

Stolz Goldbrunner Klein Rechtsanwälte PartG mbB
Nymphenburger Str. 179, 80634 München

Fraunhofer-Gesellschaft zur Förderung
der angewandten Forschung e.V.
Hansastraße 27c

80686 München

Bernhard Stolz
Fachanwalt für Vergaberecht
und Bau- & Architektenrecht

Loni Goldbrunner
Fachwältin für Vergaberecht

Quirin Klein
Fachanwalt für Vergaberecht

Stolz Goldbrunner Klein
Rechtsanwälte PartG mbB
Nymphenburger Str. 179
80634 München

22.09.2023
152/23 BS09
D3/11-23/bz

t 089/4522 977-0
f 089/4522 977-20
kanzlei@sgk-vergaberecht.de
www.stolzgoldbrunnerklein.de

Rechtliche Stellungnahme

zur Frage, ob der Betriebsrat der Fraunhofer-Gesellschaft zur Förderung der angewandten Forschung e.V. (FhG) bei der Vergabe von Aufträgen vergaberechtliche Vorschriften beachten muss.

A) Aufgabenstellung und betriebsverfassungsrechtlicher Rahmen

Es soll im Auftrag der FhG geprüft werden, ob der Betriebsrat der FhG bei der Vergabe von Aufträgen im Rahmen seiner gesetzlichen Aufgaben nach dem BetrVG (z.B. für Fortbildungen, Rechtsberatung etc.) vergaberechtliche Vorschriften zu beachten hat. Dabei soll unterstellt werden, dass die FhG selbst öffentlicher Auftraggeber nach dem Kartellvergaberecht (§ 99 Nr. 2 GWB) ist. Da die FhG außerdem Zuwendungen zur institutionellen Förderung durch den Bund erhält, ist sie nach den hierfür geltenden Allgemeinen Nebenbestimmungen (ANBest-I) auch außerhalb des Anwendungsbereichs des Kartellvergaberechts zur Beachtung vergaberechtlicher Vorschriften (im Dienstleistungsbereich nach der UVgO) verpflichtet (3.1 ANBest-I). Außerdem sind nach Ziffer 1.1 ANBest-I Zuwendungen wirtschaftlich und sparsam zu verwenden.

§ 40 Abs. 1 BetrVG bestimmt, dass der Arbeitgeber die durch die Tätigkeit des Betriebsrats entstehenden Kosten trägt. Nach § 40 Abs. 2 BetrVG hat der Arbeitgeber u.a. die für die Sitzungen, die Sprechstunden und die laufende Geschäftsführung erforderlichen sachlichen Mittel und Informations- und Kommunikationstechnik zur Verfügung zu stellen. Im Fall des Abs. 2 trifft den Arbeitgeber die Beschaffungs- und Überlassungspflicht. Im Fall des Abs. 1 trifft ihn dagegen die Pflicht die vom Betriebsrat eingegangenen Verbindlichkeiten zu begleichen. Der Betriebsrat ist im Rahmen des ihm gesetzlich übertragenen Wirkungskreises teilrechts- und teilvermögensfähig (BGH Urt. v. 25.10.2012 - III ZR 266/11 - BGHZ 195, 174 Rdnr. 16). Die partielle Teil- und Vermögensfähigkeit besteht insoweit, als das Betriebsverfassungsgesetz rechtliche Ansprüche zur Erstattung von erforderlichen Kosten der Betriebsratsarbeit vorsieht (BGH a.a.O.). Auf dieser Rechtsgrundlage kann der Betriebsrat im eigenen Namen mit Dritten wirksame Verträge schließen (BGH a.a.O.). Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat von den Verbindlichkeiten aus diesen Vereinbarungen freizustellen (BAG v. 29.07.2009 - 7 ABR 95/07). Das gilt aber nur, soweit die vereinbarte Leistung zur Erfüllung der Aufgaben des Betriebsrats *erforderlich* ist (§ 40 Abs.1 BetrVG), das versprochene Entgelt *angemessen*, d.h. auf das notwendige Maß beschränkt ist (BAG, Beschl. v. 27.05.2015 - 7 ABR 26/13 m.w.N.) und dem Anspruch ein ordnungsgemäß gefasster Beschluss des Betriebsrats (§ 33 BetrVG) zu Grunde liegt. Grundsätzlich erfasst sein können Kosten für Schulungs- und Fortbildungsveranstaltungen (§ 37 Abs. 6 BetrVG), sofern das bei der Schulung vermittelte Wissen für die Betriebsratsarbeit erforderlich ist, sowie hiermit verbundene Reise-, Übernachtungs- und Verpflegungskosten, Rechtsanwaltskosten für Streitigkeiten zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber genauso wie zwischen einzelnen Mitgliedern oder zwischen dem Betriebsrat und anderen Organen oder Kosten für die Heranziehung eines Sachverständigen, soweit der Arbeitgeber zugestimmt hat (§ 80 Abs. 3 Satz 1 BetrVG). Erforderlich und ausreichend für eine Kostentragungspflicht des Arbeitgebers ist in allen diesen Fällen, dass der Betriebsrat die Kosten im Zeitpunkt ihrer Entstehung bei gewissenhafter Abwägung aller Umstände für erforderlich halten durfte, um seine Aufgaben sachgerecht erfüllen zu können. Bei der Prüfung dieser Frage hat der Betriebsrat einen gewissen Beurteilungsspielraum (BAG Beschl. v. 17.11.2021 - 7 ABR 27/20).

B) Anwendung des Kartellvergaberechts

Die gesetzliche Verpflichtung zur Beachtung der vergaberechtlichen Vorschriften nach §§ 97 ff GWB besteht nur für Auftraggeber nach § 98 GWB. In dieser Vorschrift werden als Auftraggeber öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99 GWB, Sektorauftraggeber im Sinne des § 100 GWB und Konzessionsgeber im Sinne des § 101 GWB genannt. Die Tatbestände der Auftraggebereigenschaft sind für das deutsche Kartellvergaberecht in den §§ 98 - 102 GWB abschließend definiert (Dörr in: Burgi/Dreher, 3. Aufl., § 98 GWB, Rn. 21). In Bezug auf den nach der Aufgabenstellung zu prüfenden Betriebsrat der FhG kommt allein die öffentliche Auftraggebereigenschaft nach § 99 Nr. 2 GWB in Betracht.

I. Öffentliche Auftraggebereigenschaft nach § 99 Nr. 2, 2. Hs. GWB

1. Zu prüfende Voraussetzungen

Nach § 99 Nr. 2 GWB sind öffentliche Auftraggeber

"juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, sofern

- a) sie überwiegend von Stellen nach Nummer 1 oder 3 einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise finanziert werden,
- b) ihre Leitung der Aufsicht durch Stellen nach Nummer 1 oder 3 unterliegt oder
- c) mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe durch Stellen nach Nummer 1 oder 3 bestimmt worden sind;

dasselbe gilt, wenn diese juristische Person einer anderen juristischen Person des öffentlichen oder privaten Rechts einzeln oder gemeinsam mit anderen die überwiegende Finanzierung gewährt, über deren Leitung die Aufsicht ausübt oder die Mehrheit der Mitglieder eines zur Geschäftsführung oder Aufsicht berufenen Organs bestimmt hat, ..."

Da für die Prüfung unterstellt werden soll, dass die FhG selbst öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 2 GWB ist, sind in Bezug auf deren Betriebsrat die Voraussetzungen des § 99 Nr. 2, 2. Hs. GWB zu prüfen.

Dabei könnte der Wortlaut von § 99 Nr. 2, 2. Hs. GWB so verstanden werden, dass die „beherrschte Einrichtung“ (hier der Betriebsrat) selbst nicht die Voraussetzung der Tätigkeit im Allgemeininteresse nichtgewerblicher Art erfüllen muss. Dafür könnte auch der Sinn und Zweck der Norm sprechen, da diese nach allgemeiner Auffassung der Vermeidung von Umgehungskonstellationen dient (vgl. Pünder in: Pünder/Schellenberg, 3. Aufl., § 99 GWB Rn. 65 m.w.N.).

Es ist jedoch zu beachten, dass mit dieser Vorschrift Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 der Richtlinie 2014/24/EU umgesetzt wurde und die Vorschrift damit europarechtskonform auszulegen ist (Ziekow in: Ziekow/Völlink, 3. Aufl., § 99 GWB, Rn. 35).

Die zugrundeliegende Regelung in Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 der Richtlinie 2014/24/EU lautet:

„Einrichtungen des öffentlichen Rechts“ [sind] Einrichtungen mit sämtlichen der folgenden Merkmale:

- a) Sie wurden zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen,
- b) sie besitzen Rechtspersönlichkeit und

c) sie werden überwiegend vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert oder unterstehen hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht dieser Gebietskörperschaften oder Einrichtungen, oder sie haben ein Verwaltungs-, Leitungs- beziehungsweise Aufsichtsorgan, das mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind;

Aus dieser Regelung wird deutlich, dass die Voraussetzung der Tätigkeit im Allgemeininteresse nichtgewerblicher Art immer, also auch dann geprüft werden und vorliegen muss, wenn die zu beurteilende Einrichtung von einer anderen „öffentlichen Einrichtung“, die diese Merkmale erfüllt, also einem anderen öffentlichen Auftraggeber nach § 99 Nr. 2 GWB „beherrscht“ wird (so auch EuGH Urt.v.05.10.2017 - C-567/15 – „VLRD“ und Urt. 15.01.1998 - C-44/96 – „Mannesmann Anlagenbau“; Frenz, Vergaberecht EU und National, Rn. 1044; Ziekow, a.a.O., § 99 GWB Rn. 55)

Zu berücksichtigen ist dabei auch, dass von einem weitergehenden persönlichen Anwendungsbereich des deutschen Vergaberechts nicht auszugehen ist. Denn der deutsche Gesetzgeber hat mit der letzten Vergaberechtsreform ausdrücklich eine „1:1 Umsetzung“ der Richtlinie 2014/24/EU verfolgt (vgl. Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts, Beschluss des Bundeskabinetts vom 07.01.2015).

Es sind mithin auch in Bezug auf den Betriebsrat der FhG sämtliche Tatbestandsmerkmale nach § 99 Nr. 2, 1. Hs. GWB zu prüfen. Die öffentliche Auftraggebereigenschaft nach dieser Vorschrift ist nur gegeben, wenn diese Voraussetzungen kumulativ vorliegen (EuGH Urt.v. 22.05.2003 - C-18/01 - EuGHE I 2003, 5321 - Korhonen - Rn. 32; Urt. v. 15.01.1998 - C-44/96 - NJW 1998, 3261 -Rn. 20).

2. Juristische Person

Der Betriebsrat ist keine juristische Person (LAG Berlin-Brandenburg Beschl.v. 09.03.2016 - 24 TaBV 1939/15 mwN). Er ist aber im Rahmen seines gesetzlichen Wirkungskreises teilrechtsfähig (BGH Urt. v. 25.10.2012 - III ZR 266/11 - BGHZ 195, 174 Rdnr. 16). Insoweit kann er bei Beschaffungen die Rechtsposition des Auftraggebers einnehmen und fällt damit unter den weit auszulegenden Begriff der juristischen Person (OLG Celle VergabeR 207, 86, 87).

3. Im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art

Der Betriebsrat müsste zu dem Zweck gegründet worden sein, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen.

a) Im Allgemeininteresse liegende Aufgabe

(1) Allgemeine Grundsätze

- (a) Es handelt sich bei dieser Voraussetzung um ein eigenständig zu prüfendes Tatbestandsmerkmal, das nicht identisch mit dem Kriterium des nichtgewerblichen Charakters der Aufgabe ist (Ziekow, a.a.O., § 99 GWB, Rn. 42; Frenz, a.a.O., Rn. 1047; Eschenbruch in:

KIKI PIP, § 99 GWB, Rn. 76). Was im Allgemeininteresse liegende Aufgaben im Sinne dieser Vorschrift sind, ist nicht normiert. Der

"Begriffskern" ist deshalb aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs abzuleiten (Masing, in: Reidt/Stickler/Glahs, 4. Aufl., § 99 GWB).

- (b) Nach der Rechtsprechung des EuGH liegen im Allgemeininteresse solche Aufgaben, welche hoheitliche Befugnisse, die Wahrnehmung der Belange des Staates und damit letztlich *Aufgaben betreffen, welche der Staat selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte* (EuGH, Urte. v. 10.04.2008 – C-339/06; EuGH, Urte. v. 10.05.2001 – C-223/99 und 260/99). Dies ist insbesondere bei solchen *Aufgaben* anzunehmen, *die eng mit dem institutionellen Funktionieren des Staates verknüpft sind* (EuGH, Urte. v. 15.01.1998 – C-44/96). Es geht mithin um das *Interesse der Gesamtheit der Bevölkerung, die Förderung von Gemeinwohlbelangen und nicht des privaten Interesses Einzelner oder einer Personengruppe* (Frenz, a.a.O., Rn. 1039). Es ist eine *Aufgabe im Gemeinwohlinteresse gemeint, das von einer privaten Individual- oder Gruppennützigkeit zu unterscheiden ist*. Entscheidend ist insoweit die hoheitliche Definition des verfolgten Interesses. Es geht um einen Aufgabenbereich, der aufgrund einer besonderen staatlichen Aufgabenstellung speziellen rechtlichen Regeln unterliegt und sich dadurch vom Bereich der individuellen Zweckverfolgung, der lediglich den allgemeinen Regeln unterliegt, unterscheidet. Gemeint sind *"genuin staatliche oder staatlich definierte Aufgaben"* (Dörr, a.a.O., § 99 GWB, Rn. 26; ebenso Ziekow, a.a.O., § 99 GWB, Rn. 55).

Die Aufgabe muss dadurch gekennzeichnet sein, dass ihre Erfüllung der staatlichen Sphäre zugerechnet werden kann. Dies verlangt, dass der Staat oder eine Gebietskörperschaft die Aufgabenerfüllung auch dann zur eigenen Sache macht, wenn die primäre Erfüllungslleistung von einem Privaten erbracht werden soll, der Staat sich aber Einfluss auf die Leistungserbringung erhalten will. Es bedarf also einer fortbestehenden staatlichen Gewährleistungsverantwortung (Ziekow, a.a.O., § 99 GWB, Rn. 55).

Fehlt es an einer gesetzlich begründeten Vermutungswirkung, so bedarf es einer positiven Feststellung, dass die von der betreffenden juristischen Person erfüllte Aufgabe eine im Allgemeininteresse liegende ist. Als im Allgemeininteresse liegende Aufgaben wird man dabei alle Tätigkeitsbereiche auffassen müssen, die sich einer vollständigen materiellen Privatisierung entziehen, weil die Aufgabenstellung nicht vollständig staatsfrei erfolgen kann oder soll. Kann und/oder will der Staat das "ob" oder zumindest das "wie" der Aufgabenerfüllung nicht vollständig aus seinem Verantwortungsbereich entlassen, so ist die Aufgabe seiner Sphäre zuzurechnen und unterfällt § 99 Nr. 2 GWB. Das Verbleiben der Aufgabe hinsichtlich des "wie" ihrer Erfüllung kann beispielsweise daran abgelesen werden, dass der Aufgabenwahrnehmung eine detaillierte, staatlicherseits vorgegebene Planung zugrunde liegt und der Staat Weisungen hinsichtlich der Aufgabenerfüllung erteilen kann (Ziekow, a.a.O., § 99 GWB, Rn. 56 unter Verweis auf EuGH, NZBau 2004, 223, Rz. 85).

(c) Für privatrechtliche juristische Personen bedarf es der positiven Feststellung der Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben (Ziekow, a.a.O., § 99 GWB, Rn. 55, m.w.N.). Dabei ist zu berücksichtigen, dass z.B. eine 100%-ige Eigengesellschaft eines öffentlichen Auftraggebers nicht automatisch dessen Ausrichtung auf die Erfüllung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben teilt. Vielmehr ist das Vorliegen dieser Voraussetzung für die Tochtergesellschaft eigenständig zu prüfen (Ziekow, a.a.O., § 99 GWB, Rn. 55, m.w.N.). Nur wenn die Tätigkeit der fraglichen Einrichtung eine Voraussetzung dafür ist, dass das "beherrschende Unternehmen" seine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe erfüllen kann, ist auch bei dieser von einer Tätigkeit im Allgemeininteresse auszugehen (vgl. EuGH Urt.v.05.10.2017-C-567/15 – VLRD Rn. 38 f.).

(d) Das LAG Berlin-Brandenburg (Beschl. v. 09.03.2016 - 24 TaBV 1939/15) ist zu dem Ergebnis gelangt, dass ein Betriebsrat auch dann keine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB erfüllt, wenn dies auf das Unternehmen selbst zutrifft. Wörtlich hat es hierzu ausgeführt:

"cc) Hiernach erfüllt zwar die Arbeitgeberin als soziales Wohnungsbaunternehmen als Träger der allgemeinen Daseinsvorsorge Aufgaben im Allgemeininteresse. Die bei einem öffentlichen Auftraggeber iSd § 98 GWB sowie des Unionsrechts gebildete Arbeitnehmervertretung erfüllt jedoch nicht allgemeinnützige Aufgaben im Sinne des Vergaberechts. Die Aufgaben eines Betriebsrates ergeben sich allein aus den einzelnen Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes. Diese gelten in gleicher Weise unabhängig davon, ob der jeweilige Arbeitgeber Aufgaben im Allgemeininteresse erfüllt oder nicht. Die Aufgabe, Befugnisse und Kompetenzen eines Betriebsrates haben mit Ausnahme der im Betriebsverfassungsgesetz selbst geregelten Modalitäten (z.B. § 118 BetrVG) keine Relation zu den jeweiligen Aufgaben und Zielsetzungen des Arbeitgebers.

(1) Das Betriebsverfassungsgesetz nennt die Aufgaben eines Betriebsrates in den §§ 75, 80 BetrVG und in den jeweils gesondert normierten Beteiligungsrechten. In der Zusammenschau ergibt sich daraus, dass der Betriebsrat allein die Interessen der von ihm repräsentierten Arbeitnehmerschaft zu vertreten hat.

(a) ... Dass eine derartige kollektive Interessenwahrnehmung auch dem Interesse des jeweiligen Arbeitgebers dienen kann und dass eine organisierte und effektive Arbeitnehmervertretung auf betrieblicher Ebene auch dem Allgemeinwohl dienen kann, führt nicht dazu, einen Betriebsrat als Träger von Aufgaben im Allgemeininteresse anzusehen. § 98 GWB und Unionsrecht verlangen für die Anwendbarkeit der Vergaberegeln eine unmittelbare Wahrnehmung von Aufgaben im Allgemeininteresse des jeweiligen Auftraggebers; ein reiner Rechtsreflex in Gestalt einer für den allgemeinen Sozialfrieden förderlichen Tätigkeit von Arbeitnehmervertretungen genügt nicht."

- (e) Auf der Grundlage der vorstehenden Grundsätze (lit. (a) - (c)) ist der Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg (a.a.O.) m.E. zuzustimmen. Denn nach seinem gesetzlichen Auftrag verfolgt der Betriebsrat selbst nur ein Gruppeninteresse, das von einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe i.S.d. § 99 Nr. 2 grundsätzlich zu unterscheiden ist. Der Betriebsrat nimmt keine Aufgaben wahr, welche der Staat selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte. Im Gegenteil ergibt sich aus den Regelungen des BetrVG, dass der Staat die Interessensvertretung der Belegschaft innerhalb eines Unternehmens vollständig in die Zuständigkeit der Betriebsräte übergibt. Seine Aufgaben weisen keine enge Verknüpfung mit dem institutionellen Funktionieren des Staates auf. Es geht bei seiner Aufgabenwahrnehmung nämlich nicht um das Interesse der Gesamtheit der Bevölkerung und der Förderung von Gemeinwohlbelangen, sondern um die Vertretung der Interessen Einzelner bzw. einer Personengruppe, nämlich der Belegschaft der FhG. Wie das LAG Berlin-Brandenburg (a.a.O.) zutreffend ausgeführt hat, ist die Tätigkeit des Betriebsrats der FhG auch keine Voraussetzung dafür, dass die FhG selbst ihren im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nachkommen kann. Die FhG könnte ihre satzungsgemäße Aufgabe auch ohne einen Betriebsrat erfüllen. Dass dieser bei Entscheidungen des Unternehmens im gesetzlich geregelten Rahmen mitbestimmen kann, ändert daran nichts, weil diese Mitbestimmung nicht der satzungsgemäßen Aufgabenerfüllung dient, sondern allein dem Zweck der kollektiven Interessenswahrnehmung.

Zwischenergebnis zu I.: Der Betriebsrat der FhG ist kein öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 2 GWB.

II. Anwendung des Kartellvergaberechts als Stellvertreter der FhG

Eine Pflicht zur Beachtung der Vorschriften des Kartellvergaberechts durch den Betriebsrat könnte sich ergeben, wenn dieser bei der Vergabe von Aufträgen in Stellvertretung der FhG handeln würde.

1. Unmittelbare Stellvertretung

Der Betriebsrat ist im Rahmen des ihm gesetzlich übertragenen Wirkungskreises teilrechts- und teilvermögensfähig (BGH a.a.O.). Die partielle Teil- und Vermögensfähigkeit besteht insoweit, als das Betriebsverfassungsgesetz rechtliche Ansprüche zur Erstattung von erforderlichen Kosten der Betriebsratsarbeit und zur Deckung des Sachaufwands im erforderlichen Umfang vorsieht. Nach § 40 Abs. 1 BetrVG trägt der Arbeitgeber die durch die Tätigkeit des Betriebsrats entstehenden Kosten. Auf dieser Rechtsgrundlage kann der Betriebsrat im eigenen Namen mit Dritten (z.B. einem Rechtsanwalt zur Beratung nach § 111 S. 2 BetrVG) wirksame Verträge schließen. Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat von den Verbindlichkeiten aus diesen Vereinbarungen freizustellen (BAG v. 29.07.2009 - 7 ABR 95/07).

Daraus folgt, dass der Betriebsrat Aufträge in seinem Wirkungsbereich im eigenen Namen und nicht im Namen der FhG vergibt. Es liegt mithin keine unmittelbare Stellvertretung der FhG vor.

2. Mittelbare Stellvertretung

Eine materiell-rechtliche Zurechnung einer Vergabe zu dem eigentlichen öffentlichen Auftraggeber kann sich auch durch eine mittelbare Stellvertretung des öffentlichen Auftraggebers ergeben. Eine mittelbare Stellvertretung liegt vor, wenn jemand ein Rechtsgeschäft im eigenen Namen, aber im Interesse und für Rechnung eines anderen, des Geschäftsherrn, vornimmt (VK Brandenburg, B. v. 18.10.2010 - VK 55/10; B. v. 11.03.2009 - VK 7/09; B. v. 18.06.2007 - 1 VK 20/07; 1. VK Bund, B. v. 23.03.2011 - VK 1 - 12/11 - sehr instruktiver Fall). Beschafft z.B. ein privater Dritter ein Forschungsgerät im Interesse eines öffentlichen Auftraggebers und erhält er die Selbstkosten vom öffentlichen Auftraggeber ersetzt, ist das Vergaberecht anzuwenden (2. VK Bund, B. v. 08.06.2006 - VK 2 - 114/05).

Nach m.E. überzeugender Auffassung des LG Berlin-Brandenburg (a.a.O.) liegen die Voraussetzungen einer mittelbaren Stellvertretung bei Auftragsvergaben eines Betriebsrats nicht vor, weil dieser insoweit nicht im Interesse des Arbeitgebers handelt. Der Betriebsrat nimmt vielmehr bei der maßgeblichen Ausübung seiner Mitbestimmungsrechte nach dem BetrVG ausschließlich die Belange der von ihm vertretenen Arbeitnehmer wahr. Die hiervon erfassten Auftragsvergaben erfolgen allein zu dem Zweck, dem Betriebsrat eine sachgerechte Wahrnehmung seiner Aufgaben zu ermöglichen. Damit dient dieses Beschaffungsvorhaben dem eigenen Interesse und dem Interesse der von ihm vertretenen Belegschaft und nicht dem Interesse des öffentlichen Geschäftsherrn (LAG Berlin Brandenburg a.a.O.).

Zwischenergebnis zu II.: Eine Pflicht zur Beachtung der Vorschriften des Kartellvergaberechts durch den Betriebsrat ergibt sich auch nicht daraus, dass bei der Vergabe von Aufträgen in Stellvertretung der FhG handelt. Bei der Vergabe von Aufträgen im Rahmen seines gesetzlichen Aufgabenbereichs handelt der Betriebsrat weder in unmittelbarer noch in mittelbarer Stellvertretung der FhG.

Ergebnis zu B): Der Betriebsrat der FhG muss bei der Vergabe von Aufträgen, die der Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben nach dem BetrVG dienen, die Vorschriften des Kartellvergaberechts (§§ 97 ff GWB) nicht beachten. Er ist selbst kein Öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 2 GWB, weil die Tatbestandsvoraussetzung der im Allgemeininteresse liegende Tätigkeit nicht erfüllt wird. Er handelt bei der Vergabe solcher Aufträge auch nicht als unmittelbarer oder mittelbarer Stellvertreter der FhG.

C) Beachtung sonstiger vergaberechtlicher Vorschriften

Außerhalb des Anwendungsbereichs des Kartellvergaberechts kann sich die Pflicht zur Beachtung vergaberechtlicher Vorschriften aus den Haushaltsvorschriften für Bund, Länder und Kommunen ergeben oder aufgrund von Nebenbestimmungen zu einem Zuwendungsbescheid.

I. Geltung für den Betriebsrat

Der Betriebsrat der FhG unterliegt nicht den Bestimmungen des öffentlichen Haushaltrechts. Er selbst erhält auch keine öffentlichen Zuwendungen auf der Grundlage an ihn adressierter Zuwendungsbescheide.

II. Pflicht zur Beachtung aufgrund der Geltung für die FhG

Die FhG erhält Zuwendungen zur institutionellen Förderung durch den Bund. Nach den hierfür geltenden Allgemeinen Nebenbestimmungen (ANBest-I) ist die FhG deshalb bei der Vergabe von Aufträgen auch außerhalb des Anwendungsbereichs des Kartellvergaberechts zur Beachtung vergaberechtlicher Vorschriften (im Dienstleistungsbereich nach der UVgO) verpflichtet (3.1 ANBest-I). Außerdem sind nach 1.1 ANBest-I Zuwendungen wirtschaftlich und sparsam zu verwenden.

Da der Betriebsrat einen Anspruch gegen die FhG auf Freistellung von den Verbindlichkeiten aus den von ihm im Rahmen seiner gesetzlichen Aufgaben abgeschlossenen Aufträgen hat und diese damit im Ergebnis über der FhG gewährte Fördergelder finanziert werden, stellt sich die Frage, ob der Betriebsrat bei der Vergabe solcher Aufträge ebenfalls zur Beachtung der in Ziffer 3.1 ANBest-I genannten Vergabevorschriften verpflichtet ist.

Zu beachten ist indes, dass die Allgemeinen Nebenbestimmungen nur den Adressaten des Zuwendungsbescheids, hier also die FhG als Zuwendungsempfänger rechtlich verpflichten können. 3.1 ANBest-I gilt mithin nur für Aufträge, die die FhG selbst vergibt oder die in ihrem Namen vergeben werden. Der Betriebsrat handelt aber – wie zuvor dargelegt – bei der Vergabe von Aufträgen im Rahmen seiner gesetzlichen Aufgaben nicht im Namen der FhG, sondern im eigenen Namen, weil er insoweit teilrechtsfähig und damit von der FhG rechtlich zu unterscheiden ist. Auftraggeber ist in diesem Fall der Betriebsrat selbst und nicht die FhG, so dass m.E. 3.1 ANBest-I für solche Aufträge keine Geltung erlangt.

Die FhG dürfte aber aufgrund 1.1 ANBest-I, wonach Zuwendungen wirtschaftlich und sparsam zu verwenden sind, verpflichtet sein, die Berechtigung des Freistellungsanspruchs des Betriebsrats dem Grunde und der Höhe nach gemäß den unter A) dargelegten betriebsverfassungsrechtlichen Grundsätzen zu prüfen, wenn dieser aus Fördergeldern erfüllt werden soll. Danach hat der Arbeitgeber den Betriebsrat von den Verbindlichkeiten nur dann freizustellen, wenn die vereinbarte Leistung zur Erfüllung der Aufgaben des Betriebsrats erforderlich ist (§ 40 Abs.1 BetrVG), das versprochene Entgelt angemessen ist und dem Anspruch ein ordnungsgemäß gefasster Beschluss des Betriebsrats (§ 33 BetrVG) zu Grunde liegt (BAG v. 29.07.2009 - 7 ABR 95/07, Beschl. v. 27.05.2015 - 7 ABR 26/13; Beschl. v. 17.11.2021 - 7 ABR 27/20), wobei dem Betriebsrat ein Beurteilungsspielraum zugestanden wird. Sollte die FhG unter Verwendung von Fördergeldern Zahlungen zur Begleichung von Verbindlichkeiten aus vom Betriebsrat vergebenen Aufträgen leisten, obwohl diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind, könnte dies als Verstoß gegen den Grundsatz der wirtschaftlichen und sparsamen Mittelverwendung nach 1.1 ANBest-I angesehen werden.

Ergebnis zu C): Der Betriebsrat der FhG unterliegt bei der Vergabe seiner Aufträge weder den Vorschriften des Kartellvergaberechts noch anderen vergaberechtlichen Vorschriften.

D) Gesamtergebnis

- I. Der Betriebsrat der FhG muss bei der Vergabe von Aufträgen, die der Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben nach dem BetrVG dienen, die Vorschriften des Kartellvergaberechts (§§ 97 ff GWB) nicht beachten. Er ist selbst kein Öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 2 GWB, weil die Tatbestandvoraussetzung der im Allgemeininteresse liegende Tätigkeit nicht erfüllt wird. Er handelt bei der Vergabe solcher Aufträge auch nicht als unmittelbarer oder mittelbarer Stellvertreter der FhG.
- II. Für den Betriebsrat der FhG gelten bei der Vergabe seiner Aufträge auch keine anderen vergaberechtlichen Vorschriften. Er unterliegt nicht den Bestimmungen des öffentlichen Haushaltrechts und erhält selbst auch keine mit Vergabepflichten verbundenen öffentlichen Zuwendungen. Die für die FhG geltende Pflicht nach 3.1 ANBest-I zur Beachtung von Vergabevorschriften gilt nicht für Auftragsvergaben des Betriebsrats im Rahmen seiner gesetzlichen Aufgaben, weil dieser insoweit im eigenen Namen und nicht im Namen der FhG handelt.



Bernhard Stolz
(Rechtsanwalt)