

Hartmut Gaßner
Dr. Klaus-Martin Groth
Wolfgang Siederer
Katrin Jänicke
Angela Zimmermann
Rainer Kühne
Caroline von Bechtolsheim
Dr. Achim Willand
Franziska Hansmann
Dr. Jochen Fischer
Katja Gnittke
Dr. Frank Wenzel
Dr. Nicole Pippke
Dr. Maren Wittzack
Kathleen Heilfort
Dr. Gerrit Aschmann
Dr. Georg Buchholz
Pia Denzin, LL.M.
Jens Kröcher
Dr. Holger Thärichen
Dr. Sebastian Schattenfroh
Dr. Jörg Beckmann
Johannes Ziel
Dr. Joachim Wrase
Isabelle-Konstanze Charlier, M.E.S.
Dr. Markus Behnisch
Michael Schöneich
Prof. Dr. Hans-Albert Lennartz

Berlin, 25.08.2008

Vorgabe von Sozialstandards in Ausschreibungen von ÖPNV-Leistungen

Gutachten

im Auftrag der

- VER.DI - Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft, Bundesvorstand
und der
- Gewerkschaft TRANSNET, Hauptvorstand

Rechtsanwältin Pia Denzin, LL.M.

Rechtsanwalt Wolfgang Siederer

Rechtsanwältin Caroline von Bechtolsheim

Inhaltsverzeichnis

A.	Executive Summary	3
B.	Gutachten	6
I.	Einleitung	6
II.	Darstellung des Europäischen Rechtsrahmens.....	8
1.	Der freie Dienstleistungsverkehr und die Sozialpolitik nach dem EGV.....	8
2.	Das „Rüffert“-Urteil des EuGH.....	9
3.	Rechtliche Reichweite des Rüffert-Urteils	13
III.	Rechtliche Prüfung.....	15
1.	Forderung bestimmter Sozialstandards nach der VO 1370/2007	15
a)	Allgemeine Inhalte der VO 1370/2007	15
b)	Ermächtigungsgrundlage zur Vorgabe von Sozialstandards.....	16
c)	Vereinbarkeit von Art. 4 Abs. 5 der VO mit sonstigem Europarecht.....	18
d)	Verfahrensbezogener Anwendungsbereich des Art. 4 Abs. 5 der VO	20
e)	Anwendung des Art. 4 Abs. 5 der VO nach nationalem Recht	22
2.	Forderung von Tariftreue in Ausschreibungen.....	23
a)	Zulässigkeit von Tariftreueerklärungen nach der VO 1370/2007.....	24
b)	Die Dienstleistungsfreiheit im Verkehrssektor	25
aa)	Bedeutung des Art. 51 EGV	27
bb)	Sekundärrechtliche Ausgestaltung der Dienstleistungsfreiheit im Verkehrssektor	29
cc)	Niederlassungserfordernis nach dem PBefG und dem AEG	31
dd)	Zwischenergebnis	32
c)	Die Niederlassungsfreiheit im Verkehrssektor	35
aa)	Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit.....	35
bb)	Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit.....	36
cc)	Beschränkung der Niederlassungsfreiheit.....	37
IV.	Zusammenfassung und Handlungsoptionen	41

A. Executive Summary

Die Vorgabe von Sozialstandards in Ausschreibungen von ÖPNV-Leistungen verstößt weder gegen die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49, 50 EGV noch gegen die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43 EGV. Aufgrund der Sonderregel des Art. 51 Abs. 1 EGV und des sekundärrechtlich im Sektor Verkehr zulässigen Erfordernisses einer Niederlassung im Aufnahmemitgliedstaat sind die Rechtsausführungen des EuGH in der Sache „Rüffert“ nicht auf den Sektor Verkehr übertragbar. Daher gilt weder die Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 49, 50 EGV noch die Entsenderichtlinie 96/71/EG.

Inhaltlich kommen zwei Formen von Sozialstandards in Betracht:

- Sozialstandards zugunsten der konkret von einem Betreiberwechsel betroffenen Arbeitnehmer des vorangegangenen Betreibers gemäß Art. 4 Abs. 5 der VO 1370/2007,
- die Verpflichtung zur Zahlung bestimmter Tarife („Tariftreueerklärung“) nach Maßgabe der Landesvergabegesetze.

Nach der Ermächtigungsgrundlage des Art. 4 Abs. 5 der VO 1370/2007 können die zuständigen Behörden den neuen Betreiber eines öffentlichen Dienstes verpflichten, den zuvor zur Erbringung dieser Dienste eingestellten Arbeitnehmern die Rechte zu gewähren, die ihnen bei Vorliegen eines Betriebsübergangs im Sinne der Richtlinie 2001/23/EG zustünden. Da nach der Rechtsprechung des EuGH die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs im Sinne dieser Richtlinie bei einem Betreiberwechsel im Anschluss an eine Ausschreibung von Personenverkehrsleistungen ohne Übernahme der Verkehrsmittel nicht gegeben sind, kommt der Regelung in Art. 4 Abs. 5 der VO 1370/2007 konstitutive Wirkung zu, d.h. diese Regelung ist erst mit ihrem Inkrafttreten zum 03.12.2009 anwendbar.

Gem. Art. 51 Abs. 1 EGV geht die VO 1370/2007 und damit die Ermächtigungsgrundlage in Art. 4 Abs. 5 der VO den Bestimmungen der Entsenderichtlinie als die speziellere Regelung vor. Daher ist das „Rüffert“-Urteil nicht auf den Sektor Verkehr übertragbar.

Da es sich bei der VO 1370/2007 um in den Mitgliedstaaten unmittelbar geltendes Sekundärrecht handelt, welchem ein Anwendungsvorrang vor nationalem Recht zukommt, widerspricht diese Ermächtigungsgrundlage nicht dem § 97 Abs. 4 GWB, so dass mit Inkrafttreten der VO am 03.12.2009 unmittelbar von der Ermächtigungsgrundlage des Art. 4 Abs. 5 Gebrauch gemacht werden kann. Dies gilt sowohl für die Durchführung von Vergabeverfahren auf der Grundlage der VOL/A als auch für die Durchführung sonstiger wettbewerblicher Vergabeverfahren gemäß Art. 5 Abs. 3 der VO 1370/2007.

Eine konkrete Ermächtigung der zuständigen Behörde, den Bietern im Rahmen eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens die Einhaltung bestimmter Tarifverträge vorzuschreiben, ist in der VO 1370/2007 zwar nicht enthalten; dem Erwägungsgrund 17 der VO ist jedoch zu entnehmen, dass der europäische Gesetzgeber von der Zulässigkeit auch solcher sozialer Kriterien ausgeht.

Unsere rechtliche Prüfung hat ergeben, dass die in den Landesvergabegesetzen enthaltenen Tariftreueklauseln für den ÖPNV mit den Grundfreiheiten des EGV im Einklang stehen. Zunächst findet gemäß Art. 51 EGV das Recht des freien Dienstleistungsverkehrs gem. Art. 49, 50 EGV auf Verkehrsleistungen keine unmittelbare Anwendung, sondern ist im Rahmen der gemeinsamen Verkehrspolitik auf der Grundlage des Verkehrstitels gemäß Art. 70 ff. EGV zu gewährleisten. Auf der Grundlage des Verkehrstitels wurde für den Bereich des Güterverkehrs eine weitgehende Liberalisierung erreicht. Die Personenbeförderung unterliegt demgegenüber noch weitreichenden Beschränkungen, insbesondere im Bereich der „Kabotagebeförderung“, also der rein innerstaatlichen Beförderung ohne Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Verkehrsdiensten.

Daher ist für den Bereich des innerstaatlichen Linienverkehrs mit Bussen, den gesamten Bereich der Stadt- und Vorortverkehrsdienste sowie für den schienengebundenen innerstaatlichen Verkehr ein Niederlassungserfordernis mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar.

Das Niederlassungserfordernis gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4 PBefG und gemäß § 14 Abs. 2 und 3 AEG hat zur Folge, dass die Erbringung von Verkehrsdienstleistungen dem Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit unterfällt. Das Erfordernis der Einhaltung bestimmter Tarifverträge stellt keine Behinderung der Niederlassungsfreiheit dar, da der-

artige Bedingungen in Vergabeverfahren nicht die nationalen Organisations- oder Ordnungsvorschriften für die Niederlassung betreffen, sondern die Modalitäten der Leistungserbringung für öffentliche Auftraggeber.

Daher sind Tariftreueklauseln in Landesvergabegesetzen, jedenfalls soweit sie den ÖPNV betreffen, mit dem europäischen Recht vereinbar.

B. Gutachten

I. Einleitung

Das Gutachten geht der Frage nach, inwieweit bei der Ausschreibung von ÖPNV-Leistungen¹ Sozialstandards vorgegeben werden dürfen. Die Kontroverse, ob und unter welchen Bedingungen in Vergabeverfahren soziale und umweltbezogene Kriterien berücksichtigt werden dürfen, hat eine lange Tradition. Im Hinblick auf den Begriff des „wirtschaftlich günstigsten Angebotes“ wurde diskutiert, ob sog. „vergabefremde“ Kriterien, also solche, die dem Auftraggeber keinen unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil bringen, als gleichgeordnete Kriterien herangezogen werden dürfen.

Diese Fragestellungen waren sowohl nach nationalem als auch nach europäischem Recht streitig. Nachdem das Bundesverfassungsgericht² mit Beschluss vom 11.07.2006 die Verfassungsmäßigkeit des Berliner Vergabegesetzes bestätigt hat, stand der Anforderung von Tariftreueverpflichtungen jedenfalls nach nationalem Recht auf der Grundlage entsprechender Vergabe- oder Tariftreuegesetze der Länder nichts mehr im Wege.

Diese Entwicklung hat jedoch durch das Urteil des EuGH „Rüffert“ vom 03.04.2008³ einen schweren Rückschlag erlitten. In diesem Urteil hat der EuGH auf ein Vorabentscheidungsersuchen des OLG Celle hin entschieden, dass die Verpflichtung zur Zahlung des am Ort der Leistungserbringung tarifvertraglich vorgesehenen Entgelts für Bauleistungen der Entsenderichtlinie⁴ und der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49 EGV⁵ widerspricht.

Dieses Urteil hat zu großer Verunsicherung, insbesondere auch im Hinblick auf seine Übertragbarkeit auf Dienstleistungen außerhalb der Baubranche, geführt. So hat die Se-

¹ Soweit in diesem Gutachten auf den „Öffentlichen Personennahverkehr“ (ÖPNV) Bezug genommen wird, umfasst dieser Begriff den Personennahverkehr auf Schiene und Straße. Der Begriff „öffentlich“ bezieht sich nicht auf die Unternehmensform, sondern umfasst den der Öffentlichkeit zugänglichen Personennahverkehr, einschließlich der privaten Verkehrsunternehmen.

² BVerfG, Beschluss vom 11.07.2006, Az.: 1 BvL 4/00.

³ Urteil des EuGH vom 03.04.2008 „Rüffert“, Rs. C-346/06.

⁴ Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen.

⁵ Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV).

natsverwaltung Berlin bereits mit „gemeinsamen Rundschreiben“ vom 24.04.2008 entschieden, die Tariftreue Regelungen der erst am 30.03.2008 in Kraft getretenen Neufassung des Berliner Vergabegesetzes für **sämtliche öffentliche Aufträge** unter Verweis auf das Rüffert-Urteil für unanwendbar zu erklären.

Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden geprüft werden, ob die Forderung sozialer Standards in ÖPNV-Ausschreibungen mit dem europäischen Primär- und Sekundärrecht vereinbar ist und inwieweit die Rechtsprechung des EuGH auf den Sektor Verkehr übertragbar ist.

Der Sektor Verkehr weist gegenüber Bauleistungen die Besonderheit auf, dass er in einem gesonderten Verkehrs-Titel im EGV (Art. 70 ff. EGV) geregelt ist und infolge dessen die Grundfreiheit des freien Dienstleistungsverkehrs gemäß Art. 51 EGV keine direkte Anwendung findet. Des Weiteren tritt am 03.12.2009 die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007⁶ in Kraft, die die zuständige Behörde ermächtigt, die Einhaltung bestimmter Sozialstandards für die Arbeitnehmer vorzugeben, denen bei einem Betriebsübergang Rechte zustünden. Zuletzt besteht die weitere Besonderheit, dass der Antragsteller als subjektive Genehmigungsvoraussetzung nach dem Personenbeförderungsgesetz⁷ bzw. als Voraussetzung für den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur nach dem Allgemeinen Eisenbahngesetz⁸ einen Betriebsitz oder eine Niederlassung im Inland haben muss.

In diesem Gutachten stellen wir zunächst den Europäischen Rechtsrahmen und die Rechtsprechung des EuGH i.S. „Rüffert“ dar (II.). Im Rahmen der anschließenden rechtlichen Prüfung der Zulässigkeit von Sozialstandards in Ausschreibungen von ÖPNV-Leistungen differenzieren wir zwischen der spezifischen Ermächtigungsgrundlage nach der VO 1370/2007 (siehe III.1.) und der Forderung nach Tariftreueerklärungen auf Grundlage der Landesvergabegesetze (siehe III.2.). Abschließend fassen wir die Ergebnisse des Gutachtens zusammen und stellen Handlungsoptionen dar (siehe IV.).

⁶ 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 Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates.

⁷ § 13 Abs. 1 Nr. 4 des Personenbeförderungsgesetzes (PBefG).

⁸ § 14 Abs. 2 und 3 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG).

II. Darstellung des Europäischen Rechtsrahmens

Anlass für dieses Gutachten ist das „Rüffert“-Urteil des EuGH vom 03.04.2008, da diesem ein – auf den ersten Blick – mit ÖPNV-Ausschreibungen vergleichbarer Sachverhalt zugrunde liegt. Einleitend stellen wir zunächst den Europäischen Rechtsrahmen in Form des freien Dienstleistungsverkehrs und der Sozialpolitik dar (siehe II.1.). Anschließend fassen wir den Sachverhalt und die wesentlichen Argumente des EuGH i.S. „Rüffert“ zusammen (siehe II.2.). Abschließend gehen wir auf die Bedeutung und rechtliche Reichweite eines im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens ergangenen Urteils ein (siehe II.3.).

1. Der freie Dienstleistungsverkehr und die Sozialpolitik nach dem EGV

Gemäß Art. 49 EGV sind die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, grundsätzlich verboten. Deutlicher als andere Grundfreiheiten verlangt Art. 49 Abs. 1 EGV nicht nur die Inländergleichbehandlung, sondern auch die Beseitigung sonstiger Beschränkungen des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs. Deshalb hat der EuGH bereits in seiner ersten Entscheidung zur Dienstleistungsfreiheit diese über das Diskriminierungsverbot hinausgehend als allgemeines Beschränkungsverbot verstanden und interpretiert.⁹

Zu dessen Anwendungsbereich führt der EuGH¹⁰ Folgendes aus:

„Nach ständiger Rechtsprechung verlangt diese Bestimmung nicht nur die Beseitigung jeder Diskriminierung des in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistungserbringers aufgrund seiner Staatsangehörigkeit, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen selbst wenn sie unterschiedslos für einheimische Dienstleistungserbringer wie für die Dienstleistungserbringer anderer Mitgliedstaaten gelten, wenn sie geeignet sind, die Tätigkeit des Dienstleistungserbringers, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.“

⁹ Kluth, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 49, 50, Rn. 54 m.w.N..

¹⁰ Urteil des EuGH vom 12.12.1996 „Reisebüro Broede“, Rs. C-3/95, Rn. 25.

Die Dienstleistungsfreiheit umfasst neben der Erbringung der Dienstleistung auch alle vorbereitenden Maßnahmen, wie die Abgabe eines Angebotes. Dies hat zur Folge, dass auch die Vergabe öffentlicher Aufträge an Art. 49 ff. EGV zu messen ist.¹¹ Des Weiteren umfasst die Dienstleistungserbringung alle für die Durchführung erforderlichen Handlungen und Maßnahmen, wie die Mitnahme des erforderlichen Personals, Fuhrparks und Materials, auch die Miete von Wohnungen und die Kreditaufnahme.¹²

Den Grundfreiheiten steht die europarechtliche Sozialpolitik gemäß Art. 136 ff. EGV gegenüber. Art. 136 Abs. 1 EGV lautet wie folgt:

„Die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten verfolgen eingedenk der sozialen Grundrechte, wie sie in der am 18.10.1961 in Turin unterzeichneten europäischen Sozialcharta und in der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer von 1989 festgelegt sind, folgende Ziele: Die Förderung der Beschäftigung, die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, um dadurch auf dem Weg des Fortschritts ihre Angleichung zu ermöglichen, einen angemessenen sozialen Schutz, den sozialen Dialog, die Entwicklung des Arbeitskräftepotentials im Hinblick auf ein dauerhaft hohes Beschäftigungsniveau und die Bekämpfung von Ausgrenzungen.“

Zur Verwirklichung dieser Ziele wird in Art. 137 EGV eine Liste von Maßnahmen aufgezählt, bei deren Verwirklichung die Gemeinschaft die Tätigkeit der Mitgliedstaaten unterstützt und ergänzt. In Art. 137 Abs. 5 EGV wird jedoch festgehalten, dass diese Artikel nicht für das Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht, das Streikrecht sowie das Aussperrungsrecht gilt.

2. Das „Rüffert“-Urteil des EuGH

Das „Rüffert-Urteil“ fügt sich ein in eine Reihe neuerer Entscheidungen¹³, in denen sich der EuGH damit befasst, inwiefern die Ziele des Arbeitnehmerschutzes die Einschränkung der Grundfreiheiten des EGV rechtfertigen können.

¹¹ Kluth, a.a.O., Art. 49, 50 EGV, Rn. 25.

¹² Kluth, a.a.O., Art. 49, 50 EGV, Rn. 26.

¹³ EuGH vom 11.12.2007 „Viking“, C-438/05; EuGH vom 18.12.2007 „Laval“, C-341/05; EuGH vom 19.06.2008 „Luxemburg“, C-319/06.

Namensgebend für das sog. „Rüffert“-Urteil des EuGH ist der Insolvenzverwalter Rüffert über das Vermögen des Bauunternehmens, welches im Anschluss an ein Vergabeverfahren über Bauleistungen in Niedersachsen den Zuschlag erhalten hatte. Gemäß § 3 Abs. 1 Niedersächsisches Landesvergabegesetz wurde in dem Vergabeverfahren vorgegeben, dass *„Aufträge für Bauleistungen nur an solche Unternehmen vergeben werden dürfen, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei der Ausführung dieser Leistungen mindestens das am Ort der Ausführung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zum tarifvertraglich vorgesehenen Zeitpunkt zu bezahlen“* (sog. „**Tariftreueerklärung**“). Zwar unterzeichnete das obsiegende Bauunternehmen eine Tariftreueerklärung und eine entsprechende Erklärung zum Nachunternehmereinsatz; der beauftragte Unterauftragnehmer mit Niederlassung in Polen zahlte seinen Arbeitnehmern jedoch nur ca. 50 % des anwendbaren Mindestlohns.

Als der Auftraggeber entschied, wegen dieser Vertragsverletzung eine Vertragsstrafe zu fordern und den Vertrag zu kündigen, kam es zum Rechtsstreit, in dessen Rahmen das OLG Celle als Berufungsgericht den EuGH um eine Vorabentscheidung nach Art. 234 EGV ersuchte.

Das OLG Celle vertrat die Ansicht, dass Bauunternehmen aus anderen Mitgliedsstaaten mit regelmäßig geringerem Lohnniveau aufgrund einer Verpflichtung zur Tariftreue ihren aufgrund geringerer Lohnkosten bestehenden Wettbewerbsvorteil verlören.

Zur Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen stellt der EuGH auf die Voraussetzungen der Entsenderichtlinie 96/71 ab, die insbesondere auf die Verwirklichung des freien Dienstleistungsverkehrs abziele.¹⁴ Die Entsenderichtlinie gilt für Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedsstaat, die im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen Arbeitnehmer in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedsstaates entsenden (Art. 1 Abs. 1). Ein Arbeitnehmer ist entsandt, wenn er während eines begrenzten Zeitraums seine Arbeitsleistung im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedsstaates als demjenigen erbringt, in dessen Hoheitsgebiet er normalerweise arbeitet, und zwischen dem Arbeitnehmer und dem entsendenden

¹⁴ Urteil „Rüffert“, a.a.O., Rn. 36.

Unternehmen bzw. Leiharbeitunternehmen für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsvertrag besteht.

Gemäß Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie müssen die Mitgliedsstaaten den in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern bezüglich bestimmter Aspekte, u. a. hinsichtlich der Mindestlohnsätze, die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantieren, die in diesem Mitgliedsstaat entweder durch **Rechts- oder Verwaltungsvorschriften** oder durch für **allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge** festgelegt sind. Daraus ergibt sich nach Auffassung des Gerichts, dass hinsichtlich der in Art. 3 Abs. 1 c) der Richtlinie genannten Mindestlohnsätze nicht jeder Tarifvertrag auf entsandte Arbeitnehmer angewandt werden darf, sondern nur für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge. Die zwingende Anwendung der Mindestlohnsätze nach den im Baugewerbe für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen ergibt aus dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG)¹⁵, durch welches die Entsende-Richtlinie in deutsches Recht umgesetzt wird.

Da der im Ausgangsverfahren von den Bietern einzuhaltende Tarifvertrag für das Baugewerbe nicht für allgemeinverbindlich erklärt worden ist, stellt das Gericht als Zwischenergebnis fest, dass es sich dabei nicht um einen in Art. 3 der Richtlinie genannten Mindestlohnsatz handelt.

In einem zweiten Prüfungsschritt kommt der EuGH zu dem Ergebnis, dass der geforderte Tarifvertrag auch nicht als für die Arbeitnehmer **günstigere Beschäftigungs- und Arbeitsbedingung** i. S. v. Art. 3 Abs. 7 der Richtlinie angesehen werden kann. Diese Bestimmung lasse sich insbesondere nicht dahin auslegen, dass sie einem Aufnahmemitgliedsstaat erlaubt, die Erbringung einer Dienstleistung in seinem Hoheitsgebiet davon abhängig zu machen, dass Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen eingehalten werden, die über die zwingenden Bestimmungen über ein Mindestmaß an Schutz hinausgehen.¹⁶ Für die in ihrem Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 a) bis g) genannten Aspekte sähe nämlich die Richtlinie 96/71 ausdrücklich den Grad an Schutz vor, den der Aufnahmemitgliedsstaat in anderen Mitgliedsstaaten ansässigen Unternehmen zugunsten der von diesen in sein Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmer abzuverlangen berechtigt ist.

¹⁵ Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen v. 26.02.1996, zuletzt geändert durch Gesetz v. 21.12.2007 (BGBl. I S. 3140).

¹⁶ Urteil „Rüffert“, a.a.O., Rn. 33

Damit stellt der EuGH fest, dass es sich bei den in der Richtlinie genannten zwingenden Bestimmungen - also auch dem Mindestlohnsatz gem. c) - um im Hinblick auf die Dienstleistungsfreiheit zulässige **Höchstbedingungen** handelt. Bemerkenswert hieran ist, dass der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen vom 20.09.2007¹⁷ zu dem Ergebnis kam, dass es sich bei den von den Mitgliedsstaaten zu garantierenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für entsendete Arbeitnehmer in ihr Hoheitsgebiet um **Mindeststandards** handelt, die im Hinblick auf die Regelung in Art. 3 Abs. 7 der Entsenderichtlinie auch durch für Arbeitnehmer günstigere Bedingungen ersetzt werden dürfen.

Dieser Auslegung der Richtlinie durch den Generalanwalt erteilte das Gericht eine Absage mit dem Hinweis, eine derartige Auslegung liefe darauf hinaus, der Entsenderichtlinie ihre praktische Wirksamkeit zu nehmen.¹⁸ Das Schutzniveau, das den entsandten Arbeitnehmern im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedsstaates garantiert wird, sei grundsätzlich auf das beschränkt, was Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 a) bis g) der Richtlinie vorsieht, es sei denn, die genannten Arbeitnehmer genießen bereits nach den Gesetzen oder Tarifverträgen im Herkunftsmitgliedstaat günstigere Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen.

Diese Auslegung der Entsenderichtlinie sieht das Gericht auch durch deren Würdigung im Licht des Art. 49 EGV bestätigt und bejaht daher eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 49 EGV.¹⁹ Damit schließt sich der EuGH der Ansicht des OLG Celle an, dass Rechtsvorschriften wie das Landesvergabegesetz Unternehmen aus Mitgliedsstaaten mit geringerem Lohnniveau eine zusätzliche wirtschaftliche Belastung auferlegen, die geeignet ist, die Erbringung ihrer Dienstleistungen im Aufnahmemitgliedsstaat zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.²⁰

Zuletzt prüft der EuGH, ob die festgestellte Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit gerechtfertigt ist. Eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs nur zulässig, wenn mit ihr ein berechtigtes und

¹⁷ Schlussanträge des Generalanwalts Yves Bot v. 20.09.2007 in der Rechtssache C-346/06.

¹⁸ Urteil, „Rüffert“, a.a.O., Rn. 33.

¹⁹ Urteil „Rüffert“, a.a.O., Rn. 36.

²⁰ Urteil „Rüffert“, a.a.O., Rn. 37.

mit dem Vertrag zu vereinbarendes Ziel verfolgt wird und wenn sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist. In der Sache „Viking“ hat der EuGH²¹ bestätigt, dass der Schutz der Arbeitnehmer zu den bereits vom Gerichtshof anerkannten zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zählt. Im vorliegenden Fall verneint der EuGH allerdings eine Rechtfertigung mit der Begründung, dass der im Ausgangsverfahren festgelegte Tarifvertrag aufgrund von Rechtsvorschriften wie dem Landesvergabegesetz nur für einen Teil der Bautätigkeit gilt, weil die Tariftreueerklärung nur im Rahmen öffentlicher Aufträge verlangt wird und dieser Tarifvertrag nicht für allgemein verbindlich erklärt wurde.²²

Abschließend stellt das Gericht fest, dass diese mögliche Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit auch nicht durch den Schutz der autonomen Ordnung des Arbeitslebens durch Koalitionen oder den weiter angeführten Zweck der finanziellen Stabilität der sozialen Versicherungssysteme gerechtfertigt wird.

Zusammenfassend kommt der EuGH zu folgendem Ergebnis:

„Die Richtlinie 96/71/EG, ausgelegt im Lichte des Art. 49 EGV, steht einer gesetzlichen Maßnahme eines Hoheitsträgers eines Mitgliedsstaates entgegen, mit der dem öffentlichen Auftraggeber vorgeschrieben wird, Aufträge für Bauleistungen nur an solche Unternehmen zu vergeben, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmern bei der Ausführung dieser Leistungen mindestens das am Ort der Ausführung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zu zahlen.“

3. Rechtliche Reichweite des Rüffert-Urteils

Urteile in Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 234 EGV binden „inter partes“ die in derselben Sache im Ausgangsstreitverfahren entscheidenden Gerichte. Die mit dem Ausgangsfall befassten nationalen Gerichte haben den Streitfall somit nach Maßgabe der Auffassung des EuGH zu entscheiden, dürfen von dessen

²¹ Urteil des EuGH vom 11.12.2007, Rs. C-438/05, Rn. 77.

²² Urteil „Rüffert“, a.a.O., Rn. 39.

Spruch nicht abweichen und sind nicht befugt, den Inhalt der Vorabentscheidung zu überprüfen, zu ignorieren oder abzuändern.²³

Außerhalb des Ausgangsverfahrens („inter omnes“) kommt dem Urteil Bindungswirkung dann zu, wenn der Gerichtshof die Ungültigkeit von Gemeinschaftsrecht oder einer sonstigen Organhandlung festgestellt hat.²⁴ Geht es dagegen – wie hier – um die Auslegung von Gemeinschaftsrecht, fehlt es an einer „inter omnes - Wirkung. Dies bedeutet, dass durch das Ruffert-Urteil weder das Niedersächsische Landesvergabegesetz noch andere Landesvergabegesetze unwirksam werden oder eine Verpflichtung des Landesgesetzgebers zur Aufhebung der Gesetze besteht.

Allerdings ist die Verwaltung verpflichtet, nationales Recht, welches gegen europäisches Sekundär- oder Primärrecht verstößt, nicht anzuwenden. Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts ist ein Anwendungs-, kein Geltungsvorrang, d.h., kollidierendes mitgliedstaatliches Recht wird unanwendbar, verliert jedoch nicht seine Gültigkeit.²⁵ Anderenfalls besteht die Gefahr, dass die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 246 EGV einleitet und den Verstoß eines Mitgliedsstaates gegen Verpflichtungen aus dem EGV dem EuGH vorlegt. Daher spricht einiges dafür, dass die Tariftreueklauseln in den Landesvergabegesetzen bei der Ausschreibung von **Bauleistungen** aufgrund des Ruffert-Urteils nicht mehr angewendet werden dürfen.²⁶

Fraglich ist, ob das Ruffert-Urteil auch auf Ausschreibungen von ÖPNV-Leistungen übertragbar ist.

²³ Wegener, in: Callies/Ruffert, a.a.O., Art. 234 EGV, Rn. 36 m.w.N.

²⁴ Wegener, a.a.O., Rn. 37.

²⁵ Ruffert, a.a.O., Art. 249, Rn. 26.

²⁶ Die Frage, inwieweit das Ruffert-Urteil über den Einzelfall hinaus zur Nichtanwendung von Landesvergabegesetzen verpflichtet, ist nicht Gegenstand dieses Gutachtens. Auch hinsichtlich der Vergabe von Bauleistungen können weitere, in dem Ruffert-Verfahren nicht oder nicht ausreichend substantiiert vorgebrachte Rechtfertigungsgründe angeführt werden, die die Forderung von Tariftreue in Vergabeverfahren rechtfertigen könnten. Eine entsprechende Anfrage wurde von einem Mitglied des Europäischen Parlaments an die Kommission vom 05.05.2008 (P-2651/08 der Abg. Kaufmann) gestellt; die Antwort ist veröffentlicht unter: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=P-2008-2651&language=DE>

III. Rechtliche Prüfung

Prüfungsgegenstand dieses Gutachtens ist die Frage, ob im Anwendungsbereich der Verordnung 1370/2007 bestimmte Sozialstandards in wettbewerblichen Vergabeverfahren vorgegeben werden dürfen, wobei nachfolgend zunächst auf die spezielle Ermächtigungsgrundlage in Art. 4 Abs. 5 der VO 1370/2007 eingegangen wird (siehe III.1) und anschließend der Frage der Zulässigkeit von Tariftreueklauseln bei Ausschreibungen von ÖPNV-Leistungen nachgegangen wird (siehe III.2).

1. Forderung bestimmter Sozialstandards nach der VO 1370/2007

Nach einem über siebenjährigen Gesetzgebungsprozess²⁷ wurde die VO 1370/2007 am 03.12.2007 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht. Allerdings tritt die Verordnung erst zwei Jahre nach ihrer Veröffentlichung, mithin am 03.12.2009 in Kraft. Die neue Verordnung regelt zum einen das verkehrsspezifische Beihilferecht, zum anderen schafft sie einen Rahmen für den Marktzugang durch direkte Vergaben oder wettbewerbliche Vergabeverfahren.

a) Allgemeine Inhalte der VO 1370/2007

Im Hinblick auf die Verkehrsmittel erfasst die VO den innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Personenverkehr mit der Eisenbahn und anderen Arten des Schienenverkehrs sowie auf der Straße mit Ausnahme von Verkehrsdiensten, die hauptsächlich aus Gründen historischen Interesses oder zu touristischen Zwecken betrieben werden.

Zweck der VO ist es festzulegen, wie die zuständigen Behörden unter Einhaltung des Gemeinschaftsrechts im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs tätig werden können, um die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu gewährleisten, die unter anderem zahlreicher, sicherer, höherwertig oder preisgünstiger sind als diejenigen, die das freie Spiel des Marktes ermöglicht hätte. Der Anwendungsbereich der Verordnung ist nur eröffnet, wenn den Betreibern eines öffentlichen Dienstes für die ihnen durch die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen verursachten

²⁷ Siehe 1. Kommissionsentwurf vom 26.07.2000.

Kosten entweder eine Ausgleichsleistung und/oder ausschließliche Rechte gewährt werden.

Wird eine Ausgleichsleistung oder ein ausschließliches Recht gewährt, hat dies im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags zu erfolgen, der in Form eines Vertrages, eines Verwaltungsaktes oder eines sonstigen rechtsverbindlichen Aktes bestehen kann. Die VO enthält neben Regelungen zum obligatorischen Inhalt entsprechender öffentlicher Dienstleistungsaufträge und der Berechnung der zu gewährenden Ausgleichsleistungen auch Regelungen zur Art und Weise der Vergabe derartiger Aufträge. So wird in Art. 5 Abs. 1 der VO bestimmt, dass öffentliche Dienstleistungsaufträge, die in den Anwendungsbereich der vergaberechtlichen Richtlinien 2004/17/EG²⁸ und 2004/18/EG²⁹ fallen, nach dem in diesen Richtlinien vorgesehenen Verfahren, also dem Offenen/Nichtoffenen Verfahren, Verhandlungsverfahren oder im wettbewerblichen Dialog zu vergeben sind. Die Vergabe-Richtlinien umfassen den „Landverkehr“, also die Verkehrsträger Bus und Straßenbahnen, nicht dagegen den Eisenbahnverkehr und den schienengebundenen Nahverkehr, also S- und U-Bahnen.

Alle anderen öffentlichen Dienstleistungsaufträge im Anwendungsbereich der VO 1370/2007 sind – von bestimmten Ausnahmen abgesehen - nach einem „wettbewerblichen Vergabeverfahren“, das allen Betreibern offen stehen muss, fair sein und den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung genügen muss, zu vergeben.

b) Ermächtigungsgrundlage zur Vorgabe von Sozialstandards

Zum Schutz von Arbeitnehmern enthält die Verordnung in Art. 4 Abs. 5 die folgende Regelung:

„Unbeschadet des nationalen Rechts und des Gemeinschaftsrecht, einschließlich Tarifverträge zwischen den Sozialpartnern, kann die

²⁸ Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste.

²⁹ Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge.

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.

Verpflichtet die zuständige Behörde die Betreiber eines öffentlichen Dienstes, bestimmte Sozialstandards einzuhalten, so werden in den Unterlagen des wettbewerblichen Vergabeverfahrens und den öffentlichen Dienstleistungsaufträgen die betreffenden Arbeitnehmer aufgeführt und transparente Angaben zu ihren vertraglichen Rechten und zu den Bedingungen gemacht, unter denen sie als in einem Verhältnis zu den betreffenden Diensten stehend gelten.“

Die Richtlinie 2001/23/EG³⁰ regelt die Rechte von Arbeitnehmern beim Übergang von Unternehmen auf einen anderen Inhaber durch vertragliche Übertragung oder durch Verschmelzung. Liegen die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs nach dieser Richtlinie vor, gehen die Rechte und Pflichten des Veräußerers aus einem zum Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsvertrages auf den Erwerber über. So hat der Erwerber die in einem Kollektivvertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen bis zur Kündigung oder bis zum Ablauf des Kollektivvertrages aufrecht zu erhalten.

Bemerkenswert ist, dass Art. 4 Abs. 5 der VO die zuständigen Behörden ermächtigt, die **Rechtsfolgen** der Richtlinie 2001/23/EG für den neuen Betreiber eines öffentlichen Dienstes vorzugeben, ohne dass die **Voraussetzungen** eines Betriebsübergangs im Sinne dieser Richtlinie vorliegen müssen. Der EuGH hat in der Sache Liikenne³¹ im Zusammenhang mit der Ausschreibung des Betriebs regionaler Buslinien entschieden, dass die Voraussetzungen der

³⁰ Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12.03.2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen.

³¹ Urteil des EuGH vom 25.01.2001, Rs. C-172/99 „Liikenne“.

Richtlinie 2001/23/EG³² bei einem Betreiberwechsel von Busverkehren im Anschluss an ein Vergabeverfahren dann nicht vorliegen, wenn die dem Betrieb zugrundeliegende „wirtschaftliche Einheit“, die bei einem Busunternehmen neben den Arbeitnehmern auch die Busse umfasst, im Rahmen des „Betriebsübergangs“ nicht auf den neuen Betreiber übertragen wird.

Erst durch die Ermächtigungsgrundlage in Art. 4 Abs. 5 der VO werden somit die Voraussetzungen geschaffen, in vergaberechtlichen oder sonstigen wettbewerblichen Verfahren über Busverkehrsleistungen die Richtlinie 2001/23/EG zum Zwecke des Arbeitnehmerschutzes anzuwenden.

Diese - im Europäischen Sekundärrecht einmalige - Ermächtigungsgrundlage ermöglicht zwar einerseits einen sehr weitgehenden Schutz der von dem Betreiberwechsel betroffenen Arbeitnehmer, beschränkt andererseits aber auch die betrieblichen Struktur- und Organisationsentscheidungen des neuen Betreibers, da ihm verwehrt ist, eigene Arbeitnehmer zu niedrigeren Lohnkosten einzusetzen. Damit schränkt diese Ermächtigung die betroffenen Unternehmen wesentlich tiefgreifender ein, als die Verpflichtung zur Einhaltung von bestimmten Tarifverträgen, da diese Verpflichtung dem Dienstleistungserbringer immerhin ermöglicht, seine eigenen Arbeitnehmer – wenn auch zu den Bedingungen des Aufnahmelandes - einzusetzen.

Im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH in der Sache Rüffert könnte daher fraglich sein, ob diese spezielle Ermächtigungsgrundlage für wettbewerbliche Vergabeverfahren von ÖPNV-Leistungen im Einklang mit den Grundfreiheiten des EGV, insbesondere der Dienstleistungsfreiheit und der Entsenderichtlinie steht.

c) Vereinbarkeit von Art. 4 Abs. 5 der VO mit sonstigem Europarecht

Gemäß Art. 4 Abs. 5 der VO kann die zuständige Behörde von dieser Ermächtigungsgrundlage nur „unbeschadet“ des Gemeinschaftsrechts Gebrauch machen. Diese Formulierung findet sich in zahlreichen sekundärrechtlichen Regelungen, durch die die Mitgliedsstaaten oder zuständige Behörden in den

³² Das Urteil in Sachen *Liikenne* betraf noch die Vorgänger-Richtlinie 77/187, die – im Wesentlichen Inhaltsgleich – durch die Richtlinie 2001/23/EG neu codifiziert wurde.

Mitgliedsstaaten ermächtigt werden, eine bestimmte Handlung vorzunehmen. Durch die „unbeschadet“-Formulierung wird der Grundsatz der Subsidiarität zum Ausdruck gebracht, dass die Handlungen, zu denen die Mitgliedsstaaten oder deren Behörden durch die Regelung ermächtigt werden, jeweils im Einklang mit speziellerem nationalen und europäischen Primär- und Sekundärrecht stehen müssen. Des Weiteren gilt das vom Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung formulierte Gebot der primärrechtskonformen Auslegung des Sekundärrechts.³³

Grundsätzlich gilt für das europäische Sekundärrecht die „Vermutung der Gültigkeit“³⁴, d. h. die Übereinstimmung des Sekundärrechts mit dem Primärrecht. Schränkt eine sekundärrechtliche Ermächtigungsgrundlage die Dienstleistungsfreiheit ein, so ist diese Regelung gerade Ausfluss des gesetzgeberischen Abwägungsprozesses zwischen den Grundfreiheiten auf der einen Seite und der Sozialpolitik gemäß Art. 136 ff. EGV und den sozialen Grundrechten gemäß der europäischen Sozialcharta auf der anderen Seite. Auf die Ebene der Verordnung 1370/2007 übertragen, schafft diese Ermächtigungsgrundlage den gerechten Ausgleich dafür, dass die Verordnung ansonsten durch die erweiterte Pflicht zur Durchführung von wettbewerblichen Vergabeverfahren eher der Förderung des Wettbewerbs dient.

Festzuhalten ist somit, dass die Ermächtigungsgrundlage in Art. 4 Abs. 5 der VO Ausfluss eines gesetzgeberischen Abwägungsprozesses ist und als solcher eine Beschränkung der Grundfreiheiten rechtfertigt.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht unter Berücksichtigung der Entsende-Richtlinie. Richtlinien³⁵ und Verordnungen³⁶ sind grundsätzlich gleichgeordnete Sekundärrechtsakte. Im Verhältnis dieser Sekundärrechtsakte zueinander gilt insbesondere das Prinzip „lex specialis“ (das spezielle Gesetz ver-

³³ Ruffert, in: Callies/Ruffert, a.a.O., § 249 EGV, Rn. 15, m.w.N.

³⁴ Ruffert, a.a.O., Art. 249, Rn. 17.

³⁵ Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedsstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel (Art. 249 Abs. 3).

³⁶ Die Verordnung hat allgemeine Geltung. Sie ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedsstaat (Art. 249 Abs. 2).

drängt das allgemeine).³⁷ Im vorliegenden Fall handelt es sich bei der VO 1370/2007 um das speziellere Gesetz, weil die Verordnung auf den Art. 71 EGV, also den speziellen Verkehrstitel im EGV gestützt ist. Dem gegenüber ist die Entsenderichtlinie auf Art. 47 Abs. 2 EGV i.V.m. Art. 55 EGV³⁸ gestützt, also auf den Titel über Dienstleistungen. Die Spezialität des Verkehrs-Titel gegenüber dem Titel über Dienstleistungen ergibt sich aus Art. 51 Abs. 1 EGV, wonach „für den freien Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiet des Verkehrs die Bestimmungen des Titels über den Verkehr“ gelten. Daraus folgt, dass die VO 1370/2007 nicht nur der Entsende-Richtlinie vorgeht, sondern dass im Hinblick auf die Bereichsausnahme für Verkehrsdienstleistungen in Art. 51 EGV die auf der Grundlage der Dienstleistungsfreiheit erlassenen Sekundärrechtsakte für den Bereich der Personenverkehrsleistungen keine Anwendung finden. Die Dienstleistungsfreiheit muss daher im Rahmen einer gemeinsamen Verkehrspolitik auf der Grundlage der Art. 70 ff. EGV erreicht werden.

Festzuhalten ist somit, dass die Ermächtigungsgrundlage in Art. 4 Abs. 5 der VO den Bestimmungen der Entsenderichtlinie vorgeht. Daher ist auch das Ruffert-Urteil, jedenfalls soweit es um Maßnahmen auf der Grundlage des Art. 4 Abs. 5 der VO geht, nicht auf den ÖPNV-Sektor übertragbar.

d) Verfahrensbezogener Anwendungsbereich des Art. 4 Abs. 5 der VO

Die VO 1370/2007 gilt für alle öffentlichen Dienstleistungsaufträge im Zusammenhang mit dem gesamten innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Personenverkehr mit der Bahn und auf der Straße. In Art. 5 Abs. 1 der VO wird allerdings ein Vorrang des allgemeinen Vergaberechts in Form der Richtlinie 2004/17/EG und 2004/18/EG geregelt. Das bedeutet, dass sich die Vergabe von Verkehrsleistungen im „Landverkehr“, zu dem Busse und Straßenbahnen gefasst werden, nach den genannten Vergaberichtlinien richtet, sofern ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag im Sinne des Vergaberechts, also ein „schriftlicher entgeltlicher Vertrag“ über die Verkehrsleistungen abgeschlossen werden soll.

³⁷ Ruffert, a.a.O., Art. 249, Rn. 16.

³⁸ Diese Artikel entsprechen nach dem Vertrag von Nizza den in der Entsenderichtlinie 96/71/EG genannten 57 Abs. 2 und Art. 66.

Fraglich ist, ob auch für diese Dienstleistungsaufträge die Ermächtigungsgrundlage des Art. 4 Abs. 5 der VO gilt oder ob nur die in den Vergaberichtlinien sehr allgemein gehaltenen Regelungen über „Bedingungen für die Auftragsausführung“ gemäß Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG oder Art. 38 der Richtlinie 4/17/EG anwendbar sind.

In Art. 5 Abs. 1 der VO ist zwar geregelt, dass die in den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien fallenden Dienstleistungsaufträge „*gemäß den in jenen Richtlinien vorgesehenen Verfahren*“ zu vergeben sind; aus dieser Vorschrift ergibt sich jedoch nur ein Vorrang der vergaberechtlichen Richtlinien hinsichtlich des dort geregelten **Vergabeverfahrens**.

Art. 5 Abs. 1 der VO normiert somit keinen allgemeinen Anwendungsvorrang der Vergabe-Richtlinien vor der VO 1370/2007, sondern nur einen beschränkten Vorrang hinsichtlich der Art des Vergabeverfahrens. Dieser nur auf das Verfahren beschränkte Anwendungsvorrang der Vergaberichtlinien wird auch durch Art. 5 Abs. 1 letzter Satz der VO bestätigt. Werden danach Aufträge nach den Richtlinien 2004/17/EG oder 2004/18/EG vergeben, so sind die **Absätze 2 bis 6** des vorliegenden Artikels nicht anwendbar. Für nicht anwendbar erklärt werden somit nur die das Vergabeverfahren betreffenden Regelungen, nicht dagegen die sonstigen Regelungen der VO, insbesondere in Art. 4 zu den obligatorischen oder – im Fall von Art. 4 Abs. 5 – freiwilligen Inhalten des öffentlichen Dienstleistungsauftrags.

Dies bedeutet zusammenfassend, dass Art. 4 Abs. 5 der VO auf die Vergabe aller öffentlichen Dienstleistungsaufträge im Anwendungsbereich der VO Anwendung findet, unabhängig davon, ob sich das Verfahren der Vergabe nach den allgemeinen Vergabe-Richtlinien 2004/17/EG bzw. 2004/18/EG richtet oder nach den in Art. 5 Abs. 3 der VO geregelten wettbewerblichen Vergabeverfahren.

Auch dieses Ergebnis entspricht wiederum der Zuordnungsregelung des Art. 51 EGV, wonach für den freien Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiet des Verkehrs die Bestimmungen des Verkehrs-Titels gelten. So enthält die VO 1370/2007 eine umfassende Regelung des Marktzugangs und beihilferechtlicher Aspekte im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs und verweist hinsichtlich eines Teilaspektes der in ihren Anwendungsbereich fallenden

Dienstleistungsaufträge auf die speziellen verfahrensrechtlichen Anforderungen nach den Vergabe-Richtlinien.

e) Anwendung des Art. 4 Abs. 5 der VO nach nationalem Recht

Der Aufgabenträger oder die Genehmigungsbehörde können von der Ermächtigungsgrundlage in Art. 4 Abs. 5 der VO erst nach Inkrafttreten der VO am 03.12.2009 Gebrauch machen. Danach kann von der Ermächtigungsgrundlage in Art. 4 Abs. 5 sofort Gebrauch gemacht werden, da dieser Rechtsakt in der Form einer Verordnung gemäß Art. 249 Abs. 2 EGV erlassen wurde. Eine Verordnung ist, anders als eine Richtlinie, in allen Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedsstaat. Dies bedeutet, dass es keines deutschen Umsetzungsaktes bedarf, sondern die Verordnung unmittelbar gilt.

Die anstehende Novellierung des PBefG dient daher nicht dazu, einen europäischen Rechtsakt umzusetzen, sondern soll allein die Vereinbarkeit des deutschen Rechts mit der neuen Verordnung gewährleisten. Zudem enthält die VO zahlreiche Öffnungsklauseln, die den Mitgliedsstaaten ermöglichen, im Einklang mit der Verordnung bestimmte Regelungsinhalte auszufüllen.

Hinsichtlich der Ausschreibung von ÖPNV-Leistungen i.S.d. Vergaberichtlinien gilt nach nationalem Recht zudem das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Die Ermächtigungsgrundlage des Art. 4 Abs. 5 der VO widerspricht nicht den Anforderungen gemäß § 97 Abs. 4, 2. Halbsatz GWB. Gemäß § 97 Abs. 4 werden Aufträge an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben; andere oder weitergehende Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist.³⁹ Unmittelbar geltendes EG-Rechtsakte, also insbesondere die Verordnungen, unterfallen den Gesetzen

³⁹ Nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Modernisierung des Vergaberechts vom 23.05.2008 (z.Zt. im Bundesrat, siehe BR-Drucksache, 439/08) soll der § 97 Abs. 4 GWB wie folgt gefasst werden: „Aufträge werden an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben. Für die Auftragsausführung können zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. Andere oder weitergehende Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist.“ In seiner Stellungnahme vom 04.07.2008 ließ der Bundesrat diese Regelung unangetastet.

i.S.d. Art. 20 Abs. 3 GG⁴⁰ und genügen daher dem Gesetzesvorbehalt gem. § 97 Abs. 4 GWB.

Zudem besteht, wie vorstehend unter II.3 allgemein ausgeführt, ein Anwendungsvorrang des EG-Rechts, also auch der VO 1370/2007 vor nationalem Recht. Enthält die EG-VO eine Ermächtigungsgrundlage, geht diese den Bestimmungen des § 97 Abs. 4 GWB vor. Durch die „unbeschadet“-Formulierung wird nur zum Ausdruck gebracht, dass die Ermächtigungsgrundlage der VO subsidiär zu spezielleren Regelungen auf nationaler oder Gemeinschaftsebene ist. Hätte es der europäische Gesetzgeber den Mitgliedstaaten überlassen wollen, die Ermächtigungsgrundlage des Art. 4 Abs. 5 der VO durch nationales Recht gänzlich auszuschließen, hätte er die Formulierung „*sofern dies nicht nach nationalem Recht untersagt ist*“ entsprechend der Art. 5 Abs. 4 und Abs. 6 der VO gewählt.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die zuständige Behörde, sei es der Aufgabenträger im Rahmen eines Vergabeverfahrens oder die Genehmigungsbehörde im Rahmen eines sonstigen wettbewerblichen Vergabeverfahrens nach der VO, ab dem Inkrafttreten der Verordnung am 03.12.2009 die in Art. 4 Abs. 5 der VO geregelten Sozialstandards zugunsten der von dem Betreiberwechsel betroffenen Arbeitnehmer in der Ausschreibung vorgeben darf.

2. Forderung von Tariftreue in Ausschreibungen

Wie in dem vorstehenden Kapitel dargestellt, lässt die VO 1370/2007 eine ganz spezielle Form des Arbeitnehmerschutzes zu, die sich allerdings nur auf die Arbeitnehmer des bisherigen Betreibers von Personenverkehrsdiensten beschränkt. Demgegenüber enthalten einige Landesvergabegesetze⁴¹ Tariftreue Regelungen, die sich

⁴⁰ Vgl. Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, 9. Auflage 2007, Art. 20, Rn. 38; Sachs, GG-Kommentar, 4. Aufl. 2007, Art. 20, Rn. 107.

⁴¹ Tariftreue Regelungen für den ÖPNV gelten zur Zeit in folgenden Ländern: Neufassung des Berliner Vergabegesetzes vom 13.03.2008, Geltung für sämtliche öffentliche Aufträge, allerdings zur Zeit keine Anwendung wegen Ruffert-Urteil aufgrund Erlass der Senatsverwaltung; Vergabegesetz für das Land Bremen vom 17.12.2002, Anwendbar auf Bauleistungen und ÖPNV, wird zur Zeit novelliert; Hamburgisches Vergabegesetz vom 13.02.2006, anwendbar auf Bauleistungen und ÖPNV; Gesetz zur tariflichen Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen (Tariftreuegesetz) Schleswig-Holstein vom 07.03.2003, erfasst Bauleistungen, SPNV und Abfallentsorgung, wird zur Zeit novelliert; des Weiteren liegt aus Rheinland-Pfalz ein Entwurf der Landesregierung für ein Landestariftreuegesetz vor, welches sich auch auf den ÖPNV erstrecken soll; auch das Saarländische Bauaufträge-Vergabegesetz vom 23.08.2000 soll im Rahmen einer Novellierung auf den ÖPNV erstreckt werden.

auch auf die Vergabe von Verkehrsleistungen im ÖPNV erstrecken. Vor dem Hintergrund des Ruffert-Urteils stellt sich die Frage, ob die auf den ÖPNV bezogenen Tariftreueeregeln gegen die Grundfreiheiten des EGV, also insbesondere die Dienstleistungsfreiheit und die zu ihrer Umsetzung ergangenen Entsenderrichtlinie, oder die Niederlassungsfreiheit verstoßen.⁴²

a) Zulässigkeit von Tariftreueerklärungen nach der VO 1370/2007

Die VO enthält jedenfalls keine konkrete Ermächtigungsgrundlage für die Anforderung von Tariftreueerklärungen in wettbewerblichen Vergabeverfahren. Allerdings enthält die Verordnung den folgenden 17. Erwägungsgrund:

„Gemäß dem Subsidiaritätsprinzip steht es den zuständigen Behörden frei, soziale Kriterien und Qualitätskriterien festzulegen, um Qualitätsstandards für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen aufrecht zu erhalten und zu erhöhen, beispielsweise bezüglich der Mindestarbeitsbedingungen, der Fahrgastrechte, der Bedürfnisse von Personen mit eingeschränkter Mobilität, des Umweltschutzes, der Sicherheit von Fahrgästen und Angestellten sowie bezüglich der sich aus Kollektivvereinbarungen ergebenden Verpflichtungen und anderen Vorschriften und Vereinbarungen in Bezug auf den Arbeitsplatz und den Sozialschutz an dem Ort, an dem der Dienst erbracht wird.“

Zur Gewährleistung transparenter und vergleichbarer Wettbewerbsbedingungen zwischen den Betreibern und um das Risiko des Sozialdumpings zu verhindern, sollten die zuständigen Behörden besondere soziale Normen und Dienstleistungsqualitätsnormen vorschreiben können.“

⁴² Zur allgemeinen Frage der Zulässigkeit sozialer Kriterien siehe: von Bechtolsheim/Betz, Berücksichtigung von Entlohnungskriterien bei Vergabeentscheidungen, Stellungnahme im Auftrag von ver.di - vereinigte Dienstleistungsgewerkschaft vom 15.11.2006.

Fokussiert auf die vorliegend zu prüfende Frage der Zulässigkeit von Tariftreueverpflichtungen in Ausschreibungen kann die Aussage dieses 17. Erwägungsgrundes auf Folgendes verkürzt werden:

„Den zuständigen Behörden steht es frei, soziale Kriterien festzulegen, um Qualitätsstandards für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen aufrecht zu erhalten und zu erhöhen, beispielsweise bezüglich der Mindestarbeitsbedingungen (...) sowie der sich aus Kollektivvereinbarungen ergebenden Verpflichtungen (...) an dem Ort, an dem der Dienst erbracht wird.“

Dieser Erwägungsgrund lässt darauf schließen, dass der Verordnungsgeber von der Zulässigkeit der Tariftreueerklärungen in Vergabeverfahren ausging. Des Weiteren spricht die Ermächtigungsgrundlage des Art. 4 Abs. 5 der VO, der die Dienstleistungsfreiheit der Bieter wesentlich stärker einschränkt, dafür, dass die Forderung von Tariftreueerklärungen „erst Recht“ zulässig ist.

Allerdings kommt den Erwägungsgründen der Verordnung keine unmittelbare Rechtswirkung zu, da sie nicht zum rechtsetzenden Teil der Verordnung gehören, sondern diesem vorangestellt sind und lediglich zur Darlegung der Motive des Gesetzgebers und damit zur Auslegung des verfügenden Teils dienen. Der verfügende Teil enthält allerdings in Art. 4 Abs. 5 der VO keine eindeutige Regelung darüber, ob neben den genannten Maßnahmen zum Schutz der bislang angestellten Arbeitnehmer auch andere Maßnahmen zum Arbeitnehmerschutz, wie beispielsweise Tariftreueerklärungen zulässig sind. Der verfügende Teil der VO enthält aber auch keine Regelung, die der Forderung von Tariftreuepflichten entgegenstehen würde.

Daher prüfen wir nachfolgend, ob Tariftreuepflichten in Ausschreibungen von ÖPNV-Leistungen mit dem Europäischen Primär- und Sekundärrecht im Einklang stehen.

b) Die Dienstleistungsfreiheit im Verkehrssektor

Fraglich ist, ob die Zulässigkeit von Tariftreueverpflichtungen in Vergabeverfahren für ÖPNV-Leistungen anhand der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 49, 50 EGV zu messen ist. Diese Fragestellung betrifft beispielsweise den Fall,

dass ein französisches Verkehrsunternehmen nach Durchführung eines Vergabeverfahrens über ÖPNV-Leistungen in Deutschland für acht Jahre Verkehrsleistungen erbringt und zu diesem Zweck seine eigenen Busfahrer einsetzen will.

Grundsätzlich ist auch die Vergabe öffentlicher Aufträge an Art. 49 ff. EGV zu messen⁴³; dies gilt jedoch nur, wenn die ausgeschriebene Dienstleistung in Form einer grenzüberschreitenden Dienstleistung erbracht werden kann und daher der Dienstleistungsfreiheit unterfällt.

Dies kann jedoch im Hinblick auf Leistungen des ÖPNV zweifelhaft sein, da der Verkehrs-Sektor gegenüber dem im Fall „Rüffert“ zu beurteilenden Sachverhalt folgende Besonderheiten aufweist:

- Verkehrsdienstleistungen werden im Busverkehr in der Regel für acht Jahre (siehe § 16 Abs. 2 PBefG), für andere Verkehrsträger sogar für einen längeren Zeitraum ausgeschrieben, decken also einen wesentlich längeren Zeitraum ab als Leistungen im Baugewerbe.
- Für die Antragsteller einer Linienverkehrsgenehmigung nach dem PBefG⁴⁴ besteht gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4 PBefG ein Niederlassungserfordernis. Entsprechendes gilt für die Genehmigung gem. § 6 Abs. 5 AEG.
- Selbst wenn der Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit materiell betroffen sein sollte, gelten hierfür nicht die Art. 49, 50 EGV direkt, sondern es gilt gemäß Art. 51 Abs. 1 EGV der Verkehrstitel gemäß Art. 70 ff. EGV.

Daher stellen wir nachfolgend zunächst die Bedeutung der Bereichsausnahme für Verkehrsdienstleistungen gem. Art. 51 EGV dar.

⁴³ Kluth, in: Callies/Ruffert, a.a.O., Art. 49, 50 EGV, Rn. 25.

⁴⁴ Also für Busse, O-Busse, Straßenbahnen, Hoch- und U-Bahnen, Schwebbahnen.

aa) Bedeutung des Art. 51 EGV

Gem. Art. 51 Abs. 1 EGV gelten für den freien Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiet des Verkehrs die Bestimmungen des Verkehrs-Titels. Verkehrsdienstleistungen sind infolge ihrer in weiten Bereichen traditionell hohen Regulierungsdichte und gemeinwirtschaftlichen Bindung der Anwendbarkeit des Art. 49 ff. EGV gemäß Art. 51 Abs. 1 EGV entzogen (keine unmittelbare Anwendbarkeit) und den Sonderbestimmungen der Art. 70 ff. EGV unterworfen.⁴⁵

Allerdings stellt die Bereichsausnahme gemäß Art. 51 EGV in inhaltlicher Hinsicht die erfassten Verkehrsdienstleistungen nicht vom **Ziel** der binnenmarktweiten Dienstleistungsfreiheit frei; diese muss nur im Rahmen der in Art. 70 ff. EGV vorgesehenen **gemeinsamen Politik** erreicht werden.⁴⁶ In einem Urteil⁴⁷ verpflichtete der EuGH den Rat, im Rahmen seiner Verkehrspolitik die Dienstleistungsfreiheit auf dem Gebiet des Verkehrs einzuführen.

Die Liberalisierung der Marktordnung im Straßenpersonenverkehr beschränkt sich derzeit auf die umfassenden Regelungen des internationalen Verkehrs und nur teilweise der Kabotagebeförderung, also der innerstaatlichen Beförderung.

Hinsichtlich des freien Dienstleistungsverkehrs im Rahmen des Titels Verkehr führt der EuGH⁴⁸ Folgendes aus:

„Die Anwendung der insbesondere in den Art. 49 und 50 EGV niedergelegten Grundsätze der Dienstleistungsfreiheit muss daher nach dem Vertrag durch die Verwirklichung der gemeinsamen Verkehrspolitik erreicht werden, und zwar vor allem durch die Festlegung der gemeinsamen Regeln für den internationalen Verkehr und der Bedingungen für die Zulassung von nicht ge-

⁴⁵ Müller-Graff, in: Streinz, EUV/EGV, Kommentar, 2003, Art. 51 EGV, Rn. 1.

⁴⁶ Müller-Graff, a.a.O., Art. 51 EGV, Rn. 5 m.w.N.

⁴⁷ Urteil des EuGH vom 22.05.1985, Rs. 13/83, „Parlament ./ . Rat“.

⁴⁸ Urteil des EuGH vom 22.05.1985, a.a.O., Rn. 62 und 63.

bietsansässigen Verkehrsunternehmen zum Verkehr innerhalb eines Mitgliedstaates, wie sie in Art. 71 Abs. 1 a) und b) EGV vorgesehen sind und welche notwendigerweise die Dienstleistungsfreiheit betreffen.

Der von der niederländischen Regierung vertretenen Ansicht, der Ablauf der Übergangszeit habe dazu geführt, dass die Art. 49 und 50 EGV auch im Verkehrs-Sektor unmittelbar anwendbar seien, kann somit nicht gefolgt werden.“

Die – infolge Untätigkeit des Rates – nicht vollständige Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit für Verkehrsdienstleistungen führt angesichts der Zwecksetzung und Systematik des EGV somit nicht zur unmittelbaren Anwendbarkeit der Art. 49, 50 EGV.⁴⁹ Dies hat der EuGH in einer weiteren Entscheidung⁵⁰ vom 07.11.1991 bestätigt, die die Frage betraf, ob einem nicht in Deutschland niedergelassenen Transportunternehmen die Genehmigung zum innerstaatlichen Transport verweigert werden dürfe. In Anbetracht der Komplexität des Kabotage-Sektors bestünden noch erhebliche Probleme im Hinblick auf den freien Dienstleistungsverkehr im Verkehrssektor. Dies könne in einer ordentlichen Art und Weise nur im Rahmen einer gemeinsamen Verkehrspolitik erreicht werden, die wirtschaftliche, soziale und umweltpolitische Belange berücksichtigt und die Gleichbehandlung im Wettbewerb gewährleistet.

Die Art. 49, 50 EGV und die auf ihrer Grundlage erlassenen Sekundärrechtsakte⁵¹ gelten daher nicht für den Sektor Verkehr. Die Dienstleistungsfreiheit muss in der Verkehrswirtschaft somit erst mit den Mitteln des Art. 71 EGV herbeigeführt werden.

⁴⁹ Müller-Graff, a.a.O., Art. 51, Rn. 5.

⁵⁰ Urteil des EuGH vom 07.11.1991, C-17/90 „Pinaud Wieger“ (keine deutsche Fassung), Rn. 11.

⁵¹ Siehe auch den Ausschluss von Verkehrsdienstleistungen gem. Art. 2 d) vom Anwendungsbereich der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt („Dienstleistungs-Richtlinie“).

bb) Sekundärrechtliche Ausgestaltung der Dienstleistungsfreiheit im Verkehrssektor

Eine sekundärrechtliche Regelung auf der Grundlage des Verkehrstitels ist hinsichtlich des Personenverkehrs mit **Kraftfahrzeugen** die Verordnung (EG) Nr. 12/98.⁵²

Nach der VO 12/98 wird jeder gewerbliche Personenkraftverkehrsunternehmer (...) unter den in der Verordnung festgesetzten Voraussetzungen und ohne Diskriminierung aufgrund seiner Staatsangehörigkeit oder seines Niederlassungsortes zur zeitweiligen innerstaatlichen Personenbeförderung in einem anderen Mitgliedstaat, nachstehend „Aufnahmemitgliedstaat“ genannt, zugelassen, ohne dort über einen Unternehmenssitz oder eine Niederlassung verfügen zu müssen (siehe Art. 1 Abs. 1 der VO). Diese innerstaatliche Beförderung wird „**Kabotagebeförderung**“ genannt. In Art. 3 regelt die VO 12/98 die Verkehrsformen, die ohne eine Niederlassung im Aufnahmemitgliedstaat zur Kabotagebeförderung zugelassen sind:

- die Sonderformen des Linienverkehrs⁵³, sofern hierfür ein Vertrag zwischen dem Veranstalter und dem Verkehrsunternehmer besteht,
- der Gelegenheitsverkehr,
- der Linienverkehr, sofern dieser von einem im Aufnahmemitgliedstaat nicht ansässigen Verkehrsunternehmer im Rahmen eines **grenzüberschreitenden** Linienverkehrs entsprechend der Verordnung (EWG) Nr. 684/92⁵⁴ durchgeführt wird. Die Kabotagebeförderung darf nicht unabhängig von diesem grenzüberschreitenden Verkehrsdienst durchgeführt werden. **Stadt- und Vorort-Dienste** sind vom Geltungsbereich dieser Nummer ausgeschlossen.

⁵² Verordnung (EG) Nr. 12/98 des Rates vom 11.12.1997 über die Bedingungen für die Zulassung von Verkehrsunternehmern zum Personenkraftverkehr innerhalb eines Mitgliedstaates, in dem sie nicht ansässig sind.

⁵³ Zu den Sonderformen des Linienverkehrs zählen insbesondere auch die Beförderung von Arbeitnehmern zwischen Wohnort und Arbeitsstätte sowie die Beförderung von Schülern und Studenten zwischen Wohnort und Lehranstalt (siehe Art. 2 Nr. 2 der VO 12/98).

⁵⁴ Verordnung (EWG) Nr. 684/92 des Rates vom 16.03.1992 zur Einführung gemeinsamer Regeln für den grenzüberschreitenden Personenverkehr mit Kraftomnibussen.

Die VO 12/98 regelt somit die Voraussetzungen, unter denen Verkehrsunternehmen **ohne** das Erfordernis eines Unternehmenssitzes oder einer Niederlassung Verkehrsleistungen in einem anderen Mitgliedstaat erbringen dürfen. Die Verordnung ist somit Teil der vom EuGH angeordneten gemeinsamen Verkehrspolitik gemäß der Art. 70 ff. EGV, durch die das Recht des freien Dienstleistungsverkehrs im Verkehrssektor gewährt wird.

Auch der Bereich des Eisenbahnverkehrs wurde im Rahmen der drei sog. Eisenbahn-Pakete nach und nach liberalisiert. Im Rahmen des dritten Eisenbahnpaketes⁵⁵ wird der für den Güterverkehr mittlerweile erreichte Trassenzugangsanspruch aller Eisenbahnverkehrsunternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat auf den grenzüberschreitenden Schienenpersonenverkehr ab dem 01.01.2010 ausgedehnt. Anknüpfungspunkt für die Kabotagefreiheit im schienengebundenen Personenverkehr bleibt somit das Vorliegen eines „grenzüberschreitenden Personenverkehrsdienstes“.⁵⁶ Eisenbahnunternehmen, deren Tätigkeit ausschließlich auf den Stadtverkehr, Vorortverkehr oder Regionalverkehr beschränkt sind, sind vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie ausgeschlossen.⁵⁷

Soweit die Verordnung 12/98 bzw. die vorstehend genannte Richtlinie für den Eisenbahnverkehr für bestimmte Verkehrsleistungen, also insbesondere den Eisenbahnverkehr und den Linienverkehr mit Bussen ohne grenzüberschreitende Verkehrsdienste sowie den gesamten Bereich der Stadt- und Vorortverkehrsdienste, keine Kabotagefreiheit ge-

⁵⁵ Richtlinie des Rates vom 29.07.1991 zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft (91/440/EWG), zuletzt geändert durch die Richtlinie 2007/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2007, veröffentlicht im Amtsblatt vom 03.12.2007 (Richtlinie im Rahmen des dritten Eisenbahnpakets).

⁵⁶ Die entsprechende Bestimmung in Art. 10 Abs. 3 a) der Richtlinie lautet: „Die Eisenbahnunternehmen, die unter Art. 2 fallen, erhalten spätestens ab dem 01.01.2010 das Recht auf Zugang zur Infrastruktur in allen Mitgliedstaaten, um grenzüberschreitende Personenverkehrsdienste zu erbringen. Bei der Durchführung eines grenzüberschreitenden Personenverkehrsdienstes haben die Eisenbahnunternehmen das Recht, Fahrgäste an beliebigen Bahnhöfen auf der grenzüberschreitenden Strecke aufzunehmen und an einem anderen abzusetzen, auch an Bahnhöfen in demselben Mitgliedstaat.“

⁵⁷ Siehe Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 91/440/EWG sowie die Erläuterungen zum Verhältnis dieser Richtlinie zur VO 1370/2007 in den Erwägungsgründen 9 und 11 der Richtlinie 2007/58/EG.

währt, bedeutet dies im Umkehrschluss, dass für diese Verkehrsformen noch keine Dienstleistungsfreiheit durch Sekundärrecht eingeführt wurde. Ein Binnenmarkt i.S.d. Art. 14 Abs. 2 EGV besteht für den Verkehrssektor somit noch nicht.

Damit steht es den Mitgliedstaaten frei, für diese Verkehrsleistungen ein Niederlassungserfordernis oder auch sonstige Anforderungen an die Erbringung der Verkehrsleistung aufzustellen, ohne damit gegen die Dienstleistungsfreiheit zu verstoßen.

cc) Niederlassungserfordernis nach dem PBefG und dem AEG

Von der Möglichkeit, Niederlassungserfordernisse aufrecht zu erhalten oder einzuführen, hat der deutsche Gesetzgeber im PBefG und im AEG Gebrauch gemacht. Gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4 PBefG darf die Genehmigung nur erteilt werden, „wenn der Antragsteller und die von ihm mit der Durchführung von Verkehrsleistungen beauftragten Unternehmer ihren Betriebssitz oder ihre Niederlassung im Sinne des Handelsrechts im Inland haben“. § 13 Abs. 1 Nr. 4 PBefG wurde durch eine Gesetzesänderung mit Wirkung zum 18.08.2006 neu eingefügt.⁵⁸ Eine entsprechende Regelung besteht hinsichtlich des Zugangs zur Eisenbahninfrastruktur gem. § 14 Abs. 2 und Abs. 3 AEG.⁵⁹ In den Gesetzesmaterialien zur Änderung des PBefG⁶⁰ wird Folgendes ausgeführt:

„Die Genehmigungsbehörden fordern im Vollzug des PBefG regelmäßig von dem Antrag stellenden Unternehmen einen Betriebssitz bzw. eine Niederlassung im Inland, um die Genehmigungsvoraussetzungen insbesondere hinsichtlich der Zuverlässigkeit und finanziellen Leistungsfähigkeit prüfen zu können. Um etwaigen Rechtsstreitigkeiten vorzubeugen, ist eine entsprechende gesetzliche Regelung notwendig, die im Interesse der Verkehrssicherheit auch Unternehmer umfasst, die vom Geneh-

⁵⁸ Gesetz zur Änderung des Personenbeförderungsgesetzes vom 14.08.2006, BGBl. I, S. 1962 mit Wirkung vom 18.08.2006.

⁵⁹ § 14 Abs. 2 und Abs. 3 AEG verweisen hinsichtlich der Eisenbahnunternehmen, die ein Recht auf Zugang zur Infrastruktur haben, auf die RI. 91/440/EWG in ihrer Fassung vor ihrer Änderung im Rahmen des Dritten Eisenbahnpakets durch die RI. 2007/58/EG.

⁶⁰ BT-Drs. 16/1341, S. 7 und S. 8.

migungsinhaber mit der Durchführung von Verkehrsleistungen beauftragt werden (siehe Begründung Allgemeiner Teil, II.).

Das Erfordernis eines inländischen Betriebssitzes dient zum einen der Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen, z.B. in steuerlicher oder tariflicher Hinsicht. Es ermöglicht zum anderen der Genehmigungsbehörde, ihre Prüfungsbefugnisse wahrzunehmen (vgl. § 54 a PBefG).

Der Neuregelung stehen gemeinschaftsrechtliche Vorgaben nicht entgegen. Soweit nach der Verordnung (EG) Nr. 12/98 für Verkehrsunternehmen mit Sitz in anderen EU-Mitgliedstaaten Kabotagefreiheit besteht, ist eine Genehmigung nach dem PBefG und damit ein Betriebssitz oder eine Niederlassung im Geltungsbe- reich des PBefG nicht erforderlich.“ (siehe Begründung zu den einzelnen Vorschriften, zu Nr. 2).

Grundsätzlich läuft das Erfordernis einer Niederlassung dem freien Dienstleistungsverkehr direkt zuwider, da es die Erbringung der betreffenden Dienstleistungen ohne entsprechende Niederlassung unmöglich macht.⁶¹ Das Niederlassungserfordernis für innerstaatliche Personenverkehrsleistungen ist jedoch im Hinblick auf Art. 51 Abs. 1 EGV und die im Rahmen der gemeinsamen Verkehrspolitik auf der Grundlage der Art. 70 ff. EGV ergangenen Rechtsakte zulässig.⁶²

dd) Zwischenergebnis

Die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49, 50 EGV findet gemäß Art. 51 Abs. 1 EGV keine unmittelbare Anwendung auf den Sektor Verkehr. Allerdings ist der Rat verpflichtet, auf der Grundlage der Art. 70 ff. EGV den freien Dienstleistungsverkehr auch für den Sektor Verkehr einzuführen.

⁶¹ Urteil des EuGH vom 29.11.2007, Rs. C-404/05 (Kommission der Europäischen Gemeinschaften ./ BRD), Rn. 33, 34.

⁶² Vgl. Urteil des EuGH vom 07.11.1991, C-17/90 „Pinaud Wieger“.

Im straßen- und schienengebundenen Verkehr wurde zunächst eine Liberalisierung des grenzüberschreitenden Güterverkehrs eingeleitet. Im Bereich der Verkehrsdienste mit Kraftfahrzeugen wurde der grenzüberschreitende Personenverkehr und teilweise die Kabotage liberalisiert, nicht jedoch der innerstaatliche Linienverkehr sowie der Stadt- und Vorortverkehr. Im Eisenbahnverkehr steht eine Liberalisierung des grenzüberschreitenden Personenverkehrs erst für das Jahr 2010 bevor. Ausgeschlossen ist allerdings auch hier der Stadt-, Vorort- und Regionalverkehr.

Die Kabotagebeförderung, also rein innerstaatliche Verkehrsleistungen, ist sowohl im straßengebundenen als auch im schienengebundenen Personenverkehr noch nicht liberalisiert, d.h., dass Verkehrsunternehmen über eine Niederlassung im Aufnahmemitgliedstaat verfügen müssen, um Zugang zu innerstaatlichen Verkehrsleistungen zu erhalten.

Eine weitergehende Liberalisierung wird hinsichtlich des Niederlassungserfordernisses auch nicht durch die VO 1370/2007 eingeführt. Die VO 1370/2007 verhält sich zu dieser Frage nicht; sie nimmt auch nicht Bezug auf die VO 12/98 bzw. die Richtlinie 2007/58/EG im Rahmen des dritten Eisenbahnpakets.

Im Rahmen der gemeinsamen Verkehrspolitik wird der freie Dienstleistungsverkehr somit bisher nur eingeschränkt gewährleistet. Die Forderung der Tariftreue in Ausschreibungen von ÖPNV-Leistungen verstößt somit weder gegen die - für den Verkehrsbereich nicht unmittelbar anwendbare - Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49, 50 EGV, noch gegen eine im Rahmen der gemeinsamen Verkehrspolitik nach Maßgabe der Art. 70 ff. EGV gewährte verkehrsspezifische Dienstleistungsfreiheit.

Daher sind die Mitgliedstaaten bis zum Erlass entgegenstehender Gemeinschafts-Rechtsakte berechtigt, nationale Rechtsvorschriften zu erlassen, die die Dienstleistungsfreiheit der Verkehrsunternehmen beschränken, wie z.B. das Niederlassungserfordernis gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4 PBefG und § 14 Abs. 2 und 3 AEG. Dieses Niederlassungserfordernis

bewirkt wiederum, dass eine Verkehrsdienstleistung auch materiell dem Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit dadurch entzogen wird, dass sie in dem Aufnahmemitgliedstaat nur erbracht werden darf, wenn das Unternehmen dort über eine Niederlassung verfügt.⁶³ Abgesehen davon spricht allerdings im Hinblick auf die Dauer der Leistungserbringung Überwiegendes dafür, dass auch ohne Niederlassungserfordernis die Voraussetzungen einer „Niederlassung“ i.S.d. EGV vorlägen.⁶⁴

Damit ist die Ausschreibung von ÖPNV-Leistungen in rechtlicher Hinsicht nicht mit der Ausschreibung von Bauleistungen, wie sie dem Urteil „Rüffert“ zugrunde liegt, vergleichbar.⁶⁵ Da der Dienstleistungserbringer eine Niederlassung im Aufnahmemitgliedstaat haben muss, fehlt es zudem materiell an einer „länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen“ im Sinne des Art. 1 Abs. 1 der Entsende-Richtlinie, so dass diese auch aus diesem Grund nicht anwendbar ist.⁶⁶ Das Urteil in Sachen „Rüffert“ ist daher nicht auf den Sektor Verkehr übertragbar.

Zu prüfen ist allerdings, ob die Pflicht zur Tariftreue in Vergabeverfahren für ÖPNV-Leistungen gegen die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43 EGV verstößt.

⁶³ Siehe nachfolgend III.2.c).

⁶⁴ Siehe auch die Ausführungen zur Abgrenzung von Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit in Erwägungsgrund 37 der Richtlinie 2006/123/EG „Dienstleistungs-Richtlinie“.

⁶⁵ Zwar hat die Vergabekammer Lüneburg mit Beschluss vom 25.04.2008, Az.: VgK-12/2008, festgestellt, das Erfordernis einer Tariftreueerklärung für Subunternehmer bei der Ausschreibung von S-Bahn-Leistungen verstoße unter Verweis auf das „Rüffert“-Urteil gegen Art. 49 EGV; gegen den Beschluss hatte die Vergabestelle jedoch sofortige Beschwerde eingelegt. In der mündlichen Verhandlung vor dem OLG Celle hat das Gericht zu erkennen gegeben, dass es den Beschluss der VK Lüneburg aufheben wird. Die EU klammere den Verkehrssektor nach wie vor aus dem freien Binnenmarkt aus und unterwerfe ihn einem speziellen Regime. Da der Nachprüfungsantrag darauf hin zurückgezogen wurde, erging keine Entscheidung des OLG Celle.

⁶⁶ Siehe auch Erwägungsgrund (8) der VO (EG) Nr. 12/98: „Die Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen gilt für den Fall, dass die Verkehrsunternehmer Arbeitnehmer, mit denen ein Arbeitsverhältnis besteht, für die Erbringung von **Sonderformen des Linienverkehrs** von dem Mitgliedstaat entsenden, in dem sie normalerweise arbeiten.“

c) Die Niederlassungsfreiheit im Verkehrssektor

Im Hinblick auf die in der Regel mehrjährige Laufzeit der Verkehrsverträge bzw. Linienverkehrsgenehmigungen und die im PBefG normierte Niederlassungspflicht ist zu prüfen, ob der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit eröffnet ist und die Vorgabe von Tariftreuepflichten eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellt.

Gemäß Art. 43 Abs. 2 EGV umfasst die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesellschaften im Sinne des Art. 48 Abs. 2 EGV, nach den Bestimmungen des Aufnahmestaates für seine eigenen Angehörigen.

aa) Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit

Bevor näher auf den Anwendungsbereich dieser Grundfreiheit eingegangen wird, prüfen wir zunächst, ob die Niederlassungsfreiheit im Hinblick auf die Besonderheiten des Verkehrstitels gemäß Art. 70 ff. EGV direkt anwendbar ist.

Ob die Niederlassungsfreiheit im Bereich der Verkehrsunternehmen Anwendung finden soll, ist umstritten.⁶⁷ Für die Anwendung der Niederlassungsfreiheit spricht, dass eine Ausschlussklausel, wie Art. 51 Abs. 1 EGV sie für die Dienstleistungsfreiheit vorsieht, nicht gegeben ist. Gemäß Art. 71 Abs. 1 b) EGV ist der Rat jedoch zum Erlass von Sekundärrecht für die Bedingungen befugt, unter denen Verkehrsunternehmer in einem Mitgliedstaat, in dem sie nicht ansässig sind, zum Verkehr zugelassen werden. Diese Ermächtigungsgrundlage bezieht sich jedoch dem eindeutigen Wortlaut zufolge auf die Zulassung von Verkehrsunternehmen, die gerade nicht im Aufnahmestaat niedergelassen sind, sondern grenzüberschreitend aus einem anderen Mitgliedstaat Leistungen erbringen, so dass es sich um den Bereich der Dienstleistungsfreiheit handelt. Dies spricht somit gerade nicht gegen eine Anwend-

⁶⁷ Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1 – Europäische Grundfreiheiten, 2004., Kap. 8, Rn. 2008.

barkeit der Niederlassungsfreiheit auf Verkehrsunternehmen, sondern legt sie vielmehr e contrario nahe.⁶⁸

Nach der Systematik des EGV ist somit davon auszugehen, dass die Art. 43 ff. EGV auf die Niederlassungsfreiheit der Verkehrsunternehmen direkt anwendbar sind.

bb) Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit

Fraglich ist, ob der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43 EGV im Hinblick auf Verkehrsunternehmen aus einem anderen Mitgliedstaat, die in Deutschland Verkehrsleistungen erbringen, eröffnet ist. Die Niederlassungsfreiheit schützt das sich Niederlassen zum Zwecke der Berufsausübung in einem anderen Mitgliedstaat.

Art. 50 Abs. 3 EGV geht davon aus, dass sich im Fall der Erbringung einer Dienstleistung der Leistungserbringer vorübergehend im anderen Mitgliedstaat aufhält. Damit kommt ein Zeitfaktor ins Spiel, der vor allem im Hinblick auf die Abgrenzung zur Niederlassungsfreiheit von Belang ist, geht deren Leitbild doch von einer dauerhaften Anwesenheit im anderen Mitgliedstaat aus.⁶⁹ Die Zuordnung eines Sachverhalts zur Dienstleistungsfreiheit oder Niederlassungsfreiheit muss im Einzelfall unter Berücksichtigung von Dauer, Häufigkeit, Periodizität und Kontinuität der Tätigkeit erfolgen.⁷⁰ Neben diesen einzelfallbezogenen Abgrenzungskriterien stellt der EuGH⁷¹ auf Folgendes ab:

„Das entscheidende Kriterium für die Abgrenzung der Geltungsbereiche der Niederlassungsfreiheit einerseits und des freien Dienstleistungsverkehrs andererseits besteht darin, ob der betreffende Wirtschaftsteilnehmer in dem Mitgliedstaat, in dem er die fragliche Dienstleistung anbietet (Aufnahmemitgliedstaat), nie-

⁶⁸ Frenz, a.a.O., Kap. 8, Rn. 2009.

⁶⁹ Kluth, a.a.O., Art. 49, 50 EGV, Rn. 13.

⁷⁰ Urteil des EuGH vom 12.12.1996, „Reisebüro Broede“, Rs. C-3/95, Rn. 22; Urteil des EuGH vom 30.11.1995, Rs. C-55/94, „Gebhard“, Rn. 27.

⁷¹ Urteil des EuGH vom 26.01.2006, Rs. C-514/03, Rn. 22.

dergelassen ist oder nicht. Wenn er dort mit seinem Haupt- oder Nebensitz niedergelassen ist, fällt seine Situation in den Geltungsbereich des Grundsatzes der Niederlassungsfreiheit im Sinne von Art. 43 EGV. Andernfalls ist er als ‚grenzüberschreitender Dienstleistender‘ zu qualifizieren, und er fällt unter den Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs nach Art. 49 EGV.“

Die Frage, ob der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit bereits aufgrund der in der Regel achtjährigen Laufzeit eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages im Verkehrs-Sektor eröffnet ist⁷², kann aber im Hinblick darauf offen bleiben, dass gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4 PBefG und § 6 Abs. 5 AEG ein Niederlassungserfordernis besteht, welches grundsätzlich den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit eröffnet.

Da eine Niederlassung subjektive Genehmigungsvoraussetzung gemäß § 13 Abs. 1 PBefG ist, müssen Bieter bei einer Ausschreibung von ÖPNV-Leistungen zudem i.d.R. bereits vor Teilnahme an dem Vergabeverfahren über eine Niederlassung verfügen. Denn nur diese ermöglicht der Genehmigungsbehörde bzw. der Vergabestelle, die Zuverlässigkeit und finanzielle Leistungsfähigkeit der Bieter zu prüfen⁷³. Dies gilt im Anwendungsbereich des PBefG sowohl für die Antragsteller selbst als auch für deren Beauftragte.

Die Dienstleistungen nehmen somit von der Niederlassung in dem anderen Mitgliedstaat ihren Ausgang und sind daher nicht grenzüberschreitend.⁷⁴ Grenzüberschreitend ist vielmehr nur die Niederlassung, so dass die Niederlassungsfreiheit einschlägig ist.

cc) Beschränkung der Niederlassungsfreiheit

Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH in der Sache „Rüfert“ ist fraglich, ob das Erfordernis der Tariftreue nicht auch indirekt

⁷² Siehe auch die Ausführungen zur Abgrenzung von Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit in Erwägungsgrund 37 der Dienstleistungs-Richtlinie.

⁷³ Vgl. Gesetzesmaterialien zum PBefG, Fußnote 53 und 54.

⁷⁴ Frenz, Handbuch Europarecht, Band I: Europäische Grundfreiheiten, 2004, Kap. 8, Rn. 1950.

eine Beschränkung des Rechts der Verkehrsunternehmen auf freie Niederlassung bewirken könnte. Denn die Verpflichtung, im Rahmen ausgeschriebener Verkehrsleistungen den Busfahrern die am Ort der Leistungserbringung üblichen Tarife zu zahlen, könnte Verkehrsunternehmen davon abhalten, sich in Deutschland niederzulassen.

Die Regelung des Art. 43 Abs. 2 EGV, wonach die Niederlassungsfreiheit „nach den Bestimmungen des Aufnahmestaates für seine eigenen Angehörigen“ gewährleistet wird, legt den Schluss nahe, dass die Niederlassungsfreiheit lediglich die Diskriminierung ausländischer Unternehmen verhindern soll. Vergleichbar mit der entsprechenden Rechtsprechung des EuGH zur Dienstleistungsfreiheit (siehe II.2.b) des Gutachtens) hat jedoch auch die Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit eine Entwicklung von der reinen Beseitigung von Diskriminierungen hin zu einem allgemeinen Beschränkungsverbot vollzogen.⁷⁵ Unter Verweis auf die Rechtsprechung zur Dienstleistungsfreiheit⁷⁶ hat der EuGH bereits eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit angenommen, wenn eine nationale Maßnahme die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten behindert oder weniger attraktiv machen könnte.⁷⁷

Diese Ausdehnung des Freiheitsbereichs der Niederlassungsfreiheit macht diesen jedoch konturenlos. Die Freiheitsbereiche der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit wären hinsichtlich der sie potentiell beschränkenden nationalen Maßnahmen deckungsgleich. Dies widerspricht dem Art. 43 Abs. 2 EGV, der den Marktzutritt ausdrücklich „den Bestimmungen des Aufnahmestaates“ unterstellt. So hat auch der EuGH hinsichtlich der Rechtfertigung dieser Beschränkung entschieden, dass „ein Unternehmen im Fall der Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat grundsätzlich verpflichtet ist, dieselben Be-

⁷⁵ Bröhmer, in: Callies/Ruffert, a.a.O., Art. 43, Rn. 20 ff. m.w.N.

⁷⁶ Urteil des EuGH vom 12.12.1996, „Reisebüro Broede“, Rs. C-3/95, Rn. 25.

⁷⁷ Urteil des EuGH vom 30.11.1995, „Gebhard“, Rs. C-55/94, Rn. 37.

dingungen zu erfüllen wie die, die für die Staatsangehörigen des Aufnahmestaats gelten“⁷⁸.

Der EuGH vermengt damit die Prüfung, ob eine nationale Maßnahme überhaupt den Freiheitsbereich der Niederlassungsfreiheit beschränkt mit der Frage ihrer Rechtfertigung. In der Sache „Gebhard“⁷⁹ differenziert der EuGH wie folgt:

*„Unterliegen die fraglichen spezifischen Tätigkeiten im Aufnahmestaat keiner Regelung, so dass ein Angehöriger dieses Mitgliedstaates für ihre Ausübung keine besondere **Qualifikation** aufweisen muss, so haben die Angehörigen jedes anderen Mitgliedstaates das Recht, sich im Hoheitsgebiet des erstgenannten Staates niederzulassen und dort diese Tätigkeiten auszuüben.*

*Die Aufnahme und Ausübung einiger selbstständiger Tätigkeiten können jedoch von der Beachtung bestimmter durch das Allgemeininteresse gerechtfertigter Rechts- und Verwaltungsvorschriften, wie der Vorschriften über **Organisation, Qualifikation, Standespflichten, Kontrolle und Haftung**, abhängig gemacht werden. Diese Vorschriften können insb. vorsehen, dass die Ausübung einer spezifischen Tätigkeit je nach Lage des Falls den Inhabern eines Diploms, Prüfungszeugnisses oder sonstigen Befähigungsnachweises, den Angehörigen eines bestimmten Berufsstandes oder den Personen, die einer bestimmten Ordnung oder Kontrolle unterliegen, vorbehalten ist.*

Unterliegt die Aufnahme oder Ausübung einer spezifischen Tätigkeit im Aufnahmemitgliedstaat derartigen Bedingungen, so muss der Angehörige eines anderen Staates, der diese Tätigkeit ausüben will, diese Bedingungen grundsätzlich erfüllen.“

⁷⁸ Urteil des EuGH vom 26.01.2006, „Kommission ./ Königsreich Spanien“, Rs. C-514/03, Rn. 57; Urteil des EuGH vom 30.11.1995, „Gebhard“, Rs. C-55/94, Rn. 36.

⁷⁹ Urteil des EuGH vom 30.11.1995 „Gebhard“, Rs. C-55/94, Rn. 34 bis 36.

In einem weiteren Urteil⁸⁰ stellt der EuGH fest, dass ein Mitgliedstaat, der ausländischen privaten Sicherheitsunternehmen für die Ausübung ihrer Tätigkeiten im Inland eine Reihe von Bedingungen auferlegt (die Unternehmen müssen die Rechtsform einer juristischen Person haben, über ein bestimmtes Mindestgesellschaftskapital verfügen, eine Sicherheit bei einem inländischen Finanzinstitut stellen, eine Mindestzahl von Arbeitnehmern beschäftigen und die Angehörigen ihres Personals müssen allgemein im Besitz einer besonderen behördlichen Erlaubnis sein), gegen seine Verpflichtungen aus den Art. 43 und 49 EGV verstößt.

All diesen, vom EuGH festgestellten Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit ist gemein, dass sie die Modalitäten und Voraussetzungen der **Niederlassung** bzw. der grundsätzlichen Ausübung des Berufs oder Gewerbes betreffen, also zum einen die Voraussetzungen der Gründung einer (weiteren) Niederlassung, und zum anderen die Bedingungen, unter denen die Tätigkeiten, also das betreffende Gewerbe oder der Beruf, in dem Aufnahmemitgliedstaat überhaupt erst ausgeübt werden darf. Sie betreffen damit das „ob“ der Niederlassung und bzw. Dienstleistungserbringung, nicht das „wie“ der im Anschluss an die Niederlassung beabsichtigten Dienstleistung.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie die Forderung nach Tariftreue in Ausschreibungen von ÖPNV-Leistungen einzuordnen ist.

In tatsächlicher Hinsicht ist bereits fraglich, ob der Einsatz von Busfahrern aus anderen Mitgliedstaaten, die unter Umständen der deutschen Sprache nicht mächtig sind, überhaupt in Betracht kommt. Allerdings genügt für die Prüfung einer nationalen Maßnahme anhand der Grundfreiheiten des EGV bereits die theoretische Möglichkeit einer Verletzung.

In rechtlicher Hinsicht stellt die Frage, ob es sich hierbei um eine Beschränkung der **Niederlassungsfreiheit** handelt, oder ob nicht vielmehr die Ausübung des Verkehrsgewerbes im Anschluss an die vollständig

⁸⁰ Urteil des EuGH vom 26.01.2006, „Kommission ./ Königsreich Spanien“, Rs. C-514/03.

erfolgte Niederlassung betroffen ist, also die Phase der Dienstleistungserbringung. Das Erfordernis der Tariftreue trifft unterschiedslos alle an einer Ausschreibung teilnehmenden Verkehrsunternehmen, die bereits in dem Mitgliedstaat niedergelassen sind. Es handelt sich daher nicht um eine Bedingung für die Niederlassung, sondern um eine Bedingung der Leistungserbringung im Anschluss an eine Ausschreibung eines öffentlichen Auftraggebers. Diese Bedingung betrifft somit die Phase der gewerblichen Betätigung eines bereits niedergelassenen Unternehmens.

Dieses Ergebnis entspricht auch dem Gesetzgebungsauftrag zur Einführung der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 71 Abs. 1 b) EGV, wonach im Wege der gemeinschaftlichen Verkehrspolitik die **Bedingungen** für die Zulassung von Verkehrsunternehmen zum Verkehr innerhalb eines Mitgliedstaats, in dem sie nicht ansässig sind, festzulegen sind. Beschränkt dagegen bereits jede nationale Maßnahme, die die Ausübung einer Tätigkeit „unattraktiver“ macht, die Niederlassungsfreiheit, würde dies die Einführung einer gemeinsamen Verkehrspolitik auf der Grundlage des Verkehrs-Titels hinfällig machen.

Die Tariftreueverpflichtung in Ausschreibungen von ÖPNV-Leistungen stellt daher keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43 EGV dar.

IV. Zusammenfassung und Handlungsoptionen

Die Vorgabe von Sozialstandards in Ausschreibungen von ÖPNV-Leistungen verstößt weder gegen die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49 EGV noch gegen die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43 EGV. Inhaltlich kommen zwei Formen von Sozialstandards in Betracht:

- Sozialstandards zugunsten der konkret von einem Betreiberwechsel betroffenen Arbeitnehmer des vorangegangenen Betreibers gemäß Art. 4 Abs. 5 der VO 1370/2007,
- die Verpflichtung zur Zahlung bestimmter Tarife („Tariftreueerklärung“) nach Maßgabe der Landesvergabegesetze.

Nach der Ermächtigungsgrundlage des Art. 4 Abs. 5 der VO 1370/2007 können die zuständigen Behörden den neuen Betreiber eines öffentlichen Dienstes verpflichten, den zuvor zur Erbringung dieser Dienste eingestellten Arbeitnehmern die Rechte zu gewähren, die ihnen bei Vorliegen eines Betriebsübergangs im Sinne der Richtlinie 2001/23/EG zustünden. Da nach der Rechtsprechung des EuGH die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs im Sinne dieser Richtlinie bei einem Betreiberwechsel im Anschluss an eine Ausschreibung von ÖPNV-Leistungen ohne Übernahme der Verkehrsmittel nicht gegeben sind, kommt der Regelung in Art. 4 Abs. 5 der VO 1370/2007 konstitutive Wirkung zu, d.h. diese Regelung ist erst mit ihrem Inkrafttreten zum 03.12.2009 anwendbar.

Gem. Art. 51 Abs. 1 EGV geht die VO 1370/2007 und ihre Ermächtigungsgrundlage in Art. 4 Abs. 5 der VO den Bestimmungen der Entsenderichtlinie als die speziellere Regelung vor. Daher ist auch das Rüffert-Urteil nicht auf den Sektor Verkehr übertragbar.

Da es sich bei der VO 1370/2007 um in den Mitgliedstaaten unmittelbar geltendes Sekundärrecht handelt, welchem ein Anwendungsvorrang vor nationalem Recht zukommt, widerspricht diese Ermächtigungsgrundlage auch nicht dem § 97 Abs. 4 GWB, so dass mit Inkrafttreten der VO am 03.12.2009 unmittelbar von der Ermächtigungsgrundlage des Art. 4 Abs. 5 Gebrauch gemacht werden kann. Dies gilt sowohl für die Durchführung von Vergabeverfahren auf der Grundlage der VOL/A als auch für die Durchführung sonstiger wettbewerblicher Vergabeverfahren gemäß Art. 5 Abs. 3 der VO 1370/2007, zu deren Ausgestaltung nach dem aktuellen Stand der Novellierung des PBefG eine gesonderte Rechtsverordnung erlassen werden soll.

Eine konkrete Ermächtigung der zuständigen Behörde, den Bietern im Rahmen eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens die Einhaltung bestimmter Tarifverträge vorzuschreiben, ist in der VO 1370/2007 zwar nicht enthalten; dem Erwägungsgrund 17 der VO ist jedoch zu entnehmen, dass der europäische Gesetzgeber von der Zulässigkeit sozialer Kriterien, auch bezüglich der sich aus Kollektivvereinbarungen ergebenden Verpflichtungen, ausgeht.

Unsere rechtliche Prüfung hat ergeben, dass die in den Landesvergabegesetzen enthaltenen Tariftreueklauseln mit den Grundfreiheiten des EGV im Einklang stehen. Zunächst

findet gemäß Art. 51 EGV das Recht des freien Dienstleistungsverkehrs auf Verkehrsleistungen keine unmittelbare Anwendung, sondern ist im Rahmen der gemeinsamen Verkehrspolitik auf der Grundlage des Verkehrstitels gemäß Art. 70 ff. EGV zu gewährleisten. Auf der Grundlage des Verkehrstitels wurde für den Bereich des Güterverkehrs eine weitgehende Liberalisierung erreicht. Die Personenbeförderung unterliegt demgegenüber noch weitreichenden Beschränkungen, insbesondere im Bereich der „Kabotagebeförderung“, also der rein innerstaatlichen Beförderung ohne Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Verkehrsdiensten.

Daher ist für den Bereich des innerstaatlichen Linienverkehrs mit Bussen, den gesamten Bereich der Stadt- und Vorortverkehrsdienste sowie für den schienengebundenen innerstaatlichen Fernverkehr ein Niederlassungserfordernis mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar.

Das Niederlassungserfordernis gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4 PBefG und gemäß § 14 Abs. 2 und 3 AEG hat zur Folge, dass die Erbringung von Verkehrsdienstleistungen dem Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit unterfällt. Das Erfordernis der Einhaltung bestimmter Tarifverträge stellt keine Behinderung der Niederlassungsfreiheit dar, da derartige Bedingungen in Vergabeverfahren nicht die nationalen Organisations- oder Ordnungsvorschriften für die Niederlassung betreffen, sondern die Modalitäten der Leistungserbringung für öffentliche Auftraggeber.

Urteile in Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 234 EGV binden „inter partes“ die in derselben Sache im Ausgangsstreitverfahren entscheidenden Gerichte. Daher kommt dem „Rüffert“-Urteil keine unmittelbare über dieses Verfahren hinausgehende Rechtswirkung zu. Aufgrund der Sonderregel des Art. 51 Abs. 1 EGV und des sekundärrechtlich im Verkehrs-Sektor zulässigen Erfordernisses einer Niederlassung im Aufnahmemitgliedstaat sind die Rechtsausführungen des EuGH in der Sache „Rüffert“ auch materiell nicht auf den Sektor Verkehr übertragbar.

Daher sind Tariftreueklauseln in Landesvergabegesetzen, jedenfalls soweit sie den ÖPNV betreffen, mit dem europäischen Recht vereinbar.

Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts sind die Tariftreueklauseln in den Landesvergabegesetzen verfassungskonform. Umstritten ist, ob Tariftreueerklärungen auch ohne gesetzliche Grundlage in vergaberechtlichen Ausschreibungen verlangt werden dürfen.⁸¹ Gem. § 97 Abs. 4 GWB besteht im Rahmen von Vergabeverfahren für „*andere oder weitergehende Anforderungen*“ ein Gesetzesvorbehalt, der im Rahmen der Novellierung des Vergaberechts voraussichtlich für solche Anforderungen aufrechterhalten wird, die nicht „*im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen*.“ Zwar ist umstritten, ob die Anforderung „Tariftreue“ im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages im „sachlichen Zusammenhang“ mit dem Auftragsgegenstand steht⁸²; um Rechtssicherheit für die Auftraggeber zu schaffen und um die Auftraggeber zudem zur Vorgabe von Tariftreueerklärungen zu verpflichten, ist es jedoch empfehlenswert, Tariftreueklauseln für ÖPNV-Leistungen in allen Landesvergabegesetzen zu normieren.

Alternativ bestünde auch die Möglichkeit, im Rahmen der Novellierung des PBefG zur Anpassung an die VO 1370/2007 eine entsprechende Regelung für alle von der Verordnung erfassten wettbewerblichen Vergabeverfahren vorzuschreiben.

⁸¹ Siehe von Bechtolsheim/Betz, Berücksichtigung von Entlohnungskriterien bei Vergabeentscheidungen, Stellungnahme im Auftrag von ver.di – Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft vom 15.11.2006.

⁸² Siehe von Bechtolsheim/Betz, a.a.O..