URTEIL DES GERICHTSHOFS (Große Kammer)

15. Juli 2010 *

In der Rechtssache C-271/08

betreffend eine Vertragsverletzungsklage nach Art. 226 EG, eingereicht am 24. Juni 2008,

Europäische Kommission, vertreten durch G. Wilms und D. Kukovec als Bevollmächtigte, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Klägerin,

gegen

Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch M. Lumma und N. Graf Vitzthum als Bevollmächtigte,

Beklagte,

* Verfahrenssprache: Deutsch.

unterstützt durch

Königreich Dänemark, vertreten durch B. Weis Fogh und C. Pilgaard Zinglersen als Bevollmächtigte,

Königreich Schweden, vertreten durch A. Falk und A. Engman als Bevollmächtigte,

Streithelfer,

erlässt

DER GERICHTSHOF (Große Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten V. Skouris, der Kammerpräsidenten A. Tizzano, J. N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts (Berichterstatter) und J.-C. Bonichot, der Kammerpräsidentin C. Toader sowie der Richter K. Schiemann, P. Kūris, E. Juhász, G. Arestis, T. von Danwitz, A. Arabadjiev und J.-J. Kasel,

Generalanwältin: V. Trstenjak,
Kanzler: B. Fülöp, Verwaltungsrat,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 12. Januar 2010,

nach Anhörung der Schlussanträge der Generalanwältin in der Sitzung vom 14. April 2010

folgendes

Urteil

1 Mit ihrer Klageschrift beantragt die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, festzustellen, dass die Bundesrepublik Deutschland bis zum 31. Januar 2006 gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 8 in Verbindung mit den Abschnitten III bis VI der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1) und seit 1. Februar 2006 gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 20 in Verbindung mit den Art. 23 bis 55 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134, S. 114) verstoßen hat, indem kommunale Behörden und Betriebe mit mehr als 1 218 Beschäftigten Dienstleistungsverträge über die betriebliche Altersversorgung ohne Ausschreibung auf der Ebene der Europäischen Union direkt an in § 6 des Tarifvertrags zur Entgeltumwandlung für Arbeitnehmer/-innen im kommunalen öffentlichen Dienst (TV-EUmw/VKA) genannte Einrichtungen und Unternehmen vergeben haben.

2 In ihrer Erwiderung hat die Kommission den Gegenstand ihrer Klage umformuliert und beantragt, den behaupteten Verstoß insoweit festzustellen, als kommunale Behörden und Betriebe, die in den Jahren 2004–2005 mehr als 2 044 Beschäftigte hatten, in den Jahren 2006–2007 mehr als 1 827 Beschäftigte hatten und seit dem Jahr 2008 mehr als 1 783 Beschäftigte haben, solche Verträge ohne unionsweite Ausschreibung direkt an in § 6 des TV-EUmw/VKA genannte Einrichtungen und Unternehmen vergeben haben.

3 In der mündlichen Verhandlung hat die Kommission den Gegenstand ihrer Klage umformuliert und beantragt, diesen Verstoß insoweit festzustellen, als kommunale Behörden und Betriebe, die in den Jahren 2004–2005 mehr als 2 697 Beschäftigte und in den Jahren 2006–2007 mehr als 2 402 Beschäftigte hatten, solche Verträge vergeben haben.

Rechtlicher Rahmen

Unionsrecht

Richtlinie 92/50

4 Nach dem achten Erwägungsgrund der Richtlinie 92/50 fällt „[d]ie Erbringung von Dienstleistungen … nur insoweit unter diese Richtlinie, wie sie aufgrund von Aufträgen erfolgt. Andere Grundlagen für die Dienstleistung, wie Gesetz oder Verordnungen oder Arbeitsverträge, werden nicht erfasst“.

5 Gemäß Art. 1 Buchst. a Ziff. viii der Richtlinie 92/50 gelten als „öffentliche Dienstleistungsaufträge“ im Sinne dieser Richtlinie „die zwischen einem Dienstleistungserbringer und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge“, ausgenommen namentlich „Arbeitsverträge“.

6 Art. 1 Buchst. b der Richtlinie 92/50 lautet:

„[A]ls ‚*öffentliche Auftraggeber*‘ gelten der Staat, Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen bestehen.

Als ‚*Einrichtung des öffentlichen Rechts*‘ gilt jede Einrichtung,

— die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und

— die Rechtspersönlichkeit besitzt und

— die überwiegend vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert wird oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind.

…“

7 Art. 7 Abs. 1, 4 und 5 der Richtlinie 92/50 bestimmt:

„(1) a) Diese Richtlinie gilt

…

— für öffentliche Dienstleistungsaufträge, die Dienstleistungen des Anhangs [IA] zum Gegenstand haben …

…

ii) die von den in Artikel 1 Buchstabe b) genannten Auftraggebern, die nicht zugleich in Anhang I der Richtlinie 93/36/EWG [des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öf-

fentlicher Lieferaufträge (ABl. L 199, S. 1)] genannt sind, vergeben werden und deren geschätzter Wert ohne Mehrwertsteuer mindestens dem Gegenwert von 200 000 [Sonderziehungsrechten (SZR)] in Ecu entspricht.

…

(4) Bei der Berechnung des geschätzten Auftragswerts für die folgenden Arten von Dienstleistungen sind gegebenenfalls zu berücksichtigen:

— bei Versicherungsleistungen die Versicherungsprämie;

…

(5) Bei Aufträgen, für die kein Gesamtpreis angegeben wird, ist Berechnungsgrundlage für den voraussichtlichen Vertragswert:

— bei zeitlich begrenzten Verträgen der geschätzte Gesamtwert für die Laufzeit des Vertrages, soweit diese 48 Monate nicht überschreitet;

— bei Verträgen mit unbestimmter Laufzeit oder mit einer Laufzeit von mehr als 48 Monaten der Vertragswert aus der monatlichen Zahlung multipliziert mit 48.“

8 Die deutschen kommunalen Behörden und Betriebe werden in Anhang I der Richtlinie 93/36 nicht genannt.

9 Gemäß Art. 8 der Richtlinie 92/50 „[werden] Aufträge, deren Gegenstand Dienstleistungen des Anhangs IA sind, … nach den Vorschriften der Abschnitte III bis VI vergeben".

10 Die in Art. 8 der Richtlinie 92/50 genannten Abschnitte betreffen die Wahl der Vergabeverfahren und die Durchführung von Wettbewerben (Abschnitt III), gemeinsame technische Vorschriften (Abschnitt IV), gemeinsame Bekanntmachungsvorschriften (Abschnitt V) und gemeinsame Teilnahmebestimmungen, Eignungskriterien und Zuschlagskriterien (Abschnitt VI).

11 Zu den in Anhang IA der Richtlinie 92/50 aufgezählten „Dienstleistungen im Sinne von Artikel 8" gehören unter Kategorie 6 „Finanzielle Dienstleistungen", die wiederum „Versicherungsleistungen" (Buchst. a) sowie „Bankenleistungen und Wertpapiergeschäfte" (Buchst. b) umfassen.

Richtlinie 2004/18

12 Der 28. Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/18 lautet:

„Beruf und Beschäftigung sind Schlüsselelemente zur Gewährleistung gleicher Chancen für alle und tragen zur Eingliederung in die Gesellschaft bei. In diesem

Zusammenhang tragen geschützte Werkstätten und geschützte Beschäftigungsprogramme wirksam zur Eingliederung oder Wiedereingliederung von Menschen mit Behinderungen in den Arbeitsmarkt bei. Derartige Werkstätten sind jedoch möglicherweise nicht in der Lage, unter normalen Wettbewerbsbedingungen Aufträge zu erhalten. Es ist daher angemessen, vorzusehen, dass Mitgliedstaaten das Recht, an Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge teilzunehmen, derartigen Werkstätten oder die Ausführung eines Auftrags geschützten Beschäftigungsprogrammen vorbehalten können."

13 Die Richtlinie 2004/18 definiert „Öffentliche Aufträge" in Art. 1 Abs. 2 Buchst. a und d als „zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern geschlossene schriftliche entgeltliche Verträge über die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne dieser Richtlinie" und „Öffentliche Dienstleistungsaufträge" als „öffentliche Aufträge über die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne von Anhang II, die keine öffentlichen Bau- oder Lieferaufträge sind".

14 Art. 1 Abs. 5 der Richtlinie 2004/18 definiert die „Rahmenvereinbarung" als „eine Vereinbarung zwischen einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern und einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern, die zum Ziel hat, die Bedingungen für die Aufträge, die im Laufe eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den Preis und gegebenenfalls die in Aussicht genommene Menge".

15 Die Richtlinie 2004/18 enthält in Art. 1 Abs. 9 eine Definition der „Öffentlichen Auftraggeber" die weitgehend jener in Art. 1 Buchst. b der Richtlinie 92/50 entspricht.

16 Nach Art. 7 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 gilt diese Richtlinie für die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, deren geschätzter Wert netto ohne Mehrwertsteuer 249 000 Euro erreicht oder überschreitet. Dieser Betrag wurde schrittweise durch die Verordnung (EG) Nr. 1874/2004 der Kommission vom 28. Oktober 2004

zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für die Anwendung auf Verfahren zur Auftragsvergabe (ABl. L 326, S. 17) auf 236 000 Euro und dann durch die Verordnung (EG) Nr. 2083/2005 der Kommission vom 19. Dezember 2005 zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für die Anwendung auf Verfahren zur Auftragsvergabe (ABl. L 333, S. 28) auf 211 000 Euro herabgesetzt.

17 Art. 9 Abs. 1, 8 und 9 der Richtlinie 2004/18 bestimmt:

„(1) Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes ist der Gesamtwert ohne [Mehrwertsteuer], der vom öffentlichen Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist. Bei dieser Berechnung ist der geschätzte Gesamtwert einschließlich aller Optionen und der etwaigen Verlängerungen des Vertrags zu berücksichtigen.

…

(8) Bei Dienstleistungsaufträgen wird der geschätzte Auftragswert wie folgt berechnet:

a) je nach Art der Dienstleistung:

i) bei Versicherungsleistungen: auf der Basis der Versicherungsprämie und sonstiger Entgelte;

…

b) bei Aufträgen, für die kein Gesamtpreis angegeben wird:

i) bei zeitlich begrenzten Aufträgen mit einer Laufzeit von bis zu 48 Monaten: auf der Basis des geschätzten Gesamtwerts für die Laufzeit des Vertrages;

ii) bei Verträgen mit unbestimmter Laufzeit oder mit einer Laufzeit von mehr als 48 Monaten: auf der Basis des Monatswerts multipliziert mit 48.

(9) Der zu berücksichtigende Wert einer Rahmenvereinbarung … ist gleich dem geschätzten Gesamtwert ohne [Mehrwertsteuer] aller für die gesamte Laufzeit der Rahmenvereinbarung … geplanten Aufträge."

18 Nach Art. 16 Buchst. e der Richtlinie 2004/18 findet diese Richtlinie keine Anwendung auf „öffentliche Dienstleistungsaufträge, die [Arbeitsverträge] zum Gegenstand haben".

19 Nach Art. 20 der Richtlinie 2004/18 werden „Aufträge über Dienstleistungen gemäß Anhang II Teil A … nach den Artikeln 23 bis 55 vergeben".

20 Die Art. 23 bis 55 der Richtlinie 2004/18 enthalten besondere Vorschriften über die Verdingungsunterlagen und die Auftragsunterlagen (Art. 23 bis 27), Verfahrensvorschriften (Art. 28 bis 34), Bekanntmachungs- und Transparenzvorschriften (Art. 35 bis 43) und Vorschriften über den Ablauf des Verfahrens (Art. 44 bis 55).

21 Zu den in Anhang II Teil A der Richtlinie 2004/18 aufgezählten Dienstleistungen gehören unter Kategorie 6 „Finanzielle Dienstleistungen", die wiederum „Versicherungsdienstleistungen" (Buchst. a) sowie „Bankendienstleistungen und Wertpapiergeschäfte" (Buchst. b) umfassen.

22 Das Verzeichnis der Einrichtungen des öffentlichen Rechts und der Kategorien solcher Einrichtungen nach Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 der Richtlinie 2004/18, das in Anhang III dieser Richtlinie unter der der Bundesrepublik Deutschland gewidmeten Rubrik (III) zu finden ist, enthält „[d]ie bundes-, landes- und gemeindeunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts".

Nationales Recht

23 Das Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung vom 19. Dezember 1974 (BGBl. I S. 3610, im Folgenden: BetrAVG) in der durch § 5 des Gesetzes vom 21. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2940) geänderten Fassung sieht in § 1 unter der Überschrift „Zusage des Arbeitgebers auf betriebliche Altersvorsorge" vor:

„(1) Werden einem Arbeitnehmer Leistungen der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung aus Anlass seines Arbeitsverhältnisses vom Arbeitgeber zugesagt (betriebliche Altersversorgung), gelten die Vorschriften dieses Gesetzes. Die Durchführung der betrieblichen Altersversorgung kann unmittelbar über den Arbeitgeber oder über einen der in § 1b Abs. 2 bis 4 genannten Versorgungsträger erfolgen. Der Arbeitgeber steht für die Erfüllung der von ihm zugesagten Leistungen auch dann ein, wenn die Durchführung nicht unmittelbar über ihn erfolgt.

(2) Betriebliche Altersversorgung liegt auch vor, wenn

…

3. künftige Entgeltansprüche in eine wertgleiche Anwartschaft auf Versorgungsleistungen umgewandelt werden (Entgeltumwandlung) oder

4. der Arbeitnehmer Beiträge aus seinem Arbeitsentgelt zur Finanzierung von Leistungen der betrieblichen Altersversorgung an einen Pensionsfonds, eine Pensionskasse oder eine Direktversicherung leistet und die Zusage des Arbeitgebers auch die Leistungen aus diesen Beiträgen umfasst; die Regelungen für Entgeltumwandlung sind hierbei entsprechend anzuwenden, soweit die zugesagten Leistungen aus diesen Beiträgen im Wege der Kapitaldeckung finanziert werden."

24 § 1a Abs. 1 BetrAVG sieht unter der Überschrift „Anspruch auf betriebliche Altersversorgung durch Entgeltumwandlung" vor:

„Der Arbeitnehmer kann vom Arbeitgeber verlangen, dass von seinen künftigen Entgeltansprüchen bis zu 4 vom Hundert der jeweiligen Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung durch Entgeltumwandlung für seine betriebliche Altersversorgung verwendet werden. Die Durchführung des Anspruchs des Arbeitnehmers wird durch Vereinbarung geregelt. Ist der Arbeitgeber zu einer Durchführung über einen Pensionsfonds oder eine Pensionskasse (§ 1b Abs. 3) bereit, ist die betriebliche Altersversorgung dort durchzuführen; andernfalls kann der Arbeitnehmer verlangen, dass der Arbeitgeber für ihn eine Direktversicherung (§ 1b Abs. 2) abschließt. Soweit der Anspruch geltend gemacht wird, muss der Arbeitnehmer jährlich einen Betrag in Höhe von mindestens einem Hundertsechzigstel der Bezugsgröße

nach § 18 Abs. 1 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch für seine betriebliche Altersversorgung verwenden. Soweit der Arbeitnehmer Teile seines regelmäßigen Entgelts für betriebliche Altersversorgung verwendet, kann der Arbeitgeber verlangen, dass während eines laufenden Kalenderjahres gleich bleibende monatliche Beträge verwendet werden."

25 § 17 BetrAVG sieht unter der Überschrift „Persönlicher Geltungsbereich und Tariföffnungsklausel" in Abs. 3 und 5 vor:

„(3) Von den §§ 1a … kann in Tarifverträgen abgewichen werden. Die abweichenden Bestimmungen haben zwischen nichttarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern Geltung, wenn zwischen diesen die Anwendung der einschlägigen tariflichen Regelung vereinbart ist. Im Übrigen kann von den Bestimmungen dieses Gesetzes nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden.

…

(5) Soweit Entgeltansprüche auf einem Tarifvertrag beruhen, kann für diese eine Entgeltumwandlung nur vorgenommen werden, soweit dies durch Tarifvertrag vorgesehen oder durch Tarifvertrag zugelassen ist."

26 Am 18. Februar 2003 wurde zwischen der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) und der ver.di — Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft e. V. der TV-EUmw/VKA geschlossen. Die VKA schloss einen gleichartigen Tarifvertrag mit einer weiteren Gewerkschaft, der dbb tarifunion.

27 Die §§ 2 und 3 des TV-EUmw/VKA gewähren Arbeitnehmern, die in den Geltungsbereich der in dessen § 1 angeführten Tarifverträge fallen, das Recht, von ihrem Arbeitgeber zu verlangen, dass ihre künftigen Entgeltansprüche innerhalb des vom BetrAVG festgelegten Rahmens durch Entgeltumwandlung für die betriebliche Altersversorgung verwendet werden. Nach § 5 des TV-EUmw/VKA ist dieser Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber schriftlich geltend zu machen. Gemäß derselben Vorschrift ist der Arbeitnehmer an die Vereinbarung mit dem Arbeitgeber über die Umwandlung von Teilen seines künftigen Entgelts mindestens für den Zeitraum eines Jahres gebunden.

28 § 6 des TV-EUmw/VKA sieht unter der Überschrift „Durchführungsweg“ vor:

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

29 Nach § 7 Abs. 1 TV-EUmw/VKA tritt dieser Tarifvertrag mit Wirkung vom 1. Januar 2003 in Kraft. § 7 Abs. 2 TV-EUmw/VKA bestimmt, dass der Tarifvertrag mit einer Frist von drei Monaten zum Ende eines Kalenderjahrs, frühestens zum 31. Dezember 2008, gekündigt werden kann.

Vorverfahren

30 Auf eine Beschwerde hin teilte die Kommission der Bundesrepublik Deutschland mit Mahnschreiben vom 18. Oktober 2005 mit, diese könnte dadurch, dass eine Reihe von deutschen kommunalen Behörden oder Betrieben Verträge über die betriebliche Altersversorgung ohne unionsweite Ausschreibung an die in § 6 des TV-EUmw/VKA genannten Einrichtungen und Unternehmen vergeben hätten, gegen Art. 8 in Verbindung mit den Abschnitten III bis VI der Richtlinie 92/50 sowie jedenfalls gegen die Prinzipien der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit verstoßen haben.

31 Mit Schreiben vom 29. März 2006 machte die Bundesrepublik Deutschland geltend, dass kommunale Behörden bzw. Betriebe nicht als „öffentliche Auftraggeber" im Sinne der Richtlinie 92/50 handelten, wenn sie im Bereich der betrieblichen Altersversorgung ihre Arbeitgeberfunktion erfüllten. Die betreffenden Versicherungsverträge gehörten zum Arbeitsverhältnis und seien folglich keine öffentlichen Aufträge, da die kommunalen Arbeitgeber nur als Zahlstelle für den Leistungsaustausch zwischen den Arbeitnehmern, die sich für die teilweise Entgeltumwandlung entschieden hätten, und den Versorgungsträgern fungierten. Außerdem widerspräche die Anwendung des Vergaberechts auf die Vergabe der streitigen Verträge der in Art. 9 Abs. 3 des deutschen Grundgesetzes grundrechtlich geschützten Tarifautonomie.

32 Die Kommission gab sich mit dieser Antwort nicht zufrieden und richtete am 4. Juli 2006 eine mit Gründen versehene Stellungnahme an die Bundesrepublik Deutschland, in der sie klarstellte, dass sich ihre Vorwürfe seit dem 1. Februar 2006 auch

auf einen Verstoß gegen Art. 20 in Verbindung mit den Art. 23 bis 55 der Richtlinie 2004/18 bezögen, die im Wesentlichen die in ihrem Mahnschreiben angeführten Bestimmungen der Richtlinie 92/50 übernommen hätten.

33 In ihrer Antwort vom 15. November 2006 auf die mit Gründen versehene Stellungnahme hielt die Bundesrepublik Deutschland an ihrem Standpunkt unter Vorlage eines Gutachtens fest, mit dem dargetan werden sollte, dass die fragliche Entgeltumwandlung unter den Entgeltbegriff falle. Zudem würden die Schwellenwerte für die Anwendung der Vergaberegeln der Union im vorliegenden Fall nicht erreicht, da auf die Einzelverträge als solche abzustellen sei. Schließlich könne sie jedenfalls keine Abhilfe gegen eine mögliche Verletzung des Unionsrechts schaffen, da sie nicht befugt sei, den Tarifvertragsparteien Anweisungen zu geben.

34 Mit Schreiben vom 30. Januar 2007 ersuchte die Kommission die Bundesrepublik Deutschland um Auskünfte, insbesondere um beurteilen zu können, ob sozialpolitische Gründe eine Ausnahme vom Vergaberecht der Union rechtfertigen könnten.

35 Da die Kommission der Auffassung war, dass die Bundesrepublik Deutschland in ihrer Antwort vom 1. März 2007 auf dieses Ersuchen keine entsprechende Rechtfertigung geliefert habe, hat sie die vorliegende Klage erhoben.

Zur Klage

Zur Anwendbarkeit der Richtlinien 92/50 und 2004/18 auf die Vergabe von Verträgen an in § 6 des TV-EUmw/VKA genannte Einrichtungen oder Unternehmen

36 Zunächst ist zu prüfen, ob, wie die Bundesrepublik Deutschland sowie das Königreich Dänemark und das Königreich Schweden vortragen, die Vergabe von Verträgen an in § 6 des TV-EUmw/VKA genannte Einrichtungen oder Unternehmen (im Folgenden: streitige Vertragsvergabevorgänge) aufgrund ihrer Art und ihres Gegenstands dem Anwendungsbereich der Richtlinien 92/50 und 2004/18 entzogen ist. Diese Mitgliedstaaten empfehlen, die Ausführungen des Gerichtshofs in den Urteilen vom 21. September 1999, Albany (C-67/96, Slg. 1999, I-5751), und vom 21. September 2000, van der Woude (C-222/98, Slg. 2000, I-7111), auf den vorliegenden Kontext zu übertragen, und stützen ihr Vorbringen darauf, dass mit den genannten Vertragsvergabevorgängen ein zwischen Sozialpartnern ausgehandelter Tarifvertrag, genauer § 6 des TV-EUmw/VKA, durchgeführt worden sei.

37 Hierzu ist zum einen darauf hinzuweisen, dass das Recht auf Kollektivverhandlungen, das im vorliegenden Fall die Vertragsparteien des TV-EUmw/VKA ausgeübt haben, sowohl in den Bestimmungen unterschiedlicher internationaler Rechtsakte, bei denen die Mitgliedstaaten mitgewirkt haben oder denen sie beigetreten sind — wie Art. 6 der am 18. Oktober 1961 in Turin unterzeichneten und am 3. Mai 1996 in Straßburg revidierten Europäischen Sozialcharta —, als auch in den Bestimmungen von Rechtsakten anerkannt wird, die die Mitgliedstaaten auf Gemeinschaftsebene oder im Rahmen der Union erarbeitet haben, wie Nr. 12 der anlässlich der Tagung des Europäischen Rates in Straßburg am 9. Dezember 1989 angenommenen Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer und Art. 28 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden: Charta), der Art. 6 EUV den gleichen rechtlichen Rang verleiht, wie er den Verträgen zuerkannt wird.

38 Art. 28 der Charta in Verbindung mit ihrem Art. 52 Abs. 6 ist zu entnehmen, dass beim Schutz des Grundrechts auf Kollektivverhandlungen u. a. den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten in vollem Umfang Rechnung zu tragen ist.

39 Im Übrigen erkennt die Union nach Art. 152 AEUV die Rolle der Sozialpartner auf der Ebene der Union unter Berücksichtigung der Unterschiedlichkeit der nationalen Systeme an und fördert sie.

40 Zum anderen ist darauf hinzuweisen, dass, wie zwischen den Parteien des Rechtsstreits unstreitig ist, der TV-EUmw/VKA allgemein eine sozialpolitische Zielsetzung verfolgt. Mit ihm soll nämlich das Niveau der Altersrenten der betroffenen Arbeitnehmer dadurch erhöht werden, dass im Einklang mit dem BetrAVG die Entwicklung der Altersvorsorge durch die Umwandlung von Teilen des Entgelts der interessierten Arbeitnehmer gefördert wird.

41 Der Grundrechtscharakter des Rechts auf Kollektivverhandlungen und die sozialpolitische Zielsetzung des TV-EUmw/VKA als Ganzes gesehen können als solche die kommunalen Arbeitgeber jedoch nicht ohne Weiteres der Verpflichtung entheben, die Erfordernisse aus den Richtlinien 92/50 und 2004/18 zu beachten, mit denen die Niederlassungsfreiheit und der freie Dienstleistungsverkehr im öffentlichen Auftragswesen durchgeführt werden.

42 Der Gerichtshof hat bereits entschieden, dass Klauseln von Tarifverträgen nicht dem Anwendungsbereich der Bestimmungen über die Freizügigkeit entzogen sind (vgl. Urteil vom 11. Dezember 2007, International Transport Workers' Federation und Finnish Seamen's Union, „Viking Line", C-438/05, Slg. 2007, I-10779, Randnr. 54 und die dort angeführte Rechtsprechung).

43 Außerdem kann die Ausübung eines Grundrechts wie des Rechts auf Kollektivverhandlungen bestimmten Beschränkungen unterworfen werden (vgl. in diesem Sinne Urteile Viking Line, Randnr. 44, und vom 18. Dezember 2007, Laval un Partneri, C-341/05, Slg. 2007, I-11767, Randnr. 91). Insbesondere genießt zwar das Recht auf Kollektivverhandlungen in Deutschland den verfassungsrechtlichen Schutz, der allgemein durch Art. 9 Abs. 3 des deutschen Grundgesetzes dem Recht verliehen wird, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, doch ist dieses Recht nach Art. 28 der Charta im Einklang mit dem Unionsrecht auszuüben.

44 Die Ausübung des Grundrechts auf Kollektivverhandlungen muss demnach mit den Erfordernissen aus den durch den AEU-Vertrag geschützten Freiheiten in Einklang gebracht werden, deren Durchführung im vorliegenden Fall die Richtlinien 92/50 und 2004/18 dienen, und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen (vgl. in diesem Sinne Urteile Viking Line, Randnr. 46, und Laval un Partneri, Randnr. 94).

45 Es trifft zwar zu, dass der Gerichtshof insbesondere in den Urteilen Albany und van der Woude entschieden hat, dass ein Tarifvertrag zwischen Organisationen, die die Arbeitgeber und die Arbeitnehmer vertreten, und mit dem in einem bestimmten Sektor ein Zusatzrentensystem geschaffen wird, das durch einen Rentenfonds verwaltet wird, bei dem die Mitgliedschaft verbindlich vorgeschrieben ist, trotz der ihm immanenten wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fällt.

46 Diese Feststellung nimmt jedoch keineswegs die Antwort auf die hiervon zu unterscheidende und in der vorliegenden Rechtssache aufgeworfene Frage vorweg, ob bei der Bestimmung der Versorgungsträger, die mit der Durchführung der in Rede stehenden Entgeltumwandlung betraut werden, die Unionsvorschriften über den Schutz der Freiheiten der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs im öffentlichen Auftragswesen im Rahmen eines Tarifvertrags zu beachten sind, der öffentliche Auftraggeber betrifft.

47 Es lässt sich insoweit nicht sagen, dass mit der Wahrnehmung der Freiheit der Sozialpartner selbst und des Rechts auf Kollektivverhandlungen zwangsläufig eine Beeinträchtigung der Richtlinien verbunden wäre, die dem Schutz der Niederlassungsfreiheit und des freien Verkehrs von Dienstleistungen im öffentlichen Auftragswesen dienen (vgl. in diesem Sinne Urteil Viking Line, Randnr. 52).

48 Außerdem hat der Umstand, dass eine Vereinbarung oder eine Tätigkeit dem Anwendungsbereich der Vertragsbestimmungen über den Wettbewerb entzogen ist, nicht ohne Weiteres zur Folge, dass diese Vereinbarung oder diese Tätigkeit auch der Beachtung der sich aus den Bestimmungen dieser Richtlinien ergebenden Erfordernisse entzogen wäre, da diese Bestimmungen jeweils eigenen Anwendungsvoraussetzungen gehorchen (vgl. in diesem Sinne Urteil Viking Line, Randnr. 53 und die dort angeführte Rechtsprechung).

49 Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass im Unterschied zu dem zwischen den Sozialpartnern vereinbarten Ziel, das Rentenniveau der Beschäftigten im kommunalen öffentlichen Dienst zu verbessern, die Bestimmung von Einrichtungen und Unternehmen in einem Tarifvertrag wie dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden das Recht auf Kollektivverhandlungen nicht in seinem Kern berührt.

50 Demnach führt der Umstand, dass die streitigen Vertragsvergabevorgänge in Durchführung eines Tarifvertrags erfolgen, als solcher nicht dazu, dass der vorliegende Fall dem Anwendungsbereich der Richtlinien 92/50 und 2004/18 entzogen ist.

51 Damit stellt sich die Frage, wie die Erfordernisse im Zusammenhang mit der Verwirklichung des im vorliegenden Fall von den Tarifvertragsparteien verfolgten sozialpolitischen Ziels mit den sich aus den Richtlinien 92/50 und 2004/18 ergebenden Erfordernissen in Einklang zu bringen sind.

52 Die Beantwortung dieser Frage setzt voraus, dass anhand des Akteninhalts geprüft wird, ob bei der Festlegung des Inhalts von § 6 des TV-EUmw/VKA, den die Kommission in ihrer Klage als die Vorschrift nennt, die die Grundlage für die streitigen Vertragsvergabevorgänge gebildet hat, im Zuge der Berücksichtigung der jeweiligen Interessen, die in der Verbesserung des Rentenniveaus der betreffenden Arbeitnehmer auf der einen und der Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs sowie der Öffnung für den Wettbewerb auf Unionsebene auf der anderen Seite bestehen, das rechte Gleichgewicht gewahrt worden ist (vgl. entsprechend Urteil vom 12. Juni 2003, Schmidberger, C-112/00, Slg. 2003, I-5659, Randnrn. 81 und 82).

53 Zwar ist § 6 des TV-EUmw/VKA Teil eines Tarifvertrags, der, wie in Randnr. 40 des vorliegenden Urteils dargelegt worden ist, allgemein eine sozialpolitische Zielsetzung verfolgt, doch ist insoweit festzustellen, dass, wie die Generalanwältin in Nr. 176 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, diese Vorschrift darauf hinausläuft, die Anwendung der sich aus den Richtlinien 92/50 und 2004/18 ergebenden Regeln im Bereich der Altersvorsorge der kommunalen Beschäftigten vollständig und für unbestimmte Zeit auszuschließen, was die Bundesrepublik Deutschland nicht bestritten hat.

54 Dieser Mitgliedstaat macht jedoch erstens geltend, dass § 6 des TV-EUmw/VKA eine gemeinsame Lösung unter Berücksichtigung der jeweiligen Interessen der Parteien dieses Tarifvertrags zum Ausdruck bringe. Die Bestimmung der Versorgungseinrichtungen und -unternehmen, die allein mit der Durchführung der im kommunalen öffentlichen Dienst eingeführten Entgeltumwandlung betraut werden könnten, in diesem Tarifvertrag ermögliche eine stärkere Einbeziehung der Arbeitnehmer und eine bessere Berücksichtigung ihrer Interessen, als wenn der oder die Versorgungsträger von jedem einzelnen kommunalen Arbeitgeber im Rahmen eines Verfahrens zur Auftragsvergabe ausgewählt würden.

55 Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass es möglich ist, die Anwendung der Verfahren zur Auftragsvergabe mit der Anwendung der Mechanismen in Einklang zu bringen, die sich u. a. im deutschen Sozialrecht herausgebildet haben und die innerhalb der betroffenen kommunalen Behörden oder Betriebe die Beteiligung der Arbeitnehmer oder ihrer Vertreter an der Entscheidung über die Auswahl des oder der Träger

gewährleisten, die mit der Durchführung der Entgeltumwandlung betraut werden, was die Bundesrepublik Deutschland in der mündlichen Verhandlung nicht bestritten hat.

56 Im Übrigen schließt eine Anwendung der Verfahren zur Auftragsvergabe keineswegs aus, dass den interessierten Bietern in der Ausschreibung Bedingungen vorgeschrieben werden, die die Interessen der betroffenen Arbeitnehmer widerspiegeln.

57 Die Bundesrepublik Deutschland macht, in diesem Punkt durch das Königreich Dänemark unterstützt, zweitens geltend, dass die Angebote der in § 6 des TV-EUmw/VKA genannten Einrichtungen und Unternehmen auf dem Solidaritätsgrundsatz beruhten. In der mündlichen Verhandlung ist hervorgehoben worden, dass es ein Versicherungsvertrag dank der Risikoverteilung ermögliche, zwischen „guten" und „schlechten" Risiken insbesondere dann einen Ausgleich herbeizuführen, wenn die Leistungen der betrieblichen Altersversorgung in Form einer laufenden Rente bis zum Tod des Begünstigten gezahlt würden. Ferner ist betont worden, dass diese Einrichtungen und Unternehmen in keiner Form eine auf medizinische Kriterien gestützte Auslese der interessierten Bewerber vornähmen.

58 Hierzu ist jedoch festzustellen, dass die Wahrung dieser solidarischen Elemente nicht von Natur aus mit der Anwendung eines Verfahrens der Auftragsvergabe unvereinbar ist. Die Verteilung der Risiken, auf der jede Versicherungstätigkeit beruht, kann nämlich auch durch einen Versorgungsträger oder ein Versicherungsunternehmen gewährleistet werden, die nach Abschluss einer unionsweiten Ausschreibung ausgewählt worden sind. Im Übrigen hindert nichts in den Richtlinien über öffentliche Aufträge einen kommunalen Arbeitgeber daran, im Ausschreibungstext die Bedingungen anzugeben, die die Bieter einzuhalten haben, um die Auslese der an der Entgeltumwandlung interessierten Arbeitnehmer anhand medizinischer Kriterien auszuschließen oder ihr einen Rahmen zu setzen.

59 Die Bundesrepublik Deutschland hebt drittens auf die Erfahrung und die finanzielle Solidität der in § 6 des TV-EUmw/VKA genannten Einrichtungen und Unternehmen ab. Ferner sei die Auswahl dieser Einrichtungen und Unternehmen geeignet, die Attraktivität der Entgeltumwandlung für die Beschäftigten des kommunalen öffentlichen Dienstes zu gewährleisten.

60 Es kann jedoch abgesehen davon, dass die Vergaberichtlinien der Union Regeln enthalten, die es den öffentlichen Auftraggebern ermöglichen, sich der fachlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit der Bieter zu vergewissern, nicht davon ausgegangen werden, dass diese Faktoren der Erfahrung und der finanziellen Solidität bei anderen als den in § 6 des TV-EUmw/VKA genannten Versorgungsträgern oder Versicherungsunternehmen im Allgemeinen nicht gegeben wären.

61 Hierzu ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass nach der Richtlinie 2002/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. November 2002 über Lebensversicherungen (ABl. L 345, S. 1) die privaten Unternehmen, die Gruppenversicherungen anbieten, auf Unionsebene koordinierten Aufsichtsregeln unterworfen sind, mit denen insbesondere ihre finanzielle Solidität gewährleistet werden soll.

62 Für die Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung gelten gleichartige Regeln nach der Richtlinie 2003/41/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. Juni 2003 über die Tätigkeiten und die Beaufsichtigung von Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung (ABl. L 235, S. 10). Zweck dieser auf Unionsebene koordinierten Regeln ist es, ein hohes Maß an Sicherheit für die zukünftigen Rentner zu gewährleisten, denen die Leistungen dieser Träger zugutekommen sollen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 14. Januar 2010, Kommission/Tschechische Republik, C-343/08, Slg. 2010, I-275, Randnr. 45).

63 Ferner ist darauf hinzuweisen, dass nach den Angaben der Bundesrepublik Deutschland Versicherungsverträge auf der Grundlage von § 6 Satz 3 des TV-EUmw/VKA von kommunalen Arbeitgebern direkt an andere als die in § 6 Sätze 1 und 2 zwei genannten Einrichtungen vergeben wurden. Im Lauf des vorliegenden Verfahrens wurde weder dargetan noch auch nur behauptet, dass diese Lösung das Interesse der betroffenen Arbeitnehmer an der Entgeltumwandlung verringert hätte.

64 Viertens trägt dieser Mitgliedstaat vor, dass § 6 des TV-EUmw/VKA es den kommunalen Arbeitgebern ermögliche, sich ein individuelles Verfahren zur Auswahl der Einrichtung oder der Einrichtungen, die mit der Durchführung der Entgeltumwandlung auf der Ebene der eigenen Behörde oder des eigenen Betriebs betraut würden, zu ersparen. Außerdem seien die Verwaltungskosten, die von den in dieser Bestimmung genannten Einrichtungen und Unternehmen aufgewandt würden, nur gering.

65 Derartige Erwägungen können jedoch nicht rechtfertigen, dass Bestimmungen und Verfahren umgangen werden, mit denen im Interesse der kommunalen Arbeitgeber und ihrer Beschäftigten der Zugang zu einem erweiterten Angebot an Dienstleistungen auf Unionsebene gewährleistet werden soll.

66 In Anbetracht der in den Randnrn. 53 bis 65 des vorliegenden Urteils dargelegten Erwägungen ist daher der Schluss zu ziehen, dass sich die Beachtung der Richtlinien auf dem Gebiet der öffentlichen Dienstleistungsaufträge nicht als unvereinbar mit der Verwirklichung des sozialpolitischen Ziels erweist, das die Vertragsparteien des TV-EUmw/VKA in Ausübung ihres Rechts auf Kollektivverhandlungen verfolgt haben.

67 Folglich ist zu prüfen, ob die streitigen Vertragsvergabevorgänge die Voraussetzungen für die Anwendung der Richtlinien 92/50 und 2004/18 erfüllen.

Zur Einstufung der in Rede stehenden Verträge als öffentliche Dienstleistungsaufträge im Sinne der Richtlinien 92/50 und 2004/18

68 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass zwischen den Parteien des vorliegenden Verfahrens unstreitig ist, dass die in Rede stehenden Verträge Versicherungsdienstleistungen im Sinne der Kategorie 6 Buchst. a der Anhänge IA der Richtlinie 92/50 bzw. II Teil A der Richtlinie 2004/18 betreffen.

69 Ebenso unstreitig ist zwischen diesen Parteien, dass diese Verträge schriftlich im Sinne von Art. 1 Buchst. a der Richtlinie 92/50 bzw. von Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 geschlossen wurden.

70 Demgegenüber bestreitet die Bundesrepublik Deutschland, unterstützt durch das Königreich Schweden, erstens, dass die weiteren Voraussetzungen, von denen diese Bestimmungen die Einstufung als „öffentliche Aufträge" im Sinne dieser Richtlinien abhängig machen, im vorliegenden Fall erfüllt seien.

71 Die kommunalen Arbeitgeber handelten nicht als öffentliche Auftraggeber, wenn sie lediglich eine tarifvertraglich vorgegebene Auswahlentscheidung auf dem Gebiet der betrieblichen Altersversorgung umsetzten, ohne dass ihnen eine autonome Willensbildung möglich wäre, die sie zu einer beliebigen Bevorzugung eines bestimmten Bieters veranlassen könnte.

72 Zudem seien die in Rede stehenden Verträge nicht entgeltlich. Ein wirtschaftliches Austauschverhältnis bestehe nämlich nur zwischen dem Versorgungsträger und dem Arbeitnehmer, der für die Entgeltumwandlung optiert habe. Der Arbeitgeber beschränke sich darauf, für den Arbeitnehmer die zum Zweck dieser Umwandlung von dessen Entgelt einbehaltenen Versicherungsprämien an diesen Träger weiterzuleiten. Gegenstand dieser Verträge sei die Durchführung einer Maßnahme, die den

Arbeitnehmern zugutekomme, während es an einem Beschaffungselement zugunsten der öffentlichen Hand fehle.

73 Hierzu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass weder Art. 1 Buchst. b der Richtlinie 92/50 noch Art. 1 Abs. 9 der Richtlinie 2004/18 zwischen öffentlichen Aufträgen, die ein öffentlicher Auftraggeber vergibt, um seine im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben zu erfüllen, und solchen Aufträgen unterscheidet, die nicht im Zusammenhang mit diesen Aufgaben stehen. Das Fehlen einer solchen Unterscheidung erklärt sich aus dem Zweck dieser Richtlinien, die Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter oder Bewerber bei der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber auszuschließen (vgl. entsprechend Urteil vom 15. Januar 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria u. a., C-44/96, Slg. 1998, I-73, Randnrn. 32 und 33).

74 Sodann ist darauf hinzuweisen, dass der TV-EUmw/VKA, insbesondere sein § 6, u. a. von Vertretern der kommunalen Arbeitgeber ausgehandelt wurde. Diese Arbeitgeber haben somit, zumindest mittelbar, Einfluss auf den Inhalt dieser Vorschrift genommen.

75 Schließlich impliziert die Bedingung des entgeltlichen Charakters der in Rede stehenden Verträge, dass geprüft wird, ob für die öffentlichen Auftraggeber an diesen von ihnen geschlossenen Verträgen ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse besteht (vgl. entsprechend Urteil vom 25. März 2010, Helmut Müller, C-451/08, Slg. 2010, I-2673, Randnrn. 48 und 49).

76 Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass im Bereich des kommunalen öffentlichen Dienstes § 6 des TV-EUmw/VKA zu entnehmen ist, dass der Arbeitgeber die Entgeltumwandlung bei den in § 6 Satz 1 genannten öffentlichen Trägern durchführen

oder — tut er dies nicht — von den in § 6 Satz 2 genannten Unternehmen für diese Maßnahme angebotene Durchführungswege bestimmen muss.

77 Nach § 1 Abs. 1 BetrAVG steht der Arbeitgeber „für die Erfüllung der von ihm zugesagten Leistungen auch dann ein, wenn die Durchführung nicht unmittelbar über ihn erfolgt".

78 Der kommunale Arbeitgeber handelt somit die Bedingungen eines Gruppenversicherungsvertrags mit einem gewerblichen Versicherer aus, der besonderen aufsichtsrechtlichen Vorgaben unterliegt, die seine finanzielle Solidität garantieren. Die von diesem erbrachten Dienstleistungen ermöglichen es dem Arbeitgeber, seiner Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Durchführung dieser Form der sich aus der Entgeltumwandlung ergebenden aufgeschobenen Entgeltzahlung nachzukommen. Sie entlasten ihn auch von der Verwaltung dieser Maßnahme.

79 Im Rahmen eines solchen Vertrags zahlt der kommunale Arbeitgeber dem betreffenden Träger oder Unternehmen Versicherungsprämien, die er von dem Entgelt einbehalten hat, das er den betreffenden Arbeitnehmern schuldet, als Gegenleistung für den Erhalt von Dienstleistungen, die notwendig mit seiner in § 1 Abs. 1 BetrAVG genannten Verpflichtung zusammenhängen, für die Erfüllung der Versorgungsleistungen zugunsten der Arbeitnehmer einzustehen, die mit seiner Zustimmung für die Entgeltumwandlung optiert haben.

80 Der Umstand, dass die Letztbegünstigten der Versorgungsleistungen die Arbeitnehmer sind, die an dieser Maßnahme teilnehmen, ist nicht geeignet, den entgeltlichen Charakter eines solchen Vertrags in Frage zu stellen.

81 Die Bundesrepublik Deutschland macht, insoweit durch das Königreich Dänemark und das Königreich Schweden unterstützt, zweitens geltend, dass sich die in Art. 1 Buchst. a Ziff. viii der Richtlinie 92/50 bzw. in Art. 16 Buchst. e der Richtlinie 2004/18 vorgesehene Ausnahme für Arbeitsverträge auf jede Dienstleistung erstrecke, die — wie im vorliegenden Fall — auf einem derartigen Vertrag oder einem Tarifvertrag, der Bestandteil dieses Vertrags sei, beruhe und die ihrem Gegenstand nach dem Arbeitsrecht unterliege.

82 Angesichts der in den Randnrn. 4 und 12 des vorliegenden Urteils enthaltenen Angaben kann sich jedoch diese Ausnahme, die als Abweichung von der Anwendung der Richtlinien über öffentliche Dienstleistungsaufträge eng auszulegen ist, nicht auf Dienstleistungen erstrecken, die wie hier nicht auf einem Arbeitsvertrag, sondern auf einem Vertrag zwischen einem Arbeitgeber und einem Versorgungsträger beruhen und die zudem nichts mit dem besonderen Anliegen zu tun haben, das der Unionsgesetzgeber im 28. Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/18 zum Ausdruck gebracht hat.

Zur Festsetzung des Auftragswerts und zur Überschreitung der Schwellenwerte für die Anwendung der Richtlinien 92/50 und 2004/18

83 Zunächst ist festzustellen, dass die Bundesrepublik Deutschland nicht die Richtigkeit der Schwellenwerte von 236 000 Euro und 211 000 Euro bestritten hat, die die

Kommission für den Zeitraum 2004–2005 bzw. für den Zeitraum 2006–2007 zugrunde gelegt hat, um in der vorliegenden Rechtssache die Aufträge abzugrenzen, die aufgrund ihres Werts in den Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 bzw. in den der Richtlinie 2004/18 fallen.

84 Die Bundesrepublik Deutschland beanstandet dagegen den Rechenweg, mit dem die Kommission die hinsichtlich der Beschäftigtenzahl kritische Größe ermittelt habe, jenseits deren sie den kommunalen Arbeitgebern unterstelle, Versicherungsverträge abgeschlossen zu haben, deren Wert den für die Anwendung der Richtlinie 92/50 oder der Richtlinie 2004/18 maßgebenden Schwellenwert erreicht oder überschreitet.

85 In erster Linie trägt dieser Mitgliedstaat vor, dass die Berechnung des Auftragswerts im Sinne dieser Richtlinien im vorliegenden Fall ausschließlich auf die Höhe der Verwaltungskosten zu stützen sei, die von dem Unternehmen für die Abgeltung der erbrachten Dienstleistungen gefordert würden, nicht aber auf den Gesamtbetrag der im Rahmen der Entgeltumwandlung gezahlten Versicherungsprämien, da dieser Betrag beim Abschluss des Versicherungsvertrags tatsächlich nicht genau bestimmt werden könne.

86 Hierzu ist jedoch darauf hinzuweisen, dass bei Aufträgen über Versicherungsdienstleistungen im Sinne der Kategorie 6 Buchst. a der Anhänge IA der Richtlinie 92/50 bzw. II Teil A der Richtlinie 2004/18, sowohl Art. 7 Abs. 4 erster Gedankenstrich der Richtlinie 92/50 als auch Art. 9 Abs. 8 Buchst. a Ziff. i der Richtlinie 2004/18 „die Versicherungsprämie" als Grundlage für die Berechnung des geschätzten Werts des betreffenden Auftrags nennen.

87 Bei Dienstleistungen der betrieblichen Altersversorgung entspricht der „geschätzte Auftragswert" im Sinne der in Randnr. 86 des vorliegenden Urteils genannten Bestimmungen daher, wie die Kommission zutreffend ausgeführt hat, dem geschätzten Wert der Versicherungsprämien, im vorliegenden Fall also der Beiträge, die aufgrund der Entgeltumwandlung vom Entgelt der teilnehmenden Arbeitnehmer der betreffenden kommunalen Behörde oder des betreffenden kommunalen Betriebs einbehalten werden und die zur Finanzierung der endgültigen Leistungen der betrieblichen Altersversorgung bestimmt sind. Diese Versicherungsprämien stellen nämlich im

vorliegenden Fall die hauptsächliche Gegenleistung für die Dienstleistungen dar, die der leistende Träger oder das leistende Unternehmen dem kommunalen Arbeitnehmer im Rahmen der Erfüllung dieser Leistungen erbringt.

88 In einem Kontext wie dem des vorliegenden Falles, in dem eine genaue Angabe des Gesamtwerts dieser Versicherungsprämien zum Zeitpunkt der Vergabe des in Rede stehenden Auftrags dadurch unmöglich gemacht wird, dass dem einzelnen Beschäftigten die Entscheidung überlassen bleibt, ob er sich an der Entgeltumwandlung beteiligt oder nicht, und in Anbetracht der Laufzeit eines solchen Auftrags, die lang oder sogar von unbestimmter Dauer ist, wie die Erörterungen in der mündlichen Verhandlung bestätigt haben, schreiben sowohl Art. 7 Abs. 5 zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 92/50 als auch Art. 9 Abs. 8 Buchst. b Ziff. ii der Richtlinie 2004/18 vor, den „Vertragswert aus der monatlichen Zahlung multipliziert mit 48“ bzw. „Monatswert … multipliziert mit 48“ zur Grundlage für die Berechnung des geschätzten Werts dieses Auftrags zu machen.

89 Wie die Generalanwältin in Nr. 150 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, hat die Kommission in der vorliegenden Rechtssache daher, wie es die betroffenen kommunalen Arbeitgeber hätten tun müssen, zu Recht ihre Berechnung zunächst auf eine Schätzung des monatlichen Durchschnittsbetrags der Entgeltumwandlung je Beschäftigten multipliziert mit 48 gestützt, sodann unter Berücksichtigung des sich aus dieser Multiplikation ergebenden Produkts ermittelt, wie viele Beschäftigte sich individuell an der Entgeltumwandlung beteiligen mussten, um den für die Anwendung der Vergabevorschriften der Union maßgebenden Schwellenwert zu erreichen, und schließlich auf der Grundlage einer Schätzung der Quote der Beteiligung der Beschäftigten des kommunalen öffentlichen Dienstes an der Entgeltumwandlung die hinsichtlich der Beschäftigtenzahl kritische Größe festgelegt, jenseits deren die kommunalen Arbeitgeber Aufträge vergeben haben, die diesen Schwellenwert erreichten oder überschritten.

90 Die Bundesrepublik Deutschland trägt zweitens vor, die Kommission habe es bei ihren Berechnungen zu Unrecht unterlassen, den bereits im vorprozessualen Verfahren hervorgehobenen Umstand zu berücksichtigen, dass eine Reihe kommunaler

Arbeitnehmer für die Durchführung der Entgeltumwandlung auf der Ebene ihrer eigenen Behörde oder ihres eigenen Betriebs mehrere Verträge mit einzelnen Einrichtungen oder Unternehmen geschlossen hätten. Dieser Umstand hätte die Kommission veranlassen müssen, den geschätzten Auftragswert anhand jedes einzelnen vom kommunalen Arbeitgeber geschlossenen Versicherungsvertrags zu berechnen.

91 Jedoch geht, welche Gründe auch immer die kommunalen Arbeitgeber veranlasst haben mögen, diese Praxis anzuwenden, und unabhängig davon, ob die streitigen Verträge — was die Kommission geltend macht, die Bundesrepublik Deutschland jedoch bestreitet — Rahmenvereinbarungen im Sinne von Art. 1 Abs. 5 der Richtlinie 2004/18 darstellen, schon aus dem Wortlaut von Art. 9 Abs. 1 dieser Richtlinie, der die allgemeine Regelung für die Berechnung des geschätzten Werts eines öffentlichen Auftrags festlegt, hervor, dass Grundlage für diese Berechnung der vom öffentlichen Auftraggeber voraussichtlich zu zahlende „Gesamtwert" dieses Auftrags ist.

92 Im vorliegenden Fall muss die maßgebende Berechnung daher auf dem geschätzten Gesamtwert des Auftrags über die betriebliche Altersversorgung auf der Ebene der betroffenen Behörde oder des betroffenen Betriebs entsprechend den mit der Entgeltumwandlung in Zusammenhang stehenden Versicherungsprämien beruhen.

93 Wie die Kommission geltend gemacht hat, würde bei einem solchen Auftrag, dessen Gegenstand seinem Wesen nach einheitlich ist, eine Berechnung, wie von der Bundesrepublik Deutschland empfohlen, anhand der Zahl der von dem betreffenden kommunalen Arbeitgeber geschlossenen Versicherungsverträgen zu einer künstlichen Aufspaltung dieses Auftrags führen, die geeignet wäre, ihn dem Anwendungsbereich der Vergabevorschriften der Union zu entziehen, obwohl sein geschätzter Gesamtwert den für die Anwendung dieser Vorschriften maßgebenden Schwellenwert erreichen oder überschreiten würde.

94 Außerdem würde bei einer solchen Berechnung der Grundsatz der Rechtssicherheit verkannt, da zum Zeitpunkt des Abschlusses dieser etwaigen einzelnen Verträge deren Einzelwert nicht einmal geschätzt werden kann, da nicht auch nur annähernd vorhersehbar ist, in welchem Verhältnis die spätere Entscheidung der einzelnen Beschäftigten, die sich an der Entgeltumwandlung beteiligen möchten, auf die einzelnen betroffenen Unternehmen fallen wird. Eine entsprechende Berechnung, die auf eine rein mathematische Division des geschätzten Gesamtwerts des Auftrags nach Maßgabe der Anzahl der in Aussicht genommenen Versicherungsverträge gestützt wäre, könnte somit dazu führen, die Gesamtheit dieser Verträge dem Anwendungsbereich der Vergabevorschriften der Union zu entziehen, während sich anschließend herausstellen könnte, dass der Wert einiger dieser Verträge aufgrund der Zahl der teilnehmenden Beschäftigten und der Höhe der an das betreffende Unternehmen gezahlten Versicherungsprämien den maßgebenden Schwellenwert erreicht oder überschreitet.

95 Die Bundesrepublik Deutschland hat drittens während des gesamten Verfahrens vor dem Gerichtshof die von der Kommission zugrunde gelegten Zahlen über die Quote der an der Entgeltumwandlung beteiligten Beschäftigten des kommunalen öffentlichen Dienstes bestritten.

96 Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission in jedem Abschnitt des Verfahrens vor dem Gerichtshof ihre Berechnung auf die zuverlässigsten Zahlenangaben gestützt hat, die die Bundesrepublik Deutschland zur Quote der an der Entgeltumwandlung beteiligten kommunalen Beschäftigten vorgelegt hat, was sie dazu veranlasst hat, den Gegenstand ihrer Klage für den Zeitraum von 2004 bis 2007 letztlich in dem in Randnr. 3 des vorliegenden Urteils angegebenen Sinne zu begrenzen.

97 Insoweit ist zunächst hervorzuheben, dass sich der Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits auf streitige Vertragsvergabevorgänge erstrecken kann, die nach Ablauf der in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzten Frist, also nach dem 4. September 2006, erfolgt sind, da diese Vergabevorgänge ein Verhalten derselben Art wie die in dieser mit Gründen versehenen Stellungnahme angesprochenen darstellen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 22. März 1983, Kommission/Frankreich, 42/82, Slg. 1983, 1013, Randnr. 20, vom 4. Februar 1988, Kommission/Italien, 113/86, Slg. 1988, 607, Randnr. 11, und vom 9. November 2006, Kommission/Vereinigtes Königreich, C-236/05, Slg. 2006, I-10819, Randnr. 12).

98 Dagegen verkennt die Entscheidung der Kommission, bei ihren im Lauf des vorliegenden Verfahrens vorgenommenen Berechnungen auf den gesamten von ihrer Klage erfassten Zeitraum die Zahlen für das Jahr 2006, in dem die genannte Frist ablief, anzuwenden, den Umstand, dass die kommunalen Arbeitgeber, die in den Jahren 2004 oder 2005 streitige Verträge vergeben haben, den betreffenden Auftrag nur auf der Grundlage der Schätzungen für das eine oder für das andere dieser beiden Jahre bewerten konnten. Es war daher Sache der Kommission, bei ihren Berechnungen für die Jahre 2004 bzw. 2005 die Zahlen des entsprechenden Jahres zu berücksichtigen.

99 Nach den von der Bundesrepublik Deutschland in der Gegenerwiderung gemachten Angaben stellen sich diese Zahlen für den durchschnittlichen monatlichen Entgeltumwandlungsbetrag je Beschäftigten bzw. die Quote der an der Entgeltumwandlung beteiligten Beschäftigten des kommunalen öffentlichen Dienstes wie folgt dar:

— für 2004: 77,95 Euro und 1,40 % sowie

— für 2005: 89,14 Euro und 1,76 %.

100 In Anbetracht dieser Angaben und der anwendbaren Berechnungsmethode, wie sie in Randnr. 89 des vorliegenden Urteils dargestellt worden ist, ist im Kontext dieser Rechtssache der behauptete Verstoß insoweit festzustellen, als Versicherungsverträge ohne unionsweite Ausschreibung direkt an in § 6 des TV-EUmw/VKA genannte Einrichtungen oder Unternehmen vergeben wurden:

— im Jahr 2004 durch kommunale Behörden oder Betriebe, die damals mehr als 4 505 Beschäftigte hatten;

— im Jahr 2005 durch kommunale Behörden oder Betriebe, die damals mehr als 3 133 Beschäftigte hatten, und

— in den Jahren 2006 und 2007 durch kommunale Behörden oder Betriebe, die damals mehr als 2 402 Beschäftigte hatten.

101 Die Bundesrepublik Deutschland trägt viertens vor, dass die Städte Berlin, Bremen und Hamburg zu Unrecht als Mitglieder eines Landesverbands der VKA angesehen und mithin in den Anwendungsbereich des TV-EUmw/VKA einbezogen worden seien.

102 Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission auf die von der Bundesrepublik Deutschland im Lauf des vorliegenden Verfahrens gegebenen Erläuterungen hin Berlin vom Gegenstand ihrer Klage ausgenommen hat.

103 Was Bremen und Hamburg betrifft, hat dieser Mitgliedstaat, wie den Angaben der Kommission in ihrer Erwiderung zu entnehmen ist, eingeräumt, dass diese beiden Städte Mitglied des Kommunalen Arbeitgeberverbands Bremen e. V. bzw. der Arbeitsrechtlichen Vereinigung Hamburg e. V. waren, die Mitglieder der VKA sind.

104 Darüber hinaus hat dieser Mitgliedstaat die Behauptung in seiner Gegenerwiderung, die Beschäftigten des öffentlichen Dienstes dieser beiden Städte fielen aufgrund des Sonderstatus der Mitglieder jedes dieser beiden in Randnr. 103 des vorliegenden Urteils genannten Landesverbände nicht in den Anwendungsbereich des TV-EUmw/VKA, durch keinen konkreten Anhaltspunkt untermauert.

105 Nach alledem ist festzustellen, dass die Bundesrepublik Deutschland gegen die Verpflichtungen verstoßen hat, die sich für sie bis zum 31. Januar 2006 aus Art. 8 in Verbindung mit den Abschnitten III bis VI der Richtlinie 92/50 und seit dem 1. Februar 2006 aus Art. 20 in Verbindung mit den Art. 23 bis 55 der Richtlinie 2004/18 ergaben, soweit Verträge über Dienstleistungen der betrieblichen Altersversorgung im Jahr 2004 durch kommunale Behörden oder Betriebe, die damals mehr als 4 505 Beschäftigte hatten, im Jahr 2005 durch kommunale Behörden oder Betriebe, die damals mehr als 3 133 Beschäftigte hatten, und in den Jahren 2006 und 2007 durch kommunale Behörden oder Betriebe, die damals mehr als 2 402 Beschäftigte hatten, ohne unionsweite Ausschreibung direkt an in § 6 des TV-EUmw/VKA genannte Einrichtungen oder Unternehmen vergeben wurden.

106 Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Kosten

107 Nach Art. 69 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Der Gerichtshof kann nach Art. 69 § 3 der Verfahrensordnung die Kosten teilen oder beschließen, dass jede Partei ihre eigenen Kosten trägt, wenn jede Partei teils obsiegt, teils unterliegt. Da im vorliegenden Fall die Kommission und die Bundesrepublik Deutschland mit einzelnen Rügen jeweils unterlegen sind, sind ihnen jeweils ihre eigenen Kosten aufzuerlegen.

108 Nach Art. 69 § 4 Abs. 1 der Verfahrensordnung tragen das Königreich Dänemark und das Königreich Schweden, die dem Rechtsstreit als Streithelfer beigetreten sind, ihre eigenen Kosten.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Große Kammer) für Recht erkannt und entschieden:

1. **Die Bundesrepublik Deutschland hat gegen die Verpflichtungen verstoßen, die sich für sie bis zum 31. Januar 2006 aus Art. 8 in Verbindung mit den Abschnitten III bis VI der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge und seit dem 1. Februar 2006 aus Art. 20 in Verbindung mit den Art. 23 bis 55 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge ergaben, soweit Verträge über Dienstleistungen der betrieblichen Altersversorgung im Jahr 2004 durch kommunale Behörden oder Betriebe, die damals mehr als 4 505 Beschäftigte hatten, im Jahr 2005 durch kommunale Behörden oder Betriebe, die damals mehr als 3 133 Beschäftigte hatten, und in den Jahren 2006 und 2007 durch kommunale Behörden oder Betriebe, die damals mehr als 2 402 Beschäftigte hatten, ohne Ausschreibung auf der Ebene der Europäischen Union direkt an in § 6 des Tarifvertrags zur Entgeltumwandlung für Arbeitnehmer/-innen im kommunalen öffentlichen Dienst genannte Einrichtungen oder Unternehmen vergeben wurden.**

2. **Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.**

3. **Die Europäische Kommission, die Bundesrepublik Deutschland, das Königreich Dänemark und das Königreich Schweden tragen ihre eigenen Kosten.**

Unterschriften