

DIE BESSEREN ARGUMENTE

Rechtliche Bewertung zur Einführung
von Sozialstandards bei der
Konzessionsvergabe von Fernbuslinien



Frankfurt/Main, November 2011

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

Heussen Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Rechtsanwalt und Notar Wolfgang Trautner
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

und

Anouk Ferté-Devin
Élève avocate, EFB Paris

Platz der Einheit 2
60327 Frankfurt am Main

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

Westendstr. 52, 60325 Frankfurt am 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

Vorwort

Die Diskussion um die Liberalisierung des Fernbusverkehrs wird weitestgehend über die Themen nachhaltige Verkehrsplanung und Fahrgäste geführt. Dabei kommt ein Punkt zu kurz: Welche Auswirkungen hat die Liberalisierung auf die Lohn- und Sozialstandards?

mobifair hat einen Blick auf mögliche Betreiber und deren Wettbewerbsstrategien in ihren Heimatmärkten geworfen und festgestellt, dass im Bereich Fernbusse Lohn- und Sozialdumping droht. Das Verhalten gegenüber Beschäftigten und Arbeitnehmervertretern und die gewährten Lohn- und Sozialstandards lassen z.T. keinen anderen Schluss zu.

Deshalb ist es nötig, im Bereich der Liberalisierung von Fernbussen ein Augenmerk darauf zu legen, ob und wie Lohn- und Sozialstandards gesichert werden können. Im Rahmen der Verbändeanhörung des Bundesverkehrsministeriums zum Personenbeförderungsgesetz (PBefG) hat mobifair dazu vorgeschlagen, im Rahmen der Konzessionsvergabe bereits soziale Standards zu berücksichtigen.

Durch das jetzt vorgelegte Kurzgutachten der Anwaltskanzlei HEUSSEN wird belegt, dass dies rechtssicher möglich ist. Weder europäisches Recht noch nationales deutsches Recht stehen einer entsprechenden Regelung entgegen, solange es sich um nationale Strecken handelt.

Daher ist nun der Ball bei der Politik. Diese kann durch die Aufnahme einer entsprechenden Passage in das PBefG ein deutliches Zeichen setzen, dass einer Wettbewerbsstrategie, die auf Lohn- und Sozialdumping setzt, nicht der Markt bereitet wird. Das stärkt vor allem auch die Betreiber, die in ihren Heimatmärkten auf eine nachhaltige Wettbewerbsstrategie setzen und in ihren Beschäftigten das Fundament für eine erfolgreiche Unternehmenspolitik finden.

Vorstand und
Geschäftsführung mobifair e. V.

Helmut Diener
Geschäftsführer

I. Ausgangsüberlegungen

Das Personenbeförderungsgesetz (PbefG) und andere personenbeförderungrechtliche Vorschriften sind im Begriff reformiert zu werden. Diese Reform wäre eine Gelegenheit die Vergabestelle im Rahmen der Konzessionserteilung den zukünftigen Fernbuslinien zu ermächtigen, soziale Aspekte in den Genehmigungsvoraussetzungen vorzuschreiben.

Es stellt sich daher die Frage, ob soziale Standards im Rahmen der Reform der personenbeförderungrechtlichen Vorschriften mit berücksichtigt werden könnten oder ob europäisches oder nationales deutsches Recht dem entgegen steht.

Als soziale Kriterien sind hier Tariffreueerklärungen und Kriterien für die Verbesserung den Arbeitsbedingungen des Fahrpersonals (Lenkzeiten, Fahrtunterbrechungen und Ruhezeiten...) zu verstehen.

II. Ergebnis

Um das Ergebnis vorwegzunehmen:

Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) beschränkt nicht die Freiheit der einzelnen Mitgliedstaaten, sich für bestimmte Modalitäten der Konzessionserteilung zu entscheiden, wenn die Modalitäten dem Gemeinschaftsrecht entsprechen¹¹.

Nach dem europäischen Sekundärrecht (Verordnungen und Richtlinien) können soziale Kriterien berücksichtigt werden, aber lediglich für die Buslinien innerhalb Deutschland (Ziff 1.).

Diese Kriterien müssen auch im Zusammenhang mit dem Gegenstand der Konzession sein, um nicht gegen den europäischen und verfassungsrechtlichen Grundrechte und Grundfreiheiten zu verstoßen (Ziff 2.).

¹¹ MITTEILUNG DER KOMMISSION ZU AUSLEGUNGSFRAGEN IM BEREICH KONZESSIONEN IM GEMEINSCHAFTSRECHT, 2000/C 121/02, vom 29/04/2000.

1. Die Ermächtigung durch das europäische Sekundärrecht

Die europäischen Normen in Bezug auf die Dienstleistungskonzessionen erlauben die Forderung nach sog. „vergabefremden“ Genehmigungsvoraussetzung (Ziff 1.1.). Für die grenzüberschreitenden Buslinien können aber diese sozialen Kriterien keine günstigeren Arbeitsbedingungen durchsetzen, als sie in der Verordnung 561/2006 und der Verordnung 1073/2009 vorgesehen sind (Ziff 1.2.).

1.1. Europäisches Sekundärrecht bezüglich der Dienstleistungskonzessionen

Außer der Verordnung 1370/2007 gilt keine europäische sekundäre Regelung für die Vergabe von Dienstleistungskonzession. Diese Verordnung berechtigt den nationalen Gesetzgeber vergabefremde Kriterien in der Erteilung von Konzessionen im Verkehrssektor zu berücksichtigen.

Die Dienstleistungskonzessionen sind noch nicht von einer sekundärrechtlichen Norm ausdrücklich geregelt.

Die Kommission ist der Meinung, dass dieser Bereich reguliert sein muss. Zu diesem Zweck bereitet sie nach der Vorlage der Vergabekordinierungsrichtlinien² ein Projekt für eine entsprechende Richtlinie vor³, die bald vorgelegt werden soll. Je nachdem, wie diese Richtlinie die Anforderung von sozialen Kriterien berücksichtigen wird, kann es zu einem späteren Zeitpunkt zu einer anderen Beurteilung der hier zugrunde liegenden Frage kommen.

In den Vergabe-Richtlinien werden die Dienstleistungskonzessionen als Verträge definiert, „die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht“.

² Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, und Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge.

³ http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2010/public_concession_contracts_en.htm

Die Vorschriften der Vergabe-Richtlinie finden dennoch keine Anwendung auf die Dienstleistungskonzessionen (Art. 17 der EWG-RL-2004/18, Art. 18 EWG-RL-2004/17 SKR).

Daraus folgt nach dem Artikel 5 Abs 1 S. 2 der Verordnung 1370/2007⁴, dass die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen, die öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen betreffen, nach der Verordnung erfolgen müssen⁵.

Die Vergabestellen haben daher gemäß Art. 4 Abs. 5 S. 2 die Möglichkeit, den Bewerber zur Einhaltung von „bestimmten Sozialstandards“ zu verpflichten.

Nach dem Art. 4 Abs.6 der Verordnung 1370/2007, kann auch der Betreiber im Einklang mit nationalem Recht verpflichtet werden „bestimmte Qualitätsstandards“ zu berücksichtigen.

Art. 4 Abs. 5 der Verordnung 1370/2007: S. (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.“

Abs. 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.“

⁴ VERORDNUNG (EG) Nr. 1370/2007 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES, über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates, vom 23. Oktober 2007

⁵ Nettesheim, Das neue Dienstleistungsrecht des ÖPNV – Die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, Online-Kommentar, beck-online, NVwZ 2009, 1449 (1451); Ziekow, Die Direktvergabe von Personenverkehrsdiensten nach der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 und die Zukunft eigenwirtschaftlicher Verkehre, Online-Kommentar, beck-online, NVwZ 2009, 865 (868).

Der 17. Erwägungsgrund der Verordnung 1370/2007 erläutert den Inhalt des Begriffs „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.“ [Hervorhebung von den Verfassern]

Dieser Erwägungsgrund macht deutlich, dass sich die Sozialstandards auch aus vor Ort geltenden Tarifverträgen ergeben können⁶. 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 sozialer Kriterien für alle vom Bewerber eingesetzten Arbeitnehmer aus.

1.2. Beschränkung durch europäisches Sekundärrecht bezüglich der Arbeitsbedingungen im Straßenverkehrssektor

Die Verordnung 561/2006 zur Harmonisierung bestimmter Sozialvorschriften im Straßenverkehr⁷ ermächtigt zur Berücksichtigung sozialer Kriterien in der Konzessionserteilung. Diese dürfen von den Vorschriften der Art. 6 bis 9 der Verordnung abweichen (Mindestfahrunterbrechungen, Ruhezeiten, Höchstlenkzeiten), aber nicht von den anderen Vorschriften der Verordnung. Sie können z.B. keine andere Haftung des Verkehrsunternehmens als nach Art. 10 vorsehen.

Im grenzüberschreitenden Verkehr können keine günstigeren sozialen Kriterien gefordert werden, als in der Verordnung 561/2006 vorgesehen sind.

⁶ 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).

⁷ VERORDNUNG (EG) Nr. 561/2006 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES zur Harmonisierung bestimmter Sozialvorschriften im Straßenverkehr und zur Änderung der Verordnungen (EWG) Nr. 3821/85 und (EG) Nr. 2135/98 des Rates sowie zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 3820/85 des Rates, vom 15. März 2006.

Die Verordnung 561/2006 wurde erlassen, um die Wettbewerbsbedingungen zwischen Binnenverkehrsträgern, insbesondere im Straßenverkehrsgewerbe, zu harmonisieren und die Arbeitsbedingungen und die Straßenverkehrssicherheit zu verbessern.

In dieser Verordnung wurden folgende Bestimmungen verortet:

- über die maximale Lenkzeit pro Tag, pro Woche und pro Zeitraum von zwei aufeinander folgenden Wochen,
- über die Verpflichtung der Fahrer, mindestens einmal in jedem Zeitraum von zwei aufeinander folgenden Wochen eine regelmäßige wöchentliche Ruhezeit zu nehmen,
- und wonach eine tägliche Ruhezeit unter keinen Umständen einen ununterbrochenen Zeitraum von neun Stunden unterschreiten sollte.

Die Vorschriften der Verordnung gelten in allen Mitgliedstaaten unmittelbar. Abweichende nationale Regelungen sind nur möglich, wenn das Gemeinschaftsrecht dazu ermächtigt. Art. 11 Verordnung 561/2006 erlaubt den Mitgliedstaaten, längere Mindestfahrtunterbrechungen und Ruhezeiten oder kürzere Höchstlenkzeiten als nach Art. 6 bis 9 festzulegen.

Der Staat muss in diesem Fall, die relevanten kollektiven oder anderen Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern berücksichtigen (Art. 11 S. 2).

Günstigere Bedingungen können jedoch nur für Beförderungen im Straßenverkehr eingesetzt werden, die vollständig in dem Hoheitsgebiet des jeweiligen Mitgliedsstaats durchgeführt werden (Art. 11 S. 1).

Für das Fahrpersonal auf grenzüberschreitender Strecke gelten weiterhin die Vorschriften der Verordnung 561/2006 (Art. 11 S. 3). Diese Beschränkung soll den Wettbewerb schützen.

Es sei darauf hingewiesen, dass das Verfahren für die Genehmigung von internationalen Buslinien in der Verordnung 1073/2009⁸ geregelt ist. Der Staat kann z.B. nach Art. 8 Abs 4 lit e) eine Genehmigung verweigern, wenn er aufgrund einer eingehenden Analyse entschieden hat, dass der Hauptzweck des Verkehrsdienstes nicht darin besteht, Fahrgäste zwischen Haltestellen in verschiedenen Mitgliedstaaten zu befördern.

⁸ VERORDNUNG (EG) Nr. 1073/2009 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES über gemeinsame Regeln für den Zugang zum grenzüberschreitenden Personenkraftverkehrsmarkt und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 561/2006, vom 21. Oktober 2009.

Somit können die Versuche, das günstigere nationale soziale Recht zu umgehen, verhindert werden.

Zusätzlich zur Berechtigung des europäischen Sekundärrechts, muss die gesetzliche Einführung sozialer Genehmigungsvoraussetzungen auf Grund des Vorrangs des Primärrechts auch die europäischen Grundfreiheiten und Grundrechte genügen. Die Grundrechte des deutschen Grundgesetzes dürfen auch nicht verletzt werden.

2. Die Einhaltung der europäischen und deutschen Grundfreiheiten

Die Dienstleistungsfreiheit (Artikel 56 AEUV) ist nicht für den Verkehrsbereich anwendbar. Die Einführung von sozialen Voraussetzungen für Fernbuslinienkonzessionen verletzt nicht die Niederlassungsfreiheit (Artikel 43 ff, ex- Artikel 49 ff. AEUV) (Ziff 2.1.).

Die Berücksichtigung sozialer Standards ist ein Eingriff in das Diskriminierungsverbot (Artikel 18 Abs. 1 AEUV und Art. 3 GG) und in die Berufsfreiheit (Art. 12 GG). Wenn die gewählten Kriterien im Zusammenhang mit dem Gegenstand der Konzession stehen, ist dieser Eingriff verhältnismäßig und daher verfassungsmäßig. (Ziff 2.2.).

2.1. Die Dienstleistungsfreiheit und die Niederlassungsfreiheit

Die Dienstleistungsfreiheit (Artikel 56 AEUV) ist nicht im Verkehrsbereich anwendbar. Die Niederlassungsfreiheit (Artikel 43 ff, ex- Artikel 49 ff. AEUV) ermächtigt die Vergabestelle sogar dazu, ausländische Verkehrsunternehmen zu verpflichten, soziale Voraussetzungen für Fernbuslinien innerhalb des deutschen Gebiets einzuhalten.

Nach der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache „Telaustria“⁹ sollte das Verfahren für die Konzessionsvergabe die „Grundregeln des Vertrags im Allgemeinen“ entsprechen, d.h. in diesem Fall den Vorschriften zur Dienstleistungsfreiheit und zur Niederlassungsfreiheit (Artikel 43 ff, ex- Artikel 49 ff. AEUV).

⁹ Ur. v. 7. 1. 2000, Slg. I-10770, Rn. 60 - 62; betätigt durch das Ur. in der Rechtssache „Saur“, Beschl. v. 30. 5. 2002, NZBAU Jahr 2003 S. 50, EUZW Jahr 2003 S. 159; in Burgi, Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen: Verfahren, Vergabekriterien, Rechtsschutz, in Online Kommentar, beck-online, NZBau 2005, 610 (S. 612).

Die Dienstleistungsfreiheit (und die auf deren Grundlage erlassenen Sekundärrechtsakte, wie die Entsenderichtlinie) ist nicht im Verkehrssektor anwendbar, da dieser Bereich dem gesonderten Verkehrstitel gem. Art. 90 ff. AEUV unterliegt und es keine entsprechende Harmonisierung in diesem Sektor gibt (Siehe Anlage 1).

Die Erbringung von Verkehrsdienstleistungen fällt vielmehr in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit.¹⁰ Im Rahmen dieser Grundfreiheit, wenn der Anbieter eine Integration in den Markt eines anderen Landes beabsichtigt, hat er keinen Anspruch mehr dort zu den Bedingungen seines Ursprungslandes zu arbeiten¹¹.

Wenn das geplante Vertragsverhältnis einen längeren Zeitraum für die Erbringung der Leistung vorsieht, kann der Anbieter verpflichtet werden, einen örtlichen Tarifvertrag oder bestimmte Sozialstandard einzuhalten. Demnach können die ausländischen Verkehrsunternehmen im Rahmen der Buskonzession verpflichtet werden, soziale Kriterien einzuhalten.

2.2. Beschränkung durch das Diskriminierungsverbot, die Berufsfreiheit und den Grundsatz der Transparenz

Um verfassungsmäßig in der Konzessionsvergabe angewendet zu werden, müssen die sozialen Voraussetzungen im sachlichen Zusammenhang mit dem Objekt der Konzession stehen. Nur so stellen sie einen verhältnismäßigen Eingriff in das Diskriminierungsverbot (Art. 3 GG) und in die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) dar.

Die Berücksichtigung von sozialen Kriterien muss ebenfalls dem Grundsatz der Transparenz entsprechen..

Das Konzessionserteilungsverfahren unterliegt dem Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Artikel 18 Abs. 1 AEUV) und den Grundsätzen der Transparenz, der Gleichbehandlung und der Verhältnismäßigkeit (Rechtsprechung der EuGH). Die Verordnung 1370/2007 verlangt insbesondere, dass das für die wettbewerbliche Vergabe angewandte Verfahren allen Betreibern offensteht, fair ist und den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung genügen muss (Art. 5 Abs. 3 S.2 VO 1370/2007).

¹⁰ EuGH, Rs. C-382/08, Neukirchinger, Slg. 2011, I-0000, RdNr. 29.

¹¹ Dobman, Vergaberecht, 2008, 484 (S. 486).

Die gesetzliche Ermächtigung soziale Voraussetzungen anwenden zu müssen, darf auch nicht gegen das deutsche Grundgesetz verstoßen.

Es ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Verweigerung der Vergabe einer Konzession nicht gegen Grundrechte des Bewerbers verstößt¹². Das Erteilungsverfahren muss jedoch, dem allgemeinen Diskriminierungsverbot (Art. 3 GG) genügen und nicht in die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) eingreifen.

Das Diskriminierungsverbot bedeutet nach dem europäischen Recht (Artikel 18 Abs. 1 AEUV) insbesondere, dass ein Bewerber nicht wegen seiner Staatsangehörigkeit oder ähnlichen Kriterien ausgeschlossen werden darf. Art. 3 Abs. 1 GG fordert seinerseits eine allgemeine Gleichbehandlung.

Die Einführung von sozialen Kriterien bei der Vergabe von Buskonzessionen führt dazu, dass Bewerber, die diese Kriterien nicht erfüllen, diskriminiert werden (können).

Außerdem wird der Schutzgehalt der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 GG berührt, da der Konzessionsgeber die Konzessionäre bei der Gestaltung ihrer arbeitsvertraglichen Beziehungen zu einem bestimmten Verhalten veranlassen kann¹³.

Der Bundesgesetzgeber oder der Landesgesetzgeber können jedoch die Berufsfreiheit und das Diskriminierungsverbot durch Auflagen beeinträchtigen. Dieser Eingriff ist nur dann verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn die vorgenommene Gewichtung zu Gunsten des Gemeinwohlbelangs ausfällt.

¹² Vgl. nur Pietzcker, AöR 107 (1982), 61 (69ff.); Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung und VerfassungsR, 1988, S. 318ff.; Burgi, NZBau 2001, NZBAU Jahr 2001 Seite 64 (65); Pietzcker (o. FuBn. 26), S. 22; a.A. Puhl, VVDSTRL Jahr 2000 Seite 456 (481f.); Cremer, in: Pünder/Prieß, VergabeR im Umbruch, 2005, S. 29 (38ff.), zitiert in Burgi, Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen: Verfahren, Vergabekriterien, Rechtsschutz, Online Kommentar, beck-online, NZBau 2005, 610 (S. 613).

¹³ BVerfG, Beschluß vom 11. 7. 2006 - 1 BvL 4/00, Verfassungsmäßigkeit der Berliner Tarifreuregelung, Online Kommentar, beck-online, NJW 2007, 51 (S. 54 ff).

Die gewählten Maßnahmen müssen zur Erreichung des verfolgten Ziels sowohl geeignet als auch erforderlich und angemessen sein. Dabei haben die Mitgliedstaaten die für die Ausübung der Wirtschaftstätigkeit am wenigsten belastende Maßnahme zu wählen¹⁴.

- Die Einführung von sozialen Kriterien folgt legitimen Zielen. Einerseits soll die Erstreckung der Tariflöhne auf Außenseiter einem Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten entgegenwirken und soll somit zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit in Verbindung mit der Gewährleistung der finanziellen Stabilität des Systems der sozialen Sicherung beitragen¹⁵. Andererseits sollen Kriterien bezüglich der Lenkzeiten und der Fahrtunterbrechungen die Arbeitsbedingungen der Fahrer verbessern. Diese beiden Ziele können helfen, das Sozialstaatsprinzip gemäß Art. 20 Abs. 1 GG und Art. 31 der Grundrechte-Charta zu verwirklichen.

Artikel 31 der Grundrechte-Charta (durch den neuen Artikel 6 Abs.2 AEUV für rechtlich gleichrangig erklärt).

„(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.“

Art. 20 Abs. 1 GG

„Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat“.

¹⁴ Für das europäische Recht: Vergleiche z. B. Urteil vom 17. Mai 1984, Rechtsache 15/83, Denavit/Niederlande oder Urteil des Gerichts erster Instanz vom 19. Juni 1997, Rechtsache T-260/94, Air Inter SA, Randnummer 14. zitiert in der MITTEILUNG DER KOMMISSION ZU AUSLEGUNGSFRAGEN IM BEREICH KONZESSIONEN. Für das deutsche Verfassungsrecht: vgl. BVerfG: Verfassungsmäßigkeit der Berliner Tariftreueverordnung, Online Kommentar, beck-online, NJW 2007, 51, (S.54) Rn. 85 ff. und Burgi: Vergabefremde Zwecke und Verfassungsrecht, online Kommentar, Beck-online, NZBau 2001, 64 (S.70).
¹⁵ vgl. BVerfG: Verfassungsmäßigkeit der Berliner Tariftreueverordnung, Online Kommentar, beck-online, NJW 2007, 51 (S. 54) Rn. 87-88.

- Die Verpflichtung der Bewerber innerhalb einer Konzessionsvergabe zur Tariftreue oder zur Einhaltung sozialer Standards ist ein geeignetes Mittel zur Erreichung der verfolgten Ziele¹⁶.
- Es ist kein ebenso geeignetes, aber weniger belastendes Mittel erkennbar, das an Stelle der gesetzlichen Einführung sozialer Kriterien ergriffen werden könnte. Daraus folgt, dass die Einführung von sozialen Kriterien zur Zielerreichung erforderlich ist.
- Um verhältnismäßig zu sein, müssen diese Kriterien - wie im Auftragsvergaberecht (§ 97 Abs. 4 GWB) - im sachlichen Zusammenhang mit dem Gegenstand der Konzession sein.

Leistungsbezogene Kriterien, die sich auf den Beschaffungsgegenstand zielen, sind zum Beispiel erlaubt¹⁷. Es kann sich dabei um die Pflichten handeln, bestimmte Arbeitsbedingungen (Lenkzeiten, Fahrtunterbrechungen, Ruhezeiten, usw.) für das Fahrpersonal auf den konzessionierten Buslinien einzuhalten.

Die unternehmensbezogenen Kriterien beziehen sich hingegen auf die Organisations- und Personalstruktur der Unternehmen außerhalb des Konzessionsbereichs, z.B. Pflichten zur Ausbildung von Lehrlingen oder Langzeitarbeitslosen, Tariftreuepflicht oder Frauenförderung¹⁸. Für solche Kriterien ist der Bezug zur Leistungserbringung zu beweisen.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist eine Tariftreueerklärung verfassungsgemäß, wenn „ihre Auswirkungen auf die einzelnen Konzessionen beschränkt sind (und) nur der Inhalt der Arbeitsverträge der bei der Ausführung dieser Konzession eingesetzten Arbeitnehmer vorgegeben wird, und dies auch nur für die Arbeitsstunden, in denen sie mit der Ausführung des Auftrags beschäftigt sind“¹⁹.

Da die Pflicht sozialen Forderungen zu genügen verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist, wenn diese Kriterien den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen, entsprechen sie auch den europäischen und verfassungsrechtlichen Anforderungen sich.

¹⁶ „Ein Mittel ist bereits dann im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann, wobei die Möglichkeit der Zweckerreichung genügt.“ BVerfG: Verfassungsmäßigkeit der Berliner Tariftreueverordnung, Online Kommentar, beck-online, NJW 2007, 51 (S.55), Rn. 93.
¹⁷ Burgi, Vergabefremde Zwecke und Verfassungsrecht, Online Kommentar, beck-online, NZBau 2001, 64 (S.70 ff.).
¹⁸ Burgi, Vergabefremde Zwecke und Verfassungsrecht, Online Kommentar, beck-online, NZBau 2001, 64 (S.67).
¹⁹ BVerfG: *Verfassungsmäßigkeit der Berliner Tariftreueverordnung, Online Kommentar, beck-online, NJW 2007, 51 (S.55), Rn. 101.

Diese Kriterien müssen letztendlich unter Beachtung des Grundsatzes der Transparenz angewendet werden. Das bedeutet, dass ein „angemessener Grad von Öffentlichkeit“ sichergestellt und die „Nachprüfung ermöglicht“ werden muss²⁰.

Frankfurt, den 17.10.2011

Heussen Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Rechtsanwalt und Notar Wolfgang Trautner
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Lehrbeauftragter (THM Technische Hochschule Mittelhessen)

Anlage 1: Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit für den Verkehrssektor

Die Dienstleistungsfreiheit ist auf den Verkehrssektor nicht anwendbar; dies ist der Besonderheit des Verkehrssektors und dem Umstand geschuldet, dass es keine entsprechende Harmonisierung in diesem Bereich gibt.

Besonderheit des Verkehrssektors

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.“

20 Urt. v. 7. 1. 2000, Slg. I-10770, Rn. 60 - 62; in Burgi, Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen: Verfahren, Vergabekriterien, Rechtsschutz, in Online Kommentar, beck-online, NZBau 2005, 610 (S. 612).

Ebenso gelten die auf Grundlage des Art. 56 AEUV erlassenen Sekundärrechtsakte, wie die Entsenderichtlinie, nicht für den Verkehrssektor²¹. Bei der Konzessionserteilung für Fernbuslinien und bei Ausschreibungen für SPNV-Leistungen sind die sich aus der Ruffert-Rechtsprechung²² ergebenden Anforderungen nicht zu beachten.

Fehlende entsprechende Harmonisierung

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 Dienstleistungsfreiheit²³.

Im Bereich des Fernbusverkehrs liegt keine entsprechende Harmonisierung vor.

Im Anwendungsbereich der Verordnung 1370/2007 geht die Harmonisierung nur soweit, wie von ihr selbst vorgesehen, dementsprechend noch beschränkt²⁴.

Sogar die Liberalisierung und Marktöffnung in Bezug auf Eisenbahnverkehrsdienstleistungen ist bisher nur 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 Personenfernverkehrs nicht anwendbar.

21 Urt. v. 7. 1. 2000, Slg. I-10770, Rn. 60 - 62; in Burgi, Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen: Verfahren, Vergabekriterien, Rechtsschutz, in Online Kommentar, beck-online, NZBau 2005, 610 (S. 612).

22 EuGH, Beschluss vom 03.04.2008, C 346/06

23 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.

24 Bayreuther EuZW 2009, 102 (S.106).

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

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

mobifair

