

## Gutachten

**zur Frage der Einbeziehung von Tariftreueerklärungen in Ausschreibungen des Schienenpersonennahverkehrs (SPNV) unter Berücksichtigung der Konsequenzen für das Vergabeverfahren des Mitteldeutschen S-Bahn Netzes (MDSB-Netz).**

*erstattet von Rechtsanwalt Wolfgang E. Trautner,  
Rechtsanwalt Dr. Christof Schwabe, LL.M.,  
unter Mitarbeit von Ref. iur. Norbert Schleper,*

*S·N·P Schlawien · Naab Partnerschaft Frankfurt a. M.*

### I. Einleitung

Das Vergaberecht nach seinem heutigen Verständnis dient zwei Zwecken. Sein Primärzweck ist - nach wie vor - die wettbewerbliche Organisation des staatlichen Einkaufs und die wirtschaftliche Verwendung der staatlichen Steuereinnahmen.<sup>1</sup> Sein Sekundärzweck ist der des politischen Steuerungsinstrumentes: Die Vergabe öffentlicher Aufträge wird mit öffentlichen Zielsetzungen gekoppelt, wie z.B. soziale oder umweltbezogene Anforderungen. An anderer Stelle werden etwa Umweltaspekte zum Bewertungsmaßstab gemacht. Beides geht über die strikt wirtschaftliche Beschaffung eines Produkts oder einer Leistung hinaus.<sup>2</sup>

Spezifische vergaberechtliche Probleme stellen sich im öffentlichen Personenahverkehr (ÖPNV) und SPNV. In ihnen sind Mindestlöhne gesetzlich nicht vorgeschrieben oder in einem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag enthalten. Mithin sind sie nicht als Teil des gesetzlichen Rahmens ohnehin für jeden Bieter verbindlich. Dies führt zu der vielerorts vertretenen Forderung, dass (wenigstens) die öffentlichen Auftraggeber von den Bietern so genannte Tariftreueerklärungen abfordern sollten. Bei ihnen geben die Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen die Zahlung eines ortsüblichen Tarifentgelts für die Arbeitnehmer vor. Sie verlangen, dass die Bieter sich dieser Vorgabe unterwerfen<sup>3</sup>. Die Bieter sind also genötigt, die Preise anhand der einschlägigen Tarifverträge zu kalkulieren. Eine Weigerung hat den Ausschluss ihres Angebots zur Folge.

Die Zulässigkeit der Tariftreueforderungen bewegt sich im Spannungsfeld von nationalem und europäischem Recht. Das Bundesverfassungsgericht hält Tariftreueklauseln für verfassungsgemäß.<sup>4</sup> Der Europäische Gerichtshof (EuGH) ver-

<sup>1</sup> § 97 Abs. 5 GWB.

<sup>2</sup> Vgl. zu diesem Begriffsverständnis *Benedict*, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, 2000, S. 17.

<sup>3</sup> Vgl. zur Definition hier nur § 4 Abs. 1 des Bremischen Vergabegesetzes: „Aufträge für Bauleistungen dürfen nur an solche Unternehmen vergeben werden, die sich bei der Angebotsvergabe 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“.

<sup>4</sup> *BVerfG*, NJW 2007, S. 51.

tritt - für den Baubereich - die Ansicht, dass Tariffreueerklärungen weder mit den Bestimmungen der Gemeinschaftsrichtlinie über die Entsendung von Arbeitnehmern (Entsenderichtlinie) noch mit der Dienstleistungsfreiheit, vereinbar sind.<sup>5</sup> Darüber hinaus gilt es Besonderheiten im Bereich des SPNV zu beachten.

Das Kurzgutachten setzt sich insbesondere mit dem gutachterlichen Schreiben des Rechtsanwaltes Dr. Stockmann an den Zweckverband für den Nahverkehrsraum Leipzig (ZVNL) vom 07.04.2009 auseinander, der zu dem Ergebnis kommt, dass Tariffreueerklärungen in Ausschreibungen mit rechtlichen Risiken behaftet seien. Die Prüfung geht der Frage nach, ob im deutschen und/oder im europäischen Recht eine Rechtsgrundlage besteht, auf die öffentliche Auftraggeber Tariffreueerklärungen in Ausschreibungen stützen können.

Das Gutachten geht zum ersten auf die nationale Rechtslage ein.

Nach dem Bundesrecht waren Tariffreueerklärungen nach § 97 Abs. 4 GWB in der bisherigen Fassung für Vergabeverfahren ohne eine gesetzliche Grundlage nicht zulässig. Fraglich ist, ob § 97 Abs. 4 S. 2 nach dem Vergaberechtsmodernisierungsgesetz 2009 nunmehr eine Implementierung von weit reichenden Sekundärzwecken nach dem Willen des jeweiligen öffentlichen Auftraggebers ermöglicht. Es stellt sich die Frage, ob die Tatbestandsvoraussetzungen auch bei der Abgabe von Tariffreueerklärungen vorliegen und europarechtliche Vorgaben oder verfassungsrechtliche Grenzen entgegenstehen (dazu unten II.).

Nach dem Landesrecht waren Tariffreueerklärungen früher zumeist zulässig. Aufgrund der Ruffert-Rechtsprechung wird dieses Landesrecht jedoch zumeist nicht mehr angewendet. Auch im Freistaat Sachsen – namentlich im sächsischen Vergabegesetz vom 08.07.2002 – besteht derzeit keine Rechtsgrundlage für Tariffreueerklärungen.<sup>6</sup> Im Hinblick auf die Reichweite der Ruffert-Rechtsprechung und das verbleibende Potenzial des Landesrechts widmet das Gutachten dem Landesrecht einen Exkurs.

Zum zweiten geht das Gutachten auf die europäische Rechtslage ein.

Der europäische Gesetzgeber hat den Ausgleich zwischen der Gewährleistung der Grundfreiheiten im Binnenmarkt und dem notwendigen Schutz der Arbeitnehmer besonders ausgestaltet. Mit Inkrafttreten der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 am 03.12.2009 bestehen für die Vergabe im öffentlichen Personenverkehr Sonderregelungen, die es zulassen könnten, dass öffentliche Auftraggeber die Auftragsvergaben an Tariffreueerklärungen bindet. Mit Blick auf die Ruffert-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes zu den Tariffreueerklärungen im Baubereich wird ebenfalls geprüft, ob die Verordnung eine Rechtsgrundlage für Tariffreueerklärungen bietet und sich zugleich im Einklang mit den Aussagen der vorgenannten Rechtsprechung befindet (dazu III.).

<sup>5</sup> *EuGH*, Rs. C-346/06, *EuZW* 2008, S. 306 – Ruffert; Die Dienstleistungsfreiheit ist die in Art. 49 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) gewährleistete Freiheit zur (vorübergehenden) Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen

<sup>6</sup> Vgl. zu einzelnen Tariffreueerregelungen in Vergabegesetzen der Länder, die infolge der Ruffert-Rechtsprechung überwiegend nicht mehr angewendet werden *Thüsing/Granetzny*, *NZA* 2009, S. 183 ff.

## II. Vereinbarkeit einer Tariftreueerklärung im Bereich von Verkehrsdienstleistungen mit deutschem (Vergabe-)Recht

Nach deutschem Vergaberecht kommen als Grundlagen von Tariftreueforderungen im Verkehrsbereich § 97 Abs. 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und die Regelungen der Vergabegesetze der Länder in Betracht.

### 1. § 97 Abs. 4 GWB alte Fassung als Grundlage von Tariftreue Regelungen ?

Das deutsche Vergaberecht hat die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien wie Tariftreueerklärungen bisher im Zusammenhang mit der notwendigen persönlichen Eignung der Bieter geregelt.

Mit § 97 Abs. 4 GWB gab es seit 1998 eine Vorschrift, die die Verwendung unternehmensbezogener Kriterien und damit den wichtigsten Bereich der Sekundärzwecke im Vergabeverfahren erfasst hat. Danach sollten Aufträge an „*fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen*“ erteilt werden. Nach dem 2. Halbsatz der Norm durften ausnahmsweise aber auch „*andere oder weitergehende Anforderungen*“ an den Bewerber gestellt werden, sofern dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist. Die Aussage von § 97 Abs. 4 GWB alte Fassung bestand darin, dass Sekundärzwecke nur durch den parlamentarischen Gesetzgeber in Bund oder Land verfolgt werden dürfen.<sup>7</sup>

Diese Sekundärzwecke sind systematisch als Eignungskriterien eingestuft worden.<sup>8</sup> Dabei betreffen sie im Grunde nicht die Fähigkeit des Bieters zur Durchführung des konkreten Auftrages. So bezieht sich eine Tariftreueerklärung inhaltlich auf die an der Ausführung eines Auftrags beteiligten Arbeitnehmer, also gerade nicht auf das Unternehmen an sich.<sup>9</sup>

### 2. Anwendung des § 97 Abs. 4 GWB alte Fassung auf den Fall MDSB-Netz

Zusätzliche oder weitergehende Anforderungen wie Tariftreueerklärungen sind für das laufende Vergabeverfahren MDSB-Netz nicht zulässig. Die Voraussetzungen des § 97 Abs. 4 alte Fassung sind nicht gegeben, weil es im Freistaat Sachsen (bisher) keine gesetzliche Tariftreuregelung gibt. Dabei findet § 97 Abs. 4 vorliegend in seiner alten Fassung Anwendung. Denn Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten der Vergaberechtsnovellierung begonnen haben, sind nach der Übergangsregelung des § 131 Abs. 8 GWB neue Fassung nach den bisher geltenden Vorschriften zu beenden.

<sup>7</sup> Burgi, NZBau 2001, S. 64 (67).

<sup>8</sup> Vgl. nur Heintzen, ZHR 165 (2001), S. 62 (75); Fischer, EuZW 2004, S. 492 (495).

<sup>9</sup> Zutreffend Mohr, VergabeR 2009, S. 543 (545).

### 3. Exkurs: Auswirkung der Rüffert-Entscheidung des EuGH auf die Tariftreueregelungen in den Ländern und nachfolgende Entwicklungen

Tariftreueverpflichtungen befanden sich bisher in § 4 Abs. 1 des Bremischen Vergabegesetzes vom 17.12.2002, § 3 Abs. 1 des Niedersächsischen Landesvergabegesetzes vom 02.02.2002, § 2 Abs. 1 des Hessischen Vergabegesetzes vom 17.12.2007, § 1 Abs. 1 des Berliner Vergabegesetzes vom 09.07.1999, Art. 3 Abs. 1 des Gesetzes über die Vergabe von Bauleistungen im Freistaat Bayern vom 28.06.2000, § 3 Abs. 1 des Gesetzes über die Vergabe von Bauaufträgen im Saarland vom 23.08.2000, § 3 Abs. 1 des Hamburger Vergabegesetz vom 13.02.2006 sowie § 3 des Tariftreuegesetzes des Landes Schleswig-Holstein vom 07.03.2003<sup>10</sup>.

Mit der Entscheidung in der Rechtssache Rüffert hat der EuGH das bisherige Modell der Tariftreueerklärungen auf landesrechtlicher Grundlage - jedenfalls im Baubereich - für europarechtswidrig erklärt. Der nationale Schutz der Arbeitnehmer dürfe nicht davon abhängen, ob die Beschäftigung im Rahmen eines öffentlichen Auftrags für Bauleistungen oder bei der Tätigkeit im Rahmen eines privaten Auftrags erfolge. Arbeitnehmerschutz im Sinne eines allgemeinen Mindestschutzes kann danach nicht die Rechtfertigung für die Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit durch die Tariftreuegesetze der Länder sein. Zwingende Gründe des Allgemeinwohls zur Rechtfertigung einer Tariftreueerklärung konnten nicht dargelegt werden<sup>11</sup>. Die landesrechtlichen Vorschriften entsprechen somit nicht den Bestimmungen der Entsenderichtlinie.

Nach dem Rüffert-Urteil ergingen in fast allen Ländern entweder Erlasse<sup>12</sup>, Rund-erlasse<sup>13</sup> oder Rundschreiben<sup>14</sup>. Sie sollen die Nichtanwendung der Tariftreue-regelungen erreichen.<sup>15</sup> Hessen hat auf einen Erlass verzichtet, wendet die Regelung aber ebenfalls nicht an. Die Länder sahen sich in ihrer ersten Reaktion nach der Rüffert-Entscheidung daran gehindert, von den Auftragnehmern im Rahmen sämtlicher öffentlicher Ausschreibungen Tariftreueerklärungen zu verlangen. Niedersachsen und Hamburg haben ihre Vergabegesetze inzwischen angepasst. Das Niedersächsische Vergabegesetz vom 15.12.2008 fordert, dass sich Bewerber verpflichten, ihren Arbeitnehmern mindestens das in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen vorgesehene Entgelt zu zahlen.<sup>16</sup> Hamburg verlangt für Bauleistungen und andere Dienstleistungen, die das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) erfasst, von den Bewerbern eine Verpflichtungserklärung, wonach die Arbeitnehmer ein Entgelt erhalten, das den Vorgaben desjenigen Tarifvertrages entspricht, an dem das Unternehmen auf Grund des AEntG

<sup>10</sup> Vgl. zum Folgenden den Überblick bei *Thüsing/Granetzny*, NZA 2009, S. 183 ff.

<sup>11</sup> Vgl. *EuGH*, Rs. C-346/06, EuZW 2008, S. 306, Rn. 40 – Rüffert; kritisch dazu z.B. *Hannau*, NZA 2008, S. 751 ff.; *Bayreuther*, NZA 2008, S. 626 ff.

<sup>12</sup> In Schleswig-Holstein und im Saarland.

<sup>13</sup> In Niedersachsen.

<sup>14</sup> In Berlin, Hamburg, Bremen und Bayern.

<sup>15</sup> Vgl. den Überblick von *Steiff/André*, NZBau 2008, S. 364 (365).

<sup>16</sup> § 3 Abs. 1 des Niedersächsischen Vergabegesetzes vom 15.12.2008.

gebunden ist.<sup>17</sup> Einige andere Bundesländer beabsichtigen Novellierungen mit der Beibehaltung von Tariftreueerklärungen. So soll das Saarländische Vergabegesetz vom 23.08.2000 im Rahmen einer Novellierung auf den ÖPNV erstreckt werden. Auch Rheinland-Pfalz hat einen entsprechenden Entwurf vorgelegt.<sup>18</sup>

Die geschilderten Rechtsentwicklungen zugrunde gelegt, scheint das pauschale, den Tariftreueerklärungen insgesamt entgegenstehende Verständnis der Ruffert-Rechtsprechung inzwischen einer differenzierten Betrachtung zu weichen. So könnten in Zukunft die Landesregelung wiederum zur Rechtsgrundlage für Tariftreueerklärungen erstarken, wengleich mit den von der Ruffert-Rechtsprechung vorgegebenen Einschränkungen.

### 3. Auswirkungen von § 97 Abs. 4 S. 2 GWB n.F.

Fraglich ist zunächst, ob § 97 Abs. 4 S. 2 GWB n.F. aus sich heraus eine auftragsbezogene Einbeziehung von Sekundärzwecken ermöglicht, ohne dass es - wie noch nach der alten Fassung der Bestimmung - einer gesonderten bundes- oder landesrechtlichen Grundlage bedarf.

§ 97 Abs. 4 S. 2 GWB nach der neuen Fassung könne es gleichsam wie ein „Basisgesetz“<sup>19</sup> zulassen, dass die Einhaltung von Tarifverträgen von den jeweiligen Vergabestellen selbst durchgesetzt werden können.

#### a) Rechtsnatur der „zusätzlichen Anforderungen“

Die Neuregelung von § 97 Abs. 4 GWB auf Grund des am 24.04.2009 in Kraft getretenen Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes behält die bisherige Regelung in Satz 1 und 3, die sich auf die Eignung der Bieter beziehen bei, ergänzt diese jedoch um einen neuen Satz 2:

*„Aufträge werden an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreue 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.“* [Hervorgebung von den Verfassern]

Hier fragt sich, ob „soziale Aspekte“ Tariftreueerklärungen beinhalten könnten, vorausgesetzt, dass sie in einem sachlichen Zusammenhang mit dem Leistungsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. Eine Vorfrage ist jedoch, wobei es sich bei den „zusätzlichen Anforderungen handelt“.

<sup>17</sup> § 3 Abs. 1 des Hamburger Vergabegesetzes vom 13.02.2006, geändert durch das Gesetz zur Änderung des Hamburger Vergabegesetzes zum 16.12.2008; siehe zu den Novellierungen *Thüsing/Granetzny*, NZA 2009, S. 183 (184).

<sup>18</sup> Vgl. dazu den Überblick von *Siederer/Denzin*, Der Nahverkehr, Heft 3 2009, S. 50 (52 in Fn. 23).

<sup>19</sup> So *Kus*, NZBau 2009, S. 21 (24).

Einerseits könnte es sich um Eignungsanforderungen handeln, was den Zusammenhang der Abforderung von Tariftreueerklärungen mit der Geeignetheit der Bieter verknüpfen würde. Dafür spräche der systematische Standort der neuen Regelung bei den Eignungskriterien.

Andererseits könnte es sich um eine ganz neue Kategorie von Sekundärzwecken handeln. Dafür spricht die Formulierung „zusätzliche Anforderungen“.

Zu beachten gilt es an dieser Stelle, dass der Gesetzgeber mit der Neuregelung des Satzes 2 Artikel 26 der Vergabekoordinierungsrichtlinie (RL 2004/18/EG) und Artikel 38 der Sektorenrichtlinie (RL 2004/17/EG) umsetzt. Die zusätzliche Kategorie von Anforderungen war bislang gesetzlich nicht im deutschen Recht geregelt. Die Unsicherheiten des Gesetzgebers bei der Einordnung der Sekundärzwecke im Sinne der europäischen Richtlinien, zeigt nicht zuletzt der unglücklich gewählte Standort der Vorschrift. Die Verortung dieser weiteren Kategorie entlang der überkommenen vergaberechtlichen Kategorienbildung bereitet erhebliche Schwierigkeiten<sup>20</sup>: In Art. 26 Vergabekoordinierungsrichtlinie und Art. 38 Sektorenrichtlinie werden soziale Kriterien genannt, die lediglich Ausführungskriterien regeln, die nach Auftragserteilung Bestandteil des Vertrages werden.<sup>21</sup> Eine Interpretation von Ausführungsbedingungen wie den ihr in Rede stehenden Tariftreueerklärungen als zusätzliche Eignungskriterien scheidet aus.<sup>22</sup> Denn die zusätzlichen Anforderungen müssen in sachlichem Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. Art. 26 der Vergabekoordinierungsrichtlinie und Art. 38 der Sektorenrichtlinie regeln die Zulässigkeit zusätzlicher Bedingungen für die Auftragsausführung und stellen damit weder auf Eignungsanforderungen noch auf Zuschlagskriterien ab. Dies folgt aus der systematischen Stellung und dem eindeutigen Wortlaut, der sich auf die Ausführung des Vertrages bezieht.<sup>23</sup>

Die zusätzlichen Anforderungen in § 97 Abs. 4 S. 2 GWB können damit als ausführungsbezogene Bedingungen nicht technischer Art verstanden werden<sup>24</sup>.

Sofern ein Angebot die weiteren Anforderungen nicht erfüllt, ist es vielmehr wegen einer Abweichung von den Verdingungsunterlagen auf der ersten Wertungsstufe auszuschließen.<sup>25</sup> Zusätzlichen Ausführungsbedingungen kommt damit faktisch eine absolute Ausschlusswirkung zu, da eine fehlende Übereinstimmung mit der geforderten Verhaltensweise nicht auf andere Weise kompensierbar ist.<sup>26</sup>

<sup>20</sup> Vgl. dazu *Frenz*, NZBau 2007, S. 17 (20); *Steiff*, VergabeR 2009 Sonderheft 2a, S. 290 (300 f.); *Mohr*, VergabeR 2009, S. 543 (545 ff.); *Diemon-Wies/Graiche*, NZBau 2009, S. 409 ff.

<sup>21</sup> *Frenz*, NZBau 2007, S. 17 (20); in diese Richtung auch *Kus*, NZBau 2009, 21 (23); *Mohr*, VergabeR 2009, S. 543 (549).

<sup>22</sup> Vgl. bereits *EuGH*, Rs.31/87, NVwZ 1990, S. 353, Rn. 35 – Beentjes.

<sup>23</sup> Vgl. *Opitz*, VergabeR 2004, S. 421 (424 ff.); ebenso *Varga*, VergabeR 2009, S. 535 (536).

<sup>24</sup> So schon *Opitz*, VergabeR 2004, S. 421 (425); vgl. auch *Ziekow*, Die Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 2007, S. 46; *Dreher*, in: *ders./Stockmann* (Hrsg.), Kartellvergaberecht, 4. Auflage 2008, § 97 GWB, Rn. 193.

<sup>25</sup> *Kirch/Leinemann*, VergabeR 2009, S. 414 (416).

<sup>26</sup> *Steiff*, VergabeR 2009 Sonderheft 2a, S. 290 (300).

*b) Voraussetzungen der Regelung des § 97 Abs. 4 S. 2 GWB neue Fassung*

Nach § 97 Abs. 4 S. 2 GWB kann die Abgabe einer Tariftreueerklärung verlangt werden, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen und (weitere) europarechtliche Vorgaben nicht entgegenstehen.

*aa) Tariftreueverlangen als "soziale" zusätzliche Anforderung*

Bei den Tariftreueerklärungen müsste es sich um eine Anforderung handeln, die den Anforderungen zugeordnet werden kann, die § 97 Abs. 4 S. 2 GWB n.F. benennt. Hier käme die Einordnung als soziale zusätzliche Anforderung in Betracht. Ob die Tariftreueerklärungen als eine soziale Anforderung im Sinne der Vorschrift gelten kann, offenbart sich nicht auf den ersten Blick. Hier hilft aber eine richtlinienkonforme Auslegung mit dem der Vorschrift zugrunde liegenden 33. Erwägungsgrund der Vergabekoordinierungsrichtlinie weiter. Nach ihm können zusätzliche Bedingungen u.a. soziale Bedingungen betreffen:

*„Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags sind mit dieser Richtlinie vereinbar, sofern sie nicht unmittelbar oder mittelbar zu einer Diskriminierung führen und in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegeben sind. Sie können insbesondere dem Ziel dienen, die berufliche Ausbildung auf den Baustellen sowie die Beschäftigung von Personen zu fördern, deren Eingliederung besondere Schwierigkeiten bereitet, die Arbeitslosigkeit zu bekämpfen oder die Umwelt zu schützen. In diesem Zusammenhang sind z.B. unter anderem die – für die Ausführung des Auftrags geltenden – Verpflichtungen zu nennen, Langzeitarbeitslose einzustellen oder Ausbildungsmaßnahmen für Arbeitnehmer oder Jugendliche durchzuführen, [...]“.*

Stellt man in Rechnung, dass der Erwägungsgrund der Richtlinie beispielhaft auch eine Verpflichtung zur Einstellung Langzeitarbeitsloser nennt, darf auch das Abverlangen der Tariftreue durchaus zu den sozialen Aspekten gezählt werden, die im Rahmen des § 97 Abs. 4 S. 2 GWB n.F. von den Bietern als zusätzliche Anforderungen abverlangt werden dürfen. Dabei darf auch nicht übersehen werden, dass der Erwägungsgrund der Richtlinie genauso wie ihre Umsetzung mit der Wendung „insbesondere“ eine offene Formulierung wählt. Sie eröffnet den öffentlichen Auftraggebern, Tariftreueverlangen als soziale Kriterien im Rahmen der Vorschrift abzufordern.

*bb) Tariftreueverlangen als "auftragsbezogene" zusätzliche Anforderung*

Die „zusätzlichen Anforderungen“ müssen im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen. Die Gesetzesbegründung führt in dieser Hinsicht aus, dass die zusätzlichen Anforderungen sich nur auf die Ausführung des Auftrags und nicht auf die allgemeine Geschäftspolitik des Unternehmens beziehen dürfen. Als negative Beispiele werden allgemeine Ausbildungsquoten oder

die generelle Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen genannt, die nach wie vor dem Landes- oder Bundesgesetzgeber vorbehalten bleiben sollen<sup>27</sup>.

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.<sup>28</sup> Nach der Folgerechtsprechung ist ein hinreichender Zusammenhang immer dann gegeben, wenn das Zuschlagskriterium einen unmittelbaren Zusammenhang zum Auftrag hat.<sup>29</sup> Eine hinreichende Verknüpfung ist zu bejahen, wenn das soziale Kriterium den Wert der Leistung für den Auftraggeber positiv beeinflusst.<sup>30</sup> 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 werden.<sup>31</sup>

Ob und unter welchen Voraussetzungen Tariftreueverlangen dem Erfordernis der Auftragsbezogenheit genügen, ist umstritten. Sofern sich eine Tariftreueverpflichtung ausschließlich auf die Bezahlung derjenigen Arbeitnehmer bezieht, die zur Auftragsdurchführung eingesetzt werden, liegt jedenfalls ein Bezug zur geschuldeten Leistung vor.<sup>32</sup> Von manchen wird vertreten, allein die betroffenen Beschäftigten würden begünstigt, ohne dass die gegenüber dem Auftraggeber zu erbringende Leistung hierdurch unmittelbar qualitativ beeinflusst werde. Er fehle somit an einem Mehrwert für den öffentlichen Auftraggeber auf Grund der Entlohnung der zur Auftragsdurchführung eingesetzten Arbeitnehmer nach Tarif. Dies könnte dem vergaberechtlichen Zweck einer wirtschaftlichen Beschaffung entgegenstehen.<sup>33</sup> *Stockmann* und *Röbke* meinen, dass die Einhaltung von Sozialstandards vielmehr ein allgemeinpolitisches Ziel sei, dessen Realisierung auch nach der Neufassung von § 97 Abs. 4 GWB dem Gesetzgeber nach S. 3 der Vorschrift vorbehalten sei.<sup>34</sup>

Eine solche Beurteilung kann aber letztlich nicht überzeugen. Sowohl 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. Sie sollen also zulässig sein, unabhängig davon, dass ein Beschaffungsbezug nur selten vorstellbar ist.<sup>35</sup> Auf die Begründung eines über die Leistung vermittelten Mehrwertes kommt es damit nicht an. Dies entspricht auch den Grundaussagen des EuGH.<sup>36</sup>

<sup>27</sup> BT-Drs. 16/10117, S. 16 f.

<sup>28</sup> *EuGH*, Rs. C-513/99, *EuZW* 2002, S. 628 – *Concordia Bus Finland*.

<sup>29</sup> *EuGH*, Rs. C-448/01, *EuZW* 2004, S. 81 – *Wienstrom*.

<sup>30</sup> *Bitterich*, *ZIP* 2008, S. 1455 (1456); *Mohr*, *VergabeR* 2009, S. 543 (547 f.).

<sup>31</sup> *Kirch/Leinemann*, *VergabeR* 2009, S. 414 (416).

<sup>32</sup> *Frenz*, *NZBau* 2007, S. 17 (20); *Bitterich*, *ZIP* 2008, S. 1455 (1457).

<sup>33</sup> So *Mohr*, *VergabeR* 2009, S. 543 (549).

<sup>34</sup> *Stockmann/Röbke*, *Der Nahverkehr*, Heft 7-8 2009, S. 48 (50).

<sup>35</sup> *Kirch/Leinemann*, *VergabeR* 2009, S. 414 (417).

<sup>36</sup> Vgl. *EuGH*, Rs. 31/87, *NVwZ* 1990, S. 353 – *Beentjes*; *EuGH*, Rs. C-225/98, *NZBau* 2000, S. 584 – *Nord-Pas-de-Calais*.

Ein Tariftreueverlangen ist damit als auftragsbezogene soziale Anforderung anzusehen. Die Beachtung eines Mindestentgelts im Rahmen eines konkreten Auftragsverhältnisses kann damit der Durchsetzung eines zulässigen Nebenziels dienen.<sup>37</sup> Es muss somit kein (weiteres) Bundes- oder Landesgesetz nach § 97 Abs. 4 S. 3 GWB vorhanden sein, das diese Forderung ermöglicht.

*cc) Vorgaben der Entsenderichtlinie nur im Kontext der Dienstleistungsfreiheit*

Der Einbeziehung von Tariftreueerklärungen in den Anwendungsbereich des § 97 Abs. 4 S. 2 GWB dürften allerdings andere europarechtliche Anforderungen nicht entgegenstehen. Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob Tariftreueklauseln mit der Entsenderichtlinie vereinbar sind. Der Anwendungsbereich der Richtlinie gilt grundsätzlich für alle Unternehmen, die im Rahmen einer grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen Arbeitnehmer entsenden und ist nicht beschränkt auf einzelne Branchen. Aus der Ruffert-Rechtsprechung folgt aber, dass ein bindender Mindestlohn den Vorgaben von Art. 3 der Entsenderichtlinie genügen muss und damit alleine über eine gesetzliche bzw. verwaltungsrechtliche Regelung und - im Baubereich - 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.

Danach scheidet die Vorgabe der Zahlung eines Mindest- oder Tariflohns außerhalb der vom Arbeitnehmer-Entsendegesetz erfassten Branchen bei öffentlichen Vergabeverfahren zunächst einmal aus.<sup>38</sup>

Übersehen wird aber nicht selten, dass sich das Ruffert-Urteil ausschließlich auf eine Fallgestaltung bezog, auf die die europarechtliche Dienstleistungsfreiheit und die Entsenderichtlinie anzuwenden waren. Im Gegensatz dazu sind auf die Vergabe von SPNV-Leistungen die Dienstleistungsfreiheit und damit auch die Entsenderichtlinie zumeist nicht abwendbar. Die Erbringung von Verkehrsdienstleistungen fällt in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit.<sup>39</sup>

Damit ist es gemäß § 97 Abs. 4 S. 2 GWB möglich, eine tarifvertragliche Entlohnung als sozialen Aspekt für die Ausführung eines Auftrags in einem Vergabeverfahren von SPNV-Leistungen ohne eine weitere gesetzliche Grundlage festzuschreiben.

<sup>37</sup> 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.

<sup>38</sup> Kirch/Leinemann, VergabeR 2009, S. 414 (419) mit zutreffender Kritik an der anderslautenden Gesetzesbegründung; Diese Vorgaben sind auch unter der Geltung der Vergabekoordinierungsrichtlinie, die vom EuGH in der Rechtssache Ruffert keine Berücksichtigung finden konnte, zu beachten.

<sup>39</sup> Dazu unter III.2.

### *3. Verfassungsrechtliche Grenzen von Tariftreueerklärungen als zusätzliche Ausführungsbedingungen*

In Betracht kommt eine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG in Form der Vertragsfreiheit, weil eine bestimmte Ausgestaltung der Arbeitsverträge Bedingung für die Ausführung ist. Das Bundesverfassungsgericht sieht in der gesetzlichen Erlaubnis von Tariftreue Regelungen einen mittelbaren Eingriff in die von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Freiheit zur Teilnahme am Wettbewerb, die das Aushandeln der Arbeitsvertragsbedingungen erfasst. Dieser ist jedoch gerechtfertigt, da sich Gründe des Allgemeinwohls anführen lassen. Der Erstreckung der Tariflöhne auf Außenseiter soll einem Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten entgegenwirken und damit zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit beitragen.

Hinsichtlich Art. 3 Abs. 1 GG hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass es einer staatlichen Stelle die einen öffentlichen Auftrag vergibt verwehrt sei, das Verfahren oder die Vergabekriterien willkürlich zu bestimmen<sup>40</sup>. Danach muss jeder Bewerber eine faire Chance haben, nach Maßgabe der für den Auftrag wesentlichen Kriterien und des vorgesehenen Verfahrens berücksichtigt zu werden. Unter Gleichbehandlungsaspekten werden aber gerade keine allgemeinen Verhaltensanforderungen gestellt, sondern die Auftragsbedingung steht im Zusammenhang mit der Ausführung der Leistung.<sup>41</sup>

Die verfassungsrechtlichen Grenzen von Tariftreueforderungen als zusätzliche Ausführungsbedingungen sind nicht verletzt.

## **III. Europarechtliche Betrachtung von Tariftreueerklärungen im SPNV**

### *1. Art. 4 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 als Rechtsgrundlage einer Tariftreueerklärung*

Eine weitere für Tariftreue Regelungen höchst relevante Rechtsgrundlage enthält die am 03.12.2009 in Kraft tretende Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße. Sie regelt die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen. Im Falle eines Betreiberwechsels wird die Vorgabe bestimmter Sozialstandards für die betroffenen Arbeitnehmer ermöglicht. Nach allgemeiner Ansicht fallen Auftragsvergaben im Schienenverkehr unter diese Verordnung, so dass sich im Bereich des Eisenbahnverkehrs das Vergaberegime ab Inkrafttreten der Verordnung nur nach deren Vorschriften richtet.<sup>42</sup>

<sup>40</sup> BVerfGE 116, S. 135 ff.

<sup>41</sup> Vgl. dazu die Argumentation unter II.2.

<sup>42</sup> Vgl. dazu Bayreuther, NZA 2009, S. 582; Otting/Scheps, NVwZ 2008, S. 499 (500); Saxinger, DVBl. 2008, S. 688; Hübner, VergabeR 2009, S. 363 (366 f.).

a) *Regelungsinhalt von Art. 4 Abs. 5 S. 1: Anordnung eines Betriebsübergangs durch die Vergabestelle*

Art. 4 Abs. 5 S. 1 der VO (EG) Nr. 1370/2007 hat folgenden Wortlaut:

*„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“.*

Der Auftraggeber darf hiernach die Rechtsfolgen eines Betriebsübergangs anordnen, obwohl dessen tatbestandliche Voraussetzungen üblicherweise bei Auftragsvergaben im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs nicht vorliegen:

Wenn ein Betrieb oder Betriebsteil z.B. durch Verkauf den Inhaber wechselt, besteht ein evidentes Interesse der dort beschäftigten Arbeitnehmer, dass ihre Arbeitsverhältnisse nicht enden, sondern auf den neuen Inhaber übergehen. Dieses Schutzbedürfnis befriedigt die Richtlinie 2001/23/EG (Betriebsübergangsrichtlinie). § 613a Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) setzt die Richtlinie in deutsches Recht um. Ein Betriebsübergang hat zur Folge, dass der Erwerber nach § 613a Abs. 1 S. 1 BGB durch Vertragsübergang kraft Gesetz in die Rechte und Pflichten aus allen Arbeitsverhältnissen eintritt, die im Zeitpunkt des Übergangs bestehen und dem übergegangenen Betrieb zuzuordnen sind, es sei denn, der Arbeitnehmer hat dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprochen.<sup>43</sup> Das Ziel von § 613a Abs. 1 Satz 2 bis 4 BGB ist der inhaltliche Fortbestand der im Zeitpunkt des Betriebsübergangs geltenden kollektivrechtlichen Regeln, auch dann, wenn der neue Arbeitgeber nicht mehr tarifgebunden sein sollte.

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 Arbeitnehmer könnten Entgeltkürzungen oder Kündigungen zukommen. Weiterhin könnte durch die Einstellung von eigenem Personal das bestehende Lohnniveau gesenkt werden. Um dem entgegenzuwirken wird die zuständige Behörde ermächtigt, zunächst einen Übergang der entsprechenden Arbeitsverhältnisse auf den neuen Betreiber zu bewirken<sup>44</sup>.

Die Vergabestelle kann also den Übergang aller betroffenen Arbeitsverhältnisse selbst anordnen<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> § 613a Abs. 6 BGB; *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, 8. Auflage 2008, Rn. 143, 546 f.

<sup>44</sup> *Fehling/Niehaus*, DVBl. 2008, S. 662 (666).

<sup>45</sup> *Bayreuther*, NZA 2009, S. 582.

b) *Ermächtigungsgrundlage in Art. 4 Abs. 5 S. 2: Vorgabe von Sozialstandards*

Die Verordnung erkennt der Behörde nach Art. 4 Abs. 5 S. 2 die Möglichkeit zu, den Bewerber zur Einhaltung von „bestimmten Sozialstandards“ zu verpflichten. Eine konkrete ausdrückliche Ermächtigung der Vergabestelle, den Bietern die Einhaltung bestimmter Tarifverträge vorzuschreiben ist in der Verordnung nicht enthalten. Zutreffend wird im Schrifttum aber auf den 17. Erwägungsgrund der Verordnung (EG) 1370/2007 verwiesen:

*„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.“* [Hervorhebung von den Verfassern]

Dieser Erwägungsgrund macht deutlich, dass sich die Sozialstandards auch aus vor Ort geltenden Tarifverträgen ergeben können und die Verordnung damit Tariftreueverlangen ohne weiteres zulässt<sup>46</sup>. Den Erwägungsgründen einer Verordnung kommen selbst zwar keine unmittelbare Rechtswirkung zu, allerdings legen sie die Motive des Gesetzgebers da. Der europäische Gesetzgeber geht damit von der Zulässigkeit solcher sozialer Kriterien für alle vom Bewerber eingesetzten Arbeitnehmer aus. Dabei erstaunt es allerdings, dass er im 17. Erwägungsgrund das Recht, Bewerbern die Einhaltung von Tarifstandards zur Auflage zu machen, als im Subsidiaritätsprinzip des EG-Vertrages angesiedelt sieht.

Durch die Ermächtigungsgrundlage im Sekundärrecht wird ermöglicht, ein betroffenes Unternehmen einerseits zu verpflichten, die Belegschaft des bisherigen Dienstleistungserbringers zu übernehmen und darüber hinaus in der betrieblichen Strukturrentscheidung zu beschränken, eigene Arbeitnehmer zu geringeren Lohnkosten zu beschäftigen<sup>47</sup>.

Auch in einem Beitrag von *Stockmann* und *Röbke* wird nunmehr<sup>48</sup> die Ansicht vertreten, es sei „gut vertretbar, die Möglichkeiten von Art. 4 Abs. 5 VO (EG) 1370/2007 zur Vorgabe von Sozialstandards in Vergabeverfahren auszuschöpfen“. Insofern scheinen auch diese Autoren von der Ermächtigungsgrundlage für eine Tariftreueforderung auszugehen.<sup>49</sup>

<sup>46</sup> 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).

<sup>47</sup> So zutreffend *Siederer/Denzin*, Der Nahverkehr, Heft 3, 2009, S. 50 (51).

<sup>48</sup> In der Stellungnahme von Herrn Dr. *Stockmann* vom 07.04.2009 wird noch angenommen, dass Art. 4 Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 bereits nach seinem Wortlaut keine geeignete Rechtsgrundlage für Tariftreueerklärungen darstellen könne.

<sup>49</sup> *Stockmann/Röbke*, Der Nahverkehr, Heft 7-8 2009, S. 48 (50), die die Verordnung 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. Vgl. dazu III.2.

*c) Kein Anwendungsbereich dieses Vergaberegimes für SPNV-Leistungen vor Inkrafttreten der Verordnung*

Die Ermächtigungsgrundlage gilt sowohl für die in Art. 5 Abs. 3 der VO (EG) Nr. 1370/2007 genannten wettbewerblichen Vergabeverfahren, als auch für Ausschreibungen von SPNV-Leistungen nach allgemeinem Vergaberecht gemäß Art. 5 Abs. 1 iVm. den europäischen Vergaberichtlinien und in Deutschland gemäß dem GWB bzw. der Verdingungsordnung für Leistungen - Teil A (VOL/A).<sup>50</sup>

Der Auftraggeber kann entsprechende Anordnungen im Vergabeverfahren erst nach Inkrafttreten der Verordnung am 03.12.2009 treffen. Außerhalb des Anwendungsbereichs der Verordnung vor deren Inkrafttreten können Tariftreueerklärungen im Rahmen eines Vergabeverfahrens für SPNV-Leistungen auf Grundlage von § 97 Abs. 4 S. 2 GWB ergehen.<sup>51</sup>

*2. Vereinbarkeit mit höherrangigem Gemeinschaftsrecht wird angegriffen*

Die Ermächtigung in der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 erfolgt unbeschadet des Gemeinschaftsrechts. Wie jeder andere Sekundärrechtsakt auch, muss die Regelung und die auf ihrer Grundlage ergehenden mitgliedstaatlichen Maßnahmen mit höherrangigen Bestimmungen des EG-Vertrages vereinbar sein.

Letzteres nimmt Rechtsanwalt *Dr. Stockmann* in seinem hier auch gewürdigten gutachterlichen Schreiben zum Anlass, in Abrede zu stellen, dass die Verordnung als sekundäres Gemeinschaftsrecht den Anforderungen des primären Gemeinschaftsrechts genüge, dass sie namentlich der Dienstleistungsfreiheit in der Auslegung durch das Ruffert-Urteil widerspreche und unverhältnismäßig sei. Damit wäre sie auch keine Grundlage zur Ermöglichung von Tariftreueerklärungen. Dieser Behauptung ist im Folgenden entschieden entgegenzutreten.

Den Prüfungsmaßstab bilden vorliegend die Grundfreiheiten des Binnenmarktes, der den freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet (Art. 14 Abs. 2 EGV). Aktiv gestaltet wird der Binnenmarkt zum einen durch die Rechtsetzung der EG und zum anderen durch Beseitigung nationaler Handelshemmnisse durch Aktivierung der Grundfreiheiten.<sup>52</sup> Die Grundfreiheiten schützen die Marktbürger in erster Linie gegenüber diskriminierende und auch beschränkende Maßnahmen der Mitgliedstaaten.

Gegen eine Unvereinbarkeit der Verordnung mit den Grundfreiheiten spricht schon die allgemeine Vermutung der Gültigkeit von Sekundärrecht.<sup>53</sup> Wenn eine sekundärrechtliche Rechtsgrundlage eine Grundfreiheit einschränkt, handelt es sich dabei gerade um eine Abwägung zwischen den Grundfreiheiten und der europäischen Sozialpolitik. Art. 4 Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 ist

<sup>50</sup> *Siederer/Denzin*, Der Nahverkehr, Heft 3 2009, S. 50 (51).

<sup>51</sup> Vgl. dazu II.3.

<sup>52</sup> Vgl. dazu *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Auflage 2007, Art. 28 EGV, Rn. 2 ff.

<sup>53</sup> *Ruffert*, in: Calliess/ders. (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Auflage 2007, Art. 249 EGV, Rn. 17.

ein solches gesetzgeberisches Abwägungsergebnis, das eine Beschränkung der Grundfreiheiten rechtfertigt.

Die Autoren *Stockmann* und *Röbke* weisen in einem Aufsatz in grundsätzlich zutreffender Weise auf die Entscheidung des demokratischen Gesetzgebers hin.<sup>54</sup> Vor diesem Hintergrund erstaunt es, dass sie dennoch mit vergleichsweise geringem argumentativem Aufwand eine Primärrechtswidrigkeit der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 annehmen wollen. Insofern ist auf die Frage der Vereinbarkeit mit höherrangigem Primärrecht einzugehen:

#### a) Keine Anwendung der Dienstleistungsfreiheit bei SPNV-Leistungen

Wie schon im Zusammenhang mit der Prüfung des § 97 Abs. 4 S. 2 GWB erwähnt, ist fraglich, ob Tariftreueerklärungen für SPNV-Leistungen überhaupt an der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49 f. EGV zu messen sind.

Der EG-Vertrag enthält für Verkehrsdienstleistungen besondere Regelungen. Gemäß Art. 51 Abs. 1 EGV gelten für den freien Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiet des Verkehrs die Bestimmungen des Titels V für den Verkehr (Art. 70 ff. EGV). Diese Bereichsausnahme stellt die Verkehrsdienstleistungen zwar nicht vom Ziel der Dienstleistungsfreiheit frei, diese muss allerdings nur im Rahmen der in Art. 70 ff. EGV vorgesehenen gemeinsamen Politik erfolgen.<sup>55</sup> Die Umsetzung der Dienstleistungsfreiheit geschieht also mit den Mitteln der Verkehrspolitik, nicht mit den Mitteln der Art. 49 ff. EGV.<sup>56</sup>

Die Liberalisierung und Marktöffnung in Bezug auf Eisenbahnverkehrsdienstleistungen ist bisher nur ganz unvollkommen durchgeführt<sup>57</sup>. Sie besteht nur für den Güter- und den grenzüberschreitenden Personenverkehr, nicht aber im Hinblick auf rein nationale Personenverkehre und ganz besonders nicht für Stadtverkehre, sowie Regionalverbindungen<sup>58</sup>.

Der EuGH legt die genannten Regelungen grundsätzlich dahingehend aus, dass Anbieter sich ohne Einschränkung nur dann auf die Dienstleistungsfreiheit berufen können, 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<sup>59</sup>.

Der Ansicht von *Stockmann* und *Röbke*, dass Art. 51 Abs. 1 EGV keine Ausnahmenvorschrift für den Bereich des SNPV darstelle, kann daher nicht gefolgt wer-

<sup>54</sup> *Stockmann/Röbke*, Der Nahverkehr, Heft 7-8 2009, S. 48 (50).

<sup>55</sup> *Siederer/Denzin*, Der Nahverkehr, Heft 3 2009, S. 50 (51).

<sup>56</sup> *Jung*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Auflage 2007, Art. 70 EGV, Rn. 17.

<sup>57</sup> *Otting/Scheps*, NVwZ 2008, S. 499 (503).

<sup>58</sup> *Bayreuther*, EuZW 2009, S. 102 (106); vgl. zu den bisherigen Eisenbahnpaketen *Jung*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Auflage 2007, Art. 71 EGV, Rn. 8 ff.

<sup>59</sup> *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 Wiegler*; *Müller-Graff*, in: *Streinz* (Hrsg.), EUV/EGV, 1. Auflage 2003, Art. 51 EGV, Rn. 5.

den. Dass der Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs vorliegend gerade deshalb zu beachten sei, weil der europäische Gesetzgeber im Bereich des SPNV zur Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit langjährig untätig geblieben ist<sup>60</sup>, wird weder durch EuGH-Rechtsprechung noch durch entsprechende Stimmen in der Literatur gestützt.<sup>61</sup>

Die Dienstleistungsfreiheit ist damit auf Vergaben im Bereich des SPNV nicht anwendbar. Sie muss erst von mit den Mitteln des Art. 71 EGV herbeigeführt werden.

#### *b) SPNV als Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit*

Die Vergabe im SPNV anstatt in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit vielmehr in den der Niederlassungsfreiheit fallen.

Das entscheidende Kriterium für die Abgrenzung der Anwendungsbereiche der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit besteht nach Ansicht des EuGH darin, ob der betreffende Wirtschaftsteilnehmer in dem Mitgliedstaat, in dem er die fragliche Dienstleistung anbietet, niedergelassen ist oder nicht<sup>62</sup>. Somit ist vorliegend die Niederlassungsfreiheit einschlägig, da ausländische Unternehmen nicht nur einen vorübergehenden, sondern einen dauerhaften Marktzutritt anstreben.

Eine Vergabe wie die MDSB-Vergabe erfolgt über einen längeren Zeitraum. In der Regel werden Verkehrsdienstleistungen im Busbereich nach § 16 Abs. 2 Personenbeförderungsgesetz (PBefG) über acht Jahre abgeschlossen, für andere Verkehrsträger nach § 16 Abs. 1 PBefG sogar für einen noch längeren Zeitraum. Ferner erhalten Anbieter eine Genehmigung zur Beförderung im Schienenverkehr nach § 6 Abs. 5, § 14 Abs. 2, 3 Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG) und § 13 Abs. 1 Nr. 4 PBefG nur dann, wenn sie im Inland eine Niederlassung betreiben. Überdies wäre ein Bieter im Schienenbereich schon aus betrieblichen Gründen zum Unterhalt einer Niederlassung vor Ort gezwungen.

Dieses Niederlassungserfordernis konnte der deutsche Gesetzgeber gerade deshalb einführen bzw. aufrechterhalten, da ein Binnenmarkt für den Verkehrssektor noch nicht besteht<sup>63</sup>. Ansonsten würden die deutschen Regelungen bezüglich des Niederlassungserfordernisses von vornherein gegen die Dienstleistungsfreiheit verstoßen<sup>64</sup>.

Die genannten Erwägungen sprechen mithin dafür, dass die Vergabe hier einschlägiger Leistungen in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit

<sup>60</sup> So aus ihrer Sicht folgerichtig *Stockmann/Röbke*, Der Nahverkehr, Heft 7-8, 2009, S. 48 (49).

<sup>61</sup> Ebenso unzutreffend ohne Argument *VK Lüneburg*, NJOZ 2008, S. 3923 (3932 f.).

<sup>62</sup> Vgl. dazu nur *EuGH*, Rs. C-514/03, Slg. Rn. 22 – Kommission/Spanien.

<sup>63</sup> *Siederer/Denzin*, Der Nahverkehr, Heft 3 2009, S. 50 (51).

<sup>64</sup> So *Stockmann/Röbke*, Der Nahverkehr, Heft 7-8, 2009, S. 48 (49).

fällt<sup>65</sup>. Damit kann der Annahme von *Stockmann* und *Röbke*, wonach Art. 4 Abs. 5 der VO (EG) 1370/2007 die Dienstleistungsfreiheit beschränke<sup>66</sup>, nicht gefolgt werden. Stattdessen ist zu prüfen, ob eine Pflicht zur Abgabe einer Tariftreueerklärung gegen die Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 EGV verstößt.

Spätestens seit der Gebhard-Entscheidung des EuGH steht fest, dass im Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit nicht nur ein Diskriminierungs- sondern ein Beschränkungsverbot besteht<sup>67</sup>. Somit wird bereits eine Beschränkung angenommen, wenn eine nationale Maßnahme die Ausübung der garantierten Grundfreiheit behindert oder weniger attraktiv machen könnte. Im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 EGV könnte man vertreten, dass die Bedingung einer Tariftreueerklärung die Gründung einer (Zweig-)Niederlassung im Aufnahmemitgliedstaat grundsätzlich erschwert.

Der EuGH hat in dem Gebhard-Urteil allerdings auch entschieden, dass ein Unternehmen im Fall der Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat grundsätzlich verpflichtet ist, dieselben Bedingungen zu erfüllen wie die, die für die Staatsangehörigen des Aufnahmestaates gelten.<sup>68</sup> Derjenige, der eine dauerhafte Integration in eine andere Rechtsordnung beabsichtigt, muss sich auch wie ein Inländer behandeln lassen. Die relevanten Beschränkungen werden also daraufhin reduziert, ob sie das „ob“ der Niederlassung betreffen, nicht aber das „wie“ der beabsichtigten Tätigkeit. Dies zugrunde gelegt, ist eine Tariftreueerklärung dabei nur eine rein tätigkeitsbezogene Regelung, die die Modalitäten der Leistungserbringung betreffen und von der alle Anbieter völlig gleich betroffen sind.<sup>69</sup>

Die Tariftreueerklärung in SPNV-Ausschreibungen ist insofern nicht als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit anzusehen.

### c) Vereinbarkeit mit der Ruffert-Rechtsprechung des EuGH

Fraglich ist, ob der Befund mit den Grundaussagen der Ruffert-Rechtsprechung des EuGH in Einklang steht.<sup>70</sup> Die Frage stellt sich insbesondere dann, wenn man die SPNV-Vergabe – entgegen der hier vertretenen Ansicht – in die Dienstleistungsfreiheit einbezieht. Auch *Bayreuther* erkennt ausdrücklich an, dass durch die Möglichkeit in der Verordnung, Tariftreueverlangen zuzulassen, „eine gewisse Konfliktlage mit der Ruffert-Entscheidung des EuGH“ besteht.<sup>71</sup>

<sup>65</sup> So auch *Bayreuther*, EuZW 2009, S. 102 (106); *ders.*, NZA 2009, S. 582 (583 f.); *Dobmann*, VergabeR 2008, S. 484 (487).

<sup>66</sup> *Stockmann/Röbke*, Der Nahverkehr, Heft 7-8, 2009, S. 48 (49).

<sup>67</sup> EuGH, Rs. C-55/94, NJW 1996, S. 579 – Gebhard.

<sup>68</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-55/94, NJW 1996, S. 579, Rn. 36 – Gebhard.

<sup>69</sup> Vgl. auch *Siederer/Denzin*, Der Nahverkehr, Heft 3 2009, S. 50 (51).

<sup>70</sup> Vgl. zu den Grundaussagen der Entscheidung auch unter I.2.

<sup>71</sup> *Bayreuther*, EuZW 2009, S. 102 (106); kritisch auch *Fehling/Niehaus*, DVBl. 2008, S. 662 (667).

Auch wenn der EuGH Tariftreueregelungen wegen Verstoßes gegen die Dienstleistungsfreiheit für mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar erklärt hat, folgt daraus nicht, dass Tariftreueregelungen keinen Anwendungsbereich mehr haben. Nur dort, wo die Dienstleistungsfreiheit besteht, kann es zu einer Unanwendbarkeit der (nationalen) Tariftreueregelung kommen. Denn hier gebietet der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechtes die Außerachtlassung der gemeinschaftsrechtswidrigen Regelung<sup>72</sup>. Vorliegend geht auf Basis der vorstehenden Ergebnisse wegen der Sonderregel in Art. 51 Abs. 1 EGV die VO (EG) Nr. 1370/2007 den Bestimmungen der Entsenderrichtlinie als speziellere Regelung vor. Da auch das Niederlassungserfordernis im Verkehrssektor zulässig ist, kann das Urteil nicht auf den Sektor Verkehr übertragen werden<sup>73</sup>.

Deshalb ist die Schlussfolgerung *Stockmann* und *Röbke* unzutreffend, wonach eine Parallele zur Ruffert-Rechtsprechung bestehe. Sie meinen, Art. 4 Abs. 5 der VO (EG) Nr. 1370/2007 sei im Hinblick auf den verfolgten Zweck des Arbeitnehmerschutzes unverhältnismäßig, weil die Regelung einseitig den Schutz derjenigen Beschäftigten beabsichtige, die in den Anwendungsbereich der Verordnung fallen<sup>74</sup>. Die Autoren suggerieren mit dieser Prüfung, dass der Inhalt der Verordnung des Gemeinschaftsgesetzgebers mit der Rechtsprechung des EuGH kollidiert, da jener ihrer Ansicht nach einen Rechtfertigungsgrund im Sinne der Ruffert-Entscheidung für die Regelung in der Verordnung zu benötigen scheint. Aufgrund des Umstandes, dass vorliegend die Niederlassungsfreiheit und nicht die Dienstleistungsfreiheit der zutreffende Prüfungsmaßstab ist, ist dies von vornherein aber gar nicht der Fall.

---

<sup>72</sup> Hanau, NZA 2008, S. 751.

<sup>73</sup> Siederer/Denzin, Der Nahverkehr, Heft 3, 2009, S. 50 (51).

<sup>74</sup> Stockmann/Röbke, Der Nahverkehr, Heft 7-8 2009, S. 48 (49 f.).

#### **IV. Ergebnisse**

1. § 97 Abs. 4 S. 2 GWB neue Fassung bietet nach der Vergaberechtsreform 2009 eine Rechtsgrundlage für Tariftreueforderungen und die Vorgabe sonstiger Sozialstandards. Seine Bedeutung liegt außerhalb des Anwendungsbereichs der VO (EG) Nr. 1370/2007 vor allem in dem Zeitraum vor deren Inkrafttreten. § 97 Abs. 4 S. 2 GWB neue Fassung ermöglicht aus sich heraus und ohne eine weitere gesetzliche Grundlage, eine tarifliche Entlohnung als sozialen Aspekt in einem Vergabeverfahren vorzuschreiben. Dabei fehlt Tariftreueerklärungen nicht der sachliche Zusammenhang zum Auftragsgegenstand. In Ausschreibungen für SPNV-Leistungen sind die sich aus der Rüffert-Rechtsprechung ergebenden Anforderungen nicht zu beachten.

2. Tariftreueklauseln in Landesvergabegesetzen sind ebenfalls mit dem Europarecht vereinbar, soweit sie Leistungen des SPNV betreffen. Auf sie kommt die sachlich begrenzte Rüffert-Rechtsprechung entsprechend nicht zur Anwendung.

3. Die Verpflichtung zur Zahlung bestimmter Tarife in Ausschreibungen von SPNV-Leistungen zugunsten der konkret von einem Betreiberwechsel betroffenen Arbeitnehmer kann zukünftig auf Grundlage von Art. 4 Abs. 5 der VO (EG) Nr. 1370/2007 erfolgen. Diese Regelung ist ab dem 03.12.2009 anwendbar. Ab dem Inkrafttreten der Verordnung richtet sich das Vergaberegime im Bereich des Eisenbahnverkehrs nur nach deren Vorschriften.

4. Gemäß Art. 51 Abs. 1 EGV ist die Zulässigkeit von Tariftreueerklärungen für SPNV-Leistungen nicht an der Dienstleistungsfreiheit und damit auch nicht an der Entsenderichtlinie zu messen. Anwendbar ist vielmehr die Niederlassungsfreiheit. Sie wird durch die Tariftreueregelungen nicht beschränkt. Aufgrund der Sonderregelung des Art. 51 Abs. 1 EGV und des im Verkehrsbereich zulässigen Erfordernisses einer Niederlassung ist die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Rüffert nicht auf den Verkehrssektor übertragbar. Insofern kann der behauptete Konflikt von Art. 4 Abs. 5 der VO (EG) als Rechtsgrundlage von Tariftreueerklärungen mit der Dienstleistungsfreiheit gar nicht eintreten.