Rechtsanwalt Jan Ruge und Rechtsanwalt Dr. Christian von Tiling*

Die Anordnung der Personalübernahme durch die Vergabestelle im Konflikt mit dem Grundgesetz

Mit dem am 18.4.2016 in Kraft getretenen Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz [VergRModG]) und der damit verbundenen Änderung des 4. Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ist mit § 131 III GWB eine sehr praxisrelevante Norm an der Schnittstelle von Arbeits- und Vergaberecht geschaffen worden. Die Vorschrift ist insofern ein Novum, als damit neben der Personalüberleitung durch rechtsgeschäftlichen Betriebsübergang (§ 613a BGB) und der Personalüberleitung durch Gesetz (etwa bei Privatisierungen) im Bundesrecht erstmals eine weitere Rechtsfigur kodifiziert worden ist: die Anordnung der Personalübernahme im Fall der Auftragsneuvergabe im Schienenpersonenverkehr (SPNV). Ob ein solcher Kontrahierungszwang durch sozialpolitische Zwecke gerechtfertigt sein kann oder für das im Vergabeverfahren obsiegende Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit darstellt, ist im Folgenden zu klären.

I. Einleitung

Zuschlagserteilungen in Vergabeverfahren für den öffentlichen Personenverkehr ziehen nicht ohne Weiteres einen Betriebsübergang iSv § 613a BGB nach sich. Dies gilt insbesondere für die Fälle, in denen das obsiegende Verkehrsunternehmen die Verkehrsleistung mit eigenen Bestandsfahrzeugen erbringt. Auch nach der Rechtsprechung des *EuGH* ist ein identitätswahrender Betriebsübergang im Zweifel nicht anzunehmen, wenn im Rahmen der Neuvergabe eines Buslinienbetriebs nicht ein wesentlicher Teil der Busse übertragen wird.[1]

Der neue § 131 III GWB bestimmt im Zusammenhang mit der Ausschreibung öffentlicher Aufträge für Personenverkehrsleistungen im Eisenbahnverkehr in Satz 1 wörtlich: „öffentliche Arbeitgeber, (...), sollen

> gemäß Art. 4 V der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (zu) 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 gem. § 613a des BGB erfolgt wäre. (...)"

Die im Normtext angesprochene Verordnung vom 23.10. 2007 lautet in Art. 4 V wörtlich:

> Art. 4 (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. (...)."

Die Formulierung *„kann (...) verpflichten"* räumt der Vergabestelle Ermessen ein, ob sie von der Ermächtigung zur Anordnung der Betriebsübergangsfolgen Gebrauch machen will. Aus den Erwägungsgründen wird allgemein geschlossen, dass es sich um ein nicht gebundenes Ermessen der Vergabestelle handelt.[2] Über mehrere Landesvergabegesetze hatte die Verordnung auch Eingang in das nationale Recht gefunden.

Nach dem neuen § 131 III GWB *soll* die Vergabestelle die Personalübernahme und die Rechtsfolgen eines Betriebsübergangs anordnen, bevor ein Auftrag vergeben wird. Der neue Auftragnehmer wird also gezwungen, mit dem (auf der jeweiligen Strecke eingesetzten) Personal des bisherigen Auftragnehmers (unbefristete) Arbeitsverhältnisse zu den bisherigen Konditionen und unter Aufrechterhaltung des individuellen sozialen Besitzstands zu begründen. Es handelt sich damit um einen – gegenüber Art. 4 V der VO (EG) Nr. 1370/2007 und gegenüber § 5 TVgG NRW verschärften – Fall des Kontrahierungszwangs. Denn die Verordnung und die Landesgesetze räumen der Vergabestelle ein freies Ermessen ein, während § 131 III GWB darüber hinausgeht und die Anordnung der Betriebsübergangsfolgen zum Regelfall („*soll*") erklärt.

II. Vereinbarkeit mit Art. 12 GG

Schon im Hinblick auf Art. 4 V der VO (EG) Nr. 1370/2007 war diskutiert worden, was die Anordnungsbefugnis rechtstechnisch bedeutet.[3] Werden Arbeitsverhältnisse zwischen dem neuen Betreiber und dem bislang eingesetzten Zugpersonal durch Verwaltungsakt begründet? Oder kommen die neuen Arbeitsverhältnisse unmittelbar kraft Gesetzes zu Stande? Oder wird eine Verpflichtung des neuen Betreibers statuiert, den betroffenen Arbeitnehmern Arbeitsvertragsangebote mit dem gesetzlich vorgezeichneten Inhalt zu unterbreiten? Unabhängig davon, wie sich die Personalüberleitung nach dem Willen des nationalen Gesetzgebers vollziehen soll, handelt es sich jedenfalls faktisch um einen Fall des Kontrahierungszwangs. Solche Kontrahierungszwänge im Arbeitsleben prüft das *BVerfG* in erster Linie am Maßstab des Art. 12 GG.

* Die Autoren sind beide Partner bei *Ruge Krömer*, Fachanwälte für Arbeitsrecht, in Hamburg.

1 *EuGH*, ECLI:EU:C:2001, 59 = NZA 2001, 249 – Liikenne; vgl. auch *Bayreuther*, NZA 2014, 1171.

2 Vgl. dazu ausf. *Jankowiak*, Das behördliche Betriebsübergangsverlangen, 2012, 95 f.; *Bayreuther*, NZA 2014, 1171; *Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder*, VO (EG) Nr. 1370/2007, Komm., 2010, Art. 4 Rn. 54; *Fehling/Niehues*, DÖV 2008, 662.

3 Zum Meinungsstand *Jankowiak*, Das behördliche Betriebsübergangsverlangen, 101 f.; *Bayreuther*, NZA 2009, 582.

1. Eingriff in den Schutzbereich

Zum Schutzbereich des Art. 12 GG zählt die gesamte arbeitsrechtliche Privatautonomie, also die Vertragsfreiheit von Arbeitgeber und Arbeitnehmer und insbesondere das Einstellungsermessen des Arbeitgebers.[4] Art. 12 GG schützt den Arbeitgeber vor staatlichen Beeinträchtigungen, die gerade auf die berufliche Betätigung bezogen sind. Das Grundrecht sichert die Teilnahme am Wettbewerb im Rahmen der hierfür aufgestellten rechtlichen Regeln.[5] Es garantiert auch den freien Wettbewerb auf dem Arbeitsmarkt.[6] Demnach berühren gesetzliche Einstellungs- und Beschäftigungspflichten und sonstige Kontrahierungszwänge im Arbeits- und Wirtschaftsleben den Schutzbereich des Art. 12 GG.[7] Ein Eingriff in die Berufsfreiheit aller potenziellen Bieter erfolgt zunächst durch die Anordnung der Betriebsübergangsfolgen in den Vergabeunterlagen. Denn die Adressaten einer SPNV-Ausschreibung werden schon in diesem Moment gezwungen, ihre Personalkostenkalkulation daran auszurichten oder sich sogar gänzlich von der Ausschreibung zurückzuziehen. Diese Belastungen treffen die potenziellen Bieter nicht nur im Einzelfall, sondern nach dem Wortlaut des Gesetzes *regelmäßig*. Ein weiterer Eingriff erfolgt durch Zuschlagserteilung der Vergabestelle und Übergang des Personals des Altbetreibers mit Beginn des Verkehrsvertrags auf das obsiegende EVU. Damit realisiert sich der in § 131 III GWB angelegte Kontrahierungszwang. Anders als die Auswirkungen von Tariftreueerklärungen, die auf *bereits bestehende* Arbeitsverhältnisse und auf die Erfüllung *einzelner* Aufträge beschränkt sind,[8] wiegt der von § 131 III GWB ausgehende Eingriff besonders schwer, weil er auf die zeitlich nicht befristete „Aufdrängung" neuer Arbeitsverhältnisse nebst Aufrechterhaltung des gesamten sozialen Besitzstands abzielt.

2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Die Frage nach den verfassungsrechtlichen Grenzen gesetzlicher Kontrahierungszwänge ist im Zusammenhang mit dem rechtsgeschäftlichen Betriebsübergang nach § 613 a BGB immer wieder aufgeworfen worden. Nach Auffassung des *BAG* wird die verfassungsrechtliche Rechtfertigung im Anwendungsbereich des § 613 a BGB darin gesehen, dass „der Betriebsnachfolger die vom Vorgänger geschaffene Betriebs (teil)organisation für eigene geschäftliche Zwecke weiternutzt, sich also die spezifische Verknüpfung von materiellen, immateriellen und personellen Ressourcen gezielt zu eigen macht und ihre „Widmung" für den bisherigen Betriebszweck aufrechterhält."[9] Weiter heißt es: „Liegt eine solche Situation nicht vor, besteht keine Sachlage, die einen solchen Zwangseintritt in Arbeitsverhältnisse rechtfertigen kann".[10] Die Begründungsansätze in der Literatur gehen in dieselbe Richtung. Schon *Seiter* hielt den Zwangseintritt in die Arbeitsverhältnisse für verfassungsgemäß, da der Arbeitgeber zwar einen Betrieb „mit sozialen Hypotheken" erwerben müsse, das Risiko aber durch eine Reduzierung des Kaufpreises gemildert werden könnte. Im Übrigen seien mögliche Eingriffe in Art. 12 GG und Art. 14 GG durch das Sozialstaatsprinzip gerechtfertigt.[11] Auch die so genannte Pflichtplatzquote und die Ausgleichsabgabe im Schwerbehindertenrecht sind an Art. 12 GG gemessen und für verfassungsgemäß erklärt worden.[12] In der Literatur werden Einstellungs- und Beschäftigungspflichten teils kritischer gesehen und allenfalls dann für zulässig erachtet, wenn es um „sozial besonders schutzwürdige Arbeitnehmergruppen" geht und ein „Recht auf Dispensation" eröffnet wird, also die Beschäftigungspflicht etwa alternativ durch eine Geldleistung (zB Ausgleichsabgabe im Schwerbehindertenrecht) erfüllt werden kann.[13]

Generell gilt, dass Eingriffe, die sich nicht als objektive Zulassungsschranke auswirken, sondern (lediglich) die Berufsausübung betreffen, dann verfassungsgemäß sind, wenn sie durch vernünftige Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt und geeignet, erforderlich und angemessen sind, um den vom Gesetzgeber erstrebten Zweck zu erreichen.[14]

a) *Gemeinwohlbindung.* Vernünftige Gründe des Gemeinwohls können darin bestehen, dass die personelle Kontinuität in kulturell bedeutsamen Einrichtungen gesichert werden soll[15] oder im Fall des Verbots der Sozietät von Rechtsanwälten und Ärzten/Apothekern die „Beachtung der wesentlichen anwaltlichen Grundpflichten" und der Beitrag zu einer „funktionsfähigen Rechtspflege" zur Geltung gebracht werden sollen. Im Zusammenhang mit dem Berliner Tariftreue- und Vergabegesetz hat das *BVerfG* das Ziel, die Arbeitslosigkeit zu bekämpfen, ebenfalls als Gemeinwohlziel anerkannt.[16] Daher werden auch die durch § 131 III GWB intendierte Kontinuität von Erwerbsbiographien und der Schutz vor Arbeitslosigkeit bzw. Verschlechterung der Arbeitsbedingungen als vernünftige Gründe des Gemeinwohls anzusehen sein.

b) *Fehlende Erforderlichkeit des Eingriffs.* Im Ergebnis ist die Verpflichtung zur regelhaften Anordnung der Personalübernahme bei typisierender Betrachtung schon nicht erforderlich, um das angestrebte Ziel zu erreichen.

aa) Vielfach ist die intendierte soziale Absicherung des Zugpersonals schon auf andere Weise verwirklicht. Zunächst sind die von einem Auftragsverlust betroffenen Arbeitnehmer bereits durch die Anforderungen des KSchG abgesichert. Eine hohe Hürde bilden insbesondere Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten im Betrieb oder im Unternehmen (zB aufgrund natürlicher Fluktuation, Verrentungen Langzeiterkrankungen), von deren Existenz gerade bei großen bundesweit tätigen EVU auszugehen ist. Die zweite Hürde vor einer betriebsbedingten Kündigung ist eine mögliche tarifvertragliche Unkündbarkeit. Selbst wenn der bisherige Betreiber diese Hürden überspringen könnte, bleibt immer noch die – in der Praxis verbreitete! – Möglichkeit, dass der neue Betreiber das bisherige Zugpersonal gezielt abwirbt und auf der Strecke weiterbeschäftigt.

Besondere Bedeutung erlangen in diesem Zusammenhang auch aktuelle Modelle, in denen die Personalübernahme zwischen dem bisherigen und dem zukünftigen Betreiber rechtsgeschäftlich vereinbart wird. Solche Vereinbarungen erfolgen freiwillig und können zudem auf die Interessenlage des Einzelfalls zugeschnitten werden. Dem Vernehmen nach hat jüngst ein Altbetreiber mit dem neuen Betreiber vereinbart, dass dieser das bislang auf der Strecke eingesetzte Personal

4 *Maunz/Dürig-Scholz*, GG, Std.: 2005, Art. 12 Rn. 64; *BVerfGE* 128, 157 = NZA 2011, 400.
5 *BVerfGE* 116, 202 = NZA 2007, 42 = NJW 2007, 51.
6 *Maunz/Dürig*-Scholz, GG, Art. 12 Rn. 92; *Wiedemann*, FS BAG, 1979, 635.
7 *BVerfGE* 57, 139 (159) = NJW 1981, 2107 zur sog Schwerbehindertenquote nach dem heutigen § 71 I SGB IX; *Maunz/Dürig-Scholz*, GG, Art. 12 Rn. 12; *Faber*, NVwZ 2015, 257.
8 Vgl. dazu *BVerfGE* 116, 202 = NZA 2007, 42 = NJW 2007, 51.
9 *BAG*, NZA 2012, 1161.
10 *BAG*, NZA 2012, 1161.
11 *Seiter*, Betriebsinhaberwechsel, 1969, 36 f.; ähnl. *Krause*, ZFA 2001, 65; HWK/*Willemsen*, 7. Aufl. 2016, § 613 a BGB Rn. 9.
12 *BVerfGE* 57, 139 (159) = NJW 1981, 2107.
13 *Maunz/Dürig-Scholz*, GG, Art. 12 Rn. 62, 141.
14 *BVerfG*, NJW 2016, 700 = NZBau 2016, 309; *BVerfGE* 111, 10 = NJW 2004, 2363.
15 *BAGE* 2007, 184 = NZA 2006, 848.
16 *BVerfGE* 116, 202 = NZA 2007, 42 = NJW 2007, 51.

unter Aufrechterhaltung des finanziellen und sozialen Besitzstands übernimmt. Als Gegenleistung hat der Altbetreiber für einen bestimmten Zeitraum die Differenz zwischen dem bisherigen Entgeltniveau und dem beim neuen Betreiber geringeren Entgeltniveau ausgeglichen. Zu Gunsten der übergegangenen Mitarbeiter ist ein Rückkehrrecht vereinbart worden, um einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter zu vermeiden. Ähnliches wird derzeit auch auf tarifvertraglicher Ebene praktiziert. Beispielsweise sieht der *Tarifvertrag über den Betreiberwechsel im SPNV* zwischen der GDL, 20 EVU und dem Agv MoVe vom 29.7.2014 ua einen Einstellungsanspruch des bislang auf der Strecke eingesetzten Personals gegen den neuen Betreiber zu den beim neuen Betreiber geltenden tarifvertraglichen Bedingungen vor.

Der regulierende Eingriff des Gesetzgebers ist somit typischerweise nicht erforderlich, um Arbeitslosigkeit zu verhindern. Die bestehenden Schutzmechanismen (KSchG, ordentliche Unkündbarkeit) und die einzel- oder tarifvertraglich geregelte Fluktuation zum neuen Betreiber bewirken, dass es kein signifikantes Risiko breitflächiger Arbeitslosigkeit gibt.

bb) Die Erforderlichkeit fehlt auch insoweit, als es *mildere Mittel* gegeben hätte, um das gesetzgeberische Ziel zu erreichen.

Die Ermächtigung in § 131 III GWB läuft auf eine schematische und undifferenzierte Anordnung der Rechtsfolgen des Betriebsübergangs hinaus. Dies bedeutet, dass *sämtliche* bislang auf der Strecke unmittelbar eingesetzten Arbeitnehmer erfasst werden. Plausibel und ausreichend wäre es gewesen, nach der sozialen Schutzbedürftigkeit oder nach den typischerweise erwartbaren Chancen auf dem Arbeitsmarkt zu differenzieren. Ebenso hätte eine Weiterbeschäftigung zu den beim neuen Betreiber maßgeblichen Arbeitsbedingungen vorgesehen werden können (also unter Abänderung des § 613 a I 1 und unter Ausklammerung des § 613 a I 2 BGB). Denkbar wäre auch, in Abhängigkeit von den Umständen des Einzelfalls eine Modifizierung der Rechtsfolgen des § 613 a BGB zuzulassen (bspw. Ausklammerung des Eintritts in die Versorgungsanwartschaften, Eröffnung eines Korridors für eine Absenkung der bisherigen Gehälter, ggf. nach Ablauf einer bestimmten Frist). Damit wäre das Ziel „Vermeidung von Arbeitslosigkeit" ebenso erreicht worden. Der Umstand, dass die so übernommenen Arbeitnehmer nicht in ihren vollen sozialen Besitzstand mitnehmen, sondern in das beim neuen Betreiber geltende Lohngefüge eingegliedert werden, diente sogar noch dem Betriebsfrieden, weil es keine Arbeitnehmer erster und zweiter Klasse gibt. Schließlich hätte der Schutz vor „Sozialdumping", das im Eisenbahnverkehr nicht mehr verbreitet sein dürfte als im sonstigen ÖPNV und eher weniger verbreitet sein dürfte als in anderen Dienstleistungsbranchen, dadurch verwirklicht werden können, dass eine Weiterbeschäftigungspflicht mit einer Bindung an einschlägige und/oder repräsentative Tarifverträge (nach dem Vorbild der Tariftreuegesetze der Länder) kombiniert wird.

cc) Vor allem aber hätte eine mildere und ebenso geeignete Maßnahme darin bestanden, es schlicht bei der „kann"-Regelung aus der Verordnung zu belassen. Auch im Rahmen eines freien Ermessens muss die Vergabestelle alle Einzelfallumstände abwägen und die Entscheidung treffen, ob die Anordnung der Rechtsfolgen des Betriebsübergangs geboten ist oder nicht. Dies gilt umso mehr, als der europäische Gesetzgeber ein freies Ermessen für ausreichend gehalten und sich im Gesetzgebungsverfahren sogar ausdrücklich gegen eine zwingende Anordnung entschieden hat.[17]

c) *Fehlende Angemessenheit des Eingriffs.* Im Übrigen wäre der Eingriff auch nicht verhältnismäßig im engeren Sinne, da die wirtschaftlichen Belastungen für das obsiegende EVU und gegebenenfalls der faktische Zwang, sich von einem Vergabeverfahren zurückzuziehen, außer Verhältnis stehen zu dem Ziel, eine Kontinuität der Arbeitsverhältnisse über den Betreiberwechsel hinaus zu gewährleisten.

aa) Der Zwangseintritt in Arbeitsverhältnisse bedarf der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Diese wird – im Anwendungsbereich des § 613 a BGB – darin gesehen, dass der Betriebsnachfolger die von seinem Vorgänger geschaffene Organisation für eigene geschäftliche Zwecke weiternutzt.[18] Wenn aber – wie hier – die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs gerade *nicht* vorliegen und ein neuer Auftragnehmer gerade keine intakte und eingespielte Betriebsorganisation als Wertschöpfungsquelle übernimmt, besteht keine Sachlage, die den Zwangseintritt in die Arbeitsverhältnisse rechtfertigen kann.[19] Im Falle der Anordnung der Personalübernahme wird der neue Auftragnehmer mit Personal und schwer kalkulierbaren Personal- und Pensionskosten belastet, ohne zugleich die Vorzüge einer „fertigen" wirtschaftlichen Einheit nutzen zu können. Nicht zuletzt der häufig lange Zeitraum zwischen Angebotsabgabe und potenzieller Übernahme der Arbeitnehmer, in dem beispielsweise die tarifliche Entwicklung und die Zahl der übergehenden Arbeitsverhältnisse unabsehbar sind, spricht dafür, die Anordnung der Personalübernahme zu beschränken.

bb) Zur Einstellungspflicht Schwerbehinderter wird die Auffassung vertreten, dass diese nur gerechtfertigt ist, weil es sich um eine sozial besonders schutzwürdige Arbeitnehmergruppe handelt und die Pflicht nicht *absolut* ist, sondern durch eine Dispensation (Ausgleichsabgabe) flankiert wird. Bei einer Anordnung nach § 131 III GWB wird weder eine besonders schutzwürdige Arbeitnehmergruppe privilegiert noch wird eine Alternative angeboten, um sich von der Personalübernahme befreien zu können. Vielmehr kommt noch ein weiterer erschwerender Umstand hinzu: § 71 I SGB IX verpflichtet den Arbeitgeber lediglich zur Besetzung von 5 % der Arbeitsplätze mit Schwerbehinderten, die der Arbeitgeber noch selbst auswählen kann. Bei Anwendung des § 131 GWB wird das obsiegende EVU jedoch zur Übernahme von 100 % der auf der jeweiligen Strecke eingesetzten Arbeitnehmer verpflichtet. Im Übrigen hat der *EuGH* mit Blick auf das Niedersächsische Tariftreuegesetz ausgeführt, dass der Rechtfertigungsgrund des Arbeitnehmerschutzes ohnehin nicht anzuerkennen ist, wenn er inkonsequent und widersprüchlich nur auf eine bestimmte Arbeitnehmergruppe – hier auf die Arbeitnehmer im Schienenpersonenverkehr – bezogen ist.[20]

cc) Das *BVerfG* bezieht in die verfassungsrechtliche Überprüfung von Rechtsnormen auch die Frage ein, ob der Gesetzgeber eine *Prognoseentscheidung* getroffen hat und die zu Grunde liegende Prognose vertretbar war.[21] Das *BVerfG* fordert, dass der Gesetzgeber die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen ausgeschöpft haben muss, um die voraussichtlichen Auswirkungen seiner Regelung so zuverlässig wie

17 Vgl. dazu *Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder*, VO (EG) Nr. 1370/2007, Komm., Art. 4 Rn. 53 f.; *Jankowiak*, Das behördliche Betriebsübergangsverlangen, 96.

18 HWK/*Willemsen*, BGB, § 613 a Rn. 9; *Krause*, ZfA 2001, 67; ebenso *BAG*, NZA 2012, 1161.

19 Vgl. *BAG*, NZA 2012, 1161.

20 *EuGH*, ECLI:EU:C:2008:189 = Slg. 2008, I-2024 = NZA 2008, 537 – Rüffert.

21 *BVerfGE* 49, 217 = NJW 1979, 699; *BVerfGE* 57, 139 (159) = NJW 1981, 2107.

möglich abschätzen zu können und einen Verstoß gegen Verfassungsrecht zu vermeiden. Das *BVerfG* stützt eine Prüfung, ob und welche Prognoseerwägungen der Gesetzgeber angestellt hat, in erster Linie auf die Begründung des Regierungsentwurfs und sonstige dokumentierte Äußerungen im Gesetzgebungsverfahren.[22]

In dieser Konstellation ist nicht ersichtlich, auf welche Tatsachengrundlage der Gesetzgeber die Prognose gestützt hat, dass die soziale Schutzbedürftigkeit gerade im SPNV so hoch, so bedeutsam und (gegenüber dem sonstigen öffentlichen Personenverkehr) so andersartig ist, dass die Vergabestelle die Rechtsfolgen des Betriebsübergangs nicht nur anordnen *kann*, sondern in der Regel *anzuordnen hat*. Hier hat der Gesetzgeber offenbar in keiner Weise die Arbeitslosenquote und die durchschnittliche Dauer der Arbeitslosigkeit beim Zugpersonal aufgeklärt und in Verhältnis gesetzt zu den Daten für den sonstigen ÖPNV und für die Branchen außerhalb des Verkehrssektors. Der Gesetzgeber hat offenbar auch keine Daten über die soziale Absicherung im SPNV (Verbreitung von Tarifverträgen, Organisierungsgrad des Zugpersonals) beschafft. Insbesondere hätte es nahe gelegen, einschlägige Tarifverträge zu sichten und den dort verbreiteten Ausschluss betriebsbedingter und krankheitsbedingter Kündigungen in den Blick zu nehmen. Dies hätte mutmaßlich zu der Erkenntnis geführt, dass der soziale Schutz im Eisenbahnverkehrssektor überdurchschnittlich hoch ist. Ebenso sind offenbar auch keine Daten dazu verwertet worden, wie hoch bei einem Betreiberwechsel der Arbeitnehmeranteil ist, der ohnehin kraft rechtsgeschäftlicher Einzelvereinbarung oder tarifvertraglichen Einstellungsanspruchs zu dem neuen Betreiber wechselt.

Zu all diesen Punkten hat der Gesetzgeber, jedenfalls ausweislich der Dokumentation des Gesetzgebungsverfahrens in der BT-Drs. 18/6281, keine Erwägungen angestellt. Erstmalig wird in der Stellungnahme des Bundesrats vom 25.9. 2015 die Änderung des § 131 III GWB zu einer „Soll"-Vorschrift wie folgt begründet: „Die bisher gewählte Formulierung des § 131 III GWB-E wird insbesondere den Bedürfnissen der im Bereich der Personenverkehrsleistungen im Eisenbahnverkehr tätigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht hinreichend gerecht." Als Begründung für die Notwendigkeit einer „Soll"-Vorschrift wird pauschal auf die „Liberalisierungstendenzen im ÖPNV" hingewiesen, angesichts derer „ein häufigerer Wechsel der Dienstleistungsunternehmen realistisch" sei. Als weitere Intention für die „Soll"-Vorschrift wird „eine stärkere Sicherung der Arbeitsplätze der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Bereich der Personenbeförderungsdienstleistungen" angegeben, ohne dass eine konkrete substanziierte Auseinandersetzung mit der tatsächlichen sozialen Schutzbedürftigkeit erfolgt. Im Ergebnis deutet Einiges darauf hin, dass der Gesetzgeber aufgrund einer unzureichenden Prognose in die die Berufsausübungsfreiheit eingegriffen hat.

dd) Hinzu kommt, dass der geringen Erforderlichkeit des gesetzgeberischen Eingriffs eine hohe Eingriffsintensität gegenübersteht. Die wirtschaftlichen Belastungen können enorm sein und das EVU im Einzelfall sogar davon abhalten, sich an dem Vergabeverfahren zu beteiligen. Dies gilt namentlich für den Fall, dass es sich um ein kleineres EVU ohne eigene Tarifbindung handelt. Das EVU müsste das gesamte auf dieser Strecke bislang eingesetzte Personal übernehmen – einschließlich sämtlicher tarifvertraglicher Ansprüche auf Gehalt, Urlaub, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Altersversorgung, ordentliche Unkündbarkeit, wobei § 613 a I 3 BGB nicht eingreifen könnte und ein Abschmelzen durch Änderungskündigungen nur bei Insolvenzgefahr möglich wäre. Zugleich entstünde eine „Zwei-Klassen-Gesellschaft", weil das Stammpersonal weiterhin zu den bisherigen (schlechteren) Arbeitsbedingungen weiterarbeiten muss.

ee) Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die in § 131 III GWB vorgesehene *regelhafte* Anordnung des Betriebsübergangs deshalb besonders schwer wiegt, weil sie in Widerspruch zu übergeordneten Prinzipien des nationalen und europäischen Verfassungsrechts steht. Denn der freie Wettbewerb zwischen den EVU wird dadurch nicht nur *im Einzelfall*, sondern zukünftig *im Regelfall* massiv beeinflusst.

Die EVU, die sich neben dem bisherigen Betreiber um eine Verkehrsleistung bewerben, werden niemals die Personalkosten so exakt kalkulieren können wie der bisherige Betreiber. Letztlich bleibt den Bietern keine andere Wahl, als sich exakt an den Personalkosten des bisherigen Betreibers – soweit bekannt bzw. durch die Vergabestelle zutreffend ermittelt – zu orientieren und diese mit Risikoaufschlägen für zukünftige Tarifentwicklung, mutmaßliche „Krankenquote" usw. zu versehen. Unter dieser Annahme hätte zumeist der bisherige Betreiber einen Wettbewerbsvorteil; denn außer bei den Personalkosten gibt es für die Bieter (zB bei Infrastruktur, Energiebeschaffung) wenig Kalkulationsspielraum. Ein Informationsvorsprung beim bisherigen Betreiber und eine Verkleinerung des Bieterkreises stehen indes in Widerspruch zu den Anforderungen, die der *EuGH* an das öffentliche Vergabewesen stellt. Dieses dient nämlich gerade der Verwirklichung eines fairen Wettbewerbs auf der Grundlage der Chancengleichheit aller Bieter.[23] Der *EuGH* betont in seiner vergaberechtlichen Rechtsprechung, dass Gleichbehandlung, Transparenz und Publizität abgeleitete Grundsätze des primären Unionsrechts seien.[24]

d) *Ergebnis.* Nach Abwägung all dieser Umstände, insbesondere der hohen Eingriffsintensität und der geringen sozialen Schutzbedürftigkeit beim Zugpersonal spricht viel dafür, dass § 131 III GWB nicht mit Art. 12 GG vereinbar ist.

3. Ergebnis

Bei der Ausgestaltung des Art. 4 V der VO (EG) Nr. 1370/2007 und des § 5 TVgG NRW als „kann"-Vorschriften ist die Vereinbarkeit mit der Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 GG bereits zweifelhaft, mit Blick auf den weiten Ermessensspielraum für die Anordnung der Personalübernahme aber möglicherweise noch zu bejahen. Durch die in § 131 III GWB geschaffene Verpflichtung der Vergabestelle, die Personalübernahme nun in der Regel („soll") anzuordnen, wird die Eingriffsintensität deutlich verschärft. Es sprechen sehr gewichtige Gründe dafür, dass gerade die Kombination aus dem (schon aus der Verordnung bekannten) Kontrahierungszwang mit der nunmehr *regelhaften* Anwendung die Schwelle zur Verfassungswidrigkeit überschritten ist.

Ob darüber hinaus eine Verletzung von Art. 14 GG möglich ist, soll an dieser Stelle nicht vertieft werden, zumal nach dem Grundsatz der „schrankenrechtlichen Identität" zwischen Art. 12 und Art. 14 GG die hier naheliegende Verletzung der Berufsausübungsfreiheit auch eine Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

22 Vgl. *BVerfGE* 57, 139 (159) = NJW 1981, 2107; *BVerfGE* 49, 217 = NJW 1979, 699.

23 *EuGH*, ECLI:EU:C:2009:317 = Slg. 2009, I-4236 = EuZW 2009, 550 = NVwZ 2009, 833 = NZBau 2009, 607 – Assitur; *Grabitz/Hilf-Boyk*, Das Recht der EU, Band IV, B 14.

24 *EuGH*, ECLI:EU:C:1996:161 = NVwZ 1997, 374.

indizieren dürfte. Hinsichtlich einer Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 I GG drängt sich die Ungleichbehandlung zwischen Unternehmen des SPNV und den Unternehmen des sonstigen öffentlichen Personenverkehrs auf. Nur für Vergabeverfahren im Bereich der Schiene „*soll*" die Vergabestelle die Rechtsfolgen des Betriebsübergangs anordnen. In Vergabeverfahren des sonstigen Personenverkehrs gilt im Zweifel die EU-Verordnung VO (EG) Nr. 1370/2007, nach der die Vergabestelle die Rechtsfolgen des Betriebsübergangs anordnen „*kann*", also ein freies Ermessen hat. Da häufige Ausschreibungen und begrenzte Laufzeiten von Verkehrsverträgen kein Phänomen des SPNV sind, sondern im Personenverkehr auf der Straße ebenso auftreten, käme als Sachgrund für die Ungleichbehandlung nur eine signifikant erhöhte Wahrscheinlichkeit von Arbeitslosigkeit und/oder „Sozialdumping" bei den Zugpersonalen in Betracht, um die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen. Für eine solche erhöhte Wahrscheinlichkeit existieren keine Anhaltspunkte. Im Gegenteil: Die Zugpersonale werden auf dem Arbeitsmarkt gut nachgefragt und sind daher im Fall von Arbeitslosigkeit im Zweifel gut und schnell vermittelbar. Im Ergebnis spricht sehr viel dafür, dass der Gesetzgeber mit der Fokussierung des § 131 III GWB auf Vergabeverfahren im SPNV den allgemeinen Gleichheitssatz verletzt hat.[25] Insbesondere ist ein pauschaler Rechtfertigungsgrund „Arbeitnehmerschutz" nach der Rechtsprechung des *EuGH* von vornherein nicht anzuerkennen, wenn er inkonsequent und widersprüchlich nur auf eine bestimmte Arbeitnehmergruppe bezogen ist.[26]

III. Verfassungskonforme Auslegung

Die vorstehend erläuterten Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des § 131 III GWB gründen sich auf ein am Wortlaut orientiertes Normverständnis. Die Anordnungsbefugnis des § 131 III GWB kann jedoch einschränkend ausgelegt werden und dürfte in dieser Auslegung mit den Grundrechten der EVU in Einklang zu bringen sein.

1. Voraussetzungen einer verfassungskonformen Auslegung

Nach der Rechtsprechung des *BVerfG* sind die Gerichte gehalten, sich um eine verfassungskonforme Auslegung des Gesetzesrechts zu bemühen. Der Respekt vor der gesetzgebenden Gewalt gebietet es dabei, dem Willen des Gesetzgebers im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen so weit wie möglich Rechnung zu tragen.[27] Lassen der Wortlaut, die Entstehungsgeschichte, der Gesamtzusammenhang der einschlägigen Regelung und deren Sinn und Zweck mehrere Deutungen zu, von denen eine zu einem verfassungsmäßigen Ergebnis führt, so ist diese geboten. Die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung endet allerdings dort, wo sie mit dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch träte.[28]

2. Zulässigkeit im Einzelfall

Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass der Wortlaut des § 131 III GWB und der gesetzgeberische Wille es zulassen, die Rechtsfolgen eines Betriebsübergangs in abgeschwächter Form anzuordnen.

a) *Bezugnahme auf die Verordnung.* Die Vorschrift des § 131 III GWB wird eingeleitet durch den ausdrücklichen Bezug auf Art. 4 V der VO (EG) Nr. 1370/2007 („*öffentliche Auftraggeber [...] sollen gem. Art. 4 V der Verordnung [EG] Nr. 1370/2007 verlangen, dass ...*"). Daraus kann durchaus der Schluss gezogen werden, dass – mit Ausnahme der Wandlung vom freien zum intendierten Ermessen – keine Abweichung von der Verordnung und dessen Auslegung gewollt war. Hinsichtlich des Art. 4 V der Verordnung ist aber anerkannt, dass die Rechtsfolgen des Betriebsübergangs auch *eingeschränkt* angeordnet werden können, also beispielsweise eine Personalüberleitung ohne Weiterführung der Altersversorgung oder ohne Weiterhaftung des Altbetreibers oder mit einem reduzierten Gehalt.[29] Wenn die Verordnung also eine eingeschränkte Anordnung der Betriebsübergangsrechtsfolgen erlaubt, muss dies im Zweifel auch für § 131 III GWB gelten. Im Ergebnis wäre es somit nicht zu beanstanden, wenn die Vergabestelle den Betriebsübergang mit der Maßgabe anordnet, dass die Weiterbeschäftigung ausschließlich zu den beim neuen Betreiber geltenden Konditionen (Eingruppierungsschema, Gehaltstabelle, Urlaubsregelung usw.) erfolgt.

b) *Äußerungen des Bundesrats.* Auch im Hinblick auf die Intensität der Ermessensbindung besteht Raum für eine verfassungskonforme Auslegung. Hierzu ist die in der „soll"-Vorschrift angelegte *regelhafte* Anordnung des Betriebsübergangs in der Weise zu reduzieren, dass mögliche Ausnahmetatbestände im Zweifel weit auszulegen sind. Dies wäre von den Erwägungen des Gesetzgebers gedeckt. So heißt es in der BT-Drs. 18/6281 im Rahmen der Stellungnahme des Bundesrats zu der Änderung der „kann"-Formulierung zur „soll"-Formulierung wörtlich: „Mit der 'soll'-Vorgabe wird eine Ermessensbindung des öffentlichen Auftraggebers insoweit erzeugt, als dieser nur bei Vorliegen eines sachlichen Grundes den Personalübergang bei einem Betreiberwechsel, im Rahmen der Neuvergabe des öffentlichen Auftrags, nicht als Vorgabe setzen kann." Nach der Gesetzesbegründung soll also nicht unbedingt ein starres Regel-Ausnahme-Verhältnis geschaffen werden. Vielmehr soll das Vorliegen eines *sachlichen Grundes* genügen, um von der Anordnung der Betriebsübergangsfolgen abzusehen.

c) *Wortlaut* . Der Wortlaut des § 131 III GWB steht einer verfassungskonformen Auslegung nicht entgegen. Die Formulierung „soll" indiziert zwar eine regelhafte Anordnung der Personalübernahme. Da der Gesetzgeber jedoch gerade keine unbedingte Anordnungspflicht ausgesprochen hat, lässt der Wortlaut Spielraum für einen restriktiven Gebrauch der Anordnungsbefugnis.

d) *Konsequenzen für die Praxis.* Richtigerweise wird die Vergabestelle daher weiterhin über die Anordnung der Personalübernahme nach ihrem Ermessen entscheiden können. Sie kann nach Abwägung der Umstände des Einzelfalls frei entscheiden, ob die Rechtsfolgen des Betriebsübergangs ganz oder teilweise zur Geltung gebracht werden. Nach der in BT-Drs. 18/7086 widergegebenen Meinung der Koalitionsfraktionen kann von der Anordnung bspw. bei Vergrößerung oder Verkleinerung von Netzen oder bei Änderungen der Traktionsart abgesehen werden. Als weitere berücksichtigungsfähige Umstände kommen Erfahrungswerte der Vergabestelle im Hinblick auf das Tarifniveau der jeweiligen Branche, die Arbeitsmarktlage, die Verbreitung individual- und tarifvertraglicher Weiterbeschäftigungsmodelle und insbesondere die Verhältnisse beim bisherigen Betreiber (Größe

25 Vgl. *Faber*, NVwZ 2015, 257; aA ohne nähere Begründung: *Jankowiak*, Das behördliche Betriebsübergangsverlangen, 78 f.
26 Vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2008:189 = Slg. 2008, I-2024 = NZA 2008, 537 – Rüffert.
27 *BVerfG*, NJW 2015, 2949.
28 So ausdr. *BVerfGE* 138, 64 = NVwZ 2015, 510.
29 Vgl. *Jankowiak*, Das behördliche Betriebsübergangsverlangen, 98; *Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder*, VO (EG) Nr. 1370/2007, Komm., Art. 4 Rn. 55; krit. *Bayreuther*, NZA 2014, 1171 (1175).

des Unternehmens, Zahl der Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten, tarifvertraglich erweiterter Kündigungsschutz usw) in Betracht.

VI. Fazit

Die Ausgestaltung des § 131 III GWB als „soll"-Vorschrift erscheint verfassungsrechtlich höchst bedenklich. Die auf Initiative des Bundesrats erfolgte sprachliche Verschärfung gegenüber der zu Grunde liegenden EU-Verordnung und der Ländergesetze erzeugt eine Eingriffsintensität, die mit Blick auf die Berufsfreiheit der betroffenen Eisenbahnverkehrsunternehmen nur durch eine verfassungskonforme Auslegung vor dem Verdikt der Unverhältnismäßigkeit bewahrt werden kann. ■

Rechtsanwälte Jan-Michael Dierkes, Dr. Jan Peter Scharf und Dr. Henning Wendt*

Equal-Pay in der vergaberechtlichen Praxis

Herausforderungen nach den Tariftreue- und Vergabegesetzen der Länder beim Einsatz von Leiharbeitskräften

In mehreren Bundesländern bestehen mittlerweile Regelungen, wonach Leiharbeitnehmer für die gleiche Tätigkeit ebenso zu entlohnen sind wie regulär Beschäftigte (sog Equal-Pay). Die Regelungen in den Landesvergabegesetzen werfen verschiedene Auslegungs- und Anwendungsprobleme auf. Der vorliegende Beitrag gibt einen Überblick über den Regelungsbestand und zeigt Lösungsansätze für diese Probleme auf.

I. Einleitung

In zahlreichen Bundesländern bestehen mittlerweile Tariftreue- und Vergabegesetze. Ziel dieser Gesetze sind neben der Verfolgung ökologischer Zielsetzungen seit jeher auch entgeltbezogene Überlegungen in Form von besonders festgesetzten Mindestentgelt- und *Equal-Pay*-Vorgaben. Nach derzeitigem Stand haben 14 Bundesländer solche Tariftreue- und Vergabegesetze eingeführt; die Ausnahme bilden Bayern und Sachsen.[1] Jedes Land verfasste dabei eigene Regelungen, mit der Folge, dass die Vereinheitlichung des Vergaberechts nicht einfacher wird. Kritik an den länderspezifischen Mindestlohnvorgaben gibt es zuhauf. Eine von den Auftragsberatungsstellen der Länder erstellte Übersicht[2] über die unterschiedlichen vergaberechtlichen Länderspezifika verdeutlicht den entstandenen „Flickenteppich". So reichen beispielsweise die in den Ländergesetzen geregelten Mindestentgelte von 8,50 Euro (zB in Baden-Württemberg) bis 9,18 Euro in Schleswig-Holstein. Teils gelten die Gesetze bereits für Kleinstaufträge ab 500 Euro, teils muss erst ein Auftragswert von 25.000 Euro erreicht bzw. überschritten werden.[3] Der nachfolgende Beitrag will den Aspekt der Mindestentgelte und der damit verbundenen (verfassungs-)rechtlichen Probleme nicht weiter untersuchen. Hierzu sind bereits eine Fülle von Gerichtsentscheidungen und Fachbeiträgen in den letzten Jahren veröffentlicht worden.[4] Der Beitrag hat sich vielmehr zum Ziel gesetzt, den in den einzelnen Ländergesetzgebungen statuierten, in der Literatur und Rechtsprechung bislang allerdings weitestgehend unbeachtet gebliebenen Grundsatz des *Equal-Pay* zu untersuchen. Denn auch hier stellen sich eine Vielzahl von Rechtsfragen und Problemen für den Rechtsanwender.

II. Begrifflichkeiten und Fragestellungen

Der Begriff des *Equal-Pay* bezeichnet vereinfacht die Verpflichtung, Leiharbeitnehmer, die die gleiche Tätigkeit wie regulär Beschäftigte erbringen, ebenso wie diese zu entlohnen. In einem ersten Schritt soll zunächst eine kurze Bestandsaufnahme zu den derzeit bestehenden *Equal-Pay*-Regelungen in den Bundesländern gegeben werden. Daran anschließend wird der Anwendungsbereich der Normen betrachtet. Hierbei wird insbesondere der sachliche und personelle Anwendungsbereich der Normen näher zu untersuchen sein. Finden die *Equal-Pay*-Vorgaben auf alle öffentlichen Aufträge Anwendung, gleichgültig, ob sie Bau-, Dienst- oder Lieferleistungen zum Gegenstand haben? Wo beginnt und endet die Ausführung der Leistung, für die die *Equal-Pay*-Vorgaben zu beachten sind? Anschließend sollen die Anforderungen an die Entgeltberechnung zur Gewährleistung des *Equal-Pay* begutachtet werden. Hierbei sollen nicht die einzelnen arbeits- oder tarifvertraglichen Entgeltbestandteile für einzelne Berufs- bzw. Lohngruppen auf ihre Relevanz für die Entgeltberechnung hin überprüft werden. Vielmehr soll der Anknüpfungspunkt bzw. Vergleichsmaßstab für die Berechnung herausgearbeitet werden. Muss beispielsweise der Leiharbeitnehmer auf der Ebene des Nachunternehmers wie ein regulär Beschäftigter des Nachunternehmers entlohnt werden oder ist der Vergleichsmaßstab derjenige des Beschäftigten beim Erstauftragnehmer? In diesem Zusammenhang soll auch der Problemkreis erörtert werden, wie eine Entgeltberechnung zu erfolgen hat, wenn Leiharbeitskräfte während ihres Einsatzes beim Entleiher nicht nur zur Ausführung von öffentlichen, sondern auch privaten Aufträgen eingesetzt werden. So kann in der Praxis eine Unterscheidung der von Leiharbeitskräften erbrachten Leistungen in Teile, die für einen öffentlichen Auftraggeber und Teile, die für nicht-öffentliche Auftraggeber abgewickelt werden, mitunter schwierig sein. Auch zu dieser Frage versucht der Beitrag eine Antwort zu finden.

III. Bestandsaufnahme zu den landesgesetzlichen Equal-Pay-Bestimmungen

Da der Bund im Bereich des Vergaberechts bislang nur nach Maßgabe der unionsrechtlichen Harmonisierung tätig geworden ist, können die Länder im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung gem. Art. 72 und Art. 74 I Nr. 11 GG

* Der Autor *Dierkes* ist Syndikusanwalt bei der K+S Aktiengesellschaft, Kassel; der Autor *Scharf* und der Autor *Wendt* sind Rechtsanwälte der *GÖRG* Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB, Hamburg.

1 In Sachsen gibt es zwar ein Vergabegesetz, dieses enthält aber keine entgeltbezogenen Regelungen; in Bayern gibt es gar kein Vergabegesetz; vgl. im Überblick *Meißner*, ZfBR 2014, 453.

2 http://auftragsberatungsstellen.de/images/ABST/Uebersicht/Uebersicht_Mindestentgeltregelungen_Bundeslaender_2015_11_06.pdf (Stand: 6.11.2015; abgerufen am 9.5.2016).

3 Zu den erheblichen Unterschieden der landesrechtlichen Vergaberegelungen s. auch *Dörr* in *Dreher/Motzke*, Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, Einl. Rn. 85.

4 S. beispielsweise *EuGH*, ECLI:EU:C:2015:760 = NZA 2016, 155 – RegioPost; *EuGH*, ECLI:EU:C:2014:2235 = NZA 2014, 1129 = NJW 2014, 3769 = NZBau 2014, 647 – Bundesdruckerei; *Faber*, NVwZ 2015, 257; *Pünder/Klafki*, NJW 2014, 429; *Redmann*, LKV 2012, 295; *Rödl*, EuZW 2011, 292.