



Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Rigler, die Hofräte Dr. Kleiser und Dr. Mayr, Hofrätin Mag. Hainz-Sator sowie Hofrat Dr. Pürgy als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Mitter, in der Revisionssache der A AG in W, vertreten durch die SHMP Schwartz Huber-Medek Pallitsch Rechtsanwälte OG in 1010 Wien, Hohenstaufergasse 7, gegen den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichtes vom 13. September 2016, W131 2131380-1/27E, betreffend vergaberechtliches Feststellungsverfahren (mitbeteiligte Parteien: 1. B-Holding GmbH, B GmbH, W GmbH, V GmbH und A GmbH, alle in W und alle vertreten durch die Haslinger/Nagele & Partner Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Mölker Bastei 5; 2. f AG in W, vertreten durch Heid Schiefer Rechtsanwälte in 1030 Wien, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4), den

### **B e s c h l u s s**

gefasst:

Dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) wird nach Art. 267 AEUV folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Sind die Bestimmungen der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe bzw. die Art. 49 und 56 AEUV und die daraus für die öffentliche Auftragsvergabe resultierenden Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz auf den Abschluss von Verträgen öffentlicher Auftraggeber mit Betrieblichen Vorsorgekassen über die Verwaltung und Veranlagung von Entgeltbeiträgen anwendbar, wenn der Vertragsabschluss und damit die Auswahl der Vorsorgekasse der Zustimmung durch die Arbeitnehmerschaft bzw. ihrer Vertretung bedarf und somit vom öffentlichen Auftraggeber nicht allein vorgenommen werden kann?





**Begründung:**

**I. Sachverhalt und Ausgangsverfahren**

- 1 **1.** Bei den fünf, miteinander in einem Konzern verbundenen, erstmitbeteiligten Parteien (im Folgenden: Auftraggeberinnen) handelt es sich - wie auch von ihnen selbst nicht in Abrede gestellt wird - um Einrichtungen des öffentlichen Rechts im Sinn des § 3 Abs. 1 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006) bzw. des Art. 2 Abs. 1 Z 4 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (im Folgenden: Richtlinie 2014/24/EU) und somit um öffentliche Auftraggeber.
- 2 Als Arbeitgeber sind die Auftraggeberinnen gemäß § 6 Abs. 1 Betriebliches Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz (BMSVG) verpflichtet, für ihre Arbeitnehmer einen Beitrag von 1,53 % des monatlichen Entgelts (im Wege des zuständigen Sozialversicherungsträgers) an eine Betriebliche Vorsorgekasse (im Folgenden: BV-Kasse) zur Verwaltung und Veranlagung dieser Beiträge zu überweisen. Dafür ist nach § 11 BMSVG ein Beitrittsvertrag zwischen der BV-Kasse und dem beitretenden Arbeitgeber abzuschließen. Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses hat der Arbeitnehmer gegen die BV-Kasse einen Anspruch auf Abfertigung (§ 14 BMSVG), der sich im Wesentlichen (abzüglich bestimmter Kosten und zuzüglich der Veranlagungsergebnisse) aus den eingezahlten Beiträgen zusammensetzt (§ 15 in Verbindung mit § 3 Z 3 BMSVG).
- 3 **2.** Bis zum Jahr 2016 bestand zwischen den Auftraggeberinnen und der Revisionswerberin jeweils ein solcher Beitrittsvertrag. Im Februar 2016 wurde auf nationaler Ebene eine Bekanntmachung über die Durchführung eines offenen Verfahrens im Unterschwellenbereich betreffend die Auswahl einer BV-Kasse veröffentlicht. Beschaffungsziel war der Abschluss eines Beitrittsvertrages sowie im Zusammenhang mit einem allfälligen Wechsel der BV-Kasse die Übertragung von Abfertigungsanwartschaften (im Sinn des § 12 BMSVG). Als Auftraggeber bzw. beitretende Arbeitgeber wurden die fünf



erstmitbeteiligten Parteien genannt. Als Leistungsbeginn war der 1. Jänner 2017 vorgesehen.

- 4 Die Revisionswerberin legte ebenso wie die zweitmitbeteiligte Partei ein Angebot. Am 17. Juni 2016 gaben die Auftraggeberinnen (nach Zurückziehung ihrer ersten Zuschlagsentscheidung zum zweiten Mal) ihre Absicht bekannt, den Zuschlag in diesem Vergabeverfahren der zweitmitbeteiligten Partei (im Folgenden: Auftragnehmerin) zu erteilen. Mit Schriftsatz vom 24. Juni 2016 beantragte die Revisionswerberin die Nichtigkeitsklärung dieser Zuschlagsentscheidung. Am 29. Juni 2016 wurde die Zuschlagsentscheidung vom 17. Juni 2016 zurückgezogen und das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren wurde daraufhin eingestellt. Am 8. Juli 2016 wurde das im Februar 2016 eingeleitete Vergabeverfahren seitens der Auftraggeberinnen widerrufen.
- 5 Bereits am 30. Juni 2016 hatten die Auftraggeberinnen die jeweils mit der Revisionswerberin bestehenden Beitrittsverträge mit Wirkung zum 31. Dezember 2016 gekündigt. Angeschlossen war jeweils eine Übernahmebestätigung, mit der die Auftragnehmerin die Übertragung der Abfertigungsanwartschaften der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Auftraggeberinnen (auf sie) bestätigte. Die Auftraggeberinnen hatten - wie von ihnen selbst im Verfahren vorgebracht - am 29. Juni 2016 jeweils einen (Beitritts)Vertrag mit der Auftragnehmerin abgeschlossen.
- 6 **3.** Mit Schriftsatz vom 29. Juli 2016 beantragte die Revisionswerberin die Feststellung, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung durch die Auftraggeberinnen sowie die Zuschlagserteilung an die Auftragnehmerin ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung rechtswidrig gewesen seien. Weiters wurde die Feststellung beantragt, dass der Zuschlag an die Auftragnehmerin nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt worden sei.
- 7 Die Revisionswerberin brachte vor, dass der gegenständliche Vertragsabschluss dem BVergG 2006 unterliege. Die - außerhalb des oben geschilderten Vergabeverfahrens erfolgte - Direktvergabe sei daher rechtswidrig. Sollte die



Zuschlagserteilung im Rahmen dieses - erst später widerrufenen - Vergabeverfahrens erfolgt sein, wäre zu Unrecht keine weitere Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben worden.

- 8 Die Auftragnehmerin und die Auftraggeberinnen erstatteten jeweils Stellungnahmen, in denen sie vorbrachten, dass das BVergG 2006 auf den vorliegenden Beschaffungsvorgang nicht anwendbar sei.
- 9 **4.** Mit dem angefochtenen Beschluss des Bundesverwaltungsgerichtes vom 14. September 2016 wurde der Feststellungsantrag der Revisionswerberin zurückgewiesen.
- 10 Das Verwaltungsgericht legte seiner Entscheidung einen geschätzten Auftragswert der Beitrittsverträge in der Höhe von zusammengerechnet € 174.000,- zugrunde, wobei dafür die vom Arbeitgeber an die BV-Kasse zu entrichtenden Verwaltungskosten und die von dieser einzubehaltende Vermögensverwaltungsvergütung nach § 26 Abs. 1 und 3 BMSVG (im Folgenden zusammengefasst: Verwaltungskosten) als maßgeblich angesehen wurden. Dieser Wert sei von der Revisionswerberin für sich genommen nicht substantiiert bestritten worden.
- 11 Zwar habe die Revisionswerberin die Auffassung vertreten, dass für die Auftragswertberechnung die an die BV-Kasse zu entrichtenden Beiträge (und nicht bloß die einzubehaltenden Verwaltungskosten) heranzuziehen seien. Das Verwaltungsgericht ging in seinen rechtlichen Erwägungen aber davon aus, dass das Entgelt der BV-Kasse - anders als bei Versicherungsleistungen, bei denen die Versicherungsprämie und somit die Gesamtzahlung des Versicherten an den Versicherer das Entgelt für die Hauptleistung des Versicherers sei - nicht in den zur Veranlagung überlassenen Beiträgen bestehe, sondern nur in den Verwaltungskosten gemäß § 26 BMSVG, welche die BV-Kasse für sich verrechnen dürfe. Die Tätigkeit der BV-Kasse, die Verwaltung und Veranlagung eines Teils des Entgelts der Arbeitnehmer, werde nur durch diese Verwaltungskosten abgegolten. Somit sei der gegenständliche Auftrag dem Unterschwellenbereich zuzuordnen, weshalb das unionsrechtliche





Sekundärrecht nicht maßgeblich sei. Der Fall sei daher nach den nationalen Vorschriften zu lösen.

- 12 Davon ausgehend gelangte das Verwaltungsgericht zur Ansicht, dass das BMSVG den Vorschriften des BVergG 2006 als speziellere Norm vorgehe, weil für die BV-Kasse ein Kontrahierungszwang vorgeschrieben sei, der Abschluss des Beitrittsvertrages der Mitwirkung der Arbeitnehmerschaft bedürfe und der Arbeitgeber einen Kompromiss mit der Arbeitnehmerschaft suchen müsse bzw. mangels Einigung eine Schlichtungsstelle mittels Bescheid (und somit durch einen hoheitlichen Verwaltungsakt) zu entscheiden habe. Zudem liege dem BMSVG ein sozialer Schutzzweck, nämlich die finanzielle Absicherung von Arbeitnehmern nach dem Ende einer Beschäftigung, zugrunde. Die besonderen Vertragsabschlussvorschriften des BMSVG seien mit den Regelungen des BVergG 2006 nicht harmonisiert, vielmehr stünden sie dazu in einem unüberbrückbaren Widerspruch.
- 13 Auf Grund der fehlenden Anwendbarkeit des BVergG 2006 sei das Verwaltungsgericht zur inhaltlichen Behandlung des Feststellungsantrages nicht zuständig, der Antrag sei daher zurückzuweisen gewesen.
- 14 **5.** Gegen diesen Beschluss erhob die Revisionswerberin ordentliche Revision.
- 15 Die Revisionswerberin bringt vor, die hier gegenständlichen Leistungen der betrieblichen Mitarbeitervorsorge seien Dienstleistungsaufträge und unterlägen daher dem sachlichen Anwendungsbereich des BVergG 2006. Diesbezüglich verweist sie insbesondere auf die Rechtsprechung sowohl des EuGH als auch des Verwaltungsgerichtshofes zu den (nach Ansicht der Revisionswerberin: vergleichbaren) Pensionskassenleistungen (Verweis insbesondere auf das Urteil EuGH 15.7.2010, *Kommission gegen Deutschland*, C-271/08). Die (nach Ansicht der Revisionswerberin bloß theoretisch bestehende) Möglichkeit der Ablehnung einer BV-Kasse durch den Betriebsrat führe nicht dazu, dass der vorliegende Auftrag aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts herausfalle. Der Vertrag sei entgeltlich, weil die Beiträge vom Arbeitgeber auf eigene Rechnung bezahlt würden. Die Ausnahme des § 10 Z 12 BVergG 2006 (bzw. des Art. 10 lit. g der Richtlinie 2014/24/EU) für Arbeitsverträge sei nicht



einschlägig, weil die von der BV-Kasse eigenständig erbrachten Leistungen nicht dem Arbeitgeber zugerechnet werden könnten.

- 16 Weiters geht die Revisionswerberin davon aus, dass es sich bei der betrieblichen Mitarbeitervorsorge (wie bei einer Pensionskassenleistung) um eine Versicherungsleistung handle, weshalb der Auftragswert auf Basis der gesamten zu überweisenden Beiträge (als Versicherungsprämien), und nicht bloß auf Basis der Verwaltungskosten zu ermitteln sei.
- 17 **6.** Die Auftraggeberinnen und die Auftragnehmerin erstatteten jeweils eine Revisionsbeantwortung.
- 18 Darin wird vorgebracht, der Arbeitgeber sei beim Abschluss des Beitrittsvertrages an den Willen der Arbeitnehmerschaft gebunden bzw. - wenn keine Einigung zustande komme - entscheide die Schlichtungsstelle durch Bescheid. Da es um die Verwaltung und Veranlagung von Entgeltansprüchen der Arbeitnehmerschaft gehe, stehe die Funktion als Arbeitgeber (und nicht als öffentlicher Auftraggeber) im Vordergrund. Die Auftraggeberinnen könnten keinen autonomen Willen dahingehend bilden, einen bestimmten Bieter zu bevorzugen, weshalb die Einhaltung des Vergaberechts nicht geboten sei. Zudem stehe die Durchführung eines Vergabeverfahrens nach dem BVergG 2006 mit den im BMSVG vorgesehenen Fristen nicht in Einklang. Werde innerhalb der vorgesehenen Fristen keine BV-Kasse ausgewählt, erfolge eine Zuweisung durch den zuständigen Sozialversicherungsträger. Da die Arbeitnehmerschaft bzw. ihre Vertretung nicht an das Vergaberecht gebunden sei, entstünde ein unauflösbarer Konflikt, wenn sich die Arbeitnehmerschaft gegen den im Vergabeverfahren ermittelten Bestbieter aussprechen würde.
- 19 Die Rechtsprechung zu den Pensionskassenleistungen erachten die mitbeteiligten Parteien als nicht übertragbar, weil die Regelungen jeweils unterschiedliche Zielsetzungen verfolgten und die Leistungen nicht vergleichbar seien. Die Leistungen der BV-Kasse (Auszahlung von Abfertigungen) seien nicht als Versicherungsleistungen anzusehen, weil der Eintritt des Leistungsfalles nicht ungewiss sei und jeder Anspruchsberechtigte die ihm zukommende Leistung - ohne ein System kollektiver





Risikoübernahme - selbst finanziere. Ausgehend davon seien als Entgelt nicht die Beiträge insgesamt, sondern nur die Verwaltungskosten heranzuziehen.

- 20 Weiters wird die fehlende Anwendbarkeit des Vergaberechts auch damit begründet, dass kein Leistungsaustausch zwischen der BV-Kasse und dem Arbeitgeber erfolge, weil die Arbeitnehmer das Entgelt für die erbrachte Dienstleistung selbst zahlen würden. Der Arbeitgeber agiere als „verlängerter Arm“ der Arbeitnehmerschaft. Schließlich sei das BVergG 2006 auch deshalb nicht anwendbar, weil die Mitarbeitervorsorge eine Absicherung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses sei, den Abfertigungen daher Entgeltcharakter zukomme und der Beschaffungsvorgang somit unter den Ausnahmetatbestand für Arbeitsverträge falle.

## **II. Maßgebliche Bestimmungen des Unionsrechts**

- 21 **1.** Erwägungsgrund 1 der Richtlinie 2014/24/EU lautet:

„(1) Die Vergabe öffentlicher Aufträge durch oder im Namen von Behörden der Mitgliedstaaten hat im Einklang mit den im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) niedergelegten Grundsätzen zu erfolgen, insbesondere den Grundsätzen des freien Warenverkehrs, der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit sowie den sich daraus ableitenden Grundsätzen wie Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, gegenseitige Anerkennung, Verhältnismäßigkeit und Transparenz. Für über einen bestimmten Wert hinausgehende öffentliche Aufträge sollten Vorschriften zur Koordinierung der nationalen Vergabeverfahren festgelegt werden, um zu gewährleisten, dass diese Grundsätze praktische Geltung erlangen und dass das öffentliche Auftragswesen für den Wettbewerb geöffnet wird.“

- 22 **2.** Die vorliegend relevanten Artikel der Richtlinie 2014/24/EU - hinsichtlich Art. 4 in der Fassung der Delegierten Verordnung (EU) 2015/2170 der Kommission vom 24. November 2015 - lauten auszugsweise:

### **„Artikel 1**

#### **Gegenstand und Anwendungsbereich**

(1) Mit dieser Richtlinie werden Regeln für die Verfahren öffentlicher Auftraggeber bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und der Durchführung von



Wettbewerben festgelegt, deren geschätzter Wert nicht unter den in Artikel 4 genannten Schwellenwerten liegt.

(2) Auftragsvergabe im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet den im Wege eines öffentlichen Auftrags erfolgenden Erwerb von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen durch einen oder mehrere öffentliche Auftraggeber von Wirtschaftsteilnehmern, die von diesen öffentlichen Auftraggebern ausgewählt werden, unabhängig davon, ob diese Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen für einen öffentlichen Zweck bestimmt sind oder nicht.

...

## **Artikel 2**

### **Begriffsbestimmungen**

(1) Für die Zwecke dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

...

5. ‚öffentliche Aufträge‘ zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern schriftlich geschlossene entgeltliche Verträge über die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen;

...

## **Artikel 4**

### **Höhe der Schwellenwerte**

Diese Richtlinie gilt für Aufträge, deren geschätzter Wert ohne Mehrwertsteuer (MwSt.) die folgenden Schwellenwerte nicht unterschreitet:

...

c) 209 000 EUR bei öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, die von subzentralen öffentlichen Auftraggebern vergeben werden, und bei von diesen Behörden ausgerichteten Wettbewerben; ...

...

## **Artikel 5**

### **Methoden zur Berechnung des geschätzten Auftragswerts**

(1) Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswerts ist der vom öffentlichen Auftraggeber geschätzte zahlbare Gesamtbetrag ohne MwSt., einschließlich aller Optionen und etwaigen Verlängerungen der Aufträge, die in den Auftragsunterlagen ausdrücklich geregelt sind.

...







(13) Bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen wird der geschätzte Auftragswert gegebenenfalls wie folgt berechnet:

- a) bei Versicherungsleistungen auf der Basis der zu zahlenden Versicherungsprämie und sonstiger Entgelte;
- b) bei Bank- und anderen Finanzdienstleistungen auf der Basis der zu zahlenden Gebühren, Provisionen und Zinsen sowie sonstiger Entgelte;

...

(14) Bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen, für die kein Gesamtpreis angegeben wird, wird der geschätzte Auftragswert wie folgt berechnet:

...

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

...

#### **Artikel 10**

##### **Besondere Ausnahmen für Dienstleistungsaufträge**

Diese Richtlinie gilt nicht für öffentliche Dienstleistungsaufträge, die Folgendes zum Gegenstand haben:

...

- g) Arbeitsverträge;

...“

### **III. Maßgebliche Bestimmungen des nationalen Rechts**

- 23 1. Die relevanten Bestimmungen des Bundestheaterorganisationsgesetzes (BThOG), BGBl. I Nr. 108/1998 in der Fassung BGBl. I Nr. 100/2015, lauten auszugsweise:

#### **„Errichtung von Gesellschaften**

§ 3. (1) Zur Führung des Betriebes im Sinne des kulturpolitischen Auftrages gemäß § 2 der im Bundestheaterverband vereinten Bühnen ‚Burgtheater‘, ‚Staatsoper‘ und ‚Volksoper‘ wird der Bundeskanzler ermächtigt, im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Finanzen folgende Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem Stammkapital von jeweils zwei Millionen Schilling mit folgenden Firmen zu errichten:

- 1. die ‚Bundestheater-Holding Gesellschaft mit beschränkter Haftung‘, abgekürzt ‚Bundestheater-Holding GmbH‘;



2. die ‚Burgtheater Gesellschaft mit beschränkter Haftung‘, abgekürzt ‚Burgtheater GmbH‘;
3. die ‚Wiener Staatsoper Gesellschaft mit beschränkter Haftung‘, abgekürzt ‚Wiener Staatsoper GmbH‘;
4. die ‚Volksoper Wien Gesellschaft mit beschränkter Haftung‘, abgekürzt ‚Volksoper Wien GmbH‘;
5. die ‚ART for ART Theaterservice Gesellschaft mit beschränkter Haftung, abgekürzt ‚ART for ART Theaterservice GmbH‘ (im Folgenden ‚Theaterservice GmbH‘).

...

(3) Die Bundestheater-Holding GmbH steht zu 100% im Eigentum des Bundes und wird mit der Eintragung der Gesellschaften gemäß Abs. 1 Z 2 bis 5 in das Firmenbuch Eigentümerin aller Geschäftsanteile dieser Gesellschaften. Die Übertragung von Geschäftsanteilen an den Gesellschaften gemäß Abs. 1 Z 1 bis 4 an Dritte ist unzulässig. Ab dem 1. September 2004 ist der Bundeskanzler ermächtigt, im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Finanzen bis zu 49 vH der Geschäftsanteile an der Theaterservice GmbH an Dritte zu übertragen. Die Übertragung bedarf der Zustimmung der Bundesregierung.

...

### **Anwendung von Vergabevorschriften**

§ 10. Bei Aufträgen gemäß § 9 Abs. 1 und 4 erster Satz, an die Theaterservice GmbH gilt § 10 Z 7 des Bundesvergabegesetzes 2006, BGBl. I Nr. 17/2006. Die Theaterservice GmbH hat bei Aufträgen an Dritte das Bundesvergabegesetz 2006 anzuwenden.“

- 24      2. Die relevanten Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 (BVergG 2006), BGBl. I Nr. 17/2006 in der Fassung BGBl. I Nr. 7/2016, lauten auszugsweise:

### **„Regelungsgegenstand**

§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz regelt insbesondere

1. die Verfahren zur Beschaffung von Leistungen (Vergabeverfahren) im öffentlichen Bereich, das sind die Vergabe von öffentlichen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen sowie die Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionsverträgen durch öffentliche Auftraggeber, die Durchführung von Wettbewerben durch öffentliche Auftraggeber, die Vergabe von Bauaufträgen an Dritte durch Baukonzessionäre, die nicht öffentliche Auftraggeber sind und die Vergabe von bestimmten Bau- und



Dienstleistungsaufträgen, die nicht von öffentlichen Auftraggebern vergeben, aber von diesen subventioniert werden (2. Teil),

...

### **Öffentliche Auftraggeber und sonstige zur Anwendung von Bestimmungen dieses Bundesgesetzes verpflichtete Auftraggeber**

**§ 3.** (1) Dieses Bundesgesetz gilt mit Ausnahme seines 3. Teiles für die Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern (im Folgenden: Auftraggeber), das sind

1. der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände,
2. Einrichtungen, die
  - a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und
  - b) zumindest teilrechtsfähig sind und
  - c) überwiegend von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind,
3. Verbände, die aus einem oder mehreren Auftraggebern gemäß Z 1 oder 2 bestehen.

...

### **Vom Geltungsbereich des Gesetzes ausgenommene Vergabeverfahren**

**§ 10.** Dieses Bundesgesetz gilt nicht

...

12. für Arbeitsverträge,

...

### **Schwellenwerte**

**§ 12.** (1) Verfahren von Auftraggebern zur Vergabe von Aufträgen erfolgen im Oberschwellenbereich, wenn der geschätzte Auftragswert

...

2. bei allen übrigen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen mindestens 209 000 Euro beträgt;

...





### **Allgemeine Bestimmungen betreffend die Berechnung des geschätzten Auftragswertes**

**§ 13.** (1) Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes eines öffentlichen Auftrages ist der Gesamtwert ohne Umsatzsteuer, der vom Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist. Bei dieser Berechnung ist der geschätzte Gesamtwert aller der zum Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen und etwaiger Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen.

...

### **Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei Dienstleistungsaufträgen**

**§ 16.** (1) Bei Aufträgen über die folgenden Dienstleistungen ist als geschätzter Auftragswert anzusetzen:

1. bei Versicherungsleistungen die Versicherungsprämie und sonstige Entgelte;
2. bei Bankdienstleistungen und anderen Finanzdienstleistungen die Gebühren, Provisionen und Zinsen sowie andere vergleichbare Vergütungen;

...

(2) Bei Dienstleistungsaufträgen, für die kein Gesamtpreis angegeben wird, ist als geschätzter Auftragswert anzusetzen:

...

2. bei unbefristeten Aufträgen oder Aufträgen mit einer Laufzeit von mehr als 48 Monaten das 48fache des zu leistenden Monatsentgeltes.

...

### **Zuständigkeit**

**§ 312.** ...

(3) Nach Zuschlagserteilung ist das Bundesverwaltungsgericht zuständig

1. im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde;

...





3. zur Feststellung, ob ein Vergabeverfahren rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde;
4. zur Feststellung, ob der Zuschlag rechtswidriger Weise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den §§ 131 bzw. 272 erteilt wurde;

...“

25 **3.** Die relevanten Bestimmungen des Betrieblichen Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetzes (BMSVG), BGBl. I Nr. 100/2002 in der Fassung BGBl. I Nr. 34/2015, lauten auszugsweise:

**„Begriffsbestimmungen**

**§ 3.** Im Sinne dieses Bundesgesetzes sind:

...

3. Abfertigungsanwartschaft: die in einer BV-Kasse verwalteten Ansprüche eines Anwartschaftsberechtigten; diese setzen sich zusammen aus
  - den in diese BV-Kasse eingezahlten Abfertigungsbeiträgen abzüglich der einbehaltenen Verwaltungskosten und/oder einer allenfalls in diese BV-Kasse übertragenen Altabfertigungsanwartschaft abzüglich der jeweils einbehaltenen Verwaltungskosten zuzüglich
  - allfälliger der BV-Kasse zugeflossener Verzugszinsen für Abfertigungsbeiträge und/oder für eine Altabfertigungsanwartschaft zuzüglich
  - der allenfalls aus einer anderen BV-Kasse in diese BV-Kasse übertragenen Abfertigungsanwartschaft zuzüglich
  - der zugewiesenen Veranlagungsergebnisse.

...

**Beginn und Höhe der Beitragszahlung**

**§ 6.** (1) Der Arbeitgeber hat für den Arbeitnehmer ab dem Beginn des Arbeitsverhältnisses einen laufenden Beitrag in Höhe von 1,53 vH des monatlichen Entgelts sowie allfälliger Sonderzahlungen an den für den Arbeitnehmer zuständigen Träger der Krankenversicherung nach Maßgabe des § 58 Abs. 1 bis 6 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955, zur Weiterleitung an die BV-Kasse zu überweisen, sofern das Arbeitsverhältnis länger als einen Monat dauert. ...

...





### **Auswahl der BV-Kasse**

**§ 9. (1)** Die Auswahl der BV-Kasse hat durch eine Betriebsvereinbarung nach § 97 Abs. 1 Z 1b ArbVG oder gleichartigen österreichischen Rechtsvorschriften rechtzeitig zu erfolgen, es sei denn, der Arbeitgeber war bereits zu einer Auswahl einer BV-Kasse nach § 53 Abs. 1 verpflichtet oder hat bereits eine BV-Kasse nach § 65 Abs. 1 ausgewählt und einen Beitrittsvertrag abgeschlossen.

(2) Für Arbeitnehmer, die von keinem Betriebsrat vertreten sind, hat die Auswahl der BV-Kasse durch den Arbeitgeber rechtzeitig zu erfolgen, es sei denn, der Arbeitgeber war bereits zu einer Auswahl einer BV-Kasse nach § 53 Abs. 1 verpflichtet oder hat bereits eine BV-Kasse nach § 65 Abs. 1 ausgewählt und einen Beitrittsvertrag abgeschlossen. Über die beabsichtigte Auswahl der BV-Kasse sind alle Arbeitnehmer binnen einer Woche schriftlich zu informieren. Wenn mindestens ein Drittel der Arbeitnehmer binnen zwei Wochen gegen die beabsichtigte Auswahl schriftlich Einwände erhebt, muss der Arbeitgeber eine andere BV-Kasse vorschlagen. Auf Verlangen dieser Arbeitnehmer ist eine kollektivvertragsfähige freiwillige Interessenvertretung der Arbeitnehmer zu den weiteren Beratungen über diesen Vorschlag bei zu ziehen. Wird trotz Einbeziehung einer kollektivvertragsfähigen freiwilligen Interessenvertretung der Arbeitnehmer binnen zwei Wochen kein Einvernehmen über die Auswahl der BV-Kasse erzielt, hat über Antrag eines der beiden Streitteile die Schlichtungsstelle gemäß § 144 ArbVG oder gleichartigen österreichischen Rechtsvorschriften über die Auswahl der BV-Kasse zu entscheiden. ...

...

**§ 10. (1)** Hat der Arbeitgeber nicht spätestens nach sechs Monaten ab dem Beginn des Arbeitsverhältnisses des Arbeitnehmers, für den der Arbeitgeber erstmalig Beiträge nach den §§ 6 oder 7 zu leisten hat, mit einer BV-Kasse einen Beitrittsvertrag nach § 11 abgeschlossen, ist das Zuweisungsverfahren nach § 27a einzuleiten.

(2) Wird binnen der Frist nach Abs. 1 ein Antrag nach § 97 Abs. 2 ArbVG, § 9 Abs. 2 oder gleichartigen österreichischen Rechtsvorschriften über die Auswahl der BV-Kasse bei der Schlichtungsstelle nach § 144 ArbVG oder gleichartigen österreichischen Rechtsvorschriften eingebracht, wird der Ablauf dieser Frist für die Dauer des Verfahrens bei der Schlichtungsstelle gehemmt. Die Hemmung beginnt mit dem Tag der Antragstellung.

(3) Schließt der Arbeitgeber nicht binnen 14 Tagen nach Zugang des Beschlusses der Schlichtungsstelle oder, sofern die verbliebene Frist nach Abs. 1 länger ist, nicht innerhalb dieser Frist einen Beitrittsvertrag mit der ausgewählten BV-Kasse ab, findet § 27a Abs. 6 und 7 Anwendung.



### **Beitrittsvertrag und Kontrahierungszwang**

§ 11. (1) Der Beitrittsvertrag ist zwischen der BV-Kasse und dem beitretenden Arbeitgeber abzuschließen.

...

### **Beendigung des Beitrittsvertrages und Wechsel der BV-Kasse**

§ 12. (1) Eine Kündigung des Beitrittsvertrages durch den Arbeitgeber oder durch die BV-Kasse oder einvernehmliche Beendigung des Beitrittsvertrages ist nur rechtswirksam, wenn die Übertragung der Abfertigungsanwartschaften auf eine andere BV-Kasse sichergestellt ist. ...

...

(4) § 9 Abs. 1 und 2 ist auf einen Wechsel der BV-Kasse (Abs. 1), der auf Verlangen des Arbeitgebers, des Betriebsrates oder in Betrieben ohne Betriebsrat eines Drittels der Arbeitnehmer erfolgt, anzuwenden.

...

### **Anspruch auf Abfertigung**

§ 14. (1) Der Anwartschaftsberechtigte hat bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen die BV-Kasse Anspruch auf eine Abfertigung.

...

(5) Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Tod des Anwartschaftsberechtigten gebührt die Abfertigung unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen nach Abs. 2 dem Ehegatten oder dem eingetragenen Partner sowie den Kindern (Wahl-, Pflege- und Stiefkinder) des Anwartschaftsberechtigten zu gleichen Teilen, sofern für diese Kinder zum Zeitpunkt des Todes des Anwartschaftsberechtigten Familienbeihilfe gemäß § 2 des Familienlastenausgleichsgesetzes (FLAG), BGBl. Nr. 376/1967 bezogen wird. Die anspruchsberechtigten Personen können nur die Auszahlung der Abfertigung verlangen. ...

...

### **Höhe der Abfertigung**

§ 15. Die Höhe der Abfertigung ergibt sich aus der Abfertigungsanwartschaft zum Ende jenes Monats, zu dem ein Anspruch gemäß § 16 fällig geworden ist, einschließlich einer allfälligen Garantieleistung gemäß § 24 bei Verfügung gemäß § 17 Abs. 1 Z 1, 3 und 4, Abs. 2a oder Abs. 3.

...





### **Betriebliche Vorsorgekassen**

**§ 18.** (1) Wer berechtigt ist, Abfertigungsbeiträge und Selbstständigenvorsorgebeiträge hereinzunehmen und zu veranlagen (§ 1 Abs. 1 Z 21 Bankwesengesetz - BWG, BGBl. Nr. 532/1993; Betriebliches Vorsorgekassengeschäft) ist eine Betriebliche Vorsorgekasse (BV-Kasse) und unterliegt den Vorschriften dieses Bundesgesetzes.

(2) Die der BV-Kasse überwiesenen Abfertigungsbeiträge stehen im Eigentum der BV-Kasse, die diese treuhändig für die Anwartschaftsberechtigten hält und verwaltet (offene Verwaltungstreuhand).

...

### **Verwaltungskosten**

**§ 26.** (1) Die BV-Kassen sind berechtigt, von den hereingenommenen Abfertigungsbeiträgen Verwaltungskosten abzuziehen. Diese Verwaltungskosten müssen prozentmäßig für sämtliche Beitragszahler einer BV-Kasse gleich sein und in einer Bandbreite zwischen 1 vH und 3,5 vH der Abfertigungsbeiträge festgesetzt werden.

...

(3) Für die Veranlagung des Abfertigungsvermögens sind BV-Kassen berechtigt,

...

2. von den Veranlagungserträgen eine Vergütung für die Vermögensverwaltung einzubehalten, die 1 vH pro Geschäftsjahr und ab 1. Jänner 2005 0,8 vH pro Geschäftsjahr des veranlagten Abfertigungsvermögens nicht übersteigen darf. ...

...

### **Zuweisungsverfahren bei Nichtauswahl der BV-Kasse durch den Arbeitgeber**

**§ 27a.** (1) Das Zuweisungsverfahren ist hinsichtlich jener Arbeitgeber unverzüglich einzuleiten, die binnen der Frist nach § 10 Abs. 1 oder gleichartigen österreichischen Rechtsvorschriften noch keinen Beitrittsvertrag mit einer BV-Kasse abgeschlossen haben oder für die noch kein Verfahren nach § 97 Abs. 2 ArbVG, § 9 Abs. 2 oder gleichartigen österreichischen Rechtsvorschriften bei der Schlichtungsstelle eingeleitet worden ist. Der zuständige Träger der Krankenversicherung hat den Arbeitgeber schriftlich oder auf elektronischem Weg nach Maßgabe der vorhandenen technischen Möglichkeiten zur Auswahl einer BV-Kasse binnen drei Monaten nach der Zusendung des Schreibens beim Arbeitgeber unter gleichzeitigem Hinweis







aufzufordern, dass im Fall der Nichtauswahl einer BV-Kasse binnen dieser Frist der Arbeitgeber einer BV-Kasse zugewiesen wird.

...

(3) Hat der Arbeitgeber binnen der Frist nach Abs. 1 noch keinen Beitrittsvertrag mit einer BV-Kasse abgeschlossen, hat der Hauptverband der Sozialversicherungsträger eine Zuweisung des Arbeitgebers zu einer BV-Kasse nach dem Zuweisungsmodus nach Abs. 4 und 5 vorzunehmen.

(4) Am Zuweisungsverfahren haben alle konzessionierten BV-Kassen (§ 18 Abs. 1) teilzunehmen, es sei denn, ...

(5) Die Zuweisung der einzelnen Arbeitgeber hat nach dem folgenden Zuweisungsmodus entsprechend den zum Bilanzstichtag des vorangegangenen Geschäftsjahres bestehenden Marktanteilen der am Zuweisungsverfahren teilnehmenden BV-Kassen zu erfolgen, die nach der vom Hauptverband der Sozialversicherungsträger festgestellten Anzahl der einer BV-Kasse zugeordneten Dienstgeberkontonummern zu bemessen sind: ...

(6) Dem Arbeitgeber ist im Fall der Zuweisung das Anbot der BV-Kasse zu einem Beitrittsvertrag nach § 11 oder gleichartigen österreichischen Rechtsvorschriften zu übermitteln. Der Beitrittsvertrag kommt mit dem Zugang des Anbots der BV-Kasse beim Arbeitgeber zu Stande. Das Anbot der BV-Kasse hat zu den gleichen Bedingungen wie für ihre sonst üblicherweise abgeschlossenen Beitrittsverträge mit anderen Arbeitgebern, insbesondere zu den gleichen Verwaltungskosten gemäß § 29 Abs. 2 Z 5, zu erfolgen.

...“

26 4. Die relevanten Bestimmungen des Arbeitsverfassungsgesetzes (ArbVG), BGBl. Nr. 22/1974 in der Fassung BGBl. I Nr. 71/2013, lauten auszugsweise:

**„Begriff**

**§ 29.** Betriebsvereinbarungen sind schriftliche Vereinbarungen, die vom Betriebsinhaber einerseits und dem Betriebsrat (Betriebsausschuß, Zentralbetriebsrat, Konzernvertretung) andererseits in Angelegenheiten abgeschlossen werden, deren Regelung durch Gesetz oder Kollektivvertrag der Betriebsvereinbarung vorbehalten ist.

...





### **Betriebsvereinbarungen**

§ 97. (1) Betriebsvereinbarungen im Sinne des § 29 können in folgenden Angelegenheiten abgeschlossen werden:

...

1b. Auswahl der Mitarbeitervorsorgekasse (MV-Kasse) nach dem Betrieblichen Mitarbeitervorsorgegesetz - BMVG, BGBl. I Nr. 100/2002;

...

(2) Kommt in den in Abs. 1 Z 1 bis 6 und 6a bezeichneten Angelegenheiten zwischen Betriebsinhaber und Betriebsrat über den Abschluß, die Abänderung oder Aufhebung einer solchen Betriebsvereinbarung eine Einigung nicht zustande, so entscheidet - insoweit eine Regelung durch Kollektivvertrag oder Satzung nicht vorliegt - auf Antrag eines der Streitteile die Schlichtungsstelle.

...

### **Errichtung und Zusammensetzung**

§ 144. (1) Zur Entscheidung von Streitigkeiten über den Abschluß, die Änderung oder die Aufhebung von Betriebsvereinbarungen in Angelegenheiten, in welchen das Gesetz die Entscheidung durch Schlichtungsstellen vorsieht, ist auf Antrag eines der Streitteile eine Schlichtungsstelle zu errichten. ...

...

### **Verhandlung und Beschlußfassung**

§ 146. ...

(2) Die Schlichtungsstelle hat die Entscheidung möglichst rasch innerhalb der durch die Anträge der Parteien bestimmten Grenzen und unter Abwägung der Interessen des Betriebes einerseits und der Belegschaft andererseits zu fällen. Sie ist dabei an das übereinstimmende Vorbringen und die übereinstimmenden Anträge der Streitteile gebunden. Die Entscheidung gilt als Betriebsvereinbarung. Gegen die Entscheidung der Schlichtungsstelle kann Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben werden.

...“

### **IV. Vorlageberechtigung**

27 Der Verwaltungsgerichtshof ist ein Gericht im Sinn des Art. 267 AEUV, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können.





- 28 Der Verwaltungsgerichtshof vertritt die Auffassung, dass sich bei der Entscheidung der von ihm zu beurteilenden Revisionssache die im gegenständlichen Ersuchen um Vorabentscheidung angeführte und im Folgenden näher erläuterte Frage zur Auslegung des Unionsrechts stellt.

## V. Vorbemerkungen

### 1. Ausnahme für Arbeitsverträge

- 29 Die Ausnahmen von der Verpflichtung zur Einhaltung der unionsrechtlichen Vorschriften über das öffentliche Auftragswesen sind nach der Judikatur des EuGH eng auszulegen (siehe etwa die Urteile EuGH 8.5.2014, *Technische Universität Hamburg-Harburg*, C-15/13, Rn. 23; sowie 13.10.2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Rn. 63). Im bereits zitierten Urteil C-271/08 hat der EuGH im Zusammenhang mit der Auswahl eines Versicherungsträgers im Bereich der betrieblichen Altersversorgung festgehalten, dass sich die Ausnahme für Arbeitsverträge nicht auf Dienstleistungen erstrecken kann, die wie hier nicht auf einem Arbeitsvertrag, sondern auf einem Vertrag zwischen einem Arbeitgeber und einem Versorgungsträger beruhen (Rn. 82).
- 30 Gleiches gilt nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes für den hier zu beurteilenden Fall. Ein Vertrag zwischen einem öffentlichen Auftraggeber (der auch Arbeitgeber ist) und einem Dritten über die Verwaltung und Veranlagung von Beiträgen ist nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes auch dann nicht als Arbeitsvertrag (im Sinn des Art. 10 lit. g der Richtlinie 2014/24/EU bzw. des § 10 Z 12 BVergG 2006) anzusehen, wenn die zu veranlagenden Beiträge Entgeltbestandteile darstellen, die Arbeitnehmern auf Grund eines Arbeitsvertrages mit einem öffentlichen Auftraggeber zustehen. Der Dienstleister erbringt die hier fraglichen Leistungen nämlich nicht in einer - für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses charakteristischen - persönlichen Abhängigkeit vom bzw. in Unterordnung unter den Arbeitgeber (vgl. zur gegenständlichen Ausnahmebestimmung auch *Frenz*, Handbuch Europarecht Band 3 Beihilfe- und Vergaberecht, Rz. 2249 ff; allgemein zur Weisungsgebundenheit als Merkmal eines Arbeitsverhältnisses siehe die





Urteile des EuGH 1.10.2015, *O gegen Bio Philippe Auguste SARL*, C-432/14, Rn. 22; sowie 13.4.2000, *Jyri Lehtonen*, C-176/96, Rn. 45).

31 Vorliegend ist der Arbeitgeber zur Entrichtung der Beiträge verpflichtet und der Beitrittsvertrag wird von ihm - nicht im Namen der Arbeitnehmerschaft - abgeschlossen (§§ 6 und 11 BMSVG). Der Umstand, dass letztlich die Arbeitnehmer durch die Leistung der BV-Kasse begünstigt werden, kann für sich genommen weder dazu führen, dass die Arbeitnehmer als Auftraggeber anzusehen sind (vgl. in diesem Zusammenhang VwGH 10.12.2009, 2005/04/0201), noch dazu, dass dadurch der entgeltliche Charakter des Vertrages in Frage gestellt werden könnte (siehe das bereits zitierte Urteil EuGH C-271/08, Rn. 80).

32 Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes ist der hier gegenständliche Beschaffungsvorgang somit nicht bereits auf Grund dieser Umstände vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen, weshalb der vorgelegten Frage Relevanz zukommt.

## **2. Geschätzter Auftragswert**

33 Zwischen den Parteien des Ausgangsverfahrens ist strittig, was als Grundlage für die Auftragswertberechnung heranzuziehen ist und ob der gegenständliche Auftrag daher - so er dem Vergaberecht unterliegt - in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU fällt.

34 Gemäß der Grundregel des Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU (ähnlich § 13 Abs. 1 BVergG 2006) ist Grundlage für die Auftragswertberechnung der vom Auftraggeber geschätzte zahlbare Gesamtbetrag. Die Sonderregel des Art. 5 Abs. 13 lit. a der Richtlinie 2014/24/EU (ebenso § 16 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006) sieht für Versicherungsleistungen vor, dass der Auftragswert auf Basis der zu zahlenden Versicherungsprämie und sonstiger Entgelte zu berechnen ist.

35 Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes waren für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes nur die von der BV-Kasse einzubehaltenden Verwaltungskosten nach § 26 BMSVG heranzuziehen. Davon ausgehend legte



das Verwaltungsgericht seiner Entscheidung einen Auftragswert von € 174.000,- zugrunde. Dieser Betrag resultiert nach Angabe der Auftraggeberinnen in ihrer Revisionsbeantwortung aus dem 48-fachen der jeweils monatlich anfallenden Verwaltungskosten bezüglich aller fünf Auftraggeberinnen.

- 36 Der EuGH hat seinem Urteil C-271/08 betreffend die Vergabe von Dienstleistungsverträgen über die betriebliche Altersvorsorge zugrunde gelegt, es sei zwischen den Parteien des Verfahrens unstreitig, dass es sich dabei um Versicherungsdienstleistungen handle (Rn. 68). Daher sei (nach Art. 9 Abs. 8 Buchst. a Ziff. i der Richtlinie 2004/18/EG) die Versicherungsprämie als Grundlage für die Auftragswertberechnung heranzuziehen (Rn. 86 f).
- 37 Unter Bezugnahme auf dieses Urteil nimmt die Revisionswerberin an, der hier gegenständliche Auftragswert sei auf Basis der vom Arbeitgeber an die BV-Kasse zu überweisenden Beiträge zu berechnen.
- 38 Dieser Auffassung vermag sich der Verwaltungsgerichtshof aus folgenden Gründen nicht anzuschließen: Das betriebliche Vorsorgekassengeschäft erfordert nach dem nationalen Recht keine Konzession nach dem Bundesgesetz über den Betrieb und die Beaufsichtigung der Vertragsversicherung (VAG 2016), sondern eine Konzession nach dem Bankwesengesetz (siehe § 18 Abs. 1 BMSVG). Die Hereinnahme und Veranlagung von Abfertigungsbeiträgen sind daher Bankgeschäfte. Die vom Arbeitgeber im Weg des zuständigen Sozialversicherungsträgers an die BV-Kasse zu überweisenden Entgeltbeiträge sind - abgesehen von den von der BV-Kasse einzubehaltenden Verwaltungskosten - nicht als Gegenleistung für die von der BV-Kasse zu erbringende Leistung anzusehen. Die Beiträge sind vielmehr von der BV-Kasse treuhändig zu halten und zu verwalten (§ 18 Abs. 2 BMSVG) und im Fall der Geltendmachung des Anspruchs an den Anwartschaftsberechtigten (den Arbeitnehmer) zu leisten (§ 16 BMSVG). Die Gegenleistung (und damit das Entgelt) für die Erbringung der Verwaltungs- und Veranlagungsdienstleistung durch die BV-Kasse besteht allein in den einzubehaltenden Verwaltungskosten.





- 39 Die BV-Kasse übernimmt mit dem Beitrittsvertrag auch kein Risiko, weil jeder Anspruchsberechtigte die ihm zukommende Leistung (abzüglich der Verwaltungskosten und zuzüglich der Veranlagungsergebnisse) selbst (ohne Verteilung von Risiken auf eine Gemeinschaft) finanziert und die Auszahlung der Abfertigung (der Leistungsfall) nicht von einer Risikoverwirklichung (somit einem Versicherungsfall) abhängt (vgl. dazu, dass der wesentliche Inhalt eines Versicherungsvertrages in der Übernahme eines Risikos besteht, das Urteil EuG 9.3.2017, *Marsh GmbH gegen Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum*, T-308/16, Rn. 37; auch im zitierten Urteil C-271/08, Rn. 58, stellt der EuGH auf die „Verteilung der Risiken [ab], auf der jede Versicherungstätigkeit beruht“).
- 40 Da somit keine Versicherungsprämie vorliegt, sind für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes allein als Entgelt die von der BV-Kasse einzubehaltenden Verwaltungskosten heranzuziehen. Danach ist vorliegend von einem unterhalb der Schwellenwerte der Richtlinie 2014/24/EU liegenden Auftragswert auszugehen. Das vermag an der Erforderlichkeit der gestellten Vorlagefrage aus nachstehenden Gründen aber nichts zu ändern.

### **3. Maßgeblichkeit des Unionsrechts**

- 41 Der EuGH hat in seinem Urteil vom 5. April 2017, „*Borta*“ *UAB*, C-298/15, darauf hingewiesen, dass dann, wenn sich nationale Rechtsvorschriften zur Regelung von Sachverhalten, die nicht in den Anwendungsbereich des betreffenden Unionsrechtsakts (hier: der EU-Vergaberichtlinien) fallen, nach den in diesem Rechtsakt getroffenen Regelungen richten, ein klares Interesse der Union daran bestehe, dass die aus diesem Unionsrechtsakt übernommenen Bestimmungen einheitlich ausgelegt werden, um künftige Auslegungsunterschiede zu verhindern (Rn. 33). Somit sei die Auslegung der Vorschriften eines Rechtsakts der Union in Sachverhalten, die nicht in den Anwendungsbereich dieses Rechtsakts fallen, gerechtfertigt, wenn diese Vorschriften vom nationalen Recht unmittelbar und unbedingt für auf diese Sachverhalte anwendbar erklärt worden seien, um zu gewährleisten, dass diese Sachverhalte und die durch den betreffenden Rechtsakt geregelten Sachverhalte gleich behandelt werden (Rn. 34).





- 42 Die nationalen Regelungen des BVergG 2006 enthalten in einzelnen Bereichen zwar unterschiedliche Vorgaben für die Vergabe von Aufträgen unterhalb bzw. oberhalb der Schwellenwerte. Die Umschreibung der in sachlicher Hinsicht vom BVergG 2006 erfassten wirtschaftlichen Vorgänge erfolgt aber einheitlich für alle Aufträge und sie richtet sich nach den Regelungen der EU-Vergaberichtlinien (siehe dazu die Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum BVergG 2006, RV 1171 BlgNR, 22. GP, 4, 27 f; weiters VwGH 10.12.2009, 2005/04/0201). Ob der Abschluss eines - wie hier gegenständlichen - Beitrittsvertrages in den Anwendungsbereich des Vergaberechts fällt, ist daher in Einklang mit den sekundärrechtlichen Vorschriften einheitlich und somit unabhängig davon zu beantworten, ob der Auftragswert die Schwellenwerte erreicht oder nicht. Daher besteht nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes auch ein klares Interesse an einer einheitlichen Auslegung dahingehend, ob der vorliegende Vorgang als von der Richtlinie 2014/24/EU erfasst anzusehen ist (oder nicht).
- 43 Ergänzend wird noch darauf hingewiesen, dass der zugrunde liegende Vertragsabschluss vom 29. Juni 2016 seitens des Verwaltungsgerichtshofes als nicht im Rahmen des im Februar 2016 eingeleiteten und im Juli 2016 widerrufenen Vergabeverfahrens erfolgt angesehen wird, sondern - wie dies die Auftraggeberinnen und die Auftragnehmerin darlegen - außerhalb der Durchführung eines Vergabeverfahrens. Da die Entscheidung, die Auftragsvergabe außerhalb der vergaberechtlichen Regelungen vorzunehmen, jedenfalls nach Ablauf der Umsetzungsfrist hinsichtlich der Richtlinie 2014/24/EU getroffen wurde, ist nicht die Richtlinie 2004/18/EG, sondern die Richtlinie 2014/24/EU als maßgeblich heranzuziehen.
- 44 Nach dem bereits zitierten Urteil des EuGH C-298/15 sind die allgemeinen Grundregeln des AEUV sowie die daraus folgenden Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz bei der Vergabe von Aufträgen, die in Anbetracht ihres Auftragswertes nicht in den Anwendungsbereich der sekundärrechtlichen Vergaberichtlinien fallen, zu berücksichtigen, sofern an diesen Aufträgen ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht (Rn. 36). Als objektive Kriterien, die



auf ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse hinweisen können, hat der EuGH u.a. ein gewisses Volumen des fraglichen Auftrags in Verbindung mit dem Leistungsort, technischen Merkmalen des Auftrags oder Besonderheiten der betreffenden Waren genannt (vgl. EuGH 6.10.2016, *Tecnoedi Construzioni Srl*, C-318/15, Rn. 20).

- 45 Das (nahe am Schwellenwert liegende) Volumen des Auftrags und die Art der nachgefragten Leistung, die keine physische Präsenz von Arbeitnehmern oder Geräten im Inland erfordert, spricht nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes für ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse am vorliegenden Auftrag und somit für die Maßgeblichkeit auch der primärrechtlichen Grundsätze.

#### **VI. Erläuterungen zur Vorlagefrage**

- 46 Der EuGH hat in seinem - im Zusammenhang mit dem System der betrieblichen Altersversorgung in Deutschland ergangenen - Urteil C-271/08 festgehalten, die Bundesrepublik Deutschland habe nicht bestritten, dass es möglich sei, 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 (Rn. 55). Eine Anwendung der Verfahren zur Auftragsvergabe schließe keineswegs aus, dass den interessierten Bietern in der Ausschreibung Bedingungen vorgeschrieben werden, die die Interessen der betroffenen Arbeitnehmer widerspiegeln (Rn. 56). Es sei 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 dort zugrunde liegenden Tarifvertrages in Ausübung ihres Rechts auf Kollektivverhandlungen verfolgt haben (Rn. 66).
- 47 Auch wenn zwischen den jeweils zugrunde liegenden Konstellationen gewisse Ähnlichkeiten bestehen mögen, erscheint es nach Ansicht des





Verwaltungsgerichtshofes aus folgenden Gründen zumindest fraglich, ob sich diese Aussagen ohne Weiteres auf den hier zu beurteilenden Fall übertragen lassen. Auch seitens der mitbeteiligten Parteien wurde eine Übertragbarkeit der Judikatur zur betrieblichen Altersvorsorge auf den hier vorliegenden Fall im Verfahren in Abrede gestellt, weil den jeweiligen Normen unterschiedliche Regelungszwecke und Zielsetzungen innewohnten und es sich bei den Leistungen nach dem BMSVG nicht um Versicherungsdienstleistungen handle.

- 48 Anders als in dem - dem Urteil C-271/08 zugrunde liegenden - Fall beruht die Auswahl der BV-Kasse vorliegend zwar nicht auf einem Kollektivvertrag, sie hat aber nach dem Wortlaut des § 9 BMSVG (in der Regel) durch eine erzwingbare Betriebsvereinbarung zu erfolgen. Diese Betriebsvereinbarung ist zwischen dem Arbeitgeber als Betriebsinhaber und dem Betriebsrat (für Arbeitnehmer, die von keinem Betriebsrat vertreten sind, bestehen gemäß § 9 Abs. 2 BMSVG ähnlich geartete Mitbestimmungsrechte) abzuschließen. Da die Auswahl der BV-Kasse Auswirkungen auf die Verwendung von Teilen des Entgelts der Arbeitnehmer hat, ist das Normieren eines Mitbestimmungsrechtes der Arbeitnehmerschaft bzw. ihrer Vertretung aus der Sicht des Verwaltungsgerichtshofes sachgerecht (vgl. dazu etwa auch *Mair*, Auswahl der BV-Kasse und Zuweisungsverfahren, in *Drs* [Hrsg.], Abfertigungsrecht [2012] 31 f; der EuGH hat in seinem bereits zitierten Urteil C-271/08 gegen die - wenn auch im Einzelnen anders ausgestaltete - Mitwirkung der Arbeitnehmerschaft bzw. ihrer Vertretung im Bereich des Abschlusses von Verträgen über die betriebliche Altersversorgung keine grundsätzlichen Bedenken geäußert; vgl. zum Grundrecht auf Kollektivverhandlungen auch das Urteil EuGH 12.10.2010, *Rosenblatt*, C-45/09). Anhaltspunkte dafür, dass der Betriebsrat (bzw. die Arbeitnehmerschaft) im Rahmen dieser Mitwirkung seinerseits (bzw. ihrerseits) in den persönlichen Anwendungsbereich des Vergaberechts fiele und somit an die Vorgaben des Vergaberechts gebunden wäre, vermag der Verwaltungsgerichtshof nicht zu sehen.

- 49 Da der Beitrittsvertrag nach § 11 BMSVG vom Arbeitgeber abzuschließen ist, die Beiträge nach § 6 Abs. 1 BMSVG von diesem zu entrichten sind und der Arbeitgeber bei fehlendem Abschluss eines Beitrittsvertrages (vom



Hauptverband der Sozialversicherungsträger) einer BV-Kasse zugewiesen wird (§§ 10 und 27a BMSVG), trifft ihn jedenfalls die Verpflichtung, die Auswahl der BV-Kasse zumindest zu initiieren. Allerdings kann sich der Betriebsrat gegen die Auswahlentscheidung des Arbeitgebers „wehren“ und den Abschluss einer Betriebsvereinbarung betreffend die vom Arbeitgeber präferierte BV-Kasse verweigern (in diesem Sinn auch *Breitenfeld/Hoffmann*, Vergabe von Beitrittsverträgen an Betriebliche Vorsorgekassen, RPA 2017/5, 264). Der Sache nach würde ein vom Arbeitgeber durchgeführtes Vergabeverfahren daher nicht automatisch bzw. zwangsläufig zum Vertragsabschluss mit dieser BV-Kasse und somit zur Auswahl des Vertragspartners (allein) durch den Arbeitgeber führen, sondern (nur) zur Bestimmung derjenigen BV-Kasse, die seitens des Arbeitgebers dem Betriebsrat für den Abschluss einer Betriebsvereinbarung gleichsam vorgeschlagen wird. Es erscheint für den Verwaltungsgerichtshof fraglich, ob eine derartige Konstellation als von den sekundär- bzw. primärrechtlichen Vorgaben für die Auftragsvergabe erfasst anzusehen ist.

- 50 Diesbezüglich ist auf Folgendes hinzuweisen: Eine - im BMSVG nicht vorgesehene - Einbindung des Betriebsrates in ein allfälliges Vergabeverfahren stünde vor dem Problem, dass dies eine - soweit ersichtlich: nicht vorliegende - Bindung des Betriebsrates an die Vorgaben des Vergaberechts bedingen würde. Umgekehrt würde eine Bindung des Arbeitgebers an die in einem Vergabeverfahren erfolgte Auswahl einer BV-Kasse in den Fällen, in denen sich der Betriebsrat gegen diese BV-Kasse ausspricht, dazu führen, dass die dem System des Abschlusses von Betriebsvereinbarungen immanenten Verhandlungen zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite ins Leere laufen würden, weil für den Arbeitgeber bei Beachtung des Vergaberechts kein Spielraum verbliebe, eine andere BV-Kasse - nämlich die vom Betriebsrat präferierte - zu akzeptieren. Im Ergebnis würde dies somit dazu führen, dass über die Auswahl der BV-Kasse in diesen Fällen immer durch die Schlichtungsstelle und somit durch Bescheid entschieden wird.
- 51 Dies spricht zwar nicht zwingend dagegen, diesem hoheitlichen Verfahren ein Vergabeverfahren nach den unionsrechtlichen Vorgaben vorzuschalten. So



stünde es dem Auftraggeber offen, etwa durch das Vorsehen einer Widerrufsmöglichkeit bzw. eines vertraglichen Kündigungsrechtes für den Fall Vorsorge zu tragen, dass eine Einigung mit dem Betriebsrat nicht zustande kommt. Es zeigt sich aber, dass die Durchführung eines derartigen Verfahrens bei Wahrung der Rechte der Arbeitnehmerschaft bzw. ihrer Vertretung nicht jedenfalls zu einem Vertragsabschluss mit dem als Bestbieter ermittelten Unternehmen führen kann, sondern dass der Abschluss eines Vertrages die Erfüllung weiterer - außerhalb des Vergaberechts angesiedelter und außerhalb der Ingerenz des öffentlichen Auftraggebers liegender - Bedingungen voraussetzt. Es stellt sich somit die Frage, ob in einer Konstellation wie der vorliegenden von einem Erwerb einer Dienstleistung von einem Wirtschaftsteilnehmer gesprochen werden kann, der - wie dies Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU vorsieht - vom öffentlichen Auftraggeber ausgewählt worden ist.

- 52 Da die richtige Anwendung des Unionsrechts nicht als derart offenkundig erscheint, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum bleibt (vgl. dazu das Urteil des EuGH vom 6. Oktober 1982 in der Rs. C-283/81, *Srl C.I.L.F.I.T. ua*), wird die eingangs formulierte Vorlagefrage gemäß Art. 267 AEUV mit dem Ersuchen um Vorabentscheidung vorgelegt.

W i e n , am 29. November 2017