

Sind öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen dem Vergaberecht unterstellt?

lic. iur. **Claudia Schneider Heusi, LL.M.**, Fachanwältin SAV Bau- und Immobilienrecht, Zürich

Ob die Versicherungskassen für das Personal der öffentlichen Hand (öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen, nachfolgend ÖrVE), dem Vergaberecht unterstellt sind oder nicht, ist umstritten. Häufig wird die Ansicht vertreten, dass sie im Bereich der Ausübung ihrer Anlagetätigkeit kommerziell tätig und deshalb nicht unterstellt seien.¹ Vereinzelt finden sich auf simap.ch indessen Ausschreibungen solcher Einrichtungen, die sich offenbar als dem Vergaberecht unterstellt betrachten.

Aufgrund der Teilrevision des Bundesgesetzes über die berufliche Vorsorge (BVG) gilt, dass ÖrVE ab dem 1. Januar 2014 rechtlich verselbständigt sein müssen. Damit stellt sich die Frage, ob aus diesem vorgeschriebenen Schritt in die Autonomie ohne Weiteres die Nichtunterstellung unter die Vergaberechtssetzung resultiert. Dies wird zum Teil vertreten, allerdings nicht näher begründet.² Ob dies tatsächlich so zutrifft, wird nachfolgend untersucht. Zuerst stelle ich kurz dar, in welchem Umfeld ÖrVE als Auftraggeberinnen auftreten und wie ihre Stellung gesetzlich geregelt ist (Ziff. I), bevor ich auf die massgebenden und zu prüfenden Kriterien einer Unterstellung (Ziff. II/A und B) und insbesondere auf die bereits erwähnte Teilrevision des BVG näher eingehe (Ziff. II/C). Schlussendlich gelange ich zum Fazit, wie sich die Rechtslage ab dem 1. Januar 2014 darstellt (Ziff. III).

I. Öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen als Auftraggeberinnen

A Das Verhalten von ÖrVE auf dem Markt

Private und öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen haben ihr Vermögen so zu verwalten, dass Sicherheit und genügender Ertrag der Anlagen eine angemessene Verteilung der Risiken sowie die Deckung des voraussehbaren Bedarfes an flüssigen Mitteln gewährleistet sind.³ ÖrVE wie private Vorsorgeeinrichtungen tätigen zur Sicherung dieses Ertrags Anlagen in Wertpapieren und Immobilien. Letztere sind ein fester Bestandteil des Anlagevermögens von Pensionskassen und bilden nach Aktien und Obligationen die drittgrösste Vermögenskategorie am Gesamtvermögen.⁴

ÖrVE treten als *Investoren auf, erwerben Liegenschaften, erstellen, unterhalten und bewirtschaften Bauten*, um sich aus der Vermietung, allenfalls aus einem Verkauf, einen Ertrag zu sichern. Für die Erstellung, beim Unterhalt und für die Bewirtschaftung dieser Bauten erteilen sie Bau- und

Dienstleistungsaufträge an private Anbieter, beschaffen Güter und schliessen Verträge ab. Teilweise wird diese Immobiliertätigkeit für ÖrVE derzeit noch von den Baufachorganen der entsprechenden Gemeinwesen (Hochbau- und Immobilienämter) wahrgenommen.

Das Beschaffungsvolumen der ÖrVE ist beträchtlich. Die Leistungen werden meistens jedoch nicht über vergaberechtliche Verfahren eingekauft. Argumentiert wird damit, dass die ÖrVE verpflichtet seien, ihr Kapital für die Versicherten sicher und gewinnbringend anzulegen und dabei in Konkurrenz zu privatrechtlichen Versicherungseinrichtungen und anderen institutionellen Anlegern stünden. Diese Anlagetätigkeit sei eine wirtschaftliche und damit kommerzielle Tätigkeit, die eine Nichtunterstellung unter die Vergaberechtssetzung bewirke. Ebenfalls wird angeführt, dass die Auswahlverfahren von Anbietern gemäss spezialgesetzlichen Grundlagen in der BVV 2⁵ sowie aufsichtsrechtlich genehmigten Anlagereglementen erfolge, die das Ziel hätten, den am besten geeigneten Anbieter zu ermitteln.⁶

B Die Rechtsformen von ÖrVE

ÖrVE werden vom zuständigen Gemeinwesen mit einem Erlass errichtet, der Bestimmungen enthält über die Leistungen, die Organisation, die Verwaltung und Finanzierung, die Kontrolle sowie das Verhältnis zu den Arbeitgebern, den Versicherten und den Anspruchsberechtigten.⁷ Die Gemeinwesen konnten bisher ÖrVE mit oder ohne eigene Rechtspersönlichkeit ausgestalten. Sie hatten lediglich eine Einrichtung des öffentlichen Rechts zu sein.⁸ Eine Mehrheit der Vorsorgeeinrichtungen von Bund und Kantonen sind schon heute

¹ Vgl. dazu beispielsweise, aber nicht abschliessend: Regierungsratsbeschluss des Kantons Zürich RRB Nr. 1384 vom 21. September 2010, S. 3, publiziert unter www.zh.ch.

² Vgl. dazu den im Rahmen der Administrativuntersuchung zur Beamtenversicherungskasse des Kantons Zürich erstellten Bericht der BDO AG an die Finanzdirektion des Kantons Zürich zur Analyse Real Estate Management BVK vom 28. März 2011, Kap. 4.7, S. 15, unter www.fd.zh.ch (besucht am 6. April 2012): «Mit der Überführung der BVK in eine privatrechtliche Stiftung würde auch die Unsicherheit beseitigt, die bezüglich der Unterstellung der BVK unter das Submissionsrecht besteht.»

³ Art. 71 BVG.

⁴ Durchschnittlich etwa 15–20%; vgl. auch Zürcher Hochschule Winterthur, Schlussbericht «Immobilien-Pool öffentlich-rechtliche Körperschaften», Mai 2007.

⁵ Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen und Invalidenvorsorge (BVV 2) vom 18. April 1984, SR 831.441.1.

⁶ Regierungsratsbeschluss des Kantons Zürich RRB Nr. 1384 vom 21. September 2010, publiziert unter www.zh.ch.

⁷ Art. 50 BVG.

⁸ Art. 48 Abs. 2 BVG in seiner bisherigen Fassung.

als eigene Rechtspersönlichkeiten organisiert,⁹ mit unterschiedlich naher Anbindung an die Zentralverwaltung oder mit autonomer Trägerschaft.¹⁰ Nicht selbständig und damit Teil der Zentralverwaltung sind heute noch die Versicherungskassen der Kantone St. Gallen, Tessin, Waadt und Zürich sowie einzelner Gemeinden.¹¹

Dies wird sich ändern. Auf den 1. Januar 2012 ist die eingangs erwähnte Teilrevision des Bundesgesetzes über die berufliche Vorsorge (BVG) zur Finanzierung der ÖRVE in Kraft getreten. Die Grundlagen von privat- und öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen sollen angenähert und ÖRVE autonomer werden (vgl. dazu unten, Ziff. II/C).¹² ÖRVE haben deshalb rechtlich selbständig zu sein.¹³ Die betroffenen Institutionen haben diese institutionellen Anpassungen bis am 1. Januar 2014 vorzunehmen.

C Keine oder lückenhafte vergaberechtlichen Regelungen

Die Anlagetätigkeit von privaten und öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen ist in Art. 71 BVG sowie Art. 49ff BVV 2¹⁴ geregelt.¹⁵ Interessenkonflikte zwischen den Destinatären und mit den Vermögensverwaltung betrauten Personen sind zu vermeiden und Vermögensvorteile sind offen zu legen. Die Vorsorgeeinrichtung darf deshalb nur fähige, loyale und genügend organisierte Personen und Institutionen mit der Anlage und Verwaltung ihres Vorsorgevermögens betrauen.¹⁶ Mit diesen Vorschriften wird bezweckt, dass die Anlagetätigkeit zu Gunsten der Destinatäre sicher und wirtschaftlicherfolgt. Vom Regelungsgehalt dieser Bestimmungen werden weder die Beschaffungen von ÖRVE im Immobilienbereich noch die Vergabe von Mandaten der Berater und Portfoliomanager erfasst. Sie enthalten keine vergaberechtlichen Vorschriften. Im Verhältnis zu den Vergaberechts-erlassen handelt es sich nicht um spezialgesetzliche Bestimmungen. Konsequenterweise gelten sie ebenfalls für private, dem Vergaberecht nicht unterstellte Vorsorgeeinrichtungen.

Regelungen zu Beschaffungen von ÖRVE in den massgebenden Vergaberechtserlassen fehlen zum Teil ganz. Wo sie vorhanden sind, bleiben sie lückenhaft. Einzelne Kantone nehmen zwar in ihren Vergabeerlassen ÖRVE teilweise von einer Unterstellung unter das Vergaberecht aus, mit Formulierungen «soweit diese im Rahmen ihrer Anlagetätigkeit in ihr Finanzvermögen investieren»¹⁷ oder «kommerziell bzw. industriell tätig sind».¹⁸ Die Kantone Basel-Landschaft und Basel-Stadt sehen sodann die Unterstellung der Versicherungsanstalten des Kantons und der Gemeinden vor, «soweit es mit ihrem Zweck und mit den Vorschriften über die Bewirtschaftung ihres Vermögens vereinbar ist».¹⁹ Diese Bestimmungen sind auslegungsbedürftig.

Die Publica als öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes mit eigener Rechtspersönlichkeit²⁰ findet sich weder in Anhang I/Annex 1 des GPA²¹ noch wird sie in Art. 2 Abs. 2 BöB als unterstellte Auftraggeberin erwähnt. Sie gilt dem Vergaberecht deshalb als nicht unterstellt.²² Den Fokus der weiteren Ausführungen lege ich deshalb auf die Vorsorgeeinrichtungen von Kantonen und Gemeinden.

II. Beurteilung

C Massgebende Kriterien

Ob kantonale und kommunale öffentliche Vorsorgeeinrichtungen dem Vergaberecht unterstellt sind, beurteilt sich gemäss Art. 8 IVöB.²³ Diese Bestimmung legt den subjektiven Geltungsbereich fest und untergliedert dabei in einen von Staatsverträgen umfassten Bereich und einen Binnenbereich wie folgt:

- Staatsvertragsbereich:²⁴
 - Kantone, Gemeinden sowie Einrichtungen des öffentlichen Rechts²⁵ auf kantonaler oder kommunaler Ebene mit Ausnahme ihrer kommerziellen oder industriellen Tätigkeiten;
 - Behörden, öffentliche und private Unternehmen in den Sektoren Wasser- Energie- und Verkehrsversorgung;
- Binnenbereich:²⁶
 - weitere Auftraggeber als Träger von kantonalen oder kommunalen Aufgaben mit Ausnahme ihrer kommerziellen oder industriellen Tätigkeiten;

⁹ Mehrheitlich als selbständige öffentlich-rechtliche Anstalten, z.T. auch öffentlich-rechtliche Stiftungen, Genossenschaften.

¹⁰ Als Beispiel die Pensionskasse des Staatspersonals Freiburg, PKSPF, eine Einrichtung des öffentlichen Rechtes. Sie besitzt eigene Rechtspersönlichkeit und hat eine von der Staatsverwaltung getrennte Verwaltung.

¹¹ Als Beispiel die Pensionskasse der Stadt Winterthur, eine Abteilung der Stadtverwaltung mit eigener Rechnung. Gemeinden im Kanton Zürich können sich der kantonalen Beamtenversicherungskasse anschliessen, wovon die Mehrzahl der Gemeinden Gebrauch gemacht hat (vgl. dazu hinten Fn. 42). Einige Gemeinden haben inzwischen jedoch gekündigt und versichern ihre Arbeitnehmer bei privaten Vorsorgeeinrichtungen.

¹² Art. 48 Abs. 2 erster Satz rev. BVG: «Registrierte Vorsorgeeinrichtungen müssen die Rechtsform einer Stiftung haben oder eine Einrichtung des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit sein.»

¹³ Botschaft des Bundesrats zur Revision des BVG, BBl 2008 S. 8411 ff., 8456 f.

¹⁴ Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen und Invalidenvorsorge (BVV 2) vom 18. April 1984, SR 831.441.1.

¹⁵ Art. 53a BVG.

¹⁶ Art. 48h BVV 2.

¹⁷ GE (Art. 7 Abs. 3 Règlement sur la passation des marchés publics; NE (Art. 2 Règlement d'exécution de la loi cantonale sur les marchés publics).

¹⁸ JU (Art. 4 Abs. 1 lit. b Ordonnance concernant l'adjudication des marchés publics); VD (Art. 1 Abs. 1 lit. b Loi sur les marchés publics).

¹⁹ Vgl. BL: § 4 Abs. 2 Gesetz über öffentliche Beschaffungen vom 3. Juni 1999, 420; BS: § 4 Abs. 2 Gesetz über öffentliche Beschaffungen vom 20. Mai 1999, 914.100.

²⁰ Bundesgesetz über die Pensionskasse des Bundes (PUBLICA-Gesetz), SR 172.222.1.

²¹ GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, GPA, Anhang I, Annex 1, SR 0.632.231.422.

²² Trotz fehlender Leistung kann eine Unterstellung im Einzelfall aber möglich sein, vgl. BRK 2003/020 E. 2 zur Swissmedic.

²³ Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001.

²⁴ Art. 8 Abs. 1 lit. a und b IVöB.

²⁵ Beim Begriff der «Einrichtung des öffentlichen Rechts» handelt es sich um einen Auffangtatbestand, vgl. HUBERT STÖCKLI, Der subjektive Geltungsbereich des Vergaberechts, in: ZUFFEREY / STÖCKLI (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich 2008, Ziff. 18, S. 51f.

²⁶ Nicht-Staatsvertragsbereich, Art. 8 Abs. 2 lit. a und b IVöB.

- private Auftraggeber, sofern sie zu mehr als 50% von der öffentlichen Hand²⁷ subventioniert werden.

Ausschlaggebend für eine Unterstellung im Staatsvertragsbereich ist, ob die zu prüfende Einheit im öffentlichen Interesse tätig, nicht-gewerblich und staatsgebunden ist.²⁸ Diese Voraussetzungen sind kumulativ zu erfüllen. Als staatsgebundene Beschaffungsstellen gelten dabei Rechtspersönlichkeiten, die direkt oder indirekt unter dem beherrschenden Einfluss einer oder mehrerer Beschaffungsstellen stehen. Unerheblich ist, ob es sich um einen öffentlich- oder einen privatrechtlich verfassten Auftraggeber handelt. Ausschlaggebend ist, ob die Einheit im öffentlichen Interesse ist und von der öffentlichen Hand beherrscht wird.²⁹ Diese Beherrschung ist gegeben, wenn alternativ:

- die Beschaffungsstelle die Organisation oder deren Beschaffung mehrheitlich finanziert;
- sie die Geschäftstätigkeit der Organisation kontrolliert;
- oder sie mehr als die Hälfte der Führungs- oder Kontrollorgane der Organisation bestimmt.³⁰

Solche Beschaffungsstellen werden nur für Tätigkeiten unterstellt, die *nicht industrieller oder nicht kommerzieller Natur* sind. Dabei ist von entscheidender Bedeutung, inwiefern die Organisation selber dem freien Markt ausgesetzt und deshalb der Vergabegesetzgebung ausnahmsweise nicht unterstellt ist. Eine gewerbliche, d.h. kommerzielle Tätigkeit setzt voraus, dass die Auftraggeberin dem Wettbewerbsdruck durch vom Staat nicht mehr beeinflusste Konkurrenz durch andere Marktteilnehmer unterstellt und gerade in diesem Bereich nicht staatsgebunden ist. Von der Wettbewerbssituation ist also auf die Gewerblichkeit zu schliessen und nicht umgekehrt.³¹ Von einer wirksamen Wettbewerbssituation ist auszugehen, wenn andere Unternehmen die Möglichkeit haben, die gleichen Leistungen in demselben geografischen Gebiet unter den im Wesentlichen gleichen Bedingungen anzubieten.³²

Im Binnenbereich³³ werden – unter bestimmten Voraussetzungen – Auftraggeber erfasst, die nicht staatsgebunden sind; die Staatsgebundenheit bildet im Unterschied zum Staatsvertragsbereich gerade kein Kriterium für die Unterstellung.³⁴

D Insbesondere: sind ÖRVE kommerziell tätig?

Die kommerzielle Tätigkeit und damit die Nichtgewerblichkeit sind auch bei ÖRVE nur unter engen Prämissen zu bejahen, aus den folgenden Gründen:

a. Die Anlagetätigkeit ist nicht zwingend gleichzusetzen mit der vergaberechtlich relevanten gewerblichen Tätigkeit: Zwar handelt eine ÖRVE beim Abschluss der Verträge privatrechtlich, was aber nicht bedeutet, dass vorgängig kein Vergaberechtsverfahren durchgeführt werden kann. ÖRVE sind gesetzlich dazu verpflichtet, die Gelder der Versicherten sicher und gewinnbringend anzulegen.³⁵ Wenn sie als Kapitalanlage Immobilien oder Grundstücke erwerben, sind sie der Konkurrenz von privaten Versicherungseinrichtungen

ausgesetzt. Um einen günstigen Kauf von Immobilien und Bauland tätigen zu können, müssen ÖRVE auf dem in dieser Branche begrenzten Verkäufermarkt rasch reagieren können. Daraus, dass eine ÖRVE beim Erwerb eines Grundstücks, einer Liegenschaft oder eines Projekts einer Wettbewerbssituation mit anderen und privaten Investoren ausgesetzt ist, kann nicht zwingend geschlossen werden, dass sämtliche weiteren Beschaffungstätigkeiten beim späteren Neu- oder Umbau, dem Unterhalt sowie der Bewirtschaftung kommerziell sind und in einem wettbewerblichen Umfeld zu den Marktkonkurrenten stattfinden. Das Vergaberecht verunmöglicht nicht, dass eine unterstellte Auftraggeberin ihrem Auftrag zur gewinnbringenden Anlage nicht nachkommen könnte und bewirkt nicht, dass diese im Vergleich zu privaten Versicherungskassen benachteiligt ist.

b. Entscheidend ist weiter, dass bei der Vergabe der Leistungen für die berufliche Vorsorge des Personals der öffentlichen Hand regelmässig kein Wettbewerb stattfindet. Gemeinwesen schreiben die Leistungen der beruflichen Vorsorge nicht aus, sondern übertragen diese direkt an ÖRVE. Eine Vergabe von Leistungen für die berufliche Vorsorge wird vom objektiven Geltungsbereich der Beschaffungsgesetzgebung indessen erfasst.³⁶ Einer Ausschreibung stehen keine zwingenden Gründe entgegen. Eine Verpflichtung, ÖRVE zu errichten, besteht nicht. Aus dem Wortlaut der gesetzlichen Grundlagen zur Errichtung von ÖRVE ergibt sich weder eine ausdrückliche Regelung der Direktvergabe noch ein Zwang, wonach die Gemeinwesen ihr Personal bei den ÖRVE versichern müssen. Der Träger der beruflichen Vorsorge kann im Unterschied beispielsweise von Gebäudeversicherungen in Kantonen mit einem Obligatorium³⁷ grundsätzlich frei gewählt werden. Einer Ausschreibung steht nicht entgegen, dass eine Auflösung eines bestehenden Anschlusses und ein Wiederanschluss an einer andere Vorsorgeeinrichtung der Zustimmung der Arbeitnehmer bedarf.³⁸

c. Implizit gehen Gemeinwesen davon aus, dass die Leistungen für die berufliche Vorsorge nicht ausgeschrieben werden müssen, sondern dass sie direkt an die ÖRVE vergeben werden dürfen. Die *vergaberechtsfreie In-house-Beauftragung*, auf die sich Gemeinwesen dabei abstützen, knüpft an die beiden Voraussetzungen Kontroll- sowie Tätigkeitserfor-

²⁷ Bund, Kanton und Gemeinden kumulativ.

²⁸ GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, GPA, Anhang I, Annex 3, Ziff. I/1, SR 0.632.231.422; vgl. HUBERT STÖCKLI, zit. in Fn. 25, Ziff. 19, S. 52 und Ziff. 20, S. 63.

²⁹ Vgl. HUBERT STÖCKLI, zit. in Fn. 25, Ziff. 18, S. 51f.

³⁰ Vgl. HUBERT STÖCKLI, zit. in Fn. 25, Ziff. 18, S. 52.; vgl. auch VGer ZH vom 31. Januar 2002, VB.2000.00403.

³¹ Vgl. HUBERT STÖCKLI, zit. in Fn. 25 Ziff. 18, S. 52 und S. 56f.; vgl. auch VGer ZH vom 31. Januar 2002, VB.2000.00403.

³² HUBERT STÖCKLI, zit. in Fn. 25, Ziff. 20, S. 53.

³³ Art. 8 Abs. 2 IVöB.

³⁴ Vgl. HUBERT STÖCKLI, zit. in Fn. 25, S. 58.

³⁵ Art. 71 BVG und Art. 49ff. BVV2; vgl. vorne, Ziff. I/C.

³⁶ Art. 5 BöB i.V.m. Art. 3 VöB und Anhang 1 VöB (CPC 81212); Art. 6 Abs. 1 IVöB.

³⁷ www.schweizer-gebäudeversicherung.ch (besucht am 6. April 2012) mit einer aktuellen Übersicht.

³⁸ Art. 11 Abs 3^{bis} BVG; die Ausschreibung könnte unter dem Vorbehalt der Zustimmung der Arbeitnehmer erfolgen.

dernis an. Eine Direktvergabe ohne Ausschreibung durch eine dem Vergaberecht unterstellte Auftraggeberin ist nur an eine vollständig beherrschte und kontrollierte Tochtergesellschaft zulässig.³⁹ Es wird vorausgesetzt, dass die direkt beauftragte Unternehmung im Wesentlichen für die sie kontrollierende öffentliche Auftraggeberin selber tätig und gerade keine Wettbewerbsteilnehmerin ist.⁴⁰ Die Zulässigkeit einer In-house-Vergabe bedingt ein Verbot von kommerziellen Geschäften und Verhaltensweisen.⁴¹

d. Solange sich ÖRVE nicht dem Wettbewerb stellen müssen und mit In-house-Vergaben privilegiert werden, können sie hinsichtlich ihrer eigenen Beschaffungstätigkeiten nicht Vergaberechtsfreiheit aufgrund einer behaupteten gewerblichen Tätigkeit in einem wettbewerblichen Umfeld beanspruchen. Dieser Wettbewerb spielt umso weniger da, wo ÖRVE das Recht eingeräumt wird, mit Anschlussverträgen das Personal von anderen Organisationen aufzunehmen.⁴² Anzumerken ist, dass ein solcher vertraglicher Anschluss an ÖRVE im Übrigen nicht ohne weiteres vergaberechtsfrei erfolgen kann. Auch auf dieser Ebene gilt, dass im Einzelfall zuerst zu klären wäre, ob die Voraussetzungen für eine In-house-Vergabe erfüllt sind.

e. Zumindest die bis heute noch nicht verselbständigten ÖRVE⁴³ sind dem Vergaberecht unterstellt, sofern sie nicht die Gewerblichkeit ihrer Tätigkeit zu belegen vermögen. Ist dies der Fall, bleibt allerdings die Frage offen, ob eine partielle Freistellung überhaupt möglich ist und eine grundsätzlich unterstellte Einheit für Tätigkeiten im wettbewerblichen Umfeld Vergaberechtsfreiheit beanspruchen kann. Diese Frage ist bis heute umstritten.⁴⁴

E Was ändert in Bezug auf die Staatsgebundenheit mit der BVG-Revision zur Finanzierung von ÖRVE?

Ziel der Vorlage ist, dass die heute im Teilkapitalisierungsverfahren finanzierten ÖRVE innert 40 Jahren ausfinanziert und rechtlich sowie organisatorisch verselbständigt werden. Die privatrechtlichen Vorsorgeeinrichtungen und die ÖRVE sollen angenähert und für sie sollen «praktisch» gleich lange Spiesse geschaffen werden. Um dies zu erreichen, soll die Einflussmöglichkeit des Gemeinwesens gesichert, aber auch begrenzt werden.⁴⁵ Die öffentliche Arbeitgeberin soll Grundzüge der Vorsorgeeinrichtung in einem Erlass regeln, der gleichzeitig die Kompetenzen des Gemeinwesens von jenen des obersten Organs der ÖRVE abgrenzt. Dieses Organ hat ausschliesslich die operative Verantwortung wahrzunehmen.⁴⁶ Ab dem 1. Januar 2014 müssen deshalb ÖRVE autonom und rechtlich verselbständigt sowie organisatorisch und finanziell aus der Verwaltungsstruktur herausgelöst sein. Die Aufsicht über ÖRVE muss durch unabhängige, juristisch, organisatorisch sowie finanziell verselbständigte Behörden wahrgenommen werden.⁴⁷

Der Gesetzgeber spricht im Rahmen der Revisionsvorlage allerdings noch nicht von einer Gleichstellung von privaten und öffentlich-rechtlichen Versicherungskassen, sondern nur von einer Annäherung; die Unabhängigkeit soll bloss verstärkt werden.⁴⁸ ÖRVE können weiterhin Staatsgarantien be-

anspruchen, solange sie nur teilkapitalisiert sind.⁴⁹ Erst wenn eine ÖRVE einmal voll ausfinanziert sei, bestehe kein Grund mehr, sie anders zu behandeln als eine privatrechtliche Vorsorgeeinrichtung. Unterschiede – so lässt sich der Botschaft entnehmen – seien lediglich dann noch gerechtfertigt, wenn sie sich aus der besonderen Stellung des öffentlichen Arbeitgebers herleiten lassen.⁵⁰

Auch rechtlich selbständige ÖRVE können der Einflussnahme des Gemeinwesens und politischem Druck ausgesetzt sein.⁵¹ Die eigene Rechtspersönlichkeit hat noch nicht zwingend die vollständige Autonomie und damit die Vergaberechtsfreiheit zur Folge:

a. Fraglich ist bereits, ob mit der Leistung der Arbeitgeberbeiträge im Rahmen der beruflichen Vorsorge nicht eine die Staatsgebundenheit begründende mittelbare staatliche Finanzierung vorliegt.⁵²

b. Entscheidend ist in erster Linie vor allem, ob das Gemeinwesen die Organisation und die Geschäftstätigkeit der ÖRVE mitbestimmt, kontrolliert oder andersweitig Einfluss nimmt oder ob stattdessen das oberste Organ der ÖRVE seine ihm gesetzlich zugewiesenen Kompetenzen⁵³ wahrnimmt. Bei noch nicht vollkapitalisierten ÖRVE und solange die öffentliche Hand eine Staatsgarantie für die Leistungen der ÖRVE abgibt, wird eine weitergehende Einflussnahme gerechtfertigt und notwendig sein.⁵⁴ Findet eine solche Einflussnahme statt, kann im Einzelfall auch eine rechtlich selbst-

³⁹ MARTIN BEYELER, In-house-Vergaben, in: Aktuelles Vergaberecht 2010, ZUFFEREY/STÖCKLI (Hrsg.), Zürich 2010, Ziff. 98, S. 61.

⁴⁰ MARTIN BEYELER, zit. in Fn. 39, Ziff. 113 f., S. 67f.

⁴¹ MARTIN BEYELER, zit. in Fn. 39, Ziff. 177, S. 95.

⁴² Als Beispiel Art. 4 Abs. 2 PUBLICA-Gesetz, zit. in Fn. 20; § 1 Abs. 2 Gesetz über die Versicherungskasse für das Staatspersonal des Kantons Zürich vom 6. Juni 1993; ebenso Art. 2 Abs. 2 Stiftungsurkunde der Stiftung «BVK Personalvorsorge des Kantons Zürich» (noch nicht in Kraft).

⁴³ Versicherungskassen der Kantone SG, TI, VD und ZH sowie einzelner Gemeinden.

⁴⁴ HUBERT STÖCKLI, zit. in Fn. 25, Ziff. 20, S. 55. Der Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB sowie der Anmerkung 1 zum GATT/WTO-Übereinkommen GPA, Anhang I/Annex 3 spricht für die partielle Befreiung in Bezug auf kommerzielle Tätigkeiten. Streng ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes EuGH, der das Erfordernis der Kommerzialität auf die Einrichtung als solche bezieht, vgl. EuGH, C-44/96, Ziff. 33, «Mannesmann Anlagenbau Austria/Staatsdruckerei». Gemäss diesem Entscheid gibt es nur ein «Entweder-Oder». Gegen diesen Grundsatz spricht der klare Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB.

⁴⁵ Botschaft des Bundesrats zur Revision des BVG, BBl 2008 S. 8411 ff., 8456.

⁴⁶ Art. 51a nBVG; Botschaft des Bundesrats zur Revision des BVG, BBl 2008 S. 8411 ff., 8458 und 8467.

⁴⁷ Art. 61 Abs. 3 nBVG; Botschaft des Bundesrats zur Revision des BVG, BBl 2008 S. 8411 ff., 8468.

⁴⁸ Botschaft des Bundesrats zur Revision des BVG, BBl 2008 S. 8411 ff., 8456.

⁴⁹ Art. 72c nBVG.

⁵⁰ Botschaft des Bundesrats zur Revision des BVG, BBl 2008 S. 8411 ff., 8456.

⁵¹ Botschaft des Bundesrats zur Revision des BVG, BBl 2008 S. 8411 ff., 8457, Fn. 56.

⁵² EuGH C-337/06 vom 13. Dezember 2007, Bayerischer Rundfunk; Oberlandesgericht Düsseldorf, VII-Verg 38/11 vom 5. Oktober 2011 (Vorlage zur Vorabentscheidung an den EuGH).

⁵³ Art. 51a nBVG.

⁵⁴ Vgl. das Beispiel zit. in Botschaft des Bundesrats zur Revision des BVG, BBl 2008 S. 8411 ff., 8456.

ständige ÖRVE ab dem 1. Januar 2014 weiterhin als staatsgebunden qualifiziert werden.

c. Die Staatsgebundenheit ist weiter gegeben, wenn die Gemeinwesen ÖRVE weiterhin direkt und ohne Ausschreibung mit den Leistungen für die berufliche Vorsorge ihrer Arbeitnehmer beauftragen und damit deren Geschäftstätigkeit kontrollieren. In-house-Vergaben setzen wie erwähnt eine umfassende Kontrolle voraus. Diese ist nur gegeben, wenn der Auftraggeber die Möglichkeit hat, auf die Entscheidungen des Leistungserbringers einzuwirken und sich durchzusetzen. Die Kontrolle hat sich auf die strategischen wie auch auf die wichtigen operativen Entscheidungen des Leistungserbringers zu beziehen.⁵⁵ Wo diese nicht stattfindet, sind In-house-Vergaben unzulässig.

d. Mit der rechtlichen Verselbständigung ist das Kriterium der Staatsgebundenheit somit nicht in jedem Fall per se kein Thema mehr und ÖRVE sind nicht zwingend von einer Unterstellung unter das Vergaberecht befreit. *Kantonale und kommunale öffentliche Auftraggeber haben sich demnach zu entscheiden:* Um ihren ÖRVE Vergaberechtsfreiheit bei deren Vergaben zu sichern, müssten sie die Leistungen für die berufliche Vorsorge inskünftig gemäss ihren vergaberechtlichen Regelungen ausschreiben – ein Weg, den sie kaum beschreiten wollen. Solange sie weiterhin Direktvergaben tätigen, nehmen sie In-house-Vergaben vor, die dazu führen, dass die ÖRVE als staatsgebundene Organisationen zu qualifizieren sind. Ob diese In-house-Vergaben zulässig sind, ist wiederum eine andere Frage. Die gesetzlich vorgeschriebene Unabhängigkeit der ÖRVE lässt eine derart umfassende Kontrolle, wie sie für eine In-house-Vergabe notwendig wäre, an sich gerade nicht zu. Gemeinwesen werden zu klären haben, ob sie entweder inskünftig Ausschreibungen für Leistungen der beruflichen Vorsorge vornehmen oder ob sie anderweitig die Voraussetzungen für die Zulässigkeit von In-house-Vergaben herbeiführen wollen.

III. Fazit

Eine Nichtunterstellung unter das Vergaberecht ist nur unter den kumulativen Voraussetzungen gegeben, dass kantonale oder kommunale ÖRVE inskünftig in jeder Hinsicht selbständig sind und ihre Tätigkeiten ohne Kontrolle der Gemeinwesen und ohne das Privileg einer In-house-Vergabe im freien Wettbewerb mit privaten Versicherungskassen wahrnehmen. Wo dies nicht der Fall ist, bleibt es bei der Unterstellung unter das Vergaberecht. *Nur da, wo Kantone oder Gemeinden die Leistungen für die berufliche Vorsorge gemäss ihren vergaberechtlichen Vorgaben ausschreiben, könnten ÖRVE Vergaberechtsfreiheit für ihre Beschaffungen beanspruchen.*

Die ab 1. Januar 2014 verlangte rechtliche Verselbständigung ist eine *notwendige*, indessen *nicht alleine ausschlaggebende* Voraussetzung dafür, dass kantonale ÖRVE inskünftig für ihre Beschaffungen Vergaberechtsfreiheit beanspruchen können. Entscheidend wird vielmehr sein, dass ÖRVE der politischen Kontrolle entzogen bleiben und ihre strategische sowie operative Geschäftstätigkeit und ihre Beschaffungen unabhängig von der Zentralverwaltung *vollständig autonom* wahrnehmen. Wo diese Autonomie nicht gegeben ist, können ÖRVE im Einzelfall für ihre Beschaffungen dem Vergaberecht unterstellt bleiben. Dies gilt insbesondere für diejenigen Vorsorgeeinrichtungen, die im System der Teilkapitalisierung weiter geführt und dabei einer weitergehenden Einflussnahme sowie Kontrolle der öffentlichen Hand ausgesetzt sind.

⁵⁵ MARTIN BEYELER, zit. in Fn. 39, Ziff. 85f., S. 54.