformen eine gleichwertige Belastung ermöglichen soll. Hierbei sei darauf geachtet worden, dass die Feststellung der Beitragsbemessungsgrundlagen keine neuen aufwendigen Berechnungen erfordere, sondern sich möglichst an die ohnehin für die Steuerveranlagung zu ermittelnden Beträge anschließe.[14] Erreicht werden sollte das Ziel der „gleichwertigen Belastung“ dadurch, dass für alle beitragspflichtigen Durchführungswege eine Beitragsbemessungsgrundlage gewählt wurde, die im Ergebnis dem Wert des unter Risiko stehenden Vermögens entspricht.

Bei der Entscheidung, ob und wann eine Versorgungsform zu sichern ist, hat der Gesetzgeber Insolvenzsicherungslücken in Kauf genommen. So hat der Gesetzgeber bewusst nur die beliehene, abgetretene oder lediglich mit einem widerruflichen Bezugsrecht versehene Direktversicherung in den gesetzlichen Insolvenzschutz einbezogen, die Leistungen der Höhe nach limitiert, etc. Ein Antrag, auch Pensionskassen auf ihren Wunsch in die Insolvenzsicherung einzubeziehen, wurde abgelehnt. Die Mehrheit des zuständigen Ausschusses war auch der Ansicht, dass die Ansprüche gegen Pensionskassen durch die Versicherungsaufsicht und die gesetzlichen Anlagevorschriften des Versicherungsaufsichtsgesetzes ausreichend gesichert seien.[15]

Im Jahr 2001 ist mit dem Pensionsfonds ein neuer Durchführungsweg geschaffen worden, der - unabhängig von der Ausgestaltung der Pensionspläne als versicherungsförmig oder nicht-versicherungsförmig - beitragspflichtig ist. Als Beitragsbemessungsgrundlage wurde die Regelung für die Direktzusage (Teilwert der Pensionsverpflichtung) für entsprechend anwendbar erklärt.[16] Im Jahr 2003 wurde die Beitragsbemessungsgrundlage für den Durchführungsweg Pensionsfonds auf 20 %

---

12 Vgl. auch Heubeck, BetrAV 2010, S. 709

13 Vgl. Heubeck, BetrAV 2010, S. 709; zur Einordnung als Solidarbeitrag vgl. auch Cisch/Karst, AuA 2011, S. 228; Rolfs, Die Insolvenzsicherung der betrieblichen Altersversorgung zwischen Privat- und Sozialversicherung, in Festschrift für Reinhold Höfer zum 70. Geburtstag, 2011, S. 213, 214, 220 ff.

14 BT-Drs 7/2843, S. 10

15 BT-Drs 7/2843, S. 8 ff.

16 Gesetz zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung und zur Förderung eines kapitalgedeckten Altersvorsorgevermögens - Altersvermögensgesetz - AVmG vom 26.6.2001, BGBl. I 2001, S. 1310

der Bemessungsgrundlage für die Direktzusage festgesetzt.[17] Begründet wurde die Änderung in der Weise, dass mit dem gegenüber einer Direktzusage des Arbeitgebers auf ein Fünftel ermäßigten Beitrag dem geringeren Insolvenzrisiko bei der Durchführung der betrieblichen Altersversorgung über einen Pensionsfonds Rechnung getragen werden soll.[18]

Der Gesetzgeber hat im Jahr 2006 im Rahmen des Gesetzes zur Änderung des Betriebsrentengesetzes und anderer Gesetze vom 19.10.2006[19] das Risiko eines stark ansteigenden Volumens von bis dahin noch nicht finanzierten Anwartschaften durch eine Änderung des Finanzierungsverfahrens der gesetzlichen Insolvenzsicherung abgefedert. Das bisherige Rentenwertdeckungsverfahren wurde erweitert auf eine vollständigere Kapitaldeckung, bei dem außer den Renten auch die unverfallbaren Anwartschaften bereits bei Eintritt des Sicherungsfalls durch entsprechende Deckungsmittel abgesichert und von den beim PSVaG beitragspflichtigen Arbeitgebern per Umlage finanziert werden. Mit dieser Reform wird die Finanzierung der Insolvenzsicherung nach Ansicht des Gesetzgebers auch unabhängiger von Strukturentscheidungen der Unternehmen und damit zukunftssicherer gestaltet.[20]

Die derzeitige Ausgestaltung der Beitragspflicht und -bemessung und die Regelungen zur Nachfinanzierung der in der Vergangenheit, das heißt bis zum 31.12.2005 aufgelaufenen Anwartschaften, wurden teilweise heftig kritisiert. Unabhängig von dieser Kritik, die sich im Wesentlichen an der als ungerecht empfundenen Verteilung der Beitragslast entzündet, hat sich das deutsche System der gesetzlichen Insolvenzsicherung der betrieblichen Altersversorgung auch in den Zeiten der jüngsten Finanz- und Wirtschaftskrisen und im internationalen Vergleich durchaus bewährt.

Dementsprechend geht es auch im Rahmen von Reformüberlegungen zur Fortentwicklung der Finanzierung der Insolvenzsicherung nicht um das "Ob" des Insolvenzschutzes der betrieblichen Altersversorgung, sondern vielmehr um die Frage, wie die Arbeitgeber die zur Finanzierung des Insolvenzschutzes erforderlichen Beitragsmittel bestmöglich aufbringen und eine insgesamt als gerechter empfundene Beitragsstruktur geschaffen werden können.[21] Der BDA-Konzeptentwurf vom November 2009 bietet hier einen erweiterten Ansatz für eine Umstellung der PSVaG-Finanzierung auf risikoorientierte Beiträge.[22]

Schon die 1975 eingeführten und zwischenzeitlich ergänzten Regelungen der Beitragspflicht und -bemessung lassen wie oben dargestellt eine, wenn auch nur relativ pauschale Risikoorientierung erkennen. Da der Gutachtenauftrag, aber auch sämtliche gegenwärtigen Reformüberlegungen sich auf die Frage konzentrieren, ob und wie die Beitragsgestaltung im Sinne einer stärkeren Risikoorientierung verbessert werden kann, konzentriert sich das gesamte Gutachten auf diese Frage. Um zu einer systemgerechten Antwort und in das bestehende System der Insolvenzsicherung passenden Vorschlägen zu kommen, werden in diesem Kapitel zunächst die bestehenden Grundsätze der gesetzlichen Insolvenzsicherung, insbesondere die rechtlichen Vorgaben und die bisherigen Folgen

[17] Gesetz zur Änderung des Sozialgesetzbuches und anderer Gesetze vom 24.7.2003, BGBl. I 2003, S. 1526
[18] BT-Drs 15/1199, S. 25
[19] BGBl. I 2006, S. 2742
[20] BR-Drs 298/06, S. 4
[21] Vgl. auch BDA-Konzeptentwurf, Perspektiven einer risikoorientierten PSVaG-Beitragsstruktur, November 2009, S. 2
[22] Vgl. hierzu im Einzelnen II.5.3.

für die Praxis untersucht. Daraus wird ein Rahmen für denkbare Änderungen in der Beitragsgestaltung abgeleitet, den es einzuhalten gilt.

Im Einzelnen stellen sich die derzeitige Regelung der Beitragspflicht und -bemessung in der gesetzlichen Insolvenzsicherung und ihre Bewertung durch die Literatur und Rechtsprechung wie folgt dar:

## II.2 Rechtlicher Rahmen der Beitragspflicht und -bemessung

Der rechtliche Rahmen der Beitragspflicht und -bemessung ergibt sich im Wesentlichen aus § 10 BetrAVG. Die Ausgestaltung der Regelungen folgt dem Gedanken, dass der PSVaG im Wesentlichen nur die im jeweiligen Jahr eingetretenen Schäden auf seine Mitgliedsunternehmen umlegt. Es werden keine Prämien erhoben, die das vom PSVaG zu tragende Risiko zukunftsbezogen abdecken. Der PSVaG kann sich seine Kunden weder aussuchen noch die Prämien für den gewährten Versicherungsschutz mit Blick auf die Zukunft auskömmlich kalkulieren.[23] Die fehlende Zukunftsbezogenheit der PSV-Beiträge zeigt sich auch darin, dass ein Arbeitgeber durch Strukturentscheidungen (Wechsel des Durchführungswegs) oder die Beleihung/Abtretung der Ansprüche aus einer Direktversicherung vorbehaltlich etwaiger im Einzelfall vorliegender Missbrauchstatbestände erreichen kann, dass die von ihm zugesagte betriebliche Altersversorgung künftig der gesetzlichen Insolvenzsicherung unterfällt.[24]

### II.2.1 Die Beitragspflicht dem Grunde nach

Die Beitragspflicht dem Grunde setzt (i) einen beitragspflichtigen Arbeitgeber, (ii) eine vom persönlichen Geltungsbereich des Betriebsrentengesetzes erfasste Person, (iii) eine vom Betriebsrentengesetz erfasste Zusage auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung und (iv) die Durchführung der betrieblichen Altersversorgung über einen beitragspflichtigen Durchführungsweg voraus.[25]

#### II.2.1.1 Beitragspflicht nach Arbeitgebern

Die Mittel für die Durchführung der gesetzlichen Insolvenzsicherung werden nach § 10 Abs. 1 BetrAVG aufgrund öffentlich-rechtlicher Verpflichtung durch Beiträge aller Arbeitgeber aufgebracht, soweit sie betriebliche Altersversorgung über bestimmte Durchführungswege zusagen.[26]

---

[23] Vgl. Wohlleben, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Insolvenzsicherung der betrieblichen Altersversorgung, in Festschrift für Reinhold Höfer zum 70. Geburtstag, S. 313, 314

[24] Vgl. zur Beleihung einer Direktversicherung BAG 19.01.2010 - 3 AZR 660/09

[25] Vgl. insoweit auch Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebsrentengesetz, 5. Aufl. 2010, § 10 Rn. 6 ff.

[26] Siehe hierzu unten II.2.1.4

Eine Ausnahme von der Beitragspflicht besteht für den Bund, die Länder, die Gemeinden sowie Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts, bei denen das Insolvenzverfahren nicht zulässig ist, und solche juristische Personen des öffentlichen Rechts, bei denen der Bund, ein Land oder eine Gemeinde kraft Gesetzes die Zahlungsfähigkeit sichert (§ 17 Abs. 2 BetrAVG).

#### II.2.1.2 Beitragspflicht nach Arbeitnehmern

Eine Beitragspflicht des Arbeitgebers setzt weiter voraus, dass der persönliche Anwendungsbereich des Betriebsrentengesetzes eröffnet ist. Ein gesetzlicher Insolvenzschutz besteht nur für Zusagen auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung (Versorgungszusagen) an Arbeitnehmer im Sinne des § 17 Abs. 1 S. 1 BetrAVG (Arbeiter und Angestellte einschließlich der zu ihrer Beraufsausbildung Beschäftigten). Ebenfalls erfasst sind Personen, die nicht Arbeitnehmer sind, wenn ihnen Leistungen der Alters-, Invaliditäts- und Hinterbliebenenversorgung aus Anlass ihrer Tätigkeit für ein Unternehmen zugesagt worden sind (§ 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG).

#### II.2.1.3 Beitragspflicht nach Versorgungszusagen

Eine Beitragspflicht kann nur bestehen, wenn es sich um eine Zusage auf Leistungen der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung aus Anlass seines Arbeitsverhältnisses oder einer gleichgestellten Tätigkeit und damit um betriebliche Altersversorgung im Sinne des Betriebsrentengesetzes handelt (§ 1 Abs. 1 BetrAVG).

Die Beitragspflicht besteht unabhängig von der Rechtsgrundlage, so dass beispielsweise auch Ansprüche aufgrund betrieblicher Übung oder des Gleichbehandlungsgrundsatzes vom gesetzlichen Insolvenzschutz und damit der Beitragspflicht erfasst werden können.[27]

Ebenso wenig ist die Beitragspflicht davon abhängig, ob die betriebliche Altersversorgung arbeitgeberfinanziert ist oder auf einer Entgeltumwandlung beruht. Leistet ein Arbeitnehmer Eigenbeiträge an einen Pensionsfonds oder eine Direktversicherung, handelt es sich um betriebliche Altersversorgung mit der Folge einer möglichen Beitragspflicht des Arbeitgebers, wenn die Zusage des Arbeitgebers auch die Leistungen aus diesen Beiträgen umfasst (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 4 BetrAVG).

Der Arbeitgeber hat Beiträge für die von ihm zugesagte betriebliche Altersversorgung zu zahlen, soweit es sich um laufende Leistungen und die nach § 1 b BetrAVG unverfallbaren Anwartschaften handelt (§ 10 Abs. 3 S. 1 BetrAVG). Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist in diesem Zusammenhang keine Voraussetzung für die Annahme einer unverfallbaren Anwartschaft.

[27] Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebsrentengesetz, 5. Aufl. 2010, § 10 Rn. 16

### II.2.1.4 Beitragspflicht nach Durchführungswegen

Die Beitragspflicht trifft die Arbeitgeber nur in bestimmten Durchführungswegen. Erfasst werden Arbeitgeber, die Leistungen der betrieblichen Altersversorgung unmittelbar zugesagt haben oder eine betriebliche Altersversorgung über eine Unterstützungskasse, eine Direktversicherung der in § 7 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BetrAVG bezeichneten Art (Abtretung/Beleihung der Direktversicherung oder widerrufliches Bezugsrecht) oder einen Pensionsfonds durchführen (§ 10 Abs. 1 BetrAVG).

Die Beitragspflicht im Fall der unmittelbaren Versorgungszusage, auch Direktzusage genannt, besteht unabhängig davon, ob der Arbeitgeber Vermögen zur Erfüllung der sich hieraus ergebenden Verpflichtungen separiert oder gar über einen entsprechenden privatrechtlichen Insolvenzschutz (z.B. Verpfändung, Treuhandmodell) zweckgebunden hat.[28]

Bei der **Unterstützungskasse** handelt es sich ebenfalls unabhängig von dem Vorliegen eines (zweckgebundenen) Vermögens um einen insolvenzsicherungspflichtigen Durchführungsweg. Dies gilt auch für den Fall einer kongruent rückgedeckten Unterstützungskasse, bei der die Rechte und Ansprüche aus der Rückdeckungsversicherung an den Versorgungsberechtigten und seine potenziellen Hinterbliebenen verpfändet werden.[29] Eine kongruent rückgedeckte Unterstützungskasse liegt beispielsweise vor, wenn über die Unterstützungskasse eine beitragsorientierte Leistungszusage zugesagt wird, deren Inhalt sich vollständig nach einer auf das Leben des Versorgungsberechtigten abgeschlossenen Lebensversicherung (Rückdeckungsversicherung) richtet.[30]

Auch der **Pensionsfonds** ist ein beitragspflichtiger Durchführungsweg und zwar unabhängig von seiner Ausgestaltung. In der Praxis bestehen so genannte nicht-versicherungsförmige Pensionspläne, bei denen ein echtes Nachschussrisiko des Arbeitgebers besteht, und versicherungsförmige Pensionspläne, die im Hinblick auf das Risiko des Ausfalls des Versorgungsträgers faktisch nicht anders zu bewerten sind als Direktversicherungen. Zur Einordnung der betrieblichen Altersversorgung über den Durchführungsweg Pensionsfonds als sicherungs- und beitragspflichtig wird ausgeführt, dass sich der Gesetzgeber hierfür entschieden habe, weil er angesichts der gegenüber der Lebensversicherung liberaleren Möglichkeiten der Vermögensanlage durch den Pensionsfonds ein erhöhtes Risiko des Ausfalls der Versorgungsansprüche zu befürchten habe. Man dürfe allerdings nicht verkennen, dass hier - erst- und einmalig letztlich nicht die Primär-, sondern die subsidiäre arbeitsrechtliche Grundverpflichtung aus § 1 Abs. 1 S. 3 BetrAVG abgesichert worden sei. Zugleich habe der Gesetzgeber beitragsrechtlich das Risiko ihres Eintritts gegenüber der unmittelbaren Versorgungszusage im Wege freier Selbsteinschätzung auf 20 % festgesetzt.[31]

---

[28] BVerwG 25.8.2010 - 8 C 40/09 - Rn. 17; BVerwG 25.8.2010 - 8 C 23.09; Bayerischer Verwaltungsgerichtshof 20.7.2009 - 5 BV 08.118

[29] BVerwG 25.8.2010 - 8 C 23.09; VG Düsseldorf 6.12.2005 - 16 K 180/04; Hamburgisches Oberverwaltungsgericht 14.1.2010 - 4 Bf 22/08; VG Hamburg 6.12.2007 - 15 K 673/06; VG Hamburg 28.11.2006 - 15 E 674/06

[30] Vgl. zur Insolvenzsicherung beim Durchführungsweg Unterstützungskasse auch Hoppenrath, BetrAV 2010, S. 220; Wohlleben, BetrAV 2011, S. 232

[31] Rolfs, Die Insolvenzsicherung der betrieblichen Altersversorgung zwischen Privat- und Sozialversicherung, in Festschrift für Reinhold Höfer zum 70. Geburtstag, 2011, S. 213, 218

Demgegenüber ist eine über den Durchführungsweg **Pensionskasse** durchgeführte betriebliche Altersversorgung in keinem Fall beitragspflichtig. Dies gilt unabhängig vom tatsächlichen Risiko des Ausfalls des Versorgungsträgers und damit der Ausgestaltung der Pensionskasse. Insoweit werden die regulierten Pensionskassen kritisch betrachtet.[32] Die kritischen Stimmen dürften ihre Ursache unter anderem in bestimmten, teilweise angewandten kollektiven Finanzierungsverfahren wie z.B. dem Bedarfsdeckungsverfahren und dem Bilanzausgleichsverfahren haben.[33]

Schließlich ist die Durchführung der betrieblichen Altersversorgung über den Durchführungsweg **Direktversicherung** bei entsprechender Ausgestaltung nicht beitragspflichtig. Entstehen kann eine Beitragspflicht, wenn lediglich ein widerrufliches Bezugsrecht eingeräumt ist oder bei einem unwiderruflichen Bezugsrecht die Ansprüche abgetreten, verpfändet oder beliehen sind.[34]

Im Hinblick auf die Beitragspflicht dem Grunde nach stellt sich auch die Frage, ob eine Versorgungszusage über die Durchführungswege Pensionskasse und Direktversicherung durch **"Ausfälle" des Versorgungsträgers, etc.** ganz oder teilweise zu einer unmittelbaren Versorgungszusage wird und infolge dessen ein gesetzlicher Insolvenzschutz mit der Folge einer Beitragspflicht dem Grunde nach entsteht.

Ein Beispiel für einen "Ausfall" ergibt sich, wenn der Arbeitgeber die Beiträge an eine Pensionskasse oder Direktversicherung ganz oder teilweise nicht gezahlt hat und der Sicherungsfall eintritt. Aufgrund der fehlenden oder eingeschränkten Beitragspflicht dieser Durchführungswege besteht nach herrschender Meinung in diesem Fall kein gesetzlicher Insolvenzschutz.[35]

Ebenfalls einen „Ausfall“ des Versorgungsträgers stellt der durch das LAG Hessen am 3.3.2010 - 8 Sa 186/09 - entschiedene Fall dar. Danach hatte die - regulierte - Pensionskasse unter anderem in Anwendung einer entsprechenden Satzungsbestimmung (So genannte Sanierungsklausel; vgl. §§ 24 Abs. 2, 118 b Abs. 3 VAG) die Leistungen herabgesetzt. Derartige Sanierungsklauseln regulierter Pensionskassen sehen im Regelfall vor, dass für den Fall, dass die zugesagten Versicherungsleistungen mangels entsprechender Liquidität nicht mehr (in voller Höhe) erbracht und ein entsprechender Fehlbetrag nicht durch andere Maßnahmen (z.B. Auflösung der satzungsgemäß vorgesehenen Verlustrücklage, Inanspruchnahme der Rückstellung für Beitragsrückerstattungen) ausgeglichen werden kann, der entsprechende Fehlbetrag auch durch eine Herabsetzung der Versi-

---

[32] Schnitker/Sittard, RdA 2010, S. 295, 300; vgl. auch Höfer, Verhandlungen des 65. Deutschen Juristentags Bonn 2004, Band I Gutachten, E S. 43 f.; vgl. auch die differenzierte Darstellung der Thematik bei Flecken, BetrAV 2010, S. 101; a.A. Steinmeyer, Verhandlungen des 65. Deutschen Juristentags Bonn 2004, Band I Gutachten, F S. 68

[33] Vgl. zu den Finanzierungsverfahren H-BetrAV Teil I, Stand Februar 2011, Rn. 579 ff.

[34] Kemper/Kisters-Kölkes/Berenz/Huber, BetrAVG, 4. Aufl. 2010, § 10 Rn. 2

[35] Vgl. Schnitker/Sittard, RdA 2010, S. 295, 299 m.w.N.; Höfer, Verhandlungen des 65. Deutschen Juristentags Bonn 2004, Band I Gutachten, E S. 45; Steinmeyer, Verhandlungen des 65. Deutschen Juristentags Bonn 2004, Band I Gutachten, F S. 68; vgl. auch - für den Durchführungsweg Direktversicherung - BAG 17.11.1992 - 3 AZR 51/92 - Rn. 22 ff. m.w.N.; LAG Köln 24.07.2009 - 4 Sa 1093/08 - Rn. 64; zur Gegenansicht vgl. u.a. Andresen/Förster/Rößler/Rühmann, Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung Stand 02/2011, Teil 13 A Rn. 350; Reich, Direktversicherungen und Pensionskassenzusagen in der Insolvenz des Arbeitgebers, in Festschrift für Reinhold Höfer zum 70. Geburtstag, 2011, S. 187

cherungsleistungen ausgeglichen werden kann.[36] Eine derartige Leistungsherabsetzung führt nach dieser - durch das Bundesarbeitsgericht bislang nicht bestätigten - obergerichtlichen Entscheidung nicht zu einer Herabsetzung der arbeitsrechtlichen Versorgungszusage. In dem konkreten Fall kommt das entscheidende Landesarbeitsgericht im Wege der Auslegung der arbeitsrechtlichen Versorgungszusage zu seinem Ergebnis, nach dem der Arbeitgeber für die Erfüllung der ursprünglich - ohne Leistungsherabsetzung - zugesagten Leistung gemäß § 1 Abs. 1 S. 3 BetrAVG einzustehen hat.[37] Dieser Fall stellt nach hiesigem Verständnis einen der oben dargestellten "beitragsgeschädigten" Direktversicherung oder Pensionskasse vergleichbaren Fall dar. Die Rechtsprechung müsste auch hier dazu kommen, dass kein gesetzlicher Insolvenzschutz entsteht. Hierfür spricht auch, dass der PSVaG auch für die Insolvenz eines Lebensversicherers im Durchführungsweg Direktversicherung nicht eintritt.[38]

Ein weiteres Beispiel für den "Ausfall" des Versorgungsträgers ergibt sich aus den Vorschriften zur Höhe der unverfallbaren Anwartschaft in den Durchführungswegen Pensionskasse und Direktversicherung. Hat der Arbeitgeber von der so genannten versicherungsvertraglichen Lösung gemäß § 2 Abs. 2 S. 2-7 BetrAVG keinen Gebrauch gemacht oder die Voraussetzungen hierfür nicht geschaffen, bestimmt sich nach § 2 Abs. 2 S. 1 BetrAVG die Höhe der unverfallbaren Anwartschaft nach dem in § 2 Abs. 1 BetrAVG für unmittelbare Versorgungszusagen vorgesehenen so genannten m/n-tel Verfahren mit der Maßgabe, dass sich der vom Arbeitgeber zu finanzierende Teilanspruch nach § 2 Abs. 1 BetrAVG, soweit er über die von dem Versicherer nach dem Versicherungsvertrag auf Grund der Beiträge des Arbeitgebers zu erbringende Versicherungsleistung hinausgeht, gegen den Arbeitgeber richtet. Entsprechendes gilt gemäß § 3 Abs. 3 BetrAVG für die Höhe der unverfallbaren Anwartschaft im Durchführungsweg Pensionskasse. Insoweit wird vertreten, dass der Ergänzungsanspruch - zumindest beim bereits mit einer unverfallbaren Anwartschaft ausgeschiedenen Versorgungsberechtigten - gemäß § 2 Abs. 2 und Abs. 3 BetrAVG ein arbeitsrechtlicher Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber sei, der wie eine unmittelbare Versorgungszusage behandelt werde und demzufolge auch der Insolvenzsicherung unterliege.[39] Demgegenüber wird man unter Bezugnahme auf § 7 Abs. 2 S. 3 BetrAVG iVm § 2 Abs. 2 BetrAVG zumindest für den Durchführungsweg Direktversicherung vertreten können, dass sich die Höhe der Leistungen des PSVaG ausschließlich nach der so genannten versicherungsvertraglichen Lösung richtet und sich die Ausgleichspflicht auf den Ausgleich des Fehlbetrags der Direktversicherung beschränkt.[40] Einer derartigen gesetzlichen Beschränkung hätte es nicht bedurft, wenn der Ergänzungsanspruch regelmäßig über den "Umweg" eines unmittelbaren arbeitsrechtlichen Anspruchs gegen den Arbeitgeber gesetzlich insolvenzgesichert wäre.

Schließlich hat das Bundesarbeitsgericht für den - streng genommen nicht als "Ausfall" des Versorgungsträgers zu qualifizierenden - Fall eines Verstoßes gegen ein Diskriminierungsverbot oder

---

[36] Vgl. Langohr-Plato jurPR-ArbR 43/2010 Anm. 5 mit Bezugnahme auf LAG Hessen 3.3.2010 - 8 Sa 186/09; Bähr, Handbuch des Versicherungsaufsichtsrechts, 2011, § 31 Rn. 89

[37] Vgl. LAG Hessen 3.3.2010 - 8 Sa 186/09

[38] Vgl. Rolfs, Die Insolvenzsicherung der betrieblichen Altersversorgung zwischen Privat- und Sozialversicherung, in Festschrift für Reinhold Höfer zum 70. Geburtstag, 2011, S. 213, 218

[39] ErfK-Steinmeyer, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2010, § 2 Rn. 27; vgl. auch Höfer BetrAVG Band I ArbR, Stand 03/2010, § 2 Rn. 3165, 4480 ff.

[40] Kemper/Kisters-Kölkes/Berenz/Huber, BetrAVG, 4. Aufl. 2010, § 7 Rn. 106 m.w.N.; Blomeyer/Rolfs/Otto Betriebsrentengesetz, 5. Aufl. 2010, § 7 Rn. 230

den Gleichbehandlungsgrundsatz bei einer Versorgungszusage über eine Pensionskasse in einem obiter dictum vertreten, bei der Einstandspflicht des Arbeitgebers handele es sich um eine auf dem Grundsatz der Gleichbehandlung beruhende Versorgungsverbindlichkeit im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 4 BetrAVG a.F (= § 1 b Abs. 1 S. 4 BetrAVG n.F.). Der sich hieraus für den einzelnen Arbeitnehmer ergebende Anspruch sei deshalb nach § 7 BetrAVG insolvenzgeschützt. Der PSVaG müsse im Falle einer Insolvenz für diesen Verschaffungsanspruch des Arbeitgebers einstehen.[41] Diese Wertung wird von der Gegenauffassung abgelehnt. Auch nach Einfügung des § 1 Abs. 1 S. 3 BetrAVG n.F. (Verschaffungsanspruch) existiere bei der Einschaltung externer Versorgungsträger kein paralleler unmittelbarer Versorgungsanspruch des Arbeitnehmers im Sinne der Vorschriften des Gesetzes.[42]

In allen vorgenannten Fällen wird man den Auffassungen, die einen Insolvenzschutz für den Verschaffungs-/Ergänzungsanspruch oder den Anspruch auf Gleichbehandlung, etc. befürworten, entgegen halten können, dass die Ausdifferenzierung nach Durchführungswegen in § 7 BetrAVG ihren Sinn verlieren würde, wenn diese Ansprüche eine - dem gesetzlichen Insolvenzschutz unterliegende - unmittelbare Versorgungszusage darstellten. Die Annahme eines gesetzlichen Insolvenzschutzes würde darüber hinaus für die meisten Fallgestaltungen der fehlenden oder eingeschränkten Beitragspflicht des Arbeitgebers widersprechen.[43] Schließlich wird als Argument für das regelmäßige Fehlen eines gesetzlichen Insolvenzschutzes in den vorgenannten Fällen angeführt, dass der Verschaffungsanspruch regelmäßig nicht zu einer Änderung des Versorgungsvertrages führt, folglich primär auf eine Nachdotierung des mittelbaren Versorgungsträgers gerichtet ist und sich deswegen der gesetzliche Insolvenzschutz nach dem ursprünglich vereinbarten Durchführungsweg richtet.[44]

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass in der Frage des gesetzlichen Insolvenzschutzes bei "Ausfällen" des Arbeitgebers zumindest in der Literatur keine Einigkeit besteht. Legt man die Auffassung zugrunde, dass für den Verschaffungs-/Ergänzungsanspruch oder den Anspruch auf Gleichbehandlung, etc. auch in den Durchführungswegen Pensionskasse und Direktversicherung ein gesetzlicher Insolvenzschutz dadurch besteht, dass in diesen Fällen eine sicherungspflichtige unmittelbare Versorgungszusage anzunehmen ist, wird man die Frage stellen können, ob diese Durchführungswege nicht doch ein Risiko beinhalten, das zu einer Beitragspflicht dem Grunde nach führen müsste. Legt man die Gegenauffassung zugrunde, wonach die vorgenannten Fälle nicht insolvenzgesichert sind, bedarf es - jedenfalls aus den vorgenannten Gründen - keiner (erweiterten) Beitragspflicht dem Grunde nach. In diesem Fall ist - jedenfalls bis zu einer eventuellen neuen Entscheidung - von einer Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers auszugehen, den gesetzlichen Insolvenzschutz - wie auch in anderen Fällen - nur beschränkt zu gewähren. Insolvenzsicherungslücken werden dann

---

41 BAG 23.3.1999 - 3 AZR 631/97 [A] - Rn. 32; vgl. auch ErfK-Steinmeyer, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2010, § 7 Rn. 21; Reich, Direktversicherungen und Pensionskassenzusagen in der Insolvenz des Arbeitgebers, in Festschrift für Reinhold Höfer zum 70. Geburtstag, 2011, S. 187

42 Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebsrentengesetz, 5. Aufl. 2010, § 7 Rn. 165; vgl. auch Kemper/Kisters-Kölkes/Berenz/Huber, BetrAVG, 4. Aufl. 2010; § 1 Rn. 250 ff.

43 So im Ergebnis Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebsrentengesetz, 5. Aufl. 2010, § 1 Rn. 277; a.A. Reich, Direktversicherungen und Pensionskassenzusagen in der Insolvenz des Arbeitgebers, in Festschrift für Reinhold Höfer zum 70. Geburtstag, München 2011, S. 187

44 Vgl. Langohr-Plato, Der betriebsrentenrechtliche Verschaffungsanspruch: die unterschätzte Haftungsnorm, in Festschrift für Reinhold Höfer zum 70. Geburtstag, 2011, S. 159

bewusst in Kauf genommen.[45] Letztlich bleibt es dem Gesetzgeber vorbehalten zu entscheiden, ob er der Durchführung der betrieblichen Altersversorgung in den Durchführungswegen Direktversicherung und Pensionskasse - aus den vorstehenden oder sonstigen Gründen - ein derart hohes abstraktes Insolvenzrisiko beimisst, das zu einer Einbeziehung in den gesetzlichen Insolvenzschutz führen soll.[46]

### II.2.2 Die Beitragspflicht der Höhe nach

Die Höhe der Arbeitgeberbeiträge wird bestimmt durch die gesetzlichen Rahmenbedingungen, das Schadenaufkommen sowie das Finanzierungsverfahren.

#### II.2.2.1 Grundsätze

Das in § 10 BetrAVG festgelegte Finanzierungsverfahren ist seit 2006 auf vollständige Kapitaldeckung umgestellt worden. Von den sicherungspflichtigen Arbeitgebern wird jährlich ein Beitrag erhoben, der sich aus dem im jeweils abgelaufenen Geschäftsjahr des PSVaG eingetretenen Schadenvolumen ableitet. Vor diesem Hintergrund lässt sich feststellen, dass das Finanzierungsverfahren des PSVaG auch nach der Umstellung auf vollständige Kapitaldeckung ein Bedarfsdeckungsverfahren bleibt; der jährlich erforderliche Bedarf wird auf die insolvenzsicherungspflichtigen Arbeitgeber umgelegt.

Die Versicherung und Abwicklung der übernommenen Ansprüche versichert der PSVaG durch ein Konsortium von Lebensversicherungsunternehmen auf der Grundlage eines hierzu abgeschlossenen Rahmenvertrags.

Auch bezüglich der zu sichernden Anwartschaften kann der PSVaG von der nach § 8 Abs. 1 BetrAVG vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch machen und sich von der Verpflichtung aus einer gesetzlich unverfallbaren Anwartschaft durch Abschluss einer Lebensversicherung (Rechnungszinsfuß nach § 65 VAG) gegen Einmalprämie befreien. Der Gesetzgeber geht jedoch davon aus, dass der PSVaG im Regelfall die Anwartschaften nicht versichert, sondern als Verpflichtung passiviert und den Gegenwert als eigene Kapitalanlage führt.[47]

Für die Finanzierung der vom PSVaG aufgrund des Eintritts der gesetzlichen Sicherungsfälle zu erbringenden Leistungen ist vorgeschrieben, dass die Beiträge den Barwert des jährlichen Schadenvolumens decken müssen. Bei der Ermittlung des Schadenvolumens sind z.B. Erträge aufgrund gemäß § 9 BetrAVG übergegangenen Vermögens mindernd zu berücksichtigen. Darüber hinaus

---

45 Rolfs, Die Insolvenzsicherung der betrieblichen Altersversorgung zwischen Privat- und Sozialversicherung, in Festschrift für Reinhold Höfer zum 70. Geburtstag, 2011, S. 213, 217; vgl. auch II.5.1.1

46 Vgl. zum Anknüpfungspunkt des abstrakten Insolvenzrisikos für die Einordnung als sicherungspflichtiger Durchführungsweg BVerwG 25.8.2010 - 8 C 23.09 und II.6.2.2

47 BT-Drs 17/1936, S. 7; Hoppenrath/Berenz, DB 2007, S. 630, die in einer Fußnote auch die Frage aufwerfen, ob von Lebensversicherungsunternehmen entsprechende Tarife für ggf. kompliziert zu berechnende Anwartschaften angeboten werden

sind mit den Beiträgen die im gleichen Zeitraum entstehenden Verwaltungskosten und sonstigen Kosten, die mit der Gewährung der Leistungen zusammenhängen, und die Zuführung zum Ausgleichsfonds und zur Verlustrücklage zu decken.[48] Aus den vorgenannten Posten ergibt sich die Aufwandseite des PSVaG.

Dem so ermittelten Aufwand stehen auf der Ertragsseite Erträge aus Kapitalanlagen abzüglich der Aufwände für Kapitalanlagen, die Verrechnung der vorjährigen Rückstellung für Beitragsrückerstattung, die Überschussbeteiligung aus den mit dem Konsortium von Lebensversicherungsunternehmen abgeschlossenen Lebensversicherungen und ggf. Mittel aus der Inanspruchnahme des Ausgleichsfonds gegenüber.

Die erforderlichen Beiträge zum PSVaG eines Jahres ergeben sich aus dem Saldo von Aufwand und Ertrag. Sie sind in einem nächsten Schritt zu beziehen auf die von den Arbeitgebern für das Geschäftsjahr insgesamt gemeldete Beitragsbemessungsgrundlage. Als Ergebnis der Beitragskalkulation wird dann vom PSVaG der erforderliche Beitragssatz beschlossen und von den Arbeitgebern erhoben. Sind die erforderlichen Beiträge höher als im vorangegangenen Kalenderjahr, besteht die Möglichkeit der Verteilung des Unterschiedsbetrags auf insgesamt fünf Jahre. In Jahren, in denen sich außergewöhnlich hohe Beiträge ergeben würden, kann zu deren Ermäßigung der Ausgleichsfonds in einem von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) zu genehmigenden Umfang herangezogen werden.

#### II.2.2.2 Beitragsbemessung

Die Beitragsbemessung im Einzelnen richtet sich nach § 10 Abs. 2 BetrAVG (Gesamtbeitragsaufkommen) und § 10 Abs. 3 BetrAVG (Beitragsbemessungsgrundlage). Wesentlich für die im Rahmen dieses Gutachtens aufgeworfenen Fragen sind dabei die Ermittlung des Schadenvolumens und der Beitragsbemessungsgrundlage. Darüber hinaus sind die wesentlichen Finanzierungsmittel des PSVaG von Bedeutung.[49]

##### II.2.2.2.1 Ermittlung des Schadenvolumens

Die Höhe des Schadenvolumens richtet sich nach dem Barwert der im laufenden Kalenderjahr entstehenden Ansprüche auf Leistungen der Insolvenzsicherung und einem Betrag für die aufgrund eingetretener Insolvenzen zu sichernden Anwartschaften. Die zu sichernden Anwartschaften und Ansprüche vermindern sich ggf. nach § 7 Abs. 4 BetrAVG.[50] In das Gesamtbeitragsaufkommen geht das Schadenvolumen nur vermindert um die Erträge gemäß § 9 Abs. 2 und 3 BetrAVG aus der Abwicklung von Insolvenzverfahren ein.[51]

---

48 Vgl. hierzu auch § 5 der Satzung für den PSVaG
49 Siehe hierzu unten II.3 Mittelaufbringung
50 Kemper/Kisters-Kölkes/Berenz/Huber BetrAVG, 4. Aufl. 2010, § 7 Rn. 143; zu den Einzelheiten siehe II.3.1
51 Kemper/Kisters-Kölkes/Berenz/Huber BetrAVG, 4. Aufl. 2010, § 10 Rn. 71; zu den Einzelheiten siehe II.3.2

#### II.2.2.2.1.1 Zu sichernde Anwartschaften

Nach §§ 1 b, 2 BetrAVG unverfallbare Anwartschaften sind vom gesetzlichen Insolvenzschutz grundsätzlich umfasst (vgl. § 7 Abs. 2 BetrAVG). Dementsprechend sind diese wie dargestellt auch bei der Ermittlung des Gesamtbeitragsaufkommens zu berücksichtigen. § 10 Abs. 2 BetrAVG sieht insoweit eine so genannte "Methode der Differenzfinanzierung" vor. Es genügt nicht, nur die aufgrund eingetretener neuer Sicherungsfälle zu sichernden neuen Anwartschaften eines Kalenderjahres festzustellen und diese zusätzlich zum Bestand der Anwartschaften des Vorjahres zu finanzieren. Der Bestand der Anwartschaften verändert sich regelmäßig auch aufgrund des Eintritts von Versorgungsfällen, der Abfindung und Übertragung von Anwartschaften und den Zugang aus neuen Sicherungsfällen.[52]

Danach bemisst sich der Betrag für die aufgrund eingetretener Sicherungsfälle zu sichernden Anwartschaften aus dem Unterschied der Barwerte dieser Anwartschaften am Ende des Kalenderjahres und am Endes Vorjahres. Der Rechnungszinsfuß bei der Berechnung des Barwerts der Anwartschaften bestimmt sich nach § 65 VAG, wenn der PSVaG eine Lebensversicherung nach Maßgabe des § 8 Abs. 1 BetrAVG abschließt. Tut er das nicht, was den vom Gesetzgeber vorgesehenen Regelfall darstellt,[53] ist der Rechnungszinsfuß bei der Berechnung des Barwerts der Anwartschaften um ein Drittel höher. Hintergrund ist, dass ansonsten die mit dem Abschluss von Lebensversicherungen verbundenen Zinsüberschüsse unberücksichtigt blieben, die nur den jeweiligen und künftigen Beitragszahlern zugute kommen, nicht aber denjenigen, die durch entsprechende Strukturentscheidungen (z.B. Auslagerung auf einen Pensionsfonds) künftig von der Beitragspflicht ganz oder zum weit überwiegenden Teil befreit sind.[54]

#### II.2.2.2.1.2 Ansprüche auf Leistungen der Insolvenzsicherung

Die zu sichernden Ansprüche auf laufende Leistungen folgen aus denjenigen Verpflichtungen des Arbeitgebers, bei denen zum Zeitpunkt des Eintritts des Sicherungsfalls bereits ein Versorgungsfall eingetreten war. Die Versorgungsempfänger haben gegen den PSVaG nach § 7 Abs. 1 BetrAVG grundsätzlich einen Anspruch auf Leistungen der Insolvenzsicherung in Höhe der Leistung, die der Arbeitgeber aufgrund der Versorgungszusage zu erbringen hätte, wenn der Sicherungsfall nicht eingetreten wäre. Erfasst sind auch die im laufenden Jahr eintretenden Versorgungsfälle aus zu sichernden Anwartschaften früherer Jahre.

Der Barwert der im laufenden Jahr entstehenden Ansprüche ist der Betrag, der unter Berücksichtigung eines angenommenen Zinsertrags ausreicht, um die Ansprüche auf Leistungen der Insolvenzsicherung ggf. lebenslänglich zu zahlen. Die Berechnung erfolgt nach versicherungsmathematischen Grundsätzen unter Berücksichtigung der statistischen Lebenserwartung der Berechtigten. Der Rechnungszinsfuß bestimmt sich gemäß § 10 Abs. 2 S. 2 1. HS BetrAVG nach § 65 VAG.[55]

---

[52] Hoppenrath/Berenz, DB 2007, S. 630
[53] Vgl. BT-Drs 17/1936, S. 7
[54] Hoppenrath/Berenz, DB 2007, S. 630, auch zu den weiteren Einzelheiten wie z.B. dem Verfahren bei Änderung des Rechnungszinsfußes
[55] Hoppenrath/Berenz, DB 2007, S. 630

#### II.2.2.2.2 Beitragsbemessungsgrundlage

Die Beitragsbemessungsgrundlage für den PSV-Beitrag ist in § 10 Abs. 3 BetrAVG geregelt. Danach werden die nach § 10 Abs. 2 BetrAVG erforderlichen Beiträge auf die Arbeitgeber nach Maßgabe des § 10 Abs. 3 Nrn. 1-4 BetrAVG in Abhängigkeit vom jeweiligen Durchführungsweg umgelegt, soweit sie sich auf die laufenden Versorgungsleistungen und die nach § 1 b BetrAVG unverfallbaren Versorgungsanwartschaften beziehen. Diese Beträge sind festzustellen auf den Schluss des Wirtschaftsjahres des Arbeitgebers, das im abgelaufenen Kalenderjahr geendet hat.

Im Durchführungsweg Direktzusage ist Beitragsbemessungsgrundlage der Teilwert der Pensionsverpflichtung nach § 6 a Abs. 3 EStG (§ 10 Abs. 3 Nr. 1 BetrAVG).

Bei der sicherungspflichtigen Direktversicherung ist Beitragsbemessungsgrundlage das geschäftsplanmäßige Deckungskapital oder die Deckungsrückstellung. Besteht ein unwiderrufliches Bezugsrecht ist das Deckungskapital oder die Deckungsrückstellung nur insoweit zu berücksichtigen, als die Versicherungen abgetreten oder beliehen sind. (§ 10 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG)

Im Durchführungsweg Unterstützungskasse ist Beitragsbemessungsgrundlage das Deckungskapital für die laufenden Leistungen zuzüglich des Zwanzigfachen der jährlichen Zuwendungen für Leistungsanwärter jeweils nach Maßgabe der steuerlichen Vorschriften des § 4 d EStG (§ 10 Abs. 3 Nr. 3 BetrAVG).

Wird die betriebliche Altersversorgung über einen Pensionsfonds durchgeführt, findet die Regelung für die Direktzusage mit der Maßgabe Anwendung, dass Beitragsbemessungsgrundlage 20 % derjenigen für die Direktzusage ist (§ 10 Abs. 3 Nr. 4 BetrAVG)

Mit den vorstehenden Regelungen zur Beitragsbemessungsgrundlage verfolgte der Gesetzgeber das Ziel einer "gleichwertigen Belastung" der beitragspflichtigen Arbeitgeber. Die Aufteilung der für die Finanzierung der Insolvenzsicherung erforderlichen Beiträge auf die Gesamtheit der beitragspflichtigen Arbeitgeber erfolgt laut Gesetzesbegründung nach Maßstäben, die trotz der Unterschiedlichkeit der zu sichernden Versorgungsformen eine gleichwertige Belastung ermöglichen soll. Hierbei sei darauf geachtet worden, dass die Feststellung der Beitragsbemessungsgrundlagen keine neuen aufwendigen Berechnungen erfordere, sondern sich möglichst an die ohnehin für die Steuerveranlagung zu ermittelnden Beträge anschließe.[56]

Die Beitragsbemessungsgrundlage für den Pensionsfonds stimmte ursprünglich mit derjenigen für die Direktzusage überein.[57] Durch das Gesetz zur Änderung des Sozialgesetzbuches und anderer Gesetze vom 24.7.2003[58] wurde die Beitragsbemessungsgrundlage auf 20 % der für unmittelbare Versorgungszusagen geltenden Beitragsbemessungsgrundlage reduziert. Laut Gesetzesbegründung sollte mit dem gegenüber einer Direktzusage des Arbeitgebers auf ein Fünftel ermäßigten Beitrag

[56] BT-Drs 7/2843, S. 10
[57] Vgl. § 10 Abs. 3 Nr. 4 BetrAVG in der Fassung vom 26.6.2001, Gesetz zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung und zur Förderung eines kapitalgedeckten Altersvorsorgevermögens - Altersvermögensgesetz - AVmG, BGBl 2001 S. 1310, 1327
[58] BGBl I 2003 S. 1526, 1530

für die Insolvenzsicherung bei der Durchführung der betrieblichen Altersversorgung über einen Pensionsfonds dem geringeren Insolvenzrisiko Rechnung getragen werden.[59]

### II.3 Mittelaufbringung

Die Mittelaufbringung durch den PSVaG setzt sich zusammen aus den erforderlichen Beiträgen, den Erträgen aus Kapitalanlagen abzüglich der Aufwendungen für Kapitalanlagen, der Verrechnung der vorjährigen Rückstellung für Beitragsrückerstattung, der Überschussbeteiligung des Konsortiums für das Vorjahr und ggf. der Inanspruchnahme des Ausgleichsfonds.

Darüber hinaus stehen dem PSVaG unter bestimmten Voraussetzungen weitere - untechnisch gesprochen - "Finanzierungsmittel" in Folge eingetretener Sicherungsfälle zur Verfügung. So kann sich nach § 7 Abs. 4 BetrAVG bereits die Leistungspflicht des PSVaG durch anzurechnende Leistungen vermindern. Streng genommen geht es insoweit nicht um die Mittelaufbringung sondern um eine Minderung der Ansprüche gegen den PSVaG. Der PSVaG kann aufgrund eines gesetzlichen Vermögensübergangs nach § 9 Abs. 3 BetrAVG oder des Übergangs akzessorischer Sicherungsrechte infolge des Forderungsübergangs nach § 9 Abs. 2 BetrAVG zusätzliche Mittel zur Finanzierung seiner Leistungen erhalten.

#### II.3.1 Anzurechnende Leistungen (§ 7 Abs. 4 BetrAVG)

Nach § 7 Abs. 4 BetrAVG vermindert sich ein Anspruch gegen den PSVaG in dem Umfang, in dem der Arbeitgeber oder sonstige Versorgungsträger die Leistungen der betrieblichen Altersversorgung erbringt oder aufgrund eines Insolvenzplans oder außergerichtlichen Vergleichs zu erbringen hat. Sehen ein Insolvenzplan oder außergerichtlicher Vergleich vor, dass der Arbeitgeber oder sonstige Versorgungsträger von einem bestimmten Zeitpunkt an selbst zu erbringen hat, entfällt der Anspruch auf Leistungen gegen den PSVaG von diesem Zeitpunkt an. Im Insolvenzplan soll vorgesehen werden, dass bei einer nachhaltigen Besserung der wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers die vom Träger der Insolvenzsicherung zu erbringenden Leistungen ganz oder zum Teil vom Arbeitgeber oder sonstigen Träger der Versorgung wieder übernommen werden. Eine Besserungsmöglichkeit wird meist auch in einem außergerichtlichen Vergleich vereinbart, nach welcher der PSVaG in der Regel bei einer Besserung der wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers zu seiner Entlastung eine Geldzahlung bekommt.[60]

Leistungen eines sonstigen Versorgungsträgers können beispielsweise angerechnet werden, wenn in einer Direktzusage eine Anrechnung von Leistungen einer Direktversicherung geregelt ist. Pensionsfonds können als sonstige Versorgungsträger in Betracht kommen, wenn sie die betriebliche Altersversorgung nach Eintritt des Sicherungsfalls beim Trägerunternehmen nach Maßgabe des § 8 Abs. 1 a BetrAVG selbst weiterführen. Unterstützungskassen kommen aufgrund des in § 9 Abs. 3

[59] BT-Drs 15/1199, S. 25
[60] Kemper/Kisters-Kölkes/Berenz/Huber, BetrAVG, 4. Aufl. 2010, § 7 Rn. 146

BetrAVG geregelten Vermögensübergangs nicht als sonstige Versorgungsträger im Sinne des § 7 Abs. 4 BetrAVG in Betracht.[61]

Nach der herrschenden Auffassung sind verpfändete Rückdeckungsversicherungen und ein CTA keine sonstigen Träger der Versorgung. Vielmehr sollen die Ansprüche der Versorgungsberechtigten aus einer Verpfändung oder aus einer Sicherungstreuhand zu ihren Gunsten als akzessorische Rechte in Folge des Anspruchsübergangs gemäß § 9 Abs. 2 BetrAVG auf den PSVaG übergehen.[62]

Werden Rückdeckungsversicherungen zugunsten des Versorgungsberechtigten vom Insolvenzverwalter freigegeben und erhält der Versorgungsberechtigte hieraus Leistungen, sollen diese den Anspruch des Versorgungsberechtigten gegenüber dem PSVaG mindernde Leistungen eines sonstigen Versorgungsträgers im Sinne des § 7 Abs. 4 S. 1 BetrAVG sein. Entsprechendes müsse dann folgerichtig auch für Leistungen aus einem CTA gelten.[63]

### II.3.2 Übergang akzessorischer Sicherungsrechte (Folge aus § 9 Abs. 2 BetrAVG)

Bei Eintritt eines Sicherungsfalls leistet der PSVaG gemäß § 7 BetrAVG. Der Versorgungsberechtigte hat einen gesetzlichen Anspruch gegen den Träger der Insolvenzsicherung. Der vertragliche Anspruch des Versorgungsberechtigten gegen den Arbeitgeber ist hiervon zunächst unberührt und bleibt grundsätzlich weiterhin bestehen. Nach § 9 Abs. 2 BetrAVG gehen die Ansprüche oder Anwartschaften des Berechtigten gegen den Arbeitgeber auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung, die den Anspruch gegen den PSVaG begründen, auf diesen über. Der Übergang kann nicht zum Nachteil des Berechtigten geltend gemacht werden. Die mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens übergegangenen Anwartschaften werden im Insolvenzverfahren als unbedingte Forderungen nach § 45 Insolvenzordnung (InsO) geltend gemacht.

Der PSVaG tritt mit dem Forderungsübergang an die Stelle des Versorgungsberechtigten, ohne dass sich an der Rechtsqualität der Ansprüche gegen den Arbeitgeber etwas ändert. Der Forderungsübergang reicht nicht weiter als die Insolvenzsicherung; soweit der PSVaG nicht eintritt, richten sich diese Ansprüche des Versorgungsberechtigten weiterhin gegen den Arbeitgeber, also die Insolvenzmasse.[64]

---

61 Vgl. Kemper/Kisters-Kölkes/Berenz/Huber, BetrAVG, 4. Aufl. 2010, § 7 Rn. 147 ff..; Berenz, DB 2006, S. 2125, 2126; a.A. bezüglich Unterstützungskassen Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebsrentengesetz, 5. Aufl. 2010, § 7 Rn. 272 mit Verweis auf BAG 14.02.1989 - 3 AZR 269/87

62 Kemper/Kisters-Kölkes/Berenz/Huber, BetrAVG, 4. Aufl. 2010, § 7 Rn. 150; Berenz, DB 2006, S. 2125, 2126; gegen die Einordnung eines CTA als sonstiger Träger der Versorgung auch Rößler, BB 2010, S. 1405; vgl. auch die differenzierende Betrachtung bei Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebsrentengesetz, 5. Aufl. 2010, § 7 Rn. 272 ff., wonach die Qualifizierung als sonstiger Träger der Versorgung davon abhängen soll, ob der Dritte anstelle des Arbeitgebers oder sonstigen Versorgungsträgers leistet oder nur auf ein akzessorisches Sicherungsrecht

63 Kemper/Kisters-Kölkes/Berenz/Huber, BetrAVG, 4. Aufl. 2010, § 7 Rn. 151 m.w.N.; vgl. auch Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebsrentengesetz, 5. Aufl. 2010, § 7 Rn. 270 ff.

64 Berenz, DB 2004, S. 1098 m.w.N.

Die Vorschrift erfasst alle insolvenzgeschützten Versorgungsanwartschaften und -ansprüche, die dem Versorgungsberechtigten gegen den Arbeitgeber zustehen.[65]

Der PSVaG meldet sowohl die übergegangenen Ansprüche aus Rentenzahlungen als auch die aus übergegangenen Anwartschaften kapitalisiert zur Insolvenztabelle an. Bei einer Quotenzahlung mindert sich somit der "Schaden" des PSVaG. Der Rechnungszins für die Berechnung der Forderung beträgt 5,5 %. Es ist der Forderungswert zugrunde zu legen, der für den Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ermittelt werden kann (§ 45 InsO). Die tatsächliche Entwicklung nach diesem Zeitpunkt, z.B. das Risiko aus der ungewissen, künftigen Lebenserwartung der Versorgungsberechtigten (Langlebigkeitsverlust, Sterblichkeitsgewinn), hat keinen Einfluss auf die Höhe der Forderung.[66]

Der Forderungsübergang erfolgt nur insoweit, als der PSVaG nach § 7 BetrAVG Leistungen zu gewähren hat. Die Forderungen gehen zum Beispiel nicht auf den PSVaG über, soweit dieser gemäß § 7 Abs. 3-6 BetrAVG (Höchstgrenze, Minderung, Versicherungsmissbrauch, Katastrophenfall) zur Leistung nicht verpflichtet ist. Mindert sich der Anspruch des Versorgungsberechtigten gegen den PSVaG erst nach Eintritt des Sicherungsfalls, ist der Forderungsübergang zunächst vollständig erfolgt. Der PSVaG muss die Forderungen dann rückübertragen, soweit er nicht nach § 7 BetrAVG zur Leistung verpflichtet ist.[67]

Mit dem Forderungsübergang gehen auch alle akzessorischen Sicherungsrechte auf den PSVaG über. Hierzu gehören Pfandrechte (z.B. an Rückdeckungsversicherungen), (Schiffs-)Hypotheken, Schuldbeitritte, Bürgschaften und nach der herrschenden, aber nicht unumstrittenen Meinung in der Literatur auch die Sicherungsrechte der Versorgungsberechtigten aus einer Sicherungstreuhand in der üblichen Ausgestaltung von CTA als doppelseitige Treuhand (Vertrag zu Gunsten Dritter). Eventuelle vom Arbeitgeber eingeräumte nicht akzessorische Sicherungsrechte gehen nicht auf den PSVaG über; Leistungen daraus mindern aber - wie in II.3.1 dargestellt - unter den Voraussetzungen des § 7 Abs. 4 BetrAVG ggf. den Anspruch gegen den PSVaG. Auch hat der PSVaG unter dem Aspekt der Schadensminderung grundsätzlich einen Anspruch gegenüber dem gesicherten Versorgungsberechtigten auf Abtretung des nicht akzessorischen Sicherungsrechts. Tritt der Versorgungsberechtigte das nicht akzessorische Sicherungsrecht nicht an den PSVaG ab, kann dieser den Versorgungsberechtigten auf die Verwertung seines Sicherungsrechts verweisen.[68]

Da der Forderungsübergang gemäß § 9 Abs. 2 S. 2 BetrAVG nicht zum Nachteil des Berechtigten geltend gemacht werden darf, hat der Versorgungsberechtigte ein vorrangiges Zugriffsrecht auf bestehende akzessorische Sicherungsrechte, wenn sein Anspruch auf betriebliche Altersversorgung vom PSVaG nicht voll befriedigt wird. Der PSVaG hat insoweit ggf. die (teilweise) Rückübertra-

---

65 Kemper/Kisters-Kölkes/Berenz/Huber, BetrAVG, 4. Aufl. 2010, § 9 Rn. 13; vgl. auch Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebsrentengesetz, 5. Aufl. 2010, § 9 Rn. 42 für den Fall der beliehenen Direktversicherung

66 Berenz, DB 2004, S. 1098

67 Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebsrentengesetz, 5. Aufl. 2010, § 9 Rn. 47 ff. m.w.N.

68 Berenz, DB 2004, S. 1098; vgl. auch Berenz, DB 2006, S. 2125; Berenz, BetrAV 2010, S. 322; Kemper/Kisters-Kölkes/Berenz/Huber, BetrAVG, 4. Aufl. 2010, § 9 Rn. 14 ff.; Küppers/Louven, DB 2004, S. 337 mit Verweis auf BAG 12.12.1990 - 3 AZR 540/88; Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebsrentengesetz, 5. Aufl. 2010, § 9 Rn. 45 ff.; Rößler, BB 2010, S. 1405; a.A. zur Einordnung der Sicherungstreuhand als akzessorisches Recht Birkel/Obenberger, BB 2011, S. 2051 m.w.N.

gung des Sicherungsrechts an den Versorgungsberechtigten vorzunehmen oder dem Versorgungsberechtigten den ersten Zugriff auf den Erlös zu gestatten.[69]

Die aufgrund § 9 Abs. 2 BetrAVG auf den PSVaG übergegangen Ansprüche und Anwartschaften der Versorgungsberechtigten werden vom PSVaG im Insolvenzverfahren als fälliger und kapitalisierter Abfindungsanspruch geltend gemacht. Noch nicht fällige Forderungen gelten nach § 41 InsO als fällig. Unbestimmte Forderungen werden gemäß § 45 S. 1 InsO ebenso mit ihrem kapitalisierten Schätzwert geltend gemacht wie Forderungen auf wiederkehrende Leistungen, deren Dauer unbestimmt ist (§ 46 S. 2 InsO).[70]

Nach der herrschenden Ansicht sind die §§ 41, 45, 46 InsO auch auf die Absonderungsrechte aufgrund eines Pfandrechts oder einer - die Akzessorietät oder Abtretung an den PSVaG unterstellt - Sicherungstreuhand anzuwenden. Danach kann der PSVaG sowohl bei laufenden Leistungen an den Versorgungsberechtigten als auch bei Anwartschaften das Sicherungsrecht bereits vor Eintritt der (weiteren) Leistungsvoraussetzungen verwerten.[71] Dies gilt nicht im Verhältnis zu mithaftenden Dritten wie etwa Bürgen oder einem Schuldbeitretenden; § 41 InsO findet keine Anwendung auf mithaftende Dritte.[72]

Die Nutzung von privatrechtlichen Sicherungsinstrumenten durch den PSVaG z.B. aufgrund des Forderungsübergangs setzt voraus, dass diese wirksam und insolvenzsicher ausgestaltet sind. Insoweit ist in der Praxis zu beobachten, dass bereits die Vereinbarung von Pfandrechten oftmals nicht wirksam erfolgt (z.B. mangels Vorliegen eines entsprechenden Gesellschafterbeschlusses bei Geschäftsführern einer GmbH oder mangels Anzeige an den Sicherungsgeber), oder für neu hinzukommende Versorgungsberechtigte (Kinder, Ehegatte) gar nicht vereinbart wird. Die insolvenzsichere und im Hinblick auf eine Verwertung von Sicherungsrechten praktikable Ausgestaltung einer Sicherungstreuhand bei einem CTA ist in rechtlicher Hinsicht hochkomplex und unterliegt - auch aufgrund noch nicht beantworteter Zweifelsfragen - gewissen Risiken.[73] Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die entsprechenden Sicherungsvereinbarungen unter gewissen Voraussetzungen nach den Regeln der InsO oder des Anfechtungsgesetzes (AnfG) angefochten werden können.

### II.3.3 Vermögensübergang (§ 9 Abs. 3 und 3 a BetrAVG)

Ist der PSVaG zu Leistungen verpflichtet, die ohne den Eintritt des Sicherungsfalls eine Unterstützungskasse erbringen würde, geht deren Vermögen einschließlich der Verbindlichkeiten gemäß § 9 Abs. 3 BetrAVG auf ihn über; die Haftung für die Verbindlichkeiten beschränkt sich auf das übergegangene Vermögen. Bei einer Unterstützungskasse mit mehreren Trägerunternehmen (Gruppenunterstützungskasse) hat der PSVaG einen Anspruch gegen die Unterstützungskasse auf einen Betrag, der dem Teil des Vermögens der Unterstützungskasse entspricht, der auf das Trägerunter-

[69] Berenz, DB 2004, S. 1098 auch zum weiteren Verfahren
[70] Birkel/Obenberger, BB 2011, S. 2051 m.w.N. auch zur gegenteiligen Mindermeinung
[71] Birkel/Obenberger, BB 2011, S. 2051 m.w.N. auch zur Gegenansicht
[72] Braun, InsO, 4. Aufl. 2010, § 41 Rn. 6
[73] Vgl. zur insolvenzsicheren Ausgestaltung von CTA-Modellen etwa Küppers/Louven, BB 2004, S. 337; Rößler, BB 2010, S. 1405

nehmen entfällt, bei dem der Sicherungsfall eingetreten ist. Trotz des Gesetzeswortlauts, der in diesem Fall einen Zahlungsanspruch des PSVaG gegen die Gruppenunterstützungskasse nahelegt, geht der PSVaG im Rahmen einer teleologischen Auslegung des § 9 Abs. 3 S. 3 BetrAVG davon aus, dass auch Forderungen der Gruppenunterstützungskasse auf den PSVaG übergehen.[74] Existiert der Arbeitgeber beim Sicherungsfall des außergerichtlichen Vergleichs zur Abwendung eines Insolvenzverfahrens weiter, gelten die vorstehenden Regelungen nicht.

Die Regelungen des § 9 Abs. 3 BetrAVG finden gemäß § 9 Abs. 3 a BetrAVG entsprechende Anwendung auf einen Pensionsfonds, wenn die BaFin die Genehmigung für die Übertragung der Leistungspflicht durch den PSVaG nach § 8 Abs. 1 a BetrAVG nicht erteilt.

Durch die Regelung zum Vermögensübergang soll sichergestellt werden, dass das Vermögen der Unterstützungskasse bzw. des Pensionsfonds für den Versorgungszweck erhalten bleibt. Der PSVaG dient hier als "Clearingstelle".[75]

Der gesetzliche Auftrag des PSVaG, den Teil des Vermögens der Unterstützungskasse bzw. des Pensionsfonds, der die insolvenzbedingten Aufwendungen des PSVaG übersteigt, entsprechend der Satzung zu verwenden, kann zur Erhöhung der laufenden Leistungen und der unverfallbaren Anwartschaften der betroffenen Versorgungsberechtigten führen. Denkbar ist auch, dass dann die Versorgungsberechtigten mit verfallbaren Anwartschaften Leistungen erhalten.[76]

Der PSVaG verwertet das übergegangene Vermögen zeitnah, um die damit verbundene Entlastungswirkung für seine zu Zwangsbeiträgen verpflichteten Mitglieder alsbald zu erzielen und - in den wenigen Fällen überdotierter Versorgungsträger - den Versorgungsberechtigten die ihnen ggf. zustehenden Leistungsverbesserungen möglichst bald zukommen zu lassen.[77]

Den § 9 Abs. 3 und Abs. 3 a BetrAVG entsprechende Regelungen für andere Durchführungswege oder zweckgebundene Vermögen (z.B. CTA, verpfändete Rückdeckungsversicherung im Durchführungsweg unmittelbare Versorgungszusage) existieren nicht. Insoweit kann sich der PSVaG "nur" unter den geschilderten Voraussetzungen des § 9 Abs. 2 BetrAVG ggf. weitere "Finanzierungsmittel" verschaffen oder der Anspruch gegen den PSVaG sich gemäß § 7 Abs. 4 BetrAVG mindern.

### II.3.4 Übergang der Leistungspflicht und Abfindung (§ 8 BetrAVG)

Nach § 8 BetrAVG entfällt ein Anspruch gegen den PSVaG, wenn eine Pensionskasse oder Lebensversicherung sich dem PSVaG gegenüber verpflichtet, diese Leistungen zu erbringen, und die

[74] Vgl. Berenz, DB 2006, S. 1006; Kemper/Kisters-Kölkes/Berenz/Huber, BetrAVG, 4. Aufl. 2010, § 9 Rn. 30 ff.; siehe auch Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebsrentengesetz, 5. Aufl. 2010, § 9 Rn. 89, der von einer Beschränkung auf einen Zahlungsanspruch ausgeht
[75] Berenz, DB 2006, S. 1006
[76] Berenz, DB 2006, S. 1006
[77] Berenz, DB 2006, S. 1006

nach § 7 BetrAVG Berechtigten ein unmittelbares Recht erwerben, die Leistungen zu fordern (§ 8 Abs. 1 BetrAVG). Es handelt sich um eine gesetzliche Schuldbefreiung für den PSVaG.[78]

In der Praxis macht der PSVaG von dieser Möglichkeit regelmäßig Gebrauch und überträgt die Auszahlung der Leistungen auf ein Konsortium von rund 54 Unternehmen der Lebensversicherung. Zahlungen an die Versorgungsberechtigten erbringt der PSVaG unmittelbar regelmäßig nur bei Kapitalzahlungen und im Zusammenhang mit der zeitlich befristeten Übernahme von Verpflichtungen bei einem außergerichtlichen Vergleich.[79]

Im Durchführungsweg Pensionsfonds hat der PSVaG die gegen ihn gerichteten Ansprüche auf den Versorgungsträger zu übertragen, wenn die BaFin hierzu die Genehmigung erteilt; Voraussetzungen sind ein entsprechender Antrag des Pensionsfonds innerhalb einer bestimmten Frist sowie die Sicherstellung der dauernden Erfüllbarkeit der Leistungen aus dem Pensionsplan (§ 8 Abs. 1 a BetrAVG). Ein Anspruch der Versorgungsberechtigten gegen den PSVaG auf Leistungen nach § 7 BetrAVG besteht dann nicht mehr. Das Vermögen des Pensionsfonds verbleibt in diesem Fall beim Pensionsfonds.[80]

Schließlich kann der PSVaG unter bestimmten – § 3 BetrAVG nachgebildeten – Voraussetzungen Anwartschaften ohne Zustimmung der Versorgungsberechtigten abfinden. Die Abfindung ist auch möglich, wenn sie an ein Unternehmen der Lebensversicherung gezahlt wird, bei dem der Versorgungsberechtigte im Rahmen einer Direktversicherung versichert ist. (§ 8 Abs. 2 BetrAVG)

Die Vorschrift des § 8 BetrAVG soll dem PSVaG die Erfüllung seiner Aufgaben erleichtern.[81]

## II.4 Folgen für die Beitragszahlung der Unternehmen

Folgen der derzeitigen Regelung der Beitragspflicht und -bemessung für die Beitragszahlung lassen sich anhand von Auszügen des Berichts des PSVaG über das Geschäftsjahr 2010 (Geschäftsbericht 2010) exemplarisch und überblicksartig wie folgt darstellen:[82]

- Beitragssatz

  Für 2010 wurde ein Beitragssatz von 1,9 Promille beschlossen. Der gewichtete durchschnittliche Beitragssatz über die letzten fünf Jahre beträgt 4,9 Promille, über die letzten zehn Jahre 4,5 Promille. Über alle bisherigen 36 Geschäftsjahre beträgt er 3,2 Promille.

[78] Kemper/Kisters-Kölkes/Berenz/Huber, BetrAVG, 4. Aufl. 2010, § 8 Rn. 12
[79] Kemper/Kisters-Kölkes/Berenz/Huber, BetrAVG, 4. Aufl. 2010, § 8 Rn. 1 ff. und 4 ff. m.w.N. und ausführlicher Darstellung zum Konsortium
[80] Kemper/Kisters-Kölkes/Berenz/Huber, BetrAVG, 4. Aufl. 2010, § 8 Rn. 18
[81] Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebsrentengesetz, 5. Aufl. 2010, § 8 Rn. 1 m.w.N.
[82] Vgl. PSVaG, Bericht über das Geschäftsjahr 2010; siehe zu weiteren Einzelheiten auch Hoppenrath, BetrAV 2010, S. 111; Übersicht über die Entwicklung des PENSIONS-SICHERUNGS-VEREINS vom 1. Januar 1975, Beginn des Geschäftsbetriebs, bis 31. Dezember 2010, http://www.psvag.de/pdf/entwicklung.pdf

- Beitragsvolumen

  Das Beitragsvolumen 2010 belief sich – ohne am 31.12.2010 fällige Verteilungsbeträge für 2009 (Glättung) und ohne Einmalbeiträge – auf 549,2 (im Vorjahr 4.068,3) Mio. €.

- Schadenvolumen 2010

  Das Schadenvolumen erreichte insgesamt 648,7 Mio. €. Es ergibt sich aus den Aufwendungen für Versicherungsfälle laut Gewinn- und Verlustrechnung in Höhe von 1.077,6 Mio. € abzüglich des Teils der Beiträge für 2009, die am 31. Dezember 2010 in Höhe von 428,9 Mio. € fällig waren und in den gebuchten Beiträgen enthalten sind.

- Aufteilung der Beitragsbemessungsgrundlagen

  Im Jahr 2010 betrug der Anteil der unmittelbaren Versorgungszusagen an der gesamten Beitragsbemessungsgrundlage 86,2 %. Die Unterstützungskassenzusagen hatten einen Anteil von 12,7 % und die widerruflichen oder beliehenen Direktversicherungen wiederum einen Anteil von 0,1 %. Auf den "neuen" Durchführungsweg Pensionsfonds entfiel ein Anteil von 1,0 % an der gesamten Beitragsbemessungsgrundlage.

  Im Jahr 2000 betrug der Anteil der unmittelbaren Versorgungszusagen an der gesamten Beitragsbemessungsgrundlage 89,6 %. Die Unterstützungskassenzusagen hatten einen Anteil von 10,3 % und die widerruflichen oder beliehenen Direktversicherungen einen Anteil von 0,1 %.

  Die Gegenüberstellung der Anteile der einzelnen Durchführungswege an der gesamten Beitragsbemessungsgrundlage für die Jahre 2000 und 2010 zeigt einen Rückgang bei den unmittelbaren Versorgungszusagen und einen Zugang bei den Unterstützungskassenzusagen. Bei den seit 2002 insolvenzsicherungspflichtigen Pensionsfonds hat sich der Anteil im Jahr 2010 um 0,2 Prozentpunkte auf 1,0 % erhöht.

- Schichtung der Beitragsbemessungsgrundlagen 2010

  Rund 6 % der Mitglieder haben rund 90 % aller Beiträge aufgebracht.

- Verteilung der Beitrags- und der Leistungsseite

  Sowohl für den Zeitraum 1978 bis 2010 als auch für die Einzeljahre 2009 und 2010 ist (erneut) festzustellen, dass die Mitgliedsunternehmen mit hoher insolvenzsicherungspflichtiger betrieblicher Altersversorgung immer unterproportional am Schaden beteiligt sind.

- Erträge nach § 9 BetrAVG

  Aus Insolvenzquotenzahlungen, übergegangenem Unterstützungskassenvermögen sowie sonstigen Ansprüchen hat der PSVaG im Jahr 2010 ertragswirksam 139,1 Mio. € verbuchen können (Erträge nach § 9 BetrAVG). Diese Erträge vermindern die Aufwendungen für Versicherungsfälle und damit die Beitragsbelastung der Mitgliedsunternehmen. Bei im Jahr 2009 übergegan-

genen Rechten musste in einem Fall eine Bewertungskorrektur vorgenommen werden, sodass hier insgesamt der Betrag von -10,9 Mio. € verbucht werden musste.

In den Jahren zuvor beliefen sich die Erträge nach § 9 BetrAVG auf 434,9 Mio. € (2009), 66,6 Mio. € (2008), 103,8 Mio. € (2007) und 76,6 Mio. € (2006).[83]

## II.5 Notwendigkeit einer Neugestaltung?

Über die Notwendigkeit der Berücksichtigung von Veränderungen ist nicht nur in jüngster Zeit viel diskutiert worden. Vor dem Hintergrund der dargestellten veränderten gesetzlichen Rahmenbedingungen, der weiteren Verbreitung mittelbarer Durchführungswege und der zunehmenden Tendenz zur Schaffung von zweckgebundenem Vermögen zur Finanzierung der Versorgungsverpflichtungen sind Lösungsoptionen entwickelt und untersucht worden. Die teilweise von Arbeitgebern als ungerecht empfundene derzeitige Beitragsstruktur ist auch zur gerichtlichen Überprüfung gestellt und vom Bundesverwaltungsgericht bestätigt worden. Ungeachtet dessen wird vielfach ein Reformbedarf gesehen, die derzeitige Beitragsstruktur an die zwischenzeitlichen Veränderungen anzupassen.

Ein Reform der Beitragsstruktur sollte sowohl die Motive für die derzeitige gesetzliche Regelung und die Diskussionen zum Reformbedarf inklusive entsprechender Lösungsansätze als auch die Rechtsprechung zum Status Quo[84] berücksichtigen.

### II.5.1 Motive für die derzeitige gesetzliche Gestaltung

Motive für die gesetzliche Regelung zur Beitragspflicht und Bemessung ergeben sich aus der Gesetzesbegründung und dem Forschungsgutachten der "aba Arbeitsgemeinschaft für betriebliche Altersversorgung e. V." (aba) vom 14. Februar 1974.

#### II.5.1.1 Motive des Gesetzgebers zur Beitragspflicht und -bemessung

Hinweise für die Motive des Gesetzgebers ergeben sich im Wesentlichen aus dem „Bericht und Antrag des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung (11. Ausschuss) zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung - Drucksache 7/1281“.[85] Der ursprüngliche Gesetzentwurf sah noch keine gesetzliche Insolvenzsicherung vor.

Danach sprach sich der 11. Ausschuss "übereinstimmend dafür aus, dass der Gesetzentwurf der Bundesregierung durch Vorschriften für eine Insolvenzsicherung ergänzt werden sollte. Er teilte

[83] PSVaG, Berichte über die Geschäftsjahre 2006-2009
[84] Zur Rechtsprechung siehe II.6
[85] BT-Drs 7/2843

damit die Auffassung von Bundesrat und Bundesregierung in der Stellungnahme bzw. Gegenstellungnahme" zu dem Gesetzentwurf.[86] Eine wirksame Insolvenzsicherung sei erforderlich, um die betriebliche Altersversorgung auch gegen die wirtschaftlichen Wechselfälle des Unternehmens abzusichern und sie damit im Zusammenhang mit den sonstigen Maßnahmen des Gesetzentwurfs zu einem gesicherten Bestandteil der Gesamtversorgung des Arbeitnehmers zu machen.[87]

Der Gesetzgeber hat die gesetzliche Insolvenzsicherung bewusst nicht schrankenlos gewährt und insbesondere auf bestimmte Durchführungswege, nämlich damals die Direktzusage, Unterstützungskasse sowie - in bestimmten Fällen - Direktversicherung beschränkt.[88] Ein Antrag der CDU/CSU-Fraktion, auch Pensionskassen auf ihren Antrag in die Insolvenzsicherung einzubeziehen, wurde abgelehnt. Die Mehrheit des Ausschusses sei der Ansicht, dass die Ansprüche gegen Pensionskassen durch die Versicherungsaufsicht und die gesetzlichen Anlagevorschriften des Versicherungsaufsichtsgesetzes ausreichend gesichert seien.[89]

Die Finanzierung der Insolvenzsicherung erfolgt nach dem Willen des Gesetzgebers durch Beiträge derjenigen Arbeitgeber, die betriebliche Altersversorgung über einen der vorgenannten, sicherungspflichtigen Durchführungswege durchführen. Die auf gesetzlicher Vorschrift beruhende Beitragspflicht war bereits als eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung gegenüber dem Träger der Insolvenzsicherung vorgesehen.[90]

Die Summe der Beiträge zur gesetzlichen Insolvenzsicherung musste laut Gesetzgeber einerseits ausreichen, um die Aufwendungen des Trägers der Insolvenzsicherung sicher zu decken, andererseits aber auch so bemessen sein, dass die Ansammlung eines übermäßig hohen Kapitalbetrages ausgeschlossen ist. Die Lösung wurde in einem Mittelweg zwischen einem reinen Umlageverfahren und einem Anwartschaftsdeckungsverfahren gesehen.[91]

Die Aufteilung der für die Finanzierung der Insolvenzsicherung erforderlichen Beiträge auf die beitragspflichtigen Arbeitgeber erfolgt laut Gesetzesbegründung nach Maßstäben, die trotz der Unterschiedlichkeit der zu sichernden Versorgungsformen eine gleichwertige Belastung ermöglichen. Hierbei sei darauf geachtet worden, dass die Feststellung der Beitragsbemessungsgrundlagen keine neuen aufwendigen Berechnungen erfordere, sondern sich möglichst an die ohnehin für die Steuerveranlagung zu ermittelnden Beträge anschließe.[92]

### II.5.1.2 aba-Gutachten aus 1974 zur Beitragspflicht und -bemessung

Die aba hat im Rahmen eines Werkvertrags mit der Bundesrepublik Deutschland vom 2./8. Juli 1971 ein Forschungsgutachten vom 14.2.1974 zu dem Thema "Die Insolvenzsicherung von Ruhe-

[86] BT-Drs 7/2843, S. 4
[87] BT-Drs 7/2843, S. 5
[88] Vgl. BT-Drs 7/2843, S. 8
[89] BT-Drs 7/2843, S. 9
[90] BT-Drs 7/2843, S. 10
[91] BT-Drs 7/2843, S. 10
[92] BT-Drs 7/2843, S. 10

geldansprüchen auf dem Gebiet der betrieblichen Altersversorgung" erstellt (Im Folgenden auch "aba-Gutachten" genannt).

Ziele des aba-Gutachtens waren (i) die Darstellung des Schicksals betrieblicher Pensionsansprüche in der Insolvenz und Herausarbeitung der problematischen Fälle, (ii) die Darlegung der Anforderungen an eine Insolvenzsicherung inkl. der Ausarbeitung von Musterformulierungen, (iii) ein Rechtsvergleich und eine Bewertung ausländischer Insolvenzsicherungsmodelle und (iv) die Erarbeitung von Vorschlägen für eine Insolvenzsicherung von betrieblicher Altersversorgung in Deutschland.[93]

Das aba-Gutachten sieht in der - notwendigen - Aufgabe der Insolvenzsicherung von unmittelbaren Versorgungszusagen einen Unterfall der Gläubigersicherung, die den Gegenstand der Kreditversicherung bildet.[94] Für den Durchführungsweg Unterstützungskasse wird diese Wertung im Ergebnis übernommen.[95]

Für die mittelbaren Durchführungswege Pensionskasse und Direktversicherung wird die Notwendigkeit einer über die versicherungsvertragsrechtlichen Schutzmechanismen (Rechtsanspruch oder Bezugsrecht der Versorgungsberechtigten) hinausgehenden gesetzlichen Insolvenzsicherung bis auf die Ausnahmefälle der Widerruflichkeit des Bezugsrechts und der Beleihung im Durchführungsweg Direktversicherung verneint.[96]

Die vorgenannten Feststellungen sind unter anderem Grundlage für die nach hiesigem Verständnis zentralen Ausführungen zur Beitragspflicht und -bemessung:

- Ausgeschlossen wurden eine obligatorische Mitgliedschaft für alle Arbeitgeber (mit und ohne betriebliche Altersversorgung) und eine obligatorische Mitgliedschaft für jeden Arbeitgeber, der irgendeine Form der betrieblichen Altersversorgung in seinem Betrieb praktiziert, auch wenn es sich nicht um unmittelbare Versorgungszusagen (Anm. d. Verf.: oder Unterstützungskassenzusagen oder Direktversicherungen im Fall der Beleihung oder Widerruflichkeit des Bezugsrechts) handelt. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass den Beiträgen der Arbeitgeber, die keine unmittelbaren Versorgungszusagen (Anm. d. Verf.: oder Unterstützungskassenzusagen oder Direktversicherungen im Fall der Beleihung oder Widerruflichkeit des Bezugsrechts) erteilt haben, keine (Sicherungs-)Leistungen gegenüberstünden, so dass die Beiträge für diese Arbeitgeber eine echte Steuer darstellen würden. Eine Zwangsmitgliedschaft in diesem Umfang verstieße gegen das Grundgesetz.[97]

- Für die Insolvenzsicherung von unmittelbaren Versorgungszusagen hat sich das aba-Gutachten mit der Frage der Bonitätsprüfung und Risikobeschränkung über Abschluss und Sicherungsbedingungen beschäftigt. Die Bonitätsprüfung wurde im Fall der obligatorischen Insolvenzsiche-

[93] Vgl. aba-Gutachten, S. 9
[94] aba-Gutachten, S. 441
[95] aba-Gutachten, S. 449 ff.
[96] aba-Gutachten, S. 447 ff.
[97] aba-Gutachten, S. 438 f.

rung generell als technisch undurchführbar und im Fall der freiwilligen Mitgliedschaft nur bei einer "relativ kleinen Mitgliederzahl" als gangbarer Weg erachtet.[98]

- Die Frage, ob die Insolvenzsicherung von unmittelbaren Versorgungszusagen auf freiwilliger Grundlage eingeführt werden oder obligatorisch ausgestaltet sein soll, beantwortet das aba-Gutachten nicht.[99] Es wird jedoch auf die Problematiken einer freiwilligen Mitgliedschaft im Hinblick auf die Zielsetzung einer möglichst flächendeckenden Insolvenzsicherung hingewiesen.[100] Weiter wird für den Fall der freiwilligen Mitgliedschaft auf die Notwendigkeit von Regelungen im Falle des Austritts aus der Sicherungseinrichtung bei Zugrundelegung bestimmter Finanzierungsverfahren aufmerksam gemacht.[101]

- Im Rahmen der Diskussion um ein geeignetes Finanzierungsverfahren werden zunächst das Kapitalwert-Umlageverfahren und das Ausgaben-Umlagenverfahren einander gegenübergestellt. In einem zweiten Schritt werden zur Vermeidung von Nachteilen dieser Modelle Kompromisse - u.a. das Rentenwert-Umlageverfahren - vorgestellt.[102]

- Hinsichtlich der Beitragsgestaltung wird im Ergebnis die Bemessung nach einem einheitlichen Promille-Satz der von den Mitgliedern zu meldenden - modifizierten - Soll-Rückstellungen vorgeschlagen. Die Modifizierungen werden unter anderem vor dem Hintergrund der Ermittlung des vom Träger der Insolvenzsicherung übernommenen Risikos empfohlen. Ein weiterer Grund für die Modifizierungen ist nach hiesigem Verständnis, dass nach dem aba-Gutachten die Begrenzung der Mitgliedschaft auf die Arbeitgeber, die unmittelbare Versorgungszusagen erteilt haben, gegenüber einer - für unzulässig erachteten - Pflichtmitgliedschaft aller Arbeitgeber die Notwendigkeit eines "gerechteren" Beitrags mit sich bringt.[103]

- Aufgrund statistischer Erkenntnisse, nach denen die Insolvenzhäufigkeit stark abhängig sei von der Rechtsform der Unternehmen und der jeweiligen Branche, und der Annahme, dass auch die Größe und das Alter der Unternehmen spürbaren Einfluss auf das Insolvenzrisiko haben, hält das aba-Gutachten es für möglicherweise angebracht, den Beitragssatz nach einem oder mehreren der genannten Merkmale zu staffeln und entsprechende Abrechnungsverbände zu bilden.[104]

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass nach dem aba-Gutachten die gesetzliche Insolvenzsicherung eine Art Kreditversicherung darstellt und die Beitragsbemessung sich - wenn auch sehr pauschal - an dem bestehenden Risiko auszurichten hat. Demgegenüber spielt das Argument einer Solidargemeinschaft in den Ausführungen der aba nur eine untergeordnete Rolle. Ungeachtet dessen kann nach hiesigem Verständnis unterstellt werden, dass die Gutachter sich bewusst waren, dass eine gesetzliche Insolvenzsicherung, bei welcher der vom Arbeitgeber zu zahlende Beitrag unabhängig von dem - sich im Zeitablauf ggf. ändernden - Risiko der Insolvenz des jeweiligen Arbeitgebers

98 aba-Gutachten, S. 439
99 Vgl. aba-Gutachten, S. 438 f.
100 Vgl. u.a. aba-Gutachten, S. 438
101 aba-Gutachten, S. 279 und S. 445
102 Vgl. aba-Gutachten, S. 272 ff.
103 Vgl. aba-Gutachten, S. 276 f.
104 aba-Gutachten, S. 280

oder eines anderen arbeitgeberabhängigen Sicherungsfalls ist, auf eine "Solidargemeinschaft" der sicherungspflichtigen Arbeitgeber aufbaut.

Da die Normierung der gesetzlichen Insolvenzsicherung im Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung zu einem großen Teil auf den Ergebnissen des aba-Gutachtens aufbaut, wird man das Gutachten bei der Gesetzesauslegung heranziehen können.

### II.5.2 Änderungsvorschläge des Gutachtens Gerke/Heubeck aus 2002

Vor dem Hintergrund des Wandels seit Einführung der gesetzlichen Insolvenzsicherung der betrieblichen Altersversorgung in Deutschland und hier nicht zuletzt der gesetzgeberischen Aktivitäten in den Jahren 1999 bis 2002 (u.a. neuer Durchführungsweg Pensionsfonds, neue Zusageart Beitragszusage mit Mindestleistung, Rechtsanspruch auf Entgeltumwandlung, Veränderungen bei der Förderung der betrieblichen oder privaten Altersvorsorge und der Vermögensbildung) hat der PSVaG im Jahr 2001 ein Gutachten zu den künftigen Bedingungen einer funktionsfähigen Insolvenzsicherung der betrieblichen Altersversorgung in Auftrag gegeben. Im Zentrum der gutachterlichen Erwägungen sollte laut Auftragsbeschreibung die Sicherung der langfristigen Funktionsfähigkeit einer kostengünstigen Insolvenzsicherung auch unter sich wandelnden Rahmenbedingungen stehen.

Die Gutachter, Herr Prof. Dr. Wolfgang Gerke und Herr Prof. Dr. Klaus Heubeck, haben in ihrem Gutachten die zu beantwortende Frage zur zukünftigen Funktionsfähigkeit der Insolvenzsicherung durch den Pensions-Sicherungs-Verein VVaG unter volkswirtschaftlichen und versicherungsmathematischen Gesichtspunkten behandelt. Zusammengefasst kommt das "Gutachten zur künftigen Funktionsfähigkeit der Insolvenzsicherung durch den Pensions-Sicherungs-Verein VVaG" vom 19.6.2002 zu folgenden Aussagen und Empfehlungen:[105]

- Das Insolvenzrisiko als solches sei in der betrieblichen Altersversorgung systemimmanent und solle nach den Vorstellungen des Gesetzgebers (des Betriebsrentengesetzes von 1974 und des Altersvermögensgesetzes von 2001) generell abgesichert sein. Es bedürfe daher nach wie vor einer breiten, langfristig gesicherten und stabilen Finanzierungsbasis. Die Erfüllung dieser Anforderung sei mit der durch das AVmG veränderten Rechtslage nicht mehr ohne weiteres gewährleistet, sondern könne insbesondere durch strukturelle Veränderungen und das Verhalten der Beitragszahler nachhaltig beeinträchtigt werden. Es sei daher zu prüfen, wie man die Basis der Beitragszahler und die Beitragsbemessungsgrundlage für die Insolvenzsicherung festigen und gleichzeitig einen stärkeren Anstieg des Beitragssatzes vermeiden könne.

  Auch angesichts der nach dem AVmG zu erwartenden Verschiebungen bei den Durchführungswegen und in der Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung sei darüber nachzudenken, ob nicht sämtliche Arbeitgeber, die eine betriebliche Altersversorgung haben, grundsätzlich der gesetzlichen Insolvenzsicherungspflicht unterworfen werden sollten. Ein solcher Schritt habe automatisch die Forderung nach einer Beitragsdifferenzierung zur Folge, die weiter gehe

[105] Gerke/Heubeck, Gutachten zur künftigen Funktionsfähigkeit der Insolvenzsicherung durch den Pensions-Sicherungs-Verein VVaG, S. 138 ff.

als die bislang bestehende Zweiteilung in insolvenzsicherungspflichtige und insolvenzsicherungsfreie Durchführungsformen.

- Das mit dem Start des PSVaG eingeführte Rentenwert-Umlageverfahren habe sich bewährt und sei anzusehen als das zur Absicherung des Insolvenzrisikos am besten geeignete Finanzierungsverfahren. Es biete die Chance zu einem auch weiterhin relativ niedrigen und stabilen Verlauf des Beitragsatzes, bedürfe aber angesichts der bestehenden und insbesondere der künftig möglichen Strukturveränderungen in der betrieblichen Altersversorgung flankierender Maßnahmen, die seine Funktionsfähigkeit stärken und seine Akzeptanz erhöhen.

  Wenn man Modifizierungen auf der Leistungsseite ebenso ausschließe wie eine Verstärkung der Kapitalansammlung oder eine Verschiebung der Belastungen auf künftige Beitragszahler, kämen aus finanztechnischer Sicht hierzu nur Maßnahmen auf der Beitragsseite in Betracht. Hierzu gehörten in erster Linie die angesprochene Verbreiterung der Beitragsbemessungsgrundlagen und Differenzierungen in der Beitragshöhe.

  Mit derartigen Maßnahmen solle es möglich sein, das gegenwärtige System fortzuführen und zu stabilisieren. Im Hinblick auf größere Strukturverschiebungen oder eine Ausdünnung der Beitragsbasis könne es sich allerdings als notwendig erweisen, zur Abdeckung von bestehenden oder eventuell noch entstehenden Altlasten gegebenenfalls geeignete Nachfinanzierungsmaßnahmen und Ausgleichsmechanismen vorzusehen.

- Differenzierungen in der Beitragshöhe sollten laut Gutachten an dem Risiko anknüpfen, das Gegenstand der gesetzlichen Insolvenzsicherung ist, d.h. dem Risiko der Insolvenz eines Unternehmens und der Wahrscheinlichkeit dafür, dass in einem Insolvenzfall die Mittel zur Absicherung der vom Unternehmen zugesagten betrieblichen Versorgungsansprüche nicht voll oder nur teilweise zur Verfügung stehen. Eine risikoadäquate Beitragsbemessung habe daher abzustellen auf die besondere Risikosituation des beitragspflichtigen Unternehmens und die eines gegebenenfalls genutzten externen Versorgungsträgers, auf dessen Kapitalausstattung, die vereinbarte Einstandspflicht des Unternehmens und die bestehenden Rückgriffsmöglichkeiten des Unternehmens (bzw. eines Insolvenzverwalters) auf den externen Träger.

  Um dem Solidargedanken auch weiterhin gerecht zu werden, sollten dabei geeignete Ausgleichsmechanismen zwischen den Beitragsklassen und eventuell auch Austrittszahlungen beim Wechsel in eine günstigere Beitragsklasse in Betracht gezogen werden.

  Das vorliegende Gutachten behandele die ökonomischen und versicherungsmathematischen Beziehungen und Schlussfolgerungen vor dem Hintergrund der bestehenden, nicht immer eindeutig geklärten rechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitnehmer, Arbeitgeber, Insolvenzverwalter und externen Versorgungsträgern. Es gehe davon aus, dass diese Beziehungen eindeutiger geklärt und für ein nach der Risikosituation differenzierendes Beitragsbemessungssystem entsprechend kodifiziert werden können.

- Trotz der Vielfalt der in der betrieblichen Altersversorgung bestehenden Durchführungsformen, der Unterschiedlichkeit in ihren Rechtsbeziehungen und Risikosituationen sei es möglich, ein fundiertes Konzept für eine nach ökonomischen Risikoklassen differenzierende Beitragsfestle-

gung zu entwickeln. Die praktische Umsetzung sei dabei gebunden an das Gebot vertretbarer Kosten, an die weitere Funktionsfähigkeit des Finanzierungssystems und die bestehenden bzw. entsprechend neu zu gestaltenden Rechtsverhältnisse.

Vor diesem Hintergrund empfehlen die Gutachter eine risikosystematisch fundierte Einteilung für die Durchführungswege der betrieblichen Altersversorgung in drei Klassen oder Risikogruppen:

| | *Risikogruppe* | | |
|---|---|---|---|
| | *I* | *II* | *III* |
| *Risikoprofil* | *Unternehmensindividuelles Insolvenzrisiko* | *Unternehmensindividuelles Insolvenzrisiko, reduziert durch abgegrenzte Vermögensmasse* | *Insolvenzrisiko eines Versicherungsunternehmens* |
| *Durchführungswege* | • *Unmittelbare Pensionszusage*<br>• *Unterstützungskasse*<br>• *Direktversicherung vom Typ I* (1) | • *Pensionsfonds*<br>• *Pensionskasse*<br>• *Asset-Backing-Modell II* (2) | • *Direktversicherung vom Typ III* (1)<br>• *Kongruent rückgedeckte Unterstützungskasse* (2) |

Für den Durchführungsweg Direktversicherung seien wie auch schon in der Vergangenheit - je nach Ausgestaltung - zwei verschiedene Eingruppierungen vorgesehen (vgl. die in der Übersicht mit (1) gekennzeichneten Formen). Bei der der Risikogruppe I zugeordneten Direktversicherung vom Typ I bestehe ein widerrufliches Bezugsrecht oder eine wirtschaftliche Beeinträchtigung durch Abtretung oder Beleihung, bei der der Risikogruppe III zugeordneten Direktversicherung vom Typ III seien die Bezugsrechte unwiderruflich und es lägen keinerlei wirtschaftliche Beeinträchtigungen vor.

Bei den in der obigen Übersicht mit (2) gekennzeichneten Ausgestaltungen werde unterstellt, dass ein Rückgriff vollständig auszuschließen sei durch das Trägerunternehmen und im Fall der Insolvenz.

Das Gutachten behandele im Rahmen seiner Auftragstellung nicht die Rechtsfragen, die mit der vorgeschlagenen Abgrenzung und Klassifizierung verbunden seien, und unterstelle, dass sie durch entsprechende Kodifizierungen sachgerecht gelöst werden könnten.

- Die dargestellte Einteilung der Durchführungswege in drei Risikoklassen liefere den Bezugsrahmen für eine risikoadäquate Beitragsbemessung und die Einbindung in das Finanzierungssystem für die Insolvenzsicherung.

  Für die Risikogruppe I solle es bei dem bisherigen System der Beitragsfestlegung im Rahmen des praktizierten Rentenwert-Umlageverfahrens bleiben. Zu prüfen sei, ob nicht mittel- bis län-

gerfristig Bonitätsaspekte hinsichtlich der beitragspflichtigen Unternehmen und in Form einer gewissen Beitragsdifferenzierung innerhalb der Gruppe berücksichtigt werden sollten.

In der Risikogruppe II seien die Durchführungswege erfasst, bei denen das Insolvenzrisiko für die Versorgungsansprüche durch eine ausgegliederte Vermögensmasse mehr oder weniger reduziert sei. Der Beitragssatz solle das im Normalfall niedrigere Risiko und die Qualität der Kapitalanlage widerspiegeln und damit auch Anreize zu einer ausreichenden Kapitalausstattung und einem langfristig vernünftigen Vermögensmanagement bieten.

Risikogruppe III umfasse die Durchführungsformen, bei denen die Insolvenzsicherung nur im Fall der Zahlungsunfähigkeit eines Versicherungsunternehmens in Anspruch genommen werden müsse. Dieses Risiko könne nicht völlig ausgeschlossen werden und solle daher entweder als nicht-sicherungsnotwendig oder grundsätzlich als abdeckungspflichtig definiert werden, entweder im Rahmen des PSVaG oder extern durch ein System der wechselseitigen Absicherung in der Versicherungswirtschaft.

- Für ein in dieser Form nach Risikogruppen differenzierendes Beitragssystem sei sicherzustellen, dass es die Funktionsfähigkeit des Finanzierungssystems erhalte und im Hinblick auf die absehbaren Strukturveränderungen verbessere. Die Gutachter gehen davon aus, dass dies mit dem vorgeschlagenen Modell gelingt. Insbesondere werde sich der Beitragssatz für die Risikogruppe I bei Anwendung des Modells längerfristig tendenziell unterhalb desjenigen halten lassen, der sich ohne eine Anwendung des Modells ergeben würde.

  Für die Risikogruppe II könne ein Beitragssatz angemessen sein, der - folge man Beispielen aus den USA - anfänglich etwa bei einem Fünftel desjenigen der Risikogruppe I liegen könnte. Die Risikogruppe III werde - je nach Lösungsweg - entweder mit einem nochmals deutlich niedrigeren Beitragssatz oder überhaupt nicht im Rahmen des Insolvenzsicherungssystems durch den PSVaG erfasst.

  Geeignete Ausgleichsmechanismen und denkbare Austrittszahlungen beim Wechsel von einer höheren in eine niedrigere Risikogruppe wären laut Gutachten systemgerecht und könnten die Funktionsfähigkeit des Finanzierungsverfahrens erhöhen.

  Für die Risikogruppe II enthalte das Gutachten einen Vorschlag zu einem alternativen Finanzierungsmodell. In ihm werde ein in Schadenfällen einsetzbarer Kapitalstock aufgebaut, der zur Abfederung von Extremschäden genutzt werden und zu Beitragspausen führen könne. Ein solches Modell habe unterschiedliche Voraussetzungen und Folgen je nach dem, ob man es getrennt von der Risikogruppe I, also mit einer Art eigenem Abrechnungsverband, oder innerhalb des Gesamtsystems führe. Ähnliche Überlegungen könne man gegebenenfalls auch für die Risikogruppe III anstellen.

- Weitergehende Aussagen zur Differenzierung im Beitragssystem und zur Optimierung des Finanzierungsverfahrens lassen sich laut Gutachten sinnvollerweise erst dann machen, wenn man auf der Grundlage eines als umsetzbar angesehenen Konzepts von Risikoklassen die notwendigen Basisdaten und Parameter identifizieren und sie - gegebenenfalls mit Alternativen - in entsprechende Modelluntersuchungen einführen kann.

Die Gutachter empfehlen, derartige Modellrechnungen durchzuführen, um auf diese Weise weitere Anhaltspunkte zur Verbesserung des Beitragssystems und der Finanzierung der Insolvenzsicherung insgesamt zu bekommen.

Parallel dazu müssten nach den Gutachtern die rechtlichen Voraussetzungen geprüft und konkretisiert werden, die mit der Umstellung in der Finanzierung verbunden wären.

### II.5.3 BDA-Konzeptentwurf vom November 2009

Im November 2009 hat die BDA einen Konzeptentwurf zu den "Perspektiven einer risikoorientierten PSVaG-Beitragsstruktur" (BDA-Konzeptentwurf) veröffentlicht.[106] Hierzu hat es im Juni 2010 eine ergänzende Veröffentlichung von Gunkel gegeben.[107] Dem Konzept vorangegangen war eine Fachtagung in zeitlichem Zusammenhang mit der Umstellung des Finanzierungsverfahrens des PSVaG auf vollständige Kapitaldeckung im Jahr 2006.[108]

In ihrem Konzeptentwurf stellt die BDA zunächst dar, schon seit der Gründung des PSVaG werde darüber diskutiert, ob und wie bei der Höhe der PSV-Beiträge die unterschiedlichen Schadenrisiken der Mitglieder berücksichtigt werden könnten. Doch obwohl viel dafür spreche, dass bei einem Schadensversicherer wie dem PSVaG Beitrag und Schadenrisiko miteinander korrellieren sollten, seien entsprechende Überlegungen bislang weitgehend im Sande verlaufen. Als Ausnahmefall nennt die BDA den Pensionsfonds.[109]

Nach Auffassung der BDA hat es bis zur Umstellung des Finanzierungsverfahrens des PSVaG im Jahr 2006 mit dem damaligen Rentenwertumlageverfahren auch ein überzeugendes Argument gegen eine Umstellung auf eine risikoorientierte Beitragsgestaltung gegeben. Das Rentenwertumlageverfahren habe dazu geführt, dass sich im Laufe der Jahre beim PSVaG eine immer höhere Zahl von nicht ausfinanzierten Betriebsrentenanwartschaften angesammelt habe, deren Barwert Ende 2005 eine Höhe von rund 2,2 Mrd. Euro erreicht habe. Hätte man im alten Rentenwertumlageverfahren auf eine risikoorientierte Beitragsgestaltung beim PSVaG umgestellt, wären die davon begünstigten Mitglieder zu Lasten der übrigen Mitglieder von einem Teil der sonst von ihnen zu finanzierenden "Altlast" befreit worden. Dies wäre laut BDA nicht zu rechtfertigen gewesen.[110]

Als Nachteile der heutigen Beitragsstruktur nennt die BDA kaum vorhandene Anreize zur Schadenvorsorge (Ausnahme: Reduzierter Beitrag im Durchführungsweg Pensionsfonds), die fehlende Berücksichtigung struktureller Veränderungen in der betrieblichen Altersversorgung (Trend zur Kapitalfundierung oder versicherungsförmigen Absicherung der Versorgungsverpflichtungen), einem - aufgrund des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes - weiter wachsenden Akzeptanzverlust bei den Schadenvorsorge betreibenden Unternehmen sowie eine drohende Erosion der PSV-Bei-

[106] BDA-Konzeptentwurf, Perspektiven einer risikoorientierten PSVaG-Beitragsstruktur, 2009, http://www.bda-online.de/www/arbeitgeber.nsf/res/BDA_Konzeptentwurf_PSV.pdf/$file/BDA_Konzeptentwurf_PSV.pdf
[107] Gunkel, BetrAV 2010, S. 501
[108] BDA-Fachtagung „Weiterentwicklung der Beitragsgestaltung des PSV“ am 10.10.2006
[109] Vgl. BDA-Konzeptentwurf, S. 1
[110] Vgl. BDA-Konzeptentwurf, S. 1

tragsbemessungsrundlage vor allem dadurch, dass die externen Durchführungswege an Gewicht gewonnen hätten.[111]

Nach den Vorstellungen der BDA sollte eine risikoorientierte Beitragsgestaltung zum PSVaG bestimmte Anforderungen erfüllen. Die Beitragsgestaltung solle Anreize zur Schadenvorsorge setzen und damit zu einer langfristigen Senkung der Beitragsbelastung der PSV-Mitglieder beitragen. Nur solche Tatbestände dürften beitragsmindernd berücksichtigt werden, die tatsächlich und verlässlich das Schadensrisiko für den PSVaG reduzierten. Die Kriterien für eine Risikoeinstufung müssten extern überprüft und testiert werden. Beitragsbemessung und -erhebung müssten sowohl für die Unternehmen als auch für den PSVaG unbürokratisch erfolgen können. Die Vorteile einer risikoorientierten Beitragsgestaltung müssten den Bürokratie- und Kostenaufwand durch die Ermittlung und Kontrolle der für die Risikoeinstufung relevanten Tatbestände deutlich übersteigen. Schließlich dürfe die Akzeptanz des PSVaG innerhalb der Mitgliedschaft durch eine Umstellung auf eine risikoorientierte Beitragsstruktur zumindest keinen Schaden nehmen und solle hierdurch besser noch gestärkt werden.[112]

Auf Basis der vorgenannten Anforderungen hat die BDA - verkürzt dargestellt - vorgeschlagen, (i) die Beitragsbemessungsgrundlage bei Vorliegen von Planvermögen gemäß IAS 19 und Beachtung der Anlagegrundsätze der Pensionsfondskapitalanlageversorgung um x % der ursprünglichen Bemessungsgrundlage zu reduzieren, (ii) die Reduzierung der Beitragsbemessungsgrundlage schrittweise in den ersten fünf Jahren nach In-Kraft-Treten der Neuregelung umzusetzen und (iii) durch einen gesetzlichen Vermögensübergang zu gewährleisten, dass das vorgenannte Planvermögen im Insolvenzfall auf den PSVaG übergeht. Hierzu hat die BDA entsprechende Vorschläge für Änderungen des Betriebsrentengesetzes gemacht.[113] Eine Beitragsgestaltung, im Rahmen derer die jeweilige Unternehmensbonität zu berücksichtigen ist, lehnt die BDA ab, da die notwendige Überprüfung der Bonität der Mitgliedsunternehmen sich kaum verwaltungsarm und praktikabel gewährleisten ließe. Im Übrigen habe sich in der Finanzkrise gezeigt, dass Ratings nur ein bedingt verlässliches Indiz für eine bestehende Insolvenzfestigkeit geben könnten.[114]

Die BDA hat sich in ihrem Konzeptentwurf auch mit den Einwänden gegen eine risikoorientierte Beitragsstruktur auseinander gesetzt.[115] Unter anderem zitiert die BDA ohne Quellenangabe einen Einwand, nachdem der bisherigen Beitragsstruktur des PSVaG das Solidarprinzip innewohne, das mit der Umstellung auf eine risikoorientierte Gestaltung aufgegeben würde. Laut BDA überzeugt der Einwand nicht. Noch nie sei es ein erklärtes Ziel der PSV-Beitragsstruktur gewesen, schlechte Risiken zulasten guter Risiken zu begünstigen.[116]

Eine Weiterentwicklung des BDA-Konzeptentwurfs wurde im Mai 2010 in einem Vortrag auf der aba-Jahrestagung vorgestellt und anschließend veröffentlicht. Danach soll nunmehr bei der Berücksichtigung einer Schadensvorsorge nicht mehr auf das Planvermögen gemäß IAS 19 sondern grundsätzlich auf die Definition des Deckungsvermögens gemäß § 246 Abs. 2 S. 2 HGB in der seit

[111] Vgl. BDA-Konzeptentwurf, S. 2 ff.
[112] BDA-Konzeptentwurf, S. 5 f.
[113] Vgl. BDA-Konzeptentwurf, S. 6
[114] Vgl. BDA-Konzeptentwurf, S. 14
[115] Vgl. BDA-Konzeptentwurf, S. 14 ff..
[116] BDA-Konzeptentwurf, S. 16

dem 1.1.2009 geltenden Fassung abgestellt werden. Im Hinblick auf die dauerhafte Einhaltung der Qualifizierungsanforderungen für Deckungsvermögen wurden Kriterien sowie eine einfache Lösung als Alternative mit einem geringeren Beitragsnachlass entwickelt. Diskutiert wird, kongruent rückgedeckte Versorgungszusagen unter definierten Voraussetzungen aus der Insolvenzsicherungspflicht zu entlassen. Schließlich werden Überlegungen zu einer stärkeren Verstetigung des PSV-Beitrags angestellt.[117]

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales hat in einer Veröffentlichung begrüßt, dass die BDA ihren Vorschlag nicht zum Anlass nimmt, die Notwendigkeit des Insolvenzschutzes der betrieblichen Altersvorsorge oder seinen Umfang in Frage zu stellen. Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales habe aber auch Verständnis für die Sorgen vieler mittlerer und kleinerer Unternehmen, die befürchten, dass eine Entlastung der Großunternehmen zu ihren Lasten gehen würde. Es bleibe abzuwarten, ob die derzeitige Diskussion in eine konkrete Forderung an das Bundesministerium für Arbeit und Soziales bzw. den Gesetzgeber münde, das Betriebsrentengesetz entsprechend zu ändern. Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales sei hier grundsätzlich offen, wenn es zu einem innerhalb der BDA und innerhalb der aba abgestimmten Vorschlag komme.

Wichtige Aspekte für das Ministerium für Arbeit und Soziales seien hierbei:

- Es dürfen keine Insolvenzsicherungslücken entstehen.
- Das Beitragszahlungsverfahren sollte auch weiterhin einfach und kostengünstig sein.
- Beitragsbemessung und -erhebung sollten sowohl für die Unternehmen als auch für den PSVaG unbürokratisch und praktikabel erfolgen können.
- Das neue Beitragssystem sollte konsistent sein. Die erfolgte Absicherung sollte daher einer externen Überprüfung unterliegen, und insolvenzrechtlich muss sichergestellt sein, dass keine anderen Gläubiger Zugriffsrechte auf das ausgegliederte Vermögen haben.[118]

## II.6 Literatur und Rechtsprechung

Nachfolgend wird exemplarisch und überblicksartig Literatur dargestellt, die sich kritisch mit der derzeitigen Ausgestaltung der Beitragspflicht und -bemessung auseinandersetzt. Dabei wird zwischen Literatur unterschieden, die sich mit der Umstellung des Finanzierungsverfahrens auf vollständige Kapitaldeckung auseinandersetzt, und solcher, die sich generell gegen die aktuellen Regelungen zur Beitragspflicht und -bemessung wenden. Dem wird die aktuelle Rechtsprechung gegenübergestellt, nach welcher die derzeitigen gesetzlichen Regelungen einer rechtlichen Überprüfung standhalten.

[117] Gunkel, BetrAV 2010, S. 501
[118] Flecken, BetrAV 2010, S. 101, 104; vgl. auch Fuchtel, BetrAV 2011, S. 295

### II.6.1 Literatur

Die Darstellung der Literatur beschränkt sich wie bereits erwähnt im Wesentlichen auf die Stimmen, die sich kritisch mit der derzeitigen Ausgestaltung der Beitragspflicht und -bemessung auseinandersetzen. Nicht unerwähnt bleiben soll, dass es auch Stimmen gibt, die eine Reduzierung des PSV-Beitrags wegen der Existenz ausgelagerten, insolvenzgeschützten Vermögens differenziert betrachten. Gegen eine derartige Reduzierung des PSV-Beitrags spreche die Funktionsweise des Umlageverfahrens des PSVaG. Hierbei werde keine Bonitätsprüfung oder ein Rating einzelner Unternehmen durchgeführt, so dass alle Unternehmen unabhängig von ihrer eigenen finanziellen Situation den gleichen Beitrag zahlten. Der PSVaG verstehe sich in diesem Punkt als Solidargemeinschaft. Durch die Reduzierung des PSV-Beitrags würde dies in Teilen konterkariert, da die Unternehmen, die die Mittel zur Auslagerung hätten, tendenziell besser dastünden. Die Ausfälle würden sich somit stärker auf die verbliebenen Vollzahler verteilen.[119]

#### II.6.1.1 Literatur im Zusammenhang mit der Einführung der Regelungen zur Ausfinanzierung von Anwartschaften

Der Gesetzgeber hat im Jahr 2006 im Rahmen des Gesetzes zur Änderung des Betriebsrentengesetzes und anderer Gesetze vom 19.10.2006[120] das Risiko eines stark ansteigenden Volumens von bis dahin noch nicht finanzierten Anwartschaften durch eine Änderung des Finanzierungsverfahrens der gesetzlichen Insolvenzsicherung abgefedert. Das bisherige Rentenwertumlageverfahren wurde von einem vollständigen Kapitaldeckungsverfahren abgelöst.[121]

Das neue Finanzierungsverfahren enthält in § 30 i BetrAVG eine Übergangsregelung zur Finanzierung der in der Vergangenheit aufgelaufenen gesetzlich unverfallbaren Anwartschaften (sog. "Altlast"). Danach wird der Barwert der bis zum 31.12.2005 aufgrund eingetretener Insolvenzen zu sichernden Anwartschaften einmalig auf die beitragspflichtigen Arbeitgeber entsprechend § 10 Abs. 3 BetrAVG umgelegt und vom Träger der Insolvenzsicherung nach Maßgabe der Beträge zum Schluss des Wirtschaftsjahres, das im Jahr 2004 geendet hat, erhoben. Zur Nachfinanzierung sind damit alle Arbeitgeber verpflichtet, die im Jahr 2005 beitragspflichtig waren.

An dieser vermeintlichen "Sonderabgabe" für eine bestimmte Gruppe von Arbeitgebern entzündet sich die wesentliche Kritik. Zum einen wird die Norm unter dem Aspekt der (echten und hilfsweise unechten) Rückwirkung als verfassungswidrig angesehen.[122] Zum anderen soll die Verpflichtung von Arbeitgebern zur Entrichtung von Sonderbeiträgen gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz insofern verstoßen, als ausschließlich solche Arbeitgeber erfasst würden, die 2005 der Insolvenzsicherungspflicht unterlagen. Sowohl Arbeitgeber, die zuvor vom Insolvenzschutz des PSVaG profitiert hätten, deren Beitragspflicht aber vorher geendet habe, als auch Arbeitgeber, die

[119] Küting/Kessler, Auslagerung von Pensionsverpflichtungen mittels eines CTA - Das Zusammenspiel von Arbeits-, Insolvenz-, Steuer- und Bilanzrecht, in Festschrift für Reinhold Höfer zum 70. Geburtstag, 2011, S. 145, 157
[120] BGBl. I 2006, S. 2742
[121] BR-Drs 298/06, S. 4; vgl. ausführlich zum neuen Finanzierungsverfahren Hoppenrath/Berenz, DB 2007, S. 630
[122] Rolfs/de Groot, DB 2009, S. 61 m.w.N.

erst 2006 insolvenzsicherungspflichtig geworden seien, seien nicht erfasst. Das gelte ebenso für das Fehlen einer Binnendifferenzierung innerhalb der sonderbeitragspflichtigen Arbeitgeber. Bestehen und Höhe der besonderen Beitragspflicht nach § 30 i BetrAVG seien völlig unabhängig davon, wie lange der Insolvenzschutz für das jeweilige Unternehmen bereits bestanden habe, dies widerspreche dem Gebot der Vorteilsgerechtigkeit und überschreite die Grenze von zulässigen Typisierungen.[123]

### II.6.1.2 Literatur zum allgemeinen Reformbedarf

Soweit sich die Literatur allgemein mit der Frage des Reformbedarfs der gesetzlichen Insolvenzsicherung auseinandersetzt, ist zwischen Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit der Regelungen und solchen im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit europäischem Recht zu unterscheiden.

#### II.6.1.2.1 Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz

Die Kritik unter dem Gesichtspunkt einer fehlenden Vereinbarkeit der derzeitigen Beitragspflicht und -bemessung der gesetzlichen Insolvenzsicherung mit dem Grundgesetz kann exemplarisch wie folgt dargestellt werden:

- Nach einer Ansicht in der Literatur verstößt die pauschalierend allein von der Höhe der Pensionsverpflichtung und der Art des gewählten Durchführungswegs abhängige Beitragsbemessung nach § 10 Abs. 1, § 7 Abs. 1 BetrAVG gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.[124]

  Begründet wird die Auffassung zum einen unter dem Gesichtspunkt der Beitragspflicht in Abhängigkeit von der Durchführung der betrieblichen Altersversorgung über bestimmte Durchführungswege damit, dass das Abstellen allein auf die "Zusageart" (Hervorhebung durch d. Verf.) und nicht auf das Ausfallrisiko eine Gleichbehandlung von sachlich Ungleichem darstellt. Der für die Beiträge erlangte Versicherungsschutz vermöge die Belastung nicht zu kompensieren, da es sich nicht um einen gleichwertigen Vorteil handele. Dies gelte insbesondere in den Fällen, in denen das Risiko einer Inanspruchnahme des PSVaG erheblich verringert werde, so etwa dann, wenn der Arbeitgeber faktisch keinem Insolvenzrisiko ausgesetzt sei, ohne dass § 17 Abs. 2 BetrAVG greife, oder bei Absicherung der Rentenansprüche und -anwartschaften durch Rückdeckungsversicherung und CTA. Diese Arbeitgeber könnten im freien Wettbewerb sehr viel preisgünstigeren Versicherungsschutz erhalten.[125]

  Darüber hinaus liege eine Ungleichbehandlung von Sachverhalten, die in wesentlicher Hinsicht gleich seien, insofern vor, als § 10 Abs. 3 Nr. 4 BetrAVG für den Pensionsfonds eine verringerte Beitragspflicht von 20 % vorsehe, andere Risikoabsicherungen wie Treuhandmodelle aber zu

[123] Rolfs/de Groot, DB 2009, S. 61 m.w.N.
[124] Rolfs/de Groot, ZIP 2009, S. 785, 790; vgl. auch Thum/Bitsch, BB 2010, S. 2693
[125] Rolfs/de Groot, ZIP 2009, S. 785, 788

keiner verringerten Beitragshöhe führten. § 10 Abs. 3 Nr. 4 BetrAVG sei mit Wirkung zum 1.1.2002 gerade vor dem Hintergrund eingeführt, dass die Durchführung der Zusage mittels eines Pensionsfonds (§ 112 VAG) das Risiko einer sich auf das Versorgungsniveau auswirkenden Insolvenz des Arbeitgebers verringere. In den wesentlichen Punkten entsprächen sich die Auslagerung der Pensionsverpflichtung auf einen Pensionsfonds und die Absicherung z.B. mittels eines CTA jedoch.[126]

Die nach Ansicht der Autoren bestehende Ungleichbehandlung und auch sachwidrige Gleichbehandlung kann nach deren Auffassung auch nicht als gerechtfertigt angesehen werden. Als Argument für eine fehlende Rechtfertigung wird vor allem auf die nicht sachgerechte Abgrenzung zwischen beitragspflichtigen und beitragsfreien Arbeitgebern sowie Durchführungswegen abgestellt. Die Voraussetzungen für die die Zulässigkeit von typisierenden Regelungen seien nicht erfüllt, die Wahl des Durchführungsweges bilde insbesondere dann, wenn der Arbeitgeber die Versorgungszusage zusätzlich abgesichert habe, keinen sachlichen Anknüpfungspunkt für die volle Beitragspflicht. Das Postulat, dass die in § 10 Abs. 1 BetrAVG genannten Durchführungswege besonders anfällig für Ausfälle seien, könne nicht pauschal aufrecht erhalten werden. Überdies seien die mit der pauschalierenden Beitragspflicht verbundenen Härten weder von geringer Intensität noch nur unter Schwierigkeiten vermeidbar. Es möge zwar zutreffen, dass mit der Feststellung des Insolvenzrisikos im Einzelfall ein höherer Verwaltungsaufwand verbunden sei. Die Gerichte hätten aber stichhaltige Kriterien geliefert, nach denen eine Entscheidung über die Höhe der Beitragspflicht getroffen werden könne: die Beaufsichtigung der Versorgungseinrichtung durch die BaFin, die Einräumung eines unmittelbaren Rechtsanspruchs des Versorgungsberechtigten gegen die Einrichtung, die Sicherung der für die Versorgung überlassenen Mittel gegen einen Zugriff des Arbeitgebers.[127]

- Nach einer weiteren Ansicht ist das Beitragssystem des § 10 BetrAVG im Hinblick auf den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, wenn auch mit anderer Begründung im Einzelnen und abweichenden Schlussfolgerungen, ebenfalls kaum noch haltbar. Die Nichtberücksichtigung von Planvermögen bei der Beitragsbemessung, sei es in Form von CTA-Modellen oder verpfändeter Rückdeckungsversicherungen, führe zu Systemwidrigkeiten, die verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen seien.[128]

  Dabei wird die Typisierung der Beitragspflicht nach Durchführungswegen als solche trotz denkbarer Ungerechtigkeiten als verfassungsgemäß angesehen. Eine Verpflichtung zur Berücksichtigung des Insolvenzrisikos des konkreten Arbeitgebers wird - auch vor dem Hintergrund des nach Ansicht der Autoren für die Insolvenzsicherung maßgeblichen Solidarprinzips - nicht für erforderlich gehalten.[129]

  Allerdings bestehen nach dieser Ansicht mit (i) der fehlenden Berücksichtigung privatrechtlicher Instrumente der Insolvenzsicherung, (ii) der tatsächlichen Entwicklung im Bereich der betrieblichen Altersversorgung sowie (iii) dem Vorliegen von Widersprüchen zu den bilanzrecht-

[126] Rolfs/de Groot, ZIP 2009, S. 785, 789
[127] Rolfs/de Groot, ZIP 2009, S. 785, 789
[128] Schnitker/Sittard, NZA 2010, S. 1333, 1334
[129] Schnitker/Sittard, RdA 2010, S. 295, 296

lichen Wertungen des HGB und durch die Privilegierung des Pensionsfonds Ansatzpunkte, die unter dem Gesichtspunkt des Art. 3 Abs. 1 GG erhebliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Gesamtregelung aufkommen ließen. Die Kritik entzündet sich dabei insbesondere daran, dass die einzelnen Durchführungswege pauschal als so sicher oder gefährdet angesehen werden, dass sie ausnahmslos nach dem "Alles oder Nichts"-Prinzip der Insolvenzsicherung und damit der Beitragslast unterworfen oder von dieser ausgenommen werden. In diesem Zusammenhang wird weiter die Frage aufgeworfen, ob die Privilegierung des Pensionsfonds nicht eine Abkehr von diesem "Alles oder Nichts"-Prinzip darstelle, die es unter dem Gesichtspunkt der Systemgerechtigkeit notwendig mache, nunmehr auch die anderen Durchführungswege einer durchaus noch typisierenden, aber nicht mehr gänzlich oberflächlichen Analyse der tatsächlichen Insolvenzgefährdung zu unterziehen.[130]

Im Rahmen entsprechender Anregungen für eine gleichheitsgemäße Neuregelung des gesetzlichen Insolvenzschutzes wird zunächst die Auffassung vertreten, dass eine Neuregelung nicht dazu führen soll, dass Konstellationen, in denen Sicherungsmechanismen wie verpfändete Rückdeckungsversicherungen oder ein CTA vorliegen, generell aus der Insolvenzsicherung durch den PSVaG herausgenommen werden sollten.[131] Ein system- und gleichheitskonformes Beitragssystem zur Insolvenzsicherung soll danach Planvermögen im bilanziellen Sinne bei grundsätzlich fortbestehender Insolvenzsicherung der Zusage durch den PSVaG beitragsreduzierend anerkennen.[132]

- Schließlich wird die verfassungsrechtliche Beurteilung der Höhe der in 2009 ergangenen Beitragsbescheide hinterfragt. Die Höhe des Beitrags von 14, 2 Promille sollen in verfassungsrechtlicher Hinsicht und im Hinblick auf die bisher zur Beitragshöhe ergangene Rechtsprechung zumindest Fragen aufwerfen.[133]

  Dabei wird zunächst die Auffassung vertreten, der Insolvenzsicherungsbeitrag stelle sich als - verfassungsgemäße - Sonderabgabe zu Finanzierungszwecken dar.[134]

  Allerdings wird ein Verstoß gegen Art. 14 GG (Schutz des Eigentums) für möglich gehalten, "wenn die Geldleistungspflichten den Beitragszahler übermäßig belasten und seine Vermögensverhältnisse grundlegend beeinträchtigen". Weiter wird ein Verstoß gegen Art. 12 GG (Recht auf Berufsfreiheit) unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit unter Heranziehung entsprechender Urteile des Bundesverwaltungsgerichts aus 2008 erörtert. In beiden Fällen wird ein genereller Verstoß gegen das Grundgesetz verneint. Doch habe die Rechtsprechung zugleich deutlich gemacht, dass sie, sowohl im Hinblick auf Art. 12 als auch im Hinblick auf Art. 14 GG, immer die damaligen Beitragsbelastungen beurteilt habe. Die hier zitierte Auffassung geht davon aus, dass sich die Einschätzung der Rechtsprechung ändern könnte, wenn die Beitragsbelastung eine völlig andere Dimension erreicht.[135]

---

[130] Ausführlich zu den einzelnen Punkten Schnitker/Sittard, RdA 2010, S. 295, 296 ff. m.w.N.
[131] Schnitker/Sittard, RdA 2010, S. 295, 301
[132] Schnitker/Sittard, RdA 2010, S. 295, 302
[133] Vgl. Joussen, BB 2010, S. 1469, 1471
[134] Joussen, BB 2010, S. 1469, 1473; a.A. Thum/Bitsch, BB 2010, S. 2693
[135] Vgl. Joussen, BB 2010, S. 1469, 1473 f. m.w.N.

> Im Ergebnis lassen sich nach dieser Ansicht zwei mögliche Szenarien aufzeigen: Einerseits sei vorstellbar, dass die Rechtsprechung sich selbst ernst nehme: Weil sie bislang immer auf den verhältnismäßig niedrigen Beitragssatz als Rechtfertigung für die Beitragspflicht und ihrer Verfassungsmäßigkeit rekurriere ("wenige Tausendstel", BVerwG 1995), würde man jetzt darauf setzen können, dass die jüngsten Beitragsbescheide in Höhe von 14,2 Promille das zulässige Maß mehr als deutlich überschreiten würden und die verfassungsrechtlichen Grenzen, die die Rechtsprechung ja stets angesprochen habe, verletzt seien, … Doch sei sicher auf der anderen Seite nicht ausgeschlossen, dass die Rechtsprechung auch dieses Mal wieder die erforderliche Verhältnismäßigkeit mit der Einmaligkeit der derzeitigen Situation begründe, die erst dann verloren gehen könne, wenn sich abzeichne, dass derart hohe Beiträge länger andauerten oder häufiger vorkämen. Je nach der bevorstehenden wirtschaftlichen Entwicklung werde man daher die Beitragssatzentwicklung besonders sorgfältig beobachten müssen. Dabei könne auch der beim PSV angesiedelte Ausgleichsfonds in den Blick geraten, der zumindest zum Teil die erheblichen Belastungen der Unternehmer zurückführen könne.[136]

Demgegenüber geht der PSVaG mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts[137] nach hiesigem Verständnis davon aus, dass die derzeitigen gesetzlichen Regelungen zur Beitragspflicht und -bemessung verfassungskonform sind. Eine Beitragsreduzierung unter bestimmten Voraussetzungen z.B. bei Vorliegen eines zweckgebundenen Vermögens über eine CTA-Konstruktion soll u.a. ein gesetzliches Korsett erfordern, z.B. mit einem Vermögensübergang in der Insolvenz vom CTA auf den PSVaG entsprechend den Regelungen für Unterstützungskassen. Bei der Abwicklung von rückgedeckten Unterstützungskassen soll nach Ansicht des PSVaG eine für alle Beteiligten zufriedenstellende Lösung möglicherweise auf einer anderen Ebene liegen. Wenn bei der rückgedeckten Unterstützungskasse eine von der rechtlichen Qualität mit der Direktversicherung vergleichbare Insolvenzsicherheit unter Einbeziehung des Rückdeckungsversicherers erreicht würde, dann könne diese gesetzlich klar abgrenzbare Durchführungsform aus der Insolvenzsicherungspflicht entlassen werden.[138]

#### II.6.1.2.2 Vereinbarkeit mit europäischem Recht

Die Beitragspflicht zum PSVaG besteht gemäß § 10 Abs. 1 BetrAVG kraft öffentlichen Rechts und wird durch diesen als beliehenes Unternehmen mittels Verwaltungsakt durchgesetzt. Diese Stellung soll nach einer Literaturauffassung unter dem Blickwinkel des europäischen Wettbewerbsrechts und der Dienstleistungsfreiheit Bedenken begegnen.[139] Eine vertiefte Auseinandersetzung mit dieser Auffassung würde eine umfassende Prüfung der Vereinbarkeit des jetzigen Systems der deutschen gesetzlichen Insolvenzsicherung der betrieblichen Altersversorgung mit europäischem Recht erfordern, die jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Gutachtenauftrags ist und den Umfang des Gutachtens auch sprengen würde. Aus diesem Grund wird nachfolgend keine abschließende Bewertung der zitierten Literaturauffassung vorgenommen. Es werden lediglich Fragen aufgeworfen, deren Beantwortung nach hiesiger Einschätzung zu anderen Ergebnissen führt.

---

[136] Joussen, BB 2010, S. 1469, 1474
[137] Siehe hierzu unten II.6.1.3
[138] Berenz, BetrAV 2010, S. 322; vgl. auch Hoppenrath, BetrAV 2010, S. 220; Wohlleben, BetrAV 2011, S. 232
[139] Vgl. zu den Einzelheiten Rolfs/de Groot, ZIP 2009, S. 785; vgl. auch Thum/Bitsch, BB 2010, S. 2693

- Die vorgenannte Auffassung wird hier unter anderem insoweit als fraglich angesehen, weil zum einen im Hinblick auf den behaupteten Verstoß gegen europäisches Wettbewerbsrecht die Einordnung des PSVaG als monopolartiges Unternehmen im Sinne des Art. 86 EG-Vertrag (nunmehr Art. 106 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union - AEUV) damit begründet wird, dass das Solidaritätsprinzip nicht ausreichend gewahrt ist. Der PSVaG könne hinsichtlich der Solidaritätsaspekte nicht mit den Trägern der sozialen Sicherungssysteme gleichgesetzt werden, es finde keine soziale Umverteilung zwischen den Beitragsschuldnern statt.[140] Zum anderen wird im Hinblick auf einen Verstoß gegen Art. 82 EG-Vertrag (nunmehr Art. 102 AEUV) zur Begründung angeführt, Zweifel an der Gemeinschaftskonformität der Beitragserhebung begründeten vor allem die fehlende Äquivalenz zwischen Beitragsleistung und Versicherungsschutz.[141]

  Dem Argument der angeblich fehlenden Solidaritätsaspekte ist entgegenzuhalten, dass sich die Kritik an dem derzeitigen Beitragssystem ja gerade daran entzündet, dass das versicherte Risiko keine ausreichende Berücksichtigung findet. Weiter ist zu beachten, dass derzeit mangels Berücksichtigung des individuellen Insolvenzrisikos des einzelnen Arbeitgebers eine Umverteilung von Arbeitgebern mit guter Bonität zu Gunsten von Arbeitgebern mit weniger guter Bonität stattfindet. Es gilt das Prinzip der solidarischen Risiko- bzw. Lastenverteilung.[142] Hierbei handelt es sich um ein typisches Strukturmerkmal der Sozialversicherung. Gleiches gilt für die Abkoppelung des Leistungsanspruchs der gesicherten Versorgungsberechtigten von der tatsächlichen Entrichtung der Versicherungsbeiträge an den PSVaG.[143]

  Im Hinblick auf die vermeintlich fehlende Äquivalenz zwischen Beitragsleistung und Versicherungsschutz wird auf die unter Ziff. II.5.1.3 zitierte Rechtsprechung des BVerwG verwiesen.[144] Danach sind durch die derzeitigen gesetzlichen Regelungen jedenfalls die verfassungsrechtlichen Grenzen der Erhebung nichtsteuerlicher Abgaben, insbesondere das Äquivalenzprinzip und der daraus abzuleitende Grundsatz der Vorteilsgerechtigkeit, nicht verletzt.

- Hinsichtlich des behaupteten Verstoßes gegen das Verbot von Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs stellt sich unter anderem die Frage, ob die Tätigkeit des PSVaG nicht doch - anders als von den oben genannten Autoren behauptet - dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist.[145] Entgegen der Ansicht dieser Autoren ist nach hier vertretener Auffassung insoweit nicht allgemein auf die versicherungsförmige Absicherung gegen den Eintritt des Insolvenzfalls, sondern auf die in § 10 Abs. 1 BetrAVG normierte öffentlich-rechtliche Beitragspflicht und die in § 14 BetrAVG normierten Regelungen zum Träger der Insolvenzsicherung abzustellen. Hierdurch wird deutlich, dass die Bundesrepublik Deutschland die gesetzliche Insolvenzsicherung der betrieblichen Altersversorgung sehr wohl als hoheitliche Aufgabe versteht, die ggf. mit öffentlicher Gewalt durchzusetzen ist. Dies wird durch das aba-

[140] Rolfs/de Groot, ZIP 2009, S. 785, 786
[141] Rolfs/de Groot, ZIP 2009, S. 785, 786
[142] Vgl. hierzu auch BVerwG 25.08.2010 - 8 C 23.09
[143] Vgl. Rolfs, Die Insolvenzsicherung der betrieblichen Altersversorgung zwischen Privat- und Sozialversicherung, in Festschrift für Reinhold Höfer zum 70. Geburtstag, 2011, S. 213, 214, 220 ff.
[144] BVerwG 15.9.2010 - 8 C 32.09; BVerwG 25.8.2010 - 8 C 23.09
[145] Vgl. Art. 45 Abs. 1 EG-Vertrag, nunmehr Art. 51 Abs. 1 AEUV

Gutachten bestätigt, das entsprechende Alternativen auf Basis von privatrechtlichen Modellen auf ihre Eignung untersucht hat.[146] Ein Wettbewerb mehrerer mit Gewinnerzielungsabsicht handelnder Anbieter wurde im Ergebnis vom Gesetzgeber bewusst ausgeschlossen. Aufgrund der Sozialschutzfunktion gibt es beispielsweise auch in den USA, UK, Schweden, in der Schweiz und in Japan nur einen Träger der gesetzlichen Insolvenzsicherung.[147]

Weiter dürfte in diesem Zusammenhang auch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts von Bedeutung sein. Weil danach die betriebliche Altersversorgung als Ergänzung der Sozialrenten zu einer angemessenen Gesamtversorgung wesentliche Bedeutung für die Verwirklichung des Sozialstaatsgebots nach Art. 20 Abs. 1 GG hat, trete an die Stelle der Abgeltung eines individuellen Vorteils des Beitragspflichtigen der aus dem Sozialstaatsgebot abgeleitete Grundsatz des sozialen Ausgleichs. Er gestatte dem Gesetzgeber eine nivellierende Beitragsverteilung auf die Solidargemeinschaft der Insolvenzsicherungspflichtigen.[148]

Schließlich dürfte zu beachten sein, dass das System der gesetzlichen Insolvenzsicherung auch von typischen Strukturmerkmalen der Sozialversicherung mitgeprägt ist. Zu nennen sind insoweit die Abkoppelung des Leistungsanspruchs der gesicherten Versorgungsberechtigten von der tatsächlichen Entrichtung der Versicherungsbeiträge an den PSVaG und die Unabhängigkeit der Beiträge vom individuellen Insolvenzrisiko des beitragspflichtigen Unternehmens.[149] Der PSVaG kann sich seine Kunden weder aussuchen noch die Prämien für den gewährten Versicherungsschutz mit Blick auf die Zukunft auskömmlich kalkulieren, sondern legt - auch nach Umstellung des Finanzierungsverfahrens - im Wesentlichen nur die eingetretenen Schäden auf seine Mitgliedsunternehmen um.[150] Diese Punkte setzen voraus, dass die gesetzliche Insolvenzsicherung eine hoheitliche Aufgabe ist, die ggf. mit öffentlicher Gewalt durchzusetzen ist.

Die vorgenannten Fragen sind, wie bereits ausgeführt, im Rahmen des vorliegenden Gutachtens nicht abschließend zu beantworten. Vielmehr wird unterstellt, dass das derzeitige System der gesetzlichen Insolvenzsicherung mit europäischem Recht vereinbar ist. Die Diskussion macht aber deutlich, dass der Gesetzgeber im Rahmen einer eventuellen Reform der Beitragspflicht und -bemessung auch den europarechtlichen Rahmen im Blick haben muss, damit es auch tatsächlich - wie im BDA-Konzeptentwurf vorgesehen - nur um eine Fortentwicklung der Beitragsstruktur des PSVaG geht.

---

146 Siehe hierzu auch II.4.1.2

147 Wohlleben, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Insolvenzsicherung der betrieblichen Altersversorgung, in Festschrift für Reinhold Höfer zum 70. Geburtstag, 2011, S. 313 f.; vgl. dazu weiter Wohlleben, BetrAV 2007, S. 692

148 BVerwG 15.9.2010 - 8 C 32.09 - m.w.N.

149 Vgl. Rolfs, Die Insolvenzsicherung der betrieblichen Altersversorgung zwischen Privat- und Sozialversicherung, in Festschrift für Reinhold Höfer zum 70. Geburtstag, 2011, S. 213, 214, 220 ff.

150 Wohlleben, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Insolvenzsicherung der betrieblichen Altersversorgung, in Festschrift für Reinhold Höfer zum 70. Geburtstag, 2011, S. 314

### II.6.2 Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat den oben dargestellten, kritischen Literaturauffassungen eine grundsätzliche Absage erteilt. Danach bestehen sowohl gegen die Vorschrift des § 30 i BetrAVG als auch gegen das derzeitige System der Beitragspflicht und -bemessung keine rechtlichen Bedenken.

#### II.6.2.1 Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Einführung der Regelungen zur Ausfinanzierung von Anwartschaften

Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) beschäftigt sich in seinem Urteil vom 15.9.2010 - 8 C 32.09 - mit der Erhebung eines Einmalbeitrags nach § 30 i BetrAVG.[151] Danach ist diese Ermächtigungsgrundlage nicht verfassungswidrig; insbesondere verletzt § 30 i BetrAVG weder den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) noch das rechtsstaatliche Rückwirkungsverbot (Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG). Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Erhebung nichtsteuerlicher Abgaben sind laut BVerwG nicht verletzt.

Nachfolgend werden die nach hiesiger Sichtweise für die Fragestellungen des Gutachtens wesentlichen Aussagen aus den Urteilsgründen dargestellt:

- Wie das BVerwG ausführt, verlangt Art. 3 Abs. 1 GG, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich, also seiner Eigenart entsprechend verschieden zu behandeln. Er sei verletzt, wenn die gleiche oder ungleiche Behandlung der geregelten Sachverhalte nicht mehr durch einen vernünftigen, einleuchtenden Grund gerechtfertigt sei und deshalb als willkürlich erscheine. Der allgemeine Gleichheitssatz verbiete also nicht jede Differenzierung. Vielmehr sei es grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, diejenigen Sachverhalte auszuwählen, die er als vergleichbar ansehen und an die er dieselbe Rechtsfolge knüpfen wolle. Er müsse seine Auswahl lediglich bezogen auf die Eigenart des konkreten Sachgebiets sachgerecht treffen. Dabei stehe ihm im sozialpolitischen Bereich ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Zu prüfen sei daher nicht, ob er die jeweils zweckmäßigste oder gerechteste Lösung gefunden habe, sondern nur, ob die verfassungsrechtlichen Grenzen seiner Gestaltungsfreiheit überschritten seien.[152]

  Diese Grenzen seien im Hinblick auf die Intensität der Ungleichbehandlung zu konkretisieren. Die Prüfungsintensität reiche dabei vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. … Die in § 30 i Abs. 1 Satz 1 BetrAVG geregelte Ungleichbehandlung und das Fehlen einer Binnendifferenzierung innerhalb der Gruppe der Einmalbeitragspflichtigen seien nicht nur durch sachliche Gründe gerechtfertigt, sondern auch verhältnismäßig.[153]

  Im Rahmen seiner Begründung macht das BVerwG auch deutlich, dass der aus dem Äquivalenzprinzip abgeleitete Grundsatz vorteilsgerechter Beitragsbemessung für die Erhebung von

[151] Vgl. hierzu auch Wohlleben BetrAV 2011, 232
[152] BVerwG 15.9.2010 - 8 C 32.09 - Rn. 15
[153] BVerwG 15.9.2010 - 8 C 32.09 - Rn. 16

Beiträgen zur Insolvenzsicherung der betrieblichen Altersversorgung nur eingeschränkt gilt. Weil die betriebliche Altersversorgung als Ergänzung der Sozialrenten zu einer angemessenen Gesamtversorgung wesentliche Bedeutung für die Verwirklichung des Sozialstaatsgebots nach Art. 20 Abs. 1 GG habe, trete an die Stelle der Abgeltung eines individuellen Vorteils des Beitragspflichtigen der aus dem Sozialstaatsgebot abgeleitete Grundsatz des sozialen Ausgleichs. Er gestatte dem Gesetzgeber eine nivellierende Beitragsverteilung auf die Solidargemeinschaft der Insolvenzsicherungspflichtigen auch über die Grenzen sonst zulässiger Typisierung und Pauschalierung hinaus.[154]

- Entgegen der Auffassung der Revision seien auch die verfassungsrechtlichen Grenzen der Erhebung nichtsteuerlicher Abgaben, insbesondere das Äquivalenzprinzip und der daraus abzuleitende Grundsatz der Vorteilsgerechtigkeit, nicht verletzt. Zu Recht habe das Oberverwaltungsgericht den Einmalbeitrag nach § 30 i BetrAVG wie den Insolvenzsicherungsbeitrag nach § 10 Abs. 1 BetrAVG als Beitrag im verwaltungsrechtlichen Sinne behandelt. Die Annahme der Klägerin, der Einmalbeitrag entgelte keinen Vorteil oder jedenfalls keinen, der über den mit den laufenden Beiträgen erkauften Vorteil hinausginge, verkenne das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung in der gesetzlichen Insolvenzsicherung. Dort stehe der Beitragszahlung als Gegenleistung die Übernahme des insolvenzbedingten Risikos eines Ausfalls der Deckungsmittel gegenüber, die zur Erfüllung bereits erteilter Versorgungszusagen erforderlich sind.[155] Die gesetzliche Beitragsfinanzierung decke die zur Insolvenzsicherung erforderlichen Aufwendungen des Beklagten. Im Rentenwertumlageverfahren sei die Risikoübernahme durch Beiträge zur Finanzierung der Versorgungsleistungen im Zeitpunkt ihres Fälligwerdens erkauft worden. …[156]

- Eine Verletzung des rechtsstaatlichen Rückwirkungsverbots (Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG) habe das Berufungsgericht ebenfalls zutreffend verneint. … Angesichts der zentralen Bedeutung der betrieblichen Altersversorgung für die soziale Sicherung im Alter habe der Gesetzgeber anstreben dürfen, die durch steigende Insolvenzrisiken und eine stetige Vergrößerung der Deckungslücke gefährdete Finanzierung des Beklagten zukunftssicherer auszugestalten …[157]

Die Entscheidung hat das BVerwG mit Urteil ebenfalls vom 15.9.2010 - 8 C 35.09 - bestätigt.

### II.6.2.2 Rechtsprechung zum allgemeinen Reformbedarf

Das BVerwG hat in seiner Entscheidung vom 25.8.2010 - 8 C 23.09 - die Beitragspflicht der Klägerin hinsichtlich der rückgedeckten, pfandrechtlich gesicherten unmittelbaren Versorgungszusagen (Direktzusagen) und Unterstützungskassenzusagen gemäß § 10 Abs. 1 und 3 Nr. 1 und 2 BetrAVG bejaht.[158] Die wesentlichen Urteilsgründe ergeben sich aus einer Auslegung des § 10 BetrAVG.

---

[154] BVerwG 15.9.2010 - 8 C 32.09 - Rn. 21
[155] Urteile vom 25.8.2010 - BVerwG 8 C 23.09 und 40.09
[156] BVerwG 15.9.2010 - 8 C 32.09 - Rn. 25
[157] BVerwG 15.9.2010 - 8 C 32.09 - Rn. 27 ff.
[158] Vgl. hierzu auch Wohlleben, BetrAV 2011, S. 232; Wohlleben, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Insolvenzsicherung der betrieblichen Altersversorgung, in Festschrift für Reinhold Höfer zum 70. Geburtstag, 2011, S. 313

Nachfolgend werden die nach hiesiger Sichtweise für die Fragestellungen des Gutachtens wesentlichen Aussagen aus den Urteilsgründen dargestellt:

- Der **Wortlaut** der Vorschriften knüpft laut BVerwG allein an die Erteilung einer unmittelbaren Versorgungszusage oder Unterstützungskassenzusage an und unterscheidet nicht danach, ob zusätzliche Sicherungsabreden getroffen wurden.[159]

- Aus dem **systematischen Zusammenhang** lasse sich weder ein Wegfall der Beitragspflicht noch eine Beitragsermäßigung für kongruent rückgedeckte und pfandrechtlich gesicherte Direkt- oder Unterstützungskassenzusagen begründen. Die Beitragspflicht (§ 10 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG) und die Beitragsbemessung (§ 10 Abs. 3 BetrAVG) bestimmen sich laut BVerwG nach dem gewählten Durchführungsweg der betrieblichen Altersversorgung im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 1b Abs. 2 bis 4 BetrAVG. Wie sich aus diesen Vorschriften ergebe, werde als Durchführungsweg die rechtliche Konstruktion des Primäranspruchs des Arbeitnehmers auf Versorgungsleistungen bezeichnet. … Danach könnten die kongruente Rückdeckung und die pfandrechtliche Sicherung weder eine Direktzusage noch eine Unterstützungskassenzusage als eigenständigen, von § 10 Abs. 1 und 3 Nr. 1 und 3 BetrAVG nicht erfassten Durchführungsweg qualifizieren. Auf die Konstruktion des Primäranspruchs hätten sie jeweils keinen Einfluss. … Anhaltspunkte für beitragsrelevante Differenzierungen innerhalb eines bestimmten Durchführungsweges sind nach der Entscheidung der Systematik des § 10 Abs. 1 und 3 BetrAVG lediglich für Direktversicherungen zu entnehmen. Auch sie bezögen sich nur auf die Ausgestaltung des primären Leistungsanspruchs und dessen Gefährdung durch Widerrufsvorbehalte oder Verfügungen des Arbeitgebers. Rechtsgeschäftliche Abreden zur Sicherung des Primäranspruchs seien dafür nicht relevant. Die Beitragsreduzierung zu Gunsten der Pensionsfonds nach § 10 Abs. 3 Nr. 4 BetrAVG knüpfe ebenfalls allein an die Konstruktion des Primäranspruchs, nämlich an die Rechtsnatur des Anspruchsgegners an.[160]

- Die **Entstehungsgeschichte** des Betriebsrentengesetzes rechtfertige ebenfalls nicht die Annahme, bei Direktzusagen oder Unterstützungskassenzusagen sei für die Beitragspflicht und -bemessung nach dem Bestehen einer Rückdeckung und pfandrechtlichen Sicherung zu differenzieren. Die einzige gesetzgeberische Erwägung zur Gleichwertigkeit einer solchen Sicherung mit der gesetzlichen Insolvenzsicherung beziehe sich nicht auf den hier einschlägigen Regelungszusammenhang und sei im Übrigen durch die weitere Gesetzesentwicklung überholt. Sie habe § 4 Abs. 3 und 4 BetrAVG i.d.F. des Gesetzes vom 16. Dezember 1997[161] betroffen. Danach sei bei Betriebseinstellung oder Liquidation eines Unternehmens die Übernahme der Versorgungsleistungen und unverfallbaren Anwartschaften aus Direktzusagen oder Unterstützungskassenzusagen durch eine rückgedeckte Unterstützungskasse auch ohne Zustimmung des betroffenen Arbeitnehmers zulässig gewesen, sofern diesem die Rückdeckungsansprüche verpfändet worden sei. Schon damals habe der Gesetzgeber die Gleichwertigkeit weder für Direktzusa-

[159] BVerwG 25.8.2010 - 8 C 23.09 - Rn. 18
[160] BVerwG 25.8.2010 - 8 C 23.09 - Rn. 19 ff.
[161] BGBl I 1997, S. 2998

gen noch generell für Unterstützungskassenzusagen außerhalb liquidationsbedingter Übernahmen bejaht.[162]

- Der **Sinn und Zweck** des § 10 Abs. 1 und 3 Nr. 1 und 3 BetrAVG schließe es aus, kongruent rückgedeckte und pfandrechtlich gesicherte Direkt- und Unterstützungskassenzusagen aus dem Anwendungsbereich der Regelung herauszunehmen. Sie solle gewährleisten, dass bei Insolvenz des Arbeitgebers genügend Deckungsmittel zur Erfüllung der Versorgungsansprüche aus der betrieblichen Altersversorgung zur Verfügung stehen und die zu sichernden Ausfallrisiken mit geringem Verwaltungsaufwand auf eine große Solidargemeinschaft verteilt werden. Dazu knüpfe die Beitragsregelung an das dem jeweiligen Durchführungsweg eigene abstrakte Insolvenzrisiko einer bestimmten Konstruktion des (primären) Versorgungsanspruchs an. Dies lasse das konkrete Insolvenzrisiko des Arbeitgebers ebenso unberücksichtigt wie zusätzliche Sicherungsabreden. Eine Beitragsbefreiung für kongruent rückgedeckte und pfandrechtlich gesicherte Direktzusagen würde den Insolvenzschutz nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts verkürzen, den Verwaltungsaufwand erheblich erhöhen und den gesetzlichen Grundsatz solidarischer Risikoverteilung durchbrechen. Bei einer Insolvenz des Arbeitgebers vor Eintreten des Versorgungsfalles böten die kongruente Rückdeckung und pfandrechtliche Sicherung einer Direkt- oder Unterstützungskassenzusage dem Arbeitnehmer keinen ausreichenden Schutz. … Unabhängig davon widerspreche es dem Gesetzeszweck solidarischer Risikoverteilung mit geringem Verwaltungsaufwand, die Anwendbarkeit der Insolvenzsicherungs- und -beitragsregelungen vom individuellen Insolvenzrisiko des einzelnen Arbeitgebers und vom Bestehen etwaiger rechtsgeschäftlicher Sicherungsabreden abhängig zu machen. Eine solidarische Risikoverteilung sei bei einer beitragsrechtlichen Abbildung des individuell-konkreten Risikos nicht zu verwirklichen.[163]

- Eine verfassungskonforme Reduktion des Anwendungsbereichs des § 10 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 1 BetrAVG hat das Bundesverwaltungsgericht abgelehnt. Die Anwendung des Beitragstatbestands auf kongruent rückgedeckte, pfandrechtlich gesicherte Direkt- und Unterstützungskassenzusagen verletze kein Verfassungsrecht.[164]

  Der Schutzbereich der Eigentumsgarantie des **Art. 14 Abs. 1 GG** sei nicht berührt, weil er sich nicht auf das Vermögen als solches erstrecke und die Beitragserhebung keine erdrosselnde Wirkung habe.[165] Für die Beurteilung einer erdrosselnden Wirkung ist laut BVerwG entscheidend auf den Beitragssatz und nicht maßgeblich auf den im Einzelfall zu zahlenden Beitrag abzustellen. Anderenfalls würde außer Acht gelassen, dass die Höhe des festgesetzten Beitrags jeweils vom Umfang der abgesicherten eigenen Versorgungszusagen des Mitgliedsunternehmens abhängen. Eine Beitragsbelastung von 8,66 Promille hat das BVerwG in den Entscheidungen zum Einmalbeitrag als innerhalb der Schwankungsbreite des regulären Jahresbeitrags liegend explizit für zulässig erachtet.[166]

---

[162] BVerwG 25.8.2010 - 8 C 23.09 - Rn. 25
[163] BVerwG 25.8.2010 - 8 C 23.09 - Rn. 26 ff.
[164] BVerwG 25.8.2010 - 8 C 23.09 - Rn. 30
[165] BVerwG 25.8.2010 - 8 C 23.09 - Rn. 31
[166] Wohlleben, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Insolvenzsicherung der betrieblichen Altersversorgung, in Festschrift für Reinhold Höfer zum 70. Geburtstag, S. 313, 318, mit Verweis auf BVerwG 15.9.2010 - 8 C 35.09

Auch die Berufsfreiheit nach **Art. 12 Abs. 1 GG** sei nicht betroffen. Die Ermächtigung zur Beitragserhebung weise keine objektiv-berufsregelnde Tendenz auf. Sie regele weder gezielt eine bestimmte berufliche Betätigung, noch betreffe sie nur bestimmte Berufe oder belaste bestimmte Berufsgruppen besonders.[167]

Der in der Beitragserhebung liegende Eingriff verletze auch nicht die durch **Art. 2 Abs. 1, Art. 19 Abs. 3 GG** geschützte wirtschaftliche Betätigungsfreiheit der Klägerin. § 10 Abs. 1 und 3 Nr. 1 und 3 BetrAVG seien Teil der verfassungsmäßigen Ordnung, die nach Art. 2 Abs. 1 GG die allgemeine Handlungsfreiheit beschränke. Sie genügten insbesondere den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Erhebung nichtsteuerlicher Abgaben. Der Insolvenzsicherungsbeitrag sei nicht als Sonderabgabe, sondern als Beitrag einzuordnen und als solcher verfassungskonform. Er erfülle die Begriffsmerkmale eines Beitrags, weil er das Entgelt für einen dem Arbeitgeber gewährten Vorteil darstelle. Dieser Vorteil liege in der Übernahme der Insolvenzsicherung der vom jeweiligen Arbeitgeber zugesagten betrieblichen Altersversorgung durch den Beklagten. … Verfassungsrechtlich sei die Erhebung des Beitrags als nichtsteuerlicher Abgabe wegen seines Gegenleistungscharakters grundsätzlich zulässig. Sie genüge auch dem Äquivalenzprinzip. Es setze nicht voraus, dass der Beitrag einen unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil des einzelnen Beitragspflichtigen ausgleiche oder dass dieser den gebotenen Vorteil tatsächlich nutze. Das Äquivalenzprinzip verlange nur, dass die Höhe der Beiträge nicht in einem Missverhältnis zum gebotenen Vorteil der Risikoübernahme stehe, und dass einzelne Beitragspflichtige nicht im Verhältnis zu anderen übermäßig belastet würden. Zwischen der Beitragshöhe und dem gewährten Vorteil bestehe kein Missverhältnis. Die Erhebung von Beiträgen in der gesetzlich geregelten Höhe sei geeignet und erforderlich, das legitime Ziel einer Insolvenzsicherung der betrieblichen Altersversorgung zu erreichen. Eine "Übersicherung" sei nach § 10 Abs. 2 BetrAVG in der im Beitragszeitraum geltenden Fassung ausgeschlossen, da die Beitragserhebung auf die zur Aufwands- und Kostendeckung des Beklagten erforderliche Summe beschränkt werde. Die Zumutbarkeit der Beitragsbelastung ergebe sich daraus, dass der Beitragssatz sich trotz konjunkturbedingter Schwankungen regelmäßig im einstelligen Promillebereich des Barwerts der zu sichernden Rechte bewege. Die Verteilung der Beitragslast nach § 10 Abs. 3 BetrAVG belaste den einzelnen Arbeitgeber auch nicht übermäßig im Verhältnis zu anderen Beitragspflichtigen. Auf eine individuelle Vorteilsgerechtigkeit im Sinne der wirtschaftlichen Gleichwertigkeit mit dem gewährten Vorteil komme es dabei nicht an. Der aus dem Sozialstaatsgebot des Art. 20 Abs. 1 GG abzuleitende Grundsatz des sozialen Ausgleichs rechtfertige auch eine solidarische Verteilung der Beitragslast auf die insolvenzsicherungspflichtigen Arbeitgeber. Insoweit modifiziere er den Grundsatz der Vorteilsgerechtigkeit für den Bereich der Insolvenzsicherung der betrieblichen Altersversorgung. Der Insolvenzsicherungsbeitrag müsse danach weder das Insolvenzrisiko des einzelnen Arbeitgebers noch das durch rechtsgeschäftliche Sicherungsabreden zu beeinflussende konkrete Ausfallrisiko im Insolvenzfall abbilden. Es genüge, dass die mit der solidarischen Lastenverteilung einhergehende Ungleichbehandlung durch sachliche Gründe zu rechtfertigen sei.[168]

Entgegen der Auffassung der Revision stehe § 10 Abs. 1 und 3 Nr. 1 bis 4 BetrAVG mit **Art. 3 Abs. 1 GG** in Einklang. … Das angegriffene Urteil sei zutreffend davon ausgegangen, dass die

[167] BVerwG 25.8.2010 - 8 C 23.09 - Rn. 32
[168] BVerwG 25.8.2010 - 8 C 23.09 - Rn. 33 ff.

Befugnis zur differenzierenden Regelung der Insolvenzsicherungsbeitragspflicht ihre Grenze erst im Willkürverbot finde. Diese Grenze sei überschritten, wenn sich kein die Differenzierung objektiv rechtfertigender sachlicher Grund finden lasse. Eine Ungleichbehandlung höherer Intensität, die darüber hinaus eine Prüfung der Differenzierung am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erfordere, liege hier nicht vor. Die Differenzierung der Beitragsbelastung knüpfe nicht an unverfügbaren Merkmale wie die in Art. 3 Abs. 2 GG aufgeführten Kriterien an, sondern allein an die Konstruktion des Versorgungsanspruchs. Der Arbeitgeber könne die Erfüllung der für die Beitragspflicht maßgeblichen Voraussetzungen selbst beeinflussen, in dem er sich für einen beitragsfreien, einen beitragsermäßigten oder einen in vollem Umfang beitragspflichtigen Durchführungsweg entscheide. … Die Annahme des Verwaltungsgerichts, das Willkürverbot werde nicht durch die Ungleichbehandlung der kongruent rückgedeckten, pfandrechtlich gesicherten Direkt- und Unterstützungskassenzusagen im Verhältnis zu den beitragsfreien Durchführungswegen und dem beitragsermäßigten Durchführungsweg über einen Pensionsfonds verletzt, sei revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Zutreffend habe das angegriffene Urteil auch das Fehlen einer Differenzierung innerhalb der Beitragsregelungen für Direkt- und Unterstützungskassenzusagen für willkürfrei gehalten. Der sachliche Grund für die Ungleichbehandlung der verschiedenen in § 10 Abs. 1 und 3 BetrAVG genannten Durchführungswege und für das Fehlen weiterer Differenzierungen ergebe sich aus dem Gesetzeszweck, das Risiko eines insolvenzbedingten Ausfalls von Deckungsmitteln zur Erfüllung der Versorgungszusagen des Arbeitgebers mit geringem Verwaltungsaufwand auf eine große Solidargemeinschaft zu verteilen. Der rechtfertigende Grund für die Ungleichbehandlung der in vollem Umfang beitragspflichtigen Durchführungswege im Vergleich zu den beitragsermäßigten oder beitragsfreien Durchführungswegen liege in dem unterschiedlichen Ausmaß der jeweiligen abstrakten Gefahr einer durch die Insolvenz des Arbeitgebers bedingten Nichterfüllung des Versorgungsanspruchs.[169] Diese Gefahr lasse sich mit dem Begriff des abstrakten Insolvenzrisikos umschreiben. … Die sachliche Rechtfertigung der Anknüpfung an das abstrakte Insolvenzrisiko ergebe sich daraus, dass sie nur diejenigen zum Insolvenzsicherungsbeitrag heranziehe, die durch die Wahl und Ausgestaltung eines bestimmten Durchführungsweges die Gefahr einer insolvenzbedingten Nichterfüllung des Versorgungsanspruchs begründet haben. Die Beschränkung der Anknüpfung auf das abstrakte Insolvenzrisiko und das Abstrahieren sowohl von der individuellen Wahrscheinlichkeit einer Insolvenz als auch von Zusatzabreden zur Minderung des konkreten Ausfallrisikos seien legitimiert durch den Gesetzeszweck der solidarischen Risikoverteilung und -finanzierung. Zu Recht sei das Verwaltungsgericht davon ausgegangen, dass die Einführung der Beitragsermäßigung für den Durchführungsweg über Pensionsfonds das System der gesetzlichen Beitragsdifferenzierung nicht grundsätzlich verändert habe. Das abstrakte Insolvenzrisiko des jeweiligen Durchführungsweges sei nach wie vor maßgeblicher Anknüpfungspunkt der Differenzierung. Der Gesetzgeber habe ein solches beitragsrelevantes Risiko bei einer Altersversorgung über Pensionsfonds bejahen dürfen, weil diese nach § 4 Abs. 1 und 4 der Pensionsfondskapitalanlageverordnung (PFKapAV) bei der Anlage ihres Vermögens weniger strengen Bindungen unterlägen als Direktversicherer und Pensionskassen. Er habe dieses Risiko aber nicht für ebenso hoch halten müssen wie das bei Direkt- und Unterstützungskassenzusagen, da der Arbeitnehmer bei Pensionsfondszusagen einen Versorgungsanspruch gegen einen externen Dritten erhalte und der Pensionsfonds bei der Anlage seines Vermögens ungeachtet gelockerter Anlagebeschränkungen zumindest der Versicherungsaufsicht unterstehe. Zutreffend habe das Ver-

[169] Vgl. Rolfs, in: Blomeyer/Rolfs/Otto, BetrAVG, 5. Aufl. 2010, § 7 Rn. 48

> waltungsgericht auch eine verfassungswidrige Gleichbehandlung mit den ungesicherten Direkt- und Unterstützungskassenzusagen verneint. Insoweit bestehe kein wesentlicher Unterschied hinsichtlich des für die Differenzierung maßgeblichen sachlichen Kriteriums des abstrakten Insolvenzrisikos. … Der Einwand der Klägerin, in der Vernachlässigung der zusätzlichen Sicherungsabrede liege eine rechtswidrige Typisierung, sei unberechtigt. Das Abstrahieren vom individuellen Insolvenzrisiko und vom Bestehen zusätzlicher Sicherungsabreden stelle keine Typisierung zur Vereinfachung der Beitragserhebung dar, sondern rechtfertige sich aus dem legitimen Gesetzeszweck, die Beitragslast nach Maßgabe des abstrakten Insolvenzrisikos mit geringem Verwaltungsaufwand solidarisch auf die Arbeitgeber zu verteilen. … Die gesetzliche Beitragsdifferenzierung sei auch nicht systemwidrig, sondern halte die Anknüpfung an das abstrakte Insolvenzrisiko konsequent durch. Der Direkt- und der Unterstützungskassenzusage sei ein hohes abstraktes Insolvenzrisiko eigen, weil der Versorgungsanspruch sich allein gegen den Arbeitgeber richtet und dessen Insolvenz die Erfüllung des Anspruchs gefährde.[170]

Das dargestellte Urteil ist durch eine weitere Entscheidung des BVerwG ebenfalls vom 25.8.2010 - 8 C 40.09 - bestätigt worden.

Für die Reformüberlegungen bleibt damit mit einer Auffassung in der Literatur festzuhalten, dass die Rechtsprechung einerseits die Gestaltungsautonomie für eine andersartige Beitragsgestaltung beim Gesetzgeber sieht und andererseits Wert darauf legt, dass Beitragsdifferenzierungen gleichheitskonform erfolgen. Das wiederum setze nach der Rechtsprechung des BVerwG voraus, dass sie auf zusätzliche Kriterien Bezug nehmen, die vom PSVaG zu erheben und zu belegen wären. Ob eine Art Kurztestat dafür ausreiche, wer es ausstellen könne und was konkret testiert werden müsse, sei noch zu untersuchen. Berücksichtigt werden sollten dabei ggf. die Gepflogenheiten der nationalen wie der internationalen Rechnungslegung.[171] Angesichts der beachtlichen Gestaltungsfreiheit könne der Gesetzgeber den Präventionsgedanken sowie das Ziel einer größeren finanzwirtschaftlichen Risikogerechtigkeit aufnehmen und sich darauf stützend auch rechtliche Grenzen für die Beitragserhebung verschieben. Am wenigsten problembehaftet sei dies dann, wenn die Verschiebung nur moderat ausfalle und über einen längeren Zeitraum gestreckt werde. … Für die Reformüberlegungen gebe das Gericht wertvolle Hinweise unter anderem durch die erstmals klare Aussage, dass die Begriffsmerkmale eines Beitrags erfüllt seien, weil der Insolvenzsicherungsbeitrag das Entgelt für einen dem Arbeitgeber gewährten Vorteil darstelle, und zwar für die Übertragung der im Betriebsrentengesetz konkretisierten, letztlich aus dem Sozialstaatsgebot des Art. 20 Abs. 1 GG abgeleiteten Verpflichtung, im Hinblick auf den Entgeltgedanken und den Vertrauensschutz des Arbeitnehmers erteilte Versorgungszusagen zu sichern.[172]

Nach hiesigem Verständnis muss die Rechtsprechung des BVerwG im Rahmen einer Reform, die sich im Wesentlichen nur auf eine neue Beitragsstruktur bezieht, berücksichtigt werden. Dies bedeutet nicht zuletzt, dass eine Beitragspflicht dem Grunde nach an die abstrakte Gefahr einer durch

---

[170] BVerwG 25.8.2010 - 8 C 23.09 - Rn. 38 ff.

[171] Wohlleben BetrAV 2011, 232; vgl. zu den Schwierigkeiten, zu niedrigen Kosten ein dauerhaft funktionsfähiges Insolvenzsicherungssystem für eine nicht oder nur schwach regulierte betriebliche Versorgungslandschaft einzurichten Wohlleben, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Insolvenzsicherung der betrieblichen Altersversorgung, in Festschrift für Reinhold Höfer zum 70. Geburtstag, S. 313, 320 f.

[172] Wohlleben, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Insolvenzsicherung der betrieblichen Altersversorgung, in Festschrift für Reinhold Höfer zum 70. Geburtstag, S. 313, 322

die Insolvenz des Arbeitgebers bedingten Nichterfüllung des Versorgungsanspruchs (abstraktes Insolvenzrisiko) anzuknüpfen hat. Die Entscheidung darüber, welches Ausmaß ein solches abstraktes Insolvenzrisiko haben muss, um zu einer Beitragspflicht dem Grunde nach zu kommen, obliegt dem Gesetzgeber. Gleiches gilt für die Entscheidung, ob ggf. bestimmte Risiken wie bisher bewusst vom gesetzlichen Insolvenzschutz ausgenommen sein sollen. Veränderte Beitragsstrukturen dürfen nicht dazu führen, dass es - zumindest für bestimmte - Mitglieder(-gruppen) zu einer unzumutbaren Beitragsbelastung kommt, der Beitragssatz sich trotz konjunkturbedingter Schwankungen also regelmäßig oberhalb des einstelligen Promillebereichs des Barwerts der zu sichernden Rechte bewegt, und der Beitrag keine erdrosselnde Wirkung hat. Schließlich ist darauf zu achten, dass der durch das Sozialstaatsprinzip und damit den Solidargedanken geprägte Sinn und Zweck der gesetzlichen Insolvenzsicherung durch eine neue Beitragsstruktur nicht ad absurdum geführt wird.

## II.7 Der Rahmen für Änderungen in der Beitragsgestaltung

Die gesetzliche Insolvenzsicherung über den PSVaG hat die Funktion einer gesetzlichen Vermögensschadenversicherung.[173] Unter rechtlichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten lässt sich die Insolvenzsicherung auch als eine Gläubigersicherung und damit eine Art Kreditversicherung interpretieren.

Nach der derzeitigen Regelung der Finanzierung der gesetzlichen Insolvenzsicherung enthalten die Beiträge der Arbeitgeber Elemente eines Solidarbeitrags, während die Beitragsbemessung im einzelnen Unternehmen risikoabhängig erfolgt. Der vom Arbeitgeber zu zahlende Beitrag ist unabhängig von dem - sich im Zeitablauf ggf. ändernden - Risiko der Insolvenz des jeweiligen Arbeitgebers oder eines anderen arbeitgeberabhängigen Sicherungsfalls. Insoweit handelt es sich um "Solidar"-beiträge der Arbeitgeber mit guter Bonität zugunsten der Arbeitgeber mit weniger guter Bonität. Die Bemessung des Beitrags für den einzelnen Arbeitgeber ist jedoch abhängig von der Höhe des versicherten Risikos, nämlich dem möglichen Vermögensschaden bzw. Ausfall von Deckungsmitteln bei Eintritt des Sicherungsfalls.

Das deutsche System der gesetzlichen Insolvenzsicherung der betrieblichen Altersversorgung hat sich auch in den Zeiten der jüngsten Finanz- und Wirtschaftskrisen und im internationalen Vergleich bewährt.[174]

Ungeachtet dessen wird die derzeitige Ausgestaltung der Beitragspflicht und -bemessung teilweise heftig kritisiert. Ein wesentlicher Kritikpunkt ist, dass bestimmte zweckgebundene Vermögen (z.B. CTA, verpfändete Rückdeckungsversicherungen) bei der Beitragsbemessung nicht berücksichtigt werden, obwohl diese aufgrund der Vorschriften der §§ 7 und 9 BetrAVG mehr oder weniger geeignet sind, den möglichen Verpflichtungsumfang des PSVaG oder den beim PSVaG versicherten Vermögensschaden zu mindern.

[173] Vgl. Cisch/Karst, AuA 2011, S. 228
[174] Vgl. auch Hoppenrath, BetrAV 2010, S. 111; Fuchtel, BetrAV 2011, S. 295

Die Rechtsprechung hat die derzeitigen gesetzlichen Regelungen der Beitragsgestaltung zur gesetzlichen Insolvenzsicherung hingegen - jedenfalls vor dem Hintergrund der derzeitigen Beitragsbelastung - anerkannt und entgegenstehenden Auffassungen eine Absage erteilt. Für die Reformüberlegungen bleibt festzuhalten, dass die Rechtsprechung die Gestaltungsautonomie für eine andersartige Beitragsgestaltung beim Gesetzgeber sieht.[175] Angesichts seiner beachtlichen Gestaltungsfreiheit kann der Gesetzgeber den Präventionsgedanken sowie das Ziel einer größeren finanzwirtschaftlichen Risikogerechtigkeit aufnehmen und sich darauf stützend auch rechtliche Grenzen für die Beitragserhebung verschieben.[176] Nach hiesigem Verständnis muss die Rechtsprechung des BVerwG im Rahmen einer Reform, die sich im Wesentlichen nur auf eine neue Beitragsstruktur bezieht, berücksichtigt werden. Dies bedeutet vor allem die Anknüpfung der Beitragspflicht dem Grunde nach an ein abstraktes Insolvenzrisiko, die Vermeidung unzumutbarer und erdrosselnder Beitragsbelastungen und die Berücksichtigung des durch das Sozialstaatsprinzip und damit den Solidargedanken geprägten Sinn und Zwecks der gesetzlichen Insolvenzsicherung.

Nicht von der Hand zu weisen ist, dass die vermehrte Schaffung von zweckgebundenem Vermögen zur Finanzierung von Versorgungsverpflichtungen durch Installierung eines - auch dem PSVaG zugute kommenden - privatrechtlichen Schutzes sich in der aktuellen Beitragsstruktur nicht voll niederschlägt. Auch finden mögliche Risiken im nicht sicherungspflichtigen Durchführungsweg Pensionskasse sowie - in der nicht versicherungsförmigen Ausgestaltung - im Durchführungsweg Pensionsfonds keine Abbildung. Schließlich spiegeln sich die durch das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) geschaffene Möglichkeit der Saldierung von Planvermögen in der Handelsbilanz und die damit verbundene bilanzielle Risikoeinschätzung nicht in der derzeitigen Beitragsstruktur wider. Dass Arbeitgeber die derzeitige Beitragsgestaltung als nicht mehr vollständig sachgerecht oder sogar ungerecht empfinden, ist vor diesem Hintergrund ebenso nachvollziehbar wie es die Reformüberlegungen der BDA und die Ergebnisse des Gutachtens von Gerke/Heubeck sind.

Bereits die derzeitigen Regelungen der §§ 7 und 9 BetrAVG bieten die Möglichkeit, dass der PSVaG von Vermögen, das der Arbeitgeber über privatrechtliche Sicherungsmaßnahmen für die Erfüllung von Anwartschaften und Ansprüchen auf betriebliche Altersversorgung zweckgebunden hat, profitiert und somit sein möglicher Verpflichtungsumfang oder der Vermögensschaden bei Eintritt des Sicherungsfalls reduziert wird. Die aktuelle Gesetzeslage stellt damit bereits eine geeignete Rechtfertigung für eine stärker risikoorientierte Beitragsstruktur dar. Ob die Position des PSVaG - z.B. durch Erweiterung der Regelungen zum Vermögensübergang auf Treuhandmodelle - gestärkt werden kann und soll, ist in einem eventuellen Gesetzgebungsverfahren zu prüfen und zu entscheiden.

Soll das derzeitige System der gesetzlichen Insolvenzsicherung entsprechend den Reformüberlegungen der BDA grundsätzlich erhalten bleiben, und lediglich eine Fortentwicklung der derzeitigen Beitragsstruktur erfolgen, sind der geschilderte derzeitige rechtliche Rahmen der gesetzlichen Insolvenzsicherung und die finanziellen Zusammenhänge und Notwendigkeiten zu beachten; darüber hinaus auch die ja im Wesentlichen unveränderten Motive des Gesetzgebers, die aktuelle

[175] Wohlleben, BetrAV 2011, S. 232
[176] Wohlleben, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Insolvenzsicherung der betrieblichen Altersversorgung, in Festschrift für Reinhold Höfer zum 70. Geburtstag, S. 313, 322

Rechtsprechung sowie die Kritik in der Literatur. Bei einer Fortentwicklung der Beitragsstruktur im Sinne einer stärkeren Risikoorientierung ist - nicht zuletzt auch im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit europäischem Recht - zu berücksichtigen, dass die Beiträge der Arbeitgeber auch Elemente eines Solidarbeitrags enthalten. Eine Reform der Beitragspflicht und -bemessung muss sich folglich auch an den europarechtlichen Vorgaben ausrichten, damit es auch tatsächlich - wie im BDA-Konzeptentwurf vorgesehen - nur um eine Fortentwicklung der Beitragsstruktur des PSVaG geht.

## III Einbeziehung vorhandenen Vermögens in die Beitragsbemessung aus rechtlicher Sicht

Der Gesetzgeber geht generell davon aus, dass die Erfüllung der betrieblichen Versorgungsverpflichtungen bei Insolvenz des Arbeitgebers durch entsprechendes Kapital zu sichern ist. Von Sicherung kann man nur dann sprechen, wenn entsprechende Vermögenswerte (zur Höhe siehe IV) für den versorgungsberechtigten Arbeitnehmer bzw. den PSVaG im Insolvenzfall vorhanden und verfügbar sind. Dies gilt grundsätzlich unabhängig davon, ob die benötigten Vermögenswerte auf der Ebene des Arbeitgebers oder, von diesem ausgelagert, auf der Ebene eines externen Versorgungsträgers vollständig oder nur unvollständig angesammelt worden sind, hängt aber wesentlich davon ab, ob und inwieweit der Zugriff auf das benötigte Kapital für den Arbeitnehmer und den PSVaG im Insolvenzfall rechtlich gesichert ist.

In den folgenden Abschnitten werden daher zunächst die bestehenden rechtlichen Möglichkeiten zur Absicherung von betrieblichem Vorsorgevermögen für den Arbeitnehmer zusammengestellt (III.1). Anschließend wird gezeigt, dass sich die Möglichkeit zur Verfügbarmachung bei Insolvenz des Arbeitgebers für den Arbeitnehmer bzw. für den PSVaG bei den verschiedenen Durchführungsformen und Versorgungsträgern der betrieblichen Altersversorgung bekanntlich sehr unterschiedlich darstellt (III.2). Daraus wird (in III.3) die Schlussfolgerung gezogen, dass es schon aufgrund der rechtlich sehr unterschiedlichen Absicherungen und Zugriffsmöglichkeiten für den PSVaG zu einer Differenzierung nach den Durchführungsformen für die betriebliche Altersversorgung unter Risikogesichtspunkten kommen sollte.

Ob diese weitergehen sollte als die bisher vom Gesetzgeber recht pauschal vorgenommene Unterscheidung zwischen sicherungspflichtigen und nichtsicherungspflichtigen Versorgungsträgern, kann erst beurteilt werden, wenn auch der quantitative Aspekt, der Vergleich des im Insolvenzfall benötigten zum dann rechtlich gesicherten und verfügbaren Vermögen transparent ist. Erst dann lässt sich auch die Frage beantworten, inwieweit eine Differenzierung der Beitragsbemessung nach (rechtlichen und quantitativen) Risikoklassen über die bislang vorliegende gesetzliche Regelung hinaus sachgerecht und vertretbar wäre.

### III.1 Rechtliche Möglichkeiten zur Absicherung von Versorgungsversprechen zugunsten des Arbeitnehmers

#### III.1.1 Bildung von Deckungsmitteln

Grundsätzlich hat der Arbeitgeber die Wahl, Mittel zur Deckung (im Folgenden: Deckungsmittel) der von ihm zugesagten betrieblichen Altersversorgung im eigenen Vermögen anzusammeln oder Vermögen Dritter einzubeziehen. Der Begriff "Deckungsmittel" ist dabei nicht im Sinne einer bestimmten Norm gemeint. Insbesondere ist er hier zunächst nicht mit dem Begriff "Deckungsvermögen im Sinne des § 246 Abs. 2 HGB" gleichzusetzen. Untersucht wird vielmehr, welche Deckungsmittel im Sinne von Vermögens- und Haftungsmasse jeweils zur Verfügung stehen, um Versorgungsverpflichtungen zu erfüllen.

Werden Deckungsmittel im eigenen Vermögen angesammelt, so können diese investiert sein in bewegliche und unbewegliche Gegenstände oder in Rechte.

Zu den beweglichen Gegenständen gehören Betriebsmittel wie Maschinen, Fahrzeuge oder sonstiges Betriebsinventar. Auch bestimmte Wertpapiere und Investmentanteile folgen den Regelungen des Sachenrechts. Dazu gehören Wertpapierdepots oder Sonderfonds. Zu den unbeweglichen Gegenständen gehören Grundstücke und Immobilien.

Der Arbeitgeber kann aber auch werthaltige Forderungen ("Rechte") generieren, indem er mit Dritten vertragliche Verbindungen eingeht, aus denen er Rechte ableiten kann. Auch diese Rechte lassen sich als Deckungsmittel bezeichnen, wenn sie werthaltig sind. In Betracht kommen z. B. Rechte aus Warenlieferung, Produktion oder Dienstleistung an Dritte, aber auch Festgeld- oder Girokonten.

Eine in der betrieblichen Altersversorgung zunehmend verbreitete Form der Separierung von Arbeitgebervermögen ist die Auslagerung auf einen Treuhänder. Als Treuhänder bezeichnet man eine rechtlich eigenständige natürliche oder juristische Person, auf die der Arbeitgeber Teile seines Vermögens überträgt mit der Maßgabe, es in meist vorgegebener Weise treuhänderisch ("fiduziarisch") zu verwalten und zu verwenden. Im Fachjargon hat sich der unspezifische englische Ausdruck "contractual trust arrangement", kurz "CTA" durchgesetzt.

Wirtschaftlich betrachtet handelt es sich beim Treuhandvermögen um ausgelagertes Eigenvermögen des Treugebers. Rechtlich betrachtet handelt es sich um ein Recht, nämlich um ein Recht auf Rückübertragung, sobald das Treuhandverhältnis endet.[177]

Eine besondere Form der Investition in ein Recht ist der Abschluss einer Versicherung, in die der Arbeitgeber durch die Zahlung von Beiträgen investiert, um eine Forderung (Versicherungsleistung) zu generieren, die im Idealfall die arbeitsrechtliche Verpflichtung aus der betrieblichen Altersversorgung vollständig abdeckt.

Wenn der Arbeitgeber allein bezugsberechtigt bleibt, handelt es sich um eine Rückdeckungsversicherung, die dem Arbeitnehmer keinen unmittelbaren Zugriff auf die angesammelten Deckungsmittel ermöglicht. Schließt der Arbeitgeber jedoch mit einem Versicherungsunternehmen auf das Leben des Arbeitnehmers einen Versicherungsvertrag ab, der ein unmittelbares Bezugsrecht für den Arbeitnehmer oder seine Hinterbliebenen vorsieht, wie z.B. bei der Direktversicherung, entstehen Deckungsmittel, die drittbegünstigende Wirkung entfalten, nämlich ein Versicherungsvertrag zugunsten Dritter im Sinne des BGB, vgl. §§ 330, 331 BGB.

Ähnliches geschieht bei der Investition in eine Pensionskasse oder in einen Pensionsfonds. Durch den Beitritt in eine Pensionskasse oder in einen Pensionsfonds und durch die Beitragszahlung gemäß den Bedingungen des mittelbaren Versorgungsträgers entstehen Deckungsmittel, die ganz oder teilweise den Versorgungsanspruch des Arbeitnehmers unter Einräumung eines eigenen Rechtsanspruchs sicherstellen.

[177] Zu den Details, siehe III.1.3.4.

Auch die Dotierung einer Unterstützungskasse führt im Ergebnis zur Ansammlung von Deckungsmitteln. Schließt die Unterstützungskasse zur Finanzierung ihrer Leistungen Rückdeckungsversicherungen ab, entstehen werthaltige Rechte, die zur Deckung der Versorgungsverpflichtungen dienen sollen. Durch die Dotierung der Unterstützungskasse in Höhe der Versicherungsprämien und die Einzahlung in die Rückdeckungsversicherung seitens der Kasse entsteht ein zweistufiges Deckungsmittel in Form von Rechten an Versicherungen.[178]

Die Ansammlung oder Separierung von Deckungsmitteln an sich stellt jedoch für den Arbeitnehmer keine Sicherung dar. Zwar hat der Arbeitnehmer aufgrund der arbeitsrechtlichen Zusage einen schuldrechtlichen Anspruch auf Erfüllung gegen den Arbeitgeber. Einen Zugriff auf bestimmte Gegenstände oder Rechte des Arbeitgebers hat er jedoch noch nicht. Zur Sicherung des Arbeitnehmeranspruchs müssen also weitere rechtliche Maßnahmen (im Folgenden: Sicherungsmaßnahmen) hinzukommen.

Sicherungsmaßnahmen setzen - begriffsnotwendig - einen Sicherungsgrund ("Hauptforderung") voraus. Gemeint ist damit die zu sichernde Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner (schuldrechtliches Grundverhältnis). In der betrieblichen Altersversorgung handelt es sich um den Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber aus der erteilten Versorgungszusage im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG. Auch wenn der Arbeitgeber nach § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG einen mittelbaren Versorgungsträger zur Durchführung seiner betrieblichen Altersversorgung im Sinne des BetrAVG gewählt hat, hat er nach § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG für die Erfüllung der zugesagten Leistung einzustehen, der Arbeitnehmer hat einen sog. Erfüllungs- oder Verschaffungsanspruch. Dieser arbeitsrechtliche Grundanspruch (Versorgungsanspruch) kann durch Sicherungsmaßnahmen an Deckungsmitteln des Arbeitgebers oder von Dritten gesichert werden.

### III.1.2 Sicherung durch eigenes Vermögen des Arbeitgebers

Zu den Sicherheiten am eigenen Vermögen - auch Realsicherheiten genannt - gehören alle Sicherheiten, die sich auf eigenes Vermögen oder Vermögensbestandteile des Arbeitgebers beziehen. Wie erwähnt, können dazu unbewegliche und bewegliche Gegenstände sowie Forderungen ("Rechte") des Arbeitgebers gehören.

#### III.1.2.1 Realsicherheiten an unbeweglichen Gegenständen ("Immobilien")

Realsicherheiten können an unbeweglichen Gegenständen des Arbeitgebervermögens bestellt werden, z. B. an Grundstücken. Sicherheiten, die sich auf ein Grundstück beziehen, sind die Reallast nach § 1105 ff BGB, die Hypothek nach § 1113 ff BGB, die Grundschuld nach § 1191 ff BGB und die Rentenschuld nach § 1199 ff BGB. Realsicherheiten an Grundstücken oder Immobilien sind für die betriebliche Altersversorgung in der Regel ungeeignet, weil sie jeweils nur zugunsten einer Person bestellt werden können oder bei mehreren Gläubigern zu Rangverhältnissen führen, die zur Sicherung von gleichrangigen Arbeitnehmeransprüchen ungeeignet sind. Darüber hinaus sind

[178] Zu den Einzelheiten siehe III.2 und 3.

Grundstücke und Immobilien häufig betriebsnotwendiges Vermögen, was ihre sicherungsweise Verwertung im Bedarfsfall erschwert bzw. wirtschaftlich unmöglich macht.

### III.1.2.2 Realsicherheiten an beweglichen Gegenständen ("Sachen")

Die zentralen Realsicherheiten an beweglichen Gegenständen sind die Sicherungsübereignung und das rechtsgeschäftliche Pfandrecht. Gesetzliche Pfandrechte wie Vermieterpfandrechte o. ä. werden nicht untersucht, weil in solchen Fällen der arbeitsrechtliche Anspruch auf betriebliche Altersversorgung nicht die zu sichernde Grundforderung sein kann.

#### III.1.2.2.1 Sicherungsübereignung

Sicherungsübereignung ist die Verschaffung von fiduziarisch gebundenem Eigentum an Produktions-, Betriebs- oder Anlagevermögen (bewegliche Sachen) nach §§ 929, 930 BGB zur Sicherung einer Grundforderung. Die Sicherungsübereignung erfordert eine Einigung nach § 929 S. 1 BGB über den Übergang des Eigentums an der Sache und eine Vereinbarung über ein Besitzmittlungsverhältnis, wonach die Übergabe dadurch ersetzt wird, dass zwischen Eigentümer und Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt. Eine (reale) Übergabe der Sache ist dann nicht erforderlich, d. h. die Einräumung des mittelbaren Besitzes reicht aus. Wenn Wertpapiere, wie z. B. Inhaberwertpapiere, sicherungsweise übertragen werden sollen, wird regelmäßig ein mittelbares Besitzverhältnis am Depot durch Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen die depotführende Stelle (Bank oder Sparkasse) vereinbart.

Zur Sicherung von Arbeitnehmeransprüchen aus betrieblicher Altersversorgung ist die Sicherungsübereignung wenig geeignet, weil sie sich auf bestimmte Sachen und Gegenstände bezieht (Bestimmtheitsgrundsatz) und diese damit weitgehend dem Handel und der freien Verfügbarkeit entzogen werden müssten, wenn sie dauerhaft dem Wert des Versorgungsanrechts entsprechen soll. Auch eine Wertpapieranlage erfordert die Möglichkeit des Austausches, um Wertschwankungen ausgleichen zu können. Zudem eignet sich die Sicherungsübereignung in der Regel nicht als "Massengeschäft". Zwar kann Eigentum an Sachen auch mehreren Personen nach Bruchteilen gemeinschaftlich zustehen, vgl. §§ 1008 ff BGB, eine Zuordnung ist jedoch schwierig, insbesondere, wenn die zu sichernden Arbeitnehmeransprüche sich in ihrer Höhe verändern.

Die lohnsteuerlichen Folgen einer Sicherungsübereignung werden hier nicht dargestellt. Die Sicherungsübereignung könnte ggf. als Zufluss gewertet werden.

In der Praxis hat die Sicherungsübereignung für die betriebliche Altersversorgung so gut wie keine Bedeutung. Da sie jedoch zu den Sicherheiten gehört, die in der Insolvenz Absonderungsrechte bewirken und die einschlägigen Bestimmungen (§ 51 InsO) zumindest nach Teilen der Literatur

analog für den Treuhänder eines CTA's gelten, bleibt die Sicherungsübereignung hier nicht unerwähnt.[179]

#### III.1.2.2.2 Pfandrecht an Sachen

Die Alternative zur Sicherungsübereignung ist das Pfandrecht. Das rechtsgeschäftliche Pfandrecht folgt den Regeln der §§ 1204 ff BGB. Das Pfandrecht ist ein dingliches Recht an einer fremden beweglichen Sache, vgl. Palandt-Bassenge, BGB § 1204 Rn. 1. Der Gegenstand des Pfandrechts muss bestimmt oder bestimmbar sein (Bestimmtheitsgrundsatz). Das Pfandrecht ist streng akzessorisch, das heißt, es dient der Sicherung einer Forderung und teilt das rechtliche Schicksal dieser Forderung. Es ent-/besteht nicht ohne sie und geht mit ihr unter. Die Forderung in diesem Sinne ist in der betrieblichen Altersversorgung der arbeitsrechtliche Versorgungsanspruch. Entsteht dieser nicht oder geht dieser unter, entsteht kein Pfandrecht am Sicherungsgegenstand oder es erlischt mit dem Untergang (Grundsatz der Akzessorietät).

Wird die arbeitsrechtliche Forderung übertragen, z.B. an einen anderen Gläubiger, so geht auch das Pfandrecht über, vgl. § 401 BGB.[180] Entsprechendes gilt nach § 412 BGB bei einem gesetzlichen Forderungsübergang. Ordnet das Gesetz den Übergang der Forderung auf einen Dritten an, so gehen auch die akzessorischen "Neben- und Vorzugsrechte" nach § 412 iVm §§ 399 bis 404, 406 bis 410 BGB auf ihn über. Letzteres hat besondere Bedeutung für den PSVaG, wenn auf ihn nach § 9 Abs. 2 BetrAVG "alle Ansprüche oder Anwartschaften des Berechtigten gegen den Arbeitgeber auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung" übergehen.[181]

Zur Bestellung des Pfandrechts an einer beweglichen Sache ist - neben der Einigung zur Pfandrechtsbestellung - erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Gläubiger übergibt. Diese "reale" Komponente macht das Pfandrecht an beweglichen Sachen für das "Massengeschäft" beschwerlich, wenn nicht sogar unmöglich. Zwar kann auch beim Pfandrecht die Übergabe einer nicht im Besitz des Eigentümers befindliche Sache durch Übertragung des mittelbaren Besitzes ersetzt werden, aber nur, wenn die Verpfändung dem Besitzer angezeigt wird, vgl. § 1205 Abs. 2 BGB. Die Aufteilung des mittelbaren Besitzes auf eine Vielzahl von Mitbesitzern (vgl. § 866 BGB) stößt sehr rasch an rechtliche Grenzen, weil der Besitz als die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache (§ 854 BGB) bei einer Vielzahl von Arbeitnehmern oder Rentnern zur Fiktion werden kann.

Es kommt vor, dass Treuhänder an den ihnen übereigneten Gegenständen Pfandrechte zugunsten der Versorgungsberechtigten ihres Treugebers einräumen, (CTA im stufigen Pfandrechtsmodell). In einem stufigen Pfandrechtsmodell treten jedoch ähnliche Friktionen auf wie bei einer unmittelbaren Pfandrechtsbestellung durch den Arbeitgeber: Neben der individuellen Einigung mit dem Arbeitnehmer ist die Besitzeinräumung am Pfandgegenstand erforderlich, was problematisch ist, wenn mehrere Gläubiger zu berücksichtigen sind und wenn der Wert des Pfandgegenstandes und

[179] Vgl. Birkel/Obenberger, Die Sicherung von Anrechten der betrieblichen Altersversorgung über ein Contractual Trust Arrangement im Insolvenzverfahren, BB 2011, S. 2051 ff.; Schnitker/Sittard, Ist das Beitragssystem zum Pensions-Sicherungs-Verein noch verfassungsgemäß?, RdA 2010, S. 295 ff.
[180] Palandt-Bassenge, BGB, 69. Aufl. 2010, Überblick v. § 1204; § 1204 Rn. 1
[181] Vgl. dazu III.2.3.

der Wert der zu sichernden Forderung nicht kongruent sind. Auch bei der Treuhand (CTA) ist das Pfandrecht an Sachen eher selten, zumindest für die Sicherung einer Vielzahl von Arbeitnehmern.

Im Ergebnis ist das Pfandrecht an beweglichen Sachen, z. B. an Produktionsmitteln oder an Wertpapierdepots somit für die betriebliche Altersversorgung - wenn überhaupt - nur in Einzelfällen geeignet, z. B. für Versorgungsberechtigte, die von vorneherein nicht unter den Schutzbereich des BetrAVG fallen wie z.B. beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer. Dort, wo sich im Idealfall ein Versorgungsanspruch und eine bestimmte Sache als Sicherungsgegenstand gegenüberstehen, kann das Pfandrecht an dem konkreten Vermögensgegenstand ein taugliches Sicherungsmittel sein. Da das Pfandrecht in der Insolvenz jedoch zu Absonderungsrechten führt,[182] die den PSVaG ggf. entlasten können, wird es im Rahmen dieses Gutachtens behandelt.

### III.1.2.3 Realsicherheiten an Forderungen ("Rechte")

Die Bestellung von Sicherheiten an Rechten kann durch Sicherungszession oder durch Verpfändung des Rechts erfolgen.

#### III.1.2.3.1 Sicherungszession

Die Sicherungszession ist die Abtretung einer Forderung nach § 398 BGB zur Sicherung eines Anspruchs, hier also zur Sicherung der betrieblichen Altersversorgung. Die Abtretung einer Forderung erfolgt gemäß § 398 BGB durch einen formlosen Vertrag zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger, durch den die Forderung auf den Arbeitnehmer als neuen Gläubiger übergeht. Aufgrund des der Sicherungszession zugrunde liegenden schuldrechtlichen Sicherungsvertrages darf der Arbeitnehmer von der ihm übertragenen Forderung nur zum Zwecke der Verwertung bei Nichterfüllung eines gesicherten Anspruchs Gebrauch machen.

Zwischen der abgetretenen und der zu sichernden Forderung besteht kein zwingend akzessorischer Zusammenhang.[183] Akzessorisch sind Sicherungsrechte nur, wenn der Gesetzgeber dies ausdrücklich angeordnet hat. Das ist bei der gesetzlich nicht näher geregelten Sicherungszession nicht der Fall. Das bedeutet, dass die Übertragung der Forderung von dem Bestand des zu sichernden Anspruchs unabhängig ist.[184.185]

Die Sicherungszession ist mit Unsicherheiten für den gesicherten Gläubiger belastet, wenn die Bonität des Forderungsschuldners nicht garantiert ist. Die Abtretung von Forderungen aus dem normalen Geschäftsbetrieb des Unternehmens ist aus diesem Grunde, aber auch wegen des ständig wechselnden Forderungsbestandes als Absicherung für langfristige Verbindlichkeiten, wie sie in

[182] Vgl. § 50 InsO i.V.m. § 9 Abs. 2 BetrAVG
[183] Palandt - Grünberg, BGB,69. Aufl. 2010, § 398, Rn. 24
[184] Vgl. Bericht des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung nach § 7d Viertes Sozialgesetzbuch (SGB IV) über die Vereinbarungen zur Absicherung von Wertguthaben und zu Vorschlägen zur Weiterentwicklung des Insolvenzschutzes, BT-Drs. 14/7944, S. 16
[185] Zur Rechtslage bei Treuhandmodellen siehe III.2.2.3 ff.

der betrieblichen Altersversorgung der Normalfall sind, nicht geeignet. Zudem werden diese Forderungen meist zur Absicherung der Lieferanten und der Banken benötigt und stehen deshalb als Sicherungsmittel für die Arbeitnehmer nicht zur Verfügung. Auch die Abtretung von Forderungen aus Spar- und Girokontenguthaben wird oft ungeeignet sein, wenn ein vorrangiges Pfandrecht der Bank besteht und Kontenguthaben schwankende Bestände aufweisen.

Schließlich ist zu beachten, dass die Sicherungszession z. B. bei Lebensversicherungen zu ihrer Wirksamkeit regelmäßig bedingungsgemäß die schriftliche Anzeige an den Lebensversicherer erfordert.

Die lohnsteuerlichen Folgen einer Sicherungszession werden hier nicht dargestellt. Die Sicherungszession könnte unter Umständen als Zufluss zu sehen sein.

Die Sicherungszession - also die sicherungsweise Abtretung einer Forderung - ist daher für die Sicherung von betrieblicher Altersversorgung kaum geeignet, da sich in der Regel eine Kongruenz zwischen der arbeitsrechtlichen Forderung und der abzutretenden Forderung nicht herstellen oder nachweisbar verfolgen lässt, zumindest nicht für einen längeren Zeitraum. Da in der Literatur jedoch die Auffassung vertreten wird, dass die Regelungen der Sicherungszession analog auf den Treuhänder anzuwenden sind,[186] wird sie im Rahmen dieses Gutachtens weiter behandelt.

#### III.1.2.3.2 Pfandrecht an Rechten

Für die Sicherung von Ansprüchen aus betrieblicher Altersversorgung in Betracht kommt demgegenüber die Bestellung eines Pfandrechts an Rechten. Auch das Pfandrecht an Rechten ist - wie alle Pfandrechte - streng akzessorisch, vgl. § 1210 BGB i.V.m. § 1273 Abs. 2 BGB; d.h. es ist abhängig vom Bestand der arbeitsrechtlichen Grundforderung und geht mit dieser Forderung auf einen potentiellen Rechtsnachfolger über.

Die Bestellung des Pfandrechts an einem Recht richtet sich gemäß § 1274 Abs. 1 BGB nach den für die Übertragung des Rechts geltenden Vorschriften. Die Übertragung einer Forderung ist in § 398 BGB geregelt. Auch für die Verpfändung ist somit die Einigung zwischen Schuldner und Gläubiger über das Entstehen des Pfandrechts erforderlich. Zusätzlich muss gemäß § 1280 BGB bei einer Forderungsverpfändung eine Anzeige an den Drittschuldner erfolgen.

Die auf diese Weise bestellten Pfandrechte berechtigen den Pfandgläubiger gemäß § 1228 Abs. 2 S. 1, § 1281 BGB zur Verwertung des Pfandobjekts bei Fälligkeit der gesicherten Forderung (Pfandreife). Die Verwertung erfolgt bei Forderungen durch Einziehung (§ 1282 Abs. 1 S. 1 BGB).

Problem bei der Bestellung eines Pfandrechts an Rechten zugunsten einer betrieblichen Altersversorgung ist - wie bei Verpfändungen von Sachen - der Bestimmtheitsgrundsatz und die Frage der Kongruenz, wobei die Auffassungen, was Kongruenz bedeutet, schon für sich genommen, nicht allgemein definiert ist. Dies führt dazu, dass die allgemeine Verpfändung von betrieblichen Forde-

[186] Vgl. Birkel/Obenberger, BB 2011, S. 2051 ff; Schnittker/Sittard, RdA 2010, S. 292 ff.

rungen eher die Ausnahme bleibt. Auch bei dem anfänglich bei CTAs häufig anzutreffenden Verpfändungsmodell waren der Bestimmtheitsgrundsatz und die Kongruenz von Versorgungsanwartschaft/-anspruch und Pfandrechtsgegenstand eine Herausforderung bei der Gestaltung.[187]

#### III.1.2.3.3 Pfandrecht an Rückdeckungsversicherungen

Regelbeispiel für die Bestellung eines Pfandrechts an Rechten ist die Verpfändung einer Rückdeckungsversicherung. Hauptforderung ist dabei der arbeitsrechtliche Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber. Dieser wird gesichert durch ein Pfandrecht an der Forderung des Arbeitgebers gegen den Versicherer. Die Pfandrechtsbestellung sollte idealerweise so gestaltet sein, dass sie neben dem Bezugsrecht auf die Versicherungsleistung auch die Gestaltungsrechte des Versicherungsnehmers erfasst. Eine parallele Gestaltung ergibt sich bei der Verpfändung der Rückdeckung einer Unterstützungskasse.[188] Die obigen Ausführungen in III.2.3.2 zur wirksamen Bestellung eines Pfandrechts gelten entsprechend. Darüber hinaus erfordert die Verpfändung zu ihrer Wirksamkeit regelmäßig bedingungsgemäß die schriftliche Anzeige an den Lebensversicherer.

Wichtig ist, dass die Verpfändungsvereinbarung gegebenenfalls auch die Ansprüche potentieller Hinterbliebener berücksichtigt. Pfandrechte beziehen sich auf die konkrete Versicherungsleistung. Deshalb müssen den Versorgungsberechtigten im Todesfall eigene Pfandrechte eingeräumt werden.

Verwertet wird das Pfandrecht an der Rückdeckungsversicherung durch Einziehung der Versicherungsleistungen bei Pfandreife. Ist die Versicherungsleistung fällig, ohne dass Pfandreife vorliegt, darf der Versicherer nach § 1281 BGB nur an Arbeitgeber und Arbeitnehmer gemeinschaftlich leisten.

Zur Sicherung geeignet ist die Verpfändung der Rückdeckungsversicherung - besser die Verpfändung der Rechte und Ansprüche gegen den Versicherer - insbesondere dann, wenn Art und Höhe der Versicherungsleistung dem Versorgungsanspruch in Art und Höhe entsprechen. Besteht keine oder wenig Kongruenz zwischen der Versicherungsleistung und dem Versorgungsanspruch, treten Verwerfungen auf, die den Problemen des Pfandrechts an Sachen (Diskrepanz zwischen dem Wert der Sache und der Höhe der zu sichernden Forderung) ähnlich sind.

Verpfändungsvereinbarungen - gleichgültig, ob an Sachen oder Rechten - sind individuell, d.h. sie erfordern die Annahme und Zustimmung des Arbeitnehmers und ggf. seiner Angehörigen, was für das "Massengeschäft" hinderlich ist. In der Literatur werden hierzu Vertretungs- oder sonstige Statthalterlösungen vertreten, insbesondere im Zusammenhang mit CTA-Modellen, die dazu führen, dass die Verpfändung schwebend unwirksam ist.[189]

---

[187] Vgl. Rößler, CTA - Eine rechtliche Bestandsaufnahme, BB 2010, S. 1408.
[188] Vgl. zu den Durchführungswegen siehe III.2.3.
[189] Vgl. Küppers/Louven, Outsourcing und Insolvenzsicherung von Pensionsverpflichtungen durch Contractual "Trust" Arrangements (CTA's), BB 2004, S. 337 ff. (340); auch Palandt-Ellenberger, BGB, 69. Aufl. 2010, § 177 Rn. 5.

### III.1.3 Sicherung durch fremdes Vermögen

Neben den Realsicherheiten, die aus dem Vermögen des Arbeitgebers als Sicherungsgeber gestellt werden, kommen Sicherheiten an fremdem Vermögen in Betracht, auch Personalsicherheiten genannt, bei denen das Vermögen eines Dritten als Haftungsmasse in Anspruch genommen werden kann. Vermögen eines Dritten in diesem Sinne sind z. B. auch Rückdeckungsversicherungen, die von einer Unterstützungskasse auf das Leben der versorgungsberechtigten Person abgeschlossen wurden.

#### III.1.3.1 Bürgschaften

Zu denken ist hier in erster Linie an Bürgschaften. Auch der Versorgungsanspruch des Arbeitnehmers kann durch eine Bürgschaft gesichert werden.

Eine Bürgschaft kommt nach §§ 765, 766 BGB durch einen schriftlichen Bürgschaftsvertrag zustande. Parteien dieses Vertrages sind in der Regel der Gläubiger der Hauptschuld, hier also der Arbeitnehmer, und der Bürge. Als Vertrag zugunsten eines Dritten nach § 328 Abs. 1 BGB kann der Bürgschaftsvertrag aber auch zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner geschlossen werden.[190]

Bei Ausfall des Hauptschuldners haftet der Bürge für die Erfüllung der gesicherten Verbindlichkeit. Für den Umfang der Bürgschaftsverpflichtung ist aufgrund der Akzessorietät der Bürgschaft nach § 767 BGB der Bestand der Hauptverpflichtung maßgebend. Damit haftet der Bürge in Höhe der Versorgungsverpflichtung.

Aufgrund ihrer Eigenschaft als akzessorisches Sicherungsmittel deckt eine Bürgschaft immer genau den Umfang der gesicherten Forderung ab. Nachhaltig ist dieses Sicherungsrecht aber nur, wenn die Solvenz des Bürgen gesichert ist. In Betracht kommen daher im Wesentlichen nur Bankbürgschaften. Ein weiterer Vorteil des Bankbürgschaftsmodells besteht darin, dass keine Liquidität aus dem Unternehmen abfließt.

Bürgschaften werden häufig mit der Einrede der Vorausklage verbunden, was ihre Durchsetzung für den Gläubiger oder seine Rechtsnachfolger wie den PSVaG erschwert. Außerdem werden Bürgschaften regelmäßig befristet ("auf Zeit") gewährt, vgl. § 777 BGB. Gerät der Schuldner in wirtschaftliche Schwierigkeiten, hat der Bürge die Möglichkeit, eine Verlängerung der Bürgschaft abzulehnen oder gegenüber dem Schuldner den Preis für die Bürgschaft zu erhöhen. Letzteres lässt die Bürgschaft als Sicherungsmittel für die betriebliche Altersversorgung problematisch erscheinen.

[190] Vgl. Palandt-Sprau, BGB, 69. Aufl. 2010, § 765 Rn. 3.

### III.1.3.2 Patronatserklärungen und "Konzernklauseln"

Handelt es sich bei dem versorgungspflichtigen Arbeitgeber um das Tochterunternehmen eines Konzerns, kann eine Haftung des Mutterunternehmens in Form einer unternehmensbedingten Bürgschaftserklärung oder Garantieerklärung vereinbart werden. Mit diesem Sicherungsmittel verbindet sich kein Liquiditätsabfluss für den Arbeitgeber, und ihm entstehen keine weiteren Kosten.

Dieses Modell kommt allerdings nur für Konzerne infrage. Die Sicherheit für den Arbeitnehmer hängt entscheidend von der Solvenz der Muttergesellschaft ab. Sonstige Mithaftungstatbestände im Konzern können Beherrschungs- oder Gewinnabführungsverträge sein, die nach § 302 AktG Verlustübernahmen auslösen. Eine - zeitlich befristete - Gesamtschuld im Konzern kann durch Umwandlung nach dem Umwandlungsgesetz entstehen, z. B. nach Spaltung gemäß § 133 Abs. 3 Umwandlungsgesetz. Diese Mithaftungstatbestände oder Fälle der Gesamtschuld begrenzen das Ausfallrisiko für den Arbeitnehmer. Eine Leistungsgarantie bedeuten sie nicht.

Patronatserklärungen und "Konzernklauseln" können akzessorisch sein, sichern den Anspruch des Arbeitnehmers aber nur dann, wenn die andere Konzerngesellschaft hinreichend liquide bleibt.

### III.1.3.3 Gesamtschuld, Schuldbeitritt und Erfüllungsübernahme

Unter den Begriff "Personalsicherheiten" im weiteren Sinne lassen sich weitere, auf vertraglicher Grundlage basierende Sicherungsmittel subsumieren, weil sie das Vermögen eines Dritten einbeziehen, z. B. der Schuldbeitritt oder die Erfüllungsübernahme. Mit dem Oberbegriff "Mitschuld" sind vertragliche Vereinbarungen gemeint, in denen sich ein Dritter unmittelbar zur Erfüllung der Verpflichtung des Arbeitgebers verpflichtet. Regelmäßig werden der Schuldbeitritt und die Erfüllungsübernahme unter den Begriff "Mitschuld" subsumiert.

Unter "Schuldbeitritt" soll hier die unmittelbare Erklärung des Dritten gegenüber dem Gläubiger - hier also dem Arbeitnehmer - verstanden werden. Zuweilen wird auch der Begriff "Schuldmitübernahme" verwendet. Der Schuldbeitritt ist gesetzlich nicht normiert. Durch den Schuldbeitritt entsteht jedoch regelmäßig ein Gesamtschuldverhältnis im Sinne des § 421 BGB, d. h. der Arbeitnehmer erhält das Recht, jeden der beiden Schuldner auf Leistung in Anspruch zu nehmen. Wenn ein Schuldner leistet, geht der Anspruch des Arbeitnehmers gegen den anderen Mitschuldner auf den Leistenden über.

Mit Erfüllungsübernahme soll hier die gesetzliche Regelung des § 329 BGB gemeint sein. Ein Dritter verpflichtet sich zur Erfüllung der Schuld eines anderen, ohne die Schuld zu übernehmen. Im Zweifel hat der Gläubiger in diesem Fall keine unmittelbaren Ansprüche gegen den Dritten, es entsteht also keine Gesamtschuld, aber er erhält die Leistung von dem Dritten.

Diese Rechtsinstrumente sind vertragliche Lösungen, können also gestaltet werden. Je nach Gestaltung können sie gekündigt werden.[191] Selbst der Ausschluss der Kündigung schützt nicht gegen die wirtschaftliche Insolvenz des Mitschuldners.

Fazit: Die Mitschuld in Form des Schuldbeitritts oder der Erfüllungsübernahme verringert das Ausfallrisiko für den Arbeitnehmer, bedeutet jedoch keine Leistungsgarantie, da auch der Mitschuldner ausfallen kann.

### III.1.3.4 Treuhandmodelle ("CTA")

Treuhandmodelle sind in ihrer Gestaltung sehr unterschiedlich und facettenreich.

Wenn ein Treuhandmodell nicht als "Verpfändungsmodell" sondern als "Vertrag zugunsten Dritter" gestaltet ist, gehört es zu den Personalsicherheiten, weil es mit der Einräumung von Rechten gegen den Treuhänder verbunden ist. Anders als beim Verpfändungsmodell bezieht sich die Sicherung beim Vertrag zugunsten Dritter auf das gesamte ihm übertragene Vermögen, soweit es dem Treugeber zuzuordnen ist, und nicht nur auf eine bestimmte Sache.[192] Häufig werden als Synonyme auch die Begriffe "doppelseitige Treuhand" oder "Sicherungstreuhand" verwendet. Gemeint ist die Rechtskonstruktion des Vertrags zugunsten Dritter im Sinne des § 328 Abs. 1 BGB.[193]

Treuhänder können natürliche oder juristische Personen sein. Treuhandmodelle tangieren den Regelungsbereich des Kreditwesengesetzes (KWG). Soweit der Treuhänder das ihm vom Treugeber übertragene Vermögen in Finanzinstrumente im Sinne des KWG anlegt, betreibt er Bankgeschäfte, die erlaubnispflichtig sind, wenn sie gewerbsmäßig oder in einem Umfang betrieben werden, der objektiv einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern.

Die BaFin hat im November 2005 ein Merkblatt veröffentlicht, das „Hinweise zur Erlaubnispflicht und zur möglichen Freistellung nach § 2 Abs. 4 KWG sogenannter Conctractual-Trust-Arrangements zur Ausgliederung von Pensionsverpflichtungen und Verpflichtungen aufgrund von Altersteilzeitmodellen“ enthält.[194] Dieses Merkblatt sieht u. a. den Hinweis auf Genehmigungsfreistellungen für unternehmensinterne Treuhandmodelle vor, in denen das Trägerunternehmen die Vermögensanlage und Vermögensverwaltung selbst bestimmt oder ein der Kredit- und Finanzdienstleistungsaufsicht ohnehin unterstelltes Institut hinzuzieht. Von diesen Freistellungsmöglichkeiten haben viele Treuhänder Gebrauch gemacht: Insbesondere das Unternehmens- und Konzernprivileg haben viele Arbeitgeber durch Gründung einer "eigenen" als Treuhänder fungierenden Einrichtung genutzt und blieben dadurch von der Finanzdienstleistungsaufsicht befreit.

---

[191] Zum Vertrag zugunsten Dritter siehe I.1.3.4 und III.2.2.3.2.
[192] Vgl. auch Birkel/Obenberger, a.a.O. 2051 (2053).
[193] Siehe Küppers/Louven, Outsourcing und Insolvenzsicherung von Pensionsverpflichtungen durch Contractual "Trust" Arrangements (CTA's), BB 2004, S. 337 ff. (340); Rößler, CTA - Eine rechtliche Bestandsaufnahme, BB 2010, S. 1405 ff (1408) und in III.2.2.3.
[194] www.bafin.de

Gesetzliche Regeln über die Errichtung und Einrichtung von Treuhändern gibt es nicht. Grundlage der Einrichtung sind je nach Rechtsform eine Satzung, ein Gesellschaftsvertrag oder beim Zusammenschluss natürlicher Personen ein Gesellschaftervertrag o. ä. Die Aufgaben, Rechte und Pflichten des Treuhänders werden durch den Treuhandvertrag geregelt. Hierbei handelt es sich zumeist um sehr umfangreiche Vertragswerke. Umfang und Form werden geprägt von der Art und Vielfalt der Vermögensgegenstände, die als Treugut übertragen werden (fiduziarische Übertragung), vom Umfang der Anlage- und Verwaltungsvorgaben des Arbeitgebers, von der zeitlichen Dimension und der Planung künftiger Geschehnisse (Betriebsverkäufe, Umstrukturierungen im Unternehmen und/oder im Treuhandmodell), von den Entnahme- und Auflösebedingungen und insbesondere von Art und Umfang der Sicherung der Arbeitnehmeransprüche im Insolvenzfall (Verpfändungsmodell oder doppelseitige Treuhand als Vertrag zugunsten Dritter) bis hin zur Excedentenabsicherung.

Die Sicherung von Arbeitnehmeransprüchen im Wege eines Treuhandmodells wird heute überwiegend durch einen Vertrag zugunsten Dritter im Sinne des § 328 BGB eingerichtet. Begründet wird solch eine doppelseitige Treuhand durch Abschluss eines Treuhandvertrages (Verwaltungstreuhand) zwischen dem Trägerunternehmen und dem Treuhänder, indem die durch den Treuhänder vorzunehmende Verwaltung der übertragenen Vermögenswerte sowie der in der Insolvenzsicherung der Versorgungsansprüche liegende Zweck festgelegt werden und vereinbart wird, dass die Versorgungsberechtigten ab Eintritt eines in dem Treuhandvertrag definierten Sicherungsfalles ein eigenständiges, gegen den Treuhänder gerichtetes Leistungsrecht erwerben, das über das Ende der Rechtsbeziehung zwischen Treugeber und Treuhänder hinauswirkt. Soweit die Treuhand den gerade beschriebenen Sicherungszwecken dient, ist der Treuhandvertrag als Sicherungstreuhand zu qualifizieren. Da der Vertrag mithin zum einen zu Gunsten des Trägerunternehmens eine Verwaltungstreuhand begründet, zum anderen zu Gunsten der Versorgungsberechtigten eine Sicherungstreuhand, ist er als doppelseitige Treuhand zu qualifizieren, bei der der Treuhänder sowohl die Interessen des Trägerunternehmens als auch der Versorgungsberechtigten wahrnimmt.[195] Die Risiken eines Treuhandmodells aus Sicht des Arbeitnehmers und aus Sicht des PSVaG werden in III.2.2.3 und III.2.3.2.2 dargestellt.

## III.2 Rechtliche Möglichkeiten zur Verfügbarmachung von Vorsorgevermögen in der Insolvenz des Arbeitgebers

In den folgenden Abschnitten werden zunächst die allgemeinen Grundsätze des Insolvenzverfahrens beschrieben, wobei der Focus darauf gerichtet ist, wer und unter welchen Voraussetzungen Vorrechte in der Insolvenz hat (III.2.1); dann wird die Verwertung von Sicherungsmaßnahmen ohne PSVaG dargestellt (III.2.2) und schließlich in III.2.3 die Verwertung von Sicherungsmaßnahmen durch den PSVaG analysiert. Zu der Darstellung der Rechtslage für den PSVaG sei darauf hingewiesen, dass neben der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch andere Tatbestände die Insolvenzsicherung durch den PSVaG auslösen,[196] z. B. der außergerichtliche Vergleich nach § 7

[195] So auch die Darstellung von Küppers/Louven, Outsourcing und Insolvenzsicherung von Pensionsverpflichtungen durch Contractual "Trust" Arrangements (CTA's), BB 2004, S. 337 ff. (340). Zuweilen wird diese Form der Treuhand auch als "doppelnützige Treuhand" bezeichnet, vgl. Braun-Bäuerle, InsO, § 51 Rz 42, § 47 Rz 63 ff.; siehe auch Birkel/Obenberger, a.a.O. 2051 (2052).

[196] Vgl. § 7 Abs. 1 Satz 4 BetrAVG.

Abs. 1 Satz 4 Nr. 2 BetrAVG. Diese der Insolvenzeröffnung gleichgestellten Tatbestände haben jedoch auf die Grundsätze zur Beitragspflicht und Beitragsbemessung nach § 10 BetrAVG keine Auswirkungen und werden deshalb nicht weiter thematisiert.

### III.2.1 Allgemeine Grundsätze des Insolvenzverfahrens

Ein Insolvenzverfahren kann über das Vermögen jeder natürlichen und jeder juristischen Person eröffnet werden. Neben Personenhandelsgesellschaften, Partnerschaftsgesellschaften oder der Gesellschaft bürgerlichen Rechts können nach § 11 InsO weitere Organisationsformen insolvent werden. Ein Insolvenzverfahren wird nur auf schriftlichen Antrag hin eröffnet, (vgl. § 13 InsO). Antragsberechtigt sind die Gläubiger und der Schuldner. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens setzt einen Eröffnungsgrund voraus, vgl. § 16 InsO. Allgemeiner Eröffnungsgrund ist die Zahlungsunfähigkeit, vgl. § 17 InsO. Der Schuldner ist zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Zahlungsunfähigkeit ist in der Regel anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat.[197]

Bei einer juristischen Person ist auch die Überschuldung Eröffnungsgrund, vgl. § 19 Abs. 1 InsO. Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, vgl. § 19 Abs. 2, 1. Halbsatz InsO. Dabei ist eine Einschätzung darüber vorzunehmen, ob die Fortführung des Unternehmens nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist. Die derzeit geltende Gesetzesfassung des § 19 Abs. 2, 2. Halbsatz InsO erfährt mit Wirkung ab 1.1.2014 eine Änderung. Die Notwendigkeit der Einschätzung der Wahrscheinlichkeit der Fortführung des Unternehmens bei der Bewertung des Vermögens bleibt jedoch auch über 2014 hinaus erhalten.

Nach vorläufigen Sicherungsmaßnahmen, die das Insolvenzgericht anzuordnen hat, kommt es im gesetzlichen Regelfall zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Im Eröffnungsbeschluss nach § 27 InsO wird u. a. der Insolvenzverwalter bestimmt. Das Insolvenzverfahren erfasst das gesamte Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört und das er während des Verfahrens erlangt (Insolvenzmasse).[198]

Die Insolvenzmasse (§ 35 Abs. 1 InsO) dient zur Befriedigung der persönlichen Gläubiger, die einen zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründeten Vermögensanspruch gegen den Schuldner haben (Insolvenzgläubiger).

Bevorrechtigt ist derjenige, der nach § 47 InsO auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechts geltend machen kann, dass ein Gegenstand nicht zur Insolvenzmasse gehört. Sein Anspruch auf Aussonderung des Gegenstandes bestimmt sich nach den Gesetzen, die außerhalb des Insolvenzverfahrens gelten (Aussonderungsberechtigte). Hierbei geht es um Gegenstände, die sich im Besitz des insolventen Schuldners befinden, aber einem Dritten gehören, z. B. aus Eigentumsvorbehalt oder Leasing. Ein für die betriebliche Altersversorgung äußerst wichtiges Beispiel ist das unwiderrufliche Bezugsrecht einer Direktversicherung. In der Insolvenz besteht für die Arbeitneh-

[197] Vgl. § 17 InsO.
[198] Vgl. § 35 Abs. 1 InsO.

mer hieran im Regelfall ein Aussonderungsrecht.[199] Dies ist einer der Gründe, weshalb die Direktversicherung, wenn sie beschädigt ist, der gesetzlichen Insolvenzsicherung unterliegt.[200]

Absonderungsberechtigt nach den §§ 49, 50 und 51 InsO sind diejenigen Gläubiger, die an einem Vermögensgegenstand des insolventen Arbeitgebers ein Absonderungsrecht haben. Ein Absonderungsrecht ermöglicht es dem Berechtigten, seine Forderung in voller Höhe, einschließlich der Nebenforderungen aus dem Verwertungserlös einzelner Massegegenstände, an denen das Absonderungsrecht besteht, zu befriedigen.[201] Der die abgesicherte Forderung übersteigende Teil des Verwertungserlöses fällt zurück in die Insolvenzmasse. Die Absonderungsrechte sind gesetzlich abschließen geregelt.[202]

Aus der Insolvenzmasse sind die Kosten des Insolvenzverfahrens und die sonstigen Masseverbindlichkeiten vorweg zu berichtigen, vgl. § 53 InsO. Masseverbindlichkeiten sind insbesondere die Verbindlichkeiten, die durch Handlungen des Insolvenzverwalters oder in anderer Weise durch die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Insolvenzmasse begründet werden, ohne zu den Kosten des Insolvenzverfahrens zu gehören.[203]

Nicht zur Insolvenzmasse gehören fremde Vermögen oder Vermögensgegenstände. Das heißt, von der Insolvenz des Arbeitgebers sind in der Regel nicht betroffen die Vermögen der mittelbaren Versorgungsträger (Unterstützungskasse, Direktversicherung, Pensionskasse und Pensionsfonds) und die Vermögen fremder Dritter.[204]

Im Eröffnungsbeschluss des Gerichts werden die Gläubiger aufgefordert, ihre Forderungen fristgemäß innerhalb eines Zeitraums von mindestens zwei Wochen bis zu höchstens drei Monaten beim Insolvenzverwalter anzumelden. Sie werden zudem aufgefordert, dem Insolvenzverwalter unverzüglich mitzuteilen, welche Sicherungsrechte sie an beweglichen Sachen oder an Rechten des Schuldners in Anspruch nehmen. Der Gegenstand, an dem das Sicherungsrecht beansprucht wird, die Art und der Entstehungsgrund des Sicherungsrechts sowie die gesicherte Forderung sind zu bezeichnen.[205]

### III.2.2 Verwertung von Sicherheiten in der Insolvenz ohne den PSVaG

Versorgungsberechtigte haben vom Grundsatz her weder als Rentner noch als Anwärter Vorrechte in der Insolvenz, d. h. sie gehören zu den Insolvenzgläubigern, die allenfalls auf eine quotale Befriedigung ihrer Ansprüche hoffen können.

---

[199] Vgl. Braun-Bäuerle, Insolvenzordnung, 4. Aufl. 2010, § 47 Rn. 74.
[200] Siehe III.2.3.4.
[201] Braun-Bäuerle, InsO, 4. Aufl. 2010, vor §§ 49 - 52 Rn. 1.
[202] Zu den Details sihe III.2.2.
[203] vgl. § 55 InsO.
[204] Zum Treuhänder, siehe III.2.3.2.2.
[205] Vgl. § 28 Abs. 2 S. 2 InsO.

Versorgungsberechtigte, denen ein Recht auf Befriedigung aus Gegenständen zusteht, die der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterliegen (unbewegliche Gegenstände), sind nach Maßgabe des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung zur abgesonderten Befriedigung befugt.[206] Hier geht es um Rechte an Grundstücken, die für die Sicherung von betrieblicher Altersversorgung in der Regel nicht in Betracht kommen, weil es in der betrieblichen Altersversorgung meist um die Sicherung einer Vielzahl von Arbeitnehmern geht.

Versorgungsberechtigte, die an einem Gegenstand der Insolvenzmasse ein rechtsgeschäftliches Pfandrecht haben, sind nach Maßgabe der §§ 166 bis 173 InsO zur abgesonderten Befriedigung aus dem Pfandgegenstand berechtigt.[207] Diese Form der Sicherung ist für die betriebliche Altersversorgung besonders relevant.[208]

Das Absonderungsrecht ermöglicht es dem Inhaber, seine Forderung in voller Höhe, einschließlich der Nebenforderungen unter Berücksichtigung der Kostenbeiträge nach §§ 170 f InsO, aus dem Verwertungserlös der Vermögensgegenstände, an denen das Absonderungsrecht besteht, zu befriedigen.

Den Pfandrechtsgläubigern im Sinne des § 50 InsO stehen nach § 51 InsO gleich:

1. Gläubiger, denen der Schuldner zur Sicherung eines Anspruchs eine bewegliche Sache übereignet oder ein Recht übertragen hat;

2. Gläubiger, denen ein Zurückbehaltungsrecht an einer Sache zusteht, weil sie etwas zum Nutzen der Sache verwendet haben, soweit ihre Forderung aus der Verwendung den noch vorhandenen Vorteil nicht übersteigt;

3. Gläubiger, denen nach dem Handelsgesetzbuch ein Zurückbehaltungsrecht zusteht;

4. Bund, Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände, soweit ihnen zoll- und steuerpflichtige Sachen nach gesetzlichen Vorschriften als Sicherheit für öffentliche Abgaben dienen.

Auch in den Fällen des § 51 InsO besteht also ein Absonderungsrecht, also ein Recht auf Befriedigung der gesicherten Forderung aus dem Verwertungserlös der Sache.

Nach den Aussonderungs- und Absonderungsberechtigten sowie den Massegläubigern verbleiben die Insolvenzgläubiger im Sinne des § 38 InsO. Diesen folgen nach § 39 InsO die sog. nachrangigen Insolvenzgläubiger im Rang nach, wobei eine weitere Rangfolge gilt, die hier nicht weiter dargestellt werden soll. Zu den Insolvenzgläubigern gehören die Arbeitnehmer, soweit sie nicht durch Absonderungsrechte gesichert sind, und der PSVaG als ihr Rechtsnachfolger.

Vorrechte können also nur Inhaber von Aus- oder Absonderungsrechten geltend machen. Wer kein Aus- oder Absonderungsrecht hat, ist Insolvenzgläubiger und kann allenfalls auf eine Quote hof-

[206] Vgl. § 49 InsO.
[207] Vgl. § 50 Abs. 1 InsO.
[208] Zum Pfandrecht an einer Rückdeckungsversicherung, siehe nachfolgend in III.1.2.2.1.

fen. Reicht die Masse selbst dafür nicht, geht er leer aus. Gäbe es die gesetzliche Insolvenzsicherung nicht, würde der versorgungsberechtigte Arbeitnehmer - gleichgültig, ob Rentner oder Anwärter - regelmäßig zum großen Teil also leer ausgehen.

### III.2.2.1 Pfandrechte, speziell an Rückdeckungsversicherungen

Die wichtigste gesetzlich geregelte Realsicherung an Vermögensgegenständen des Arbeitgebers in der Insolvenz ist das Pfandrecht, wobei in der betrieblichen Altersversorgung eindeutig die Verpfändung von Versicherungsansprüchen - also die Rückdeckungsversicherung - im Vordergrund steht. Daneben gehören zu den absonderungsberechtigten Sicherheiten auch die Sicherungsübereignung und die Sicherungszession an beweglichen Sachen oder Rechten des Arbeitgebers, die jedoch für die betriebliche Altersversorgung eine untergeordnete Rolle spielen.[209]

Nach §§ 49 ff in Verbindung mit §§ 166 bis 173 InsO gibt das Pfandrecht dem Gläubiger das Recht zur abgesonderten Befriedigung seiner Hauptforderung einschließlich Zinsen und Kosten aus der Verwertung des Vermögensgegenstandes.

Die Verwertung des Sicherungsgegenstandes - also z.B. der Rückdeckungsversicherung - führt dann zu einer Befriedigung der gesicherten Schuld, wenn der Erlös die Forderung dem Grunde und der Höhe nach deckt. Für die betriebliche Altersversorgung heißt das, dass im Regelfall nur das Pfandrecht an einer die Versorgungsleistung dem Grunde und der Höhe nach deckenden Versicherungsleistung (kongruente Rückdeckungsversicherung) ein belastbares und nachhaltig geeignetes Sicherungsmittel darstellt, um den Anspruch in der Insolvenz zu sichern, wobei der Begriff "Kongruenz" nicht eindeutig definiert ist und häufig unterschiedlich verstanden wird.

Die Verwertung eines Pfandrechts setzt Pfandreife voraus. Dies gilt auch in der Insolvenz. Erst wenn die Forderung, für die das Pfandrecht bestellt wurde, fällig ist und der Schuldner nicht zahlt, tritt Pfandreife ein und der Pfandgläubiger kann den Pfandgegenstand - hier also die Rechte aus der Rückdeckungsversicherung - für sich verwenden.

Handelt es sich beim Pfandgläubiger um einen Rentner, trifft die durch die Insolvenz verursachte Pfandreife auf bereits fällige Forderungen. Der Rentner kann nach § 50 InsO sofort die Absonderung des Pfandgegenstandes - hier also die fälligen Leistungen aus der Rückdeckungsversicherung - zu seinen Gunsten verlangen. Soweit die Rentenzahlungen noch nicht fällig sind, hilft § 41 InsO: Danach gelten noch nicht fällige Forderungen als fällig. Diese Norm ermöglicht es, künftige Rentenzahlungen in der Insolvenz als fällige Forderungen geltend zu machen. Hinsichtlich der Höhe ermöglicht § 46 InsO die Geltendmachung als Schätzwert.[210] Für die Rückdeckungsversicherung, aus der bereits laufende Leistungen erfolgen, bedeutet dies eine Kapitalisierung oder die Übertragung der Versicherungsnehmerstellung an den Pfandgläubiger, hier den Versorgungsberechtigten, sofern möglich.

Bei Anwärtern fehlt es an der Fälligkeit ihres Anspruchs (keine Pfandreife). Denkbar ist es sogar, dass sie vor Eintritt des Versorgungsfalles und ohne Hinterbliebene versterben. Ihr Anspruch ist also

[209] Siehe III.1.2.2.1 und III.1.2.3.1.
[210] Vgl. Braun-Bäuerle, InsO 4. Aufl. 2010, § 46 Rn 4.

dem Grunde und meist auch der Höhe nach ungewiss. Damit entfällt die sofortige Verwertung zu ihren Gunsten. Nach den Vorschriften der Insolvenzordnung berechtigt deshalb der Anspruch eines Anwärters nur zu einer vorläufigen Sicherung.[211] Nach dem BGH-Urteil vom 7.4.2005 - IX ZR 138/04 - darf der Insolvenzverwalter die verpfändete Rückdeckungsversicherung zwar kündigen, er muss den Rückkaufswert jedoch bis zum Eintritt des Versorgungsfalles zugunsten des Anwärters oder seiner Hinterbliebenen hinterlegen.[212]

### III.2.2.2 Sicherheiten an fremdem Vermögen unter Ausklammerung von Treuhändern

Als Sicherheiten an fremdem Vermögen werden in diesem Gutachten Maßnahmen zur Deckung und Sicherung von Versorgungsansprüchen oder -anwartschaften bezeichnet, mit denen auf das Vermögen eines Dritten zugegriffen werden kann. Erwähnt wurden in III.1.3 die Bürgschaft, die Patronatserklärungen und ähnliche Vorgänge im Konzern, die Mitschuld in Form von Schuldbeitritt und Erfüllungsübernahme sowie das Treuhandverhältnis. Treuhandmodelle sowie die Rückdeckungsversicherung, die von einer Unterstützungskasse auf das Leben eines Versorgungsberechtigten abgeschlossen und an diesen und ggf. seine Angehörigen verpfändet wurde, werden in III.2.2.3 sowie III.2.3.3 behandelt. Im weiteren Sinne können hierzu auch die Vermögen der sonstigen mittelbaren Versorgungsträger gezählt werden.

Das Vermögen des Dritten ist nicht notwendig von der Insolvenz des Arbeitgebers betroffen. Rein rechtlich und in der Regel auch wirtschaftlich ist es vom Vermögen des Arbeitgebers getrennt. Insbesondere gehört es nicht zur Insolvenzmasse.

Für die Sicherheiten an fremden Vermögen gilt: Fällt der Hauptschuldner wegen Insolvenz aus, kann der Gläubiger - hier der Arbeitnehmer - aus der Sicherheit gegen den Dritten vorgehen.

Bei der gesetzlich geregelten Bürgschaft folgt der Anspruch aus §§ 765, 767 BGB. Ist der Versorgungsberechtigte bereits Rentner und der Versorgungsanspruch fällig, kann er unter Ausschluss der Einrede der Vorausklage gemäß § 773 Abs. 1 Nr. 3 BGB unmittelbar gegen den Bürgen vorgehen. Für Anwärter ist die Inanspruchnahme schwieriger. Da ihre Versorgungsansprüche noch nicht fällig sind, kann der Bürge vorläufig die Erfüllung verweigern, vgl. §§ 767, 768 BGB.

Ähnliches gilt für den Mitschuldner. Die Mitschuld in Form des Schuldbeitritts ist zwar nicht in allgemeiner Form geregelt, gilt aber als vertragliche Gesamtschuld im Sinne des § 421 BGB. Mehrere Schuldner schulden ein und dieselbe Leistung in der Weise, dass jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet ist, der Gläubiger sie aber nur einmal zu fordern berechtigt ist. Fällt der Arbeitgeber aus, kann somit der Arbeitnehmer den Beigetretenen auf Leistung (unmittelbar) in Anspruch nehmen. Dies gilt auch und erst recht bei Insolvenz des Arbeitgebers. Erneut ist zwischen fälligen Versorgungsansprüchen und Anwartschaften zu unterscheiden. Eine Geltendmachung von Leistungen, die noch nicht fällig sind, ist grundsätzlich noch nicht möglich. Eine Abfindung oder Kapitalisierung ist in der Regel unzulässig, vgl. § 3 BetrAVG. Der Arbeitnehmer trägt somit das

[211] Zu den sofortigen Verwertungsrechten des PSVaG, siehe III.2.3.
[212] Zur Zulässigkeit einer Hinterlegung bei der (Rückdeckungs-)Versicherungsgesellschaft siehe Riewe, Der privatrechtliche Insolvenzschutz in der betrieblichen Altersversorgung, DB 2010, S. 784 ff, 786.

Risiko, dass auch der zweite Schuldner vor Erfüllung ausfällt. Für Haftungstatbestände im Konzern gilt Entsprechendes.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass Personalsicherheiten - zu den Treuhandmodellen und zu den Rückdeckungsversicherungen bei Unterstützungskassen siehe die jeweiligen Abschnitte - von der Insolvenz des Arbeitgebers zwar nicht unmittelbar berührt werden, letztlich aber auch der Drittschuldner ausfallen kann.

### III.2.2.3 Treuhandmodelle in der Insolvenz

Die Rechtslage gegenüber dem Treuhänder in der Insolvenz des Arbeitgebers hängt sehr stark ab von der vertraglichen Gestaltung des Treuhandverhältnisses. Treuhandmodelle bedürfen daher einer vertiefenden Betrachtung.

Als "fiduziarisches" Vermögen des Arbeitgebers in der Hand eines Dritten gehört es zur Insolvenzmasse, wenn keine zusätzlichen Sicherungsmaßnahmen bestehen. Der Insolvenzverwalter ist nach § 148 ff InsO verpflichtet, das gesamte zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen des Unternehmens sofort in Besitz und Verwaltung zu nehmen. Ein Treuhänder ist vom Grundsatz her nur - während der Dauer des Treuhandverhältnisses - als fiduziarischer Eigentümer in den Grenzen des Treuhandvertrages zur Verwaltung und Verfügung über das ihm übertragene Vermögen berechtigt. Bei Insolvenz endet der Treuhandvertrag kraft Gesetzes.[213]

Zweck der §§ 115, 116 InsO ist es, die Verwaltung der Insolvenzmasse - soweit sie durch Dritte ausgeübt wird - vom Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung an in den Händen des Insolvenzverwalters zu konzentrieren.[214] Das heißt, der Treuhänder verliert mit der Insolvenz die Befugnis, über das Treuhandvermögen berechtigt zu verfügen. Er wird zum unberechtigten Besitzer und hat - sofern der Insolvenzverwalter dies verlangt - das Treuhandvermögen an den Insolvenzverwalter und damit an die Insolvenzmasse herauszugeben. Ohne zusätzliche Sicherungsrechte in der Insolvenz - hierzu im Folgenden - hat der Treuhänder keinen rechtlichen Grund, die Herausgabe zu verweigern.

#### III.2.2.3.1 Insolvenzfestigkeit von Treuhandmodellen

Etwas anderes gilt, wenn der Treuhänder ein den Aus- oder Absonderungsrechten vergleichbares Recht an den Gegenständen des Arbeitgebervermögens hat oder wenn er berechtigt ist, die ihm übertragene Vermögensmasse zu Gunsten eines Dritten zurückzubehalten und die Herausgabe an den Insolvenzverwalter zu verweigern.

Die rechtliche Einordnung der Rechte und Kompetenzen des Treuhänders in der Insolvenz des Trägerunternehmens ist gesetzlich nicht festgelegt. Es werden verschiedene Möglichkeiten diskutiert,

[213] Vgl. §§ 115, 116 InsO.
[214] Vgl. Braun-Kroth, Insolvenzordnung (InsO), 4. Aufl. 2010, § 115 Rn 2.

die von der Gestaltung des Treuhandmodells abhängen. Im Ergebnis gelten Treuhandmodelle inzwischen als insolvenzfest, insbesondere wenn sie als Vertrag zu Gunsten Dritter im Sinne des § 328 BGB, also als doppelseitige Treuhand, gestaltet sind.

Das Verpfändungsmodell galt - weil es auf einem in § 50 InsO ausdrücklich genannten Absonderungsrecht beruht - zumindest in den Anfängen der Treuhandmodelle als vorzugswürdig; in der Praxis erwies sich jedoch die Individualisierung der Verpfändungsvereinbarung sowie der Bestimmtheitsgrundsatz des Sachenrechts als hinderlich, zumindest komplex, so dass sich im Laufe der Zeit das Modell der doppelseitigen Treuhand durchgesetzt zu haben scheint.

In der Literatur wird die doppelseitige - oft auch doppelnützig genannte - Treuhand den Absonderungsrechten des § 51 InsO zugeordnet.[215] Die doppelseitige Treuhand wird mit der Sicherungszession und der Sicherungsübereignung verglichen und im Ergebnis gleichgestellt. Da auch Sicherungszession und Sicherungsübereignung als Sicherungstreuhandverhältnisse zu qualifizieren sind, bei denen der gesicherte Gläubiger Inhaber und zugleich Treuhänder des Sicherungsgutes ist, so müsse sich die Behandlung des Sicherungsgutes im Insolvenzfall in gleicher Weise vollziehen, wenn nicht der gesicherte Gläubiger, sondern ein neutraler Dritter das Sicherungsgut für den gesicherten Gläubiger als Treuhänder hält.[216]

Diese Rechtsauffassung lässt sich mit guten Gründen vertreten, obwohl unseres Erachtens zwischen Sicherungszession/Sicherungsübereignung und Treuhandverhältnis graduelle Unterschiede bestehen können. Sicherungszession und Sicherungsübereignung beziehen sich typischerweise auf bestimmte Vermögensgegenstände, auf bestimmte Sachen oder Rechte. Die Rechte und Pflichten des Treuhänders aus der Sicherungstreuhand zugunsten des Versorgungsberechtigten beziehen sich jedoch auf das gesamte, ihm rechtlich und meist auch tatsächlich übertragene Vermögen. Zumindest bei der doppelseitigen Treuhand dienen nicht einzelne Vermögensgegenstände der Deckung des Versorgungsanspruchs. Vielmehr hat der Arbeitnehmer gegen den Treuhänder einen schuldrechtlichen Anspruch aus dem Vertrag zugunsten Dritter, den der Treuhänder aus dem gesamten, ihm zur Verfügung stehenden Treugut (Treuhandvermögen) befriedigen muss. So gesehen, steht dem Treuhänder eher ein (fremdnütziges) Zurückbehaltungsrecht an dem ihm übertragenen Vermögen zu. Da jedoch sowohl die Analogie zur Sicherungsübereignung bzw. Sicherungszession als auch die Analogie zum Zurückbehaltungsrecht im Insolvenzrecht zum gleichen Ergebnis führen, nämlich zu einem Absonderungsrecht gemäß § 51 InsO, kann die exakte Zuordnung unseres Erachtens dem Einzelfall überlassen bleiben.

Im Ergebnis kann der Treuhänder also in der Regel in der Insolvenz Vorrechte zugunsten der Versorgungsberechtigten in Anspruch nehmen. Die Insolvenzfestigkeit wurde jedoch bislang nicht höchstrichterlich bestätigt. Ob das Treuhandvermögen darüber hinaus qualitativ werthaltig ist, hängt allerdings von weiteren Kriterien ab, die es nachfolgend zu untersuchen gilt.

---

[215] Vgl. Braun-Bäuerle, InsO, 4. Aufl. 2010, § 51 Rn. 42; Küppers/Louven, Outsourcing und Insolvenzsicherung von Pensionsverpflichtungen durch Contractual "Trust" Arrangements (CTA's), BB 2004, S. 337 ff (343), Birkel/Obenberger, a.a.O., S. 2051 ff.

[216] So der Bericht des BMAS nach § 7d SGB IV über die Vereinbarungen zur Absicherung von Wertguthaben und zu Vorschlägen zur weiteren Entwicklung des Insolvenzschutzes, BT-Drs. 14, 7944, S, 32.

### III.2.2.3.2 Sonstige Risiken eines Treuhandmodells aus Sicht des Arbeitnehmers

Für den Arbeitnehmer bestehen aus rechtlicher Sicht Risiken, die an dieser Stelle erwähnt werden müssen. Gemeint sind Risiken, die sich im Verhältnis Arbeitnehmer zu Treuhänder ergeben. Nicht jedes Treuhandverhältnis - auch nicht die doppelseitige Treuhand - ist so ausgestaltet, dass der Anspruch des Versorgungsberechtigten gegen den Treuhänder exakt einem Vermögensgegenstand des Treuhandvermögens zugeordnet werden kann, der zudem den Versorgungsanspruch wertmäßig und im Zeitablauf dauerhaft deckt. Wie bereits erwähnt, richtet sich der Anspruch des Versorgungsberechtigten - insbesondere bei der doppelseitigen Treuhand - gegen den Treuhänder als eigenständige Person und ist in der Regel auf das dem Treuhänder insgesamt übereignete Treuhandvermögen beschränkt. Die Deckungsmittel, die dem Treuhänder zur Befriedigung des Versorgungsberechtigten zur Verfügung stehen, sind einerseits nicht spezifiziert und andererseits begrenzt auf das, was vorhanden ist.

Durch die Implementierung eines Treuhandmodells - insbesondere durch die Vereinbarung einer Sicherungstreuhand - gewinnt der Arbeitnehmer rechtlich einen zweiten Schuldner im Sicherungsfall. Regelmäßig sind Treuhandverträge so gestaltet, dass im Sicherungsfall, aber auch erst dann, ein rechtlicher Anspruch gegen den Treuhänder entsteht, der in der Höhe dem arbeitsrechtlichen Anspruch gegen den Arbeitgeber entspricht. Dieser rechtliche Anspruch gegen den Treuhänder ist jedoch für den Arbeitnehmer letztlich nur dann von Wert, wenn das Treuhandvermögen ausreicht, um alle der Vereinbarung unterfallende Ansprüche zu befriedigen und zu erfüllen.

Je nach Ausgestaltung des Treuhandvertrages können sich dadurch Konkurrenzen für den Versorgungsberechtigten ergeben, die seinen Anspruch in seiner Durchsetzung dem Grunde und der Höhe nach beeinträchtigen.

Ein für den Arbeitnehmer nicht unerhebliches Risiko besteht dann, wenn der Treuhänder verschiedene soziale Nebenleistungen des Arbeitgebers sichern soll, insbesondere wenn Treuhandvermögen zugleich zur Sicherung von Zeitwertkonten, Altersteilzeit und betrieblicher Altersversorgung genutzt wird.

Ohne eine Trennung oder Zuordnung der dem Treuhänder übereigneten Vermögensmassen - im Folgenden auch als "Separierung" bezeichnet - können dadurch Konkurrenzverhältnisse zwischen Arbeitnehmergruppen entstehen, die insbesondere bei Versorgungsanwärtern zu Nachteilen führen können. Wenn der Treuhänder das vorhandene Vermögen zunächst zur Befriedigung anderer Arbeitnehmeransprüche verwenden muss, besteht die Gefahr, dass das Vermögen verbraucht ist, bevor die Versorgungsansprüche fällig werden.

Diese Gefahr wird umso größer, wenn der Treuhänder Abfindungen bzw. Kapitalleistungen vornehmen darf und zur Gewinnung von Liquidität werthaltige Vermögensgegenstände vorzeitig veräußern muss.

Ein qualifizierter Abwicklungsplan, der alle vorhandenen Arbeitnehmer und Hinterbliebene im Zeitablauf mit ihren fälligen und noch nicht fälligen Ansprüchen korrekt und eindeutig berücksich-

tigt, kann dem Arbeitnehmer - letztlich aber auch dem PSVaG[217] - bei der Durchsetzung seiner Ansprüche helfen.

Ein zweiter Aspekt, aus dem sich Konkurrenzen ergeben können, ist die Absicherung von Excedenten. Ist das Treuhandmodell so formuliert, dass nur der Teil gesichert werden soll, der nicht durch den PSVaG gedeckt wird, entstehen Konkurrenzen zwischen den Versorgungsberechtigten.

Ein weiteres Risiko, das zum Verlust der Sicherung durch ein Treuhandvermögen führen kann, ist der Betriebsübergang oder andere Umstrukturierungsvorgänge beim Arbeitgeber, wenn sie dazu führen, dass der Arbeitnehmer aus dem persönlichen Kreis der Begünstigten eines Treuhandmodells ausscheidet.

Wenn ein Unternehmen oder ein Betrieb veräußert oder auf ein fremdes Unternehmen übertragen wird, gehen nach § 613a BGB regelmäßig die Arbeitsverhältnisse der aktiven Belegschaft auf den neuen Inhaber oder Erwerber über. Bestandteil des Arbeitsverhältnisses sind die ggf. bestehenden Zusagen auf betriebliche Altersversorgung.

Der arbeitsrechtliche Anspruch aus der Versorgungszusage geht also kraft Gesetzes und unabhängig vom Durchführungsweg auf den Erwerber des Betriebes über. Eine entsprechende Rechtsfolge tritt ein, wenn im Zuge einer Umstrukturierung nach dem Umwandlungsgesetz (UmwG) ein Betrieb oder Betriebsteil auf einen neuen Inhaber übergeht, vgl. § 324 UmwG.

Der Betriebsübergang nach § 613a BGB und der Übergang im Zuge einer Umwandlung im Sinne des Umwandlungsgesetzes bewirken, was die betrieblichen Versorgungsanwartschaften angeht, einen gesetzlichen Schuldnerwechsel. Ob jedoch im Zuge dieses gesetzlichen Schuldnerwechsels auch die Sicherungsansprüche gegen einen Treuhänder des bisherigen Arbeitgebers aufrechterhalten bleiben und zugunsten des Arbeitnehmers auch nach dem Betriebsübergang fortbestehen, ist höchstrichterlich nicht entschieden und nach unserer Auffassung rechtlich zweifelhaft.

Während nämlich beim vertraglichen und gesetzlichen Forderungsübergang - also beim Gläubigerwechsel - nach § 398, § 401 und § 412 BGB ein Erhalt und ein Übergang von Neben- und Vorzugsrechten vorgesehen ist, gilt nach § 418 BGB für den Fall der vertraglichen Schuldübernahme - also für den Schuldnerwechsel - das Gegenteil: Bürgschaft, Pfandrecht oder Hypotheken erlöschen. Obwohl es für Treuhandmodelle umstritten ist, ob es sich bei dem Anspruch gegen den Treuhänder wie bei der Bürgschaft oder dem Pfandrecht um ein akzessorisches Recht handelt, und obwohl § 418 BGB in erster Linie für die vertragliche Schuldübernahme gilt, ist unseres Erachtens nicht auszuschließen, dass der Anspruch gegen den Treuhänder mit dem Betriebsübergang untergeht. Zwar erscheint es vertretbar anzunehmen, dass der Anspruch gegen den Treuhänder auch nach dem Betriebsübergang solange fortbesteht, wie der bisherige Arbeitgeber aus der Versorgungszusage noch in Anspruch genommen werden kann. Dies betrifft die Nachhaftung nach § 613a Abs. 2 BGB für die Dauer eines Jahres. Spätestens sobald der bisherige Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gegenüber jedoch aus der Leistungs- oder Einstandspflicht frei wird, wird nach unserer Auffassung regelmäßig auch der Treuhänder gegenüber dem Arbeitnehmer frei. Abhilfe können dagegen nur vertragliche Regelungen im Treuhandmodell schaffen, die Vorkehrungen für den Fall vorsehen, dass

[217] Siehe III.2.3.

Arbeitnehmer durch Betriebsübergänge oder Umstrukturierungen den Geltungsbereich des Treuhänders verlassen.

Im Ergebnis besteht also für den Arbeitnehmer die Gefahr, durch Betriebsübergänge oder Umstrukturierungen, die mit einer Schuldbefreiung für den bisherigen Arbeitgeber verbunden sind, auch die Sicherung durch den Treuhänder zu verlieren.

Für die stichtagsbezogene, risikoorientierte Beitragsgestaltung spielt dieses Risiko zwar eher eine untergeordnete Rolle, da unterjährige Betriebsübergänge oder Umstrukturierungen am nächsten Stichtag berücksichtigt werden und weil der neue Arbeitgeber, wenn er keine gesicherten Deckungsmittel bildet, der vollen uneingeschränkten Beitragsbemessung unterliegt. Dennoch kann der Verlust des Sicherungsmittels für den Versorgungsberechtigten - zumindest für verfallbare Anwärter, für Excedenten oder für sonstige Teilleistungen, die nicht vom PSVaG gesichert werden - ein schwerwiegender Verlust sein. Betriebsübergänge oder Umstrukturierungen sind also ein Risiko.

Eine Verschlechterung der Sicherheit kann aus Sicht der bereits vorher in der Treuhand abgesicherten Berechtigten auch dann eintreten, wenn durch Erwerb von Betrieben oder Unternehmen zusätzliche Arbeitnehmer und Versorgungsbegünstigte in den Geltungsbereich des Treuhandmodells hineinkommen, der Treugeber jedoch keine weiteren Zuwendungen leistet.[218]

In jedem Fall stellen die Endlichkeit des Treuhandvermögens und die zumindest bei unternehmenseigenen Treuhandmodellen regelmäßig fehlende Finanzaufsicht Ausfallrisiken für den Arbeitnehmer dar.

Ein erheblicher Risikofaktor beim Treuhandmodell sind darüber hinaus die Entnahme- und Erstattungsregelungen. Tritt der Arbeitgeber dem Versorgungsberechtigten gegenüber in Vorleistung, kann er in vielen Fällen vom Treuhänder Erstattung verlangen. Da der Treugeber in der Regel nicht verpflichtet ist, Zuwendungen an den Treuhänder zu leisten, kann er Zuwendungen in der Zukunft einstellen. Durch Vorleistung und Erstattung durch den Treuhänder ergibt sich für die verbleibenden Versorgungsberechtigten die Gefahr des "Leerlaufens" des Treuhandvermögens.

Um diesen Risiken zu begegnen sind Sollkritierien aufzustellen, mit denen sich ein Treuhandmodell für eine günstigere Risikoeinschätzung qualifizieren kann.[219] Diese Sollkriterien müssen - mit Blick auf die Thematik dieses Gutachtens - so ausgerichtet sein, dass der PSVaG mit hinreichender Wahrscheinlichkeit im Insolvenzfall entlastet wird.[220]

Zu nennen sind - ohne Anspruch auf Vollständigkeit - aus rechtlicher Sicht:

- Insolvenzfestigkeit der Vertragskonstruktion
- Keine Konkurrenzen infolge fehlender oder mangelhafter Separierung des Vermögens
- Regelung der Konkurrenzen der Versorgungsberechtigten untereinander (Stichwort: Excedenten, verfallbare Anwartschaften) und im Verhältnis zum PSVaG

[218] Zu den wirtschaftlichen Risiken siehe IV und V.
[219] Zur Bewertung und Beurteilung siehe IV und V.
[220] Zur Verwertung durch den PSVaG siehe in III.2.3 ff.

- Regelung der Entnahme- und Erstattungsmöglichkeiten (Stichwort: "Gefahr des Leerlaufens")
- Regelung über die Folgen von Betriebsübergängen, Umstrukturierungen beim bisherigen Arbeitgeber (Stichwort: Entnahme nur bei Überdeckung für verbleibende Verpflichtungen)
- Regelung der Kündigungs- und Auflösungsmöglichkeiten im Hinblick auf die gesicherten Versorgungsberechtigten

Je nach Ausgestaltung können Treuhandmodelle bei richtiger Gestaltung ein sehr hohes Maß an Sicherheit für den Arbeitnehmer oder Versorgungsempfänger außerhalb der Insolvenzmasse darstellen, sie können jedoch auch erhebliche Risiken beinhalten.

### III.2.3 Verwertung von Sicherheiten in der Insolvenz durch den PSVaG

In den folgenden Abschnitten wird nunmehr gezielt der Blick auf den PSVaG gerichtet. Zunächst wird skizziert, welche Rechte er in der Insolvenz hat und wie er nach geltendem Recht auf Sicherungsmaßnahmen zugreifen bzw. sie für sich verwerten kann. Im weiteren Verlauf werden dann die Möglichkeiten der Entlastung für den PSVaG getrennt nach Durchführungswegen und gezielt im Hinblick auf bestimmte Sicherungsmaßnahmen dargestellt. Dabei werden alle Durchführungswege der betrieblichen Altersversorgung in die Betrachtung einbezogen, auch wenn diese bislang nicht der gesetzlichen Insolvenzsicherung unterliegen.

#### III.2.3.1 Allgemeine Grundsätze

Verursacht durch den Eintritt eines Sicherungsfalls beim Arbeitgeber, erhält der Versorgungsberechtigte einen gesetzlichen Anspruch gegen den PSVaG. Die Ansprüche oder Anwartschaften des Versorgungsberechtigten aus der Versorgungszusage - die nicht ohne weiteres aufgrund der Insolvenz wertlos sein müssen - richten sich weiterhin gegen den insolventen Arbeitgeber. Der Eintritt des Sicherungsfalls führt nicht dazu, dass Versorgungsansprüche kraft Gesetzes erlöschen. Da der Versorgungsberechtigte vom PSVaG Leistungen erhält, ordnet § 9 Abs. 2 S. 1 BetrAVG einen gesetzlichen Forderungsübergang seines Anspruchs oder seiner Anwartschaft gegen den Arbeitgeber auf den PSVaG an, ("Hauptforderung").

Der gesetzliche Forderungsübergang umfasst - neben den arbeitsrechtlichen Versorgungsansprüchen - nach § 412 i.V.m. § 401 BGB auch alle akzessorischen Neben- und Vorzugsrechte, die an und für die Hauptforderung bestehen. Das heißt: Auf den PSVaG gehen alle akzessorischen Sicherungsmittel über, die für die Versorgungsverpflichtung begründet wurden.

##### III.2.3.1.1 Übergang der Hauptforderungen[221]

Der PSVaG ist aufgrund des gesetzlichen Forderungsübergangs im Regelfall Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO). Der PSVaG wird gemäß § 9 Abs. 2 S. 3 BetrAVG die auf ihn übergegangenen Versorgungsansprüche und -anwartschaften der Versorgungsberechtigten, kapitalisiert in Höhe der versi-

[221] Zum Begriff: siehe Abschnitt III.1.1.

cherungsmathematisch ermittelten einzelnen Renten- und Anwartschaftsbarwerte (§ 45 S. 1 InsO), als Insolvenzforderungen in einer Summe im Verfahren geltend machen.[222]

Versorgungsanwartschaften, die nach Maßgabe des § 9 Abs. 2 BetrAVG auf den PSVaG übergehen, gelten nach § 9 Abs. 2 Satz 3 BetrAVG als unbedingt im Sinne des § 45 InsO und dürfen geschätzt werden. Bei Rentenleistungen sind dazu die anerkannten Regeln der Versicherungsmathematik heranzuziehen. Stichtag für die Schätzung ist der Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Der Vorteil sofortiger Fälligkeit der auf den PSVaG übergegangenen Versorgungsanwartschaften ist mit einem Abzinsungssatz von 5,5 % zu berücksichtigen.[223]

#### III.2.3.1.2 Übergang der Sicherungsrechte

Vom Forderungsübergang nach § 9 Abs. 2 BetrAVG umfasst werden die akzessorischen Sicherungsrechte, also das Pfandrecht an Sachen und Rechten, die Hypothek und die Bürgschaft. Der überwiegende Teil der Literatur subsumiert unter § 9 Abs. 2 BetrAVG auch die vertraglichen ("schuldrechtlichen") Sicherungsrechte wie Schuldbeitritt, Forderungen gegenüber einem früheren Einzelunternehmen nach § 28 HGB oder einem ehemaligen persönlich haftenden Gesellschafter bei Handelgesellschaften sowie den Anspruch gegen den Treuhänder aus einem Treuhandverhältnis.[224]

Das BAG hatte bereits in einer Entscheidung vom 12.12.1989 - 3 AZR 540/88 - den Übergang der Rechte aus einem Schuldbeitritt - also einem vertraglichen Sicherungsrecht - auf den PSVaG nach § 9 Abs. 2 BetrAVG in Abgrenzung zu § 7 Abs. 4 BetrAVG bejaht.[225]

Nicht von § 9 Abs. 2 BetrAVG erfasst werden nach herrschender Literaturmeinung die Abtretung und die Grundschuld.[226] In diesem Fall ist es unter dem Aspekt der Schadensminderung vertretbar, wenn der PSVaG vom Versorgungsberechtigten die Abtretung des nicht akzessorischen Sicherungsrechts verlangen kann.[227]

Somit lässt sich festhalten, dass nach weitgehend einhelliger Auffassung in Literatur und Rechtsprechung der PSVaG durch gesetzlichen Forderungsübergang nach § 9 Abs. 2 BetrAVG Rechtsnachfolger des Arbeitnehmers hinsichtlich der akzessorischen und schuldrechtlichen Sicherungsrechte bis zur Höhe des gesetzlich zu sichernden Versorgungsanspruchs wird.

Dabei richten sich nicht alle Sicherungsrechte gegen die Insolvenzmasse, also das verbliebene Vermögen des Arbeitgebers.

---

[222] Vgl. dazu auch das PSV-Merkblatt 110/112; § 217 InsO, § 224 InsO, § 7 Abs. 4 BetrAVG, § 9 BetrAVG.
[223] Vgl. Braun-Bäuerle, InsO, 4. Aufl. 2010, § 45 Rn 7; Kemper/Kisters-Kölkes/Berenz/Huber, BetrAVG, § 9 Rn. 21.
[224] Vgl. Höfer, BetrAVG § 9 Rn 4685; Kemper/Kisters-Kölkes/Berenz/ Huber, BetrAVG, 4. Aufl. 2010, § 9 Rn 15; Langohr-Plato, Betriebliche Altersversorgung, Teil B, Rn. 878.
[225] Vgl. BetrAV 1990, S. 179.
[226] Vgl. Höfer, BetrAVG Rn 4685; Berenz, DB 2004, S. 1098; Kemper/Kisters-Kölkes/Berenz/Huber, BetrAVG, 4. Auflage 2010, § 9 Rn. 17.
[227] Paulsdorff, Kommentar zur Insolvenzsicherung der betrieblichen Altersversorgung, 2. Auflage 1996, § 9 Rn. 19.

Absonderungsrechte aus der Verwertung des Vermögensgegenstandes ermöglichen das Pfandrecht, die Sicherungsübereignung und die Sicherungszession, wobei das Pfandrecht an einer kongruenten Rückdeckungsversicherung am ehesten zur Entlastung geeignet ist.

Auch das Pfandrecht an einem Rückübertragungsanspruch gegen einen Treuhänder oder an einem dem Treuhänder fiduziarisch übertragenen Vermögensgegenstand kann hierzu gehören.

Andere Sicherungsrechte richten sich gegen das Vermögen eines Dritten. Regelbeispiele sind die Ansprüche aus Bürgschaft, aus Mitschuld, aus Nachhaftung gegen ausgeschiedene Gesellschafter oder aus Umwandlung sowie insbesondere der Anspruch gegen den Treuhänder aus einer doppelseitigen Treuhand. Diese Rechte muss der PSVaG außerhalb der Insolvenz des Arbeitgebers gegen den Dritten geltend machen.

Ihre rechtliche Durchsetzung wird geprägt von den jeweils maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen - sofern gegeben - oder von den jeweils getroffenen vertraglichen Vereinbarungen. Einreden oder Gegenrechte sind möglich, z. B. bei der Bürgschaft oder bei der Nachhaftung ehemaliger Gesellschafter. Die materielle, d. h. wirtschaftliche Entlastung hängt ab von der wirtschaftlichen Kraft des Drittschuldners.

In den folgenden Abschnitten wird vertieft, ob und auf welche Weise der PSVaG bei den verschiedenen Durchführungswegen durch bestimmte Sicherungsmaßnahmen entlastet wird. Verweise und partielle Wiederholungen auf bzw. von bereits Erwähntem sind dabei nicht zu vermeiden.

### III.2.3.2 Bei Direktzusagen

Die unmittelbare Versorgungszusage, auch Direktzusage oder Pensionszusage genannt, wird in § 1 Abs. 1 Satz 1 und 2 BetrAVG definiert. Sie ist einer der vom Arbeitgeber frei wählbaren Durchführungswege der betrieblichen Altersversorgung und steht, wenn man vom Wortlaut des § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG ausgeht, gleichrangig neben den sog. mittelbaren Versorgungsträgern im Sinne des § 1b Abs. 2 bis 4 BetrAVG. Sie kennzeichnet sich dadurch, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen unmittelbaren Rechtsanspruch auf Leistungen der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung aus Anlass des Arbeitsverhältnisses einräumt, d.h. der Arbeitgeber verpflichtet sich selbst zur unmittelbaren Leistung, ist also unmittelbarer Versorgungsträger.

In den vorstehenden Abschnitten wurde dargestellt, dass nach § 9 Abs. 2 BetrAVG alle akzessorischen Rechte des Arbeitnehmers kraft Gesetzes auf den PSVaG übergehen. Der Übergang der Vorzugs- und Nebenrechte mit den arbeitsrechtlichen Hauptforderungen ist somit die zentrale Regelung, über die es zu einer Entlastung bei Direktzusagen kommen kann. Der PSVaG kann als gesetzlicher Rechtsnachfolger des Arbeitnehmers gegen den Insolvenzverwalter Absonderungsrechte an allen Gegenständen und Rechten des insolventen Arbeitgebers geltend machen, an denen ein akzessorisches Sicherungsmittel besteht.

Nicht alle Sicherheiten gehören jedoch zum Vermögen des insolventen Arbeitgebers. Personalsicherheiten wie Bürgschaft, Mitschuld und auch das Treuhandmodell richten sich gegen eine dritte rechtlich eigenständige Person, gegen die der PSVaG Rückgriff nehmen muss.

Nachfolgend werden die beiden Sicherungsmaßnahmen, die bei der Direktzusage am häufigsten genannt werden, wenn es um den Wunsch nach einer risikoorientierten Beitragsbemessung geht, noch einmal spezifisch mit Blick auf die entlastende Wirkung für den PSVaG analysiert.

#### III.2.3.2.1 Verpfändete Rückdeckungsversicherung

Wegen der Absonderungsrechte nach § 50 InsO und wegen des (potentiellen) hohen Deckungsgrades[228] zwischen Versorgungsanspruch und Sicherungsmittel gelten verpfändete Rückdeckungsversicherungen als in hohem Maße geeignet, den PSVaG wenn schon nicht befreiend, so doch zumindest materiell stark zu entlasten.

Die entlastende Wirkung kann eintreten, sie muss es aber nicht. Die Risiken und Fallstricke sind vielfältig.[229]

Wichtigste rechtliche Voraussetzung der Entlastung ist zunächst, dass die Verpfändung an sich rechtswirksam und unwiderruflich ist. Wie bereits erwähnt, bedarf es zur Wirksamkeit einer Verpfändung von Forderungen zwingend der Mitteilung an den Drittschuldner, hier also an den Rückdeckungsversicherer.

Des Weiteren muss die Verpfändung umfassend sein, d. h. alle Rechte an und aus dem Versicherungsvertrag erfassen. Eine Verpfändung, die sich nur auf das Bezugsrecht bezieht, birgt die Gefahr, vor Pfandreife bzw. vor dem Sicherungsfall zurückgekauft, beliehen oder in sonstiger Weise eingeschränkt zu werden. Hier kann es in der betrieblichen Praxis zu Risiken aus Sicht des Pfandgläubigers bzw. aus Sicht des PSVaG kommen.

Pfandrechte können mehreren Gläubigern eingeräumt werden. Dadurch entsteht ein Rangverhältnis zwischen den Pfandrechtsinhabern. Nachrangige Pfandrechte kommen erst dann zum Zuge, wenn das vorrangige Pfandrecht befriedigt oder entfallen ist. Aus Sicht des Arbeitnehmers bzw. aus Sicht des PSVaG ist es deshalb entscheidend wichtig, aber nicht zwingend erkennbar, dass kein anderer Gläubiger ein vorrangiges Pfandrecht besitzt. Hier könnten Erklärungen des Versicherers helfen. Dem Rückdeckungsversicherer müssen die bestehenden Pfandrechte und ihr Rangverhältnis bekannt sein, da eine Verpfändung erst durch Mitteilung an die Versicherung wirksam wird.

Hinzu kommen die Risiken der fehlenden Kongruenz dem Grunde und der Höhe nach. Die Definition der Versorgungsfälle, die Voraussetzungen des Versorgungs- bzw. Versicherungsanspruchs, die materielle Ausgestaltung der Leistungen - alle inhaltlichen Bedingungen - können voneinander abweichen. Oft treten Differenzen bei der Höhe der unverfallbaren bzw. beitragsfreigestellten Anwartschaft auf. Noch häufiger sind dagegen Abweichungen in der Höhe der Versorgungs- bzw.

[228] Zur Bewertung seihe IV und V.
[229] Siehe auch II und die dortigen Ausführungen des BVerwG zum Pfandrecht.

Versicherungsleistung oder beim Bezugsrecht hinsichtlich der Gewinnbeteiligung. Alle Aspekte, die sich unter dem Begriff "Kongruenz" subsumieren lassen, können bei fehlender Übereinstimmung den entlastenden Effekt der verpfändeten Rückdeckungsversicherung relativieren oder zunichte machen.[230]

Ein weiteres, in der betrieblichen Praxis nicht auszuschließendes Risiko kommt hinzu: Wird die Leistung aus der Rückdeckung vor Pfandreife fällig, darf der Drittschuldner - hier also der Rückdeckungsversicherer - nur dann an den Arbeitgeber (oder die Unterstützungskasse)[231] auszahlen, wenn der Pfandgläubiger - also der Arbeitnehmer - zustimmt. In der Praxis liegt eine solche Zustimmung häufig nicht vor oder sie wurde im Vorfeld (formularmäßig) erteilt, ohne dem Arbeitnehmer und seine Angehörigen nach erfolgter Auszahlung ein neues Pfandrecht an einem anderen Vermögensgegenstand zu begründen. Die für den Versorgungsberechtigten und den PSVaG als dessen Nachfolger nach § 9 Abs. 2 BetrAVG nachteilige Folge einer trotz fehlender Zustimmung erfolgten Auszahlung ist, dass ab Auszahlung der Rückdeckungsversicherung an den Arbeitgeber kein Sicherungsmittel mehr besteht.

Die Gefahr des ungesicherten Rückflusses in die Insolvenzmasse besteht auch, wenn die Rückdeckungsversicherung vorschüssig an den Arbeitgeber gezahlt wird und der Versorgungsberechtigte dies als Pfandgläubiger vorab genehmigt hat. Durch die Zahlung der Versicherung geht der Pfandgegenstand unter und das Pfandrecht erlischt.

Die Prüfung von Wirksamkeit, Rangverhältnis und Kongruenz der verpfändeten Rückdeckungsversicherung ist aufwändig. Sie erfordert umfassende Informationen über den Inhalt der arbeitsrechtlichen Zusage, die Kenntnis des Versicherungsvertrages und aller Nebenbedingungen und den Abgleich dieser Regelungen. In Betracht könnte der Lebensversicherer der Rückdeckung kommen, allerdings hat dieser häufig keine detaillierte Kenntnis vom Inhalt der arbeitsrechtlichen Zusage.[232]

Nach unserer Auffassung überwiegen nach derzeitigem Recht die rechtlichen Risiken: Selbst wenn eine Rückdeckungsversicherung verpfändet ist, wird der PSVaG rechtlich nicht entlastet. Er trägt das Risiko der Verwertbarkeit des Pfandrechts.

---

[230] Im Rahmen dieses Gutachtens wird von einer kongruenten Rückdeckung gesprochen, wenn das komplette Leistungsspektrum der Pensionszusage bzw. des Leistungsplans zu 100 % von dem Tarif der Rückdeckungsversicherung abgedeckt wird. Es darf also nicht sein, dass Teilleistungen aus der Pensionszusage nicht durch die Rückdeckung versichert sind, und umgekehrt, dass es keine zusätzlichen Leistungsbestandteile aus der Rückdeckungsversicherung gibt, die nicht in dem Leistungsplan bzw. der Pensionszusage an den Begünstigten enthalten sind. Im ersten Fall kann der Wert der Versicherung - wenn die übrigen Voraussetzungen für anrechenbares Vermögen erfüllt sind - in vollem Umfang in die Beitragsbemessung einbezogen werden. Im letztgenannten Fall würde die vollständige Anrechnung des Versicherungsvermögens jedoch dazu führen, dass auch Vermögensteile, die für die nicht benötigten Teile der Versicherung vorgesehen sind, in die Ermittlung der Netto-Beitragsbemessungsgrundlage einbezogen werden. In diesem Fall ist vom Versicherungsunternehmen eine entsprechende Korrekturmitteilung erforderlich. Sollte dies aus praktischen Gründen nicht möglich oder nur mit sehr großem Aufwand möglich sein, so wäre generell ein Abschlag auf das anrechenbare Vermögen aus Rückdeckungsversicherungen vorzunehmen.

[231] Siehe III.2.3.3.1.

[232] Zur Prüfung durch den Wirtschaftsprüfer siehe V.

### III.2.3.2.2 Sicherung durch Treuhandmodelle

Die rechtlichen Möglichkeiten des PSVaG, in der Insolvenz des Arbeitgebers gegen den Treuhänder vorzugehen, hängen ab von der Gestaltung des Treuhandmodells und sind zudem in der Literatur umstritten.[233]

Handelt es sich um ein Verpfändungsmodell, bei dem der Arbeitgeber seinen Rückübertragungsanspruch gegen den Treuhänder an seine Arbeitnehmer bzw. deren Vertreter verpfändet hat, gehen die Pfandrechte der Arbeitnehmer nach § 9 Abs. 2 BetrAVG akzessorisch mit dem arbeitsrechtlichen Versorgungsanspruch auf den PSVaG über. Der PSVaG kann Absonderung und Verwertung des rückfließenden Treuhandvermögens verlangen nach § 50 InsO.

Handelt es sich um ein stufiges Verpfändungsmodell, hat also nicht der Arbeitgeber das Treugut verpfändet, sondern der Treuhänder selbst, richtet sich das Pfandrecht des Arbeitnehmers gegen den Treuhänder und nicht gegen den Arbeitgeber. Da der Treuhänder selbst nicht zwingend mit der Insolvenz des Treugebers in die Insolvenz gerät, geht das Pfandrecht des Arbeitnehmers als akzessorisches Recht zwar auf den PSVaG über, es richtet sich jedoch nicht gegen den Insolvenzverwalter, sondern allenfalls gegen den Treuhänder. Unseres Erachtens besteht in diesem Fall kein Absonderungsrecht nach § 50 InsO gegen die Insolvenzmasse.

Wurde das Treuhandmodell als doppelseitige Treuhand gestaltet, hat der Arbeitnehmer im Sicherungsfall - aber auch erst dann - einen unmittelbaren Rechtsanspruch gegen den Treuhänder aus einem Vertrag zugunsten Dritter im Sinne des § 328 BGB. Dieser Rechtsanspruch ist ein Anspruch sui generis. Er ergibt sich aus dem Treuhandvertrag und ist rechtlich nicht mit dem arbeitsrechtlichen Primäranspruch gegen den Arbeitgeber identisch. Anspruchsinhaber ist zunächst der Arbeitnehmer.

Nach nahezu einhelliger Literaturmeinung geht dieser Arbeitnehmeranspruch mit dem gesetzlichen Insolvenzfall auf den PSVaG über.[234] Obwohl sich der Anspruch nicht gegen den Arbeitgeber richtet und der Anspruch gegen den Treuhänder streng genommen schuldrechtlich und nicht dinglich ist, lässt es sich u. E. vertreten, ihn den akzessorisch übergehenden Sicherungsrechten gleichzusetzen, wie es die Rechtsprechung auch für den Schuldbeitritt anerkannt hat.[235] Hilfsweise könnte der PSVaG sich den Anspruch des Arbeitnehmers auch abtreten lassen.[236]

Wenn man davon ausgeht, dass der Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Treuhänder von § 9 Abs. 2 BetrAVG erfasst wird und auf den PSVaG übergeht, kann dieser aus der übergegangenen Forderung gegen den Treuhänder vorgehen. Bei der Geltendmachung des Anspruchs gegen den Treuhänder steht der PSVaG in Konkurrenz mit allen anderen Gläubigern, die gegen den Treuhän-

---

[233] Es sei noch einmal darauf hingewiesen, dass die Insolvenzfestigkeit von Treuhandmodellen bislang höchstrichterlich noch nicht bestätigt ist.

[234] Vgl. Berenz, "Sondervermögen" aus Sicht des PSVaG, BetrAV 2010, S. 322 ff, 323; kritisch Schnittker/Sittard, Ist das Beitragssystem zum PSV noch verfassungsgemäß?, RdA 2010, S. 295 ff, 299.

[235] Vgl. BAG, 12.12.1989 - 3 AZR 540/88 - BetrAV 1990, S. 179.

[236] Zum Aspekt der Schadensminderung schon: Paulsdorff, Kommentar zur Insolvenzsicherung, 2. Auflage 1996, § 9 Rn. 19.

der Rechte geltend machen. Der PSVaG hat keine (gesetzlichen) Vorrechte. Die Entlastung des PSVaG durch das Treuhandvermögen bzw. durch Teile davon, hängt sehr stark von der Gestaltung des Treuhandvertrages ab. Der Treuhänder kann dem PSVaG alle Einwendungen, Einreden oder ähnliche Rechte entgegenhalten, die er auch dem Arbeitnehmer hätte entgegenhalten können. Vor allem kann er ihm jedoch die Begrenzung des Treuhandvermögens entgegenhalten. Alle Risiken, die den Arbeitnehmer treffen und seine Sicherheit begrenzen, gelten auch für den PSVaG.[237]

Dies gilt für die Vereinbarung von anspruchshindernden Bedingungen. Nicht selten werden die Voraussetzungen eines Anspruchs gegen den Treuhänder mit der gesetzlichen Insolvenzsicherung verknüpft. Der Anspruch gegen den Treuhänder wird unter die Bedingung gestellt, dass kein Anspruch gegen den PSVaG besteht oder dass ein Anspruch nur insoweit besteht, als der PSVaG nicht zur Sicherung verpflichtet ist. Solche rechtlichen Bedingungen können dazu führen, dass die entlastende Wirkung für den PSVaG nicht eintritt.

Wie bei allen übrigen gesetzlichen oder vertraglichen Sicherheiten gegen Dritte (z.B. Schuldbeitritt, Patronatserklärungen, Konzerntatbestände, gesetzliche Nachhaftungsansprüche gegen Gesellschafter oder Umwandlungen) gilt also auch für das Treuhandmodell nach geltendem Recht: Sie können den PSVaG im Ergebnis entlasten, weil sie ihm rechtliche Rückgriffsmöglichkeiten geben. Eine Entlastung in dem Sinne, dass der PSVaG von seiner Sicherungspflicht befreit wäre, bewirken sie jedoch nicht.[238]

#### III.2.3.3 Bei Unterstützungskassen

Nachfolgend wird untersucht, ob und inwieweit das Vermögen einer Unterstützungskasse die Einstandspflicht des PSVaG entlastet.

Die Unterstützungskasse ist ein Durchführungsweg der betrieblichen Altersversorgung im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG. Sie zählt zu den sog. mittelbaren Versorgungsträgern im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG und wird in § 1b Abs. 4 BetrAVG definiert. Danach liegt eine Unterstützungskasse vor, wenn die betriebliche Altersversorgung von einer rechtsfähigen Versorgungseinrichtung durchgeführt wird, die auf ihre Leistungen keinen Rechtsanspruch gewährt.

Der (formal) fehlende Rechtsanspruch grenzt die Unterstützungskasse ab von den sog. versicherungsförmigen Durchführungswegen, zu denen die Direktversicherung, die Pensionskasse und mit Besonderheiten auch der Pensionsfonds zählen (siehe hierzu die jeweils eigenen Abschnitte dieses Gutachtens). Auf die arbeitsrechtlichen Besonderheiten der Unterstützungskasse und auf die Rechtsprechung zum fehlenden Rechtsanspruch braucht an dieser Stelle nicht weiter eingegangen zu werden.

Nach § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG hat der Arbeitgeber für die von ihm zugesagten Leistungen auch dann einzustehen, wenn die Durchführung nicht unmittelbar über ihn erfolgt und er sich eines mittelbaren Versorgungsträgers im Sinne des § 1b Abs. 2 bis 4 BetrAVG - also z. B. einer Unterstüt-

[237] Auf den Risikokatalog in III.2.2 wird verwiesen.
[238] Zu weiteren Überlegungen siehe unter V.

zungskasse - bedient. Die Leistungen, die die Unterstützungskasse nach ihrer Versorgungsregelung zu erbringen hat, bzw. die Anwartschaften, die nach ihrer Versorgungsregelung bestehen, unterliegen nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BetrAVG im gesetzlichen Umfang der Insolvenzsicherung durch den PSVaG, wenn beim Arbeitgeber, der der Unterstützungskasse Zuwendungen leistet (Trägerunternehmen) ein Sicherungsfall eintritt. Die Unterstützungskasse zählt dementsprechend zu den insolvenzsicherungspflichtigen Durchführungswegen. Der Arbeitgeber ist beitragspflichtig nach § 10 Abs. 1 und 3 BetrAVG, unabhängig von dem Vorliegen eines (zweckgebundenen) Vermögens.

Unterstützungskassen können ein oder mehrere Trägerunternehmen haben (Einzel- oder Gruppenunterstützungskasse). Diese Differenzierung hat Bedeutung, wenn nur ein oder mehrere, aber nicht alle Trägerunternehmen insolvent werden und die Kasse für die nicht insolventen Träger weiterbestehen soll; dazu weiter unten.

Für die Vermögenssituation einer Kasse und für deren Dotierung sind - neben den Bestimmungen des Körperschaftsteuerrechts - die Vorgaben des Einkommensteuerrechts zum Betriebsausgabenabzug beim Trägerunternehmen von prägender Bedeutung. Will der Arbeitgeber die Zuwendungen, die er der Kasse zur Durchführung seiner betrieblichen Altersversorgung leistet, als Betriebsausgaben abziehen, muss er die Bedingungen des § 4d EStG erfüllen. Danach gelten unterschiedliche Bedingungen für Unterstützungskassen, die sich die Mittel zur Erfüllung ihrer Versorgungsleistungen durch den Abschluss einer Versicherung verschaffen (sog. rückgedeckte Unterstützungskassen), und für die Kassen, die keine Rückdeckungsversicherung abschließen (sog. pauschal- oder reservepolsterfinanzierte Unterstützungskassen).

Ist die Unterstützungskasse pauschal dotiert, gleichgültig, ob als Einzel- oder Gruppenkasse, ist die Ansammlung von Deckungsvermögen begrenzt. Steuerlich wird eine Dotierung nur in den Grenzen des § 4d EStG anerkannt, was im Regelfall dazu führt, dass bei einer reservepolsterfinanzierten Unterstützungskasse für Anwärter jährlich nur bis zu 25 % der zugesagten Jahresrente zugeführt werden können. Die Ausfinanzierung der Versorgungsverpflichtung muss dann bei bzw. nach Eintritt des Versorgungsfalles erfolgen. Für laufende Leistungen sind dann auch einmalige Zuwendungen zulässig.[239]

Das Risiko, die Kapitalfundierung - soweit überhaupt erfolgt - bei einer pauschaldotierten Unterstützungskasse durch Insolvenz des Arbeitgebers zu verlieren, ist sehr hoch. Zwar darf der Arbeitgeber die der Kasse zugewendeten Leistungen aus körperschaftsteuerlichen Gründen regelmäßig satzungsgemäß nicht zurückfordern; die sehr häufig genutzte Möglichkeit der darlehensweise Überlassung des Kassenvermögens an das Trägerunternehmen führt jedoch dazu, dass das Darlehen mit dem wirtschaftlichen Untergang des Trägerunternehmens an Wert verliert und letztendlich bei Insolvenz untergeht. Die pauschaldotierte Unterstützungskasse bedeutet also für den Arbeitnehmer und damit für den PSVaG ein nahezu gleich hohes Risiko wie eine Direktzusage.

Demgegenüber erfolgt bei der rückgedeckten Unterstützungskasse in der Regel eine planmäßige Ansammlung von Deckungsmitteln aufgrund der steuerlichen Bedingungen des § 4 d Abs. 1 Nr. 1 c EStG.

[239] Siehe dazu ausführlich auch Langohr-Plato, Betriebliche Altersversorgung, 5. Auflage Teil A, Rz 178.

Soweit die Unterstützungskasse die körperschaftsteuerlichen Vorgaben beachtet, ist sie in der Wahl und Gestaltung der Rückdeckungsversicherung frei. Das Gestaltungsspektrum reicht vom Abschluss eines umfassenden Kollektivvertrages bis zur singulären Rückdeckung eines individuellen Versorgungsanspruchs. Auch in der Gestaltung der Rechte der Unterstützungskasse als Versicherungsnehmerin besteht - in den Grenzen des Versicherungsvertragsrechts - weitgehende Freiheit.

#### III.2.3.3.1 Vermögensübergang bei (Einzel-)Unterstützungskassen

Bei Insolvenz des Arbeitgebers geht nach § 9 Abs. 3 Satz 1 BetrAVG das Vermögen einer (Einzel-) Unterstützungskasse einschließlich ihrer Verbindlichkeiten auf den PSVaG über. Der Übergang des Vermögens bedeutet nicht den Untergang der Unterstützungskasse als Rechtsperson. Sie verliert jedoch ihr Vermögen.

Der PSVaG nutzt diesen Vermögensübergang, in dem er das Vermögen zeitnah verwendet.[240] Zahlungsansprüche gegen Dritte werden vom PSVaG geltend gemacht, z.B. der Darlehensanspruch gegen das Trägerunternehmen, der allerdings wegen der Insolvenz im Ergebnis meist nur noch wenig werthaltig ist.

Gehören zum Vermögen Rückdeckungsversicherungen, verfährt der PSVaG fallbezogen:

Rentner haben gemäß § 7 Abs. 1 BetrAVG einen gesetzlichen Leistungsanspruch gegen den PSVaG. Die bisherigen Leistungen der Unterstützungskasse an die Versorgungsberechtigten erfolgen nunmehr vom PSVaG. Durch den Vermögensübergang nach § 9 Abs. 3 BetrAVG gehen auch die Zahlungsansprüche der Unterstützungskasse gegen den Rückdeckungsversicherer auf den PSVaG über, sodass im Ergebnis der PSVaG monatlich und sukzessive die Zahlungen aus der Rückdeckung vereinnahmt.[241]

Anwärter erhalten noch keine Versorgungsleistung. Sobald der Versorgungsfall eintritt, werden sie jedoch nach den gesetzlichen Bedingungen ihre Versorgungsleistung aus der erdienten Anwartschaft erhalten. Hinsichtlich der mit dem Vermögensübergang auch insoweit bereits auf den PSVaG übergegangenen Rückdeckungsversicherungen verfährt dieser wie folgt:

Sieht die Rückdeckungsversicherung zum Zeitpunkt der Insolvenz keinen Rückkaufswert vor, ist ein Rückkauf nicht zielführend. Würde der PSVaG die für ihn wirtschaftlich wertlose Rückdeckungsversicherung auflösen, könnte er zur Abfindung von Versorgungsberechtigten, deren Anwartschaft er nach den Regeln des § 8 BetrAVG ggf. abfinden kann, den Rückkaufswert nicht nutzen. Aus diesem Grund gibt der PSVaG in dieser Fallkonstellation "die Rückdeckungsversicherung frei".[242] Was unter einer "Freigabe" zu verstehen ist, ist offen. Ob der PSVaG dem Versorgungsberechtigten die Versicherungsnehmereigenschaft überträgt oder er ihm nur die Fortsetzung der Bei-

[240] Vgl. Berenz, DB 2006, 1006.
[241] Vgl. Berenz, Sondervermögen aus Sicht des PSVaG, BetrAV 2010, S. 322 ff, 324.
[242] Berenz, BetrAV 2010, S. 324.

tragszahlung ermöglicht, ist nicht vorgegeben. Wir gehen davon aus, dass einzelfallbezogene Lösungen gefunden werden.

Sieht die Rückdeckungsversicherung dagegen einen Rückkaufswert vor, hat der PSVaG zwei Möglichkeiten, den Anspruch der Versorgungsanwärter zu erfüllen:

Zum einen kann der PSVaG nach § 8 Abs. 1 BetrAVG den gegen ihn bestehenden Anspruch des Versorgungsberechtigten mit befreiender Wirkung auf eine Pensionskasse oder ein Unternehmen der Lebensversicherung übertragen. In diesem Fall zieht der PSVaG den Rückkaufswert zu seiner Entlastung ein.[243]

Zum anderen kann der PSVaG nach § 8 Abs. 2 BetrAVG die Möglichkeiten einer Abfindung nutzen, die allerdings begrenzt sind, und dazu die Rückdeckungsversicherung verwenden. Eine Variante kann dabei - sofern versicherungsvertraglich möglich - die Übertragung der Versicherungsnehmereigenschaft auf den Arbeitnehmer oder auf dessen Folgearbeitgeber sein.

Im Ergebnis kann sich der gesetzliche Vermögensübergang bei der Einzelunterstützungskasse also sehr entlastend für den PSVaG auswirken, wenn das Vermögen bei Insolvenz (noch) vorhandenen, werthaltig und verwertbar ist.[244] Insbesondere wenn es sich um eine kongruent rückgedeckte Unterstützungskasse handelt, kann die Entlastung erheblich sein. Voraussetzung ist jedoch, dass die Rückdeckung im Insolvenzfall noch vorhanden ist.[245]

#### III.2.3.3.2 (Gruppen-)Unterstützungskassen

Bei einer Gruppenunterstützungskasse hat der PSVaG nach § 9 Abs. 3 Satz 3 BetrAVG einen Anspruch gegen die Unterstützungskassen auf einen Betrag, der dem Teil des Vermögens der Kasse entspricht, der auf das Unternehmen entfällt, bei dem der Sicherungsfall eingetreten ist.

Im Wortlaut des Gesetzes ist von einem "Betrag" die Rede. Dies spricht dafür, dass die Übertragung auf den PSVaG nach der Vorstellung des Gesetzgebers durch Zahlung erfolgen sollte. Aus der Begründung lässt sich jedoch ersehen, dass es dem Gesetzgeber in erster Linie darum ging, zu verhindern, dass die Gruppenkasse zu Lasten der nicht insolventen Trägerunternehmen Vermögen verliert. Ein völliger Vermögensübergang wie nach § 9 Abs. 3 Satz 1 BetrAVG bei einer Einzelkasse kommt deshalb nicht in Betracht. Nach Sinn und Zweck nicht ausgeschlossen und nach der Gesetzesbegründung durchaus vertretbar ist es jedoch, auch den Übergang von Vermögensteilen als mit § 9 Abs. 3 Satz 3 BetrAVG vereinbar anzusehen. Insbesondere wenn es sich um rechtlich eindeutig zuordbare Vermögensbestandteile handelt, lässt sich ein "Vermögensübergang" im Sinne eines Sondervermögens vertreten.[246] Eine gesetzliche Klarstellung wäre unseres Erachtens jedoch hilfreich.

---

[243] Berenz, BetrAV 2010, S. 324.
[244] Zur Werthaltigkeit siehe IV und V.
[245] Siehe III.2.3.3.3.
[246] Siehe Berenz, BetrAV 2006, S. 514.

An rechtliche Grenzen stößt diese Möglichkeit, wenn das Vermögen der Gruppenunterstützungskasse nicht separier- oder teilbar ist. In diesem Fall kann die Unterstützungskasse die auf den einzelnen Versicherten bzw. auf das insolvente Trägerunternehmen entfallenden Rückdeckungsversicherungen nicht in dem Umfang separieren und auf den PSVaG übertragen, wie es erforderlich wäre, um dem Anspruch aus § 9 Abs. 3 Satz 3 BetrAVG gerecht zu werden. Dann ist die Verfügbarmachung des vorhandenen Vermögens in der Gruppenunterstützungskasse für den PSVaG deutlich erschwert, denn er kann dann nur den gesetzlichen Zahlungsanspruch aus § 9 Abs. 3 Satz 3 BetrAVG geltend machen den er ggf. einklagen muss.

Wenn eine rückgedeckte Gruppenunterstützungskasse dagegen klare und eindeutige Regelungen zur Aufteilung ihres Vermögens nach Trägerunternehmen hat und diese im Idealfall kongruent[247] rückgedeckt ist, sollte die Unterstützungskasse sich in der Einschätzung ihrer Sicherheit verbessern können und mit der Einzelunterstützungskasse vergleichbar sein.

#### III.2.3.3.3 Verpfändung der Rückdeckung bei Unterstützungskassen

Eine materielle Entlastung tritt jedoch bei der Einzel- und bei der Gruppenunterstützungskasse nur dann ein, wenn das Vermögen der Kasse zum Zeitpunkt der Insolvenz noch vorhanden ist. Dies gilt auch für die rückgedeckte Unterstützungskasse. Wie bereits erwähnt, ist die Unterstützungskasse als Versicherungsnehmerin bis zur Insolvenz ihres Trägerunternehmens zur Ausübung der Gestaltungsrechte aus der Rückdeckungsversicherung befugt. Sie kann also bis zum Sicherungsfall die Rückdeckung rückgängig machen, soweit der Versicherungsvertrag dies erlaubt. Fließen die Deckungsmittel aus der Rückdeckung vor dem Sicherungsfall zurück, hat das Trägerunternehmen direkt oder indirekt die Möglichkeit, eine Rückübertragung auf das Trägerunternehmen oder eine Verwendung für andere Zwecke zu bewirken. In der Regel ist zwar die Rückübertragung auf das Trägerunternehmen satzungsrechtlich ausgeschlossen, um eine Körperschaftsteuerfreiheit zu bewirken bzw. nicht zu gefährden. Es ist jedoch nicht auszuschließen - insbesondere in einer wirtschaftlichen Krise des Unternehmens -, dass auch unter Inkaufnahme körperschaftsteuerlicher Nachteile eine Rückübertragung des Kassenvermögens auf das Trägerunternehmen vorgenommen wird.

Eine gezielte Rückführung von Deckungsvermögen vor der Insolvenz ist jedoch ausgeschlossen, wenn dem Versorgungsberechtigten Sicherheiten eingeräumt wurden, die ihm weder vor noch in der Insolvenz einseitig entzogen werden können.

Zu nennen ist hier wiederum das Pfandrecht. Das rechtsgeschäftliche Pfandrecht kann nach § 1276 Abs. 1 und 2 BGB nur mit Zustimmung des Pfandgläubigers aufgehoben oder geändert werden. Diese gesetzliche Sperre verhindert die Verfügung über den Pfandgegenstand zulasten des Pfandgläubigers und kommt damit letztlich auch dem PSVaG zugute.

[247] Siehe Fußnote 54.

Was die Wirksamkeit und die Risiken des Pfandrechts an einer Rückdeckungsversicherung dem Grunde und der Höhe nach angeht, wird auf die Ausführungen in III.1 sowie in III.2.3 zur durch Rückdeckungsversicherung gesicherten Direktzusage verwiesen.

Als Ergebnis zu Unterstützungskassen lässt sich also festhalten: Eine werthaltige Entlastung - insbesondere aus rechtlichen Gründen - kann der PSVaG nur dann erwarten, wenn das Vermögen der Unterstützungskasse kraft Gesetzes auf ihn übergeht und wenn durch wirksame Verpfändung einer verwertbaren und kongruenten Rückdeckungsversicherung sichergestellt ist, dass das Vermögen der Unterstützungskasse zum Zeitpunkt der Insolvenz noch vorhanden ist.

#### III.2.3.4 Bei Direktversicherungen

Die Direktversicherung ist ein Durchführungsweg der betrieblichen Altersversorgung im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG. Sie zählt zu den sog. mittelbaren Versorgungsträgern im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG und wird im § 1b Abs. 2 BetrAVG definiert. Danach liegt eine Direktversicherung vor, wenn für die betriebliche Altersversorgung eine Lebensversicherung auf das Leben Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber abgeschlossen wird und der Arbeitnehmer oder seine Hinterbliebenen hinsichtlich der Leistungen des Versicherers ganz oder teilweise bezugsberechtigt sind.

Die Direktversicherung ist eine spezielle Form der Lebensversicherung, da sie definitionsgemäß vom Arbeitgeber als Versicherungsnehmer auf das Leben eines Dritten - nämlich das des Arbeitnehmers - geschlossen wird. Dem Arbeitnehmer oder seinen Hinterbliebenen wird - auch dies ist Wesensmerkmal der Direktversicherung - ein unmittelbares Bezugsrecht gegen den Versicherer auf Leistungen eingeräumt. Insoweit ist die Direktversicherung ein echter Vertrag zugunsten Dritter.

Der Versicherer unterliegt als Versicherungsunternehmen im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 VAG den Bestimmungen des VAG, insbesondere der Versicherungspflicht. Eingriffsmöglichkeiten sind äußerst begrenzt und stehen zudem unter Aufsicht. Die Gestaltung des Versicherungsverhältnisses unterliegt den Bedingungen des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG) und allen Verordnungen, die auf der Grundlage der genannten Gesetze erlassen wurden. Diese Regulierungen binden den Versicherer. Die Vorgaben betreffen die Gestaltung des Versicherungsvertrages, z. B. die Bedingungen der Kündigung, die Qualifikation der Geschäftsleiter, die Voraussetzungen von Beteiligten am Versicherungsunternehmen, Vorgaben zur Organisation, Vorgaben zur Kapitalanlage, zum Deckungsstock, zur Biometrie, zum Garantiezins etc.

Die Direktversicherung steht dem Arbeitnehmer - auch in der Insolvenz des Arbeitgebers - uneingeschränkt zur Verfügung, wenn ihm das unmittelbare Bezugsrecht auf die Versicherungsleistungen eingeräumt und nicht wieder entzogen wurde. Das unwiderrufliche Bezugsrecht gilt als Aussonderungsrecht im Sinne des § 47 InsO.[248]

[248] Siehe dazu allgemein III.2.

Voraussetzung für eine nachhaltige Sicherung zugunsten des Arbeitnehmers ist also die Unwiderruflichkeit des Bezugsrechts. Fehlt es an der Unwiderruflichkeit des Bezugsrechts, hat der Arbeitgeber bis zum Versicherungsfall bzw. bis zu einer Übertragung der Versicherungsnehmerstellung das Recht, über die Direktversicherung zu verfügen. Damit hat der Arbeitgeber in dieser Rechtskonstellation die Möglichkeit, das unmittelbare Bezugsrecht des Arbeitnehmers zu entziehen oder den Versicherungsvertrag in sonstiger Weise abzutreten, zu verpfänden oder zu beleihen. Verfügt der Arbeitgeber über die Direktversicherung zum Nachteil des Arbeitnehmers ("beschädigte Direktversicherung"), trägt der Arbeitnehmer das Ausfallrisiko im Sicherungsfall des Arbeitgebers. Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber für die "beschädigte" Direktversicherung die gesetzliche Beitragspflicht nach § 10 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG und die Insolvenzsicherung nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BetrAVG vorgeschrieben. Wenn über das Vermögen des Arbeitgebers das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, haben weder der versicherte Arbeitnehmer noch der PSVaG Ab- oder Aussonderungsrechte an der "beschädigten" Direktversicherung.

Damit ergeben sich bei Direktversicherungen bei Insolvenz des Arbeitgebers zwei grundsätzlich unterschiedliche Konstellationen: Entweder die Versorgungsleistung wird vollständig durch den Lebensversicherer erbracht oder die Direktversicherung ist durch Verfügungen des Arbeitgebers beschädigt. Im ersten Fall ist der PSVaG nicht einstandspflichtig, bedarf also auch keiner Entlastung. Im zweiten Fall wirkt Insolvenzsicherung zugunsten des versicherten Arbeitnehmers, ohne dass es zu einer Entlastung für den PSVaG kommt.

Nicht insolvenzgesichert sind "Deckungslücken", die sich aus einem nicht vertragsgemäßen oder nicht gesetzeskonformen Handeln des Arbeitgebers ergeben können. In Betracht kommen Beitragsrückstände und Teilansprüche nach § 2 Abs. 2 Satz 1 BetrAVG, wenn der Arbeitgeber keinen Gebrauch von der versicherungsvertraglichen Lösung macht oder machen kann oder nach § 2 Abs. 2 Satz 2 BetrAVG gesetzlich geforderte Maßnahmen unterlässt. Diese Ausfälle sind nach geltendem Recht nicht insolvenzgesichert, stellen aber für den Versorgungsberechtigten ein unter Umständen erhebliches Risiko für den Fall der Insolvenz des Arbeitgebers dar. Im Rahmen dieses Gutachtens werden sie nicht weiter vertieft.[249]

### III.2.3.5 Bei Pensionskassen

Arbeitgeber, die ihre betriebliche Altersversorgung mittels einer Pensionskasse durchführen, unterliegen nach derzeitigem Recht nicht der gesetzlichen Insolvenzsicherung, d. h. einerseits sind sie als Arbeitgeber nicht zur Zahlung eines Beitrags nach § 10 ff BetrAVG verpflichtet, andererseits werden die Versorgungsansprüche ihrer Arbeitnehmer im Sicherungsfall nicht durch den PSVaG gesichert. Die Abgrenzung beruht auf einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers bei der Einführung der gesetzlichen Insolvenzsicherung im Jahre 1974/75.[250]

Vor diesem Hintergrund wird im Folgenden abstrakt und nur in Ansätzen skizziert, unter welchen Bedingungen für Arbeitnehmer, denen eine Pensionskassenzusage erteilt worden ist, bei Insolvenz

[249] Zu generellen Erwägungen siehe V.
[250] Vgl. BT-Drs 7/2843, S. 8 f.

des Arbeitgebers ein zumindest partielles Ausfallrisiko bestehen könnte, das zumindest nach geltendem Recht nicht gesichert wird.

Aus arbeitsrechtlicher Sicht ist die Pensionskasse ein Durchführungsweg der betrieblichen Altersversorgung im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG. Sie zählt zu den sog. mittelbaren Versorgungsträgern im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG und wird im § 1b Abs. 3 BetrAVG in Verbindung mit §§ 118a ff VAG definiert. Nach § 1b Abs. 3 BetrAVG liegt eine Pensionskasse vor, wenn die betriebliche Altersversorgung von einer rechtsfähigen Versorgungseinrichtung durchgeführt wird, die dem Arbeitnehmer oder seinen Hinterbliebenen auf ihre Leistungen einen Rechtsanspruch gewährt.

Nach den Bestimmungen des Versicherungsrechts sind die Bedingungen für Pensionskassen äußerst facettenreich, nicht zuletzt aufgrund der Gesetzesreformen der letzten Jahre. Die Bandbreite reicht von der firmeneigenen Pensionskasse in der Rechtsform des kleineren Vereins, über regulierte und deregulierte Kassen bis hin zur nicht regulierten Kasse. In den letzten Jahren ist auch die Bezeichnung "Wettbewerbskassen" üblich geworden.

Es gibt Pensionskassen in der Rechtsform der Aktiengesellschaft oder des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit. Es gibt Pensionskassen mit Sanierungsklausel oder ohne eine solche Klausel. Pensionskassen können verschiedene Tarife führen, wobei die zum einen vorabgenehmigungspflichtig sein können, zum anderen der BaFin lediglich mitgeteilt (angezeigt) werden müssen. Manche Pensionskassen sind Mitglied bei Protektor, mache nicht.[251]

Allein schon aufgrund dieser Vielfalt ist es nicht möglich, potentielle Risiken aus Arbeitnehmersicht auch nur annähernd vollständig zu beschreiben. Ausgelöst durch mehrere instanzgerichtliche Urteile[252] ist aktuell eine Diskussion über die - höchstrichterlich noch nicht bestätigte - Auffüllhaftung des Arbeitgebers entstanden, wenn eine Pensionskasse satzungsgemäß und ihren Versicherungsbedingungen entsprechend von ihrem Kürzungsvorbehalt nach § 118 b Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 VAG Gebrauch macht. Wird dieser Anspruch bejaht, stellt sich die Frage, ob der gegen den Arbeitgeber gerichtete Differenzanspruch insolvenzgesichert ist.

Die Rechtsfrage ist höchstrichterlich nicht entschieden und zweifellos geeignet, kontrovers je nach Blickwinkel unterschiedlich beantwortet zu werden. Unseres Erachtens besteht nach derzeitiger Rechtslage kein gesetzlicher Insolvenzschutz, da es sich bei der Einstandspflicht des Arbeitgebers gemäß § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG nicht um eine unmittelbare Versorgungszusage im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Satz 1 und 2 BetrAVG, also nicht um einen bewusst gewählten, insolvenzpflichtigen Durchführungsweg handelt.

Diese Diskussion ist nur ein Beispiel für die Vielzahl von denkbaren Lücken zwischen arbeitsrechtlichem Grundverhältnis und versicherungsrechtlichem Deckungsverhältnis.

Die - um in der Terminologie dieses Gutachtens zu bleiben - "Sicherungsmaßnahme" ist in allen Fällen die gleiche. Es handelt sich nämlich um den unmittelbaren Rechtsanspruch des versicherten

[251] Dieser Aspekt ist nicht Gegenstand dieses Gutachtens.
[252] Vgl. LAG Hessen 3.3.2010 - 8 Sa 187/09 - BetrAV 2010, S. 486; ähnlich LAG Baden-Württemberg 2.6.2010 - 19 Sa 33/09 -, Revision eingelegt unter Az.: 3 AZR 408/10.

Arbeitnehmers gegen die Kasse. Das potentielle Risiko der Deckungslücke kann an dieser Stelle zunächst nur angedeutet werden und sollte - wenn es zu einer strukturellen Erweiterung der Insolvenzsicherung und Beitragserhebung auf Pensionskassen kommen soll - nach unserer Auffassung in einer entsprechend relativierten Einstufung berücksichtigt werden. Entsprechendes gilt für die Maßnahmen, die es braucht, um dem PSVaG - für den Fall der gesetzlichen Insolvenzsicherung - den Zugriff auf das Vermögen der Pensionskasse ganz oder teilweise zu ermöglichen. Das geltende Recht enthält Instrumentarien - insbesondere für den Pensionsfonds - die analog herangezogen werden könnten. Zu nennen sind hier die Regelungen des § 8 Abs. 1 und Abs. 1a BetrAVG, also der Fall der schuldbefreienden Übernahme. Des Weiteren könnte - je nach Fallgestaltung - eine Erweiterung der Regelungen des § 9 Abs. 3 und Abs. 3a BetrAVG in Betracht kommen.

### III.2.3.6 Bei Pensionsfonds

Der Pensionsfonds ist ein Durchführungsweg der betrieblichen Altersversorgung im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG. Er zählt zu den sog. mittelbaren Versorgungsträgern im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG und wird in § 1b Abs. 3 BetrAVG in Verbindung mit §§ 112 ff VAG definiert. Nach § 1b Abs. 3 BetrAVG liegt ein Pensionsfonds vor, wenn die betriebliche Altersversorgung von einer rechtsfähigen Versorgungseinrichtung durchgeführt wird, die dem Arbeitnehmer oder seinen Hinterbliebenen auf ihre Leistungen einen Rechtsanspruch gewährt.

Im Gegensatz zu Versicherungsunternehmen und Pensionskassen ist beim Pensionsfonds eine vollständige Kapitaldeckung nicht erforderlich. Gemäß § 115 Abs. 2 a VAG kann die dauernde Erfüllbarkeit eines Pensionsplans auch bei einer vorübergehenden Unterdeckung als gewährleistet angesehen werden, wenn diese 5 % der Rückstellungen nicht übersteigt. In diesem Fall ist jedoch ein Sanierungsplan erforderlich, der durch die Aufsichtsbehörde zu genehmigen ist. Bei versicherungsförmigen Garantien des Pensionsfonds darf der Zeitraum für die Beseitigung der Unterdeckung drei Jahre nicht übersteigen.

Handelt es sich um einen Pensionsplan nach § 112 Abs. 1 a VAG, d. h. ohne versicherungsförmige Garantie, so ist eine temporäre Unterdeckung von 10 % der Rückstellung zulässig. Hier muss ebenfalls ein Sanierungsplan von der Aufsichtsbehörde genehmigt werden, der spätestens nach 10 Jahren die Unterdeckung beseitigt.

Der Pensionsfonds zählt zu den insolvenzsicherungspflichtigen Durchführungswegen. Wenn ein Pensionsfonds nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BetrAVG die nach seiner Versorgungsregelung vorgesehene Versorgung nicht erbringt, weil über das Vermögen oder den Nachlass des Arbeitgebers das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, haben der Versorgungsempfänger und dessen Hinterbliebene gegen den PSVaG nach § 7 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG einen Anspruch in Höhe der Leistungen, die der Arbeitgeber aufgrund der Versorgungszusage zu erbringen hätte, wenn das Insolvenzverfahren nicht eröffnet worden wäre.

Bei Leistungszusagen besteht - laut PSVaG-Merkblatt 300/M 14/1.05 - Insolvenzschutz für Versorgungsempfänger grundsätzlich in der nach der Versorgungsregelung des Pensionsfonds vorgesehenen Höhe, für Anwärter in Höhe der bis zum Sicherungsfall oder bis zum vorherigen Austritt

zeitratierlich erdienten gesetzlich unverfallbaren Anwartschaft nach § 7 Abs. 2 S. 5, 1. Halbsatz, Satz 3 i.V.m. § 2 Abs. 1 BetrAVG, soweit sie aus einer arbeitgeberfinanzierten Leistungszusage stammt. Bei Entgeltumwandlung wird - verkürzt wiedergegeben - die Höhe der erreichten Anwartschaft aus den umgewandelten Entgeltbestandteilen gesichert, wobei es Sonderregelungen für vor 2001 erteilte Zusagen gibt, vgl. § 30 g Abs. 1 Satz 1 BetrAVG.

Bei Beitragszusagen mit Mindestleistung sichert der PSVaG die Ansprüche von Versorgungsempfängern grundsätzlich in der Höhe der Mindestleistungsrente. Diese ergibt sich aus der Verrentung der Summe der bis zum Eintritt des Versorgungsfalls oder vorherigen Austritt zugesagten Beiträge, soweit sie nicht rechnungsmäßig für einen biometrischen Risikoausgleich verbraucht wurden, § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrAVG. Die Verrentungsgrundsätze ergeben sich aus der Versorgungsregelung. Bei (Teil-)Kapitalleistungen gelten die vorgenannten Grundsätze entsprechend.

Bei gesetzlich unverfallbaren Versorgungsanwartschaften sichert der PSVaG Ansprüche in Höhe der Summe der bis zum Sicherungsfall oder vorherigen Austritt zugesagten Beiträge, soweit sie nicht rechnungsmäßig für einen biometrischen Risikoausgleich verbraucht wurden, § 7 Abs. 2 Satz 5 2. Halbsatz i.V.m. § 2 Abs. 5b BetrAVG.

Sofern die Versorgungszusage des Arbeitgebers eine über § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrAVG hinausgehende Verpflichtung enthält - beispielsweise einen Garantiezins - erstreckt sich der Insolvenzschutz auch darauf.

Der Eintritt des Sicherungsfalls beim Arbeitgeber als Trägerunternehmen des Pensionsfonds löst die Eintrittspflicht des PSVaG nach § 7 BetrAVG aus. Das Vermögen des Pensionsfonds geht nach Maßgabe von § 9 Abs. 3a i.V.m. Abs. 3 BetrAVG regelmäßig auf den PSVaG über, der seinerseits den Vermögensteil, der seine Eintrittspflicht übersteigt, zur Erhöhung der laufenden Leistungen und der unverfallbaren Anwartschaften zu verwenden hat. Bei Pensionsfonds mit mehreren Trägerunternehmen gelten die genannten Regelungen entsprechend für den Teil des Pensionsfondsvermögens, der auf das insolvente Trägerunternehmen entfällt.

Der Pensionsfonds kann jedoch die gegen den PSVaG gerichteten Ansprüche selbst erfüllen, wenn er dies innerhalb von drei Monaten nach Eintritt des Sicherungsfalls bei der zuständigen Aufsichtsbehörde (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht) beantragt und die Aufsichtsbehörde dies genehmigt. Die Genehmigung kann nur erteilt werden, wenn durch Auflagen der Aufsichtsbehörde die dauernde Erfüllbarkeit der Leistungen in der Höhe, die sich aus dem Pensionsplan ergibt, sichergestellt werden kann; § 8 Abs. 1a Satz 2 BetrAVG.

Bei Erteilung der Genehmigung hat der PSVaG die gegen ihn gerichteten Ansprüche auf den Pensionsfonds entsprechend § 8 Abs. 1 BetrAVG zu übertragen. Ein Anspruch der Versorgungsberechtigten gegen den PSVaG auf Leistungen nach § 7 BetrAVG besteht dann nicht mehr, § 8 Abs. 1a Satz 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 BetrAVG. Das Vermögen des Pensionsfonds verbleibt in diesem Fall beim Pensionsfonds, der es planmäßig verwenden muss.

### III.3 Einteilung in Risikoklassen aus rechtlicher Sicht

Die vorstehende Analyse hat gezeigt, dass eine qualitative - im Sinne einer rechtlichen - Sicherheit zur Einbeziehung vorhandenen Vermögens in die Beitragsbemessung nicht nur die Bildung von Deckungsmitteln, sondern auch die Implementierung rechtlicher Sicherheiten erfordert. Die Sicherheit kann dabei an Gegenständen des eigenen Vermögens bestehen oder gegen Dritte gerichtet sein. Zu den Sicherheiten, die durch Einräumung von Rechtsansprüchen gegen Dritte entstehen, gehören die sog. Personalsicherheiten wie Bürgschaft, Mitschuld oder Treuhand, aber auch die mittelbaren Durchführungswege der betrieblichen Altersversorgung, die dem Arbeitnehmer einen eigenen Rechtsanspruch gewähren. Die Bildung von Deckungsmitteln und die Implementierung von Zugriffsrechten an oder auf das Vorsorgevermögen reicht jedoch nicht aus. Hinzukommen muss eine (rechtliche) Verfügbarmachung der Deckungsmittel für den PSVaG.

Diese Verfügbarmachung für den PSVaG geschieht zum einen durch gesetzlichen Vermögensübergang nach § 9 Abs. 3 und Abs. 3a BetrAVG, zum anderen durch Übergang von arbeitsrechtlichen Ansprüchen und Nebenrechten nach § 9 Abs. 2 BetrAVG. Der kraft Gesetzes bei Gruppenunterstützungskassen entstehende Anspruch nach § 9 Abs. 3 Satz 3 BetrAVG kann zwar je nach Fallgestaltung im Ergebnis einem Vermögensteilübergang gleichkommen. Es gibt aber auch Fallgestaltungen, in denen die Durchsetzung des Anspruchs auf Probleme stößt, z.B. bei einer nicht rückkaufsfähigen Rückdeckung. Dann ist der Anspruch nach § 9 Abs. 3 Satz 3 BetrAVG eher mit dem gesetzlichen Übergang der Anspruchs- und Nebenrechte nach § 9 Abs. 2 BetrAVG gleichzusetzen.

Im Vergleich zum Anspruchs- und Nebenrechtsübergang nach § 9 Abs. 2 BetrAVG ist der gesetzliche Vermögensübergang nach § 9 Abs. 3 Satz 1 und 2; Abs. 3a BetrAVG nach unserer Auffassung das "stärkere" Recht, weil der PSVaG Rechtsnachfolger und Inhaber der Deckungsmittel wird und diese unmittelbar verwerten kann. Beim Anspruchsübergang nach § 9 Abs. 2 BetrAVG gehen zwar sämtliche akzessorischen und im Ergebnis - ggf. nach Abtretung - auch alle schuldrechtlichen Sicherungsmittel auf den PSVaG über. Dieser muss sie jedoch gegen die Insolvenzmasse oder gegen Dritte geltend machen. Damit hat der PSVaG die Möglichkeit, für die von ihm zu leistende Insolvenzsicherung ganz oder teilweise Regress zu nehmen. Darin liegt zweifellos eine Besserstellung, aber keine gesicherte Entlastung. So gesehen ergibt sich eine Abstufung der Sicherheit und Verfügbarkeit in Risikoklassen, die nachfolgend beschrieben wird.

#### III.3.1 Beschreibung und Zuordnung

Subsumiert man die Kriterien der Sicherheit und Verfügbarkeit auf die Durchführungswege der betrieblichen Altersversorgung d. h. untersucht man das dort jeweils (abstrakt) vorhandene Vermögen im Hinblick auf seine Sicherheit und Verfügbarkeit im Insolvenzfall, kommt man zu folgender Einteilung:

Unter rechtlichen Gesichtspunkten tritt die größte Entlastung für den PSVaG im Insolvenzfall dann ein, wenn eine dritte, rechtlich selbstständige Person die arbeitsrechtliche Verpflichtung aus der betrieblichen Versorgungszusage des Arbeitgebers vollständig und aus eigener rechtlicher Ver-

pflichtung erfüllt (Risikoklasse 1). Eine vollständige Erfüllung der arbeitsrechtlichen Verpflichtung ist in der Regel garantiert bei einer Direktversicherung mit unwiderruflichem Bezugsrecht, die weder abgetreten, noch beliehen wurde. Auch Pensionskassen können dieser niedrigsten Risikostufe zugeordnet werden, sofern man Pensionskassen in die Risikoklassenbetrachtung mit einbeziehen will.

Eine starke Entlastung, jedoch mit Restrisiken, besteht in der zweiten Risikostufe (Risikoklasse 2). In dieser Risikoklasse besteht ein rechtlich selbstständiges Vermögen, das sich durch versicherungsförmige oder durch zusätzliche rechtliche Sicherheiten als in rechtlicher Hinsicht nachhaltig erweist, aber in der Höhe auf das Vorhandene begrenzt ist. Die Verfügbarmachung für den PSVaG im Sinne eines privilegierten Zugriffs auf das vorhandene Vermögen wird in der zweiten Risikoklasse durch einen gesetzlichen Vermögensübergang auf den PSVaG bewirkt. Zur Risikoklasse 2 gehören Unterstützungskassen, deren Vermögen bei Insolvenz des Trägerunternehmens auf den PSVaG übergeht, wenn durch Verpfändung von individuell zuordbaren Vermögensbestandteilen, insbesondere von Rückdeckungsversicherungen gesichert ist, dass das vorhandene Vermögen bis zur Insolvenz erhalten bleibt. Nach derzeitigem Rechtsstand gehören Gruppenunterstützungskassen - selbst bei kongruenter Rückdeckung - nicht in die Risikoklasse 2, weil der Übergang des Teilvermögens zumindest formalrechtlich nicht im Wortlaut des Gesetzes vorgesehen ist. Zur Risikoklasse 2 zählen jedoch auch Pensionsfonds mit versicherungsförmiger Garantie, deren Vermögen bei Insolvenz des Trägerunternehmens kraft Gesetzes auf den PSVaG übergeht.

Eine unter rechtlichem Blickwinkel geringere Sicherheit (Risikoklasse 3) liegt vor bei Vermögensübergängen ohne versicherungsförmige Garantien und ohne zusätzliche rechtliche Maßnahmen zum Erhalt des Vermögens bis zum Insolvenzfall. Zur Risikoklasse 3 zählen der Pensionsfonds ohne versicherungsförmige Garantie sowie die Einzelunterstützungskasse, deren Vermögen zwar übergeht, aber mangels Verpfändung oder sonstiger Sicherungsmaßnahmen bis zur Insolvenz "entleert" sein könnte.

Eine nur bedingte Sicherheit und unsichere Verfügbarkeit besteht in der Risikoklasse 4. In diese Risikoklasse einzuordnen ist die unmittelbare Versorgungszusage (Direktzusage) mit Sicherheiten wie Pfandrechten, Hypotheken, Bürgschaften, Schuldbeitritten und die Sicherungstreuhand. Diese Sicherheiten gehen zwar als dingliche oder schuldrechtliche Nebenrechte mit den Ansprüchen der Arbeitnehmer auf den PSVaG über; sie entlasten den PSVaG jedoch nicht rechtlich, sondern allenfalls wirtschaftlich, siehe hierzu auch IV und V. Damit bieten sie dem Arbeitnehmer bzw. dem PSVaG als Rechtsnachfolger zwar eine günstigere Position als ohne Sicherungsmaßnahme. Die reale Entlastung ist jedoch nicht garantiert. In diese Risikoklasse gehört unseres Erachtens nach derzeitigem Recht auch die Gruppenunterstützungskasse mit Verpfändung. Mangels vertretbarem, aber nicht eindeutig im Gesetz geregeltem Vermögensübergang fehlt ihr die Qualifizierung für eine sicherere Risikoklasse, obwohl zusätzliche Sicherheiten, nämlich das Pfandrecht an Gegenständen des Kassenvermögens, eingerichtet wurden. Diese kann der PSVaG jedoch nicht unmittelbar, sondern erst bei Pfandreife verwerten. Dies ist erst dann der Fall, wenn die Unterstützungskasse fällige Leistungen nicht mehr zahlt. Ein gesetzlicher Vermögensübergang könnte hier dem PSVaG zu einer sichereren Verwertbarkeit verhelfen.

Keine Sicherheit und ein im Ergebnis offenes Risiko bestehen in Risikoklasse 5. Dieser Risikoklasse ist die Unterstützungskasse zuzuordnen, die Mittel hat, bei der aber kein Vermögensübergang

stattfindet und die mangels Sicherheiten, z. B. mangels Verpfändung, ihr Vermögen bis zur Insolvenz auflösen, verlieren oder anderweitig einsetzen könnte.

Risikoklasse 6 wären verbleibende Zusagen ohne Sicherheit.

### III.3.2 Tableau der Risikoklassen

Nachfolgend werden die rechtlichen Risikoklassen noch einmal in Tabellenform dargestellt, wobei die Klassifizierung sich nach geltendem Recht und nach dem abstrakten Grad der Sicherheit und Verfügbarkeit in der Insolvenz richtet und die jeweilige Zuordnung der Durchführungswege nur als typisierend verstanden werden darf.

**Tableau 1 (vor Gesetzesänderung):**

| Risikoklassen | Sicherheit | Verfügbarkeit[253] | Durchführungswege |
|---|---|---|---|
| **1** | versicherungsförmige Garantie | AussonderungsR § 47 InsO | unbeschädigte Direktversicherung |
| | versicherungsförmige Garantie | von Insolvenz unberührt, unmittelbarer Anspruch | Pensionskasse |
| **2** | versicherungsförmige Garantie | gesetzlicher Vermögensübergang | Pensionsfonds mit Garantie |
| | individuell zuordbare Verpfändung von Vermögen | gesetzlicher Vermögensübergang | (Einzel-)Unterstützungskasse mit Verpfändung |
| 3 | eigener Anspruch ohne versicherungsförmige Garantie | gesetzlicher Vermögensübergang | Pensionsfonds ohne Garantie |
| | Vermögen, aber nicht gesichert | gesetzlicher Vermögensübergang | (Einzel-)Unterstützungskasse ohne Verpfändung |
| 4 | Pfandrechte, Gesamtschuld, Bürgschaft, Hypothek, Vertrag zugunsten Dritter | Absonderungsrechte nach §§ 50, 51 InsO; Regressansprüche außerhalb der Insolvenzmasse | Pensionszusage mit akzessorischer oder schuldrechtlicher Sicherheit; z.B. Treuhänder |
| | Pfandrecht an Vermögensgegenständen | kein Vermögensübergang; Verwertungsrechte bei Pfandreife | (Gruppen-)Unterstützungskassen mit Verpfändung |
| 5 | Vermögen, aber nicht gesichert | kein Vermögensübergang; kein Absonderungsrecht; gesetzlicher Anspruch nach § 9 Abs. 3 S. 3 BetrAVG, der ggf. ins Leere geht | (Gruppen-)Unterstützungskassen ohne Vermögensübergang und ohne Verpfändung |
| 6 | keine | nur Insolvenzmasse | Pensionszusagen ohne Stellung von Sicherheiten |

Die vorstehend vorgenommene und in III.3.1 beschriebene Einteilung in Risikoklassen knüpft an die abstrakte Gefahr einer durch die Insolvenz des Arbeitgebers bedingten Nichterfüllung des Versorgungsanspruchs an. Sie steht damit in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverwal-

[253] Die „Verfügbarkeit“ bezieht sich in Risikoklasse 1 auf den Arbeitnehmer, in den übrigen Risikoklassen auf den PSVaG.

tungsgerichts zum derzeitigen Rechtsrahmen der gesetzlichen Insolvenzsicherung, nach der es auf das abstrakte Insolvenzrisiko ankommt.[254] Die Einteilung in Risikoklassen ist damit geeignet, als ein Element einer stärker risikoorientierten Beitragsgestaltung der gesetzlichen Insolvenzsicherung zu dienen.[255]

Würde der Gesetzgeber den Katalog der Vermögensübergänge nach § 9 Abs. 3 und Abs. 3a BetrAVG erweitern auf

- Gruppenunterstützungskassen, die ihre auf die Trägerunternehmen jeweils entfallenden Teilvermögen rückgedeckt und verpfändet haben;

- Treuhandmodelle, die die von ihnen gebotene Sicherheit so qualifizieren, dass ihr Ausfallrisiko einer sichereren Risikostufe zugeordnet werden kann,

dann könnte sich das folgende veränderte Tableau ergeben:

[254] Siehe hierzu II.6.2.2.
[255] Siehe hierzu V.

**Tableau 2 (nach Gesetzesänderung):**

| Risikoklassen | Sicherheit | Verfügbarkeit[256] | Durchführungswege |
|---|---|---|---|
| 1 | versicherungsförmige Garantie | AussonderungsR § 47 InsO | unbeschädigte Direktversicherung |
| | versicherungsförmige Garantie | von Insolvenz unberührt, unmittelbarer Anspruch | Pensionskasse |
| 2 | versicherungsförmige Garantie | gesetzlicher Vermögensübergang | Pensionsfonds mit Garantie |
| | individuell zuordbare Verpfändung von Vermögen | gesetzlicher Vermögensübergang | (Einzel-)Unterstützungskasse mit Verpfändung |
| | individuell zuordbare Verpfändung von Vermögen | nach Gesetzesänderung: gesetzlicher Vermögensteilübergang | (Gruppen-)Unterstützungskasse mit Verpfändung |
| | qualifizierter Vertrag zugunsten Dritter | nach Gesetzesänderung: gesetzlicher Vermögensübergang | Pensionszusage mit qualifiziertem Treuhandmodell |
| 3 | eigener Anspruch ohne versicherungsförmige Garantie | gesetzlicher Vermögensübergang | Pensionsfonds ohne Garantie |
| | Vermögen, aber nicht gesichert | gesetzlicher Vermögensübergang | (Einzel-)Unterstützungskasse ohne Verpfändung |
| | Vermögen, aber nicht gesichert | nach Gesetzesänderung: gesetzlicher Vermögensteilübergang | (Gruppen-)Unterstützungskasse ohne Verpfändung |
| | Vertrag zugunsten Dritter | nach Gesetzesänderung: gesetzlicher Vermögensübergang | Pensionszusage mit Treuhandmodell ohne Qualifizierung |
| 4 | Pfandrechte, Gesamtschuld, Bürgschaft, Hypothek | Absonderungsrechte nach §§ 50, 51 InsO; Regressansprüche außerhalb der Insolvenzmasse | Pensionszusage mit akzessorischer oder schuldrechtlicher Sicherheit |
| 6 | keine | nur Insolvenzmasse | Pensionszusagen ohne Stellung von Sicherheiten |

[256] Die „Verfügbarkeit“ bezieht sich in Risikoklasse 1 auf den Arbeitnehmer, in den übrigen Risikoklassen auf den PSVaG.

## IV Einbeziehung vorhandenen Vermögens in die Beitragsbemessung aus wirtschaftlicher Sicht

Das Risiko, im Insolvenzfall keine ausreichenden Mittel zur Abdeckung der gegenüber dem Arbeitnehmer bestehenden Verpflichtungen zur Verfügung zu haben, besteht - ungeachtet der im vorigen Kapitel behandelten rechtlichen Sicherungsmöglichkeiten - im Wesentlichen darin, dass das - wo auch immer - für die Versorgung angesammelte Kapital im Zeitpunkt der Insolvenz niedriger zu bewerten ist, als es dem Umfang der zu sichernden Verpflichtungen und dem damit verbundenen Finanzbedarf entspricht. Die Erfassung dieses Risikos ist also in erster Linie eine Frage der richtigen und vor allem vergleichbaren Bewertung des Verpflichtungsumfangs auf der einen Seite und des am gleichen Stichtag vorhandenen Vermögens auf der anderen Seite.

Wenn es gelingt, für beide Seiten zutreffende, hinreichend genaue und im Ergebnis vergleichbare Bewertungsmethoden zu finden und als verbindlich zu erklären, könnte der (positive) Saldo aus dem Wert der Verpflichtungen abzüglich des Wertes der zugehörigen Kapitalanlagen unmittelbar als eine quantitative Grundlage für die Beitragsbemessung herangezogen werden. In den folgenden Abschnitten werden die Möglichkeiten zu einem derartigen Vorgehen untersucht und daraus ein Vorschlag für die rechnerische Ermittlung einer das vorhandene Vermögen berücksichtigenden Beitragsbemessungsgrundlage entwickelt.

### IV.1 Anforderungen an die Beitragsbemessungsgrundlage

Bei Eintritt der Insolvenz des Arbeitgebers werden durch den PSVaG unverfallbare Versorgungsanwartschaften gesichert. Dies sind bei Rentenbeziehern i.d.R. die laufenden Renten, bei aktiv tätigen Mitarbeitern ist dies der erworbene ratierliche Versorgungsanspruch (m/n-tel Anspruch), bei Entgeltumwandlung und bei beitragsorientierten Leistungszusagen sind dies die bis zur Insolvenz "erworbenen Versorgungsansprüche" (= i.d.R. Rentenbausteine), bei einer Beitragszusage mit Mindestleistung die Summe der gezahlten Beiträge. Bei Ausgeschiedenen ist dies der gesetzlich unverfallbare Anspruch. Alle zu sichernden Leistungen sind grundsätzlich in Anwartschafts- und Rentenbezugszeit **statisch**. Ausnahmen hiervon sind vertraglich garantierte Leistungsanpassungen (z.B. vertraglich zugesagte Rentenanpassungen von jährlich 1 %). Die durch den PSVaG zu sichernden Leistungen sind nach oben begrenzt (§ 7 Abs. 3 BetrAVG).

Im Insolvenzfall eines Unternehmens mit betrieblicher Altersversorgung muss gemäß § 10 Abs. 2 BetrAVG der Barwert der hierdurch entstehenden Ansprüche auf Leistungen des PSVaG aus den Beiträgen der übrigen Mitgliedsunternehmen gedeckt sein.[257] Eine Beitragsbemessungsgrundlage sollte daher idealerweise mit dem entsprechenden Barwert der Leistungen übereinstimmen, die im Insolvenzfall des Unternehmens vom PSVaG zu sichern und über Beiträge der Mitgliedsunternehmen zu finanzieren sind. Hierbei wird lediglich der Umfang der zu sichernden Leistungen berücksichtigt, unberücksichtigt bleibt das Insolvenzrisiko des Unternehmens. Bei einem gegebenen Sicherungsumfang zahlen alle Unternehmen den gleichen Betrag an den PSVaG, unabhängig da-

[257] Gemäß § 10 BetrAVG sind noch weitere Kosten zu decken, anderweitige Einkünfte, z. B. Vermögensübergänge führen zu Entlastungen, siehe II.2 und II.3. Da in diesem Kapitel die systematische Darstellung im Vordergrund steht, wird im Folgenden nur auf Beitragseinnahmen Bezug genommen.

von, ob bei einem Unternehmen ein höheres, ein geringeres oder nahezu kein Insolvenzrisiko besteht. Von daher enthalten die PSV-Beiträge gegenwärtig implizit Pauschal- oder Umverteilungselemente: Unternehmen mit guter Bonität leisten einen Solidarbeitrag zu Gunsten von Unternehmen mit weniger guter Bonität. Die gesetzliche Insolvenzsicherung ist keine Versicherung gegen Insolvenz, sondern eine Versicherung gegen Vermögensverluste bei Insolvenz.

Wir gehen davon aus, dass auch künftig das Unternehmensrisiko bei Ermittlung der Beitragsbemessungsgrundlage unberücksichtigt bleiben soll. Das bedeutet auch, dass Änderungen des Insolvenzrisikos, wie man sie im Zuge der Auslagerung von Vermögenswerten vermuten, aber nach unserer Einschätzung kaum nachweisen oder gar quantifizieren kann, nicht in die Beitragsbemessungsgrundlage einzubeziehen sind.

Die Einstandspflicht des PSVaG bei Insolvenz eines Unternehmens ist jedoch umso höher, je weniger Vermögenswerte dann zur Verfügung stehen. Wenn man die Insolvenzsicherung in diesem Sinne auch als Vermögensschaden-Versicherung für den möglichen Insolvenzfall versteht,[258] sollte die Bezugsgröße für diese Versicherung der mögliche Schaden für den PSVaG sein. Das ist der Unterschied zwischen dem Wert der von ihm zu sichernden Versorgungsleistungen und dem ihm (oder dem gesicherten Arbeitnehmer) verfügbaren Vermögenswert.

Eine auch ausgelagertes Vermögen mit seinem wirtschaftlichen Risiko erfassende Beitragsbemessungsgrundlage sollte daher aus unserer Sicht - unabhängig davon, ob Vermögenswerte für die betriebliche Altersversorgung ausgelagert sind - folgende wesentliche Anforderungen erfüllen:

- Die Beitragsbemessungsgrundlage sollte im Wesentlichen dem Umfang der (noch) zu sichernden Leistungen entsprechen.
- Bei gleichem Verpflichtungsumfang sollte sich für jeden Durchführungsweg der betrieblichen Altersversorgung zumindest näherungsweise die gleiche Beitragsbemessungsgrundlage ergeben.
- Die Ermittlung der Beitragsbemessungsgrundlage sollte nach Möglichkeit zu keinen oder nur zu geringen Zusatzbelastungen für die Mitgliedsunternehmen führen.

Im Folgenden wird daher untersucht, welche Bewertungsansätze für die jeweils mögliche Schadenhöhe, die Höhe der gesicherten Leistungen[259] bzw. die Höhe des für diese Leistungen verfügbaren Vermögens[260] in Betracht kommen.

[258] Siehe hierzu ausführlich II.1.
[259] Siehe IV.2.
[260] Siehe IV.3.

## IV.2 Bewertung von Pensionsverpflichtungen

### IV.2.1 Versicherungsmathematischer Barwert

Als Barwert wird hier der versicherungsmathematische Barwert der Pensionsverpflichtungen verstanden. Dieser entspricht der Summe aller zum Berechnungsstichtag künftig zu erwartenden Pensionszahlungen, abgezinst auf den Bewertungsstichtag.

Im Insolvenzfall sind wie bereits ausgeführt vom PSVaG die unverfallbaren Versorgungsansprüche in Höhe ihres Barwertes zu sichern. Von daher erscheint der versicherungsmathematische Barwert der unverfallbaren Versorgungsansprüche generell zunächst als eine geeignete Beitragsbemessungsgrundlage, da hier Deckungsgleichheit mit den zu sichernden Leistungen gegeben ist. Bei den Rentenbeziehern ist dies der Barwert der laufenden Renten, bei den unverfallbar Ausgeschiedenen der Barwert der gesetzlich unverfallbaren Versorgungsansprüche. Bei den tätigen Anwärtern ist dies der Barwert der am Bewertungsstichtag gesetzlich unverfallbaren Versorgungsanwartschaften.

Künftige Erhöhungen sind nicht zu berücksichtigen, es sei denn diese sind Teil der Versorgungszusage und stehen am Bewertungsstichtag dem Umfang und der Höhe nach fest. Als biometrische Rechnungsgrundlagen bieten sich einheitliche Tafeln wie die *Richttafeln 2005 G* von K. Heubeck an. Aber auch spezifische, die Risiken des jeweils gesicherten Bestandes sachgerecht wiedergebende Rechnungsgrundlagen sind denkbar. Der Rechnungszins sollte einheitlich festgelegt sein.[261]

In der betrieblichen Altersversorgung wird der Barwert bei der Bewertung der Ansprüche für ausgeschiedene ehemalige Mitarbeiter und bei Rentenbeziehern verwendet. Bei aktiv tätigen Personen findet der Barwert lediglich bei bestimmten Leistungsansprüchen (Entgeltumwandlung, beitragsorientierte Leistungszusage) Anwendung.

### IV.2.2 Teilwert nach § 6a EStG

Nach § 6a EStG wird für steuerliche Zwecke eine Pensionsverpflichtung nach dem so genannten Teilwertverfahren bewertet. Bei Rentenbeziehern entspricht der Teilwert dem versicherungsmathematischen Barwert der Pensionsverpflichtung, wobei der Barwert auch für nicht gesetzlich gesicherte Rentenleistungen zu bilden ist, wenn der Pensionsplan dies vorsieht (z.B. Rentenleistungen, die die Höchstgrenze nach § 7 Abs. 3 BetrAVG übersteigen). Bei ausgeschiedenen Arbeitnehmern entspricht der Teilwert der Pensionsverpflichtung dem versicherungsmathematischen Anwartschaftsbarwert des unverfallbaren Versorgungsanspruchs. Dies gilt für vertraglich und für gesetzlich unverfallbare Versorgungsanwartschaften.

Der Teilwert der Pensionsverpflichtung vor Beendigung des Dienstverhältnisses des Versorgungsberechtigten ergibt sich als Differenz zwischen dem Barwert der künftigen Pensionsleistungen und dem Barwert gesondert zu bestimmender gleichbleibender Jahresbeträge. Diese Jahresbeträge sind hierbei so zu bemessen, dass sie voraussichtlich zur Finanzierung der Versorgungsverpflichtungen

[261] Siehe IV.3.

ausreichen, wenn sie bereits seit Beginn des Dienstverhältnisses (abhängig vom Zusagejahr frühestens ab Alter 30, 28 oder 27) in dieser Höhe entrichtet worden wären und in unveränderter Höhe weiter bis zum voraussichtlichen Eintritt des Versorgungsfalles entrichtet werden. Bei einer Entgeltumwandlung nach § 1 Abs. 2 BetrAVG gilt als Teilwert - ohne Altersbeschränkung - mindestens der Barwert der Verpflichtung.

Die Grundsätze, nach denen der Teilwert zu berechnen ist, ergeben sich aus § 6a EStG und sind im Wesentlichen festgelegt. Der Rechnungszins beträgt einheitlich 6 %. Als biometrische Rechnungsgrundlagen hat man die *Richttafeln 2005 G* nach K. Heubeck anzuwenden, Abweichungen sind sachlich zu begründen. Bei der Bewertung ist von den Verhältnissen am Bewertungsstichtag auszugehen. Künftige Veränderungen der Bemessungsgrundlagen bleiben bei der Teilwertberechnung außer acht und dürfen bei der Bewertung nur berücksichtigt werden, wenn die Veränderungen am Bewertungsstichtag dem Umfang und der Höhe nach rechtsverbindlich schriftlich vereinbart sind. Gleiches gilt für künftige Rentenanpassungen.

Bei einem Vergleich von Barwert des unverfallbaren Anspruchs und Teilwert der Verpflichtung lässt sich Folgendes feststellen: Bei gleichem Rechnungszins stimmen bei Rentenbeziehern und Ausgeschiedenen Teilwert und Barwert überein, bei den Anwärtern ist in der Regel der Barwert des unverfallbaren Anspruchs niedriger als der Teilwert der Verpflichtung.

### IV.2.3 Bewertung nach IAS

Der Bewertung von Pensionsverpflichtungen nach internationalen Standards (IAS) liegt grundsätzlich eine andere Methodik zugrunde. Als Finanzierungsverfahren wird die Projected Unit Credit Methode verwendet. Als Rückstellung wird der Barwert der erdienten Leistung ermittelt. Der Barwert der erdienten Leistung ist vergleichbar dem Barwert wie in IV.2.1 beschrieben. Ein wesentlicher Unterschied ergibt sich aus dem Ansatz für die wirtschaftlichen Rechnungsgrundlagen. Anders als dort beschrieben, sind künftige Veränderungen der Bemessungsgrößen in die Bewertung nach IAS einzubeziehen. Im Wesentlichen betrifft dies künftige Gehaltsveränderungen und die Anpassung der laufenden Renten. Anders als bei der Teilwertberechnung nach § 6a EStG ist der Rechnungszins auf der Grundlage der Renditen zu bestimmen, die am Bilanzstichtag für erstrangige, festverzinsliche Industrieanleihen am Markt erzielt werden, wobei die Laufzeiten der Anleihen mit der voraussichtlichen Fälligkeit der künftig zu erbringenden Pensionsleistungen übereinstimmen. Der so ermittelte Rechnungszins zeigt eine große Volatilität und ist gegenwärtig niedriger als der für die Teilwertberechnung vorgegebene Rechnungszins von 6 %. Insgesamt ergeben sich nach der IAS-Methodik insbesondere bei Einbeziehung einer Dynamik zum Teil deutlich höhere Rückstellungen als nach dem steuerlichen Teilwertverfahren.

Im Gegensatz zum Teilwertverfahren sind die Bewertungsparameter nicht für alle Unternehmen einheitlich. Der Rechnungszins ist abhängig von der Ermittlungsmethodik und Bestandszusammensetzung bei den Unternehmen, Gehalts- und Rententrend können aufgrund unterschiedlicher Einschätzung von Unternehmen, Wirtschaftsprüfern und Aktuaren ebenfalls variieren, sodass sich für gleiche Verpflichtungen unterschiedliche Bewertungen ergeben können.

### IV.2.4 Bewertung nach BilMoG

Ab 2010 sind bei der Bewertung der Pensionsverpflichtungen nach HGB die Grundsätze des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (BilMoG) anzuwenden. Die Rückstellungsberechnung erfolgt nach nahezu den gleichen Grundsätzen wie die Berechnung nach IAS. Insbesondere sind künftige Erhöhungen der Bemessungsgrößen in die Bewertung einzubeziehen. Ein wesentlicher Unterschied besteht in der Ermittlung des Rechnungszinses. Der Rechnungszins wird einheitlich von der Deutschen Bundesbank ermittelt und ist verbindlich anzuwenden. Er ist ein Durchschnittszins der letzten 7 Jahre. Im Gegensatz zu IAS ergeben sich daher im Zeitablauf nur geringe Zinsveränderungen, die zu wesentlich geringeren Schwankungen bei den Bewertungen führen. Der BilMoG-Zins beträgt gegenwärtig ca. 5,15 % und liegt ebenso wie der Rechnungszins nach IAS unter dem Teilwertzins von 6 %.

### IV.2.5 Vergleich der verschiedenen Bewertungsansätze

Aus unserer Sicht sind die Bewertungsansätze nach IAS und nach BilMoG als Maßstab für die zu sichernden Leistungen ungeeignet, da künftige Veränderungen der Bemessungsgrößen in die Bewertung einzubeziehen, die vom PSVaG zu sichernden Leistungen dagegen statisch sind. Es wäre auf jeden Fall eine Neuberechnung durchzuführen, die die künftige Erhöhung der Bemessungsgrößen ausklammert. Weiterhin bestehen - zumindest innerhalb einer gewissen Bandbreite - Gestaltungsspielräume bei den Bewertungsannahmen, sodass die Einheitlichkeit der Beitragsbemessungsgrundlage gefährdet ist. Hinzu kommt, dass nicht alle Mitgliedsunternehmen des PSVaG eine Bewertung nach IAS oder BilMoG durchführen, sodass für sehr viele Mitgliedsunternehmen des PSVaG Zusatzberechnungen durchzuführen wären, was wiederum mit zusätzlichen Kosten verbunden wäre.

Der Barwert der unverfallbaren Anwartschaften erscheint uns als Bemessungsgrundlage für Beiträge an den PSVaG als die Methode, die den Umfang der zu sichernden Leistungen am zutreffendsten abbildet. Wird zusätzlich ein Rechnungszins von 6 % gewählt, so ergeben sich keine Änderungen gegenüber dem Teilwertverfahren bei ausgeschiedenen Mitarbeitern und Rentenbeziehern. Bereits bestehende Programme und Dokumente können unverändert Verwendung finden. Bei den aktiv tätigen Personen müssten bei einer Bewertung mit dem Barwert jedoch Neuberechnungen durchgeführt werden, was wiederum Zusatzkosten verursachen würde. Andererseits führt eine Bewertung mit dem Teilwert im Allgemeinen zu einem höheren Wert als dem Barwert, das heißt zu einer höheren Beitragsbemessungsgrundlage.

Der Gesetzgeber hat sich in der Frage nach der geeigneten Beitragsbemessungsgrundlage für aktiv tätige Arbeitnehmer mit unmittelbaren Pensionszusagen und Pensionsfonds-Zusagen durchgängig für den Teilwert nach § 6a EStG entschieden. Diese vorwiegend aus Gründen der Vereinfachung und Vereinheitlichung getroffene Festlegung ist nachvollziehbar und aus unserer Sicht auch sachgerecht. Sie signalisiert aber auch, dass die Bewertung der Pensionsverpflichtungen bei der Ermittlung der Beitragsbemessungsgrundlage für Arbeitgeber mit unterschiedlichen Zusammensetzungen

ihrer Aktiven- und Rentnerbestände nicht 100 %-ig vergleichbar sind bzw. sein müssen. Abweichungen von einer vollständig und vergleichbar risikogerechten Beitragsbemessung werden also in Kauf genommen.

Für den einzelnen Arbeitgeber führt die Teilwertmethode im Vergleich zu einer einheitlich angewandten Barwertmethode nur zu marginalen Belastungsunterschieden. Bei gegebenem Beitragsvolumen für den PSVaG führt eine höhere Beitragsbemessungsgrundlage zu einem geringeren Beitragssatz, die effektiv insgesamt zu leistenden Beiträge werden dadurch nicht berührt. Lediglich bei Unternehmen mit einem sehr hohen Anwärteranteil dürfte die Teilwertmethode im Vergleich zu Unternehmen mit hohem Rentneranteil zu einer etwas höheren Beitragsbelastung führen als bei der Barwertmethode. Bei niedrigerem Rentneranteil gilt das Umgekehrte.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass der steuerliche Teilwert auch weiterhin als eine in der Praxis gängige Methode zur Bestimmung der Beitragsbemessungsgrundlage geeignet ist und den Anforderungen an eine Beitragsbemessungsgrundlage gerecht wird. Bei unmittelbaren Pensionszusagen und Pensionsfonds, also für die überwiegende Zahl der Mitgliedsunternehmen des PSVaG, kann aus unserer Sicht wie bisher verfahren werden.

### IV.2.6 Beitragsbemessungsgrundlage bei den sonstigen Durchführungswegen

Wie im vorhergehenden Abschnitt ausgeführt, halten wir den steuerlichen Teilwert für ein geeignetes Bewertungsverfahren zur Bestimmung der Beitragsbemessungsgrundlage für den PSVaG.

Soll der Teilwert nach § 6a EStG auch bei den anderen Durchführungswegen als Bewertungsmethode und damit als Beitragsbemessungsgrundlage dienen, wären Zusatz- und Neuberechnungen erforderlich. Der Gesetzgeber hat dies jedoch aus Kosten- und Vereinfachungsgründen nicht vorgesehen und für sicherungspflichtige Direktversicherung und Unterstützungskasse andere Verfahren zur Ermittlung der Beitragsbemessungsgrundlage vorgesehen.

Beim Durchführungsweg Unterstützungskasse ist sie zu berechnen aus dem mit 5,5 % Rechnungszins kalkulierten Barwert der Verpflichtungen bei den Rentenbeziehern bzw. dem 20fachen der jährlichen Zuwendungen bei den Anwärtern. Die so ermittelte Beitragsbemessungsgrundlage entsprach in der Vergangenheit in etwa dem Teilwert nach § 6a EStG. Aufgrund der mehrfach vorgenommenen Anpassungen der für die steuerlichen Berechnungen maßgeblichen Richttafeln an die zwischenzeitlich gestiegene Lebenserwartung ist zu prüfen, ob gravierende Änderungen eingetreten sind. Vergleichsberechnungen zeigen, dass bei Rentenbeziehern der Teilwert nach § 6a EStG um ca. 8 % - 10 % höher ist als die entsprechende Beitragsbemessungsgrundlage bei der Unterstützungskasse. Bei Anwärtern ist zu differenzieren zwischen ausgeschiedenen Mitarbeitern mit gesetzlich unverfallbarem Anspruch und aktiv tätigen Mitarbeitern im Unternehmen. Bei den Ausgeschiedenen mit unverfallbarem Anspruch sind die Unterschiede zwischen dem Barwert des unverfallbaren Anspruchs und der Beitragsbemessungsgrundlage bei entsprechender Unterstützungskassenzusage wesentlich höher als bei den Rentenbeziehern. Bei den aktiv tätigen Mitarbeitern dürften sich Teilwert nach § 6a EStG und Beitragsbemessungsgrundlage für Unterstützungskassen nur gering unterscheiden. Bei einem Alter des Mitarbeiters bis etwa 50 - 55 Jahre liegt der Teilwert un-

ter der Beitragsbemessungsgrundlage für Unterstützungskassen, bei einem höheren Alter übersteigt der Teilwert diese. Wir halten das Pauschalverfahren für Unterstützungskassen weiterhin für vertretbar, eine Überprüfung bei den Rentenbeziehern jedoch für durchaus zulässig. Eine Erhöhung in diesem Bereich würde jedoch bei Unterstützungskassen zu entsprechend höheren Beiträgen an den PSVaG führen.

Bei der sicherungspflichtigen (beliehenen oder mit widerruflichem Bezugsrecht ausgestatteten) Direktversicherung ist als Beitragsbemessungsgrundlage das geschäftsplanmäßige Deckungskapital anzusetzen. Im Vergleich zum Teilwert nach § 6a EStG und zur Beitragsbemessungsgrundlage für Unterstützungskassen führt das geschäftsplanmäßige Deckungskapital aufgrund des vorsichtigeren Rechnungszinses, einer stärkeren Biometrie und eventuell eingerechneter Verwaltungskosten zu deutlich höheren Werten. Dies wurde aus Vereinfachungsgründen und zur Vermeidung von Zusatzkosten bewusst in Kauf genommen auch vor dem Hintergrund, dass sicherungspflichtige Direktversicherungen eher die Ausnahme darstellen und weniger von Bedeutung sind (zzt. 0,08 % der gesamten jährlichen PSVaG-Beitragsbemessungsgrundlage). Würde man auch für die bislang nicht sicherungspflichtigen Direktversicherungen und für Pensionskassen eine geeignete Beitragsbemessungsgrundlage suchen, käme theoretisch ebenfalls das geschäftsplanmäßige Deckungskapital in Betracht. Dies ist für den Jahresabschluss regelmäßig zu ermitteln, Zusatzberechnungen wären nicht erforderlich. Probleme können sich jedoch ergeben, wenn Differenzen bestehen zwischen finanzierter Versicherungsleistung und Verpflichtung. Dies kann der Fall sein, wenn z.B. Beitragsrückstände bestehen oder wenn die zugesagten Leistungen nicht voll finanziert sind.

Bei Pensionskassen, insbesondere bei regulierten Pensionskassen, könnten sich zusätzlich Probleme ergeben, da ein individuelles Deckungskapital nicht immer festgestellt werden bzw. ein derart ermitteltes Deckungskapital zu ungenauen Ergebnissen führen kann. Derartige Konstellationen können auftreten, wenn bei Pensionskassen die Leistungen nach dem kollektiven Äquivalenzprinzip finanziert werden, was bei rein arbeitgeberfinanzierten Pensionskassenleistungen durchaus vorzufinden und in der Regel mit entsprechenden Sanierungsklauseln verbunden ist. Aber auch Unterdeckungen können auftreten, z. B. bei einem Bilanzausgleichsverfahren oder bei einem Bedarfsdeckungsverfahren.

Sollte - bei Einbeziehung von Pensionskassen und der Direktversicherung insgesamt in die Insolvenzsicherung - eine Sicherungslücke bestehen, so wäre das vorhandenen Deckungskapital für die Beurteilung des Verpflichtungsumfangs nicht geeignet, da es nach den Vorgaben des Tarifs bzw. des technischen Geschäftsplans ermittelt wird. Da nicht sicher ist, dass der arbeitsrechtliche Anspruch im Insolvenzfall in jedem Fall vollständig durch das bei Pensionskasse oder Direktversicherung vorhandene Deckungskapital finanziert ist, ist das Deckungskapital nicht der geeignete Maßstab für die Beurteilung der Verpflichtung. Zu prüfen wäre daher, ob man bei Direktversicherungen und bei Pensionskassen wie beim Pensionsfonds den Teilwert nach § 6a EStG als Maßstab für die bestehenden arbeitsrechtlichen Verpflichtungen verwenden sollte, was jedoch mit Zusatzkosten und zusätzlichem Verwaltungsaufwand für die Trägerunternehmen verbunden wäre. Zur Vermeidung oder Verringerung dieser Kosten wäre alternativ denkbar, die Beitragsbemessungsgrundlage nach für Unterstützungskassen geltenden (gegebenenfalls aktualisierten) Grundsätzen zu ermitteln.

## IV.3 Berücksichtigung von verfügbarem Vermögen

### IV.3.1 Verfügbares Vermögen

Sofern außerhalb des Unternehmens für dessen betriebliche Altersversorgung Kapital angesammelt ist und im Insolvenzfall für den PSVaG oder die gesicherten Arbeitnehmer verfügbar gemacht werden kann, sollte dieses - so unser Vorschlag - grundsätzlich in die Beitragsbemessungsgrundlage entlastend einbezogen werden können. Dies geschieht in der Weise, dass der in IV.2 beschriebene Wert der Pensionsverpflichtungen verglichen wird mit dem Wert des am Bewertungsstichtag vorhandenen Vermögens.

In einem ersten Schritt ist daher die Höhe dieses für die zu sichernden Verpflichtungen extern angelegten Kapitals festzustellen.

In einem weiteren Schritt ist die Qualität des Vermögens hinsichtlich Verfügbarkeit und Verwertbarkeit für den PSVaG zu berücksichtigen, was über eine Einstufung in "Risikoklassen" erfolgt. Vermögensanlagen mit einer geringeren "Qualität" werden in geringerem Umfang auf die Beitragsbemessungsgrundlage angerechnet als Vermögensanlagen mit einer besseren "Qualität". Dies rechtfertigt, sie entsprechend in die Beitragsbemessungsgrundlage einzubeziehen. Aus der den Umfang der gesicherten Verpflichtungen (V) widerspiegelnden Brutto-Beitragsbemessungsgrundlage (B-BBG) wird durch Abzug der nach Risiko bzw. Sicherheiten eingestuften Kapitalanlagen (SK) eine Netto-Beitragsbemessungsgrundlage (N-BBG)

$$N\text{-}BBG = B\text{-}BBG - SK,$$

die nach unserem Vorschlag eine sachgerechte Grundlage einer risikoorientierten Beitragsgestaltung sein könnte.

### IV.3.2 Höhe des verfügbaren Vermögens

Für die Bestimmung der Höhe des zu berücksichtigenden Vermögens ist nach den Kriterien zu fragen, wonach sich die Höhe bemessen soll. Maßstab ist - wie bei der Bestimmung der Beitragsbemessungsgrundlage - der Vermögensstand am Bewertungsstichtag für den PSVaG-Beitrag, das ist gemäß § 10 Abs. 3 BetrAVG der jeweilige Bilanzstichtag des beitragspflichtigen Arbeitgebers.

Aus der - unseres Erachtens zwingenden - Festlegung dieses für beide Größen (V und SK) gemeinsamen Bewertungsstichtages kann sich insofern ein Problem ergeben, wenn der Insolvenzfall im Folgejahr, d. h. vor dem nächsten Bewertungsstichtag eintritt. Die Ansprüche sind in der am Bewertungsstichtag festgestellten Höhe gesichert, der Wert der Kapitalanlage kann sich jedoch bis zum Stichtag der Verfügbarmachung deutlich geändert haben.[262]

[262] Zur Behandlung dieser Problematik vgl. IV.3.3.

Im Insolvenzfall erfolgt in der Regel kein "Asset-Transfer", sondern das vorhandene Vermögen wird realisiert, d. h. veräußert. Die Veräußerung erfolgt regelmäßig zu Marktpreisen. Bei der Bewertung des Vermögens ist daher grundsätzlich von den Marktwerten am Bewertungsstichtag auszugehen. Diese liegen i.d.R. am Bilanzstichtag vor, so dass kein Zusatzaufwand für die Ermittlung entstehen sollte.

Grundsätzlich wird eine Stichtagsbewertung vorgenommen. Mögliche spätere Wertveränderungen bleiben daher unberücksichtigt.[263] Zu erfassen sind nur Vermögensteile, die für Sicherungszwecke des PSVaG zur Verfügung stehen. Ein vorhandenes Vermögen ist daher eventuell noch zu bereinigen um Vermögensteile, die für nicht-sicherungspflichtige Versorgungsansprüche, z.B. für verfallbare Anwartschaften oder für Versorgungsansprüche, die die Höchstgrenzen der zu sichernden Ansprüche übersteigen, benötigt werden. Eine eindeutige Aufteilung wird in der Praxis oft nicht einfach vorzunehmen sein. Oft fehlen rechtliche Voraussetzungen.[264] Vertragskonstruktionen lassen oft zu, dass Vermögensteile vom Arbeitgeber auch für andere Zwecke abgezweigt werden können (z. B. Altersteilzeitverpflichtungen, Jubiläumsgelder). Es sind auch Vermögen vorzufinden, die nicht eindeutig zuzuordnen sind (z. B. Kollektivversicherungen, Pensionskassen mit Bilanzausgleich).

Hinsichtlich des Rechtsübergangs an Rückdeckungsversicherungen finden sich - entsprechend den gesetzlichen Möglichkeiten - in der Praxis zwei Vorgehensweisen: Der PSVaG übernimmt die Rückdeckungsversicherungen und führt diese (beitragsfrei) fort oder der PSVaG nimmt einen Rückkauf vor. Denkbar ist jedoch auch, die Rückdeckungsversicherung zur Abfindung oder zur Schuldübertragung nach § 8 BetrAVG zu nutzen.[265] Es stellt sich daher die Frage, mit welchem Wert die Rückdeckungsversicherung zur Anrechnung kommt, mit dem Rückkaufswert oder mit einem anderen Wertansatz.

Bei Rentenbeziehern ist ein Rückkauf aus unserer Sicht grundsätzlich auszuschließen. In diesem Fall ist von einer Fortführung der Rückdeckungsversicherung auszugehen. Für die Bewertung der Rückdeckungsversicherung sehen wir daher bei Rentenbeziehern den Aktivwert als einen geeigneten Vermögenswert an. Der Aktivwert wird auch von den Wirtschaftsprüfern im Rahmen der BilMoG-Bewertung von Pensionsverpflichtungen als geeigneter Vermögenswert im Sinne einer Zeitwertbetrachtung angesehen. Er ist für Bilanzierungszwecke verfügbar, Zusatzaufwand ist nicht erforderlich.

Bei den Anwärtern sind ein Rückkauf oder die Fortführung der Rückdeckungsversicherung denkbar. Zu berücksichtigen ist hierbei, dass es Rückdeckungsversicherungen gibt, die nicht rückkaufsfähig sind. Im Falle eines dennoch durchgeführten Rückkaufs würden keine Vermögenswerte auf den PSVaG übergehen. Dies ist im Rahmen der Bewertung zu berücksichtigen.

Um auch die Möglichkeit der Fortführung der Rückdeckungsversicherung und gegebenenfalls die Übertragbarkeit auf die zu sichernde Person zu einem späteren Zeitpunkt nicht auszuschließen,

---

[263] Durch Einstufung in Risikoklassen wird versucht, das Risiko späterer Wertveränderungen zu berücksichtigen; vgl. IV.5.1.
[264] Siehe III.2.3.3.2
[265] Siehe hierzu III.2.3.3.1. und II.3.4.

schlagen wir vor, die Rückdeckungsversicherung auch bei den Anwärtern mit dem Aktivwert anzusetzen.

Inwieweit sich Rückkaufswert und Aktivwert von einander unterscheiden, hängt auch von der vertraglichen Gestaltung der Rückdeckungsversicherung ab. Ein Unterschied dürfte z. B. in der Beteiligung an den Bewertungsreserven bestehen.

Der Fall einer nichtrückkaufsfähigen Rückdeckungsversicherung bedarf aus unserer Sicht einer weitergehenden Betrachtung. Sofern ein Rückkauf im Insolvenzfall ausgeschlossen werden kann oder eine Fortführung der Rückdeckungsversicherung aufgrund der vertraglichen Gestaltung eventuell auszuschließen ist, muss gegebenenfalls auf eine Vermögensanrechnung gänzlich verzichtet werden. Ist im Fall der Insolvenz keine Rückkaufsfähigkeit gegeben, wäre ein Rückkauf aus Sicht des PSVaG wertlos.[266] Wir gehen davon aus, dass der PSVaG im Insolvenzfall - sofern aufgrund der vertraglichen Gestaltung der Rückdeckungsversicherung möglich - einen anderen Weg gehen wird, der nicht einen Verzicht oder Wertverlust zur Folge hat. Von daher halten wir auch in diesem Fall ebenfalls eine Vermögensanrechnung in Höhe des Aktivwertes für vertretbar.

### IV.3.3 Beurteilung des Vermögens hinsichtlich der Verfügbarkeit im Insolvenzfall aus quantitativer Sicht

Zur Beurteilung von Vermögen hinsichtlich der Verfügbarkeit im Insolvenzfall aus quantitativer Sicht[267] wären zunächst Kriterien für die Güte der Kapitalanlagen im Sinne einer längerfristigen Sicherheit und Werthaltigkeit zu definieren und gegebenenfalls Kennzahlen für die Sicherheit bzw. das Verlustrisiko festzulegen. In einem weiteren Schritt wären diese Maßstäbe zu klassifizieren. Nach Einführung objektiver Kriterien müsste durch ein Gutachten oder Testat eines Sachverständigen geprüft bzw. bestätigt werden, ob und wieweit diese Kriterien erfüllt werden.

Objektive und gesetzlich festgelegte Kriterien für Vermögensanlagen sind bereits vorhanden für Vermögen, das bei Lebensversicherungen, Pensionskassen oder Pensionsfonds angelegt ist. Die Vermögensverwaltung erfolgt in der Weise, dass die Versorgungsträger jederzeit den Verpflichtungen nachkommen können, d. h. dass im Versorgungsfall das erforderliche Vermögen vorhanden sein muss. Die Anlagegrundsätze sind in § 54 VAG festgelegt. Danach ist das Vermögen so anzulegen, dass möglichst große Sicherheit und Rentabilität bei jederzeitiger Liquidität unter Wahrung angemessener Mischung und Streuung erreicht wird. Das für die Erfüllung der Verpflichtungen erforderliche Vermögen darf nur angelegt werden in Darlehensforderungen, Schuldverschreibungen und Genussrechten, Schuldforderungen, Aktien, Beteiligungen, Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten sowie laufenden Guthaben und Einlagen bei Kreditinstituten.

In der Anlageverordnung zu § 54 VAG regeln besondere Vorschriften die Vermögensanlage, insbesondere die quantitativen Beschränkungen (Mischung) und die schuldnerbezogenen Beschrän-

[266] Siehe III.2.3.3.1.
[267] Zur Beurteilung aus rechtlicher Sicht, siehe III.

kungen (Streuung). Zur weiteren Absicherung des Vermögens gibt es aufsichtsrechtliche Vorschriften. Gemäß § 53c VAG in Verbindung mit der Kapitalausstattungsverordnung und dem BaFin-Rundschreiben 4/2005 (VA) sind bestimmte Solvabilitätsanforderungen zu erfüllen. Danach ist ein Kapitalpuffer zu bilden, der extreme Schäden absichern soll. Weiterhin sind Stresstests durchzuführen (Rundschreiben 1/2004 (VA)). Stresstests stellen ein Frühwarnsystem dar. Mit Stresstests wird geprüft, ob ein Versicherungsunternehmen in einer möglichen Krisensituation seine Verpflichtungen gegenüber den Versicherten erfüllen kann. Bei negativen Ergebnissen muss ein Versicherungsunternehmen rechtzeitig Maßnahmen ergreifen, um die Sicherheit wieder herzustellen. Zusätzlich kann die Aufsichtsbehörde die Vorlage von Prognoseberechnungen verlangen (§ 55b VAG), um die künftig zu erwartenden Geschäftsergebnisse abschätzen und besser beurteilen zu können. Gegenwärtig werden bei Pensionskassen und Lebensversicherungen zur Sicherung der Erfüllbarkeit der Verpflichtung regelmäßig so genannte ALM-Studien durchgeführt, um die Vermögensanlage stärker auf die Verpflichtungen abzustimmen (strategische Asset-Allocation) und gegebenenfalls weitere Sicherungsmaßnahmen einzubeziehen.

Über die Einhaltung der zahlreichen Vorschriften wachen BaFin, Wirtschaftsprüfer, Treuhänder, Verantwortlicher Aktuar und Gremien (i. d. R. Aufsichtsrat) des Unternehmens. Durch regelmäßige unterjährige Berichterstattung an die BaFin ist die ständige Kontrolle gewährleistet.

Für einen Pensionsfonds gelten grundsätzlich die gleichen allgemeinen Grundsätze für Vermögensanlagen wie für die Lebensversicherungsunternehmen hinsichtlich Sicherheit, Rentabilität, Mischung und Streuung (§ 115 Abs. 1 VAG). Pensionsfonds müssen ebenfalls Solvabilitätsanforderungen erfüllen und Stresstests bestehen. Die Vermögensanlagen (Sicherungsvermögen und gebundenes Vermögen) werden vom Treuhänder überwacht (§ 70 VAG), die vorschriftsmäßige Anlage ist unter der Bilanz zu bestätigen (§ 73 VAG). Gemäß § 11a VAG ist, wie bei Lebensversicherungen und Pensionskassen, ein Verantwortlicher Aktuar zu bestellen, der die dauernde Erfüllbarkeit der Verpflichtungen überprüfen muss (§ 11a Abs. 3 VAG). Abweichend von Lebensversicherungsunternehmen gilt die dauernde Erfüllbarkeit der Verträge auch dann als erfüllt, wenn eine vorübergehende Unterdeckung gegeben ist (5 % der Rückstellung bei Pensionsplänen nach § 112 Abs. 1 VAG bzw. 10 % bei nicht-versicherungsförmiger Ausgestaltung nach § 112 Abs. 1a VAG). Durch interne und externe Rechnungslegungsvorschriften ist eine ständige Kontrolle des Geschäftsbetriebs durch BaFin und Wirtschaftsprüfer gegeben. Wie bei Pensionskassen und Lebensversicherungsunternehmen ist damit eine gesetzlich angeordnete Überwachung und Überprüfung des Geschäftsbetriebes gegeben.

Von der Direktversicherung (und der Pensionskasse) unterscheidet sich der Pensionsfonds im Wesentlichen dadurch, dass er nicht alle Leistungen mit versicherungsförmigen Garantien ausstatten darf. Ein weiterer sehr wesentlicher Unterschied besteht in den Anlagevorschriften. Für Pensionsfonds gelten wesentlich liberalere und flexiblere Anlagevorschriften. Der zulässige Anlagekatalog ähnelt jedoch sehr stark dem für Pensionskassen und Lebensversicherungen. In welche Anlageformen der Pensionsfonds investieren darf, insbesondere die Regelungen zu Mischung und Streuung der Kapitalanlagen, sind in der "Verordnung über die Anlage des gebundenen Vermögens von Pensionsfonds" - kurz Pensionsfonds-Kapitalanlagenverordnung (PFKapAV) - niedergelegt. (Bei Pensionskasse und Lebensversicherung regelt dies die Anlageverordnung.) Unterschiede bestehen im Wesentlichen in der Mischung der Kapitalanlagen. Auf Vorgaben wird bewusst verzichtet. Die angemessene Verteilung des Vermögens wird weitgehend jedem Pensionsfonds selbst überlassen.

Damit dürfte ein Pensionsfonds - anders als Pensionskassen und Lebensversicherungsunternehmen - z.B. eine 100 %ige Anlage in Aktien (Investmentfonds) vornehmen.

Gesetzliche Vorschriften zur Vermögensanlage sind uns zu den übrigen für die betriebliche Altersversorgung ausgelagerten Vermögen (pauschaldotierte Unterstützungskasse, CTAs, Depots, Fonds) nicht bekannt. Beim CTA ist eine Vielfalt von Kapitalanlagen vorzufinden. Die Bandbreite reicht von sehr freien, unbestimmten Anlagen bis zu Kapitalanlagen, die sich an den Anlagegrundsätzen für Lebensversicherungen (und Pensionskassen) oder an den Anlagegrundsätzen für Pensionsfonds orientieren. Aber auch Versicherungsprodukte selbst können Bestandteile des Portefeuilles sein. Vielfach wird auch auf das Erzielen einer ausreichenden Rendite abgestellt (mit einem damit verbundenen höheren Risiko), um den Rechnungszins bei der Bewertung nach internationalen Grundsätzen zu erreichen. Die Einhaltung von Anlagerichtlinien und -vorschriften für Vergangenheit und Zukunft wird i.d.R. vom Wirtschaftprüfer bestätigt. Bei der pauschaldotierten Unterstützungskasse schränken sehr weitreichende, steuerlich geprägte Grundsätze die Vermögensanlage ein. Die Vermögen können grundsätzlich frei angelegt werden. In der Regel werden Kapitalanlagerichtlinien aufgestellt, deren Einhaltung ein Anlageausschuss überwacht. Eine Anlagekontrolle geschieht auf "freiwilliger" Basis.

In der Praxis ist eine Vielfalt von Anlageklassen vorzufinden, eine Marktübersicht liegt nach unserem Kenntnisstand nicht vor. Eine Systematisierung und Klassifizierung kann daher aus unserer Sicht nicht vorgenommen werden.

### IV.4 Angemessener Rechnungszins und Bewertung der Kapitalanlage

Ist die Berechnungsmethode zur Ermittlung der Beitragsbemessungsgrundlage für alle zu erfassenden Durchführungswege der betrieblichen Altersversorgung mehr oder weniger einheitlich festgelegt, ist der verwendete Rechnungszins ohne größere Bedeutung. Ein niedriger Rechnungszins führt zu einer höheren Bemessungsgrundlage als ein höherer Rechnungszins. Bei einem gegebenen Beitragsvolumen des PSVaG ist bei einem niedrigen Rechnungszins der Beitragssatz geringer als bei einem höheren Rechnungszins. Die Beitragsbelastung für das einzelne Mitglied ändert sich dadurch nur unwesentlich.

Die Bedeutung des Rechnungszinses steigt jedoch, wenn ein anrechenbares Vermögen in die Beitragsbemessungsgrundlage einbezogen wird und - wie im vorangehenden Kapitel beschrieben - vom Wert der Gesamtverpflichtung in Abzug zu bringen ist. Beim Teilwertverfahren wird ein Rechnungszins von 6 % verwendet. Dies bedeutet, dass eine künftige Kapitalrendite von 6 % erwartet wird. Die Kapitalverzinsung liegt gegenwärtig jedoch unter 6 %. Ein an einem Stichtag vorhandenes Vermögen, das sich mit 3,5 % - 4,5 % verzinst, würde jedoch nicht ausreichen, bei einer mit 6 % abgezinsten Verpflichtung alle künftigen Pensionsleistungen aus diesem Vermögen zu finanzieren. Das vorhandene Vermögen müsste höher sein, und zwar mindestens so hoch, dass es der Verpflichtung, berechnet mit einem Rechnungszins von 3,5 % - 4,5 %, entspricht. Anders ausgedrückt: Mit dem vorhandenen Vermögen könnte nur ein Teil der Verpflichtung finanziert werden. Würde man von einer mit 6 % kalkulierten Beitragsbemessungsgrundlage ein Vermögen in Abzug bringen, das sich lediglich mit 3,5 % - 4,5 % verzinst, dann würde man einen um ca. 35 %

zu hohen Betrag in Abzug bringen und damit übersehen, dass eine entsprechende Unterdeckung besteht. Rechnungszins und langfristig zu erwartende Kapitalverzinsung müssen daher aufeinander abgestimmt werden.

Es gibt grundsätzlich zwei Möglichkeiten dies vorzunehmen: Der Rechnungszins folgt dem Kapitalmarktzins oder umgekehrt. Aus verschiedenen Gründen halten wir eine rechnerische Angleichung des für die Bewertung der Verpflichtungen verwendeten Rechnungszinses an den für die Vermögensanlage effektiven Zins für die sinnvollere Lösung.[268]

Beim Teilwert nach § 6a EStG beträgt der Rechnungszins 6 %. Der aktuelle Kapitalmarktzins liegt mit gegenwärtig 3,5 % bis 4,5 % deutlich unter 6 %. Wählt man den Teilwert nach § 6a EStG als Beitragsbemessungsgrundlage für den PSVaG, so müsste eine Neuberechnung mit einem entsprechend niedrigeren Rechnungszins durchgeführt werden. Zusatzkosten für die Unternehmen wären die Folge. Da bei einer Unterstützungskasse die Beitragsbemessungsgrundlage für Anwärter zinsunabhängig ermittelt wird, kann rechnerisch keine Neuberechnung mit einem niedrigeren Zins vorgenommen werden. Gleiches gilt für die Beitragsbemessungsgrundlage für die Rentenbezieher einer Unterstützungskasse. Aus diesem Grund bietet sich eine Pauschallösung zur Angleichung an den Kapitalmarktzins derart an, indem man einen pauschalen Umwertungsfaktor auf den steuerlichen Teilwert bzw. auf die Beitragsbemessungsgrundlage für Unterstützungskassen anwendet. Aufgrund der unterschiedlichen Wirkung des Zinses auf den Verpflichtungsumfang bei Rentenbeziehern und bei Anwärtern sollte für die Beitragsbemessungsgrundlagen für Anwärter und Rentenbezieher unterschiedliche Faktoren verwendet werden.

Was die Höhe des Kapitalmarktzinses betrifft, so sollte ein einheitlicher Zins für alle anrechenbaren Vermögensanlagen angesetzt und keine weitergehende Differenzierung vorgenommen werden. Es sollte eine objektive und jederzeit nachvollziehbare Größe gewählt werden. Denkbar wäre ein von der BaFin veröffentlichter mittlerer Zins für die Kapitalanlagen bei den (klassischen) Lebensversicherungen oder ein von der Deutschen Bundesbank veröffentlichter Wert.

Aus unserer Sicht könnte man wie folgt vorgehen: Für einen repräsentativen Musterbestand wird der Teilwert mit der letzten bekannten monatlichen Zinsstrukturkurve der Deutschen Bundesbank, die auch in die Berechnung der Abzinsungssätze nach § 253 Abs. 2 HGB als gleitender Durchschnitt der letzten 84 Monate eingeht, berechnet. Diese Berechnungen werden getrennt für die Anwärter und Rentenbezieher des Musterbestandes durchgeführt. Die so ermittelten Teilwerte anhand der Zinsstrukturkurve werden ins Verhältnis zu den mit einem Zinssatz von 6 % berechneten steuerlichen Teilwerten für Anwärter und Rentenbezieher gesetzt. Somit erhält man getrennt für Anwärter und Rentenbezieher Umrechnungsfaktoren, die im Rahmen der Meldung an den PSVaG auf die für Anwärter und Rentenbezieher ermittelte Beitragsbemessungsgrundlage nach § 6a EStG bzw. nach dem Pauschalverfahren für Unterstützungskassen Anwendung finden und somit die unterschiedlichen Durationen in den Beständen der einzelnen Mitgliedsunternehmen berücksichtigen. Hierbei muss der repräsentative Musterbestand klar definiert und umrissen sein und der Stichtag für die Zinsstrukturkurve vorgegeben sein. Wir denken hier an den frühestmöglichen Inventurstichtag (3 Monate vor dem Bilanzstichtag). Damit würde man einen nachprüfbaren und willkür-

[268] Hierdurch verringert sich auch der Unterschied zur Beitragsbemessungsgrundlage für die sicherungspflichtige Direktversicherung.

freien, andererseits aber auch einen dem Sicherheitsgedanken Rechnung tragenden, längerfristig ausgerichteten und einheitlichen Bewertungsmaßstab verwenden.

Wir haben beispielhaft eigene Berechnungen durchgeführt und für einen Musterbestand auf Grundlage der Renditen, die im Juli 2011 für erstrangige, festverzinsliche Industrieanleihen (erstrangige Corporate Bonds mit AA-Rating) am Markt erzielbar waren, Teilwertberechnungen mittels Zinsstrukturkurve durchgeführt. Führt man die Teilwertberechnungen anstatt mittels Zinsstrukturkurve für die Anwärter des Musterbestandes mit einem Zinssatz von 5,24 % und für die Rentenbezieher des Musterbestandes mit einem Zinssatz von 4,71 % durch, erhält man die gleichen Teilwerte. Die so ermittelten Teilwerte werden ins Verhältnis gesetzt zu den entsprechenden steuerlichen Teilwerten mit einem Rechnungszins von 6 %. Diese Verhältniszahlen ergeben Umrechnungsfaktoren von 1,19 für Anwärter und 1,13 für Rentenbezieher.

Erst wenn der Umfang der Verpflichtungen auf diese Weise, nämlich durch Ermittlung ihres Zeitwertes, dem Zeit- oder Marktwert der zu ihrer Deckung vorgesehenen Kapitalanlagen vergleichbar gemacht werden, gewinnt man eine sachgerechte Einschätzung für den voraussichtlichen Auffüllbedarf des PSVaG bei Insolvenz des jeweiligen Arbeitgebers. Ihn der jährlichen Beitragsbemessung zu Grunde zu legen, heißt, es wird eine Netto-Beitragsbemessungsgrundlage vom jeweiligen beitragspflichtigen Arbeitgeber ermittelt,[269] die sich zum jeweiligen Stichtag ergibt als Saldo der nach Zeitwerten modifizierten Brutto-Beitragsbemessungsgrundlage und den vorhandenen Vermögenswerten:

N-BBG = B-BBG (mod.) - SK.

Offen ist dann lediglich die Frage, ob und inwieweit man bei der Wertfeststellung des Sicherungsvermögens (SK) Risiken der Fehleinschätzungen oder der Wertveränderungen in der Zukunft berücksichtigen kann oder muss. Der Vergleich mit der relativ sicheren Bewertung der Verpflichtungsseite legt hier eine gewisse Vorsicht in den Wertansätzen nahe.

## IV.5 Einteilung in Risikoklassen unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten

In der Regel ändert sich der Umfang der gesicherten Verpflichtungen von Bewertungsstichtag zu Bewertungsstichtag nur wenig, und bei einer nachfolgenden Insolvenz sind ohnehin die Ansprüche nur in der Höhe abgesichert, die bei Eintritt der Insolvenz gegeben war. Beim für die Versorgung vorgesehenen Vermögen ist dies anders, hier kann es nach dem letzten Bewertungsstichtag bis zum Zeitpunkt, an dem dieses Vermögen für den PSVaG verfügbar gemacht werden soll, zu deutlichen Wertverlusten kommen. Je nach Qualität der mit der Auslagerung des Vermögens verbundenen rechtlichen Sicherungsmaßnahmen und der speziell für die Wertsicherung der Kapitalanlage vorliegenden letztlich quantitativ wirkenden Sicherungsmaßnahmen ist dieses Risiko des Wertverlustes höher oder niedriger einzuschätzen. Der erstgenannte Risikofaktor wurde in Kapitel III behandelt und führt auf das in III.3.2 entwickelte Tableau von Risikoklassen. Für den zweitgenannten Risikofaktor wird im Folgenden ein entsprechendes Tableau von Risikoklassen entwickelt, das die

[269] Vgl. IV.3.1.

unterschiedlichen Kapitalanlageformen nach der Höhe ihres möglichen Wertverlustes nach dem Bewertungsstichtag unterteilt.

### IV.5.1 Klassifizierung von vorhandenem Vermögen

Eine detaillierte und völlig eindeutige Abschätzung möglicher Wertverluste bei der Kapitalanlage ist generell nicht möglich. Es gilt daher eine Klassifizierung für das Sicherungsvermögen zu finden, bei der man schon aus Praktikabilitätsgründen mit möglichst wenig Risikoklassen auskommt. Diese Risikoklassen müssen nach objektiven Merkmalen klar abgrenzbar sein, so dass eine eindeutige Zuordnung zweifelsfrei möglich ist. Auf weitergehende Differenzierungen - die grundsätzlich möglich sind - wird im Rahmen dieses Gutachtens bewusst verzichtet, um hinsichtlich der Einstufung möglichst Rechtsstreitigkeiten, Zweifelsfragen und umfangreiche, zusätzliche Nachweispflichten zu vermeiden.

Als ein bewährter und objektiv nachprüfbarer Maßstab für die Sicherheit von Versorgungsvermögen sind die im Versicherungsaufsichtsgesetz festgelegten Grundsätze für die Kapitalanlage sowie die darin vorgesehenen Überwachungsfunktionen durch Institutionen, Gremien und Kontrollorgane. Vermögen, die diese Kriterien erfüllen, findet man bei den klassischen Lebensversicherungsprodukten Direktversicherung und Rückdeckungsversicherung sowie bei Pensionskassen. Sie sind in einer Risikoklasse 1 zu erfassen.

Die zweite Risikoklasse umfasst die Pensionsfonds. Eine Überwachung und Kontrolle der Vermögensanlagen ist wie bei Risikoklasse 1 gegeben. Aufgrund der liberaleren und flexibleren Kapitalanlagevorschriften, insbesondere hinsichtlich der Mischung der Kapitalanlagen, besteht hier in Risikoklasse 2, gegenüber Risikoklasse 1 ein höheres Wertverlustrisiko.

Alle übrigen berücksichtigungsfähigen Vermögen werden in Risikoklasse 3 oder Risikoklasse 4 eingestuft.[270] Kriterien für die unterschiedliche Einstufung ist die Zweckbindung des Vermögens. Vermögenswerte, die ausschließlich für Zwecke der Altersversorgung zur Verfügung stehen, und die Voraussetzungen für die Qualifizierung von Vermögen im Sinne von IAS 19 bzw. § 246 Abs. 2 HGB erfüllen, werden in Risikoklasse 3 eingestuft. Vermögenswerte, die zwar zur Sicherung von Versorgungsleistungen grundsätzlich zur Verfügung stehen, jedoch auch für anderweitige Zwecke verfügbar sein können und daher im Insolvenzfall bereits "verschwunden" sein können, werden in Risikoklasse 4 eingestuft.

Bei Vermögen, für die zunächst Risikoklasse 3 vorgesehen ist, da die Kriterien für Risikoklasse 1 und Risikoklasse 2 nicht erfüllt sind, wäre eine Höherstufung in Risikoklasse 1 oder Risikoklasse 2 möglich. Voraussetzung ist ein gutachterlicher Nachweis, dass bei der Vermögensanlage die Kriterien nach Versicherungsaufsichtsgesetz in Verbindung mit der Anlageverordnung bzw. der Pensionsfonds-Kapitalanlagenverordnung erfüllt sind. Der Nachweis kann durch das Testat eines Wirtschaftsprüfers geführt werden, das i.d.R. zusätzlich zum allgemeinen Jahresabschlusstestat zu erstellen ist. Zusätzlich muss gutachterlich nachgewiesen sein, dass die Anlagevorschriften auf

[270] In Abgrenzung zu den klassischen Lebensversicherungen werden hier auch fondsgebundene Lebensversicherungen eingestuft, sofern diese als Finanzierungsinstrument dienen.

Dauer eingehalten werden. Auch wenn der Nachweis erbracht ist, fehlen im Gegensatz zu Pensionskasse, Lebensversicherung und Pensionsfonds Überwachung und Kontrolle durch die Aufsichtsbehörde. Aus diesem Grund ist für diese Fälle innerhalb der Risikoklassen 1 oder 2 eine weitergehende Abstufung durchaus denkbar. Das einzelne Mitgliedsunternehmen kann somit selbst entscheiden, ob es eine Einstufung in eine günstigere Risikoklasse wünscht unter Inkaufnahme von gutachterlichen Testaten, von eventuellen Umschichtungen bei den Kapitalanlagen und von zusätzlichen Kosten.

### IV.5.2 Tableau der Risikoklassen aus wirtschaftlicher Sicht

In nachfolgendem Tableau werden die Risikoklassen aus wirtschaftlicher Sicht zusammengefasst dargestellt:

| **Risikoklasse** | **Sicherung der Kapitalanlage** | **Durchführungswege** |
|---|---|---|
| 1 | Anlageverordnung mit Kapitalausstattungsverordnung und Aufsicht durch die BaFin | Direktversicherung<br>Pensionskasse<br>Direktzusage<br>Unterstützungskasse<br>Pensionsfonds |
| 2 | Pensionsfonds-Kapitalanlagenverordnung mit Pensionsfonds-Kapitalausstattungsverordnung und Aufsicht durch die BaFin | Pensionsfonds |
| 3 | Vermögen i.S.v. IAS 19 und<br>§ 246 Abs. 2 HGB | Direktzusage<br>Unterstützungskasse |
| 4 | restliches Vermögen | Direktzusage<br>Unterstützungskasse |

## V Vorschlag für eine zukünftige Beitragspflicht und Beitragsbemessung

Die Bemessung der Insolvenzsicherungsbeiträge war bei Einführung des gesetzlichen Insolvenzschutzes ohne die Berücksichtigung des tatsächlichen Insolvenzrisikos der Höhe nach vorgenommen worden. Der Insolvenzsicherungspflicht unterlagen damals nur die Durchführungswege unmittelbare Pensionszusage und Unterstützungskasse. Von der Insolvenzsicherungspflicht ausgenommen waren Zusagen des Arbeitgebers, die über eine Pensionskasse oder über eine Direktversicherung abgewickelt wurden.[271]

Im Ergebnis waren damit für Pensionszusagen und Unterstützungskassen Insolvenzsicherungsbeiträge zu entrichten und für die versicherungsförmigen Durchführungswege keine Zahlungen zu leisten. Vor dem Hintergrund dieses materiellen Ergebnisses ist es eher von theoretischer Bedeutung, ob die Direktversicherungszusagen und die Pensionskassenzusagen dem Grunde nach oder nur der Höhe nach im Hinblick auf die Beiträge von der Insolvenzsicherungspflicht bzw. der Beitragspflicht ausgenommen wurden.

Die Beitragsbemessungsgrundlage für die Arbeitgeber richtete sich unter praktischen und insbesondere kostenminimierenden Gesichtspunkten nach dem Durchführungsweg. Der Aufwand für den Arbeitgeber zur Beitragsermittlung sollte möglichst gering gehalten werden. Konsequenterweise wurde deshalb für die unmittelbare Pensionszusage die für steuerliche Zwecke ohnehin vorliegende Rückstellungsberechnung nach § 6a EStG zu Grunde gelegt und für die Unterstützungskasse ein Näherungsverfahren entwickelt, das eine materielle Bewertung der Versorgungsverpflichtungen, die mit einer Rückstellungsberechnung vergleichbar wäre, erübrigt. Dies diente der Kostensenkung. Das Pauschalverfahren für die Unterstützungskasse hat sich auch in der Praxis bewährt und wurde von den Arbeitgebern - sei es, dass sie die unmittelbare Pensionszusage oder die Unterstützungskassenzusage gewählt hatten - im Hinblick auf die „Beitragsgerechtigkeit“ zur Insolvenzsicherung nicht in Frage gestellt.

Mit Einführung des Pensionsfonds wurde dieser Durchführungsweg - obwohl grundsätzlich versicherungsförmig - in die gesetzliche Insolvenzsicherungspflicht mit einbezogen. Es wurde diskutiert und war umstritten, ob die Einbeziehung sinnvoll und angemessen ist, insbesondere vor dem Hintergrund, dass zunächst der Insolvenzsicherungsbeitrag in voller Höhe wie bei einer Pensionszusage bzw. Unterstützungskassenzusage zu entrichten war, obwohl in dem Pensionsfonds Vermögenswerte angesammelt wurden und die Begünstigten einen Rechtsanspruch auf die Leistungen des Pensionsfonds besitzen. Aufgrund des vorhandenen Vermögens und des Rechtsanspruchs der Begünstigten ist die Einstandspflicht des PSVaG bei Insolvenz des Arbeitgebers und dem Durchführungsweg Pensionsfonds objektiv niedriger. Dieser Umstand hat dann 2003 zu einer pauschalen Herabsetzung des Insolvenzsicherungsbeitrages für die Pensionsfondszusage auf 20 % geführt.[272] Damit wurde erstmals das Differenz- oder Auffüllungsrisiko des PSVaG bei Insolvenz - in pauschaler Weise und

[271] Hierbei ist es von untergeordneter Bedeutung, dass solche Direktversicherungen in den Insolvenzschutz einbezogen waren, die vom Arbeitgeber beliehen sind, etc. und insoweit die Erfüllung der Direktversicherungszusage durch die Versicherung nicht sichergestellt werden kann.

[272] Vgl. II.1.

ohne risikotheoretische Fundierung - berücksichtigt. Dieser Ansatz wurde vom BVerwG in der Entscheidung vom 25.8.2010 bestätigt.[273]

Kritisch ist anzumerken, dass der Pensionsfonds in seinem Charakter sehr unterschiedlich sein kann. Bei versicherungsförmigen Garantien ist der Pensionsfonds eher einer Pensionskasse vergleichbar,[274] ohne versicherungsförmige Garantie gemäß § 112 Abs. 1a VAG ist eine temporäre Unterdeckung von 10 % gem. § 115 Abs. 2b VAG zulässig. Damit ist der Pensionsfonds unabhängig von derartigen Unterschieden in die Insolvenzsicherung einbezogen, während Pensionskassen, je nach Finanzierungsverfahren, mit Pensionsfonds durchaus vergleichbar sein können, diese jedoch nicht der Insolvenzsicherung unterliegen.

Aufgrund der Einbeziehung des Pensionsfonds in die Insolvenzsicherung ist sichergestellt, dass der Begünstigte im Falle der Insolvenz des Arbeitgebers die gesetzlich unverfallbaren Ansprüche bzw. Leistungen entweder vom Pensionsfonds oder vom PSVaG erhält.[275]

Für Zusagen, die über eine Direktversicherung oder eine Pensionskasse abgewickelt werden, ist eine Leistungspflicht des PSVaG gesetzlich nicht vorgesehen. Aufgrund der Ausklammerung der Pensionskasse und der Direktversicherung (abgesehen vom Fall der Beschädigung[276]) aus dem gesetzlichen Insolvenzschutz tritt jedoch aus Sicht des Begünstigten im Vergleich zu einer Pensionszusage oder einer Unterstützungskasse unter Umständen eine Lücke im Insolvenzschutz ein. Sollte nämlich bei Insolvenz des Arbeitgebers und einer Direktversicherungszusage bzw. einer über eine Pensionskasse abgewickelten Zusage die 'versicherungsvertragliche' Unverfallbarkeit gem. § 2 Abs. 2 Satz 2 bzw. Abs. 2 Satz 3 BetrAVG nicht gelten und die von der Direktversicherung bzw. der Pensionskasse zu erbringende Leistung dem Arbeitnehmer arbeitsrechtlich bei Insolvenz zustehende Leistung aus einer Pensionszusage nicht erreichen, so richtet sich der Differenzanspruch unmittelbar gegen den Arbeitgeber und stellt somit zwar eine unmittelbare Verpflichtung des Arbeitgebers dar, die jedoch nicht insolvenzgeschützt ist.[277]

Ob und inwieweit bei Insolvenz des Arbeitgebers in diesem Sinne eine Unterdeckung vorliegt, hängt von der Beitragszahlung des Arbeitgebers und dem Finanzierungsverfahren ab. Sollte im Zeitpunkt des Ausscheidens bzw. der Insolvenz des Arbeitgebers der unverfallbare Anspruch des Begünstigten in der Direktversicherung oder der Pensionskasse nicht voll ausfinanziert sein, so besteht eine Lücke in der Insolvenzsicherung, wenn man den arbeitsrechtlichen Vollanspruch als Maßstab zugrunde legt. Insbesondere bei der Finanzierung von Pensionskassen im Wege des Bilanzausgleichsverfahrens oder des Bedarfsdeckungsverfahrens können Unterdeckungen im genannten Sinne eintreten.

Im Folgenden werden die Direktversicherungszusagen und die Pensionskassenzusagen in dem Konzept der risikobasierten Beitragszahlung daher zunächst einmal grundsätzlich berücksichtigt. Zusätzlich zu den oben dargestellten Gründen beruht dies auf der Feststellung, dass es weitere

[273] Vgl. II.6.2.2.
[274] Dies gilt insbesondere für die Beitragszusage mit Mindestleistung.
[275] Abgesehen von den noch verfallbaren Ansprüchen und der die Obergrenze der Insolvenzsicherung übersteigenden Ansprüche.
[276] Siehe II.2.1.4 und III.2.3.4.
[277] Vgl. hierzu und zu sonstigen Lücken und Insolvenzrisiken II.2.1.4, III.2.3.4 und III.2.3.5.

mehr oder weniger kleine Restrisiken unterschiedlicher Herkunft, wie die Insolvenz des Trägers, das Fehlen von Protektor, Sanierungsbedarf, Missmanagement etc. geben kann, die eine solche Einbeziehung nahelegen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Erweiterung des Insolvenzschutzes auf die beiden genannten Durchführungswege vorgeschlagen oder empfohlen wird. Das Einbeziehen der beiden Durchführungswege soll jedoch deutlich machen, dass das vorgestellte Konzept sowohl vom Ansatz her als auch dem Auftrag entsprechend die Risiken der Kapitalauslagerung sämtlich erfassen kann und muss und geeignet ist, eine Erweiterung der gesetzlichen Insolvenzsicherung auf Direktversicherungen und Pensionskassen systemgerecht vorzunehmen.[278]

## V.1 Aspekte und Anforderungen an eine risikoorientierte Beitragsgestaltung

Im Zusammenhang mit einer möglichen Umstellung der Beitragsgestaltung auf Risikobasis über das bestehende und nur auf den Pensionsfonds bezogene Maß hinaus sind eine Fülle von unterschiedlichen Aspekten und Argumenten in die Diskussion eingebracht worden.[279] Es ist bei der Gestaltung des Beitrags zur Insolvenz(ver)sicherung zu beachten, dass für eine jede Beitragskalkulation einer Versicherung eine ausgewogene Balance zwischen den wesentlichen und für die Beurteilung des Risikos sowohl maßgeblichen als auch beurteilbaren Kriterien und den zweifellos darüber hinaus bestehenden weniger wichtigen oder schlechter quantifizierbaren Kriterien herzustellen ist. Neben der Maßgeblichkeit der Kriterien spielt hier auch der zusätzliche Aufwand eine wichtige Rolle, der für das Einbeziehen von zusätzlichen Risikoaspekten zu tragen, d. h. für eine weitergehende Beitragsdifferenzierung aufzubringen wäre.[280]

Das Risiko, dass der PSVaG im Insolvenzfall eines Arbeitgebers eintreten muss, ist von der Wahrscheinlichkeit bestimmt, dass der Arbeitgeber tatsächlich insolvent werden kann. Dieses Insolvenzrisiko des Arbeitgebers könnte - wenn überhaupt - nur durch ein Unternehmensrating oder ähnliche Beurteilungen des Arbeitgebers festgestellt und dann bei der Beitragsbemessung berücksichtigt werden. Dieser Ansatz wird hier jedoch nicht weiter verfolgt.[281] Ebenso wenig die Frage, ob Kapitalauslagerung das Insolvenzrisiko positiv oder negativ beeinflusst, da nach unserer Kenntnis hierzu keine verlässlichen Statistiken existieren. Im Insolvenzfall selbst hängt der Umfang der Einstandspflicht des PSVaG dann auch von den vorhandenen Vermögenswerten ab, die den PSVaG entlasten.

### V.1.1 Kein Unternehmensrating

Die Beurteilung des einzelnen Arbeitgebers im Hinblick auf das Insolvenzrisiko würde bei der Vielzahl der Arbeitgeber, die betriebliche Altersversorgung für ihre Mitarbeiter eingeführt haben, zu einem erheblichen Aufwand führen. Nur die wenigsten Unternehmen werden ohnehin von einem Rating-Unternehmen beurteilt, alle anderen Unternehmen müssten aus Anlass der Insolvenz-

[278] Vgl. zu den Anforderungen an eine künftige neue Beitragsstruktur v. a. aufgrund der Rechtsprechung II.6.2.2 am Ende und II.7.
[279] Vgl. II.5.2, II.5.3 und II.6.
[280] Vgl. II.6.2.2 und II.7
[281] So auch BDA-Konzeptentwurf, vgl. II.5.3.

sicherung der betrieblichen Altersversorgung eine entsprechende Beurteilung in Auftrag geben. Neben den zusätzlichen und nicht vertretbaren Kosten, die eine solche Unternehmensbeurteilung erfordern würde, ist nicht ausgeschlossen, dass Unternehmen mit ihrer Beurteilung nicht zufrieden wären und eine Beitragserhebung auf dieser Grundlage nicht akzeptieren würden mit der Folge, entsprechende Gerichtsverfahren in Gang zu setzen. Insbesondere würde eine Umstellung auf eine am Insolvenzrisiko orientierte Gestaltung all diejenigen Unternehmen, die bisher und auch künftig keine Vermögenswerte zur Reduzierung ihrer Insolvenzsicherungsbeiträge in Ansatz bringen wollen, zu einem nicht unerheblichen zusätzlichen Aufwand zwingen. Aus diesem Grund wird im vorliegenden Gutachten die Beurteilung des individuellen Insolvenzrisikos des Arbeitgebers als Kriterium für die Beitragshöhe nicht berücksichtigt.[282]

### V.1.2 Berücksichtigung von Vermögenswerten, die im Insolvenzfall vom PSVaG genutzt werden können

Bei Insolvenz des Arbeitgebers tritt der PSVaG in die Rechte der Versorgungsberechtigten gegenüber dem Arbeitgeber ein und reiht sich damit in die Gruppe der übrigen Gläubiger ein. Im Falle, dass eine Verwertung der Insolvenzmasse möglich ist, werden die Forderungen des PSVaG in gleichem Umfang wie die der übrigen Gläubiger bedient. Es ist jedoch im Zeitpunkt der Beitragsbemessung unklar, ob im Fall der Insolvenz zugunsten des PSVaG Vermögenswerte überhaupt und in welchem Umfang vorhanden sind.[283] Aus dem im Zeitpunkt der Beitragsentrichtung vorhandenen - und da keine Insolvenz eingetreten ist, auch ausreichenden - Vermögen kann bei Fehlen von zusätzlichen Sicherungsmaßnahmen keine Schlussfolgerung auf ein im Insolvenzfall evtl. noch vorhandenes (Teil-)Vermögen gezogen werden. Eventuelle Forderungen gegenüber der Insolvenzmasse bleiben im Weiteren außer Betracht; bei den verfügbaren Vermögen geht es nur um solche Vermögen, die aufgrund einer rechtlichen Sicherungsmaßnahme dem PSVaG zur Entlastung seiner Einstandspflicht zur Verfügung stehen.

#### V.1.2.1 Verwertungsrisiken

Ein zum Zweck der Sicherung der betrieblichen Altersversorgung gebundenes Vermögen kann bei Eintritt der Insolvenz evtl. nicht mehr vollständig oder gar nicht mehr vorhanden sein. Das Risiko der Verwertbarkeit des heute vorhandenen Vermögens in einem zukünftigen Insolvenzfall ist von zwei wesentlichen Umständen abhängig, nämlich der Insolvenzfestigkeit der rechtlichen Sicherungsmaßnahme und der Nachhaltigkeit der Kapitalanlage.

Bei der rechtlichen Sicherungsmaßnahme kommt es entscheidend darauf an, ob die einmal vereinbarte Konstruktion auf Dauer so aufrechterhalten bleibt oder ob es möglich ist, insbesondere vor einer drohenden Insolvenz, die Wirksamkeit der Sicherungsmaßnahme zu beeinträchtigen mit der

[282] So auch BDA-Konzeptentwurf, vgl. II.5.3; vgl. auch die Rechtsprechung des BVerwG, die für den Status Quo von einer Anknüpfung an ein abstraktes Insolvenzrisiko ausgeht, siehe mehr zur Rechtsprechung II.6.2.
[283] Vgl. hierzu ausführlich III.2.2, III.2.3 und III.3.

Folge, dass im Insolvenzfall die Vermögenswerte nicht mehr oder nur in geringerem Umfang zur Verfügung stehen.[284]

Darüber hinaus ist das Verwertungsrisiko durch die Handlungsspielräume bei der Kapitalanlage selbst bestimmt. Sollte es möglich sein, Umschichtungen in der Kapitalanlage dergestalt durchzuführen, dass im Insolvenzfall Investitionen in Anlageformen vorliegen, die bei oder aufgrund der Insolvenz des Arbeitgebers wertlos oder nicht liquidierbar sind, so ist in diesen Fällen das heute vorhandene Vermögen in geringerem Maße anzusetzen als bei einer sicheren und auf Dauer der Verwertung durch den PSVaG zur Verfügung stehenden Kapitalanlage.[285]

Die Verwertungsrisiken für den PSVaG sind darüber hinaus bestimmt durch die rechtliche Konstruktion der Sicherungsmaßnahme und die Tatsache, ob ein Anspruchsübergang vom Begünstigten auf den PSVaG oder ein Vermögensübergang kraft Gesetzes stattfindet. Wie Erfahrungen der jüngsten Vergangenheit gezeigt haben, ist es für die Verwertbarkeit durch den PSVaG von erheblicher Bedeutung, ob für diejenigen Versorgungsberechtigten, die vom PSVaG tatsächlich geschützt sind (Anwärter und Rentner mit gesetzlich unverfallbaren Ansprüchen bis zur Sicherungshöchstgrenze), das Vermögen eindeutig zugeordnet werden kann und keine "Mehrfachsicherung" seitens des Treuhänders mit dem vorhandenen Vermögen durchgeführt werden kann oder muss. Bei einer Mehrfachsicherung besteht das Risiko, dass beispielsweise das im Rahmen von § 246 Abs. 2 HGB bilanziell in Ansatz gebrachte Vermögen tatsächlich nicht zur Verfügung steht, da für andere Zwecke das Vermögen schneller aufgebraucht wird als ursprünglich für Zwecke der Absicherung der bAV-Ansprüche in Ansatz gebracht.

Das im Rahmen der Risikobeurteilung in Ansatz zu bringenden Vermögen muss für alle Arbeitsgeber nach denselben Grundsätzen bewertet werden. Gleiches gilt für die Beurteilung der Verpflichtungsseite unabhängig vom gewählten Durchführungsweg.

#### V.1.2.2 Wegfall de Deckungsmittel aufgrund eines Betriebsübergangs

Bei einem durch ein CTA-Modell abgesicherten Vermögen im Zusammenhang mit einer unmittelbaren Pensionszusage kann aufgrund der Veräußerung eines Betriebsteils an einen Erwerber das Deckungsvermögen frei werden und an den bisherigen Arbeitgeber zurückfallen. In diesem Fall wäre bei einer künftigen Insolvenz des neuen Arbeitgebers kein Vermögen für eine Entlastung des PSVaG vorhanden.[286] Hierzu ist anzumerken, dass bei Wegfall des Vermögens künftig auch wieder höhere Insolvenzsicherungsbeiträge zu entrichten wären, die dem nun wieder höheren Risiko des Auffüllbedarfes für den PSVaG gerecht würden. Würde eine Insolvenz vor der Veräußerung eintreten, so wäre der PSVaG durch die dann noch vorhandenen Vermögenswerte entlastet.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Risikoausgleich zwischen den Mitgliedern des PSVaG auch zeitpunktbezogen stattfindet. Merkmal einer Umstellung auf Risikoorientierung der Beitragszahlung an den PSVaG ist die potentielle Einstandpflicht des PSVaG innerhalb

[284] Vgl. zu den Einzelheiten III.
[285] Vgl. zu den Einzelheiten IV.
[286] Vgl. II.2.

derselben Periode. Dass und inwieweit für einen Arbeitgeber, dem Insolvenz droht, die Möglichkeit besteht zur (vergeblichen) Vermeidung der Insolvenz Planvermögen zu verwenden mit der Folge, dass bei dann doch eintretender Insolvenz weniger Vermögen zur Verfügung steht, wird bei der Einteilung in wirtschaftliche Risikoklassen berücksichtigt werden. Es ist wesentliches Merkmal der Risikoorientierung und des Finanzierungssystems des PSVaG, dass eine Risikoprämie erhoben wird und keine Kapitalakkumulation innerhalb des PSVaG für jedes einzelne Mitglied erfolgt. Der Beitrag eines Mitglieds wird immer für die Insolvenzen anderer Arbeitgeber verwendet und nicht für die (mögliche) eigene Insolvenz angespart.[287]

### V.1.2.3 Handhabbarkeit

Die Umstellung auf eine risikoorientierte Beitragsentrichtung sollte für diejenigen Mitglieder, die keine risikobezogene Reduzierung der Beiträge wünschen oder fordern können, keine zusätzlichen Kosten für PSV-Testate, etc. verursachen. Grundprinzip muss es sein, dass der Arbeitgeber, der aufgrund eines geringeren Risikos eine Beitragssenkung anstrebt, die Kosten für diesen Nachweis selbst trägt.

Die Umstellung auf eine stärker risikoorientierte Gestaltung muss so durchgeführt werden, dass die Beurteilung des Risikos für Außenstehende grundsätzlich nachvollziehbar ist und nach objektiven Kriterien durch unabhängige Dritte bestätigt wird. Zur Beurteilung des Verpflichtungsumfangs kann wie bisher eine Bewertung durch einen versicherungsmathematischen Sachverständigen oder durch den Versorgungsträger vorgenommen werden.[288] Zur Beurteilung und Bestätigung der Verfügbarkeit und Verwertbarkeit von Vermögenswerten kann ein Testat vom Wirtschaftsprüfer herangezogen werden, der ohnehin im Rahmen seiner Jahresabschlussprüfung entsprechende Tätigkeiten durchführen muss.[289] Dabei kann nicht die tatsächliche Verfügbarkeit und Verwertbarkeit jedes einzelnen Vermögensteils Gegenstand der Prüfung sein, sondern nur die Eignung der für die Sicherheit der Kapitalanlagen jeweils getroffenen Regelungen und Verpflichtungen der Betroffenen.

### V.1.2.4 Risikoklassensystem

Ob und inwieweit im Fall der Insolvenz des Arbeitgebers zusätzliches Vermögen zur Entlastung des PSVaG zur Verfügung steht, hängt - wie dargestellt - sowohl von der rechtlichen als auch von der Art der Kapitalanlage und von der für die Kapitalanlage bestehenden Vorschriften ab. Zu der Einteilung der Sicherungsmaßnahmen in einzelne Risikoklassen aus rechtlicher Sicht auf der Grundlage der bestehenden gesetzlichen Regelungen wird auf Kapitel III verwiesen. Zur Verfügbarkeit des Vermögens im Hinblick auf seinen Umfang bei Eintritt der Insolvenz und unter der Voraussetzung der Wirksamkeit der Sicherungsmaßnahmen wird auf Kapitel IV verwiesen. Erst die Zusammenführung und Berücksichtigung beider Risikobereiche führt zu einer sachgerechten, wenn auch

[287] Vgl. zur Funktionsweise der gesetzlichen Insolvenzsicherung auch II.1 und II.2.
[288] Vgl. IV.3.3
[289] Zu Einzelheiten vgl. V.2.3.1

notwendigerweise relativ pauschalen Differenzierung der verschiedenen Kapitalanlageformen und -grundsätze und somit zu einer Klassifizierung, die Grundlage für eine risikoorientierte Beitragszahlung sein könnte.

## V.2 Grundkonzept einer risikoorientierten PSVaG-Beitragsgestaltung

### V.2.1 BDA-Konzept 2009

Nach dem Gutachten zur Insolvenzsicherung der betrieblichen Altersversorgung von Gerke/Heubeck[290], das auch zu der Frage der risikoorientierten Beitragsgestaltung Stellung nimmt, wurde in jüngster Vergangenheit ein im Hinblick auf die Risikofundierung erweiterter Ansatz zur Umstellung der PSVaG - Finanzierung auf risikoorientierte Beiträge - abgesehen von der pauschalen Beitragssatzreduzierung auf 20 % für den Pensionsfonds - im Rahmen des 2009 vorgestellten BDA-Konzepts vorgenommen.[291] Kernpunkte des BDA-Konzepts sind:

a. bei Vorliegen von Planvermögen gemäß IAS 19 und Beachtung der Anlagegrundsätze der Pensionsfondskapitalanlageverordnung die Beitragsbemessungsgrundlage entsprechend zu reduzieren,
b. im Rahmen einer Übergangsregelung von fünf Jahren eine Reduzierung der Bemessungsgrundlage schrittweise einzuführen,
c. die Rechte des PSVaG im Falle der Insolvenz des Arbeitgebers durch einen gesetzlichen Vermögensübergang zu stärken.

Das Konzept war in erster Linie darauf ausgerichtet, in CTA ausgelagerte Vermögenswerte beitragsmindernd zu berücksichtigen und gleichzeitig die Rechtsposition des PSVaG zu stärken. Bei der Beitragsgestaltung auch die Bonität des Unternehmens zu berücksichtigen, wurde von der BDA abgelehnt.

### V.2.2 Fortentwicklung des BDA-Konzepts

Gunkel[292] hat in einem Vortrag auf der aba-Jahrestagung im Mai 2010 und in einer anschließenden Veröffentlichung eine Weiterentwicklung des BDA-Konzeptentwurfs vorgestellt. Im Unterschied zu dem BDA-Entwurf wird vorgeschlagen, anstelle des Planvermögens nach IAS 19 ein nach den Kriterien von § 246 Abs. 2 HGB angelegtes Vermögen heranzuziehen. Die ursprünglich als notwendig erachtete Erfüllung der Anlagevorschriften für Pensionsfonds wird abgeschwächt und um eine alternative Vorgehensweise ergänzt. Hierbei wird nur noch auf die nach handelsrechtlichen Vorschriften erforderlichen Voraussetzungen für ein qualifiziertes Planvermögen i.S.v. § 246 Abs. 2 HGB abge-

[290] Vgl. II.5.2
[291] Vgl. II.5.3.
[292] Gunkel: Reformoptionen zur PSV-Beitragsgestaltung, BetrAV 6/2010 S. 501; vgl. auch II.5.3.

stellt, ohne dass weitere Kapitalanlagevorschriften zu beachten wären. Diese Vorgehensweise hat - so die Darstellung - den Vorteil, dass die Voraussetzungen für die Qualifizierung als Planvermögen im genannten Sinne leichter zu überprüfen sind, da auf den Abschluss nach HGB abgestellt wird, der - im Vergleich zu einem internationalen Abschluss - (nahezu) von jedem Unternehmen erstellt wird. Der Nachteil könnte aus Unternehmenssicht darin bestehen, dass aufgrund der größeren Freiheit bei der Kapitalanlage nur eine geringere Beitragsreduzierung möglich ist. Darüber hinaus wird im Zusammenhang mit Unterstützungskassen erstmalig von einer Anrechnung von qualifiziertem Vermögen auf die (Brutto-)Beitragsbemessungsgrundlage des PSVaG angesprochen. Bei Unterstützungskassen wird zwischen qualifiziertem Deckungsvermögen (zum Beispiel in Form von Rückdeckungsversicherungen) und dem Vermögen von reservepolsterfinanzierten Unterstützungskassen unterschieden. Damit wird erstmalig deutlich, dass es sehr wohl Möglichkeiten gibt, sich eine risikogerechtere, ausgelagertes Vermögen berücksichtigende Beitragsfindung vorzustellen, dass es aber auch Schwierigkeiten geben könnte, geeignete Maßstäbe für eine verbindliche Bemessung und Überprüfung des in Rede stehenden Risikos zu finden.

### V.2.3 Grundkonzept des Gutachtens

Das in diesem Gutachten vorgestellte Konzept greift die Ansätze der BDA von 2009 und die von Gunkel dargestellten Erweiterungen auf. In dem nachfolgend noch im einzelnen darzustellenden Konzept zur risikoorientierten Gestaltung wird von der bisherigen Bemessungsgrundlage abgegangen und eine Netto-Beitragsbemessungsgrundlage definiert, die sich grundsätzlich aus der Brutto-Beitragsbemessungsgrundlage in der bisherigen Form nach Abzug von anrechenbaren Vermögenswerten ergibt. Der insgesamt erforderliche Beitrag an den PSVaG wird derzeit auf die einzelnen Arbeitgeber entsprechend dem Anteil seiner Beitragsbemessungsgrundlage an der Summe der Beitragsbemessungsgrundlagen aller Arbeitgeber aufgeteilt. Analog zur bisherigen Vorgehensweise wird dabei die Netto-Beitragsbemessungsgrundlage als Verteilungsschlüssel für das gesamte Beitragsaufkommen des PSVaG auf die einzelnen Arbeitgeber vorgeschlagen.

#### V.2.3.1 Voraussetzungen

Im Rahmen einer Umstellung der Finanzierung auf risikoorientierte Beiträge halten wir eine Verbesserung der Rechtsposition des PSVaG für erforderlich. Dies betrifft die Zugriffsmöglichkeiten des PSVaG im Insolvenzfall auf das in der Sicherungsmaßnahme vorhandene Vermögen. Für CTA halten wir einen Vermögensübergang kraft Gesetzes auf den PSVaG entsprechend § 9 Abs. 3 BetrAVG für erforderlich. Für den Durchführungsweg Unterstützungskasse ist ein gesetzlicher Übergang nur für Einzelunterstützungskassen vorgesehen. Die derzeit vorgegebene, dem gesetzlichen Übergang gleichgestellte Regelung des gesetzlichen Zahlungsanspruchs muss auch für die Vermögensteile, die auf das insolvente Trägerunternehmen entfallen, für Gruppen-Unterstützungskassen erweitert bzw. deutlicher werden.[293]

[293] Vgl. III.2.3.3.2

Sind die Vermögenswerte in einem CTA ausgelagert, so ist sicher zu stellen, dass

- die Treuhandvertragskonstruktion insolvenzfest ist
- Vermögenswerte zur Absicherung der betrieblichen Altersversorgung faktisch separiert sind und keine Ansprüche aufgrund anderer Verpflichtungen des Arbeitgebers geltend gemacht werden können
- die Vertragskonstruktion zu anrechenbarem Vermögen gemäß § 246 Abs. 2 HGB führt und kein Vermögen Berücksichtigung findet, das entsprechend der Vereinbarung ausschließlich für Pensionsansprüche oberhalb der Höchstsicherungsgrenze des PSVaG verwendet werden darf
- kein Vermögen Berücksichtigung findet, das ausschließlich für nicht gesetzlich unverfallbare Ansprüche gebildet wird
- im Fall von Betriebsübergängen, die zu einem Wegfall von insolvenzsicherungspflichtigen und vom Treuhänder zu sichernden Altersversorgungsansprüchen führen, nur insoweit Vermögen aus dem CTA entnommen werden kann, wie auf Grund der Übertragung eine Überdeckung der verbleibenden Verpflichtung entsteht.

Bei einer Verpfändung von Vermögenswerten ist sicher zu stellen, dass

- die Verpfändung sich auf sämtliche Rechte und Ansprüche aus der Versicherung beziehen
- die Verpfändung dem Drittschuldner angezeigt worden ist
- keine vorrangigen Pfandrechte von nicht versorgungsberechtigten Dritten bestehen
- eine Zustimmung zur Auszahlung an den Arbeitgeber bzw. Versorgungsträger seitens des Pfandgläubigers nicht bzw. nur unter der Bedingung erfolgt ist, dass eine neue Sicherheit eingeräumt ist.

Die Einhaltung der genannten Kriterien ist von einem Dritten zu bestätigen. Im Fall des CTA wird hierfür der Wirtschaftsprüfer, der den Jahresabschluss bestätigt, vorgeschlagen. Im Fall der Rückdeckungsversicherung kann das Testat vom Wirtschaftsprüfer oder von der Lebensversicherungsgesellschaft erteilt werden.

### V.2.3.2 Anrechnung von Vermögenswerten

Die anrechenbaren Vermögenswerte werden nicht in vollem Umfang, sondern nur mit einer pauschalierten Wahrscheinlichkeit für ihre im Insolvenzfallfall tatsächliche Verfügbarkeit beitragsmindernd bei der Brutto-Beitragsbemessungsgrundlage berücksichtigt. Bestimmend für diese Reduktion sind die rechtliche Sicherungsmaßnahme und die Art der Kapitalanlage. Zur Beurteilung der Qualität der rechtlichen Sicherungsmaßnahme werden die am Ende von Kapitel III dargestellten Kriterien herangezogen. Zur Einordnung der Werthaltigkeit der Kapitalanlage wird auf die in Kapitel IV dargestellten Untersuchungen abgestellt.

Unter der Voraussetzung, dass im Insolvenzfall des Arbeitgebers die (rechtliche) Sicherungsmaßnahme tatsächlich zur Sicherung der Vermögenswerte geführt hat, ist außerdem zu berücksichtigen, dass nach dem Bewertungsstichtag das vorhandene Vermögen Wertverluste erlitten haben kann und im Insolvenzfall nicht mehr in voller Höhe oder im Extremfall gar nicht mehr zur Verfügung steht. Zur Beurteilung quantitativer Sicherungsmaßnahmen und -möglichkeiten werden die in Kapitel IV erläuterten Kriterien herangezogen. Je nach Wahrscheinlichkeit für einen solchen Wertverlust werden daher zusätzliche Reduktionen beim Wertansatz vorgenommen.

Die beiden folgenden Tabellen geben in Entsprechung der am Ende von Kapitel III dargestellten Szenarien, nämlich Einteilung in Risikoklassen vor gesetzlichen Änderungen (Tabelle 1) und die Einteilung in Risikoklassen nach einer gesetzlichen Änderung durch Erweiterung der Regelungen zum gesetzlichen Vermögensübergang beim CTA und einer entsprechenden Regelung für Gruppenunterstützungskassen (Tabelle 2) wieder. Aufgrund der besseren rechtlichen Verfügbarkeit für den PSVaG wird das CTA allgemein in die Risikoklasse 3 heraufgestuft. Wenn das CTA darüber hinaus auch die in V.2.3.1 aufgeführten Kriterien erfüllt („qualifiziertes CTA“) so wird dieses in Risikoklasse 2 eingestuft. Bei der Gruppenunterstützungskasse wird unterschieden in eine mit Verpfändung von Vermögen und eine ohne Verpfändung. Die Gruppenunterstützungskasse ohne Verpfändung wird von Risikoklasse 5 in Risikoklasse 3 heraufgestuft; die Gruppenunterstützungskasse mit Verpfändung von Risikoklasse 4 in Risikoklasse 2. Im Ergebnis sind nach der angesprochenen Gesetzesänderung die Unterschiede zwischen einer Einzelunterstützungskasse und einer Gruppenunterstützungskasse im Hinblick auf die Einteilung in Risikoklassen nicht mehr entscheidend.

Sofern in der wirtschaftlichen Risikoklasse 3 die Einhaltung weitere Kapitalanlagevorschriften auf Dauer sichergestellt ist, ist eine Höherstufung möglich.[294]

| Sicherungsmaßnahme ohne gesetzliche Änderungen | | | | wirtschaftliche Risikoklasse | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | | | | 1 | 2 | 3 | 4 |
| | | | | AnlV mit KapAusstV unter Aufsicht | PFKapAV mit PFKAustV unter Aufsicht | § 246 Abs. 2 HGB oder IAS 19 | keine Vorschrift |
| rechtliche Risikoklasse | Sicherungsmaßnahme im weiteren Sinne | Vermögensübergang kraft Gesetz | | 98 % - 100 % | 85 % - 95 % | 20 % - 70 % | 0 % |
| 1 | Direktversicherung (unbeschädigt) Pensionskasse | n.a. | 95 % - 100 % | 93% - 100% | | | |
| 2 | Pensionsfonds mit versicherungsförmiger Garantie Einzel-Unterstützungskasse mit Verpfändung | ja | 85 % - 100 % | 83% - 100% | 72% - 95% | 17% - 70% | 0% |
| 3 | Pensionsfonds ohne versicherungsförmige Garantie Einzel-Unterstützungskasse ohne Verpfändung | ja | 60 % - 90 % | 59% - 90% | 51% - 86% | 12% - 63% | 0% |
| 4 | Unterstützungskasse mit Verpfändung, Pfandrecht, Gesamtschuld, Bürgschaft, Hypothek, Vertrag zugunsten Dritter, CTA | nein | 20 % - 80 % | 20% - 80% | | 4% - 56% | 0% |
| 5 | Unterstützungskasse ohne Vermögensübergang und ohne Verpfändung | nein | 20 % - 30 % | 20% - 30% | | 4% - 21% | 0% |
| 6 | übrige | nein | 0 % | 0% | | 0% | 0% |

Tabelle 1: Sicherungsmaßnahmen ohne gesetzliche Änderungen

[294] Vgl. IV.5.1

| Sicherungsmaßnahme nach Einführung eines gesetzlichen Vermögensübergangs für CTA und Gruppen-Unterstützungskasse | | | | wirtschaftliche Risikoklasse | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | | | | 1 | 2 | 3 | 4 |
| | | | | AnlV mit KapAusstV unter Aufsicht | PFKapAV mit PFKAustV unter Aufsicht | § 246 Abs. 2 HGB oder IAS 19 | keine Vor-schrift |
| rechtliche Risikoklasse | Sicherungsmaßnahme im weiteren Sinne | Vermögens-übergang kraft Gesetz | | 98 % - 100 % | 85 % - 95 % | 20 % - 70 % | 0 % |
| 1 | Direktversicherung (unbeschädigt)<br>Pensionskasse | n.a. | 95 % - 100 % | 93% - 100% | | | |
| 2 | Pensionsfonds mit versicherungsförmiger Garantie<br>Einzel-Unterstützungskasse mit Verpfändung<br>Gruppen-Unterstützungskasse mit Verpfändung<br>qualifiziertes CTA | ja | 85 % - 100 % | 83% - 100% | 72% - 95% | 17% - 70% | 0% |
| 3 | Pensionsfonds ohne versicherungsförmige Garantie<br>Einzel-Unterstützungskasse ohne Verpfändung<br>Gruppen-Unterstützungskasse ohne Verpfändung, CTA | ja | 60 % - 90 % | 59% - 90% | 51% - 86% | 12% - 63% | 0% |
| 4 | Pfandrecht, Gesamtschuld, Bürgschaft, Hypothek, Vertrag zugunsten Dritter | nein | 20 % - 80 % | 20% - 80% | | 4% - 56% | 0% |
| 6 | übrige | nein | 0 % | 0% | | 0% | 0% |

Tabelle 2: Sicherungsmaßnahmen nach gesetzlichen Änderungen

In den Tabellen sind zunächst für die rechtlichen Risikoklassen und die wirtschaftlichen Risikoklassen Prozentspannen zur Beurteilung der Sicherheit angegeben. Die Angabe von Prozentspannen hat ihren Grund darin, dass innerhalb einer jeden Risikoklasse unterschiedliche rechtliche Sicherungsmaßnahmen und Durchführungswege zusammengefasst sind. Je nach Ausgestaltung im Einzelfall können und werden diese unterschiedliche Sicherheiten haben. Die Prozentsätze können damit auch als mögliche Sicherheit der Einrichtungen bzw. der Kapitalanlage verstanden werden. Würde man eine feinere Unterteilung der Risikoklassen vornehmen, so müssten auch die Prozentspannen entsprechend feiner unterteilt werden, sofern die Verfeinerung sich an den unterschiedlichen Sicherheiten innerhalb einer Risikoklasse orientiert.

Die für die Ermittlung der Netto-Bemessungsgrundlage in Ansatz zu bringenden Prozentsätze zur Bewertung des Vermögens sind in den Tabellen ebenfalls als Prozentspannen angegeben. Der untere Wert einer Spanne ergibt sich durch Multiplikation des niedrigsten Wertes aus der rechtlichen und der wirtschaftlichen Risikoklasse; der obere Wert analog aus Multiplikation der oberen Werte.

In den Prozentsätzen für die einzelnen wirtschaftlichen Risikoklassen muss - und ist bereits im Ansatz enthalten - die langfristige Verfügbarkeit der Vermögenswerte berücksichtigt werden. Besondere Kapitalanlagevorschriften sind nur dann von Bedeutung, wenn deren Einhaltung nicht nur auf Dauer beabsichtigt sondern auch durch geeignete Maßnahmen sichergestellt ist. Bei versicherungsförmigen Versorgungsträgern wird die Einhaltung durch die Aufsichtsbehörde überwacht und sichergestellt.

Die Beurteilung der rechtlichen Sicherungsmaßnahmen und der faktischen Verfügbarkeit des Vermögens führt insgesamt zu einem Gewichtungsfaktor, der am Bewertungsstichtag auf die in der jeweiligen Sicherungsmaßnahme vorhandenen Vermögenswerte angewandt wird und damit eine risikoorientierte Reduzierung der Brutto-Beitragsbemessungsgrundlage zur Folge hat.

### V.2.3.3 Vergleichbarkeit von Vermögens- und Verpflichtungsbewertung

Bei der Anrechnung der vorhandenen Vermögenswerte auf die Brutto-Beitragsbemessungsgrundlage ist die Vergleichbarkeit der Wertansätze von Verpflichtung und Vermögen erforderlich. Derzeit erfolgt die Bewertung der Brutto-Beitragsbemessungsgrundlage entsprechend den steuerlichen Bewertungsvorschriften für Pensionsrückstellungen (§ 6a EStG) bzw. nach pauschalen Verfahren.[295] Die Verpflichtungsseite wird damit weder nach dem Zeitwert noch nach dem handelsrechtlichen Buchwert bewertet. Vielmehr erfolgt eine Bewertung nach Ansätzen und Vorschriften, die rein fiskalischen Ursprungs sind.

Je nach Durchführungsweg und Sicherungsmaßnahme für das Deckungsvermögen wird das Vermögen nach unterschiedlichen Grundsätzen bewertet. Handelt es sich um Vermögen, das im Rahmen des § 246 Abs. 2 HGB als Planvermögen anerkannt wird, so wird eine Bewertung dieses Vermögens durch den Arbeitgeber für seine Bilanzierungszwecke bereits nach dem Zeitwert vorgenommen und von dem Wirtschaftsprüfer testiert. Handelt es sich bei dem anzurechnenden Vermögen um Ansprüche aus Versicherungsverträgen, so liegt der Wert dieses Vermögens als Aktivwert bzw. in Höhe des Bilanzdeckungskapitals beim Versicherungsunternehmen vor. Der Aktivwert wird für die handelsrechtliche Bilanzierung akzeptiert und daher auch als Wertansatz für das anzurechnende Vermögen im Rahmen des vorliegenden Gutachtens verwendet.[296]

Eine Bewertung des Vermögens nach dem steuerlichen Wertansatz wird von uns als nicht angemessen angesehen, da dieser für gleiche Vermögensgegenstände bei unterschiedlichem Zeitpunkt des Erwerbs zum gleichen Stichtag zu unterschiedlichen Bewertungen führen kann. Aus diesem Grund werden die Vermögenswerte mit dem Zeitwert in Ansatz gebracht. Um Vergleichbarkeit mit dem Verpflichtungsumfang herzustellen, ist die auf steuerlicher Basis ermittelte Beitragsbemessungsgrundlage auf den Zeitwert umzuschätzen.[297]

### V.2.3.4 Ermittlung der Netto-Beitragsbemessungsgrundlage

Zur Einbeziehung des vom PSVaG zu tragenden Risikos, dass ausgelagerte Vermögenswerte im Insolvenzfall nicht verfügbar sind, wird für jeden Arbeitgeber eine Netto-Beitragsbemessungsgrundlage ermittelt. Ihre Herleitung erfolgt in folgenden Schritten:

**1. Schritt**

Zur Beurteilung des Verpflichtungsumfangs sind vom Arbeitgeber bzw. vom Gutachter oder Versorgungsträger keine anderen Bewertungen als bisher durchzuführen. Es bleibt bei den bisherigen Berechnungsmethoden. Sollten Direktversicherungs- und Pensionskassenzusagen in die Insolvenzsicherung einbezogen werden, so könnte das für Unterstützungskassen praktizierte Verfahren zur Ermittlung der Beitragsbemessungsgrundlage auf diese beiden Durchführungswege ebenfalls an-

[295] Vgl. IV.2.6
[296] Vgl. IV.3.2
[297] Zur Vorgehensweise im Detail vgl. IV.5.4.

gewendet werden. Dies hätte den Vorteil, dass keine zusätzliche aktuarielle Bewertung im Rahmen eines Gutachtens erforderlich wäre. Damit wären die Direktversicherung und die Pensionskasse in der Lage, für den Arbeitgeber auf der Basis bereits vorliegender Informationen die Brutto-Beitragsbemessungsgrundlage zu ermitteln.[298]

**2. Schritt**

Um zwischen Verpflichtungs- und Vermögensseite Vergleichbarkeit herzustellen, wird der Umfang der Verpflichtung pauschal auf den Zeitwert umgerechnet. Hierbei ist von der bereits vorliegenden Brutto-Beitragsbemessungsgrundlage auszugehen und die dort ausgewiesene Beitragsbemessungsgrundlage für laufende Leistungen und für Anwartschaften - beide liegen bei dem Arbeitgeber vor - neu zu bewerten. Dabei können einheitliche Faktoren für alle Arbeitgeber verwendet werden.

Die pauschale Neubewertung bedeutet eine Umrechnung der steuerlichen Bewertung in eine zum jeweiligen Stichtag vorzunehmende Bewertung nach Marktwerten. Als maßgebliche Größe für die Umrechnung sollte der Unterschied zwischen dem steuerlichen Zins von 6 % und dem jeweiligen Kapitalmarktzins in Ansatz gebracht werden. Welcher Kapitalmarktzins anzuwenden ist, sollte von einer neutralen Stelle wie z. B. der Deutschen Bundesbank vorgegeben werden. Denkbar ist beispielsweise, dass die Bundesbank aus der ohnehin vorzunehmenden Analyse der Zinsstrukturkurven für Zwecke den handelsrechtlichen Bewertung von Pensionsverpflichtungen den aktuellen Wert für mittlere Restlaufzeiten von Rentnern und Anwärtern angibt und diese verwendet werden. Hierbei sollte entsprechend der handelsrechtlichen Regelungen von einem vorgezogenen Bemessungsstichtag ausgegangen werden können. Für die jeweils so hergeleiteten Zinssätze für Anwärter und Rentner können für typische Bestände Umrechnungsfaktoren ermittelt werden. Diese Umrechnungsfaktoren können bereits vorab für in Betracht kommende Zinssätze in hinreichend feiner Abstufung ermittelt und tabelliert werden, so dass die Umrechnungsfaktoren bereits vorliegen und die konkreten Umrechnungsfaktoren zum jeweiligen Bewertungsstichtag aus der Tabelle abgelesen werden können.[299]

**3. Schritt**

Eine Bewertung der Vermögenswerte mit dem Zeit- oder Marktwert wird im Allgemeinen schon vorliegen. Bei Vermögen, das im Rahmen von § 246 Abs. 2 HGB mit der Pensionsverpflichtung saldiert wird, liegt die Marktwertbewertung regelmäßig vor. Bei Vermögenswerten, die bei versicherungsförmigen Durchführungswegen liegen, gehört die Angabe des Zeitwertes ebenfalls zur Offenlegungspflicht des Versorgungsträgers, so dass diese Werte auch auf den jeweiligen Arbeitgeber bezogen vom Versicherer bzw. Pensionsfonds zur Verfügung gestellt werden können.

In Entsprechung zur Bewertung des Verpflichtungsumfangs ist ein vergleichbares Testat für die anzurechnenden Vermögenswerte erforderlich. Dieses Testat sollte eine Kontrolle und Bestätigung des Sachverhaltes enthalten, dass die jeweiligen zur Anrechnung anstehenden Vermögenswerte in eine bestimmte Kombination von Sicherungsmaßnahmen/ Kapitalanlagevorschriften fallen.

[298] Zu den Einzelheiten siehe IV.2.
[299] Zur Vorgehensweise wird auf IV.4 verwiesen.

**4. Schritt**

In dem Testat über die Vermögenswerte sind die einzelnen, entsprechend der Tabelle aufgegliederten Vermögenswerte aufzuführen und mit dem jeweils in Anwendung zu bringenden Prozentsatz zu gewichten. Sowohl die Ausgangswerte der Vermögensgegenstände als auch die bewerteten Vermögenswerte sind in dem Testat darzustellen. Die Bewertung der Vermögensgegenstände ist auf den gleichen Stichtag abzustellen wie die Bewertung der Versorgungsverpflichtungen (das bedeutet, zum letzten Bilanzstichtag im vorangegangenen Kalenderjahr)[300].

Zu der Bestätigung ist am ehesten der Wirtschaftsprüfer in der Lage, da er einen Teil der Klassierungen und Prüfungshandlungen bereits im Rahmen seiner Jahresabschlussprüfungstätigkeit durchführen muss. Gegebenenfalls sind noch weitere Prüfungshandlungen über die Jahresabschlusstätigkeit hinaus erforderlich, um das entsprechende Testat erteilen zu können.

**5. Schritt**

Die Netto-Beitragsbemessungsgrundlage ergibt sich als Differenz des Ergebnisses aus Schritt 2 abzüglich des Ergebnisses aus Schritt 4.

**Zusammengefasst** sind folgende Schritte durchzuführen:

1. Ermittlung der Brutto-Beitragsbemessungsgrundlage des Arbeitgebers wie bisher im PSVaG-Kurztestat auf Grundlage
   - des Teilwerts gem. § 6a EStG für unmittelbare Pensionszusagen und Pensionsfondszusagen
   - des Pauschalverfahrens für Unterstützungskassen[301]

   bei (vollständiger) Einbeziehung von Pensionskassen und Direktversicherungen könnte ebenfalls das Pauschalverfahren für Unterstützungskassen Anwendung finden.
2. Umrechnung der Brutto-Beitragsbemessungsgrundlage pauschal auf Zeitwert getrennt für Anwärter und Rentner, keine Umrechnung bei beliehenen oder mit widerruflichem Bezugsrecht ausgestatteten Direktversicherungen
3. Bewertung der Vermögenswerte mit dem Zeitwert
4. Gewichtung des Vermögensansatzes in Abhängigkeit von der Sicherungsmaßnahme und Anlagevorschriften
5. Ermittlung der Netto-Beitragsbemessungsgrundlage (Ergebnis aus 2. abzüglich Ergebnis aus 4.)

[300] Vgl. auch III.2.2.3.2
[301] Bei einer Einbeziehung von Pensionskassen oder Direktversicherungen vgl. IV.2.6

### V.2.3.5 Umsetzung in der Praxis

Aufgrund der vorgeschlagenen Vorgehensweise ist das Verfahren so transparent, dass jeder Arbeitgeber die vom PSVaG im Anschluss an seine Meldung noch vorzunehmenden Rechenschritte und die Saldierung auch selbst durchführen und damit nachvollziehen kann.

Wie bereits beim heutigen Verfahren, ist die Beitragsbemessungsgrundlage des einzelnen Arbeitgebers der Verteilungsschlüssel für den Gesamtbeitrag, den der PSVaG aufgrund von Insolvenzfällen erhebt. Damit ist für die individuelle Beitragshöhe des Arbeitgebers lediglich sein relativer Anteil an der gesamten Beitragsbemessungsgrundlage des PSVaG maßgeblich und bestimmt jährlich seinen Anteil am Gesamtbeitrag des PSVaG. Diese Vorgehensweise bleibt grundsätzlich unverändert, es wird jedoch anstelle der Brutto-Beitragsbemessungsgrundlage nunmehr die Netto-Beitragsbemessungsgrundlage verwendet. Da bei der Netto-Beitragsbemessungsgrundlage Vermögenswerte in Ansatz gebracht werden können, ändert sich der relative Anteil eines jeden Arbeitgebers an der Gesamtsumme der Netto-Beitragsbemessungsgrundlagen und damit am Gesamtbeitrag des PSVaG.

Ursächlich für die Veränderung des relativen Anteils ist die Umrechnung des Verpflichtungsumfangs pauschal auf den Marktwert, und zwar getrennt für Anwärter und Rentner mit jeweils unterschiedlichen Faktoren.[302] Geht man von einem niedrigeren Kapitalmarktzins als 6 % aus, so ergibt sich zur Umrechnung auf den Marktwert sowohl für Rentner also auch für Anwärter jeweils ein Faktor größer 1. Unterstellt man weiterhin die seit vielen Jahren am Kapitalmarkt zu beobachtende für kurze und mittlere Durationen ansteigende Zinsstrukturkurve (höhere Zinssätze für längere Laufzeiten), so ist der Umrechnungsfaktor für Anwärter höher als der für Rentner, weil für Rentner aufgrund der kürzeren Laufzeit eine geringere Abzinsung erfolgt und deshalb die Differenz zur steuerlichen Bewertung größer ist. Ist beim Arbeitgeber der Bestand eher rentenlastig, so wird sich daher eine Verminderung des relativen Anteils seiner Brutto-Beitragsbemessungsgrundlage nach Umrechnung auf den Zeitwert im Vergleich zu allen Arbeitgebern ergeben. Ist der Bestand eher anwärterlastig, so gilt das Umgekehrte.

Kann der Arbeitgeber auch Vermögenswerte in Ansatz bringen, so reduziert sich seine individuelle Beitragsbemessungsgrundlage entsprechend. Selbstverständlich ist eine rechnerisch negative Netto-Beitragsbemessungsgrundlage auf 0 zu setzen.

Trotz der in Tabelle 2 enthaltenen Prozentsätze, die durchweg kleiner als 100 % sind, kann das volle Vermögen deutlich höher sein als der auf den Marktwert umgerechnete Verpflichtungsumfang. In diesen Fällen ist trotz eines unter 100 % liegenden Prozentsatzes eine 'Überdeckung' im Sinne der risikoorientierten Beitragsfestsetzung möglich. Von diesem Fall ist unter Umständen bei Versicherungsvermögen aufgrund eines niedrigeren Rechnungszinses zur Kalkulation der Deckungsrückstellung auszugehen. Auch bei CTA kann eine Überdeckung im genannten Sinn eintreten, wenn das CTA entsprechend den internationalen Bilanzierungsvorschriften mit dem Sollwert (DBO oder PBO) dotiert ist, da diese Sollwerte auch künftige Rentenerhöhungen und ggf. Anwartschaftserhöhungen beinhalten.

[302] Vgl. IV.4.

### V.2.4 Auswirkungen einer Umstellung der PSVaG-Beitragsgestaltung

Die Berücksichtigung von im Insolvenzfall vorhandenen Vermögenswerten im Rahmen der Beitragsbemessung hat zur Folge, dass eines von mehreren Risiken, die der PSVaG trägt, bei der Beitragsbemessung für das einzelne Mitglied berücksichtigt wird. Wie bereits ausgeführt, gibt es jedoch weitere Risiken, die weder bisher noch nach einer Umsetzung des vorgestellten Konzepts Berücksichtigung finden.[303] Das Insolvenzrisiko des einzelnen Mitglieds bleibt nach wie vor vollständig außer Ansatz und hat keinen Einfluss auf die Beitragsbemessung.

Mit der Einbeziehung vorhandener Vermögenswerte wird das bisherige Finanzierungsverfahren weder unter materiellen noch unter rechtlichen Gesichtspunkten verlassen. Auch nach Umsetzung des Konzepts bleibt die Insolvenzsicherung der betrieblichen Altersversorgung eine Verpflichtung auf gesetzlicher Grundlage. Die Mitglieder des PSVaG können sich der Beitragspflicht nicht entziehen; sie können eine Insolvenzsicherung nicht durch eine privatrechtliche Versicherung ersetzen. Die gesetzliche Pflicht zur Mitgliedschaft und der damit verbundenen Beitragszahlung an den PSVaG bleibt weiterhin zwingendes Erfordernis.

Die Rechtsprechung hat die derzeitige Finanzierung der Insolvenzsicherung bestätigt und zugleich Rahmenbedingungen angedeutet, innerhalb derer das bestehende System gerechtfertigt ist.[304] Die vom Bundesverwaltungsgericht vorgegebenen Eckpunkte für eine solidarische Finanzierung der Insolvenzsicherung sind u.a. das regelmäßige Unterschreiten der Mitgliedsbeiträge von 1 % der bisherigen Beitragsbemessungsgrundlage. Ein Beitragssatz von 8,66 ‰ wurde vom Bundesverwaltungsgericht für zulässig erachtet.[305]

Zur Beurteilung der materiellen Auswirkungen bei Umsetzung des vorgestellten Konzepts können nur Größenordnungen herangezogen werden, da statistische Grundlagen nicht im Detail und in manchen Bereichen nicht einmal in Größenordnungen verfügbar sind. Verlässliche Statistiken zu CTAs und den dort ausgelagerten Vermögenswerten insgesamt liegen nicht vor. Gleiches gilt für den Umfang der Vermögenswerte, die in Form von Rückdeckungsversicherungen zur Entlastung des PSVaG im Insolvenzfall dienen können. Aus diesem Grund kann eine Beurteilung der materiellen Auswirkungen insbesondere der aufgrund der Anrechnung von Vermögenswerten sich ergebenden Umverteilung der Beitragslast innerhalb der Mitglieder des PSVaG nur geschätzt werden. Präzisere Zahlen erfordern detaillierte Auswertungen und Statistiken, die im Rahmen des vorliegenden Gutachtens nicht zur Verfügung gestellt werden konnten.

Um die bei Umstellung auf risikobasierte Beitragsfinanzierung für diejenigen Mitglieder des PSVaG abzuschätzen, die keinerlei Vermögenswerte beitragsmindernd in Ansatz bringen können, haben wir für das Jahr 2009 auf der vorhandenen Datenbasis eine Schätzung durchgeführt. Im Jahr 2009 betrug die Summe der PSVaG-Beiträge 549,2 Mio. € bei einem Beitragssatz von 1,9 ‰ bezogen auf eine Beitragsbemessungsgrundlage von 289,2 Mrd. €. Die Umrechnung der Bemes-

[303] Vgl. Beginn dieses Kapitels
[304] Vgl. II.6.2
[305] Vgl. II.6.2.2

sungsgrundlage auf Zeitwerte würde zu einer gesamten Beitragsbemessungsgrundlage von 347,2 Mrd. € führen; bei gleichem Beitrag ergäbe sich ein Beitragssatz von 1,58 ‰. Nach unseren Schätzungen waren in 2009 potenziell anrechenbare Vermögenswerte in Höhe von 115 Mrd. € vorhanden, die aufgrund der von uns beispielhaft vorgenommenen Risikoklassifizierung zu tatsächlich anrechenbarem Vermögen von 51,3 Mrd. € führen. Auf dieser Grundlage beträgt die Netto-Beitragsbemessungsgrundlage 295,9 Mrd. €. Bezogen auf diese Netto-Beitragsbemessungsgrundlage ergibt sich aufgrund des Gesamtbeitrages von 549 Mio. € schließlich ein Beitragssatz von 1,86 ‰.

Die Anrechnung von Vermögen führt naturgemäß bei den meisten Mitgliedern, die Vermögenswerte in Anrechnung bringen können, zu einer nominalen Reduzierung des Beitrages. Die Summe der Beitragsreduzierungen muss von den übrigen Mitgliedern, die keine Vermögenswerte oder nur geringe Vermögenswerte in Anrechnung bringen können, ausgeglichen werden. Aufgrund des Umstandes, dass die Umrechnung der bisherigen Beitragsbemessungsgrundlage auf Zeitwertbasis getrennt für Rentner und Anwärter erfolgt, kann ein genereller Umrechnungsfaktor von altem Beitragssatz zu neuem Beitragssatz nicht angegeben werden. Im Durchschnitt - bei einer typischen Zusammensetzung von Rentnern und Anwärtern im Bestand - ist davon auszugehen, dass die Erhöhung des Beitrages für diejenigen Mitglieder, die keine Vermögenswerte zur Anrechnung bringen können, für die hier angenommene Konstellation von Vermögenswerten um weniger als 15 % ansteigen würde.

Die dargestellten Auswirkungen sind auf der Grundlage von beispielhaften Prozentsätzen errechnet worden, die sich aus den in Tabelle 2 angegebenen Prozentspannen als Mittelwerte ergeben. Sowohl die Prozentspannen als auch die für das Beispiel gewählten Prozentsätze sind als Vorschlag und Ansatz für die Diskussion zu verstehen, die aus unserer Sicht einen sachgerechten Ausgangspunkt für eine mögliche Umsetzung des Konzepts geben können.

Bei einer Umsetzung des Konzepts sind weitere, insbesondere politische und ordnungspolitische Aspekte einzubeziehen, die durch Veränderungen der hier genannten Prozentspannen ihre Berücksichtigung finden können. Veränderungen können nicht nur die Prozentspannen selbst betreffen, sondern auch beispielsweise zu einer weiteren Aufteilung und Unterscheidung nach einzelnen Risikoklassen aus wirtschaftlicher Sicht oder auch zu Zusammenfassungen führen. Gleiches gilt für die Berücksichtigung weiterer rechtlicher Details, beispielsweise bei CTA-Modellen.

Wie bereits in Kapitel I angesprochen und in den weiteren Kapiteln in Bezug genommen, ist die nicht der Insolvenzsicherungspflicht unterliegende Pensionskasse nicht nur erwähnt, sondern auch parallel in die Untersuchung mit einbezogen. Es ist jedoch nicht Gegenstand dieses Gutachtens, die Einbeziehung der Pensionskasse und generell der Lebensversicherung in die Insolvenzsicherung zu überprüfen. Unsere Untersuchungen zur Pensionskasse zeigen jedoch, dass ihre Einbeziehung in die Insolvenzsicherung (ähnlich auch wie die der Direktversicherung) im Rahmen des vorliegenden Konzepts möglich wäre. Damit verbunden wären unterschiedliche Auswirkungen auf die Arbeitgeber, die ihre betriebliche Altersversorgung ganz oder teilweise über eine Pensionskasse in der einen oder anderen Form finanzieren, des Weiteren eine größere Sicherheit für die jeweiligen Arbeitnehmer und natürlich eine gewisse Beitragsentlastung für alle anderen Arbeitgeber. Wir schlagen vor, den Durchführungsweg Pensionskasse in die Insolvenzsicherung einzubeziehen.

Die im Anhang B (ohne Einbeziehung der Direktversicherung und der Pensionskasse) weiter ausgeführte Darstellung der Umverteilungsaspekte und der nach einer Umsetzung zu erwartenden Beitragsveränderungen zeigt, dass die vom Bundesverwaltungsgericht dargestellten Eckpunkte auch nach Einführung einer risikoorientierten Beitragsgestaltung im Sinne dieses Gutachtens unverändert eingehalten werden können. So würde bei einer Beitragserhöhung von 15% für Mitglieder ohne Anrechnung von Vermögenswerten der Beitragssatz - bezogen auf die bisherige Beitragsbemessungsgrundlage - mit Ausnahme des Jahres 2009 unterhalb von 8,66 ‰ und damit auch unter dem vom Bundesverwaltungsgericht genannten Höchstsatz von 1 % bleiben, so dass diese Randbedingungen - abgesehen von konjunkturellen Schwankungen - bei dem aktuell vorliegenden Grad der Auslagerung von Vermögenswerten bei Umstellung auf eine risikoorientierte Beitragsgestaltung, wie sie in diesem Gutachten dargestellt wird, auch auf Dauer eingehalten werden können.

Köln, den 24. Oktober 2011

Prof. Dr. Klaus Heubeck

Dr. Richard Herrmann

Anhang

## Anhang A

### Beispielhafte Darstellung für eine risikobasierte Bestimmung der Netto- Beitragsbemessungsgrundlage für den PSVaG

Ein Arbeitgeber habe unmittelbare Pensionszusagen erteilt und eine Pensionsrückstellung in Höhe von 100 Mio. € nach § 6a EStG bzw. 130 Mio. € nach BilMoG. Die PSVaG-Beitragsbemessungsgrundlage (bisherige Bemessung) betrage laut Kurztestat 97 Mio. €, davon entfallen 47 Mio. € auf unverfallbare Anwartschaften und 50 Mio. € auf laufende Leistungen. Des Weiteren habe der Arbeitgeber Vermögen in ein qualifiziertes CTA ausgelagert. Das entsprechende CTA-Modell erfülle die in Abschnitt V.2.3.1 dargestellten Mindestanforderungen, testiert vom Wirtschaftsprüfer. Die Kapitalanlage erfülle außerdem die Vorschriften des § 246 Abs. 2 HGB, sonst jedoch keine weiteren Kapitalanlagevorschriften. Der Zeitwert des für die zu sichernden Pensionszusagen vorgesehenen Vermögens im CTA betrage 110 Mio. €.

Auf dieser Grundlage berechnet sich die Netto-Beitragsbemessungsgrundlage wie folgt (Reihenfolge wie in V.2.3.4):

**1. Bestimmung der Brutto-Beitragsbemessungsgrundlage (B-BBG)**

Die Brutto-Beitragsbemessungsgrundlage des Arbeitgebers beträgt laut Kurztestat

| | |
|---|---|
| für unverfallbare Anwartschaften | 47 Mio. € |
| für laufende Leistungen | 50 Mio. € |
| gesamte Brutto-Beitragsbemessungsgrundlage | 97 Mio. € |

**2. Berechnung der modifizierten Brutto-Beitragsbemessungsgrundlage (mod. BBG)**

Wie bereits in V.2.3.4 erläutert, ist der Umrechnungsfaktor ein pauschaler Ansatz zur Schätzung des Zeitwerts des Verpflichtungsumfangs. Unser Vorschlag geht dahin, für einen Musterbestand den Teilwert mit der letzten bekannten monatlichen Zinsstrukturkurve der Deutschen Bundesbank, die auch in die Berechnung der Abzinsungssätze nach § 253 Abs. 2 HGB als gleitender Durchschnitt der letzten 84 Monate eingeht, zu berechnen und ins Verhältnis zum Teilwert für diesen Bestand mit einem Abzinsungssatz von 6 % zu setzen. Aufgrund der verschiedenen Restlaufzeiten ist dieses Vorgehen aus aktuarieller Sicht für Anwärter und Rentenempfänger getrennt durchzuführen, womit man zwei Faktoren erhält. Durch Multiplikation der Beitragsbemessungsgrundlage aus dem Kurztestat für Anwärter und Rentenempfänger mit den jeweiligen Faktoren, erhält man die modifizierte Brutto-Beitragsbemessungsgrundlage.

Mit den hier unterstellten Umrechnungsfaktoren[306] 1,19 für Anwärter und 1,13 für Rentenempfänger[307] ergeben sich im Beispiel folgende modifizierte Brutto-Beitragsbemessungsgrundlagen:

[306] Siehe IV.4.
[307] Zur Ermittlung der Umrechnungsfaktoren vgl. auch V.2.3.3, Schritt 2

| | | |
|---|---|---|
| mod. BBG Anwärter | 47 Mio. € · 1,19 = | 55.930.000 € |
| mod. BBG Rentenempfänger | 50 Mio. € · 1,13 = | 56.500.000 € |
| gesamte mod. BBG | | 112.430.000 € |

**3. Bewertung der Vermögenswerte mit dem Zeitwert**

Das in ein qualifiziertes CTA ausgelagerte Vermögen hat einen Zeitwert von 110 Mio. € (vom Wirtschaftsprüfer testiert).

**4. Gewichtung des Vermögensansatzes**

Dem qualifizierten CTA-Modell, das nur die Kapitalanforderungen gem. § 249 Abs. 2 HGB erfüllt, wird hier ein durchschnittlicher Risikofaktor von 44 %[308] zugeordnet. Multipliziert mit dem ausgelagerten Vermögen ergibt dies die Höhe des anrechenbaren Vermögens.

anrechenbares Vermögen 110 Mio. € · 44 % = 48.400.000 €

**5. Ermittlung der Netto-Beitragsbemessungsgrundlage (N-BBG)**

Die Netto-Beitragsbemessungsgrundlage ergibt sich durch Subtraktion des anrechenbaren Vermögens von der modifizierten Brutto-Beitragsbemessungsgrundlage.

Netto-Beitragsbemessungsgrundlage 112.430.000 € ./. 48.400.000 € = 64.030.000 €

| | **Brutto-Beitragsbemessungsgrundlage** | **Umrechnungsfaktor** | **mod. Brutto-Beitragsbemessungsgrundlage** | **anrechenbares Vermögen** | **Netto-Beitragsbemessungsgrundlage** |
|---|---|---|---|---|---|
| unverf. Anw. | 47.000.000 € | 1,19 | 55.930.000 € | | |
| laufende Leistungen | 50.000.000 € | 1,13 | 56.500.000 € | | |
| **Gesamt** | **97.000.000 €** | | **112.430.000 €** | **48.400.000 €** | **64.030.000 €** |

[308] Zur Ermittlung des Risikofaktors vgl. V.2.3.2

## Anhang B

### Auswirkungen auf die Verteilung des Gesamtbeitrages

Da der PSVaG dasselbe Beitragsvolumen benötigt wie bisher, wird auf Basis der Netto-Beitragsbemessungsgrundlage ein neuer Beitragssatz bestimmt. Im Folgenden soll anhand von beispielhaften Zahlen die Auswirkung einer risikobasierten Bestimmung der neuen Beitragsbemessung für den PSVaG aufgezeigt werden.

Laut Geschäftsbericht des PSVaG betrug die Beitragsbemessungsgrundlage im Jahr 2009 etwa 289,2 Mio. €, aufgeteilt auf die Durchführungswege unmittelbare Pensionszusage, Direktversicherungen, Unterstützungskasse und Pensionsfonds. Wie im Beispiel in Anhang A beschrieben, erhält man ausgehend von den bisherigen Beitragsbemessungsgrundlagen der einzelnen Durchführungswege durch Multiplikation mit den Umrechnungsfaktoren die modifizierten Beitragsbemessungsgrundlagen. Dabei ist zu beachten, dass für Pensionsfonds die Umrechnung auf Grundlage des vollen (100%) Verpflichtungsumfangs vorzunehmen ist, da die bisherige Beitragsbemessungsgrundlage für Pensionsfonds nur 20 % des Verpflichtungsumfangs betragen hat. Die umgerechneten Werte sind in der nachfolgenden Tabelle kursiv gedruckt und stellen für Pensionsfonds die neue Brutto-Beitragsbemessungsgrundlage dar.

| | | | Brutto-Beitragsbemessungsgrundlage | Umrechnungsfaktor | mod. Brutto-Beitragsbemessungsgrundlage | anrechenbares Vermögen | Netto-Beitragsbemessungsgrundlage |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| **unmittelbare Versorgungszusagen** | unverf. Anw. | | 105.000 Mio € | 1,19 | 124.951 Mio € | | |
| | laufende Leistungen | | 144.228 Mio € | 1,13 | 162.978 Mio € | | |
| | **gesamt** | | **249.229 Mio €** | | **287.929 Mio €** | **30.562 Mio €** | **257.367 Mio €** |
| **Direktversicherungen** | **widerruflich oder beliehen** | | **221 Mio €** | **1,00** | **221 Mio €** | **0 Mio €** | **221 Mio €** |
| **Unterstützungskassen** | unverf. Anw. | | 23.381 Mio € | 1,19 | 27.823 Mio € | | |
| | laufende Leistungen | | 13.502 Mio € | 1,13 | 15.257 Mio € | | |
| | **gesamt** | | **36.883 Mio €** | | **43.080 Mio €** | **7.178 Mio €** | **35.902 Mio €** |
| **Pensionsfonds** | unverf. Anw. | 20% | 180 Mio € | | | | |
| | | *100%* | *901 Mio €* | 1,19 | *1.072 Mio €* | | |
| | laufende Leistungen | 20% | 2.641 Mio € | | | | |
| | | *100%* | *13.207 Mio €* | 1,13 | *14.923 Mio €* | | |
| | **gesamt** | **20%** | **2.821 Mio €** | | | | |
| | ***gesamt*** | ***100%*** | ***14.107 Mio €*** | | ***15.995 Mio €*** | **13.610 Mio €** | **2.385 Mio €** |
| **insgesamt** | | | **289.154 Mio €** | | **347.225 Mio €** | **51.350 Mio €** | **295.875 Mio €** |
| **Beitragssatz** | | | **1,90 ‰** | | | | **1,86 ‰** |
| Beitragsvolumen | | | 549 Mio € | | | | 549 Mio € |

Die Angaben zum anrechenbaren Vermögen sind nur als grobe Schätzung zu verstehen. Statistiken zur Höhe des gesamten anrechenbaren Vermögens liegen nicht vor. Die geschätzten Größenordnungen der Vermögenswerte beruhen auf Auswertungen der DAX 30-Unternehmen mit einer Hochschätzung auf alle Mitgliedsunternehmen des PSVaG, den Pensionsfonds-Bilanzsummen aus dem Jahr 2009 (laut BaFin-Statistik) sowie eigenen Schätzungen zu Rückdeckungsversicherungen. Die so ermittelten Vermögenswerte in Höhe von ca. 115 Mrd. € werden schließlich mit den aus Tabelle 2 ermittelten durchschnittlichen Risikofaktoren gewichtet und ergeben das anrechenbare Vermögen. Auf Grundlage dieser Informationen lässt sich ein neuer Beitragssatz berechnen. Für dasselbe Beitragsvolumen wie bisher in Höhe von 549 Mio. € und eine Netto-Beitragsbemessungsgrundlage in Höhe von 295,9 Mio. € beträgt der neue Beitragssatz also 1,86 ‰.

Bezogen auf das Beispiel aus Anhang A beträgt der Beitrag des Arbeitgebers an den PSVaG:

| | |
|---|---|
| nach der bisherigen Bemessung (Beitragssatz 1,90 ‰) | 97.000.000 € · 1,90 ‰ = 184.300 € |
| nach der neuen Bemessung (Beitragssatz 1,86 ‰) | 64.030.000 € · 1,86 ‰ = 119.096 € |

Das sind 35,4 % weniger als nach bisheriger Beitragssystematik.

Hätte der Arbeitgeber kein Vermögen ausgelagert und damit kein anrechenbares Vermögen in Abzug zu bringen, würde der neue PSVaG-Beitragssatz auf die modifizierte Brutto-Beitragsbemessungsgrundlage ohne Anrechnung von Vermögenswerten (die sich in diesem Fall nicht von der Netto-Beitragsbemessungsgrundlage unterscheidet) angewendet und damit zu einem Beitrag von

112.430.000 € · 1,86 ‰ = 209.120 €

führen. Dies entspricht einer Beitragserhöhung um 13,5 %.

Diese prozentuale Erhöhung trifft zu für alle unmittelbaren Pensionszusagen und Unterstützungskassen, bei denen kein anrechenbares Vermögen vorhanden ist.