jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2005/4/27 3Ob251/04i

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 27.04.2005

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Pimmer, Dr. Zechner, Dr. Sailer und Dr. Jensik als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden und gefährdeten Partei Ö***** AG, ***** vertreten durch Dr. Rainer Roniger und DDr. Christian F. Schneider, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei und Gegnerin der gefährdeten Partei Stadt I*****, vertreten durch Dr. Michael E. Sallinger, Rechtsanwalt in Innsbruck, sowie der Nebenintervenienten auf Seiten der beklagten Partei 1. G***** AG, ***** vertreten durch Binder Grösswang Rechtsanwälte OEG in Wien, und 2. A***** AG, ***** vertreten durch Dr. Lothar Stix, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen Unterlassung (Streitwert 100.000 EUR), infolge Revisionsrekurses der klagenden und gefährdeten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Innsbruck als Rekursgericht vom 9. August 2004, GZ 4 R 110/04i-19, in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 30. August 2004, GZ 4 R 110/04i-22, womit die einstweilige Verfügung des Landesgerichts Innsbruck vom 19. März 2004, GZ 57 Cg 24/04x-3, als nichtig aufgehoben und der Sicherungsantrag zurückgewiesen wurde, in nichtöffentlicher Sitzung folgenden

Beschluss

gefasst:

Spruch

1. 1.Ziffer eins
   Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.
2. 2.Ziffer 2
   Zurückgewiesen werden die Revisionsrekursbeantwortungen der Nebenintervenientinnen und die Replik der klagenden und gefährdeten Partei gegen die Revisionsrekursbeantwortungen.
   3. Die klagende und gefährdete Partei ist schuldig, der beklagten Partei und Gegnerin der gefährdeten Partei die mit 1.927,62 EUR (darin 321,27 EUR Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Revisionsrekursverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Begründung:

Die beklagte Stadtgemeinde und Gegnerin der gefährdeten Partei (im Folgenden nur beklagte Partei) führt ein Vergabeverfahren für einen Auftrag über Pensionskassenleistungen in Form eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger öffentlicher Bekanntmachung durch. Vergebende Stelle ist eine Aktiengesellschaft - die nunmehrige

1. Nebenintervenientin (1. NI) auf Seiten der beklagten Partei - im Namen und auf Rechnung der beklagten Auftraggeberin. In den Ausschreibungsunterlagen erklärte diese ausdrücklich, dass die Vergabe nach den Bestimmungen des BundesvergabeG 2002 (BVergG 2002) erfolge. Die Ausschreibung wurde im Amtsblatt der

beklagten Partei vom 22. April 2003 und im Amtsblatt 2003 S 84 der Europäischen Gemeinschaften vom 30. April 2003 veröffentlicht.

Die klagende und gefährdete Partei (im Folgenden nur klagende Partei) stellte in diesem Vergabeverfahren am 23. Mai 2003 einen Teilnahmeantrag und wurde zur Abgabe eines Angebots eingeladen. Darauf legte sie am 8. Dezember 2003 ein Angebot, welches sie im Zuge des nachfolgenden Verhandlungsverfahrens mit Schreiben vom 24. November 2003 optimierte. Mit Schreiben vom 19. Dezember 2003 gab die beklagte Partei im Wege der vergebenden Stelle die Zuschlagsentscheidung zugunsten der nunmehr 2. Nebenintervenientin (2. NI) auf Seiten der beklagten Partei bekannt.

Am 30. Dezember 2003 stellte die klagende Partei beim Unabhängigen Verwaltungssenat (UVS) in Tirol einen Antrag auf Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung und beantragte die Erlassung einer einstweiligen Verfügung (EV), mit der der beklagten Partei bis zur endgültigen Entscheidung über den Nachprüfungsantrag, längstens aber für zwei Monate die Zuschlagserteilung im Vergabeverfahren verboten werden sollte. Diesem Antrag gab der UVS mit Bescheid vom 9. Jänner 2004 statt und untersagte der beklagten Partei die Zuschlagserteilung für die Dauer von zwei Monaten ab Zugang seiner Entscheidung. Mit Bescheid vom 8. März 2004 wies jedoch der UVS den Antrag, die Zuschlagserteilung für nichtig zu erklären, wegen Unzuständigkeit als unzulässig zurück und hob die EV wieder auf. Denn die Vergabe von Pensionskassenverträgen durch öffentliche Auftraggeber stelle keinen Dienstleistungsauftrag iSd § 4 Abs 1 BVergG 2002 dar, wenn der Leistungsaustausch nicht zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Auftragnehmer, sondern zwischen den (ehemaligen) Bediensteten des öffentlichen Auftraggebers und dem Auftragnehmer erfolge. Damit schloss er sich seiner Rechtsauffassung in einer früheren Entscheidung vom 18. November 2002 betreffend den Pensionskassenvertrag des Landes Tirol sowie der Landeskrankenanstalten an.Am 30. Dezember 2003 stellte die klagende Partei beim Unabhängigen Verwaltungssenat (UVS) in Tirol einen Antrag auf Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung und beantragte die Erlassung einer einstweiligen Verfügung (EV), mit der der beklagten Partei bis zur endgültigen Entscheidung über den Nachprüfungsantrag, längstens aber für zwei Monate die Zuschlagserteilung im Vergabeverfahren verboten werden sollte. Diesem Antrag gab der UVS mit Bescheid vom 9. Jänner 2004 statt und untersagte der beklagten Partei die Zuschlagserteilung für die Dauer von zwei Monaten ab Zugang seiner Entscheidung. Mit Bescheid vom 8. März 2004 wies jedoch der UVS den Antrag, die Zuschlagserteilung für nichtig zu erklären, wegen Unzuständigkeit als unzulässig zurück und hob die EV wieder auf. Denn die Vergabe von Pensionskassenverträgen durch öffentliche Auftraggeber stelle keinen Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 4, Absatz eins, BVergG 2002 dar, wenn der Leistungsaustausch nicht zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Auftragnehmer, sondern zwischen den (ehemaligen) Bediensteten des öffentlichen Auftraggebers und dem Auftragnehmer erfolge. Damit schloss er sich seiner Rechtsauffassung in einer früheren Entscheidung vom 18. November 2002 betreffend den Pensionskassenvertrag des Landes Tirol sowie der Landeskrankenanstalten an.

Die „Ausschreibung" lautet auszugsweise:

„1. Art der Leistung; Ziel und Vorgehensweise

Ziel dieses Vergabeverfahrens ist der Abschluss eines Pensionskassenvertrages iSd „Pensionskassen(betriebs)vereinbarung" (beitragsorientiertes Modell), welche zwischen dem Auftraggeber und dem Betriebsrat/der Personalvertretung bzw. dem Auftraggeber und den Anwartschaftsberechtigten mittels Vereinbarung aufgrund Vertragsmuster abzuschließen ist. Die zu vergebenden Pensionskassenleistungen umfassen insbesondere

- -Strichaufzählung
  eine rechtsverbindliche Zusage von Pensionen an jene Arbeitnehmer des Auftraggebers, die aufgrund der „Pensionskassen(betriebs)vereinbarung" in das Pensionskassenmodell einbezogen werden,
- -Strichaufzählung
  die Erbringung von Pensionen an künftige Leistungsberechtigte sowie
- -Strichaufzählung
  die damit verbundene Hereinnahme und Veranlagung von Pensionskassenbeiträgen. ...

2. Auftraggeber und Angaben zu ihrem zu vergebenden Leistungsumfang STADT I***** ...

Personalstand insgesamt: ...
Welcher Personenkreis wird erfasst? Arbeiter und Angestellte
Anzahl der einbezogenen Personen zu Beginn: geschätzt rund 800

Beitragsvolumen:

im Jahr 2004 ca. EUR 220.000,--

im Jahr 2005 ca. EUR 230.000,--

ab Jahr 2006 ca. EUR 240.000,--

zuzüglich Bezugssteigerungen ...

...

5. Rechtliche Grundlagen und Art des Vergabeverfahrens

Die Vergabe der ausgeschriebenen Leistung erfolgt nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 (BVergG) iVm dem Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2002 und den jeweils dazu ergangenen Verordnungen.Die Vergabe der ausgeschriebenen Leistung erfolgt nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 (BVergG) in Verbindung mit dem Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2002 und den jeweils dazu ergangenen Verordnungen.
Die Vergabe der ausgeschriebenen Dienstleistung erfolgte in einem zweistufigen Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich.

...

14. Auswahlkriterien

Aus den Teilnahmeanträgen werden vier Bewerber nach folgenden gewichteten Kriterien ausgewählt und zur Vorlage des konkreten Angebots eingeladen: ..."
Bestandteil der Ausschreibung war auch ein Muster der Vereinbarung gemäß § 3 Betriebspensionsgesetz zwischen der beklagten Partei und dem Hauptausschuss der Personalvertretung iS von Punkt 1. ... laut Allgemeiner Teil der Ausschreibung, deren wesentlicher Inhalt wie folgt lautet:Bestandteil der Ausschreibung war auch ein Muster der Vereinbarung gemäß Paragraph 3, Betriebspensionsgesetz zwischen der beklagten Partei und dem Hauptausschuss der Personalvertretung iS von Punkt 1. ... laut Allgemeiner Teil der Ausschreibung, deren wesentlicher Inhalt wie folgt lautet:
„Präambel
Der Dienstgeber erklärt sich bereit, für seine Dienstnehmer eine Versorgung durch den Beitritt zu einer überbetrieblichen Pensionskasse anzubieten. Der Dienstgeber schließt zu diesem Zweck mit einer überbetrieblichen Pensionskasse einen Pensionskassenvertrag ab, welcher die Umsetzung der in dieser Vereinbarung getroffenen Regelungen sicherstellt. Die Teilnahme an der Pensionskasse erfolgt seitens der Dienstnehmer auf freiwilliger Basis. Die Pensionsvorsorge erfolgt durch die Zahlung von Beiträgen an die Pensionskasse. Die Pensionsleistungen werden direkt durch die Pensionskasse erbracht.

...

II. Teil - Beiträge zur Pensionskasse römisch II. Teil - Beiträge zur Pensionskasse

3. Dienstgeberbeitrag

(1) Der Dienstgeberbeitrag beträgt 0,75 % der Bemessungsgrundlage zuzüglich der Versicherungssteuer gemäß Punkt 11. dieser Vereinbarung; die Bemessungsgrundlage umfasst unter Miteinbeziehung der Sonderzahlungen das jeweilige Monatsentgelt iS der Bestimmungen des Innsbrucker Vertragsbedienstetengesetzes sowie alle 14-malig gewährten Zulagen. ...

4. Dienstnehmerbeitrag

Der Dienstnehmer kann einen Eigenbeitrag freiwillig in der Höhe von entweder 50 % oder 100 % des laufenden Dienstgeberbeitrags sowie des einmaligen Dienstgeberbeitrags gemäß Punkt 3. letzter Absatz leisten. Der auf den Dienstnehmerbeitrag entfallende Verwaltungskostenanteil wird vom Dienstgeberbeitrag in Abzug gebracht. ...

6. Abführung der Beiträge

Die Abführung der Beiträge in die Pensionskasse erfolgt jeweils zu den Auszahlungsfälligkeiten des Monatsentgelts.

Die für die Lohn- und Gehaltsverrechnung zuständige Stelle hat bei Leistung eines Eigenbeitrags des Dienstnehmers die entsprechenden Beitragsleistungen vom Monatsentgelt in Abzug zu bringen und an die Pensionskasse weiterzuleiten.

11. Verwaltungskosten, Abgaben, Gebühren, Steuern

Im Dienstgeberbeitrag nach Punkt 3. sind sämtliche Kosten der Pensionskasse (allgemeine Verwaltungskosten,

Auszahlungskosten, Reserve, Vermögensverwaltungskosten etc) sowie sämtliche anfallenden Abgaben und Gebühren, mit Ausnahme der Versicherungssteuer, inkludiert. Der Dienstgeber hat die Versicherungssteuer gemäß § 6 Abs 1 lit 2 Versicherungssteuergesetz gesondert zu tragen. ...Im Dienstgeberbeitrag nach Punkt 3. sind sämtliche Kosten der Pensionskasse (allgemeine Verwaltungskosten, Auszahlungskosten, Reserve, Vermögensverwaltungskosten etc) sowie sämtliche anfallenden Abgaben und Gebühren, mit Ausnahme der Versicherungssteuer, inkludiert. Der Dienstgeber hat die Versicherungssteuer gemäß Paragraph 6, Absatz eins, lit 2 Versicherungssteuergesetz gesondert zu tragen. ...

18. Pensionsauszahlung

Die Pensionsleistungen werden direkt durch die Pensionskasse erbracht

...

23. Mitwirkungsrechte

Die Anwartschafts- und Leistungsberechtigten wirken gemäß den Bestimmungen des Pensionskassengesetzes ... an der Verwaltung der Pensionskasse mit: ..."

Mit ihrer Klage begehrte die klagende Partei von der beklagten Partei die Unterlassung, im Vergabeverfahren „Pensionskassenleistungen Stadt I*****" der 2. NI den Zuschlag zu erteilen. Dazu brachte sie im Wesentlichen vor, dass Pensionskassenverträge nach der Judikatur des UVS in Tirol und nach Lehrmeinungen keine Dienstleistungsaufträge iSd § 4 Abs 1 BVergG 2002 darstellten, weshalb die Anfechtung von Entscheidungen im Vergabeverfahren nicht in die Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörden falle, sondern bei Verletzung vorvertraglicher Schutzpflichten - wie hier - die Zuständigkeit der ordentliche Gerichte gegeben sei.Mit ihrer Klage begehrte die klagende Partei von der beklagten Partei die Unterlassung, im Vergabeverfahren „Pensionskassenleistungen Stadt I*****" der 2. NI den Zuschlag zu erteilen. Dazu brachte sie im Wesentlichen vor, dass Pensionskassenverträge nach der Judikatur des UVS in Tirol und nach Lehrmeinungen keine Dienstleistungsaufträge iSd Paragraph 4, Absatz eins, BVergG 2002 darstellten, weshalb die Anfechtung von Entscheidungen im Vergabeverfahren nicht in die Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörden falle, sondern bei Verletzung vorvertraglicher Schutzpflichten - wie hier - die Zuständigkeit der ordentliche Gerichte gegeben sei.

Zur Sicherung ihres Unterlassungsanspruchs begehrte sie die Erlassung eines mit dem Klagebegehren inhaltsgleichen Verbots mittels EV für die Dauer des Rechtsstreits.

Die beklagte Partei unterließ eine ihr vom Erstgericht freigestellte Äußerung zum Sicherungsantrag.

Das Erstgericht erließ antragsgemäß die EV. Es nahm u.a. als bescheinigt an, dass die klagende Partei bei einem Zuschlag an sie voraussichtlich einen Gewinn von zumindest 100.000 EUR erwirtschaften und der Auftrag als Referenzobjekt für die Beteiligung an weiteren Vergabeverfahren von großer Bedeutung sein würde. Es sah den behaupteten Anspruch ebenso wie dessen Gefährdung im Falle der Zuschlagserteilung an die 2. NI als bescheinigt an. Mit dem angefochtenen Beschluss hob das Gericht zweiter Instanz die EV einschließlich des ihr vorausgegangenen Provisorialverfahrens als nichtig auf und wies den Sicherungsantrag zurück. Es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und der Revisionsrekurs zulässig sei.

Das Rekursgericht sah über den schon vom Erstgericht als bescheinigt angesehenen Sachverhalt den eingangs wiedergegebenen Inhalt der Ausschreibungsunterlagen als glaubhaft gemacht an. In rechtlicher Hinsicht gelangte es zur Auffassung, dass der hier von der beklagten Partei ausgeschriebene Auftrag ein Dienstleistungsauftrag iSd § 4 Abs 1 BVergG 2002 sei, was sich allerdings noch nicht aus Punkt 5. der Ausschreibung ableiten lasse. Im Anhang III zum genannten Gesetz würden in der Kategorie 6 finanzielle Dienstleistungen, nämlich a) Versicherungsleistungen und b) Bankenleistung und Wertpapiergeschäft angeführt, worunter auch die hier ausgeschriebenen Pensionskassenleistungen fielen. Die beklagte Partei als Gemeinde sei öffentliche Auftraggeberin iSd § 7 Abs 1 Z 1 BVergG 2002. Aufgrund des in der Ausschreibung angeführten jährlichen Beitragsvolumens werde der Schwellenwert von 200.000 EUR nach § 9 Abs 1 Z 5 BVergG 2002 jedenfalls überschritten.Das Rekursgericht sah über den schon vom Erstgericht als bescheinigt angesehenen Sachverhalt den eingangs wiedergegebenen Inhalt der Ausschreibungsunterlagen als glaubhaft gemacht an. In rechtlicher Hinsicht gelangte es zur Auffassung, dass der hier von der beklagten Partei ausgeschriebene Auftrag ein Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 4, Absatz eins, BVergG 2002 sei, was sich allerdings noch nicht aus Punkt 5. der Ausschreibung ableiten lasse. Im Anhang römisch III zum genannten Gesetz würden in der Kategorie 6 finanzielle Dienstleistungen, nämlich a) Versicherungsleistungen und b)

Bankenleistung und Wertpapiergeschäft angeführt, worunter auch die hier ausgeschriebenen Pensionskassenleistungen fielen. Die beklagte Partei als Gemeinde sei öffentliche Auftraggeberin iSd Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2002. Aufgrund des in der Ausschreibung angeführten jährlichen Beitragsvolumens werde der Schwellenwert von 200.000 EUR nach Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2002 jedenfalls überschritten.

Das BVergG 2002 mache keinen Unterschied, ob das Entgelt für die Dienstleistung vom Auftraggeber selbst oder allenfalls von einem Dritten an den Auftragnehmer entrichtet werde. Im Übrigen sei hier nach dem Inhalt der Ausschreibungsunterlagen das gesamte Entgelt für die Verwaltung der Pensionsbeiträge ausschließlich von der beklagten Partei zu entrichten, wofür der Dienstgeberbeitrag heranzuziehen sei. Es handle sich dabei um eine Leistung der beklagten Partei, die nur zu erbringen sei, wenn der Dienstnehmer freiwillig an der Pensionskasse teilnehme. Bei Nichtteilnahme habe er offenbar auch keinen Anspruch auf Auszahlung dieses Dienstgeberbeitrags. Es bestehe keine nur mittelbare Leistung des Dienstgebers bzw. öffentlichen Auftraggebers. Nach dem eindeutigen Inhalt der Ausschreibung komme der Vertrag über die zu erbringenden Pensionskassenleistungen zwischen dem öffentlichen Auftraggeber (beklagte Partei), und der letztlich ausgewählten Pensionskasse als Auftragnehmer zustande und nicht zwischen den einzelnen Dienstnehmern der beklagten Partei oder deren Personalvertretung. Die Frage einer Mitsprache bei der Auftragserteilung sei eine der internen Willensbildung beim öffentlichen Auftraggeber, berühre aber das Vertragsverhältnis zwischen diesem und dem Auftragnehmer nicht. Die Argumentation von Stockinger (in ZVB 2002/107) und im Bescheid des UVS in Tirol vom 8. März 2004, uvs-2004/K11/001-8, könne nicht auf das BVergG 2002 übertragen werden. Sie beruhe auf den Erwägungsgründen zur Lieferrichtlinie (RL 93/36/EWG) und zur Baurichtlinie (RL 93/37/EWG), die gleichermaßen für Dienstleistungsaufträge herangezogen werden könnten. Wenn das österreichische Vergaberecht über die in den Richtlinien der EU vorgesehenen Leistungen hinaus weitere öffentliche Auftragsvergaben diesem Gesetz unterstelle, könne dies nicht richtlinienwidrig sein, weil die Richtlinien nur einen Mindestumfang an öffentlichen Auftragsvergaben den Vergabenormen unterstellen wollten. Die Rechtsmittelrichtlinien der EU (RMR und SRMR) enthielten gemeinschaftsrechtliche Mindestvoraussetzungen für einen einheitlichen vergaberechtlichen Rechtsschutz und hätten somit dieselbe Zielsetzung. Die Mitgliedstaaten müssten einen wirksamen und raschen Rechtsschutz zur Überprüfung von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge und die Sicherstellung allfälliger Schadenersatzansprüche gewährleisten. Darin werde die zuständige nationale Instanz nicht bezeichnet. Es sei Sache der Rechtsordnung jedes Mitgliedstaats, zu bestimmen, welches Gericht für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten zuständig sei. Daher sei es gemeinschaftsrechtlich nicht vorgegeben, ob in Österreich die ordentliche Gerichte oder spezifische Rechtsschutzbehörden zum Vergaberechtsschutz berufen seien. Die festgelegten Mindestvoraussetzungen erfüllten die hiezu in Österreich auf Bundes- und Landesebene eingerichteten Nachprüfungsinstanzen wie auch der UVS in Tirol. Daher sei der Geltungsbereich des BVergG 2002 samt den landesgesetzlichen Nachprüfungsgesetzen nicht durch EU-Richtlinien eingeschränkt. Nach § 2 Abs 1 Tiroler VergabenachprüfungsG 2002 unterliege die Vergabe von Aufträgen nach den vergaberechtlichen Vorschriften des Bundes durch die in § 1 genannten Auftraggeber, u.a. die Gemeinden, der Nachprüfung durch den UVS. Dieser sei auch zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens, insbesondere bis zur Zuschlagserteilung, zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig. Daraus ergebe sich, dass die Kompetenz zur Nachprüfung der Vergabe der von der beklagten Partei ausgeschriebenen und zu vergebenden Pensionskassenleistung ausschließlich dem UVS in Tirol zugewiesen sei, weshalb die Anrufung der ordentlichen Gerichte hiefür unzulässig sei. Gehöre aber ein zu sichernder Anspruch nicht auf den Rechtsweg, so könne eine EV zu seiner Sicherung nicht erlassen werden. Im Einzelfall erfolge die Zuweisung eines Anspruchs zum Bereich des öffentlichen oder des Privatrechts durch gesetzliche Bestimmungen, die entweder das betreffende Rechtsgebiet ausdrücklich als öffentliches Recht bezeichneten oder eine Zuweisung an die Verwaltungsbehörden oder die Gerichte zum Ausdruck brächten. Demnach sei die angefochtene EV aufzuheben, das Provisorialverfahren für nichtig zu erklären und der Sicherungsantrag wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs zurückzuweisen.Das BVergG 2002 mache keinen Unterschied, ob das Entgelt für die Dienstleistung vom Auftraggeber selbst oder allenfalls von einem Dritten an den Auftragnehmer entrichtet werde. Im Übrigen sei hier nach dem Inhalt der Ausschreibungsunterlagen das gesamte Entgelt für die Verwaltung der Pensionsbeiträge ausschließlich von der beklagten Partei zu entrichten, wofür der Dienstgeberbeitrag heranzuziehen sei. Es handle sich dabei um eine Leistung der beklagten Partei, die nur zu erbringen sei, wenn der Dienstnehmer freiwillig an der Pensionskasse teilnehme. Bei Nichtteilnahme habe er offenbar

auch keinen Anspruch auf Auszahlung dieses Dienstgeberbeitrags. Es bestehe keine nur mittelbare Leistung des Dienstgebers bzw. öffentlichen Auftraggebers. Nach dem eindeutigen Inhalt der Ausschreibung komme der Vertrag über die zu erbringenden Pensionskassenleistungen zwischen dem öffentlichen Auftraggeber (beklagte Partei), und der letztlich ausgewählten Pensionskasse als Auftragnehmer zustande und nicht zwischen den einzelnen Dienstnehmern der beklagten Partei oder deren Personalvertretung. Die Frage einer Mitsprache bei der Auftragserteilung sei eine der internen Willensbildung beim öffentlichen Auftraggeber, berühre aber das Vertragsverhältnis zwischen diesem und dem Auftragnehmer nicht. Die Argumentation von Stockinger (in ZVB 2002/107) und im Bescheid des UVS in Tirol vom 8. März 2004, uvs-2004/K11/001-8, könne nicht auf das BVergG 2002 übertragen werden. Sie beruhe auf den Erwägungsgründen zur Lieferrichtlinie (RL 93/36/EWG) und zur Baurichtlinie (RL 93/37/EWG), die gleichermaßen für Dienstleistungsaufträge herangezogen werden könnten. Wenn das österreichische Vergaberecht über die in den Richtlinien der EU vorgesehenen Leistungen hinaus weitere öffentliche Auftragsvergaben diesem Gesetz unterstelle, könne dies nicht richtlinienwidrig sein, weil die Richtlinien nur einen Mindestumfang an öffentlichen Auftragsvergaben den Vergabenormen unterstellen wollten. Die Rechtsmittelrichtlinien der EU (RMR und SRMR) enthielten gemeinschaftsrechtliche Mindestvoraussetzungen für einen einheitlichen vergaberechtlichen Rechtsschutz und hätten somit dieselbe Zielsetzung. Die Mitgliedstaaten müssten einen wirksamen und raschen Rechtsschutz zur Überprüfung von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge und die Sicherstellung allfälliger Schadenersatzansprüche gewährleisten. Darin werde die zuständige nationale Instanz nicht bezeichnet. Es sei Sache der Rechtsordnung jedes Mitgliedstaats, zu bestimmen, welches Gericht für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten zuständig sei. Daher sei es gemeinschaftsrechtlich nicht vorgegeben, ob in Österreich die ordentliche Gerichte oder spezifische Rechtsschutzbehörden zum Vergaberechtsschutz berufen seien. Die festgelegten Mindestvoraussetzungen erfüllten die hiezu in Österreich auf Bundes- und Landesebene eingerichteten Nachprüfungsinstanzen wie auch der UVS in Tirol. Daher sei der Geltungsbereich des BVergG 2002 samt den landesgesetzlichen Nachprüfungsgesetzen nicht durch EU-Richtlinien eingeschränkt. Nach Paragraph 2, Absatz eins, Tiroler VergabenachprüfungsG 2002 unterliege die Vergabe von Aufträgen nach den vergaberechtlichen Vorschriften des Bundes durch die in Paragraph eins, genannten Auftraggeber, u.a. die Gemeinden, der Nachprüfung durch den UVS. Dieser sei auch zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens, insbesondere bis zur Zuschlagserteilung, zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig. Daraus ergebe sich, dass die Kompetenz zur Nachprüfung der Vergabe der von der beklagten Partei ausgeschriebenen und zu vergebenden Pensionskassenleistung ausschließlich dem UVS in Tirol zugewiesen sei, weshalb die Anrufung der ordentlichen Gerichte hiefür unzulässig sei. Gehöre aber ein zu sichernder Anspruch nicht auf den Rechtsweg, so könne eine EV zu seiner Sicherung nicht erlassen werden. Im Einzelfall erfolge die Zuweisung eines Anspruchs zum Bereich des öffentlichen oder des Privatrechts durch gesetzliche Bestimmungen, die entweder das betreffende Rechtsgebiet ausdrücklich als öffentliches Recht bezeichneten oder eine Zuweisung an die Verwaltungsbehörden oder die Gerichte zum Ausdruck brächten. Demnach sei die angefochtene EV aufzuheben, das Provisorialverfahren für nichtig zu erklären und der Sicherungsantrag wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs zurückzuweisen.

Der ordentliche Revisionsrekurs sei zulässig, weil höchstgerichtliche Rsp zu einem vergleichbaren Fall zur Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs fehle und der Frage insbesondere auch im Hinblick auf den drohenden negativen Kompetenzkonflikt Bedeutung über den Einzelfall hinaus zukomme.

Der Revisionsrekurs der klagenden Partei ist zulässig, aber nicht berechtigt.

Ihre Replik gegen die Revisionsbeantwortungen ist ebenso unzulässig, wie es die Revisionsbeantwortungen der Nebenintervenientinnen sind.

Rechtliche Beurteilung

1.) Zur Zulässigkeit des Rechtswegs: Zu Recht lässt die klagende Partei in ihrem Revisionsrekurs die Rechtsansicht der zweiten Instanz unbekämpft, wonach dann, wenn der Hauptanspruch nicht vor die Gerichte gehört, auch dem Sicherungsantrag Unzulässigkeit des Rechtswegs entgegensteht und der Antrag folglich zurückzuweisen, und nicht meritorisch zu erledigen und daher abzuweisen ist (G. Kodek in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO § 387 Rz 21; Sailer in Burgstaller/Deixler-Hübner aaO § 378 Rz 3; Zechner, Sicherungsexekution und einstweilige Verfügung 88 f, je mwN). Vielmehr versucht die klagende Partei darzulegen, weshalb der von ihr geltend gemachte Anspruch doch auf den ordentlichen Rechtsweg gehöre. Dem kann allerdings nicht gefolgt werden.1.) Zur Zulässigkeit des Rechtswegs: Zu

Recht lässt die klagende Partei in ihrem Revisionsrekurs die Rechtsansicht der zweiten Instanz unbekämpft, wonach dann, wenn der Hauptanspruch nicht vor die Gerichte gehört, auch dem Sicherungsantrag Unzulässigkeit des Rechtswegs entgegensteht und der Antrag folglich zurückzuweisen, und nicht meritorisch zu erledigen und daher abzuweisen ist (G. Kodek in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO Paragraph 387, Rz 21; Sailer in Burgstaller/Deixler-Hübner aaO Paragraph 378, Rz 3; Zechner, Sicherungsexekution und einstweilige Verfügung 88 f, je mwN). Vielmehr versucht die klagende Partei darzulegen, weshalb der von ihr geltend gemachte Anspruch doch auf den ordentlichen Rechtsweg gehöre. Dem kann allerdings nicht gefolgt werden.

Zutreffend bestreitet die klagende Partei nicht die zutreffenden allgemeinen Rechtsausführungen der zweiten Instanz zu den Kriterien der Zulässigkeit des Rechtswegs. Zu Unrecht beruft sie sich aber auf jene Rsp, wonach im Zweifel bürgerliche Rechtssachen von den Gerichten zu entscheiden sind. Solche Zweifel bestehen nämlich, wie zu zeigen sein wird, in Wahrheit nicht.

Nach den richtigen Darlegungen des Rekursgerichts, auf die verwiesen werden kann, verweist das Tiroler VergabenachprüfungsG 2002 den vorliegenden Rechtsstreit betreffend die Vergabe einer Gemeinde unter der Voraussetzung ins Verfahren vor dem unabhängigen Verwaltungssenat (UVS), dass es um Vergabe von Aufträgen nach den vergaberechtlichen Vorschriften des Bundes geht (§ 2 Abs 1 leg.cit.). Gegen die ebenfalls zu billigenden Ausführungen, weshalb es auf die Auslegung der durch das BVergG 2002 umgesetzten Richtlinien der Europäischen Union im vorliegenden Fall nicht ankommt, werden keine substantiellen Einwände erhoben. Selbst wenn es zutreffen sollte, dass die Auslegung des Begriffs des „Dienstleistungsauftrags" iS dieser Richtlinien nicht offenkundig iSd Rsp des OGH (acte clair) wäre, ist somit die Anregung, ein Ersuchen an den EuGH um Vorabentscheidung zu stellen, nicht begründet. Es wird im Revisionsrekurs nicht einmal versucht, darzulegen, weshalb entgegen der Ansicht der zweiten Instanz der österr. Gesetzgeber nicht berechtigt sein sollte, den Rahmen der vom BVergG umfassten Dienstleistungsaufträge weiter zu ziehen, als es dem Richtlinienrecht der EU entspräche. Auch in der Beurteilung des Vorliegens eines dem BVergG 2002 unterliegenden Dienstleistungsauftrags ist der zweiten Instanz zu folgen. Daher kann im Grunde auf deren Ausführungen verwiesen werden (§ 402 Abs 4, § 78 EO, § 528a iVm § 510 Abs 3 zweiter Satz ZPO).Nach den richtigen Darlegungen des Rekursgerichts, auf die verwiesen werden kann, verweist das Tiroler VergabenachprüfungsG 2002 den vorliegenden Rechtsstreit betreffend die Vergabe einer Gemeinde unter der Voraussetzung ins Verfahren vor dem unabhängigen Verwaltungssenat (UVS), dass es um Vergabe von Aufträgen nach den vergaberechtlichen Vorschriften des Bundes geht (Paragraph 2, Absatz eins, leg.cit.). Gegen die ebenfalls zu billigenden Ausführungen, weshalb es auf die Auslegung der durch das BVergG 2002 umgesetzten Richtlinien der Europäischen Union im vorliegenden Fall nicht ankommt, werden keine substantiellen Einwände erhoben. Selbst wenn es zutreffen sollte, dass die Auslegung des Begriffs des „Dienstleistungsauftrags" iS dieser Richtlinien nicht offenkundig iSd Rsp des OGH (acte clair) wäre, ist somit die Anregung, ein Ersuchen an den EuGH um Vorabentscheidung zu stellen, nicht begründet. Es wird im Revisionsrekurs nicht einmal versucht, darzulegen, weshalb entgegen der Ansicht der zweiten Instanz der österr. Gesetzgeber nicht berechtigt sein sollte, den Rahmen der vom BVergG umfassten Dienstleistungsaufträge weiter zu ziehen, als es dem Richtlinienrecht der EU entspräche. Auch in der Beurteilung des Vorliegens eines dem BVergG 2002 unterliegenden Dienstleistungsauftrags ist der zweiten Instanz zu folgen. Daher kann im Grunde auf deren Ausführungen verwiesen werden (Paragraph 402, Absatz 4,, Paragraph 78, EO, Paragraph 528 a, in Verbindung mit Paragraph 510, Absatz 3, zweiter Satz ZPO).

Es ist somit in der Folge nur noch auf die dagegen vorgetragenen Argumente der klagenden Partei einzugehen.

a) Derogation durch das Betriebspensionsgesetz (BPG). Nach Auffassung der Revisionswerberin komme das BVergG 2002 unabhängig von dessen sonstigen Voraussetzungen schon deshalb nicht zur Anwendung, weil die Beschaffung der ausgeschriebenen Leistungen sondergesetzlich in § 3 BPG geregelt sei. Holoubek/Fuchs (Der sachliche Geltungsbereich des BVergG 2002 in Griller/Holoubek, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002, 63 [67 f]) nennen als Beispiele für solche Spezialgesetze, die eine Art „Vergabeverfahren" regeln, einerseits das ASVG, was die Vergabe von Kassenarztplanstellen betrifft, und andererseits das BMVG, das die „Abfertigung neu" regelt. Mit dem BPG befassen sich die Autoren nicht. Entgegen der Auffassung der Revisionsrekurswerberin ist nicht zu sehen, dass die Auswahl einer Mitarbeitervorsorgekasse der Beschaffung von Leistungen wie den im hier zu entscheidenden Fall durch die beklagte Partei ausgeschriebenen gleichzuhalten wären. Der erste wesentliche Unterschied besteht schon darin, dass nach §§ 9, 10 BMVG die Auswahl der Mitarbeitervorsorgekasse durch Betriebsvereinbarung (bzw. durch den Arbeitgeber) zu erfolgen hat, während der Beitritt zu einer Pensionskasse nach § 3 Abs 1 BPG aufgrund einer

Betriebsvereinbarung oder eines Kollektivvertrags erfolgen muss. Darüber hinaus legen Holoubek/Fuchs (aaO FN 18) ausführlich dar, weshalb die „Dienstleistung" einer Mitarbeitervorsorgekasse nicht unter die prioritären Dienstleistungen nach Anhang III des BVergG 2002 fielen. Wesentlich ist dafür, dass es sich bei den Versicherungsdienstleistungen nach Referenznummer 812 der CPC nicht um zwingende Sozialversicherungsdienstleistungen handeln darf. Dass die Ansprüche der Arbeitnehmer aufgrund des BMVG insofern zwingend sind, weil sie vertraglich weder aufgehoben noch beschränkt werden können, ergibt sich aus § 48 Abs 1 leg.cit. Es bedarf hier keiner näheren Untersuchung, ob es sich entsprechend der Ansicht von Holoubek/Griller tatsächlich um Sozialversicherungsdienstleistungen handeln könnte, was schon deswegen fraglich sein könnte, weil der klassische Abfertigungsanspruch, der künftig ebenfalls von den Mitarbeiterversorgungskassen zu erfüllen sein wird (§ 14 Abs 1 BMVG), wohl nicht als Sozialversicherungsdienstleistung qualifiziert werden kann, handelt es sich doch bei der Abfertigung grundsätzlich um einen gegenüber dem Arbeitgeber bestehenden Anspruch. Abgesehen davon, dass das BMVG nach dessen § 1 Abs 2 Z 1 auf Arbeitsverhältnisse zu Ländern, Gemeinden und Gemeindeverbänden gar nicht anwendbar ist, ist die auf (freiwilligen) Pensionszusagen des Arbeitgebers beruhende Leistung aus einer Betriebspensionskasse keinesfalls als eine zwingende Sozialversicherungsdienstleistung zu qualifizieren, weshalb die diesbezüglichen Erwägungen von Holoubek/Fuchs für die Lösung des vorliegenden Falls ohne Bedeutung sind. Schließlich kann daraus, dass § 3 Abs 1 BPG vom Beitritt zu einer Pensionskasse spricht, schon mangels näherer Regelung für dessen Voraussetzungen nicht auf eine Derogation des BVergG 2002 geschlossen werden.a) Derogation durch das Betriebspensionsgesetz (BPG). Nach Auffassung der Revisionswerberin komme das BVergG 2002 unabhängig von dessen sonstigen Voraussetzungen schon deshalb nicht zur Anwendung, weil die Beschaffung der ausgeschriebenen Leistungen sondergesetzlich in Paragraph 3, BPG geregelt sei. Holoubek/Fuchs (Der sachliche Geltungsbereich des BVergG 2002 in Griller/Holoubek, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002, 63 [67 f]) nennen als Beispiele für solche Spezialgesetze, die eine Art „Vergabeverfahren" regeln, einerseits das ASVG, was die Vergabe von Kassenarztplanstellen betrifft, und andererseits das BMVG, das die „Abfertigung neu" regelt. Mit dem BPG befassen sich die Autoren nicht. Entgegen der Auffassung der Revisionsrekurswerberin ist nicht zu sehen, dass die Auswahl einer Mitarbeitervorsorgekasse der Beschaffung von Leistungen wie den im hier zu entscheidenden Fall durch die beklagte Partei ausgeschriebenen gleichzuhalten wären. Der erste wesentliche Unterschied besteht schon darin, dass nach Paragraphen 9,, 10 BMVG die Auswahl der Mitarbeitervorsorgekasse durch Betriebsvereinbarung (bzw. durch den Arbeitgeber) zu erfolgen hat, während der Beitritt zu einer Pensionskasse nach Paragraph 3, Absatz eins, BPG aufgrund einer Betriebsvereinbarung oder eines Kollektivvertrags erfolgen muss. Darüber hinaus legen Holoubek/Fuchs (aaO FN 18) ausführlich dar, weshalb die „Dienstleistung" einer Mitarbeitervorsorgekasse nicht unter die prioritären Dienstleistungen nach Anhang römisch III des BVergG 2002 fielen. Wesentlich ist dafür, dass es sich bei den Versicherungsdienstleistungen nach Referenznummer 812 der CPC nicht um zwingende Sozialversicherungsdienstleistungen handeln darf. Dass die Ansprüche der Arbeitnehmer aufgrund des BMVG insofern zwingend sind, weil sie vertraglich weder aufgehoben noch beschränkt werden können, ergibt sich aus Paragraph 48, Absatz eins, leg.cit. Es bedarf hier keiner näheren Untersuchung, ob es sich entsprechend der Ansicht von Holoubek/Griller tatsächlich um Sozialversicherungsdienstleistungen handeln könnte, was schon deswegen fraglich sein könnte, weil der klassische Abfertigungsanspruch, der künftig ebenfalls von den Mitarbeiterversorgungskassen zu erfüllen sein wird (Paragraph 14, Absatz eins, BMVG), wohl nicht als Sozialversicherungsdienstleistung qualifiziert werden kann, handelt es sich doch bei der Abfertigung grundsätzlich um einen gegenüber dem Arbeitgeber bestehenden Anspruch. Abgesehen davon, dass das BMVG nach dessen Paragraph eins, Absatz 2, Ziffer eins, auf Arbeitsverhältnisse zu Ländern, Gemeinden und Gemeindeverbänden gar nicht anwendbar ist, ist die auf (freiwilligen) Pensionszusagen des Arbeitgebers beruhende Leistung aus einer Betriebspensionskasse keinesfalls als eine zwingende Sozialversicherungsdienstleistung zu qualifizieren, weshalb die diesbezüglichen Erwägungen von Holoubek/Fuchs für die Lösung des vorliegenden Falls ohne Bedeutung sind. Schließlich kann daraus, dass Paragraph 3, Absatz eins, BPG vom Beitritt zu einer Pensionskasse spricht, schon mangels näherer Regelung für dessen Voraussetzungen nicht auf eine Derogation des BVergG 2002 geschlossen werden.

b) Keine Dienstleistung iSd BVergG 2002.

Wie bereits dargelegt wurde, ist das „Pensionskassenmodell" mit dem der Mitarbeitervorsorgekasse nicht unmittelbar vergleichbar, sodass schon deshalb nicht gesagt werden kann, Pensionskassenleistungen würden nicht zu den finanziellen Dienstleistungen iS von Anhang III des BVergG 2002 gehören.Wie bereits dargelegt wurde, ist das

„Pensionskassenmodell" mit dem der Mitarbeitervorsorgekasse nicht unmittelbar vergleichbar, sodass schon deshalb nicht gesagt werden kann, Pensionskassenleistungen würden nicht zu den finanziellen Dienstleistungen iS von Anhang römisch III des BVergG 2002 gehören.

c) Dienstleistungskonzession.

Auch wenn es entgegen der Auffassung der beklagten Partei keinen Verstoß gegen das Neuerungsverbot darstellt, wenn sich die klagende Partei erstmals in ihrem Revisionsrekurs darauf beruft, es gehe in Wahrheit um die Ausschreibung einer Dienstleistungskonzession nach § 4 Abs 2 BVergG 2002, weil damit lediglich ein neuer rechtlicher Gesichtspunkt - ohne Erstattung neuen tatsächlichen Vorbringens - releviert wird, kann dieser Qualifikation nicht gefolgt werden. Nach § 4 Abs 2 BVergG 2002 handelt es sich dabei um Verträge, deren Vertragsgegenstand von Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweicht, als die Gegenleistung für die Erbringung von Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht. Solche nach § 1 leg.cit. auch vom BVergG 2002 erfasste Dienstleistungskonzessionsverträge fallen nicht unter das vergaberechtsspezifische Rechtsschutzsystem (Korinek/Denk in Raschauer, Österreichisches Wirtschaftsrecht² Rz 722 FN 67), weshalb für die vorliegende Klage iSd einleitenden Ausführungen die Zulässigkeit des Rechtswegs gegeben wäre. Von Dienstleistungsaufträgen unterscheiden sich Dienstleistungskonzessionsaufträge nach der Definition dadurch, dass der Auftraggeber kein Entgelt zahlt, vielmehr der Auftragnehmer dadurch auf seine Rechnung kommt, dass er die Dienstleistung selbst nutzt oder diese seinerseits entgeltlich verwertet. Eines näheres Eingehens auf die Voraussetzungen des Dienstleistungskonzessionsauftrags bedarf es aber schon deshalb nicht, weil nach den Feststellungen der Tatsacheninstanzen hier eindeutig der Dienstgeber (in casu: beklagte Partei als Auftraggeberin) mit dem Dienstgeberbeitrag „sämtliche Kosten der Pensionskasse" sowie sämtliche Abgaben und Gebühren mit Ausnahme der extra vom Dienstgeber zu tragenden Versicherungssteuer zahlt (Punkt 11. des Musters der Vereinbarung gemäß § 3 BPG). Dass es sich dabei gerade nicht um Beiträge der Dienstnehmer handelt, wird noch näher auszuführen sein. Es kann gegen die gefundene Lösung auch nicht eingewendet werden, dass es den Arbeitnehmern auch frei steht, selbst Beiträge an die Pensionskasse zu entrichten, weil es sich dabei um rein akzessorische Beiträge handelt, können doch solche (freiwilligen) Beiträge nur unter der Voraussetzung geleistet werden, dass der Beitrittsvertrag nach § 3 PBG zwischen der beklagten Partei als Arbeitgeberin und der Pensionskassen-Aktiengesellschaft tatsächlich abgeschlossen wird. Vor allem aber ergibt sich aus Punkt 4. zweiter Absatz der schon erwähnten Mustervereinbarung, die Teil der Ausschreibung war, dass der „Verwaltungskostenanteil" vom Dienstgeberbeitrag in Abzug gebracht wird, dass also die Dienstnehmer gerade kein Entgelt an die Pensionskassen-Gesellschaft zu leisten haben. Damit kann aber nicht gesagt werden, der Auftragnehmer würde durch Nutzung der oder Entgelterzielung aus der Dienstleistung die Gegenleistung für seine Dienstleistung erhalten.Auch wenn es entgegen der Auffassung der beklagten Partei keinen Verstoß gegen das Neuerungsverbot darstellt, wenn sich die klagende Partei erstmals in ihrem Revisionsrekurs darauf beruft, es gehe in Wahrheit um die Ausschreibung einer Dienstleistungskonzession nach Paragraph 4, Absatz 2, BVergG 2002, weil damit lediglich ein neuer rechtlicher Gesichtspunkt - ohne Erstattung neuen tatsächlichen Vorbringens - releviert wird, kann dieser Qualifikation nicht gefolgt werden. Nach Paragraph 4, Absatz 2, BVergG 2002 handelt es sich dabei um Verträge, deren Vertragsgegenstand von Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweicht, als die Gegenleistung für die Erbringung von Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht. Solche nach Paragraph eins, leg.cit. auch vom BVergG 2002 erfasste Dienstleistungskonzessionsverträge fallen nicht unter das vergaberechtsspezifische Rechtsschutzsystem (Korinek/Denk in Raschauer, Österreichisches Wirtschaftsrecht² Rz 722 FN 67), weshalb für die vorliegende Klage iSd einleitenden Ausführungen die Zulässigkeit des Rechtswegs gegeben wäre. Von Dienstleistungsaufträgen unterscheiden sich Dienstleistungskonzessionsaufträge nach der Definition dadurch, dass der Auftraggeber kein Entgelt zahlt, vielmehr der Auftragnehmer dadurch auf seine Rechnung kommt, dass er die Dienstleistung selbst nutzt oder diese seinerseits entgeltlich verwertet. Eines näheres Eingehens auf die Voraussetzungen des Dienstleistungskonzessionsauftrags bedarf es aber schon deshalb nicht, weil nach den Feststellungen der Tatsacheninstanzen hier eindeutig der Dienstgeber (in casu: beklagte Partei als Auftraggeberin) mit dem Dienstgeberbeitrag „sämtliche Kosten der Pensionskasse" sowie sämtliche Abgaben und Gebühren mit Ausnahme der extra vom Dienstgeber zu tragenden Versicherungssteuer zahlt (Punkt 11. des Musters der Vereinbarung gemäß Paragraph 3, BPG). Dass es sich dabei gerade nicht um Beiträge der Dienstnehmer handelt, wird noch näher auszuführen sein. Es kann gegen die gefundene Lösung auch nicht eingewendet werden, dass es den Arbeitnehmern

auch frei steht, selbst Beiträge an die Pensionskasse zu entrichten, weil es sich dabei um rein akzessorische Beiträge handelt, können doch solche (freiwilligen) Beiträge nur unter der Voraussetzung geleistet werden, dass der Beitrittsvertrag nach Paragraph 3, PBG zwischen der beklagten Partei als Arbeitgeberin und der Pensionskassen-Aktiengesellschaft tatsächlich abgeschlossen wird. Vor allem aber ergibt sich aus Punkt 4. zweiter Absatz der schon erwähnten Mustervereinbarung, die Teil der Ausschreibung war, dass der „Verwaltungskostenanteil" vom Dienstgeberbeitrag in Abzug gebracht wird, dass also die Dienstnehmer gerade kein Entgelt an die Pensionskassen-Gesellschaft zu leisten haben. Damit kann aber nicht gesagt werden, der Auftragnehmer würde durch Nutzung der oder Entgelterzielung aus der Dienstleistung die Gegenleistung für seine Dienstleistung erhalten.

d) Keine Leistungserbringung an den Auftraggeber gegen Entgelt. Die zentrale Argumentation im Revisionsrekurs liegt gerade in diesem Punkt. Darin versucht die klagende Partei darzulegen, dass die ausgeschriebene Dienstleistung weder an den Auftraggeber erbracht noch von diesem entgolten würde. Nach den einschlägigen Bestimmungen des BVergG 2002 (§§ 1, 2 bis 4, 7, 8 und § 20 Z 5) wäre dies aber Voraussetzung für die Anwendung des BVergG 2002. Auch diese Argumente schlagen nicht durch.d) Keine Leistungserbringung an den Auftraggeber gegen Entgelt. Die zentrale Argumentation im Revisionsrekurs liegt gerade in diesem Punkt. Darin versucht die klagende Partei darzulegen, dass die ausgeschriebene Dienstleistung weder an den Auftraggeber erbracht noch von diesem entgolten würde. Nach den einschlägigen Bestimmungen des BVergG 2002 (Paragraphen eins,, 2 bis 4, 7, 8 und Paragraph 20, Ziffer 5,) wäre dies aber Voraussetzung für die Anwendung des BVergG 2002. Auch diese Argumente schlagen nicht durch.

Was zunächst die Frage der Entgeltleistung angeht, kann in Wahrheit daran, dass nach dem in die Ausschreibung integrierten Mustervertrag das Entgelt vom Dienstgeber (Auftraggeber) zu entrichten ist, nicht mit Recht gezweifelt werden.

Entgegen der Auffassung der zweiten Instanz kann es in dieser Frage nicht darauf ankommen, ob für den Fall der Nichtteilnahme eines Dienstnehmers dieser auf die Bezahlung des sogenannten „Dienstgeberbeitrags" Anspruch hätte oder nicht. Dass es sich dabei um ein Entgelt im Rahmen des Dienstverhältnisses handelt, worauf die Revisionsrekurswerberin zutreffend hinweist, ergibt sich schon aus der stRsp, wonach eine Pensionszusage keine bloß einseitige Verpflichtung des Arbeitgebers begründet, sondern sich auf einen Teil des Entgelts für die vom Arbeitnehmer bereits erbrachten oder noch zu erbringenden Leistungen bezieht (JBl 1988, 467 [Pfersmann] = DRdA 1990/10 [Runggaldier] = RdW 1988, 50 = ZAS 1989, 58 [Kerschner]; RIS-Justiz RS0021444). Jedenfalls handelt es sich aber bei einer Pensionsvereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer um ein entgeltliches Geschäft (SZ 61/119 = DRdA 1990, 305 [Resch] = RdW 1988, 325 = Arb 10.742; RIS-Justiz RS0027950). Daraus folgt, dass die Leistungen der Pensionskasse an die (ehemaligen) Dienstnehmer Entgeltzahlungen des Dienstgebers sind. Dies mit der Begründung zu leugnen, es würde die Vergütung der Pensionskasse durch Entgeltsbestandteile der Arbeitnehmer erfolgen, verkennt die Struktur des Dienstvertrags. Wäre diese Argumentation richtig, müsste man zur Auffassung gelangen, die Arbeitnehmer zahlten sich die Löhne und Gehälter deswegen selbst, weil sie ihnen ja zustünden. Auch wenn das Entgelt der Pensionskasse (ebenso wie bei der Mitarbeitervorsorgekasse) aus den Beiträgen der Arbeitgeber entnommen wird, folgt daraus keineswegs, dass es sich dabei in Wahrheit um Leistungen der Dienstnehmer handeln würde (so aber Stockinger, Leistungen der Mitarbeitervorsorgekassen - ausschreibungspflichtig? ZVB 2002, 294 [296]; ähnlich Holoubek/Fuchs aaO). Nach der dargestellten Vertragskonstruktion kann nämlich kein Zweifel daran bestehen, dass die Leistung vom Dienstgeber, dem Auftraggeber nach dem BVergG 2002 erbracht wird.

Letztlich ist nur noch zu prüfen, ob, was auf den ersten Blick durchaus so scheinen mag, kein Leitungsaustausch

zwischen der Pensionskassen-Gesellschaft und dem Auftraggeber stattfinden soll. Schließlich besteht die Leistung der Pensionskasse ja nach der vorliegenden Ausschreibung insbesondere darin, in die Vereinbarung einbezogenen Dienstnehmer des Auftraggebers rechtsverbindliche Pensionszusagen zu machen, die Pensionen künftig an Leistungsberechtigte zu erbringen und damit verbunden Pensionskassenbeiträge hereinzunehmen und zu veranlagen. Da, wie dargelegt, die Pensionskassenbeiträge vom Auftraggeber stammen, ist im letzten Punkt jedenfalls auch diesem erbrachte Dienstleistung zu sehen. Darüber hinaus wird aber durch die beiden übrigen Leistungen (Zusage und Erbringung von Pensionen an die freiwillig teilnehmenden Dienstnehmer) jedenfalls auch dem Auftraggeber gegenüber geleistet. Wie sich aus den Feststellungen der Tatsacheninstanzen ergibt, ist Grundlage für die Ausschreibung u.a. ein beabsichtigter Vertrag zwischen der beklagten Partei und dem Hauptausschuss der Personalvertretung ihrer Vertragsbediensteten, wonach diese sich verpflichtet, einer überbetrieblichen Pensionskasse beizutreten und auf diesem Weg eine Pensionsvorsorge für die beitrittswilligen Dienstnehmer zu gewähren. Dass es sich dabei um Entgelt für Dienstleistungen handelt, wurde bereits dargelegt. Damit soll aber die Auftragnehmerin, die Pensionskassen-Aktiengesellschaft, durch ihre Dienstleistungen auch Entgeltverpflichtungen des Dienstgebers (= Auftraggeber nach dem BVergG 2002) erfüllen. Die Bestimmungen des BVergG 2002 lassen nicht erkennen, dass derartige Leistungsbeziehungen im Dreieck von seinem Geltungsbereich ausgenommen sein sollten.

Demnach ist zusammenfassend die zweite Instanz zutreffend zur Auffassung gelangt, dass die hier ausgeschriebene Dienstleistung den Bestimmungen dieses Gesetzes unterliegt und damit das Klagebegehren nicht auf den ordentlichen Rechtsweg gehört.

Dieses Ergebnis steht auch im Einklang mit einer jüngst ergangenen Entscheidung des VwGH in einem vergleichbaren Verfahren betreffend das Land Tirol, das - allerdings auf der Grundlage der Zusage eines Pensionszuschusses zur sozialversicherungsrechtlichen Pension durch den Tiroler Landtag - eine in den wesentlichen Punkten gleichlautende Vereinbarung mit der Zentralpersonalvertretung in seine Ausschreibungsunterlagen einbezogen hatte (Erkenntnis vom 1. März 2005, Zl. 2003/04/0008). Da sich die maßgebenden Bestimmungen des vom VwGH zu beurteilenden BVergG 1997 von jenen des hier in Rede stehenden BVergG 2002 nicht unterscheiden, kann davon ausgegangen werden, dass entsprechend der Auffassung des Höchstgerichts auch der Rechtsschutz im vorliegenden Vergabeverfahren durch den UVS in Tirol zu gewähren sein wird, weshalb die Gefahr eines negativen Kompetenzkonflikts zwischen den Verwaltungsbehörden und den ordentlichen Gerichten gebannt scheint.

Demnach ist dem Revisionsrekurs nicht Folge zu geben.

2.) Nach stRsp des Obersten Gerichtshofs ist im Verfahren über den Sicherungsantrag eine Nebenintervention ausgeschlossen (RZ 1959, 70;

RS0004899). Daran ist jedenfalls für den hier vorliegenden Fall der Nebenintervention auf Seiten des Gegners der gefährdeten Partei ungeachtet in der Lehre geübter Kritik festzuhalten (Zechner aaO 91;

G. Kodek aaO § 390 Rz 12 mwN). Zutreffend führen die Genannten aus, dass ein rechtliches Interesse des Nebenintervenienten an der Abwehr eines Sicherungsantrags schwer vorstellbar sei. Ein Nebenintervenient im Hauptverfahren ist aber zur Erhebung von Rechtsmitteln im Provisorialverfahren nicht legitimiert (SZ 24/50; RIS-Justiz RS0042003; G. Kodek, aaO Rz 13 mwN der Rsp und Lehre), was auch einschließt, dass ihm eine Rechtsmittelbeantwortung im Provisorialverfahren nicht zusteht (4 Ob 93/94 = SZ 67/172 = MR 1995, 101 [M. Walter] = ÖBl 1995, 131).G. Kodek aaO Paragraph 390, Rz 12 mwN). Zutreffend führen die Genannten aus, dass ein rechtliches Interesse des Nebenintervenienten an der Abwehr eines Sicherungsantrags schwer vorstellbar sei. Ein Nebenintervenient im Hauptverfahren ist aber zur Erhebung von Rechtsmitteln im Provisorialverfahren nicht legitimiert (SZ 24/50; RIS-Justiz RS0042003; G. Kodek, aaO Rz 13 mwN der Rsp und Lehre), was auch einschließt, dass ihm eine Rechtsmittelbeantwortung im Provisorialverfahren nicht zusteht (4 Ob 93/94 = SZ 67/172 = MR 1995, 101 [M. Walter] = ÖBl 1995, 131).

§ 402 Abs 4 EO iVm § 78 EO verweist u.a. auch auf die Bestimmungen der ZPO über den Rekurs. Auch im Rekursverfahren gilt der Grundsatz der Einmaligkeit des Rechtsmittels, woran die durch die ZVN 1983 geschaffenen erweiterten Verbesserungsmöglichkeiten nichts geändert haben (stRsp, EvBl 1989/93; RIS-Justiz RS0036673). Demnach ist die Replik der klagenden Partei auf die Revisionsrekursbeantwortungen unzulässig und ebenso zurückzuweisen wie die Revisionsrekursbeantwortungen der beiden Nebenintervenienten.Paragraph 402, Absatz 4, EO in Verbindung mit Paragraph 78, EO verweist u.a. auch auf die Bestimmungen der ZPO über den Rekurs. Auch im Rekursverfahren gilt der

Grundsatz der Einmaligkeit des Rechtsmittels, woran die durch die ZVN 1983 geschaffenen erweiterten Verbesserungsmöglichkeiten nichts geändert haben (stRsp, EvBl 1989/93; RIS-Justiz RS0036673). Demnach ist die Replik der klagenden Partei auf die Revisionsrekursbeantwortungen unzulässig und ebenso zurückzuweisen wie die Revisionsrekursbeantwortungen der beiden Nebenintervenienten.

3.) Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 402 Abs 4,§ 78 EO iVm §§ 50, 41 ZPO. Eine Verbindungsgebühr nach Anm 5 zu TP 3 war der beklagten Partei nicht zuzusprechen, weil die Ausführungen zum angeregten Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH nicht derart eingehend waren, dass eine solche Verbindungsgebühr gerechtfertigt wäre.3.) Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 402, Absatz 4,, Paragraph 78, EO in Verbindung mit Paragraphen 50,, 41 ZPO. Eine Verbindungsgebühr nach Anmerkung 5 zu TP 3 war der beklagten Partei nicht zuzusprechen, weil die Ausführungen zum angeregten Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH nicht derart eingehend waren, dass eine solche Verbindungsgebühr gerechtfertigt wäre.

Anmerkung

E77247 3Ob251.04i

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2005:0030OB00251.04I.0427.000

Dokumentnummer

JJT_20050427_OGH0002_0030OB00251_04I0000_000

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, http://www.ogh.gv.at

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at