

Tarifliche Bestimmung des Versorgungsträgers für die Entgeltumwandlung*



Tarifverträge regeln gelegentlich, welcher Versorgungsträger bei der Umwandlung von Tarifentgelt gewählt werden kann. Damit haben die Tarifparteien primär Anlegerinteressen der Arbeitnehmer im Auge, aber auch Sicherheitsinteressen der Arbeitgeber, die die Ausfallhaftung scheuen. Tarifparteien können aber auch auf Kosten ihrer Mitglieder einen Versorgungsträger begünstigen wollen. Ins Gerede gekommen ist der Tarifvertrag zur Entgeltumwandlung im kommunalen öffentlichen Dienst vom 18.2.2003, der für die Entgeltumwandlung nur öffentliche Zusatzversorgungseinrichtungen, Kommunalversicherer und Sparkassenfinanzdienstleister zuläßt. Hier muß man kein Schuft sein, um Böses zu denken. Gleichwohl wird mit abenteuerlichen Konstruktionen versucht, solche Tarifverträge vor rechtlicher Beanstandung zu bewahren¹. In dem Gefechtsfeld von Betriebsrentenrecht und Tarifrecht einerseits sowie Kartell- und Vergaberecht andererseits ist es schwierig, die Übersicht zu behalten.

I. Arbeitsrechtliche Ausgangslage

Entgeltumwandlung als arbeitnehmerfinanzierte Altersversorgung liegt im Trend: Die Unternehmen drängt es in Zeiten globalen Wettbewerbs weniger zur arbeitgeberfinanzierten Altersversorgung. Zudem ist das Risiko der Altersarmut dem Arbeitnehmer zuzuordnen, weswegen es seine Sache ist, sich hiergegen zu rüsten. Überhaupt nur individuelle Lösungen können individuellen Versorgungsbedürfnissen Rechnung tragen.

Der Gesetzgeber unterstützt den Arbeitnehmer mit dem gesetzlichen Anspruch auf Entgeltumwandlung nach § 1a BetrAVG. Der Arbeitnehmer hat einen Anspruch auf Abschluß einer Entgeltumwandlungsabrede, deren Dogmatik im einzelnen recht schwierig ist². Dabei ist wichtig, daß der Arbeitnehmer weder Anspruch auf einen bestimmten Durchführungsweg hat, noch gar einen bestimmten Versorgungsträger wählen kann – insoweit entscheidet grundsätzlich der Arbeitgeber³. Das ist für den Arbeitnehmer auch nicht weiter schlimm. Gefällt ihm diejenige Versorgungsform nicht, zu der der Arbeitgeber bereit ist, steht es ihm frei, sich im Wege der (nur) steuerlich geförderten Privatvorsorge die individuell gewünschte Altersversorgung zu verschaffen – aus eigenen Mitteln und auf eigenes Risiko.

Das BetrAVG respektiert insofern die Vertragspartnerwahlfreiheit des Arbeitgebers: Der Arbeitgeber verpflichtet sich mit der Vertragsverbindung gegenüber dem Versorgungs-

* Dem Beitrag liegt kein Gutachten zugrunde (was man heutzutage gelegentlich betonen muß).

1 Jüngst *Koenig/Pfromm* ZTR 2006 S. 123.

2 Näher *Hanau/Arteaga/Rieble/Veit*, Entgeltumwandlung, 2. Auflage, 2006, Rn. 34 ff., 183 ff.

3 BAG vom 19.7.2005 – 3 AZR 502/04 [A] –, EZA § 1a BetrAVG Nr. 1 = DB 2005 S. 2252 = BetrAV 2006 S. 96; *Hanau/Arteaga/Rieble/Veit*, a.a.O. (Fn. 2), Rn. 205 ff. m.w.N.

träger und nimmt das Ausfallrisiko (§ 1 Abs. 3 BetrAVG) auf sich. Dementsprechend steht ihm auch die Freiheit zur Vertragspartnerwahl zu – ein Oktroi durch den Arbeitnehmer wäre systemfremd. Diese Vertragspartnerwahlfreiheit des Arbeitgebers als Nachfrager der Altersversorgungsdienstleistung ist – entsprechend dem Zusammenhang von Vertrag und Wettbewerb⁴ – auch Wettbewerbsfreiheit der Anbieter. Hieraus resultiert der Bezug sowohl zum Kartellrecht wie zum Vergaberecht.

II. Tariflicher Zugriff auf Durchführungsweg und Versorgungsträger der Individualumwandlung

1. Grundsätzliche Regelbarkeit (Tarifmacht)

Unbestritten ist der Ausgangspunkt: Die Tarifparteien können mit den Modalitäten der Entgeltumwandlung auch den Durchführungsweg regeln⁵ und – im Ausgangspunkt – den Versorgungsträger konkret oder abstrakt vorgeben⁶. Eben auf diese Weise bestimmt § 6 des Tarifvertrags zur Entgeltumwandlung im kommunalen öffentlichen Dienst vom 18.2.2003⁷:

„Durchführungsweg. ¹Die Entgeltumwandlung im Rahmen der durch das Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung vorgesehenen Durchführungsweg ist vorbehaltlich der Sätze 2 und 3 bei öffentlichen Zusatzversorgungseinrichtungen durchzuführen. ²Der Arbeitgeber kann im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung nach Satz 1 auch von der Sparkassen-Finanzgruppe oder den Kommunalversicherern angebotene Durchführungsweg bestimmen. ³Durch landesbezirklichen Tarifvertrag können bei Bedarf abweichende Regelungen zu den Sätzen 1 und 2 getroffen werden.“

Den Tarifparteien kommen insofern (freilich unbeschadet der Grenzen der Tarifmacht) unterschiedliche „rechtstechnische“ Regelungswege zu, die zu scheiden sind:

- Sie können zuerst den nach § 17 Abs. 3 Satz 1 BetrAVG tarifdispositiven⁸ gesetzlichen Umwandlungsanspruch des § 1a BetrAVG dahin modifizieren, daß der Arbeitnehmer von vornherein nur die Umwandlung zu dem vorgegebenen Versorgungsträger verlangen kann. Dann bleibt die freiwillig-einvernehmliche Umwandlung unberührt.
- Die Tarifparteien können in zweiter Stufe mit Blick auf die sehr zweifelhafte Vorschrift des § 17 Abs. 5 BetrAVG (die die Umwandlung von Tarifentgelt womöglich durch Ausschaltung des Günstigkeitsprinzips erschwert und von einer tariflichen Umwandlungserlaubnis abhängig macht⁹) im Tarifvertrag eine auf einen Versorgungsträger beschränkte Umwandlungserlaubnis erteilen. In diesem Fall ist zwar auch die einvernehmliche Entgeltumwandlung erfaßt – aber nur, soweit es um Tarifentgelt geht. Tarifgebundene Arbeitnehmer könnten so immerhin noch ihr übertarifliches Entgelt unbeschränkt umwandeln. Tariffreie Arbeitnehmer bleiben auch hier ganz frei, weil § 17 Abs. 5 BetrAVG selbstredend nicht das „Quasi-Tarif-

entgelt“ schützt, das der Arbeitnehmer kraft der arbeitsvertraglichen Bezugnahme Klausel erhält¹⁰.

- Die Tarifparteien können drittens aufgrund ihrer allgemeinen Tarifmacht jeder Entgeltumwandlung von Tarif- und anderem Entgelt – und damit auch der einvernehmlichen – vorschreiben wollen, daß auch Entgelt aus Betriebsvereinbarungen und Arbeitsverträgen nur umgewandelt werden darf, wenn ein bestimmter Versorgungsträger gewählt wird.
- Hiervon im Ansatz zu unterscheiden ist die *Entgeltumwandlung durch den Tarifvertrag selbst*: Die Tarifparteien können anstelle der Individualvertragsparteien selbst die Umwandlung vornehmen – worauf § 1a Abs. 1 Satz 2 BetrAVG mit dem Wort „Vereinbarung“ hinweist¹¹. Die Norm enthält entgegen *Heitherr*¹² keinen Individualvorbehalt; insofern ist allein das Günstigkeitsprinzip maßgebend (dazu noch 4.). Wenn die Tarifparteien selbst die Entgeltumwandlung vornehmen, müssen sie notwendig auch selbst den Versorgungsträger bestimmen, sonst wäre die Regelung unvollständig. Insofern liegt es nicht anders als bei der tariflich geregelten arbeitgeberfinanzierten Altersversorgung (insbesondere im Falle der „unechten“ wirtschaftlichen Entgeltumwandlung, bei der die Tarifparteien einen Entgeltbestandteil „einziehen“, um aus dem Volumen eine Altersversorgung zu finanzieren¹³). Die Tarifparteien können insbesondere selbst einen Versorgungsträger betreiben – als gemeinsame Einrichtung i.S.v. § 4 Abs. 2 TVG.

Für die Tarifmacht zur Regelung der arbeitsvertraglichen Entgeltumwandlung kommt es nicht auf Vorgaben des BetrAVG an, sondern auf die Reichweite des § 1 Abs. 1 TVG. Insofern handelt es sich zunächst um Arbeitsbedingungen i.S.d. Vorschrift: Die Entgeltumwandlungsabrede ist ein Schuldänderungsvertrag, der den Arbeitsvertrag gestaltet. Geregelt wird nicht etwa das (Deckungs-) Rechtsverhältnis des Arbeitgebers zum Versorgungsträger, das der Tarifmacht von vornherein nicht unterfällt, geregelt wird der Inhalt der Entgeltumwandlungsabrede, genauer also: dasjenige, was der Arbeitgeber als Versorgungsentgelt schulden soll. Sieht der Tarifvertrag einen bestimmten Versorgungsträger vor, so ist der Arbeitgeber zur Versorgungsverschaffung bei eben diesem Träger verpflichtet¹⁴.

Richtigerweise handelt es sich bei der Festlegung des Versorgungsträgers um eine Individualnorm¹⁵, die nach § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG nur in den Arbeitsverhältnissen der organisierten Arbeitnehmer gilt – und nicht etwa um eine notwendig betriebseinheitlich geltende Betriebsnorm i.S.v. § 3 Abs. 2 TVG. Denn es geht um die Tarifregelung des Entgelts – und Entgelt ist nicht notwendig betriebseinheitlich zu regeln. Es ist ohne weiteres denkbar, daß der Arbeitgeber in einer zweigeteilten Belegschaft zwei unterschiedliche Entgeltssysteme für tarifgebundene und tariffreie Arbeitnehmer verwendet und daß er auch zwei unterschiedliche Versorgungsträger einschaltet. Die Zweiteilung der Belegschaft ist

4 Dazu *Rittner*, Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb, AcP 188 (1988) S. 101.

5 *Blomeyer/Otto*, Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung – Kommentar, 3. Auflage, 2004, § 1a Rn. 37; BT-Ds. 14/4595, S. 67: „Nach Absatz 1 soll sowohl auf individualrechtlicher Ebene zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber als auch in kollektivrechtlichen Vereinbarungen (Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträge) die Möglichkeit bestehen, einen bestimmten Durchführungsweg für die betriebliche Altersversorgung zu wählen, insbesondere wenn im jeweiligen Unternehmen bereits bestimmte betriebliche Altersversorgungssysteme bestehen.“

6 *Blomeyer*, DB 2001 S. 1417: „Der Tarifvertrag kann z.B. einen bestimmten externen Versorgungsträger vorschreiben.“

7 Hierzu *Hanau*, DB 2004 S. 2266; *Koenig/Pffromm*, a.a.O. (Fn. 1); *Poschke*, ZTR 2004 S. 563; *Kupfer/Neumann*, BetrAV 2004 S. 42; *Rotermund/Bergt-Weis*, BetrAV 2004 S. 459.

8 Dazu *Hanau/Arteaga/Rieble/Veit*, a.a.O. (Fn. 2), Rn. 318 ff. (336).

9 Zu den Verständnisschwierigkeiten mit dieser Norm und den Verfassungsproblemen *Hanau/Arteaga/Rieble/Veit*, a.a.O. (Fn. 2), Rn. 354 ff.

10 *Hanau/Arteaga/Rieble/Veit*, a.a.O. (Fn. 2), Rn. 371; *Hanau*, a.a.O. (Fn. 7).

11 *Hanau/Arteaga/Rieble/Veit*, a.a.O. (Fn. 2), Rn. 383 ff.; *Hensche* in: *Däubler* (Hrsg.), Kommentar zum Tarifvertragsgesetz, 2003, § 1 Rn. 625.

12 *Heitherr*, NZA 2001 S. 1275 (1276) = BetrAV 2001 S. 720.

13 Eingehend *Hanau/Arteaga/Rieble/Veit*, a.a.O. (Fn. 2), Rn. 384 ff.; dazu auch *Koenig* in: *Gedenkschrift Blomeyer*, 2003, S. 176 (195); *Schliemann* in: *Gedenkschrift Blomeyer*, 2003, S. 375 (386); *Blomeyer*, a.a.O. (Fn. 6), S. 1416; *Clemens*, Entgeltumwandlung zur Betrieblichen Altersversorgung, 2005, S. 171 f.

14 *Koenig/Pffromm*, a.a.O. (Fn. 1), S. 125 f. – die eine „strenge Akzessorität“ zwischen Umwandlungsversprechen und Durchführungvereinbarung sehen; das ist für den zivilrechtlich Denkenden nicht nachvollziehbar. Gemeint kann nur eine – selbstverständliche – schuldrechtliche Akzessorität sein, will der Arbeitgeber die Versorgung durchführen muß, die er nach der Umwandlungsvereinbarung schuldet.

15 *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Auflage, 2004, § 1 Rn. 21.

durch § 17 Abs. 5 BetrAVG nachgerade programmiert – weil die Umwandlungssperre für das Tarifentgelt von vornherein nur für tarifgebundene Arbeitnehmer gelten kann¹⁶. Davon abgesehen kann der Arbeitgeber auch von sich aus unterschiedliche Versorgungsträger nach Attraktivität ihrer Finanzprodukte heranziehen – wird das freilich i.d.R. wegen des zusätzlichen Verwaltungsaufwandes und mit Blick auf bessere Gruppenversicherungsbedingungen bei Konzentration auf einen Anbieter nicht wollen.

Gegen die Bestimmung des Versorgungsträgers läßt sich nicht einwenden, daß die Tarifmacht das Rechtsverhältnis des Arbeitgebers zu Dritten (mit Ausnahme der gemeinsamen Einrichtung) gerade nicht normieren kann. Das geschieht auch nicht. Geregelt wird entweder der Anspruch auf Entgeltumwandlung oder der zulässige Inhalt der einvernehmlichen Entgeltumwandlung, also eine Regelungsfrage im Arbeitsverhältnis. Letztlich wird der aus der Umwandlungsvereinbarung folgende Versorgungsverschaffungsanspruch des Arbeitnehmers inhaltlich vorgeprägt.

Versperrt ist den Tarifparteien allerdings der Durchführungsweg der Eigenbeitragszusage (§ 1 Abs. 2 Nr. 4 BetrAVG) und die Regelung der privaten Vorsorge des Arbeitnehmers. Das wäre ein unzulässiger Übergriff in das beim Arbeitnehmer bereits „angekommene“ Entgelt, liegt damit außerhalb der Tarifmacht (weil der Arbeitnehmer als Konsument angesprochen ist)¹⁷ und ist nicht mit dem (tariffesten) Verbot der Lohnverwendungsabrede, das § 107 GewO zu entnehmen ist¹⁸, zu vereinbaren.

2. Freie Versorgungsträgerwahl als Schranke

Indem der Tarifvertrag den Versorgungsträger regelt, greift er in das in § 1a BetrAVG vorausgesetzte Recht des Arbeitgebers ein, den Versorgungsträger als Vertragspartner frei zu wählen. Daß das Recht zur Vertragspartnerwahl aus den Markt- und Vertragsfreiheiten des Arbeitgebers in seiner Rolle als Unternehmer und nicht aus § 1a BetrAVG folgt, ist insofern bedeutsam, als (nur) § 1a BetrAVG tarifdispositiv ist, nicht aber die dahinterstehende Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit. Mittelbar greift der Tarifvertrag in den Wettbewerb der freien Versicherer und Versorgungsträger ein, was zusätzliche kartellrechtliche Probleme aufwirft.

Deswegen postuliert Hanau ein *betriebsrentenrechtliches Prinzip der freien Versorgungsträgerwahl*¹⁹ – ganz ähnlich dem Prinzip der freien Anlagenwahl für die Vermögensbildung, wie es Löwisch einfordert²⁰. Der wesentliche Unterschied liegt freilich darin, daß die freie Anlagenwahl dem Arbeitnehmer zugute kommt, dessen Vermögensanlageverhalten frei von kollektiver Bindung sein soll. Die freie Versorgungswahl betrifft dagegen den Arbeitgeber als Nachfrager von Altersvorsorge-Dienstleistungen. Das BetrAVG – darin sind sich alle bis auf Heither²¹ einig – schreibt ein derartiges Prinzip nicht fest. Denn im BetrAVG findet es seinen Niederschlag nur im tarifdispositiven § 1a Abs. 1 Satz 2 BetrAVG.

Deswegen muß ein solches Rechtsprinzip zur Verteidigung der Vertragspartnerwahlfreiheit und der Wettbewerbsfreiheit

sowie zur Begrenzung der Tarifmacht außerhalb des BetrAVG fundiert sein. Dazu gibt es drei Ansatzpunkte:

– Mit Blick (nur) auf den Arbeitgeber in seiner Rolle als Unternehmer ist die zur *Unternehmerfreiheit rechnende Vertragspartnerwahlfreiheit* zu beachten, Artt. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG, an die der Tarifvertrag mittelbar gebunden ist²². Diese Freiheit kommt ihm auch zu, soweit der Unternehmer am Güter- oder Dienstleistungsmarkt mit Hilfe externer Vertragspartner arbeitsrechtliche Pflichten erfüllt. Der Schutzbereich der Artt. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG ist insoweit eröffnet. So dürfte ein Arbeitsschutztarifvertrag dem Arbeitgeber nicht vorgeben, nur Maschinen eines bestimmten Herstellers zu verwenden. Und eben so liegt es hier: Den Arbeitgeber trifft aus der (freiwilligen oder erzwungenen) Umwandlungsvereinbarung die Pflicht zum Deckungsgeschäft mit einem Versorgungsträger. In der Wahl des Vertragspartners ist er auch hier grundsätzlich frei. Tarifverträge dürfen nicht ohne einen hinreichenden Sachgrund, der Art. 12 Abs. 1 GG standhält, in diese Vertragspartnerwahlfreiheit eingreifen. Und die Vorgabe muß verhältnismäßig sein, was insbesondere dann praktisch wird, wenn der Arbeitgeber seine Altersversorgung unter Einschluß der Entgeltumwandlung bereits über einen bestimmten Versorgungsträger durchführt und der Tarifvertrag ihn nun zum Wechsel zwingt. Hier wird dann sogar die Regelung der Durchführungsorts problematisch.

– Mit Blick auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer als Normadressaten des Tarifvertrags ist das *Günstigkeitsprinzip* des § 4 Abs. 3 Var. 2 TVG betroffen. Die Arbeitsvertragsparteien können übereinstimmend der Auffassung sein, daß der von den Tarifparteien vorgegebene Durchführungsweg oder der vorgegebene Versorgungsträger nicht ihren Vorstellungen von einer individuell maßgeschneiderten Altersversorgung entspricht. Dann stellt sich, weil eine objektive Günstigkeit der einen oder anderen Versorgung i.d.R. nicht feststellbar ist, die allgemeine Frage nach der Subjektivierung des Günstigkeitsurteils durch ein Arbeitnehmerwahlrecht (mit Rückkehrrecht zum Tarifvertrag)²³.

Das BetrAVG ermächtigt insofern keinesfalls zu einer tariflichen Höchsttarifbedingung. Selbst wenn man (fälschlich) der Auffassung ist, daß § 17 Abs. 5 BetrAVG das Günstigkeitsprinzip ausschaltet²⁴, so gilt das doch nur für die Frage des „Ob“ einer Umwandlung von Tarifentgelt und nicht für die Frage des „Wie“ und damit den Versorgungsträger: Zwar ist der Wortlaut mit „soweit dies durch Tarifvertrag vorgesehen oder durch Tarifvertrag zugelassen“ interpretationsoffen. Doch ging es dem Gesetzgeber mit dieser in letzter Sekunde eingefügten Norm nur darum, das Tarifentgelt vor dem Zugriff der Arbeitsvertragsparteien zu bewahren²⁵. Insofern zielt § 17 Abs. 5 BetrAVG auf das „Ob“, was mit dem Wort „zugelassen“ auch sichtbar ist. Dem Gesetzgeber ging es nicht darum, den Tarifparteien systemwidrig die Festlegung des Versorgungsträgers zu gestatten.

– Mit Blick auf die drittbetroffenen Versicherer und Versorgungsträger steht schließlich die Wettbewerbsfreiheit in Rede, die vom deutschen und europäischen Kartellrecht und in Ansehung der öffentlichen Auftraggeber auch vom

16 Eingehend Hanau/Arteaga/Rieble/Veit, a.a.O. (Fn. 2), Rn. 354 ff., 371 ff.

17 Löwisch/Rieble, a.a.O. (Fn. 15), § 1 Rn. 67; Wiedemann in: Wiedemann (Hrsg.), TVG, 6. Auflage, 1999, Einleitung Rn. 468; Schliemann, Tarifliches Günstigkeitsprinzip und Arbeitsvertragsfreiheit, in: Recht und Freiheit – Symposium zu Ehren von Reinhard Richardt, 2003, S. 1 (8 f.); Löwisch, ZfA 1996 S. 293 (308).

18 Wiedemann, a.a.O. (Fn. 17), Einleitung Rn. 468; Preis in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 6. Auflage, 2006, § 611 BGB Rn. 589.

19 Hanau, a.a.O. (Fn. 7), S. 2266 ff. Das Problem übersieht Clemens, a.a.O. (Fn. 13), S. 192 ff.

20 Löwisch, Der Grundsatz der freien Anlagenwahl im Recht der Vermögensbildung, in: FS Däubler, 1999, S. 470 ff.

21 Heither, a.a.O. (Fn. 12), S. 1275.

22 Zur Grundrechtsbindung des Tarifvertrags Löwisch/Rieble, a.a.O. (Fn. 14), § 1 Rn. 218 ff.

23 So entschieden Hanau, a.a.O. (Fn. 7), S. 2269; Hanau/Arteaga/Rieble/Veit, a.a.O. (Fn. 2), Rn. 350; eingehend Clemens, a.a.O. (Fn. 3), S. 254 ff.

24 Dazu mit Nachweisen Hanau/Arteaga/Rieble/Veit, a.a.O. (Fn. 2), Rn. 355 f.

25 Zum Hintergrund der Norm siehe BT-Drucks. 14/5150, S. 43: „Mit der Regelung soll in Bereichen, in denen Entgelte auf tarifvertraglicher Grundlage beruhen, auch dann der Tarifvorrang gelten, soweit es sich um die Modifizierung dieser Entgeltansprüche zugunsten des Erwerbs von Anwartschaften auf betriebliche Altersversorgung handelt. Die Regelung ist eine Klarstellung des geltenden Rechts bezüglich der Zuständigkeit der Tarifvertragsparteien in Fragen des Entgelts der Arbeitnehmer.“

Vergaberecht geschützt wird. Hier nun setzt der Kunstgriff von *Koenig/Pfromm* an, die den (öffentlichen) Arbeitgeber als Tarifpartei nicht als Adressaten des Vergaberechts sehen wollen²⁶. Das meint ganz schlicht: Die Kommunen setzen in den Tarifverhandlungen nur eine andere Mütze auf und sind frei vom Vergaberecht. Staatlicher Einfluß auf die Vergabeentscheidung fehle. Daß sich die Kommunen hier als Kommunen für die eigenen Sparkassen einsetzen, das ist offenkundig. Ein Verstecken hinter der Rolle als Tarifpartei ist hier sowenig möglich, wie bei den arbeitsrechtlichen EG-Richtlinien, die den Staat als Hoheitsträger zur Umsetzung verpflichten, ihn aber mit der vertikalen Drittwirkung sowohl als Arbeitgeber wie als Tarifpartei treffen²⁷ und auch als Alleingesellschafter einer juristischen Person des Privatrechts²⁸. Anders gewendet: Es gibt weder eine kartellrechtliche noch eine vergaberechtliche Bereichsausnahme für den Tarifvertrag, soweit dieser gütermarktregulierend wirkt²⁹.

Diese drei Gesichtspunkte verlangen *unterschiedliche Prüfprogramme* und führen zu *unterschiedlichen Rechtsfolgen*. Dabei spielen Vertragspartnerwahlfreiheit des Arbeitgeber-Unternehmers und Kartellrecht auf derselben Ebene, weil der Wettbewerb aus der Vertragspartnerwahlfreiheit der Marktgegenseite folgt. Insofern handelt es sich um zwei Seiten derselben Medaille. Wenn der Tarifvertrag hier scheidet, darf er von vornherein keine verbindliche Vorgabe machen (sondern allenfalls eine unverbindliche Empfehlung äußern). Das Günstigkeitsprinzip dagegen nimmt eine zunächst verbindliche Tarifregelung hin, erlaubt aber den Arbeitsvertragsparteien durch eine vertragliche Abrede hiervon abzuweichen. Der Unterschied zeigt sich, wenn die abweichende Abrede nicht zustande kommt. Dann gilt im ersten Falle nichts, weil der Tarifvertrag keine Vorgabe machen darf, im zweiten Fall dagegen gilt der Tarifvertrag, weil die Abweichung nicht gelungen ist.

3. Vertragspartnerwahl und Wettbewerbsfreiheit

Ein Eingriff in die Vertragspartnerwahlfreiheit des Arbeitgeber-Unternehmers steht unter dem Schutz der Tarifautonomie nur, wenn damit ersichtlich ein *arbeitsrechtlicher Regelungszweck* verfolgt wird. Die Tarifautonomie soll die strukturelle Unterlegenheit der Arbeitnehmer beim Abschluß von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln ausgleichen³⁰. Sie wird auch einfachgesetzlich durch § 1 Abs. 1 TVG nicht über die verfassungsrechtliche Koalitionszweckgarantie hinaus gewährleistet. Wirtschaftsverbände und Kartelle sind nicht von der Koalitionsfreiheit geschützt³¹. Eine Vorgabe für Durchführungsweg und Versorgungsträger ist deshalb nur dann gerechtfertigt, wenn sie der Effektivierung der Altersversorgung, spezifisch: der Entgeltumwandlung, dient. Das ist bei der Klausel der Kommunen (s. Fn. 7) ersichtlich nicht der Fall: Die Reservierung des Versicherungs- und Versorgungsmarktes für öffentliche Zusatzversorgungseinrichtungen, bei der Sparkassen-Finanzgruppe oder den Kommunalversicherern dient nicht dem Schutzinteresse der Arbeitnehmer, sondern dem *Marktinteresse der Begünstigten*, die mit der Arbeitgeberseite – dem kommunalen öffentlichen Dienst – wirtschaftlich und personell eng verflochten sind. Diese

Form des *Tarifnepotismus* ist nicht nur moralisch unwürdig, sie gibt auch kein berechtigtes Tarifinteresse ab, das die Vertragspartnerwahlfreiheit beschränken könnte. Damit ist die Klausel nichtig. Nichts anderes hätte zu gelten, wenn der Tarifvertrag einseitig und ausschließlich *gewerkschaftliche Fonds* als Versorgungsträger zuließe³². Denn damit wollen die Gewerkschaften nicht in erster Linie eine günstige Altersversorgung bewirken, sondern ihrem eigenen Versorgungsunternehmen Kunden zuführen.

Das Kartellrecht bestätigt diese Sicht: Tarifverträge sind von der Kartellkontrolle ausgenommen, weil *und soweit* die Tarifparteien ihrem Recht zur Regelung der Arbeitsbedingungen aus Art. 9 Abs. 3 GG nachkommen³³. Nur so den tarifrechtlich zulässigen Zielen genießt der Tarifvertrag den Vorrang vor dem Kartellrecht, wie der *EuGH* vor allem in der *Albany-Entscheidung* klargemacht hat³⁴. D.h.: Ein Kartell – oder hier: eine Ausschließlichkeitsbindung des Arbeitgebers zugunsten bestimmter Versicherungs- oder Versorgungsunternehmen – kann nicht durch das Etikett „Tarifvertrag“ von der Kartellkontrolle freigestellt werden³⁵. Hier agiert die Arbeitgeberseite nicht als Tarifpartei, sondern als Unternehmensvereinigung, die den Wettbewerb steuern will³⁶, was die wettbewerbsbeschränkende Abrede über § 1 GWB vernichtet³⁷. Nichts anderes würde auch für eine Ausschließlichkeitsbindung zugunsten gewerkschaftlicher Fonds gelten, weil die Gewerkschaften insofern als Unternehmen agieren.

Diese harte Restriktion trifft aber nur denjenigen „Tarifvertrag“, der diese Bezeichnung nicht verdient. In aller Regel liegen den Beschränkungen hinsichtlich des Versorgungsträgers aber durchaus sozialpolitische Zielsetzungen zugrunde. Dann gebietet die Unternehmerfreiheit eine *Verhältnismäßigkeitsprüfung*: ob nämlich die Einschränkung der Unternehmerfreiheit durch das sozialpolitische Ziel des Tarifvertrages gedeckt ist. Dabei spielt gerade bei gemeinsamen Einrichtungen der Gedanke des Risikoausgleiches durch Einbezug möglichst vieler Arbeitnehmer und die Ermöglichung eines effektiven Arbeitgeberwechsels ohne Anspruchsverlust (Portabilität) eine Rolle – weswegen eine tarifliche gemeinsame Einrichtung durchaus den Wettbewerb beschränken darf³⁸. Gerade deswegen drängen viele gemeinsame Einrichtungen nach Allgemeinverbindlichkeit. Hingegen ist die Gütermarktkartellierung kein erlaubter Tarifzweck – auch dann nicht, wenn durch die kollektivierte Nachfragemacht besonders günstige Bedingungen verhandelt werden können. Der Satz, daß das Gegenmachtprinzip (also der Machtausgleich zwischen annähernd gleich starken Tarifparteien) die Wettbewerbsfunktionen übernehme³⁹, kann sich nicht einmal auf *Franz Böhm* berufen, der das Gegenmachtprinzip als „zweitbestes“ Marktordnungsprinzip nach dem Wettbewerb anerkannt hat⁴⁰. Denn das Gegenmachtprinzip berücksichtigt aus-

26 *Koenig/Pfromm*, a.a.O. (Fn. 1), S. 126 ff.

27 *EuGH*, Urteil 12.7.1990 – C-188/89 (Foster) –, Slg. I 1990 S. 3313 = *EuZW* 1990 S. 424 = *DB* 1990 S. 2428 = *NJW* 1991 S. 3086 = *JZ* 1992 S. 56 = *NVwZ* 1992 S. 51; speziell für die Antidiskriminierungsrichtlinien *Klump*, Diskontinuität und ihre Folgen für das Antidiskriminierungsrecht, *NZA* 2005 S. 848.

28 *EuGH*, Beschluß vom 26.5.2005 – C-297/03 –, Nr. 27 ff. (juris); *Bühning/Lang*, *ZEuP* 2005 S. 88.

29 Näher bei Fn. 33.

30 *BVerfG* vom 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 –, *BVerfGE* 84 S. 212, 229 = *BB* 1991 S. 1565 = *DB* 1991 S. 1678 = *NJW* 1991 S. 2549 = *NZA* 1991 S. 809 = *EzA* Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 97 = *AP* Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

31 *Scholz* in: *Maunz/Dürig* (Begr.), Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 35. Lfg., 1999, Art. 9 Rn. 257.

32 Bedenken schon bei *Blomeyer*, a.a.O. (Fn. 6); auch *Blomeyer/Otto*, a.a.O. (Fn. 5), § 1a Rn. 42.

33 *Zimmer* in: *Immenga/Mestmäcker* (Begr.), *GWB-Kommentar*, 3. Auflage, 2001, § 1 Rn. 304; *Grill* in: *Lenz/Borchardt* (Hrsg.), *EU- und EG-Vertrag*, 3. Auflage, 2003, Art. 81 Rn. 26; *Rieble*, *Arbeitsmarkt und Wettbewerb*, 1996, Rn. 457 ff. (468); *Salzbrunn*, Die Fassung des § 1 GWB nach der 6. GWB-Novelle, 2005, S. 62 f. (zur Problematik der „Unternehmensvereinigung“ nach § 1 GWB a.F.) und S. 362 (zu § 1 GWB n.F.).

34 *EuGH* vom 21.9.1999 – Rs. C 67/96 „Albany“ –, Slg. I 1999 S. 5751 = *DB* 2000 S. 826 = *AP* Art. 85 EG-Vertrag Nr. 1 = *EzA* Art. 81-82 EG-Vertrag 1999 Nr. 1 – bereits im 2. Leitsatz: „um sozialpolitische Ziele wie die Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen zu erreichen“; auch die Parallelscheidung – Rs. C-117/97 „Brentjens“ –, Slg. 1999, I-6025 = *NZA* 2000 S. 201 = *BetrAV* 2000 S. 151.

35 Dementsprechend falsch *Koenig/Pfromm*, a.a.O. (Fn. 1), S. 127 f. Falsch auch die Annahme einer generellen Bereichsausnahme durch *Rotermund/Bergt-Weis*, a.a.O. (Fn. 7), S. 459 f. und *Poschke*, a.a.O. (Fn. 7), S. 563 f.

36 *Rieble*, *Arbeitsmarkt und Wettbewerb*, 1996, Rn. 468 ff.

37 *Zimmer*, a.a.O. (Fn. 33), § 1 Rn. 321.

38 Zu diesen Zwecken der gemeinsamen Einrichtung *Löwisch/Rieble*, a.a.O. (Fn. 15), § 1 Rn. 157.

39 So ernstlich *Koenig/Pfromm*, a.a.O. (Fn. 7), S. 127.

40 *Böhm*, Kartelle und Koalitionsfreiheit, 1933, S. 29. Zu *Böhm* auch *Söllner*, *Der Flächentarifvertrag – ein Kartell?*, *JArbR* Band 35, 1998, S. 21 (23). Weiter *Rieble*, *Walter Eucken und die Frage nach der Arbeitsmarktordnung*, in: *Külper/Vanberg* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift Walter Eucken*, 2000, S. 199.

schließlich die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen – nicht aber die Dritttinteressen an einem ungestörten Wettbewerb. Insofern gilt gerade nicht, daß der wettbewerbsbeschränkende Tarifvertrag Richtigkeitsgewähr auch für Dritte habe – wie etwa für die am Versorgungsgeschäft interessierten Versicherer. Wer die Albany-Entscheidung des EuGH für sich in Anspruch nimmt, muß die dort geforderte *funktionale Abwägung* zwischen tariflichem Regelungsbedürfnis und dem Wettbewerbsschutz dann auch vornehmen.

Deren Rechtfertigungselemente hat das BAG schon früher in der Entscheidung über das Versorgungswerk der Presse, das seinerseits Versicherungsverträge mit bestimmten Versicherern vermittelte, betont⁴¹ und dort den Eingriff in die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers für zulässig gehalten, weil die gemeinsame Einrichtung durch einheitliche Versicherungsbedingungen und die Ermöglichung des Arbeitgeberwechsels in Ansehung der typischerweise kurzlebigen Beschäftigung der Redakteure geeignet und erforderlich gewesen sei – und die Verhältnismäßigkeit durch eine Freistellungsmöglichkeit gesichert gewesen sei. Der EuGH hat in der Albany-Entscheidung⁴² vor allem den Gedanken der Risikogemeinschaft und des Verbots der Risikoselektion durch Arbeitgeber mit jungem und gesundem Personal argumentiert.

Für die *Entgeltumwandlung* liegt die Sache anders: *Portabilität gewährleistet schon das BetrAVG*: durch die sofortige Unverfallbarkeit der arbeitnehmerfinanzierten Anwartschaft (§ 1b Abs. 5 BetrAVG) und durch die Übernahmepflicht des neuen Arbeitgebers nach § 4 Abs. 3 BetrAVG. Dann bleiben nur das Interesse an gleichförmigen Versicherungsbedingungen und der Risikoausgleich. Der Gedanke der Risikogemeinschaft trägt in vollem Umfang überhaupt nur bei allgemeinverbindlichen Tarifverträgen, die die Arbeitnehmer einer Branche zum Risikoausgleich vereinen. Er trägt schon weniger bei gemeinsamen Einrichtungen, die nur die tarifgebundenen Arbeitgeber und deren tarifgebundene Arbeitnehmer erfassen, weil die Versicherungsflucht aus dem Tarifvertrag möglich bleibt. Er trägt aber überhaupt nicht, wenn der Tarifvertrag nur das „Wie“ der Entgeltumwandlung regelt, die Entscheidung zur Entgeltumwandlung aber dem Arbeitnehmer überläßt – und zudem dem Arbeitnehmer die Eigenbeitragszusage und die private Vorsorge als Lohnverwendung gar nicht verbieten kann⁴³.

Deshalb möchte ich wie folgt *differenzieren*: Der Eingriff in die Vertragspartnerwahlfreiheit durch tarifliche Vorgaben ist geeignet und erforderlich überhaupt nur unter dem Gesichtspunkt des Risikoausgleiches, wie er für die Altersversorgung typisch ist. Die Bündelung der Altersversorgung bei einem Versorgungsträger darf erlaubter Weise bezwecken, daß die Arbeitnehmer in einem Risikopool vereint werden, wie das jeder Versicherung entspricht. Gerade die gemeinsame Einrichtung des § 4 Abs. 2 TVG kann solches bewirken⁴⁴. Insofern verhalten sich die Tarifvertragsparteien widersprüchlich, wenn sie die Entscheidung über das „Ob“ der Entgeltumwandlung den Arbeitsvertragsparteien oder im Rahmen des Umwandlungsanspruches dem Arbeitnehmer überlassen – also die Bildung der Risikogemeinschaft gerade offen lassen –, aber gleichwohl einen Versorgungsträger vorgeben. Das kann dann, wie bei den Kommunen, keine arbeitnehmernützigen Zwecke mehr verfolgen, sondern nur den Gütermarktinteressen der Versorgungsunternehmen dienen.

– Die Vorgabe eines bestimmten Versorgungsträgers kann deshalb nur zulässig sein, wenn und soweit die Tarifver-

tragsparteien selbst für eine Entgeltumwandlung gesorgt haben (des Tarifentgeltes⁴⁵). Dann können sie dem Arbeitsverhältnis auch einen bestimmten Versorgungsträger vorgeben oder selbst über eine gemeinsame Einrichtung des § 4 Abs. 2 TVG einen Versorgungsträger bilden – und tragen insofern selbst die Verantwortung gegenüber den Arbeitnehmern und Arbeitgebern. Dem Arbeitgeber bleibt rechtlich weiterhin die Ausfallhaftung, diese wird in einer von Tarifparteien betriebenen Altersversorgung kaum praktisch werden.

– In allen anderen Fällen, in denen die Entscheidung über das „Ob“ nicht von den Tarifparteien selbst getroffen worden ist, ist die Vorgabe des Versorgungsträgers dagegen nicht geeignet, nicht erforderlich und damit unverhältnismäßig. Der Tarifvertrag ist insoweit nichtig.

Auch wenn der Tarifvertrag hiernach grundsätzlich eine Regelung über den Versorgungsträger treffen kann, muß diese noch verhältnismäßig im engeren Sinne sein, darf also den einzelnen Arbeitgeber nicht unverhältnismäßig hart treffen. Dabei geht es konkret um zwei Fragen:

– Einmal werden Arbeitgeber unverhältnismäßig belastet, die bereits eine arbeitgeberfinanzierte betriebliche Altersversorgung haben, wenn diese von einem umwandlungstauglichen Versorgungsträger i.S.v. § 1a BetrAVG durchgeführt wird. Denn der Tarifvertrag mutete ihnen eine Zweiteilung der Belegschaft in Altersversorgungskunden und Entgeltumwandlungskunden zu. Auch den einzelnen betroffenen Arbeitnehmern, die ihre betriebliche Altersversorgung durch eine Entgeltumwandlung aufstocken wollen (was bereits im Rahmen des Anstiegs der Beitragsbemessungsgrenze praktisch wird⁴⁶), würde eine Zweiteilung abverlangt. Führt der Arbeitgeber schon Entgeltumwandlung durch, mutete der Tarifvertrag ihm einen Versorgungsträgerwechsel zu, womöglich gar in den schon von der Entgeltumwandlung betroffenen Arbeitsverhältnissen. Verhältnismäßig im Sinne von Proportionalität ist ein solcher Tarifvertrag nur, wenn diese „Altfälle“, in denen der Arbeitgeber bereits mit einem Versorgungsträger kontrahiert hat, durch eine Übergangsvorschrift ausgenommen werden – so wie dies der Gesetzgeber in § 30h BetrAVG getan hat. Eine Befreiungsmöglichkeit durch Einzelentscheidung reicht meines Erachtens nicht aus.

– Zweitens wird es immer wieder Fälle geben, in denen einzelne Arbeitgeber oder Arbeitnehmer gute Gründe haben, von der Pauschalvorgabe des Versorgungsträgers abzuweichen. Das BAG hat in der Presseversorgungswerkentscheidung die „unzumutbare Belastung“ für die Arbeitgeber gerade mit Blick auf eine im dortigen Tarifvertrag vorgesehene Freistellungsklausel verneint⁴⁷. Ganz ähnlich betont der EuGH in der Albany-Entscheidung, daß Freistellungen von Pflichtmitgliedschaften zu gewähren seien, wenn der Arbeitgeber eine gleichwertige Versicherung anbiete und der finanzielle Bestand der Versorgungseinrichtung durch die Freistellung nicht gefährdet werde⁴⁸. Deswegen ist aus dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit eine derartige Freistellungsmöglichkeit zu fordern, also eine tarifliche Öffnungsklausel, die einen Entscheidungsträger vorsieht, der in rechtlich nachprüfbarer Weise über die Ausnahme aus dem Versorgungsträgerzwang entscheidet⁴⁹. Das Günstigkeitsprinzip (sogleich 4.) genügt als Abweichungsmöglichkeit nicht: Erstens ist die Handhabung der Günstigkeit mit

41 BAG, Urteil vom 28.3.1990 – 4 AZR 536/89 –, AP Nr. 25 zu § 5 TVG = EzA § 5 TVG Nr. 10 = NJW 1990 S. 3036 = NZA 1990 S. 781 = DB 1991 S. 180 = BetrAV 1991 S. 18.

42 Fn. 33, Nr. 108.

43 Ähnlich *Hanau*, a.a.O. (Fn. 7), S. 2268.

44 Dazu *Löwisch/Rieble*, a.a.O. (Fn. 5), § 4 Rn. 172 f.

45 *Hanau/Arteaga/Rieble/Veit* a.a.O. (Fn. 2), Rn. 389.

46 *Hanau/Arteaga/Rieble/Veit*, a.a.O. (Fn. 2), Rn. 199.

47 BAG vom 28.3.1990 – 4 AZR 536/89 –, a.a.O. (Fn. 41).

48 EuGH vom 21.9.1999, a.a.O. (Fn. 33), Nr. 116 ff.; hierzu schweigen *Koenig/Pfromm*, a.a.O. (Fn. 1), S. 127 ff.

49 Ebenso *Hanau*, a.a.O. (Fn. 7), S. 2268.

Blick auf das Wahlrecht rechtlich zu unsicher – gerade mit Blick auf die drohenden Risiken der Unwirksamkeit. Zum anderen hülfe das einseitig arbeitnehmernützige Günstigkeitsprinzip nur, wenn beide Arbeitsvertragsparteien einig sind. Das jedenfalls macht den unzumutbar betroffenen Arbeitgeber von der Zustimmung des Arbeitnehmers abhängig – für die Verhältnismäßigkeit der Einschränkung seiner Vertragspartnerwahlfreiheit reicht das nicht aus.

4. Versorgungsträgerwahl nach dem Günstigkeitsprinzip?

Die zweite wesentliche Einschränkung erfahren Tarifvorgaben über Durchführungsweg und Versorgungsträger aus dem Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 Var. 2 TVG. *Hanau* weist zu Recht darauf hin, daß selbst, wenn man das Günstigkeitsprinzip durch § 17 Abs. 5 BetrAVG abbedungen sehen will⁵⁰, dies jedenfalls nicht hinsichtlich der *freien Auswahl des Versorgungsträgers* gelten kann: § 17 Abs. 5 BetrAVG betrifft allenfalls die Frage des „Ob“ und des Umfangs der Tarifentgeltumwandlung, nicht aber ihre Durchführung im einzelnen und schon gar nicht die Auswahl des Versorgungsträgers⁵¹ – schon nicht für umgewandeltes Tarifentgelt und erst recht nicht für Umwandlungsvorgaben für übertarifliches Entgelt, für den § 17 Abs. 5 BetrAVG von vornherein nicht gelten kann⁵².

Auch hier gilt zunächst, daß der *Günstigkeitsvergleich* zwischen zwei Durchführungswegen oder zwei Versorgungsträgern – jeweils dem tariflich vorgegebenen und dem vertraglich gewählten – in aller Regel rechtlich neutral ausgeht. Im Einzelfall können aber bessere Leistungen bei gleichen Beiträgen und bessere Portabilität den Ausschlag geben⁵³. In keinem Fall dürfen in die Günstigkeitserwägung solche Tarifzwecke aufgenommen werden, die sich nicht auf den Arbeitnehmer selbst beziehen – seien es Profitabilitätsinteressen, aber auch Risikoausgleichsinteressen anderer Arbeitnehmer. Denn das Günstigkeitsprinzip stellt bei solchen Individualnormen allein auf die individuelle Günstigkeit ab⁵⁴.

Jedenfalls aber läßt sich auch und erst recht hier die *subjektive Günstigkeit durch ein Arbeitnehmerwahlrecht mit Rückkehroption zum Tarifvertrag* begründen⁵⁵. Freilich bleibt der Weg rechtlich riskant, weil dieses Günstigkeitsprinzip noch keine speziell tarifrechtliche Anerkennung beim BAG gefunden hat⁵⁶.

Ist die Entgeltumwandlung durch Tarifvertrag einer gemeinsamen Einrichtung überantwortet, so soll nach h.M. das Günstigkeitsprinzip ausscheiden, weil der einzelne Arbeitgeber sich ansonsten der Beitragspflicht und dem Risikoausgleich entziehen könnte⁵⁷. Doch ist dies nicht zu Ende gedacht: Das Günstigkeitsprinzip stellt ausschließlich auf die individuelle Günstigkeit ab. Der Tarifvertrag *hat gerade*

*nicht die Funktion, durch Zwangsversicherung Höchstleistungsbedingungen oder zwingende Umverteilungsgemeinschaften zu schaffen; das bleibt dem Staat und seiner gesetzlichen Sozialversicherung vorbehalten*⁵⁸. Jedenfalls enthält das TVG keine Ermächtigung zu solchen Höchstleistungsbedingungen. Auch die Allgemeinverbindlicherklärung kann – nach der derzeitigen Fassung des TVG – keine Höchstleistungsbedingungen schaffen. Insofern ist die h.M. inkonsequent: Sie schließt weder tarifliche Öffnungsklauseln aus (wie die eben geforderte Freistellungsmöglichkeit), noch verhindert sie, daß ein einzelnes Unternehmen über einen vorrangigen Haustarif aus der Risikogemeinschaft verschwindet.

Richtig ist nur, daß der Arbeitsvertrag über das Günstigkeitsprinzip der gemeinsamen Einrichtung nicht höhere Leistungen oder geringere Beiträge vorgeben, also das bestehende Versicherungsverhältnis nicht inhaltlich umgestalten kann⁵⁹. Darum aber geht es nicht: Die Wahl eines anderen Durchführungsweges oder Versorgungsträgers läßt das betroffene Arbeitsverhältnis aus der „Versicherten- oder Risikogemeinschaft“ ganz ausscheiden – weil eine andere Versorgung oder der Verzicht auf die Entgeltumwandlung für den Arbeitnehmer individuell günstiger ist (etwa bei geringer Lebenserwartung). Auch die Einführung eines „Risikostrukturausgleichs“ zwischen einer gemeinsamen Einrichtung und anderen die Versicherungsleistung anbietenden Unternehmen ist dem Gesetzgeber vorbehalten.

III. Exkurs: Vergaberecht

1. Verhältnis zum Tarifvertragsrecht

Die Frage nach dem Verhältnis von Tarifautonomie zur Wettbewerbsfreiheit ist im Kartellvergaberecht der §§ 97 ff. GWB nicht anders zu beantworten als im allgemeinen Kartellrecht: Zwar gilt die Verpflichtung aus § 97 GWB zu transparenten Vergabeverfahren und Wettbewerb auch für Finanzdienstleistungen⁶⁰. Das Vergaberecht ist kein Instrument, um wirksame Tarifverpflichtungen öffentlicher Arbeitgeber nach § 4 Abs. 1 und 2 TVG zu beseitigen. Es kann für den Tarifvertrag keine besondere oder zusätzliche Grenze darstellen – soweit wie das Kartellrecht. Wenn ein Tarifvertrag tarifrechtlich zulässig ist, kann er nicht vergaberechtlich rechtswidrig sein. Wenn der Tarifvertrag nach dem eben Gesagten einen Versorgungsträger als gemeinsame Einrichtung vorgeben darf, dann darf er das auch für den öffentlichen Dienst. Dabei kommt es nicht in Betracht, daß die Tarifparteien im Rahmen ihrer tariflichen Regelungsbefugnis auf ein Vergabeverfahren verpflichtet sind. Das beschränkte die Tarifautonomie der Gewerkschaft unverhältnismäßig. Außerdem ist die freie tarifliche Einigung für sich genommen schon kein öffentlicher Auftrag⁶¹.

2. Zusätzliche Vergaberechtswidrigkeit

a) Grundsatz

Im öffentlichen Dienst gibt es aber auch keinen Grund zur Vorzugsbehandlung des Entgeltumwandlungs-Tarifvertrags. Dementsprechend kann der unzulässige Tarifvertrag der kommunalen Arbeitgeber auch vergaberechtlich zu beanstanden sein. Der Charme des Vergaberechts liegt in den *zusätzlichen Rechtsfolgen*, insbesondere der Vergabeverfahrenstransparenz, dem Anspruch der Bewerber auf Einhaltung des Verfahrens und der Kontrolle durch die Vergabekammern – auf Antrag jedes Unternehmens, das ein Interesse am Finanzdienstleistungs-Auftrag hat.

58 Eingehend *Löwisch/Rieble*, a.a.O. (Fn. 15), § 4 Rn. 283 ff.

59 Näher *Löwisch/Rieble*, a.a.O. (Fn. 15), § 4 Rn. 286, 288.

60 Gerade für den Tarifvertrag zur Entgeltumwandlung im kommunalen öffentlichen Dienst *Poschke*, a.a.O. (Fn. 7).

61 *Rotermund/Bergt-Weis*, a.a.O. (Fn. 7), S. 461.

50 Fn. 9.

51 Dazu oben bei Fn. 25.

52 *Hanau*, a.a.O. (Fn. 7), S. 2268.

53 *Hanau*, a.a.O. (Fn. 7), S. 2269.

54 Ähnlich *Hanau*, a.a.O. (Fn. 7), S. 2268. Dazu auch *Löwisch/Rieble*, a.a.O. (Fn. 15), § 4 Rn. 283 ff.

55 Allgemein *Löwisch/Rieble*, a.a.O. (Fn. 15), § 4 Rn. 318 ff.; *Löwisch*, DB 1989 S. 1185; *derselbe*, BB 1991 S. 59; *Buchner*, DB 1990 S. 1715; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 1601 ff. Gerade für die Entgeltumwandlung schon *Hanau/Arteaga*, Gehaltsumwandlung, 1999, C Rn. 292 ff.; zustimmend *Blomeyer*, NZA 2000 S. 284 f; entschieden *Hanau*, a.a.O. (Fn. 7), S. 2268 ff.; *Steinmeyer* in: *ErfK*, a.a.O. (Fn. 18), § 17 BetrAVG Rn. 41; jetzt wieder *Hanau/Arteaga/Rieble/Veit*, a.a.O. (Fn. 2), Rn. 345 ff.; unklar *Schliemann*, a.a.O. (Fn. 13), S. 384; *Clemens*, a.a.O. (Fn. 13), S. 254 ff.

56 Speziell zum Rechtsrisiko *Hanau/Arteaga/Rieble/Veit*, a.a.O. (Fn. 2), Rn. 351, 367 ff.

57 BAG, Urteil vom 5.12.1958 – 1 AZR 89/57 –, AP Nr. 1 zu § 4 TVG Ausgleichskassen; *Böttcher*, Die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, 1966, S. 74 ff.; *Zöllner*, Empfiehlt es sich, das Recht der gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien (§ 4 Abs. 2 TVG) gesetzlich näher zu regeln?, Gutachten 48. DJT, 1970, G 102 ff.; *Wank* in: *Wiedemann* (Hrsg.), TVG, a.a.O. (Fn. 17), § 4 Rn. 417; *Deinert* in: *Däubler* (Hrsg.), TVG, a.a.O. (Fn. 11), § 4 Rn. 605.

Dabei spielt es auch keine Rolle, daß der Tarifvertrag (wenn er keine gemeinsame Einrichtung schafft) nicht selbst dasjenige Beschaffungsgeschäft ist, auf das das Vergaberecht zielt⁶². Denn dem Tarifvertrag ist es verwehrt, das Beschaffungsverhalten der öffentlichen Auftraggeber, die im Wege des Deckungsgeschäfts einen Versorgungsträger für die Entgeltumwandlung suchen, vergaberechtswidrig zu prägen. Insofern würde der Tarifvertrag (auch) gegen die §§ 97 ff. GWB als höherrangigem Recht verstoßen. Auch hier wird die Privilegierung der gemeinsamen Einrichtung wieder deutlich: Setzen die Tarifparteien eine gemeinsame Einrichtung als Versorgungsträger ein, werden sie selbst als Finanzdienstleister aktiv. Die öffentlichen Arbeitgeber vergeben keinen Auftrag mehr; sie leisten die Altersversorgung selbst. Das wird vom Vergaberecht nicht erfaßt.

b) Vergaberechtswidrigkeit

Die tarifvertragliche Bestimmung des Versorgungsträgers für die Entgeltumwandlung prägt das Beschaffungsverhalten der öffentlichen Auftraggeber, die im Wege des Deckungsgeschäfts einen Versorgungsträger für die Entgeltumwandlung suchen, vergaberechtswidrig:

Der Schwellenwert von 200.000 €, § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 2 Nr. 3 VO über die Vergabe öffentlicher Aufträge⁶³, kann auch infolge der Bündelung der Einzelverträge bei der gemeinsamen Einrichtung erreicht werden⁶⁴: Sie fragt eine Gesamtversorgungsleistung als einheitliches Deckungsgeschäft für alle Einzelentgeltumwandlungen der Arbeitnehmer nach – und schließt typischerweise auch einen Gruppenversicherungsvertrag. Das entspricht auch dem Regelungsgedanken von § 3 Abs. 1 und 2 der VO über die Vergabe öffentlicher Aufträge, wonach von der geschätzten Gesamtvergütung für die vorgesehene Leistung auszugehen ist und der Wert eines beabsichtigten Auftrages nicht aufgeteilt werden darf, um die Anwendung des Vergaberechts auszuschließen. Außerdem ist für Baumaßnahmen anerkannt, daß die Auftragswerte einzelner Bauabschnitte aufgrund ihrer inneren Verbindung, die sie als Teil eines einheitlichen Auftrags erscheinen läßt, zusammenzurechnen sind⁶⁵. Für Finanzdienstleistungen zur Entgeltumwandlung muß dann ebenfalls aufgrund einer Zusammenrechnung über die Anwendbarkeit des EG-Vergaberechts gegenüber dem Tarifvertrag entschieden werden.

§ 100 Abs. 2 Eingang GWB mit seiner Ausnahme für Arbeitsverträge greift nicht, weil es um die Vergabe eines Finanzdienstleistungsauftrags des Arbeitgebers an Dritte geht⁶⁶. Die Vorprägung der Auswahlentscheidung des Arbeitgebers durch den Tarifvertrag führt gerade nicht zur „Umqualifizierung“ des Durchführungsvertrags zum Arbeitsvertrag⁶⁷ – sondern zur Vergaberechtswidrigkeit des Tarifvertrags. § 100 Abs. 2 lit. g) GWB hilft nicht weiter, weil der begünstigte Versorgungsträger kein auf Gesetz oder Verordnung beruhendes ausschließliches Recht zur Erbringung der Leistung hat⁶⁸. Ob der Tarifvertrag ein solches begründen kann, ist gerade zweifelhaft. Deswegen ist die Abgrenzung zwischen Tarifautonomie und Wettbewerbsfreiheit nach den eben aufgestellten Kriterien (II.3.) vorzunehmen.

3. Vergabe durch gemeinsame Einrichtung

Ein hier nur kurz anzusprechendes Sonderproblem besteht, wenn der Tarifvertrag die gemeinsame Einrichtung nur vermittelnd zwischenschaltet, jene aber die Gesamtfinanzdienstleistung für alle angeschlossenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber an einen Versorgungsträger oder an ein Konsortium vergibt. Insofern stellt sich die Frage, ob eine gemeinsame Einrichtung von Gewerkschaft und öffentlichen Arbeitgebern ihrerseits als öffentlicher Auftraggeber den Vorgaben des Vergaberechts unterfällt. Folgt man der tarifrechtlichen Auffassung, daß die gemeinsame Einrichtung von den Tarifparteien paritätisch getragen sein muß⁶⁹, so üben die öffentlichen Arbeitgeber in der gemeinsamen Einrichtung notwendig einen beherrschenden Einfluß aus, weil sie jedenfalls Geschäftsführungsbeschlüsse der Einrichtung verhindern können. Das wiederum qualifiziert die gemeinsame Einrichtung nach § 98 Nr. 2 GWB zum öffentlichen Auftraggeber, wenn man nicht schon die Beteiligung des Arbeitgeberverbandes nach Nr. 3 genügen lassen will. Als „juristische Person“ des Privatrechts gelten in richtlinienkonformer Auslegung auch Gesamthandsgemeinschaften⁷⁰. § 98 Nr. 2 GWB fordert einen besonderen Allgemeinwohlzweck; er liegt in der Bündelung der Altersversorgung durch die öffentlichen Arbeitgeber – eine nichtgewerbliche Aufgabe⁷¹. Die besondere Staatsgebundenheit liegt darin, daß die öffentlichen Arbeitgeber die gemeinsame Einrichtung vollständig mit ihren Beiträgen finanzieren⁷². Daß bei der Entgeltumwandlung keine öffentlichen Gelder ausgegeben werden, sondern private⁷³, greift nicht durch, weil es genügt, daß die öffentliche Hand die Vergabe maßgeblich steuert und damit ihre Fiskalaufgabe als Arbeitgeber erfüllt⁷⁴. Eben dies ist der Fall.

IV. Ergebnisse

1. Der Tarifvertrag darf den Versorgungsträger für die Entgeltumwandlung grundsätzlich nur dann bestimmen, wenn er selbst die Entgeltumwandlung durch Tarifvertrag vornimmt. Bleibt die Entscheidung über das „Ob“ der Entgeltumwandlung den Arbeitsvertragsparteien überlassen, gibt es keinen vernünftigen Grund, einen Versorgungsträger vorzuziehen.
2. Der Tarifvertrag verletzt in diesen Fällen die Vertragspartnerwahlfreiheit des Arbeitgebers und verstößt gegen Kartell- und Vergaberecht. Eine komplette Bereichsausnahme für den wettbewerbsbeschränkenden Tarifvertrag gibt es auch nach der EuGH-Rechtsprechung nicht.
3. Das Günstigkeitsprinzip gebietet, daß die Arbeitsvertragsparteien von einer tariflichen Versorgungsträgervorgabe abweichen können.
4. Ein tarifvertragrechtlich rechtmäßiger Tarifvertrag ist vergaberechtlich grundsätzlich nicht eigens zu beanstanden. Ist der Tarifvertrag tarifrechtlich unwirksam, kommen die zusätzlichen Rechtsfolgen vergaberechtlicher Beanstandung in Betracht. Die rechtswidrige tarifvertragliche Bestimmung des Versorgungsträgers verstößt gegen Vergaberecht, weil sie die Vergabeentscheidung des Arbeitgebers vorprägt.

62 Darauf stellen aber ab *Rotermund/Bergt-Weis*, a.a.O. (Fn. 7), S. 461.

63 BGBl. I 2001 S. 110; abgedruckt bei *Dreher* in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O. (Fn. 32), § 100 Rn. 6.

64 Hiergegen *Koenig/Pffromm*, a.a.O. (Fn. 1), S. 129.

65 *Dreher*, a.a.O. (Fn. 63), § 100 Rn. 10 mit Hinweis auf EuGH, Urteil vom 5.10.2000 – C-17/98 –, Slg. I 2000, 8315 (Nr. 66 und 78) = NZBau 2001 S. 275.

66 *Kupfer/Neumann*, a.a.O. (Fn. 7), S. 43.

67 So ernstlich *Koenig/Pffromm*, a.a.O. (Fn. 7), S. 126.

68 Das verkennt *Poschke*, a.a.O. (Fn. 7), S. 365 f.

69 *Löwisch/Rieble*, a.a.O. (Fn. 15), § 4 Rn. 182; a.A. *Oetker* in: Wiedemann (Hrsg.), TVG, a.a.O. (Fn. 17), § 1 Rn. 612; *Kempen* in: Kempen/Zachert (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 4. Auflage, 2005, § 4 Rn. 240.

70 *Dreher*, a.a.O. (Fn. 63), § 98 Rn. 22.

71 Vgl. *Dreher*, a.a.O. (Fn. 63), § 98 Rn. 39.

72 Zum Erfordernis überwiegender Finanzierung *Dreher*, a.a.O. (Fn. 63), § 98 Rn. 45 ff.

73 *Poschke*, a.a.O. (Fn. 7), S. 365.

74 Vgl. *Dreher*, a.a.O. (Fn. 63), § 98 Rn. 57.