



Prof. Dr. Christian Koenig/René Pfromm*

Zur Vereinbarkeit der Entgeltumwandlung durch kommunale Arbeitgeber gemäß § 6 TV-EUmw/VKA mit dem EG-Vergaberecht

ÜBERSICHT

1. Die Entgeltumwandlung durch kommunale Arbeitgeber
2. Kein Ausschluss der Anwendbarkeit des EG-Vergaberechts aufgrund der Art. 136 ff. EG
3. Keine Anwendbarkeit des EG-Vergaberechts
 - 3.1 Dienstleistungsauftrag oder Arbeitsverhältnis
 - 3.2 Persönlicher Anwendungsbereich: Öffentlicher Auftraggeber
 - 3.3 Sachlicher Anwendungsbereich: Öffentlicher Auftrag
 - 3.4 Schwellenwerte
4. Ergebnis

1. Die Entgeltumwandlung durch kommunale Arbeitgeber

§ 1 a des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (BetrAVG) gewährt Arbeitnehmern einen Anspruch auf betriebliche Altersversorgung durch Entgeltumwandlung. Gemäß § 1 a Abs. 1 BetrAVG kann ein Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber verlangen, dass von seinen künftigen Entgeltansprüchen bis zu 4% der jeweiligen Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung durch Entgeltumwandlung für seine betriebliche Altersversorgung verwendet werden. § 1 a BetrAVG sieht fünf mögliche Durchführungswege vor: Pensionskassen,

Pensionsfonds, Direktversicherungen, Direktzusagen sowie Unterstützungskassen. Über den Durchführungsweg entscheidet der Arbeitgeber, der seinen Arbeitnehmern auch verschiedene Durchführungswege und Anbieter kumulativ anbieten kann.¹ Ist der Arbeitgeber zu einer Durchführung über einen Pensionsfonds oder eine Pensionskasse (§ 1 b Abs. 3 BetrAVG) bereit, ist die betriebliche Altersversorgung dort durchzuführen, anderenfalls kann der Arbeitnehmer verlangen, dass der Arbeitgeber für ihn eine Direktversicherung (§ 1 b Abs. 2 BetrAVG) abschließt. Die Durchführung der Entgeltumwandlung setzt eine Entgeltumwandlungsvereinbarung zwischen dem Arbeitnehmer und seinem Arbeitgeber voraus. In dieser verfügt der Arbeitnehmer, dass ein Teil seines Arbeitsentgelts umgewandelt wird, und erhält an dessen Stelle eine Versorgungszusage seines Arbeitgebers in gleicher Höhe. Der Arbeitgeber schließt sodann entsprechend der Auswahl und Ausgestaltung des Arbeitnehmers einen Durchführungsvertrag mit einem Ver-

* Der Autor Koenig ist Direktor der juristischen Abteilung des Zentrums für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, der Autor Pfromm ist Senior Fellow ebendort.

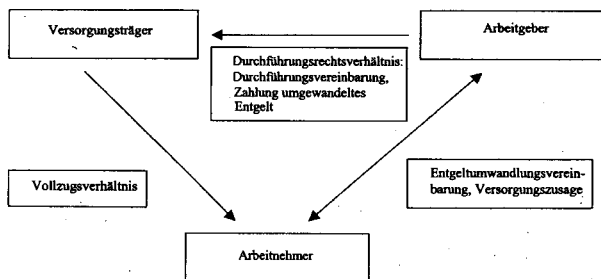
1 Poschke, ZfR 2004, 563 (564), weist darauf hin, dass der größte Teil der Arbeitgeber die tarifvertraglichen Möglichkeiten dahingehend nutze, dass sämtliche zulässigen Anbieter – allerdings mit einem beschränkten Kreis der Durchführungswege – ausgewählt würden, so dass der Arbeitnehmer den für ihn günstigen Anbieter auswählen könne.

sorgungsträger (etwa einer Direktversicherung) und überweist den Teil des Arbeitsentgelts, dessen Umwandlung der Arbeitnehmer verfügt hat, nicht an den Arbeitnehmer selbst, sondern direkt an den Direktversicherer, der die Altersversorgungsleistung gegenüber dem Arbeitnehmer erbringt (Barlohnsumwandlung).

Die Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes beruht auf Tarifvertrag. Für tarifgebundene Arbeitnehmer steht die Umwandlung von tariflich geregeltem Entgelt gemäß § 17 Abs. 5 BetrAVG unter Tarifvorbehalt. Vor diesem Hintergrund wurde zwischen der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) als Vertreterin kommunaler Verwaltungen und Betriebe und der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft e. V. (ver.di) sowie der dbb Tarifunion am 18. 2. 2003 jeweils ein Tarifvertrag zur Entgeltumwandlung für Arbeitnehmer im kommunalen öffentlichen Dienst (TV-EUmw) geschlossen.² § 6 dieses Tarifvertrages („Durchführungsweg“) bestimmt den Kreis der zulässigen Anbieter, aus dem der Arbeitgeber einen oder mehrere Anbieter auswählen kann. § 6 Satz 3 TV-EUmw/VKA sieht eine Öffnung für bezirksvertragliche Regelungen vor. Im Einzelnen lautet § 6 TV-EUmw/VKA:

„Die Entgeltumwandlung im Rahmen der durch das Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung vorgesehenen Durchführungswege ist vorbehaltlich der Sätze 2 und 3 bei öffentlichen Zusatzversorgungseinrichtungen durchzuführen. Der Arbeitgeber kann im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung nach Satz 1 auch von der Sparkassen-Finanzgruppe oder den Kommunalversicherern angebotene Durchführungswege bestimmen. Durch landesbezirklichen Tarifvertrag können bei Bedarf abweichende Regelungen zu den Sätzen 1 und 2 getroffen werden.“

Rechtstechnisch schließen kommunaler Arbeitgeber und Versorgungsträger (öffentliche Zusatzversorgungseinrichtungen, Sparkassen-Finanzgruppe, Kommunalversicherer) einen entgeltlichen Vertrag zu Gunsten Dritter. Der Vertrag zwischen dem Direktversicherer als Versprechendem (Leistungsschuldner) und dem kommunalen Arbeitgeber als Versprechensempfänger (Gläubiger), der den Gegenstand der Leistung/Gegenleistung sowie die Person des Dritten bestimmt, bildet das Deckungsverhältnis. Gegenstand der vom Direktversicherer dem kommunalen Arbeitgeber versprochenen Leistung ist die Sicherstellung der betrieblichen Altersversorgung mittels einer Direktversicherung zu Gunsten der Arbeitnehmer des kommunalen Arbeitgebers als begünstigten Dritten. Der Rechtsgrund für die Zuwendung an den Dritten folgt aus dem zwischen kommunalem Arbeitgeber und den Arbeitnehmern bestehenden Zuwendungsverhältnis. Das Verhältnis zwischen dem Direktversicherer als Versprechendem und dem Dritten bildet das Vollzugsverhältnis. Grafisch lassen sich die vertraglichen Beziehungen im Fall der Entgeltumwandlung wie folgt darstellen:



Zweifel an der Vereinbarkeit dieser Regelung mit dem EG-Vergaberecht könnten sich daraus ergeben, dass eine Ausschreibung zur Vergabe der Dienstleistung der betrieblichen Altersversorgung durch die kommunalen Verwaltungen und Betriebe nicht erfolgt und die nicht in § 6 TV-EUmw/VKA

genannten Anbieter betrieblicher Altersversorgungslösungen von der Erbringung dieser Versicherungsleistungen ausgeschlossen werden. So wird vertreten, dass Dienstleistungen der betrieblichen Altersversorgung als Versicherungs- und Pensionsfondsleistungen, die nicht zu den gesetzlichen Sozialversicherungen zu zählen seien, von Anhang I A, Kategorie 6 der Richtlinie 92/50/EWG erfasst sind. Bei den Aufträgen, die im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung zur Durchführung der Entgeltumwandlung an Dienstleistungserbringer erteilt werden, handele es sich um entgeltliche Dienstleistungsaufträge, die im Regelfall den für die Anwendbarkeit der Richtlinie 92/50/EWG maßgeblichen Schwellenwert überschritten. Der persönliche Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50/EWG sei eröffnet, da kommunale Behörden und im Regelfall auch kommunale Betriebe den Begriff des öffentlichen Auftraggebers erfüllten. Mangels europaweiter Ausschreibung könne daher ein Verstoß gegen Art. 8 der Richtlinie 92/50/EWG gegeben sein.³

Zur Beantwortung der Frage, ob § 6 TV-EUmw/VKA gegen Art. 8 i. V. m. Abschnitt III bis VI der Richtlinie 92/50/EWG über die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge verstößt, ist zunächst zu klären, ob die Anwendbarkeit des Vergaberechts bereits durch die Art. 136 ff. EG ausgeschlossen wird (unter 2.). Sodann ist zu untersuchen, ob die Richtlinie 92/50/EWG auf die Entgeltumwandlung Anwendung findet (unter 3.). Dies wäre der Fall, wenn die Entgeltumwandlung im Sinne des TV-EUmw/VKA einen der Richtlinie 92/50/EWG unterfallenden Dienstleistungsauftrag und nicht eine vergaberechtlich freigestellte Konkretisierung eines Arbeitsverhältnisses darstellt (unter 3.1). Die Anwendbarkeit der Richtlinie 92/50/EWG würde zudem voraussetzen, dass der kommunale Arbeitgeber auch dann als öffentlicher Auftraggeber handelt, wenn er Arbeitsentgelte seiner Arbeitnehmer umwandelt (unter 3.2), und dass die Entgeltumwandlung als öffentlicher Auftrag zu qualifizieren ist (unter 3.3). Schließlich wird zu klären sein, ob im Rahmen der Entgeltumwandlung die Schwellenwerte der Richtlinie 92/50/EWG überschritten werden (unter 3.4).

2. Kein Ausschluss der Anwendbarkeit des EG-Vergaberechts aufgrund der Art. 136 ff. EG

Ein Ausschluss der Anwendbarkeit des EG-Vergaberechts ergibt sich nicht bereits aus den Art. 136 ff. EG.⁴ So hat der EuGH in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass „der Vertrag, soweit er bestimmte Tätigkeiten vom Bereich der Wettbewerbsregeln ausschließen wollte, ausdrücklich eine Ausnahme in diesem Sinne angeordnet hat“.⁵ Eine solche Regelung, die wie Art. 36 EG die Anwendung der Wettbewerbsregeln oder wie vorliegend in Frage stehend die Vergaberegeln für den Sozialbereich ausdrücklich ausschließt oder sie von einer Entscheidung des Rates abhängig macht, findet sich in den Art. 136 ff. EG indes nicht. Im Bereich der Wettbewerbsregeln, in denen wiederholt eine Ausnahme für bestimmte Bereiche behauptet wird, hat der EuGH aus-

2 Eine Darstellung des Tarifvertrages findet sich etwa bei *Langenbrinck*, ZTR 2003, 426.

3 Vgl. etwa *Kupfer/Neumann*, BetrAV 2004, 42; *Zobel*, dpn 2004, 18; a.A. *Poschke*, ZTR 2004, 563; *Rotermund/Bergt-Weis*, BetrAV 2004, 459. Siehe auch die weitere Nachweise bei *Hanau*, DB 2004, 2266 (2267).

4 In diese Richtung indes *Poschke*, ZTR 2004, 563 (564); *Rotermund/Bergt-Weis*, BetrAV 2004, 459 (460).

5 Vgl. z. B. EuGH 30. 4. 1986, verb. Rs. 209/84 u. a., *Asjes*, Slg. 1986, 1425, Rn. 40; siehe auch Schlussanträge des GA Jacobs in der verb. Rs. C-67/96 u. a., *Albany*, Slg. 1999, I-5751, Rn. 123. Beispiele für solche Vertragsbestimmungen sind etwa Art. 36 Abs. 1 EG (ex-Art. 42 EGV) für die Landwirtschaft, Art. 296 Abs. 1 lit. b) EG (ex-Art. 223 EGV) für die Waffenerzeugung und in beschränktem Maße Art. 86 Abs. 2 EG (ex-Art. 90 EGV) im Hinblick auf bestimmte Unternehmen.

drücklich die Geltung der Wettbewerbsregeln selbst dann bekräftigt, wenn die betroffenen Bereiche in den jeweiligen Mitgliedstaaten außerhalb der Wettbewerbsregeln stehen. So wandte sich der EuGH wiederholt gegen Argumente, die auf den besonderen Merkmalen der betreffenden Bereiche und widerstreitenden politischen Zielen beruhten, wie sie in Art. 3 EG aufgeführt sind. Wenn die Gemeinschaft eine bestimmte Politik betreibt, so heiße das nicht, dass dieser Bereich der Wirtschaft damit den Wettbewerbsregeln entzogen sei. Der Gerichtshof hat daher die Wettbewerbsregeln auch für die Bereiche Transport, Energie, Banken- und Versicherungswesen angewandt⁶ und darauf hingewiesen, dass Art. 81 Abs. 3 EG die Berücksichtigung besonderer Merkmale einer Branche erlaube.⁷ In einer Reihe wichtiger Urteile hat der EuGH zudem den Grundsatz anerkannt, dass die Wettbewerbsregeln für den Sozialbereich, insbesondere für Fragen der Anstellung und der Rente, gelten.⁸ Die Schlussanträge des Generalanwalts Lenz in der Rechtssache Bosman⁹ und des Generalanwalts Jacobs in der Rechtssache Albany¹⁰ verneinen das Bestehen einer allgemeinen Ausnahme für den Sozialbereich ebenfalls. Diese Auffassung vertritt Generalanwalt Jacobs auch ausdrücklich für den Bereich der Tarifvereinbarungen zwischen den Tarifpartnern.¹¹

Für den in der Rechtssache Albany streitigen Bereich des Wettbewerbsrechts kommt Generalanwalt Jacobs zu dem Ergebnis, dass im Falle widerstreitender Normen bei Schweigen des Vertrages nach anerkannten Auslegungsgrundsätzen zu verfahren sei. Wenn die widerstreitenden Bestimmungen gleichrangige Vertragsvorschriften sind, dürfe „eine Gruppe dieser Vorschriften nicht ohne Rücksicht auf die andere Gruppe durchgeführt und keine von beiden um ihren gesamten Inhalt gebracht werden.“ Für die Entgeltumwandlung bedeutet dies, dass eine generelle Freistellung vom Vergaberecht aufgrund der Art. 136 ff. EG nicht in Betracht kommt. Hieran ändert auch das Fehlen einer Art. 81 Abs. 3 EG vergleichbaren Regelung im Bereich des Vergaberechts nichts. Gleichwohl ist der Telos der Art. 136 ff. EG auch bei einer Anwendung des Vergaberechts im Sozialbereich zu berücksichtigen. Insofern muss die praktische Wirksamkeit (effet utile) der Sozialvorschriften ebenso wie der Vergaberegeln im Rahmen einer praktischen Konkordanz gewährleistet werden. Eine am Effektivitätsprinzip orientierte Auslegung gebiete dabei eine Norminterpretation, die den Regelungscharakter der Vorschriften des Gemeinschaftsrechts berücksichtigt und die mit ihnen verfolgten Ziele möglichst effektiv zur Geltung zu bringen sucht.¹² Der EuGH bemüht den Grundsatz des effet utile insbesondere, um die innerstaatliche Wirkung an sich nicht unmittelbar anwendbarer Normen des Primär- und Sekundärrechts zu begründen,¹³ berücksichtigt ihn jedoch auch bei widerstreitenden Bestimmungen. Die Sozialvorschriften der Art. 136 ff. EG sind bei der Auslegung der Richtlinie 92/50/EWG zu berücksichtigen, gleichwohl vermögen sie die Anwendbarkeit der Richtlinie 92/50/EWG nicht auszuschließen.

3. Keine Anwendbarkeit des EG-Vergaberechts

3.1 Dienstleistungsauftrag oder Arbeitsverhältnis

Teilweise wird die Auffassung vertreten, bei den im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung zur Durchführung der Entgeltumwandlung an Dienstleistungserbringer (Versorger) erteilten Aufträgen handele es sich um Dienstleistungen der betrieblichen Altersversorgung, die als Versicherungs- und Pensionsfondsleistungen, die nicht zu den gesetzlichen Sozialversicherungen zu zählen seien, unter

Anhang I A, Kategorie 6 der Richtlinie 92/50/EWG fielen. Demgegenüber sind Arbeitsverträge gemäß Art. 1 a Ziffer viii) der Richtlinie 92/50/EWG von dem Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen.¹⁴

Im Rahmen der Entgeltumwandlung ist die Ebene zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber (Zuwendungsverhältnis) von der Ebene zwischen Arbeitgeber und Versorgungsträger (Deckungsverhältnis) zu unterscheiden. Die Verpflichtung des Arbeitgebers aus § 1 a BetrAVG i. V. m. TV-EUmw/VKA, bei Nichtbestehen einer Pensionskasse auf Verlangen des Arbeitnehmers einen Versorgungsträger im Rahmen einer Durchführungsvereinbarung mit der Durchführung der Entgeltumwandlung zu beauftragen, ist arbeitsrechtlicher Natur. Denn das Zustandekommen („Ob“) und die Regelung („Wie“) der Durchführungsvereinbarung unterliegen nicht dem Gestaltungsspielraum des öffentlichen Arbeitgebers und der Versorgungsträger, sondern werden tarifvertraglich determiniert und durch die individuelle Entgeltumwandlungsvereinbarung aktiviert. Hiervon zu unterscheiden ist das zwischen Arbeitgeber und Versorgungsträger bestehende Durchführungsrechtsverhältnis. Isoliert betrachtet ist dieses zwar ein Versicherungsverhältnis nicht arbeitsrechtlicher Natur. Das Durchführungsrechtsverhältnis wird jedoch durch die individuell-arbeitsrechtliche Entgeltumwandlungsvereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber aktiviert und entsteht nur aufgrund der tarifvertraglichen und damit arbeitsrechtlichen Verpflichtungsgrundlage zur Entgeltumwandlung. Insofern ist die Durchführungsvereinbarung streng akzessorisch zur arbeitsrechtlichen Verpflichtungsgrundlage in § 1 a BetrAVG i. V. m. TV-EUmw/VKA und der individuellen Entgeltumwandlungsvereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber.

Die individuelle Entgeltumwandlungsvereinbarung ist die causa für die Versicherungsdienstleistung im Durchführungsrechtsverhältnis. Der Abschluss der Durchführungsvereinbarung setzt den vorhergehenden Abschluss einer Entgeltumwandlungsvereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer voraus. Das Versicherungsverhältnis entsteht nur bei Vorhandensein einer arbeitsvertraglichen Entgeltumwandlungsvereinbarung und ist in seiner Ausgestaltung (Höhe der umgewandelten Beträge) abhängig von dieser arbeitsvertraglichen Grundlage. Der Arbeitnehmer verfügt über die Umwandlung eines Teils seines Arbeitslohns und erhält ein wertgleiches Versprechen des Arbeitgebers in Form einer zugunsten des Arbeitnehmers eigentumsrechtlich geschützten Anwartschaft auf Versorgungsleistungen. Der Arbeitgeber schließt entsprechend der Auswahl und

6 EuGH 30. 4. 1986, verb. Rs. 209/84 u. a., *Asjes*, Slg. 1986, 1425; EuGH 11. 4. 1989, Rs. 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen*, Slg. 1989, 803; EuGH 27. 4. 1994, Rs. C-393/92, *Almelo u. a.*, Slg. 1994, I-1477; EuGH 14. 7. 1981, Rs. 172/80, *Züchner*, Slg. 1981, 2021, Rn. 6–9; EuGH 27. 1. 1987, Rs. 45/85, *Verband der Sachversicherer*, Slg. 1987, 405.

7 EuGH 27. 1. 1987, Rs. 45/85, *Verband der Sachversicherer*, Slg. 1987, 405.

8 EuGH 23. 4. 1991, Rs. C-41/90, *Höfner und Elser*, Slg. 1991, I-1979; EuGH 11. 12. 1997, Rs. C-55/96, *Job Centre*, Slg. 1997, I-7119; EuGH 17. 2. 1993, verb. Rs. C-159/91 u. a., *Poucet und Pistre*, Slg. 1993, I-637; EuGH 16. 11. 1995, Rs. C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance*, Slg. 1995, I-4013; EuGH 17. 6. 1997, Rs. C-70/95, *Sodemare*, Slg. 1997, I-3395.

9 Schlussanträge des GA Lenz, Rs. C-415/93, *Bosman*, Slg. 1995, I-4921, Rn. 273: „Es gibt meines Erachtens keine Regel des Inhalts, dass Absprachen, die Arbeitsverhältnisse betreffen, generell und vollständig dem Anwendungsbereich der Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrages entzogen wären.“

10 Schlussanträge des GA Jacobs in der verb. Rs. C-67/96 u. a., *Albany*, Slg. 1999, I-5751, Rn. 130.

11 Schlussanträge des GA Jacobs in der verb. Rs. C-67/96 u. a., *Albany*, Slg. 1999, I-5751, Rn. 131 ff.

12 *Callies/Ruffert/Wegener*, Art. 220 Rn. 14.

13 Vgl. nur EuGH 19. 11. 1991, verb. Rs. C-6/90 u. a., *Francovich*, Slg. 1991, I-5357.

14 Vgl. im deutschen Recht § 100 Abs. 2 GWB.

Ausgestaltung des Arbeitnehmers einen Versicherungsvertrag mit einem Versorgungsträger und überweist denjenigen Teil des Arbeitsentgelts, dessen Umwandlung der Arbeitnehmer verfügt hat, an die Zusatzversorgungseinrichtung. Hierbei tritt der Arbeitgeber weder in Vorleistung, noch haftet er für die Überweisung der Beiträge. Überwiesen wird ausschließlich ein Teil des Arbeitsentgelts des Arbeitnehmers, das dieser tatsächlich erwirtschaftet hat. Die Durchführungsvereinbarung – und damit das Versicherungsverhältnis – folgen somit vollständig der tarifvertraglichen Initialverpflichtung und der individuellen arbeitsvertraglichen Entgeltumwandlungsvereinbarung.

Die arbeitsrechtliche Natur der Entgeltumwandlung kommt auch in der gesetzlichen Regelung des § 1 Abs. 3 Satz 3 BetrAVG zum Ausdruck, der eine subsidiäre Ausfallhaftung des Arbeitgebers gegenüber seinem von der Entgeltumwandlung Gebrauch machenden Arbeitnehmer vorsieht. Danach steht der Arbeitgeber auch dann für die Erfüllung der von ihm zugesagten Leistungen ein, wenn die Durchführung nicht unmittelbar über ihn erfolgt. Hierin kommen die mit der Beschäftigung von Arbeitnehmern verbundenen arbeitsrechtlichen Treuepflichten des Arbeitgebers zum Ausdruck, der für das Arbeitsentgelt seines Arbeitnehmers in besonderer Weise einzustehen hat. Diese subsidiäre Ausfallhaftung ist arbeitsrechtlicher Natur und gerade keine rechtsgeschäftlich begründete bürgschaftsähnliche Verpflichtung. Dies prägt die arbeitsrechtliche Ausgestaltung des gesamten Entgeltumwandlungsregimes. Zugleich wird deutlich, dass die Regelung der besonderen Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses sowie dem Erhalt des Arbeitsentgelts und nicht bloß dessen Verwendung dient. Sie ist daher Gegenstand der Tarifverhandlungen.

Die vergaberechtliche Beurteilung der Durchführungsvereinbarung muss diese arbeitsrechtliche causa des Durchführungsrechtsverhältnisses zu Grunde legen. Erfolgt die Erbringung einer Dienstleistung aber aufgrund eines Gesetzes oder, wie hier, aufgrund eines Arbeitsvertrages, so ist die Erbringung der Dienstleistung nicht von der Richtlinie 92/50/EWG erfasst.¹⁵ Die Entgeltumwandlung im Sinne des BetrAVG i. V. m. TV-EUmw/VKA stellt folglich keinen unter die Richtlinie 92/50/EWG fallenden Dienstleistungsvertrag, sondern eine von dem Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50/EWG ausgenommene Konkretisierung des Arbeitsvertrages zwischen den jeweiligen Arbeitgebern und ihren Arbeitnehmern dar.¹⁶

3.2 Persönlicher Anwendungsbereich: Öffentlicher Auftraggeber

Eine Ausschreibungspflicht bestünde aber auch bei Annahme eines Dienstleistungsverhältnisses nicht, da auch der persönliche Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50/EWG im Falle der Entgeltumwandlung nicht eröffnet ist.

„Öffentliche Auftraggeber“ sind gemäß Art. 1 b der Richtlinie 92/50/EWG der Staat, die Gebietskörperschaften, die Einrichtungen des öffentlichen Rechts und die Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen des öffentlichen Rechts bestehen.¹⁷ Als „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ gilt dabei jede Einrichtung, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, Rechtspersönlichkeit besitzt und überwiegend vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert wird, hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch Letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat, von den Gebietskörper-

schaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist der Begriff des öffentlichen Auftraggebers nicht institutionell, sondern funktional zu bestimmen.¹⁸ Zur Verwirklichung eines gemeinsamen Binnenmarktes für öffentliche Aufträge kann es nicht darauf ankommen, was der Staat zu seiner Organisationshoheit erklärt, sondern ob die beschaffende Einheit weitestgehend eine staatliche Funktion wahrnimmt. Gebietskörperschaften sind zwar nach Art. 1 lit. b der Richtlinie 92/50/EWG per Definition öffentliche Auftraggeber.¹⁹ Auch kann der Rechtsprechung entnommen werden, dass Art. 1 lit. a dieser Richtlinie nicht zwischen jenen Aufträgen unterscheidet, die ein öffentlicher Auftraggeber vergibt, um seine im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben zu erfüllen, und jenen Aufträgen, die in keinem Zusammenhang mit derartigen Aufgaben stehen.²⁰ Kommunen erfüllen folglich den Begriff des öffentlichen Auftraggebers im Sinne des Art. 1 lit. b der Richtlinie 92/50/EWG. Auch kommunale Betriebe sind, sofern sie die Kriterien des Art. 1 lit. b der Richtlinie 92/50/EWG erfüllen, öffentliche Auftraggeber im Sinne der Richtlinie.²¹

Bei konsequenter Anwendung des funktionalen Auftraggeberbegriffs des EuGH stellt sich jedoch die Frage, inwieweit sich die kommunalen Arbeitgeber als Tarifvertragspartei auf der Arbeitgeberseite im Rahmen von Tarifverhandlungen ihrer öffentlichen Auftragbereitschaft begeben müssen. Nach § 17 Abs. 5 BetrAVG kann für Entgeltansprüche, die auf einem Tarifvertrag beruhen, eine Entgeltumwandlung in betriebliche Altersversorgung nur vorgenommen werden, soweit dies durch Tarifvertrag vorgesehen oder zugelassen ist. Die Tarifvertragsparteien erhalten damit – nach dem Willen des Gesetzgebers zur Sicherung der Tarifautonomie – größtmögliche Flexibilität, ob und wie sie die betriebliche Altersversorgung (nicht notwendigerweise durch Entgeltumwandlung) gestalten. Derartigen tarifvertraglichen Verhandlungen liegt das Ringen der Tarifparteien, nämlich das verhandelte Geben und Nehmen zur Wahrung der beiderseitigen Interessen zugrunde. Während die Seite der Arbeitnehmer versucht, sich ein Maximum an sozialen Vorteilen und Vorteils Optionen zu sichern, versucht die Arbeitgeberseite, ihre wirtschaftlichen Interessen zu verteidigen. Tarifverhandlungen setzen voraus, dass beide Seiten über eine für die Interessenbefriedigung der Gegenseite erhebliche Verhandlungsmasse verfügen und sich entgegenkommen können. Daher erfordern Tarifvereinbarungen zwischen den Tarifparteien, dass beide Seiten bereit, einig und in der Lage sind zu verhandeln und die von ihren Vertretern erzielten Verhandlungsergebnisse umzusetzen.

Die Tarifautonomie wird nicht nur auf mitgliedstaatlicher Ebene (Art. 9 Abs. 3 GG), sondern auch auf Gemeinschaftsebene verfassungsrechtlich geschützt (Art. 136 ff. EG). Die

15 Vgl. 8. Erwägungsgrund der Richtlinie 92/50/EWG.

16 Im Ergebnis so auch *Poschke*, ZTR 2004, 563 (564).

17 Vgl. im deutschen Recht § 98 Nr. 1–3 GWB.

18 EuGH 20.9.1988, Rs. 31/87, *Gebroeder Beentjes BV/Niederlande*, Slg. 1988, 4635, Tz. 11; EuGH 10.11.1998, Rs. C-360/96, *Gemeente Arnhem und Gemeente Rheden/BFI Holding BV*, Slg. 1998, I-6821, Tz. 62; EuGH 17.9.1998, Rs. C-323/96, *Kommission/Belgien (Vlaamse Raad)*, Slg. 1998, I-5063, Tz. 28; EuGH 16.10.2003, Rs. C-283/00, *Kommission/Spanien*, Slg. 2003, I-11697, Tz. 73; EuGH 1.2.2001, Rs. C-237/99, *Kommission/Frankreich*, Slg. 2001, I-939, Tz. 41 ff.; EuGH 12.12.2002, Rs. C-470/99, *Universale-Bau*, Slg. 2002, I-11617, Tz. 51 ff.; EuGH 27.2.2003, Rs. C-373/00, *Adolf Truley*, Slg. 2003, I-1931, Tz. 43.

19 Vgl. im deutschen Recht § 98 Nr. 1 GWB.

20 EuGH 15.1.1998, Rs. C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG u. a./Stohal Rotationsdruck GmbH (Österreichische Staatsdruckerei)*, Slg. 1998, I-73, Tz. 32.

21 Vgl. im deutschen Recht § 98 Nr. 2 GWB. Auf die Herkunft der im Rahmen einer Auftragsvergabe verwendeten Mittel kommt es dabei für die Qualifizierung als öffentlicher Auftraggeber nicht an, so indes *Poschke*, ZTR 2004, 563 (565).

aus der Tarifautonomie fließenden Funktionsgrundsätze hat Generalanwalt *Jacobs* in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache „Albany“ herausgearbeitet. Anzuerkennen sei eine begrenzte Freistellung für tarifvertragliche Vereinbarungen, weil der EG-Vertrag verschiedene Vorschriften enthalte, die den Abschluss von Tarifvereinbarungen zwischen den Tarifpartnern förderten und Tarifvereinbarungen dem öffentlichen Interesse dienen sowie eine wertvolle soziale Funktion erfüllten. Damit hat Generalanwalt *Jacobs* den Weg für eine Auslegung wettbewerbsrechtlicher Tatbestandsmerkmale geebnet, die sowohl die grundsätzliche Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts gewährleistet, als auch die Funktionszusammenhänge von Tarifvertragsverhandlungen respektiert. Der EuGH hat in seinem Urteil in dieser Rechtssache den Ansatz des Generalanwalts aufgegriffen und bestätigt, dass die Erreichung dieses Ziels ernsthaft gefährdet sei, wenn für die Sozialpartner bei ihrer gemeinsamen Suche nach Maßnahmen zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen (im konkreten Fall einer tarifvertraglich geregelten Zusatzrentenfondslösung zur Verbesserung der Arbeitnehmerentlohnung) das Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG (ex-Art. 85 Abs. 1 EGV) durchgreifen würde.²²

Übertragen auf die vorliegende Problematik muss danach die praktische Wirksamkeit (*effet utile*) des EG-Vergaberechts einerseits und der gemeinschaftsrechtlich geschützten Tarifautonomie andererseits im Sinne einer praktischen Konkordanz gewährleistet werden. Eine Bindung des öffentlichen Arbeitgebers auch in seiner Funktion als Tarifvertragspartei an das Ergebnis eines Vergabeverfahrens würde ihn im Rahmen der Tarifverhandlungen vorab einengen. Der kommunale Arbeitgeber würde seinen Spielraum, als Tarifpartner die von ihm als angemessen angesehenen Vereinbarungen in den Kernbereichen der Tarifverhandlungen (Löhne und Arbeitsbedingungen) zu treffen, verlieren. Die praktische Konkordanz erfordert es daher, dass der öffentliche Arbeitgeber in seiner Funktion als Tarifvertragspartei nicht bereits vorab an das Ergebnis eines Vergabeverfahrens gebunden ist.

Hierfür spricht auch, dass der Auftraggeberbegriff durch die Möglichkeit staatlicher Einflussnahme auf die Vergabentscheidung geprägt ist.²³ Im Rahmen der Tarifverhandlungen mit der Arbeitnehmerseite treten hoheitliche Interessen zurück, da die Kommune als Arbeitgeber verhandelt. Bestimmender Einfluss als Hoheitsträger ist nicht möglich, wenn im Rahmen von Tarifverhandlungen Ergebnisse gemeinsam mit der Arbeitnehmerseite ausgehandelt werden, da diese Verhandlungen ein gegenseitiges Entgegenkommen, zumindest aber die grundsätzliche Möglichkeit eines Entgegenkommens, voraussetzen. Die Unterwerfung des kommunalen Arbeitgebers unter die starre Ausschreibungspflicht würde die Verhandlungsspielräume der Arbeitgeberseite erheblich einengen. Entsprechendes gilt für die Verhandlungsspielräume der Gewerkschaftsseite, denn deren Spielräume wären im Falle einer Ausschreibungspflicht der öffentlichen Arbeitgeber faktisch ebenfalls durch das Ergebnis der Ausschreibung konditioniert. Denn die Arbeitnehmerseite kann sinnvoll nicht über etwas verhandeln, was von der Arbeitgeberseite in den Tarifverhandlungen gar nicht gewährt werden kann. Im Rahmen der Tarifverhandlungen ist angesichts des durch die Tarifautonomie hergestellten Verhandlungsgleichgewichts eine hoheitliche Einflussnahmemöglichkeit, durch die eine Auftragsvergabe nach nicht wettbewerbsgesteuerten Motiven zu befürchten ist, nicht gegeben. Die Parität der Tarifvertragspartner bietet die Gewähr für eine angemessene Berücksichtigung auch der Arbeitnehmerinteressen.²⁴ Tarifverhandlungen stärken

die Wettbewerbselemente auf den relevanten kollektivvertraglich definierten Arbeitsmärkten. Wettbewerb verhindert jedoch grundsätzlich eine nicht an den Gesichtspunkten wirtschaftlicher Effizienz ausgerichtete Bevorzugung von Bietern. Zugleich lässt wirksamer Wettbewerb das Erfordernis der Sicherstellung einer nichtdiskriminierenden Behandlung aller Bieter durch restriktive, formelle Verfahren (wie etwa dem Vergabeverfahren) entfallen. Das Verhandlungsgleichgewicht der Tarifparteien übernimmt hier Wettbewerbsfunktionen.

Die Realisierung dieses Verhandlungsgleichgewichts zeigt sich auch im Rahmen der Tarifverhandlungen durch Abschluss des § 6 TV-EUmw/VKA. Tarifvertraglich hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, von den in § 6 TV-EUmw/VKA genannten Durchführungswegen und Anbietern einen oder mehrere alternativ oder kumulativ auszuwählen und mit diesen Gruppenverträge zu schließen. Hierdurch kann der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern mehrere Versorgungsträger mit gleichen oder unterschiedlichen Anlageformen anbieten. In der Praxis werden von den Arbeitgebern weitgehend sämtliche Versorgungsträger (jedoch mit beschränktem Kreis der Durchführungswege) ausgewählt, so dass der Arbeitnehmer auch tatsächlich eine Auswahlmöglichkeit erhält.²⁵ Diese Auswahlmöglichkeit wäre tarifvertragswidrig erheblich reduziert, wenn der (kommunale) Arbeitgeber, als Ergebnis eines vergaberechtlichen Ausschreibungsverfahrens, an einen einzigen Versorgungsträger gebunden wäre. Soweit eine (begrenzte) Wahlmöglichkeit des kommunalen Arbeitgebers bezüglich der Auswahl der Versorgungsträger von den Tarifvertragsparteien vereinbart worden ist, gründet sich diese auf der Begrenzung des Verwaltungsaufwands, den Kostenvorteilen aus gewachsenen Strukturen sowie den ökonomischen Vorteilen einer Versorgung aus einer Hand. Diese übereinstimmende Effizienzeinschätzung beider Tarifparteien unterliegt dem Schutz der Tarifautonomie und könnte als solche weder von Gerichten noch von administrativen Vergabekammern ersetzt werden. Die Tarifautonomie gebietet insofern einen sehr eingeschränkt justitiablen Beurteilungsspielraum der Tarifvertragsparteien. Zudem zeigt sich in der Regelung des § 6 Satz 3 TV-EUmw/VKA das Ziel der Tarifparteien, eine für alle Beteiligten möglichst vorteilhafte Lösung zu finden. So können durch landesbezirklichen Tarifvertrag bei Bedarf auch Regelungen getroffen werden, die von einer Beschränkung auf die von den öffentlichen Zusatzversorgern, der Sparkassen-Finanzgruppe oder von den Kommunalversicherern angebotenen Durchführungswegen abweichen. Auch hier realisiert sich die Tarifautonomie.

Der EuGH ist im Hinblick auf die wettbewerblichen Auswirkungen tarifvertraglicher Vereinbarungen sogar noch weiter gegangen. So hat er in der Rechtssache „Albany“ entschieden, dass mit Tarifverträgen zwischen Organisationen, die Arbeitgeber und Arbeitnehmer vertreten, zwangsläufig gewisse den Wettbewerb beschränkende Wirkungen verbunden seien, aber die Erreichung der mit derartigen Verträgen angestrebten sozialpolitischen Ziele ernsthaft gefährdet wäre, wenn für die Sozialpartner bei der gemeinsamen Suche nach Maßnahmen zur Verbesserung der Beschäfti-

22 EuGH 21. 9. 1999, Rs. C-67/96, Albany International BV/Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, Slg. 1999, I-5751, Tz. 59.

23 Der EuGH hat in seinem Urteil vom 10. 11. 1998 in der Rechtssache C-360/96, Gemeinde Arnhem, Slg. 1998, I-6821, Tz. 48 f., darauf abgestellt, ob im Falle von im „entwickelten Wettbewerb“ stehenden Einrichtungen des öffentlichen Rechts im konkreten Einzelfall ein Bedarf für die Anwendung des Vergaberechts besteht. Damit hat der EuGH den funktionalen Auftraggeberbegriff bestätigt.

24 So im deutschen Recht etwa BAGE 22, 252.

25 Vgl. etwa *Poschke*, ZTR 2004, 563 (564).

gungs- und Arbeitsbedingungen das Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG (damals Art. 85 Abs. 1 EGV) durchgreifen würde. Bei einer sachgerechten und zusammenhängenden Auslegung der Bestimmungen des Vertrages in ihrer Gesamtheit ergebe sich, dass die im Rahmen von Tarifverhandlungen zwischen den Sozialpartnern im Hinblick auf diese Ziele geschlossenen Verträge aufgrund ihrer Art und ihres Gegenstands nicht unter das Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG fielen.²⁶

Bei Anwendung des funktionellen Auftraggeberbegriffs sind kommunale Arbeitgeber im Rahmen von Tarifverhandlungen und im Falle der Umsetzung einer tarifvertraglich geregelten Entgeltumwandlung folglich keine öffentlichen Auftraggeber im Sinne der Richtlinie 92/50/EWG.

3.3 Sachlicher Anwendungsbereich: Öffentlicher Auftrag

Die Richtlinie 92/50/EWG gilt ihrer achten Begründungserwägung zufolge für „öffentliche Dienstleistungsaufträge“. Diese definiert Art. 1 lit. a der Richtlinie als die zwischen einem Dienstleistungserbringer und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen entgeltlichen Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne von Anhang II, die keine öffentlichen Bau- oder Lieferaufträge sind.²⁷ Hierunter fallen auch finanzielle Dienstleistungen, insbesondere Versicherungsdienstleistungen. Die Erbringung von Dienstleistungen fällt jedoch nur insoweit unter die Richtlinie, als sie aufgrund von Aufträgen erfolgt. Andere Grundlagen für die Dienstleistung, wie Gesetz, Verordnung oder Arbeitsvertrag, werden nicht erfasst. Das EG-Vergaberecht stellt auf die Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Auftraggeber ab. Wie der Auftraggeberbegriff ist auch der Auftragsbegriff funktional zu bestimmen.²⁸ Dabei stellt sich bei konsequenter Anwendung des funktionalen Auftragsbegriffs die Frage, inwieweit die Umwandlung von Entgelten der Arbeitnehmer eines öffentlichen Arbeitgebers dem vergaberechtlichen Auftragsbegriff insoweit entzogen ist, als die Entgeltumwandlung in ihren Rechtsfolgen und wirtschaftlichen Effekten der Arbeitnehmersphäre zuzuordnen ist.

Bei der Entgeltumwandlung verfügt der Arbeitnehmer die Umwandlung eines Teils seines Arbeitsentgelts und der Arbeitgeber gewährt eine Versorgungszusage in gleicher Höhe. Auf Grundlage der mit seinem Arbeitnehmer geschlossenen Entgeltumwandlungsvereinbarung schließt der öffentliche Arbeitgeber (bei Nichtbestehen einer Pensionskasse oder eines Pensionsfonds) einen Direktversicherungsvertrag mit einem Versorgungsträger und zahlt in diesen die umgewandelten Arbeitnehmerbeträge ein. Zwar kann der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber nicht die zu wählende Versorgungseinrichtung vorschreiben und es wird der Versicherungsvertrag zwischen Arbeitgeber und Versorgungsträger geschlossen. Das Wahlrecht des Arbeitgebers bezüglich der konkreten Zusatzversorgungskasse leistet jedoch einen Beitrag zur Verwaltungsvereinfachung und zur Risikobegrenzung der Einstandspflicht des Arbeitgebers aus § 1 Abs. 3 Satz 3 BetrAVG. Soweit der Arbeitgeber die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag abtreten, verpfänden oder beleihen kann (§ 1 b Abs. 2 Satz 3 BetrAVG), steht diesem Recht die Pflicht gegenüber, den Arbeitnehmer bei Eintritt des Versicherungsfalles so zu stellen, als ob die Abtretung oder Beleihung nicht erfolgt wäre (§ 1 b Abs. 2 Satz 3 BetrAVG). Im Fall einer Direktversicherung ist dem Arbeitnehmer mit Beginn der Entgeltumwandlung ein unwiderrufliches Bezugsrecht einzuräumen (§ 1 b Abs. 5 Satz 2 BetrAVG). Der Arbeitgeber handelt somit ausschließlich auf Grund und im jeweiligen Umfang der individuell-arbeitsvertraglichen Entgeltumwandlungsvereinbarung, nämlich der causa des Durchführungsverhältnisses.

Umgewandelt wird gemäß § 1 a Abs. 1 Satz 1 BetrAVG ein Teil der künftigen Entgeltansprüche des Arbeitnehmers. Beiträge müssen in den Versicherungsvertrag nur dann und soweit vom Arbeitgeber gezahlt werden, wie der Arbeitnehmer tatsächlich Entgeltansprüche hat. Der Arbeitgeber zahlt weder einen Zuschuss, noch leistet er eine Vorauszahlung. Es wird ausschließlich ein Teil des Arbeitsentgelts als Hauptleistung des Arbeitgebers durch eine Versorgungszusage ersetzt und statt an den Arbeitnehmer selbst direkt an einen Versicherer gezahlt.²⁹ Die Beiträge, die der Arbeitgeber einem Versorgungsträger im Rahmen der Entgeltumwandlung überweist, sind damit das Surrogat des allein dem Arbeitnehmer zustehenden Arbeitsentgelts, mithin also ausschließlich wirtschaftliches Eigentum des Arbeitnehmers. Diese werden lediglich aus steuer- und sozialrechtlichen Gründen über den Arbeitgeber in den Versicherungsvertrag eingebracht. Hierfür spricht auch, dass ein Arbeitnehmer, der bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis kein Entgelt erhält, das Recht zur Fortsetzung der Versicherung mit eigenen Beiträgen hat (§ 1 a Abs. 4 Satz 1 BetrAVG). Insofern handelt der Arbeitgeber als treuhänderischer „Geschäftsbesorger“ seiner Arbeitnehmer; die allein die Entgeltumwandlung mit ihren eigenen Mitteln finanzieren.³⁰ Der Begriff der Treuhand bezeichnet dabei, dass der Treugeber dem Treunehmer einen Überschuss an Rechtsmacht einräumt, dieser im Innenverhältnis zum Treugeber von seiner Rechtsmacht aber nur im Rahmen einer Zweckbindung Gebrauch machen darf.³¹ Die Rolle des kommunalen Arbeitgebers beschränkt sich im Rahmen dieser Treuhand auf den Abschluss eines Einzelvertrages auf Verlangen der Arbeitnehmer, mit deren Mitteln und auf der Grundlage der individuellen Entgeltumwandlungsvereinbarungen.

Für die Qualifizierung als öffentlicher Auftrag ist nicht formell auf das Außenrechtsverhältnis abzustellen, sondern die wirtschaftliche Funktion des Innenrechtsverhältnisses zugrunde zu legen. Hierbei stellt der Abschluss eines Durchführungsvertrages zur Entgeltumwandlung mit dem Versorgungsträger gerade keine öffentliche Beschaffungsmaßnahme dar. Vielmehr übergibt der kommunale Arbeitgeber treuhänderisch das umgewandelte Arbeitsentgelt, mithin das wirtschaftliche Eigentum des Arbeitnehmers, an den Versorgungsträger. Der zwar rechtlich vom Arbeitgeber mit dem Versorgungsträger abgeschlossene Versicherungsvertrag ist lediglich das vertragsrechtliche Ausführungsinstrument für die treuhänderische Geschäftsbesorgung durch den Arbeitgeber für seinen Arbeitnehmer. Da das Vergaberrecht an wirtschaftlich-funktionale Auftragsbestände, nicht aber an deren rechtsdogmatische Konstruktion anknüpft, ist vorliegend auf den wirtschaftlichen Tatbestand abzustellen, nämlich auf die treuhänderische Übergabe des umgewandelten Arbeitsentgelts des Arbeitnehmers an den

26 EuGH 21. 9. 1999, Rs. C-67/96, Albany International BV/Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, Slg. 1999, I-5751, Tz. 60; Stürmer, ZTR 2000, 293 (294).

27 Vgl. im deutschen Recht § 99 Abs. 1 GWB.

28 EuGH 17. 12. 1998, Rs. C-306/97, Connemara Machine Turf Co. Ltd./Coillte Teoranta, Slg. 1998, I-8761; EuGH 12. 7. 2001, Rs. C-399/98, Ordine degli Architetti delle province di Milano u. a./Comune di Milano, Slg. 2001, I-5409.

29 Vgl. auch im Steuerrecht die Konstellation des „abgekürzten Zahlungswegs“.

30 Auch Poschke, ZTR 2004, 563 (565), bezeichnet die Rolle des Arbeitgebers als „Auftragnehmer und Treuhänder“ seiner Arbeitnehmer.

31 So besteht etwa im Sozialrecht zwischen den so genannten Einzugsstellen (den Krankenkassen, vgl. § 28 h Abs. 1 Satz 1 SGB IV) und dem Rentenversicherungsträger ein Treuhandverhältnis, bei dem die Einzugsstelle Inhaberin der Beitragsforderung gegenüber den Beitragsschuldnern (Arbeitgeber) ist, die Beitragsforderung jedoch im Innenverhältnis zum Rentenversicherungsträger ein für die Einzugsstelle fremdes Recht bleibt. Vgl. dazu BSGE 15, 118 (122 f.); BSGE 73, 90 (109 f.); VGH München, NVwZ 1996, 1131 (1131 f.).

Versorgungsträger, sowie auf die der arbeitsrechtlichen Vereinbarung bloß dienende Natur des versicherungsrechtlichen Durchführungsverhältnisses. Hierin liegt aber keine öffentliche Auftragserteilung. Der Arbeitnehmer allein trifft die Entscheidung, ob und wie lange er von der Möglichkeit der Entgeltumwandlung Gebrauch macht. Bei funktionaler Betrachtung ist im Rahmen der Entgeltumwandlung folglich auch kein öffentlicher Auftrag gegeben.

3.4 Schwellenwerte

Die Richtlinie 92/50/EWG gilt ausweislich ihres 19. Erwägungsgrundes sowie Art. 7 der Richtlinie nicht für Aufträge, deren geschätzter Wert ohne Umsatzsteuer weniger als € 200 000,00 beträgt. Bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes ist vom Auftraggeber die geschätzte Gesamtvergütung des Dienstleistungserbringers zu berücksichtigen (Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie). Dabei darf die Wahl der Berechnungsmethode nicht die Absicht verfolgen, die Anwendung dieser Richtlinie zu umgehen, insbesondere darf ein Beschaffungsbedarf für eine bestimmte Menge von Dienstleistungen nicht in der Absicht aufgeteilt werden, ihn der Anwendung der Richtlinie zu entziehen (Art. 7 Abs. 3 der Richtlinie). Für Versicherungsleistungen ist Ausgangspunkt der Schwellenwertberechnung gemäß Art. 7 Abs. 4, 1. Spiegelstrich der Richtlinie die Versicherungsprämie. Bei Verträgen mit unbestimmter Laufzeit oder mit einer Laufzeit von mehr als 48 Monaten ist zur Schwellenwertberechnung der Vertragswert aus der monatlichen Zahlung multipliziert mit 48 zugrunde zu legen (Art. 7 Abs. 5, 2. Spiegelstrich der Richtlinie).

Bezugspunkt der Berechnung sind bei der Entgeltumwandlung die jeweiligen Versicherungsverhältnisse der einzelnen Arbeitnehmer, nicht jedoch das Gesamtvolumen der über einen öffentlichen Arbeitgeber abgeschlossenen Verträge. Denn der Arbeitgeber setzt nur das jeweils individuelle Verlangen der einzelnen Arbeitnehmer um und schließt mit den Versorgungsträgern in Bezug auf jeden einzelnen Arbeitnehmer individuelle Verträge – in dem von den Arbeitnehmern gewünschten Umfang und ggf. mit von diesen ausgewählten Zusatzversicherungsleistungen – ab. Es liegt weder eine kon-

krete Festlegung der abzurufenden Leistung noch von allgemein gültigen Rahmenbedingungen („Eckpunkte“) durch den Arbeitgeber vor, da jeder auf Grundlage der individuellen Entgeltumwandlung geschlossene Durchführungsvertrag erst (und ausschließlich) durch den Arbeitnehmer konkretisiert wird. Der Abschluss der einzelnen Versicherungsverhältnisse bei der Entgeltumwandlung insgesamt bildet folglich eine nicht gebündelte Summe von Einzelverträgen.

Die Prämien der zur Berechnung maßgeblichen (nicht gebündelten) Einzelverträge erreichen den Schwellenwert von € 200 000,00 nicht. Denn bei einem Berechnungsfaktor von 48 ist es praktisch ausgeschlossen, dass eine (für die Überschreitung des Schwellenwertes erforderliche) monatliche Prämie in Höhe von € 4167,00 bei einem einzelnen Arbeitnehmer anfällt. Damit wird der Schwellenwert von € 200 000,00 ($4167,00 \times 48$ Monate) nicht überschritten.

4. Ergebnis

Die Sozialvorschriften der Art. 136 ff. EG enthalten keine der Anwendung der Vergaberichtlinie 92/50/EWG entgegenstehenden Regelungen. Die Entgeltumwandlung im Sinne des BetrAVG i. V. m. TV-EUmw/VKA stellt gleichwohl keinen unter die Richtlinie 92/50/EWG fallenden Dienstleistungsvertrag, sondern eine von dem Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50/EWG ausgenommene Konkretisierung des Arbeitsvertrages zwischen öffentlichen Arbeitgebern und ihren Arbeitnehmern dar. Bei Anwendung des funktionalen Auftraggeberbegriffs sind kommunale Arbeitgeber im Rahmen von Tarifverhandlungen und im Falle der Umsetzung einer tarifvertraglich geregelten Entgeltumwandlung kein öffentlicher Auftraggeber im Sinne der Richtlinie 92/50/EWG. Bei funktionaler Betrachtung ist im Rahmen der Entgeltumwandlung auch kein öffentlicher Auftrag gegeben, vielmehr besorgt der Arbeitgeber treuhänderisch ein Arbeitnehmergeschäft. Die Prämien der zur Berechnung maßgeblichen (nicht gebündelten) Einzelverträge erreichen den Schwellenwert von € 200 000,00 nicht. Die Anwendbarkeit der Richtlinie 92/50/EWG scheidet im Hinblick auf die Regelung des § 6 TV-EUmw/VKA folglich aus.