

DIE BESSEREN ARGUMENTE

Erwiderung auf Einwände
gegen Sozialstandards in der Vergabe



Frankfurt/Main, August 2011

mobifair – für fairen
Wettbewerb in der Mobilitätswirtschaft e. V.
Westendstr. 52, 60325 Frankfurt am Main

HEUSSEN Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Platz der Einheit 2, 60327 Frankfurt am Main

Wolfgang Trautner, Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Lehrbeauftragter Vergaberecht (THM - Technische Hochschule Mittelhessen)

unter Mitarbeit von
Anouk Ferté-Devin, Élève-avocate (EFB Paris)

V.i.S.P.
Helmut Diener, Geschäftsführer
mobifair – für fairen Wettbewerb in der
Mobilitätswirtschaft e.V.

Westendstr. 52, 60325 Frankfurt/Main
Tel.: 069/27139966 - Fax: 069/2713996-77 – info@mobifair.eu
Eingetragen im Vereinsregister unter VR 13555
Bankverbindung: SPARDA-Bank West eG (33060592)
Konto: 5311497
1. Vorsitzender: Jörg Krüger
2. Vorsitzender Dirk Schlömer
www.mobifair.eu

I Vorwort

Seit Beginn der Regionalisierung des Schienenpersonennahverkehrs (SPNV) im Jahre 1996 nimmt der Wettbewerb in diesem Bereich immer mehr zu. In den kommenden Jahren wird mehr als die Hälfte des gesamten Leistungsumfangs des SPNV neu vergeben. Zumeist finden diese Vergaben im Rahmen von europaweiten Ausschreibungen statt.

Unsere Sorge gilt hierbei den Beschäftigungsverhältnissen der betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Die vergangenen Jahre haben gezeigt, dass oft gerade schlechte Beschäftigungsbedingungen ausschlaggebend für den Gewinn von Ausschreibungen waren. Durch Verzicht möglicher Vorgaben von Sozialstandards erhofften sich viele Besteller Einsparungen in Millionenhöhe bei gleicher Verkehrsleistung. Die in der Vergangenheit unsichere Rechtslage zur Vergabe solcher Standards lieferte hierzu die passenden Argumente. Noch heute wird teilweise versucht, Verunsicherung zu schüren, wo der europäische wie der nationale Gesetzgeber längst Klarheit geschaffen hat. Die seit 2009 in Kraft befindliche EU-Verordnung 1370/2007/EG sowie auch das in 2010 ergänzte Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen haben jedoch bereits einen rechtssicheren Rahmen zum Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer geschaffen.

Mit dieser Argumentationshilfe wollen wir mit bestehenden Unsicherheiten aufräumen und durch Fakten verbliebene Zweifel an der Durchsetzbarkeit eines umfangreichen Sozial- und Tarifschutzes bei Vergaben im SPNV beseitigen. Beschäftigungsbedingungen dürfen nicht Spielball des Wettbewerbs sein, sondern müssen wettbewerbsneutral dazu beitragen, einen fairen Wettbewerb um den bestmöglichen SPNV zu sichern.

Wir danken insbesondere Herrn Rechtsanwalt Wolfgang Trautner von der Kanzlei Heussen Rechtsanwalts-gesellschaft mbH für die unterstützende Ausarbeitung dieser Argumentationshilfe.

Unsere Auffassung hat sich wiederholt bestätigt: Bei Ausschreibungen können die Vergabestellen (Aufgabenträger) die Zahlung bestimmter Tarife (zum Beispiel Branchentarifvertrag) zur Verpflichtung machen. Alle anderen Argumentationen sind falsch.

Geschäftsleitung
und Vorstand mobifair e. V.

II In aller Kürze

Gesetze und Verordnungen sagen „Ja“ zu fairen und sozialgeschützten Ausschreibungen - Hier einige Auszüge:

Zum § 97 Abs. 4 des GWB

- Nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes wie auch nach den europäischen Richtlinienvorgaben sollen die zusätzlichen Bedingungen für die Ausführung eines Auftrages gerade soziale Aspekte betreffen können.
- Ein Tariffreueverlangen ist damit als auftragsbezogene soziale Anforderung anzusehen.
- Daher hält das Bundesverfassungsgericht Tarifiklauseln für verfassungsgemäß.
- Denn die Beachtung eines Mindestentgelts im Rahmen eines konkreten Auftragsverhältnisses dient sowohl der Durchsetzung der Arbeitnehmermotivation als auch der Qualitätssicherung der Arbeitsergebnisse.

Zum Art. 4 Abs. 5 VO (EG) 1370/2007

- Die Vergabestelle kann den Übergang aller betroffenen Arbeitsverhältnisse selbst anordnen.
- Ein betroffenes Unternehmen kann verpflichtet werden, die Belegschaft des bisherigen Dienstleistungserbringers zu übernehmen und darüber hinaus zu beschränken, eigene Arbeitnehmer zu geringeren Lohnkosten zu beschäftigen.
- Vergabestellen haben die Möglichkeit, den Bewerber zur Einhaltung von bestimmten Sozialstandards zu verpflichten.
- Der Artikel 4 Abs. 5 der VO (EG) 1370/2007 ist eine Ermächtigungsgrundlage für eine Tariffreue.

Artikel 31 - Grundrechte-Charta

Gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen

(1) Jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer hat das Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen.

(2) Jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer hat das Recht auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit, auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten sowie bezahlten Jahresurlaub.

III Ausgangspunkt

Nach Auffassung von öffentlichen Auftraggebern soll es für die Forderung nach Tariftreueerklärung im Rahmen des Auftragswesens gegenwärtig keine rechtsichere Ermächtigungsgrundlage geben. Die Argumente reichen von der Feststellung, dass nationales Recht dem europäischen Recht vorgehe über die Aussagen, dass die eigene Zuständigkeit fehle, es einen Eingriff in die Tarifautonomie bedeuten würde, es keinen Branchentarifvertrag (obwohl abgeschlossen) gäbe, die Allgemeinverbindlichkeit fehle, der § 97 im GWB und die EU-Verordnung nicht rechtssicher seien, bis hin zu der Behauptung, dass eine Tariftreueerklärung rechtswidrig ist.

Bei Auseinandersetzung mit den Einwänden werden die nationalen und europäischen Ermächtigungsgrundlagen für die Berücksichtigung von sozialen Kriterien in Rahmen einer Auftragsvergabe dargestellt. Mit Blick auf die Ruffert-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes zu den Tariftreueerklärungen im Baubereich wird ebenfalls die Frage behandelt, ob der § 97 Abs. 4 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und die Verordnung 1370/2007 Rechtsgrundlagen für Tariftreueerklärungen bieten und sich zugleich im Einklang mit den Aussagen der vorgenannten Rechtsprechung befinden.

IV Die einzelnen Einwände

1. Einwand

§ 97 Abs.4 GBW stellt keine nationale Rechtsgrundlage für eine Tariftreueerklärung dar

Richtig ist

Der Ursprung und die rechtliche Grundlage der Sekundärzwecke sind die europäischen Vergaberichtlinien in ihrer Interpretation durch den Europäischen Gerichtshof¹. Er hat schon Ende der achtziger Jahre festgestellt, dass ein Beschaffungsvorhaben z.B. mit dem Einsatz einer bestimmten Anzahl von Langzeitarbeitslosen verknüpft werden darf. Diese Rechtsprechung hat der europäische Gesetzgeber 2004 zum Anlass genommen, den Artikel 26 in die Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG bzw. den Artikel 38 in die Sektorkoordinierungsrichtlinie 2004/17/EG aufzunehmen und daher Sekundärzwecke in den europäischen Vergaberichtlinien zu verankern.

¹ EuGH Rs. C-31/87, EuZW 1988, S. 4635 - Beentjes EuGH Rs. C-225/98, EuZW 2000, S. I-7471 - Nord-Pas-de-Calais; EuGH, Rs. C-513/99, EuZW 2002, S. 628 - Concordia Bus Finland.

Das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20.04.2009 hat diese Bestimmungen mit der neuen Auffassung des § 97 Abs. 4 ins deutsche Recht umgesetzt.

§ 97 Abs 4 GBW: „ (1) Aufträge werden an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen vergeben. (2) 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. (3) Andere oder weitergehende Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist“. [Hervorhebung von den Verfassern]

So ist es mit den Aufgabenträgern nicht im Widerspruch, dass nach § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB „soziale Aspekte“ Tariffreuerklärungen beinhalten können. Es wird lediglich von einigen Aufgabenträgern die Meinung vertreten, dass „in der Regel“ Tariffreueverlangen nicht als „auftragsbezogene“ zusätzliche Anforderung betrachtet werden können.

Gemäß § 97 Abs. 4 Satz 2 müssen die „zusätzlichen Anforderungen“ im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand² stehen. Aus der Rechtsprechung des EuGH ist eine solche Anforderung für das Aufstellen von Zuschlagskriterien bekannt. Erstmals verlangte er in der Rechtssache Concordia Bus Finland aus dem Jahre 2002 einen Zusammenhang zwischen Zuschlagskriterien und Auftragsgegenstand. Nach der Folgerechtsprechung ist ein hinreichender Zusammenhang immer dann gegeben, wenn das Zuschlagskriterium einen unmittelbaren Zusammenhang zum Auftrag hat³. Eine hinreichende Verknüpfung ist zu bejahen, wenn das soziale Kriterium den Wert der Leistung für den Auftraggeber positiv beeinflusst⁴. Die Rechtsprechung bestätigt das Verständnis des Gesetzgebers, dass nur solche Anforderungen berücksichtigungsfähig sind, die sich auf die konkrete Auftragsausführung beziehen und kann damit für die Auslegung von § 97 Abs. 4 S. 2 GWB herangezogen werden⁵.

Nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes, als auch nach den europäischen Richtlinienvorgaben, sollen die zusätzlichen Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags gerade soziale Aspekte betreffen können.

2EuGH, Rs. C-513/99, EuZW 2002, S. 628 – Concordia Bus Finland.

3 EuGH, Rs. C-448/01, EuZW 2004, S. 81 – Wienstrom.

4 Bitterich, ZIP 2008, S. 1455 (1456); Mohr, VergabeR 2009, S. 543 (547 f.).

5 Kirch/Leinemann, VergabeR 2009, S. 414 (416).

Soziale Anforderungen sollen also zulässig sein⁶. Auf die Begründung eines über die Leistung vermittelten Mehrwertes kommt es damit nicht an. Dies entspricht auch den Grundaussagen des EuGH⁷.

Ein Tariffreueverlangen ist damit als auftragsbezogene soziale Anforderung anzusehen. Die Beachtung eines Mindestentgelts im Rahmen eines konkreten Auftragsverhältnisses kann damit der Durchsetzung eines zulässigen Nebenziels dienen⁸. Es muss somit kein (weiteres) Bundes- oder Landesgesetz nach § 97 Abs. 4 S. 3 GWB vorhanden sein, das diese Forderung ermöglicht. Daher hält das Bundesverfassungsgericht Tariffreueklauseln für verfassungsgemäß.⁹

Sofern sich eine Tariffreueverpflichtung ausschließlich auf die Bezahlung derjenigen Arbeitnehmer bezieht, die zur Auftragsdurchführung eingesetzt werden, liegt jedenfalls ein Bezug zur geschuldeten Leistung vor.¹⁰ Die Beachtung eines Mindestentgelts im Rahmen eines konkreten Auftragsverhältnisses dient sowohl der Durchsetzung der Arbeitnehmermotivation als auch der Qualitätssicherung der Arbeitsergebnisse.

Entgegen der Auffassung von Aufgabenträgern stellt § 97 Abs. 4 S.2 GWB sehr wohl eine rechtssichere Ermächtigung für die Forderung nach einer Tariffreueerklärung dar, da dies einen sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand begründen kann.

2. Einwand:

Art. 4 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 ist keine europäische Rechtsgrundlage für eine Tariffreueerklärung und stellt keine rechtssichere Ermächtigung für ein Tariffreueverlangen dar, weil diese Regelung nur in Betriebsübergangsfällen anwendbar wäre.

Richtig ist

Aufgrund der beschränkten Laufzeit öffentlicher Dienstleistungsaufträge und der Verstärkung der Wettbewerbselemente erhöht sich die Wahrscheinlichkeit eines Betreiberwechsels im Bereich des SPNV. Dies macht die Arbeitsplätze in den Verkehrsunternehmen unsicherer. Auf übernommene

6 Kirch/Leinemann, VergabeR 2009, S. 414 (417).

7 Vgl. EuGH, Rs. 31/87, NVwZ 1990, S. 353 – Beentjes; EuGH, Rs. C-225/98, NZBau 2000, S. 584 – Nord-Pas-de-Calais.

8 Kirch/Leinemann, VergabeR 2009, S. 414 (418); Varga, VergabeR 2009, S. 535 (539); weitergehend Steiff, VergabeR 2009 Sonderheft 2a, S. 290 (301) und Kus, NZBau 2009, S. 21 (23), die im Extremfall eine flächendeckende Einführung der Zahlung angemessener Mindestlöhne für denkbar halten.

9 BVerfG, NJW 2007, S. 51.

10 Frenz, NZBau 2007, S. 17 (20); Bitterich, ZIP 2008, S. 1455 (1457).

Arbeitnehmer könnten Entgeltkürzungen oder Kündigungen zukommen. Weiterhin könnte durch die Einstellung von eigenem Personal das bestehende Lohnniveau gesenkt werden. Um dem entgegen zu wirken, wird der Auftraggeber gemäß Art. 4 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 ermächtigt, zunächst einen Übergang der entsprechenden Arbeitsverhältnisse auf den neuen Betreiber zu bewirken¹¹. Die Vergabestelle kann also den Übergang aller betroffenen Arbeitsverhältnisse selbst anordnen.¹²

Art. 4 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007: Nr 5 „(1) Unbeschadet des nationalen Rechts und des Gemeinschaftsrechts, einschließlich Tarifverträge zwischen den Sozialpartnern, kann die 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.

(2) 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.“

Nr 6 „Verpflichtet die zuständige Behörde die Betreiber eines öffentlichen Dienstes im Einklang mit nationalem Recht dazu, bestimmte Qualitätsstandards einzuhalten, so werden diese Standards in die Unterlagen des wettbewerblichen Vergabeverfahrens und die öffentlichen Dienstleistungsaufträge aufgenommen.“

Vergabestellen beziehen sich auf den ersten Satz und behaupten, dass Art. 4. Abs. 5 ausschließlich auf Betriebsübergangsfälle anwendbar ist. Durch diese Ermächtigungsgrundlage im Sekundärrecht wird aber ermöglicht ein betroffenes Unternehmen zu verpflichten, die Belegschaft des bisherigen Dienstleistungserbringers zu übernehmen und darüber hinaus in der betrieblichen Strukturentscheidung zu beschränken, eigene Arbeitnehmer zu geringeren Lohnkosten zu beschäftigen¹³.

Dennoch haben die Vergabestellen nach Art. 4 Abs. 5 S. 2 die Möglichkeit, den Bewerber zur Einhaltung von „bestimmten Sozialstandards“ zu verpflichten. Insofern ist der Art. 4. Abs. 5 auch eine Ermächtigungsgrundlage für eine Tariffreueerklärung.

¹¹ Fehling/Niehaus, DVBl. 2008, S. 662 (666).

¹² Bayreuther, NZA 2009, S. 582.

¹³ So zutreffend Siederer/Denzin, Der Nahverkehr, Heft 3, 2009, S. 50 (51).

Auch Autoren wie Stockmann und Rübke halten es für „gut vertretbar, die Möglichkeiten von Art. 4 Abs. 5 VO (EG) 1370/2007 zur Vorgabe von Sozialstandards in Vergabeverfahren auszuschöpfen“: Die Verordnung könne man zwar als primärrechtswidrig ansehen, andererseits aber zur Begründung der Folgerung für die Vergabepaxis auf den breiten Konsens der Verordnung abstellen, die unter Mitwirkung des Europäischen Parlaments auf Vorschlag der Kommission ergangen sei.¹⁴

Außerdem steht Art. 4 Abs.6 VO (EG) 1370/2007, der die Berücksichtigung von „bestimmten Qualitätsstandards“ erlaubt, im Einklang mit nationalem Recht. Diese müssen in die Unterlagen des wettbewerblichen Vergabeverfahrens und die öffentlichen Dienstleistungsaufträge aufgenommen werden.

Der 17. Erwägungsgrund der Verordnung (EG) 1370/2007 erläutert den Inhalt den Begriffen „Sozialstandards“ und „Qualitätsstandard“:

„Gemäß dem Subsidiaritätsprinzip steht es den zuständigen Behörden frei, soziale Kriterien festzulegen, um Qualitätsstandards für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen aufrechtzuerhalten und zu erhöhen, beispielsweise bezüglich der Mindestarbeitsbedingungen [...] sowie bezüglich der sich aus Kollektivvereinbarungen ergebenden Verpflichtungen [...] an dem Ort, an dem der Dienst erbracht wird.“

Dieser Erwägungsgrund macht deutlich, dass sich die Sozialstandards auch aus vor Ort geltenden Tarifverträgen ergeben können und die Verordnung damit Tariffreueverlangen ohne weiteres zulässt.¹⁵ Den Erwägungsgründen einer Verordnung kommt selbst zwar keine unmittelbare Rechtswirkung zu, allerdings legen sie die Motive des Gesetzgebers dar. Der europäische Gesetzgeber geht damit von der Zulässigkeit solcher sozialen Kriterien für alle vom Bewerber eingesetzten Arbeitnehmer aus.

Daher, im Gegensatz zur Behauptung, ist in Art. 4 Abs. 5 der VO (EG) Nr. 1370/2007 eine spezielle Ermächtigungsgrundlage zur Vorgabe sozialer Standards enthalten, die auch in einem Erst-Recht-Schluss das Verlangen von Tariffreueerklärungen erlaubt. Auch Art. 4 Abs. 6 VO (EG) Nr. 1370/2007 kann als Rechtsgrundlage für Tariffreueerklärungen angesehen werden. Dies folgt zwar nicht direkt aus dem Wortlaut, jedoch aus dem Erwägungsgrund 17 der Verordnung.

14 Stockmann/Rübke, Der Nahverkehr, Heft 7-8 2009, S. 48 (50).

15 So auch Bayreuther, EuZW 2009, S. 102 (106); ders., NZA 2009, S. 582 (584); Dobmann, VergabeR 2008, S. 484 (486); vgl. auch Fehling/Niehaus, DVBl. 2008, S. 662 (667).

3. Einwand

Anwendbarkeit der Vorschriften und der Rechtsprechung über die Dienstleistungsfreiheit für den Verkehrssektor (insbesondere das „Rüffert-Urteil“)

Richtig ist

Aus dem Rüffert-Urteil folgt, dass im Baubereich ein bindender Mindestlohn den Vorgaben von Art. 3 der Entsenderichtlinie genügen muss und damit alleine über eine gesetzliche bzw. verwaltungsrechtliche Regelung und über einen für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag europarechtskonform festgesetzt werden kann.

Ein Branchenbezug besteht somit zumindest im Baubereich, für den die Entsenderichtlinie ausnahmsweise auch für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge als Rechtsgrundlage für Mindestlöhne zulässt. Es sei darauf hingewiesen, dass diese Entscheidung noch einmal zeigt, dass für den EuGH eine Tariftreueerklärung in Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand sehen kann.

Artikel 26 der Richtlinie 2004/18/EG und Artikel 38 der Richtlinie 2004/17/EG: „Die öffentlichen Auftraggeber können zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorschreiben, sofern diese mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind und in der Bekanntmachung oder in den Vertragsunterlagen angegeben werden. Die Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags können insbesondere soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen.“

Es ist darauf zu verweisen, dass die Sachverhalte des Rüffert-Urteils zeitlich vor dem Inkrafttreten der neuen Vergaberichtlinien angesiedelt waren. Weil diese Richtlinien noch nicht galten, konnte der EuGH sich nicht darauf berufen. Das „Rüffert Urteil“ enthält daher keine Aussage über die Möglichkeit soziale Aspekte bei öffentlichen Vergabeverfahren nach den Artikel 26 in der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG bzw. den Artikel 38 in der Sektorenkoordinierungsrichtlinie 2004/17/EG zu berücksichtigen¹⁶.

Diese sozialen Kriterien, bzw. die Forderung nach Tariftreueerklärungen, müssen im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht stehen.

Die Tariftreueerklärung sollte daher die Entsenderichtlinie einhalten und die Dienstleistungsfreiheit beachten. Aber im Verkehrssektor sind diese Normen nicht anwendbar und zwar wegen der Besonderheit des Verkehrssektors (2.1.) und weil es keine entsprechende Harmonisierung in diesem Bereich gibt (2.2.).

¹⁶ Kirch/Leinemann, VergabeR 2009, S. 414 (419)

Dazu gelten die Grundfreiheiten nicht mehr als die einzigen Maßstäben in der europäischen Gemeinschaft (2.3.).

3.1. Besonderheit des Verkehrssektors

Übersehen wird nicht selten, dass sich das Rüffert-Urteil ausschließlich auf eine Fallgestaltung bezog, auf die die europarechtliche Dienstleistungsfreiheit und die Entsenderichtlinie anzuwenden waren. Gemäß Art. 58 Abs. 2 AEUV gilt für den Verkehrsbereich nicht unmittelbar die Dienstleistungsfreiheit, sondern ein gesonderter Verkehrstitel gem. Art. 90 ff. AEUV.

Art. 58 Abs 1 AEUV: „Für den freien Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiet des Verkehrs gelten die Bestimmungen des Titels über den Verkehr.“

Ebenso gelten die auf Grundlage des Art. 56 AEUV erlassenen Sekundärrechtsakte, wie die Entsenderichtlinie, nicht für den Verkehrssektor¹⁷. In Ausschreibungen für SPNV-Leistungen sind die sich aus der Rüffert-Rechtsprechung ergebenden Anforderungen nicht zu beachten. Diese Ansicht wird auch vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales vertreten:

„Für die Vergabe von Verkehrsleistungen ist nicht die Entsenderichtlinie sondern die speziellere EG-Verordnung Nr. 1370/2007 anwendbar. Die Dienstleistungsfreiheit ist hier noch nicht voll hergestellt. Daher wird die Auffassung vertreten, dass das Rüffert-Urteil nicht auf den ÖPNV-/SPNV-Bereich übertragbar sei, sodass Tariffreueklauseln auf der Basis örtlich geltender Tarifverträge oder andere vom Auftraggeber geforderte Entgeltvorgaben hier weiterhin für möglich gehalten werden.“¹⁸ ...

Die Erbringung von Verkehrsdienstleistungen fällt vielmehr in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit.¹⁹ Im Rahmen dieser Grundfreiheit, wenn der Anbieter eine Integration in den Markt des Landes zielt, hat er keinen Anspruch mehr dort zu den Bedingungen seines Ursprungslandes zu arbeiten.²⁰

Wenn das geplante Vertragsverhältnis einen längeren Zeitraum für die Erbringung der Leistung vorsieht, kann der Anbieter verpflichtet sein, einen örtlichen Tarifvertrag zu anwenden. Es ist gemäß § 97 Abs. 4 S. 2 GWB

17 Winfried Kluth in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Online-Lommentar, beck-online, 4. Auflage 2011, AEUV Art. 58 (ex-Art. 51 EGV) [Dienstleistungen im Verkehr und im Kapitalverkehr]

18 BMAS, Referat Information, Publikation, Redaktion 53107 Bonn, Stand: August 2009, S. 18.

19 EuGH, Rs. C-382/08, Neukirchinger, Slg. 2011, I-0000, Rdnr. 29.

20 Dobman, Vergaberecht, 2008, 484, 486

und den Art. 4 (5) und (6) der VO 1370/2007 möglich, die Zahlung eines ortsüblichen Tarifentgelts für die Arbeitnehmer als sozialen Aspekt für die Ausführung des Auftrags einzufügen.

3.2 Fehlende entsprechende Harmonisierung

Vergabestellen führen oft einen Beschluss der europäischen Kommission vom 23.3.2011 an. Danach sei der Markt für Personenverkehrsdienste geöffnet worden und würden die Wirkungen des Rüffert-Urteil auch für den SPNV gelten – so die vom VRR vertretene Argumentationslinie.²¹

Gemäß der Rechtsprechung des EuGH können Anbieter sich ohne Einschränkung nur dann auf die Dienstleistungsfreiheit berufen, wenn eine entsprechende Harmonisierung erreicht ist.

Eine wegen einer Untätigkeit des Rates nicht vollständig verwirklichte Dienstleistungsfreiheit führt mit Blick auf die Zwecksetzung und die Systematik des EG-Vertrages nicht zur unmittelbaren Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit.²²

Auch wenn die Kommission festgestellt hätte, dass die Verordnung 1370/2007 den Markt für Personenbeförderung geöffnet hätte, bedeutete nicht, dass diese eine völlige Harmonisierung vorgesehen hat. Im Gegenteil, zeigt die endgültige Verordnungsauffassung den Verzicht der Eu-Kommission ihren ursprünglich weitgehenden Deregulierungsvorstellungen²³.

Im Anwendungsbereich der Verordnung 1370/2007 geht die Harmonisierung nur soweit, wie von ihr selbst vorgesehen, dementsprechend noch beschränkt.²⁴

21 Es wird vermutet, dass der betroffene „Beschluss“ die Ermittlung über die Reform der EU-Beihilfavorschriften über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ist. KOM(2011) 146 endgültig, Brüssel, den 23.3.2011, MITTEILUNG DER KOMMISSION AN DAS EUROPÄISCHE PARLAMENT, DEN RAT, DEN EUROPÄISCHEN WIRTSCHAFTS- UND SOZIALAUSSCHUSS UND DEN AUSSCHUSS DER REGIONEN

22 EuGH, Rs. 13/83, Slg. 1985, I-1513, Rn. 62 f. – Parlament/Rat; EuGH, Rs. C-17/90, EuZW 1992, S. 62, Rn. 11 – Pinaud Wiegier; Müller-Graff, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 1. Auflage 2003, Art. 51 EGV, Rn. 5.

23 Vgl. noch den Kommissionsvorschlag v. 26. 7. 2000, KOM (2000) 7 endg.; erste Einschätzungen hierzu bei Fehling DV 34 (2001) 25 ff.; Ronellenfitch VerwArch 92 (2001), 131 ff. (203 ff.); http://www.europarl.europa.eu/parliament/expert/displayFtu.do?language=fr&id=73&ftuid=FTU_4.6.2.html

24 Bayreuther EuZW 2009, S. 102, 106.

Sogar die Liberalisierung und Marktöffnung in Bezug auf Eisenbahnverkehrsdienstleistungen ist bisher nur ganz unvollkommen durchgeführt²⁵. Sie besteht nur für den Güter- und den grenzüberschreitenden Personenverkehr (Richtlinie 2007/58) nicht aber im Hinblick auf rein nationale Personenverkehre und ganz besonders nicht für Stadtverkehre, sowie Regionalverbindungen²⁶.

Ohne entsprechende Harmonisierung bleibt die Dienstleistungsfreiheit auf Vergaben im Bereich des SPNV nicht anwendbar. Die oft vertretene Ansicht für die unmittelbare Anwendung der Dienstleistungsfreiheit ist daher eindeutig widerlegt.

3.3. Die Veränderung der europäischen Rechtsgrundlage

Seit dem Rüffert-Urteil hat sich die Rechtslage in wesentlichen Punkten geändert. Die Menschen-grundrechte haben mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 01.12.2009 an Gewicht zugenommen.

Artikel 31 der Grundrechte-Charta

Gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen

„(1) Jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer hat das Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen.

(2) Jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer hat das Recht auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit, auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten sowie auf bezahlten Jahresurlaub.“

Die Grundrechte-Charta ist jetzt durch den neuen Artikel 6 Abs.2 AEUV für rechtlich gleichrangig erklärt.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes sind die Vorgaben und Wertungen des Primärrechts bei der Auslegung von europäischen Richtlinien zu beachten.

Die europäischen Richtlinien sind wiederum die Grundlage und der Auslegungsmaßstab für das nationale Recht, das diese Richtlinien umsetzt.

Legt man das deutsche Vergaberecht charta-konform aus, ist Artikel 31 der Grundrechte-Charta von grundlegender Bedeutung.

²⁵ Otting/Scheps, NVwZ 2008, S. 499 (503).

²⁶ Bayreuther, EuZW 2009, S. 102 (106); vgl. zu den bisherigen Eisenbahnpaketen Jung, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Auflage 2007, Art. 71 EGV, Rn. 8 ff.

The background of the page is white, featuring a complex network of thin, black, intersecting lines that create a sense of movement and depth. A single, solid green circle is positioned near the top left, with a vertical dotted green line extending downwards from it.

[mobilair] **DIE BESSEREN ARGUMENTE**

V. Fazit

Die Kommission erinnert im Grünbuch für eine Reform der EU-Beihilfevorschriften über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse³¹, dass „die öffentlichen Auftraggeber selbst entscheiden können, wie die einzelnen Kriterien zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots zu gewichten sind. Dadurch können sie bei der Bewertung dem Stellenwert Rechnung tragen, den sie ökologischen oder sozialen Kriterien im Vergleich zu anderen Kriterien, einschließlich des Preises, beimessen wollen.

Bei Standardgütern und –dienstleistungen ist es häufig bereits möglich, in den technischen Spezifikationen und den Bedingungen für die Auftragsausführung hohe Umwelt- bzw. Sozialstandards anzulegen und dann den Auftrag nach dem Kriterium des niedrigsten Preises zu vergeben.

So können die öffentlichen Auftraggeber Güter und Dienstleistungen beschaffen, die hohe Standards zum günstigsten Preis erfüllen“.

Angesichts dessen wird es heute für die öffentlichen Auftraggeber zu einer Frage der politischen Glaubwürdigkeit, sich bei der Vergabe öffentlicher Aufträge für die Einhaltung sozialer Aspekte einzusetzen.

Es bleibt Fakt: Es kann eine Verpflichtung zur Zahlung bestimmter Tarife auf Grundlage von § 97 Abs. 4 GBW oder Art. 4 Abs. 5 der VO (EG) Nr. 1370/2007 erfolgen. Diese Ermächtigungen sind rechtsicher, da die Dienstleistungsfreiheit und die Entsenderichtlinie, nicht für den Verkehrssektor anwendbar sind³². In Ausschreibungen für SPNV-Leistungen sind die sich aus der Ruffert-Rechtsprechung ergebenden Anforderungen nicht zu beachten.

Daher erlauben die rechtlichen Rahmenbedingungen, Tariffreueerklärungen in den Ausschreibungen der SPNV-Leistungen aufzunehmen.

31 KOM(2011) 146 endgültig, Brüssel, den 23.3.2011, MITTEILUNG DER KOMMISSION AN DAS EUROPÄISCHE PARLAMENT, DEN RAT, DEN EUROPÄISCHEN WIRTSCHAFTS- UND SOZIALAUSSCHUSS UND DEN AUSSCHUSS DER REGIONEN, Reform der EU-Beihilfevorschriften über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.

32 Winfried Kluth in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, Online-Kommentar, beck-online, 4. Auflage 2011, AEUV Art. 58 (ex-Art. 51 EGV) [Dienstleistungen im Verkehr und im Kapitalverkehr]

