

man bedenkt, dass nicht selten während des Erwerbslebens mehrere unverfallbare Anwartschaften von verschiedenen Arbeitgebern erworben werden, die dann auch bei einer Doppelverdienerelie ausgeglichen werden müssen. Hier kann dann Anlass bestehen, diese verschiedenen Anwartschaften in geeigneter Weise zu koordinieren und durch Vereinbarungen entsprechende Regelungen zu treffen.

Die größere Sachgerechtigkeit wird erkaufte durch ein deutlich höheres Maß an Einbeziehung von Arbeitgeber und Versorgungsträger, die sich dann auch vor die Frage gestellt sehen, in welcher Weise sie möglicherweise ihre Versorgungssysteme und -zusagen einer Neukonzeption unterziehen.

Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski /
Birgit Ortlieb, Berlin

Betriebliche Altersversorgung für Arbeitnehmer öffentlicher Auftraggeber

Urteil des EuGH vom 15.7.2010¹:
vergabe- und betriebsrentenrechtliche
Konsequenzen

I. Das Urteil des EuGH

Am 15.7.2010 hat der EuGH eine Entscheidung gefällt, die große Auswirkungen für das Recht der betrieblichen Altersversorgung in Deutschland hat. Der Gerichtshof hat entschieden, dass kommunale Behörden und Betriebe die Rahmenverträge zur Durchführung der Entgeltumwandlung (§ 1a BetrAVG) seit dem Jahre 2004 hätten öffentlich und europaweit ausschreiben müssen. Die Bundesrepublik Deutschland hat gegen ihre Verpflichtungen aus verschiedenen Richtlinien des Europäischen Vergaberechts verstoßen, indem sie die Vergabe ohne Ausschreibung nach § 6 des Tarifvertrags zur Entgeltumwandlung für Arbeitnehmer/innen im kommunalen öffentlichen Dienst (TV-EUmw/VKA) zuließ. Für das Jahr 2004 sind kommunale Behörden und Unternehmen mit mehr als 4.505 Beschäftigten betroffen. Im Jahre 2005 betrifft es Behörden/Betriebe mit mehr als 3.133 Beschäftigten und ab 2006 geht es um Behörden/Betriebe mit mehr als 2.402 Beschäftigten.

Die Entscheidung ist, soweit es um den Verstoß gegen europäisches Vergaberecht geht (Unwirksamkeit des § 6 TV-EUmw/VKA), an die Bundesrepublik Deutschland adressiert. Tatsächlich wirkt die Entscheidung aber in die bisher und zukünftig von den öffentlichen Auftraggebern geschlossenen bzw. zu schließenden Rahmenvereinbarungen für die Ent-

geltumwandlung ein. Denn der Gerichtshof erklärt in seinem Urteil ausdrücklich, dass es sich bei der Entgeltumwandlung nach § 1a BetrAVG um die Nachfrage nach einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag handelt. Dies bedeutet, dass die Entscheidung des EuGH in bestehende und in die zukünftig zu schließenden Rahmenverträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Leistungserbringern, etwa Pensionskassen oder Pensionsfonds, eingreift. Mit Wirkung ab 15.7.2010 steht also fest, dass es sich bei diesen Verträgen um *öffentliche Dienstleistungsaufträge*² handelt. Folglich müssen jetzt nach dem Urteil des EuGH *alle* öffentlichen Auftraggeber Vergaberecht anwenden und nicht etwa nur diejenigen, die einen Tarifvertrag nach § 6 TV-EUmw/VKA geschlossen haben. Zugleich bedeutet dies, dass auch der aus dem Jahre 2008 stammende Tarifvertrag der Länder so keinen Bestand mehr hat, denn dieser sah bisher eine ausschließliche Bindung an die VBL vor. Diese Bindung, die § 6 TV-EUmw/VKA entspricht, ist – folgt man der Logik des EuGH – ebenfalls europarechtswidrig. Das Urteil des EuGH betrifft allerdings nur die den Wettbewerb um die Entgeltumwandlung ausschließenden oder einschränkenden Klauseln. Alle anderen Regelungen im Tarifvertrag sind nach wie vor wirksam (Arg. § 139 BGB analog), weil sich das Urteil auf sie nicht bezieht. Das gilt insbesondere auch für die Tariföffnungsklauseln.

Die Feststellung, dass Entgeltumwandlungsrahmenverträge als öffentlicher Dienstleistungsauftrag dem Vergaberecht unterliegen, ist nicht nur oberhalb der EU-Schwellenwerte³ von Bedeutung, sondern zugleich auch im Rahmen des nationalen Vergaberechts (§§ 97 ff. GWB i.V.m. dem Haushaltsrecht) unterhalb der EU-Schwellen zu beachten, es sei denn, es finden sich Sachgründe für eine Differenzierung zwischen den nationalen und den europäischen Anforderungen an diese Verträge. Lassen sich solche Differenzierungen – wofür viel spricht – *nicht* finden, so sind in Zukunft *alle* öffentlichen Auftraggeber⁴ verpflichtet, ihre Nachfrage nach Entgeltumwandlungsverträgen auch unterhalb der Schwellenwerte national und oberhalb der Schwellenwerte⁵ europaweit öffentlich auszuschreiben. Dies gilt jedenfalls mit Wirkung ab 15.7.2010 – seit der Feststellung des EuGH.

Ob die seit 2004 geschlossenen Entgeltumwandlungsrahmenverträge wegen Verstoßes gegen das europäische Auftragsrecht rückwirkend (*ex tunc*) oder zumindest mit Wirkung ab 15.7.2010 (*ex nunc*) neu auszuschreiben sind, ist eine offene Frage, die unten vertieft diskutiert wird. Das Gleiche gilt für die Frage, ob womöglich auch die auf der Grundlage der Rahmenverträge geschlossenen Einzelverträge mit den Arbeitnehmern/innen betroffen sind.

II. Der Entgeltumwandlungsrahmenvertrag als öffentlicher Auftrag

Eine zentrale Frage des Verfahrens vor dem EuGH war, ob die Entgeltumwandlungsrahmenverträge zwischen den kommunalen Arbeitgebern und den Versicherern *öffentliche Aufträge* im Sinne des Vergaberechts sind. Öffentliche Aufträge müssen *entgeltlich* sein, d.h., es muss ein wirtschaftliches Austauschverhältnis bestehen⁶. Die Bundesrepublik Deutschland hat im vorliegenden Verfahren darauf hingewiesen, dass es bei den in Rede stehenden Verträgen am Merkmal der Entgeltlichkeit fehle. Ein wirtschaftliches Austauschverhältnis bestehe nur zwischen dem Versorgungsträger und dem *Arbeitnehmer*, der für die Entgeltumwandlung optiert habe⁷. Der Arbeitgeber beschränke sich darauf, für den Arbeitneh-

2 Es gilt folglich die VOL/A bzw. die VOL/A EG.

3 § 2 Vergabeverordnung VgV.

4 Zum Begriff § 98 GWB.

5 Vgl. §§ 2, 3 VgV.

6 EuGH, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 72 ff.

7 EuGH, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 72 ff.

1 Rs. C 271/08, BetrAV 2010 S. 571, Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland.

mer die zum Zweck dieser Umwandlung von dessen Entgelt einbehaltenen Versicherungsprämien an diesen Träger weiterzuleiten. Es fehle folglich an einem Beschaffungsverhältnis zugunsten der öffentlichen Hand⁸.

Dem hat der Europäische Gerichtshof entgegengehalten, dass der Arbeitgeber nach § 1 Abs. 3 S. 3 BetrAVG „für die Erfüllung der von ihm zugesagten Leistungen auch dann einstehe, wenn die Durchführung nicht unmittelbar über ihn erfolgt“⁹. Der kommunale Arbeitgeber handele somit die Bedingungen des Gruppenversicherungsvertrages mit dem Versicherer aus. Die vom Versicherer erbrachten Dienstleistungen ermöglichten es dem Arbeitgeber, seiner Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Durchführung der Entgeltumwandlung nachzukommen. Dies entlaste ihn von der Verwaltung dieser Maßnahme¹⁰. Der Arbeitgeber zahle auch dem Versicherer die Versicherungsprämie, die er von dem Entgelt einbehalten habe, das er den betreffenden Arbeitnehmern schulde. Das sei die Gegenleistung für den Erhalt von Dienstleistungen, die notwendig mit seiner in § 1 Abs. 1 BetrAVG genannten Verpflichtung zusammenhinge. Er, der Arbeitgeber, stünde nämlich für die Erfüllung der Versorgungsleistung zugunsten jener Arbeitnehmer ein, die für die Entgeltumwandlung optiert hätten¹¹. Der Umstand, dass die Letztbegünstigten der Versorgungsleistungen die Arbeitnehmer seien, die an dieser Maßnahme teilnehmen, sei nicht geeignet, den entgeltlichen Charakter eines solchen Vertrages in Frage zu stellen¹².

Diese Begründung des Gerichtshofs ist zutreffend. Das deutsche Konzept der Entgeltumwandlung beruht auf § 1a BetrAVG. Danach kann der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber verlangen, dass ein Teil seines künftigen Entgelts durch Entgeltumwandlung für eine betriebliche Altersversorgung verwendet wird (§ 1a Abs. 1 S. 1 BetrAVG). Es ist also der Arbeitgeber, der auf Verlangen des Arbeitnehmers die Entgeltumwandlung schuldet. Er, der Arbeitgeber, verwendet den vom Arbeitnehmer bestimmten Teil des Entgelts für die Altersvorsorge. Da das Entgelt noch nicht an den Arbeitnehmer geflossen ist, ermöglicht dies die Entnahme aus dem Bruttoentgelt mit der Folge der Steuer- und Sozialabgabensparnis. Da der Arbeitgeber die Entgeltumwandlung schuldet, wird er zum Versicherungsnehmer des Rahmenvertrages und damit zum Träger aller Rechte und Pflichten nach dem VVG. Die Arbeitnehmer sind Versicherte. Die Entgeltumwandlung ist folglich eine *arbeitnehmerfinanzierte* Form der bAV (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG)¹³. Die Tatsache, dass die Arbeitnehmer die Entgeltumwandlung finanzieren, ändert aber nichts daran, dass der Arbeitgeber Schuldner innerhalb des Entgeltumwandlungsvertrages ist. Dies wird im deutschen Recht vor allem durch § 1 Abs. 1 S. 3 BetrAVG verdeutlicht, wonach der Arbeitgeber für die Erfüllung der von ihm zugesagten Leistungen auch dann einsteht, wenn die Durchführung nicht unmittelbar über ihn erfolgt.

III. Rechtsfolgen

Steht nunmehr durch die Entscheidung des EuGH fest, dass Arbeitgeber als öffentliche Auftraggeber Rahmenverträge zur Ermöglichung der Entgeltumwandlung ausschreiben müssen, stellt sich die Frage, ob und wie die Entscheidung in die Vergangenheit wirken kann, denn in der Vergangenheit sind offensichtlich vergaberechtswidrig zustande gekommene Rahmenverträge „gelebt“ worden; auf dieser Grundlage sind Einzelverträge zugunsten der betroffenen Arbeitnehmer/innen geschlossen worden. Es stellt sich also die Frage nach den konkreten Auswirkungen.

8 EuGH, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 72 ff.

9 EuGH, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 77.

10 EuGH, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 78.

11 EuGH, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 79.

12 EuGH, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 80.

13 So zuvor bereits BAG vom 26.6.1990, NJW 1991 S. 717 = BetrAV 1991 S. 21.

1. Pacta sunt servanda?

Adressat des Urteils des EuGH vom 15.7.2010 ist die Bundesrepublik Deutschland. Man könnte deshalb der Meinung sein, dass die Bundesrepublik Deutschland ihre gesetzgeberischen Pflichten verletzt und insoweit ihr Verhalten zu korrigieren hat. Dies würde bedeuten, dass die vom Gerichtshof festgestellte Verletzung europäischen Vergaberichtes auf die geschlossenen Entgeltumwandlungsrahmenverträge nicht durchschlüge. In Ergebnis würde damit der Grundsatz *pacta sunt servanda* die geschlossenen Rahmenverträge schützen.

Diese Auffassung hat aber der EuGH mit Urteil vom 18.7.2007¹⁴, unter Berufung auf sein Urteil vom 10.4.2003¹⁵, verworfen. In beiden Urteilen ging es um die Verletzung öffentlichen Auftragsrechts bei der Vergabe eines langfristigen Abwasservertrags (Gemeinde Bockhorn) und eines ebenfalls über 30 Jahre laufenden Restmüllentsorgungsvertrags (Stadt Braunschweig). In beiden Fällen fehlte es an der ordnungsgemäßen Ausschreibung beim Zustandekommen dieser Verträge im Vorfeld. Die Bundesrepublik Deutschland nahm den gegen sie gerichteten Vorwurf, dass das Verhalten der betroffenen Kommunen Vergabericht verletzt, im Urteil vom 10.4.2003 zur Kenntnis, ergriff aber keine Maßnahmen, um die bestehenden Verträge in Sachen Bockhorn/Braunschweig aufzuheben und neu auszuschreiben. Dies nahm die Kommission zum Anlass, um erneut gegen die Bundesrepublik Deutschland vorzugehen.

Der Gerichtshof stellte klar¹⁶, dass der Grundsatz *pacta sunt servanda* es nicht erlaube, sich auf die Nichtdurchführung eines die Vertragsverletzung feststellenden Urteils des EuGH (vom 10.4.2003) zu berufen, um sich auf diese Weise einer gemeinschaftsrechtlichen Verantwortung zu entziehen¹⁷. Wörtlich führte der EuGH aus: „Da dieser Vertrag nicht zum 1. Juni 2004 gekündigt worden war, bestand die Vertragsverletzung zu diesem Zeitpunkt noch weiter. Die durch die Missachtung der Richtlinie 92/50 erfolgte Beeinträchtigung des freien Dienstleistungsverkehrs dauert nämlich während der gesamten Dauer der Erfüllung der unter Verstoß gegen diese Richtlinie geschlossenen Verträge fort“¹⁸. Außerdem hätte die Vertragsverletzung zum genannten Zeitpunkt angesichts der vorgesehenen langen Dauer des fraglichen Vertrags noch Jahrzehntlang fortwähren können.“¹⁹ Auch die Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten sei den Grundprinzipien des Europäischen Vertrages nicht entzogen²⁰. Vor allem könne eine Eigentumsregelung das Fortbestehen einer Vertragsverletzung nicht rechtfertigen²¹. Im Übrigen könne sich ein Mitgliedstaat nicht auf Bestimmungen, Übungen oder Umstände seiner internen Rechtsordnung berufen, um die Nichteinhaltung der aus dem Gemeinschaftsrecht folgenden Verpflichtungen zu rechtfertigen²².

Der Gerichtshof geht also davon aus, dass die europarechtswidrig geschlossenen Individualverträge zumindest nicht fortgesetzt werden dürfen. Das übergeordnete europäische Recht bricht folglich *pacta sunt servanda*. Wie der Mitgliedstaat die Aufhebung der europarechtswidrig zustande gekommenen Verträge bewerkstelligt, lässt der EuGH aber offen. Insoweit fehlt es an einer die Mitgliedstaaten bindenden Norm im Europäischen Vertrag.

14 Rs. C-503/04.

15 Rs. C-20/01 und C-28/01; ähnlich EuGH, C-126/03; C-125/03; C-503/04.

16 Rs. C-503/04.

17 EuGH vom 18.7.2007, C-503/04, Rn. 36, unter Hinweis auf das entsprechende Urteil des EuGH vom 17.4.2007, Slg. 2007, I-0000, Rn. 72.

18 Urteil vom 10.4.2003, Kommission/Deutschland, Rn. 36.

19 EuGH, C-503/04, Rn. 29.

20 EuGH, C-503/04, Rn. 37, m.w.N.

21 EuGH, C-503/04, Rn. 37.

22 EuGH, C-503/04, Rn. 38, m.w.N.

Das LG München I schlägt in einer Entscheidung vom 20.12.2005²³ eine Kündigung nach § 313 Abs. 3 BGB vor. Nach dieser Norm können Dauerschuldverhältnisse (hier: die Rahmenverträge) gekündigt werden, wenn eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar ist. Mit Blick auf die Rahmenverträge ist eine Anpassung deshalb nicht möglich, weil das europarechtlich geschuldete Vergabeverfahren fehlte. Das Gleiche gilt für Verträge unterhalb der Schwellenwerte, denn auch für diese ist nunmehr klar, dass es sich um öffentliche Aufträge handelte, die hätten förmlich ausgeschrieben werden müssen.

Dennoch ist der dogmatische Ansatz, den das LG München I wählt, nicht wirklich überzeugend, denn § 313 Abs. 3 BGB gewährt ein Kündigungsrecht. Demgegenüber hat der EuGH in den oben zitierten Entscheidungen klargestellt, dass die europarechtswidrig zustande gekommenen Verträge nicht aufrechterhalten werden dürfen – *pacta sunt servanda* gilt nicht. Die Aufhebung der Verträge, die den europarechtswidrigen Zustand aufrecht erhalten, ist also nach Auffassung des EuGH *zwingend* erforderlich. Ein bloßes Recht zur Kündigung genügt nicht. Die Verträge *müssen* beendet werden, und zwar im Zeitpunkt der Entscheidung des EuGH (hier also ab dem 15.7.2010).

Diese im Verhältnis zur Bundesrepublik Deutschland zwangsgeldbedrohte Rechtsprechung des EuGH führt deshalb – ob die Parteien das wollen oder nicht – zur Aufhebung des Vertrages, d.h. letztlich mindestens zu seiner Unwirksamkeit. Diese Konsequenz legt es nahe, auf die bilateralen Rahmenverträge § 134 BGB analog anzuwenden, wonach ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig ist. Dabei ist anerkannt, dass sich gesetzliche Verbote auch aus dem Recht der Europäischen Union ergeben können²⁴. Auch nach § 101b GWB können Verträge, die unter Verstoß gegen wesentliche Vorschriften des Vergaberechts zustande kommen sollen, nicht wirksam geschlossen werden. Es wäre daher in Fällen wie den hier relevanten auch vergaberechtlich konsequent, diese Rechtsgedanken zu übertragen. Dies bedeutet, dass die seit 2004 unter Verstoß gegen europäisches Vergaberecht zustande gekommenen Entgeltumwandlungsrahmenverträge mindestens unwirksam sind.

2. Unwirksamkeit ex tunc oder ex nunc?

a) Ex nunc

Damit ist die Frage gestellt, ob die seit 2004 geschlossenen Entgeltumwandlungsrahmenverträge von Anfang an (ex tunc) oder mit Wirkung ab 15.7.2010 (ex nunc) unwirksam sind. Aus dem Urteil des EuGH vom 18.7.2007 in Sachen Braunschweig/Bockhorn ergeben sich keine klaren Hinweise für die Beantwortung dieser Frage. Der Gerichtshof wirft der Bundesrepublik Deutschland dort vor, keine ausreichenden Maßnahmen ergriffen zu haben, um nach dem Urteil vom 10.4.2003 den vergaberechtswidrigen Zustand, d.h. den von der Stadt Braunschweig geschlossenen Restmüllentsorgungsvertrag, aufheben zu lassen²⁵. Dies könnte darauf hindeuten, dass der Gerichtshof eine Vertragsabwicklung nach Feststellung der Europarechtswidrigkeit, also *ex nunc*, für angemessen und hinreichend hält.

b) Ex tunc

Auf der anderen Seite erklärt der Gerichtshof, dass es letztlich nur darauf ankommt, dass eine Vertragsverletzung besteht. Wenn eine solche besteht, dann ergreift sie die gesamte Dauer der unter Verstoß gegen das europäische Recht geschlosse-

nen Verträge²⁶. Dies deutet darauf hin, dass Verträge in dem Moment unwirksam sind, in dem sie gegen das europäische Recht verstoßen. Dieser Gedanke ist in sich sachlogisch – er entspricht dem Wirksamkeitsgebot des Europäischen Vertrages (effet utile)²⁷. Diese Sichtweise käme also zu einer *ex tunc* Unwirksamkeit.

Statt der Anwendung von § 134 BGB auf die bilateralen Rahmenverträge zwischen den Kommunen und den Versicherern könnte man analog § 101b GWB – wie oben schon erwähnt – dogmatisch über eine *Pflicht zur Kündigung* (§ 313 Abs. 3 BGB) nachdenken. Wenig überzeugend an einer solchen dogmatischen Einordnung ist jedoch die Tatsache, dass das einer Kündigung innewohnende Element privatautonomer Willensbildung *ad absurdum* geführt würde. Eine Kommune, die ihrer Pflicht zur Kündigung nicht nachkäme, dürfte den Rahmenvertrag dennoch nicht aufrechterhalten, sie könnte sich nicht durch Nichtstun der Kündigungspflicht entziehen. Sie würde so behandelt werden, als hätte sie gekündigt. Dies bedeutet, dass sich die Aufhebung des Vertrages letztlich aus dem Vergaberechtsverstoß und damit aus der Verletzung europäischen Rechts ableitet. Deshalb wird hier vorgeschlagen, an § 134 BGB / § 101b GWB analog direkt anzuknüpfen und damit die Rechtsfolge herbeizuführen, die den Vergaberechtsverstoß heilt und die als einzige dem europäischen Wirksamkeitsgebot (Art. 4 Abs. 3 EUV) entspricht. Korrespondierend dazu stellt § 141 BGB klar, ein nichtiges Rechtsgeschäft werde nicht dadurch wirksam, dass man es unverändert (also nichtig) erneut bestätigt. Konsequenterweise würde dies zu einer *ex tunc* Unwirksamkeit führen.

c) Ultra posse, nemo obligatur

Dennoch sprechen im gegebenen Zusammenhang eine Reihe von Gründen dafür, den Verstoß gegen das europäische Vergaberecht nicht von Anfang an (ex tunc), sondern vom 15.7.2010 an (ex nunc), zu heilen. Würde man nämlich die öffentlichen Auftraggeber zu einer rückwirkenden Ausschreibung der Entgeltumwandlungsrahmenverträge zwingen, so würde man von ihnen etwas *Unmögliches* verlangen. Zwar könnte man – rein formal gesehen – einen Entgeltumwandlungsrahmenvertrag rückwirkend, etwa mit Beginn 2004, ausschreiben. Man könnte ihn aber nicht rückwirkend mit Leben erfüllen.

Selbst wenn es Arbeitnehmer/innen gäbe, die womöglich bereit wären, ihre in der Vergangenheit abgeschlossenen Einzelverträge nunmehr in den rückwirkend zustande kommenden Rahmenvertrag einzuordnen, würde dies an der Unmöglichkeit scheitern, das von diesen Arbeitnehmern eingelegte Geld rückwirkend am Kapitalmarkt anzulegen. Auch die bereits eingetretenen Leistungsfälle (z.B. Todesfälle oder BU-Fälle) können nicht rückwirkend beseitigt werden. Dies bedeutet, dass die Zurverfügungstellung rückwirkend beginnender neuer Entgeltumwandlungsrahmenverträge im Ergebnis *leer laufen* müsste, weil kein Anbieter ein Angebot für einen solchen rückwirkend beginnenden Rahmenvertrag formulieren und zur Verfügung stellen könnte. Es ist aber rechtlich anerkannt, dass etwas *Unmögliches* nicht verlangt werden kann (ultra posse, nemo obligatur).

d) Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft

Ausdruck dieses allgemeinen Rechtsprinzips „ultra posse, nemo obligatur“ ist in Deutschland die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft. Diese Lehre²⁸ ist in Ermangelung gesetz-

23 Az.: 33 O 16465/05, VergabeR 2006 S. 268.

24 Palandt/Ellenberger, 69. Aufl., § 134, Rn. 3 m.w.N.

25 EuGH, C-503/04, Rn. 27.

26 EuGH, C-503/04, Rn. 29; unter Hinweis auf das Urteil vom 10.4.2003, C-20/01, Rn. 36.

27 Heute geregelt in Art. 4 Abs. 3 EUV.

28 Vgl. im Einzelnen dazu BGH vom 5.5.2008 – II ZR 292/06 –, ZIP 2008 S. 1018.

licher Regelungen für die Personengesellschaft bereits vom Reichsgericht entwickelt und vom BGH in ständiger Rechtsprechung fortgeführt worden. Sie zählt heute zum gewohnheitsrechtlichen Bestand des deutschen Gesellschaftsrechts. Sie beruht auf der Erkenntnis, dass eine einmal in Vollzug gesetzte und damit am Markt tätige Gesellschaft nicht mehr rückwirkend, sondern erst von dem Zeitpunkt an abgewickelt werden kann, in dem man die Fehlerhaftigkeit feststellt²⁹.

Die Lehre von der fehlerhaften, aber gleichwohl wirksamen Gesellschaft hat der EuGH mit Urteil vom 20.4.2010 als sachlogisch und mit dem europäischen Recht vereinbar anerkannt³⁰. Der BGH hat auf der Grundlage dieser Entscheidung des EuGH festgestellt, dass die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft anwendbar bleibt und hat deshalb in der dortigen Fallgestaltung den Gesellschafter einer GbR, der seinen Beitritt wirksam widerrufen hatte (heute: § 312 BGB), zur Zahlung eines Verlustausgleichs verpflichtet³¹.

Mit Blick auf den vorliegenden Fall ist die entsprechende Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft auf eine Versicherungssolidargemeinschaft nahe liegend. Es ist zwar seit langem anerkannt, dass Versicherungsverträge keine auf einem gemeinsamen Zweck beruhenden Gesellschaftsverträge, sondern Risikoausgleichsverträge sind³². Es kann aber kein Zweifel daran sein, dass der typische Versicherungsvertrag eine Gefahren-, also Risikogemeinschaft voraussetzt. Dem korrespondiert der Gleichbehandlungsgrundsatz in der Lebensversicherung, wonach bei gleichen Voraussetzungen Prämien und Leistungen nur nach gleichen Grundsätzen bemessen werden dürfen (§ 11 Abs. 2 VAG)³³. Ähnlich wie in einer fehlerhaften, gleichwohl aber wirksamen, in Vollzug gesetzten Personengesellschaft, ist es in einer Versicherungsgemeinschaft nicht möglich, Ereignisse, die sich in der Vergangenheit verwirklicht haben, in die Gegenwart oder die Zukunft zu überführen. Es ist schlechterdings nicht möglich, Geld, das man im Jahre 2004 am Kapitalmarkt angelegt hat, nun, im Jahre 2010 oder 2011 rückwirkend erneut am Kapitalmarkt für das Jahr 2004 anzulegen. Diesen Kapitalmarkt gibt es nicht mehr.

Man kann auch einen eingetretenen Versicherungsfall, etwa einen Todesfall aus dem Jahre 2005, nicht in das Jahr 2010 oder 2011 verlegen, weil sonst eine bereits verstorbene Person wieder lebendig werden und im Jahre 2011 erneut versterben müsste. Das Gleiche gilt für eine eingetretene BU oder auch für Auszahlungen von Renten auf der Basis vergangenheitsbezogener Überschusszuweisungen. Auch stille Reserven, die es im Jahre 2004 oder 2005 gegeben haben mag, sind nicht mehr rückwirkend zu aktivieren, so wie umgekehrt stille Lasten, die etwa durch die Finanzkrise entstanden sind, nicht im Jahre 2010 oder 2011 passiviert werden können. Es gilt der Satz: „Unmögliches kann vom Recht nicht verlangt werden.“

e) Ergebnis: Ausschreibung ex nunc (15.7.2010)

Im Ergebnis besteht die Vergaberechtswidrigkeit also nicht rückwirkend, sondern *ex nunc*, also vom 15.7.2010 an. Von diesem Zeitpunkt an sind die kommunalen Arbeitgeber verpflichtet, die unter Missachtung des (europäischen) Vergaberechts zustande gekommenen Entgeltumwandlungsrahmenverträge nunmehr neu auszuschreiben. Die Ausschreibung bezieht sich folglich auf den bis zum Stichtag 15.7.2010 zustande gekommenen Altbestand. Von diesem Zeitpunkt an sind die Rahmenverträge nach § 134 BGB unwirksam.

29 Zur Begründung im Einzelnen: Schwintowski, Grenzen der Anerkennung fehlerhafter Gesellschaften, NJW 1988 S. 937.

30 EuGH vom 15.4.2010, Rs. C-215/08.

31 BGH vom 12.7.2010, II ZR 292/06.

32 So ausdrücklich heute § 1 VVG.

33 Vertiefend und weiterführend: Schwintowski, Das Spannungsverhältnis zwischen Individuum und Kollektiv, ZVersWiss 2007 S. 1.

3. Konsequenzen

Die Frage, die sich unmittelbar anschließt, ist, welche *praktischen* Konsequenzen die soeben getroffene Feststellung bedeutet. Denn ein Arbeitgeber befindet sich seit der Entscheidung des EuGH in einem erheblichen Dilemma: einerseits ist der Rahmenvertrag ohne Wirkung, andererseits ist der Arbeitgeber von Gesetzes wegen verpflichtet, seinen Arbeitnehmern/innen, wann immer diese es wünschen, Entgeltumwandlung anzubieten, zum dritten ist der Arbeitgeber verpflichtet, erst im Rahmen eines Vergabeverfahrens nach den Grundsätzen des europäischen Rechts, mindestens aber nach nationalem Recht, einen oder mehrere Versicherer wirksam vertraglich an sich zu binden. Letzteres braucht Zeit, weil der Arbeitgeber die gesetzlich vorgeschriebenen Fristen nach Vergaberecht einhalten muss und das Verfahren im Übrigen nicht unerheblicher Vorbereitung bedarf. Was also kann und was muss ein öffentlicher Auftraggeber – als Arbeitgeber – tun?

Hierzu sind zunächst die unterschiedlichen Bestände an Versicherungsverhältnissen näher zu beleuchten:

- Zum einen gibt es Arbeitnehmer, die bereits auf der Basis des alten (vergaberechtswidrig zustande gekommenen) Entgeltumwandlungsrahmenvertrages Entgeltumwandlung verlangt haben (hier Altbestand genannt).
- Zum zweiten gibt es Arbeitnehmer, die zwar Anspruch auf Entgeltumwandlung haben, aber diesen noch nicht geltend gemacht haben (hier Neubestand genannt).
- Zum dritten gibt es Arbeitnehmer, die gerade jetzt, d.h. nach Veröffentlichung der EuGH-Entscheidung vom 15.7.2010, Entgeltumwandlung geltend machen (hier als Zwischenbestand bezeichnet).

Alle drei Gruppen müssen unter vergabe- wie unter betriebsrentenrechtlichen Bedingungen betrachtet werden.

a) Altbestand

Der Altbestand meint jene Arbeitnehmer/innen, die auf der Grundlage eines vor dem 15.7.2010 geschlossenen – europarechtswidrigen – Rahmenvertrages die Entgeltumwandlung vereinbart hatten. Aus den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft folgt, dass auch diese Einzelverträge rechtlich wirksam bleiben und der Versicherer nach wie vor vertraglich verpflichtet bleibt.

Vergaberechtlich ist diese Gruppe von Verträgen insofern relevant, als diese Verträge als Bestand (Stichtag 15.7.2010) von dem im Wege des offenen Verfahrens zu ermittelnden Bestbieter – ähnlich der Bestandsübertragung (§ 14 VAG) – übernommen und weiter geführt werden müssten. In der Leistungsbeschreibung wäre dieser Bestand gesondert und möglichst genau zu beschreiben, sodass potenzielle Bieter das finanzielle Risiko einschätzen können.

Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Versicherten des Altbestandes auch von der Umdeutung nach § 140 BGB und der Bestätigung eines Rechtsgeschäftes nach § 141 BGB Gebrauch machen können. Wenn sie sich nach Kenntnis des Urteils des EuGH vom 15.7.2010, mit dem die Geschäftsgrundlage ihrer Verträge (§ 313 BGB) für die Zukunft weggefallen ist, entschließen, trotz nunmehr unwirksamen Rahmenvertrages ihre Entgeltumwandlung beim Altversicherer auf der Basis wirksam bestätigter (§ 141 BGB) Einzelverträge fortzusetzen, ist dies ohne Weiteres möglich³⁴.

34 Ruffert, Die Rechtspflicht des Arbeitgebers zur Bereitstellung einer Durchführungsmöglichkeit für die Entgeltumwandlung, nestor-Schriftenreihe, Bd. 2, 2008, S. 174.

Ob und in welchem Umfang die Altversicherten von diesem Recht Gebrauch machen, ist zurzeit völlig offen. Praktisch ist diese Frage allerdings von einiger Relevanz, denn für den Fall, dass ein Großteil oder womöglich alle Arbeitnehmer/innen von den Möglichkeiten der §§ 140, 141 BGB Gebrauch machen und mit dem Altversicherer die Umwandlung in Einzelverträge vereinbaren, läuft der in der Vergangenheit geschlossene, nunmehr aber unwirksame, Entgeltumwandlungsrahmenvertrag faktisch leer. Einen inhaltsleeren Rahmenvertrag muss ein kommunaler Arbeitgeber nicht ausschreiben, weil es offensichtlich ist, dass es keinen Bieter für einen inhaltsleeren Rahmenvertrag gibt. Auch hier gilt der Satz: „Unmögliches kann nicht verlangt werden.“

Wenn und soweit allerdings in der Vergangenheit geschlossene, inzwischen aber unwirksame Rahmenverträge inhaltsgefüllt bleiben sollten, sind sie mit Stichtag 15.7.2010 auszuschreiben. Der Bieter, der den Zuschlag erhält, übernimmt dann den Altbestand angelehnt an die Grundsätze der Bestandsübertragung (§ 14 VAG).

b) Zwischenbestand

Bevor im Wege der Ausschreibung an einen oder mehrere Versicherer der Zuschlag für einen neuen Rahmenvertrag erteilt sein wird, wird einige Zeit ins Land gehen. In dieser Zeit werden Arbeitnehmer/innen von ihrem Recht auf Entgeltumwandlung Gebrauch machen wollen. Das ist auch deshalb nahe liegend, weil mit der Entgeltumwandlung steuerliche Vorteile verbunden sind. In Ermangelung eines wirksamen Rahmenvertrages kann in dieser Zeit der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber nur verlangen, „dass der Arbeitgeber für ihn eine Direktversicherung abschließt“ (§ 1a Abs. 1 BetrAVG). Dieser gesetzlichen Verpflichtung kann der Arbeitgeber in vergaberechtlicher Hinsicht dadurch nachkommen, dass er selbst gemäß § 3 Abs. 4 lit. d VOL/A EG einen oder mehrere Versicherer direkt anspricht und für eine Interimszeit – vernünftigerweise nur bis zum Ende des durchzuführenden (europaweiten) Vergabeverfahrens für den Entgeltumwandlungsrahmenvertrag – einen Interimsvertrag schließt. In Ermangelung eines wirksamen Rahmenvertrages kommt beispielsweise die Vereinbarung des Arbeitgebers mit dem „Altversicherer“ in Betracht, in der Interimszeit *Direktversicherungen* mit den umwandlungswilligen Arbeitnehmer/innen zu den Konditionen des früheren, nunmehr unwirksamen, Rahmenvertrages zu schließen.

Das Vergaberecht gibt insoweit öffentlichen Auftraggebern in sehr engen Grenzen die Möglichkeit, ohne Vergabebekanntmachung und ohne Durchführung eines förmlichen Verfahrens Versicherer vertraglich zu binden. Voraussetzung dafür ist aber, dass ein solcher Interimsvertrag „unbedingt erforderlich“ ist, was aufgrund der gesetzlichen Verpflichtung des Arbeitgebers zur Entgeltumwandlung (siehe § 1a Abs. 1 BetrAVG) zu bejahen ist.

Weiterhin müssen dringende und zwingende Gründe vorliegen, die der Auftraggeber nicht vorhersehen konnte, und die es ihm unmöglich machen, die vergaberechtlich vorgeschriebenen Fristen einzuhalten. Auch dies ist angesichts der gesetzlichen Verpflichtung zur Entgeltumwandlung und angesichts der Tatsache, dass ein Arbeitgeber die Ansprüche seiner Arbeitnehmer nicht „anhalten“ oder zeitlich verschieben kann, zweifellos der Fall, zumal ein Arbeitnehmer durch eine zeitliche Verzögerung – wie oben dargestellt – erhebliche Nachteile erleiden würde. Schließlich darf die zwingende Dringlichkeit nicht im Verhalten des Auftraggebers (= Arbeitgebers) begründet sein. Auch diese Voraussetzung ist erfüllt, denn der Handlungsbedarf aufgrund der Entscheidung des EuGH ist nicht dem öffentlichen Auftraggeber als eigene Pflichtverletzung zuzurechnen.

Da die Vorschrift des § 3 Abs. 4 VOL/A EG eine absolute Ausnahmvorschrift ist, darf sie nicht zur Umgehung des eigentlich durchzuführenden Vergabeverfahrens (zwingend als offenes Verfahren durchzuführen – vgl. § 101 Abs. 7 GWB) missbraucht werden. Es muss deshalb von vornherein eine eindeutige, klare und zeitnahe Befristung der Interimszeit vereinbart werden; allerhöchstens der 31.12.2011 als Endzeitpunkt. Denn innerhalb der vergaberechtlich vorgeschriebenen Fristen³⁵ – einschließlich ausreichender Vorbereitungszeit – muss das offene Verfahren zur Vergabe des bzw. der Entgeltumwandlungsrahmenverträge durchgeführt werden. Die Interimslösung hat daher nur solange ihre vergaberechtliche Rechtfertigung, wie die Vorbereitung und Durchführung eines offenen Verfahrens Zeit braucht.

c) Neubestand

Mit Ablauf der Interimszeit und sobald der Zuschlag dem oder den Bestbieter/innen erteilt worden ist, stehen die neuen Vertragspartner der kommunalen Arbeitgeber fest. Ihre Arbeitnehmer/innen, die von der Entgeltumwandlung bisher keinen Gebrauch gemacht hatten, können dann auf der Grundlage des bzw. der neuen Rahmenverträge zur Entgeltumwandlung ihre Ansprüche durchsetzen.

IV. Vom Arbeitgeber zu unternehmende Schritte

1. Durchführung eines Vergabeverfahrens hinsichtlich der Entgeltumwandlungsrahmenverträge

Das Urteil des EuGH vom 15.7.2010 muss von den kommunalen Arbeitgebern in die betriebliche Praxis überführt werden. Also müssen nicht nur die Arbeitnehmer/innen über dieses Urteil informiert, sondern ihnen auch Wege aufgezeigt werden, wie man sinnvoll mit den Konsequenzen dieses Urteils umgeht. Außerdem folgt aus dem Urteil, dass der kommunale Arbeitgeber für den Neubestand die Voraussetzungen für ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren nach den Grundsätzen des nationalen oder europäischen Vergaberechts schaffen muss. D.h., der kommunale Arbeitgeber ist in einer sehr komplexen Beratungssituation. Er muss die hier beschriebenen Konsequenzen mit Blick auf die Altversicherten umsetzen und er muss dafür sorgen, dass es für die Zukunft eine Neuausschreibung des Entgeltumwandlungsrahmenvertrages gibt.

Bei dieser Neuausschreibung im *offenen Verfahren*³⁶ (vgl. § 101 Abs. 2, 7 GWB) sind nicht nur die Grundsätze des Vergaberechts, sondern auch des Betriebsrentenrechts zu beachten. Besonderes Augenmerk hat der kommunale Arbeitgeber darauf zu richten, dass er für die unterschiedlichen Wünsche und Bedürfnisse seiner Arbeitnehmer/innen angemessenen Versicherungsschutz bereitstellen lässt. Es kann sein, dass nicht ein Versicherer allein in der Lage ist, die Wünsche und Bedürfnisse eines mittleren oder größeren Unternehmens zu erfüllen. Möglicherweise muss man Angebote einer Pensionskasse und Angebote eines Pensionsfonds von unterschiedlichen Versicherern bereitstellen. Neben der klassischen Rentenversicherung sind außerdem Angebote für weitere biometrische Risiken (Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrAVG) einzuholen. Besonders interessant ist in diesem Zusammenhang auch die Absicherung des Berufsunfähigkeits-Risikos, das sich gerade in den hier relevanten Gruppenversicherungsverträgen versicherungstechnisch außerordentlich günstig für die Arbeitnehmer/innen abbilden lässt.

³⁵ Vgl. § 12 Abs. 2 VOL/A EG: grundsätzlich beträgt die Angebotsfrist im offenen Verfahren 52 Tage, gerechnet vom Tag der Absendung der Bekanntmachung; eine Verkürzung ist möglich, auf nicht weniger als 36 Tage – siehe § 12 Abs. 3 VOL/A EG.

³⁶ Das Verhandlungsverfahren ist regelmäßig unzulässig. OLG Düsseldorf vom 18.10.2000, Verg 3/00 – dies ergibt sich auch bereits aus dem Gesetz selbst, vgl. § 101 Abs. 7 GWB.

Wichtig ist weiterhin, dass das Betriebsrentenrecht die Flexibilität der Beitragszahlung (differierend von Jahr zu Jahr) zulässt (§ 1a Abs. 1 S. 5 BetrAVG). Sinnvoll erscheinen auch Angebotsdifferenzierungen für einerseits männliche und andererseits weibliche Arbeitnehmer. Die Kostenbelastung von Angeboten muss in der Ausschreibung eine Rolle spielen, ebenso wie die Portabilität von einem zum anderen Arbeitgeber. Ein Arbeitgeber, der bei der Ausschreibung auf diese Dinge nicht achtet, muss sich bewusst sein, dass er für etwa eintretende Wertdifferenzen nach § 1 Abs. 1 S. 3 BetrAVG mit dem Unternehmensvermögen haftet.

All diese Überlegungen müssen von den kommunalen Arbeitgebern in den Blick genommen und einer Lösung durch marktgängige Produkte zugeführt werden. Der Weg dorthin ist das offene Verfahren nach § 101 Abs. 2 GWB.

2. Externe Berater – Dienstleistungskonzession

Dies alles bedeutet außerdem, dass der kommunale Arbeitgeber viele Fragen beantworten muss oder mehr denn je auf kompetente und sachverständige *Beratung* angewiesen ist. Das gilt allerdings auch schon für die Interimszeit bis zur Neuausschreibung, denn der Arbeitgeber selbst wird kaum in der Lage sein, seinen Arbeitnehmern/innen die Konsequenzen und Handlungsfolgen des EuGH-Urteils angemessen, zutreffend und dazu auf seine individuelle Situation zugeschnitten, näher zu bringen. Es spricht also alles dafür, dass der kommunale Arbeitgeber seine arbeitsrechtliche Informations- und Beratungspflicht durch Hinzuziehung externen Sachverständigen erfüllt.

Bei der Hinzuziehung von externen Beratern sollten zwei Dinge beachtet werden: Zum einen hat die Rechtsprechung klargestellt, dass der externe Berater nicht auf *beiden Seiten* stehen darf³⁷. Ist der externe Berater beispielsweise ein spezialisierter Makler für die bAV, so kann er nicht gleichzeitig die öffentliche Ausschreibung für den Neubestand und die Beratung des Altbestandes und des zukünftigen Neubestandes übernehmen³⁸. Dies hängt damit zusammen, dass der Makler vom Leistungserbringer (Versicherer) die Courtage für seine Beratungsleistung erhält und folglich daran interessiert ist, dass derjenige Versicherer den Zuschlag erhält, der ihm – dem Makler – die höchste Provision zahlt. Deshalb hat die Rechtsprechung klargestellt, dass im öffentlichen Vergabeverfahren die Hinzuziehung eines Versicherungsmaklers, der zugleich die interne Beratung übernimmt, unzulässig ist³⁹.

Für den kommunalen Arbeitgeber bedeutet dies, dass er einen Berater für das Ausschreibungsverfahren benötigt (das könnte z.B. ein entsprechend spezialisierter Anwalt sein) und daneben für die Information der Arbeitnehmer/innen einen im Betriebsrentenrecht spezialisierten Berater, der für die Beratung des Altbestandes einerseits und für die Beratung des Neubestandes andererseits zuständig ist. Dies könnte etwa ein spezialisierter Makler sein.

Wenn der kommunale Arbeitgeber diesen Weg nicht gehen will, kann er selbstverständlich auch alles selbst machen, muss dies dann aber auch können. Greift der kommunale Arbeitgeber auf externen Sachverständigen zurück, so sollte er beachten, dass für das Einwerben dieses Beraters die Grundsätze der *Dienstleistungskonzession* gelten. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der kommunale Arbeitgeber den eingeworbenen Berater – wie üblich – nicht bezahlen will. In einem solchen Fall erhält der Berater das Recht, die Arbeitnehmer dieses Arbeitgebers zu beraten, trägt dafür aber das wirtschaftliche

Risiko der Umsetzung des Entgeltumwandlungssystems – mit anderen Worten, es liegt kein entgeltlicher öffentlicher Auftrag, sondern eine *Dienstleistungskonzession* vor⁴⁰.

Dies bedeutet, dass der kommunale Arbeitgeber den externen Berater nach den vom EuGH in ständiger Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen für die Dienstleistungskonzession einwerben darf. Daraus folgt, dass zwar kein formales Vergabeverfahren, allerdings ein auf den Grundsätzen der Gleichbehandlung, der Transparenz und der Nichtdiskriminierung beruhendes öffentliches Ausschreibungsverfahren durchzuführen ist. Insbesondere müssen öffentliche Auftraggeber dabei „kraft der Verpflichtung zur Transparenz zugunsten potenzieller Bieter einen *angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen*, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden“⁴¹. Verletzt der kommunale Arbeitgeber diese Grundsätze, so verletzt er damit zugleich europäisches Primärrecht, denn die Grundsätze der Dienstleistungskonzession sind vom Europäischen Gerichtshof in unmittelbarer Anlehnung an das europäische Primärrecht entwickelt worden. Daraus folgt, dass Verträge, die zwischen einem kommunalen Arbeitgeber und einem externen Berater unter Missachtung dieser Grundsätze geschlossen wurden, nachträglich und rückwirkend unwirksam werden (§ 134 BGB).

V. Wesentliche Ergebnisse

1. Mit Wirkung ab 15.7.2010 sind die seit 2004 geschlossenen Entgeltumwandlungsrahmenverträge öffentlicher Auftraggeber europarechtswidrig – sie hätten öffentlich ausgeschrieben werden müssen.
2. Dies bedeutet, dass die in der Vergangenheit europarechtswidrig geschlossenen Entgeltumwandlungsrahmenverträge mit Wirkung ab 15.7.2010 öffentlich auszuschreiben sind.
3. Das folgt für Verträge oberhalb der EU-Schwellenwerte aus dem Urteil des EuGH vom 15.7.2010. Für Verträge unterhalb der Schwellenwerte ist nach nationalem Vergaberecht, das den gleichen Anforderungen unterliegt, auszuschreiben. Ein Sachgrund für die Differenzierung zwischen europäischem und nationalem Vergaberecht ist nicht erkennbar.
4. Betroffen sind alle Entgeltumwandlungsrahmenverträge öffentlicher Auftraggeber, nicht nur solche Verträge, denen § 6 TV-EUmwVKA oder die vergleichbare Tarifklausel im Tarifvertrag der Länder 2008 zugrunde liegen.
5. Die Entgeltumwandlungsrahmenverträge sind nicht von Anfang an, sondern mit Wirkung ab 15.7.2010, neu auszuschreiben. Eine rückwirkende Ausschreibung ist unmöglich (man kann Geld am Kapitalmarkt nicht rückwirkend anlegen) – Unmögliches darf vom Recht nicht verlangt werden. Es gelten die vom EuGH anerkannten Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft analog.
6. Die Versicherten des Altbestandes können von den §§ 140, 141 BGB Gebrauch machen und im Einvernehmen mit dem Versicherer ihre in dem weggefallenen Rahmenvertrag eingebundenen Verträge als selbstständige Einzelverträge fortsetzen. Wenn und soweit dies nicht geschieht, müssen kommunale Arbeitgeber den Alt-Rahmenvertrag ausschreiben.

³⁷ OLG Düsseldorf vom 18.10.2000, Verg 3/00.
³⁸ OLG Schleswig vom 16.4.2002, 6 Verg 1/02.
³⁹ OLG Schleswig vom 16.4.2002, 6 Verg 1/02; OLG Düsseldorf vom 18.10.2000, Verg 3/00; OLG Rostock vom 29.9.1999, 17 W (Verg) 1/99.

⁴⁰ EuGH, Urteil vom 7.12.2000 – C-324/98 „Telaustria und Telefonadress“; EuGH, Urteil vom 13.10.2005 – C-458/03 „Parking Brixen“; EuGH, Urteil vom 13.11.2008 – C-324/07 „Coditel Brabant SA“; EuGH, Urteil vom 10.9.2009 C-206/08 „Eurawasser“.

⁴¹ So der EuGH (Urteil vom 7. Dezember 2000 – C-324/98 „Telaustria und Telefonadress“) wörtlich in Ziffer 3 der Urteilsformel.

7. Für den Zwischenbestand (15.7.2010 bis Zuschlag nach Neuausschreibung) dürfen die Arbeitnehmer/innen die Entgeltumwandlung nach § 1a Abs. 1 BetrAVG im Wege der Direktversicherung von ihrem Arbeitgeber verlangen. Ein Interimsvertrag kann in der Zeit bis zur Beendigung des offenen Verfahrens die Situation absichern.
8. Die kommunalen Arbeitgeber sind verpflichtet, die Entgeltumwandlerahmenverträge für den Neubestand (ab Zuschlagszeitpunkt) unverzüglich auszuschreiben – andernfalls geraten sie in die Gefahr einer Haftung für verspätete Reaktion auf das Urteil des EuGH. Sie sollten sich dabei der Hilfe sachkundiger Anwälte bedienen.
9. Durch das Urteil des EuGH entsteht eine hochkomplexe Beratungssituation. Die kommunalen Arbeitgeber sind verpflichtet, ihre Arbeitnehmer/innen über die Konsequenzen des Urteils angemessen zu informieren und zu beraten. Um Beratungsfehler von vornherein zu vermeiden, können sie sich dabei externen Sachverständigen (z.B. eines bAV-spezialisierten Maklers) bedienen. Dieser darf allerdings die Ausschreibung des Rahmenvertrages nicht vornehmen, da er auf beiden Seiten stehen würde und damit immer wegen Interessenkollision ausgeschlossen wäre.
10. Bedient sich ein kommunaler Arbeitgeber eines externen Beraters, so muss er diesen nach den Grundsätzen der *Dienstleistungskonzession* (transparent, gleichberechtigt, diskriminierungsfrei) europaweit ausschreiben und im Amtsblatt der EU (Stichwort Dienstleistungskonzession) bekannt machen. Unterhalb der Schwellenwerte ist national im Bundesanzeiger sowie in den üblichen Veröffentlichungsblättern bekannt zu machen.
11. Handelt der kommunale Arbeitgeber trotz des Urteils des EuGH vom 15.7.2010 nicht, so läuft er Gefahr, für den dadurch den Arbeitnehmern/innen entstehenden Schaden wegen Verletzung der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht einstehen zu müssen. Er gibt außerdem Anlass für ein weiteres Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland. Das sollte vermieden werden.

Dr. Udo Niermann, Leipzig /
Manfred Fuhrmann, Düsseldorf

Alternativen zum Gegenwert

Überlegungen zur interessengerechten Regelung der Austrittsfolgen bei umlage- finanzierten Zusatzversorgungskassen

I. Einleitung

Die Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL)¹ sowie weitere 24 kirchliche und kommunale Zusatzversorgungskassen (ZVK) gewährleisten für ca. 50.000 Arbeitgeber die überwiegend tarifvertraglich vereinbarte Zusatzversorgung. Diese ZVKn führen die betriebliche Altersversorgung für ca. 4,9 Millionen pflichtversicherte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (nachfolgend Arbeitnehmer) und für etwa dieselbe Anzahl beitragsfrei versicherter, ehemaliger Arbeitnehmer durch. Zusatzversorgungskassen gewähren jährlich Leistungen in Höhe von ca. 8 Mrd. €.

Die als Pensionskassen organisierten ZVKn finanzieren ihre Pflichtversicherungen überwiegend im Umlageverfahren². Die umlagefinanzierten ZVKn sind darauf angewiesen, dass die beteiligten Arbeitgeber die laufenden Renten finanzieren. Wird dieses auf Dauer angelegte System durch den Austritt eines Arbeitgebers gestört, so sehen alle Satzungen der ZVKn³ vor, dass das ausscheidende Mitglied durch einen einmaligen Beitrag (Gegenwert oder Ausgleichsbetrag) die bei der ZVK verbleibenden Verpflichtungen auszufinanzieren hat.

Sowohl die Regeln zu den Austrittsfolgen bei der VBL als auch bei den ZVKn sind Gegenstand rechtlicher Auseinandersetzungen geworden. Seit den Entscheidungen des Landgerichtes Mannheim⁴, die die Regelung des Gegenwertes generell in Frage stellen, ist die Diskussion über die Regelung der Austrittsfolgen entbrannt.

Mit diesem Beitrag möchten die Verfasser – unabhängig von den aktuellen Regelungen der jeweiligen Satzung – einen Diskussionsbeitrag für eine interessengerechte und praktikable Behandlung der Folgen eines Arbeitgeberaustrittes aus einem vollständig oder teilweise umlagefinanzierten Abrechnungsverband einer Zusatzversorgungskasse leisten.

II. Ausgangslage

Durch die Entscheidungen, besonders der siebten Kammer des Landgerichtes Mannheim, aber auch der zweiten Kammer, sowie der Entscheidung des Landgerichtes Magdeburg zur Anrechnung der Vermögen im umlagefinanzierten Abrechnungsverband⁵ haben die Auseinandersetzungen um die Gegenwert- bzw. Ausgleichsbetragsforderung der VBL bzw. der ZVKn einen neuen Höhepunkt erreicht. Während das Landgericht Mannheim die aktuellen Regelungen der VBL-Satzung zur Gegenwert- bzw. Ausgleichsbetragsermitt-

1 Im Folgenden werden die VBL und die ZVK einheitlich „ZVKn“ genannt.
2 Lediglich die kirchlichen Zusatzversorgungskassen sowie die Emdener ZVK sind vollständig bzw. fast vollständig kapitalgedeckt. Die ZVKn in den neuen Ländern und der Abrechnungsverband/Ost der VBL sind bereits zu einem erheblichen Umfang kapitalgedeckt.
3 §§ 23 ff. VBL-Satzung, §§ 15 ff. ZVK-Mustersatzung
4 LG Mannheim vom 19.6.2009 – 7 O 123/08 –, BetrAV 2009 S. 565 und LG Mannheim vom 25.6.2010, 7 O 249/09.
5 LG Magdeburg vom 4.3.2010, 9 O 29 17/05.