

Rechtsanwalt Prof. Dr. jur. Thomas Ax, Maître en Droit (Paris X-Nanterre), Prof. Dr. jur. Christian Koenig, LL.M., Rechtsanwalt Matthias Schneider, Rechtsanwalt Carsten Schmidt, Mara Hellstern\*

## Entgeltumwandlung im kommunalen Bereich: Handlungsbedarf nach dem Urteil des EuGH vom 15. Juli 2010 – Rs. C-271/08 – (ZTR 2010, 590)

### Übersicht

1. Wesentlicher Entscheidungsinhalt
2. Welche Sachverhalte werden von dem EuGH-Urteil erfasst?
3. Sonderkonstellation: Inhouse-Geschäft
4. Keine Nichtigkeit der vom EuGH-Urteil erfassten geschlossenen Verträge infolge des Urteils
  - 4.1 § 13 Vergabeverordnung (VgV)
  - 4.2 § 101b GWB
  - 4.3 § 134 BGB i. V. m. §§ 97 Abs. 1, 101 Abs. 1 GWB
  - 4.4 § 138 BGB
5. Rechtsfolgen für die vom EuGH-Urteil erfassten geschlossenen Verträge?
  - 5.1 Adressaten des Urteils
  - 5.2 Frist für die Befolgung des Urteils
  - 5.3 Folgen der Nichtumsetzung des Urteils
6. Umsetzung des Urteils
  - 6.1 Auflösung mit Wirkung ex tunc?
  - 6.2 Beendigungsmöglichkeiten
    - 6.2.1 Außerordentliche Kündigung
    - 6.2.2 Ordentliche Kündigung
    - 6.2.3 Befristete Verträge
    - 6.2.4 Aufhebungsverträge
7. Zusammenfassung

Gegenstand des vorliegenden Beitrags ist das Urteil des EuGH vom 15. Juli 2010 (ZTR 2010, 590), das eine Pflicht kommunaler Behörden und Betriebe zur unionsweiten Ausschreibung bestimmter Rahmenverträge über Dienstleistungen der betrieblichen Altersversorgung (hier: über die Durchführung der Entgeltumwandlung nach dem Tarifvertrag zur Entgeltumwandlung für Arbeitnehmer im kommunalen öffentlichen Dienst (TV-EUmw/VKA) vom 18.2.2003) feststellt. Der Beitrag untersucht Reichweite und Wirkungen dieses Urteils und analysiert die Schritte, die infolge der Entscheidung von betroffenen kommunalen Behörden und Betrieben vorzunehmen sind. Besonderes Augenmerk gilt dabei den bei der Urteilsumsetzung bestehenden Spielräumen der Sozialpartner des kommunalen Bereichs im Rahmen des nationalen Tarifvertragssystems, denen der EuGH die Formulierung sowohl des vergabepflichtigen öffentli-

chen Auftrags als auch der an den Auftragnehmer hinsichtlich der Gestaltung der Entgeltumwandlung zu stellenden Bedingungen zugewiesen hat. Damit ist der EuGH nicht nur – wie bisher – auf Fragen der Vergabe durch einen einzelnen öffentlichen Auftraggeber eingegangen, sondern ausdrücklich auch auf tarifvertragliche Aspekte.

### 1. Wesentlicher Entscheidungsinhalt

Der EuGH stellte fest, dass Verträge über Dienstleistungen der betrieblichen Altersversorgung im Jahr 2004 durch kommunale Behörden oder Betriebe, die damals mehr als 4505 Beschäftigte hatten, im Jahr 2005 durch kommunale Behörden oder Betriebe, die damals mehr als 3133 Beschäftigte hatten, und in den Jahren 2006 und 2007 durch kommunale Behörden oder Betriebe, die damals mehr als 2402 Beschäftigte hatten, nicht ohne unionsweite Ausschreibung direkt an in § 6 des TV-EUmw/VKA genannte Einrichtungen oder Unternehmen hätten vergeben werden dürfen. Zugleich hat er jedoch die Formulierung sowohl des vergabepflichtigen öffentlichen Auftrags als auch die an den Auftragnehmer hinsichtlich der Gestaltung der Entgeltumwandlung zu stellenden Bedingungen eindeutig den Sozialpartnern im Rahmen des mitgliedstaatlichen Tarifvertragssystems zugewiesen, um „die Anwendung der Verfahren zur Auftragsvergabe mit der Anwendung der Mechanismen in Einklang zu bringen“, welche die tarifvertragliche „Beteiligung der Arbeitnehmer oder ihrer Vertreter an der Entscheidung über die Auswahl des oder der Träger gewährleisten“.<sup>1</sup> Damit wirft das Urteil des EuGH zum einen die Frage auf, welche kommunalen Behörden und Betriebe von den Urteilswirkungen überhaupt betroffen sind, und zum anderen, welche Konsequenzen aus dem Urteil zu ziehen sind, sofern ein konkreter Sachverhalt von dem Urteil erfasst wird.

\* Rechtsanwalt Prof. Dr. jur. Thomas Ax, Maître en Droit (Paris X-Nanterre) ist Seniorpartner der Kanzlei Ax, Schneider & Kollegen, Professor für europäisches Wirtschaftsrecht an der SRH Hochschule Heidelberg, Versicherungsberater und Vorsitzender der Geschäftsführung der Kommunalversicherung Deutschland (KVD). Prof. Dr. jur. Christian Koenig, LL.M. ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn. Rechtsanwalt Matthias Schneider ist Seniorpartner, Rechtsanwalt Carsten Schmidt Mitarbeiter der Kanzlei Ax, Schneider & Kollegen. Mara Hellstern ist wissenschaftliche Referentin am ZEI.

1 EuGH, Urt. v. 15.7.2010, Rs. C-271/08, Rn. 55.

## 2. Welche Sachverhalte werden von dem EuGH-Urteil erfasst?

Das Urteil erfasst Dienstleistungsverträge, die ohne unionsweite Ausschreibung direkt an in § 6 des TV-EUmw/VKA genannte Einrichtungen oder Unternehmen vergeben wurden: im Jahr 2004 durch kommunale Behörden oder Betriebe, die damals mehr als 4505 Beschäftigte hatten; im Jahr 2005 durch kommunale Behörden oder Betriebe, die damals mehr als 3133 Beschäftigte hatten, und in den Jahren 2006 und 2007 durch kommunale Behörden oder Betriebe, die damals mehr als 2402 Beschäftigte hatten.

Nicht erfasst werden dagegen Dienstleistungsverträge, die

- (1) in den genannten Zeiträumen von kommunalen Behörden oder Betrieben mit der jeweils vom EuGH bestimmten Beschäftigtenzahl mit unionsweiter Ausschreibung an in § 6 des TV-EUmw/VKA genannte Einrichtungen oder Unternehmen vergeben wurden,
- (2) ohne unionsweite Ausschreibung außerhalb der in dem Urteil genannten Zeiträume (vor dem Jahr 2004 oder nach 2007) durch kommunale Behörden oder Betriebe direkt vergeben wurden,
- (3) ohne unionsweite Ausschreibung direkt vergeben worden sind durch kommunale Behörden oder Betriebe in 2004 mit damals weniger als 4505 Beschäftigten, in 2005 mit damals weniger als 3133 Beschäftigten und in 2006/2007 mit damals weniger als 2402 Beschäftigten,
- (4) ohne unionsweite Ausschreibung direkt durch andere als durch kommunale Behörden oder Betriebe vergeben worden sind oder
- (5) zwar ohne unionsweite Ausschreibung an in § 6 des TV-EUmw/VKA genannte Einrichtungen oder Unternehmen vergeben wurden, in Bezug auf die jedoch eine unionsweite Ausschreibung nicht erforderlich gewesen ist, weil es sich unter dem Gesichtspunkt des Inhouse-Geschäfts nicht um Versicherungsverträge im Sinne eines öffentlichen Auftrages handelt.

## 3. Sonderkonstellation: Inhouse-Geschäft

Inhouse-Geschäfte haben als interne Vorgänge keinen Marktbezug und sind deshalb vom Vergaberecht freigestellt.<sup>2</sup> Unter einem Inhouse-Geschäft sind all die „Geschäfte“ zu verstehen, die von dem öffentlichen Auftraggeber unmittelbar selbst (z. B. durch eigene Abteilungen, aber auch im Rahmen eines rechtlich nicht selbstständigen Regie- oder Eigenbetriebs) erbracht werden. Hiervon zu unterscheiden sind Geschäfte, bei denen als „Geschäftspartner“ eine „Organisationseinheit“ gewählt wird, die (formal) juristisch gesehen eine rechtlich selbstständige Person darstellt, mit dem Auftraggeber aber verbunden ist. Die juristische Selbstständigkeit macht es notwendig, dass zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und der „Organisationseinheit“ ein Vertrag geschlossen wird. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist auf solche Vertragsabschlüsse als organisationsinterne Maßnahmen kein Vergaberecht anzuwenden, wenn der öffentliche Auftraggeber über die rechtlich von ihm verschiedene Person, also den Vertragspartner, eine Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen, und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben.<sup>3</sup> Eine „Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen“ verlangt einen wirksamen und direkten Zugriff des Auftraggebers auf den Auftragnehmer durch Verwaltungsanweisungen oder – im Fall der Ausgliederung von Verwaltungsgeschäften an formell privatisierte öffentliche Unternehmen – durch Gesellschafterweisungen gegenüber der Geschäftsführung, welche in ihrer Effektivität und direkten Zugriffsintensität internen Verwal-

tungsweisungen materiell entsprechen. Der Auftragnehmer muss nahezu ausschließlich als verlängerter Verwaltungsarm des Auftraggebers arbeiten und von der Verwaltung direkt gesteuert werden, seine Tätigkeit muss auf die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Auftraggebers beschränkt sein (keine operative Selbstständigkeit). Erfüllt ist das Kontrollkriterium auch im Fall von Kooperationen öffentlicher Einrichtungen. Aus funktionaler Sichtweise reicht insoweit eine gemeinsame Kontrolle verschiedener Auftraggeber über den Auftragnehmer. Es ist nicht erforderlich, dass jeder beteiligte Auftraggeber isoliert betrachtet eine Kontrolle wie über eigene Dienststellen ausüben kann.<sup>4</sup> Dagegen schließt eine auch nur minderheitliche Beteiligung eines Privaten am Auftragnehmer das Vorliegen des Kontrollkriteriums und damit eines Inhouse-Geschäfts aus.<sup>5</sup> Ob eine Inhouse-Vergabe vorliegt, ist anhand der genannten kumulativ zu erfüllenden Kriterien (Kontrollkriterium, Wesentlichkeitskriterium) im Rahmen einer Einzelfallprüfung zu ermitteln. Der EuGH hat diese Frage in seinem Urteil vom 15. Juli 2010 nicht adressiert. Dies gilt insbesondere für solche Dienstleistungsverträge, die sowohl die vom EuGH aufgestellten Kriterien zur Inhouse-Vergabe erfüllen als auch vom Wortlaut des Tenors des vorliegenden Urteils erfasst werden. Ihre Einordnung als vergaberechtskonform kommt im vorliegenden Urteil zwar nicht eindeutig zum Ausdruck, folgt jedoch aus der ständigen Rechtsprechung des EuGH seit dem Teckal-Urteil<sup>6</sup> zur Inhouse-Vergabe. Demnach sind z. B. Dienstleistungsverträge zwischen einer Stadt und ihrer Stadtkasse, einer Abteilung der Stadt ohne eigene Rechtspersönlichkeit, als vergaberechtskonform anzusehen, da dies eine eindeutige Inhouse-Vergabe darstellt.

## 4. Keine Nichtigkeit der vom EuGH-Urteil erfassten geschlossenen Verträge infolge des Urteils

Die von dem EuGH-Urteil erfassten Verträge sind trotz ihrer Vergaberechtswidrigkeit nicht nichtig. Denn zum einen stellt der EuGH nicht Nichtigkeit, sondern lediglich fest, dass die Bundesrepublik Deutschland gegen ihr obliegende Verpflichtungen verstoßen hat.<sup>7</sup> Zum anderen sind auch klassische Nichtigkeitstatbestände des nationalen (Vergabe-)Rechts nicht einschlägig.

### 4.1 § 13 Vergabeverordnung (VgV)

Nach dem mit Wirkung vom 24. April 2009 aufgehobenen § 13 VgV müssen (die unterlegenen) Bieter in einem durchgeführten Vergabeverfahren über eine beabsichtigte anderweitige Auftragsvergabe informiert werden. Ohne vorherige Information der unterlegenen Bieter abgeschlossene Verträge waren nach § 13 S. 6 VgV a. F. nichtig. Da es im Fall einer De-Facto-Vergabe mangels Durchführung eines Vergabeverfahrens keine unterlegenen Bieter gibt, scheidet eine direkte Anwendung des § 13 VgV a. F. aus.<sup>8</sup>

2 St. Rspr. des EuGH seit EuGH, Urt. v. 18.11.1999, Rs. C-107/98, *Teckal*, insbesondere Rn. 50.

3 EuGH, Urt. v. 11.1.2005, Rs. C-26/03, *Stadt Halle u. a.*, Rn. 49; EuGH, Urt. v. 18.11.1999, Rs. C-107/98, *Teckal*, Rn. 50.

4 EuGH, Urt. v. 13.11.2008, Rs. C-324/07, *Coditel Brabant*, Slg. 2008, S. I-8457.

5 EuGH, Urt. v. 11.1.2005, Rs. C-26/03, *Stadt Halle u. a.*, Rn. 49–52.

6 EuGH, Urt. v. 18.11.1999, Rs. C-107/98, *Teckal*, abgedruckt in NZBau 2000, 90.

7 EuGH, Urt. v. 15.7.2010, Rs. C-271/08, Rn. 105.

8 BGH, NZBau 2005, 290, 294; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 3.12.2003, Az.: VII – Verg 37/03 m. w. N.; so auch *Byok/Jaeger*, Kommentar zum Vergaberecht, 2. Aufl. 2005, § 13 VgV, Rn. 1602; gegen eine direkte Anwendung der Norm auch VK Thüringen, Beschl. v. 28.3.2003; VK Lüneburg, Beschl. v. 15.1.2002, Az.: 203-VgK-24/2001; *Gesterkamp*, WuW 2001, 669; *Ingenstau/Korbion*, VOB, 15. Aufl. 2004, § 13 VgV, Rn. 24; *Reidt/Stickler/Glahs*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2003, § 13 VgV, Rn. 13; *Weyand*, IBR-Praxiskommentar Vergaberecht 2004, § 13 VgV, Rn. 2107.

Unter Zugrundelegung der bis zum 24. April 2009 geltenden Fassung des GWB war jedoch umstritten, ob § 13 S. 6 VgV im Fall der De-Facto-Vergabe analog anwendbar ist mit der Folge der Nichtigkeit des Vertrags. Eine analoge Anwendung würde zwar dem Gebot effektiven Rechtsschutzes Rechnung tragen.<sup>9</sup> Allerdings müssen sich zur Bejahung einer Vorabinformationspflicht der Vergabestelle überhaupt mehrere Bieter beteiligt haben, da die Nichtigkeitsfolge des § 13 S. 6 VgV dem Schutz desjenigen Bieters dient, der nach dieser Vorschrift vom öffentlichen Auftraggeber zu informieren gewesen wäre.<sup>10</sup> Vor allem würde jedoch eine solche erweiterte Anwendung des § 13 VgV zum einen in ihren praktischen Konsequenzen eine erhebliche Verunsicherung des Rechtsverkehrs bewirken. So bestünde bei einer solchen Auslegung die Gefahr, dass ein Vertrag bei nicht eindeutiger Fallgestaltung oder bei nachträglicher Änderung der Rechtsprechung ex tunc seine Wirksamkeit verliert. Zum anderen widerspricht diese Auslegung der Intention des Gesetzgebers, der bei Einführung des § 13 VgV bewusst<sup>11</sup> auf die Aufnahme eines dem § 13 S. 6 VgV entsprechenden Nichtigkeitstatbestands, der auch bereits abgeschlossene direkt (also ohne Bieterwettbewerb) vergebene Verträge erfasst, verzichtet hat. Die Einführung von § 13 VgV war vielmehr Ausfluss der Entscheidung des EuGH vom 28. Oktober 1999 (Rechtssache C-81/98, *Alcatel Austria*), die seinerzeit eine Rechtsmittelrichtlinie verlangte, wonach eine dem Vertragsschluss vorangehende Entscheidung über den Zuschlag in einem Nachprüfungsverfahren möglich ist, das ggf. zur Aufhebung der Entscheidung führt. Eine solche Vorschrift gab es im nationalen Recht bis zu Einführung von § 13 VgV Anfang 2001 nicht. Die Entscheidung des EuGH hat aber weiter klargestellt, dass ein einmal erteilter Zuschlag selbst bei vergaberechtswidrigem Zustandekommen nicht mehr aufgehoben werden kann. Vor dem Hintergrund dieses Urteils und der insoweit schon damals aktuellen Diskussion hat es der Gesetzgeber bewusst unterlassen, eine entsprechende erweiterte Bestimmung, wonach auch ohne Durchführung eines Bieterwettbewerbs abgeschlossene Verträge nichtig sein können, in das Vergaberecht aufzunehmen. Daher ist § 13 S. 6 VgV a. F. auf De-Facto-Vergaben weder direkt noch analog anwendbar.<sup>12</sup> Somit vermag diese Vorschrift im vorliegenden Fall regelmäßig keine Nichtigkeit der abgeschlossenen Verträge zu begründen.

#### 4.2 § 101b GWB

§ 101b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 GWB n. F. trifft nunmehr eine ausdrückliche Regelung für den Fall von De-Facto-Vergaben. § 101b GWB betrifft jedoch nicht die von dem Urteil erfassten Verträge. Zwar bestimmt § 101b GWB, dass ein Vertrag von Anfang an unwirksam ist, wenn der Auftraggeber gegen bestimmte ihm obliegende Pflichten verstoßen hat. Jedoch gilt § 101b GWB erst seit dem 24. April 2009. Vergabeverfahren, die vor dem 24. April 2009 begonnen haben, einschließlich der sich an diese anschließenden Nachprüfungsverfahren sowie am 24. April 2009 anhängige Nachprüfungsverfahren sind also nach den hierfür bisher geltenden Vorschriften zu beenden. Auf die von dem EuGH-Urteil erfassten Dienstleistungsverträge, die sämtlich zwischen 2004 und 2007, also vor Inkrafttreten des § 101b GWB n. F., abgeschlossen wurden, ist § 101b GWB n. F. mithin nicht anwendbar. Daher kann sich aus dieser Vorschrift für die von dem Urteil erfassten Verträge auch keine Nichtigkeit ergeben. Sofern man § 101b GWB n. F. dennoch ratione temporis für auf die von dem EuGH-Urteil erfassten Dienstleistungsverträge anwendbar hielte,<sup>13</sup> würde eine Nichtigkeit jedenfalls nach § 101b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 GWB n. F. ausscheiden, weil die dort genannten Nachprüfungsfristen vorliegend bereits verstrichen sind.

#### 4.3 § 134 BGB i. V. m. §§ 97 Abs. 1, 101 Abs. 1 GWB

Des Weiteren wurde (jedenfalls vor Inkrafttreten des § 101b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 GWB n. F.) die Auffassung vertreten, die Nichtigkeit von De-Facto-Vergaben ergebe sich aus § 134 BGB i. V. m. §§ 97 Abs. 1, 101 Abs. 1 GWB.<sup>14</sup> Dazu müssten §§ 97 Abs. 1, 101 GWB Verbotsgesetze i. S. d. § 134 BGB darstellen. Richtigerweise ist jedoch der Verbotsscharakter der §§ 97 Abs. 1, 101 GWB zu verneinen, da sich § 97 Abs. 1 GWB nicht gegen den geschlossenen Vertrag als solchen richtet, sondern sich nur auf das Verfahren, das zum Vertragsschluss führt, bezieht.<sup>15</sup> Auch diese Vorschriften begründen somit keine Nichtigkeit der in dem EuGH-Urteil vom 15. Juli 2010 adressierten Dienstleistungsverträge.

#### 4.4 § 138 BGB

Es liegt kein Verstoß gegen § 138 BGB mit der Folge der Nichtigkeit vor. Eine Nichtigkeit des im Wege der unzulässigen Direktvergabe mit einem Dritten geschlossenen Vertrags kann sich aus § 138 Abs. 1 BGB wegen Verstoßes dieses Rechtsgeschäfts gegen die guten Sitten ergeben. Unter welchen Umständen ein im Wege der De-Facto-Vergabe geschlossener Vertrag als nichtig anzusehen ist, hängt dabei von den besonderen Umständen des Einzelfalls ab.<sup>16</sup> Allein der Umstand, dass der öffentliche Auftrag ohne erforderliche Durchführung des EU-weiten Ausschreibungsverfahrens vergeben wurde, reicht dafür nicht aus.<sup>17</sup> Mindestvoraussetzung für die Annahme einer Nichtigkeit des erteilten Auftrags gem. § 138 BGB ist, dass der öffentliche Auftraggeber unter bewusster Umgehung des Vergaberechts mit dem Auftragnehmer kollusiv zusammenwirkt. Ein ohne förmliches Vergabeverfahren erteilter Auftrag wird im Ergebnis nur dann als nichtig anzusehen sein, wenn der Auftraggeber entweder weiß, dass der betreffende Auftrag dem Kartellvergaberecht unterfällt, oder er sich einer solchen Kenntnis mutwillig verschließt, und er darüber hinaus kollusiv mit dem Auftragnehmer zusammenwirkt. Dazu ist festzustellen, dass sich die Frage einer Umgehung des Vergaberechts den kommunalen Arbeitgebern im vorliegenden Fall erst gar nicht gestellt haben dürfte. Sie handelten bei der Auswahl der Anbieter für die Entgeltumwandlung in Umsetzung des TV-EUmw/VKA. Die meisten kommunalen Arbeitgeber sind Mitglied eines kommunalen Arbeitgeberverbands (KAV) und damit tarifgebunden. Sie sind folglich verpflichtet, sich an den Tarifvertrag und damit auch an § 6 TV-EUmw/VKA zu halten. Ebenso wie in anderen Branchen (z. B. Metallrente für die Metallindustrie) ist für den kommunalen Dienst im Tarifvertrag eine Anbietersauswahl getroffen worden. Darüber hinaus war die Vergabepflicht bis zum klärenden Urteil des EuGH in der Literatur umstritten. Sowohl die Tarifvertragsbindung als auch die daraus resultierenden erheblichen rechtlichen Zweifel hinsichtlich einer Vergabepflicht bis zum klärenden Urteil des EuGH vom 15. Juli 2010 schließen ein kollusives Zusammenwirken aus.<sup>18</sup>

<sup>9</sup> BGH, NZBau 2005, 290, 294 f.

<sup>10</sup> OLG Düsseldorf, NZBau 2004, 113 ff.; VK Südbayern, Beschluss vom 8.10.2001 – 28-08/01.

<sup>11</sup> Das belegt u. a. die Gesetzesbegründung zu § 117 GWB (BT-Drucks. 13/9340 Seite 17, Erläuterungen zu § 117 GWB).

<sup>12</sup> Vgl. BGHZ 146, 202; OLG Düsseldorf vom 3.12.2003, Az.: VII – Verg 37/03 m. w. N., daran anschließend: KG Berlin, Beschl. v. 11.11.2004, Az.: 2 Verg 16/04; *Byok/Jaeger*, Kommentar zum Vergaberecht, 2. Aufl. 2005, § 13 VgV, Rn. 1608 ff.; *Ingenstau/Korbion*, VOB, 15. Aufl. 2004, § 13 VgV, Rn. 22; *Weyand*, IBR-Praxiskommentar Vergaberecht 2004, § 13 VgV, Rn. 2111; i. E.: *Reidt/Stickler/Glahs*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2003, § 13 VgV, Rn. 9; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.4.2005, Az.: VII – Verg 93/04.

<sup>13</sup> So VK Südbayern, Beschl. v. 29.4.2010 – Az.: Z3-3194-1-03-01/10.

<sup>14</sup> Vgl. *Müller-Wrede*, VergR 2002, 7; *Hewels/Kaiser*, NZBau 2001, 480.

<sup>15</sup> *Hofmann*, Zivilrechtsfolgen von Vergabefehlern, 2009, S. 80.

<sup>16</sup> Vgl. KG, NZBau 2004, 543.

<sup>17</sup> *Dieckmann*, VergabeR 2005, 10, 13.

<sup>18</sup> Vgl. *Wagner/Weber*, BB 2010, 2499 (2503).

## 5. Rechtsfolgen für die vom EuGH-Urteil erfassten geschlossenen Verträge?

Die abgeschlossenen und vom EuGH-Urteil erfassten Verträge sind also nicht nichtig. Fraglich ist daher, wie die unionsrechtlich gebotene Beseitigung des bestehenden, vom EuGH festgestellten vergaberechtswidrigen Zustands auf andere Weise als durch – hier nicht einschlägige – gesetzliche Nichtigkeitstatbestände realisiert werden kann. Zur Beantwortung dieser Frage wird im vorliegenden Abschnitt 5. zunächst geklärt, wer überhaupt Adressat des Urteils ist, welches Zeitfenster diesem zur Umsetzung des Urteils zur Verfügung steht und wer für eine etwaige Nichtdurchführung des Urteils haftet, bevor im folgenden Abschnitt 6. untersucht wird, welche konkreten Maßnahmen infolge des EuGH-Urteils zu treffen sind.

### 5.1 Adressaten des Urteils

Das der Vertragsverletzungsklage der Kommission stattgebende Urteil ist zwar ein reines Feststellungsurteil. Der Gerichtshof muss sich also im Tenor des Urteils auf die bloße Feststellung des Vertragsverstoßes beschränken, ohne die für unionsrechtswidrig erkannte Regelung von sich aus abändern oder aufheben zu dürfen.<sup>19</sup> Vielmehr ist es Sache der Bundesrepublik Deutschland, zu entscheiden, welche Maßnahmen sie zur Beseitigung der festgestellten Verstöße ergreift. Ihr steht jedoch nur die Wahl über die Art der zu ergreifenden Maßnahmen, nicht dagegen über das „Ob“ ihres Tätigwerdens zu. Denn sie ist nach Art. 260 Abs. 1 AEUV (ex-Art. 228 Abs. 1 EG) verpflichtet, alle zur Beseitigung der festgestellten Pflichtverletzungen geeigneten Maßnahmen zu ergreifen.<sup>20</sup>

Die Umsetzung der sich aus dem Urteil ergebenden Maßnahmen obliegt dabei nicht nur der am Verfahren beteiligten Bundesregierung, sondern allen nationalen Organen innerhalb ihres jeweiligen Zuständigkeitsbereichs.<sup>21</sup> Daraus folgt für alle innerstaatlichen Gerichte und Behörden ohne Weiteres das Verbot, die mit dem Unionsrecht unvereinbare Regelung weiter anzuwenden, sowie ggf. das Gebot, alle nötigen Bestimmungen zu erlassen, um die volle Geltung des Unionsrechts zu ermöglichen.<sup>22</sup>

### 5.2 Frist für die Befolgung des Urteils

Eine Frist für die Befolgung des Urteils ist weder in Art. 260 Abs. 1 AEUV (ex-Art. 228 Abs. 1 EG) vorgesehen, noch ist sie im Urteil angeordnet worden. Dies ist insoweit auch überflüssig, da das Interesse an einer sofortigen und einheitlichen Anwendung des Unionsrechts gebietet, dass die Durchführung des Urteils unverzüglich in Angriff genommen und innerhalb kürzester möglicher Frist abgeschlossen wird.<sup>23</sup> Der gebotene Zeitkorridor für die Beseitigung eines vom EuGH im Vertragsverletzungsverfahren rechtskräftig festgestellten Verstoßes gegen das Unionsrecht hängt also von den Umständen des Einzelfalls ab. Diese können die Einhaltung einer angemessenen Übergangszeit erfordern, wenn nur so eine praktikable und die Interessen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer berücksichtigende Vertragsbeendigung bewirkt werden kann, da auch im Rahmen des Art. 260 Abs. 1 AEUV (ex-Art. 228 Abs. 1 EG) die europarechtlichen Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes zu beachten sind.<sup>24</sup> Als adäquates Zeitfenster kann hierbei der Zeitraum angenommen werden, der erforderlich ist, den vergaberechtskonformen Abschluss eines neuen Rahmenvertrages zu sichern.<sup>25</sup> Im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wird unter Einbeziehung einer ausreichenden Vorbereitungszeit für den vergaberechtskonformen Abschluss eines neuen Rahmenvertrages ein Zeitraum von ca. einem Jahr angemessen sein.

## 5.3 Folgen der Nichtumsetzung des Urteils

Für den Fall, dass die Bundesrepublik Deutschland nicht die notwendigen Maßnahmen aufgrund des Urteils ergreift, insbesondere also die in Rede stehenden Verträge nicht beendet, hat die Kommission die Möglichkeit, nach Durchführung eines Vorverfahrens beim Gerichtshof die Verhängung eines Pauschalbetrages oder Zwangsgeldes zu beantragen. In der neuesten Rechtsprechung zeichnet sich ein gewisser Trend ab, bei Einlenken der Mitgliedstaaten und Behebung der Vertragsverstöße von der Verhängung der Sanktion abzusehen.<sup>26</sup> Der innerstaatliche Ausgleich bei einer Vertragsverletzung durch ein Bundesland erfolgt im deutschen Recht gemäß dem im Jahr 2006 neu eingefügten Art. 104a Abs. 6 GG i. V. m. § 3 LastG (Lastentragungsgesetz v. 5.9.2006, BGBl. I S. 2098, 2105). Diese Haftungsverteilung gilt jedoch nur im Bundesländer-Verhältnis. Daher können nach geltendem Recht im Falle der Verurteilung der Bundesrepublik zur Zahlung von Zwangsgeld weder Bund noch Länder – mit Ausnahme von Niedersachsen<sup>27</sup>, Mecklenburg-Vorpommern<sup>28</sup> und Sachsen<sup>29</sup> – bei der vergaberechtswidrig handelnden und die Verurteilung zum Zwangsgeld verursachenden Kommune Regress nehmen.<sup>30</sup> Allerdings dürfte diese Haftungsfrage in den vorliegenden Fällen angesichts der Bemühungen der betroffenen öffentlichen Auftraggeber zur schnellstmöglichen Durchführung der infolge des EuGH-Urteils vom 15. Juli zu ergreifenden Maßnahmen unerheblich sein.

## 6. Umsetzung des Urteils

Fest steht, dass das Urteil umzusetzen ist. Mangels entsprechender Vorgaben der Kommission oder des EuGH ist jedoch offen, wie das Urteil sinnvoll und rechtskonform umzusetzen ist. Die vom EuGH festgestellten Vergaberechtsverstöße können nur abgestellt werden durch Auflösung der bestehenden unionsvergaberechtswidrig zustande gekommenen Verträge und – für den Fall des Fortbestehens der Vergabeabsicht – Neuvergabe unter Einhaltung der unionsvergaberechtlichen Maßgaben. Der EuGH hat es allerdings in dem vorliegenden Urteil den Sozialpartnern über-

19 Vgl. *Gaitanides*, in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 6. Aufl. 2003, Art. 228 EG, Rn. 4.

20 Vgl. a. EuGH, verb. Rs. 24 u. 97/80, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1980, 1319, Rn. 16; Rs. 131/84, *Kommission/Italien*, Slg. 1985, 3531, Rn. 4.

21 EuGH, verb. Rs. 314 bis 316/81 u. 83/82, *Procureur de la Republique u. a., Waterkeyn u. a.*, Slg. 1982, 4337, Rn. 14.

22 EuGH, Rs. 49/71, *Kommission/Italien*, Slg. 1972, 529, Rn. 5, 10; Rs. C-101/91, *Kommission/Italien*, Slg. 1993, 191, Rn. 24; verb. Rs. 24 u. 97/80 R., *Kommission/Frankreich*, Slg. 1980, 1319, Rn. 16.

23 St. Rspr., vgl. nur EuGH Rs. 131/84, *Kommission/Italien*, Slg. 1985, 3531, Rn. 7; Rs. C-101/91, *Kommission/Italien*, Slg. 1993, I-191 Rn. 20; Rs. C-334/94, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1996, I-1307, Rn. 31.

24 Vgl. *Kiwit/Reinker*, Tarifvertrag zur Entgeltumwandlung im kommunalen Bereich – Was ist zu tun nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs?, Lohn + Gehalt, Oktober 2010, 20.

25 Vgl. a. *Wagner/Weber*, Vergaberechtswidrige Entgeltumwandlung durch kommunale Arbeitgeber, BB 2010, 2499, 2505.

26 Vgl. Schlussanträge der GAin Trstenjak v. 28.3.2007, Rs. C-503/04, *Kommission/Deutschland*.

27 Vgl. Art. 57 Abs. 7 Niedersächsische Verfassung: „Wird das Land wegen eines Rechtsverstoßes einer kommunalen Körperschaft in Anspruch genommen, so kann es nach Maßgabe eines Landesgesetzes bei der Kommune Rückgriff nehmen.“ Das entsprechende Landesgesetz ist allerdings bisher noch nicht erlassen worden.

28 Vgl. Gesetz zur Lastentragung im Verhältnis von Land und kommunalen Körperschaften wegen Verletzung von supranationalen oder völkerrechtlichen Verpflichtungen bei Sanktionen aufgrund von Artikel 260 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Kommunales Lastentragungsgesetz – KLastG M-V) vom 26. Oktober 2010, GVOBl. M-V 2010, S. 614.

29 Vgl. Gesetz über die Verteilung der Lastentragungspflicht bei der Übertragung von Förderaufgaben nach den Regelungen der Europäischen Gemeinschaften vom Freistaat Sachsen auf die Landkreise und Kreisfreien Städte vom 29.1.2008.

30 Vgl. *Schwarz*, KommJur 2010, 45.

lassen, den vergabepflichtigen öffentlichen Auftrag, also die inhaltliche Gestaltung der Entgeltumwandlungsrahmenverträge, sowie die an den Auftragnehmer hinsichtlich der Gestaltung der Entgeltumwandlung zu stellenden Bedingungen tarifvertraglich erst zu formulieren und die unionsrechtskonforme Vergabeart nach der Vergaberichtlinie 2004/18/EG auszuwählen (z. B. offenes oder nicht offenes Verfahren). In diesem Licht genau gelesen lässt das Urteil vom 15. Juli 2010 den Sozialpartnern den inhaltlichen und organisatorischen Raum sowie die gebotene Zeit, den TV-EUmw/VKA tarifvertraglich an die Urteilsvorgaben anzupassen.

### 6.1 Auflösung mit Wirkung ex tunc?

Umstritten ist die Frage, ob dem verurteilten Mitgliedstaat durch Art. 260 Abs. 1 AEUV (ex-Art. 228 Abs. 1 EG) die über die bloße ex nunc-Beseitigung des Verstoßes hinausgehende Pflicht auferlegt wird, auch alle durch den Verstoß verursachten Folgen auszuräumen.<sup>31</sup> Für die ex nunc-Lösung spricht vor allem die Systematik des AEUV.<sup>32</sup> Andererseits stellt das Urteil im Vertragsverletzungsverfahren ein Instrument zur Wiederherstellung eines vertragsgemäßen Zustands dar. Daraus könnte man den Schluss ziehen, dass sämtliche Verstoßfolgen rückgängig zu machen sind, damit der Verstoß als ungeschehen erscheint.<sup>33</sup> Andernfalls könnte der verurteilte Mitgliedstaat u. U. über Jahre hinweg aus seinem vertragswidrigen Verhalten Vorteile ziehen.<sup>34</sup> Einer Pflicht zur ex tunc-Beseitigung aller Folgen des Vertragsverstoßes können jedoch praktische und rechtliche Hindernisse im Weg stehen, die die rückwirkende Ausräumung sämtlicher Verstoßfolgen unmöglich oder unzumutbar machen.<sup>35</sup> Unter maßgeblicher Berücksichtigung der unionsrechtlichen Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des berechtigten Vertrauens auf die Geltung des Tarifvertrages ist daher eine ex nunc-Beseitigung des festgestellten Verstoßes geboten, zumal von der Tarifvertragsbindung bis zum klärenden Urteil des EuGH vom 15. Juli 2010 erhebliche rechtliche Zweifel hinsichtlich einer Vergabepflicht ausgingen. Der vom EuGH in seinem Urteil vom 15. Juli 2010 festgestellte Vertragsverletzungstatbestand, die unionsrechtswidrige Vergabe bestimmter Dienstleistungsverträge, ist durch die öffentlichen Auftraggeber ex nunc zu beseitigen, indem diese die bei ihrer ursprünglichen Vergabe nicht ausgeschrieben Rahmenverträge nunmehr ausschreiben. Hierzu müssen zunächst die Verträge, die damals nicht ausgeschrieben worden sind, aber richtigerweise hätten ausgeschrieben werden müssen, aufgelöst werden. Dies schon deshalb, um eine Doppelvergabe zu vermeiden. Vorliegend genügt es, wenn sich die Wirkung einer solchen Auflösung in einer Wirkung ex nunc erschöpft, weil damit dem Anliegen des EuGH, unionsrechtmäßige Zustände herzustellen, ausreichend Rechnung getragen wird. Damit wird den unionsrechtlichen Anforderungen vollumfänglich entsprochen, wenn zum einen die betroffenen Dienstleistungsverträge, also die Rahmenverträge, mit ex nunc-Wirkung aufgehoben sowie – bei Bedarf – vergaberechtskonform neu vergeben werden und zum anderen die aufgrund vergaberechtswidriger Dienstleistungsverträge erst nachgelagert geschlossenen Einzelverträge der Versicherten aufrechterhalten werden. Die von den Versicherten geschlossenen Einzelverträge sind für sich genommen ohnehin keine Dienstleistungsaufträge im Sinne der Auftragsdefinition des Art. 1 Abs. 2 lit. a und d der Vergaberichtlinie 2004/18/EG. Vielmehr stellen nur die ihnen vorgelagerten Rahmenverträge vergabepflichtige Dienstleistungsaufträge dar. Mit Blick auf diese „Abstraktion“ zwischen vergabepflichtigen vorgelagerten Rahmenverträgen und den einzelnen – nicht isoliert vergabepflichtigen – nachgelagerten Entgeltumwandlungsverträgen stellt sich die Frage der Berechnung des vergaberechtlichen Schwellenwerts. Für die Ermittlung des Schwellenwerts ist nach § 3 Abs. 1 der Vergabeverordnung (VgV) von der geschätzten Gesamtvergütung für die vorgesehene Leistung

auszugehen. Die normative Anknüpfung an die geschätzte Gesamtvergütung spricht dafür, dass auf die zu erwartenden Neuabschlüsse an einzelnen Entgeltumwandlungsverträgen und nicht auf den statischen Altbestand von in der Vergangenheit mit den Versicherten abgeschlossenen Einzelverträgen bei der Berechnung des Schwellenwerts abzustellen ist. Denn der Altbestand bereits abgeschlossener Einzelverträge kann nicht mehr Gegenstand einer Schätzung sein, da die präzisen Transaktionsdaten feststehen. Freilich ist aus diesen Altbestandsdaten und ihren fluktuierenden Entwicklungslinien eine prognostische Schätzung der Gesamtvergütung für die zu erwartenden Neuabschlüsse an einzelnen Entgeltumwandlungsverträgen abzuleiten, welche die Ermittlung des Schwellenwerts nach § 3 Abs. 1 VgV in Bezug auf die vergabepflichtigen Rahmenverträge wirtschaftlich ausfüllt.

### 6.2 Beendigungsmöglichkeiten

Eine „einfache“, „schnelle“ und „unaufwendige“ Beendigung der bestehenden Rahmenverträge kommt in den meisten von dem vorliegenden Urteil erfassten Fällen nicht in Betracht. Folgende Beendigungsmöglichkeiten stehen zur Verfügung:

#### 6.2.1 Außerordentliche Kündigung

Eine außerordentliche Kündigung (auch: fristlose Kündigung) ist eine Kündigung, durch die das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grund in der Regel ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist beendet wird. Die außerordentliche Kündigung ist für das allgemeine Schuldrecht in § 314 BGB geregelt. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist unzumutbar ist. Die Entscheidung des EuGH kann unter Zugrundelegung einer Entscheidung des Landgerichts München I (Landgericht München I, Urteil vom 20.12.2005 – 33 O 16465/04) ein außerordentliches Kündigungsrecht begründen, wenn und soweit in den vergaberechtswidrig zustande gekommenen Verträgen eine Loyalitätsklausel enthalten ist. Mit einer solchen Klausel versprechen sich die Parteien, unvorhergesehene zukünftige Entwicklungen im Sinne kaufmännischer Loyalität zu berücksichtigen. Ein etwaiges Sonderkündigungsrecht gem. §§ 313, 314 BGB (Störung der Geschäftsgrundlage) dürfte dagegen nur sehr selten gegeben sein.

#### 6.2.2 Ordentliche Kündigung

In Betracht kommt eine ordentliche Kündigung (auch: fristgerechte Kündigung): Eine ordentliche Kündigung ist eine Kündigung, die das Vertragsverhältnis unter Beachtung einer Kündigungsfrist zum Zeitpunkt des Ablaufs der Kündigungsfrist beendet. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine ordentliche Kündigung sind je nach Art des zu kündi-

31 I. d. S. insbesondere Groeben/Boeck/Thiesing/Ehlermann/Daig, EWGV, 3. Aufl., Art. 171 Rn. 7; Audretsch, Supervision, 123 m. w. N.; Mégret/Waelbroeck, Droit CEE, Art. 171 unter 3.; dagegen etwa Groeben/Thiesing/Ehlermann/Krück, EGV/EUV, 5. Aufl., Art. 171 Rn. 7; Callies/Ruffert/Cremer, EUV/EGV, Art. 228 Rn. 6; vgl. ausführlich zu dieser Frage P. Karpenstein, DVBl. 1977, 64 ff.

32 Vgl. Gaitanides, in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 6. Aufl. 2003, Art. 228 EG, Rn. 9.

33 Ortlepp, Vertragsverletzungsverfahren, 117 m. w. N.; Groeben/Boeck/Thiesing/Ehlermann/Daig, EWGV, 3. Aufl., Art. 171 Rn. 7 spricht insoweit davon, dass bereits die „Rechtslogik“ die Pflicht zur Folgenbeseitigung ex tunc gebietet; s. auch Schlussanträge des GA Colomer, Rs. C-299/01, Kommission/Luxemburg, Slg. 2002, I-5899 Rn. 23.

34 Groeben/Boeck/Thiesing/Ehlermann/Daig, EWGV, 3. Aufl., Art. 171, Rn. 7; ebenso Ortlepp, Vertragsverletzungsverfahren, 118.

35 Vgl. dazu mit Beispielen Groeben/Boeck/Thiesing/Ehlermann/Daig, EWGV, 3. Aufl., Art. 171, Rn. 8.

genden Vertrages sehr verschieden. Sofern nicht zwingende gesetzliche Regelungen entgegenstehen, können die Voraussetzungen auch vertraglich vereinbart werden.

### 6.2.3 Befristete Verträge

Bei einem befristeten Vertrag einigen sich die Vertragspartner bereits bei Abschluss des Vertrages darauf, dass der Vertrag nach einer bestimmten Zeit endet. Das Ende des Vertrages tritt daher automatisch mit Zeitablauf ein, ohne dass es irgendeiner (Kündigungs-)Erklärung bedarf. Während der Laufzeit eines befristeten Vertrages kann dieser Vertrag nur ordentlich gekündigt werden, wenn eine Kündigungsmöglichkeit ausdrücklich vertraglich vereinbart wurde. Ansonsten kann ein befristeter Vertrag vor Fristablauf nicht bzw. nur außerordentlich aus wichtigem Grund gekündigt werden.

### 6.2.4 Aufhebungsverträge

Ein Aufhebungsvertrag ist ein Vertrag, in dem sich die Vertragspartner darauf einigen, dass ein anderer Vertrag aufgehoben oder beendet wird. Im Gegensatz zur Kündigung bedarf es bei einem Aufhebungsvertrag einer Einigung zwischen den Vertragsparteien. Der Aufhebungsvertrag kann daher nicht einseitig erklärt oder „diktiert“ werden. Wenn einer der Vertragspartner dem Abschluss eines Aufhebungsvertrages nicht zustimmt, kommt der Aufhebungsvertrag nicht zustande, der in Bezug genommene Vertrag bleibt bestehen.

Zwischenzeitlich hat die Europäische Kommission der Bundesregierung und der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) im Rahmen gemeinsamer Gespräche zur Umsetzung des Urteils mitgeteilt, dass eine Beseitigung der überschwelligen Rahmenvereinbarungen notwendig sei. Sie zeigte sich mit dem Vorschlag der deutschen Seite, die betroffenen Rahmenvereinbarungen durch Aufhebungsvereinbarung zwischen Anbieter und betroffenem kommunalen Arbeitgeber zu beenden, einverstanden.<sup>36</sup>

## 7. Zusammenfassung

Mit der Entscheidung des EuGH vom 15. Juli 2010 wird – zumindest in Deutschland – rechtliches Neuland betreten. Denn es handelt sich um ein Verfahren, in dem nicht – wie bisher – zu Fragen bei der Vergabe durch einen einzelnen öffentlichen Auftraggeber vom EuGH Position bezogen wird, vielmehr werden in den Ausführungen des EuGH auch tarifvertragliche Aspekte sichtbar.

Aufgrund des Urteils ist die Bundesrepublik gehalten, alle zur Beseitigung der festgestellten Vergabeverstöße (und nur

der festgestellten Vergabeverstöße bezogen auf die konkret erfassten Zeiträume, Vertragspartner und Größenordnungen) geeigneten Maßnahmen (Auflösung und ggf. Neuvergabe der Dienstleistungsverträge) zu ergreifen. Die Maßnahmen müssen unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes (vorwerfbares) Hinauszögern, ergriffen werden. Als Beendigungsmöglichkeiten stehen außerordentliche Kündigung, ordentliche Kündigung, befristete Verträge oder Aufhebungsverträge zur Verfügung. Bei der Umsetzung des Urteils ist zu beachten, dass das Urteil des EuGH sehr differenziert nur bestimmte Sachverhalte erfasst und entscheidende Fragen zur Urteils-umsetzung offen lässt (z. B. zu Inhouse-Vergaben und Vertragsbeendigungen). Von daher kann überhaupt erst nach Abschluss der rechtlichen Wertungen und Schlussfolgerungen festgestellt werden, welcher konkrete Handlungsbedarf besteht.

Das Urteil lässt den Sozialpartnern den inhaltlichen und organisatorischen Raum sowie die gebotene Zeit, den TV-EUmw/VKA tarifvertraglich an die Urteilsvorgaben anzupassen. Es stärkt die Rolle der Sozialpartner im Rahmen des durch das Recht der Europäischen Union besonders geschützten Tarifvertragssystems in Bezug auf die Entgeltumwandlung für Arbeitnehmer/-innen im kommunalen öffentlichen Dienst. Denn der Gerichtshof hat (zumindest rechtlich zwingend implizit) den Tarifvorbehalt des § 17 Abs. 5 BetrAVG für die Entgeltumwandlung bestätigt, wenn er in Ziffer 38 der Urteilsgründe betont, dass „beim Schutz des Grundrechts auf Kollektivverhandlungen u. a. den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten in vollem Umfang Rechnung zu tragen ist.“ Dementsprechend hat der EuGH im vorliegenden Urteil zugleich die Formulierung sowohl des vergabepflichtigen öffentlichen Auftrags als auch der an den Auftragnehmer hinsichtlich der Gestaltung der Entgeltumwandlung zu stellenden Bedingungen eindeutig den Sozialpartnern im Rahmen des mitgliedstaatlichen Tarifvertragssystems zugewiesen, um „die Anwendung der Verfahren zur Auftragsvergabe mit der Anwendung der Mechanismen in Einklang zu bringen“, welche die tarifvertragliche „Beteiligung der Arbeitnehmer oder ihrer Vertreter an der Entscheidung über die Auswahl des oder der Träger gewährleisten“.<sup>37</sup> D. h. die Sozialpartner können den vergabepflichtigen öffentlichen Auftrag sowie die an den Auftragnehmer hinsichtlich der Gestaltung der Entgeltumwandlung zu stellenden Bedingungen erst tarifvertraglich formulieren und sodann das unionsrechtskonforme Vorgehen auswählen.

<sup>36</sup> VKA-Nachrichten, Dezember 2010, S. 4.

<sup>37</sup> EuGH, Urt. v. 15.7.2010, Rs. C-271/08, Rn. 55.