

Autor: Schröder, Holger
Seite: 36
Ressort: Ausschreibung und Vergabe
Gattung: Wochenzeitung

Jahrgang: 2019
Nummer: 1
Auflage: 12.215 (gedruckt) 11.513 (verkauft)
 12.169 (verbreitet)

Arbeitsverträge müssen nicht ausgeschrieben werden

Expertenbeitrag: Personalbeschaffung

Das EU-Vergaberecht gilt nicht beim Abschluss von Arbeitsverträgen. Öffentliche Auftraggeber dürfen ihr Personal anstellen, ohne vergaberechtliche Aspekte beachten zu müssen. Anders sieht es aus, wenn sie Personal im Rahmen einer Dienstleistung beschaffen. Dann gilt wiederum eine Ausschreibungspflicht. Und entsprechende Vorgaben.

Holger Schröder, Rechtsanwalt und Partner Rödl & Partner, Nürnberg
 Nürnberg. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen legt für das EU-Vergaberecht ausdrücklich fest, dass der Bereich der Arbeitsverträge ausgenommen ist. Ausschreibungsfrei ist auch der Abschluss von Arbeitsverträgen im Unterschwellenbereich. Die Ausnahme des Bereichs Arbeitsverträge ist in der EU-Vergaberechtsrichtlinie – Artikel 10 Buchstabe g geregelt.

Die Begründung: Im Unterschied zum vergaberechtpflichtigen öffentlichen Dienstleistungsauftrag „beschafft“ der öffentliche Auftraggeber beim Abschluss von Arbeitsverträgen das Personal, um seine eigenen Aufgaben erledigen zu können. Bei einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag hingegen bezieht er Personal von einem am Markt tätigen Unternehmen.

Vergaberecht soll Arbeitgeber nicht behindern

Das europäische Vergaberecht hat schon seit jeher nur Dienstleistungen erfassen wollen, die aufgrund von öffentlichen Aufträgen erbracht werden. Andere Grundlagen für Dienstleistungen, wie etwa Gesetze oder eben Arbeitsverträge, wurden und werden nicht erfasst. Denn der Abschluss eines Arbeitsver-

trags bedeutet ein engeres Pflichtenverhältnis als dies bei einem reinen Dienstleistungsvertrag der Fall ist. Letztlich soll das Vergaberecht den Arbeitgeber nicht daran hindern, seiner personellen Auswahlentscheidung auch subjektive und persönliche Eindrücke zugrunde zu legen.

Ein ausschreibungsfreier Arbeitsvertrag liegt nach der europäischen Rechtsprechung daher vor, wenn sich eine natürliche Person gegenüber einem öffentlichen Auftraggeber verpflichtet, unter seiner Leitung und Anweisungen gegen Entgelt zu arbeiten. Der nordrhein-westfälische Vergabesenat hat im Jahr 2002 definiert, wer ein Arbeitnehmer ist. Es ist derjenige, der Dienstleistungen in persönlicher Abhängigkeit verrichtet und dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Dieses gilt für Zeit, Ort und Art der zu verrichtenden Arbeit.

Ein Arbeitnehmer ist also in eine fremde Herrschafts- und betriebliche Risikosphäre – die des Arbeitgebers – eingegliedert. Ob das Arbeitsverhältnis zivil- oder öffentlich-rechtlich – wie im Fall von Beamten –, befristet oder unbefristet gestaltet ist, spielt keine Rolle. Letzteres hat der Europäische Gerichtshof in einem Urteil vom 25. Oktober 2018 klargestellt.

Das Vergaberecht gilt allerdings, wenn eine natürliche Person nicht der Weisung und Leitung des öffentlichen Auftraggebers unterworfen ist. Dann liegt ein vergaberechtpflichtiger öffentlicher Dienstleistungsauftrag vor.

Überlassung von Arbeitskräften ist nicht vergaberechtsfrei

Ein Beispiel: Ein öffentlicher Auftraggeber will einen Managementvertrag zur kaufmännischen Betriebsführung seines

Hallenbads abschließen. Enthalten ist auch der Posten eines Betriebsleiters, den die Managementgesellschaft stellen muss. Somit liegt ein ausschreibungspflichtiger öffentlicher Dienstleistungsauftrag vor, kein Arbeitsvertrag.

Die Überlassung von Arbeitskräften nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) ist nicht ausnahmsweise vergaberechtsfrei. Denn der Arbeitsvertrag wird dort nicht zwischen dem entliehenen Arbeitnehmer und dem öffentlichen Auftraggeber als Entleiher begründet. Vielmehr besteht das Arbeitsverhältnis nur zum Verleiher, der am Markt personelle Dienstleistungen im Rahmen des AÜG anbietet. Das Gleiche gilt entsprechend auch für sonstige Formen der vertraglichen Personalüberlassung.

Umstritten ist, ob auch Anstellungsverträge für Mitglieder der Geschäftsleitung eines öffentlichen Unternehmens vom Vergaberecht ausgenommen sind. Nach Sinn und Zweck der vergaberechlichen Freistellung müssen auch solche Anstellungsverträge ausschreibungsfrei sein. Und zwar völlig gleich, ob etwa der Geschäftsführer irgendwelchen Weisungen unterliegt oder nicht. Denn auch bei der Auswahl von Mitgliedern einer Geschäftsleitung sind personenbezogene und auf höchstpersönliche Leistung gerichtete Aspekte entscheidend. Außerdem versagt Artikel 45 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) einem Geschäftsleitungsmitglied nicht automatisch den Status eines Arbeitnehmers.