

Von Erfurt nach Luxemburg (I):

## Vier Fragen und ein steiniger Weg

**bAV über Pensionskasse, diese unterdeckt, Arbeitgeber pleite. Muss dann der PSV eintreten, obwohl doch Pensionskassen gar nicht der gesetzlichen Insolvenzversicherung unterliegen und weder Arbeitgeber noch Kasse je PSV-Beiträge entrichtet haben? Das BAG hat im Februar den EuGH um eine Vorabentscheidung zur Auslegung und unmittelbaren Geltung der betreffenden Richtlinie 2008/94/EG ersucht. Theodor B. Cisch und Philipp A. Lämpe analysieren die Lage.**

Mit seinem [Vorlagebeschluss an den Europäischen Gerichtshof \(EuGH\) vom 20. Februar 2018](#) wahrt das Bundesarbeitsgericht (BAG) - 3 AZR 142/16 (A) - die Interessen des Klägers.

Es darf jedoch bezweifelt werden, ob die Klage gegen den Pensions-Sicherungs-Verein VVaG (PSV) am Ende Erfolg haben wird. Dabei hält das BAG die Beantwortung von vier – hier sinngemäß wiedergegebenen – Vorfragen durch den EuGH für erforderlich:

1. Ist auf die betriebsrentenrechtliche Einstandspflicht des Arbeitgebers infolge der Leistungskürzung einer überbetrieblichen Versorgungseinrichtung Art. 8 der Richtlinie 2008/94/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers (im Folgenden: Richtlinie) überhaupt anwendbar?
2. Unter welchen Umständen sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, einen über die Hälfte der betrieblichen Leistung hinausgehenden Mindestschutz wegen offensichtlich unverhältnismäßiger Verluste zu gewährleisten?
3. Entfaltet die Richtlinie unmittelbare Wirkung, so dass der Einzelne aus ihr unmittelbar Ansprüche gegenüber dem Mitgliedstaat geltend machen kann?
4. Ist eine privatrechtlich organisierte Einrichtung wie der PSV eine öffentliche Stelle des Mitgliedstaates, die unmittelbar auf Einhaltung der sich aus der Richtlinie ergebenden Anforderungen in Anspruch genommen werden kann?

Der Kläger macht einen Anspruch gegen den PSV geltend, weil seine ehemalige Arbeitgeberin ihrer Verpflichtung, für eine Leistungskürzung einer deregulierten Pensionskasse, über die die Arbeitgeberin ihre arbeitgeberfinanzierte Altersversorgung zum Teil durchführte, einzustehen, aufgrund ihrer zwischenzeitlich eingetretenen Insolvenz nicht mehr nachkommen kann.

Das BAG stellt dazu eindeutig fest, dass sich aus innerstaatlichem Recht kein Eintrittspflicht des PSV, vorliegend auch nicht einer anderen Sicherungseinrichtung, für die sich nach § 1 Absatz 1 S. 3 BetrAVG ergebende Einstandspflicht der Arbeitgeberin ergibt. Das BAG ergänzt, dass es an einer unionsrechtskonformen Auslegung oder Fortbildung des Betriebsrentengesetzes gehindert sei, da eine solche Auslegung contra legem gegen eine bewusste Entscheidung des

Gesetzgebers erfolgen müsste, der Ansprüche der ehemaligen Arbeitnehmer gegen Pensionskassen durch die Versicherungsaufsicht und die Vorschrift zur Anlage des Sicherungsvermögens für ausreichend gesichert erachtete ([BT-Drucksache 7/2843, Seite 9](#)).

Nach Meinung des BAG findet Art. 8 der Richtlinie auch Anwendung, wenn die selbst nicht zahlungsunfähige Pensionskasse mit Zustimmung der staatlichen Finanzdienstleistungsaufsicht Leistungskürzungen vornimmt, die der insolvente Arbeitgeber nicht mehr ausgleichen kann. Bei der gesetzlichen Einstandspflicht des Arbeitgebers handele es sich nämlich um einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber aus dem Arbeitsverhältnis im Sinne des Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie, da sie auf der Versorgungszusage des Arbeitgebers beruhe. Dies gelte unbeschadet der Verpflichtung der Pensionskasse, den nach der Kürzung verbleibenden und von der Zahlungsunfähigkeit des ehemaligen Arbeitgebers unberührten Teil der Pensionskassenrente weiter an den ehemaligen Arbeitnehmer zu zahlen.

## **RL 2008/94/EG auf betriebsrentenrechtliche Einstandspflicht anwendbar?**

Mit der **ersten Vorlagefrage** begehrt das BAG die Bestätigung seiner bislang vom EuGH nicht eindeutig bestätigten Rechtsmeinung. Nach Art. 1 Abs. 1 gilt die Richtlinie grundsätzlich für Ansprüche von Arbeitnehmern aus Arbeitsverträgen oder Arbeitsverhältnissen gegen Arbeitgeber, die zahlungsunfähig geworden sind. Mit seiner Entscheidung vom 25. April 2013 hat der EuGH anerkannt, dass die Richtlinie auch auf die Ansprüche ehemaliger Arbeitnehmer auf Leistungen bei Alter einer von ihrem Arbeitgeber eingerichteten betrieblichen Zusatzversorgungseinrichtung Anwendung findet (EuGH Gerichtsmitteilung v. 25. April 2013 – C-398/11 [Hogan]).

Diese Entscheidung ist zwar zu einem Sachverhalt aus Irland ergangen, in dem es sich um Zusatzversorgungseinrichtungen in der Rechtsform eines Trust handelte und in dem, im Unterschied zu dem vorliegenden Fall, das nationale Recht keine Einstandsverpflichtung des Arbeitgebers für Leistungskürzungen kennt. Ausgehend davon, dass der Europäische Gerichtshof nach dem Effektivitätsgrundsatz „effet utile“ eine Regel typischerweise so auslegt und anwendet, dass das Regelungsziel (Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers) am besten und einfachsten erreicht werden kann, ist nach dieser Vorentscheidung die Anwendung der Richtlinie auf die Einstandsverpflichtung nach § 1 Abs. 1 S. 3 BetrAVG aber erst recht zu erwarten.

## **Mitgliedstaaten verpflichtet, Mindestschutz zu gewährleisten?**

Mit der **zweiten Vorlagefrage** möchte das BAG eine Unklarheit in der Rechtsprechung des EuGH bereinigen. Bislang forderte der EuGH für die ordnungsgemäße Umsetzung des Art. 8 der Richtlinie, dass ein Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers mindestens die Hälfte der Leistungen aus der bAV erhält. Diese Auslegung ist der unbestimmten Formulierung des Art. 8 geschuldet, die nämlich keine operationale, umsetzungsfähige Regelung enthält, sondern lediglich den Auftrag an die Mitgliedstaaten sich zu vergewissern, dass „die notwendigen Maßnahmen zum Schutz der Interessen der Arbeitnehmer ... getroffen werden“. Unter Geltung des

Effektivitätsgrundsatzes liegt zur Erreichung des Ziels dieser Regelung nahe, wie durch die Rechtsprechung des EuGH geschehen, einen hälftigen Mindestschutz zu verlangen.

An welche Fallgruppen der EuGH allerdings in der nachfolgenden Entscheidung vom 24. November 2016 (-C-454/15-[Webb-Sämann] Rn.35) bei seinem Hinweis dachte, es sei nicht ausgeschlossen, dass unter anderen Umständen die erlittenen Verluste, auch wenn ihr Prozentsatz ein anderer sei, als offensichtlich unverhältnismäßig angesehen werden könnten, ist bis heute offengeblieben und in der Praxis erst recht nicht operational umsetzbar. Daher ist es zu begrüßen, dass das BAG sich um die Klärung dieser Frage bemüht, auch wenn in dem konkreten Fall zwischen der grundsätzlich weitergeltenden hälftigen Mindestsicherung und den tatsächlichen Einbußen des Klägers (ca. 15% der Ausgangsleistung der Pensionskasse) noch ein erheblicher Abstand klafft. Jedenfalls steht bei der unbestimmten Rechtsgrundlage in der Richtlinie bislang nicht zu erwarten, dass die Mitgliedstaaten zukünftig generell einen vollumfassenden Schutz der Ansprüche der Arbeitnehmer zu gewährleisten haben.

## **Entfaltet die Richtlinie unmittelbare Wirkung?**

Die **dritte Vorlagefrage** betrifft die Frage der unmittelbaren Geltung der Richtlinie mit der Folge, dass der einzelne Betroffene gegenüber seinem Mitgliedstaat mit der Begründung geltend machen kann, dass dieser die Richtlinie nicht oder nur unvollständig in nationales Recht umgesetzt hat. Dies setzt nach der Rechtsprechung des EuGH inhaltlich unbedingte und hinreichend genau bestimmte Regelungen einer Richtlinie voraus, die nicht fristgemäß oder nur unzulänglich in das nationale Recht umgesetzt worden sind.

Zu Recht hat das BAG Bedenken daran, ob die Regelung des Art. 8 der Richtlinie den Anforderungen für eine unmittelbar wirkende Richtlinienbestimmung genügt, insbesondere ob sie inhaltlich unbedingte und hinreichend genau bestimmt ist. Jedenfalls ihrem Wortlaut nach gibt sie den Mitgliedstaaten im Wesentlichen auf, sich zu vergewissern, dass die notwendigen Maßnahmen zum Schutz der Interessen der Arbeitnehmer bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers getroffen werden. Sollte der EuGH eine inhaltlich unbedingte und hinreichend genau bestimmte Rechtsfolge bejahen, könnte diese grundsätzlich von dem jeweils Betroffenen gegenüber seinem Mitgliedstaat in Gestalt der jeweils handelnden öffentlichen Stelle, in Deutschland nach den Grundsätzen der Staatshaftung / Amtshaftung, geltend gemacht werden.

## **Kann der PSV als privatrechtlich organisierte Einrichtung wie eine öffentliche Stelle unmittelbar in Anspruch genommen werden?**

Nur unter der weiteren Voraussetzung, dass der PSV eine öffentliche Stelle des Mitgliedstaates ist, vgl. die **vierte Vorlagefrage**, kommt ein Erfolg der Klage in Betracht. Der PSV nimmt zwar hoheitliche Befugnisse wahr, dies aber nur hinsichtlich seiner Beitragsforderungen für den Bereich des Beitragseinzugs und der damit zusammenhängenden Regelungsbereiche aus §§ 10a und 11 BetrAVG; insoweit ist der privatrechtlich organisierte PSV ein mit hoheitlichen Befugnissen beherrschter Unternehmer. Die hoheitliche Tätigkeit erstreckt sich folglich ausschließlich auf die Beitragsfestsetzung, den Beitragseinzug und eine mögliche Vollstreckung. Die Beitragsbescheide

# LEITERbAV

des PSV ergehen in Form von Verwaltungsakten, aus denen der PSV – wenn erforderlich – unmittelbar die Vollstreckung betreiben kann (§ 10 Abs. 4 S. 2 BetrAVG). Für die sich daraus ergebenden Rechtsstreitigkeiten ist der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet.

Anderweitige Forderungen gegen Mitgliedsunternehmen oder Arbeitnehmer, die sich nur mittelbar auf das Beitragsvolumen des PSV auswirken, muss er dagegen privatrechtlich durchsetzen. Erst recht sind die gegen den PSV auf Leistungen der Insolvenzversicherung gerichteten Ansprüche nicht öffentlich-rechtlicher, sondern rein zivilrechtlicher Natur, da es an einer öffentlich-rechtlichen Anspruchsgrundlage fehlt. Insoweit wird der PSV nicht aufgrund hoheitlicher Befugnisse und somit nicht als mit hoheitlichen Befugnissen ausgestatteter Unternehmer, sondern als aufsichtspflichtiges Versicherungsunternehmen, das als Selbsthilfeorganisation der Arbeitgeber geschaffen wurde, rein privatwirtschaftlich tätig bzw. in Anspruch genommen.

Ausgehend hiervon stellt sich die Frage, ob sich aus der RL überhaupt eine Verpflichtung zur Insolvenzversicherung durch den PSV ergeben kann, wenn dies nach nationalem Recht aufgrund einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers ausgeschlossen ist (BT-Drs. 7/2843, S. 9). Dies steht überdies auch deshalb in Frage, weil die versicherungsförmigen Durchführungswege gesetzlich einem anderweitigen Insolvenzversicherungsregime zugewiesen worden sind. Reichen diese Sicherungsinstrumente europarechtlich für Lebensversicherungen und – regulierte wie nicht regulierte – Pensionskassen grundsätzlich aus, so erschließt sich im Übrigen nicht, warum eine im deutschen Betriebsrentenrecht eingeräumte, darüber hinausgehende Einstandsverpflichtung des Arbeitgebers wegen verbleibender Leistungsdifferenzen europarechtlich erhöhte Maßnahmen für die Insolvenzversicherung erfordern soll. Im Ergebnis würde dies dazu führen, dass jeder Mitgliedstaat, der ein über die europäische Mindestsicherung hinausgehende Einstandsverpflichtung des Arbeitgebers zur Sicherung der Arbeitnehmeransprüche gewährt, sich einem daraus resultierenden erhöhten europäischen Mindeststandard der Insolvenzversicherung ausgesetzt sieht. Dies kann nicht richtig sein.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, aus welchem europarechtlichen Rechtsgrund die vom deutschen Gesetzgeber dem für versicherungsförmige Durchführungswege geltenden Regime zur Sicherung von Arbeitnehmeransprüchen unterstellte (Differenz-)Einstandsverpflichtung des Arbeitgebers abweichend von der nationalen Regelung durch den Träger der gesetzlichen Insolvenzversicherung, dem PSV, zu sichern sein soll. In den versicherungsförmigen Durchführungswegen steht der Versicherungswirtschaft das Versorgungskapital einschließlich der sich daraus ergebenden Chancen und Risiken planmäßig zur Verfügung, während das Versorgungskapital bei einer unmittelbaren Versorgungszusage, einer Unterstützungskasse oder einer beliebigen oder abgetretenen Direktversicherung grundsätzlich dem Arbeitgeber zur Verfügung steht. Eine Ausnahme bildet lediglich der Pensionsfonds, der wegen seiner Besonderheiten in der Kapitalanlage der gesetzlichen Insolvenzversicherung durch den PSV unterstellt worden ist.

Dies vorausgeschickt dürfte der EuGH, eine nicht fristgemäße oder unzulängliche Umsetzung einer inhaltlich unbedingten und hinreichend genau bestimmten Richtlinienbestimmung in das nationale Recht einmal vorausgesetzt, allenfalls dazu kommen, dass bei einer Verfehlung der Mindestsicherung unter den weiteren Voraussetzungen der Staatshaftung / Amtshaftung nach deutschem Recht Ansprüche von ehemaligen Arbeitnehmern bestehen könnten. Viel spricht dafür,

dass in dem zugrunde liegenden Fall die Voraussetzungen hierfür nicht gegeben sein dürften. Sollte der EuGH darüber hinausgehen wollen, wäre der PSV der letzte Adressat einer solchen Verpflichtung, da er weder eine Verpflichtung zur Insolvenzversicherung in den hier angesprochenen Fällen eingegangen ist noch der Gesetzgeber sie ihm übertragen hat und weder er noch die ihn als Selbsthilfeeinrichtung tragenden Arbeitgeber die Chancen und Risiken aus dem planmäßigen Versorgungskapitals in ihren Händen halten, sondern die Arbeitgeber sogar die Kosten der Bewirtschaftung durch ihre Beiträge verauslagt haben.

Im Ergebnis würden die PSV-beitragspflichtigen Arbeitgeber durch erhöhte Beiträge das unternehmerische Risiko der Kapitalanlage für die hier streitgegenständliche Fallgruppe tragen, ohne dass diese Durchführungswege zu der Finanzierung der gesetzlichen Insolvenzversicherung beitragen. Auch dies spricht dafür, dass eine diesbezügliche Regelung nur durch den nationalen Gesetzgeber geschaffen werden kann, da nicht feststeht, wie er diese weitergehende Insolvenzversicherung ausgestalten würde.



Theodor B. Cisch, RA, ist Gesellschafter-Geschäftsführer der [Förster & Cisch Rechtsanwalts-gesellschaft mbH](#), Wiesbaden.



Philipp A. Lampe ist Rechtsanwalt bei der [Förster & Cisch Rechtsanwalts-gesellschaft mbH](#) in Wiesbaden.