

Maria Thekla Vogel / Martin Vieweg,
Frankfurt am Main

Gestaltungsvarianten bei der betrieblichen Invaliditäts- und Hinterbliebenenversorgung mit Auslandsbezug

Schon seit einiger Zeit ist zu beobachten, dass Fondsinvestment zur Finanzierung von Direktzusagen genutzt wird. Darüber hinaus scheint nun auch der Weg für die unmittelbare Wirkung eines Pensionsfonds im Betriebsrentenrecht frei zu sein, der nicht mehr mit Rentenversicherungstarifen verknüpft ist. Wegen dieser Tendenz drängt sich die Frage auf, ob solche Finanzierungs- und Versorgungsträgermodelle wirklich für jedes Leistungsziel die passenden sind.

Hier soll das Augenmerk auf die separate betriebliche Invaliditäts- und Hinterbliebenenversorgung gerichtet werden (Risikoversorgung oder -zusage). Insbesondere angloamerikanische Unternehmer, die in Deutschland agieren, fragen diese teilweise hohe Versorgung nach. Sie gehen dabei wie selbstverständlich davon aus, dass sich die separate Risikoversorgung nicht über Fondsinvestment abbilden lässt. Denn die betriebliche Vorsorge für Invalidität und bei Tod des Arbeitnehmers wird durch ein ungewisses Ereignis ausgelöst, das unwahrscheinlicher ist, als das Erleben des Pensionierungsalters. Wenn für den Fall dieses ungewissen Ereignisses bestimmte Leistungen gegen Entgelt übernommen werden, das übernommene Risiko auf eine Vielzahl durch die gleiche Gefahr bedrohter Personen verteilt wird und der Risikoübernahme eine Kalkulation zugrunde liegt, die auf dem Gesetz der großen Zahl beruht, liegt kein Investment Banking vor, sondern dann geht es um *Versicherung*¹.

Die Abhandlung diskutiert die Thematik der separaten arbeitgeberfinanzierten Risikozusage eines ausländischen Unternehmens² auf der Grundlage, dass Arbeitnehmern in Deutschland eine Risikozusage wegen ihrer Tätigkeit für eine unselbständige Zweigniederlassung erteilt wird. Zu diesem Zweck werden zunächst europäische und deutsche international privatrechtliche Fragen erörtert, danach die wesentliche betriebsrentenrechtliche Ausgestaltung der Risikozusage in Deutschland dargestellt und schließlich der betriebsrentenrechtliche Insolvenzschutz im Zusammenhang betrachtet.

A. Versorgungszusage mit Auslandsberührung

Wegen der Auslandsberührung muss bei der Ausgestaltung einer Versorgungszusage stets vorab geklärt werden, welches

¹ BVerwG vom 29.9.1992 – 1 A 26/91.

² Nicht in dieser Abhandlung behandelt werden sog. Konzernzusagen und die accidental death and dismemberment insurance (AD&D). Letztere unterfällt als Unfallversicherung nicht der Lebensversicherungssparte.

nationale Recht der geplanten Versorgung zugrunde liegt. Diese Vorgehensweise ist notwendig, da bei Rechtsstreitigkeiten in privatrechtlichen Fällen mit Auslandsberührung das deutsche Gericht nicht ohne weitere Prüfung deutsches materielles Recht auf die Versorgungszusage anwenden kann³.

Ob die Versorgungszusage nach deutschem Betriebsrentenrecht beurteilt werden kann, muss bei einem Sachverhalt mit Auslandsberührung nach den Vorschriften des Internationalen Privatrechts⁴ (auch Kollisionsrecht genannt) bestimmt werden. Deshalb werden die Grundlinien des deutschen Internationalen Privatrechts hier kurz dargestellt. Zur Bestimmung der anwendbaren nationalen Rechtsordnung⁵ enthält das deutsche Internationale Privatrecht einen Katalog von sog. Kollisionsnormen, die diejenige Rechtsordnung bestimmen, die zur Anwendung kommen soll⁶. Eine Kollisionsnorm ist so konzipiert, dass sie einen abstrakten Tatbestand enthält und dazu als Rechtsfolge die für die Sachentscheidung maßgebliche Rechtsordnung bestimmt⁷. Der Tatbestand einer Kollisionsnorm wiederum verwendet als Anknüpfungsgegenstand einen materiellrechtlich geprägten Systembegriff. Da jedoch nicht alle materiellrechtlich geprägten Systembegriffe der deutschen Rechtsordnung dem Wortlaut nach einer Kollisionsvorschrift zugeordnet werden können, ist für diejenigen Systembegriffe, die somit keine eigenständige Anknüpfung finden, eine Qualifizierung⁸ vorzunehmen. Es ist also zu entscheiden, welchem materiellrechtlich geprägten Systembegriff einer Kollisionsnorm der nicht erwähnte Systembegriff zugeordnet werden kann⁹.

Die Anknüpfung der betrieblichen Altersvorsorge an eine eigenständige Kollisionsnorm ist weder im deutschen Internationalen Privatrecht noch in völkerrechtlichen Verträgen vorgesehen. Um an die richtige Kollisionsnorm anzuknüpfen, ist daher die betriebliche Altersvorsorge zu qualifizieren. Eine Betriebsrentenzusage auf Leistungen der Alters-, Invaliditäts- und Hinterbliebenenversorgung wird dem Arbeitnehmer aus Anlass seines Arbeitsverhältnisses vom Arbeitgeber zugesagt. Sie ist Teil des arbeitsrechtlichen Entlohnungssystems¹⁰ und somit dem Arbeitsvertrag zuzuordnen. Es ist daher an die Kollisionsnorm der Arbeitsverträge¹¹ und Arbeitsverhältnisse anzuknüpfen (Art. 30 EGBGB). Welches nationale Recht auf die Versorgungszusage anwendbar ist, ergibt sich daher entweder aus einer wirksamen Rechtswahl in der Versorgungszusage selbst oder, bei Fehlen einer solchen, aus der sog. objektiven Anknüpfung an den gewöhnlichen Arbeitsort.

I. Versorgungszusage ohne Rechtswahlklausel (objektive Anknüpfung)

Bei Fehlen einer ausdrücklichen oder konkludenten Rechtswahl führt die objektive Anknüpfung der arbeitsrechtlichen Kollisionsvorschrift zur Festlegung des auf den konkreten Sachverhalt anwendbaren nationalen Rechts. Diese objektive Anknüpfung regelt, dass mangels einer Rechtswahl Arbeitsverträge und Arbeitsverhältnisse grundsätzlich dem Recht des Staates unterliegen, in dem der Arbeitnehmer in Erfüllung seines Vertrages gewöhnlich seine Arbeit verrichtet (Art. 30 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB)¹². Verrichtet der Arbeitnehmer seine Arbeit gewöhnlich nicht in ein und demselben Staat, dann unterliegen die Arbeitsverträge und Arbeitsverhältnisse dem Recht des Staates, in dem sich die Niederlassung befindet, die den Arbeitnehmer eingestellt hat (Art. 30 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB). Ergibt sich jedoch aus der Gesamtheit aller Umstände, dass der Arbeitsvertrag oder das Arbeitsverhältnis engere Verbindungen zu einem anderen Staat aufweist, dann ist das Recht dieses Staates anzuwenden (Art. 30 Abs. 2 2. Halbsatz EGBGB).

Die objektive Anknüpfung an den gewöhnlichen Erfüllungsort führt im Ausgangsfall bei fehlender Rechtswahl dazu, dass die deutsche Rechtsordnung und somit das deutsche Betriebsrentenrecht auf den Arbeitsvertrag und das Arbeitsverhältnis anwendbar ist, da die Arbeitnehmer in Deutschland tätig sind.

II. Versorgungszusage mit Rechtswahlklausel

Grundsätzlich kann bei Arbeitsverträgen und Arbeitsverhältnissen von Einzelpersonen auch eine wirksame Rechtswahl zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer dazu führen, dass die von den Parteien gewählte Rechtsordnung, wie etwa die deutsche, zur Anwendung gelangt.

Voraussetzung einer solchen Rechtswahl ist ein wirksamer Rechtswahlvertrag zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer (Art. 27 und Art. 30 EGBGB). Dieser kann ausdrücklich oder konkludent geschlossen werden. Der Rechtswahlvertrag ist dabei zu unterscheiden vom sog. Hauptvertrag, also der Versorgungszusage. Der Rechtswahlvertrag muss dabei sowohl gewissen formellen¹³ als auch materiellen Anforderungen¹⁴ genügen.

Die Rechtswahl ist trotz wirksamen Rechtswahlvertrages begrenzt durch den sog. Günstigkeitsvergleich (Art. 30 Abs. 1 EGBGB). Dieser Günstigkeitsvergleich regelt, dass die Rechtswahl der Parteien nicht dazu führen darf, dass dem Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird¹⁵, der ihm durch

3 v. Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht, 8. Aufl. 2005, § 1 Rd.Nr. 32.
4 v. Hoffmann/Thorn, a.a.O. (Fn. 3), § 1 Rd.Nr. 34: Unter dem Begriff des Internationalen Privatrechts versteht man die Gesamtheit der Rechtssätze einer nationalen Rechtsordnung, die aus mehreren nationalen Rechtsordnungen diejenige nationale Rechtsordnung berufen, welche auf den konkreten Sachverhalt anwendbar sein soll. Dieses Internationale Privatrecht, oder auch Kollisionsrecht, kann in völkerrechtlichen multi- oder bilateralen Verträgen geregelt sein, welche über Art. 59 Abs. 2 GG Bestandteil des Bundesrechts werden oder unmittelbare Geltung beanspruchen, Art. 249 S. 2 und 3 EGV. Überwiegend bildet jedoch das nationale Gesetzes- oder Richterrecht die Rechtsquelle. Dabei sind die Vorschriften des Internationalen Privatrechts sowohl in den nationalen Einführungsgesetzen als auch in den Gesetzen selbst enthalten.
5 Eine materiellrechtliche Ausgestaltung des betriebsrentenrechtlichen Sachverhaltes erfolgt dadurch noch nicht.
6 v. Hoffmann/Thorn, a.a.O. (Fn. 3), § 4 Rd.Nr. 1.
7 v. Hoffmann/Thorn, a.a.O. (Fn. 3), § 4 Rd.Nr. 3.
8 v. Hoffmann/Thorn, a.a.O. (Fn. 3), § 6 Rd.Nr. 12: Die Qualifikation ist nach der herrschenden Theorie der *lex fori* vorzunehmen. Das bedeutet, dass die Qualifikation nach dem Recht am Ort des mit dem Rechtsfall befassten Gerichts vorzunehmen ist. Dabei werden die Systembegriffe einer inländischen Kollisionsnorm entsprechend den Systembegriffen im materiellen nationalen Recht ausgelegt.
9 v. Hoffmann/Thorn, a.a.O. (Fn. 3), § 6 Rd.Nr. 1.
10 Blomeyer/Rolfs/Otto, Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, 4. Aufl. 2006, Einleitung Rd.Nr. 25 ff.
11 v. Hoffmann/Thorn, a.a.O. (Fn. 3), § 10 Rd.Nr. 75: Unabhängig von dem Streit darüber, ob der Begriff des Arbeitsverhältnisses autonom nach Art. 36 EGBGB oder nach der *lex fori* auszulegen ist, besteht Einigkeit darüber, dass das wesentliche Merkmal des Arbeitsvertrages darin zu sehen ist, dass jemand für eine bestimmte Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistung zu erbringen hat, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.

12 v. Hoffmann/Thorn, a.a.O. (Fn. 3), § 10 Rd.Nr. 81: Eine vorübergehende Entsendung in einen anderen Staat ist dabei unerheblich. Welchen Zeitraum dabei die vorübergehende Entsendung umfasst, ist noch nicht ganz geklärt. Einigkeit besteht jedoch darüber, dass die Rückkehr zu dem ursprünglichen Arbeitgeber von Anfang an feststehen muss und die Entsendung den Zeitraum von 24 Monaten nicht überschreiten darf.
13 Ob der Rechtswahlvertrag den formellen Anforderungen entspricht, richtet sich nach den Formerfordernissen des gewählten nationalen Rechts, Art. 27 Abs. 4 i.V.m. Art. 11 EGBGB. Die Formwirksamkeit ist auch dann gewahrt, wenn es dem Recht des Staates entspricht, in dem der Rechtswahlvertrag vorgenommen wird. Nach deutschem Recht ist der Rechtswahlvertrag grundsätzlich formfrei. Da aus Beweisgründen in der Praxis regelmäßig die Schriftform für den Arbeitsvertrag eingehalten wird und in diesem auch das gewählte Recht festgelegt wird, ergeben sich hier in der Regel keine Schwierigkeiten (§ 2 NachwG).
14 Ob der Rechtswahlvertrag wirksam zustande gekommen ist (Angebot, Annahme und sonstige Wirksamkeitsvoraussetzungen), beurteilt sich nach dem Recht, das anzuwenden wäre, wenn der Rechtswahlvertrag wirksam wäre, Art. 31 EGBGB. Es ist also auf das nationale Recht abzustellen, das gewählt werden soll.
15 Bittner, Europäisches und internationales Betriebsrentenrecht, 2000, § 6 C II. 2c, S. 288: Nach h.M. ist daher ein sog. Sachgruppenvergleich anzustellen, der bedeutet, dass ein zusammenhängender Normenkomplex für den Vergleich heranzuziehen ist. Bei der Wahl einer anderen Rechtsordnung als der deutschen stellt sich immer die Frage, welche Normengruppe mit in den Günstigkeitsvergleich einzubeziehen ist. Anerkannt ist, dass ein Gesamtvergleich, der das ganze Arbeitsverhältnis einschließlich der betrieblichen

die zwingenden Bestimmungen des Rechts gewährt wird, das anzuwenden wäre, wenn die Parteien keine Rechtswahl getroffen hätten (Art. 30 Abs. 2 EGBGB).

III. Rechts- und Parteifähigkeit des Arbeitgebers

Die Rechts- und Parteifähigkeit der Hauptniederlassung im Ausland, die ihren Arbeitnehmern in Deutschland eine Zusage erteilt, wirft in der Regel keine besonderen Fragestellungen auf. Die Zusage kann aber auch von einer unselbständigen Zweigniederlassung¹⁶ bzw. einer Betriebsstätte¹⁷ erteilt werden.

Da nach deutschem Recht diese „Organisationseinheiten“ nicht als rechtsfähig gelten¹⁸, drängt sich bei Versorgungszusagen mit Auslandsberührung insbesondere die Frage auf, ob diese Einheiten als Arbeitgeber¹⁹ im Sinne des Art. 30 EGBGB überhaupt einen Rechtswahlvertrag schließen können, bzw. nach der Feststellung der Anwendbarkeit des deutschen Rechts überhaupt eine Zusage erteilen können und ob sie im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung überhaupt parteifähig, insbesondere im Prozess passiv legitimiert sind.

Arbeitgeber im Sinne des Art. 30 EGBGB ist derjenige, der mit dem Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag geschlossen hat²⁰. Arbeitgeber ist somit jeder, der die Dienstleistung vom Arbeitnehmer kraft des Arbeitsvertrages fordern kann²¹. Die Rechtsform ist dabei unerheblich, relevant ist hingegen, dass er über aktive und passive Parteifähigkeit²² nach § 50 ZPO verfügt. Für die Parteifähigkeit ist wiederum auf die Rechtsfähigkeit abzustellen. Demnach könnten auf den ersten Blick diese Organisationseinheiten also gerade keinen Rechtswahlvertrag schließen, keine Zusage nach deutschem Recht erteilen und auch nicht in Deutschland als solche verklagt werden.

Aufgrund des auslandsbezogenen Sachverhalts können die zur Bestimmung der Rechts- und Geschäftsfähigkeit des Arbeitgebers bestehenden Grundsätze und materielle Rechtsnormen der deutschen Rechtsordnung jedoch nicht ohne weiteres abschließend auf den konkreten Sachverhalt angewendet werden. Das *deutsche Internationale Privatrecht* gibt vielmehr vor, dass für die Frage der Rechts- und Geschäftsfähigkeit der Parteien gesondert auf Art. 7 EGBGB abzustellen ist²³. Die Rechtsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit einer Person

unterliegen dem Recht des Staates, dem die Person angehört, Art. 7 Abs. 1 S. 1 EGBGB. Für die Beurteilung der Rechtsfähigkeit von Gesellschaften ist demnach auf das Recht des Staates abzustellen, in dem sich der Sitz der effektiven Hauptverwaltung befindet, sog. *Gesellschaftsstatut*²⁴. Der Sitz einer Gesellschaft dient also dazu, die Zugehörigkeit zu einer Rechtsordnung zu bestimmen²⁵. Dies gilt sowohl für nichtrechtsfähige oder nur teilrechtsfähige Personenverbindungen als auch für Vermögensmassen²⁶. Diese gesonderte Anknüpfung trägt dem Umstand Rechnung, dass die verschiedenen nationalen Rechtsordnungen bei der Bestimmung der Rechts- und Geschäftsfähigkeit zum Teil erheblich voneinander abweichen.

Für die EU hat der EuGH entschieden, dass sich die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft, die in einem Mitgliedstaat der EU wirksam gegründet wurde, nur nach dem Recht des Mitgliedstaates richtet, nach dem sie gegründet wurde. Dies gilt auch dann, wenn diese Gesellschaft nur ihre sekundäre Niederlassungsfreiheit²⁷ ausübt. Der Mitgliedstaat, in dem die Niederlassungsfreiheit ausgeübt wird, kann nicht sein Recht für die Beurteilung der Rechtsfähigkeit als Maßstab nehmen²⁸. Zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit in der EU sind die Mitgliedstaaten daher verpflichtet, das Gesellschaftsstatut mit seinen Auswirkungen im Gründungsstaat anzuerkennen²⁹.

Demnach ist für die Beurteilung der Rechtsfähigkeit des Arbeitgebers immer auf das Gesellschaftsstatut des Art. 7 EGBGB abzustellen. Ist nach diesem Statut die Rechts- und Parteifähigkeit gegeben, dann muss dieses von der deutschen Rechtsordnung anerkannt werden³⁰. Das bedeutet, dass auch eine nach dem deutschen Recht nicht als rechtsfähig anerkannte unselbständige Zweigniederlassung einer Gesellschaft mit Sitz in einem Mitgliedstaat der EU dennoch wegen des geltenden Gesellschaftsstatutes Arbeitgeber sein kann. Es bietet sich daher in der Praxis an, die Rechts- und Parteifähigkeit des Arbeitgebers nach der ausländischen Rechtsordnung festzustellen.

Da sowohl die unselbständige Zweigniederlassung als auch die Hauptniederlassung partei- und prozessfähig sein können, ist es des weiteren wichtig festzustellen, wer von beiden im Falle einer Rechtsstreitigkeit vor den international zuständigen³¹ deutschen Gerichten³² der richtige Beklagte ist,

Altersvorsorge nach beiden Rechtssystemen betrachtet, zu keinem brauchbaren Ergebnis führt. Genauso wenig kann nur auf isolierte Bestimmungen abgestellt werden, da diese Einzelbetrachtung zu einem „Rosinenpicken“ führen würde. Es sind also sämtliche arbeitnehmerschützenden Vorschriften des gewählten und abgewählten Betriebsrentenrechts zu vergleichen. Jedoch ist ein deutlicher Unterschied zwischen dem gewählten Recht und der objektiven Anknüpfung erforderlich, ansonsten bleibt es bei der Anwendbarkeit des gewählten Rechts.

16 Brox, Handels- und Wertpapierrecht, 18. Aufl. 2005, § 8 Rd.Nr. 118: Unter einer Zweigniederlassung versteht man einen Teil eines Unternehmens mit einer gewissen Selbständigkeit und räumlichen Trennung von der Hauptniederlassung.

17 Unter dem steuerrechtlichen Begriff der Betriebsstätte versteht man jede Geschäftseinrichtung oder Anlage, die der Tätigkeit eines Unternehmens dient, Art. 12 AO. Insbesondere sind als Betriebsstätte anzusehen: Fabriktions- und Werkstätten, Warenlager, Ein- und Verkaufsstellen etc.

18 Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, 31. Aufl. 2003, § 13 Rd.Nr. 2.

19 v. Hoffmann/Thorn, a.a.O. (Fn. 3), § 6 Rd.Nr. 43, 44, 46: Die Frage, ob es sich hier um einen Arbeitgeber im Sinne des Art. 30 EGBGB handelt, tritt im Zusammenhang mit der Hauptfrage auf, ob es sich hier um einen Arbeitsvertrag oder um ein Arbeitsverhältnis handelt. Es geht also um eine sog. Teilfrage. Da jedoch weder das Gesetz noch die Rechtsprechung gesonderte Anknüpfungsregeln für die Bestimmung des Arbeitgebers entwickelt haben, ist keine gesonderte Anknüpfung geboten. Ein einheitlicher Lebensvorgang wird ansonsten willkürlich zerrissen. Demnach beurteilt sich auch diese Teilfrage nach dem auf die Hauptfrage anzuwendenden Recht (Art. 30 EGBGB). Nach den Grundsätzen der lex fori ist somit auf den Begriff des Arbeitgebers im Sinne des deutschen allgemeinen Arbeitsrechts abzustellen.

20 BAG vom 10.11.2004 – 7 AZR 101/04 – m.w.N.

21 Blomeyer/Rolfs/Otto, a.a.O. (Fn. 10), § 1 Rd.Nr. 38 m.w.N.

22 BGH vom 13.3.2003 – VII ZR 370/98 –: Die Parteifähigkeit ist auch hier nach der lex fori, dem deutschen Prozessrecht, zu beurteilen.

23 v. Hoffmann/Thorn, a.a.O. (Fn. 3), § 6 Rd.Nr. 43-46: Die Teilfrage der Rechtsfähigkeit ist jeweils gesondert anzuknüpfen und kann sich jeweils nach einer anderen Rechtsordnung richten. Daher kann an jeder gesondert anzuknüpfenden Teilfrage die Wirksamkeit des Rechtswahlvertrages scheitern. Bestätigend: BGH, a.a.O. (Fn. 22).

24 v. Hoffmann/Thorn, a.a.O. (Fn. 3), § 7 Rd.Nr. 23 m.w.N.: Für Gesellschaften ist für Fragen, die im Zusammenhang zu den Innen- und Außenbeziehungen stehen, immer auf das Recht des Staates abzustellen, in dem sich der Sitz der effektiven Hauptverwaltung der Gesellschaft befindet. Das Gesellschaftsstatut regelt also, unter welchen Voraussetzungen eine Gesellschaft entsteht und endet, den Umfang der Rechtsfähigkeit, die Partei- und Prozessfähigkeit im Verfahren, Fragen der Organe und Vertretung und sämtliche damit im Zusammenhang stehende Fragen.

25 EuGH vom 5.11.2002 – Rs. C-208/00 – (Überseering BV).

26 v. Hoffmann/Thorn, a.a.O. (Fn. 2), § 7 Rd.Nr. 28; EuGH vom 9.3.1999 – Rs. C-212/97 – (Centros), Rd.Nr. 20.

27 Unter sekundärer Niederlassungsfreiheit ist das Recht der Gesellschaften zu verstehen, in dem Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften zu gründen, Art. 43 S. 2 EGV.

28 EuGH, a.a.O. (Fn. 25), Rd.Nr. 73, 80-82, 95.

29 EuGH, a.a.O. (Fn. 25), Rd.Nr. 95.

30 BAG vom 9.7.2003 – 10 AZR 593/02 – m.w.N.; BGH vom 13.3.2003, a.a.O. (Fn. 22).

31 Die internationale Zuständigkeit behandelt die Frage, ob ein deutsches oder ein ausländisches Gericht für die Entscheidung des Rechtsstreits zuständig ist. Sie ist von der örtlichen Zuständigkeit zu unterscheiden und muss von den Gerichten von Amts wegen beachtet werden (BAG vom 20.2.1985 – 3 AZR 1/83 – m.w.N.). v. Hoffmann/Thorn, a.a.O. (Fn. 3), § 3 Rd.Nr. 5: Das anwendbare Verfahrensrecht ist dabei immer das Recht am Gerichtsort (lex fori).

32 Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte ergibt sich für den Anwendungsbereich der EU aus Art. 19 Nr. 2 der VO EG Nr. 44/2001 vom 22.12.2000 (sog. Brüssel I), ansonsten aus den allgemeinen Vorschriften der ZPO über die örtliche Zuständigkeit. BAG, a.a.O. (Fn. 31): Ist ein deutsches Gericht nach den §§ 12 ff. ZPO örtlich zuständig, so ist es im Regelfall auch international zuständig. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich dabei in der Regel aus dem Gerichtsstand der Niederlassung (§ 21 ZPO) oder dem Gerichtsstand des Vermögens (§ 23 ZPO).

gegen den sich also der betriebsrentenrechtliche Anspruch³³ im Prozess richten kann. Dazu muss ermittelt werden, ob der Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag mit der Hauptniederlassung oder mit der unselbständigen Zweigniederlassung geschlossen hat und von wem die Zusage erteilt wurde.

B. Inhalt einer Risikozusage in Deutschland

Wie eingangs erwähnt, sichern Arbeitgeber des angloamerikanischen Raums ihre Arbeitnehmer separat für eine eventuelle Invalidität bzw. deren Hinterbliebene im Todesfall ab. Um dieses Versorgungsziel für beide Seiten befriedigend umsetzen zu können, ist es insbesondere notwendig, die im deutschen Betriebsrentengesetz vorgesehenen Leistungsziele³⁴ und -arten³⁵, deren Bemessungsgrundlagen, die Leistungsstrukturen und Durchführungswege festzulegen, aus denen sich dann in der Gesamtschau die Haftung des Arbeitgebers ergibt.

I. Leistungsziele und -arten

Als Leistungsziele, die dieser Risikoversorgung entsprechen, sieht das Betriebsrentenrecht Leistungen der Invaliditäts- und Hinterbliebenenversorgung vor (§ 1 Abs. 1 S. 1 BetrAVG). Unter dem Begriff der Invalidität ist jede physische Unfähigkeit des betroffenen Arbeitnehmers zu verstehen, seiner bisherigen Tätigkeit nachzugehen³⁶. Wichtig ist hierbei, dass der Begriff der Invalidität im Rahmen der Vertragsfreiheit in der Versorgungsvereinbarung sowohl inhaltlich als auch zeitlich bestimmt werden kann³⁷. Eine betriebliche Hinterbliebenenversorgung liegt vor, wenn der Arbeitgeber sich gegenüber dem Arbeitnehmer verpflichtet, im Falle seines Todes Versorgungsleistungen an die genau bezeichneten Hinterbliebenen³⁸ zu erbringen.

Für die Art der betrieblichen Leistungsziele hingegen enthält das Betriebsrentengesetz keinen *numerus clausus*. Wie die konkrete Versorgung im Fall der Invalidität und bei Tod erfolgen kann, muss daher zunächst allein am Versorgungszweck fest gemacht werden. Die Leistungen aus einer betrieblichen Altersversorgung wegen Invalidität oder Tod werden typischerweise durch bestimmte Beträge definiert. Der Grund dafür, dass eine bestimmte laufende Rente, ein bestimmter Kapitalbetrag oder eine Mischform zugesagt wird, ist die bedarfsorientierte Leistungsbemessung. Die Zusageleistung bezweckt bei der Risikoversorgung regelmäßig einen Ausgleich für ein zukünftig wegfallendes Einkommen wegen Berufsunfähigkeit oder Tod.

II. Leistungsstrukturen

Das Betriebsrentengesetz geht davon aus, dass entweder eine Leistung der Höhe nach fest bestimmt wird oder bestimmte Beiträge in eine Versorgungsanwartschaft umgewandelt werden³⁹.

1. Leistungszusage

Ausgehend vom dem Ziel bei der separaten Risikoversorgung, eine der Höhe nach bestimmte Leistung im Fall der Invalidität oder bei Tod zu erbringen, erscheint nach deutschem Betriebsrentenrecht die Struktur der Leistungszusage (§ 1 Abs. 1 S. 1 BetrAVG) am besten geeignet zu sein. Diese Struktur wird dadurch charakterisiert, dass der Arbeitgeber für den Versorgungsfall die Höhe eines Renten- oder Kapitalbetrages bestimmt⁴⁰, die Gegenstand des Rechtsbindungswillens für die Zusage ist. Diese Komponenten, Bestimmung der Höhe der Versorgungsleistung durch den Arbeitgeber und die Verbindlichkeit dieser Höhe, gelten für die Leistungszusage seit Fassung des Betriebsrentengesetzes⁴¹. Das Erfüllungsinteresse des Arbeitnehmers bezieht sich hier auf die zugesagte Leistung im Versorgungsfall. Allein diese Charakteristik kann der treffenden Abgrenzung von den anderen Zusagestrukturen des Betriebsrentengesetzes dienen.

2. Beitragsorientierte Leistungszusage

Das Betriebsrentengesetz definiert die beitragsorientierte Leistungszusage als Verpflichtung, bestimmte Beiträge in eine Anwartschaft auf Versorgungsleistungen umzuwandeln (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrAVG). Obwohl hier neben dem Beitragsaufwand auch eine Versorgungsleistung zugesagt wird, soll nur die *Bestimmtheit und Verbindlichkeit der zu leistenden Beiträge* maßgebend sein⁴². Die Versorgungsleistung wird lediglich über eine Umwandlungsmethode bestimmbar zugesagt, sie ist Folge des bestimmt zugesagten Beitragsaufwandes⁴³. Als Umwandlungsmethoden kommen je nach Durchführungsweg insbesondere das Fondsinvestment, Sparprinzip oder versicherungsmathematische Modelle und die Kombination dieser in Betracht. Im Gegensatz zur Leistungszusage richtet sich das Erfüllungsinteresse des Arbeitnehmers bei der beitragsorientierten Leistungszusage also auf zweierlei: auf das bestimmte Beitragsversprechen und auf das bestimmbare Leistungsversprechen, das erst im Versorgungsfall die Höhe der Versorgungsleistung durch die Umwandlungsmethode ausweist. Da hier keine der Höhe nach bestimmte Leistung zugesagt wird, scheint die beitragsorientierte Leistungszusage auf den ersten Blick für den beabsichtigten Versorgungszweck nicht passend zu sein.

Dennoch kann die Risikoversorgung auf eine beitragsorientierte Leistungszusage gestützt werden, wenn man anstelle einer der Höhe nach bestimmten Leistung ein *bedarfsorientiertes Leistungsspektrum* abdecken möchte. Für die Risikoversorgung kommt als Umwandlungsmethode einzig und allein das versicherungsmathematische Modell in Betracht. Deshalb könnte man zur Festlegung der Höhe des umzuwandelnden Beitrages einmalig auf ein bestimmtes Versorgungsniveau abstellen. Diese der Höhe nach bestimmte Versorgungsleistung soll also nur zu diesem Zeitpunkt und nur zum Zweck der Beitragsbemessung relevant sein. Danach

33 Wegen der Rechtswahl bzw. der objektiven Anknüpfung an das deutsche Recht ist hier an den Begriff des Arbeitgebers nach dem Betriebsrentengesetz anzuknüpfen, Dabei ist aber auch hier wiederum bzgl. der Frage der Rechtsfähigkeit auf Art. 7 EGBGB abzustellen.

34 Unter Leistungszielen soll hier die biometrische Unterteilung der abzudeckenden Risiken wie Alter, Tod und Berufsunfähigkeit verstanden werden.

35 *Blomeyer/Rolfs/Otto*, a.a.O. (Fn. 10), § 1 Rd.Nr. 7: Die Art der Leistung beschreibt, ob es sich um eine Renten-, Kapital- oder eine gemischte Leistung handelt.

36 *Blomeyer/Rolfs/Otto*, a.a.O. (Fn. 10), § 1 Rd.Nr. 23.

37 Dazu ausführlich: *Blomeyer/Rolfs/Otto*, a.a.O. (Fn. 10), Anh. 1 Rd.Nr. 173 und Rd.Nr. 187. Aus Praktikabilitätsgründen bietet sich u.E. insbesondere eine Verweisung auf die zur Anwendung kommenden Versicherungstarife an. Anders als etwa bei einer Gesamtversorgung bietet sich hier ein Verweis auf die Invaliditätsversorgung des Sozialrechts nicht an.

38 *Blomeyer/Rolfs/Otto*, a.a.O. (Fn. 10), Anh. § 1 Rd.Nr. 196-211: Während das Arbeitsrecht vorsieht, dass der versorgungsberechtigte Personenkreis im Rahmen der Vertragsfreiheit in der Versorgungsordnung frei nach dem Versorgungszweck festgelegt werden kann, ergeben sich durch das Steuerrecht Einschränkungen. So geht das BMF von einem engen Begriff der Hinterbliebenen aus und erkennt nur Leistungen an die Witwen, an frühere Ehegatten, an Lebensgefährten (unproblematisch sowohl gleichgeschlechtliche Partnerschaften als auch Lebenspartnerschaften) und an die Kinder im Sinne des § 32 Abs. 3 und 4 S. 1 Nr. 1 bis 3 EStG an, BMF vom 17.11.2004, IV C 4 S 2222- 177/04, Rd.Nr. 157, BetrAV 2004 S. 745.

39 Zu wirtschaftlichen Unterscheidungskriterien: *Gohdes*, BetrAV 1999 S. 188 (189).

40 *Bode/Obenberger*, Die Betriebliche Altersversorgung nach dem Betriebsrentengesetz, 2005, Rd.Nr. 30. Zu den Bestimmungsmethoden siehe *Blomeyer/Rolfs/Otto*, a.a.O. (Fn. 10), Anh. § 1 Rd.Nr. 212 ff.

41 *Blomeyer*, BetrAV 1996 S. 310; *Bode/Grabner*, BetrAV 1974 S. 195.

42 Zum Rechtsbindungswillen ausdrücklich BAG vom 7.9.2004 – 3 AZR 550/03 –, BetrAV 2005 S. 201

43 So schon *Blomeyer*, a.a.O. (Fn. 41), S. 313: Auch wenn die Umwandlungsmethode garantierte und damit schon bestimmte Leistungswerte enthält, so geht doch stets die verbindliche Beitragsbestimmung voran.

soll sie variabel, lediglich bestimmbar und hinsichtlich ihrer Höhe unverbindlich sein. Diese Konstellation wirft die Frage der Abgrenzung der beitragsorientierten Leistungszusage von der reinen Leistungszusage auf. Eine Meinung⁴⁴ grenzt die beitragsorientierte Leistungszusage von der reinen Leistungszusage nach der Verbindlichkeit von Leistung oder Beitrag ab. Nach der anderen Meinung liegt eine beitragsorientierte Leistungszusage vor, wenn zusätzlich zur Höhe der Versorgungsleistung dem Arbeitnehmer auch der Beitrag mitgeteilt wird, den der Arbeitgeber zur Finanzierung aufwendet⁴⁵. Ausgehend von der Bestimmtheit und Verbindlichkeit des Zusagegegenstandes kann u.E. nur die erstgenannte Meinung tragen. Wenn die Mitteilung der Höhe der Versorgungsleistung und der dafür aufgewendeten Beiträge das Unterscheidungskriterium ist, ob eine beitragsorientierte Leistungszusage oder eine Leistungszusage vorliegt, dann ergäbe sich der Haftungsumfang für den Arbeitgeber erst bei Auslegung des Rechtsbindungswillens durch die Gerichte⁴⁶.

Eine möglichst klare Strukturvorgabe in der Versorgungsordnung sollte aus praktischer Erwägung aber vorgenommen werden. So kommt aus unserer Sicht der Wille, sich nur mit der Höhe des zugesagten Beitrages binden zu wollen, mit dem Hinweis zum Ausdruck, dass sich die Leistungen im Versorgungsfall der Höhe nach aus dem versicherungsmathematischen Modell ergeben. Im Übrigen bietet sich der Hinweis an, dass das Versorgungsniveau auf der Grundlage des versicherungsmathematischen Modells variabel ist.

3. Beitragszusage mit Mindestleistung

Die Beitragszusage mit Mindestleistung will ein Versorgungskapital aus der Summe der gezahlten Beiträge und der daraus erzielten Erträge garantieren, soweit sie nicht rechnungsmäßig für einen biometrischen Risikoausgleich verbraucht wurden (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrAVG). Dieses Mindest-Versorgungskapital einschließlich planmäßig zuzurechnender Zinsen ist strukturell das Ergebnis einer bestimmten und verbindlich zugesagten Beitragssumme. Hier wird also auch nur eine veränderliche, der Höhe nach bestimmbare Versorgungsleistung zugesagt. Damit ließe sich theoretisch ein bedarfsorientiertes Leistungsspektrum auf der Grundlage eines bestimmten Beitrages abbilden. Jedoch muss hier gesehen werden, dass das Gesetz den Verbrauch von Risikoprämien für den Risikoschutz hinnimmt, der zu einer Minderung der umgewandelten Beiträge führen darf. Die bestimmbare Versorgungsleistung zielt nach dem Wortlaut des Gesetzes also rein auf die Altersversorgung und nicht auf die Invaliden- und Hinterbliebenenversorgung ab. Die Beitragszusage mit Mindestleistung ist daher unserer Meinung nach systematisch für die reine Risikoversorgung nicht passend.

III. Geeignete Durchführungswegen

Da in Deutschland weder der Pensionsfonds noch die Pensionskasse die separate Risikoversorgung anbieten, bleibt die Betrachtung der Direktzusage, der Direktversicherung und der Unterstützungskasse übrig.

1. Rückgedeckte Direktzusage

Als Durchführungsweg kommt nach wie vor der Direktzusage⁴⁷ die größte Bedeutung zu (§ 1 Abs. 1 S. 1 BetrAVG).

44 Andresen/Förster/Rößler/Rühmann, Betriebliche Altersversorgung, Band I, Lieferung 8, Stand 11/2005, Teil 9A Rd.Nr. 1570 u. 1602; Blomeyer/Rolfs/Otto, a.a.O. (Fn. 10), § 1 Rd.Nr. 83.

45 Höfer, Gesetz zur Verbesserung der Betrieblichen Altersversorgung, Band I, Arbeitsrecht, 8. Aufl. 2005, § 1 Rd.Nr. 2519.

46 Bei versicherungsförmiger Durchführung, wenn also ein Versorgungsträger systembedingt eingeschaltet ist, soll im Zweifel eine Zusage auf betriebliche Altersversorgung anzunehmen sein, BAG, a.a.O. (Fn. 42).

47 Dieser Durchführungsweg macht 60% der Deckungsmittel in der betrieblichen Altersversorgung aus, vgl. Schwind, BetrAV 2006 S. 422.

Das mag vor allem daran liegen, dass bei der unmittelbar gegenüber dem Arbeitnehmer erteilten Zusage kein Versorgungsträger beteiligt ist und daher für den Arbeitgeber die größte Gestaltungsfreiheit⁴⁸ auf der Grundlage des Betriebsrentengesetzes besteht.

a) Risikorückdeckung

Als Rückdeckungsversicherung, die im Gegensatz zu den versicherungsförmigen Durchführungswegen nicht im Betriebsrentenrecht wirkt (§ 1b Abs. 2 und Abs. 3 BetrAVG), eignet sich hier nur die selbständige Berufsunfähigkeitsversicherung⁴⁹ und die reine Todesfallversicherung. Da die betriebliche Altersversorgung im Sinne der angloamerikanischen Risikoversorgung auf die Aktivenphase beschränkt ist, kommen diese Versicherungen regelmäßig temporär zum Einsatz.

aa) Individuelle Beitragskalkulation

Die Invaliditätsversorgung in Form der individuell kalkulierten selbständigen Berufsunfähigkeitsversicherung, die eine der Höhe nach garantierte Rente im Versicherungsfall leistet, kann auf eine bestimmte Laufzeit, also *n-jährig*⁵⁰ kalkuliert werden. Individuell kalkulierte *n-jährige* Berufsunfähigkeitsversicherungen bilden kein Deckungskapital⁵¹ zur Verwendung für Erlebensfall-Leistungen. Um den Beitrag für diese Versicherung über die gesamte Laufzeit konstant zu halten, werden Prämienreserven gebildet. Dieses Deckungskapital ist grundsätzlich rückkaufsfähig. Damit bleiben die Beiträge während der kalkulierten Laufzeit gleich, soweit die Überschussleistung⁵² nicht zur Verrechnung des laufenden Beitrags verwendet wird.

Um Phasen der Aktivenzeit wirklichkeitsnah im Risiko zu erfassen, können auch individuell kalkulierte *einjährige* Versicherungen sinnvoll sein, die Jahr für Jahr laufend immer wieder neu abgeschlossen werden. Bei diesen sog. einjährig laufenden Versicherungen steigt der Beitrag im Laufe der Jahre bei gleich bleibender Versorgungsleistung, da jedes Jahr eine neue Kalkulation zu dem dann maßgeblichen Eintrittsalter erfolgt. Die individuell kalkulierten einjährig laufenden Versicherungen sind im Gegensatz zur individuell kalkulierten *n-jährigen* Versicherung regelmäßig nicht überschussberechtigt, da eben eine wirklichkeitsnahe Beitragskalkulation zugrunde liegt. Individuell kalkulierte einjährige Versicherungen bilden kein Deckungskapital, insbesondere auch keine Prämienreserven.

Während die individuell kalkulierte *n-jährig* laufende Berufsunfähigkeitsversicherung für die betriebliche Altersversorgung mit Einzelversicherungscharakter vorzuziehen sein wird, rückt die individuell kalkulierte einjährig laufende Versicherung bei der Kollektivversicherung für größere Gruppen in den Vordergrund, insbesondere für Kollektive mit einem niedrigen Durchschnittsalter.

Zwar ist mit der temporären Berufsunfähigkeitsversicherung auch eine (Invaliditäts-) Altersrente versicherbar. In der Aktivenzeit steht die auf den Zeitpunkt der Pensionierung abgekürzte Rente nach dem angloamerikanischen Modell jedoch

48 Grundlegend dazu BAG vom 13.10.1972 – 3 AZR 278/71. Teilnahmeberechtigung, Versorgungsziele, Leistungsstrukturen und besondere Leistungsvoraussetzungen sind deshalb ganz weitgehend autonom gestaltbar. Überblick zu den Grenzen der Vertragsfreiheit bei Blomeyer/Rolfs/Otto, a.a.O. (Fn. 10), Anh § 1 Rd.Nr. 132 ff.

49 Zu Anfängen dieser Versicherung in Deutschland: Osburg/Schulz, BetrAV 1977 S. 157.

50 In der Praxis bedeutet dies, dass die Laufzeit einer Versicherung mehr als nur ein Jahr beträgt.

51 Das Deckungskapital ist die zu einem bestimmten Zeitpunkt vorhandene Summe der mit dem Rechnungszins verzinslich angesammelten Sparbeiträge der Prämien und der Prämienreserven.

52 Die Überschussbeteiligung ist das Guthaben aus einer vorsichtigen Beitragskalkulation.

im Vordergrund. Die Berufsunfähigkeitsversicherung kann anstelle der Rente auch ein Risikokapital versichern.

Für die individuell kalkulierte n-jährige und die einjährig laufende Todesfallversicherung mit einmaliger Kapitalzahlung im Versicherungsfall gilt das oben zur Berufsunfähigkeitsrente Gesagte entsprechend. Auch wenn separat Hinterbliebenenrenten versichert werden können, steht die Kapitalversorgung in der Aktivenzeit nach dem angloamerikanischen Modell im Vordergrund.

Soweit die aufgrund individueller Beitragskalkulation ermittelte Versicherungsleistung bestimmte Leistungsgrenzen übersteigt⁵³, muss eine *Rückversicherung* erfolgen, da in diesen Fällen das Risiko nicht vollständig vom Erstversicherer getragen wird. Hier ist insgesamt nur eine angemessene Versorgung versicherbar, deren Beurteilung sich an die Interpretation der Angemessenheit einer Versorgung durch den BFH und das BMF⁵⁴ anlehnt. Ein nicht unerheblicher Aufwand entsteht durch die individuelle Risikoprüfung sowohl beim Erst- als auch beim Rückversicherer. Soweit die Versicherung danach möglich ist, muss mit Prämienzuschlägen, Ausschlussklauseln oder Leistungsbegrenzungen gerechnet werden. Deshalb ist es bei der Risikoversicherung sinnvoll, die Versicherbarkeit des individuellen Risikos durch eine Lebensversicherung als Bedingung (§ 158 Abs. 2 BGB) für den Erwerb der Anwartschaft und deren Höhe auszugestalten.

bb) Kollektive Beitragskalkulation

Neben der Möglichkeit, die Beiträge für die oben beschriebenen n-jährigen und einjährig laufenden Versicherungen nach dem individuellen versicherungsmathematischen Äquivalenzprinzip zu kalkulieren, können Risikoversicherungen auch mit kollektivem Beitrag kalkuliert werden. Anstelle der individuellen Leistungswahrscheinlichkeit wird, ausgehend von bestimmten zu versichernden Leistungen, der Erwartungswert für einen kollektiven Schaden ermittelt, der der Prämie für eine bestimmte Zeiteinheit⁵⁵ entspricht. Aufgrund der fortlaufenden Prämienkalkulation ist eine Überschussberechtigung nicht erforderlich, da auch hier Risiko- und Zinsgewinne schon bei der Beitragskalkulation wirklichkeitsnah berücksichtigt werden. Eine Prämienreserve wird hier nicht gebildet.

Die Wahrscheinlichkeit der Leistungspflicht für den Versicherer sinkt, wenn der Arbeitgeber als Versicherungsnehmer einen Teil des kollektiven Gesamtschadens pro Zeiteinheit selbst trägt (*Stopp loss-Versicherung*). Je höher der Selbstbehalt ist, umso niedriger fällt die Prämie zur Stopp loss-Versicherung aus.

Obwohl die Rückversicherung technisch auch für Versicherungen mit kollektiver Beitragskalkulation in Betracht kommt, beschränkt sich die Praxis derzeit auf die Rückversicherung individuell kalkulierter Risiken.

cc) Abrechnungsverbände

Für große Versicherungskollektive kann der Versicherer mit dem Arbeitgeber die reine Risikoversicherung auch über einen

53 75 bis 85% der BBG als derzeit durchschnittlicher Branchenwert.

54 BMF vom 3.11.2004, IV B 2 – S 2176 – 13/04, BetrAV 2004 S. 755; der BFH geht in ständiger Rechtsprechung von einer zur Korrektur der Pensionsrückstellungen führenden Überversorgung aus, wenn die laufenden Aufwendungen für die Altersvorsorgung (Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteil zur gesetzlichen Sozialversicherung, freiwillige Leistungen des Arbeitgebers für Zwecke der Altersversorgung und Zuführungen für eine Pensionsrückstellung) 30 v.H. des steuerpflichtigen Arbeitslohnes übersteigen. Alternativ nimmt er auch dann eine Überversorgung an, wenn die Versorgungsanwartschaft zusammen mit der Rentenanwartschaft aus der gesetzlichen Rentenversicherung 75 v.H. der Aktivbezüge übersteigt, BFH vom 31.3.2004 – I R 70/03 –, BetrAV 2004 S. 674 m.w.N.

55 Die Zeiteinheit beträgt meistens ein Jahr.

eigenen nationalen Abrechnungsverband abbilden. Hier wird zunächst ein Kollektivversicherungsvertrag geschlossen, dem regelmäßig eine individuelle Prämienkalkulation⁵⁶ zugrunde liegt. Diese Prämie wird jährlich mit den regulierten Schäden des versicherten Kollektivs abgerechnet. Die Abrechnung ist solange und insoweit von Vorteil, als die regulierten Schäden geringer sind als die für die maßgebliche Zeiteinheit kalkulierten Prämien.

Zur Vermeidung einer individuellen Risikoprüfung, wie sie bei der Rückversicherung erforderlich ist, kann die Versicherung einem multinationalen Abrechnungsverband zugeordnet werden, der Versicherungskollektive aus mehreren Ländern in eine eigene Gewinnabrechnung mit einbezieht (*multinationales Pooling*). Die Risikoübernahme durch den Versicherer, der am multinationalen Pool teilnimmt, ist dann bis zum sog. free cover limit ohne weiteres möglich. Das free cover limit von Versicherer und Pool liegt in Deutschland betragsmäßig derzeit deutlich über der Risikoprüfungsgrenze für die Rückversicherung.

Obwohl Versicherungen mit kollektiver Beitragskalkulation versicherungstechnisch auch in Abrechnungsverbände eingebracht werden können, beschränkt sich die Praxis derzeit auch hier auf die Abrechnung individuell kalkulierter Risiken.

b) Bilanzielle Auswirkung beim Arbeitgeber

Der die Zusage erteilende Arbeitgeber⁵⁷ geht mit der Direktzusage Verbindlichkeiten hinsichtlich der Invaliditäts- und Hinterbliebenenversorgung ein. Da die Fälligkeit dieser Versorgungsleistungen ungewiss ist, müssen Rückstellungen in der Handelsbilanz⁵⁸ gebildet werden (sog. Pensionsrückstellungen). § 6a Abs. 1 EStG und die Einkommensteuerrichtlinien R 41 EStR stellen eigene Voraussetzungen für die steuerliche Anerkennung der Zulässigkeit und Höhe der Rückstellung in der Steuerbilanz⁵⁹ auf, die auch Auswirkungen auf die Gestaltung der Direktzusage haben⁶⁰. Die Rückdeckungsversicherung, deren Prämien für den Arbeitgeber Betriebsausgaben darstellen, ist in der Höhe des Versicherungsanspruchs⁶¹ (sog. Rückdeckungsanspruch) als Forderung gegen den Versicherer zu aktivieren⁶². Der Rückdeckungsanspruch ist dabei grundsätzlich mit dem Deckungskapital zuzüglich etwaiger Guthaben aus Überschussbeteiligungen anzusetzen. Demnach sind die individuell kalkulierten n-jährigen Rückdeckungsversicherungen mit der verzinsten Prämienreserve und einer eventuell vorhandenen Überschussbeteiligung zu aktivieren. Da sowohl die individuell kalkulierten einjährig laufenden Rückdeckungsversicherungen als auch die Rückdeckungsversicherungen mit kollektiver Beitragskalkulation weder Deckungskapital bilden noch überschussberechtigt sind, können diese nicht aktiviert werden. Bei dem eigenen Abrechnungsverband, national oder multinational, muss der

56 Sowohl die n-jährigen Versicherungen als auch die einjährig laufenden Versicherungen kommen hier in Betracht.

57 Auch für inländische nichtselbstständige Zweigniederlassungen ausländischer Kaufleute besteht nach §§ 238 ff. HGB die Verpflichtung, Handelsbücher zu führen (*Baumbach/Hopt*, a.a.O. (Fn. 18), § 238 Rd.Nr. 9) und eine Gewinnermittlung nach deutschem Steuerrecht vorzunehmen, § 49 Abs. 1 Nr. 2 a EStG.

58 § 249 Abs. 1 S. 1 HGB i.V.m. Art. 28 EGHGB und § 253 Abs. 1 S. 2 HGB. Die einmal bilanzierte Pensionsrückstellung darf erst dann wieder aufgelöst werden, wenn die Verpflichtung entfallen ist, § 249 Abs. 3 S. 2 HGB.

59 Der Grundsatz der umgekehrten Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz regelt deren Verhältnis zueinander. Das steuerliche Wahlrecht zur Bildung von Pensionsrückstellungen muss daher immer dann ausgeübt werden, wenn in der Handelsbilanz Pensionsrückstellungen gebildet wurden.

60 Zur Angemessenheit der Versorgungsleistung aus steuerlicher Sicht: *Blomeyer/Rolfs/Otto*, a.a.O. (Fn. 10), StR F, Rd.Nr. 23-38.

61 BFH vom 28.6.2001 – IV R 41/00 –, BetrAV 2002 S. 97, H 41 EStR; ausführlich Finanzgericht Köln, 16.11.2005 – 13 K 3009/04 – m.w.N.

62 Die Rückdeckungsversicherungen sind als Forderung unter den sonstigen Vermögensgegenständen des Umlaufvermögens zu aktivieren, § 266 Abs. 2 B II Nr. 4 HGB.

aus der Abrechnungsvereinbarung Berechtigte das ihm zuge- teilte Guthaben aktivieren⁶³.

Im Falle der Anwendbarkeit der International Financial Reporting Standards⁶⁴ werden die Rechnungslegung und die Bewertung länderübergreifend generalisiert⁶⁵. Der die Zusage erteilende Arbeitgeber könnte theoretisch ein sog. Contractual Trust Arrangement Modell (CTA) wählen und das als Deckungsmasse für die Pensionsverpflichtungen zu verwendende Vermögen (sog. plan assets) bilanziell auslagern, ohne dass es der Zustimmung der Arbeitnehmer bedarf⁶⁶. Neben der bilanztechnischen Auswirkung⁶⁷ führt diese Auslagerung auch zur Vermeidung einer zweckentfremdeten Mittelverwendung und dient zugleich dem Insolvenzschutz. Bei der separaten Risikoversorgung sollte jedoch berücksichtigt werden, dass im Gegensatz zu der Höhe der Pensionsrückstellungen für die Altersrente die Höhe der Pensionsrückstellungen für die Invaliditäts- und die Hinterbliebenenrente mit zunehmendem Alter des aktiven Arbeitnehmers abnimmt. Es bedarf daher einer sorgfältigen Prüfung, ob ein CTA mit den dadurch entstehenden Verwaltungskosten für die reine Risikoversorgung sinnvoll ist⁶⁸.

c) Einkommensteuerliche Auswirkung beim Arbeitnehmer

Für den Arbeitnehmer hat die Direktzusage den Vorteil, dass die Beiträge des Arbeitgebers in der Anwartschaftsphase kein zufließendes Einkommen darstellen. Erst die Versorgungsleistungen bei Invalidität und die Leistungen der Hinterbliebenenversorgung sind im Falle des Zuflusses Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit (§ 19 Abs. 1 Nr. 2 EStG).

2. Direktversicherung

Wird zum Zwecke der betrieblichen Altersvorsorge eine Lebensversicherung auf das Leben des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber abgeschlossen und sind der Arbeitnehmer oder seine Hinterbliebenen hinsichtlich der Leistungen des Versicherers ganz oder teilweise bezugsberechtigt, so liegt eine Direktversicherung vor (§ 1b Abs. 2 S. 1 BetrAVG). Mangels einer Begrenzung des Betriebsrentengesetzes auf bestimmte Tarife können daher alle versicherungsaufsichtsrechtlich und -vertraglich zulässigen Formen der Lebensversicherung arbeitsrechtlich zum Gegenstand der Direktversicherung gemacht werden⁶⁹. Neben den Kapitalbildenden Lebensversicherungen kommen daher auch reine Risikoversicherungen in Betracht. Die Ausführungen zum Spektrum der Risikoversicherungen bei der Risiko-Rückdeckungsversicherung gelten entsprechend.

63 Auch das Guthaben aus dem eigenen Abrechnungsverband ist als Forderung unter § 266 Abs. 2 B II Nr. 4 HGB zu aktivieren.

64 Und US-GAAP.

65 Zur Bilanzierung und Bewertung: *Kolvenbach/Sartorius*, Bilanzielle Auslagerungen von Pensionsverpflichtungen, 2004, III J, S. 199.

66 Da hier weder ein Wechsel des Durchführungsweges noch die Übertragung der Zusage auf einen anderen Versorgungsträger vorliegt, bedarf es keiner Zustimmung des Begünstigten, *Kolvenbach/Sartorius*, a.a.O. (Fn. 65), III J, S. 210. Die Verfügung bezieht sich auf die Finanzierungsmethode Risiko - Rückdeckungsversicherung, die dem Betriebsrentengesetz nicht unterfällt.

67 Die Auslagerung der plan assets in den Bilanzanhang und die Reduzierung der Höhe der Pensionsrückstellungen durch die Saldierungsmöglichkeit von Pensionsverpflichtungen mit den plan assets führt insgesamt zu einer Bilanzverkürzung und kann somit zu einer Verbesserung der sog. Eigenkapitalquote in der Bilanz führen.

68 Darüber hinaus ist für den Fall, dass das Deckungskapital der Rückdeckungsversicherung als plan assets übertragen werden soll, daran zu denken, dass u.U. nur ein sehr geringes Deckungskapital oder gar keines vorhanden ist.

69 Eine Zusammenfassung der möglichen Arten der Lebensversicherungen findet sich in R 26 Abs. 1 EStR. Sachversicherungen, wie insbesondere die Unfallversicherung sind hiervon nicht umfasst, *Blomeyer/Rolfs/Otto*, a.a.O. (Fn. 10), § 2 Rd.Nr. 165, § 1 Rd.Nr. 72 ff.

a) Bilanzielle Auswirkungen beim Arbeitgeber

Für den Arbeitgeber stellen die Beiträge zur Direktversicherung Aufwand für Arbeitslohn und somit eine sofort abziehbare Betriebsausgabe dar (§ 4 Abs. 4 EStG). Zwar hat der Arbeitgeber grundsätzlich alle betrieblichen Forderungen gegenüber einer Versicherung zu aktivieren, jedoch gilt ein Aktivierungsverbot in der Steuerbilanz, wenn dem Arbeitnehmer oder seinen Hinterbliebenen am Schluss des Wirtschaftsjahres hinsichtlich der Leistungen des Versicherers ein unwiderrufliches Bezugsrecht⁷⁰ eingeräumt wurde (§ 4b S. 1 EStG). Für den Fall, dass nur ein widerrufliches Bezugsrecht erteilt wurde, gelten die Ausführungen oben zur Aktivierung der Risiko-Rückdeckungsversicherung entsprechend.

b) Einkommensteuerliche Auswirkungen beim Arbeitnehmer

Die Beiträge des Arbeitgebers zur Direktversicherung⁷¹ sowohl für die Abbildung der Invaliditätsrente als auch der Hinterbliebenenrente stellen für den Arbeitnehmer in der Anwartschaftsphase zufließendes Arbeitseinkommen dar (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 EStG). Sie sind damit als solches zu versteuern, soweit sie nicht als steuerfreie⁷² Einnahmen gelten (§ 3 Nr. 63 EStG). Der Freibetrag für die Beiträge des Arbeitgebers ist auf 4% der Beitragsbemessungsgrenze der allgemeinen Rentenversicherung begrenzt (im Jahr 2006 ist dies ein Betrag in Höhe von 2.520 €). Dieser Betrag erhöht sich um maximal 1.800 €, wenn die Pauschalierungsmöglichkeit des § 40b EStG nicht genutzt wird. Sowohl die Invaliditäts- als auch die Hinterbliebenenrente ist beim Zufluss als sonstige Einkunft voll zu versteuern (§ 22 Nr. 5 EStG), soweit die Beiträge steuerfrei waren.

Da die Beiträge des Arbeitgebers für die Hinterbliebenenleistung in der Form einer einmaligen Risikokapitalleistung nicht von der steuerlichen Förderung (§ 3 Nr. 63 EStG) umfasst sind, müssen diese Beiträge in der Anwartschaftsphase voll als Arbeitseinkommen versteuert werden. Die einmalige Risikokapitalleistung ist steuerfrei, da sie nicht als Einkunft im Sinne des § 22 Nr. 5 EStG⁷³ qualifiziert werden kann. Das gleiche gilt bei der Berufsunfähigkeitsleistung in Form einer einmaligen Risikokapitalzahlung.

3. Rückgedeckte Unterstützungskasse

Bei der Unterstützungskassenzusage erhält der Arbeitnehmer einen Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Verschaffung von Versorgungsleistungen über die Unterstützungskasse. Diese gewährt den Arbeitnehmern keinen Rechtsanspruch auf ihre Leistungen (§ 1b Abs. 4 BetrAVG), weil der Rechtsgrund für die betriebliche Altersversorgung das Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist⁷⁴. Während sich die temporäre Risikoversorgung in der Aktivenzeit zivilrechtlich über eine Unterstützungskasse abbilden ließe, ergeben sich hier jedoch erhebliche Einschränkungen durch das Steuerrecht. Wie bereits dargestellt, beschränkt sich die Risikoversorge nach dem angloamerikanischen Vorbild speziell auf Leistungen in der Aktivenphase. Die erste Einschränkung ergibt sich bereits bei der steuerlichen Abzugsfähigkeit der zur Finanzierung der geplanten Risikoversorgung aufgewendeten Zuwendungen (§ 4d EStG). Grundvoraussetzung der steuerlichen Abzugsfähigkeit der Zuwendungen als Betriebsausgabe ist, dass die Unterstützungskasse *lebenslang laufende Leistungen* gewährt. Die steuerliche Abzugsfähigkeit ist also

70 *Blomeyer/Rolfs/Otto*, a.a.O. (Fn. 10), StR A Rd.Nr. 53 m.w.N.

71 Direktversicherungen mit einmaliger Kapitalzahlung sind seit dem 1.1.2005 nicht mehr steuerlich gefördert.

72 Zur selbständigen Berufsunfähigkeits-Direktversicherung: BMF vom 1.8.2006, IV C 5 - S 2333- 87/06.

73 BME, a.a.O. (Fn. 38), Rd.Nr. 217, 218 und 87.

74 BAG vom 5.7.1979 - 3 AZR 197/78 -, BetrAV 1979 S. 203.

nur dann gewährleistet, wenn für den Fall der Invalidität eine Invaliditätsrente bis zum Eintritt in das Rentenalter geleistet und anschließend nahtlos mit dem Eintritt in das Rentenalter eine lebenslange Altersrente gezahlt wird⁷⁵. Weiterhin ist wegen der höhenmäßigen Beschränkung der laufenden Leistungen der Unterstützungskasse eine kollektiv überdurchschnittlich hohe Risikoversorgung nicht immer zu verwirklichen⁷⁶. U.E. ist die Unterstützungskasse daher nicht zur Abbildung der separaten Risikoversorgung angloamerikanischen Typs in der Aktivenphase geeignet.

IV. Höhe unverfallbarer Anwartschaften für ausgeschiedene Anwärter

Je nach dem, welche Leistungsstruktur und welcher Durchführungsweg gewählt wurde, ergeben sich Unterschiede in der Höhe der unverfallbaren Versorgungsanwartschaften ausgeschiedener Anwärter⁷⁷. Für diese haftet der Arbeitgeber unmittelbar oder mittelbar (§ 1b Abs. 1 S. 1, S. 3. und § 2 BetrAVG), wenn diese Anwartschaften nicht als sog. Kleinstanwartschaft abgefunden werden können (§ 3 BetrAVG)⁷⁸ oder keine einvernehmlich schuldbeitragende Übertragung auf einen neuen Arbeitgeber (§ 4 Abs. 2 und Abs. 6 BetrAVG) zustande kommt.

1. Direktzusage und Leistungszusage

Für die Direktzusage, die als Leistungszusage strukturiert ist, gilt zur Bestimmung der Höhe der unverfallbaren Anwartschaften das sog. ratierliche Verfahren (§ 2 Abs. 1 S. 1 BetrAVG). Danach besteht ein Anspruch mindestens in Höhe des Teils der ohne das vorherige Ausscheiden zustehenden Leistung, der dem Verhältnis der Dauer der Betriebszugehörigkeit zu der Zeit vom Beginn der Betriebszugehörigkeit bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres⁷⁹ entspricht. Für die Höhe der zugesagten Leistung ist also allein die Dauer der Betriebszugehörigkeit maßgeblich, die Betriebstreue ist das Motiv der Zusage.

Wie bereits angesprochen, werden in der Praxis individuell kalkulierte n-jährige und einjährig laufende Risikoversicherungen als Rückdeckungsversicherung verwendet. Diese Tarife bilden entweder kein Deckungskapital oder nur eine geringfügige verzinste Prämienreserve. Darüber hinaus fallen bei den individuell kalkulierten einjährig laufenden Risikoversicherungen auch keine Überschussanteile an. Im Falle einer Beitragsfreistellung individuell kalkulierter n-jähriger Risikoversicherungen kann daher keine dem Versorgungszweck genügende Versicherungsleistung mehr erbracht werden. Bei Beendigung der Beitragszahlung zu den individuell kalkulierten einjährig laufenden Versicherungen gilt das gleiche. Die Finanzierung eines ratierlichen Zusageniveaus über die Risiko-Rückdeckungsversicherung kann also nur bei entsprechender beitragspflichtiger Fortführung über den Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus erfolgen. Diese Fortführung kann dem Arbeitgeber dadurch erleichtert werden, dass er bei individuell kalkulierten n-jährigen Risikoversicherungen die Überschussbeteiligungen mit

den laufenden Beiträgen verrechnet oder im Rahmen eigener Abrechnungsverbände, sei es national oder multinational, den überzahlten Beitragsteil zur Fortführung verwendet. Im Falle der Risikoversicherung mit kollektiver Beitragskalkulation wird die Aufrechterhaltung von Teilanwartschaften Einzelner regelmäßig wirtschaftlich nicht ins Gewicht fallen, insbesondere bei der Stopp loss-Versicherung.

2. Direktzusage und beitragsorientierte Leistungszusage

Wenn man hingegen die Direktzusage mit der Struktur der beitragsorientierten Leistungszusage verknüpft, dann tritt an die Stelle der ratierlich ermittelten Anwartschaft die vom Zeitpunkt der Zusage auf betriebliche Altersversorgung bis zum Ausscheiden des Arbeitnehmers erreichte Anwartschaft auf Leistungen aus den bis dahin umgewandelten Beiträgen (§ 2 Abs. 5a 2. Halbsatz BetrAVG). Der Begriff dieser erreichten Anwartschaft muss u.E. sowohl nach dem Zweck der Versorgung als auch nach der zugrunde liegenden Struktur bestimmt werden.

Der Versorgungszweck besteht darin, während der Dienstzeit Beiträge für eine Versorgung im Fall der Berufsunfähigkeit bzw. bei Tod aufzuwenden. Die Beitragsverpflichtung stellt dabei die Leistungsbestimmung im Versorgungsfall sicher und befristet den Versorgungszweck zugleich. Die Äquivalenz von Arbeitsleistung und Versorgungsbeitrag wird auf die Versorgungsleistung ausgedehnt. Daher kann als Umwandlungsmedium das versicherungsmathematische Modell in Form eines Berufsunfähigkeitsversicherungstarifes bzw. eines Risikolebensversicherungstarifes zum Gegenstand der Zusage gemacht werden. Denn nur so kann die Ausscheidewahrscheinlichkeit aufgrund von Invalidität und die Wahrscheinlichkeit des Todesfalls, zusätzlich zur Verzinsung, zur beitragsorientierten Leistungsbestimmung genutzt werden. Entfällt nun nach der Dienstzeit die Verpflichtung des Arbeitgebers, Beiträge zu leisten, dann kann aber aufgrund des versorgungsspezifischen Risikotarifs, nach Beitragsfreistellung der individuell kalkulierten n-jährigen Versicherung oder der Beendigung der Beitragszahlung bei der individuell kalkulierten einjährig laufenden Versicherung, die dem Versorgungszweck entsprechende tarifliche Leistung nicht mehr bestimmt werden. Die erreichte Anwartschaft kann sich daher nur auf eine gegebenenfalls vorhandene geringe Prämienreserve beziehen. Ein Vertrauensschutz, der etwa auf die Aufrechterhaltung einer bestimmten Leistungshöhe gerichtet ist, wird bei der beitragsorientierten Leistungszusage – im Gegensatz zur Leistungszusage für die Betriebstreue – eben nicht begründet. Eine Verknüpfung von Leistungszusage und beitragsorientierter Leistungszusage hat der Gesetzgeber nicht vorgesehen. Der Begriff der erreichten Anwartschaft enthält u.E. konsequent auch kein ungeschriebenes werterhaltendes Moment derart, dass der ausgeschiedene Arbeitnehmer das Recht haben muss, die Rückdeckungsversicherung mit eigenen Beiträgen fortsetzen zu können. Hätte der Gesetzgeber diese Werterhaltung gewollt, dann wäre ihm die Formulierung einer Werterhaltung möglich gewesen. Das muss erst recht gelten, da die sog. versicherungsvertragliche Lösung für die Direktversicherung von Anfang an im Betriebsrentengesetz geregelt war und der Gesetzgeber mit einer versicherungsvertraglichen Wirkung auf das Betriebsrentengesetz auch bei der Direktzusage sicherlich schwierige Abgrenzungsfragen zwischen unmittelbarer und versicherungsförmiger Versorgung herauf beschworen hätte. Im Übrigen muss auch grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass ein dem Versicherungsaufsichtsrecht entsprechender und damit rechtmäßiger Versicherungstarif ein Maßstab für die Umwandlung von Beiträgen in Versorgungsanwartschaften ist, der billigem Ermessen (§ 315 Abs. 1 BGB) entspricht.

75 Tariflich bedeutet dies, dass der Versicherer in Falle des Eintritts der Invalidität die Beiträge für die anschließende Altersrente finanziert. *Blomeyer/Rolfs/Otto*, a.a.O. (Fn. 10), StR A Rd.Nr. 225: Eine lebenslang laufende Leistung wird dann nur begrifflich in zwei verschiedene Rentenarten aufgeteilt. Dieses Prinzip entspricht eher der skandinavischen Praxis. Dieses Modell entspricht auch dann nicht der angloamerikanischen separaten Risikoversorgung, wenn anstelle der lebenslangen Altersrente eine Kapitalleistung tritt (§ 4d Abs. 1 Nr. 1 S. 7 EStG).

76 Die Unterstützungskassen verlieren ihre Befreiung von der Körperschaftsteuer, wenn die vorgegebenen Beträge überschritten werden, §§ 3 Nr. 3, 2 Abs. 2 KStDV. Dies gilt auch bei den sog. unsegmentierten Unterstützungskassen.

77 Ausführlich zur Problematik der Höhe der unverfallbaren Anwartschaften: *Vogel/Vieweg*, BetrAV 2005 S. 144.

78 Beträge für 2006: 24,50 € laufende monatliche Rente, 2.940 € bei Kapitalleistungen.

79 Soweit nichts anderes bestimmt ist, § 2 Abs. 1 S. 1 2. HS BetrAVG.

Sollte sich die beitragsorientierte Leistungszusage, die ein *Leistungsspektrum* abdeckt, für die separate Risikozusage in der Praxis durchsetzen, kann sinnvoll zur Rückdeckung insbesondere auf individuell kalkulierte n-jährige Versicherungen zurückgegriffen werden. Denn hier ist der Beitrag der Höhe nach gleich bleibend und damit für den Arbeitgeber kalkulierbar. Soweit Überschüsse gebildet werden, empfiehlt sich deren verzinste Ansammlung oder Verwendung zur Erhöhung der Versicherungsleistung. Die Verwendung von Überschüssen zur Beitragsverrechnung bietet sich hier nicht an, da das System der Beitragsbemessung dadurch gestört wird. Individuell kalkulierte einjährig laufende Versicherungen bieten sich für diese Variante eher nicht an. Bei gleich bleibendem Beitrag fallen dort die Versicherungsleistungen, was dem Versorgungsbedarf nicht unbedingt entspricht. Andernfalls müssten erst Beitragstabellen erstellt werden. Risikoversicherungen mit kollektiver Beitragskalkulation eignen sich nicht zur Rückdeckung der beitragsorientierten Leistungszusage, da hier die Summe der individuellen Versorgungsleistungen versichert wird. Individueller Beitrag und individuelle Versicherungsleistung werden nicht ausgewiesen. Der Bestimmungsdreiklang Umwandlungsbeitrag, Umwandlungsmethode und erreichte Anwartschaft müsste also nachträglich individualisiert werden. Die eigene Gewinnabrechnung, national oder multinational, lässt die Struktur der beitragsorientierten Leistungszusage unberührt.

3. Direktversicherung und Leistungszusage

Scheidet der Arbeitnehmer nach Eintritt der Unverfallbarkeit der Versorgungsanwartschaft und vor Eintritt des Versorgungsfalles aus dem Unternehmen aus, gilt auch für die Leistungszusage über die Direktversicherung die sog. ratierliche Berechnung (§ 2 Abs. 1 BetrAVG). Dabei ist die Leistungszusage im Valutaverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer grundsätzlich abstrakt zur Direktversicherung im Deckungsverhältnis zwischen dem Arbeitgeber und dem Versicherer zu sehen⁸⁰. Deshalb kommt es bei der Verwendung von Risikoversicherungen zu der Problematik, dass infolge einer Beitragsfreistellung bzw. Beendigung der Beitragszahlung der Versicherer die dem Versorgungszweck genügende Leistung nicht mehr erbringen kann. Es steht allenfalls ein geringer oder gar kein Rückkaufswert zur Verfügung, der versicherungstechnisch für die Versorgung verwendet werden könnte. Um jedoch der Betriebstreue Rechnung zu tragen, regelt das Gesetz die Haftung des Arbeitgebers für die Differenz zwischen dem ratierlich ermittelten Teilanspruch und der nach dem Versicherungsvertrag zu erbringenden Versicherungsleistung (§ 2 Abs. 2 S. 1 BetrAVG). Der Arbeitgeber wird demnach vor die Wahl gestellt, ob er den ratierlichen Teilanspruch im Valutaverhältnis ergänzend selbst aufrecht erhält, oder ob er im Deckungsverhältnis Beiträge für eine Risikoversicherung mit der entsprechenden Versicherungsleistung auch nach Ausscheiden des Arbeitnehmers beitragspflichtig weiterführt, um den Verschaffungsanspruch im Versorgungsfall erfüllen zu können. Diese Wahlmöglichkeit ist konsequent, da der Arbeitgeber sich bei dieser Zusagestruktur nicht zur betragsmäßig bestimmten oder regelmäßigen Beitragszahlung verpflichtet, sondern eine Leistung der Höhe nach rechtsverbindlich zusagt.

Im Hinblick auf die verbindliche Vorgabe einer bestimmten Leistung sind grundsätzlich alle bei der Rückdeckungsversicherung erwähnten Tarifvarianten auch für die Direktversicherung anwendbar, einschließlich eigener Abrechnungsbände und der Rückversicherung.

4. Direktversicherung und versicherungsförmige Lösung

Anstelle der ratierlichen Bemessung der Leistung bestimmt sich die Höhe der unverfallbaren Anwartschaften bei der sog. versicherungsförmigen Lösung nach der von dem Versicherer aufgrund des Versicherungsvertrages zu erbringenden Versicherungsleistung, wenn der Arbeitgeber dies unter bestimmten Voraussetzungen verlangt. Die Voraussetzungen dafür sind in § 2 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 bis Nr. 3 BetrAVG geregelt. So muss spätestens drei Monate nach dem Ausscheiden des Arbeitnehmers das Bezugsrecht unwiderruflich sein. Eine Abtretung oder Beleihung des Rechts aus dem Versicherungsvertrag durch den Arbeitgeber darf nicht vorliegen und Beitragsrückstände dürfen nicht vorhanden sein. Spätestens ab Beginn der Betriebszugehörigkeit müssen nach dem Versicherungsvertrag die Überschussanteile nur zur Verbesserung der Versicherungsleistung verwendet werden. Darüber hinaus muss dem Arbeitnehmer nach dem Versicherungsvertrag das Recht zur Fortsetzung der Versicherung mit eigenen Beiträgen möglich sein.

Durch die versicherungsförmige Lösung wird also die Direktversicherung insgesamt, und nicht nur die Verschaffung der Versicherungsleistung (§ 2 Abs. 2 S. 1 BetrAVG) oder nur die versicherungstarifliche Umwandlungsmethode (§ 2 Abs. 5a 2. Halbsatz BetrAVG), zum Gegenstand der Zusage gemacht. Die wesentlichen Vertragsbestandteile der Versicherung wie Leistung, Beitragszahlung, Überschussverwendung und Verfügungen wirken hier versicherungsvertraglich im Betriebsrentenrecht. Das Deckungsverhältnis wird also mit dem Valutaverhältnis verwoben. Damit wird die Direktversicherungszusage von der Struktur der Leistungszusage in eine *spezielle Struktur* gewandelt, die nach Ausscheiden des Arbeitnehmers und Zahlung aller versicherungsvertraglich geschuldeten Beiträge ihr verbindliches Maß annimmt. Diese Struktur unterscheidet sich von der oben behandelten beitragsorientierten Leistungszusage, bei der das Betriebsrentenrecht keine versicherungsvertraglichen Wirkungen regelt. Das Maß dieser speziellen Struktur wird aber weder durch die Betriebstreue noch durch das Äquivalenzprinzip getragen. Die versicherungsförmige Lösung respektiert vor allem den Willen des Arbeitgebers, sich durch Abschluss einer Direktversicherung von den Lasten einer unmittelbaren Haftung zu befreien, indem er das Risiko auf einen Lebensversicherer gegen Entgelt überträgt⁸¹. Der Arbeitgeber kann daher zur Finanzierung der Direktversicherung eine Beitragsbemessung regeln, wenngleich die Struktur der beitragsorientierten Leistungszusage für die Bestimmung der Höhe unverfallbarer Anwartschaften bei der Direktversicherung nicht greift (§ 2 Abs. 5a 2. Halbsatz BetrAVG). Die Höhe der erreichten unverfallbaren Anwartschaft bemisst sich also ab dem Zeitpunkt des Ausscheidens entweder nach der beitragsfreien Versicherungsleistung oder, wenn eine Beitragsfreistellung tariflich aufgrund von Grenzbestimmungen nicht möglich ist, nach dem Rückkaufswert. An die Stelle dieser erreichten unverfallbaren Anwartschaft kann im Wege der kausalen Novation⁸² die Rechtsstellung des Versicherungsnehmers für den ausgeschiedenen Arbeitnehmer treten, wenn er von seinem Fortsetzungsrecht Gebrauch macht.

Die versicherungsförmige Lösung verschließt sich den kollektiv kalkulierten Risikoversicherungen, da diese keine individuell bestimmbare Leistung ausweisen, ein individuelles Bezugsrecht deshalb nicht eingeräumt werden kann und die Versicherung im Übrigen auch nicht mit eigenen Beiträgen fortsetzbar ist.

⁸⁰ Blomeyer, BetrAV 1979 S. 110 (111).

⁸¹ Blomeyer, a.a.O. (Fn. 80), S.116; Blomeyer/Rolfs/Otto, a.a.O. (Fn. 10), § 2 Rd.Nr. 185; Grevenmeyer, VW 1975 S. 932 (936).

⁸² Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 64. Aufl. 2005, § 311 Rd.Nr. 8.

Wie bereits dargelegt, erfordert die Wahl der versicherungsförmigen Lösung, dass nach dem Versicherungsvertrag die Überschussanteile nur zur Verbesserung der Versicherungsleistung verwendet werden (§ 2 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BetrAVG). Bei der Wahl der versicherungsförmigen Lösung ist somit eine Beitragsverrechnung mit gegebenenfalls vorhandenen Überschüssen nicht möglich. Werden jedoch aufgrund des gewählten Risikotarifes und somit aufgrund des Versicherungsvertrages wegen der wirklichkeitsnahen Kalkulation keine Überschussanteile gebildet, dann können dem Versicherungsnehmer auch keine Überschüsse zugeteilt werden. Der Sinn und Zweck der Regelung, nämlich den Arbeitnehmer in eine dem Versicherungsnehmer angenäherte Stellung zu bringen und ihm zu ermöglichen, den Vertrag mit eigenen Mitteln fortzusetzen⁸³, wird durch die Risikoversicherung ohne Überschussanteile nicht verhindert. Der Arbeitgeber als Versicherungsnehmer kann bei diesen Risikotarifen keine andere Position erreichen. Die Einschränkung des § 2 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BetrAVG gilt also nur für die Tarife, bei denen nach dem Versicherungsvertrag Überschussanteile anfallen. Eine andere Auslegung würde dazu führen, dass nur Tarife mit einkalkulierten Überschussanteilen für die Wahl der versicherungsförmigen Lösung in Betracht kommen. Eine solche Einschränkung findet jedoch keine Grundlage im Betriebsrentengesetz und würde zudem den Arbeitgeber übermäßig belasten⁸⁴. Auch die Tatsache, dass die Beitragsfreistellung des Arbeitgebers dazu führt, dass die Versicherung erlischt, wenn der Arbeitnehmer sie nicht mit eigenen Beiträgen fortsetzen will, steht der versicherungsförmigen Lösung nicht entgegen. Da das Gesetz keine Verknüpfung von der sog. ratierlichen Berechnung mit der versicherungsförmigen Lösung vorsieht, sondern die versicherungsförmige Lösung an die Stelle der ratierlichen Berechnung tritt (§ 2 Abs. 2 S. 2 BetrAVG), ist es unerheblich, ob die versicherungsförmige Lösung für den Arbeitnehmer etwa eine geringere Leistung ergibt als die ratierliche Berechnung⁸⁵. Daher kann sich auch aus der Tatsache, dass die Versicherung erlischt, keine andere Wertung ergeben, insbesondere da ja dem Arbeitnehmer die Möglichkeit eingeräumt wird, die Versicherung mit eigenen Beiträgen fortzusetzen. Die versicherungsförmige Lösung ist demnach sowohl bei der individuell kalkulierten n-jährigen als auch bei der einjährig laufenden Risikoversicherung möglich und führt zu keiner weiteren finanziellen Belastung des Arbeitgebers nach Ausscheiden des Arbeitnehmers⁸⁶.

Die Rückversicherung und der eigene Abrechnungsverband können weder dem Valutaverhältnis noch dem Deckungsverhältnis zugeordnet werden und berühren daher die Direktversicherungszusage nicht.

C. Betriebsrentenrechtlicher Insolvenzschutz

Sowohl die im Ausland ansässige Hauptniederlassung als auch deren deutsche unselbständige Zweigniederlassung muss sich in der Rolle als Arbeitgeber fragen, ob und wie die Versorgungsanwartschaften im Fall der Insolvenz geschützt sind. Bei der Antwort dieser Frage zeigt sich, dass der Auslandsbezug nicht nur für die Erteilung der Risikoversicherungszusage, sondern auch für die gesetzliche Insolvenzversicherung besondere Fragestellungen aufwirft. Dies ist umso bedeutsamer, als bei der rückgedeckten Direktzusage der privatrechtliche Insolvenzschutz durch Verpfändung der Risiko-Rückdeckungsversicherung an den Arbeitnehmer wirtschaftlich leer läuft.

83 Blomeyer/Rolfs/Otto, a.a.O. (Fn. 10), § 2 Rd.Nr. 184.

84 Blomeyer/Rolfs/Otto, a.a.O. (Fn. 10), § 2 Rd.Nr. 185; Höfer, a.a.O. (Fn. 45), § 2 Rd.Nr. 3242.

85 Blomeyer/Rolfs/Otto, a.a.O. (Fn. 10), § 2 Rd.Nr. 186.

86 So auch: Blomeyer/Rolfs/Otto, a.a.O. (Fn. 9), § 2 Rd.Nr. 208 m.w.N.; Höfer, a.a.O. (Fn. 45), § 2 Rd.Nr. 3242.

Hat der Arbeitgeber einen sicherungspflichtigen Durchführungsweg gewählt, dann muss er als Versicherungsnehmer für den Arbeitnehmer beim Pensionsversicherungsverein auf Gegenseitigkeit (PSVaG) eine Versicherung gegen die Folgen seiner Zahlungsunfähigkeit in der Bundesrepublik Deutschland abschließen⁸⁷. Für diese Versicherung hat er dann Beiträge⁸⁸ an den PSVaG zu entrichten (§ 10 BetrAVG i.V.m. § 6 AIB). Damit haben die Versorgungsberechtigten im Fall der Insolvenz über das Vermögen des Arbeitgebers gegen den PSVaG einen Anspruch auf Leistung im Versorgungsfall.

I. Sicherungspflichtige Durchführungswege

Die Direktzusage, auch wenn sie über eine Rückdeckungsversicherung finanziert wird, stellt generell einen über den Pensionsversicherungsverein abzuschließenden Durchführungsweg dar (§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BetrAVG).

In der Anwartschaftsphase ist die Direktversicherung pensionsversicherungspflichtig, wenn die Anwartschaften gesetzlich unverfallbar sind, der Arbeitnehmer hinsichtlich der Leistungen des Versicherers widerruflich⁸⁹ bezugsberechtigt ist oder weil der Arbeitgeber die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag abgetreten oder beliehen hat, und er den Arbeitnehmer wegen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht so stellt, wie er ohne die Abtretung oder Beleihung stünde (§ 7 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und § 1b Abs. 1 S. 1 BetrAVG).

II. Durchführung eines Insolvenzverfahrens

Voraussetzung für die Insolvenzversicherung durch den PSVaG bei Fällen mit Auslandsbezug ist grundsätzlich, dass die deutsche Insolvenzordnung überhaupt zur Anwendung kommt⁹⁰ und ein Insolvenzverfahren nach ihr durchgeführt wird. Ob die deutsche Insolvenzordnung anwendbar ist, richtet sich nach den insolvenzrechtlichen Kollisionsnormen, welche für die Parteien keine Rechtswahlmöglichkeit eröffnen. Wann die deutsche Insolvenzordnung anwendbar ist, richtet sich danach, ob über die Hauptniederlassung im Ausland (Hauptinsolvenz) oder über die unselbständige Zweigniederlassung im Inland (Partikular- und Sekundärinsolvenzverfahren) das Insolvenzverfahren eröffnet wird.

1. Hauptinsolvenzverfahren

Wird im Bereich der Europäischen Union (mit Ausnahme von Dänemark) über das Vermögen eines Unternehmens im Sitzland das Hauptinsolvenzverfahren eröffnet, dann kommt diesem eine universelle Geltung zu. Der Grundsatz der Universalität⁹¹ bedeutet dabei, dass das gesamte Vermögen des Schuldners erfasst wird, ohne Rücksicht auf die Belegenheit im In- oder Ausland. Welches nationale Recht dabei anzu-

87 Die §§ 7 bis 15 BetrAVG sind Sondervorschriften zur allgemeinen Insolvenzordnung, da die allgemeine Insolvenzordnung im Rahmen von Arbeitsverhältnissen den Arbeitnehmern keinen ausreichenden Schutz für die unverfallbaren Anwartschaften bietet, Blomeyer/Rolfs/Otto, a.a.O. (Fn. 10), vor § 7 Rd.Nr. 8.

88 Es handelt sich hierbei um ein von allen Arbeitgebern solidarisch finanziertes Umlagesystem. Die Jahresbeiträge ergeben sich aus der für das Beitragsjahr zugrunde liegenden Beitragsbemessungsgrundlage und dem für das Jahr vom Pensions-Sicherungs-Verein auf Gegenseitigkeit festgesetzten Beitragsatz. Dabei variiert die Höhe der Jahresbeiträge, da der Beitragsatz nach dem gesetzlich vorgeschriebenen Rentenwertumlageverfahren jährlich neu festgesetzt wird und von der jährlichen Schadenshöhe abhängt, § 10 Abs. 2 BetrAVG. Die jeweilige Beitragsbemessungsgrundlage berechnet sich dabei für die jeweiligen Durchführungswege unterschiedlich, § 10 Abs. 3 BetrAVG.

89 Um die Beiträge zum PSVaG zu vermeiden, bietet es sich daher an, dem Arbeitnehmer spätestens mit dem Erreichen der Unverfallbarkeit ein unwiderrufliches Bezugsrecht einzuräumen.

90 Eine Anknüpfung der betrieblichen Altersvorsorge mit seinen Insolvenzschutzvorschriften an eine eigenständige Kollisionsnorm ist weder im deutschen Internationalen Privatrecht noch in völkerrechtlichen Verträgen vorgesehen, so dass eine Qualifikation vorzunehmen ist. Von einer Anknüpfung an den Systembegriff der Insolvenz geht wohl auch der PSVaG selbst aus, Merkblatt 300/M7 (Stand 3/06) unter Rd.Nr. 1.2.

91 Erwägungen (12) S. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates über Insolvenzverfahren (EuInsVO).

wenden ist, richtet sich nach der Kollisionsnorm der Verordnung⁹², der sog. *lex concursus*⁹³ (Art. 4 EuInsVO). Danach soll, soweit diese Verordnung nichts anderes bestimmt, für das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen das Insolvenzrecht des Mitgliedstaates gelten, in dem das Verfahren eröffnet wird (Staat der Verfahrenseröffnung). Die Insolvenzeröffnung ist in allen übrigen Mitgliedstaaten anzuerkennen, ohne dass es dazu einer weiteren Förmlichkeit bedarf⁹⁴.

Gleiches gilt, wenn über das Vermögen eines Unternehmens mit Sitz außerhalb der EU im Sitzland das Hauptinsolvenzverfahren eröffnet wird. Nach dem im deutschen Recht geltenden Universalitätsprinzip wird in Deutschland die Eröffnung eines ausländischen Insolvenzverfahrens unter gewissen Voraussetzungen anerkannt (§ 343 InsO). Dabei unterliegen auch hier die Durchführung und die Wirkungen des Insolvenzverfahrens dem Recht des Staates, in dem das Verfahren eröffnet wurde (§ 335 InsO).

2. Partikularinsolvenzverfahren

Bei Unternehmen mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat kann auch über dessen Niederlassung⁹⁵ im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates, wie etwa in Deutschland, ein Partikularinsolvenzverfahren eröffnet werden (Art. 3 Abs. 2 i.V.m. Art. 2 lit. H EuInsVO). Die Wirkungen der Insolvenz sind dann auf das im Gebiet des Mitgliedstaates der Niederlassung, also in Deutschland belegene Vermögen beschränkt. Dabei gilt für das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen das Insolvenzrecht des Mitgliedstaates, in dem das Verfahren eröffnet wurde⁹⁶, also die deutsche Insolvenzordnung.

Auch bei Unternehmen mit Sitz außerhalb der EU kann in Deutschland über eine unselbständige Zweigniederlassung oder das sonstige Vermögen des Schuldners das Partikularinsolvenzverfahren eröffnet werden (§ 354 InsO). Das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen richten sich auch hier nach dem Recht des Staates, in dem das Verfahren eröffnet wurde (§ 335 InsO).

3. Sekundärinsolvenzverfahren

Sowohl nach der EuInsVO als auch nach dem deutschen Internationalen Insolvenzrecht kann neben dem Hauptinsolvenzverfahren im Ausland unter bestimmten Voraussetzungen ein auf das Inland beschränktes Sekundärinsolvenzverfahren durchgeführt werden (Art. 27 EuInsVO; § 356 InsO). In beiden Fällen finden auf das Sekundärinsolvenzverfahren die Rechtsvorschriften des Staates Anwendung, in dessen Gebiet das Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet wurde (Art. 38 EuInsVO, § 335 InsO).

Danach kann also festgehalten werden, dass bei der Eröffnung eines Partikular- und Sekundärinsolvenzverfahrens über eine unselbständige Zweigniederlassung in Deutschland

die deutsche Insolvenzordnung zur Anwendung kommt. Bei der Eröffnung des Hauptinsolvenzverfahrens im Ausland über die Hauptniederlassung und somit auch über die unselbständige Zweigniederlassung in Deutschland ist zwar die deutsche Insolvenzordnung nicht anwendbar; das Verfahren nach ausländischem Recht ist jedoch anzuerkennen. Dies sieht auch der PSVaG⁹⁷ so, der ausführt, dass ein im Ausland eröffnetes Insolvenzverfahren anzuerkennen sei und dieses somit dem Insolvenzverfahren nach deutschem Recht gleichstellt.

III. Versorgungsverpflichtungen des Arbeitgebers nach dem Betriebsrentengesetz

Soweit das Insolvenzverfahren also nach der deutschen Insolvenzordnung anzuerkennen wird oder ein ausländisches Insolvenzverfahren anzuerkennen ist, greift der Insolvenzschutz des PSVaG nur, wenn die Versorgungszusage des Arbeitgebers nach dem Betriebsrentengesetz erteilt wurde (§ 7 BetrAVG).

Für den Arbeitgeberbegriff des § 7 BetrAVG ist auf den allgemeinen Arbeitgeberbegriff abzustellen, der oben bereits erörtert wurde. Nach *Auffassung des PSVaG*⁹⁸ ist als Arbeitgeber derjenige zu qualifizieren, der Arbeitnehmer beschäftigt oder beschäftigt hatte, sofern aus diesem Arbeitsverhältnis vom Betriebsrentengesetz geschützte Versorgungsverpflichtungen erwachsen sind. Er stellt dabei auf die Partei- bzw. Rechtsfähigkeit des zusagenden Arbeitgebers ab (§ 50 ZPO). Er geht jedoch nicht weiter darauf ein, ob sich die Rechtsfähigkeit bei Fällen mit Auslandsbezug aus dem Personalstatut (Art. 7 EGBGB) ergibt, bzw. die Anerkennung nach europarechtlichen Grundsätzen zu erfolgen hat. Dass er jedoch auch davon ausgeht, dass auch unselbständige Zweigniederlassungen und Betriebsstätten ausländischer Unternehmen als Arbeitgeber auftreten können, ist inzident seinen Merkblättern⁹⁹ zu entnehmen. Hier spricht er von ausländischen Unternehmen, die in Deutschland mit einer unselbständigen Zweigniederlassung/Betriebsstätte als Arbeitgeber auftreten¹⁰⁰.

Wie bereits angesprochen, setzt die Insolvenzsicherung durch den PSVaG auch voraus, dass eine Versorgungszusage nach dem deutschen Betriebsrentengesetz vorliegt. Eine solche erfordert wiederum, dass – wie oben ausführlich dargelegt – deutsches Arbeitsrecht und somit das Betriebsrentenrecht zur Anwendung gelangt, sei es durch Rechtswahlvertrag oder durch die objektive Anknüpfung. Der PSVaG¹⁰¹ geht dann von seiner Einstandspflicht aus, wenn das Arbeitsverhältnis dem deutschen Recht unterliegt. Er grenzt seine Einstandspflicht weiterhin ein, indem er den Insolvenzschutz nur dann als gegeben ansieht, wenn das Arbeitsverhältnis seinen Schwerpunkt in Deutschland hat¹⁰². Er stellt also nur auf die objektive Anknüpfung ab (Art. 30 Abs. 2 EGBGB).

Nach der eingangs umrissenen Fallkonstellation liegt der Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses in Deutschland. Zudem soll die Risikoversorgung nach dem deutschen Betriebs-

92 Die Verordnung formuliert für den Insolvenzbereich lediglich einheitliche Kollisionsnormen, die die Vorschriften des Internationalen Privatrechts der einzelnen Staaten ersetzen, Erwägung (23) S. 1 EuInsVO. Die EuInsVO wird durch das Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung ergänzt (Art. 102 bis Art. 103a EGIInsO).

93 Die *lex concursus* regelt alle verfahrensrechtlichen und materiellen Wirkungen des Insolvenzverfahrens auf die davon betroffenen Personen und Rechtsverhältnisse, Erwägung (23) S. 4 EuInsVO. Wie bereits oben dargelegt, handelt es sich bei der Einstandspflicht des PSVaG um einen versicherungsrechtlichen Zahlungsanspruch des versorgungsberechtigten Arbeitnehmers gegen den PSVaG. Es geht also hierbei nicht um die Fortsetzung oder die Beendigung von Arbeitsverhältnissen als Auswirkung der Insolvenz, so dass nicht Art. 10 EuInsVO als Kollisionsnorm einschlägig ist, Erwägung (28) S. 2 EuInsVO.

94 Art. 16 EuInsVO, Art. 17 EuInsVO

95 Unter Niederlassung im Sinne der EuInsVO wird jeder Tätigkeitsort verstanden, an dem der Schuldner einer wirtschaftlichen Aktivität von nicht vorübergehender Art nachgeht.

96 Diese Kollisionsnorm des Art. 4 EuInsVO gilt gleichermaßen für das Hauptinsolvenzverfahren und das Partikularverfahren, Erwägung (23) S. 3 EuInsVO.

97 Merkblatt des PSVaG 300/M 6 (Stand 3.06), 2.3.

98 Merkblatt des PSVaG, a.a.O. (Fn. 97), 2.1.

99 Merkblatt des PSVaG, a.a.O. (Fn. 97), 2.3. und Merkblatt des PSVaG 300/M7 (Stand 3.06), 2.1.2. Spiegelstrich 3.

100 Irritierend war die Formulierung des PSVaG in der Vorfassung des Merkblattes M 300/7 (Stand 1.05) unter Rd.Nr. 2.2.1. Danach sollte Insolvenzschutz bei den inländischen Betriebsstätten ausländischer Unternehmen dann gegeben sein, wenn diese nach deutschem Recht im Inland als Rechtsperson auftreten. Der PSVaG verwies dabei auf sein Merkblatt 300/M6 (Stand 1.05) Rd.Nr. 2.2, letzter Teilstrich. Unter dieser Fundstelle führt der PSVaG jedoch nur die rechtlich selbständigen Zweigniederlassungen ausländischer Rechtsträger im Inland auf, nicht aber die unselbständigen Zweigniederlassungen oder Betriebsstätten.

101 Merkblatt des PSVaG, a.a.O. (Fn. 97), 2.3.

102 Merkblatt des PSVaG, a.a.O. (Fn. 97), 2.2.1. Während der PSVaG in seinem vorherigen Merkblatt, a.a.O. (Fn. 100), noch darauf abstellt, ob der Arbeitgeber seinen Sitz im Inland hat, hat er nun dieses Missbrauchskriterium aufgegeben.

rentengesetz erfolgen, so dass in diesem Fall auch aus der Sicht des PSVaG eine sicherungspflichtige Versorgungszusage gegeben ist.

IV. Insolvenzfähigkeit des Arbeitgebers nach § 11 InsO

Der die Zusage erteilende rechtsfähige und parteifähige Arbeitgeber muss zudem über Vermögen verfügen, über das ein Insolvenzverfahren eröffnet werden kann, sog. Insolvenzfähigkeit (§ 11 InsO). Die Insolvenzfähigkeit ist unverzichtbare Voraussetzung im Insolvenzverfahren und entspricht der Passivlegitimation im Zivilprozess (§ 50 ZPO)¹⁰³.

Für die die Zusage erteilende Hauptniederlassung im Ausland und deren unselbständige Zweigniederlassung in Deutschland ergibt sich die Insolvenzfähigkeit bereits aus der Eröffnung der Hauptinsolvenz nach dem Recht ihres Sitzlandes und deren Anerkennung in Deutschland.

Für die unselbständige Zweigniederlassung, über die in Deutschland das Partikular- oder Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet wird, ist wiederum hinsichtlich der Partei- und Rechtsfähigkeit auf ihr Personalstatut abzustellen. Für die Frage, ob die unselbständige Zweigniederlassung über eine insolvenzfähige Vermögensmasse verfügt, ist hingegen allein auf die Definition des § 11 InsO abzustellen. Die unselbständigen Zweigniederlassungen in Deutschland erfüllen jedenfalls diese Kriterien.

V. Sicherungspflichtige Fallgestaltungen

Unter der hier erfüllten Prämisse, dass sich der Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses in Deutschland befindet und die Risikoversorgungszusage nach deutschem Recht erteilt wird, greift der Insolvenzschutz in folgenden Fällen: Er greift, wenn über die Hauptniederlassung¹⁰⁴, welche die Zusage erteilt hat, das Hauptinsolvenzverfahren eröffnet wird. Konnte die Zusage hingegen von der unselbständigen Zweigniederlassung erteilt werden, dann greift der Insolvenzschutz, wenn über die unselbständige Zweigniederlassung in Deutschland das Partikularverfahren oder das Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet wird. Gleiches gilt, wenn die Wirkungen der Hauptinsolvenz auch die unselbständige Niederlassung erfassen.

Demnach muss hier sowohl bei einer Versorgungszusage durch die Hauptniederlassung als auch bei einer Versorgungszusage durch die unselbständige Zweigniederlassung eine beitragspflichtige Insolvenzsicherung über den PSVaG erfolgen.

D. Schlussbemerkung

Die stets voranschreitende Internationalisierung der Märkte bringt zwangsläufig den Import ausländischer betrieblicher Versorgungstypen nach Deutschland mit sich. Die Adaption einer solchen Versorgung auf der Grundlage des deutschen Betriebsrentenrechts stellt eine besondere Herausforderung dar, wie es die oben dargelegten Gestaltungsvarianten zur Risikovorsorge angloamerikanischen Typs aufzeigen. Die hier abgehandelte Vorgehensweise bei der Implementierung ausländischer Versorgungsmodelle zeigt eine Variante auf, wie diese besondere Herausforderung bewältigt werden kann. Dabei ist es wichtig, zunächst vom Versorgungsziel auszugehen und danach die geeignete Struktur und Durchführung zu ermitteln. Die umgekehrte Herangehensweise garantiert die passende Versorgung nicht.

¹⁰³ Braun/Kind, Insolvenzzordnung, 2002, § 11 Rd.Nr.1.

¹⁰⁴ Sollte in diesem Fall über eine unselbständige Zweigniederlassung das Partikularverfahren eröffnet werden, dann liegt hier keine Insolvenz des die Zusage erteilenden Arbeitgebers vor.