

Staatliche Aufsicht kann wirtschaftliche Tätigkeit ausschließen

Eigener Leitsatz:

Eine Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder ist kein Unternehmen im Sinne des Kartellrechts. Bei der Beurteilung ist die solidarische Prägung des von der Anstalt betriebenen Systems und das Maß der staatlichen Aufsicht entscheidend.

Eine solidarische Prägung liegt insbesondere dann vor, wenn die entrichteten Beiträge und die erworbenen Ansprüche nicht in einem Gegenseitigkeitsverhältnis stehen und die Anstalt vorrangig ein soziales Anliegen verfolgt.

Urteil des Landgerichts Mannheim

vom 09.07.2010

Az.: 7 O 265/09

Leitsätze

Die Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL) ist kein Unternehmen im Sinne von Art. 102 AEUV.

Tenor

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger [...] EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 8.11.2009 zu zahlen.

2. Es wird festgestellt, dass der Kläger nicht verpflichtet ist, der Beklagten die Kosten der von ihr in Auftrag gegebenen versicherungsmathematischen Gutachten und Nachtragsgutachten für die Berechnung des Gegenwertes zu erstatten.

3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

4. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

5. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages.

Tatbestand

Die Parteien streiten um die Rückzahlung eines Teils des vom Kläger auf eine Gegenwertforderung der Beklagten geleisteten Betrags.

Die Beklagte ist eine Anstalt des öffentlichen Rechts und gewährt auf privatrechtlicher Grundlage in Form von Gruppenversicherungsverträgen mit Arbeitgebern des öffentlichen Dienstes, die dem geltenden Tarifrecht des öffentlichen Dienstes des Bundes und der Länder oder einem Tarifrecht wesentlich gleichen Inhalts unterliegen (sog. Beteiligte), nach Maßgabe ihrer Satzung (künftig: VBLS) eine Alters-, Erwerbsminderungs- und Hinterbliebenenversorgung (§ 2 Abs. 1 VBLS).

Die Finanzierung der Beklagten erfolgte nach §§ 60 Abs. 1 S. 1, 61 Abs. 1 VBLS im Abrechnungsverband West, dem der Kläger angehörte, bis zu dessen Ausscheiden über ein Umlageverfahren in Form eines modifizierten Abschnittsdeckungsverfahrens. Der Umlagesatz ist so bemessen, dass die für die Dauer des Deckungsabschnitts zu entrichtende Umlage zusammen mit den übrigen zu erwartenden Einnahmen und dem verfügbaren Vermögen ausreicht, die Aufgaben der Beklagten während des Deckungsabschnitts sowie der sechs folgenden Monate zu erfüllen.

Der Kläger war seit 1951 bei der Beklagten beteiligt gewesen. Das Beteiligungsverhältnis wurde durch Kündigung des Klägers vom 8.12.2003 zum 30.06.2004 beendet.

Im Hinblick auf die nach dem Ausscheiden eines Beteiligten weiterhin zu erfüllenden Verpflichtungen durch die Beklagte bestimmt § 23 Abs. 2 VBLS seit Einführung des Umlageverfahrens (1967) die Verpflichtung des ausscheidenden Beteiligten, einen sog. Gegenwert zu zahlen. In seiner Fassung bis zum 31.12.1994 sah § 23 Abs. 2 VBLS die Berechnung des Gegenwerts nur auf Basis der von der Beklagten an die dem ausscheidenden Beteiligten zuzurechnenden aktuellen Leistungsempfänger zu zahlenden Renten vor:

§ 23 Abs. 2 VBLS – Fassung 1967:

„Zur Deckung der aus dem Umlagevermögen nach dem Ausscheiden zu erfüllenden Ansprüche (§ 77 Abs. 2) aus früheren Pflichtversicherungen, die durch den Eintritt des Versicherungsfalles oder durch den Tod des Versicherten beendet sind und die bis zu diesem Zeitpunkt auf Grund eines Arbeitsverhältnisses bei dem aus scheidenden Beteiligten bestanden haben, hat dieser einen von der Anstalt nach versicherungsmathematischen Grundsätzen berechneten Gegenwert zu zahlen. Der Gegenwert ist mit den Rechnungsgrundlagen gemäß § 79 Abs. 2 zu berechnen; dabei ist eine künftige jährliche Erhöhung (§ 56) zu berücksichtigen, die dem Durchschnitt der Anhebungen und Verminderungen der Bezüge der Versorgungsempfänger des Bundes, deren Bezügen ein Grundgehalt nicht zugrundeliegt, in den letzten fünf Jahren vor dem Ausscheiden entspricht, mindestens aber eine Erhöhung von jährlich 3 v.H.“

Die 27. Satzungsänderung, rückwirkend zum 01.04.1995 in Kraft getreten, änderte die Gegenwertberechnung dahingehend, dass ein Gegenwert nicht nur für die von der Beklagten an die Leistungsempfänger zu zahlenden Renten, sondern auch für Anwartschaften zu entrichten ist. Die bis zum 31.12.2000 geltende Fassung hatte folgenden Wortlaut:

§ 23 Abs. 2 VBLS – Fassung 1995:

„Zur Deckung der aus dem Anstaltsvermögen nach dem Ausscheiden zu erfüllenden Verpflichtungen auf Grund von

a) Leistungsansprüchen von Personen, bei denen der Versicherungsfall während einer Pflichtversicherung (einschließlich der Fälle des § 37 Abs. 2 bis 4 sowie des Abs. 4a in der bis zum 31.12.1994 geltenden Fassung) über den ausgeschiedenen Beteiligten eingetreten ist,

12

b) Leistungsansprüchen von Personen, bei denen der Versicherungsfall in einer beitragsfreien Versicherung eingetreten ist, die auf einer Pflichtversicherung über den ausgeschiedenen Beteiligten beruht,

13

c) Leistungsansprüchen von Hinterbliebenen von in den Buchstaben a und b genannten Personen,

14

d) Anwartschaften aus Pflichtversicherungen über den ausgeschiedenen Beteiligten, die nach § 37 Abs. 4 aufrecht erhalten sind,

15

e) Anwartschaften aus beitragsfreien Versicherungen im Sinne des Buchstaben b, die beim Ausscheiden des Beteiligten schon bestanden haben oder die mit dem Ausscheiden des Beteiligten entstehen,

16

f) künftigen, auf Grund des Todes den in Buchstaben a, b, d und e genannten Personen entstehenden Leistungsansprüchen der Personen, die im Zeitpunkt des Ausscheidens aus der Beteiligung als Hinterbliebene in Frage kommen,

hat der ausscheidende Beteiligte einen von der Anstalt auf seine Kosten zu berechnenden Gegenwert zu zahlen. Der Gegenwert ist nach versicherungsmathematischen Grundsätzen zu berechnen, wobei die Rechnungsgrundlagen nach § 76 anzuwenden sind; als Rechnungszins ist jedoch der durchschnittliche Vomhundertsatz der in den letzten fünf Kalenderjahren vor dem Ausscheiden erzielten Vermögenserträge, höchstens jedoch 5,5 v.H. zu Grunde zulegen. Als künftige jährliche Erhöhung ist der Durchschnitt der Erhöhungen und Verminderungen nach § 56 Abs. 1 S. 1 in den letzten fünf Kalenderjahren vor dem Ausscheiden zu berücksichtigen, mindestens aber eine Erhöhung von jährlich 3 v.H.

Bei der Berechnung des Gegenwertes werden die Teile der Leistungsansprüche und Anwartschaften nicht berücksichtigt, die aus dem Vermögen im Sinne des § 76 Abs. 2 zu erfüllen sind.

Ansprüche, die im Zeitpunkt des Ausscheidens aus der Beteiligung ruhen, werden nur dann nicht berücksichtigt, wenn das Ruhen auf § 65 Abs. 6 beruht.

Der Gegenwert ist zur Abgeltung der Verwaltungskosten um den vom Hundertsatz zu erhöhen, der in dem Kalenderjahr vor dem Jahr des Ausscheidens des Beteiligten an Verwaltungskosten, bezogen auf die entrichteten Umlagen, angefallen ist.“

Durch rückwirkende Satzungsänderungen zum 01.01.2001, nämlich vom 20.12.2001 sowie 19.09.2002, sind die satzungsmäßigen Regelungen zur Gegenwertermittlung weiter modifiziert worden – der Gegenwert ist zur Abgeltung von Verwaltungskosten pauschal um 2 % und zur Deckung von Fehlbeträgen um 10 % zu erhöhen, der ermittelte Gegenwert ist für den Zeitraum ab Ausscheiden des Beteiligten bis zum Ende des Folgemonats nach Erstellung des versicherungsmathematischen Gutachtens mit 5,25 % aufzuzinsen. § 23 Abs. 2 VBLS hat in der seit 01.01.2001 geltenden Fassung folgenden Wortlaut:

§ 23 Abs. 2 VBLS – Fassung 2001:

„Zur Deckung der aus dem Anstaltsvermögen nach dem Ausscheiden zu erfüllenden Verpflichtungen auf Grund von

a) Leistungsansprüchen von Betriebsrentenberechtigten aus einer Pflichtversicherung bzw. einer beitragsfreien Versicherung sowie

b) Versorgungspunkten von Anwartschaftsberechtigten und

c) künftigen Leistungsansprüchen von Personen, die im Zeitpunkt des Ausscheidens aus der Beteiligung als Hinterbliebene in Frage kommen, hat der ausscheidende Beteiligte einen von der Anstalt auf seine Kosten zu berechnenden Gegenwert zu zahlen.

Der Gegenwert ist nach versicherungsmathematischen Grundsätzen zu berechnen, wobei als Rechnungszins 3,25 v.H. während der Anwartschaftsphase und 5,25 v.H. während des Rentenbezuges zu Grunde zu legen ist. Zur Deckung von Fehlbeträgen ist der Gegenwert um 10 vH. zu erhöhen: dieser Anteil wird der Verlustrücklage nach § 67 zugeführt. Als künftige jährliche Erhöhung der Betriebsrenten ist der Anpassungssatz nach § 39 zu berücksichtigen.

Bei der Berechnung des Gegenwertes werden die Teile der Leistungsansprüche und Anwartschaften nicht berücksichtigt, die aus dem Vermögen im Sinne des 6i Abs. 2 oder 66 zu erfüllen sind.

Ansprüche die im Zeitpunkt des Ausscheidens aus der Beteiligung ruhen, werden nur dann nicht berücksichtigt, wenn das Ruhen auf § 65 Abs. 6 der am Tag vor Inkrafttreten dieser Satzung geltenden Satzung beruht.

Der Gegenwert ist zur Abgeltung der Verwaltungskosten um 2 v.H. zu erhöhen. Der zunächst auf den Ausscheidestichtag abgezinsten Gegenwert ist für den Zeitraum vom Tag des Ausscheidens aus der Beteiligung bis zum Ende des Folgemonats nach Erstellung des versicherungsmathematischen Gutachtens mit Jahreszinsen in Höhe des durchschnittlichen vom Hundertsatzes der in den letzten fünf Kalenderjahren vor dem Ausscheiden erzielten Vermögenserträgen, mindestens jedoch mit 5,25 v.H. aufzuzinsen.“

Nach seinem Ausscheiden leistete der Kläger Zahlungen von rund [...] EUR – nach klägerischer Darstellung [...] EUR, nach Ansicht der Beklagten [...] EUR. Die Beklagte berechnete den vom Kläger zu leistenden Gegenwert mit versicherungsmathematischem Gutachten vom 28.11.2006 auf [...] EUR und forderte mit Schreiben vom 4.12.2008 die Differenz von [...] EUR. Die Klägerin verlangte mit Schreiben vom 11.06.2008 unter Vorlage eines eigenen Gutachtens unter Fristsetzung zum 30.06.2008 von der Beklagten insgesamt [...] EUR zurück.

Der Kläger trägt vor, die Zuständigkeit des Landgerichts Mannheim ergebe sich schon daraus, dass sowohl der Zahlungsanspruch (inklusive der Zinsen) als auch der Unterlassungsanspruch auf § 33 GWB gestützt würden. Die geleisteten Zahlungen seien rechtsgrundlos erfolgt. § 23 Abs. 2 VBLs halte einer – unbeschränkt möglichen – AGB-rechtlichen Kontrolle nicht Stand. Eine ergänzende Vertragsauslegung dergestalt, dass auf eine Vorgängerregelung zurückgegriffen werde, sei nicht möglich, da dem zum einen das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion entgegenstehe und zum anderen schon nicht ersichtlich sei, auf welche Regelung sich die Parteien verständigt hätten, hätten sie die Unwirksamkeit in der beanstandeten Fassung gekannt. Im Übrigen sei § 23 VBLs auch in der Fassung von 1967 unwirksam. Überdies verstoße § 23 Abs. 2 VBLs gegen die kartellrechtlichen Vorschriften des Art. 82 EG bzw. § 19 GWB. Die Beklagte missbrauche als Unternehmen ihre marktbeherrschende Stellung, indem sie unangemessene

Geschäftsbedingungen (Art. 82 Satz 2 lit. a EGV) erzwingen. Daher schulde der Kläger auch nicht die von der Beklagten geltend gemachten Kosten für die von ihr zur Berechnung des zu zahlenden Gegenwertes in Auftrag gegebenen versicherungsmathematischen Haupt- und Nachtragsgutachten, was schon deshalb festzustellen sei, weil die Beklagte am 5.12.2006, 5.05.2008 und 16.07.2009 die Begleichung derartiger Kosten begehrt habe. Im Ergebnis verlange der Kläger aber angelehnt an § 23 VBLS in seiner Fassung 1967 trotz Gesamtnurwirksamkeit des § 23 VBLS nur den Teil des gezahlten Betrages zurück, der sich nicht auf die Leistungsempfänger beziehe.

Die Klägerin b e a n t r a g t,

I. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger EUR 58.076.191,00 nebst Zinsen in Höhe von 8 % Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 1.7.2004 zu zahlen.

II. Hilfsweise wird beantragt,

1. festzustellen:

a. Die Berechnung des Gegenwertes für die Rentenanwartschaften mit erfüllter Wartezeit gem. § 23 (2) Satz 1 b VBLS ist nicht rechtmäßig,

(i) gegenüber dem Kläger, soweit dieser vor der zum 01.01.1995 in Kraft getretenen 26. Satzungsänderung vom 07.10.1994 Beteiligter der Beklagten war;

(ii) ohne Berücksichtigung der von dem Kläger während der Dauer des Beteiligungsverhältnisses geleisteten Mehrzahlung (gem. der Definition im nachfolgenden Buchstaben j).

b. Die Beklagte ist nicht berechtigt, einen Gegenwert auch für die Rentenanwartschaften ohne Erfüllung der Wartezeit zu

verlangen.

Sollte die Beklagte hierzu berechtigt sein, ist im Bezug auf (i) für diejenigen Mitarbeiter, die eine Beitragserstattung gem. § 44 VBLS erhalten haben, und (ii) vorverstorbene Versicherte der Gegenwart herabzusetzen bzw. hat zu entfallen.

c. Die Beklagte ist nicht berechtigt, gem. § 23 (1) Satz 2 Halbsatz 2 VBLS den Gegenwart unter Zugrundelegung eines Rechnungszinses von 3,25 % während der Anwartschaftsphase und von 5,25 % während des Rentenbezuges zu berechnen.

d. Der von der Beklagten berechnete Gegenwart ist insoweit herabzusetzen, als darin gem. § 23 (2) Satz 4 VBLS eine Rentendynamisierung enthalten ist, die bereits nach dem nicht offen gelegten technischen Geschäftsplan der Beklagten bei der Kalkulation der Altersfaktoren sowie im Hinblick auf die Kalkulation der Nettodeckungsrückstellung berücksichtigt worden ist.

e. Der von der Beklagten berechnete Gegenwart ist insoweit herabzusetzen, als darin nach dem nicht offengelegten technischen Geschäftsplan ein Schwerbehindertenaufschlag von 2 % auf Anwartschaften angesetzt worden ist.

f. Der von der Beklagten berechnete Gegenwart ist insoweit zu mindern, als darin die Heraufsetzung der Regelaltersgrenze nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt worden ist.

g. Der von der Beklagten berechnete Gegenwart ist insoweit herabzusetzen, als Verwaltungskosten

(i) gem. § 23 (2) 7 VBLS aus dem um die Fehlbetragspauschale gem. § 23 (2) 3 VBLS erhöhten Gegenwart berechnet werden und/oder

(ii) dafür eine Pauschale von 2 % des Gegenwartes angesetzt

wird.

h. Der Ansatz der Fehlbetragspauschale gem. § 23 (2) Satz 8 VBLS bei der Berechnung des Gegenwertes ist nicht rechtmäßig.

i. Die Berechnung des Gegenwertes durch die Beklagte ist insoweit nicht rechtmäßig, als darin kein Abzug für einen dem ausscheidenden Beteiligten zurechenbaren Anteil an dem Teil des Vermögens vorgenommen wird, das der Deckung von Verbindlichkeiten aus dem Abrechnungsverband West dient.

j. Die Beklagte muss die von dem Kläger geleistete Mehrzahlung bei einem Vergleich des Endwertes aller während der Dauer des Beteiligungsverhältnisses geleisteten Zahlungen dem Kläger im Abrechnungsverband West (Umlagen und Sanierungsgelder) an die Beklagte und des Endwertes aller in diesem Zeitraum erbrachten Rentenzahlungen der Beklagten an ehemalige Beschäftigte dem Kläger bei der Berechnung des Gegenwertes in Ansatz bringen.

k. Die Beklagte ist nicht berechtigt, eine Aufzinsung des Gegenwertes gem. § 23 (2) Satz 8 VBLS, jedenfalls nicht in der Höhe, die den für den maßgeblichen Zeitraum üblichen Anlagezins überschreitet, vorzunehmen.

l. Nach den Bestimmungen des § 23 (2) Sätze 2, 3, 7 und 8 VBLS ist die Beklagte nur berechtigt, den einfachen Gegenwert gem. § 23 (2) Satz 2 VBLS durch Addition mit der Fehlbetragspauschale iHv 10 % des einfachen Gegenwertes, den Verwaltungskosten iHv 2 % des einfachen Gegenwertes und den Wertstellungszinsen iHv 5,25 % p.a. des einfachen Gegenwertes zu erhöhen.

m. Gemäß dem Gutachten der Höfer Vorsorgemanagement GmbH & Co. KG vom 12.07.2007 sind die dort festgestellten Berichtigungen der Berechnung des Gegenwertes durch das Gutachten Bode Hewitt vom 28.11.2006 bei der Gegenwertberechnung zu berücksichtigen.

2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger den Betrag nebst Zinsen iHv 8%-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.07.2004 zu zahlen, der sich aus der Differenz zwischen dem geleisteten Gegenwert von EUR 95.097.306,38 und dem sich aufgrund der Feststellungen unter Ziffer 1 tatsächlich geschuldeten Gegenwert ergibt.

III. Die Beklagte wird verurteilt, zur Überprüfung der Gegenwertberechnung den technischen Geschäftsplan offenzulegen.

IV. Die Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen, weitere Nachforderungen auf Zahlung von Gegenwert gemäß § 23 (2) VBLS geltend zu machen.

V. Es wird festgestellt, dass der Kläger nicht verpflichtet ist, der Beklagten die Kosten der von ihr im Auftrag gegebenen versicherungsmathematischen Gutachten und Nachtragsgutachten für die Berechnung des Gegenwertes zu erstatten.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte trägt vor, das Landgericht Mannheim sei nicht zuständig, da sowohl der Hauptleistungsantrag als auch der mit der Klageerweiterung eingeführte Feststellungsantrag nach der bisherigen – unzutreffenden aber hinzunehmenden – Kammerrechtsprechung schon wegen Verstoßes gegen § 307 BGB beschieden werden könnten und es daher auf kartellrechtliche Fragen nicht mehr ankomme. Der Unterlassungsantrag könne auch auf der Grundlage von § 1 UKlaG entschieden werden. Die Zahlungen der Klägerin seien mit Rechtsgrund erfolgt. Gegen die Wirksamkeit des § 23 VBLS (Fassung 2001) bestünden keine Bedenken, ein Verstoß gegen die Vorgaben des AGB-Rechts liege nicht vor. § 23 Abs. 2 VBLS unterliege bereits nicht einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle Die Regelung finde ihre

Rechtfertigung darin, dass die von der Beklagten zu erbringenden (Versicherungs-)Leistungen überwiegend aus Umlagen finanziert würden und ein ausgeschiedener Beteiligter keine Umlagen mehr entrichte. Daher müsse die Beklagte den nach versicherungsmathematischen Grundsätzen berechneten Gegenwert verlangen. Ein Verstoß gegen kartellrechtliche Bestimmungen liege nicht vor, insbesondere sei die Beklagte weder ein Unternehmen im Sinne von Art. 82 EGV, noch beherrsche sie den für die von ihr angebotenen Produkte relevanten Markt oder missbrauche ihre Stellung. Daher sei auch der Unterlassungsantrag jedenfalls unbegründet, mangels Rechtsschutzbedürfnisses aber schon unzulässig. Da die Kosten für das als Anlage K2 vorgelegte Hauptgutachten von der Klägerin bereits bezahlt worden seien, sei der diesbezügliche Feststellungsantrag unzulässig, im Übrigen wegen der Gültigkeit des § 23 VBLS auch unbegründet.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Parteivortrags wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 7.05.2010 Bezug genommen. Die Beklagte hat mich nachgelassenem Schriftsatz vom 17.06.2010 [...] ergänzend vorgetragen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige (I.) Klage ist größtenteils (III., V.) begründet.

Die Beklagte ist nach §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB zur Rückzahlung des klageweise geltend gemachten Betrags verpflichtet, weil die Zahlung rechtsgrundlos erfolgte, nachdem § 23 Abs. 2 VBLS in seinen Fassungen seit der 27. Satzungsänderung (seit 01.04.1995) nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam ist (II.) und weder eine gesetzliche Regelung der Rechtsfolgen des Ausscheidens des Klägers bei der Beklagten eingreift, noch eine die Gegenwertforderung der Beklagten begründende ergänzende Vertragsauslegung möglich ist (III.).

I. Zuständigkeit

Das Landgericht Mannheim ist gem. §§ 87 Abs. 1 Satz 2, 89 Abs. 1 GWB, 13 Abs. 1 ZuVoJu zuständig.

Bei der Entscheidung über den Leistungsantrag Ziffer I kommt es nach der bisherigen Kammerauffassung (vgl. im Einzelnen zu § 307 BGB: Kammer, Urt. v. 19.06.2009 – 7 O 122/08 Kart., BetrAV 2009, 565, Gründe I.3.) auf kartellrechtliche Verbotstatbestände (also Vorfragen i.S.v. § 87 Abs. 1 Satz 2 GWB) zwar nicht an, da die Regelung des § 23 VBLS schon an der Hürde des § 307 Abs. 1 BGB scheitert (dazu unten II.), allerdings gelten für die Verweisung vom Kartellgericht an das Nicht-Kartellgericht strengere Anforderungen als umgekehrt, sodass schon dann, wenn es nicht gänzlich ausgeschlossen ist, dass es zur Prüfung von Kartellrecht kommen kann, das Kartellgericht für die Entscheidung zuständig bleibt (vgl. Bornkamm in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 10. Aufl. 2006, § 87 Rn. 23; Dicks in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Band 2, 2006, § 87 Rn. 21 jeweils m.w.N.).

Bei einer Verweisung dieses Rechtsstreits an das Landgericht Karlsruhe wäre – sofern die dortige Kammer z.B. eine Prüffähigkeit des § 23 VBLS am Maßstab des § 307 Abs. 1 BGB oder die Unangemessenheit der Regelung im Gegensatz zur hier vertretenen Auffassung verneinte – die von der gesetzlichen Zuständigkeitskonzentration bezweckte Befassung des auf Kartellrecht spezialisierten Spruchkörpers mit der Materie ausgehebelt, da dann wegen der Bindungswirkung des § 281 Abs. 2 Satz 4 ZPO das Nicht-Kartellgericht § 23 VBLS am Maßstab des GWB zu prüfen hätte.

Vor diesem Hintergrund und dem seitens der Klägerin gehaltenen Vortrag zur Kartellrechtswidrigkeit der von der Beklagten benutzten Bedingungen sowie dem als Hauptanspruch geltend

gemachten und auf § 33 GWB gestützten Unterlassungsanspruch Ziffer IV ist das Landgericht Mannheim gem. §§ 87 Abs. 1 Satz 2, 89 Abs. 1 GWB, 13 Abs. 1 ZuVoJu zur Entscheidung sowohl über den Antrag Ziffer I als auch über die restlichen Anträge (§ 88 GWB) berufen.

II. Unwirksamkeit der Satzungsbestimmung

Die der Klageforderung zugrunde liegende Regelung in § 23 Abs. 2 VBLS in den Fassungen seit 01.04.1995 benachteiligt die Beteiligten entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und ist unwirksam nach § 307 Abs. 1 BGB.

1. Auf das zwischen den Parteien vor dem 01.01.2002 entstandene, zum 30.06.2004 beendete Dauerschuldverhältnis eines privatrechtlichen Gruppenversicherungsvertrags(vgl. dazu BGHZ 142, 103, 105 ff. m.w.N.) in Form der Beteiligung des Klägers bei der Beklagten finden die §§ 305 ff. BGB gemäß Art. 229 § 5 S. 2 EGBGB Anwendung, weil das Dauerschuldverhältnis am 01.01.2003 noch bestand.

2. Die als allgemeine Geschäftsbedingung nach § 305 Abs. 1 BGB zu qualifizierende Regelung des § 23 Abs. 2 VBLS unterliegt der uneingeschränkten Inhaltskontrolle.

a) Der sachliche Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB ist eröffnet. § 23 Abs. 2 VBLS unterfällt nicht der Bereichsausnahme der §§ 307 Abs. 3, 310 Abs. 4 S. 1 und 3 BGB. Zwar sind tarifvertragliche Regelungen vom sachlichen Anwendungsbereich ausgenommen. Als tarifvertragliche Regelung wäre § 23 Abs. 2 VBLS aber allenfalls anzusehen, soweit die Beklagte als Zusatzversorgungseinrichtung eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien nach § 4 Abs. 2 TVG wäre (vgl. im Einzelnen zu §§ 307 Abs. 3, 310 Abs. 4 BGB: Kammer, Urt. v. 19.06.2009 – 7 O 122/08 Kart., BetrAV 2009, 565, Gründe I.2.a)). Die Beklagte ist aber keine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien. Die Beitragspflicht

eines Arbeitgebers des öffentlichen Dienstes als Beteiligter der Beklagten ist zwar im Zusatzversorgungstarifvertrag geregelt, aber nur als Tarifvertrag zugunsten Dritter (vgl. Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl. 2004, § 4 Rz. 180).

b) Die Bestimmung des § 23 Abs. 2 VBLS ist nicht der Inhaltskontrolle entzogen unter Berücksichtigung eines fortwirkenden Schutzes der nach Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG geschützten Tarifautonomie. Der Bundesgerichtshof (vgl. BGHZ 174, 127-179) erachtet es in ständiger Rechtsprechung als notwendig, Satzungsregelungen von der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle auszunehmen, insoweit sie auf einer maßgeblichen Grundentscheidung der Tarifpartner beruhen. Eine solche – formwirksam (§ 1 Abs. 2 TVG) durch Tarifvertrag (Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG i.V.m. § 1 Abs. 1 TVG) getroffene – Grundentscheidung der Tarifvertragsparteien des Tarifvertrags über die betriebliche Altersversorgung der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes (ATV) für eine Gegenwertzahlung des ausscheidenden Beteiligten besteht nicht (vgl. im Einzelnen: Kammer, Urt. v. 19.06.2009 – 7 O 122/08 Kart., BetrAV 2009, 565, Gründe I.2.b)) und kann auch nicht mit dem Hinweis auf das Werk von Gilbert/Hesse (Die Versorgung der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes) substantiiert dargelegt werden. Der ATV verhält sich zu einer Gegenwertverpflichtung oder einer sonstigen Ausgleichsverpflichtung anlässlich des Ausscheidens eines Beteiligten bei einer Zusatzversorgungseinrichtung nicht, sondern trifft mit Ausnahme der Bestimmungen zum Sanierungsgeld §§ 17, 37 ATV keine Finanzierungsvorgaben (vgl. § 15 Abs. 1 S. 1 ATV) für die Beklagte.

c) Die Regelung des § 23 Abs. 2 VBLS ist keine Preisvereinbarung, die nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB einer Inhaltskontrolle entzogen wäre (vgl. im Einzelnen: Kammer, Urt. v. 19.06.2009 – 7 O 122/08 Kart., BetrAV 2009, 565, Gründe I.2.c)). Die Gegenwertverpflichtung des ausscheidenden Beteiligten nach der Satzung der Beklagten stellt keine im

Synallagma stehende Hauptleistungspflicht dar. Nach dem Vertragsverhältnis der Beklagten zu ihren Beteiligten ist allein die Umlage die sich unmittelbar ergebende, im Synallagma zur Übernahme des Versicherungsrisikos durch die Beklagte stehende Gegenleistung, die insoweit mit der Versicherungsprämie gleichzusetzen ist. Bei der Gegenwertforderung handelt es sich dem gegenüber um eine entschädigungs- oder aufwandsersatzähnliche Zahlungsverpflichtung anlässlich der Beendigung des Beteiligungsverhältnisses. Dieser Charakter der Gegenwertforderung als Aufwandsersatz oder Entschädigung für bei der Beklagten verbleibende – nicht „ausfinanzierte“ – Versicherungslasten wird insbesondere durch die Berechnungsmodalität des Gegenwertes bestätigt, der sich nicht nach dem Barwert der in Zukunft entgehenden Umlagen des ausscheidenden Beteiligten bemisst, sondern am Barwert der in der Vergangenheit begründeten Rentenverpflichtungen und Anwartschaften orientiert ist. Wie auch § 308 Nr. 7 b BGB zeigt, können Klauseln über Aufwandsersatz aus Anlass der Beendigung und Abwicklung von Verträgen einem Klauselverbot mit Wertungsmöglichkeit unterliegen, sind also nicht als von der Inhaltskontrolle ausgeschlossene Preisklauseln zu bewerten.

Soweit die Beklagte wiederholt auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs v. 07.05.1997 (BGHZ 135, 333) abstellt und darin eine Bestätigung des Gegenwerts als „Gegenleistung“ im Sinne der den Beteiligten obliegenden Hauptleistungspflichten erkennt, vermag die Kammer dies auch nach dem im hiesigen Verfahren von der Beklagten geführten Vortrag nicht im Ansatz nachzuvollziehen. Der Bundesgerichtshof erörtert in dieser Entscheidung allein die notwendige Anpassung des Vertragsinhalts, welche in der Erhöhung einer Hauptleistung zugunsten des anderen Vertragspartners liegen kann, – wie eine Erhöhung der zu leistenden Umlagen um eine genauer zu bestimmende Ausgleichszahlung – als Rechtsfolge eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage im Beteiligtenverhältnis zur Beklagten,

wobei als Geschäftsgrundlage festgestellt wird, dass für die Empfänger von Rentenleistungen eine im wesentlichen ausreichende Anzahl zu versichernder jüngerer Beschäftigter beim jeweiligen Beteiligten nachrückt. In diesem Zusammenhang verweist der Bundesgerichtshof lediglich darauf, dass „Anpassungen“ der Satzung der Beklagten nicht fremd seien, wie die Gegenwertbestimmungen zeigten. Der Gegenwert wird weder entscheidungserheblich noch im Wege eines obiter dictum als Gegenleistung des Beteiligten bezeichnet. Vielmehr wird von der um einen Ausgleichsbetrag zu erhöhenden Umlage bei Vertragsfortbestand gesprochen.

Auch der Verweis der Beklagten auf die gesetzgeberischen Festlegungen in §§ 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 S. 2; 40b Abs. 4 EStG i.d.F. des Jahressteuergesetzes 2007 als sog. Nichtanwendungsgesetz zur gegenteiligen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (vgl. hierzu Lang in Tipke/Lang, Steuerrecht, 20. Aufl. 2010) ist für die zivilrechtliche Beurteilung des Beteiligtenverhältnisses (Beklagte als Versicherer nach § 2 Abs. 1 VBLS und Beteiligter als Versicherungsnehmer nach §§ 19, 24 Abs. 2 S. 1 VBLS) irrelevant. Die steuerrechtlichen Qualifikationsnormen (§ 2 Abs. 1 LStDV, §§ 8 Abs. 1, 19 Abs. 1 EStG) bestimmen allein, ob dem Versicherten als Arbeitnehmer durch den Beteiligten als Arbeitgeber im Rahmen der Einkunftsart nichtselbständige Arbeit, also veranlasst durch die Beschäftigung des Versicherten, eine steuerbare Gegenleistung zugewandt wird. Soweit der Steuergesetzgeber zur Begründung dieses – im Hinblick auf das aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleitete Leistungsfähigkeitsprinzip zweifelhafte – Nichtanwendungsgesetzes der Auffassung verhaftet, es handele sich bei Sonder- u. Gegenwertzahlungen (wirtschaftlich betrachtet) schlicht um eine Art Schlusszahlung in das Umlageverfahren (vgl. Thürmer in Blümich, EStG, 103. Aufl. 2009, § 19 Rz. 294e mit Verweis auf: BT-Drs. 16/2712, 45 u. 16/3368, 17), so bindet auch dies die zivilrechtliche Beurteilung des Versicherungsvertragsverhältnisses der Beteiligten zur Beklagten nicht.

3. Die Regelung in § 23 Abs. 2 VBLS in den Fassungen seit 01.04.1995 benachteiligt die ausscheidenden Beteiligten bei der gebotenen überindividuellen, generalisierenden Betrachtung unangemessen, was zur Unwirksamkeit dieser Satzungsbestimmungen führt (§ 307 Abs. 1 BGB), womit die weiteren Einwendungen der Klägerin gegen die Wirksamkeit der Regelung zunächst dahinstehen können (vgl. im Einzelnen zu § 307 Abs. 1 S. 1 BGB: Kammer, Urt. v. 19.06.2009 – 7 O 122/08 Kart., BetrAV 2009, 565, Gründe I.3.).

a) Die Satzung der Beklagten sieht in § 23 Abs. 2 vor, sämtliche aus dem beendeten Beteiligungsverhältnis des ausscheidenden Beteiligten möglicherweise folgenden Leistungsverpflichtungen der Beklagten gegenüber den Versicherten durch Zahlung eines zu ermittelnden Barwerts auszufinanzieren. Mit dem Ausscheiden des Beteiligten werden sonach sämtliche auf seine Beteiligung zurückgehenden zukünftigen Leistungsansprüche der Bezugsberechtigten aus der Umlagefinanzierung herausgelöst und auf eine kapitalgedeckte Finanzierung umgestellt (vgl. auch § 23 Abs. 5 S. 1, S. 2 VBLS). Eine Berücksichtigung der vom Beteiligten im Beteiligungszeitraum gezahlten Umlagen und Sanierungsgelder findet nicht statt.

b) An einer an das Ausscheiden des Beteiligten geknüpften Finanzierungsregelung für bei der Beklagten verbleibende Versicherungslasten hat die Beklagte zunächst ein berechtigtes Interesse, nämlich im Spannungsverhältnis zwischen künftig ausbleibenden Beitragszahlungen des ausscheidenden Beteiligten und bereits bestehenden Rentenlasten bzw. Anwartschaften eine Abwicklungsmodalität zu finden, die die Folgen des Ausscheidens nicht der Beklagten und damit mittelbar den übrigen Beteiligten allein aufbürdet (vgl. im Einzelnen: Kammer, Urt. v. 19.06.2009 – 7 O 122/08 Kart., BetrAV 2009, 565, Gründe I.3.b)).

c) Auf Seiten der ausscheidenden Beteiligten ist hingegen sowohl das Interesse zu berücksichtigen, dass durch die Ausgestaltung der Beendigungsfolgen die zulässige, auch gesetzlich grundsätzlich vorgesehene Kündigungsmöglichkeit nicht übermäßig behindert wird, als auch das Interesse, dass die geleisteten Prämien in Form der Umlagen und Sanierungsgelder, mit denen der Versicherungsschutz bereits im Grundsatz erworben ist, nicht unberücksichtigt bleiben. Denn auch für den Gruppenversicherungsvertrag im Umlagesystem gilt das sog. Versicherungsprinzip (vgl. im Einzelnen: Kammer, Urt. v. 19.06.2009 – 7 0 122/08 Kart., BetrAV 2009, 565, Gründe I.3.b)), wonach der Versicherer ein bestimmtes Risiko absichert und im Versicherungsfall bei einer Personenversicherung die vereinbarte Leistung bewirkt, der Versicherungsnehmer dies durch Zahlung der vereinbarten Prämie entgilt.

d) In der Abwägung dieser Interessen benachteiligt die Regelung des § 23 Abs. 2 VBLS in den seit 01.04.1995 geltenden Fassungen den ausscheidenden Beteiligten entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen (vgl. im Einzelnen: Kammer, Urt. v. 19.06.2009 – 7 0 122/08 Kart., BetrAV 2009, 565, Gründe I.3.d)), da sie beim Ausscheiden eines Beteiligten die von der Beklagten übernommenen, versicherten Risiken einer durch die Gegenwertberechnung eigenständigen, vom Ausscheidenden aufzubringenden und auf dem Prinzip der Kapitaldeckung beruhenden Finanzierung in Form einer Einmalzahlung unterstellt, ohne in irgendeiner Weise die bisher im Umlagesystem vom Beteiligten geleisteten Zahlungen (Prämien) zu berücksichtigen. Dieser nach § 23 Abs. 2 VBLS im Falle des Ausscheidens vorgesehene Systemwechsel von der Umlagefinanzierung in Form des Abschnittsdeckungssystems zu einer Kapitaldeckungsfinanzierung mit vorschüssiger Einmalzahlung, bei welcher der ausscheidende Beteiligte nunmehr sämtliche – nunmehr individuell zugeordneten – Risiken nach dem Prinzip der Kapitaldeckung auszufinanzieren hat, gibt einseitig den Interessen der Beklagten den Vorzug und vereint

geradezu die Vorteile beider Finanzierungssysteme allein auf Seiten der Beklagten (vgl. im Einzelnen: Kammer, Urt. v. 19.06.2009 – 7 O 122/08 Kart., BetrAV 2009, 565, Gründe I.3.d)cc)). Entgegen der auf Beklagtenseite geäußerten Sichtweise existieren verschiedene, auch umsetzbare, Gestaltungsmöglichkeiten der beim systematisch nicht vorgesehenen Ausscheiden eines Beteiligten aus dem Umlagesystem der Beklagten auftretenden Probleme und Friktionen, insbesondere die schlagwortartig als „Erstattungslösung“ oder „Rückabwicklungslösung mit Gegenwert (ggf. mit Pauschalierung)“ zu bezeichnenden Gestaltungen (vgl. im Einzelnen: Kammer, Urt. v. 19.06.2009 – 7 O 122/08 Kart., BetrAV 2009, 565, Gründe I.3.d)bb) und cc)), welche die grundsätzlich berechtigten Interessen der ausscheidenden Beteiligten zu berücksichtigen vermögen, insbesondere ohne eine erhebliche Kündigungserschwerung für den Beteiligten zu bewirken. Jedenfalls die in den beurteilten Fassungen des § 23 Abs. 2 VBLS zum Ausdruck kommende völlige Nichtberücksichtigung der Interessen des ausscheidenden Beteiligten, insbesondere der von diesem bereits geleisteten Umlagen, ist mit § 307 Abs. 1 BGB unvereinbar.

III. Rechtsfolge

Der Verstoß von § 23 Abs. 2 VBLS in den Fassungen seit 01.04.1995 gegen § 307 Abs. 1 BGB führt zu deren ersatzlosen Wegfall, da die Klausel insgesamt unwirksam ist (1.), eine gesetzliche Regelung nicht vorliegt (2.) und die Anwendung von § 23 Abs. 2 VBLS in einer vor dem 01.04.1995 geltenden Fassung nicht in Betracht kommt (3.) und auch Vertrauensschutzerwägungen zugunsten der Beklagten nicht Platz greifen (4.).

1. Verstößt der Inhalt einer Klausel von allgemeinen Geschäftsbedingungen gegen § 307 Abs. 1 BGB, so führt dies wegen des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion im Grundsatz zur Unwirksamkeit der gesamten Klausel, während der

Vertrag im übrigen wirksam bleibt. Der Inhalt des Vertrages richtet sich dann insoweit nach den gesetzlichen Vorschriften, § 306 Abs. 2 BGB.

2. Eine gesetzliche Regelung für den Fall des Ausscheidens aus einem im Umlageverfahren ausgestalteten Zusatzversorgungssystem ist nicht vorhanden (vgl. auch: Kammer, Urt. v. 19.06.2009 – 7 O 122/08 Kart., BetrAV 2009, 565, Gründe II.1.).

3. Vorliegend ist die Klage auch nicht infolge der Anwendung von § 23 Abs. 2 VBLS in einer der vor dem 01.04.1995 geltenden Fassungen – zumindest teilweise – unbegründet.

Die Anwendung des § 23 Abs. 2 VBLS in einer seiner vor dem 01.04.1995 geltenden Fassungen ist in tatsächlicher Hinsicht wie auch aus Rechtsgründen – unabhängig davon, ob man dies im Wege eines Rückfalls oder über das Rechtsinstitut der ergänzenden Vertragsauslegung zu bewerkstelligen sucht – nicht möglich:

a. Zum einen fehlt es sowohl an Vortrag seitens der Beklagten dazu, welche ursprünglich zwischen den Parteien vereinbarte Fassung des § 23 VBLS gegebenenfalls an die Stelle der unwirksamen Fassung treten könnte, als auch dazu, auf welchen Betrag sich der dann zu zahlende Gegenwert beläuft, wenn die so bestimmte Fassung zugrunde gelegt wird. Die vorgelegten versicherungsmathematischen Gutachten (Anlagen K2-K4) enthalten hierzu keine Angaben, da sie allesamt auf § 23 VBLS in seiner seit dem Jahr 2001 geltenden Fassung beruhen. Der Hinweis der Beklagten, das Gericht könne diese Lücke jedenfalls unter Zuhilfenahme von versicherungsmathematischen Sachverständigen (AS 319) schließen, verkennt die sie im Rahmen ihrer Darlegungslast treffende Pflicht zu substantiiertem Sachvortrag.

b. Zum anderen scheitert ein Rückfall auf z.B. die bis zum

31.12.1994 geltende Fassung (Satzung 1967) bzw. eine auf den nämlichen Inhalt gerichtete ergänzende Vertragsauslegung auch deshalb, weil diese Fassung ebenfalls gem. § 307 Abs. 1 BGB unwirksam ist. Unabhängig davon, dass § 23 VBLS auch vor dem 31.12.1994 mehrfache Änderungen erfahren hat (so durch die 26. Satzungsänderung vom 07.10.1994, die 14. Satzungsänderung vom 03.03.1977, die 18. Satzungsänderung vom 16.09.1981, die 19. Satzungsänderung vom 10.11.1983 und die 20. Satzungsänderung vom 07.12.1984) und deshalb schon gar nicht klar ist, auf welche Variante sich die Vertragsparteien geeinigt hätten, wenn sie von der Unwirksamkeit der beanstandeten Fassungen gewusst hätten, krankt § 23 VBLS – 1967 an denselben Fehlern wie seine Nachfolger. Zwar wird nach dieser Vorschrift der zu leistende Gegenwert lediglich anhand der aktuellen Leistungsempfänger berechnet (und werden damit die verfallbaren und unverfallbaren Anwartschaften ausgeblendet), dennoch finden die bisher vom Beteiligten geleisteten Zahlungen (Prämien) auch hier keinen Einfluss in die Berechnung des geschuldeten Gegenwertes, sodass die Beklagte auch in dieser Fassung die ausscheidenden Beteiligten allein und finanziell am stärksten belastet und diese sonach unangemessen benachteiligt.

Darüber hinaus dürfte eine der Beklagten vorschwebende Rückführung auf das gerade noch hinnehmbare Maß der Belastung der ausscheidenden Beteiligten am Verbot der geltungserhaltenden Reduktion scheitern. Wie dem von der Beklagten zitierten Urteil des Bundesgerichtshofs vom 14.11.2007 (IV ZR 74/06 – BetrAV 2008, 203) ausdrücklich zu entnehmen ist, gilt dieses Verbot für die Satzung der Beklagten nur dann nicht, „soweit deren Regelungen lediglich tarifvertragliche Vereinbarungen übernehmen oder umsetzen“, was nach dem oben Gesagten hinsichtlich des Gegenwertes gerade nicht der Fall ist.

4. Auch die von der Beklagten ins Feld geführten Vertrauensschutzüberlegungen zur Gewährung einer

Übergangsfrist zeitigen keine andere Rechtsfolge.

Es ist schon nicht ersichtlich, dass für die Beklagte – die § 23 VBLS im Laufe der Zeit mehrmals (s.o. unter 3. b.) zu ihren Gunsten geändert hat – überhaupt Vertrauensschutzgesichtspunkte streiten. Höchststrichterliche oder gar gefestigte Rechtsprechung dazu, ob beim Ausscheiden eines Beteiligten aus der Beklagten ein Gegenwert zu zahlen und wie dieser ggf. beanstandungsfrei zu bemessen ist, existiert nicht, sodass die Beklagte als Verwender unwirksamer AGB das damit einhergehende Risiko zu tragen hat.

Der mit der Klage geforderte (Teil-)Betrag ist sonach – ohne dass es auf die Richtigkeit der Überlegungen zu einem für die Leistungsempfänger möglicherweise bei der Beklagten zu belassenden Betrages ankommt – im Ergebnis rechtsgrundlos geleistet worden, womit nach §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB ein entsprechender Kondiktionsanspruch besteht.

Über die Hilfsanträge war – nachdem die Klägervertreterin die konkrete Bedingung in der mündlichen Verhandlung formuliert hat – mangels Bedingungseintritt nicht zu entscheiden.

IV. Kein Unterlassungsanspruch

Der auf § 33 Abs. 1 GWB gestützte und auf Unterlassung künftiger Gegenwertnachforderungen gerichtete Anspruch Ziffer IV ist nicht gegeben. Die Beklagte ist bei funktionaler Bestimmung des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs im Wege einer Gesamtschau, die Sinn und Zweck der EG-Wettbewerbsregeln in den Blick nimmt, deren Ziel die Sicherung eines unverfälschten Wettbewerbs im Gemeinschaftsraum ist (EuGH, Urt. v. 19.01.1994 – Eurocontrol, Slg. 1994, I-43, 60 ff; Urt. v. 11.12.1997 – Job Center, Slg. 1997, I-7119), kein Unternehmen im Sinne von Art. 102 AEUV (Ex-Art. 82 EGV).

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der

Europäischen Union umfasst der Begriff des Unternehmens im Rahmen des Wettbewerbsrechts jede Einheit, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt.

a) Kein maßgebliches Kriterium für die Einordnung als Unternehmen in diesem Sinne sind die Rechtsform der Einheit und die Art ihrer Finanzierung (zuletzt Urt. v. 05.03.2009 – C-350/07 – NJW 2009, 1325 – Kattner Stahlbau m.w.N.), ebenso wie kein allein entscheidendes Kriterium ist, ob die Einheit in Gewinnerzielungsabsicht tätig wird (vgl. hierzu EuGH, Urt. v. 21.09.1999 – C-67/96 – Albany – Slg. 1999, I-5751 unter Rn. 85; Urt. v. 21.09.1999 – C 115/97 – Brentjens – Slg. 1999, I-6025 unter Rn. 85; Urt. v. 12.09.2000 – C 180/98 – Pavlov – Slg. 2000, I-6451 bei Rn. 117). Zudem hat der Gerichtshof wiederholt hervorgehoben, dass die Unternehmenseigenschaft nicht schon deshalb verneint werden kann, weil die zu beurteilende Einheit eine soziale Aufgabe wahrnimmt (EuGH, Urt. v. 05.03.2009- Kattner Stahlbau, a.a.O. Rn. 42 m.w.N.) oder eine Pflichtmitgliedschaft in der Einheit besteht (EuGH, Urt. v. 12.09.2000 – C-180/98 – Pavlov – Slg. 2000, I-6451 unter Rn. 119; Urt. v. 21.09.1999, a.a.O., Albany unter Rn. 87; Urt. v. 21.09.1999 – C-115/97 – Brentjens – Slg. 1999, I-6025 unter Rn. 87).

b) Entscheidend für die rechtliche Einordnung der Einheit als Unternehmen im Sinne von Art. 102 AEUV ist vielmehr eine wirtschaftlich-funktionale Gesamtschau (EuGH, Urt. v. 05.03.2009 – Kattner Stahlbau a.a.O. Rn. 50), in die insbesondere einzustellen ist, ob das System, das die zu beurteilende Einheit betreibt, solidarisch geprägt ist (vgl. aa)) und in welchem Umfang die Einheit staatlicher Aufsicht unterliegt (vgl. bb)). Die Maßgeblichkeit dieser Kriterien begründet sich daraus, dass das Gemeinschaftsrecht die Befugnis der Mitgliedstaaten unberührt lässt, ihre Systeme der sozialen Sicherheit auszugestalten (EuGH, Urt. v. 07.02.1984 – C 238/82 – Duphar, Slg. 1984, 523, Rn. 16).

aa) Der Gerichtshof hat insoweit wiederholt die Unternehmenseigenschaft bejaht, wenn die zu beurteilende Einheit, die mit der Verwaltung eines Zusatzrentensystems betraut war, nach dem Kapitalisierungsprinzip arbeitete. In diesem Fall hänge die Höhe der gewährten Leistungen allein von den Erträgen der individuell eingebrachten Beiträge ab, weshalb in dem System der Solidargedanke zurücktrete (EuGH, Urt. v. 12.09.2000, a.a.O. – Pavlov, unter Rn. 112 ff.; Urt. v. 21.09.1999, a.a.O., Albany unter Rn. 81 ff.; Urt. v. 21.09.1999, a.a.O. Brentjens unter Rn. 81 ff.; Urt. v. 16.11.1995 – C 244/94 – Fédération française des sociétés d'assurance – Slg. 1995, I-4013 bei Rn. 17 ff.).

Hingegen verneinte der Gerichtshof der Europäischen Union die Unternehmenseigenschaft, wenn in dem jeweiligen System der Grundsatz der Solidarität zum Ausdruck kam, weil die Renten der im Ruhestand befindlichen Arbeitnehmer durch die von den erwerbstätigen Arbeitnehmern getätigten Beiträge finanziert wurden und sich daher Beiträge und Rentenansprüche nicht im Sinne einer Gegenleistung gegenüberstanden (EuGH, Urt. v. 17.02.1993 – C 159/91 – Poucet – Slg. 1993, I-637 bei Rn. 8 ff.), ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen den entrichteten Beiträgen und den gewährten Leistungen fehlte, da die Höhe der gewährten Leistungen nicht notwendig proportional zu den Einkünften des Versicherten und zum jeweils versicherten Risiko war (EuGH, Urt. v. 22.01.2002 – C 218/00 – INAIL – Slg. 2002, I-691 bei Rn. 38 ff.; Urt. v. 22.01.2002 – C-218/00 – Cisal- Slg. 2002, I-691, unter Rn. 39ff.) oder den Mitgliedern im Wesentlichen gleiche Pflichtleistungen geboten wurden, die unabhängig von der Beitragshöhe waren (EuGH, Urt. v. 16.03.2004 – C 264/01 – AOK Bundesverband – Slg. 2004, I-2493 bei Rn. 51 ff.). Zuletzt lehnte der Gerichtshof in seiner Entscheidung Kattner Stahlbau die Unternehmenseigenschaft einer als öffentlich-rechtliche Körperschaft organisierten Berufsgenossenschaft ab, deren System dadurch gekennzeichnet war, dass ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen entrichteten Beiträgen und gewährten Leistungen fehlte, weil die Beiträge

nicht streng proportional zum versicherten Risiko waren und die Beitragshöhe zudem von der Höhe des Arbeitsentgelts und dem Finanzbedarf der Berufsgenossenschaft abhing (EuGH, Urt. v. 05.03.2009, a.a.O. bei Rn. 51 ff.).

bb) Zudem hebt der Gerichtshof hervor, dass der Umfang, in dem das zu beurteilende System der staatlichen Aufsicht unterliegt, den wirtschaftlichen Charakter einer Tätigkeit auszuschließen geeignet ist (EuGH, Urt. v. 05.03.2009, – Kattner Stahlbau, a.a.O., Rn. 60 ff.; Urt. v. 22.01.2002 – C-218/00 – Cisal – Slg. 2002, I-691 unter Rn. 43.; Urt. v. 22.01.2002 – C 218/00 – INAIL – Slg. 2002, I-691 bei Rn. 43; Urt. v. 17.02.1993 – C 159/91 – Poucet – Slg. 1993, I-637 bei Rn. 14). In den Entscheidungen INAIL und Cisal kam die staatliche Aufsicht insoweit zum Tragen als die Höhe der Beiträge und Leistungen durch Ministerialdekret zu genehmigen war und der zuständige Minister die vorgeschlagenen Tarife zurückweisen konnte, während in der Entscheidung Kattner Stahlbau der Mindest- und Höchstentgeltbetrag, der bei der Berechnung der Beiträge und Leistungen zu berücksichtigen ist, im Wesentlichen durch Rechtsvorschriften des Sozialgesetzbuchs determiniert war und die Berufsgenossenschaften in Bezug auf die Festsetzung der Höhe der Beiträge und des Werts der Leistungen der Kontrolle des Staates unterlagen, der als Aufsichtsbehörde tätig wurde.

2. Eine Gesamtschau, die sich an den in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs entwickelten Kriterien orientiert, ergibt, dass die Beklagte kein Unternehmen im Sinne von Art. 102 AEUV (Ex-Art. 82 EGV) ist. Das von der Beklagten praktizierte System der Zusatzversorgung ist nicht durch das Kapitalisierungsprinzip geprägt, sondern jedenfalls in einem Maße auf dem Grundsatz der Solidarität beruhend, das die Anwendung kartellrechtlicher Regelungen auf die Beklagte ausschließt (dazu a). Zudem unterliegt die Beklagte auch der staatlichen Aufsicht, weshalb sie keine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, die sie als Unternehmen im Sinne von Art.

102 AEUV (Ex-Art. 82 EGV) qualifizieren würde (dazu b).

a) Zwischen den entrichteten Beiträgen und den gewährten Leistungen fehlt es im vorliegenden Fall an einem unmittelbaren Zusammenhang, sodass das Versicherungssystem durch Beiträge finanziert wird, deren Höhe nicht streng proportional zum versicherten Risiko ist. Daher fußt das von der Beklagten betriebene System in einem Maße auf dem Grundsatz der Solidarität, der die Anwendung kartellrechtlicher Regelungen auf die Beklagte versperrt.

aa) Prägend für das System der Beklagten ist, dass sie nach § 61 Abs. 1 VBLS weiterhin im Umlageverfahren arbeitet, auch wenn sie das System im Wege des Abschnittsdeckungsverfahrens betreibt und hierbei die Prämie für einen Zeitraum von 5 Jahren (§ 62 Abs. 1 S. 2 VBLS) im Voraus festsetzt und insoweit eine jedenfalls kurzfristige Kapitalbildung mit beschränkten Zinserträgen anfällt, die den Prämiensatz im Abschnitt verstetigen soll. Das Umlageverfahren ist dadurch gekennzeichnet, dass die im Ruhestand befindlichen Arbeitnehmer durch die berufstätigen finanziert werden. Folglich besteht kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen den individuell erbrachten Beiträgen und den Leistungen, die mit Eintritt in den Ruhestand erbracht werden, wie dies bei Zusatzversorgungen der Fall ist, die nach dem Kapitalisierungsprinzip arbeiten. Allein die Modifikation des reinen Umlagesystems durch die Anwendung des Abschnittsdeckungsverfahrens ändert hieran im Grundsatz nichts. Auch in dem nunmehr durchgeführten System kann es dazu kommen, dass die Zahlung hoher Beiträge durch einzelne Beteiligte bei deren Arbeitnehmern nur zu begrenzten Leistungen führt und dass umgekehrt die Zahlung verhältnismäßig niedriger Beiträge (z. B. beim Beitritt eines Beteiligten mit vielen Arbeitnehmern rentennaher Jahrgänge) zu einem Anspruch auf höhere Leistungen führt.

bb) Gleiches gilt für die zum Ende des Jahres 2001 vollzogene

Schließung des Gesamtversorgungssystems und die Umstellung auf ein sogenanntes Punktemodell (vgl. § 36 VBLS). Auch wenn dort nach bestimmten Kriterien Versorgungspunkte erworben werden können, die am Ende des Beschäftigungsverhältnisses dem Versorgungskonto gutgeschrieben werden und so eine gewisse Anbindung der zu erwartenden Zusatzversorgung an die geleisteten Beiträge bewirkt wird, bleibt es dabei, dass es sich weiterhin um ein Umlagesystem handelt, welches nicht auf dem Prinzip einer strengen Kapitaldeckung basiert.

cc) Der dem System der Beklagten zugrundeliegende Solidargedanke zeigt sich ferner an § 37 VBLS. Nach dessen Absatz 1 können Versorgungspunkte und damit Anwartschaften auch dann erworben werden, wenn das Arbeitsverhältnis wegen Elternzeit ruht. Nach Absatz 2 dieser Vorschrift werden darüber hinaus Versorgungspunkte bei teilweiser oder voller Erwerbsminderung vor Vollendung des 60. Lebensjahres gewährt, sodass diese Regelungen, bei denen die Höhe der Rentenansprüche nicht direkt an die Höhe der geleisteten Umlagen gekoppelt sind, in besonderem Maße Ausdruck einer sozialen Komponente des durch die Beklagte betriebenen Systems sind.

dd) Dass das System der Beklagten nicht auf den Kapitalisierungsprinzip beruht, kommt schließlich dadurch zum Ausdruck, dass die Beklagte zur Sicherstellung ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit die in § 65 VBLS verankerten Sanierungsgeldzahlungen von ihren Beteiligten erhebt, die nicht erforderlich wären, wenn zwischen Leistungen und Beiträgen ein streng proportionaler Zusammenhang bestünde. Denn dann hätte es zu einer entsprechenden Finanzierungslücke, die ihre Ursache in der demographischen Entwicklung und dem überproportionalen Personalabbau einzelner Beteiligter hat, nicht kommen können.

Auch wenn die Beklagte die ursprüngliche, bis zum 31.12.2005 geltende und in einem anderen Verfahren vor der Kammer (7 0

346/08 Kart.) für unwirksam erklärte Regelung mit Wirkung vom 01.01.2006 dergestalt abgeändert hat, dass die Berechnung des Sanierungsgeldes nicht mehr pauschal über die neunfache Rentensumme aller Renten erfolgt, sondern zusätzlich über die in Absatz 5a eingefügte Regelung entsprechend dem Verhältnis der Aufwendungen zu den Leistungen der jeweiligen Beteiligten, führt diese teilweise Anbindung der Höhe der zu zahlenden Prämien an die tatsächlich durch die jeweiligen Beteiligten verursachten Lasten in der derzeitigen Ausprägung nicht dazu, dass das von der Beklagten betriebene Umlagesystem nicht mehr auf dem Grundgedanken der Solidarität fußt.

ee) Schließlich steht einer Anwendung der kartellrechtlichen Regelungen auf die Beklagte entgegen, dass das von ihr betriebene System vorrangig das soziale Anliegen verfolgt, die – insbesondere im Vergleich zu den Beamten – für zu gering erachtete Altersgrundversorgung in einer sozial gerechten Weise aufzustocken. Ziel der Beklagten ist hingegen nicht, in Wettbewerb mit anderen durch die Privatwirtschaft angebotenen Finanzprodukten zu treten, die eine Sicherung des im Arbeitsleben erreichten Lebensstandards ermöglichen, dabei jedoch auch auf Gewinnerzielung des jeweiligen Anbieters angelegt sind, und sich durch das von ihr betriebene System solchen privatwirtschaftlichen Anbietern gegenüber einen Vorteil im Wettbewerb zu verschaffen.

b) Zudem unterliegt die Beklagte in einem Maß der staatlichen Aufsicht, das dazu führt, dass sich die Beklagte bei einer Gesamtschau nicht als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts darstellt.

Unabhängig von der zwischen den Parteien streitigen Rechtsgrundlage für die Aufsicht des Bundesministeriums der Finanzen über die Beklagte bestimmt § 3 VBLS jedenfalls ein Aufsichtsrecht des Bundes, von dem dieser unstreitig umfangreich Gebrauch gemacht hat. Gegenstand der Aufsicht ist, dass die Tätigkeit der Anstaltsorgane nicht gegen

Gesetzesrecht verstößt. Nach § 14 Abs. 1 VBLS sieht die Satzung vor, dass die Aufsichtsbehörde insbesondere Satzungsänderungen und den Erlass von Ausführungsbestimmungen zur Satzung genehmigen muss, wobei ihre Entscheidung dann, wenn die Änderungen sich nicht nur in der Wiedergabe des Verhandlungsergebnisses der Tarifparteien zur Regelung des materiellen Leistungsrechts oder von Finanzierungsfragen zum ATV erschöpfen, im Einvernehmen mit mindestens zwei Dritteln Mehrheit von Bund und an der Anstalt beteiligten Ländern zu treffen ist.

Aufgrund dieser Regelungen unterliegen insbesondere solche Satzungsänderungen, die die Höhe des Beitragssatzes und der zu gewährenden Leistungen betreffen und die daher potentiell Auswirkungen auf den Wettbewerb zu anderen Formen der Zusatzversorgung wie etwa privaten Lebensversicherungen haben können ähnlich wie in den vom Europäischen Gerichtshof entschiedenen Fällen INAIL und Cisal (vgl. oben bei 1. b) bb)) der staatlichen Kontrolle. Vorliegend weist die zu beurteilende Einheit freilich insoweit Besonderheiten auf, als die öffentliche Hand selbst Beteiligte der Beklagten ist und insoweit eigene Interessen einer effektiven Wahrnehmung der Kontrollbefugnisse entgegenstehen könnten. Indes bietet die Aufsichtsbefugnis durch das Bundesministerium der Finanzen vorliegend jedenfalls hinreichende Gewähr, vor dem Sinn und Zweck der EG-Wettbewerbsregeln, deren Ziel die Sicherung eines unverfälschten Wettbewerbs im Gemeinschaftsraum ist (EuGH, Urt. v. 19.01.1994 – Eurocontrol, Slg. 1994, I-43, 60 ff; Urt. v. 11.12.1997 – Job Center, Slg. 1997, I-7119), eine diese Belange beeinträchtigende Ausgestaltung des Systems der Beklagten zu verhindern.

3. Insoweit unterscheidet sich die vorliegend zu beantwortende Frage, ob die in den Satzungsbestimmungen der Beklagten vorgesehene Aufsicht staatlicher Organe ausreichend ist, Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt in einer Weise zu verhindern, die einer Qualifizierung der Beklagten als

Unternehmen im Sinne des Art. 102 AEUV (Ex-Art. 82 EGV) entgegensteht, maßgeblich von der in den Entscheidungen der Kammer zur AGB-rechtlichen Wirksamkeit der Gegenwert- (Kammerurteil v. 19.06.2009, 7 O 122/08 Kart., juris) und Sanierungsgeldbestimmungen (Kammerurteil v. 23.04.2010, 7 O 346/08 Kart., juris) zu adressierenden Frage, ob die Art und Weise des Zustandekommens der entsprechenden Satzungsbestimmungen eine AGB-rechtliche Inhaltskontrolle durch die Gerichte versperrt und ob das das Gruppenversicherungsverhältnis prägende Äquivalenzprinzip soweit durch den im System der Beklagten angelegten Solidargedanken beeinflusst wird, dass es keinen Maßstab bei der Angemessenheitskontrolle der Satzungsbestimmungen mehr bilden könnte. Geht es vorliegend um das Ziel des Binnenmarktrechts, Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern, geht es im Rahmen der AGB-Kontrolle um die Frage, ob die Satzungsbestimmungen im privatrechtlichen Binnenverhältnis zwischen der Beklagten und ihren Beteiligten letztere unangemessen benachteiligen.

4. Ein Anspruch aus § 1 UKlaG scheitert schon mangels Eigenschaft des Klägers als anspruchsberechtigter Stelle nach § 3 UKlaG.

V. Feststellungsanspruch

Der mit Klageerweiterung vom 17.02.2010 geltend gemachte Feststellungsantrag Ziffer V ist zulässig und begründet.

Er ist – wie § 256 Abs. 1 ZPO dies verlangt – auf das Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses, nämlich die Nichtschuld der von der Beklagten erhobenen Kosten für das Haupt- und die einzelnen Nachtragsgutachten gerichtet.

Hinsichtlich der unstreitig von der Klägerin bereits bezahlten [...] EUR für das Hauptgutachten vom 28.11.2006 greift entgegen der Ansicht der Beklagten der Vorrang der Leistungsklage schon

deshalb nicht ein, weil die Parteien in ihrer Musterprozessvereinbarung vom 17.02./19.02.2010 in Punkt 1.1.1. l. die gerichtliche Klärung der Frage der Berechtigung der Beklagten zur Berechnung des Gegenwertes auf Kosten der Beteiligten auch im Rahmen einer Feststellungsklage (Präambel i.V.m. Anlage B sowie Punkt 3.) vereinbart haben und von der Beklagten – wie sie selbst bestätigt (Punkt 7.1) – als quasi-staatlicher Einrichtung die Beachtung von in Feststellungstiteln tenorierten oder abgelehnten Ansprüchen zu erwarten ist.

Was die Begründetheit des Feststellungsantrags angeht, ist § 23 VBLS nach dem oben Gesagten unwirksam, sodass auch ein darauf gestützter Anspruch auf Begleichung der Gutachterkosten, dessen sich die Beklagte mehrfach berührt hat, nicht besteht. Dies war gerichtlich festzustellen.

VI. Zinsen

Der Kläger hat keinen Anspruch aus § 33 Abs. 3 Sätze 3 und 4 GWB auf die Zahlung von Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus einem Betrag von EUR [...] seit dem 1.07.2004, da die Beklagte kein Unternehmen im Sinne des Kartellrechts ist (dazu siehe oben IV.).

Für seine weitere pauschale und bestrittene Behauptung, die Beklagte habe durchschnittlich 5,56% Zinsen auf den vereinnahmten Gegenwert erzielt, hat der Kläger nur Sachverständigenbeweis angeboten, ohne näher darzulegen, wie er auf die behauptete Höhe der gezogenen Nutzungen kommt, sodass dem Ausforschungsbeweisantrag mangels zugänglicher Anknüpfungstatsachen nicht nachzugehen war.

Der nach Schluss der mündlichen Verhandlung mit Schriftsatz vom 6.07.2010 erstmals substantiiert gehaltene Tatsachenvortrag war gem. § 296a Satz 1 ZPO nicht zu berücksichtigen. Eine Wiedereröffnung der mündlichen

Verhandlung nach § 156 ZPO war nicht angezeigt, weil die nunmehr nachgeschobene Anlage [...] einen Auszug aus einem frei zugänglichen Geschäftsbericht der Beklagten darstellt, die schon früher hätte beigebracht werden können.

Eine Verzinsung nach dem gesetzlichen Zinssatz (gem. § 288 Abs. 1 BGB, da es sich nicht um eine Entgeltforderung handelt) kommt erst ab Rechtshängigkeit und nicht bereits ab Ende der im Schreiben der Klägerin vom 11.06.2008 (Anlage K5) gesetzten Frist in Betracht (vgl. dazu BGH, Urteil vom 25.10.2007 – III ZR 91/07 – NJW 2008, 50).

VII. Nebenentscheidungen

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit findet ihre Grundlage in § 709 ZPO.