

UNTERNEHMENSVERKAUF

## Pensionsverpflichtungen als Deal Breaker: Auslagerung als haftungsbefreiende Option

von Sebastian Uckermann und Patrick Drees, beide Köln

| Wird der Verkauf eines Unternehmens angestrebt, können sich Versorgungswerke mitsamt Rückstellungen als Deal Breaker herausstellen. Dies gilt besonders in Fällen, in denen den Rückstellungen kein adäquates Rückdeckungsvermögen gegenübersteht. PU (Praxis Unternehmensnachfolge) erklärt, welche Möglichkeiten Eigentümer mittelständischer Unternehmen haben, ihr Unternehmen vor geplanten Transaktionen durch gesellschaftsrechtliche Gestaltungen von Versorgungsverpflichtungen zu befreien bzw. die Belastungen für Nachfolger durch Auslagerung der Pensionsverpflichtungen zu minimieren. |

### 1. Hintergrund

Die Direktzusage stellt den wichtigsten Durchführungsweg der betrieblichen Altersversorgung dar. Mit dieser Form haben neben Großunternehmen in den vergangenen Jahrzehnten vor allem Unternehmen aus dem Mittelstand Versorgungsverpflichtungen gegenüber ihren Mitarbeitern eingerichtet. Die damit einhergehenden Pensionsrückstellungen sind im Laufe der Jahre zu einem nicht zu vernachlässigenden Bilanzposten angewachsen.

Besonders bei alteingesessenen Unternehmen, die zusätzlich durch Zukäufe von Unternehmensteilen gewachsen sind, finden sich oft historische Versorgungswerke, die für Neueintritte bereits geschlossen sind und nur noch abgewickelt werden. Dass ein potenzieller Käufer einer solchen Konstellation ablehnend gegenübersteht ist verständlich, da Versorgungsverpflichtungen für ihn betriebsfremde und vor allem nicht final zu kalkulierende zukünftige Risiken darstellen, mit denen er sein Investment nicht belasten möchte. Verkäufern von Unternehmen bieten sich indes unterschiedliche Gestaltungsmöglichkeiten, um hier gegenzusteuern.

### 2. Auslagerungsoption Pensionsfonds

Vor allem durch die Versicherungswirtschaft wurden Gestaltungen über einen Pensionsfonds in den vergangenen Jahren zum „Königsweg“ der Auslagerung hochstilisiert. Der Pensionsfonds als jüngster Durchführungsweg der betrieblichen Altersversorgung wurde mit dem Altersvermögensgesetz zum Jahresbeginn 2002 vor allem mit dem Ziel geschaffen, international am Kapitalmarkt agierenden Unternehmen die Möglichkeit zu geben, bestehende Direktzusagen lohnsteuerfrei im Rahmen des § 3 Nr. 66 EStG auf einen neuen Versorgungsträger auslagern zu können.

Der Pensionsfonds, gemäß § 1b Abs. 3 BetrAVG eine „rechtsfähige Versorgungseinrichtung, die dem Arbeitnehmer oder seinen Hinterbliebenen auf ihre Leistungen einen Rechtsanspruch gewährt“, unterliegt wie Pensionskas-

Pensionsrückstellungen bilden nicht zu vernachlässigenden Bilanzposten

Möglich: versicherungsförmige und nicht versicherungsförmige Variante

sen oder Lebensversicherer der Aufsicht durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin). Der Pensionsfonds kann als versicherungsförmige Variante mit derzeit maximal 0,25 % Rechnungszins oder nach den Vorgaben des § 236 Abs. 2 VAG (Versicherungsaufsichtsgesetz) als nicht versicherungsförmige Variante mit einem durch die BaFin ausdrücklich zu genehmigenden höheren Rechnungszins betrieben werden. Er unterscheidet sich bei der ersten Variante dann nur noch graduell von Pensionskassen bzw. Lebensversicherern. Der Einmalbeitrag, um eine Pensionsverpflichtung zu übernehmen, ist dabei regelmäßig 50 bis 100 % höher als die steuerliche Rückstellung und auch deutlich höher als die entsprechende in der Handelsbilanz bzw. internationalen Bilanz ausgewiesene Verpflichtung.

Möglich ist aber auch eine nicht versicherungsförmige Variante, bei der Pensionsfonds einen kalkulatorischen Zins bis maximal 5 % der Beitragsberechnung zugrunde legen. Hierdurch kann sich der für die Auslagerung zu leistende Einmalbeitrag erheblich reduzieren und liegt u. U. nur noch gering über dem Verpflichtungsvolumen gemäß Handelsbilanz bzw. internationaler Rechnungslegung. Nach § 236 Abs. 2 VAG muss sich der Arbeitgeber hierbei jedoch für den Fall einer Unterdeckung zum Nachschuss verpflichten, sodass er das Risiko trägt, dass der kalkulierte höhere Zins langfristig nicht erzielt wird. Hier zeigt sich das Dilemma einer Auslagerung über einen Pensionsfonds.

Nutzen Arbeitgeber die versicherungsförmige Variante, können sie die Gesellschaft umfassend enthaften, zahlen jedoch einen hohen Preis. Nutzen sie dagegen die nicht versicherungsförmige Variante, ist eine umfassende Enthaftung aufgrund der latenten Gefahr einer Nachschussverpflichtung nicht gegeben.

### 3. Auslagerungsoption Contractual Trust Arrangement (CTA)

Neben Lösungen über den Pensionsfonds sind Treuhandgestaltungen eine weitere Option für die Auslagerung von unmittelbaren Versorgungsverpflichtungen. Gemeinsame Zielsetzung aller infrage kommenden Treuhandgestaltungen ist die Auslagerung und Separierung von speziell durch den Arbeitgeber bereitgestelltem Zweckvermögen auf einen externen Rechtsträger zur Finanzierung unmittelbarer Versorgungszusagen.

Die in der Praxis am meisten anzutreffende Treuhandgestaltung ist das CTA-Modell, das eine doppelseitige Treuhandgestaltung darstellt. In dieser Gestaltungsform werden von den verpflichteten Arbeitgebern Vermögenswerte auf einen Treuhänder übertragen, der mit der Anlage und Verwaltung des Vermögens beauftragt wird. Die Grundlage dieser Rechtskonstruktion bildet daher der zwischen Arbeitgeber und Treuhänder geschlossene Treuhandvertrag. Der Treuhänder übernimmt auf Basis dieser Vertragsgrundlage die Funktion eines Verwaltungs- und Sicherungstreuhänders:

- Im Rahmen der Verwaltungstreuhand ist der Treuhänder dann gegenüber dem übertragenden Arbeitgeber verpflichtet, das ihm übertragene Treuhandvermögen nach den Vorgaben des Arbeitgebers zu verwalten.

Dilemma: hoher Preis oder keine umfassende Enthaftung

Grundlage des Konstrukts ist der Treuhandvertrag

Verwaltungstreuhand

- Die Sicherungstreuhand zeichnet sich hingegen dadurch aus, dass die Arbeitnehmer als Begünstigte ab Eintritt des Sicherungsfalls – also der Insolvenz des Arbeitgebers – einen eigenen Anspruch gegen den Treuhänder geltend machen können.

Die Hauptmotivation für ein CTA-Modell wird aber nicht in der zusätzlichen privatrechtlichen Insolvenzversicherung der Versorgungsansprüche zu suchen sein. Eher geht es um die bilanziellen Gestaltungsmöglichkeiten nach internationalen Rechnungslegungsstandards und die Saldierungsmöglichkeiten des BilMoG. Denn nach Maßgabe des IAS 19.7 gestaltete CTA-Modelle sind als „plan assets“ zu klassifizieren.

Für IFRS-Bilanzierer kann dadurch eine Bilanzverkürzung durch die Saldierung von „plan assets“ mit den korrespondierenden Pensionsverpflichtungen erreicht werden. Analog gilt dies durch § 246 HGB für Bilanzierer nach dem HGB. In wirtschaftlicher Hinsicht bleibt der Arbeitgeber auch nach der Übertragung von Vermögenswerten auf ein CTA-Modell Inhaber der Übertragungswerte.

Neben der Tatsache, dass solche Treuhandgestaltungen kostenintensiv sind und ihre Zielsetzungen für mittelständische Unternehmen auch flexibler und kostengünstiger zu erreichen wären, scheiden solche Gestaltungen zur Vorbereitung von Unternehmenstransaktionen regelmäßig aus, da die Gesellschaft weiterhin Inhaber der Übertragungswerte und Verpflichteter der Rentenzusagen bleibt. Dadurch wird das betriebliche Versorgungswerk eher noch komplexer ausgestaltet.

#### 4. Auslagerungsoption Umwandlungsrecht

Aufgrund der aufgezeigten Schwachpunkte der genannten Auslagerungsoptionen haben umwandlungsrechtliche Gestaltungen sehr stark an Bedeutung gewonnen, die Unternehmen durch die Übertragung der Versorgungsverpflichtungen auf sogenannte Rentnergesellschaften vollends und unwiederbringlich von Versorgungsverpflichtungen befreien. Rechtlich werden Rentnergesellschaften entweder durch eine Abspaltung i. S. d. § 123 Abs. 2 UmwG oder durch eine Ausgliederung i. S. d. § 123 Abs. 3 UmwG geschaffen.

- Bei der Abspaltung löst sich der übertragende Rechtsträger nicht komplett auf, sondern überträgt lediglich einen Teil seines Vermögens auf einen oder mehrere andere bestehende oder neu gegründete Rechtsträger.
- Bei der Ausgliederung wird ebenfalls ein Teil des Vermögens auf einen oder mehrere Rechtsträger übertragen. Jedoch verbleiben im Gegensatz zur Abspaltung die Anteile am übernehmenden Rechtsträger beim übertragenden Unternehmen und werden gerade nicht an den neuen Rechtsträger übertragen.

Sicherungstreuhand

Treuhandgestaltungen scheiden regelmäßig aus

Abspaltung

Ausgliederung

Beschränkungen der spaltungsrechtlichen Zuordnungsfreiheit gelten nur für Arbeitnehmer, die sich in einem aktuellen Arbeitsverhältnis mit dem übertragenden Rechtsträger befinden und entweder bei dem übertragenden Rechtsträger verbleiben oder aber gemäß § 613a BGB auf den aufnehmenden Rechtsträger übergehen.

Ehemalige Mitarbeiter des übertragenden Rechtsträgers werden von § 613a BGB demgegenüber nach allgemeiner Ansicht nicht erfasst. Der Verweis in § 324 UmwG auf § 613a BGB steht damit einer Zuordnung der Rechtsverhältnisse ehemaliger Arbeitnehmer nicht im Wege.

Auch gilt der ungeschriebene Grundsatz der Untrennbarkeit von aktivem Arbeitsverhältnis und Versorgungsverhältnis nicht mehr, da das aktive Arbeitsverhältnis beendet ist. Versorgungsverpflichtungen gegenüber Rentnern und mit einer unverfallbaren Anwartschaft ausgeschiedenen ehemaligen Mitarbeitern unterliegen daher dem Grundsatz der spaltungsrechtlichen Zuordnungsfreiheit gemäß § 126 Abs. 1 UmwG. Sie können im Rahmen einer privaten autonomen Regelung den an der Spaltung beteiligten Rechtsträgern zugeordnet werden.

Versorgungsverpflichtungen aus beendeten Arbeitsverhältnissen können damit grundsätzlich eigenständiger – und auch einziger – Regelungsgegenstand eines Spaltungsvertrags sein. Dies betrifft im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung unverfallbar ausgeschiedene Anwärter und Rentenempfänger. Vor allem bei bereits für Neuzugänge geschlossenen Versorgungswerken ergeben sich hierdurch Möglichkeiten, Verpflichtungen auszulagern.

#### ■ Wichtige Fragen für auslagernde Unternehmen

Aus der Praxis haben sich hierbei drei entscheidende Fragestellungen für das auslagernde Unternehmen ergeben:

1. Kann es sich final und unwiederbringlich der Versorgungsverpflichtungen entledigen?
2. Sind die Versorgungsberechtigten geschützt?
3. Welcher Abgeltungsbetrag ist für die Auslagerung zu bezahlen?

#### 4.1 Finale wirtschaftliche Enthaftung

§ 131 UmwG normiert die Wirkungen der Eintragung des Spaltungsprozesses. Nach Abs. 1 kommt es mit Eintragung der Spaltung in das Register zu einer Gesamtrechtsnachfolge, sodass die Vermögenswerte und Verbindlichkeiten analog der im Spaltungsvertrag vorgesehenen Aufteilung als Gesamtheit auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen. Der abgebende Rechtsträger ist somit mit Eintragung der Spaltung von den durch den Spaltungsvertrag erfassten Verbindlichkeiten befreit. Einer Zustimmung der Versorgungsberechtigten bedarf es dabei nicht.

Spaltungsvertrag  
bietet Möglichkeiten,  
Verpflichtungen  
auszulagern

Um Rechtsmissbrauch – u. a. aus der herrschenden Spaltungsfreiheit – vorzubeugen, sieht § 133 UmwG zum Schutz der Gläubiger jedoch die gesamtschuldnerische Haftung der an der Spaltung beteiligten Rechtsträger vor.

Die grundsätzliche Nachhaftungsfrist von fünf Jahren wird dabei durch Abs. 3 S. 2 für Versorgungsverpflichtungen auf zehn Jahre verlängert. Der Gesetzgeber will hiermit der Langfristigkeit von Versorgungsverpflichtungen sowie der besonderen Schutzbedürftigkeit der Berechtigten Rechnung tragen. Auf die nach § 16 BetrAVG vorzunehmenden Rentenanpassungen wirkt sich die Mithaftung des abgebenden Rechtsträgers nicht aus, da es nur auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des aufnehmenden Rechtsträgers ankommt.

Von der gesamtschuldnerischen Haftung erfasst werden die laufenden Rentenzahlungen an Rentner und werdende Rentner bis zum Ablauf des Haftungszeitraums, die zum Zeitpunkt der Spaltung zugesagt worden sind. Demgegenüber sind Neuzusagen, die nach Wirksamwerden der Spaltung erteilt werden, nicht einbezogen. Bei den werdenden Rentnern ist die Haftung auf den Teil des Anspruchs, der bis zur Spaltung erworben wurde, bzw. auf den bis zum Wirksamwerden der Spaltung begründeten Teil der Anwartschaft beschränkt.

Der abgebende Rechtsträger bleibt somit auch nach Eintragung des Spaltungsprozesses in Registern für die Dauer von zehn Jahren aus gesamtschuldnerischer Haftung Verpflichteter eines Teils der Versorgungsversprechen. Um die Nachhaftung für den abgebenden Rechtsträger wirtschaftlich auszuschließen, bieten sich Treuhand- bzw. Verpfändungslösungen an.

Das wirtschaftliche Risiko aus § 133 UmwG ist auf die in den ersten zehn Jahren nach Eintragung fälligen Rentenzahlungen begrenzt. Wird der sich aus allen potenziell möglichen Rentenzahlungen ergebende, kumulierte Betrag nun durch Treuhand bzw. Verpfändung (abdiskontiert) separiert, besteht wirtschaftlich kein Nachhaftungsrisiko und der abgebende Rechtsträger ist mit Eintragung der Spaltung ins Register wirtschaftlich vollumfänglich und unwiederbringlich von seinen Versorgungsverpflichtungen befreit.

#### 4.2 Insolvenzschutz der Versorgungsberechtigten

Für die Versorgungsverpflichtungen ergeben sich durch den Spaltungsprozess keine Änderungen am insolvenzrechtlichen Status. Diese sind auch weiterhin durch die Einstandspflicht des Pensions-Sicherungs-Vereins (PSVaG) abgesichert. Im Falle der Insolvenz des aufnehmenden Rechtsträgers kann der PSVaG wie oben geschildert seinerseits aus übergeleitetem Recht nach § 9 Abs. 2 BetrAVG den an der Spaltung beteiligten Rechtsträger in Anspruch nehmen, dem die Versorgungsverpflichtungen nicht zugewiesen sind, der aber nach § 133 Abs. 3 UmwG gesamtschuldnerisch nachhaftet. Soweit der PSVaG für Versorgungsverpflichtungen einstandspflichtig ist, schützt der § 133 UmwG somit in erster Linie den PSVaG, da dieser im Sicherheitsfall den abgebenden Rechtsträger in Regress nehmen kann, der hierfür wiederum das treuhänderische bzw. verpfändete Vermögen nutzen kann.

**Nachhaftungsfrist für Versorgungsverpflichtungen beträgt zehn Jahre**

**Mit Treuhand bzw. Verpfändung keine wirtschaftliche Nachhaftung**

**Versorgungsverpflichtungen über Einstandspflicht des PSVaG abgesichert**

Rentenanpassungen nach § 16 BetrAVG sind unabhängig von Spaltungsprozessen nicht in den Insolvenzschutz des PSVaG eingeschlossen, da der PSVaG lediglich die bereits laufende Rente nach Eintritt des Sicherungsfalls in gleicher Höhe weiterzuzahlen hat. Daneben ist die maximal durch den PSVaG zu leistende Versorgungszahlung durch § 7 Abs. 3 BetrAVG auf das Dreifache der monatlichen Bezugsgröße begrenzt. Diese liegt im Jahr 2023 bei 3.395 EUR, sodass sich die maximale Rentenzahlung durch den PSVaG auf 10.185 EUR beläuft. Demnach wird der ganz überwiegende Teil der Rentenleistungen von dieser Begrenzung nicht berührt sein.

#### 4.3 Gestaltung des Abgeltungsbetrags

Konkrete Regelungen zur notwendigen Ausstattung solcher Fallgestaltungen und demnach zur Höhe des zu leistenden Abgeltungsbetrags lassen sich weder dem UmwG noch dem BetrAVG entnehmen. Da auch das Bilanzrecht lange keine ableitbaren Regelungen vorhielt, war Hauptanhaltspunkt für die konkrete Ausgestaltung des Abgeltungsbetrags oftmals ein Urteil des BAG aus dem Jahr 2008 (11.3.08, 3 AZR 358/06). Um die besondere Schutzbedürftigkeit von Versorgungsverpflichtungen zu manifestieren, entwickelte das BAG ein über das handelsrechtliche Vorsichtsprinzip hinausgehendes „gesteigertes Vorsichtsprinzip“. So hielt der dritte Senat u. a. fest, dass es sich bei der betrieblichen Altersversorgung um ein versicherungsähnliches Risikogeschäft handle, sodass Gestaltungen von Abspaltungen ähnlich einem Lebensversicherer zu dotieren seien. Es seien die Sterbetafeln der Versicherungswirtschaft zugrunde zu legen, da diese mit einem „interessengerechten Risikozuschlag“ verknüpft seien und so dem gesteigerten Vorsichtsprinzip gerecht werden. Daneben sei für Zwecke der Diskontierung ein kaufmännisch vorsichtiger Zins zu wählen, der sich am unteren Ende einer bei vernünftiger kaufmännischer Beurteilung ergebenden Bandbreite von vertretbaren Zinsen bewege. Grundsätzlich müsste darüber hinaus schließlich alle drei Jahre eine Erhöhung laufender Betriebsrenten i. S. v. § 16 BetrAVG zu leisten sein. Für die Prognose der einzuberechnenden Entwicklung des künftigen Kaufkraftverlustes wurde dabei vom BAG ein Referenzzeitraum von 20 Kalenderjahren als sachgerecht angesehen.

Ein unter Anwendung dieser Berechnungsparameter – vor allem vor dem Hintergrund der Zugrundelegung der Sterbetafeln der deutschen Versicherungswirtschaft, die deutliche Risikopuffer in der Lebenserwartung beinhalten – zu leistender Abgeltungsbetrag lag deutlich über den handelsrechtlichen Bewertungen. War die Entscheidung des BAG zum Zeitpunkt der Verkündung mindestens diskutabel, ist diese spätestens durch die Einführung des BilMoG als überholt zu betrachten. Durch das BilMoG und hierbei vor allem durch die Novellierung des § 253 HGB sind Rückstellungen nun in der Höhe des nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung notwendigen Erfüllungsbetrags anzusetzen, wobei explizit klargestellt wird, dass zukünftige Preis- und Kostensteigerungen mitzubersichtigen sind.

Daneben wurde durch § 253 Abs. 2 HGB die Diskontierung der Rückstellungen definiert. Zusammenfassend wurde hierdurch ein rechtlicher Rahmen für die ordnungsgemäße Bildung von handelsrechtlichen Pensionsrückstellungen geschaffen, der die Rentenanpassungen nach § 16 BetrAVG ebenfalls berücksichtigt.

**BAG: „Gesteigertes Vorsichtsprinzip“ für Versorgungsverpflichtungen**

**§ 253 HGB: Bildung von handelsrechtlichen Pensionsrückstellungen**

Wenn hierbei nun vor Auslagerung die Pensionsverpflichtungen mit dem notwendigen und ausreichenden Erfüllungsbetrag in der Bilanz des abgebenden Unternehmens berücksichtigt wurden, lassen sich keine Argumente dafür finden, dass dieser notwendige Erfüllungsbetrag nicht auch noch nach der Auslagerung bei einem nun neuen Verpflichteten ausreichend sein sollte. Auch wenn die Auslagerung grundsätzlich der Spaltungsfreiheit unterliegt und der Abgeltungsbetrag frei verhandelbar ist, ist die handelsrechtliche Bewertung der Pensionsverpflichtungen als Untergrenze des Abgeltungsbetrags anzusehen.

#### FAZIT |

- Vor allem Unternehmen aus dem deutschen Mittelstand besitzen oftmals historisch bedingt noch Versorgungswerke, die über Direktzusagen abgebildet werden. Diese können sich in verschiedenen Konstellationen – vor allem bei geplanten Transaktionen und der Weitergabe des Unternehmens an die folgende Generation – als Fallstrick erweisen.
- Das Umwandlungsrecht bietet Gestaltungsmöglichkeiten, um die Verpflichtungen gegenüber Betriebsrentnern und ehemaligen Mitarbeitern auszulagern.
- Durch begleitende Treuhand- oder Verpfändungslösungen kann sich das abgebende Unternehmen im Zeitpunkt der Eintragung der Auslagerung in das Handelsregister wirtschaftlich unwiederbringlich von den Verpflichtungen befreien.
- Die Versorgungsberechtigten genießen weiterhin Insolvenzschutz über den PSVaG.
- Der Abgeltungsbetrag für die Auslagerung unterliegt grundsätzlich der Spaltungsfreiheit, wobei die handelsrechtliche Bewertung der Pensionsverpflichtungen als Untergrenze dient.

Viele Optionen, damit Pensionsverpflichtungen nicht zum Hemmschuh werden

#### ZU DEN AUTOREN

- Sebastian Uckermann, gerichtlich zugelassener Rentenberater für die betriebliche Altersversorgung, ist CEO der KENSTON GRUPPE und gleichzeitig „Vorsitzender des Bundesverbandes der Rechtsberater für betriebliche Altersversorgung und Zeitwertkonten e.V.“ (BRBZ) sowie Autor zahlreicher praktischer und wissenschaftlicher Fachpublikationen auf dem Gebiet der betrieblichen Altersversorgung. Darüber hinaus ist Herr Uckermann Herausgeber und Autor eines Standardkommentars zur betrieblichen Altersversorgung im Beck-Verlag.
- Herr Drees, studierter Betriebswirt und gerichtlich zugelassener Rentenberater für die betriebliche Altersversorgung, ist ebenfalls CEO der KENSTON GRUPPE und gleichzeitig Mitglied im Kuratorium des BRBZ sowie Autor zahlreicher praktischer und wissenschaftlicher Fachpublikationen auf dem Gebiet der betrieblichen Altersversorgung. Darüber hinaus ist Herr Drees Autor eines Standardkommentars zur betrieblichen Altersversorgung im Beck-Verlag.