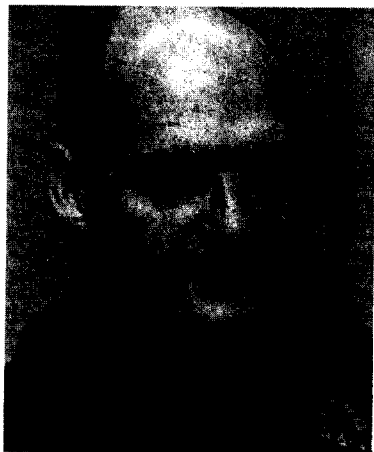


EG-Vergaberecht als ordnungspolitische Waffe?



Die Europäische Kommission will in einem neuen Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland ein ordnungspolitisches Exempel statuieren. Diesmal geht es um den Vorwurf, dass im Rahmen von bestimmten *tarifvertraglichen* Systemen der betrieblichen Altersversorgung private Versicherer und Banken von der Erbringung von Versicherungsdienstleistungen ausgeschlossen würden. Diese Versicherungs- und Pensionsfondsleistungen würden – so der Kommissionsvorwurf – weder vergaberechtskonform noch gemäß der Dienstleistungsfreiheit diskriminierungsfrei, offen und transparent ausgeschrieben. Vorbehaltlich anderer landesbezirklicher Tarifvertragsregelungen gewähre der Tarifvertrag zur Ent-

geltumwandlung für Arbeitnehmer im kommunalen öffentlichen Dienst den öffentlichen Zusatzversorgungseinrichtungen ein exklusives Durchführungsrecht.

Auch wenn man solche tarifvertraglichen Residualbereiche *ordnungspolitisch* kritisch bewertet, instrumentalisiert die Kommission hier das Vergaberecht außerhalb seines Anwendungsgebietes. Die Kommission verkennt zum einen den öffentlichen Auftragsbegriff.

Das Durchführungsverhältnis zwischen dem öffentlichen Arbeitgeber und der Zusatzversorgungseinrichtung besteht aufgrund der tarifvertraglichen und damit kollektivarbeitsrechtlichen Verpflichtungsgrundlage.

Individualarbeitsrechtlich verzichtet der Arbeitnehmer auf Lohnauszahlung in Höhe der Umwandlung und erhält stattdessen ein wertgleiches Versprechen des Arbeitgebers in Form einer zugunsten des Arbeitnehmers eigentumsrechtlich geschützten Anwartschaft auf Versorgungsleistungen. Das Versicherungsverhältnis entsteht damit nur nach Abschluss einer arbeitsvertraglichen Entgeltumwandlungsvereinbarung auf tarifvertraglicher Grundlage (i. V. m. BetrAVG). Aufgrund dieses arbeitsrechtlichen Gegenstandes liegt *ratione materiae* kein unter die Vergaberichtlinie fallender *öffentlicher* Dienstleistungsauftrag vor.

Zum anderen ist der tarifgebundene öffentliche Arbeitgeber *ratione personae* kein *öffentlicher* Auftraggeber im Sinne der Vergaberichtlinie. Bestimmender Einfluss als Hoheitsträger ist dem öffentlichen Arbeitgeber in Tarifverhandlungen nicht möglich. Tarifverhandlungen sind Ringkämpfe unter Gleichen, die in ein gegenseitiges Entgegenkommen münden, zumindest aber die grundsätzliche Möglichkeit eines Entgegen-

kommens voraussetzen. Die einseitige Unterwerfung des öffentlichen Arbeitgebers unter starre vergaberechtliche Bindungen würde die Verhandlungsspielräume der Arbeitgeberseite erheblich einengen; die Gewerkschaftsseite könnte dann sinnvoll nicht mehr über etwas verhandeln, was von der Arbeitgeberseite in den Tarifverhandlungen kraft Vergaberechts gar nicht gewährt werden könnte. Die Parität der Tarifvertragspartner, deren Verhandlungsgleichgewicht übernimmt hier Wettbewerbsfunktionen. Das aus erfolgreichen Tarifverhandlungen resultierende Ergebnis, insbesondere die Auswahl und Ausgestaltung von Lohnäquivalenten, unterliegt dem Schutz der Tarifautonomie und könnte weder von Gerichten noch von Vergabekammern ersetzt werden. Angesichts der durch die Tarifautonomie in der Ergebnisfindung und -gestaltung eng aufeinander bezogenen Tarifvertragspartner könnten nur diese zusammen als Auftraggeber angesehen werden, nicht aber die Arbeitgeberseite allein. Die Tarifvertragspartner als funktionale Auftraggeberentität sind aber sicher nicht „öffentlich“ i. S. der Vergaberichtlinie.

Die Gemeinschaftsrechtsordnung ist eben komplexer als die ideale Welt der Ordnungspolitik

Die gute alte Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Albany (EuGH, 21. 9. 1999 – Rs. C-67/96, Slg. 1999, I-5751), wonach die im Rahmen von Tarifverhandlungen zwischen den Sozialpartnern geschlossenen Verträge nicht unter das Kartell-

verbot fallen, mag bei kategorischem Verständnis ordnungspolitisch angreifbar sein. Sie bleibt indes eine weise Leitentscheidung für die Gemeinschaftsrechtsordnung, die eben komplexer ist als die ideale Welt der Ordnungspolitik!

Prof. Dr. Christian Koenig LL.M. (LSE),
Universität Bonn