

Steffen Jankowiak

Das behördliche  
Betriebsübergangsverlangen  
nach Art. 4 Abs. 5  
Verordnung (EG)  
Nr. 1370/2007 bei der  
Vergabe von Aufträgen  
im öffentlichen  
Personenverkehr

Herausgegeben von  
Frank Bayreuther

Band 11



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

# Einleitung und Gang der Darstellung

Der öffentliche Personenverkehr in Europa befindet sich im Umbruch. Aufgrund zahlreicher Liberalisierungsbestrebungen auf europäischer Ebene sind Verkehrsunternehmen, die Personenverkehrsdienste anbieten, in zunehmendem Maße auch in anderen Mitgliedstaaten aktiv. Zugleich hat der Wettbewerbsdruck, der von neuen Wettbewerbern im öffentlichen Personenverkehr in Deutschland ausgeht, erheblich zugenommen. Inzwischen werden rund 20 Prozent der Verkehrsleistungen im Nahverkehr von privaten Anbietern erbracht. Die Kostenstruktur der Verkehrsunternehmen ist wegen des hohen Bedarfs an materiellen Betriebsmitteln nur eingeschränkt variabel. Grundsätzlich beeinflussbar sind hingegen die Lohnkosten als Wettbewerbsfaktor. Nicht zuletzt die Gewerkschaften dürften die Befürchtung haben, dass der Wettbewerb im Personenverkehr v. a. auf Kosten der Arbeitnehmer/-innen<sup>1</sup> ausgetragen wird und eine Lohnspirale nach unten auslöst. Die kontroversen Verhandlungen über den Abschluss eines Branchentarifvertrages im öffentlichen Nahverkehr im Herbst 2010 haben gezeigt, wie schwierig es ist, die Zielvorstellungen der Verkehrsunternehmer und der Gewerkschaften auszugleichen. Die neue Verordnung (EG) Nr. 1370/2007<sup>2</sup> (im Folgenden: VO 1370/2007), die die Vergabe von Aufträgen im öffentlichen Personenverkehr mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen in den Mitgliedstaaten grundlegend neu regelt, enthält eine Vorschrift, die nach dem Willen des europäischen Gesetzgebers die sozialen Belange der betroffenen Arbeitnehmer/-innen schützen soll. Die Regelung in Art. 4 Abs. 5 S. 1 VO 1370/2007 stellt ein Novum im europäischen Arbeitsrecht dar. Sie ermöglicht es dem Auftraggeber, aus Anlass der Neuvergabe eines Dienstleistungsauftrages im öffentlichen Personenverkehr, die Rechtsfolgen des Betriebsübergangs herbeizuführen. Die Norm wird den Vergabealltag im Personenverkehrssektor insoweit wesentlich prägen. Die sich aus dem Inkrafttreten dieser Norm im Hinblick auf das deutsche und europäische Recht ergebenden wesentlichen Rechtsfragen werden mit der vorliegenden Arbeit eingehend untersucht. Es ist das Ziel, insbesondere die möglichen Rechtsprobleme in der Vergabep Praxis zu antizipieren und Lösungsansätze aufzuzeigen.

---

1 Nachfolgend aus Gründen besserer Lesbarkeit einheitlich „Arbeitnehmer“.

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

Dem vorgenannten Ziel verpflichtet, nimmt die Darstellung folgenden Gang: Im **ersten Teil** werden vor dem Hintergrund des nationalen Rechts die allgemeinen rechtlichen Rahmenbedingungen der Betriebsübergangsregelung erörtert und insbesondere das neue Sondervergaberecht der VO 1370/2007 unter Berücksichtigung der Rechtsfigur des öffentlichen Dienstleistungsauftrages untersucht. Der **zweite Teil** widmet sich dem unionsrechtlichen Kontext des Art. 4 Abs. 5 VO 1370/2007. Dabei ist v. a. der Frage nachzugehen, ob die neue Betriebsübergangsregelung unionsrechtskonform ist. Daran schließt sich im **dritten Teil** die Erörterung der vergaberechtlichen Umsetzung einer behördlichen Maßnahme nach Art. 4 Abs. 5 S. 1 VO 1370/2007 an. Die Arbeit weist dabei vielfältige Berührungspunkte zum „allgemeinen“ Betriebsübergangsrecht des § 613a BGB auf. Dem soll indes nur insoweit nachgegangen werden, als die durch Art. 4 Abs. 5 VO 1370/2007 neu aufgeworfenen Rechtsprobleme dazu Anlass bieten. Im **vierten Teil** werden die im Vergabeverfahren relevanten Informationsansprüche der beteiligten Bieter thematisiert und insbesondere die spezielle Vorschrift des Art. 4 Abs. 5 S. 2 VO 1370/2007 unter Praxisgesichtspunkten untersucht. Schließlich werden im **fünften Teil** die Fragen behandelt, die die neue Betriebsübergangsregelung unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzes mit sich bringt. Die Untersuchung geht dabei sowohl auf einen möglichen Rechtsschutz aus Bietersicht als auch aus Arbeitnehmersicht ein. Berücksichtigt werden soll schließlich auch, welche Auswirkungen sich aus dem nunmehr vorliegenden Gesetzentwurf<sup>3</sup> der Bundesregierung zur Anpassung des deutschen Rechts an das nunmehr von der VO 1370/2007 geprägte unionsweite Rechtsregime ergeben. Diesem Gesetzentwurf gingen kontroverse Beratungen voraus. Ein am 27.08.2008 vorgelegter Referentenentwurf des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS) zur Änderung des PBefG wurde wegen massiver Kritik wieder zurück gezogen.<sup>4</sup> Auch nach Vorlage des neuen Gesetzentwurfes deutet sich ein konfliktträchtiges Gesetzgebungsverfahren an. Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme vom 23.09.2011<sup>5</sup> in wesentlichen Teilen Änderungen an dem Gesetzentwurf verlangt. Wann die geplante Gesetzesnovelle in Kraft tritt und welchen Inhalt sie hat, ist also derzeit ungewiss.

---

3 Entwurf eines Gesetzes zur Änderung personenbeförderungsrechtlicher Vorschriften vom 12.08.2011, BR-Drs. 462/11.

4 Weitergehend hierzu Saxinger GewArch, 2009, 350, 351.

5 BR-Drs. 462/11B.

# Erster Teil:

## Die rechtlichen Rahmenbedingungen des Art. 4 Abs. 5 VO 1370/2007

Ein Betriebsübergang im Sinne der Richtlinie 2001/23/EG<sup>6</sup> vollzog sich im Rahmen eines Vergabeverfahrens in Deutschland bislang ausschließlich auf der Grundlage des § 613a BGB. Die Möglichkeit, nach dem Zuschlag mit den Folgen eines Betriebsübergangs konfrontiert zu sein, birgt – freilich abhängig vom konkreten Ausschreibungsgegenstand – seit jeher ein wirtschaftliches Risiko für die interessierten Wettbewerber, da sie die Auswirkungen eines Betriebsübergangs auf ihre Personalstruktur prognostizieren müssen, dabei aber oft bis zuletzt im Ungewissen sind, ob die Tatbestandsvoraussetzungen des § 613a BGB eintreten werden. Im Zusammenhang mit der Ausschreibung von Dienstleistungsaufträgen gilt dies umso mehr angesichts einer neueren Entscheidung der Vergabekammer Sachsen<sup>7</sup>, wonach der Auftraggeber nicht verpflichtet sei, in den Verdingungsunterlagen anzugeben, ob ein Betriebsübergang voraussichtlich eintreten werde. Eine in der Hinsicht gänzlich andere Situation begegnet den Bietern im Rahmen der Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages im öffentlichen Personenverkehr aufgrund der neuen VO 1370/2007: Ein Betriebsübergang kann nunmehr unabhängig davon eintreten, ob die Voraussetzungen der Betriebsübergangsrichtlinie erfüllt sind. Dass dies aufgrund der neuen Verordnung möglich ist, hängt eng mit den Besonderheiten des Personenverkehrssektors zusammen, auf die im weiteren Verlauf der Darstellung immer wieder Rücksicht zu nehmen sein wird.

Die Betriebsübergangssituation des Art. 4 Abs. 5 S. 1 VO 1370/2007 ist freilich nicht denkbar ohne die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages im Sinne des Art. 2 lit. i) VO 1370/2007. Deshalb soll zunächst der Rechtsrahmen einer Auftragsvergabe im öffentlichen Personenverkehr, in deren Zusammenhang ein behördliches Betriebsübergangsverlangen erfolgen kann, näher dargestellt werden.

---

6 Richtlinie des Rates vom 12.03.2001 zur Angleichung der Vorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen, ABl. L 82 v. 22.03.2001, S. 16-20.

7 Beschl. vom 24.04.2008 – 1-SVK/15/18 – NJOZ 2008, 2574, 2592; das Gericht stellt überzeugend fest, dass der Auftraggeber diese Frage gar nicht abschließend beurteilen könne, weil der Eintritt des Betriebsübergangs auch abhängig sei vom Verhalten des Betreibers.

## **A. Das neue Sondervergaberecht für öffentliche Dienstleistungsaufträge im Personenverkehr**

Die rechtliche Einordnung der Beschaffung von Verkehrsdienstleistungen durch den Staat stellt das vergaberechtliche Instrumentarium vor besondere Herausforderungen.<sup>8</sup> Problematisch ist vor allem, dass der Auftragnehmer nach dem Zuschlag die Gegenleistung des Auftraggebers nicht in der Form eines klassischen Entgelts erhält – vielmehr gewährt der Staat dem ausgewählten Betreiber ein sog. ausschließliches Nutzungsrecht, das den Betreiber ermächtigt, die von ihm angebotene Verkehrsdienstleistung zu verwerten: Eine entgeltliche Leistungsbeziehung geht der Betreiber sodann erst mit seinen Kunden ein.<sup>9</sup> Das Vergaberechtsregime der §§ 97 ff. GWB ist aber nur dann anwendbar, wenn die Beschaffungstätigkeit des Staates gem. § 99 Abs. 1 GWB auf einen entgeltlichen Auftrag gerichtet ist. Die Frage nach den Regeln, denen der Staat bei der Erteilung eines Dienstleistungsauftrages im Personenverkehr unterliegt, konnte dabei in der Vergangenheit nicht immer zufriedenstellend beantwortet werden.<sup>10</sup> Dieser Rechtszustand hat sich für den Personenverkehrssektor mit Inkrafttreten der VO 1370/2007 grundlegend verändert.

### **I. Anwendungsbereich des neuen Vergaberechts der VO 1370/2007**

Will der nach § 1 RegG<sup>11</sup> i. V. m. jeweiligen Landesvorschriften<sup>12</sup> zuständige staatliche Aufgabenträger die Verkehrsdienstleistung nicht selbst erbringen, ist jetzt nach Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007 grundsätzlich ein wettbewerbliches Vergabeverfahren durchzuführen. Dabei erfasst das Rechtsregime der VO 1370/2007

---

8 Aus vergaberechtlicher Sicht ist die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen stets problematisch, da es oft am Tatbestandsmerkmal der Entgeltlichkeit i. S. d. § 99 Abs. 1 GWB fehlt, siehe Ruhland, S. 183 ff.

9 So auch Ruhland, S. 172 f.; a. A. jedoch mit beachtlichen Argumenten Kulartz, NZBau 2001, 173, 175: Aus der maßgeblichen wirtschaftlichen Sicht sei Gegenstand der Vergabe nicht die Konzession, sondern die Verkehrsdienstleistung; ausgeschrieben werde der Preis für die Erbringung einer bestimmten Leistung.

10 Einen anschaulichen Überblick bietet z. B. Ortner, S. 276 ff.; zuletzt auch Fritz/Seidler, EuZW 2010, 933 ff.

11 Gesetz zur Regionalisierung des öffentlichen Personennahverkehrs vom 27.12.1993, BGBl. I S. 2378, zuletzt geändert durch Gesetz vom 12.12.2007, BGBl. I, S. 2871.

12 Z. B. § 3 ÖPNVG-Bln; Art. 8 BayÖPNVG.

keineswegs nur den öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV)<sup>13</sup>, sondern auch Personenfernverkehre. Wenn in der Diskussion über die neue Verordnung der Fokus gleichwohl auf den Auswirkungen für den ÖPNV liegt, so ist dies nur allzu verständlich: Der deutsche Markt für Personenverkehrsleistungen im Vorort-, Stadt- und Regionalbereich genießt einen enormen wirtschaftlichen Stellenwert. Er verzeichnet einen Gesamtumsatz von jährlich ca. 20 Mrd. Euro.<sup>14</sup> Der größte Anteil davon wird durch Mittel der öffentlichen Hand gestellt.<sup>15</sup> Demgegenüber bietet der Personenfernverkehr dem intramodalen Wettbewerb nur geringe Anreize, weil die Zahl wirtschaftlich einträglicher Strecken begrenzt ist und öffentliche Zuschüsse vorrangig in den ÖPNV fließen. Der Personenfernverkehr ist deshalb weitgehend eigenwirtschaftlich geprägt. Wann das neue Vergaberechtsregime der VO 1370/2007 für die erfassten Bereiche des öffentlichen Personenverkehrs zur Anwendung kommt, soll nunmehr anhand nachfolgender Parameter dargestellt werden.

## 1. Kompensationsleistung für die Auferlegung gemeinwirtschaftlicher Pflichten

Die VO 1370/2007 knüpft die Vergabepflicht einer Verkehrsdienstleistung an das Vorliegen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages nach Art. 2 lit. i) VO 1370/2007. Im Sinne der VO 1370/2007 ist darunter ein Rechtsakt zu verstehen, der zur Auferlegung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen des Betreibers (...) führt, für die der Betreiber im Gegenzug einen Ausgleich erhält. Gewährt der Auftraggeber keine Kompensationsleistung, ist die VO 1370/2007 folglich nicht anwendbar, vgl. Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 2 und Art. 3 Abs. 1 sowie Art. 5 Abs. 1 VO 1370/2007. Das Tatbestandsmerkmal der Auferlegung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen darf indes nicht verwechselt werden mit den „gemeinwirtschaftlichen“ Verkehrsleistungen<sup>16</sup> i. S. d. § 13a PBefG<sup>17</sup>. Der Begriff der Gemeinwirtschaftlichkeit steht im PBefG für Verkehrsleistungen, deren Aufwand nicht durch Beförderungsentgelte und sonstige Unternehmenserträge im handels-

---

13 Öffentlicher Personenverkehr ist nach § 2 RegG die allgemein zugängliche Beförderung von Personen mit Verkehrsmitteln im Linienverkehr, die überwiegend dazu dient, die Verkehrsnachfrage im Stadt-, Vorort-, oder Regionalverkehr zu befriedigen.

14 Nach Linke, S. 52.

15 Linke, S. 53: „Nur rund 45 % des Gesamtumsatzes im ÖPNV-Markt stammen aus Fahrgeldeinnahmen“.

16 Saxinger, DVBl 2008, 668, 692: Gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen seien wesentlich weiter gefasst als gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen.

17 Personenbeförderungsgesetz vom 08.08.1990, BGBl. I S. 1690, zuletzt geändert durch Gesetz vom 05.04.2011, BGBl. I S. 554.

rechtlichen Sinne gedeckt wird, vgl. § 8 Abs. 4 PBefG. Durch die Rechtsprechung des BVerwG<sup>18</sup>, die der EuGH<sup>19</sup> in seiner „Altmark Trans“-Entscheidung gebilligt hat, galten als Unternehmenserträge auch Zuwendungen der öffentlichen Hand. Dies hat dazu geführt, dass Linienkonzessionen im straßengebundenen Personennahverkehr (ÖSPV) auch bei erheblichen öffentlichen Ausgleichszahlungen zumeist als eigenwirtschaftlich galten und deren Vergabe nicht der sog. Geringsste-Kosten-Verordnung<sup>20</sup> unterfiel, die eine Vergabe nach den Vorschriften der VOL/A noch als Regelfall vorsah. Die Vergabepflicht nach § 13a PBefG für gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen war daher in der Praxis nicht geeignet, den Wettbewerb im Bereich des ÖSPV zu gewährleisten.<sup>21</sup>

## 2. Private und öffentliche Unternehmen

Die Verordnung 1370/2007 unterscheidet nicht danach, ob die Unternehmen, die öffentliche Personenverkehrsdienste erbringen, privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich organisiert sind. Der Erwägungsgrund 12 der Verordnung stellt heraus, dass der europäische Gesetzgeber den Mitgliedstaaten nicht vorschreibt, in welcher Rechtsform die Verkehrsdienstleister organisiert sein sollen – es gilt vielmehr das Subsidiaritätsgebot des Art. 5 EUV. Das Ziel der Stärkung des gemeinschaftsweiten Wettbewerbs kann der europäische Gesetzgeber gerade nur dann erreichen, wenn er insbesondere auch Betreiber dem Wettbewerb unterwirft, die in den jeweiligen Mitgliedstaaten staatsnah organisiert sind.

## 3. Vorrang der allgemeinen Dienstleistungsrichtlinien

Das neue Vergaberecht findet aufgrund Art. 5 Abs. 1 VO 1370/2007 im Bereich des straßengebundenen Personenverkehrs – insbesondere in dem aus Wettbewerbssicht interessanten ÖSPV – grundsätzlich nur dann Anwendung, wenn der Auftrag die Voraussetzungen einer Dienstleistungskonzession im Sinne der

---

18 Vorlagebeschluss des BVerwG vom 06.04.2000 – 3 C 7/99 – NVwZ 2001, 320, 321 f.; Urt. vom 19.10.2006 – 3 C 33/05 – NVwZ 2007, 330 ff. („rechtssichere Teilbereichsausnahme“).

19 EuGH, Urt. vom 24.07.2003 – Rs. C-208/00 (Vorabentscheidungsverfahren Bundesverwaltungsgericht) – EuR 2003, 1037 ff. mit Anmerkung von Leibenath, EuR 2003, 1052 ff.

20 Verordnung zur Anwendung von § 13a Abs. 1 S. 3 des Personenbeförderungsgesetzes vom 15.12.2005, BGBl. I S. 1705.

21 Siehe auch Hertwig, Rn. 128; Tödtmann/Schauer, NVwZ 2008, 1, 6; Kulartz, NZBau 2001, 173, 174.

Richtlinien 2004/17/EG<sup>22</sup> und 2004/18/EG<sup>23</sup> erfüllt. Die Einordnung des Auftrages als Dienstleistungskonzession i. S. d. europäischen Vergaberechts hat gerade für den ÖSPV eine hohe praktische Bedeutung, denn der straßengebundene Personennahverkehr ist traditionell in der Hand vieler kleinerer und mittlerer privater Unternehmen.<sup>24</sup> Der europäische Gesetzgeber verfolgt mit der VO 1370/2007 damit das Ziel, die Lücke im europäischen Wettbewerb für Personenverkehrsdienstleistungen zu schließen, die bislang darin bestand, dass die europäischen Vergaberichtlinien die Erteilung einer solchen Dienstleistungskonzession vom Vergaberecht ausdrücklich ausnehmen.<sup>25</sup> Die Bereichsausnahme für den ÖSPV bedeutet für den Schienenpersonenverkehr, einschließlich des lukrativen Schienenpersonennahverkehrs (SPNV) im Umkehrschluss, dass Aufträge in diesem Bereich stets für eine wettbewerbliche Vergabe nach der VO 1370/2007 in Frage kommen.

#### 4. Vergabe außerhalb der neuen Wettbewerbsordnung

Eine wettbewerbliche Vergabe nach der VO 1370/2007 findet indes nicht statt, wenn der Auftraggeber den öffentlichen Dienstleistungsauftrag direkt vergibt.<sup>26</sup> Dies ist grundsätzlich in vier Fällen denkbar:

- Beauftragung eines internen Betreibers („Inhouse-Vergabe“, Art. 5 Abs. 2 VO),
- Aufträge mit geringem Volumen bzw. an kleine und mittlere Unternehmen (Art. 5 Abs. 4 VO),
- Direktvergabe zur Abwendung einer Notsituation (Art. 5 Abs. 5 VO),
- Aufträge im Eisenbahnverkehr (mit Ausnahme von: U-Bahn sowie Straßenbahn, Art. 5 Abs. 6 VO).

---

22 Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. L 134 vom 30.04.2004, S. 1 ff.

23 Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. L 134 vom 30.4.2004, S. 114 ff.

24 Im Einzelnen Wachinger, S. 10: Im Jahr 1999 existierten im ÖSPV 6.523 Verkehrsbetriebe; 86 Prozent von ihnen hatten weniger als 20 Mitarbeiter und 90 Prozent der Betriebe weniger als zehn Fahrzeuge.

25 Freilich kann der Rechtsprechung des EuGH spätestens seit der Entscheidung vom 6. 4. 2006 – Rs. C-410/04 „ANAV“ Rn. 22 – NZBau 2006, 326, 327 entnommen werden, dass das völlige Fehlen einer Ausschreibung bei der Vergabe einer Dienstleistungskonzession nicht den Anforderungen der Art. 49 und 56 AEUV und dem Nichtdiskriminierungsgrundsatz entspricht. Hierauf weist auch zutreffend jüngst Höfler hin, in: NZBau 2010, 73, 77.

26 Otting/Scheps, NVwZ 2008, 499, 500.