

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

# Inhaltsverzeichnis

|  |    |
|--|----|
| Einleitung und Gang der Darstellung .....  | 15 |
| Erster Teil: Die rechtlichen Rahmenbedingungen des<br>Art. 4 Abs. 5 VO 1370/2007 .....             | 17 |
| A. Das neue Sondervergaberecht für öffentliche Dienstleistungsaufträge<br>im Personenverkehr ..... | 18 |
| I. Anwendungsbereich des neuen Vergaberechts der VO 1370/2007 ....                                 | 18 |
| 1. Kompensationsleistung für die Auferlegung<br>gemeinwirtschaftlicher Pflichten .....             | 19 |
| 2. Private und öffentliche Unternehmen .....   | 20 |
| 3. Vorrang der allgemeinen Dienstleistungsrichtlinien .....  | 20 |
| 4. Vergabe außerhalb der neuen Wettbewerbsordnung .....  | 21 |
| 5. Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte .....   | 23 |
| II. Übergangsregelungen .....  | 24 |
| 1. Verbindliche Anwendung der Vergaberegeln .....  | 24 |
| 2. Verfahrensrechtliche Vorwirkungen der VO 1370/2007 .....  | 24 |
| B. Die Rechtsnatur des öffentlichen Dienstleistungsauftrags .....                                  | 26 |
| I. Die Legaldefinition in der VO 1370/2007 .....   | 27 |
| II. Die Transformation ins deutsche Recht .....  | 27 |
| 1. Gewährung eines ausschließlichen Rechts bzw. einer<br>Ausgleichsleistung .....                  | 28 |
| a. Im Personenbeförderungsrecht (PBefG) .....  | 28 |
| b. Im Eisenbahnrecht (AEG) .....   | 30 |
| 2. Bestimmung der „zuständigen Behörde“ i. S. d. VO 1370/2007 ...                                  | 32 |
| a. Legaldefinitionen in Art. 2 lit. b) und c) VO 1370/2007 .....                                   | 33 |
| b. Die Zuständigkeitsregelungen nach gegenwärtiger<br>Rechtslage .....                             | 33 |
| aa. Verkehre i. S. d. PBefG .....  | 33 |
| bb. Schienengebundener Personenverkehr (AEG) .....   | 34 |
| c. Umsetzungsprobleme mit Inkrafttreten der VO 1370/2007 .....                                     | 35 |
| aa. Interventionsrecht im Sinne von<br>Art. 2 lit. b) VO 1370/2007 .....                           | 35 |
| bb. Problematische Doppelzuständigkeit nach PBefG und<br>RegG .....                                | 37 |

|                               |    |
|-------------------------------|----|
| d. Lösungsmöglichkeiten ..... | 39 |
| aa. De lege lata .....        | 39 |
| bb. De lege ferenda .....     | 42 |
| e. Zusammenfassung .....      | 44 |
| C. Fazit .....                | 44 |

Zweiter Teil: Die Betriebsübergangspflicht nach

Art. 4 Abs. 5 S. 1 VO 1370/2007 im Kontext des

europäischen Rechts .....

|   |    |
|---|----|
| A. Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten und Unionsgrundrechten ..... | 48 |
|---|----|

|                          |    |
|--------------------------|----|
| I. Grundfreiheiten ..... | 48 |
|--------------------------|----|

|   |    |
|---|----|
| 1. Die Bindung des europäischen Gesetzgebers an die Grundfreiheiten ..... | 49 |
|---|----|

|  |    |
|--|----|
| 2. Vereinbarkeit mit den Grundsätzen der Dienstleistungsfreiheit ... | 51 |
|--|----|

|   |    |
|---|----|
| a. Ausschlusskriterium: dauerhafte Integration in einem anderen Mitgliedstaat ..... | 51 |
|---|----|

|  |    |
|--|----|
| aa. Innerstaatlicher Personenverkehr ..... | 52 |
|--|----|

|   |    |
|---|----|
| bb. Grenzüberschreitender Personenverkehr ..... | 55 |
|---|----|

|                            |    |
|----------------------------|----|
| cc. Zwischenergebnis ..... | 57 |
|----------------------------|----|

|  |    |
|--|----|
| b. Dienstleistungsfreiheit im Verkehrssektor (Art. 58 Abs. 1 AEUV) ..... | 57 |
|--|----|

|  |    |
|--|----|
| 3. Verstoß gegen die Grundsätze der Niederlassungsfreiheit ..... | 60 |
|--|----|

|  |    |
|--|----|
| a. Schutzbereich der Grundfreiheit ..... | 61 |
|--|----|

|   |    |
|---|----|
| b. Diskriminierung / Beschränkung der Grundfreiheit ..... | 62 |
|---|----|

|  |    |
|--|----|
| aa. Durch die sekundärrechtliche Ermächtigungsnorm ..... | 62 |
|--|----|

|  |    |
|--|----|
| bb. Durch Anwendung der Regelung im Einzelfall ..... | 64 |
|--|----|

|                           |    |
|---------------------------|----|
| c. Zwischenergebnis ..... | 64 |
|---------------------------|----|

|  |    |
|--|----|
| 4. Verstoß gegen die Grundsätze der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV) ..... | 64 |
|--|----|

|                             |    |
|-----------------------------|----|
| II. Unionsgrundrechte ..... | 65 |
|-----------------------------|----|

|  |    |
|--|----|
| 1. Unternehmerfreiheit (Art. 16 GR-Charta) ..... | 66 |
|--|----|

|                        |    |
|------------------------|----|
| a. Schutzbereich ..... | 66 |
|------------------------|----|

|                   |    |
|-------------------|----|
| b. Eingriff ..... | 68 |
|-------------------|----|

|                         |    |
|-------------------------|----|
| c. Rechtfertigung ..... | 69 |
|-------------------------|----|

|  |    |
|--|----|
| aa. Art. 4 Abs. 5 S. 1 VO 1370/2007 als Schranke der Unternehmerfreiheit ..... | 69 |
|--|----|

|  |    |
|--|----|
| bb. Verhältnismäßigkeitsgebot als Schranken-Schranke ..... | 69 |
|--|----|

|  |    |
|--|----|
| (1) Verfolgung eines zulässigen Zieles ..... | 70 |
|--|----|

|                        |    |
|------------------------|----|
| (2) Geeignetheit ..... | 72 |
|------------------------|----|

|                            |    |
|----------------------------|----|
| (3) Erforderlichkeit ..... | 73 |
|----------------------------|----|

|  |     |
|--|-----|
| (4) Angemessenheit .....   | 74  |
| (a) Benachteiligung von Wettbewerbern mit<br>geringeren Lohnkosten .....                   | 74  |
| (b) Verstoß gegen das Wettbewerbsprinzip im<br>Vergaberecht .....                          | 75  |
| (c) Verletzung der unternehmerischen<br>Vertragsfreiheit .....                             | 77  |
| 2. Allgemeiner Gleichheitssatz gem. Art. 20 GR-Charta .....                                | 78  |
| a. Vorliegen einer Ungleichbehandlung .....  | 78  |
| b. Rechtfertigung .....  | 79  |
| B. Europäisches Wettbewerbsrecht .....   | 80  |
| C. Verhältnis zum übrigen Sekundärrecht .....  | 82  |
| I. Vergaberichtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG .....                                      | 83  |
| II. Dienstleistungsrichtlinie (2006/123/EG) .....  | 84  |
| III. Arbeitnehmerentsende-Richtlinie (96/71/EG) .....                                      | 84  |
| IV. Betriebsübergangsrichtlinie (2001/23/EG) .....   | 85  |
| D. Fazit .....   | 86  |
| Dritter Teil: Rechtspraktische Umsetzung der   |     |
| Betriebsübergangspflicht .....   | 89  |
| A. Die Reichweite des behördlichen Gestaltungsspielraumes .....                            | 89  |
| I. Sachlicher Anwendungsbereich .....  | 89  |
| 1. Anwendung auch bei Dienstleistungsaufträgen nach allg.<br>Vergaberecht .....            | 89  |
| 2. Anwendung bei Verzicht auf ein wettbewerbliches<br>Vergabeverfahren .....               | 92  |
| a. Art. 5 Abs. 2 S. 1 Fall 1 VO 1370/2007: Eigenerbringung .....                           | 92  |
| b. Art. 5 Abs. 2 S. 1 Fall 2 VO 1370/2007: Vergabe an rechtlich<br>getrennte Einheit ..... | 94  |
| c. Art. 5 Abs. 4 bis 6 VO 1370/2007: Direktvergaben .....                                  | 94  |
| II. Weitere Tatbestandsvoraussetzungen des<br>Art. 4 Abs. 5 VO 1370/2007 .....             | 95  |
| III. Entschließungsermessen des Auftraggebers .....  | 95  |
| 1. Wortlaut und Genese der Norm .....  | 95  |
| 2. Die Betriebsübergangsregelung als politisches<br>Gestaltungsinstrument .....            | 96  |
| IV. Auswahlermessen .....  | 97  |
| 1. Betriebsübergang mit beschränkter Rechtsfolge .....                                     | 98  |
| 2. Betriebsübergang mit erweiterter Rechtsfolge .....                                      | 100 |
| B. Die Umsetzung der Betriebsübergangspflicht .....  | 101 |

|   |   |     |
|---|---|-----|
| I.  | Vertragliche Bedingung für die Auftragsausführung .....                           | 102 |
| 1.  | Zustimmungsbedürftigkeit des Arbeitgeberwechsels .....                            | 102 |
| 2.  | Vergaberechtliche Einordnung der Selbstverpflichtung .....                        | 103 |
| II.   | Behördliche Anordnung .....   | 104 |
| III.  | Bewertung und Anwendung auf die einzelnen Fallgestaltungen .....                  | 106 |
| 1.  | Einseitige öffentliche Dienstleistungsaufträge .....                              | 107 |
| 2.  | Zweiseitige öffentliche Dienstleistungsaufträge .....                             | 108 |
| C.  | Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer .....  | 110 |
| D.  | Unterrichtung über die Folgen des Betriebsübergangs .....                         | 111 |
| E.  | Die Ermittlung der von Art. 4 Abs. 5 VO 1370/2007 erfassten<br>Arbeitnehmer ..... | 113 |
| I.  | Arbeitnehmer i. S. d. Art. 4 Abs. 5 S. 1 VO 1370/2007 .....                       | 113 |
| II.   | Zuordnung der Arbeitnehmer .....  | 115 |
| 1.  | Vorgaben des Art. 4 Abs. 5 S. 1 VO 1370/2007 .....                                | 115 |
| 2.  | Problemfall: Zuordnung von „Springern“<br>(flexibler Personaleinsatz) .....       | 116 |
| F.  | Fazit .....   | 119 |
|   |   |     |
| Vierter Teil: Die Gewährleistung von Informationsrechten im<br>Anwendungsbereich des Art. 4 Abs. 5 VO 1370/2007 ..... |   |     |
|   |   | 121 |
| A.  | Problemstellung .....   | 121 |
| B.  | Die Begründung von Informationsrechten der neuen Bieter .....                     | 122 |
| I.  | Das Gleichbehandlungsgebot aus europäischer Sicht .....                           | 122 |
| II.   | Das Gleichbehandlungsgebot aus deutscher Sicht .....                              | 124 |
| III.  | Umgang mit Informationsvorsprüngen im Vergabeverfahren .....                      | 125 |
| 1.  | Bisherige Fälle von Informationsvorsprüngen einzelner Bieter ...                  | 126 |
| 2.  | Der Informationsvorsprung bei Art. 4 Abs. 5 S. 1 VO 1370/2007 ...                 | 127 |
| IV.   | Rechtsgrundlagen für Informationsansprüche .....                                  | 129 |
| 1.  | Art. 4 Abs. 5 S. 2 VO 1370/2007 .....   | 129 |
| 2.  | § 7 Abs. 1 VOL/A .....  | 131 |
| 3.  | § 7 Abs. 1 VOL/A im Verhältnis zu Art. 4 Abs. 5 S. 2 VO<br>1370/2007 .....        | 132 |
| C.  | Die Informationserhebung beim Altbetreiber .....                                  | 133 |
| I.  | Normalfall: Kooperationsbereitschaft des bisherigen Betreibers .....              | 133 |
| II.   | Ausnahmefall: Fehlende Mitwirkung des bisherigen Betreibers .....                 | 134 |
| III.  | Auskunftsansprüche de lege ferenda .....  | 136 |
| D.  | Der Offenlegungsumfang nach Art. 4 Abs. 5 S. 2 VO 1370/2007 .....                 | 137 |
| I.  | Beschränkung des Offenlegungsumfangs nach Sinn und Zweck<br>der Norm .....        | 138 |
| II.   | Beschränkung aufgrund datenschutzrechtlicher Vorgaben .....                       | 139 |

|   |     |
|---|-----|
| 1. Datenübermittlung durch den Arbeitgeber .....                                      | 140 |
| a. Datenübermittlung nach den allgemeinen Vorschriften des<br>BDSG .....              | 140 |
| b. Rechtfertigung der Datenübermittlung nach<br>Art. 4 Abs. 5 S. 2 VO 1370/2007 ..... | 142 |
| 2. Datenerhebung und -verarbeitung durch die zuständige<br>Behörde .....              | 144 |
| E. Fazit .....  | 144 |
| Fünfter Teil: Rechtsschutz gegen eine Maßnahme nach                                   |     |
| Art. 4 Abs. 5 S. 1 VO 1370/2007 .....   | 147 |
| A. Rechtsschutz aus Bietersicht .....   | 147 |
| I. Rechtsschutzfähigkeit der Betriebsübergangsregelung .....                          | 148 |
| II. Welcher Rechtsweg ist gegenwärtig eröffnet? .....                                 | 151 |
| 1. Vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren gem.<br>§§ 102 ff. GWB .....              | 151 |
| a. Direkte Anwendung der §§ 102 ff. GWB .....   | 151 |
| b. Analoge Anwendung der §§ 102 ff. GWB .....   | 152 |
| c. Zuständigkeitsbegründung durch Selbstbindung des<br>Auftraggebers .....            | 153 |
| d. Umsetzungsbemühungen des deutschen Gesetzgebers .....                              | 154 |
| 2. Verwaltungsgerichtlicher/zivilgerichtlicher Rechtsschutz .....                     | 155 |
| a. Unmittelbarer Vollzug der Betriebsübergangsmaßnahme<br>durch Verwaltungsakt .....  | 156 |
| b. Umsetzung durch Ausführungsbedingung im<br>Verkehrsvertrag .....                   | 157 |
| c. Rechtsschutzanforderungen im verwaltungsgerichtlichen<br>Verfahren .....           | 158 |
| B. Rechtsschutz zur Durchsetzung materieller Rechte aus<br>Arbeitnehmersicht .....    | 163 |
| C. Drittbindungswirkung der Zuschlagsentscheidung .....                               | 165 |
| D. Fazit .....  | 166 |
| Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse .....                                      | 169 |
| Ausblick .....  | 175 |
| Literaturverzeichnis .....  | 177 |