

Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig LL.M.<sup>1</sup>

## Freiwillige Zusatzversorgung und EG-Beihilfenrecht

**Zur Vereinbarkeit des Angebots der freiwilligen Zusatzversorgung im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung durch Zusatzversorgungseinrichtungen des öffentlichen Dienstes, insbesondere durch kommunale und kirchliche Altersversorgungskassen mit dem EG-Beihilfenrecht**

### ÜBERSICHT

1. Einführung in die Problemstellung
2. Vereinbarkeit der freiwilligen Zusatzversicherung durch die öffentlich-rechtlichen Zusatzversorgungskassen mit Art. 87 EG (Beihilfenverbot)
  - 2.1 „Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige“
  - 2.2 „Staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art“
    - 2.2.1 Begünstigung der kommunalen Zusatzversorgungseinrichtungen durch eine „Anstaltslast“ oder „Gewährträgerhaftung“ der kommunalen Mitgliedskörperschaften?
    - 2.2.2 Begünstigung der kirchlichen Zusatzversorgungseinrichtungen durch eine „Anstaltslast“ oder „Gewährträgerhaftung“ der Mitgliedskirchen?
    - 2.2.3 Begünstigung durch die gesetzlich angeordnete subsidiäre Arbeitgeberhaftung im Hinblick auf die Insolvenzunfähigkeit der kommunalen und kirchlichen Zusatzversorgungseinrichtungen?
  - 2.3 „Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen“
  - 2.4 „Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen“
3. Fazit

### 1. Einführung in die Problemstellung

In der privaten Versicherungswirtschaft wird die Vereinbarkeit des Angebots der freiwilligen Zusatzversorgung im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung durch Zusatzversorgungseinrichtungen des öffentlichen Dienstes mit dem Beihilfenverbot nach Art. 87 Abs. 1 EG bezweifelt. Dabei wird insbesondere in der Insolvenzunfähigkeit der öffentlichen Zusatzversorgungseinrichtungen in Verbindung mit der sub-

sidiären Arbeitgeberhaftung nach dem Gesetz über die betriebliche Altersversorgung eine nach Art. 87 Abs. 1 EG wettbewerbsrechtswidrige Begünstigung der öffentlichen Altersversorgungskassen gegenüber privaten Versicherungsanbietern gesehen. Bevor dieser Vorwurf näher untersucht wird, sollen im Folgenden zunächst die wesentlichen Grundlagen der freiwilligen Zusatzversorgung im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung des öffentlichen Dienstes unter besonderer Berücksichtigung der kommunalen und kirchlichen Kasseneinrichtungen skizziert werden.<sup>2</sup>

Die Altersvorsorge für Arbeitnehmer (Angestellte und Arbeiter) des öffentlichen Dienstes beruht auf drei Säulen. Dabei handelt es sich neben der gesetzlichen Rentenversicherung (erste Säule) um die Zusatzversorgung als Sonderform der betrieblichen Altersversorgung (zweite Säule). Darüber hinaus besteht die Möglichkeit einer ergänzenden, individuellen Altersvorsorge in Form der privaten Lebensversicherung (dritte Säule). Mit dem Altersvermögensgesetz (AVmG)<sup>3</sup> wird die Möglichkeit zur steuerlich geförderten, kapitalgedeckten Altersvorsorge in der zweiten und dritten Säule der Altersvorsorge eröffnet. Die Zusatzversorgungseinrichtungen des öffentlichen Dienstes, insbesondere die kommunalen und kirchlichen Altersversorgungseinrichtun-

1 Der Verfasser ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung und Mitglied der Juristischen Fakultät der Universität Bonn. Die Abhandlung beruht auf einem Rechtsgutachten, das der Verfasser im Auftrag der Arbeitsgemeinschaft kommunale und kirchliche Altersversorgung (AKA) e. V. erstellt hat.

2 Hinsichtlich der Einzelheiten des tarifvertraglich angeordneten Systems der freiwilligen Versicherung in der Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes wird hier nachdrücklich auf die höchst instruktive Abhandlung von Puskás, ZTR 2002, S. 512 verwiesen.

3 Gesetz zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung und zur Förderung eines kapitalgedeckten Altersvermögens (Altersvermögensgesetz – AVmG), BGBl. I vom 29. 6. 2001, S. 1310 ff.

gen, bieten nunmehr steuerlich geförderte Altersvorsorgeprodukte – zusätzlich zu der tarifvertraglichen Pflichtversicherung – in der zweiten Säule an.

Mit dem Angebot einer die Pflichtversicherung ergänzenden freiwilligen Zusatzversicherung entsprechen die Zusatzversorgungskassen einer Verpflichtung, die sich aus dem Tarifvertrag über die zusätzliche Altersvorsorge der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes vom 1. 3. 2002 – Altersvorsorge-TV – kommunal (ATV-K) ergibt. Dieser Tarifvertrag ist zwischen der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände sowie der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) und der DBB-Tarifunion vereinbart worden. Ein im Wesentlichen gleichlautender Tarifvertrag ist für den Bereich der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL) abgeschlossen worden.

§ 26 Abs. 1 ATV-K ermöglicht es, dass Arbeitnehmer oder Arbeitgeber nach ihren finanziellen Möglichkeiten die Leistungen der tarifvertraglichen Pflichtversicherung unter Inanspruchnahme der steuerlichen Förderung bei der Zusatzversorgungseinrichtung nach deren Satzungsvorschriften im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung aufbessern können. Anders als bei der tarifvertraglichen Pflichtversicherung, die bisher in einer besonderen Form des Umlageverfahrens finanziert wird, handelt es sich bei dieser freiwilligen Versicherung um eine kapitalgedeckte Altersvorsorge, die sich nach der Summe der eingezahlten Beiträge bemisst. Als Produktvarianten der freiwilligen Zusatzversicherung sind in § 26 Abs. 3 ATV-K eine in Anlehnung an die Pflichtversicherung erfolgende Höherversicherung und eine fondsgebundene Rentenversicherung vorgesehen. Nach § 27 ATV-K hat die Zusatzversorgungseinrichtung die Beiträge auf einem gesonderten, personenbezogenen Versicherungskonto getrennt von sonstigen Einnahmen sowie in einem eigenen Abrechnungsverband zu führen. Dieser gesonderte Abrechnungsverband ist tarifvertraglich deshalb vorgesehen, weil die Arbeitgeber, welche die Pflichtversicherung im Wesentlichen zu finanzieren haben, für die freiwillige Versicherung keine Finanzierungsverpflichtung übernommen haben.

Der Tarifvertrag über die zusätzliche Altersvorsorge der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes vom 1. 3. 2002 und insbesondere § 26 sind das Ergebnis komplexer Tarifverhandlungen, in denen sich die Tarifvertragsparteien auf eine grundlegende Neuordnung der Zusatzversorgung verständigt haben. Diese Neuordnung war nur möglich, weil die höchst komplexen Interessenslagen aller Beteiligten in einem Kompromiss austariert worden sind. Geprägt ist dieser Kompromiss insbesondere durch das Bemühen der Tarifvertragsparteien, einen Ausgleich für die zu erwartenden Versorgungseinbußen der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes durch eine Vereinbarung freiwilliger Zusatzleistungen mit eigenen Beitragsleistungen im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung bei den Zusatzversorgungseinrichtungen zu schaffen. Damit ist auch die freiwillige Versicherung i. S. d. § 26 ATV-K integraler Bestandteil der komplexen Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes, also eines in sich geschlossenen **tarifvertraglichen** Versorgungssystems.

Die Höherversicherung zur Pflichtversicherung baut auf den tarifvertraglichen Pflichtleistungen auf. Sie ermöglicht es den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, durch eigene Beiträge zusätzliche Versorgungspunkte zu erwerben und damit die Pflichtleistungen aufzustocken. Hintergrund dieses Angebots einer Zusatzversorgung ist der Umstand, dass mit den am 1. 3. 2002 abgeschlossenen Altersvorsorgetarifverträgen für den öffentlichen Dienst das bisher geltende Gesamtversorgungssystem durch ein eigenständiges Betriebsrentensystem in Form eines so genannten Modells von Versorgungspunkten abgelöst worden ist; der Wert dieser Punkte

wird auf versicherungsmathematischer Grundlage nach Maßgabe der bezahlten Umlagen und Beiträge ermittelt. Dabei wird es in dem neuen System – unter Wahrung erworbener Besitzstände – zu deutlichen Einschnitten im Versorgungsniveau kommen. Diese Einschnitte sollen nach dem Willen aller Tarifvertragsparteien auf Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite (Bund, Länder und Kommunen) durch die freiwillige Versicherung ausgeglichen werden können.

Die Zusatzversorgungskassen sind öffentlich-rechtliche Einrichtungen. Die Landesgesetzgeber haben den Kommunen und Kirchen diesen organisatorischen Rahmen zur Verfügung gestellt, um ihnen insoweit die Wahrnehmung ihrer verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie zu ermöglichen, welche die Altersversorgung als Bestandteil des Personalwesens umfasst. Eine staatliche Haftung für die von den Kassen übernommenen Versicherungsverpflichtungen besteht nicht. Die Zusatzversorgungskassen stellen Pensionskassen im Sinne des Gesetzes über die betriebliche Altersversorgung (BetrAVG) dar. Sie haben den gesetzlichen Auftrag, die betriebliche Altersversorgung des öffentlichen und kirchlichen Dienstes sicherzustellen und das jeweils maßgebliche tarifvertragliche Leistungsrecht in ihre Satzungen zu übernehmen.

Die Zusatzversorgungskassen sind als juristische Personen des öffentlichen Rechts nicht konkursfähig (vgl. § 12 Abs. 1 Ziff. 2 InsO und darauf aufbauende landesrechtliche Grundlagen, z. B. Art. 25 bay. AGGVG vom 23. 6. 1981). Die ständige Erfüllbarkeit der eingegangenen Verpflichtungen ist auch dadurch gesichert, dass im Durchschnitt rund ca.  $\frac{2}{3}$  der Kassenmitglieder ihrerseits nicht konkursfähige juristische Personen des öffentlichen Rechts sind. Bei den übrigen Kassenmitgliedern handelt es sich um Dienstleistungsbetriebe in privatrechtlicher Rechtsform sowie um gemeinnützige Einrichtungen in der Rechtsform eingetragener Vereine i. S. d. Zivilrechts.

Nach § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG haften die in den Pensionskassen organisierten Arbeitgeber – also auch die privaten Arbeitgeber – zusätzlich für die von den Kassen eingegangenen Verpflichtungen. Damit gilt nach dem BetrAVG für die privaten wie für die öffentlichen Arbeitgeber die subsidiäre Arbeitgeberhaftung gleichermaßen; eine Privilegierung der öffentlichen Arbeitgeber findet nicht statt.

## **2. Vereinbarkeit der freiwilligen Zusatzversicherung durch die öffentlich-rechtlichen Zusatzversorgungskassen mit Art. 87 EG (Beihilfenverbot)**

Im Folgenden ist die Frage zu beantworten, ob der nach dem BetrAVG für die privaten wie für die öffentlichen Arbeitgeber gleichermaßen geltende Haftungsmechanismus (subsidiäre Arbeitgeberhaftung) auch im Hinblick auf die Insolvenzfähigkeit der kommunalen und kirchlichen Zusatzversorgungseinrichtungen mit dem Beihilfenverbot nach Art. 87 Abs. 1 EG vereinbar ist.

Nach Art. 87 Abs. 1 EG „sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art (2.2), die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige (2.1) den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen (2.3), mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den ~~den~~ Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen (2.4)“. Die Abhandlung folgt im Falle der Verneinung einer Tatbestandsvoraussetzung dem Aufbau von hilfswissenschaftlichen Untersuchungen. Dabei wird die Tatbestandsvoraussetzung „bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige“ als Anwendungsschleuse ratione personae der Prüfung einer beihilfenspezifischen „Begünstigung“ entsprechend der Kontrollpraxis der Kommission vorangestellt.

## 2.1 „Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige“

Der Begriff des „Unternehmens“ ist ein – vom Recht der Mitgliedstaaten unabhängiger – autonomer Begriff des Europäischen Gemeinschaftsrechts<sup>4</sup> und umfasst wie im Rahmen des Kartellrechts und Art. 86 EG jede wirtschaftlich tätig werdende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform oder ihrer Finanzierungsart, ohne dass diese bloß Verbraucher oder Arbeitnehmer ist.<sup>5</sup> Mit der zweiten Tatbestandsalternative der „Produktionszweige“ sollen Beihilfen erfasst werden, die einer ganzen Branche von Unternehmen in den gleichen relevanten Märkten zugute kommen.<sup>6</sup>

Fraglich ist, ob die kommunalen sowie kirchlichen Zusatzversorgungseinrichtungen im Rahmen der freiwilligen Zusatzversicherung in Form der Höherversicherung zur Pflichtversicherung überhaupt unter den funktionalen Unternehmensbegriff der EG-Wettbewerbsregeln fallen, da sie verpflichtet sind, den von ihren Mitgliedern (öffentliche Arbeitgeber) abgeschlossenen Tarifvertrag zu vollziehen. Insbesondere werden die kommunalen Zusatzversorgungseinrichtungen durch den Tarifvertrag angehalten, die in § 26 Abs. 3 ATV-K konfigurierte freiwillige Zusatzversicherung als Kompensation für die Einbußen im öffentlichen Dienst durch die tarifvertraglich sanktionierte Absenkung von ca. 20% des Versorgungsniveaus im Pflichtversicherungsbereich **zwingend** anzubieten. Zweifel an einem unternehmensspezifischen Gestaltungsspielraum und damit an der Unternehmenseigenschaft der kommunalen sowie kirchlichen Zusatzversorgungseinrichtungen bestehen dabei insbesondere auch im Hinblick auf die **tarifvertraglich angeordnete sowohl versicherungsmathematisch als auch organisatorisch gemeinsame Grundlage der Zusatzversicherung und der Pflichtversicherung**: Das in § 26 Abs. 3 ATV-K vorgesehene Punktemodell als Höherversicherung zur Pflichtversicherung führt zu einer tarifvertraglich vorgegebenen organisatorischen und versicherungsmathematischen Verschweißung von Zusatzversicherung und Pflichtversicherung der Angehörigen des öffentlichen Dienstes.

Diese Besonderheiten weichen erheblich von den Betriebsrentenfonds ab, für die der EuGH in den Rechtssachen **Brentjens Handelnderneming**<sup>7</sup> und **Albany International VB**<sup>8</sup> entschieden hat, dass diese trotz einer Pflichtmitgliedschaft als Unternehmen i. S. d. Art. 81, 82 und 86 EG anzusehen sind, soweit die Betriebsrentenfonds die Höhe der Beiträge und der Leistungen selbst bestimmen und nach dem Kapitalisierungsprinzip arbeiten.

Diese Entscheidungen zur Unternehmenseigenschaft sind auf der Grundlage der ständigen Rechtsprechung des EuGH ergangen, wonach ein unternehmerisches Wettbewerbsverhalten nicht vorliegt, wenn der betroffene Wirtschaftsteilnehmer gar keine Möglichkeit zur eigenständigen Entscheidung hat, sondern sein Verhalten durch hoheitliche Vorgaben determiniert wird.<sup>9</sup> Danach sind die gesetzlichen und administrativen Rahmenbedingungen im Einzelfall daraufhin zu untersuchen, ob sie einer handelnden Einheit Freiräume für unternehmerische Entscheidungen belassen. Für die Bejahung der Unternehmenseigenschaft genügt es dabei, wenn einer Einheit trotz weitreichender hoheitlicher Verhaltensvorgaben Möglichkeiten verbleiben, ihre eigenen wirtschaftlichen Interessen in die – ihrem Angebots- bzw. Nachfrageverhalten zugrunde liegenden – Entscheidungen einfließen zu lassen. Diese Grundsätze zum Erfordernis selbständigen unternehmerischen Verhaltens sind auf den gebundenen Vollzug von Tarifvertragsregelungen durch – von den Tarifvertragsparteien – eigens betraute Einrichtungen übertragbar. Die öffentlichen Zusatzversorgungseinrichtungen wer-

den nämlich – quasi hoheitlich – einer normativen Regelung unterstellt.

Der Gerichtshof stellt auch in den Rechtssachen **Brentjens Handelnderneming** und **Albany International VB** die in den Urteilen **Poucet** und **Pistre**<sup>10</sup> aufgestellte Grundlinie nicht in Frage. Danach sind Sozialversicherungsträger, die weder über Vertragsfreiheit noch über unternehmerische Gestaltungsspielräume verfügen, die **keine privatnützigen Zwecke** verfolgen und darüber hinaus in ihrem Wirtschaften hoheitlicher Einflussnahme unterliegen, keine Unternehmen i. S. d. EG-Wettbewerbsregeln.

Maßgeblich ist auch nach den Urteilen **Brentjens** und **Albany** der im Einzelfall zu prüfende unternehmerische Umsetzungs- und Gestaltungsspielraum der tarifvertraglich betrauten Zusatzversorgungseinrichtungen. Der EuGH stellt in diesen Urteilen auf die konkreten Konstruktionsmerkmale des zu beurteilenden Betriebsrentenfonds ab. Konsequenz dieser Rechtsprechung ist, dass bei Zusatzrentensystemen die Entscheidung, ob eine Unternehmenseigenschaft gegeben ist, jeweils nach Maßgabe des vorliegenden Einzelfalles differenzierend zu beurteilen ist.<sup>11</sup>

Entscheidend für die Prüfung eines unternehmerischen Umsetzungs- und Gestaltungsspielraums ist vorliegend also, ob und inwieweit die kommunalen sowie kirchlichen Zusatzversorgungseinrichtungen ihre eigenen wirtschaftlichen Interessen in die – ihrem Angebotsverhalten zugrunde liegenden – Entscheidungen, insbesondere im Rahmen der Konfiguration des Zusatzversorgungsproduktes, einfließen lassen können. Dabei ist maßgeblich auf die konkrete tarifvertragliche Konstruktion und die Bindungen nach den §§ 26, 27 ATV-K und insbesondere auf die tarifvertraglich vorgegebene organisatorische und versicherungsmathematische Verschweißung von Zusatzversicherung und Pflichtversicherung der Angehörigen des öffentlichen Dienstes abzustellen. Da die kommunalen Zusatzversorgungseinrichtungen durch den Tarifvertrag strikt gehalten sind, die in § 26 Abs. 3 ATV-K konfigurierte freiwillige Zusatzversicherung als Kompensation für die Einbußen der Neueinsteiger im öffentlichen Dienst durch die tarifvertraglich sanktionierte Absenkung von ca. 20% des Versorgungsniveaus im Pflichtversicherungsbereich **zwingend** anzubieten, besteht hinsichtlich des „Ob“ kein Spielraum für das vielmehr tarifvertraglich determinierte Angebotsverhalten der Zusatzversorgungskassen.

Erhebliche Zweifel an einem unternehmensspezifischen Gestaltungsspielraum und damit an der Unternehmenseigenschaft der kommunalen sowie kirchlichen Zusatzversorgungseinrichtungen bestehen aber auch im Hinblick auf das „Wie“ der Angebots- und Produktkonfiguration. Denn der Tarifvertrag ordnet sowohl eine versicherungsmathematisch als auch organisatorisch gemeinsame Grundlage der Zusatzversicherung und der Pflichtversicherung an. Insbesondere führt das in § 26 Abs. 3 ATV-K vorgesehene Punktemodell als

4 EuGH, Rs. C-41/90, *Höfner und Elser*, Slg. 1991, I-1979 Rn. 21 ff.; EuGH, Rs. C-55/96, *Job Centre*, Slg. 1997, I-7119 Rn. 20 ff.; Entscheidung der Kommission vom 23. 4. 1986, Polypropylen, ABl. 1986 L 230/1 (32) Ziff. 99.

5 So für Art. 81, 82 EGV: EuGH, Rs. C-41/90, *Höfner und Elser*, Slg. 1991, I-1979 Rn. 21; EuGH, verb. Rs. C-159/91 und C-160/91, *Poucet und Pistre*, Slg. 1993, I-637 Rn. 17; EuGH, Rs. C-364/92, SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol, Slg. 1994, I-43 Rn. 18.

6 *Hoischen*, Die Beihilfenregelung in Art. 92 EWGV, 1989, S. 57.

7 EuGH, verb. Rs. C-115 bis 117/97, *Brentjens Handelnderneming*, Slg. 1999, I-6025, Rn. 52 ff.

8 EuGH, Rs. C-67/96, *Albany International*, Slg. 1999, I-5751.

9 EuGH, verb. Rs. C-359 und 379/95 P, Kommission u. a./Ladbroke Racing, Slg. 1997, I-6265, 6312, Rn. 33 f.; Generalanwalt *Jacobs*, Schlussanträge vom 13. 9. 2001 zur Rs. C-218/00, *Cisal di Battistello Venanzio/INAIL*, Rn. 71 und Rn. 81 f.

10 EuGH, verb. Rs. C-159/91 und C-160/91, *Poucet und Pistre*, Slg. 1993, I-637.

11 *Stürmer*, ZTR 2000, S. 293 (294).

Höherversicherung zur Pflichtversicherung zu einer tarifvertraglich vorgegebenen organisatorischen und versicherungsmathematischen Verschleißung von Zusatzversicherung und Pflichtversicherung der Angehörigen des öffentlichen Dienstes. Diese tarifvertraglich zwingenden Rahmenbedingungen negieren gerade die für eine Unternehmenseigenschaft spezifischen Gestaltungsspielräume hinsichtlich der Einbringung eigener wirtschaftlicher Interessen in die – dem Angebotsverhalten zugrunde liegenden – Entscheidungen. Damit ist vorliegend eine andere Bewertung als in den Urteilen **Brentjens** und **Albany** gerechtfertigt. So stand in diesen Rechtssachen der Umstand im Vordergrund, „dass der Betriebsrentenfonds die Höhe der Beiträge und der Leistungen selbst bestimmt“<sup>12</sup> und keinen – mit den vorliegenden tarifvertraglichen Determinierungen vergleichbaren – Bindungen unterlag. Mit den § 26 und § 27 ATV-K weisen die Tarifvertragsparteien die kommunalen sowie kirchlichen Zusatzversorgungseinrichtungen dagegen an, die Höherversicherung sowie das Verfahren in einer tarifvertraglich strikt geregelten Art und Weise durchzuführen.

### Zwischenergebnis:

*Da die öffentlichen Zusatzversorgungskassen hier im normativ streng gebundenen Vollzug des Tarifvertrages handeln, genießen sie keinen unternehmerischen Umsetzungs- und Gestaltungsspielraum; es besteht nämlich weder ein Spielraum hinsichtlich des „Ob“, noch hinsichtlich des „Wie“ für das vielmehr tarifvertraglich determinierte Angebotsverhalten. Damit ist die funktionale Unternehmenseigenschaft der Zusatzversorgungskassen nach den EG-Wettbewerbsregeln zweifelhaft. Die Verneinung der funktionalen Unternehmenseigenschaft wird dabei dem besonderen Umstand gerecht, dass es sich bei der Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes um ein spezifisches, in sich geschlossenes tarifvertragliches Versorgungssystem handelt.*

## 2.2 „Staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art“

Das Merkmal der Begünstigung ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH<sup>13</sup> und allgemeiner Auffassung<sup>14</sup> weit auszulegen. Unabhängig von ihrer Form und Ausgestaltung ist eine staatliche Maßnahme dann als Begünstigung i. S. d. Art. 87 Abs. 1 EG anzusehen, wenn das Unternehmen eine Leistung ohne angemessene, d. h. marktübliche Gegenleistung (Kompensation) erlangt.<sup>15</sup> Unter einer Leistung ist jeder geldwerte Vorteil für den Empfänger zu verstehen. Leistungen erfolgen durch positive Handlungen, wie im Fall des klassischen Subventionsbegriffs durch Zuführung von Geldmitteln (Geldzuführung), aber auch durch Maßnahmen, die die Belastungen eines Unternehmens mindern (Belastungsminderung).<sup>16</sup> Auch die staatliche Übernahme von Garantien<sup>17</sup> und Verlustausgleichspflichten – gleichgültig ob gesetzlich (Gewährträgerhaftung bzw. Anstaltslast) oder rechtsgeschäftlich – erfüllt ohne marktübliche Gegenleistung gerade mit Blick auf die damit einhergehenden Refinanzierungsvorteile auf den Kapitalmärkten den Beihilfentatbestand.<sup>18</sup>

Unerheblich für die Beurteilung des Begünstigungscharakters einer Beihilfe ist die Motivation für ihre Gewährung. Entscheidend ist allein die ökonomische Wirkung der Maßnahme<sup>19</sup>, die dem Unternehmen einen geldwerten Vorteil, z. B. einen Refinanzierungsvorteil, verschafft. Der Vorteilseffekt einer Beihilfe besteht regelmäßig in einer staatlich induzierten Kostensenkungswirkung bei dem begünstigten Unternehmen. Die gelegentlichen Versuche, den Beihilfencharakter einer staatlichen Maßnahme mit dem Hinweis auf die fehlende Begünstigungsintention zu verneinen<sup>20</sup>, überzeugen daher nicht und haben in der Entscheidungspraxis von Kommission und EuGH keine Berücksichtigung gefunden.

### 2.2.1 Begünstigung der kommunalen Zusatzversorgungseinrichtungen durch eine „Anstaltslast“ oder „Gewährträgerhaftung“ der kommunalen Mitgliedskörperschaften?

Fraglich ist, ob hier eine beihilfenrelevante Begünstigung der Zusatzversorgungseinrichtungen des öffentlichen Dienstes in Form einer – gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich begründeten – „Anstaltslast“ oder allgemeinen „Gewährträgerhaftung“ der öffentlichen Arbeitgeber für ihre Zusatzversorgungskassen vorliegt. Die **Anstaltslast** verpflichtet den Anstaltsträger gegenüber der Anstalt im **Innenverhältnis**, die wirtschaftliche Basis der Anstalt zu sichern, die Anstalt für die gesamte Dauer ihres Bestehens funktionsfähig zu halten und etwaige finanzielle Lücken (Unterbilanz) durch Zuschüsse oder auf andere geeignete Weise auszugleichen.<sup>21</sup> Scharf von der Anstaltslast zu unterscheiden ist die **Gewährträgerhaftung**, welche eine öffentlich-rechtliche Ausfallgarantie des Gewährträgers (Anstaltsträger) gegenüber den (dritten) Gläubigern im **Außenverhältnis** begründet. Die Gewährträgerhaftung greift erst ein, soweit die Gläubiger aus dem Anstaltsvermögen nicht befriedigt werden.<sup>22</sup> Für die kommunalen Zusatzversorgungseinrichtungen ist weder eine Anstaltslast noch eine Gewährträgerhaftung gesetzlich kodifiziert.

Insbesondere kann aus § 17 Abs. 2 BetrAVG das Bestehen einer Anstaltslast nicht abgeleitet werden. § 17 Abs. 2 BetrAVG, der „den Bund, die Länder, die Gemeinden sowie die Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts, bei denen das Insolvenzverfahren nicht zulässig ist, und solche juristischen Personen des öffentlichen Rechts, bei denen der Bund, ein Land oder eine Gemeinde kraft Gesetzes die Zahlungsfähigkeit sichert“, von den Vorschriften der Insolvenzversicherung ausnimmt (§§ 7 bis 15 BetrAVG), begründet keine Anstaltslast. Vielmehr verweist der Tatbestand des § 17 Abs. 2 BetrAVG auf Voraussetzungen, die – wie die Insolvenzunfähigkeit nach § 12 Abs. 1 InsO – erst durch ein anderes Gesetz begründet werden müssen. Hinsichtlich der zweiten Tatbestandsalternative des § 17 Abs. 2 BetrAVG müsste eine Anstaltslast anderweitig („kraft Gesetzes“), d. h. außerhalb des BetrAVG, gesetzlich begründet sein. Für die kommunalen Zusatzversorgungseinrichtungen fehlt es aber gerade an einer solchen anderweitigen gesetzlichen Kodifikation der Anstaltslast. Wenn § 17 Abs. 2 BetrAVG auf die kommunalen Zusatzversorgungseinrichtungen Anwendung findet, so liegt dies alleine an der ersten Tatbestandsalternative, nämlich an der Verweisung auf die gesetzlich in § 12 Abs. 1 Ziff. 2 InsO<sup>23</sup> angeordneten Insolvenzunfähigkeit.

12 EuGH, verb. Rs. C-115 bis 117/97, *Brentjens Handelnderneming*, Slg. 1999, I-6025, Rn. 81.

13 Vgl. schon EuGH, Rs. 30/59, *Steenkolennijnen*, Slg. 1961, I (43).

14 S. nur *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert*, 2. Aufl. 2002, Art. 87 EG Rn. 7; *Evans*, *European Community law of state aid*, 1997, S. 27 ff.; *Geiger*, EG, 3. Aufl. 2000, Art. 92 Rn. 9.

15 *Müller-Craf*, ZHR 152 (1988), 403 (418), spricht insoweit von einer „marktrelativen Günstigkeit für den Nutznießer“.

16 EuGH, Rs. C-387/92, *Banco Exterior de España*, Slg. 1994, I-877 Rn. 13 f.; EuGH, Rs. C-256/97, *DMT*, Slg. 1999, I-3913 Rn. 19; ausführlich dazu *D'Sa*, *European Community law of state aid*, 1998, S. 58 ff.

17 Die Kommission hat ihre Haltung gegenüber staatlichen Beihilfen, die in Form von Garantien (Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften) gewährt werden, in einer Mitteilung dargelegt: *Bürgschaftsmittelteilung vom 11. 3. 2000*, ABl. 2000 C 71/14, abgedruckt in: *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, 2002, S. 280; dazu *Fischer*, WM 2001, 277.

18 *Koenig*, EuZW 1995, S. 595 ff.

19 EuGH, Rs. 173/73, *Italien/Kommission*, Slg. 1974, 709 Rn. 26; EuGH, Rs. 310/85, *Deufil*, Slg. 1987, 901 Rn. 8; *Götz*, in: *Dauses*, Hdb. EU-Wirtschaftsrecht, Stand: Mai 2001, H.III. Rn. 24.

20 So aber i. E. im Hinblick auf die Gewährung von Staatsbürgschaften *Frisinger/Behr*, RIW 1995, 708 (710).

21 *Koenig*, EuZW 1995, S. 595 (597).

22 *Koenig*, EuZW 1995, S. 595 (597).

23 Und darauf aufbauende landesrechtliche Grundlagen, z. B. Art. 25 bay. AGGVG vom 23. 6. 1981.

Auch die lediglich in Nordrhein-Westfalen bestehende landesrechtliche Regelung, wonach nur die **Neuerrichtung einer Kasse** von dem Vorhandensein eines öffentlichen Rechtsträgers, „der die Leistungskraft der Kasse auf Dauer gewährleistet“<sup>24</sup>, abhängig gemacht wird, begründet keine Anstaltslast. Diese nordrhein-westfälische Sonderregelung beschränkt sich nämlich auf die Sicherstellung einer Gründungsvoraussetzung im Falle der Neuerrichtung einer Zusatzversorgungskasse nach dem In-Kraft-Treten des Gesetzes über die kommunalen Versorgungs- und Zusatzversorgungskassen im Lande Nordrhein-Westfalen vom 6. 11. 1984. Auf die große Mehrheit der bestehenden nordrhein-westfälischen Kassen, die lange vor Erlass des Gesetzes errichtet worden sind, ist diese Sonderregelung zur Kassenneuerrichtung ohnehin nicht anwendbar. Jedenfalls begründet diese nordrhein-westfälische Sonderregelung eindeutig **keine Anstaltslast** im rechtlichen Sinne einer allgemeinen Verpflichtung des Anstaltsträgers gegenüber der Anstalt, über die bestehenden satzungsrechtlichen Mitgliedschaftspflichten hinaus ihre wirtschaftliche Basis dauerhaft zu sichern, die Anstalt für die gesamte Dauer ihres Bestehens funktionsfähig zu halten und etwaige finanzielle Lücken (Unterbilanz) durch Zuschüsse oder auf andere geeignete Weise unbedingt auszugleichen.

Eine solche globale und unbedingte Unterhaltungslast lässt sich weder für die Länder, noch für die Kommunen ableiten. Die Länder haben mit den Errichtungsgesetzen lediglich einen organisatorischen Rahmen zur Verfügung gestellt, damit die Kommunen auf dem Gebiet der Altersversorgung, die Kernbestandteil des Personalwesens ist, ihre grundgesetzlich verbürgte Selbstverwaltungsgarantie (Art. 28 Abs. 2 GG) wahrnehmen können. Die Kommunen ihrerseits haben neben den landesrechtlichen Rechtsgrundlagen keinerlei Bestandsgarantie für die kommunalen Einrichtungen übernommen; angesichts ihrer begrenzten finanziellen Mittel haben sie auch keinen Anlass, außerhalb der allgemeinen satzungsrechtlichen Mitgliedschaftspflichten für Kassenmitglieder in privater Rechtsform, auf die im Durchschnitt ca. 1/3 der versicherten Arbeitnehmer entfallen, zusätzliche Garantien zu übernehmen. In diesem Zusammenhang verweisen die Kommunen auf die nach § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG für die Privaten wie für die öffentlichen Arbeitgeber gleichermaßen geltende **subsidiäre Arbeitgeberhaftung**, die als **ausschließlicher Haftungsmechanismus** ohnehin erst eingreift, wenn die vorrangigen kasseninternen Sicherungsmechanismen zur Deckung von Fehlbeträgen ausfallen (dazu 2.2.3).

Da keine gesetzlich kodifizierte Rechtsgrundlage für die behauptete Anstaltslast besteht, käme allenfalls eine gewohnheitsrechtliche Begründung hierfür in Betracht. Dazu müsste allerdings nachgewiesen werden, dass die **von dem Rechtsinstitut Betroffenen in ihrer Praxis der Anstaltslast in der Überzeugung nachkommen, rechtlich hierzu verpflichtet zu sein (opinio juris sive necessitatis als opinio generalis juris generalis)**. Der Geltungsgrund des Gewohnheitsrechts, schreibt *Larenz* treffend, ist die allgemeine Rechtsüberzeugung in den beteiligten Kreisen, die sich in einer konstanten Übung manifestiert.<sup>25</sup> Eine gewohnheitsrechtliche Begründbarkeit der Anstaltslast scheitert hier von vornherein an der fehlenden Rechtsüberzeugung der betroffenen öffentlichen Arbeitgeber, die eine globale Anstaltslast kategorisch ablehnen und auf die ausschließlich greifenden vorrangigen kasseninternen Sicherungsmechanismen zur Fehlbetragsdeckung sowie auf die nachrangige, für die Privaten wie für die öffentlichen Arbeitgeber gleichermaßen geltende subsidiäre Arbeitgeberhaftung (§ 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG) verweisen.

Sind die Zusatzversorgungseinrichtungen des öffentlichen Dienstes nicht als Anstalten, sondern als Körperschaften des

öffentlichen Rechts – nämlich mitgliedschaftlich – organisiert, so fehlt ohnehin jeder verwaltungsrechtliche Bezug zu einer behaupteten Anstaltslast. Noch weniger als eine Anstaltslast ist die Gewährträgerhaftung als eine öffentlich-rechtliche Ausfallgarantie des Anstaltsträgers gegenüber Gläubigern in Betracht zu ziehen. Denn es besteht Einvernehmen darüber, dass die Gewährträgerhaftung nur auf gesetzlich kodifizierter Grundlage gelten kann; eine Begründung über ungeschriebenes Gewohnheitsrecht oder allgemeine Rechtsgrundsätze scheidet von vornherein aus.

### Zwischenergebnis:

*Eine beihilfenrelevante Begünstigung der Zusatzversorgungseinrichtungen des öffentlichen Dienstes in Form einer – gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich begründeten – „Anstaltslast“ oder allgemeinen „Gewährträgerhaftung“ der kommunalen Arbeitgeber für ihre Zusatzversorgungskassen gibt es nicht. Eine staatliche Nachschusspflicht besteht nicht.*

#### 2.2.2 Begünstigung der kirchlichen Zusatzversorgungseinrichtungen durch eine „Anstaltslast“ oder „Gewährträgerhaftung“ der Mitgliedskirchen?

Nachdem zuvor dargelegt worden ist, dass es weder eine „Anstaltslast“ noch eine „Gewährträgerhaftung“ der kommunalen Arbeitgeber für ihre Zusatzversorgungskassen gibt, soll im Folgenden die Situation der kirchlichen Arbeitgeber beihilfenrechtlich beleuchtet werden. Zweifel an der Tatbestandsmäßigkeit nach Art. 87 Abs. 1 EG bestehen angesichts des besonderen – gerade staatsfreien – Status der Kirchen<sup>26</sup> bereits ratione personae mit Blick auf das Zurechnungsmerkmal „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen“. Fehlt es schon an diesem Zurechnungsmerkmal der Begünstigung, so kann es keine beihilfenrechtlich relevante „Anstaltslast“ oder „Gewährträgerhaftung“ der kirchlichen Arbeitgeber geben.

Diese „Kirchenfrage“ ist bisher mangels Anlass weder von der Kommission noch vom Gerichtshof behandelt worden. Die Kontrollpraxis bezieht sich auf vom Mitgliedstaat selbst zugeführte Mittel oder auf Mittel, die von den in die Mitgliedstaaten eingegliederten Gebietskörperschaften gewährt werden. In Deutschland gilt dies insbesondere für die Länder und die Kommunen.<sup>27</sup> Aus der Unterscheidung zwischen „staatlich“ und „aus staatlichen Mitteln“ wird deutlich, dass nicht nur die unmittelbar vom Staat gewährten Begünstigungen in den Anwendungsbereich des Art. 87 Abs. 1 EG fallen. Einzubeziehen sind ebenfalls Beihilfen, „die über eine vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtung gewährt werden“ (staatlich benannte Einrichtung).<sup>28</sup> Auch in diesen Fällen muss eine Zurechnung möglich sein, da sich die Mitgliedstaaten ansonsten durch eine Ausgliederung der die Unternehmen begünstigenden Einheiten aus der unmittelbaren Staatsverwaltung dem Anwendungsbereich des Art. 87 Abs. 1 EG entziehen könnten. Dementsprechend hat der EuGH in einer ganzen Reihe von Fällen, in denen die Mitgliedstaaten Fonds errichtet hatten, die auf

24 § 11 des Gesetzes über die kommunalen Versorgungs- und Zusatzversorgungskassen im Lande Nordrhein-Westfalen vom 6. 11. 1984 (GV NW 1984, S. 694, ber. S. 748), geändert durch Gesetz vom 18. 12. 1998 (GV NW 1998, S. 587).

25 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, 1991, S. 433.

26 Art. 140 GG ordnet die Geltung von Art. 137 Weimarer Verfassung an. Art. 137 Weimarer Verfassung bestimmt u. a.: „(1) Es gibt keine Staatskirche. (...) (3) Jede Religionsgesellschaft ordnet und verwaltet ihre Angelegenheiten selbstständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes. Sie verleiht ihre Ämter ohne Mitwirkung des Staates oder der bürgerlichen Gemeinde. (...) (5) Die Religionsgesellschaften bleiben Körperschaften des öffentlichen Rechtes, soweit sie solche bisher waren. (...) (6) Die Religionsgesellschaften, welche Körperschaften des öffentlichen Rechtes sind, sind berechtigt, auf Grund der bürgerlichen Steuerlisten nach Maßgabe der landesrechtlichen Bestimmungen Steuern zu erheben.“

27 EuGH, Rs. 248/84, Deutschland/Kommission, Slg. 1987, 4013 (4041) Rn. 17.

28 Vgl. EuGH, verb. Rs. C-52/97, C-53/97 und C-54/97, *Viscido*, Slg. 1998, I-2629 Rn. 13 mwN; dazu *Rodger*, ECLR 1999, 251; s. auch die Aufforderung der Kommission zur Abgabe einer Stellungnahme, *PMPOA*, ABI. 2001 C 179/18; französische Wasserbehörde als zur Beihilfenvergabe benannte öffentliche Einrichtung.

Grundlage einer staatlichen Regelung parafiskalische Abgaben erheben dürfen und diese zur Unterstützung bestimmter Unternehmen bzw. Industriezweige verwendeten, jeweils das Vorliegen einer aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfe angenommen.<sup>29</sup> Hierbei werden sämtliche Mittel erfasst, auf die die staatlichen Einrichtungen zurückgreifen können, ohne dass es darauf ankommt, dass die Mittel dem Staat dauerhaft zur Verfügung stehen.<sup>30</sup> Dabei ist die Gruppe der staatlich benannten Einrichtungen weit zu fassen. So hat das EuG in der Rechtssache **Air France** entschieden, dass die Zurechnung an den jeweiligen Mitgliedstaat auch dann zu erfolgen habe, wenn eine durch Gesetz geschaffene öffentliche Einrichtung mit Sonderaufgaben (Etablissement public spécial) Finanzmittel zuführt.<sup>31</sup>

Eindeutig hat der EuGH entschieden, dass eine Belastung öffentlicher Haushalte erfolgen muss, um das Tatbestandsmerkmal der staatlichen Zurechenbarkeit bejahen zu können. Nach Auffassung des Gerichtshofes, welche im Grundsatzurteil **PreussenElektra**<sup>32</sup> bestätigt worden ist, fallen nur Maßnahmen in den Anwendungsbereich des Art. 87 EG, die zu einer aktuellen oder potenziellen<sup>33</sup> Mittelbelastung – dem Staat oder den Kommunen zurechenbarer – öffentlicher Haushalte führen.<sup>34</sup> Dem folgt mittlerweile auch die Kommissionspraxis.<sup>35</sup>

Da als beihilfenrelevante öffentliche Haushalte nach ständiger Rechtsprechung nur staatliche bzw. kommunale Haushalte sowie die Haushalte „staatlich benannter Einrichtungen“ i. S. d. Urteile **PreussenElektra** und **Air France** zu verstehen sind, ist bei den Kirchen aufgrund ihres wirtschaftlich wie rechtlich staatsfreien Status das Zurechnungsmerkmal „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen“ von vornherein ratione personae zu verneinen.

Diese Bewertung findet eine eindeutige Bestätigung a fortiori im Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache **Stardust Marine** vom 16. 5. 2002.<sup>36</sup> In dieser Rechtssache ging es um die Frage, ob eine Mittelvergabe durch ein öffentliches Unternehmen für sich allein ausreichend ist, um die Vergabe der Mittel dem Staat zurechnen zu können. Der Gerichtshof verneinte eine Zurechenbarkeit: „Ein öffentliches Unternehmen kann je nach Maß der Selbstständigkeit, das ihm der Staat belässt, mehr oder weniger unabhängig handeln. (...) Die bloße Tatsache, dass ein öffentliches Unternehmen unter staatlicher Kontrolle steht, genügt daher nicht, um Maßnahmen dieses Unternehmens (...) dem Staat zuzurechnen. Es muss außerdem geprüft werden, ob davon auszugehen ist, dass die Behörden in irgendeiner Weise am Erlass dieser Maßnahmen beteiligt waren.“<sup>37</sup> Als ein Zurechnungskriterium nennt der Gerichtshof „die Eingliederung des öffentlichen Unternehmens in die Strukturen der öffentlichen Verwaltung“.<sup>38</sup>

Die Kirchen sind aber gerade nicht in den staatlichen Verwaltungsaufbau mit eingebunden. Die mit Blick auf öffentliche Unternehmen vom Gerichtshof aufgestellten Ausschlusskriterien für eine beihilfenrechtliche Zurechnung kommen a fortiori bei den kirchlichen Arbeitgebern zum Tragen, bei denen sowohl eine Eingliederung in die Strukturen der öffentlichen Verwaltung, als auch eine staatliche Einflussnahme von vornherein ausscheidet. Rechtlich ist die Staatsfreiheit der Kirchen in Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 1 und 3 Weimarer Verfassung verankert: „(1) Es gibt keine Staatskirche. (...) (3) Jede Religionsgesellschaft ordnet und verwaltet ihre Angelegenheiten selbständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes. Sie verleiht ihre Ämter ohne Mitwirkung des Staates oder der bürgerlichen Gemeinde. (...)“ Aufgrund dieser Staatsfreiheit der als Körperschaften des öffentlichen Rechtes (Art. 137 Abs. 5 Weimarer Verfassung) organisierten Kirchen, insbesondere aufgrund des Ausschlusses jeglicher

staatlichen Einflussnahme auf kirchliche Angelegenheiten, fehlt es nach den durch das Urteil **Stardust Marine** gesetzten Maßstäben an einem beihilfenrechtlichen Zurechnungsgrund für „staatlich benannte Einrichtungen“.

Auch unter einem wirtschaftlichen Blickwinkel fehlt es an einem Zurechnungsgrund, denn die Kirchen sind auch haushälterisch staatsfrei, zumal sie ihr verfassungsbewehrtes Recht ausüben, Kirchensteuern zu erheben (Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 6 Weimarer Verfassung).

Den Rechtsverhältnissen zwischen Kirchen und ihren kirchlichen Zusatzversorgungskassen liegen **innerkirchliche Rechtsakte** zugrunde, die „staatsfrei“ verabschiedet worden sind, so dass wiederum eine beihilfenrechtliche Zurechnung (für „staatlich benannte Einrichtungen“) nach dem vom EuGH im Urteil **Stardust Marine** gesetzten Maßstäben ausgeschlossen bleibt.

#### Zwischenergebnis:

*Aufgrund des besonderen, gerade staatsfreien Status der Kirchen fehlt es für eine Tatbestandsmäßigkeit nach Art. 87 Abs. 1 EG im – durch innerkirchliche Rechtsakte ausgestalteten – Verhältnis zwischen Kirchen und kirchlichen Zusatzversorgungskassen a priori am beihilfenrechtlichen Zurechnungsmerkmal „staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt“.*

#### 2.2.3 Begünstigung durch die gesetzlich angeordnete subsidiäre Arbeitgeberhaftung im Hinblick auf die Insolvenzunfähigkeit der kommunalen und kirchlichen Zusatzversorgungseinrichtungen?

Fraglich ist, ob der nach dem BetrAVG für die privaten wie für die öffentlichen Arbeitgeber gleichermaßen geltende Haftungsmechanismus (subsidiäre Arbeitgeberhaftung) auch im Hinblick auf die Insolvenzunfähigkeit der kommunalen und kirchlichen Zusatzversorgungseinrichtungen mit dem Beihilfenverbot nach Art. 87 Abs. 1 EG vereinbar ist, oder ob insoweit Begünstigungsmerkmale vorliegen.

Nach § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG gilt für die privaten wie für die öffentlichen Arbeitgeber die subsidiäre Arbeitgeberhaftung gleichermaßen; eine Privilegierung der öffentlichen Arbeitgeber findet nicht statt: „Der Arbeitgeber steht für die Erfüllung der von ihm zugesagten Leistungen auch dann ein, wenn die Durchführung (der betrieblichen Altersversorgung) nicht unmittelbar über ihn erfolgt“.

Da die subsidiäre Arbeitgeberhaftung nach § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG als solche keine Beihilfenelemente beinhaltet, stellt sich die Frage, inwieweit die gesetzlich durch § 12 Abs. 1 Ziff. 2 InsO<sup>39</sup> angeordnete Insolvenzunfähigkeit die Zusatzversorgungskassen als juristische Personen des öffentlichen Rechts mit einer Begünstigung i. S. d. Art. 87 Abs. 1 EG ausstattet.

29 EuGH, Rs. C-173/73, Italien/Kommission, Slg. 1974, 709 (719 f.) Rn. 33/35; s. dazu auch Koenig/Kühling, ZUM 2001, 537 (543 f.) m. w. N.

30 EuGH, Rs. C-83/98 P, *Ladbroke Racing*, Slg. 2000, I-3271 Rn. 50.

31 EuG, Rs. T-358/94, *Compagnie nationale Air France/Kommission*, Slg. 1996, II-2109 Rn. 55 ff.; dazu *Hancher/Ottersanger/Slot*, E. C. State Aids, 2. Aufl. 1999, Rn. 2-021.

32 EuGH, Rs. C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099; zustimmend *Ruge*, WuW 2001, 560.

33 Die Finanzeinbuße muss noch nicht eingetreten sein; daher fallen auch staatliche Garantieleistungen, insb. Bürgschaften, unter den Beihilfentatbestand, s. *Harings*, Praxis des Europäischen Beihilfenrecht, 2001, Rn. 17.

34 So die herrschende Auffassung *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert*, 2. Aufl. 2002, Art. 87 EGV Rn. 11; *Wolter*, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 1999, Art. 92 EGV Rn. 16; *Soltész*, EuZW 1998, 747.

35 Vgl. nur Kommission, Entscheidung vom 22. 5. 2002, Staatliche Beihilfe NN 68/2000 – Deutschland, S. 3.

36 EuGH, Urteil vom 16. 5. 2002, Rs. C-482/99, *Frankreich/Kommission*, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht.

37 EuGH, Urteil vom 16. 5. 2002, Rs. C-482/99, *Frankreich/Kommission*, Rn. 52.

38 EuGH, Urteil vom 16. 5. 2002, Rs. C-482/99, *Frankreich/Kommission*, Rn. 56.

39 Und darauf aufbauende landesrechtliche Vorschriften, z. B. Art. 25 bay. AGGVG vom 23. 6. 1981.

Aus dem Umstand, dass die Zusatzversorgungskassen nicht insolvenzfähig sind, kann eine im Prinzip unbegrenzte staatliche Nachschusspflicht nicht abgeleitet werden. Dies wäre nicht nur hinsichtlich der fehlerhaften Prämisse der Gleichsetzung von Insolvenzunfähigkeit (als Verfahrensausschlussstatus) und Anstaltslast (als auf die öffentlich-rechtliche Organisationsform der Anstalt spezifisch bezogene Unterhaltungslast) unzutreffend. Vielmehr gibt es keine „im Prinzip unbegrenzte staatliche Nachschusspflicht“ kraft Insolvenzunfähigkeit. Die Insolvenzunfähigkeit nach § 12 Abs. 1 Ziff. 2 InsO ist Ausdruck der Immunität juristischer Personen des öffentlichen Rechts von einem Universalkonkursverfahren; der telos dieser Regelung beschränkt sich darauf, die Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung aufrecht zu erhalten.<sup>40</sup> Mit der Immunität juristischer Personen des öffentlichen Rechts von dem Universalverfahren sollen diese von einer für sie verfassungsrechtlich nicht zu legitimierenden Unterwerfung unter die umfassende Exekutionsfunktion<sup>41</sup> des Insolvenzverfahrens freigestellt werden. Die vom gerichtlich eingesetzten Insolvenzverwalter (§ 56 InsO) zu beachtenden Sanierungs- und – als ultima ratio – Liquidationsmaßstäbe sind mit dem verfassungsrechtlichen Status juristischer Personen des öffentlichen Rechts unvereinbar. Die Gläubiger juristischer Personen des öffentlichen Rechts werden darauf verwiesen, ihre titulierten Ansprüche gegebenenfalls im Wege der Einzelzwangsvollstreckung gemäß § 882a ZPO zu verfolgen.<sup>42</sup> Aus der Insolvenzunfähigkeit nach § 12 Abs. 1 Ziff. 2 InsO ist dagegen keine Gläubigerschutzargumentation in dem Sinne abzuleiten, dass ein öffentlicher Träger im Falle der Zahlungsunfähigkeit einer Nachschusspflicht genügen müsste. Auch ein faktisches Nachschussverhalten ist gesetzlich nicht indiziert, wie § 12 Abs. 2 InsO offenbart. § 12 Abs. 2 InsO knüpft nämlich gerade an eine Zahlungsunfähigkeit oder eine Überschuldung der juristischen Person des öffentlichen Rechts an und impliziert damit deren Möglichkeit: Im Falle der Zahlungsunfähigkeit oder einer Überschuldung gewährt § 12 Abs. 2 InsO den Arbeitnehmern der betroffenen juristischen Person des öffentlichen Rechts gegenüber dem Land einen Anspruch auf Leistungen, die sie bei einem Insolvenzverfahren nach den Vorschriften des Sozialgesetzbuches III vom Arbeitsamt oder dem Pensions-Sicherungs-Verein erhalten hätten.<sup>43</sup> Für die Ausfallhaftung des Landes sind nach § 12 Abs. 2 InsO gerade Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung Voraussetzungen. § 12 Abs. 2 InsO liefe also leer, wenn eine Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung durch ein rechtlich gebotenes oder faktisch etabliertes Nachschussverhalten ausgeschlossen wäre. Die Systematik des § 12 InsO zeigt damit deutlich, dass ein solches Nachschussverhalten vom Gesetzgeber weder rechtlich noch faktisch zugrunde gelegt – geschweige denn indiziert – wird. Wenn § 12 Abs. 2 InsO den Arbeitnehmern einen Ausfallanspruch gegenüber dem Land gewährt, so beschränkt sich diese Regelung auf einen spezifischen Arbeitnehmerschutz. Eine Anstaltslast oder Gewährträgerhaftung ist damit nicht verbunden, weil öffentlich rechtliche Mitglieder der Zusatzversorgungskassen über ihre theoretisch bestehende betriebsrentenrechtliche Haftung nach § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG für Ansprüche ihrer eigenen Arbeitnehmer hinaus keine weitere Garantie außerhalb ihrer mitgliedschaftsrechtlichen Verpflichtungen für Arbeitnehmer anderer Kassenmitglieder übernehmen.

Unabhängig von diesem rechtlichen Befund, wonach es keine staatliche Nachschusspflicht kraft Insolvenzunfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts gibt, kann aus § 12 Abs. 1 Ziff. 2 InsO keine Begünstigung i. S. d. Art. 87 Abs. 1 EG abgeleitet werden. Ansonsten wäre es den öffentlichen – ihrerseits nicht konkursfähigen – Arbeitgebern verwehrt, sich zur Erfüllung ihrer tarifvertraglich eingegangenen Betriebsrentenverpflichtungen im öffentlichen Dienst eigener

Zusatzversorgungskassen zu bedienen. Denn würden die ihrerseits nicht insolvenzfähigen öffentlichen Arbeitgeber die betriebliche Zusatzversorgung selbst durchführen, so wäre dies nach Art. 87 Abs. 1 EG ebenso wenig zu beanstanden wie die hier tarifvertraglich vorgenommene Delegation des Versorgungsauftrags an öffentliche Zusatzversorgungskassen.

Die Organisationsform der Zusatzversorgungskassen als juristische Personen des öffentlichen Rechts ist solange mit dem Beihilfenverbot nach Art. 87 Abs. 1 EG vereinbar, wie keine marktfremde Begünstigung öffentlicher Zusatzversorgungskassen „staatlich oder aus staatlichen Mitteln“ erfolgt. In diesem Zusammenhang bietet sich ein Wertungsvergleich mit dem „market economy investor“-Test an, der letztlich eine Ausprägung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von öffentlichen und privaten Unternehmen darstellt.<sup>44</sup> Vorliegend ist der Inanspruchnahmemechanismus bei etwaigen Fehlbeträgen der Zusatzversorgungskassen nach satzungrechtlicher Maßgabe einer die privaten wie die öffentlichen Arbeitgeber gleichermaßen treffenden Arbeitgeberhaftung subsidiär ausgestaltet. Nach dem Vorbild der privaten Pensionskassen sehen die öffentlich-rechtlichen Kassensatzungen eine Reihe von versicherungstechnischen und rechtlichen Sicherungsmechanismen vor, die eine Inanspruchnahme der Arbeitgeber als sehr unwahrscheinlich erscheinen lassen. Eine solche käme nur dann zum Tragen, wenn die nachstehend beschriebenen vier Sicherungsstufen von der Geschäftsführung der Kassen und den Gremien fortlaufend missachtet werden:

- Die freiwillige Versicherung wird von Anfang an ausfinanziert und in einem besonderen Abrechnungsverband geführt. Die Verpflichtungen werden durch eine Rückstellung in Höhe des versicherungsmathematischen Barwerts gesichert (§ 56 Abs. 3 AKA-Mustersatzung [MS]<sup>45</sup>). Die Auskömmlichkeit dieser Rückstellung ist im Rahmen der künftig erforderlichen versicherungsmathematischen Bilanz von dem nach dem Vorbild der Lebensversicherung eingeführten „Verantwortlichen Aktuar“ zu bestätigen (§ 7 MS).
- Reicht diese Rückstellung – z. B. wegen einer unvorhersehbaren Entwicklung des Kapitalmarktes – nicht aus, kann die Verlustrücklage in Anspruch genommen werden (§ 57 MS).
- Sind auch dann die Leistungsverpflichtungen noch nicht gesichert, kann die Rückstellung für Leistungsverbesserungen, aus der an sich die beitragsfreien Bonuspunkte finanziert werden sollen, herangezogen werden (§ 58 Abs. 2 Satz 2 MS).
- Wenn alle diese Maßnahmen immer noch nicht zum Erfolg führen sollten, können schließlich die Leistungen gekürzt werden (§ 59 Abs. 2 Satz 1 MS).

Wenn Geschäftsführung, Verantwortlicher Aktuar und Gremien ihre Aufgaben verantwortungsbewusst ausüben, besteht also keinerlei Anlass, ernsthaft eine Einstandspflicht der Kassenmitglieder für die Kassenleistungen aus freiwilliger Versicherung anzunehmen. Dies gilt um so mehr, als alle Kassen darüber hinaus unter staatlicher Aufsicht stehen.

40 Prütting in: Kübler/Prütting (Hrsg.), Kommentar zur Insolvenzordnung, Stand: 13. Lfg. April 2002, § 12 Rn. 2.

41 Smid in: Smid (Hrsg.), Insolvenzordnung, 1999, § 1 Rn. 38.

42 Vgl. Smid in: Smid (Hrsg.), Insolvenzordnung, 1999, § 12 Rn. 1.

43 Prütting in: Kübler/Prütting (Hrsg.), Kommentar zur Insolvenzordnung, Stand: 13. Lfg. April 2002, § 12 Rn. 8; Smid in: Smid (Hrsg.), Insolvenzordnung, 1999, § 12 Rn. 7.

44 EuGH, Rs. C-303/89, *ENI-Lanerossi*, Slg. 1991, I-1433 Rn. 19 f.; EuG, verb. Rs. T-129/95, 2/96, 97/96, *Neue Maxhütte Stahlwerke*, Slg. 1999, II-17 Rn. 105.

45 MS = Mustersatzung der Arbeitsgemeinschaft kommunale und kirchliche Altersversorgung (AKA) e. V.; die MS liegt allen Kassensatzungen zugrunde.

Zudem sehen die Kassensatzungen auch die Möglichkeit vor, z. B. auf Verlangen der Aufsichtsbehörde, die Satzungen und damit auch die Leistungen zu verändern.

### Zwischenergebnis:

*Diese vorrangigen Verlustdeckungsmaßnahmen und der subsidiäre Arbeitgeberhaftungsmechanismus sind danach für öffentliche wie für private Arbeitgeber gleich ausgestaltet, so dass auch nach einem Wertungsvergleich mit dem „market economy investor“-Test im Hinblick auf die – ihrerseits gemeinschaftsrechtskonforme – Insolvenzunfähigkeit der kommunalen und kirchlichen Zusatzversorgungseinrichtungen keine Begünstigung i. S. d. Art. 87 Abs. 1 EG vorliegt.*

### 2.3 „Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen“

Eine Wettbewerbsverfälschung i. S. d. Art. 87 Abs. 1 EG liegt vor, wenn eine Beihilfe – tatsächlich oder potenziell – in ein bestehendes oder möglicherweise zur Entstehung kommenden Wettbewerbsverhältnis zwischen Unternehmen eingreift und damit den Ablauf des Wettbewerbs verändert. Erforderlich ist, dass Unternehmen oder Produktionszweige einen wirtschaftlichen Vorteil erhalten, den sie unter marktconformen Voraussetzungen nicht erhielten und dadurch die Marktbedingungen der Wettbewerber verändert werden.<sup>46</sup> Die Kommission ist in ihren Beihilfenentscheidungen gehalten, die Umstände darzulegen, aus denen sich die Wettbewerbsverfälschung ergibt.<sup>47</sup> Auf die Spürbarkeit einer festgestellten Wettbewerbsverfälschung kommt es dabei – oberhalb des von der Kommission in der Verordnung für De-minimis-Beihilfen festgelegten Schwellenwertes<sup>48</sup> – nicht an.<sup>49</sup> Die nach der Rechtsprechung des EuGH im Rahmen der Prüfung des Art. 81 EG erforderliche Feststellung einer gewissen Intensität der Wettbewerbsverfälschung ist bei einer Tatbestandsprüfung des Art. 87 EG aufgrund der formalisierten De-minimis-Schwelle nicht zu verlangen.

Eine Wettbewerbsverfälschung setzt voraus, dass ein relevanter Markt vorhanden ist oder entstehen könnte, auf dem einzelne Wettbewerber durch die Beihilfe gegenüber anderen einen Vorteil erhalten. Der sachlich und räumlich relevante Markt ist anhand der im Kartellrecht üblichen Marktabgrenzungsmethoden zu ermitteln.<sup>50</sup>

Fraglich ist, ob die kommunalen und kirchlichen Zusatzversorgungseinrichtungen bei der freiwilligen Zusatzversicherung in Form der Höherversicherung zur Pflichtversicherung überhaupt im selben relevanten Markt tätig werden wie private Versicherungsunternehmen.

Die Abgrenzung des relevanten Zusatzversorgungsmarktes muss in sachlicher und räumlicher Hinsicht erfolgen. Die Grundsätze der Marktabgrenzung hat die Kommission in ihrer Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes zusammengefasst.<sup>51</sup> Entscheidend für die Feststellung, ob verschiedene Produkte miteinander in Wettbewerb stehen und daher einem Markt zuzuordnen sind, ist das sog. Bedarfsmarktkonzept. Der sachlich relevante Produktmarkt umfasst danach hier sämtliche freiwilligen Zusatzversorgungsdienstleistungen, die von den Nachfragern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres Vorsorgezwecks als austauschbar angesehen werden.<sup>52</sup> Die Austauschbarkeit der Produkte ist dabei aus der Sicht der Marktgegenseite (Nachfrageseite) zu beurteilen.<sup>53</sup>

Die Versicherungswirtschaft geht von einem einheitlichen Markt für Finanzprodukte für die Altersversorgung aus, der sowohl die betriebliche als auch die private Altersversorgung in ihren verschiedenen Formen umfasst. Sie will den sachlich relevanten Markt nach Maßgabe der Kommissionspraxis zur Fusionskontrolle im Versicherungssektor<sup>54</sup> danach bestimm-

men, welches Risiko abgedeckt wird: Beziehen sich mehrere Produkte auf dasselbe Risiko, so sollen diese zum selben Produktmarkt gehören. In diesem Zusammenhang ist eine Analyse der tarifvertraglich vorgegebenen Marktbedingungen sowohl aus der Nachfrager- als auch aus der Anbieterperspektive angezeigt. Geht man von dem kartell- und fusionskontrollrechtlichen Marktabgrenzungsgesichtspunkt der abgedeckten Risiken aus, so müssen diese hier zunächst nach Maßgabe der konkreten, tarifvertraglich geprägten Umstände bestimmt werden. Die abgedeckten Risiken beziehen sich nämlich vorliegend sowohl aus der Nachfragerperspektive als auch aus der Anbieterperspektive auf den Gegenstand der langwierigen Tarifverhandlungen zu § 26 und § 27 ATV-K: Um nämlich dem **abzudeckenden Risiko der künftigen Finanzierbarkeit der Altersversorgung im öffentlichen Dienst** zu begegnen – Neueinsteiger müssen eine Absenkung von ca. 20 % des Versorgungsniveaus in Kauf nehmen – haben sich die Tarifvertragsparteien geeinigt, diesen empfindlichen Einschnitt durch das – für die öffentlichen Versorgungskassen obligatorische – Angebot der freiwilligen Zusatzversicherung in Form der Höherversicherung zur Pflichtversicherung zu kompensieren. In dieser für die Anbieterseite tarifvertraglich obligatorischen, für die Angehörigen des öffentlichen Dienstes, die Nachfrager, „freiwilligen“ Zusatzversicherung werden den Arbeitnehmern die Überschüsse über die rechnungsmäßige Verzinsung gutgeschrieben. Diese Analogie zu der auch in der privaten Lebensversicherung praktizierten Methode führt nach dem Bedarfsmarktkonzept noch nicht zur Zuordnung des tarifvertraglich konfigurierten Zusatzversorgungsproduktes für Angehörige des öffentlichen Dienstes zum gleichen relevanten Markt wie die „Riester-Produkte“ der privaten Versicherer. Vielmehr ist das aufgrund von § 26 ATV-K zugeschnittene Zusatzversorgungsprodukt für Angehörige des öffentlichen Dienstes auf die Absenkung des Versorgungsniveaus im Pflichtversicherungsbereich bezogen und justiert. Dieses für die Angehörigen des öffentlichen Dienstes, also die Nachfrageseite, entscheidende Ineinandergreifen zwischen dem Pflichtversicherungsbereich, in dem das Kompensationserfordernis auftritt, und der freiwilligen Zusatzversorgung, dem Kompensationsmechanismus, zeigt sich in der strengen Akzessorietät. Nach dem Willen der Tarifvertragsparteien steht die freiwillige Zusatzversorgung nur den Arbeitnehmern eines Kassenmitglieds offen (§ 26 Abs. 1 Satz 1 ATV-K). Die Beiträge werden während des bestehenden Arbeitsverhältnisses von dem Arbeitgeber abgeführt (§ 26 Abs. 2 ATV-K). Nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses kann die freiwillige Versicherung nur fortgesetzt werden, wenn dies innerhalb von drei Monaten beantragt wird (§ 26 Abs. 1

46 EuGH, Rs. 730/79, *Philip Morris/Kommission*, Slg. 1980, 2671 Rn. 11.

47 EuGH, verb. Rs. 296/82 und 318/82, *Leeuwarder Papierwarenfabrik BV*, Slg. 1985, 809 Rn. 24. S. auch *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert*, 2. Aufl. 2002, Art. 87 EGV Rn. 12; *Oppermann*, *Europarecht*, 2. Aufl. 1999, Rn. 1114.

48 De-minimis-Verordnung, VO (EG) Nr. 69/2001 der Kommission, ABl. 2001 L 10/30, abgedruckt in: *Koenig/Kühling/Ritter*, *EG-Beihilfenrecht*, 2002, S. 270.

49 S. zuletzt EuG, Rs. T-55/99, *CETM*, Slg. 2000, II-3207, Rn. 92 m. w. N. aus der Rspr.; so auch *Kenzeling*, in: *Börner/Neundörfer* (Hrsg.), *Recht und Praxis der Beihilfen im Gemeinsamen Markt*, 1984; S. 23 (31); v. *Wallenberg*, in: *Grabitz/Hilf*, Stand: 12. Erglfg., Art. 92 EGV Rn. 27.

50 S. dazu v. a. die Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes i. S. d. Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. 1997 C 372/5; s. ferner zur Marktabgrenzung im Beihilfenrecht sowie der diesbezüglichen Vergleichbarkeit mit der Fusions- sowie Missbrauchskontrolle *Koenig*, in: *Koenig/Roth/Schön*, *Aktuelle Fragen des EG-Beihilfenrechts*, 2001, S. 9 (19 ff.).

51 ABl. EG 1997 Nr. C 372, S. 5 ff.

52 Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes, ABl. EG 1997 Nr. C 372, S. 5 ff. Rn. 7; vgl. auch EuGH, Rs. 85/76, *Hoffmann-La Roche*, Slg. 1979, 461, Rn. 28.

53 *Brinker*, in: *Schwarze*, *EU-Kommentar*, 2000, Art. 82 EG Rn. 7; ausführlich *Schröter*, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, 5. Aufl. 1997, Art. 86 Rn. 107.

54 Vgl. die Entscheidungen der Kommission vom 27. 7. 2001, *Sampo/Storebrand*, COMP/M.2491, Ziff. 8; vom 19. 7. 2001, *Allianz/Dresdner*, COMP/M.2431, Ziff. 11; vom 13. 4. 2000, *CGU/Norwich Union*, COMP/M.1886, Ziff. 8.



Satz 3 ATV-K). Die Höhrversicherung ist zudem – tarifvertraglich angeordnet – versicherungstechnisch an das Grundprodukt der Pflichtversicherung gebunden.

Handelt es sich aber angesichts des mitgliedshaftlichen, organisatorischen und versicherungsmathematischen Ineinandergreifens bei der freiwilligen Höhrversicherung um eine streng **akzessorisch-kompensatorische Annexleistung zur tarifvertraglichen Pflichtversicherung**, so stellt gerade dieses Punktemodell ein spezifisches Angebot der betrieblichen Altersversorgung dar, das von seiner Produktstruktur her nach dem Willen der Tarifvertragsparteien dazu bestimmt ist, den Interessen der Arbeitnehmer an einer Aufbesserung ihrer Pflichtversicherung in besonderem Maße Rechnung zu tragen. Es ist also mit den individuell konzipierten Produkten von Anbietern der dritten Säule gerade nicht vergleichbar. Dies wird auch daran deutlich, dass die Tarifvertragsparteien die Leistungseinschnitte bei einer höheren finanziellen Beteiligung der Arbeitnehmer an der Finanzierung ihrer Pflichtversicherung hätten vermeiden können. In diesem Fall hätte sich die Frage des relevanten Marktes nicht gestellt. Wenn die Tarifvertragsparteien nur deshalb eine freiwillige Beteiligung der Arbeitnehmer eingeführt haben, um sie nicht zu höheren Kosten für ihre Altersversorgung zu zwingen, so haben sie damit lediglich ein Element der Flexibilisierung in die betriebliche Altersversorgung eingebaut, ohne dass damit eine Öffnung der betrieblichen Altersversorgung für die Anbieter der dritten Säule verbunden ist. Vielmehr ist die freiwillige Höhrversicherung damit gegenüber den Angeboten der dritten Säule ein aliud.

Es soll nicht in Abrede gestellt werden, dass zwischen den unterschiedlichen Anbietern von Finanzdienstleistungen (z. B. Bausparkassen, Versicherungen, Kreditwirtschaft, betriebliche Altersversorgung) ein Wettbewerb um Kunden besteht, die nur begrenzt finanzielle Mittel für ihre Zukunftsvorsorge aufbringen können. Dieser Wettbewerb spielt sich aber zwischen unterschiedlichen relevanten Märkten ab. Schon nach dem Bedarfmarktkonzept kann das tarifvertraglich konfigurierte Zusatzversorgungsprodukt für Angehörige des öffentlichen Dienstes nicht dem gleichen relevanten Markt wie die „Riester-Produkte“ privater Versicherer zugeordnet werden.

Unabhängig von der Nachfrageseite besteht auch aus der Anbieterperspektive im Bereich der tarifvertraglichen Altersversorgung des öffentlichen Dienstes weder ein Wettbewerbsverhältnis der öffentlichen Zusatzversorgungskassen untereinander noch ein Wettbewerbsverhältnis zu anderen Pensionskassen bzw. privaten Versicherern im selben relevanten Markt. Denn die Tätigkeit der Zusatzversorgungskassen des öffentlichen Dienstes ist durch die öffentlich-rechtlichen Rechtsgrundlagen regional und sachlich (nach Arbeitgebergruppen) abgegrenzt. So ist z. B. die Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL) nur in solchen Bundesländern im kommunalen Bereich tätig, in denen flächendeckend keine kommunalen Kassen bestehen (z. B. Schleswig-Holstein, Niedersachsen), während die kommunalen Kassen ihrerseits keine Arbeitgeber aus dem Bundes- oder Landesbereich aufnehmen, die unter die Zuständigkeit der VBL fallen. Im kirchlichen Bereich gibt es eine vergleichbare regionale Abgrenzung, die auf der Entscheidung der zuständigen kirchlichen Gremien beruht. Im Verhältnis zu anderen Anbietern der freiwilligen Zusatzversorgung als Sonderform der betrieblichen Altersversorgung (zweite Säule) kann es daher im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung keinen Wettbewerb im selben relevanten Markt geben, da insoweit die Tarifvertragsparteien bzw. die entsprechenden kirchlichen Gremien ihren Arbeitgebern keine Wahlmöglichkeit gegeben haben.

Im Verhältnis zur individuellen Altersvorsorge in Form der privaten Lebensversicherung (dritte Säule) sind die für die sachliche Marktsegmentierung maßgeblichen Wettbewerbsbedingungen ohnehin recht unterschiedlich, so dass insoweit eine „Wettbewerbsverzerrung“ im selben relevanten Markt ausscheidet. Die Unterschiede in den Wettbewerbsbedingungen, die sich in den Versicherungsbedingungen manifestieren, ergeben sich zum einen hauptsächlich aufgrund des mitgliedshaftlichen, organisatorischen und versicherungsmathematischen Ineinandergreifens von freiwilliger Zusatzversicherung und gesetzlicher Pflichtversicherung. Zum anderen unterscheiden sich die Wettbewerbsbedingungen zwischen individueller Altersvorsorge in Form der privaten Lebensversicherung und freiwilliger Zusatzversicherung nach dem geltenden Aufsichts- und Betriebsrentenrecht erheblich. Vergleichbar mit den Angeboten der öffentlichen Zusatzversorgungskassen sind lediglich die der anderen Pensionskassen, zu denen aber – wie dargelegt – gerade kein Wettbewerbsverhältnis besteht.

#### Zwischenergebnis:

*Weder aus der Nachfrage- (Bedarfsmarktkonzept) noch aus der Anbieterperspektive kann das tarifvertraglich konfigurierte Zusatzversorgungsprodukt für Angehörige des öffentlichen Dienstes dem gleichen relevanten Markt wie die „Riester-Produkte“ privater Versicherer zugeordnet werden. Mitgliedshaftlich, organisatorisch und versicherungsmathematisch ist nur die freiwillige Höhrversicherung eine streng akzessorisch-kompensatorische Annexleistung zur gesetzlichen Pflichtversicherung. Mit dieser tarifvertraglich angeordneten Akzessorietät wird die Kompensation zwischen dem abgesenkten Versorgungsniveau im Pflichtversicherungsbereich und der Höhrversicherung nach dem in § 26 Abs. 3 ATV-K vorgesehenen Punktemodell justiert. Da der letztgenannte Umstand insbesondere eine Substituierbarkeit nach dem Bedarfmarktkonzept ausschließt, ist auch die Möglichkeit einer Wettbewerbsverfälschung i. S. d. Art. 87 Abs. 1 EG zu verneinen.*

#### 2.4 „Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen“

Das Beihilfenverbot betrifft nur solche Begünstigungen, die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Das grenzüberschreitende Element dieser sog. Zwischenstaatlichkeitsklausel würde man **hilfsweise** – unter der zuvor jedoch widerlegten Annahme, dass eine Beihilfenelemente beinhaltende Begünstigung in einem sachlich relevanten Wettbewerbsverhältnis vorliege – angesichts der immer dichter werdenden Dienstleistungs- und Kapitalströme auf den europäischen Versicherungsmärkten nur ausnahmsweise verneinen können. Ein hohes Interesse EG-ausländischer Versicherungsunternehmen, „Riester-Produkte“ auf dem deutschen Markt anzubieten ist sicher nicht zu verneinen. Dass ein solches Interesse allgemein für Produkte der betrieblichen Altersversorgung besteht, ist in der Tat durch den Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über die Tätigkeiten von Einrichtungen zur betrieblichen Altersversorgung<sup>55</sup> anerkannt worden, über die mittlerweile auch im Ministerrat eine politische Einigung erzielt worden ist.<sup>56</sup> Wenn in der Versicherungswirtschaft argumentiert wird, dass sich durch die Begünstigung der Zusatzversorgungskassen der Anreiz für ausländische Anbieter vermindere, in diesen Markt vorzudringen und hierin eine Handelsbeeinträchtigung bestehe, so basiert diese Überlegung auf der unzutreffenden Prämisse, dass eine Beihilfenelemente beinhaltende Begünstigung in

<sup>55</sup> Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Tätigkeiten von Einrichtungen zur betrieblichen Altersversorgung, KOM (2000) 507 endg., Ziffer 1; vgl. Bundesrats-Drucksache 805/00 vom 29. 11. 2000.

<sup>56</sup> Pressemitteilung der Kommission vom 5. 6. 2002, IP/02/820.

einem sachlich relevanten Wettbewerbsverhältnis vorliege. Die Grundannahmen für diese Prämisse sind zuvor jedoch widerlegt worden.

### **3. Fazit**

Summiert man die vorstehenden Zwischenergebnisse dieser Untersuchung, so bleibt als Endergebnis festzuhalten, dass

der nach dem Gesetz über die betriebliche Altersversorgung für die privaten wie für die öffentlichen Arbeitgeber gleichermaßen geltende Haftungsmechanismus (subsidiäre Arbeitgeberhaftung) auch im Hinblick auf die Insolvenzunfähigkeit der öffentlichen, insbesondere der kommunalen und kirchlichen Zusatzversorgungseinrichtungen mit dem Beihilfenverbot nach Art. 87 Abs. 1 EG vereinbar ist.