

Der EuGH hat mit Urteil vom 15. 7. 2010 – Rs. C-271/08 festgestellt, dass die Bundesrepublik Deutschland gegen die Verpflichtung einer unionsweiten Ausschreibung verstoßen hat, soweit Verträge über Dienstleistungen der betrieblichen Altersversorgung im öffentlichen Dienst oberhalb der vergaberechtlichen Schwellenwerte ohne unionsweite Ausschreibung nach der Vergaberichtlinie 2004/18/EG (bzw. der Vorgängerrichtlinie) direkt an in § 6 des Tarifvertrags Entgeltumwandlung/VKA genannte öffentliche Einrichtungen vergeben

Entgeltumwandlung für Arbeitnehmer/-innen im öffentlichen Dienst, da der Gerichtshof (implizit) den Tarifvorbehalt nach § 17 Abs. 5 BetrAVG für die Entgeltumwandlung bestätigt. Er betont nämlich unter Rdnr. 38 der Urteilsgründe, dass „beim Schutz des Grundrechts auf Kollektivverhandlungen u.a. den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten in vollem Umfang Rechnung zu tragen ist“. Zudem sind nach Rdnr. 55 „die Anwendung der Verfahren zur Auftragsvergabe mit der Anwendung der Mecha-

zusammensetzen. Konkrete Lösungsvorschläge zu den unterschiedlichsten Konfliktlagen zwischen Tarifautonomie und Binnenmarktregeln könnten dann in Ad-hoc-Arbeitsgruppen ausgearbeitet werden, in denen die jeweils konkret von einem Verfahren betroffenen Vertreter zusammenwirken.

Auch der Umstand, dass der tarifvertraglich geregelte Einkauf von Versicherungsdienstleistungen (oder anderen Gütern) durch öffentliche Arbeitgeber, etwa durch die kommunalen Arbeitgeberverbände (KAVen), nicht dem Kartellrecht unterliegt, spricht für den Abbau von diesbezüglichen Binnenmarkthindernissen, insbesondere von mehr oder weniger verdeckten Diskriminierungen, im Rahmen einer StATB. Einkaufsgemeinschaften der öffentlichen Hand unterliegen nach der Rechtsprechung der Unionsgerichte dann nicht dem Kartellverbot, wenn deren Nachfrage nicht nachgelagert einer wirtschaftlichen Angebotstätigkeit auf einem relevanten Markt dient. Die Unionsgerichte definieren die „wirtschaftliche Tätigkeit“ nämlich akzessorisch zum Angebot von Gütern oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt (EuGH Rs. C-113/07 P, Selex, Rdnr. 102). Der wirtschaftliche

oder nicht wirtschaftliche Charakter der späteren Verwendung des nachgefragten Erzeugnisses bestimmt nach der Rechtsprechung zwangsläufig den Charakter der Ein-

kaufstätigkeit (EuGH Rs. C-205/03, Fenin, Rdnr. 26). Danach unterliegt etwa die Koordination des Nachfrageverhaltens der Gemeinden über den KAV nicht dem Kartellverbot, soweit die nachgefragten Versicherungsdienstleistungen nicht auf einem nachgelagerten Markt durch die Gemeinden wirtschaftlich angeboten (unternehmerisch weiterveräußert) werden. Die über den KAV durch die Gemeinden eingekauften Versicherungsdienstleistungen der betrieblichen Altersversorgung setzen die Gemeinden zur Erledigung ihrer tarifvertraglichen Verpflichtung gegenüber ihren Arbeitnehmern ein, ohne dabei unternehmerisch auf der Angebotsseite eines relevanten Marktes tätig zu werden.

Diese Zusammenhänge sprechen für einen kompetent verhandelten Lösungsweg im Rahmen einer StATB, jedenfalls außerhalb von Vertragsverletzungsverfahren.

*Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig,
LL.M. (LSE), Bonn*

Das Vertragsverletzungsurteil in der Rechtssache C-271/08 zu tarifvertraglich koordinierten Dienstleistungen ...



wurden (EWS 2010, 533). Am 14. 3. 2011 hat die Europäische Kommission Deutschland aufgefordert, innerhalb von zwei Monaten Auskunft über die Maßnahmen zur Umsetzung des Urteils zu erteilen, da sonst ein zweites Vertragsverletzungsverfahren drohe. Das Urteil entpuppt sich aufgrund der Betonung der Tarifautonomie bei näherer Analyse als Pyrrhussieg der Kommission. Ähnlich wie König Pyrrhus von Epirus in seinem Sieg über die Römer in der Schlacht bei Asculum im Jahre 279 v. Chr. den Kern seiner nächsten Niederlage erkannte, könnten die Ausführungen des Gerichtshofs zur Tarifautonomie in einem zweiten Vertragsverletzungsverfahren dem Binnenmarkt-Elan der Kommission weit über die konkrete Rechtssache hinausreichend prototypisch entgegenschlagen.

Das Urteil stärkt die Rolle der Sozialpartner im Rahmen des durch das Recht der Europäischen Union besonders geschützten Tarifvertragssystems in Bezug auf die

nismen in Einklang zu bringen“, welche die tarifvertragliche „Beteiligung der Arbeitnehmer oder ihrer Vertreter an der Entscheidung über die Auswahl des oder der Träger gewährleisten“. Damit wird die Formulierung sowohl des vergabepflichtigen öffentlichen Auftrags als auch die an den Auftragnehmer hinsichtlich der Gestaltung der Entgeltumwandlung zu stellenden Bedingungen den Sozialpartnern im Rahmen des mitgliedstaatlichen Tarifvertragssystems zugewiesen. Die Drohung der Kommission vom 14. 3. 2011 mit einem zweiten Vertragsverletzungsverfahren übersieht angesichts der zitierten Urteilsgründe, dass die adressierte Bundesregierung nur Bemühungen schulden kann, auf die Tarifvertragsparteien mit Fingerspitzengefühl einzuwirken. Übersieht das die Kommission und verlangt von der Bundesregierung Erfolgsvollzug, so droht sich die Prophezeiung von König Pyrrhus in einem zweiten Vertragsverletzungsverfahren zu bewahrheiten. Statt mit einem zweiten Vertragsverletzungsverfahren zu drohen, sollte die Spannungslage zwischen Tarifautonomie und der effizienten Anwendung von Vergaberegeln – wie auch allen anderen Binnenmarktregeln – durch die Einrichtung einer „Ständigen Arbeitsgruppe Tarifautonomie und Binnenmarkt“ (StATB) aufgelöst werden. Eine StATB könnte sich aus Vertretern der Spitzenverbände der europäischen Tarifvertragspartner, der zuständigen Generaldirektionen der Kommission und der Mitgliedstaaten

*... könnte sich als
prototypischer Pyrrhussieg der Kommission entpuppen*