

An
die Parlamentsdirektion,
den Rechnungshof,
den Verfassungsgerichtshof,
den Verwaltungsgerichtshof,
das Bundesverwaltungsgericht,
alle Landesverwaltungsgerichte,
alle Bundesministerien,
alle Sektionen des BMVRDJ,
die Ämter der Landesregierungen,
die Verbindungsstelle der Bundesländer,
den Österreichischen Gemeindebund,
den Österreichischen Städtebund,
die Bundestheater-Holding GmbH,
die Bundesanstalt „Statistik Österreich“,
die Österreichische Bundesforste AG,
die ÖBB-Holding AG,
die Österreichische Post AG,
die Telekom Austria AG,
die Bundesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Österreich,
die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH,
das Präsidium der Finanzprokuratur,
die Wirtschaftskammer Österreich,
die Bundesarbeitskammer,
den Hauptverband der österreichischen
Sozialversicherungsträger,
den Verband der Elektrizitätswerke Österreichs,
den Österreichischen Wasser- und Abfallwirtschaftsverband,
den Verband österreichischer Entsorgungsbetriebe,
die ASFINAG,
die Bundesrechenzentrum GmbH,
die Buchhaltungsagentur des Bundes,
die Österreichische Bundesfinanzierungsagentur,
die Via Donau – Österreichische Wasserstraßen-Gesellschaft
mbH,
die AIT Austrian Institute of Technology GmbH,
die Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH,
die Austro Control GmbH und
die Bundesbeschaffung GmbH

Geschäftszahl: BMVRDJ-VA.C-699/17/0004-V 4/a/2019

**Urteil des Gerichtshofs vom 4. April 2019 in der Rechtssache C-699/17,
Allianz Vorsorgekasse AG; österreichisches Vorabentscheidungsersuchen**

(VwGH); Abschluss von Verträgen mit Betrieblichen Vorsorgekassen über die Verwaltung und Veranlagung von Entgeltbeiträgen; mittelbarer Einfluss auf Auswahl des Vertragspartners; Rundschreiben

1. Ausgangsverfahren

Als Arbeitgeber sind die betroffenen Gesellschaften (Bundestheater-Holding GmbH, Burgtheater GmbH, Wiener Staatsoper GmbH, Volksoper Wien GmbH, ART for ART Theaterservice GmbH) nach dem BMSVG verpflichtet, für ihre Arbeitnehmer einen prozentualen Anteil des monatlichen Entgelts als Beitrag an eine Betriebliche Vorsorgekasse zu überweisen, die diese Beiträge verwaltet und veranlagt. Dazu ist ein Beitrittsvertrag zwischen der Betrieblichen Vorsorgekasse und dem beitretenden Arbeitgeber abzuschließen. Diese Regelung dient zur Gewährung einer Abfertigung an Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Bis zum Jahr 2016 bestand zwischen den im vorliegenden Fall betroffenen Gesellschaften als Arbeitgebern und der Allianz Vorsorgekasse AG jeweils ein Beitrittsvertrag, mit dem diese Gesellschaften ihrer Pflicht nach dem BMSVG nachkamen. Im Jahr 2016 führten die betroffenen Gesellschaften zunächst ein Vergabeverfahren durch, in dessen Rahmen auch die Allianz Vorsorgekasse AG ein Angebot abgab. Die Zuschlagsentscheidung wurde jedoch zugunsten eines anderen Bieters getroffen. Nach Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung durch die Allianz Vorsorgekasse AG zogen die Gesellschaften diese Entscheidung zurück und widerriefen das Vergabeverfahren. Weiters schlossen die Gesellschaften einen Beitrittsvertrag mit dem in der (zurückgezogenen) Zuschlagsentscheidung ausgewählten Unternehmen ab und kündigten die bestehenden Beitrittsverträge mit der Allianz Vorsorgekasse AG.

Daraufhin beantragte die Allianz Vorsorgekasse AG beim Bundesverwaltungsgericht (BVwG) die Feststellung, der Abschluss der Beitrittsverträge ohne vorherige Bekanntmachung und ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig. Das BVwG wies diesen Antrag zurück.

Im Revisionsverfahren legte der Verwaltungsgerichtshof dem Gerichtshof eine Frage zur Auslegung der Richtlinie 2014/24/EU, der Art. 49 und 56 AEUV sowie der sich aus diesen ergebenden Grundsätze der öffentlichen Auftragsvergabe im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens vor. Die Frage zielt im Wesentlichen darauf ab, ob die oben genannten Bestimmungen auf den Abschluss der oben dargestellten Beitrittsverträge anwendbar sind, obwohl die Auswahl dieser Vorsorgekassen (aufgrund der nationalen Bestimmungen, die ein Zustimmungs- bzw. Widerspruchsrecht der Arbeitnehmerseite vorsehen) nicht vom öffentlichen Auftraggeber alleine vorgenommen werden kann.

2. Zusammenfassung der Urteilsbegründung

Einleitend führt der Gerichtshof aus, der aus dem Vorlageantrag hervorgehende Auftragswert liege unterhalb des Schwellenwertes der Richtlinie 2014/24/EU, weshalb die Richtlinie nicht anwendbar sei (vgl. Rz. 39f). Es sei zwar, wenn sich nationale Rechtsvorschriften zur Regelung von Sachverhalten nach einem Unionsrechtsakt richten, obwohl diese Sachverhalte nicht in den Anwendungsbereich des betreffenden Unionsrechtsaktes fallen, im Interesse der Union, diese aus dem Unionsrechtsakt übernommenen Bestimmungen einheitlich auszulegen (vgl. Rz. 42). Jedoch sei im vorliegenden Fall nicht ersichtlich, dass das BVergG 2006 die Richtlinie 2014/24/EU unmittelbar und unbedingt auch für unterhalb der Schwellenwerte liegende Aufträge für anwendbar erkläre (vgl. Rz. 45). Die Bezugnahme in den Materialien „zur Regierungsvorlage zum BVergG“ [Anm.: offenbar gemeint die RV zum BVergG 2018] auf die betroffene Richtlinie reiche für sich genommen nicht aus, um einen derartigen unmittelbaren und unbedingten Zusammenhang herzustellen (vgl. Rz. 46). Somit sei die Auslegung der Vorschriften der Richtlinie im vorliegenden Fall nicht gerechtfertigt und müsse die Vorlagefrage hinsichtlich der Richtlinie 2014/24/EU nicht beantwortet werden (vgl. Rz. 43, 47f).

Sofern an einem aufgrund seines Wertes nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU fallenden Auftrag ein von den nationalen Gerichten zu beurteilendes (vgl. Rz. 50) eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse bestehe, seien jedoch die Art. 49 und 56 AEUV sowie die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz zu berücksichtigen (vgl. Rz. 49). Ein derartiges Interesse werde vom vorlegenden Gericht bejaht, weshalb die Vorlagefrage unter Beachtung dieser Bestimmungen und Grundsätze zu beantworten sei (vgl. Rz. 51f).

Die in § 9 BMSVG vorgesehenen Möglichkeiten der Mitwirkung an der bzw. des Widerspruchs gegen die Wahl einer Betrieblichen Vorsorgekasse seien Ausdrucksformen des Grundrechts auf Kollektivverhandlungen (vgl. Rz. 55). Unter Hinweis auf seine bisherige Rechtsprechung (Rs. C-271/08, *EK gegen Deutschland*) führt der Gerichtshof aus, dass die Vergabe eines Auftrags dem Anwendungsbereich der auf das Vergabewesen anwendbaren Grundregeln nicht alleine deswegen entzogen werden könne, weil im Zusammenhang mit dieser Vergabe Kollektivverhandlungsrechte bestehen (vgl. Rz. 56f). Wie in dem der Rs. C-271/08 zugrundeliegenden Fall haben die betroffenen Organisationen als Arbeitgeber zumindest mittelbar Einfluss auf die Auswahl des Vertragspartners. Deshalb befreie auch das Argument, sie könnten die Entscheidung nicht autonom treffen, diese Organisationen nicht von ihrer Verpflichtung, die Grundregeln des Vertrages einzuhalten (vgl. Rz. 58ff).

3. Beantwortung der Vorlagefrage

Vor diesem Hintergrund beantwortet der Gerichtshof die Vorlagefrage dahingehend, dass die Art. 49 und 56 AEUV sowie die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz dahin auszulegen sind, dass sie auf den Abschluss eines Beitrittsvertrages zwischen einem Arbeitgeber – einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft – und einer Betrieblichen Vorsorgekasse betreffend die Verwaltung und Veranlagung von Beiträgen zur Finanzierung von Abfertigungen, die an die Arbeitnehmer dieses Arbeitgebers ausbezahlt werden, anwendbar sind, obwohl der Abschluss einer solchen Vereinbarung nicht allein vom Willen des Arbeitgebers abhängt, sondern der Zustimmung durch die Arbeitnehmerschaft bzw. den Betriebsrat bedarf.

4. Schlussfolgerungen

Mit dem vorliegenden Urteil hat der Gerichtshof – im Wesentlichen unter Berufung auf die bisherige Rechtsprechung – klargestellt, dass auch in Fällen, in denen der öffentliche Auftraggeber den Vertragspartner aufgrund von Kollektivverhandlungsrechten der Arbeitnehmerschaft nicht unabhängig wählen kann, die vergaberechtlichen Grundsätze zur Anwendung kommen, solange der Auftraggeber einen zumindest mittelbaren Einfluss auf die Auswahl des Vertragspartners hat.

Es wird darauf hingewiesen, dass der Gerichtshof in der vorliegenden Entscheidung in Bezug auf die nationalen Regelungen für den Unterschwellenbereich nur das Verhältnis zwischen dem BVergG 2006 und der Richtlinie 2014/24/EU geprüft hat (vgl. Rz. 42ff) und daher keine Aussagen zum Verhältnis des nunmehr geltenden BVergG 2018 zu dieser Richtlinie getroffen hat.

Tragend stützt der Gerichtshof seine Entscheidung darauf, dass den betroffenen Auftraggebern auch unter Berücksichtigung der als Kollektivverhandlungsrechte zu beurteilenden Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer ein zumindest mittelbarer Einfluss auf die Auswahl des Vertragspartners zukomme, weil der Vertrag zwischen dem Arbeitgeber und der Betrieblichen Vorsorgekasse abgeschlossen wird. In der Rs. C-271/08, *EK gegen Deutschland*, hat der Gerichtshof es bereits als ausreichenden mittelbaren Einfluss gesehen, dass eine den eigentlichen Vertragsabschluss determinierende Tarifvertragsbestimmung von den Auftraggebern mitausgehandelt wurde (vgl. Rz. 71 und 74 dieses Urteils). Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes verpflichtet somit bereits eine relativ geringe Einflussmöglichkeit auf die –durch Kollektivverhandlungsrechte beschränkte – Auswahl des Vertragspartners den öffentlichen Auftraggeber zur Einhaltung der vergaberechtlichen Grundsätze des Unionsrechtes. Dies bedeutet ferner, dass bei den die Schwellenwerte der RL

2014/24/EU übersteigenden Auftragsvergaben deren Regelungen zum Tragen kommen bzw. in Österreich die Regelungen des BVergG (für den Ober- bzw. Unterschwellenbereich) zu beachten sind. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang ferner darauf, dass der Gerichtshof explizit nicht auf das Vorbringen der Auftraggeber einging, der Abschluss der Beitrittsverträge unterfalle der Ausnahmeregelung des Art. 10 lit. g der RL 2014/24/EU (Ausnahme betreffend den Abschluss von „Arbeitsverträgen“; zur Auslegung dieser Bestimmung vgl. Rs C-260/17, *Anodiki*). Daraus folgt nach Auffassung des Verfassungsdienstes, dass dieses Argument offenkundig verfehlt ist.

Um sowohl diese Grundsätze als auch die Kollektivverhandlungsrechte der Arbeitnehmer ausreichend zu berücksichtigen, wäre es nach Ansicht des Verfassungsdienstes bezüglich des Abschlusses von Verträgen mit Betrieblichen Vorsorgekassen für öffentliche Auftraggeber sinnvoll, die Auswahl der Betrieblichen Vorsorgekasse bereits vor Zuschlagserteilung mit der Arbeitnehmervertretung einvernehmlich abzustimmen. Dies kann durch deren Einbindung bereits im Vergabeverfahren, etwa durch die Möglichkeit der Mitgestaltung der Ausschreibungsunterlagen oder die Beteiligung an Verhandlungen, oder in der Phase zwischen Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung erfolgen, wofür ein entsprechendes Fristengerüst vorgesehen werden sollte. Alternativ könnte das Einvernehmen mit der Arbeitnehmervertretung auch nach Zuschlagserteilung hergestellt werden, wobei allerdings mit Rechtsinstrumenten wie etwa auflösenden Bedingungen oder Kündigungsmöglichkeiten für den Fall, dass sich ein derartiges Einvernehmen nicht herstellen lässt, vorgesorgt werden müsste.

4. Juni 2019

Für den Bundesminister:

HESSE

Elektronisch gefertigt