Christian Anton

# Tarifvertrag und Kartellvergaberecht – Lösung eines scheinbar unlösbaren Normenkonflikts am Beispiel der Entgeltumwandlung im kommunalen öffentlichen Dienst

ÜBERSICHT

1. Ausgangspunkt
2. Konstruktion der Entgeltumwandlung
   2.1 Grundgedanke der Entgeltumwandlung
   2.2 Vertragliche Beziehungen
   2.3 Bestimmung des Versorgungsträgers durch Arbeitsvertrag
   2.4 Bestimmung des Versorgungsträgers durch Tarifvertrag
3. Argumente aus dem vergaberechtlichen System
   3.1 Herkunft der Mittel aus dem Arbeitsentgelt des Arbeitnehmers
   3.2 Keine Entgeltlichkeit aus der maßgeblichen Sicht des Arbeitgebers
   3.3 Verhältnis zwischen Tarifrecht und Kartellrecht – Auswirkungen auf den Vierten Teil des GWB
4. Argumente aus der arbeitsrechtlichen Determinierung der Entgeltumwandlung
   4.1 Einheitliche Betrachtung der Entgeltumwandlung als arbeitsvertragliche Vereinbarung
   4.2 Grenzziehung zwischen Arbeitsrecht und Vergaberecht: Vermeidung einfachgesetzlicher Normenkollision
   4.3 Grenzziehung zwischen Arbeitsrecht und Vergaberecht: Vorrang der Verfassung
5. Ergebnis und Zusammenfassung

## 1. Ausgangspunkt

Ausgangspunkt der folgenden Betrachtungen sind zwei Regelungskomplexe unterschiedlicher Rechtsmaterien, von denen bisweilen behauptet wird, sie stünden sich unvereinbar gegenüber. Es handelt sich zum einen um den Tarifvertrag zur Entgeltumwandlung für Arbeitnehmer/-innen im kommunalen öffentlichen Dienst vom 18. 2. 2003 (TV-EUmw/VKA), zum anderen um das Kartellvergaberecht (§§ 97 ff. GWB[1]).

Gemäß § 6 S. 1 TV-EUmw/VKA ist die Entgeltumwandlung im kommunalen öffentlichen Dienst grundsätzlich bei öffentlichen Zusatzversorgungseinrichtungen durchzuführen. Alternativ kann der Arbeitgeber einen von der Sparkassenfinanzgruppe oder den Kommunalversicherern angebotenen Durchführungsweg bestimmen (§ 6 S. 2 TV-EUmw/VKA). Allerdings kann bei Bedarf Abweichendes zu diesen Regelungen landesbezirkstarifvertraglich vereinbart werden (§ 6 S. 3 TV-EUmw/VKA).

Nach den §§ 97 ff. GWB sind öffentliche Aufträge grundsätzlich durch ein Vergabeverfahren zu vergeben.

Manche behaupten nun, die §§ 97 ff. GWB würden als zwingendes Gesetzesrecht dem tarifvertraglichen § 6 TV-EUmw/VKA vorgehen, weshalb ein Vergabeverfahren zur Durchführung der Entgeltumwandlung im kommunalen öffentlichen Dienst erforderlich sei.[2]

Eine derartige Betrachtung greift indes zu kurz. Sie unterstellt ohne hinreichende Begründung, dass der Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB bei der Durchführung der Entgeltumwandlung im kommunalen öffentlichen Dienst eröffnet, die Voraussetzungen dieser Normen erfüllt und keine Ausnahmetatbestände verwirklicht seien. Zudem wer-

1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen i. d. F. vom 15. 7. 2005 (BGBl. I S. 2114), zuletzt geändert durch Gesetz vom 1. 9. 2005 (BGBl. I S. 2676).

2 *Kupfer/Neumann*, BetrAV 2004, 42 ff. (S. 45); ähnlich *Hanau*, DB 2004, 2266 ff., der in § 6 TV-EUmw/VKA offenbar einen nicht gerechtfertigten Eingriff in das Vergaberecht erblickt. Dagegen *Poschke*, ZTR 2004, 563 ff. und *Rotermund/Bergt-Weis*, BetrAV 2004, 459 ff., welche die Entbehrlichkeit eines Vergabeverfahrens bei der Durchführung der Entgeltumwandlung im kommunalen öffentlich Dienst betonen. Zur Frage der Vereinbarkeit mit dem EG-Vergaberecht vgl. *Koenig/Pfromm* ZTR 2006, 123.

den die Besonderheiten der mehrdimensionalen Konstruktion der Entgeltumwandlung außer Acht gelassen. Es handelt sich bei dieser eben nicht um eine herkömmliche Versicherungsdienstleistung, die sich einfach unter den Begriff des öffentlichen Auftrags subsumieren lässt.

Um das Spannungsfeld zwischen Tarifvertrag und Vergaberecht im Rahmen der Entgeltumwandlung zu lösen, bedarf es zunächst einer näheren Betrachtung der Konstruktion der Entgeltumwandlung. Es stellt sich sodann die Frage, ob die §§ 97 ff. GWB nach ihrer Systematik den Tatbestand der Entgeltumwandlung ganz oder teilweise erfassen. Schließlich ist zu untersuchen, welche Auswirkungen die arbeitsrechtliche Determinierung der Entgeltumwandlung auf die Anwendbarkeit vergaberechtlicher Normen hat.

## 2. Konstruktion der Entgeltumwandlung

Die rechtliche Konstruktion der Entgeltumwandlung ist komplex. Es bestehen zwei voneinander zu unterscheidende Vertragsverhältnisse und mehrere arbeitsrechtliche Möglichkeiten zur Bestimmung des Kreises der Versorgungsträger.[3]

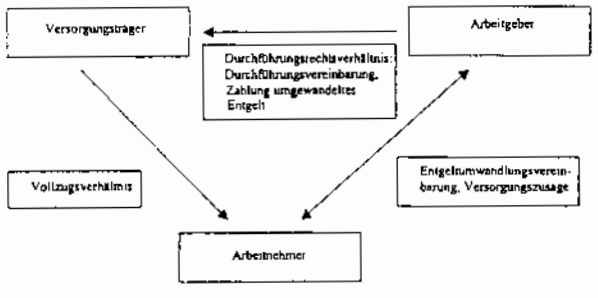
### 2.1 Grundgedanke der Entgeltumwandlung

Der Entgeltumwandlung liegt nach § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG[4] folgendes Prinzip zugrunde: **Künftige Entgeltansprüche des Arbeitnehmers** werden in eine **wertgleiche Anwartschaft auf Versorgungsleistungen umgewandelt.** Die Durchführung der Umwandlung erfolgt, soweit der Arbeitgeber nicht selbst Träger der Versorgung ist (Direktzusage), über einen externen Versorgungsträger. An diesen führt der Arbeitgeber die Entgeltbestandteile, auf die der Arbeitnehmer zugunsten seiner Altersversorgung verzichtet hat, in Form von Beiträgen bzw. Zuwendungen ab. Gegen den Versorgungsträger hat der Arbeitnehmer im Versorgungsfalle einen Anspruch auf Leistung.[5] Die Entgeltumwandlung wird nicht durch den Arbeitgeber, sondern *nur* durch den Arbeitnehmer finanziert. Dies unterscheidet sie von den übrigen Varianten der betrieblichen Altersversorgung.

### 2.2 Vertragliche Beziehungen

Bei der Entgeltumwandlung sind zwei Vereinbarungen voneinander zu unterscheiden: Zum einen die Entgeltumwandlungsvereinbarung (Arbeitnehmer – Arbeitgeber), zum anderen die Durchführungsvereinbarung (Arbeitgeber – Versorgungsträger).

Abb.: Vereinbarungen bei der Entgeltumwandlung:




Mit der *Entgeltumwandlungsvereinbarung* gemäß § 1 a Abs. 1 S. 2 BetrAVG vereinbaren Arbeitnehmer und Arbeitgeber arbeitsrechtlich alle relevanten Punkte der Entgeltumwandlung. Zu den unverzichtbaren Vertragsbestandteilen zählt – neben der Höhe des umzuwandelnden Entgelts und der Zusage einer wertgleichen Anwartschaft – die Festlegung des Durchführungswegs.[6]

Im Anschluss an die Entgeltumwandlungsvereinbarung folgt die *Durchführungsvereinbarung*, also die Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Versorgungsträger über die Durchführung der Entgeltumwandlung. Dabei wird der **Inhalt der arbeitsrechtlichen Entgeltumwandlungsvereinbarung in die Durchführungsvereinbarung transformiert.** Der Arbeitgeber hat insoweit keinen Umsetzungsspielraum. Er ist aus Rechtsgründen gehalten, die inhaltlichen Vorgaben der Entgeltumwandlungsvereinbarung bei Abschluss der Durchführungsvereinbarung zu beachten. Andernfalls setzt er sich der Haftung gemäß § 1 Abs. 1 S. 3 BetrAVG aus. Danach hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gegenüber für die Erfüllung der arbeitsrechtlich zugesagten Leistung einzustehen, soweit der externe Versorgungsträger hinter dieser zurückbleibt (sog. Einstandspflicht).[7]

### 2.3 Bestimmung des Versorgungsträgers durch Arbeitsvertrag

**Im Rahmen der Entgeltumwandlungsvereinbarung können Arbeitnehmer und Arbeitgeber** nicht nur den Durchführungsweg, sondern auch **den Versorgungsträger** – also die konkrete Einrichtung, über welche die Versorgung durchgeführt wird – **bestimmen.**[8] Dies ergibt sich aus dem Wortlaut und der Systematik des § 1 a Abs. 1 S. 2 und 3 BetrAVG. § 1 a Abs. 1 S. 2 BetrAVG bestimmt, dass die *Durchführung* der Entgeltumwandlung durch Vereinbarung geregelt wird. Gemäß dem Wortlaut des § 1 a Abs. 1 S. 3 HS 1 BetrAVG („[...] durchzuführen [...]") gehört die Frage, welcher Versorgungsträger die Versorgung übernimmt, zur Durchführung. Nach dieser Vorschrift kann der Arbeitgeber *eine* Pensionskasse oder *einen* Pensionsfonds bestimmen. D. h., es kann eine konkrete Einrichtung dieser Art, und nicht etwa nur der gattungsmäßig bestimmte Durchführungsweg „Pensionskasse" oder „Pensionsfonds" vom Arbeitgeber festgelegt werden.[9] Soweit eine Auswahl innerhalb der Durchführungswege Pensionskasse, Pensionsfonds oder Direktversicherung erfolgt, wird sie Bestandteil der Entgeltumwandlungsvereinbarung.[10] Der Arbeitnehmer kann in diesem Fall keine anderweitige Durchführung verlangen (vgl. § 1 a Abs. 1 S. 3 HS 2 BetrAVG).[11] Er kann lediglich das Angebot des Arbeitgebers annehmen oder es ableh-

3 Soweit im Folgenden von der Bestimmung bzw. der Festlegung des Versorgungsträgers die Rede ist, gilt das Gesagte zugleich für den Fall einer Beschränkung der möglichen Versorgungsträger. Eine solche Beschränkung ist als logisches Minus im Begriff der Bestimmung/Festlegung enthalten, weil eine vollständige Determinierung stets die Beschränkung auf eins bedeutet.

4 Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung vom 19. 12. 1974 (BGBl. I 1974, 3610), zuletzt geändert durch Gesetz vom 29. 8. 2005 (BGBl. I S. 2546).

5 Auch im Rahmen des externen Durchführungswegs der Unterstützungskasse gewährt die st. Rspr. (ungeachtet des Wortlauts des § 1 b Abs. 4 S. 1 BetrAVG) dem Arbeitnehmer einen – unter dem Vorbehalt des Widerrufs aus sachlichen Gründen stehenden – Anspruch gegen den Versorgungsträger (grundlegend BAG, 23. 10. 1962 – 3 AZR 85/61 – AP Nr. 86 zu § 242 BGB Ruhegehalt).

6 *Blomeyer/Otto*, BetrAVG, 3. Aufl., § 1 Rn. 123 und 127.

7 Vgl. hierzu ausführlich *Kemper*, in: Kemper/Kister-Kölkes/Berends/Bode/Pühler, BetrAVG, § 1 Rn. 202 f.

8 *Blomeyer/Otto*, a. a. O. Rn. 144.

9 Der Gesetzgeber (BT-Drs. 14/4595 S. 67) stellt dies auch für den Fall der Direktversicherung klar und erläutert, dass mit der gewählten Kompetenzverteilung der Verwaltungsaufwand des Arbeitgebers in Grenzen gehalten werden kann. Dieser wäre andernfalls mit einer Vielzahl von Vertragspartnern mit jeweils unterschiedlichen Konditionen der betrieblichen Altersversorgung konfrontiert.

10 Vgl. *Blomeyer/Otto*, a. a. O., § 1 a Rn. 33.

11 Lediglich in den Fällen, in denen der Arbeitgeber die Entgeltumwandlung mittels Direktzusage oder Unterstützungskasse in Aussicht stellt oder gar keine Lösung offeriert, hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Durchführung über eine Direktversicherung (§ 1 a Abs. 1 S. 3 HS 1 BetrAVG, s. a. *Blomeyer/Otto*, a. a. O.). Aus dem in Fn. 9 genannten Grunde (Vermeidung von Verwaltungsaufwand) verbleibt es aber in jedem Falle bei der Zuständigkeit des Arbeitgebers, einen konkreten Versicherungsträger auszuwählen (BAG, 19. 7. 2005 – 3 AZR 502/04 [A] – DB 2005, 2252).

nen – mit der Folge, dass keine Entgeltumwandlung zu seinen Gunsten durchgeführt wird.[12]

### 2.4 Bestimmung des Versorgungsträgers durch Tarifvertrag

Da die Bestimmung eines Versorgungsträgers individualarbeitsrechtlich vereinbar ist, kann sie bereits nach allgemeinen Grundsätzen durch Tarifvertrag erfolgen (§ 1 Abs. 1 TVG[13] i. V. m. § 1 a Abs. 1 S. 2 BetrAVG).[14] Darüber hinaus **stellt das Betriebsrentenrecht die gesamten Modalitäten der Entgeltumwandlung** in Form des § 1 a BetrAVG, also das „Ob" und das „Wie" derselben, **unter Tarifvorbehalt** (§ 17 Abs. 3 S. 1 BetrAVG). Damit ist auch die Festlegung des Versorgungsträgers (§ 1 a Abs. 1 S. 2 und 3 BetrAVG) vom Tarifvorbehalt des § 17 Abs. 3 S. 1 BetrAVG erfasst.[15] Dagegen kann nicht eingewandt werden, dass der einzelne Arbeitgeber in seiner Entscheidungsfreiheit beschränkt wird. Denn dieser Umstand liegt in der Natur eines Tarifvertrags und trifft auf alle tarifvertraglich regelbaren Gegenstände zu.[16] Soweit Entgeltansprüche auf einem Tarifvertrag beruhen, geht der Gesetzgeber sogar noch einen Schritt weiter in Richtung Tarifautonomie. In diesem Falle kann eine Entgeltumwandlung nur vorgenommen werden, soweit dies durch Tarifvertrag vorgesehen ist (§ 17 Abs. 5 BetrAVG).

Die Möglichkeit zur tarifvertraglichen Festlegung des Versorgungsträgers über den einzelnen Betrieb hinaus ist nicht nur rechtlich zulässig, sondern auch **sachgerecht.**[17] Dies gilt insbesondere für den öffentlichen Dienst.

- Es können Kostenvorteile aus gewachsenen Strukturen genutzt und an die Arbeitnehmer in Form höherer Überschussbeteiligung weitergereicht werden.[18]
- Ferner droht dem Bewährten kein Schaden durch willkürlichen Wechsel des Versorgungsträgers.[19] Ein solcher wäre geeignet, allgemeine Verunsicherung bei den betroffenen Arbeitnehmern über das sensible Thema Altersversorgung hervorzurufen und damit vor eigenverantwortlicher Vorsorge abzuschrecken.
- Der im öffentlichen Dienst im besonderen Maße zu beachtende Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet eine gleichförmige Behandlung aller Beschäftigten. Daraus resultiert das Erfordernis einer gleichförmig durchgeführten betrieblichen Altersversorgung, mithin einer weitestgehenden Begrenzung möglicher Versorgungsträger.
- Ferner spricht der Grundsatz der Einheit des öffentlichen Dienstes für eine Durchführung der Entgeltumwandlung über die in § 6 TV-EUmw/VKA genannten Institutionen. Denn diese sind selbst Bestandteil des öffentlichen Dienstes.[20] Sie sind aber auch die einzigen Einrichtungen, die *zugleich* rechtlich und technisch-organisatorisch in der Lage sind, die versicherungsförmige Entgeltumwandlung im kommunalen öffentlichen Dienst durchzuführen.
- Durch Inanspruchnahme der Zusatzversorgungskassen im Rahmen der Entgeltumwandlung wird – da die Pflichtversicherung als Hauptkomponente der Zusatzversorgung nach § 2 Abs. 1 S. 1 ATV-K[21] ebenfalls dort durchzuführen ist – eine rechtspolitisch erwünschte Versorgung „aus einer Hand" gewährleistet.[22]

## 3. Argumente aus dem vergaberechtlichen System

Das vergaberechtliche System selbst enthält mehrere Elemente, die gegen die Anwendbarkeit der §§ 97 ff. GWB auf die Durchführung der Entgeltumwandlung sprechen.

### 3.1 Herkunft der Mittel aus dem Arbeitsentgelt des Arbeitnehmers

Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung ist zur Bestimmung des Anwendungsbereichs eines Normenkomplexes dessen Schutzzweck heranzuziehen.[23]

Der Durchführung eines Vergabeverfahrens liegt der Gedanke zugrunde, die *wirtschaftliche* Beschaffung zugunsten der öffentlichen Hand sicherzustellen (**„best value for public money"**).[24] Einer der zentralen Zwecke der §§ 97 ff. GWB ist – neben der Transformation europäischen Rechts – der Schutz öffentlicher Mittel.

Diese Zielsetzung ergibt sich zunächst **unmittelbar aus dem Gesetzestext.** Nach § 98 Nr. 2 GWB sind juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts dann öffentliche Auftraggeber, wenn sie überwiegend durch Gebietskörperschaften bzw. deren Verbände finanziert werden. Nach § 98 Nr. 5 GWB sind Personen des privaten Rechts öffentliche Auftraggeber, soweit sie für bestimmte Maßnahmen von öffentlichen Stellen Mittel erhalten, mit denen diese Vorhaben zu mehr als 50 % finanziert werden. Bei der Ausgestaltung seines Anwendungsbereichs stellt das Vergaberecht also in wesentlichen Punkten auf die Herkunft der in Rede stehenden Mittel ab. Nur dort, wo schwerpunktmäßig öffentliche Mittel zur Verwendung kommen sollen, greift der Schutzmechanismus der §§ 97 ff. GWB ein.

Noch deutlicher tritt der entsprechende Wille des Gesetzgebers in den **Gesetzesmaterialien** zum Vergaberechtsänderungsgesetz[25] hervor. Der Gesetzgeber begründet die neuen vergaberechtlichen Regelungen neben der Umsetzung europarechtlicher Vorgaben damit, dass diese zu wirtschaftlichem Einkauf und „zu noch sparsamerer Verwendung öffentlicher Mittel" führen.[26]

---

12 *Blomeyer/Otto*, a. a. O.

13 Tarifvertragsgesetz i. d. F. vom 25. 8. 1969 (BGBl. I S. 1323), zuletzt geändert durch Gesetz vom 25. 11. 2003 (BGBl. I S. 2304).

14 Vgl. *Rotermund/Bergt-Weis*, a. a. O. S. 460.

15 *Ahrend/Förster/Rühmann*, BetrAVG, 10. Aufl., § 17 Rn. 24; *Blomeyer/Otto*, a. a. O. Rn. 42 und § 1 Rn. 132.

16 Vgl. *Steinmeyer*, ErfK, 6. Aufl., § 17 BetrAVG Rn. 37.

17 Die folgenden Aspekte übersieht *Hanau* (a. a. O., S. 2269) offenbar, wenn er dem TV-EUmw/VKA unterstellt, nur den Interessen der Versorgungsträger und nicht denen der Arbeitnehmer zu dienen. Gleiches gilt für *Kupfer/Neumann* (a. a. O.), die – freilich ohne Begründung – bezweifeln, dass § 6 TV-EUmw/VKA auch nur einer Seite der Tarifvertragsparteien nützt.

18 Vgl. *Ahrend/Förster/Rühmann*, a. a. O.

19 *Ahrend/Förster/Rühmann*, a. a. O.

20 Die unter dem Begriff „Einheit des öffentlichen Dienstes" zusammengefassten Arbeitgeber sind exemplarisch in der Protokollerklärung Nr. 2 zu § 1 Abs. 4 Nr. 1 des Tarifvertrags über eine Zuwendung für Angestellte vom 12. Oktober 1973, zuletzt geändert durch Tarifvertrag vom 31. 1. 2003 angeführt (vgl. BAG 24. 1. 2001 – 10 AZR 90/00 – ZTR 2001, 320 f.). Dies sind im Wesentlichen Gebietskörperschaften, sonstige – öffentliches Tarifrecht anwendende – juristische Personen des öffentlichen Rechts sowie Mitglieder öffentlicher Arbeitgebervereinigungen.

21 Tarifvertrag über die zusätzliche Altersvorsorge der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes vom 1. 3. 2002, zuletzt geändert durch Tarifvertrag vom 14. 6. 2005.

22 Dieser rechtspolitische Wunsch des Gesetzgebers äußert sich z. B. dadurch, dass mit § 4 BetrAVG i. d. F. seit dem 1. 1. 2005 ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Übertragung seiner bestehenden Anwartschaft auf einen neuen Arbeitgeber geschaffen wurde. Damit soll die Kumulation mehrerer „Mini-Anwartschaften" bei verschiedenen Versorgungsträgern im Laufe eines Erwerbslebens verhindert werden (vgl. BT-Drs. 15/2150, S. 27).

23 Vgl. z. B. BGH 3. 11. 2004 – VIII ZR 375/03 – NJW 2005, 53 ff. (Heranziehung des Schutzzweckes des in § 312 d Abs. 1 BGB geregelten Widerrufsrechts zur Festlegung des sachlichen Anwendungsbereichs der Norm) und BGH 10. 7. 1996 – VIII ZR 213/95 – BGHZ 133, 220 ff. (Abstellen auf den Schutzzweck des Verbraucherkreditgesetzes zur Bestimmung des persönlichen Anwendungsbereichs desselben).

24 Vgl. *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., Vor § 97 ff. Rn. 1.

25 Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge vom 26. 8. 1998 (BGBl. I 1998, 2512). Mit diesem Gesetz wurden die Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge in das GWB eingefügt.

26 BT-Drs. 13/9340, A. 4 (S. 13).

Danach steht außer Zweifel, dass das deutsche Vergaberecht namentlich den Schutz öffentlicher Mittel bezweckt.[27] Wie bereits dargestellt, handelt es sich bei der Entgeltumwandlung *ausschließlich* um die Weiterreichung von Entgeltbestandteilen des Arbeitnehmers.[28] Eines Schutzes öffentlicher Mittel bedarf es in diesem Rahmen nicht, die §§ 97 ff. GWB würden insoweit ins Leere laufen.

### 3.2 Keine Entgeltlichkeit aus der maßgeblichen Sicht des Arbeitgebers

Gemäß § 99 Abs. 1 GWB ist ein Auftrag nur dann vergaberechtlich relevant, wenn er einen entgeltlichen Vertrag zum Gegenstand hat.

Entgeltlichkeit im Sinne dieser Vorschrift liegt vor, wenn der Empfänger einer versprochenen Leistung seinerseits eine Gegenleistung zu erbringen hat.[29] Der Versorgungsträger erbringt bei der Entgeltumwandlung eine Leistung, indem er betriebliche Altersversorgung durchführt. Der Arbeitgeber erbringt dafür *selbst* aber keine Gegenleistung; er übermittelt vielmehr treuhänderisch für den Arbeitnehmer die Gegenleistung in Form der Beitragszahlung aus dem Entgelt des Arbeitnehmers. Ein **wirtschaftliches Austauschverhältnis besteht nur zwischen dem Versorgungsträger und dem Arbeitnehmer,** nicht aber dem Arbeitgeber. Auf dessen Sicht kommt es aber gerade an, weil nur er – und nicht etwa seine Arbeitnehmer – als vergaberechtliches Rechtssubjekt in Betracht kommt (vgl. § 98 GWB). Der **Arbeitgeber übernimmt lediglich eine Zahlstellenfunktion.** Daher ist der Vertrag zwischen ihm und dem Versorgungsträger nicht entgeltlich i. S. d. § 99 Abs. 1 GWB.

Dagegen kann nicht ins Feld geführt werden, dass bisweilen Verträge als entgeltlich angesehen wurden, bei denen die Gegenleistung von einem Dritten zu erbringen war.[30] Gegenstand solcher Entscheidungen war stets ein Konzessionsvertrag. Bei einem solchen erhält der Auftragnehmer die ihm zustehende Leistung nicht in Form eines bestimmten Entgelts des Auftraggebers. Vielmehr muss er seinerseits eine angemessene Vergütung an den Auftraggeber abführen. Dies geschieht allerdings auf Basis des Erlöses, den der Auftragnehmer durch Inanspruchnahme eines Dritten erlangt. Die Anwendung des Vergaberechts auf solche Verträge ist konsequent, weil hier öffentliche Mittel tangiert sind. Denn je nach Qualität der gewählten Auftragnehmer erhält die öffentliche Hand mal mehr, mal weniger Einnahmen, so dass bei unkontrollierter Vergabe auch defizitäre Auftragsvergaben denkbar sind. Dagegen bleiben öffentliche Mittel bei der Entgeltumwandlung – wie bereits dargelegt[31] – gänzlich unberührt.

Mangels Entgeltlichkeit des Verhältnisses Arbeitgeber – Versorgungsträger ist in der Durchführung der Entgeltumwandlung kein vergaberechtlich relevanter Auftrag zu erblicken.

### 3.3 Verhältnis zwischen Tarifrecht und Kartellrecht – Auswirkungen auf den Vierten Teil des GWB

§ 1 GWB untersagt wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen. Diese Vorschrift ist wegen der generellen Fassung ihres Wortlauts und ihrer Voranstellung in der Systematik des Gesetzes die maßgebliche Grundsatznorm des GWB. Sie findet bei Verträgen und Verhaltensabstimmungen, die das Marktverhalten auf dem Arbeitsmarkt regeln, allerdings nur eingeschränkt Anwendung.[32] Insbesondere sind die durch Gesetz zugelassenen **Vereinbarungen des kollektiven Arbeitsrechts von der Anwendung dieser Vorschrift ausgenommen,** d. h. soweit verbindliche Kollektivvereinbarungen in Tarifverträgen erlaubt sind, kann das Kartellverbot nicht eingreifen.[33] Das **Tarifvertragsrecht ist insoweit lex specialis zum Kartellrecht.**[34] Die Durchführung der Entgeltumwandlung ist durch Tarifvertrag regelbar[35] und somit vom Anwendungsbereich der Grundsatznorm des § 1 GWB ausgenommen.

Diese Wertung, wonach ein Entgeltumwandlungstarifvertrag sich einer kartellrechtlichen Beurteilung entzieht, hat auch Bedeutung für das Vergaberecht. Denn die Vorschriften des allgemeinen Kartellrechts (§§ 1 ff. GWB) und diejenigen des Kartellvergaberechts (§§ 97 ff. GWB) stehen nicht etwa lose hintereinander, sondern sind systematisch in dem Gesamtregelwerk des GWB miteinander verknüpft.[36] Der Gesetzgeber begründet die „Verortung" des Vergaberechts im GWB damit, „dass auf erprobte Begriffe und Verfahrensregelungen des Kartellrechts unmittelbar Bezug genommen werden kann".[37] Wo der Gesetzgeber eine Anlehnung an die bisherige Auslegung des GWB nicht wollte, hat er dies durch eine Abweichung im Wortlaut deutlich gemacht.[38] Aus diesem Grunde sind die **Bestimmungen des Kartellvergaberechts entsprechend dem Verständnis des allgemeinen Kartellrechts auszulegen.**[39]

Vergaberechtliche Vorgaben sind also im Lichte des allgemeinen Kartellrechts zu betrachten. Daher **indiziert die Nichtanwendbarkeit der Grundsatznorm des § 1 GWB auf Tarifverträge die Nichtanwendbarkeit der §§ 97 ff. GWB** auf den tarifvertraglich geregelten Bereich der Entgeltumwandlung. Ein **anderweitig artikulierter Wille des Gesetzgebers ist nicht erkennbar.** Eine anderslautende Auslegung würde überdies zu einem vom Gesetzgeber ausdrücklich nicht gewünschten Wertungswiderspruch zwischen dem allgemeinen Kartellrecht und dem Kartellvergaberecht führen.

Da Tarifverträge nicht dem Anwendungsbereich des allgemeinen Kartellrechts unterliegen, wird auch der tarifvertraglich geregelte Bereich der Entgeltumwandlung – mangels entgegenstehender Anhaltspunkte – nicht vom Kartellvergaberecht erfasst.

## 4. Argumente aus der arbeitsrechtlichen Determinierung der Entgeltumwandlung

Aus dem bisher Gesagten geht hervor, dass die Entgeltumwandlung arbeitsrechtlich determiniert ist. Hieraus ergeben sich auch Konsequenzen auf den insoweit fraglichen Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB.[40]

### 4.1 Einheitliche Betrachtung der Entgeltumwandlung als arbeitsvertragliche Vereinbarung

Nach § 100 Abs. 2 Alt. 1 GWB gelten die vergaberechtlichen Vorschriften des GWB nicht für Arbeitsverträge. Daher fällt die *Entgeltumwandlungsvereinbarung* als arbeitsrechtliche Vereinbarung zweifellos nicht unter das Vergaberecht.

27 Dass sich aus europarechtlichen Gesichtspunkten zusätzliche Schutzzwecke ergeben mögen, steht dem nicht entgegen. Angesichts des klaren Wortlauts des Gesetzes sowie der Gesetzesbegründung ist die Auffassung von *Kupfer/Neumann* (a. a. O., S. 44), wonach die Herkunft der Mittel im vergaberechtlichen Kontext völlig unerheblich sei, jedoch nicht nachvollziehbar.

28 S. o. 2.1 und *Poschke*, a. a. O., S. 565.

29 BGH 1. 2. 2005 – X ZB 27/04 – BGHZ 162, 116 ff.

30 Z. B. OLG Düsseldorf 2. 8. 2000 – Verg 7/00 – NZBau 2000, 530 f.

31 S. o. 3.1.

32 *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 1 Rn. 303; *Poschke*, a. a. O.

33 *Zimmer* a. a. O. Rn. 304; *Rotermund/Bergt-Weis*, a. a. O. S. 460.

34 *Zimmer* a. a. O. m. w. N.

35 S. o. 2.4.

36 Erster bis Dritter Teil: Kartellrecht; Vierter Teil: Vergaberecht; Fünfter Teil: Gemeinsame Vorschriften.

37 BT-Drs. 13/9340, S. 13.

38 *Dreher*, a. a. O. Rn. 86.

39 *Dreher*, a. a. O.

40 Auf die folgenden Aspekte gehen *Kupfer/Neumann* (a. a. O.) nicht ein. Damit kommen sie voreilig zu dem Schluss, dass § 6 TV-EUmw/VKA mit höherrangigem Recht unvereinbar sei.

Die *Durchführungsvereinbarung* ist akzessorisch zur Entgeltumwandlungsvereinbarung, weil diese logisch und zeitlich stets vorgelagert ist und die Leistungsinhalte vorgibt. Der Arbeitgeber hat nach entsprechender arbeitsrechtlicher Bindung gegenüber dem Versorgungsträger keinen Spielraum hinsichtlich der Leistungsgestaltung.[41] Kurz gesagt: Die **Durchführungsvereinbarung „folgt" der Entgeltumwandlungsvereinbarung.** Umgekehrt wäre der Abschluss einer Durchführungsvereinbarung ohne den vorhergehenden Abschluss einer Entgeltumwandlungsvereinbarung sinnlos, weil erstens kein Gegenstand im Sinne einer Geschäftsgrundlage der Durchführung vorhanden wäre und zweitens keine Kriterien für die inhaltliche Gestaltung ersichtlich wären. Aus diesen Gründen können beide Vereinbarungen nur einheitlich behandelt werden.

Wie dargelegt, ist die Entgeltumwandlungsvereinbarung der Durchführungsvereinbarung logisch sowie zeitlich vorgelagert und gibt dieser akzessorietätsbegründend den Leistungsinhalt vor. Daher ist es geboten, die Regeln, die für die Entgeltumwandlungsvereinbarung als dominante Vereinbarung anzuwenden sind, auf die „passiv-folgende" Durchführungsvereinbarung zu erstrecken.

Entsprechend § 100 Abs. 2 Alt. 1 GWB gelten also die vergaberechtlichen Vorschriften des GWB weder für die Entgeltumwandlungs- noch für die Durchführungsvereinbarung.

### 4.2 Grenzziehung zwischen Arbeitsrecht und Vergaberecht: Vermeidung einfachgesetzlicher Normenkollision

Bei der Auslegung von Gesetzen gilt es, das Ziel der „Einheit des Rechts" zu wahren und demgemäß **Widersprüche der auszulegenden Norm zu gleichrangigen Normen zu vermeiden.**[42]

Die Regelungsbefugnis hinsichtlich der Durchführung der Entgeltwandlung umfasst auch die Festlegung des Versorgungsträgers und liegt in den Händen der Arbeitsvertrags- bzw. Tarifvertragsparteien (§ 17 Abs. 3 S. 1 BetrAVG bzw. § 1 Abs. 1 TVG i. V. m. § 1 a Abs. 1 S. 2 BetrAVG).[43] Zur Vermeidung einer einfachgesetzlichen Normenkollision kann dies bei der Auslegung der §§ 97 ff. GWB nicht unbeachtet bleiben, soweit die Durchführung der Entgeltumwandlung in Rede steht.

Für ein Zurücktreten der §§ 97 ff. GWB gegenüber § 17 Abs. 3 S. 1 BetrAVG bzw. § 1 Abs. 1 TVG i. V. m. § 1 a Abs. 1 S. 2 BetrAVG sprechen an dieser Stelle zwei Gründe:

Erstens: **Es steht fest, dass der Versorgungsträger *arbeitsrechtlich* durch Tarifvertrag bestimmt werden kann.** Fraglich ist dagegen, ob die Durchführung der Entgeltumwandlung vom Anwendungsbereich des Vergaberechts erfasst wird. Es ist unter dem Gesichtspunkt der eingangs beschriebenen Normenharmonie naheliegend, den *feststehenden* Teil einer Normenkumulation zur Bestimmung der Grenzen des *fraglichen* Teils derselben heranzuziehen. Deshalb gilt: Soweit die Vorschriften des Betriebsrenten- bzw. Tarifvertragsgesetzes *unzweifelhaft* reichen, bleibt kein Raum für *in Frage stehendes* Vergaberecht.

Zweitens: § 17 Abs. 3 S. 1 BetrAVG bzw. § 1 Abs. 1 TVG i. V. m. § 1 a Abs. 1 S. 2 BetrAVG regelt die *spezielle* Frage, über welchen Träger die Entgeltumwandlung durchzuführen ist. Dagegen wollen die §§ 97 ff. GWB grundsätzlich jede Dienstleistung erfassen und sind insoweit erheblich *allgemeiner* gefasst. **§ 17 Abs. 3 S. 1 BetrAVG bzw. § 1 Abs. 1 TVG i. V. m. § 1 a Abs. 1 S. 2 BetrAVG ist hinsichtlich der Entgeltumwandlung lex specialis zu §§ 97 ff. GWB.** Letztere werden nach dem allgemeinen Rechtsgrundsatz *lex specialis derogat legi generali* verdrängt.

Um Widersprüche zwischen einfachgesetzlichem Arbeitsrecht und Vergaberecht zu vermeiden, ist die Grenze des Anwendungsbereichs der §§ 97 ff. GWB dort zu ziehen, wo ein Versorgungsträger zur Durchführung einer Entgeltumwandlung arbeitsrechtlich bereits bestimmt ist.

### 4.3 Grenzziehung zwischen Arbeitsrecht und Vergaberecht: Vorrang der Verfassung

Neben dem Auslegungsgebot der Vermeidung einfachgesetzlicher Normenkollision gilt der Vorrang der Verfassung (Art. 20 Abs. 3, Art. 1 Abs. 3 GG). Danach kann eine verfassungsrechtliche Gewährleistung nicht kraft einfachen Rechts ausgeschaltet werden.[44]

Gemäß § 17 Abs. 3 S. 1 BetrAVG bzw. § 1 Abs. 1 TVG i. V. m. § 1 a Abs. 1 S. 2 BetrAVG dürfen die Tarifvertragsparteien den Versorgungsträger im Rahmen der Entgeltumwandlung durch Tarifvertrag bestimmen.[45] Sollte ihnen entgegen ihrer Befugnis diese Möglichkeit, etwa durch Anordnung eines Vergabeverfahrens zur Auswahl des Versorgungsträgers, versagt werden, so würde sich dies zugleich als **ungerechtfertigter Eingriff in Art. 9 Abs. 3 GG [Koalitionsfreiheit]** erweisen.

In den Schutzbereich dieses Grundrechts fällt insbesondere die Betätigung der Sozialpartner zum Zwecke der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch Abschluss von Tarifverträgen **(Tarifautonomie).**[46] Die Tarifvertragsparteien besitzen dabei eine **Einschätzungsprärogative,** soweit die *Beurteilung der tatsächlichen Regelungsprobleme und der Regelungsfolgen* in Frage steht. Ferner kommt ihnen ein **Beurteilungs- und Ermessensspielraum** hinsichtlich der *inhaltlichen Gestaltung der Regelungen* zu.[47] Die Tarifpartner des kommunalen öffentlichen Dienstes haben aus den von ihnen als wichtig erachteten Gründen zum Zwecke der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen die Versorgungsträger gemäß § 6 TV-EUmw/VKA begrenzt. Die dabei zugrunde gelegte Einschätzungsprärogative bzw. der ausgefüllte Beurteilungs- und Ermessensspielraum steht nicht zur Disposition des Rechtsanwenders. Es ist nicht Aufgabe der Gerichte zu prüfen, ob die Tarifvertragsparteien die gerechteste und zweckmäßigste Lösung für den zu regelnden Sachverhalt gefunden haben.[48] Demnach ist die tarifvertragliche Vereinbarung des § 6 TV-EUmw/VKA von der in Art. 9 Abs. 3 GG verankerten Tarifautonomie gedeckt.

Unterstellt, der Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB wäre derart auszudehnen, dass zur Auswahl eines Versorgungsträgers ein Vergabeverfahren durchgeführt werden müsste, so wäre dies als Eingriff in den beschriebenen Schutzbereich zu qualifizieren, für den keine verfassungsrechtlich relevanten Rechtfertigungsgründe ersichtlich wären.

Eine solch extensive Anwendung der §§ 97 ff. GWB verstieße mithin gegen Art. 9 Abs. 3 GG. Um einen Grundrechtsverstoß von vornherein auszuschließen, ist eine **verfassungskonforme Auslegung** der §§ 97 ff. GWB geboten. Im Ein-

41 Eine entsprechende Obliegenheit des Arbeitgebers ergibt sich aus dessen Einstandspflicht gemäß § 1 Abs. 1 S. 3 BetrAVG, vgl. o. 2.2.

42 *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., S. 48 f.

43 S. o. 2.4.

44 BVerfG 20. 4. 1982 – 1 BvR 426/80 – BVerfGE 60, 234 ff.

45 S. o. 2.4.

46 BVerfG 10. 1. 1995 – 1 BvF 1/90 – BVerfGE 92, 26 ff.

47 BAG 14. 10. 2003 – 9 AZR 146/03 – ZTR 2004, 411 ff. m. w. N.

48 BAG a. a. O. m. w. N. Dies bedeutet, selbst wenn man andere als die unter 2.4 genannten Gründe für die Beschränkung der Versorgungsträger für überzeugender halten sollte: Die Ermessensausübung der Tarifvertragsparteien in diesem Punkt kann nicht durch Erwägungen Außenstehender ersetzt werden.

klang mit dem Wortlaut dieser Bestimmungen ist deren Anwendungsbereich dahingehend zu begrenzen, dass die Durchführung der Entgeltumwandlung nicht erfasst wird.

## 5. Ergebnis und Zusammenfassung

Nach den dargelegten Argumenten ergibt sich abschließend folgendes Bild: Im Rahmen der Entgeltumwandlung im kommunalen öffentlichen Dienst ist kein Vergabeverfahren zur Auswahl des Versorgungsträgers durchzuführen. Denn § 6 TV-EUmw/VKA bestimmt die möglichen Versorgungsträger abschließend. Für die §§ 97 ff. GWB bleibt insoweit kein Raum. Dies ergibt sich bereits aus dem vergaberechtlichen System mit seinen Voraussetzungen (Mittelherkunft, Entgeltlichkeit des Vertrags, Gleichlauf mit allgemeinem Kartellrecht) und Anwendungsausnahmen (Arbeitsverträge). Jedenfalls begrenzen arbeitsrechtliche Sondervorschriften einfachgesetzlich (BetrAVG, TVG), aber auch verfassungsrechtlich (Art. 9 Abs. 3 GG) den Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB dergestalt, dass die Durchführung der Entgeltumwandlung hiervon nicht erfasst wird.