



Sachstand

Gerichtliche Überprüfbarkeit der Voraussetzungen des § 131 Abs. 3 GWB

Gerichtliche Überprüfbarkeit der Voraussetzungen des § 131 Abs. 3 GWB

Aktenzeichen: WD 7 - 3000 - 128/16
Abschluss der Arbeit: 18. August 2016
Fachbereich: WD 7: Zivil-, Straf- und Verfahrensrecht, Umweltschutzrecht,
Verkehr, Bau und Stadtentwicklung

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	4
2.	Subjektive Rechte der Arbeitnehmer	4
3.	Klage der Arbeitnehmer gegen den Auftraggeber	6
4.	Fazit	8

1. Einleitung

Die Vorschrift des § 131 Abs. 3 GWB¹ trat im Rahmen der Novellierung des 4. Teils des GWB (sog. Kartellvergaberecht) durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (VergRModG)² mit Wirkung zum 18. April 2016 in Kraft. Sie regelt die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Eisenbahnverkehr. Hiernach soll ein öffentlicher Auftraggeber im entsprechenden Vergabeverfahren von den Bietern verlangen, dass bei einem Betreiberwechsel der ausgewählte Bieter die Arbeitnehmer, die beim bisherigen Dienstleister beschäftigt waren, übernimmt und ihnen die Rechte gewährt, auf die sie Anspruch hätten, wenn ein Übergang nach § 613a BGB³ erfolgt wäre.

Vor diesem Hintergrund könnte sich die Frage stellen, ob aus § 131 Abs. 3 GWB ein *subjektives Recht* der betroffenen Arbeitnehmer, des Betriebsrates oder der Tarifvertragsparteien des bisherigen Betreibers auf „Anordnung eines Betriebs- bzw. Beschäftigtenüberganges“ abgeleitet werden kann. In diesem Zusammenhang wäre dann darauf einzugehen, vor welchem Gericht gegenüber wem und in welchem Umfang ein solcher Anspruch gegebenenfalls geltend gemacht werden kann, insbesondere ob die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte gegeben ist.

Hierzu werden zunächst die in Betracht kommenden subjektiven Rechte der Arbeitnehmer, einschließlich möglicher kollektivarbeitsrechtlicher Ansprüche, und der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten vorgestellt (Ziffer 2.). Im Anschluss daran wird schließlich die Klagemöglichkeit eines Arbeitnehmers unmittelbar gegen den öffentlichen Arbeitgeber vor den Zivilgerichten erörtert (Ziffer 3). Bereits an dieser Stelle ist darauf zu verweisen, dass die Wissenschaftlichen Dienste nach ihren Verfahrensgrundsätzen keine Rechtsprüfungen im Einzelfall vornehmen und die nachfolgenden Ausführungen die allgemeine Rechtslage widerspiegeln.

2. Subjektive Rechte der Arbeitnehmer

Die öffentlichen Auftraggeber waren bereits unmittelbar aus Art. 4 Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 gehalten, im Vergabeverfahren unter anderem für den schienengebunden Personennahverkehr den Beschäftigtenübergang vom Bieter zu verlangen. Die Vorschrift hat folgenden Wortlaut:

1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26.06.2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 26.07.2016 (BGBl. I S. 1786).

2 Vom 17.02.2016 (BGBl. I S. 203).

3 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 02.01.2002 (BGBl. I S. 42, ber. S. 2909 und BGBl. 2003 I S. 738), zuletzt geändert durch Art. 3 VG-Richtlinie-UmsetzungsG vom 24.05.2016 (BGBl. I S. 1190).

„(5) Unbeschadet des nationalen Rechts und des Gemeinschaftsrechts, einschließlich Tarifverträge zwischen den Sozialpartnern, kann die zuständige Behörde den ausgewählten Betreiber eines öffentlichen Dienstes verpflichten, den Arbeitnehmern, die zuvor zur Erbringung der Dienste eingestellt wurden, die Rechte zu gewähren, auf die sie Anspruch hätten, wenn ein Übergang im Sinne der Richtlinie 2001/23/EG erfolgt wäre. Verpflichtet die zuständige Behörde die Betreiber eines öffentlichen Dienstes, bestimmte Sozialstandards einzuhalten, so werden in den Unterlagen des wettbewerblichen Vergabeverfahrens und den öffentlichen Dienstleistungsaufträgen die betreffenden Arbeitnehmer aufgeführt und transparente Angaben zu ihren vertraglichen Rechten und zu den Bedingungen gemacht, unter denen sie als in einem Verhältnis zu den betreffenden Diensten stehend gelten.“⁴

Diese unmittelbar in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) anzuwendende Regelung ist allerdings als sogenannte Kann-Vorschrift ausgestaltet, während es sich bei § 131 Abs. 3 GWB um eine Soll-Vorschrift handelt. Dies beinhaltet nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) für Letztere im Regelfall ein „müssen“.⁵ § 131 Abs. 3 GWB hat erst in den Beratungen des Ausschusses für Wirtschaft und Energie diese stringente Ausgestaltung erhalten. Die Vorschrift hat nunmehr folgende Fassung:

„(3) Öffentliche Auftraggeber, die öffentliche Aufträge im Sinne von Absatz 1 vergeben, sollen gemäß Artikel 4 Absatz 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 verlangen, dass bei einem Wechsel des Betreibers der Personenverkehrsleistung der ausgewählte Betreiber die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die beim bisherigen Betreiber für die Erbringung dieser Verkehrsleistung beschäftigt waren, übernimmt und ihnen die Rechte gewährt, auf die sie Anspruch hätten, wenn ein Übergang gemäß § 613a des Bürgerlichen Gesetzbuchs erfolgt wäre. Für den Fall, dass ein öffentlicher Auftraggeber die Übernahme von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern im Sinne von Satz 1 verlangt, beschränkt sich das Verlangen auf diejenigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die für die Erbringung der übergehenden Verkehrsleistung unmittelbar erforderlich sind. Der öffentliche Auftraggeber soll Regelungen vorsehen, durch die eine missbräuchliche Anpassung tarifvertraglicher Regelungen zu Lasten des neuen Betreibers zwischen der Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung und der Übernahme des Betriebes ausgeschlossen wird. Der bisherige Betreiber ist nach Aufforderung durch den öffentlichen Auftraggeber verpflichtet, alle hierzu erforderlichen Angaben zu machen.“

Nach der Gesetzesbegründung stellt die Anordnung des Personalübergangs durch den öffentlichen Auftraggeber für die angesprochenen Vergabeverfahren der Regelfall dar.⁶ Unter welchen

4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr.1107/70 des Rates (ABl. L 315 vom 03.12.2007, S. 1).

5 Bayreuther, Die Anordnung eines Betriebsübergangs bei Vergabe von Verkehrsdienstleistungen nach § 131 III GWB, NZBau 2016, S. 459 Fn. 8 mit zahlreichen weiteren Nachweisen (**Anlage**).

6 BT-Drucks. 18/7086, S. 15.

Voraussetzungen von diesem verpflichtenden Grundsatz ausnahmsweise in besonders atypischen Fallkonstellationen abgewichen werden kann, hängt von den Umständen in einem derartigen Einfall ab.

Die Regelung des § 131 Abs. 3 GWB enthält keine Bestimmung, wie sich im Einzelnen der Betriebsübergang vollzieht. Entsprechendes gilt für den Übergang der *subjektiven Rechte* eines Arbeitnehmers aus einem Beschäftigungsverhältnis. Insbesondere kann der öffentliche Auftraggeber den Betriebs- bzw. Beschäftigtenübergang nicht hoheitlich durch Verwaltungsakt herbeiführen. Ein von öffentlichen Auftraggebern veranlasster Betriebs- bzw. Beschäftigtenübergang vollzieht sich vielmehr auf privatrechtlicher Ebene. Subjektive Rechte eines Arbeitnehmers ergeben sich in diesem Zusammenhang unmittelbar aus dem Beschäftigungsverhältnis (Arbeitsvertrag). Das entsprechende Arbeitsverhältnis geht über, indem der neue Betreiber dem Arbeitnehmer ein Angebot auf Fortführung seines Arbeitsverhältnisses unterbreitet und dieser das Angebot annimmt.

Die öffentlichen Auftraggeber sind verpflichtet zu verlangen, dass die Bieter zusammen mit der Einreichung der Offerte ein Angebot auf Übernahme der betroffenen Arbeitsverhältnisse abgeben. Dieses Angebot auf Übernahme der einzelnen Beschäftigungsverhältnisse steht dann unter der Bedingung der Zuschlagserteilung (§ 158 Abs. 2 BGB). Es kann auch in Anlehnung an § 328 Abs. 1 BGB als ein sog. drittbezogenes Angebot auf Abschluss eines Arbeitsvertrages bezeichnet werden. Für Streitigkeiten aus derartigen Arbeitsverhältnissen und ähnlichen Fallkonstellationen sind nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 b ArbGG⁷ regelmäßig die Arbeitsgerichte zuständig.

Nach § 139 Abs. 3 Satz 3 GWB soll der öffentliche Auftraggeber Regelungen vorsehen, durch die eine missbräuchliche Anpassung tarifvertraglicher Regelungen zu Lasten des neuen Betreibers zwischen der Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung und der Übernahme des Betriebs ausgeschlossen wird. Im Übrigen finden für den Übergang kollektiver Arbeitsbedingungen die Sätze 2 bis 4 des § 615a Abs. 1 GBG eine Anwendung. Unter welchen Voraussetzungen sich „subjektive Rechte“ des Betriebsrates oder der Tarifvertragsparteien ergeben, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalles.⁸ Im Rahmen von kollektivarbeitsrechtlichen Ansprüchen dürfte auch die oben zitierte Übernahmeschränkung nach § 131 Abs. 3 Satz 2 GWB einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich sein.

3. Klage der Arbeitnehmer gegen den Auftraggeber

Die für öffentliche Auftraggeber vom Gesetzgeber bewusst als Soll-Vorschrift ausgestaltete Regelung des § 139 Abs. 1 GWB ist erst seit wenigen Monaten in Kraft, so dass zu der Frage, ob unter Berufung auf diese Norm auch eine Klage eines Arbeitnehmers unmittelbar gegen den öffentli-

⁷ Arbeitsgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 02.07.1979 (BGBl. I S. 853, ber. S. 1036), zuletzt geändert durch Art. 170 Zehnte Zuständigkeitsanpassungs-Verordnung vom 31.08.2015 (BGBl. I S. 147).

⁸ Vgl. hierzu auch Bayreuther, oben Fn. 5, NZBau 2016, S. 459 (463,464).

chen Auftraggeber möglich ist, nicht auf Kommentarliteratur oder Rechtsprechung zurückgegriffen werden kann. Soweit ersichtlich hat sich unter Auswertung der Gesetzesmaterialien bisher lediglich *Bayreuther* mit dieser Frage in der Fachliteratur auseinandergesetzt.⁹

Er gelangt zu dem Ergebnis, dass die in § 131 Abs. 3 GWB angesprochenen Arbeitnehmer, für die keine oder nur eine unvollständige Betriebs- bzw. Beschäftigtenübergangsverordnung im Vergabeverfahren getroffen worden ist, gegenüber dem öffentlichen Arbeitgeber einen entsprechenden Anspruch geltend machen können. Dieser Anspruch des Arbeitnehmers umfasse auch, dass der öffentliche Auftraggeber eine zutreffende Beschreibung des von der Anordnung erfassten Arbeitnehmerkreises zugrunde zu legen habe.

Ein derartiger Anspruch würde sich aus dem Schutzzweck des § 131 Abs. 3 GWB ableiten, bei dem es sich um eine Arbeitnehmerschutzvorschrift handelt, die die entsprechenden Arbeitnehmer vor dem Verlust ihrer Beschäftigungsverhältnisse bei einer Neuvergabe des schienengebundenen ÖPNV bewahren soll.¹⁰

Die neue Fassung des § 131 Abs. 3 GWB geht auch nach den Gesetzesmaterialien¹¹ über eine lediglich vergaberechtliche Ordnungsvorschrift hinaus. Die Regelung ist deutlich weitergehend als die bloße Möglichkeit des öffentlichen Auftraggebers, etwa im Vergabeverfahren soziale Zwecke zu verfolgen. Der Kreis der normbegünstigten Personen ist auch hinreichend bestimmt eingegrenzt und konkretisiert. Dies ist bei anderen in Vergabeverfahren verfolgten Zielen nicht in dem Maße der Fall, beispielsweise bei der Förderung von mittelständischen Anbietern oder Ausbildungsbetrieben in einem Vergabeverfahren.

Der Rechtsweg zu den Vergabekammern ist regelmäßig nur für Auftraggeber, Bieter bzw. Unternehmen gegeben. Zuständig für entsprechende Klagen könnten aber in Anlehnung an die Rechtsprechung zu Vergaben im Unterschwellenbereich allerdings die Zivilgerichte sein.¹² Für Streitigkeiten über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen mit einem Auftragswert unterhalb der in der Vergabeverordnung genannten Schwellenwerte ist nicht der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten, sondern der ordentliche Rechtsweg gegeben.

Nach einem Beschluss des Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) vom 2. Mai 2007 - 6 B 10/07 - sei für die Zuordnung eines Vergabevorgangs zum Privatrecht nicht das Ziel maßgeblich, sondern die Rechtsform staatlichen Handelns. Da die Vergabe öffentlicher Aufträge, einschließlich der Ausschreibung, privatrechtlich erfolge, gehörten prinzipiell auch die darauf bezogenen Streitigkeiten vor die ordentlichen Gerichte. Die von öffentlich-rechtlicher Seite vorgebrachte Zwei-Stufen-Theorie sei dagegen zur rechtlichen Bewertung des Vergabevorgangs nicht angemessen, weil das Vergabeverfahren seiner Struktur nach nicht mehrphasig sei. Die Bieterauswahl erfolge im

9 Bayreuther, oben Fn. 5, NZBau 2016, S. 459 (464).

10 Vgl. hierzu auch Jankowiak, Das behördliche Betriebsübergangsverlangen (2012), S. 164.

11 BT-Drucks. 18/6281, S. 118; 18/7086, S. 15/16; BR-Drucks. 387/1/15, S. 13 - 16

12 Bayreuther, oben Fn. 5, S. 459 (466 Fn. 42 unter Hinweis auf BVerwG, Beschluss vom 02.05.2007 - 6 B 10/07 (OVG Münster).

Regelfall unmittelbar durch Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages mittels des Zuschlags. Es fehle mithin an einem Anknüpfungspunkt für eine erste Stufe im Sinne einer öffentlich-rechtlich zu beurteilenden selbstständigen Vergabeentscheidung.¹³

Bayreuther erachtet allerdings als statthafte Klageart ausschließlich die Leistungsklage, die auf Verurteilung des öffentlichen Aufgabenträgers zu richten sei, den Neubetreiber zur Abgabe einer Willenserklärung zu verpflichten, die dann Grundlage für eine Vertragsübernahme sei. Er begründet dies damit, dass eine andere Klageart bzw. ein anderer Klageantrag zu einer *Popularklage* führe. Das klagestattgebende Urteil dürfe nur für und gegen den einzelnen Kläger wirken. Ein einzelner Arbeitnehmer könne nicht einen Betriebs- oder Beschäftigungsübergang für sämtliche vom Betreiberwechsel betroffenen Beschäftigten erzwingen. Obsiege der Arbeitnehmer, ergebe sich also die durchaus bemerkenswerte Situation, dass die Ausschreibungsunterlagen dahingehend zu ergänzen seien, dass der Neubetreiber nur dem erfolgreichen Kläger ein Angebot auf Vertragsübernahme zu unterbreiten habe.

Die Klage sei nicht fristgebunden; auch ein einstweiliger Rechtsschutz sei eröffnet. Regelmäßig sieht *Bayreuther* aber eine sehr frühzeitige Verwirkung eintreten, meist bereits im laufenden Vergabeverfahren. „Ist die Behörde im laufenden Verfahren in Anspruch genommen, wird sie nochmals sorgfältig prüfen müssen, ob sie nicht doch eine einschlägige Anordnung (und zwar für und gegen alle betroffenen Arbeitnehmer) trifft und die hierzu erforderlichen vergaberechtlichen Verfahrensschritte einleitet. Ob in diesen Fällen ein neues Vergabeverfahren zu beginnen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, insbesondere von der Zahl der in den Übergang einbezogenen Arbeitnehmer.“

4. Fazit

Subjektive Rechte des Arbeitnehmers bei einem Betriebsübergang als Ergebnis eines Vergabeverfahrens ergeben sich in erster Linie aus dem Arbeitsvertrag. Hierfür ist regelmäßig der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten gegeben. Daneben dürfte anlässlich eines Vergabeverfahrens für eine Klage eines Arbeitnehmers gegen einen öffentlichen Auftraggeber auch der Zivilrechtsweg in Betracht kommen.

Mögliche kollektivarbeitsrechtliche Ansprüche des Betriebsrates oder von Tarifvertragsparteien entscheiden sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalles. Bei einer Eröffnung des Rechtsweges dürfte in sämtlichen Streitigkeiten auch die Übernahmebeschränkung nach § 131 Abs. 3 Satz 2 GWB einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich sein.

Ende der Bearbeitung

13 BVerwG, Beschluss vom 2. 5. 2007 - 6 B 10/07 (OVG Münster), NJW 2007, 2275, 2. Leitsatz der Redaktion.