

aus ihrer treuhänderischen Stellung im Rahmen des Betriebsrentengesetzes resultierenden Optimierungspflicht würde es diametral widersprechen, wenn sie sich im Vorfeld der Tarifwahl durch tarifvertragliche Bindungen selbst dauerhaft und endgültig fesseln würden.

Dass dies nicht im Sinne wohlverstandener Arbeitnehmerinteressen sein kann, liegt auf der Hand. Aber auch die Arbeitgeber würden ihre eigenen Interessen in erheblichem Maße auf das Spiel setzen, wenn sie sich durch Closed-Shop-Klauseln im Vorhinein binden würden – dies würde nämlich geradezu automatisch Haftungsfragen und Schadensersatzfragen der Arbeitnehmer gegen die Arbeitgeber auslösen. Es wäre nur eine Frage der Zeit, bis Fragen dieser Art gestellt würden. Spätestens dann, wenn sich beim Vergleich der Konditionen, die ein öffentlicher Arbeitgeber wählt, mit denen, die private Arbeitgeber durchsetzen, deutliche Unterschiede zeigen, wäre klar, dass die öffentlichen Arbeitgeber mit einem Bein in der Haftung stünden.

#### IX. Wesentliche Ergebnisse

1. Closed-Shop-Klauseln in Tarifverträgen nach § 17 Abs. 5 BetrAVG sind mit den Grundwertungen des Betriebsrentenrechtes nicht zu vereinbaren.
2. Closed-Shop-Klauseln verstoßen darüber hinaus gegen die europäische Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG).
3. Closed-Shop-Klauseln verstoßen ferner gegen den europäischen effet utile (Artt. 3g, 4, 10 Abs. 2 EG) und die europäischen Wettbewerbsregeln (Artt. 81, 86 EG) sowie gegen das deutsche Kartellverbot (§ 1 GWB) und das Verbot unlauteren Verhaltens (§ 4 Nr. 10 UWG).
4. Closed-Shop-Klauseln verletzen die materiellen Grundsätze des öffentlichen Auftragsrechts; Entgeltumwandlungsvereinbarungen sind im Sinne dieser Grundsätze als Dienstleistungskonzessionen nach den Grundsätzen der Nichtdiskriminierung, der Transparenz und der Gleichheit zwar nicht formell, aber materiell öffentlich auszuschreiben.
5. Closed-Shop-Klauseln können zulasten der tarifgebundenen Arbeitgeber Haftungs- und Schadensersatzfragen auslösen.
6. Tarifrechtlich zulässig sind Klauseln, die *alle Durchführungswege* (auch diejenigen nach § 1b BetrAVG) öffnen und die darüber hinaus klarstellen, dass die betriebliche Altersvorsorge „auch in einer anderen Einrichtung der betrieblichen Altersvorsorge durchgeführt werden“ kann.

Prof. Dr. Christian Koenig /  
René Pfromm, Bonn\*

## Ausschreibungspflicht bei der Entgeltumwandlung?

Das arbeitnehmerfinanzierte Altersversorgungsmodell der Entgeltumwandlung ist weiterhin im Fokus der vergeberechtlichen Kritik der Europäischen Kommission. Für tarifgebundene Arbeitnehmer steht die durch § 1a des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (BetrAVG) geschaffene<sup>1</sup> Umwandlung tariflich geregelten Entgelts gemäß § 17 Abs. 5 BetrAVG unter Tarifvorbehalt. Der vor diesem Hintergrund im Februar 2003 zwischen der Vereinigung kommunaler Arbeitgeberverbände (VKA) als Vertreterin kommunaler Verwaltungen und Betriebe mit ver.di – Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft e.V. geschlossene Tarifvertrag zur Entgeltumwandlung für Arbeitnehmer im kommunalen öffentlichen Dienst (TV-EUmw) sieht in seinem § 6 (Durchführungsweg) folgende Regelung vor:

<sup>1</sup>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. <sup>2</sup>Der Arbeitgeber kann im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung nach Satz 1 auch von der Sparkassen-Finanzgruppe oder den Kommunalversicherern angebotene Durchführungswege bestimmen. <sup>3</sup>Durch landesbezirklichen Tarifvertrag können bei Bedarf abweichende Regelungen zu den Sätzen 1 und 2 getroffen werden.

Diese Regelung des Durchführungswegs ist Gegenstand eines von der Kommission gegen Deutschland eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahrens. Die Kommission sieht in der tarifvertraglichen Festlegung bestimmter Durchführungswege ohne vorherige europaweite Ausschreibung einen Verstoß gegen Art. 8 i.V.m. Abschnitt III-VI der Richtlinie 92/50/EWG bzw. gegen Art. 20 i.V.m. Art. 23-55 der Richtlinie 2004/18/EG sowie jedenfalls gegen die Prinzipien der Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EG) und der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG) bzw. das Diskriminierungsverbot (Art. 12 EG). Dieser Ansatz verkennt jedoch das Zusammenspiel der eine Ausschreibungspflicht statuierenden Normen mit der ebenfalls gemeinschaftsrechtlich geschützten Tarifautonomie, das eine solche Ausschreibungspflicht beschränken kann. Die

\* 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. Dieser Beitrag beruht auf einem Rechtsgutachten der Verfasser. Alle Internet-Zitate sind auf dem Stand vom 25.10.2006.

1 Gemäß § 1a 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. Dabei wird ein Teil des Arbeitsentgelts des Arbeitnehmers durch eine Versorgungszusage des Arbeitgebers ersetzt und dieser Betrag – statt an den Arbeitnehmer selbst – direkt an den Versorgungsträger gezahlt, der die Altersversorgungsleistung gegenüber dem Arbeitnehmer erbringt (Barlohnsumwandlung). Die Durchführung des Anspruchs des Arbeitnehmers wird durch Vereinbarung geregelt. Ist der Arbeitgeber zu einer Durchführung über einen Pensionsfonds oder eine Pensionskasse (§ 1b Abs. 3) bereit, ist die betriebliche Altersversorgung dort durchzuführen, anderenfalls kann der Arbeitnehmer verlangen, dass der Arbeitgeber für ihn eine Direktversicherung (§ 1b Abs. 2) abschließt.

Ausschreibungspflicht des Vergaberechts findet insofern in bestimmten gemeinschaftsrechtlich geschützten Positionen ihre Grenze. Darüber hinaus sind selbst bei Anwendbarkeit des Vergaberechts dessen Voraussetzungen *ratione materiae et personae* nicht erfüllt.

## I. Problemaufriss: Gefährdung der Tarifautonomie durch Ausschreibungspflicht

Die von der Kommission geforderte Ausschreibung der im Rahmen der Entgeltumwandlung durch kommunale Arbeitgeber angebotenen Versorgungsleistungen würde einen Eingriff in das grund- und gemeinschaftsrechtlich geschützte Recht auf Tarifverhandlungen und die Freiheit der Kollektivvereinbarungen darstellen. Die Koalitionsfreiheit und der Abschluss von Kollektivvereinbarungen werden sowohl im mitgliedstaatlichen Recht Deutschlands<sup>2</sup> und anderer Mitgliedstaaten<sup>3</sup> als auch im Gemeinschaftsrecht verfassungs- bzw. primärrechtlich geschützt. Auf Gemeinschaftsebene ist der Schutz der Tarifautonomie in den Art. 136 ff. EG normiert. Daneben treten die Europäische Sozialcharta, die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer sowie die Grundrechtscharta<sup>4</sup>. Die Anerkennung eines gemeinschaftlichen Rechtsgrundsatzes der Tarifautonomie zeigt sich auch in den im Verfassungskonvent diskutierten Regelungen zur Tarifautonomie. Diese waren unumstritten und spiegeln so evident das Bestehen eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes wider. Das Zusammenwirken dieser gemeinschaftsrechtlichen Schutznormen bezüglich der Koalitionsfreiheit und der Kollektivvereinbarungen hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) in seinen Entscheidungen in den Rechtssachen „Albany“, „Brentjens“ und „Drijvende Bokken“ anerkannt. Dabei hebt der Gerichtshof hervor, dass es gemäß Art. 136 ff. EG Aufgabe der Kommission sei, vor Verwirklichung der durch Art. 3 Abs. 1 lit. d) und j) EG vorgegebenen Sozialpolitik eine enge Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten insbesondere auf dem Gebiet des Koalitionsrechts und der Kollektivverhandlungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern zu fördern<sup>5</sup>.

Eine Bindung des öffentlichen Arbeitgebers auch in seiner Funktion als Tarifvertragspartei an das Ergebnis einer Ausschreibung würde ihn im Rahmen der Tarifverhandlungen vorab einengen. 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 folglich voraus, dass beide Seiten über eine für die Interessenbefriedigung der Gegenseite erhebliche Verhandlungsmasse ver-

fügen 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.

Ein solches Spannungsverhältnis zwischen den jeweiligen Interessen der Tarifvertragsparteien besteht auch bei der Auswahl der Versorgungsträger für die Entgeltumwandlung: So ist Verhandlungsziel der Arbeitnehmervertreter die Sicherstellung einer sicheren und günstigen Altersversorgung der Arbeitnehmer, während das Interesse der Arbeitgebervertreter an der Auswahl des Versorgungsträgers durch die arbeitgeberseitige Ausfallhaftung gemäß § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG bestimmt wird, wonach der Arbeitgeber auch dann für die Erfüllung der von ihm zugesagten Leistungen einsteht, wenn die Durchführung der betrieblichen Altersversorgung nicht unmittelbar über ihn erfolgt. Innerhalb dieses Interessensfeldes verhandeln die Tarifvertragsparteien und realisiert sich das gegenseitige Geben und Nehmen, wobei – in den Worten des Generalanwalts *Jacobs* – gerade das „Gleichgewicht der Verhandlungsmacht [...] zu einem ausgeglichener Ergebnis für beide Seiten und die Gesellschaft insgesamt“ verhilft<sup>6</sup>.

Der Verhandlungsspielraum der kommunalen Arbeitgeber, als Tarifvertragspartei im Kernbereich der Tarifverhandlungen (Löhne und Arbeitsbedingungen) über verschiedene Versorgungsträger mit der Arbeitnehmerseite zu verhandeln und als geeignet angesehene Versorgungsträger für die Entgeltumwandlung auszuwählen, würde durch die Bindung des kommunalen Arbeitgebers an das Ergebnis eines Ausschreibungsverfahrens wesentlich reduziert. Zudem wäre den Tarifvertragsparteien die Möglichkeit genommen, sich auf verschiedene Versorgungsträger zu einigen, die den jeweiligen Anforderungen der Tarifvertragsparteien genügen und aus denen die Arbeitnehmer auswählen können. Hierin läge ein Verstoß gegen die grund- und gemeinschaftsrechtlich geschützte Tarifautonomie<sup>7</sup>. Vor diesem Hintergrund muss die praktische Wirksamkeit (*effet utile*) der Tarifautonomie gegenüber einer aus dem Primärrecht abgeleiteten Ausschreibungspflicht justiert werden.

## II. Tarifautonomie und Vergaberecht in der Rechtsprechung des EuGH

Der Gerichtshof hat die Anwendbarkeit des Vergaberechts auf Vereinbarungen der Tarifvertragsparteien im Rahmen von Tarifverhandlungen bislang noch nicht geklärt. Demgegenüber war das Zusammenwirken von Tarifautonomie und Wettbewerbsrecht wiederholt Gegenstand von Entscheidungen des Gerichtshofs. Hierbei hat der Gerichtshof eine Ausnahme der Tarifverträge von den Vorgaben des Wettbewerbsrechts anerkannt. Der Telos dieser Rechtsprechung lässt sich auf den Bereich des Vergaberechts übertragen.

### 1. Rechtssachen „Albany“, „Brentjens“ und „Drijvende Bokken“

Die Rechtssachen „Albany“, „Brentjens“ und „Drijvende Bokken“ betrafen den zwangsweisen Anschluss von Arbeit-

<sup>2</sup> So umfasst Art. 9 Abs. 3 GG Koalitionen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern in ihrem Bestand und ihrer Betätigung zur Wahrnehmung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Art. 9 Abs. 3 GG erfasst insbesondere auch die Möglichkeit zum Abschluss von Tarifverträgen und ist daher, wie das Bundesverfassungsgericht bestätigt hat, die verfassungsrechtliche Grundlage der Tarifautonomie, vgl. etwa BVerfGE 58 S. 233 (248 f.); 100 S. 271 (282). Insofern hat der Staat, vom Bundesverfassungsgericht für zulässig erklärt, seine Rechtssetzungsbefugnis zur Ordnung des Arbeits- und Wirtschaftslebens zugunsten der Koalitionsparteien und der Tarifverträge zurückgenommen, BVerfGE 44 S. 322 (340).

<sup>3</sup> Vgl. etwa die Verfassungen Belgiens (Art. 23 Abs. 3 Nr. 1: „Kollektive Verhandlungen“), Finnlands (§ 13 Abs. 2 Satz 3: Gewerkschaftliche Vereinigungsfreiheit), Frankreichs (Abs. 6 der Präambel der Verfassung: Koalitionsfreiheit), Griechenlands (Art. 22 Abs. 2-3, Art. 23: Tarifautonomie und Koalitionsfreiheit), Italiens (Art. 39: Koalitionsfreiheit), Luxemburgs (Art. 11 Abs. 4: Gewerkschaftliche Freiheiten), Portugals (Art. 55 ff.: Koalitionsfreiheit, Tarifautonomie), Spaniens (Art. 7: Koalitionsfreiheit).

<sup>4</sup> So umfassen Art. 6 der Europäischen Sozialcharta vom 18.10.1961 das Recht auf Kollektivverhandlungen, Nr. 12 bis 14 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer vom 9.12.1989 die Tarifverhandlungen und Kollektivmaßnahmen bei Interessenkonflikten im Rahmen der Koalitionsfreiheit und Art. 28 der Grundrechtscharta das Recht auf Kollektivverhandlungen.

<sup>5</sup> EuGH, Rs. C-67/96, *Albany International BV / Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, Slg. 1999, I-5751 (Rz. 54 ff.).

<sup>6</sup> Verbundene Schlussanträge GA *Jacobs*, Rs. C-67/96 u.a., *Albany International BV/Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, Slg. 1999, I-5751 (Rz. 179).

<sup>7</sup> Ein solcher Verstoß wäre im Übrigen auch dann gegeben, wenn die kommunalen Arbeitgeber außerhalb der Tarifverhandlungen zur Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens verpflichtet wären. Denn in diesem Fall müssten sie zwingend den günstigsten Anbieter auswählen, der sich unter Umständen von dem zwischen den Tarifvertragsparteien vereinbarten Anbieter unterscheidet, sodass die kommunalen Arbeitgeber hierdurch den Tarifvertrag verletzen müssten. Käme die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens nur noch innerhalb des Kreises der von den Tarifparteien ausgewählten Versorgungsträger in Betracht, läge hierin ein wesentlicher Verstoß gegen die tarifvertragliche Entscheidung, den Arbeitnehmern gerade die Wahl zwischen verschiedenen Versorgungsträgern zu ermöglichen.

gebern und Arbeitnehmern an Betriebsrentenfonds. Hiergegen wehrten sich einige Arbeitgeber mit dem Argument, diese Fonds beschränkten den Wettbewerb, weil sie erstens in dem betreffenden Wirtschaftszweig tätigen Unternehmen das Recht nähmen, sich einem anderen Rentensystem anzuschließen, und weil sie zweitens andere Versicherer als den nach den fraglichen Kollektivvereinbarungen jeweils eingesetzten Fonds „von einem erheblichen Teil des Rentenversicherungsmarktes“ ausschlossen. Der Gerichtshof prüfte daher unter anderem die Vereinbarkeit einer solchen kollektiven Entscheidung über die Pflichtmitgliedschaft in einem bestimmten Rentenfonds mit dem EG-Kartellrecht. Im Ergebnis stellte der Gerichtshof, von einer breit angelegten systematischen Analyse des EG-Vertrags in seiner Gesamtheit ausgehend, eine sehr wichtige Ausnahme vom materiellen Bereich der unter diese Bestimmungen fallenden Vereinbarungen auf:

- „59. Zwar sind mit Tarifverträgen zwischen Organisationen, die die Arbeitgeber und die Arbeitnehmer vertreten, zwangsläufig gewisse den Wettbewerb beschränkende Wirkungen verbunden. Die Erreichung der mit derartigen Verträgen angestrebten sozialpolitischen Ziele wäre jedoch ernsthaft gefährdet, wenn für die Sozialpartner bei der gemeinsamen Suche nach Maßnahmen zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen Artikel 85 Absatz 1 Geltung hätte.
60. Bei einer sachgerechten und zusammenhängenden Auslegung der Bestimmungen des Vertrages in ihrer Gesamtheit ergibt sich daher, dass die im Rahmen von Tarifverhandlungen zwischen den Sozialpartnern im Hinblick auf diese Ziele geschlossenen Verträge aufgrund ihrer Art und ihres Gegenstands nicht unter Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages fallen.“

Der Hintergrund dieser Freistellung wird in den verbundenen Schlussanträgen des Generalanwalts *Jacobs* in den Rechtssachen „Albany“, „Brentjens“ und „Drijvende Bokken“ deutlich:

- „185. [...] Mit der Förderung des Abschlusses von Tarifvereinbarungen zwischen den Tarifpartnern erkennt aber der EG-Vertrag die Möglichkeit einer Ausnahme von der allgemeinen Vermutung über die Auswirkungen von Vereinbarungen zwischen privaten Wirtschaftsteilnehmern deshalb an, weil diese besondere Kategorie von Vereinbarungen regelmäßig das öffentliche Interesse fördert. Das wird durch das nationale Recht und die Praxis der Wettbewerbsbehörden und -gerichte der Mitgliedstaaten bestätigt, für die Tarifverhandlungen regelmäßig eine wertvolle soziale Funktion erfüllen. Ließe man Tarifverhandlungen unter die Wettbewerbsregeln fallen, so würde dies nämlich die in den Mitgliedstaaten allgemein befolgte Praxis umkehren. Nicht nur müssten solche Vereinbarungen nach gemeinschaftlichem und/oder nationalem Wettbewerbsrecht angemeldet werden, sie würden damit auch gerichtlich überprüfbar.“

Angesichts der sozialen Funktion und der Förderung des öffentlichen Interesses durch die Tarifverhandlungen und der drohenden gerichtlichen Überprüfbarkeit hat das Wettbewerbsrecht nach den Auffassungen des Generalanwalts *Jacobs* und des ihn bestätigenden Gerichtshofs im Ergebnis hinter der Tarifautonomie zurückzutreten. Dass diese Recht-

sprechung nicht auf die konkrete Fallgestaltung und die Pflichtmitgliedschaft in Betriebsrentenfonds beschränkt ist, zeigt sich in den Schlussanträgen des Generalanwalts *Fennelly* in der Rechtssache „Hendrik van der Woude“, denen der Gerichtshof in seinem Urteil folgte:

- „21. Die im letzten Absatz des Zitats gezogene Schlussfolgerung besagt, dass Verträge, wenn sie erstens ‚im Rahmen von Tarifverhandlungen zwischen den Sozialpartnern‘ geschlossen werden und zweitens ‚sozialpolitische Ziele‘ verfolgen, nicht ‚unter Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages fallen‘. Die Ausnahme ist somit offenkundig nicht beschränkt auf Vereinbarungen über die Pflichtmitgliedschaft in Betriebsrentensystemen.“

Der von Generalanwalt *Jacobs* hervorgehobene Aspekt der drohenden gerichtlichen Überprüfbarkeit der den Tarifparteien zustehenden Entscheidungsprärogative findet jedoch nicht nur im Kartellrecht, sondern gleichermaßen im Hinblick auf das Vergaberecht und die tarifvertragliche Auswahl bestimmter Versorgungsträger im Rahmen der Entgeltumwandlung Anwendung. Denn auch hier würde eine gerichtliche Überprüfbarkeit die Freiheit der Tarifvertragsparteien dergestalt einschränken, dass eine tarifautonome Verhandlung um Versorgungsträger wesentlich beeinträchtigt würde. Nur eine solche tarifautonome Verhandlung genügt sowohl dem Interesse der Arbeitnehmervertreter an der Absicherung einer sicheren Altersversorgung als auch dem Interesse der Arbeitgebervertreter an der Verhinderung einer Ausfallhaftung der Arbeitgeber gemäß § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG.

## 2. Die Rechtssache „Hendrik van der Woude“

Der Gerichtshof bestätigte seine „Albany“-Rechtsprechung in der Rechtssache C-222/98 „Hendrik van der Woude“. Dieser Rechtssache lag die Frage zugrunde, ob die Beklagte ihren Beitrag zu den Prämien für eine Arbeitnehmerkrankenversicherung an einen anderen Versicherer leisten kann als den, der in dem für den Kläger geltenden Tarifvertrag für das Krankenhauswesen festgelegt wurde. Der Gerichtshof stellte fest, dass tarifvertragliche Bestimmungen über die Krankenversicherung von diesem Tarifvertrag unterliegenden Arbeitnehmern, wonach der vom Arbeitgeber zu tragende Teil der Prämien nur zu den Versicherungen gezahlt wird, die bei dem oder den im Rahmen der Durchführung dieses Tarifvertrags gewählten Versicherer oder Versicherern abgeschlossen werden, mit Art. 85, 86 EG vereinbar sind:

- „24. Dieser Vertrag wurde in Form eines Tarifvertrags geschlossen und ist das Ergebnis einer Tarifverhandlung zwischen Organisationen, die Arbeitgeber einerseits und Arbeitnehmer andererseits vertreten.
25. Gegenstand des Vertrages ist die Schaffung einer Krankenversicherungsregelung in einem bestimmten Wirtschaftszweig, die nicht nur dadurch zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer beiträgt, dass sie ihnen die erforderlichen Mittel zur Verfügung stellt, um Krankheitskosten zu bestreiten, sondern auch dadurch, dass sie die Ausgaben verringert, die ohne Tarifvertrag von den Arbeitnehmern zu tragen gewesen wären.
26. Die Tatsache, dass die betreffende Versicherungstätigkeit Gegenstand eines Unterauftrags war, kann die Geltung der in den Urteilen *Albany*, *Brentjens* und *Drijvende Bokken* festgestellten Ausnahme von dem in Artikel 85 EG-Vertrag erklärten Verbot für einen Tarifvertrag, wie

8 EuGH, Rs. C-67/96, *Albany International BV / Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, Slg. 1999, I-5751 (Rz. 59f.).

9 Verbundene Schlussanträge GA *Jacobs*, Rs. C-67/96 u.a., *Albany International BV / Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, Slg. 1999, I-5751 (Rz. 185). Hervorhebung durch die Verfasser.

10 Schlussanträge GA *Fennelly*, Rs. C-222/98, *Hendrik van der Woude / Stichting Beatrixoord*, Slg. 2000, I-7111 (Rz. 21). Hervorhebung durch die Verfasser.

er im Ausgangsverfahren in Rede steht, nicht beeinträchtigen. Andernfalls würde die Freiheit der Sozialpartner ungerechtfertigt eingeschränkt, die, wenn sie über einen Aspekt der Arbeitsbedingungen einen Vertrag schließen, auch vereinbaren können müssen, dass eine gesonderte Einrichtung zur Umsetzung des Vertrages geschaffen wird und dass diese Einrichtung sich eines anderen Versicherers bedienen darf.

27. Daraus folgt, dass der im Ausgangsverfahren streitige Vertrag aufgrund seiner Art und seines Gegenstands nicht unter Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag fällt.<sup>11</sup>

Das Urteil in der Rechtssache „Hendrik van der Woude“ stellt insoweit eine Ausweitung der „Albany“-Rechtsprechung im Hinblick auf die freigestellten Regelungen dar. Zugleich folgte der Gerichtshof den Ausführungen der niederländischen, schwedischen und britischen Regierung sowie der Kommission, dass der Umstand, dass die Versicherungstätigkeit nicht von den Sozialpartnern ausgeübt werde, sondern an eine andere Einrichtung vergeben worden sei, keinen Einfluss auf die Art und den Gegenstand des streitigen Tarifvertrages habe. Hervorzuheben sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen des Generalanwalts *Fennelly*, der im Rahmen seiner Schlussanträge, die vom Gerichtshof bestätigt wurden, ausdrücklich eine Ausschreibung der Versicherungsleistungen ablehnt:

„31. Der Kläger beanstandet offenbar im Wesentlichen (was er in der mündlichen Verhandlung deutlich gemacht hat) nicht so sehr, dass die CAO einen festen Arbeitgeberbeitrag zu einer Zusatzkrankenversicherung verlange, sondern vielmehr die den Arbeitgebern auferlegte Verpflichtung, diesen Beitrag an einen bestimmten Versicherer zu zahlen, nämlich an das IZZ oder einen von ihr Benannten<sup>12</sup>. Der Kläger möchte daher in Wirklichkeit sowohl in den Genuss der tarifvertraglichen Verpflichtung des Arbeitgebers, 50% des Beitrags zu zahlen, als auch der Freiheit kommen, zu entscheiden, an wen diese Beiträge zu zahlen sind. In diesem Vorbringen klingt das Bedenken an, dass das vorliegende Gericht in seiner Antwort auf die Anfrage des Gerichtshofes (siehe oben, Nr. 14) zum Ausdruck gebracht hat, ob nämlich die Untervergabe der betreffenden Versicherungstätigkeit an IZZ/VGZ die Anwendbarkeit des in den Rechtssachen Albany aufgestellten Grundsatzes beeinträchtigt.

32. Eine solche Verengung der Tragweite des Ausschlusses kollektiver Vereinbarungen von Artikel 85 EG-Vertrag würde zwangsläufig die Freiheit der Sozialpartner einschränken, durch solche Vereinbarungen einen Konsens über Arbeitsbedingungen herbeizuführen. Außerdem würde sie die Kollektivvereinbarungen immanente Solidarität untergraben. Ich meine, dass die in den Rechtssachen Albany aufgestellte Ausnahme, die auf dem Erfordernis beruht, die Wirksamkeit von auf die Arbeit bezogenen Tarifvereinbarungen zu gewährleisten, weit genug gefasst ist, um Vereinbarungen wie die CAO zu umfassen. Insoweit ist zu bemerken, dass der Gerichtshof bei der Festlegung des Umfangs der Ausnahme vom Anwendungsbereich des Artikels 85 EG-Vertrag in den Rechtssachen Albany zumindest nicht ausdrücklich die dritte von Generalanwalt *Jacobs* vorgeschlagene Bedingung akzeptiert

hat, dass nämlich die betreffende Kollektivvereinbarung nicht ‚die Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Dritten wie Kunden, Lieferanten, konkurrierenden Arbeitgebern oder Verbrauchern berührt‘. [...] <sup>13</sup>“

In Ziffer 34 schließt Generalanwalt *Fennelly* seine Argumentation sodann wie folgt:

„[...] wenn mit ihnen lediglich einem Dritten die Verantwortung für die Erbringung der im Tarifvertrag vereinbarten Krankenversicherung übertragen wird, so würde dies die Autonomie der an dem Tarifverfahren beteiligten Parteien aushöhlen. Ich stimme daher dem Kläger nicht darin zu, dass nach dem Gemeinschaftsrecht solche Verträge ausgeschrieben werden müssten. Der Umfang der Ausnahme von der Anwendung des Artikels 85 EG-Vertrag ist daher nicht auf Angelegenheiten beschränkt, die die Vertragsparteien selbst ausführen können.<sup>14</sup>“

### 3. Übertragbarkeit auf das Vergaberecht

Die den Rechtssachen „Albany“, „Brentjens“, „Drijvende Bokken“ und „Hendrik van der Woude“ zugrunde liegenden Fragestellungen sind mit der tarifvertraglich vorgesehenen Entgeltumwandlung durch kommunale Arbeitgeber vergleichbar. Der TV-EUmw/VKA stellt eine durch den Dialog zwischen den Sozialpartnern zustande gekommene Vereinbarung dar, die das Ergebnis einer Tarifverhandlung zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern ist. Ähnlich wie bei den (in der Rechtsprechung des Gerichtshofs anerkannten) Renten- und Krankenzusatzversicherungen hängt auch die betriebliche Altersversorgung eng mit dem Lohn des Arbeitnehmers im Sinne eines direkten Entgelts zusammen und soll die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer verbessern. Ausdrücklich hat Generalanwalt *Fennelly* in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache „Hendrik van der Woude“ in Bezug auf die rechtmäßige sachliche Reichweite von Kollektivvereinbarungen festgestellt, dass Tarifverträge ‚Arbeitsbedingungen‘ betreffen und nicht nur auf unmittelbar mit dem Lohn zusammenhängende Fragen beschränkt sind. So stelle auch die Krankenzusatzversicherung für Arbeitnehmer einen der rechtmäßigen „Kerngegenstände der Tarifverhandlungen“ dar, „ohne dass sich die gegenteilige Ansicht ernsthaft vertreten ließe“. Die finanzielle Absicherung der Arbeitnehmer für die Zeit nach Beendigung des aktiven Beschäftigtendaseins ist ein elementarer Bestandteil der Arbeitsbedingungen, wie dies der Gerichtshof für Betriebsrentenfonds ausdrücklich anerkennt. Wenn jedoch bereits Betriebsrentenfonds und Krankenzusatzversicherungsbeiträge als Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen anerkannt sind, gilt dies ohne Weiteres auch für durch Entgeltumwandlung aus dem eigenen Entgelt der Arbeitnehmer erzielte Anwartschaften auf spätere Rentenleistungen, für die neben dem Versorgungsträger zudem der Arbeitgeber als zusätzlich Haftender einsteht. Durch die tarifvertragliche Auswahl bestimmter Versorgungsträger soll dabei eine für die Arbeitnehmer sichere und günstige betriebliche Altersversorgung durch Entgeltumwandlung sichergestellt werden, die zugleich dem Interesse der Arbeitgeber an der Begrenzung des Risikos ihrer Ausfallhaftung gemäß § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG gerecht wird. Der TV-EUmw/VKA verfolgt folglich sozialpolitische Zwecke. Dies rechtfertigt, ohne dass die grundsätzliche Anwendbarkeit des Vergaberechts als solches in Frage gestellt wird, eine funktionale, auf den betroffenen Schutzbereich der Tarifautonomie bezogene und diese voraufbauende Auslegung der vergaberechtlichen Anwendungsvoraussetzungen.

11 EuGH, Rs. C-222/98, *Hendrik van der Woude / Stichting Beatrixoord*, Slg. 2000, I-7111 (Rz. 24-27). Hervorhebung durch die Verfasser.

12 Die Stiftung IZZ (Instituut Ziektekostenvoorziening Ziekenhuiswezen) ist das niederländische Krankenversicherungsinstitut für das Krankenhauswesen, VGZ (Onderlinge Waarborgmaatschappij Zorgvezekeraar VGZ) ist der vom IZZ beauftragte Versicherer, CAO (Collective Arbeidsovereenkomst) ist der für das Krankenhauswesen geltende und der Beauftragung zugrunde liegende Tarifvertrag – Anmerkung der Verfasser.

13 Schlussanträge GA *Fennelly*, Rs. C-222/98, *Hendrik van der Woude / Stichting Beatrixoord*, Slg. 2000, I-7111 (Rz. 31f.). Hervorhebung durch die Verfasser.

14 Schlussanträge GA *Fennelly*, Rs. C-222/98, *Hendrik van der Woude/Stichting Beatrixoord*, Slg. 2000, I-7111 (Rz. 34). Hervorhebung durch die Verfasser.

### III. Tarifautonomie und Grundfreiheiten

Die Kommission beruft sich zudem auf eine jedenfalls bestehende Ausschreibungspflicht gemäß Art. 43, 49 EG zur Sicherstellung der Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz. Eine solche uneingeschränkte Ausschreibungspflicht würde aufgrund der Bindung der Tarifvertragsparteien an das Ausschreibungsergebnis und einer damit einhergehenden gerichtlichen Überprüfbarkeit die Verhandlungsmasse der Tarifvertragsparteien und damit Kollektivvereinbarungen zu dem Gegenstand der Ausschreibung jedoch wesentlich beeinträchtigen.

Eine Einschränkung der Art. 43, 49 EG durch die grund- und gemeinschaftsrechtlich geschützte Tarifautonomie und Freiheit der Kollektivvereinbarungen ist deshalb über die „Cassis“-Rechtsprechung des Gerichtshofs gerechtfertigt. So hat der Gerichtshof in seiner „Cassis“-Rechtsprechung zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls als ungeschriebene Rechtfertigungsgründe anerkannt, sofern eine sekundärrechtliche Harmonisierung fehlt und die zu rechtfertigende Maßnahme nicht diskriminiert sowie erforderlich ist, um zwingenden und tatsächlich gefährdeten Erfordernissen des Gemeinwohls gerecht zu werden<sup>15</sup>. Dabei erweitert der Gerichtshof die offene Aufzählung der „Cassis“-Rechtfertigungsgründe fortwährend um aktuelle Schutzgesichtspunkte, soweit ihm die in Art. 30 EG ausdrücklich geregelten Rechtfertigungsgründe unzureichend erscheinen, und nimmt auch auf allgemeine Rechtsgrundsätze und die Grundrechte Bezug<sup>16</sup>. Der Gerichtshof überträgt die Grundsätze der „Cassis“-Rechtsprechung durch die „Gebhard“-Formel auf alle Grundfreiheiten und rechtfertigt eine Beschränkung etwa der Niederlassungs-<sup>17</sup> oder der Dienstleistungsfreiheit<sup>18</sup>, wenn die Beschränkungen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses erfolgen und im Falle einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nichtwirtschaftlicher Art sind<sup>19</sup>. Die geltend gemachten Rechtfertigungsgründe müssen schließlich im Einklang mit den Gemeinschaftsgrundrechten stehen und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen<sup>20</sup>.

Die grund- und gemeinschaftsrechtlich geschützte Tarifautonomie und Freiheit der Kollektivvereinbarungen stellt jedenfalls ein zwingendes Gut des Allgemeininteresses dar und ist insbesondere nicht nur ein gruppennütziges Gut (wie etwa die Vereinsautonomie), sondern ein allgemeinnütziges Rechtsgut der Sozial-, Wirtschafts- und Arbeitsverfassungen der Mitgliedstaaten<sup>21</sup>. Die Gewährung der Tarifautonomie in Bezug auf die Regelung der Entgeltumwandlung gemäß § 6 TV-EUmw/VKA durch die Tarifvertragsparteien ist nicht diskriminierend und darüber hinaus geeignet, die Verwirklichung des mit ihr verfolgten Ziels – die paritätische Regelung der Arbeitsbedingungen – sicherzustellen. Um die Tarifautonomie in der konkreten Entfaltungssituation – der Verhandlung der Tarifvertragsparteien über die Versorgungsträger im Rahmen der Entgeltumwandlung – wahr-

ren zu können, ist eine Beschränkung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit durch die Nichtausschreibung der Versorgungsleistungen im Rahmen der *tarifvertraglichen* Regelung der Entgeltumwandlung zudem erforderlich. Da eine Ausschreibungspflicht ergebnisoffene Verhandlungen sowohl auf Seiten der Arbeitgeber als auch auf Seiten der Arbeitnehmer weitestgehend ausschließen würde, geht die Beschränkung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit auch nicht über das hinaus, was zur Erreichung ihres Zwecks erforderlich ist.

### IV. Anwendungsvoraussetzungen des Vergaberechts nicht erfüllt

Eine Ausschreibungspflicht der Entgeltumwandlungsdurchführung scheidet zudem mangels Vorliegens der vergaberrechtlichen Ausschreibungsvoraussetzungen des Art. 8 i.V.m. Abschnitt III-VI der Richtlinie 92/50/EWG bzw. Art. 20 i.V.m. Art. 23-55 der Richtlinie 2004/18/EG aus. Denn die von der VKA vertretenen Arbeitgeber sind im Rahmen der Tarifverhandlungen und bei der Umsetzung einer tarifvertraglich geregelten Entgeltumwandlung funktional keine öffentlichen Auftraggeber, die Durchführungsvereinbarung zwischen öffentlichem Auftraggeber und Versorgungsträger zur Entgeltumwandlung stellt keinen Dienstleistungsvertrag dar und der Schwellenwert wird durch die Prämien nicht erreicht<sup>22</sup>.

#### 1. Auftraggeberbegriff

Nach Auffassung der Kommission erfüllen kommunale Arbeitgeber den Begriff des öffentlichen Auftraggebers und fallen damit unter die Vergaberichtlinien. Dieser Auffassung steht jedoch eine an der Tarifautonomie ausgerichtete funktionale Betrachtungsweise entgegen. Eine Bindung des öffentlichen Arbeitgebers auch in seiner Funktion als Tarifvertragspartei an das Ergebnis eines Vergabeverfahrens würde ihn im Rahmen der Tarifverhandlungen vorab einengen und seinen Spielraum, als Tarifpartner die von ihm als angemessen angesehenen Vereinbarungen in den Kernbereichen der Tarifverhandlungen (Löhne und Arbeitsbedingungen) zu treffen, weitestgehend ausschließen. Die praktische Wirksamkeit der Tarifautonomie erfordert es daher, dass der öffentliche Arbeitgeber in seiner Funktion als Tarifvertragspartei nicht bereits vorab an das Ergebnis eines Vergabeverfahrens gebunden ist. Dem stehen auch die seitens der Kommission herangezogenen Aussagen des Gerichtshofs in den Rechtssachen C-126/03<sup>23</sup> und C-44/96<sup>24</sup> nicht entgegen. Die Zulässigkeit einer funktionalen, auf den jeweils betroffenen Schutzbereich der Tarifautonomie bezogenen und die Tarifautonomie wahren den Auslegung der vergaberrechtlichen Anwendungsvoraussetzungen hat der Gerichtshof in diesen Entscheidungen weder behandelt noch in Frage gestellt.

Eine funktionale Auslegung des Auftraggeberbegriffs wahrt den Schutzbereich der Tarifautonomie sowohl auf Seiten der Arbeitgeber als auch auf Seiten der Arbeitnehmer, denn auch deren Verhandlungsspielraum wäre im Falle einer Ausschreibungspflicht faktisch durch die Bindung der Arbeitgeberseite an das Ausschreibungsergebnis konditioniert. Durch eine Ausschreibungspflicht würde das den Gewerkschaften (und damit den Arbeitnehmern) durch den Tarifvorbehalt zustehende Mitentscheidungsrecht zur Interessenswahrung der Arbeitnehmerseite in einer erheblichen, die Tarifautonomie

15 EuGH, Rs. 120/78, *Cassis de Dijon*, Slg. 1979, 649.

16 Vgl. etwa EuGH, Rs. C-368/95, *Familiapress*, Slg. 1997, I-3689 (Rz. 24).

17 EuGH, Rs. C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165 (Rz. 37); EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1459 (Rz. 34); EuGH, Rs. C-108/96, *Mac Quen*, Slg. 2001, I-837 (Rz. 28).

18 EuGH, Rs. 33/74, *van Binsbergen*, Slg. 1974, 1299 (Rz. 10 ff.); EuGH, verb. Rs. 110/78 u.a., *van Wesemael*, Slg. 1979, 35 (Rz. 28); EuGH, Rs. 279/80, *Webb*, Slg. 1981, 3305 (Rz. 18); EuGH, Rs. C-288/89, *Gouda*, Slg. 1991, I-4007 (Rz. 23).

19 EuGH, Rs. C-158/96, *Kohll*, Slg. 1998, I-1931 (Rz. 41); EuGH, Rs. C-224/97, *Ciola*, Slg. 1999, I-2517 (Rz. 16). So sah der EuGH die Wahrung des Arbeitsfriedens dann nicht als Rechtfertigungsgrund an, wenn ein Tarifkonflikt zur Verhinderung negativer Auswirkungen auf einen Wirtschaftszweig beendet wird, vgl. EuGH, Rs. C-398/95, *SETTG*, Slg. 1997, I-3091 (Rz. 23).

20 EuGH, Rs. C-398/95, *SETTG*, Slg. 1997, I-3091 (Rz. 23); EuGH, Rs. C-60/00, *Carpenter*, Slg. 2002, I-6279 (Rz. 40f.).

21 Vgl. die Nachweise in Fn. 2 sowie die Ausführungen des GA Jacobs (im Zusammenhang mit der kartellrechtlichen Bewertung der Tarifautonomie), Verbundene Schlussanträge Rs. C-67/96 u.a., *Albany International BV / Stichting Bedrijfspensioensfonds Textielindustrie*, Slg. 1999, I-5751 (Rz. 80 ff.).

22 Vgl. zum Folgenden bereits ausführlich *Koenig/Pffromm*, ZTR 2006 S. 123 (125 ff.). Im Ergebnis so auch *Anton*, BetrAV 2006 S. 337; *Poschke*, ZTR 2004 S. 563 (564); *Rotermund/Bergt-Weis*, BetrAV 2004 S. 459; *Stockinger*, ZVB 2002 S. 294; a.A. *Kupfer/Neumann*, BetrAV 2004 S. 42; *Zobel*, dpn 2004 S. 18.

23 EuGH, Rs. C-126/03, *Kommission / Deutschland*, Slg. 2004, I-11197 (Rz. 18).

24 EuGH, Rs. C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria* u.a., Slg. 1998, I-73 (Rz. 23).

negierenden Weise, reduziert. Im Zusammenspiel der jeweiligen Parteiinteressen ist zudem eine hoheitliche Einflussnahmemöglichkeit der kommunalen Arbeitgeber, durch die eine Auftragsvergabe nach nicht wettbewerbsgesteuerten Motiven und damit die Diskriminierung EG-ausländischer Versorgungsträger zu befürchten ist und die das Vergaberecht zu verhindern sucht, gerade nicht gegeben. Denn im Rahmen von Tarifverhandlungen werden Ergebnisse gemeinsam mit der Arbeitnehmerseite und im Spannungsfeld der jeweiligen Interessen (sichere und günstige Altersversorgung vs. Ausfallhaftung) ausgehandelt, so dass es an einer autonomen Willensbildung der kommunalen Arbeitgeber fehlt, im Rahmen derer sich die Gefahr der Diskriminierung von Bietern aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit konkret verwirklichen könnte. Zweck des Vergaberechts ist es nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs jedoch, die Bevorzugung einheimischer Bieter oder Bewerber bei der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber aufgrund anderer als wirtschaftlicher Erwägungen zu verhindern<sup>25</sup>. Ohne das Einverständnis der Arbeitnehmer, und damit ohne Wahrung ihrer Interessen, kann die Arbeitgeberseite keine Versorgungsträger auswählen. Die Arbeitnehmerseite bildet im Rahmen der tarifvertraglichen Verhandlungen einen Antagonismus gegenüber wettbewerbsfremden Entscheidungsprozessen der öffentlichen Arbeitgeberseite. Umgekehrt will die öffentliche Arbeitgeberseite ihr Ausfallhaftungsrisiko (§ 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG) minimieren und zähmt damit korporatistische Verhaltensweisen der Arbeitnehmerseite.

## 2. Dienstleistungsvertrag

Hinsichtlich des Vorliegens eines die Ausschreibungspflicht auslösenden Dienstleistungsvertrags verweist die Kommission neben der bereits zum Auftraggeberbegriff zitierten Rechtsprechung insbesondere darauf, dass nicht das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Gegenstand des Verfahrens sei, sondern das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Versorgungsträger. Bei diesen handele es sich um seitens der Arbeitgeber zugunsten der Arbeitnehmer abgeschlossene Verträge, wobei ersteren nicht bloß eine Zahlstellenfunktion zukomme<sup>26</sup>. Einer näheren Betrachtung des Entgeltumwandlungssystems hält diese Argumentation indes nicht stand.

Das Zustandekommen („Ob“) und die Regelung („Wie“) der Durchführungsvereinbarung unterliegen nicht dem Gestaltungsspielraum des öffentlichen Arbeitgebers und der Versorgungsträger, sondern werden tarifvertraglich determiniert und entstehen erst durch die individuelle Entgeltumwandlungsvereinbarung. Das Durchführungsrechtsverhältnis wird mit anderen Worten durch die individuell-arbeitsrechtliche Entgeltumwandlungsvereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber erst in Gang gesetzt und ist insofern abhängig von der arbeitsrechtlichen Verpflichtungsgrundlage in § 1a BetrAVG i.V.m. TV-EUmw/VKA und dem vorhergehenden Abschluss einer individuellen Entgeltumwandlungsvereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Das Versicherungsverhältnis entsteht nur bei Vorhandensein einer arbeitsvertraglichen Entgeltumwandlungsvereinbarung und ist in seiner Ausgestaltung, insbesondere bezüglich gewähltem Versorgungsträger und Höhe der umgewandelten Beträge, abhängig von dieser arbeitsvertraglichen Grundlage. Die Durchführungsvereinbarung – und damit das Versicherungsverhältnis – folgen vollständig der tarifvertraglichen Verpflichtung und der individuellen arbeitsvertraglichen Entgeltumwandlungsvereinbarung<sup>27</sup>.

25 EuGH, Rs. C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria* u.a., Slg. 1998, I-73 (Rz. 33); Rs. C-360/96, *BFI Holding*, Slg. 1998, I-6821 (Rz. 42f.); Rs. C-380/98, *University of Cambridge*, Slg. 2000, I-8035 (Rz. 17).

26 Kommission, Mit Gründen versehene Stellungnahme, Vertragsverletzungsverfahren 2004/4755, Rz. 11.

27 Koenig/Pffromm, a.a.O. (Fn. 22), S. 125; Anton, a.a.O. (Fn. 22).

Während der vergaberechtliche Auftragsbegriff auf die Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Auftraggeber abstellt, ist die Entgeltumwandlung in ihren Rechtsfolgen und wirtschaftlichen Effekten der Arbeitnehmersphäre zuzuordnen. Der kommunale Arbeitgeber übergibt treuhänderisch das umgewandelte Arbeitsentgelt, mithin das wirtschaftliche Eigentum des Arbeitnehmers, an den Versorgungsträger, der es für den Arbeitnehmer verwaltet. Umgewandelt werden Teile künftiger Entgeltansprüche des Arbeitnehmers, wobei durch den Arbeitgeber Beiträge nur dann und soweit in den Versicherungsvertrag gezahlt werden müssen, wie der Arbeitnehmer 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. Die Beiträge, die der Arbeitgeber einem Versorgungsträger im Rahmen der Entgeltumwandlung überweist, sind damit das Äquivalent des allein dem Arbeitnehmer zustehenden Arbeitsentgelts, mithin also ausschließlich wirtschaftliches Eigentum des Arbeitnehmers, die lediglich aus steuer- und sozialrechtlichen Gründen über den Arbeitgeber in den Versicherungsvertrag eingebracht werden. Soweit der Versorgungsträger ein Entgelt erhält, stammt dieses aus den umgewandelten Beträgen, mithin aus der wirtschaftlichen Sphäre des Arbeitnehmers. Die umgewandelten Beträge, über die allein der Arbeitnehmer verfügt, werden vom vergaberechtlichen Auftragsbegriff daher gerade nicht erfasst<sup>28</sup>.

## 3. Schwellenwerte

Bezugspunkt der Berechnung bei der Entgeltumwandlung sind vor diesem Hintergrund daher auch die jeweiligen Versicherungsverhältnisse der einzelnen Arbeitnehmer und nicht 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 konkrete 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<sup>29</sup>. Deren Summe erreicht den ausschreibungsauslösenden Schwellenwert indes keinesfalls.

## V. Keine Abhilfemöglichkeit

Selbst wenn das Vertragsverletzungsverfahren begründet wäre, könnte die Regierung der Bundesrepublik Deutschland ihm nicht abhelfen, da jede Anordnung gegenüber den Tarifparteien einen nicht gerechtfertigten Eingriff in den Kernbereich der grund- und gemeinschaftsrechtlich geschützten Tarifautonomie darstellen würde.

Die Tarifvertragsparteien haben nach dem Willen des Gesetzgebers zur Sicherung der Tarifautonomie und von Kollektivvereinbarungen größtmögliche Flexibilität, ob und wie sie die betriebliche Altersversorgung – nicht notwendigerweise durch Entgeltumwandlung – gestalten. Sowohl auf mitgliedstaatlicher als auch gemeinschaftsrechtlicher Ebene ist anerkannt, dass die übereinstimmende Effizienzeinschätzung der

28 So auch *Stesking*, a.a.O. (Fn. 22), S. 295 f.

29 Koenig/Pffromm, a.a.O. (Fn. 22), S. 128.

Tarifparteien dem Schutz der Tarifautonomie unterliegt und als solche weder von Gerichten noch von administrativen Vergabekammern ersetzt werden kann. In diesem Sinne hat Generalanwalt *Jacobs* ausdrücklich den Aspekt der (nicht zulässigen) gerichtlichen Überprüfbarkeit von Tarifvereinbarungen hervorgehoben und hat Generalanwalt *Fennelly* eine Ausschreibungspflicht von Versicherungsdienstleistungen im Rahmen einer betrieblichen Krankenzusatzversicherung verneint, wobei der Gerichtshof den jeweiligen Schlussanträgen folgte<sup>30</sup>. Die Tarifautonomie gebietet somit einen sehr eingeschränkt justitiablen Beurteilungsspielraum der Tarifvertragsparteien. Die Tarifparteien verfügen über eine Einschätzungsprärogative, die nur bei offensichtlich missbräuchlicher Nutzung der Kontrolle durch die Arbeitsgerichtsbarkeit unterliegt. Eine solche offensichtliche Missbräuchlichkeit ist vorliegend angesichts der dargestellten Rechtsprechung des Gerichtshofs in den Rechtssachen „Albany“, „Brentjens“, „Drijvende Bokken“ und „Hendrik van der Woude“ nicht gegeben.

## VI. Ergebnis

Bislang ist die Anwendbarkeit des Vergaberechts auf Vereinbarungen der Tarifvertragsparteien im Rahmen von Tarifverhandlungen noch nicht geklärt. Der Grundgedanke der Rechtsprechung des Gerichtshofs zum Zusammenwirken von Tarifautonomie und Kartellrecht, wonach bestimmte im Rahmen von Tarifverhandlungen geschlossene Verträge aufgrund ihrer Art und ihres Gegenstands nicht unter das Kartellrecht fallen, lässt sich jedoch auf den Konflikt von Vergaberecht und Tarifautonomie übertragen. Deren praktische Wirksamkeit (*effet utile*) muss gegenüber einer aus dem Primärrecht abgeleiteten Ausschreibungspflicht sichergestellt werden. Eine gerichtliche Überprüfbarkeit und die Ausschreibung der Versorgungsleistungen würden, wie dies die Generalanwälte *Jacobs* und *Fennelly* für den Bereich des EG-Kartellrechts ausdrücklich hervorgehoben haben, „die Autonomie der an den Tarifverhandlungen beteiligten Parteien aushöhlen“. Das Spannungsverhältnis zwischen dem Interesse der Arbeitnehmervertreter an einer sicheren und günstigen betriebliche Altersversorgung durch Entgeltumwandlung und dem Interesse der Arbeitgeber an der Begrenzung des Risikos ihrer Ausfallhaftung gemäß § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG rechtfertigt daher, ohne dass die Anwendbarkeit des Vergaberechts als solches in Frage gestellt wird, eine funktionale, auf den betroffenen Schutzbereich der Tarifautonomie bezogene und diese wahrende Auslegung der vergaberechtlichen Anwendungsvoraussetzungen. In diesem Sinne bildet die Tarifautonomie ein zwingendes Erfordernis auch im Sinne der „Cassis“-Rechtsprechung hinsichtlich einer Beschränkung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit unterhalb der Vergabeschwellen.

<sup>30</sup> Siehe hierzu m.w.N. bereits oben unter II-III.

*Friedhelm Dresch / Mechthild Strahler,  
Berlin*

# Die Reform des Versicherungsver- tragsrechts und ihre Bedeutung für regulierte Pensionskassen i.S.d. § 118b Abs. 3 und 4 VAG

## I. Einleitung

### 1. Gesetzgebungsverfahren

Um das geltende Versicherungsvertragsrecht mit den rechtspolitischen und rechtstatsächlichen Entwicklungen der letzten Jahrzehnte, insbesondere mit den Bedürfnissen eines modernen Verbraucherschutzes in Einklang zu bringen, legte die zur Vorbereitung der Reform vom Bundesministerium der Justiz eingesetzte „Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts“ am 19. April 2004 ihren Abschlussbericht vor<sup>1</sup>. Darauf baut der vom Bundesjustizministerium am 13. März 2006 vorgestellte Referentenentwurf auf, der auch die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 26. Juli 2005<sup>2</sup> insbesondere zur Überschussbeteiligung in der Lebensversicherung sowie des Bundesgerichtshofs vom 12. Oktober 2005<sup>3</sup> zur Berechnung von Mindestrückkaufwerten berücksichtigt. Auf der Grundlage der dazu erstellten Stellungnahmen der Ressorts, Länder und Verbände wurde am 11. Oktober 2006 vom Bundeskabinett der Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Versicherungsvertragsrechts beschlossen<sup>4</sup>.

Am 1. Januar 2008 wird das Gesetz in Kraft treten<sup>5</sup>. Diese Frist hat das Bundesverfassungsgericht für die Änderungen in der Lebensversicherung gesetzt. Für Verträge, die vor dem Inkrafttreten geschlossen werden (Altverträge), gilt das neue Gesetz – von wenigen Ausnahmeregelungen abgesehen – ab dem 1. Januar 2009<sup>6</sup>. Auf Altverträge über eine Berufsunfähigkeitsversicherung ist das neue VVG nicht anzuwenden<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Abschlussbericht der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 19.4.2004, VersR-Schriftenreihe, Heft 25; vgl. auch BetrAV 2004 S. 385.

<sup>2</sup> BVerfG vom 26.7.2005 – 1 BvR 782/94 – und – 1 BvR 957/96 –, VersR 2005 S. 1109; BVerfG vom 26.7.2005 – 1 BvR 80/95 –, VersR 2005 S. 1127 = BetrAV 2005 S. 583.

<sup>3</sup> BGH vom 12.10.2005 – IV ZR 162/03 –, BetrAV 2005 S. 788 = VersR 2005 S. 1565.

<sup>4</sup> Vgl. Auszüge aus dem Gesetzentwurf BetrAV 2006 S. 641.

<sup>5</sup> Art. 10 Abs. 1 Gesetz zur Reform des Versicherungsvertragsrechts-E.

<sup>6</sup> Art. 1, Art. 4 Abs. 1 und 2 EGVVG-E.

<sup>7</sup> Art. 4 Abs. 3 EGVVG-E.