

RESEARCH REPORT SERIES

IZA Research Report No. 131

Sozialstandards im Mobilitätsgewerbe

Expertise im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales

Wolfgang Schroeder (Universität Kassel)

Gregor Thüsing (Universität Bonn)

Moritz Butt (Universität Kassel)

Samuel Greef (Universität Kassel)

Holger Bonin (IZA)

unter Mitarbeit von:

Leon Kaiser (Universität Kassel)

Sven Rader (Universität Kassel)

Jannik Zindel (Universität Kassel)

Annabelle Krause-Pilatus (IZA)

JUNI 2022



Bundesministerium
für Arbeit und Soziales

FORSCHUNGSBERICHT 599

Sozialstandards im Mobilitätsgewerbe

Expertise

Juni 2022

ISSN 0174-4992

Sozialstandards im Mobilitätsgewerbe

UNI KASSEL | GESELLSCHAFTS
VERSITÄT | WISSENSCHAFTEN



I Z A Institute
of Labor Economics
Initiated by Deutsche Post Foundation

Universität Kassel
Fachbereich 05
Fachgebiet Politisches System der BRD -
Staatlichkeit im Wandel
Mönchebergstr. 19, 34109 Kassel

Rheinische Friedrich-Wilhelms-
Universität Bonn
Fachbereich Rechtswissenschaft
Adenauerallee 24-42
53113 Bonn

Forschungsinstitut zur Zukunft
der Arbeit GmbH (IZA)
Schaumburg-Lippe-Straße 5-9
53113 Bonn

Wolfgang Schroeder (Universität Kassel)
Gregor Thüsing (Universität Bonn)
Moritz Butt (Universität Kassel)
Samuel Greef (Universität Kassel)
Holger Bonin (IZA)

Unter Mitarbeit von:

Leon Kaiser (Universität Kassel)
Sven Rader (Universität Kassel)
Jannik Zindel (Universität Kassel)
Annabelle Krause-Pilatus (IZA)

Dezember 2021

Erstellt im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales.

Die Durchführung der Untersuchungen sowie die Schlussfolgerungen aus den Untersuchungen sind von den Auftragnehmern in eigener wissenschaftlicher Verantwortung vorgenommen worden. Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales übernimmt insbesondere keine Gewähr für die Richtigkeit, Genauigkeit und Vollständigkeit der Untersuchungen.

Kurzbeschreibung

Die Märkte für Mobilitätsdienstleistungen in Deutschland befinden sich, nicht zuletzt durch neue Anbieter mit digitalen Geschäftsmodellen, erheblich im Wandel. Wie angesichts dessen Sozialstandards gesichert und im Sinne eines fairen Wettbewerbs gestaltet werden können, untersucht diese Expertise für die Gelegenheitsverkehre der Personenbeförderung sowie für den Öffentlichen Personennahverkehr. Ausgehend von einer Darstellung der aktuellen Wettbewerbsslage und der herrschenden Beschäftigungsbedingungen in diesen Bereichen unterzieht sie die rechtlichen Handlungsmöglichkeiten einer juristischen Bewertung und zeigt gangbare Wege einer rechtlichen Weiterentwicklung auf, um einem Absinken der Sozialstandards für abhängig Beschäftigte und solosebstständig Erwerbstätige im deutschen Mobilitätsgewerbe zu begegnen.

Abstract

Substantial change is underway in the markets for mobility services in Germany, not the least due to new players offering digital and data-driven services. Against this background, the study addresses how to preserve adequate conditions of work and set up a level playing field of social standards. It focuses on non-scheduled passenger transport services, and on local public transport, which is in parts organized by providers that operate on their own initiative and for-profit. The first part of the study, by describing current competitive and labour conditions in these two sectors, identifies problem areas. The second part is a comprehensive law study which assesses the options to launch legal regulations to improve social standards for dependent and self-employed workers providing mobility services.

Inhaltsverzeichnis

Tabellenverzeichnis	7
Abbildungsverzeichnis	7
Abkürzungsverzeichnis	8
Zusammenfassung	11
1. Einleitung	15
Teil A Problemaufriss	17
2. Einleitung	18
3. Sozialstandards im Gelegenheitsverkehr	19
3.1 Zahlen zum Gelegenheitsverkehrsmarkt	19
3.2 Sozialstandards auf dem Gelegenheitsverkehrsmarkt unter veränderten Wettbewerbsbedingungen	21
3.2.1 „Klassisches“ Taxi- und Mietwagengewerbe	21
3.2.2 Taxiähnliche Verkehre mit Mietwagen	22
3.2.3 Ridepooling: Großkonzerne auf dem Gelegenheitsverkehrsmarkt	25
3.3 Akteurspositionen im Gelegenheitsverkehr	27
4. Sozialstandards im ÖPNV	30
4.1 Kennzahlen zum Liniennahverkehr	30
4.2 Bestehende Sozialstandards	32
4.3 Fallstudien	33
4.3.1 Die Übernahme des städtischen Personennahverkehrs in Pforzheim	34
4.3.2 Übernahme verhindert – auf Kosten der Beschäftigten: eigenwirtschaftliche Anträge in Hildesheim	36
4.3.3 Übernahme verwehrt: Keine Genehmigung für privates Busunternehmen in Leverkusen und Rheinisch-Bergischen Kreis	38
4.3.4 Eigenwirtschaftliche Anträge in Zahlen	39
4.4 Akteurspositionen im Linienverkehr	40
5. Fazit, Forschungslücken und Forschungsansätze	42
Teil B Bewertung rechtlicher Handlungsmöglichkeiten	48
6. Einleitung	49
6.1 Sachverhalt und Rechtsfragen	49
6.2 Gang der juristischen Untersuchung	51

7.	Rechtsausführungen	54
7.1	Grundlagen und Instrumente der Sozialstandards im Arbeitsrecht	54
7.2	Die Verkehrsformen des PBefG innerhalb und außerhalb des ÖPNV – Eigenwirtschaftliche und bestellte Verkehre als konkurrierende Anbieter	55
7.2.1	Ziele und Aufgaben des PBefG	55
7.2.2	Arten und Formen der Personenbeförderung innerhalb und außerhalb des ÖPNV	56
7.2.3	Eigenwirtschaftlichkeit versus „Gemeinwirtschaftlichkeit“	59
7.2.4	Sektorspezifische Vorgaben zur Erfüllung von Sozialstandards <i>de lege lata</i>	70
7.2.5	Erste juristische Bestandsaufnahme	89
7.3	§ 50 Abs. 4 S. 3 PBefG im rechtssystematischen Zugriff	90
7.3.1	Vorab: Das Genehmigungsverfahren nach §§ 9 ff. PBefG	90
7.3.2	Vorgabe von „Arbeitszeiten, Entlohnung und Pausen“	92
7.3.3	Schutz öffentlicher Verkehrsinteressen	98
7.3.4	Mögliche Chancen und Defizite von § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG	100
7.4	(Klarstellende?) Erweiterung des Unternehmerbegriffs in Abgrenzung zur Vermittlertätigkeit	101
7.4.1	Unternehmer im personenbeförderungsrechtlichen Sinn	102
7.4.2	Der Begriff des Beförderers i.S.v. § 1 Abs. 1a PBefG	104
7.4.3	Eine Abgrenzung zur Vermittlung i.S.v. § 1 Abs. 3 PBefG	111
7.4.4	Verbleibende Rechtsunsicherheiten und Umgehungsmöglichkeiten?	113
7.5	Weiterentwicklung: Mögliche Wege zu höheren Sozialstandards und deren verfassungs- und europarechtliche Grenzen	115
7.5.1	Instrumente zur Erhöhung der Sozialstandards im ÖPNV	116
7.5.2	Weitere Konkretisierung der „Sozialstandards“ § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG	135
7.5.3	Weitere Erstreckung höherer Sozialstandards: Schutz für Selbständige	136
7.5.4	Verfassungsrechtliche Grenzen	151
7.5.5	Europarechtliche Grenzen	167
7.5.6	Ausblick	171
	Anlage: Tariftreuerregelungen in den Bundesländern	173
	Literaturverzeichnis	183

Tabellenverzeichnis

Tabelle 3.1	Gelegenheitsverkehr im Taxi- und Mietwagenverkehr	20
Tabelle 3.2	Sozialstandards von „klassischen“ Taxi- und Mietwagenbetrieben und taxiähnlichen Angeboten mit Mietwagen im Vergleich	24
Tabelle 3.3	Sozialstandards von Ridepooling Unternehmen im Vergleich	26
Tabelle 3.4	Beschäftigungsart bei BerlKönig (ViaVan)	27
Tabelle 4.1	Anteile der Unternehmensträgerschaften am Liniennahverkehr für 2018	31
Tabelle 4.2	Kurzübersicht Fallstudie Pforzheim	34
Tabelle 4.3	Vergleich der Sozialstandards ÖPNV in Baden-Württemberg	35
Tabelle 4.4	Kurzübersicht Fallstudie Hildesheim	36
Tabelle 4.5	Vergleich der Sozialstandards ÖPNV in Niedersachsen	37
Tabelle 4.6	Kurzübersicht Fallstudie Leverkusen	38
Tabelle 4.7	Vergleich der Sozialstandards in Nordrhein-Westfalen	39
Tabelle 4.8	Eigenwirtschaftliche Anträge in ausgewählten Bundesländern	40
Tabelle 4.9	Positionen der Verbände zu Sozialstandards, Wettbewerb und ewA im Linienverkehr	41
Tabelle 5.1	Niveau der Sozialstandards und deren Grundlage	42

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 4.1	Liniennahverkehr mit Bussen	31
---------------	-----------------------------	----

Abkürzungsverzeichnis

ADAC	Allgemeiner Deutscher Automobil-Club e. V.
AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz
AEntG	Arbeitnehmerentsendegesetz
AEntRL	Arbeitnehmerentsenderichtlinie
AEUV	EU-Arbeitsweisevertrag
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
AVN	Arbeitgeberverband Nahverkehr e.V.
BAG	Bundesarbeitsgericht
BbgVergG	Brandenburgisches Vergabegesetz
bdo	Bundesverband Deutscher Omnibusunternehmer e.V.
BEEG	Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz
BerlAVG	Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BfVMH	Behörde für Verkehr und Mobilitätswende Hamburg
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
BMVI	Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (Bezeichnung seit 08.12.2021: Bundesministerium für Digitales und Verkehr)
BremVergV	Bremische Vergabeverordnung
BRKG	Bundesreisekostengesetz
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVTM	Bundesverband Taxi und Mietwagen e.V.
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
EG	Europäische Gemeinschaft
EU	Europäische Union

EuGH	Europäischer Gerichtshof
EVG	Eisenbahn- und Verkehrsgewerkschaft
ewA	eigenwirtschaftlicher Antrag
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GÖD	Gewerkschaft öffentlicher Dienst & Dienstleistungen
GVN	Gesamtverband Verkehrsgewerbe Niedersachsen
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HAG	Heimarbeitsgesetz
HmbVgG	Hamburgisches Vergabegesetz
HVTG	Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz
ILO	Internationale Arbeitsorganisation
KAV-BW	Kommunaler Arbeitgeberverband Baden-Württemberg
KAV-N	Kommunaler Arbeitgeberverband Niedersachsen
KrfArbZG	Gesetz zur Regelung der Arbeitszeit von selbständigen Kraftfahrern
KSVG	Künstlersozialversicherungsgesetz
LNVG	Landesnahverkehrsgesellschaft Niedersachsen mbH
LTMG	Landestariftreue- und Mindestlohngesetz (Baden-Württemberg)
LTTG	Landestariftreuegesetz (Rheinland-Pfalz)
LVerf	Landesverfassung
LVG LSA	Landesvergabegesetz Sachsen-Anhalt
MiLoG	Mindestlohngesetz
MobG	Mobilitätsgesetz
MuSchG	Mutterschutzgesetz
NRW	Nordrhein-Westfalen
NTVergG	Niedersächsisches Tariftreue- und Vergabegesetz
NWO	Verband Nordrhein-Westfälischer Omnibusunternehmen e.V.
ÖPNV	Öffentlicher Personennahverkehr
ÖPNV-G	ÖPNV-Gesetz
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
PBZugV	Berufszugangsverordnung für den Straßenpersonenverkehr
RegG	Regionalisierungsgesetz

RL	Richtlinie
Rs.	Rechtssache
RVS	Regionalbus Südwest GmbH
SGB	Sozialgesetzbuch
STTG	Saarländisches Tariftreuegesetz
SVHI	Stadtverkehr Hildesheim
SVP	Stadtverkehr Pforzheim
ThürVgG	Thüringer Vergabegesetz
TtVG	Tariftreue- und Vergabegesetz (Bremen)
TVG	Tarifvertragsgesetz
TVgG NRW	Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen
TV-N	Tarifvertrag-Nahverkehr
TVöD	Tarifvertrag öffentlicher Dienst
TVÖPVVO	Verordnung des Wirtschaftsministeriums zur Feststellung der repräsentativen Tarifverträge im öffentlichen Personenverkehr
VDV	Verband Deutscher Verkehrsunternehmen e.V.
ver.di	Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VG	Verwaltungsgericht
VgG M-V	Vergabegesetz Mecklenburg-Vorpommern
VGSH	Vergabegesetz Schleswig-Holstein
VKA	Verband Kommunaler Arbeitgeber
VO	Verordnung
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WB	Westfalenbus GmbH
WBO	Verband Baden-Württembergischer Omnibusunternehmer e.V.

Zusammenfassung

Im Bereich der Gelegenheitsverkehre im Personenbeförderungsmarkt, in dem digital vermittelte Mobilitätsangebote und geteilte Fahrzeugnutzungen – sogenanntes „Ridepooling“ – an Bedeutung gewinnen, sowie im Bereich des Öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV), soweit die Leistungen nicht durch gemeinwirtschaftliche Verkehre, sondern durch eigenwirtschaftliche Verkehre auf Basis unternehmerisch kalkulierter Verkehrsangebote frei am Markt erbracht werden, gibt es Risiken, dass sich Sozialstandards und Arbeitsbedingungen für die Beschäftigten im Wettbewerb der Anbieter von Verkehrsdienstleistungen verschlechtern.

Diese Expertise identifiziert politische Handlungsbedarfe und zeigt geeignete Lösungsansätze auf, um Sozial- und Lohnstandards auf den Märkten für Gelegenheitsverkehre der Personenbeförderung sowie für eigenwirtschaftliche Verkehre im ÖPNV zu sichern. Der erste Teil umreißt, wie sich in diesen beiden Bereichen des Mobilitätsgewerbes derzeit die Wettbewerbslage, die Arbeits- und Tätigkeitsbedingungen sowie die Akteurspositionen gegenüber Fragen von Sozialstandards darstellen. Der zweite Teil stellt die rechtlichen Handlungsmöglichkeiten zur Sicherung der Sozialstandards für die hier Erwerbstätigen dar und nimmt eine umfassende Bewertung vor. Die juristische Analyse geht von einer Bestandsaufnahme der bestehenden Standards aus, bewertet dann die Regelungen des im Jahr 2021 modernisierten Personenbeförderungsgesetzes und zeigt schließlich – unter Beachtung der verfassungs- und europarechtlichen Grenzen – gangbare Wege einer rechtlichen Weiterentwicklung auf, um einem Absinken der Sozialstandards im deutschen Mobilitätsgewerbe zu begegnen. Mit der Vorlage dieser Studie kommt das Bundesministerium für Arbeit und Soziales einer Aufforderung des Deutschen Bundestags nach, in Zusammenarbeit mit dem Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (seit 08.12.2021 „Bundesministerium für Digitales und Verkehr“) eine wissenschaftliche Expertise zu Sozialstandards im Mobilitätsgewerbe inklusive rechtlicher Handlungsmöglichkeiten vorzulegen.

Der Problemaufriss für den Markt für Gelegenheitsverkehre widmet sich sowohl dem klassischen Taxi- und Mietwagenmarkt als auch dem sich seit einigen Jahren sehr dynamisch entwickelnden Markt für digital vermittelte Mobilitätsleistungen. Im Taxi- und Mietwagenmarkt existiert – neben wenigen großen Unternehmen mit fest angestellten Fahrerinnen und Fahrern – eine große Zahl an Ein-Personen-Unternehmen bzw. solselbstständigen Anbietern. Durch Eintritt von Unternehmen mit digitalen Geschäftsmodellen hat sich der Gelegenheitsverkehr substantiell verändert. So werden vermehrt taxiähnliche Verkehre mit Mietwagen über Apps vermittelt, wodurch eine verschärfte Konkurrenzsituation für die klassischen Anbieter im Markt entsteht. Zudem prägen die neuen digital vermittelten Mobilitätsdienstleistungen eine neue Unternehmenskultur, die Sozialstandards aus dem klassischen Taxi- und Mietwagengewerbe mit denen der vielfach durch geringe Sozialstandards geprägten Gig Economy verbindet. Im Bereich des durch digitale Plattformen weiterentwickelten geteilten Fahrzeugnutzung erscheinen die Sozialstandards derzeit vergleichsweise hoch. Dazu trägt bei, dass viele aktuelle Ridepooling-Unternehmen nicht aus dem Gelegenheitsverkehrsmarkt hervorgegangen sind, sondern aus Sektoren der Wirtschaft, in denen in der Regel höhere Sozialstandards gelten. Dies strahlt auch auf die Sozialstandards der Beschäftigten im Ridepooling aus. Insgesamt kann für den Bereich der Gelegenheitsverkehre eine allgemeine Orientierung an gesetzlichen Mindestansprüchen festgestellt werden. Jedoch wird von einigen zentralen Akteuren und in der öffentlichen Debatte der hohe Anteil von Soloselbstständigen im Markt als Gefahr für die Einhaltung dieser Sozialstandards wahrgenommen.

Der Problemaufriss zu den eigenwirtschaftlichen Verkehren im ÖPNV fokussiert auf die Verhältnisse im Liniennahverkehr mit Bussen und zieht vergleichend die in der Regel hohen Sozialstandards, die bei gemeinwirtschaftlichen Verkehren gelten, heran. Für die Beschäftigten dieser Liniennahverkehre

gelten in der Regel Tarifverträge. Jedoch kann der Einsatz eigenwirtschaftlicher Unternehmen die Sozialpartnerschaft und die damit etablierten Bedingungen herausfordern, wie die Beispiele Pforzheim und Hildesheim exemplarisch zeigen. Ein Absinken von Sozialstandards droht vor allem dann, wenn ein eigenwirtschaftliches Unternehmen Fahrdienstleistungen erbringt, die vormals durch ein gemeinwirtschaftliches Unternehmen erbracht wurden. Darüber hinaus unterschieden sich die Sozialstandards der im Markt agierenden öffentlichen und privaten Unternehmen systematisch. Zu beachten sind jedoch auch regionale Unterschiede. So liegt das Tarifniveau für das private Omnibusgewerbe in Baden-Württemberg über dem Tarifniveau für die öffentlichen Verkehrsunternehmen in Nordrhein-Westfalen. Welche Relevanz die eigenwirtschaftlichen Verkehre für die Unternehmen haben, und wie sich die Sozialstandards- und effektiven Lohnniveaus der in diesem Bereich tätigen Beschäftigten darstellen, lässt sich derzeit allerdings nur bedingt beurteilen, da umfassende Daten – auf der Ebene der Unternehmen und erst recht auf der Ebene der Beschäftigten – fehlen. Dazu müssten erst flächendeckende bzw. repräsentative Erhebungen auf den Weg gebracht werden.

Die juristische Bewertung von Handlungsmöglichkeiten zur Absicherung von Sozialstandards im Mobilitätsgewerbe geht von den bestehenden Grundlagen und Instrumenten der Sozialstandards im Arbeitsrecht sowie den Verkehrsformen des Personenbeförderungsgesetzes innerhalb und außerhalb des ÖPNV aus. Zunächst ist festzustellen, dass zwar bereits vom Standpunkt des geltenden Rechts aus sektorspezifische Vorgaben zur Etablierung und Erfüllung von Sozialstandards existieren. Zu erwähnen sind hierbei unter anderem die Tariftreuregelungen der Länder, der Nahverkehrsplan sowie die neue Regelung in § 50 Abs. 4 S. 3 Personenbeförderungsgesetz (PBefG). Diese sind aktuell jedoch nicht geeignet, einheitliche Bedingungen und Sozialstandards im Mobilitätsgewerbe zu schaffen, die allen Beschäftigten zugutekommen. So entfalten hinsichtlich des ÖPNV sowohl die Tariftreuregelungen der Länder als auch die VO (EG) 1370/2007 mit der für Behörden vorgesehenen Möglichkeit, Vorgaben zu Sozialstandards zu machen, nur in Vergabesituationen Wirkung. Der neue § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG greift nach seiner Konzeption ausschließlich für den dort genannten gebündelten Bedarfsverkehr. Allein über den Nahverkehrsplan besteht die Option, gleichermaßen für eigen- wie für gemeinwirtschaftliche Verkehre soziale Standards festzulegen. Jedoch sind die Inhalte der von den Aufgabenträgern zu erstellenden Nahverkehrspläne nicht bundeseinheitlich geregelt. Es besteht zudem keine strikte Befolgungspflicht für die nachgeordnete Genehmigungsbehörden, was die Wirksamkeit als Instrument zur Etablierung einheitlicher Sozialstandards deutlich abschwächt.

Zur Etablierung höherer Sozialstandards bedarf es mithin einer Weiterentwicklung. Dabei sind verschiedene Wege zu erörtern. Während für die Arbeitnehmer eine flächendeckende Tarifgeltung über den Bereich der Tariftreuregesetze hinaus europarechtlich unproblematisch und verfassungsrechtlich vertretbar scheint, solange die allgemeinen für die Tariferstreckung auf Nichtorganisierte geltenden Grenzen eingehalten werden, erscheint es insbesondere als gangbarer Weg, das personenbeförderungrechtliche Genehmigungsverfahren oder das Instrument des Nahverkehrsplans so auszugestalten, dass das Ziel höherer und einheitlicher Sozialstandards im Anwendungsbereich des PBefG erreicht würde. Die Schaffung einer vergleichbaren Regelung zu § 50 Abs. 1 S. 4 PBefG für andere Verkehrsformen scheint grundsätzlich möglich. Angesichts fehlender Handlungsleitlinien für die entscheidende Genehmigungsbehörde, welche Maßstäbe für die fordernden Sozialstandards zugrunde zu legen sind, präsentiert sich dies allerdings nicht als vorzugswürdige Lösung.

Dagegen würden eine Stärkung des Instruments des Nahverkehrsplans und eine Verortung der Vorgabe sozialer Standards in ebendiesem dazu führen, dass die entscheidenden Leitlinien vom Aufgabenträger festgelegt würden, was der gesetzlichen Aufgabenverteilung Rechnung trägt. Um die gewünschte Wirkung zu erzeugen, müssten allerdings soziale Standards als Inhalt von Nahverkehrsplänen verpflichtend werden. Ebenso müssten die diesbezüglichen Vorgaben der

Aufgabenträger für die Genehmigungsbehörden verbindlich sein. Sofern eine bundesgesetzliche Regelung eine solche Stärkung des Nahverkehrsplans herbeiführen und auch die Berücksichtigung von Sozialstandards vorgeben soll, ist indes wiederum fraglich, anhand welchen Maßstabs sich eben diese Standards bestimmen würden. Vergleichbare Regelungen auf Landesebene ziehen insoweit die landeseigenen Tariftreugesetze heran. Mangels bundeseinheitlicher Tariftreuregelung wäre hier insoweit jedenfalls ein Verweis auf die Landesgesetze oder aber die Festlegung eines anderweitigen Maßstabs notwendig.

Neben dem Arbeitnehmerschutz ist auch der Schutz der im Mobilitätsbereich tätigen selbstständigen Leistungserbringer ein zentrales Anliegen. Trotz des arbeitnehmerschutzspezifischen Charakters des Arbeits- und Sozialrechts ist in der sozialen Absicherung anderer Personengruppen kein Novum zu erblicken, sodass auch im Bereich der Personenbeförderung die Etablierung von Schutzstandards für Selbstständige grundsätzlich rechtlich möglich erscheint. Diese können etwa in der Einführung von Mindestvergütungssätzen oder der Einbeziehung von Selbständigen in die Sozialversicherung realisiert werden. All dies müsste letztlich durch konkrete Aufsichtspflichten seitens des Auftraggebers und damit korrespondierende Kontrollbefugnisse seitens einer Aufsichtsbehörde flankiert werden, um die effektive Durchsetzung der Schutzvorschriften zu gewährleisten. Werden dem Unternehmer im Sinne des PBefG entsprechende Pflichten zum Schutz von Selbständigen auferlegt, müssen diese in gleicher Weise für digitale Dienstleister gelten, die sich gemäß § 1 Abs. 1a PBefG vom Horizont der Fahrgäste ausgehend als Erbringer der Beförderungsleistung darstellen und auch Unternehmer im Sinne des PBefG sind. Angesichts des deutlich verringerten und mitunter sogar gänzlichen fehlenden Einflusses auf die Modalitäten der Beförderung von Vermittlern gemäß § 1 Abs. 3 PBefG erscheint es jedoch bereits unter Berücksichtigung der Wertungen des PBefG problematisch, den vermittelnden digitalen Dienstleistern gleichlautende Pflichten aufzuerlegen. Jedenfalls bestehen erhöhte Rechtfertigungsanforderungen.

Etabliert man nun weitere Regelungen zu höheren Sozialstandards, so liegt hierin stets ein Eingriff in die Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG solcher Unternehmen, welche die Personenbeförderung verantwortlich steuern oder durchführen. Als Berufsausübungsregelungen müssen entsprechende Maßnahmen durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigt sein. Dabei ist dem Gesetzgeber bei der Prognose und Einschätzung ein Spielraum zuzubilligen. Hinsichtlich der Vorgabe von Sozialstandards im Nahverkehrsplan wird man die Verhältnismäßigkeit bejahen dürfen, soweit eine entsprechende Regelung der handelnden Behörde einen rechtssicheren Handlungsrahmen vorgibt. Auch erscheint eine Vorgabe von Sozialstandards für Genehmigungssachverhalte durch die Vorabbekanntmachung zulässig, wie sie bereits vorgeschlagen wurde.

Die Ausweitung der in § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG enthaltenen Regelung auf andere Verkehrsformen dagegen ist angesichts ihrer dem Gesetzssystem des PBefG fremden Kompetenzverteilung, die im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen ist, verfassungsrechtlich nicht unproblematisch. Bezüglich der Schaffung unmittelbarer Schutzvorschriften zugunsten Selbständiger durch den Bundesgesetzgeber ist zu differenzieren. Bei der Festlegung von Mindestentgelten, der Einbeziehung Selbständiger in die Sozialversicherung und entsprechenden Aufsichtspflichten respektive Kontrollbefugnissen legt die Abwägung der widerstreitenden Interessen die Annahme der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit nahe. Zweifel bestehen bezüglich der Festsetzung von Arbeitszeitgrenzen.

Allgemein verbieten sich pauschale Aussagen im Rahmen einer vorgezogenen verfassungsrechtlichen Prüfung, da die Verfassungskonformität stets von der spezifischen Maßnahme und ihrer individuellen Ausgestaltung abhängig ist. Leitlinien zur Umsetzung entsprechender Schutzmechanismen können indes die sechs Eckpunkte, die das BMAS für „faire Arbeit in der Plattformökonomie“ entwickelt hat,

bieten, die Lösungsansätze zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen selbständiger Plattformtätiger formulieren.

Europarechtlich werden entsprechende Maßnahmen – bei hinreichendem grenzüberschreitendem Bezug – wegen der Bereichsausnahme zur Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 58 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und auch mangels spezifischer sekundärrechtlicher Schranken allein durch die allgemeinen, sich aus dem primären Europarecht herleitenden Grundsätze begrenzt. Wie für das Verfassungsrecht gilt freilich, dass die Europarechtskonformität einer konkreten Schutzvorschrift aus dem Blickwinkel dieser allgemeinen unionsrechtlichen Schranken stets unter Berücksichtigung ihrer jeweiligen Ausgestaltung geprüft werden muss.

Wie und mit welchen Mitteln weitere Sozialstandards im Mobilitätsgewerbe letztlich durch den Gesetzgeber eingeführt werden, erscheint insgesamt betrachtet mehr eine politische Frage, denn europarechtlich und verfassungsrechtlich zwingend vorgegeben. Dabei ist zu beachten, dass das PBefG im Kern nicht den Interessen der Beschäftigten, sondern den Interessen des Verkehrs dient.

1. Einleitung

Im Zuge der Mobilitätswende, die sich als ein Wandel weg vom Individualverkehr hin zu einem Mobilitätsangebot als Dienstleistung – „Mobility as a Service“ – abzuzeichnen scheint, treten neue Wettbewerbssituationen auf. Damit gehen für viele Beschäftigte Risiken hinsichtlich ihrer Arbeitsbedingungen, ihrer Entlohnung und ihrer sozialen Absicherung einher. Die Frage, wie Sozialstandards sichergestellt und einheitlich im Sinne eines fairen Wettbewerbs gestaltet werden können, ist somit von zentraler Relevanz für die Zukunft der Arbeit im Bereich der Mobilitätsdienstleistungen.

Für die Beantwortung dieser Frage sind zwei unterschiedlich gelagerte Marktsegmente besonders in den Blick zu nehmen: erstens der Bereich der Gelegenheitsverkehre im Personenbeförderungsmarkt, in dem neue, digital vermittelte Mobilitätsangebote (wie etwa Uber) und geteilte Fahrzeugnutzungen („Ridepooling“) an Bedeutung gewinnen, sowie zweitens die eigenwirtschaftlichen Verkehre im Öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV).

Bei den neuen digital vermittelten Mobilitätsangeboten im Gelegenheitsverkehr vermitteln Unternehmen über Angebotsplattformen zwischen Auftraggebern (Kunden und Kundinnen) und Dienstleistern (Fahrerinnen und Fahrern). Anfänglich agierten die Unternehmen hier primär als Plattform-Dienst, der lediglich Aufträge an selbstständig operierende Fahrdienstleister vermittelt. Inzwischen haben sich die Geschäftsmodelle in diesem Bereich aber weiter ausdifferenziert – auch in Folge der spezifischen rechtlichen Vorgaben für die Erbringung von Gelegenheitsverkehren im deutschen Markt und der dynamischen Rechtsprechung zu Fragen des Arbeitnehmerstatus bei Plattform-Arrangements. So hat Uber sein ursprüngliches Geschäftsmodell in Deutschland partiell angepasst und arbeitet mit Subunternehmen zusammen. Andere Dienstleister, wie etwa Berlkönig, betätigen sich direkt als Arbeitgeber. Noch ist unklar, welche Geschäftsmodelle sich im Bereich der digital vermittelten Gelegenheitsverkehre – und damit verbunden welche Beschäftigungsformen – sich auf Dauer am Markt durchsetzen werden. Soweit sich mit Selbstständigen operierende Modelle etablieren, entfallen in der Regel die Schutzvorschriften des Arbeitsrechts. Die Tätigkeitsbedingungen bei neuen digital vermittelten Mobilitätsangeboten könnten somit unangemessen und das Fahrpersonal nicht ausreichend sozial geschützt sein. Zudem könnten die Plattform-Geschäftsmodelle, wenn die vermittelten Dienstleistungen von Selbstständigen in Ein-Personen-Beförderungsunternehmen statt von Unternehmen mit abhängig Beschäftigten erbracht werden, andere Geschäftsmodelle ökonomisch stark unter Druck setzen und perspektivisch vom Markt verdrängen.

Das Gesetz zur Modernisierung des Personenbeförderungrechts vom 16. April 2021 (BGBl. I S. 822) integriert solche Beförderungsangebote im Gelegenheitsverkehr und im Linienverkehr in den bestehenden Rechtsrahmen des Personenbeförderungsgesetzes (PBefG) durch Schaffung eigener Rechtsgrundlagen. Die Änderungen zielen darauf ab, zwischen den unterschiedlichen Gelegenheitsverkehrsformen Taxi-, Mietwagen- und der neuen Verkehrsform „gebündelter Bedarfsverkehr“ einen fairen Ausgleich („level playing field“) zu wahren und geben den Kommunen dafür Steuerungsmöglichkeiten an die Hand. Insbesondere können im gebündelten Bedarfsverkehr von den kommunalen Genehmigungsbehörden Vorgaben zu Sozialstandards, wie zum Beispiel Regelungen zu Arbeitszeiten, Entlohnung und Pausen, gemacht werden. In welcher Form dies genau geschieht, steht zwar im Ermessen der jeweiligen Genehmigungsbehörde, muss aber zum Schutz der öffentlichen Verkehrsinteressen erfolgen.

Im Bereich des ÖPNV ist das Problem der schwindenden Sozialstandards anders gelagert. Hier spielt derim PBefG normierte Vorrang von eigenwirtschaftlichen Verkehren, das heißt von Verkehren, die in

eigener Initiative auf Basis eines unternehmerisch kalkulierten Verkehrsangebots frei am Markt erbracht werden und grundsätzlich keiner öffentlichen Zuschüsse (mit Ausnahme von Ausgleichsleistungen der öffentlichen Hand) bedürfen, gegenüber den gemeinwirtschaftlichen Verkehren eine zentrale Rolle. Insbesondere wird dieser Grundsatz relevant, wenn ein eigenwirtschaftlicher Konkurrenzantrag zu einer vom Aufgabenträger geplanten Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags gestellt wird. Im Konkurrenzantrag enthaltene Abweichungen von Sozialstandards, die in der Vorabbekanntmachung vorgegeben werden, sind dann nicht wesentlich und können nicht zur Ablehnung des Antrags führen. Hierdurch werden diese zum Wettbewerbsparameter. So versprechen geringere Personalkosten Wettbewerbsvorteile, die insbesondere zu Lasten von kommunalen und tarifgebundenen Unternehmen gehen. Der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit hat daher in der Vergangenheit bereits an einigen Orten (wie etwa Pforzheim) zu einem geringeren Lohnstandard und einer Abkehr von Tarifverträgen geführt.

Bereits im Jahr 2017 wurde vom Bundesrat eine Gesetzesinitiative zur Änderung des PBefG zur Sicherung von Qualitäts- und Sozialstandards im öffentlichen Personennahverkehr eingebracht, der vorsah, dass Vorgaben zu den von den Aufgabenträgern im Rahmen der Vorabbekanntmachung definierten Sozialstandards auch für die Genehmigung von eigenwirtschaftlichen Verkehren gelten sollten. Weder das Eckpunktepapier zur Novellierung des PBefG vom 19.06.2020 noch das 2021 verabschiedete Gesetz zur Modernisierung des Personenbeförderungsrechts enthalten jedoch eine Regelung zur Einführung verpflichtender Sozialstandards auch für eigenwirtschaftliche Verkehre.

Vor diesem Hintergrund dient diese Expertise dem Ziel, politische Handlungsbedarfe zu identifizieren und geeignete Lösungsansätze aufzuzeigen, wie ein Absenken von Lohn- und Sozialstandards zur Erzielung von Wettbewerbsvorteilen auf den Märkten für Gelegenheitsverkehre im Personenbeförderungsmarkt und im ÖPNV verhindert werden kann. Dazu wird zunächst (in Teil A) ein Problemaufriss gegeben, der aufzeigt, wie sich derzeit die Arbeits- und Tätigkeitsbedingungen im gebündelten Bedarfsverkehr, insbesondere im Bereich der neuen digital vermittelten Angebote, und in der Konkurrenz zwischen eigenwirtschaftlichen und gemeinwirtschaftlichen Verkehren – insbesondere im Liniennahverkehr mit Bussen als Teil des ÖPNV – darstellen, und welche Positionen gegenüber der Frage des Sozialstandards die jeweils zentralen Akteure vertreten. Dieser Problemaufriss stützt sich hauptsächlich auf eine Übersicht über die thematisch einschlägige qualitative Literatur, eine Reihe von für den Zweck der Expertise geführten Interviews mit Expertinnen und Experten, sowie – für den Bereich des ÖPNV – auf knappe Fallstudien in Bezug auf die Vorrangregelung der Eigenwirtschaftlichkeit.

Auf dieser Basis werden (in Teil B) die rechtlichen Handlungsmöglichkeiten umfassend bewertet. Die rechtliche Analyse geht von einer Bestandsaufnahme aus, die darlegt, welche Standards bereits bestehen, und wie diese festgelegt werden. Danach werden die Regelungen des PBefG inklusive der neuen Regelungen im Gesetz zu dessen Novellierung bewertet und Regelungslücken identifiziert. Abschließend zeigt der rechtliche Teil der Expertise mögliche Wege einer rechtlichen Weiterentwicklung auf, um ein Absinken der Sozialstandards im Mobilitätsgewerbe in Deutschland zu vermeiden, und erörtert die dabei zu beachtenden verfassungs- und europarechtlichen Grenzen.

Mit der Beauftragung dieser Expertise kommt das Bundesministerium für Arbeit und Soziales einer Aufforderung des Deutschen Bundestags nach, in Zusammenarbeit mit dem Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (seit 08.12.2021 „Bundesministerium für Digitales und Verkehr“) eine wissenschaftliche Expertise zu Sozialstandards im Mobilitätsgewerbe inklusive rechtlicher Handlungsmöglichkeiten vorzulegen.

Teil A Problemaufriss

2. Einleitung

Der erste Teil dieser Expertise dient dem Problemaufriss und beschreibt daher den Status Quo der Sozialstandards im Mobilitätsgewerbe. Hierbei werden insbesondere Arbeitsbedingungen, Gratifikationsstrukturen und Arbeitsbeziehungen in den Blick genommen und diesbezügliche aktuelle Studien, Akteurspositionen und Standpunkte analysiert. Der Problemaufriss gliedert sich entlang der Teilbereiche Gelegenheitsverkehr und ÖPNV, mit Fokus auf dem Liniennahverkehr insbesondere mit Bussen. In beiden Bereichen folgt die Untersuchung den Leitfragen, wie sich die Sozialstandards entwickelt haben und heute darstellen, und welche Herausforderungen sich für die Sicherung von Sozialstandards durch Veränderungen in den Wettbewerbsbedingungen ergeben.

Das folgende Kapitel widmet sich dem Gelegenheitsverkehrsmarkt, der zunächst anhand einiger Kennziffern charakterisiert wird (Kapitel 3.1). Danach werden die bestehenden Sozialstandards in verschiedenen Segmenten dieses Markts, der sich in den letzten Jahren durch neue Anbieter ausdifferenziert hat, umrissen: im „klassischen“ Taxi- und Mietwagenbereich (Kapitel 3.2.1), im Bereich der taxiähnlichen Verkehre mit Mietwagen (Kapitel 3.2.2), sowie im Bereich des sogenannten „Ridepooling“, das als Ergebnis neuer technischer Möglichkeiten App-vermittelt bereitgestellt werden kann, und bei dem große, in gänzlich anderen Wirtschaftszweigen beheimatete Unternehmen aktiv sind (Kapitel 3.2.3). Davon ausgehend arbeitet Kapitel 3.3 Positionen zentraler Akteure zur den Sozialstandards im Gelegenheitsverkehrsmarkt auf, wie sie sich anhand für den Zweck dieser Expertise geführter Expertinnen- und Experteninterviews abzeichnen.

Das folgende Kapitel 4 wendet sich dann der Analyse der Sozialstandards im ÖPNV zu. Auch hier wird zunächst die Ausgangslage beschrieben, zum einen anhand einiger Kennziffern zum Markt des Liniennahverkehrs insbesondere mit Bussen (Kapitel 4.1), zum anderen anhand der bestehenden Sozialstandards, die vergleichsweise stark von der Sozialpartnerschaft geprägt sind (Kapitel 4.2). Die Expertise geht sodann der Frage nach der Wirkung von eigenwirtschaftlichen Anträgen auf die Sozialstandards nach. Dafür wurden Fallstudien in ausgewählten Städten erstellt (Kapitel 4.3). Schließlich werden die Positionen zentraler Akteure – wiederum auf Basis der Ergebnisse von für den Zweck der Expertise geführten Expertinnen- und Experteninterviews – im Hinblick auf die Sozialstandards in diesem Bereich des Mobilitätsgewerbes herausgearbeitet.

Den Problemaufriss – und damit den ersten Teil der Expertise – beschließt ein Fazit, in dem auch Forschungsdesiderate und Perspektiven aufgezeigt werden, wie die Datengrundlagen zur Bewertung der Entwicklung der Sozialstandards in den betrachteten Segmenten des Markts für Dienstleistungen des Mobilitätsgewerbes verbessert werden könnten (Kapitel 5).

3. Sozialstandards im Gelegenheitsverkehr

3.1 Zahlen zum Gelegenheitsverkehrsmarkt

Der Gelegenheitsverkehrsmarkt im Nahverkehr teilt sich in zwei Märkte auf: auf der einen Seite das Taxigewerbe, auf der anderen Seite das Mietwagengewerbe. Das Taxigewerbe grenzt sich vom Mietwagengewerbe dadurch ab, dass es durch quantitative und qualitative Regulierungen in hohem Maße zugangsbeschränkt ist. Begründet wird die quantitative Begrenzung des Taximarktes vor allem mit der Verkehrsstabilität (siehe dazu auch Beschluss des BVerfG vom 08.06.1960 – BVerfGE 11, 168ff). Ohne quantitative Begrenzung entstehe eine Überkapazität, die einen „ruinösen Wettbewerb“ (Haucap et al. 2015: 7) zur Folge habe, der die finanzielle Stabilität der Taxiunternehmen und somit die Funktionalität und Qualität des Taxiverkehrs an sich gefährde, so die dahinterstehende Annahme. Auch die qualitativen Regulierungen (Tarifpflicht, Beförderungspflicht, technische Mindestanforderungen) des Taximarktes werden als Qualitätssicherung im Taxiverkehr legitimiert, welche ein liberalisierter Markt nicht leisten könne.

Verkehere mit Mietwagen arbeiten ohne öffentlichen Auftrag, weshalb keine Betriebs- und Beförderungspflicht gilt. Dennoch müssen auch Mietwagenunternehmerinnen und Mietwagenunternehmer sowie deren Beschäftigte Anforderungen erfüllen, um ihren Betrieb aufnehmen zu dürfen. Diese beziehen sich vor allem auf die Leistungsfähigkeit des Betriebs und die Zuverlässigkeit der Unternehmerin bzw. des Unternehmers. Mietwagen dürfen ausschließlich Aufträge entgegennehmen, die am Betriebssitz eingegangen sind (§ 49 Abs. 4 Satz 2 PBefG). Außerdem unterliegen sie einer Rückkehrpflicht, was Mietwagen im Grundsatz dazu verpflichtet, nach jeder Fahrt wieder zurück zum Betriebssitz zu fahren (§ 49 Abs. 4 Satz 3 PBefG). Die spontane Aufnahme von Fahrgästen am Straßenrand bleibt somit dem Taxigewerbe vorbehalten. Die rechtliche Sonderstellung des Taxigewerbes spiegelt sich auch in den Kennzahlen wider.

Gemäß den Ergebnissen der bislang letzten Sondererhebung zum Taxen- und Mietwagenverkehr (BMVI 2019) gab es am Stichtag 31. Dezember 2016 in Deutschland insgesamt 35.017 zum Taxen- oder Mietwagenverkehr zugelassene Unternehmer. Davon waren 20.932 (59,8 %) ausschließlich zum Taxenverkehr zugelassen, 8.321 (23,7 %) nur zum Mietwagenverkehr. Sowohl Taxen- als auch Mietwagenverkehr betrieben 5.764 (16,5 %) zugelassene Unternehmen. In diesem Bereich operierten nur 1.146 Unternehmen (19,9 %) mit einer sogenannte Mischkonzession. Die große Mehrheit von 4.618 Unternehmen (80,1 %) hatte Taxis und Mietwagen getrennt konzessioniert.

Fast drei Viertel der am Stichtag ausschließlich für den Taxenverkehr zugelassenen Unternehmen verfügten nur über ein einziges Taxi (73,6 %). Mit zwei Fahrzeugen operierten 11,6 %, mit drei und mehr Fahrzeugen 14,3 %.¹ Dagegen verfügten die ausschließlich für den Mietwagenverkehr zugelassenen Unternehmen eher über eine größere Fahrzeugflotte. In diesem Bereich operierten immerhin 38,7 % der Unternehmen mit drei oder mehr Fahrzeugen, 21,0 % mit zwei Fahrzeugen und nur 37,9 % mit einem einzigen Fahrzeug. Im Durchschnitt ist die Fahrzeugflotte in der Gruppe der Unternehmen, die – mit oder ohne Mischkonzession – sowohl Taxen- als auch Mietwagenverkehr betreiben, nochmals größer. Hier operierten 70,8 % mit drei oder mehr Fahrzeugen, 18,4 % mit zwei Fahrzeugen und gerade einmal 10,3 % der Unternehmen mit nur einem Fahrzeug (BMVI 2019: 22-25; eigene Berechnung).

¹ Hier und im Folgenden ergeben sich an 100 % fehlende Werte, weil jeweils eine geringfügige Anzahl der zugelassenen Unternehmen ohne eigenes Fahrzeug operiert.

Am Stichtag 31. Dezember 2016 existierten insgesamt 2,7 % zum Taxen- oder Mietwagenverkehr zugelassene Unternehmen weniger als noch am Stichtag der Vorerhebung – dem 31. Dezember 2012. Dabei war der Rückgang der Zahl der ausschließlich Taxenverkehr betreibenden Unternehmen mit 3,8 % überdurchschnittlich stark. Die Anzahl der nur Mietwagenverkehr betreibenden Unternehmen war Ende 2016 um 1,3 % niedriger als vier Jahre zuvor. Die Anzahl der Taxen- und Mietwagenverkehr betreibenden Unternehmen war um 1,0 % geringer. In diesem Bereich ist bemerkenswert, dass die Anzahl der Unternehmen mit einer Mischkonzession um 11,4 % zurückgegangen ist, während die Anzahl der Unternehmen mit getrennt konzessioniertem Taxen- und Mietwagenverkehr sogar um 2,0 % zugenommen hat.

Bei der Beurteilung der Marktentwicklung ist es wichtig, zwischen der Zahl der konzessionierten Unternehmen und den Fahrzeugkapazitäten zu unterscheiden. So gab es am Jahresende 2016 insgesamt 3,4 % mehr genehmigte Taxen und Mietwagen als am Jahresende 2012 (BMVI 2019: 5). Der Markt für Gelegenheitsverkehre ist demnach, was die Angebotskapazitäten angeht, insgesamt gewachsen. Da zugleich die Anzahl der Taxen- und Mietverkehre anbietenden Unternehmen um 2,7 % gefallen ist, hat sich dabei die durchschnittliche Fahrzeugkapazität pro im Markt verbliebenen Anbieter erhöht.

Allerdings verteilt sich die von 2012 auf 2016 zu beobachtende Veränderung der am Markt für Gelegenheitsverkehre vorhandenen Fahrzeugkapazitäten sehr unterschiedlich. Während die Zahl der ausschließlich als Taxi betriebenen Fahrzeuge um 0,5 % und die Zahl der mit einer Mischkonzession sowohl als Taxi-als auch als Mietwagen betriebenen Fahrzeuge um sogar 6,2 % zurückgegangen sind, hat sich die Zahl der ausschließlich als Mietwagen betriebenen Fahrzeuge um 10,1 % erhöht. Bei den Fahrzeugkapazitäten hat es demnach eine kräftige Verschiebung in Richtung auf die Bedienung von Mietwagenverkehren gegeben.

Tabelle 3.1 Gelegenheitsverkehr im Taxi- und Mietwagenverkehr

	2005	2010	2015	2019
Einnahmen in Mio. €	3.080 (3.400)	3.920 (3.840)	4.893 (4.500)	5.400 (5.210)
Beförderungsleistung Mio. Personenkilometer	2.430	2.763	2.860	3.010
Beförderte Personen in Mio.	365	414	423	445

Quelle: Bundesverband Taxi (2021b: 10f.).

Erläuterung: Die in den Klammern angegebenen Werte sind Werte des BMVI (2021b: 80f.). Die Werte des BMVI für 2019 sind vorläufige Werte.

Tabelle 3.1 gibt einen Überblick über zentrale Kennzahlen des Taxi- und Mietwagengewerbes. Insgesamt ist der Taxi- und Mietwagenmarkt in den letzten 15 Jahren kontinuierlich gewachsen. Die Zahlen weisen sowohl bei den zurückgelegten Personenkilometern als auch bei den beförderten Personen einen Zuwachs aus. Durch die erhöhten Einnahmen kann zudem davon ausgegangen werden, dass auch die Umsätze der Unternehmen gestiegen sind, wodurch die wirtschaftliche Bedeutung des Taxi- und Mietwagenmarkt zugenommen hat.

3.2 Sozialstandards auf dem Gelegenheitsverkehrsmarkt unter veränderten Wettbewerbsbedingungen

3.2.1 „Klassisches“ Taxi- und Mietwagengewerbe

Im etablierten Taxi- und Mietwagengewerbe geben vor allem die gesetzlichen Mindestanforderungen die Sozialstandards vor. Bis zur Einführung des Mindestlohns im Jahr 2015 bestand in einigen wenigen Regionen ein Tarifvertrag im Taxi- und Mietwagenbereich, dessen Niveau jedoch weit unter dem Mindestlohn lag.² Aus Sicht der Gewerkschaft ver.di scheiterten die Verhandlungen über einen an den Mindestlohn angepassten Tarifvertrag an der fehlenden Bereitschaft der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber, eine zuverlässige Arbeitszeiterfassung einzuführen (ver.di 2014). Ein neuer Tarifvertrag kam somit im Taxigewerbe bis heute nicht zustande. Betriebliche und sozialpartnerschaftliche Akteure spielen in Punkto Sozialstandards keine große Rolle und seien nur in absoluten Ausnahmefällen anzutreffen (Interview BVTM).

Bezogen auf die Fahrerinnen und Fahrer muss zwischen Solo-Selbstständigen (Einwagenunternehmen) und angestellten Beschäftigten unterschieden werden. Während für Letztere die gesetzlichen Mindeststandards (Mindestlohn, Urlaubsanspruch, usw.) gelten und die Unternehmen Sozialversicherungs- und Krankenkassenkosten anteilig mitfinanzieren, haben Selbstständige keine Ansprüche auf Mindeststandards. Sie müssen das unternehmerische Risiko und die Beiträge zur Sozialversicherung in vollem Umfang selbst tragen. Wird an den Beiträgen gespart, so sind die Selbstständigen nicht sozialversichert. Im Taxigewerbe sind deutschlandweit etwa 75 % der Unternehmerinnen und Unternehmer im Taxigewerbe Einwagenunternehmen – hier fährt die Eigentümerin bzw. der Eigentümer den Taxiwagen selbst.³ Das Einkommen ist somit direkt vom Gewinn abhängig. Für die Hansestadt Hamburg kann festgestellt werden, dass mittlere Nettoumsätze von 24,02 € pro Arbeitsstunde für angestellte Fahrerinnen und Fahrer im Jahr 2019 erwirtschaftet wurden. Diese Umsätze ermöglichen die Zahlung des Mindestlohnes inklusive der Lohnnebenkosten für abhängig Beschäftigte. Oftmals würde in Hamburg sogar ein Lohn über dem Mindestlohn gezahlt (Interview BfVMH).⁴

Die Berechnung für Einwagenunternehmen gestaltet sich dagegen schwieriger. Auch hier kann zunächst angenommen werden, dass durch die Tarifpflicht das Einkommen der selbständigen Fahrerinnen und Fahrer gesichert wird. Allerdings müssen hier vom Gewinn sämtliche Sozialversicherungskosten sowie das unternehmerische Risiko getragen werden.⁵ Abzüglich aller Kosten kann in Hamburg für selbständige Fahrerinnen und Fahrer festgestellt werden, dass diese schätzungsweise ein Einkommen in Höhe des Mindestlohns erzielen. In Hamburg betrifft das etwa 87 % der Unternehmen, nur rund 13 % der Unternehmen in Hamburg arbeiten mit angestellten Fahrerinnen und Fahrern (Behörde für Verkehr und Mobilität Hamburg 2021). Gleichwohl gilt Hamburg als Positivbeispiel. Hier wurde seit Mitte der 2000er-Jahre systematisch an der Professionalisierung des Taxigewerbes gearbeitet. Die Einführung von Fiskaltaxametern wurde sowohl bei der technischen Entwicklung als auch finanziell von Seiten der Stadt gefördert (Interview BfVMH). Für die Stadt Berlin liegt eine Studie vor, die auf Schattenwirtschaft hinweist (Linne/Krause

² Mit dem Mindestlohn kam es zu Tarifierhebung von 30 bis 35 % (Interview BVTM).

³ Selbstständige machen in etwa 50 % der Verkehrsleistung im Taxigewerbe aus (Interview BVTM), wobei es jedoch erhebliche regional Unterschiede gibt.

⁴ Auf einen großen Spielraum bei der Lohngestaltung lassen die Umsatzzahlen und Gewinne aus Hamburg jedoch nicht schließen.

⁵ Anzumerken ist dabei, dass der BVTM für das Taxi- und Uber für das Mietwagengewerbe von über den Mindestlohn liegenden Löhnen ausgeht, da viele Fahrerinnen und Fahrer für den Mindestlohn nicht arbeiten würden (Interview BVTM, Uber).

2016: 9f). Unstimmige Geschäftszahlen der Taxiunternehmen deuten auf Schwarzarbeit und das falsche Ausweisen von Gehältern hin. Während in Berlin rund 77 % der Taxiunternehmen nach dieser Studie unstimmige Geschäftszahlen aufweisen, sind es in anderen Großstädten, wie Frankfurt, Köln oder München, ca. 40 %. In Berlin und Köln sind rund zwei Drittel der Angestellten in größeren Betrieben atypisch beschäftigt – in München sind es etwas mehr als die Hälfte (Linne/Krause 2016: 14, 16, 48f., 100). Für das gesamte Taxigewerbe kann annäherungsweise festgehalten werden, dass bei den angestellten Fahrerinnen und Fahrern in etwa zwei Drittel Voll- und Teilzeitbeschäftigte und ein Drittel geringfügig Beschäftigte sind (Interview BVTM).

Daten zur Beschäftigungsstruktur im Mietwagengewerbe liegen nicht flächendeckend vor. Da jedes Mietwagenunternehmen, das für Uber, Moia, BerlKönig u.a. fährt, eine offizielle Genehmigung benötigt, lassen sich über die Genehmigungsbehörden der Städte und Gemeinden theoretisch detaillierte Daten zu den Beschäftigungsstrukturen im Mietwagenbereich ermitteln, diese werden jedoch bisher nicht systematisch ausgewertet. In Stuttgart wurden in einem aktuellen Taxi-Gutachten auch die Beschäftigungsdaten des Mietwagengewerbes erhoben (Linne/Kraus 2020: 54). Es sind hier keine maßgeblichen Unterschiede zum Taxigewerbe in den Beschäftigungsstrukturen festzustellen. Dort ist der Anteil von Einwagenunternehmen (Soloselbstständige) im Mietwagenbereich mit 18,2 % im Jahr 2019 etwas geringer als im dortigen Taxigewerbe (ebd.).

3.2.2 Taxiähnliche Verkehre mit Mietwagen

Die Frage nach der Struktur des Mietwagenmarktes hat deswegen eine wichtige Bedeutung für die Frage nach den Sozialstandards, da nahezu alle plattformbasierten Anbietenden ihre Verkehrsdienstleistungen mittlerweile mit Mietwagenfahrenden erbringen. Allen voran steht das 2009 gegründete US-amerikanische Technologieunternehmen Uber, das online vermittelte Mobilitätsdienstleistungen anbietet. Es ist Teil der sogenannten Plattformökonomie. Im amerikanischen Geschäftsmodell können die Nutzerinnen und Nutzer der Plattform mit geringen Transaktionskosten über die App oder Website von Uber eine Fahrt zwischen zwei Punkten buchen oder diese selbst als Fahrerinnen und Fahrer anbieten. Ökonomisch konstituiert sich das Geschäftsmodell über indirekte Netzwerkwerkeffekte und damit einhergehende nachfrageseitige und kostenbezogene Skaleneffekte, die sich Uber gegenüber dem traditionellen Taxigewerbe aufgrund seiner technischen Kapazitäten stärker zunutze machen kann (Brühn/Götz 2014: 3). Verstärkt wird dieser Effekt von einem responsiven Bewertungs- und Reputationssystem (Haucap et al. 2015: 4).

Das Geschäftsmodell von Uber kennzeichnet eine dreiseitige Akteurs- und Arbeitsbeziehung. Hierbei versteht sich die Plattform als intermediärer Akteur, der zwischen Anbietenden und Nachfragenden vermittelt. Neben der reinen Vermittlungsleistung greift Uber dabei auch direkt in die Interaktion der Marktteilnehmenden ein. Durch die Verfügungsgewalt der AGB über Transaktionsabwicklungsprozesse entsteht ein Machtgefälle zugunsten Ubers gegenüber Auftraggebenden und Auftragnehmenden (Keese 2016: 167; Dobusch 2016: 46). Letztere befinden sich durch diese Machtasymmetrie sogar in einer doppelten Abhängigkeit: Auftragnehmende sind zum einen an die AGB gebunden und zum anderen haben sie keinen Einfluss auf die Vertragsbedingungen der vermittelten Aufträge (Greef/Schroeder 2017: 17f.). Aus dieser Machtposition heraus kann Uber den Zugang der plattformvermittelten Arbeit,⁶ die Arbeitsbedingungen und die Entlohnung diktieren (Rosenblat 2018), ohne dass die auftragnehmende Arbeitskraft durch historisch etablierte Schutzbestimmungen nach dem Sozial-, Mitbestimmungs- und Arbeitsrecht gegensteuern kann. Aus Sicht von Uber handelt es sich bei den Arbeitskräften nicht

⁶ Fahrdienstleistungen werden als sogenanntes Gigworking zwar online vermittelt, aber als personennahe Dienstleistung vor Ort ausgeführt.

um Angestellte, sondern um Solo-Selbständige bzw. Subunternehmer. Grundlage dafür bietet Ubers Selbstverständnis, als Vermittlungsplattform und nicht als Arbeitgeberin oder Arbeitgeber aufzutreten und damit keinen entsprechenden Verpflichtungen nachkommen zu müssen (Eichhorst/Spermann 2015: 10):

„We believe that Drivers are independent contractors because, among other things, they can choose whether, when, and where to provide services on our platform, are free to provide services on our competitors’ platforms, and provide a vehicle to perform services on our platform. Nevertheless, we may not be successful in defending the classification of Drivers in some or all jurisdictions“ (Uber 2019: 12).⁷

Im Jahr 2013 expandierte Uber mit seinem Angebot (UberBlack und UberPop)⁸ erstmals in deutsche Großstädte (ab 2014: Berlin, Frankfurt, München, Hamburg).⁹ Deutschland zählt für Uber zu einem der „key markets“ (ebd.: 36). Parallel zum Vorgehen in anderen Ländern setzte Uber auch in Deutschland darauf, keine eigene Fahrzeugflotte zu unterhalten oder Fahrerinnen und Fahrer zu beschäftigen, sondern delegierte die Auftragsabwicklung an unabhängige Unternehmen und Privatpersonen (Bundestag 2014: 1). Diese Anfangsphase bezeichnet Uber im Nachgang als „Fehlstart, wo man sozusagen das amerikanische Modell einfach Copy and Pasted hat, (...) wobei einem auch relativ schnell die Grenzen aufgezeigt wurden“ (Interview Uber).

Sowohl die operative Gestaltung des Geschäftsmodells als auch das dynamische Preismanagement zogen schnell einen dauerhaften Konflikt mit dem Personenbeförderungsrecht und Wettbewerbsregularien nach sich. Daraufhin vollzog sich ein langjähriger Iterationsprozess des wechselseitigen Austarierens: auf der einen Seite die Verbote von Geschäftspraktiken und -modellen durch Genehmigungsbehörden sowie Gerichtsprozesse und auf der anderen Seite Ubers Anpassungs- und Restrukturierungsstrategien.¹⁰ Infolgedessen schaltete Uber mit SafeDriver Ennoo ein Generalunternehmen zwischen, das seitdem als Hauptunternehmen das operative Geschäft mit seinen Subunternehmern abwickelt. Uber übernimmt als eingeschränkter Inkassobevollmächtigter auch die Zahlungsabwicklung zwischen der auftraggebenden Partei und den auftragnehmenden Unternehmen (LG Frankfurt am Main 2019). Für jede vermittelte Fahrt berechnet Uber bis zu 30 % der Einnahmen als Vermittlungsgebühr (Piétron et al. 2021: 31). Die Vermarktung der App beschränkt sich nicht auf dem Mietwagenmarkt. Appbasierte Vermittlungsdienstleistungen werden etwa auch für das Taxi- und E-Rollergewerbe angeboten (Interview Uber).

Ein zweiter bedeutender Player in diesem Geschäftsfeld, das auch als „Taxiähnlicher Verkehr mit Mietwagen“ bezeichnet wird, ist FreeNow. Als myTaxi im Jahr 2009 in Hamburg gegründet, ist das Unternehmen in den letzten Jahren, insbesondere unter dem Einfluss von BMW und Daimler, expandiert. Das Geschäftsmodell von FreeNow konzentrierte sich in der Anfangszeit auf die reine

⁷ Unter der Begrifflichkeit der Scheinselbstständigkeit ist diese Klassifizierung von Arbeitskräften ein rechtlicher Dauerbrenner (Fairwork 2020: 10). Um diese rechtliche Kontroverse um den Beschäftigtenstatus von Subunternehmen in eine für sie vorteilhaft gesetzliche Fixierung zu überführen, setzte vor allem Uber – mit anderen Anbietern der Branche – in den USA auf eine Strategie des intensiven, gut vernetzten und kapitalstarken Lobbyierens (Borkholder et al. 2018: 13, 18).

⁸ Über UberBlack wurden Limousinen mit professionellen Fahrerinnen und Fahrern vermittelt und über UberPop Dienstleistungen von Privatperson als Mitfahrgelegenheit.

⁹ Heute agiert Uber nach eigenen Angaben in Berlin, München, Düsseldorf, Frankfurt, Köln, Hamburg, Stuttgart, Duisburg, Mainz, Wiesbaden, Bergisch-Gladbach, Leverkusen, Neuss und Essen (Uber o.J.).

¹⁰ Siehe exemplarisch zur rechtlichen Auseinandersetzung in der Anfangsphase LG Berlin (2014), LG Frankfurt am Main (2014), VG Hamburg (2014) und OLG Frankfurt am Main (2016). Trotz der teils weitgehenden und teils präventiven Veränderungen bei Uber war das Geschäftsmodell weiterhin Gegenstand von rechtlichen Auseinandersetzungen: 2017 sprach der Europäische Gerichtshof (EuGH) Uber den Status als Verkehrsvermittler zu und 2018 verbot der Bundesgerichtshof (BGH) UberBlack (EuGH 2017, BGH 2018).

Vermittlung von Taxifahrten mithilfe einer App. Inzwischen ist es zudem möglich, auch Mietwagen über die App vermittelt zu bekommen (Free Now Ride). FreeNow besitzt ähnlich wie Uber keine eigenen Fahrzeuge und auch keine direkt beim Unternehmen angestellten Fahrerinnen und Fahrer. Viel mehr kooperiert FreeNow mit Funkmietwagenunternehmen und mit Taxibetrieben, die in der jeweiligen Stadt ansässig sind. Für die Vermittlung behält FreeNow bei Taxis eine Gebühr von 12 % ein, bei Mietwagen werden 25 % berechnet (FreeNow 2021a, 2021b).

Tabelle 3.2 Sozialstandards von „klassischen“ Taxi- und Mietwagenbetrieben und taxiähnlichen Angeboten mit Mietwagen im Vergleich

	BVTM	Uber	FreeNow
Beschäftigungsart	Arbeitnehmerinnen & Arbeitnehmer und Solo-Selbständige	Arbeitnehmerinnen & Arbeitnehmer und Solo-Selbständige	Arbeitnehmerinnen & Arbeitnehmer und Solo-Selbständige
Arbeitsbeziehung	Arbeitgeber/Arbeitgeberin macht einseitig Vorgaben zu den Beschäftigungsverhältnissen	Arbeitgeber/Arbeitgeberin macht einseitig Vorgaben zu den Beschäftigungsverhältnissen	Arbeitgeber/Arbeitgeberin macht einseitig Vorgaben zu den Beschäftigungsverhältnissen
Entgelt (Angestellte)	mind. gesetzlicher Mindestlohn	mind. gesetzlicher Mindestlohn	mind. gesetzlicher Mindestlohn
Entgelte (Selbständige)	Tarifpflicht (etwa auf Mindestlohnniveau)	Keine Tarifpflicht (Mindestlohn unterschreitbar)	Für Taxen gilt die Tarifpflicht / Für Funkmietwagen nicht

Quelle: FreeNow (2021a, 2021b), Interview BVTM, Interview Uber, eigene Darstellung.

Tabelle 3.2 fasst die vorherrschenden Sozialstandards zusammen. Eine zentrale Herausforderung ist die große Anzahl der Solo-Selbständigen im „klassischen“ Taxi- und Mietwagenbereich. Für die Taxifahrenden gilt die Tarifpflicht als Berechnungsgrundlage und in der Regel auch als Absicherung des Einkommens. Bei den Mietwagenunternehmen (insbesondere bei Einpersonenunternehmen) können die Gewinne so gering ausfallen, dass ein auskömmliches Einkommen nicht gesichert ist. Im Gegensatz zum Taxi gilt beim Mietwagen keine Beförderungspflicht. Mietwagen können im Einzelfall nicht lukrative Fahrten ablehnen oder bei Nachfrageüberhang höhere Preise als Taxis nehmen. Mit Free Now Match und UberPool betreiben beide Unternehmen auch Plattformen, die das Ridepooling unterstützen. Hier kann ein Fahrzeug geteilt und so der Fahrpreis reduziert werden. Beide Dienste sind jedoch in Deutschland noch nicht verfügbar. Allerdings ist auch das Ridepooling in Deutschland schon seit längerer Zeit möglich. Die Sozialstandards der in diesem Bereich tätigen Unternehmen, werden im folgenden Abschnitt beleuchtet.

3.2.3 Ridepooling: Großkonzerne auf dem Gelegenheitsverkehrsmarkt

Dort, wo Uber und FreeNow taxiähnliche Verkehre mit Mietwagen betreiben, agieren seit wenigen Jahren auch neue Verkehrsangebote, die sich mithilfe algorithmischer Steuerung dem sogenannten Ridepooling verschrieben haben. Der Systematik nach Steinbach (2019: 14) folgend, zeichnen sich die unterschiedlichen Ridepooling Angebote flächendeckend durch folgende Merkmale aus: (1) kein fester Fahrplan aber im gesamten Stadtgebiet verfügbar, (2) Beförderung mit PKW oder Kleinbussen, (3) Ein- und Ausstieg an virtuellen Haltestellen, (4) appgebundene Kommunikation und Buchung, (5) Fahrten werden algorithmisch gebündelt und (6) keine einheitliche Tarifstruktur. Mit der Gesetzesnovelle des PBefG aus dem April 2021 wurde für diese Ridepooling Angebote außerhalb des ÖPNV eine neue Verkehrsform im PBefG geschaffen, der gebündelte Bedarfsverkehr (§ 50 PBefG).

„Gebündelter Bedarfsverkehr ist die Beförderung von Personen mit Personenkraftwagen, bei der mehrere Beförderungsaufträge entlang ähnlicher Wegstrecken gebündelt ausgeführt werden. Der Unternehmer darf die Aufträge ausschließlich auf vorherige Bestellung ausführen“ (§ 50 Abs. 1 Satz 1 und 2 PBefG).

Der gebündelte Bedarfsverkehr ist die Bezeichnung im PBefG für das sogenannte Ridepooling außerhalb des ÖPNV. Hier werden in der Regel bei On-Demand-Verkehren Fahrten gebündelt. Voraussetzung ist dabei, dass mehrere Personen entlang einer Wegstrecke mitgenommen und wieder abgesetzt werden können – einen Teil der Strecke teilen sich die Kunden also den Wagen, der sie befördert. Dieses Modell gilt als besonders umwelt- und kostenfreundlich. Voraussetzung ist allerdings eine hohe und flächendeckende Nachfrage nach Mobilitätsdienstleistungen im Gelegenheitsverkehr. Die Bündelung von Fahrten geschieht beim Ridepooling mithilfe einer algorithmischen Steuerung.

Bis dato war das Betreiben von Ridepooling nur als atypischer Verkehr (§2 Abs. 6 PBefG) oder aufgrund der Experimentierklausel befristet auf maximal vier Jahre (§ 2 Abs. 7 PBefG) möglich. Tabelle 3.3 gibt eine Übersicht der im Ridepooling tätigen Unternehmen.

Zunächst ist hier anzumerken, dass hinter den größeren Unternehmen, die im Ridepooling aktiv sind, vor allem große Automobil- bzw. Mobilitätskonzerne stehen. So sind neben Volkswagen (Moia) und Daimler (ViaVan, BerlKönig) auch die Deutsche Bahn (CleverShuttle) aktive Player in diesem noch recht jungen Mobilitätsmarkt. Im Vergleich zu den plattformvermittelten Angeboten, die dem taxiähnlichen Verkehr mit Mietwagen zuzuschreiben sind (Uber, FreeNow), arbeiten die Ridepooling Unternehmen nicht mit Solo-Selbständigen zusammen. Hier sind die Fahrerinnen und Fahrer direkt bei den Betreiber-Unternehmen angestellt (Ausnahme BerlKönig: Leiharbeit). Die Löhne weichen hier teilweise deutlich vom sonst üblichen Mindestlohn für angestellte Fahrerinnen und Fahrer ab. Neben den höheren Entgelten muss allerdings auch die Frage nach Art und Umfang der Beschäftigung gestellt werden. Für das Unternehmen BerlKönig liegen dazu detaillierte Beschäftigungszahlen der Fahrerinnen und Fahrer aus dem Jahr 2019 vor.

Tabelle 3.3 Sozialstandards von Ridepooling Unternehmen im Vergleich

	Moia (VW)	BerlKönig/ViaVan (Daimler)	CleverShuttle (DB)
Beschäftigt	Arbeitnehmerinnen & Arbeitnehmer	Leiharbeiterinnen/ Leiharbeiter, die von ViaVan über Personaldienstleister zur Verfügung gestellt werden	Arbeitnehmerinnen & Arbeitnehmer von CleverShuttle
Arbeitsbeziehung	Arbeitgeberin/ Arbeitgeber macht einseitig Vorgaben zu den Beschäftigungsverhältnissen	Sozialpartnerschaftlich (iGZ-DGB-Tarifvertrag)	Arbeitgeberin/ Arbeitgeber macht einseitig Vorgaben zu den Beschäftigungsverhältnissen
Entgelt (Angestellte)	12 €/Stunde + Nacht- & Feiertagszuschläge + Trinkgeld	Entgeltgruppe 1 bzw. 2a des Tarifvertrages (10,45 € bzw. 11,15 €/Stunde)	9,50 – 14 €/ Stunde + Nachtzuschläge + Boni + Trinkgeld
Entgelt (Selbständige)	<i>Keine selbständigen Fahrerinnen & Fahrer</i>	<i>Keine selbständigen Fahrerinnen & Fahrer</i>	<i>Keine selbständigen Fahrerinnen & Fahrer</i>

Quelle: Moia (2021a); ViaVan (2021); Franke (2019); Senatsverwaltung für Wirtschaft, Energie und Betriebe Berlin (2019: 2f.); nebenjob.de (2019); CleverShuttle (2021).

Tabelle 3.4 zeigt, dass bei BerlKönig rund 38 % der Arbeitnehmenden in Vollzeit tätig sind und etwa 28 % in Teilzeit. Die übrigen 34 % der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer führen die Tätigkeit als geringfügige Anstellung aus. Die Beschäftigungsstruktur ist vergleichbar mit der im „klassischen“ Taxigewerbe (Kapitel 3.1). Eine Besonderheit des Beispiels BerlKönig liegt in der Überlassung von Arbeitnehmenden durch Zeitarbeitsfirmen. Dieser Schritt wurde mit der zeitlich begrenzten Genehmigung von BerlKönig begründet. Da die Verleiher Mitglieder im Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e. V. (iGZ) sind, gilt für die Beschäftigten ein Tarifvertrag zwischen dem iGZ und den acht DGB Gewerkschaften. Das Vorhandensein eines sozialpartnerschaftlich ausgehandelten Tarifvertrages ist auf dem Gelegenheitsverkehrsmarkt eine Ausnahmerecheinung. Die Beschäftigten profitieren hier u.a. von Löhnen über dem gesetzlichen Mindestlohn. Allerdings besteht aufgrund der zeitlichen Begrenzung der Anstellung bei vielen Beschäftigten Unklarheit über die Zukunft des Arbeitsplatzes.

Das Angebot von BerlKönig wurde von Beginn an mit Blick auf seinen verkehrlichen Nutzen evaluiert. Der Berliner Senat kam recht bald zu dem Schluss, dass BerlKönig keinen übergeordneten Beitrag zur Diversifizierung des Mobilitätsangebotes leistete, „da der verkehrliche Nutzen des Angebots [...] in der Innenstadt nicht gegeben“ (Latz 2021) sei und aus Sicht des Senats eher einer Verkehrslösung für die Berliner Randbezirke gefunden werden müsse. Er lehnte daher die Forderung der BVG, die Stadt möge BerlKönig mit jährlich 43 Millionen Euro bezuschussen, um das Angebot von BerlKönig zu erweitern, ab. Stattdessen beschloss der Senat ab 2022 einen neuen Ridepooling Dienst in den Berliner Randbezirken einzuführen, der allerdings auch wieder von der BVG betrieben werden soll (Schulz 2020). Die BVG und ViaVan planen demnach, den Betrieb von BerlKönig im Jahr 2022 einzustellen (Latz 2021).

Tabelle 3.4 Beschäftigungsart bei BerlKönig (ViaVan)

	Vollzeit	Teilzeit	Minijob
Jobandtalent DE GmbH	139	75	126
Studitemps GmbH	5	35	6
ASK Service GmbH	4	0	0
Summe	148	110	132

Quelle: Senatsverwaltung für Wirtschaft, Energie und Betriebe Berlin (2019).

Auch CleverShuttle entschied sich im Jahr 2020 den Betrieb ihrer Ridepooling Angebote in Berlin einzustellen, nachdem man vorher bereits das Geschäft in Hamburg, Frankfurt und Stuttgart eingestellt hatte. Als Gründe dafür nannte das Unternehmen „eine strategische Neubewertung der Aktivitäten in diesen Städten, sowie wirtschaftliche Gründe“ (ecomento.de 2020). In Leipzig, Düsseldorf und Kiel wird das Geschäft weiterbetrieben, da man dort im Gegensatz zu anderen Städten „starke lokale Partnerschaften“ (ecomento.de 2020) habe aufbauen können.

Die Beispiele BerlKönig und CleverShuttle zeigen deutlich, dass Ridepooling Verkehre vor der Novellierung des PBefG offenbar großen Planungsunsicherheiten ausgesetzt waren, was letztlich auch die Novellierung des PBefG und damit die rechtliche Rahmung des Ridepoolings nötig machte. Auch nach der Novellierung des PBefG beklagen Ridepooling Anbieterinnen und Anbieter allerdings weiterhin Planungsunsicherheiten:

„Die Vielzahl an vorgesehenen kommunalen Steuerungsinstrumenten führt außerdem zu einer Planungs-, Rechts- und Investitionsunsicherheit für Anbieter. [...] [B]ei dem jetzt vorgesehenen, sehr weit gefassten Steuerungskatalog [kann] ein eigenwirtschaftlicher Betrieb ebenso leicht verhindert werden“ (Moia 2021b: 2)

3.3 Akteurspositionen im Gelegenheitsverkehr

Die Interessenslagen auf dem Gelegenheitsverkehrsmarkt verlaufen diametral zueinander. So bestehen insbesondere in der Frage der Liberalisierung des Gelegenheitsverkehrsmarkts große Differenzen zwischen den Akteuren. Der mitgliederstärkste Interessenverband der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber auf dem Gelegenheitsverkehrsmarkt der „klassischen“ Taxen und Mietwagen ist der Bundesverband Taxi und Mietwagen (BVTM). Die neuen Mobilitätsdienstleistungen wie Uber, Free Now, Moia, BerlKönig und CleverShuttle vertreten ihre Interessen dagegen außerverbandlich selbst und die Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) vertritt die Beschäftigteninteressen. Die jungen Unternehmen der Plattformökonomie und Start-Ups im Ridepooling setzen sich für einen erhöhten Wettbewerb auf dem Gelegenheitsverkehrsmarkt sowie eine steuerliche Gleichbehandlung von Taxis und Mietwagen ein¹¹. So zeigten sich die Ridepooling Anbieterinnen und Anbieter auch enttäuscht darüber, dass die steuerliche Ungleichbehandlung in der Novellierung des PBefG nicht adressiert wurde:

„Die wichtigste Voraussetzung wurde nicht adressiert: Die steuerliche Gleichbehandlung aller Ridepooling-Verkehre. [...] [V]on einer fairen Besteuerung hängt ab, ob private Ridepooling-

¹¹ Beispielsweise gilt allein für den Mietwagen eine Rückkehrpflicht (Ausnahme: die Genehmigungsbehörde kann für den auftragslosen gebündelten Bedarfsverkehr die Rückkehrpflicht im öffentlichen Verkehrsinteresse anordnen (vgl. § 50 Abs. 1 Satz 3 PBefG)). Taxen dienen öffentlichen Verkehrsinteressen. Aus diesem Grund unterliegen sie der Beförderungspflicht. Gleichsam gilt für sie der ermäßigte Umsatzsteuersatz von 7 % unter den Voraussetzungen von § 12 Absatz 2 Nr. 10 b UstG (innerhalb einer Gemeinde oder wenn die Beförderungsstrecke nicht mehr als 50 Km beträgt). Ansonsten gilt der Regelsteuersatz von 19 % auch für den Taxenverkehr.

Unternehmen wie MOIA im Wettbewerb zu anderen Verkehren bestehen [...] können“ (Moia 2021b: 2)

Auch die Monopolkommission (2014: 127; 2016: 392ff.) positionierte sich gegen die bestehenden restriktiven Regulierungen und sprach sich für einen liberalisierten und wettbewerbsorientierten Taxi- und Mietwagenmarkt aus. Vor allem die regionalen Konzessionsbeschränkungen und eine Preisflexibilisierung, durch eine Aufhebung/ Lockerung der Tarifflicht im Taxiverkehr, sollen ermöglicht werden. Hierzu begrüßte die Monopolkommission „den zunehmenden Wettbewerb im Bereich der Taxivermittlung“ (Monopolkommission 2014: 127) und forderte eine rechtliche Anpassung zur Ermöglichung von Onlineanbieterinnen und -anbietern (Monopolkommission 2016: 393). Der BVTM sieht darin eine veraltete Betrachtung des Taximarktes, die sich auf Annahmen aus den 1980er- und 1990er-Jahren stützt (Interview BVTM). Trotz starker Veränderungsbestrebungen gab es bis zur Gesetzesnovelle des PBefG im Jahr 2021 für neue digitale Angebotsstrukturen keine eigenständige Verkehrsform im PBefG. Entgegen anderer Angebote (z.B. BerlKönig, CleverShuttle, Moia) haben sich die Positionen gegenüber Uber schon sehr viel früher verfestigt. Aus der Perspektive von Uber halten sich die Vorbehalte und die anhaltenden Konflikte gegenüber ihrem Geschäftsmodell bislang deshalb so hartnäckig, weil ihnen noch immer der „Fehlstart“ nachhänge (Interview Uber).

Sowohl der BVTM als auch ver.di stehen einer Liberalisierung des Gelegenheitsverkehrsmarktes dagegen kritisch gegenüber. Diese stelle ein Einfallstor für das Unterlaufen von fairen Tätigkeitsbedingungen dar, da fehlende Preisbindungen und ungenügender Sozialschutz zu einem preisbedingten Verdrängungswettbewerb gegen Taxis führten. Gerade Uber betreibe mit seinem taxiähnlichen Geschäftsmodell einen bewussten Preiskampf, wodurch die Taxi-Branche zunehmend aus ihrem Kerngeschäft in den Großstädten verdrängt werde (Interview BVTM), was letztlich auch die Sozialstandards in der Branche unter Druck geraten lasse:

„So kann man schon feststellen, dass enormer Druck auf die Beschäftigungsverhältnisse ausgeübt wird, die da in dem Sektor angeboten werden. Einmal im Mietwagenverkehr, der eigentlich gar kein Mietwagenverkehr ist, sondern taxiähnlicher Mietwagenverkehr in den Großstädten. Das hat natürlich Auswirkungen auf die Beschäftigungsverhältnisse und die Verdienstmöglichkeiten der selbstständigen Solo-Taxiunternehmer. Ich sage mal: Solange da ungleiche Marktbedingungen herrschen, insbesondere im Taxitarif (...). Der Tarif wird von der Genehmigungsbehörde kalkuliert, unter der Berücksichtigung der betriebswirtschaftlichen Daten. (...) Da es im Mietwagenverkehr überhaupt nicht reguliert ist, wird es immer eine Schiefelage geben“ (Interview BVTM).

Uber sieht sich hingegen als reine Vermittlungsplattform, analog einer „digitalen Taxitelefonzentrale“ (Interview Uber) und sieht sich nicht als Teil eines Verdrängungswettbewerbs gegenüber der Taxi-Branche:

„Wir sehen uns überhaupt nicht als Konkurrenz zum Taxigewerbe. (...) In fast allen Städten haben wir fast sowohl ein Taxi- als auch ein Mietwagen-Produkt. (...) Was man eher, wenn man von Konkurrenz sprechen möchte, sagen kann: Uber konkurriert mit Taxivermittlung oder Taxizentralen (...), aber mit den Taxiunternehmen gibt es keine Konkurrenz, weil wir eine Vermittlungsplattform darstellen“ (Interview Uber).

Die Gewerkschaft ver.di fordert eine Verbesserung der Sozialstandards im gesamten Gelegenheitsverkehr, da auch in der Branche der Taxen mittels Scheinselbständigkeit und unlauterer Geschäftspraktiken „Sozialdumping“ betrieben werde (Interview ver.di). Die Regelungen zu den

Schutzvorschriften von Beschäftigten im gebündelten Bedarfsverkehr sieht ver.di als unzureichend an:

„Der Schutz der Arbeitnehmer*innen im neuen gebündelten Bedarfsverkehr ist vollkommen unzureichend. Der Gesetzentwurf soll Sozialstandards beinhalten. Die vorgelegte Regelung ist jedoch wirkungslos und wird Ausbeutung und prekäre Arbeitsverhältnisse nicht verhindern, es droht ein neuer Niedriglohnsektor. (...) Der Verkehr mit Mietwagen hat sich in den vergangenen Jahren insbesondere in den Ballungsräumen rasant entwickelt, Kommunen und Taxifahrer*innen klagen über unkontrollierbare Zustände und Verstöße gegen die Rückkehrpflicht. Diese Entwicklung nimmt noch mehr Fahrt auf, seit Plattformanbieter den Markt für sich entdeckt haben, wodurch prekäre Beschäftigung und auch mit Scheinselbständigkeit vergleichbare Arbeitsverhältnisse zunehmen“ (Ball 2021: 3)

Im selben Momente muss die Gewerkschaft jedoch auch feststellen, dass der Organisationsgrad unter den Beschäftigten nicht besonders hoch ist und die Fragmentierung der Beschäftigten im Gelegenheitsverkehr durch plattformvermittelte Angebote weiter zunimmt. Zudem kann die Gewerkschaft hier nicht auf betriebliche Strukturen zurückgreifen, da keine Betriebsräte existieren (Interview ver.di).

Die langjährigen Akteure im Gelegenheitsverkehr nehmen eine neue Konkurrenzsituation insbesondere aufgrund von plattformvermittelter Fahrdienstleistungen wahr. Die noch recht jungen Unternehmen der plattformvermittelten Mobilität setzen sich hingegen für eine Liberalisierung des Gelegenheitsverkehrsmarktes ein. Ein zentraler Streitpunkt ist die unterschiedliche Mehrwertbesteuerung. Bei Taxifahrten liegt sie bei 7 % MwSt., die Ridepooling und Mietwagenunternehmen müssen 19 % MwSt. zahlen. Die unterschiedliche Besteuerung ergibt sich daraus, dass das Taxi öffentlichen Verkehrsinteressen dient. Die Sozialstandards im ÖPNV bei Verkehrsunternehmen, die im Liniennahverkehr tätig sind, sind Analysegegenstand des folgenden Kapitels.

4. Sozialstandards im ÖPNV

Mit Blick auf die Diskussion um Sozialstandards im Liniennahverkehr wird zunächst die Struktur des Sektors in Abgrenzung zum Gelegenheitsverkehrsmarkt betrachtet. Durch die Regelung des PBefG zum *Vorrang* eigenwirtschaftlicher Verkehre sahen sich einige kommunale Unternehmen einer Konkurrenzsituation ausgesetzt, die teilweise zu schlechteren Sozialstandards der Beschäftigten geführt hat. Diese Konstellation wird in den Fallstudien Pforzheim, Hildesheim und Leverkusen betrachtet. Abschließend wird die Bedeutung der Vorrangregelung der ewA anhand von Zahlenmaterial eingeordnet sowie die Akteurspositionen vorgestellt.

4.1 Kennzahlen zum Liniennahverkehr

Der Liniennahverkehr wird vor allem mit Bussen und Straßenbahnen, in einigen Großstädten auch mit O-Bussen und U-Bahnen bedient. Die Grundlage des Liniennahverkehrs ist der Nahverkehrsplan. Hier werden die Anforderungen an den öffentlichen Personennahverkehr in einer Stadt oder Gemeinde von Seiten der Aufgabenträger (Kreise, kreisfreien Städte und Zweckverbände) definiert. Der Nahverkehrsplan ermöglicht der öffentlichen Hand als Planungs- und Vergabeinstrument eine konzeptionelle Gestaltung des ÖPNV-Angebotes. Dabei werden insbesondere die öffentlichen Verkehrsinteressen berücksichtigt und aus diesen Anforderungen an einen zukünftigen ÖPNV abgeleitet. Der Nahverkehrsplan ist somit Teil der öffentlichen Daseinsvorsorge und dient der Erfüllung des staatlichen Auftrages an ein ausreichendes Mobilitätsangebot. Der Nahverkehrsplan wird unter Berücksichtigung des bestehenden Angebotes erstellt und soll zudem die Interessen und Möglichkeiten der Verkehrsunternehmen in der Region berücksichtigen (Winter 2005: 44).

Nähere Regelungen zum Nahverkehrsplan finden sich dabei in den jeweiligen Landesgesetzen zum ÖPNV. Dessen Aufstellung ist in allen Bundesländern bis auf die Hansestadt Hamburg verpflichtend. Der Nahverkehrsplan wird i.d.R. alle fünf Jahre fortgeschrieben und bedarf einer jährlichen Anpassung des Investitionsvolumens (ebd.). Er beinhaltet die Verkehrsleistungen, die im Rahmen des Linienverkehrs erbracht werden. Verkehrsleistungen des Gelegenheitsverkehrs werden in ihm nicht ausgeplant.

„Der Nahverkehrsplan bildet das Bindeglied zwischen Sicherstellungsauftrag und Genehmigungsrecht – im Fall der gemeinwirtschaftlichen Verkehre als Bedarfsplan und im Fall der eigenwirtschaftlichen Verkehre als Konkretisierung der ausreichenden Verkehrsbedienung“ (Barth 1999, zit. nach ebd.).

Der Nahverkehrsplan stellt somit das zentrale Steuerungsinstrument der kommunalen Selbstverwaltung dar (Resch 2015: 26). Verkehrsleistungen können dabei wie oben erwähnt *eigenwirtschaftlich* erbracht werden, d.h. ein Unternehmen kann sich durch den Verkauf von Fahrscheinen und durch Ausgleichsleistungen finanzieren. Oftmals werden Verkehrsleistungen jedoch *gemeinwirtschaftlich* erbracht. Hierfür ist ein Vergabeverfahren notwendig. Dann kann das Unternehmen weitergehende Zuschüsse aus Steuermitteln erhalten.

Tabelle 4.1 veranschaulicht zentrale Kennzahlen des Linienverkehrs, unterteilt nach Wirtschaftsform. Dabei zeigt sich die besondere Bedeutung von öffentlichen Unternehmen, auf die bei der Zahl der Fahrgäste und der Beförderungsleistung in Personenkilometern der größte Anteil im Liniennahverkehr entfällt.

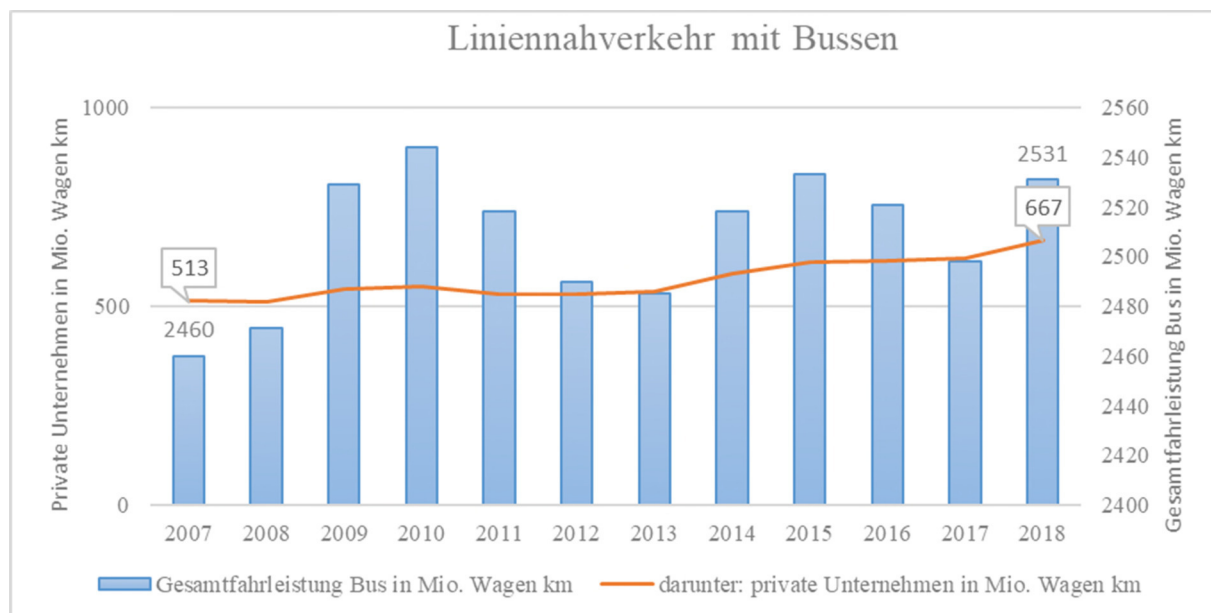
Tabelle 4.1 Anteile der Unternehmensträgerschaften am Liniennahverkehr für 2018

	Öffentliche Unternehmen	Gemischtwirtschaftlich Unternehmen	Private Unternehmen	Gesamt
Unternehmensanzahl	350 (16,2 %)	67 (3,1 %)	1.746 (80,7 %)	2.164 (100 %)
Fahrgäste in Mio.	10.168 (87,7 %)	516 (4,5 %)	907 (7,8 %)	11.591 (100 %)
Beförderungsleistung Mio. Personenkilometer	88.742 (79,7 %)	5.421 (4,9 %)	17.144 (15,4 %)	111.307 (100 %)

Quelle: Statistisches Bundesamt (2020: 3).

Der gesamte ÖPNV verzeichnet gegenüber dem Taxi- und Mietwagenverkehr deutlich höhere Einnahmen. Mit 15.6 Mrd. Euro lagen diese im Jahr 2018 um 550 Mio. Euro höher als im Vorjahr (BMVI 2021b: 47, 81, eigene Berechnungen). Von den fast 11,6 Mrd. Fahrgästen, die im Jahr 2018 insgesamt den Liniennahverkehr nutzen, entfielen 57,1 % (über 6,6 Mrd. Fahrgäste) auf 21 Großunternehmen, die der Größenklasse mit über 100 Mio. Fahrgästen angehören. Die kleinste Klasse (unter 250.000 Fahrgäste) macht nur 0,7 % aus, umfasst insgesamt aber 1.326 Unternehmen (Statistisches Bundesamt 2020: 3, 5ff.). Große öffentliche Unternehmen befördern demnach den größten Teil an Personen. Kleinere Unternehmen transportieren dagegen einen geringen Anteil an Fahrgästen. Diese Unterschiede lassen sich hauptsächlich auf das Stadt-Land-Gefälle zurückführen. In städtischen Räumen sind vor allem öffentliche Unternehmen mit S- und U-Bahn sowie Tram aktiv. Dagegen wird im ländlichen Raum der Verkehr häufig von privaten Busunternehmen bedient (Resch 2015: 20).

Abbildung 4.1 Liniennahverkehr mit Bussen



Quelle: VDV (2021).

Dabei zeichnet sich in den letzten Jahren eine leicht veränderte Wettbewerbssituation für Busse im Liniennahverkehr ab. Die Zahl privater Omnibusunternehmen ist seit Jahren rückläufig. Waren es 2007 noch 2.140 private Unternehmen sank die Zahl bis 2018 um fast 20 % auf 1.720. Die Fahrleistung privater Unternehmen nahm dagegen in den letzten Jahren zu. Machte diese 2007 an der Gesamtfahrleistung Bus 20,9 % aus, so stieg diese im Jahr 2018 auf 26,4 % an (siehe Abbildung 4.1). Dies zeigt einen Konzentrationsprozess, bei dem immer weniger private Unternehmen eine steigende Fahrleistung erbringen. Obgleich große öffentlichen Unternehmen weiterhin essenziell für den ÖPNV sind, lässt sich eine zunehmende Konkurrenzsituation im Liniennahverkehr erkennen, bei der private Busunternehmen zunehmend mehr Beförderungsleistung erbringen (ebd.).

4.2 Bestehende Sozialstandards

Die Sozialstandards im Liniennahverkehr müssen differenziert nach öffentlichen und privaten Unternehmen betrachtet werden. Schäfer (2017: 68) kommt zu dem Ergebnis, dass die unterschiedlichen Sozialstandards zwischen den öffentlichen und den privaten Verkehrsunternehmen zu einer Wettbewerbsverzerrung führen. Die Sozialstandards definieren sich in erster Linie über die Regelungen, die die Sozialpartner (Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände) vereinbart haben. Tarifverträge sind dabei erst einmal unabhängig davon, ob der Verkehr eigenwirtschaftlich oder gemeinwirtschaftlich betrieben wird. Ob für die Beschäftigten also ein Tarifvertrag gilt, hängt von der Sozialpartnerschaft in dem betreffenden Unternehmen ab (Tarifautonomie).

Im Bereich der privaten und öffentlichen Verkehrsunternehmen gelten überwiegend Tarifverträge, die jedoch je nach Region und Unternehmensform im Tarifniveau erhebliche Unterschiede aufweisen. In den letzten Jahren gab es bei den unterschiedlichen Tarifniveaus jedoch deutliche Bewegungen, diese Entwicklungen der Tarifverträge betrachtet der VDV grundsätzlich positiv:

„Auch wir lehnen es ab, dass Wettbewerb auf dem Rücken von Beschäftigten ausgetragen wird. Das kann nicht Sinn und Zweck der ganzen Geschichte sein. Aber ich glaube, man muss sich anschauen, was in den letzten vier Jahren passiert ist und dann sehen wir auf der einen Seite eine Tarifentwicklung, sowohl im öffentlichen Personennahverkehr auf Seite der öffentlichen Verkehrsunternehmen, aber auch im Bereich der privaten Verkehrsunternehmen, die dieses Problem hat eher kleiner werden lassen. Da sind Tarifkonflikte mit auskömmlichem Ergebnis geführt worden. Die Beschäftigten sind deutlich besser entlohnt worden. Was aus meiner Sicht auch richtig ist“ (Schilling 2021: 14).

Eine absolute Angleichung der Tarifniveaus fand jedoch nicht statt. Auch heute sind noch Unterschiede in den Entgelttabellen der Tarifverträge zwischen öffentlichen und privaten Verkehrsunternehmen und unterschiedlichen Regionen sichtbar (s.u. in diesem Abschnitt). Ein weiterer Punkt in der Analyse der Sozialstandards bei Verkehrsunternehmen sind vor allem die im Bereich der kommunalen und öffentlichen Unternehmen vollzogenen Umstrukturierungen seit den 1990er-Jahren (Resch 2015: 107ff.). In der Folge gibt es eine höhere Arbeitsverdichtung bei den Beschäftigten, die auch mit einer höheren Arbeitsbelastung einhergeht. Gleichzeitig mussten die Beschäftigten durch eine Ausgliederung aus dem Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT) (heute TVöD) auch Einkommensverluste hinnehmen. Die wirtschaftliche Restrukturierung öffentlicher Verkehrsunternehmen hat zu einem ausgeglichenen Haushalt vieler Kommunen beigetragen.

So gab es beispielsweise auch bei dem städtischen Verkehrsunternehmen in Hildesheim (Fallstudie, Abschnitt 4.3.2) bereits Mitte der 2000er-Jahre eine Deckelung des Defizit-Betrages, was schon damals zu einer effizienteren Ausrichtung des Unternehmens geführt hat (Interview Hildesheim). Gleichzeitig können die Umstrukturierungen jedoch als Abbau von Sozialstandards bei öffentlichen

Verkehrsunternehmen und als Vorbereitung auf einen verstärkten Wettbewerb mit privaten Verkehrsunternehmen betrachtet werden.

Neben der sozialpartnerschaftlichen Regulierung geben einige Städte und Gemeinden auch Sozialstandards in den Nahverkehrsplänen vor, hier wird i.d.R. auf repräsentative Tarifverträge im Sinne der Landestariftreuegesetze verwiesen. Exemplarisch sind hier die Nahverkehrspläne der Städte Saarbrücken (2018), Hildesheim (2019), Berlin (2019), Köln (2017) und Mainz (2019) zu nennen. So enthält der Nahverkehrsplan von 2018 in Saarbrücken unter dem Punkt 5.1.11:

„Die in diesem Nahverkehrsplan dargelegten Anforderungen und Standards für die Sicherstellung einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit ÖPNV-Leistungen hält die Landeshauptstadt Saarbrücken für erforderlich (§8 Abs. 3 PBefG). Die Betriebsqualität einer ausreichenden Bedienung wird unter anderem durch ein Zusammenspiel von der Qualität des eingesetzten Materials, der Qualifikation und den Arbeitsbedingungen des eingesetzten Personals bestimmt. (...) [D]ie Landeshauptstadt Saarbrücken (...) wird den zukünftigen Betreiber des Stadtnetzes Saarbrücken verpflichten die Einhaltung des Saarländischen Tariftreuegesetzte unter Anwendung des TV-N Saar (...) einzuhalten. Zusätzlich muss der zukünftige Betreiber ein Ausbildungsbetrieb sein“ (Landeshauptstadt Saarbrücken 2018: 67).

Städte wie etwa München (2020), Frankfurt am Main (2020), Wiesbaden (2015), Stuttgart (2021) und Erfurt (2020) enthalten keine Regelungen zu Sozialstandards in den Nahverkehrsplänen.

Eine systematische Auswertung der Regelungen aller aktuell gültigen Nahverkehrspläne in Deutschland bzgl. Regelungen zur Frage von Sozialstandards liegt nicht vor und kann im Rahmen dieser Expertise nicht geleistet werden. Es wird jedoch empfohlen, eine solche flächendeckende Auswertung anzustreben. Zusammenfassend wird festgehalten, dass die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber der privaten und öffentlichen Verkehrsunternehmen grundsätzlich an sozialpartnerschaftlichen Arrangements festhalten und somit Entgelte deutlich über dem Mindestlohn zahlen. Das Tarifniveau zwischen privaten und öffentlichen Unternehmen weist jedoch Unterschiede auf, die bei einem direkten Wettbewerb zugunsten der privaten Busunternehmen ausfallen können. Da der Markt für Linienverkehre mit Bussen durch das PBefG begrenzt wird, ist eine angespannte Wettbewerbssituation unausweichlich. Da aber auch die Arbeitskräfte im Mobilitätsgewerbe zukünftig noch gefragter werden, ist eine auskömmliche Bezahlung sowohl bei privaten als auch öffentlichen Verkehrsunternehmen unerlässlich.

4.3 Fallstudien

Im Linienverkehr kam es infolge der Gesetzesnovelle des PBefG aus dem Jahr 2013 in einigen deutschen Großstädten zu eigenwirtschaftlichen Konkurrenzanträgen im Zuge der Ausschreibung von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen bzw. der geplanten Direktvergabe an das eigene kommunale Unternehmen. In Pforzheim nutzte zwei Jahre nach Inkrafttreten der Novelle ein Tochterunternehmen der DB Regio AG die Möglichkeit, einen eigenwirtschaftlichen Antrag (ewA) innerhalb der Vorabbekanntmachungsfrist einzureichen. Ein weiteres Beispiel ist der Stadtverkehr in Hildesheim, bei dem ein Jahr nach Pforzheim ein solcher ewA im Zuge der Vorabbekanntmachung eingereicht wurde. In Leverkusen und dem Bergisch-Rheinischen Kreis wurde ein ewA eines privaten Busunternehmens nach einem Rechtsstreit nicht genehmigt.

4.3.1 Die Übernahme des städtischen Personennahverkehrs in Pforzheim

Der Fall Pforzheim zeigt, mit welchen Konsequenzen die Übernahme eines städtischen Verkehrs durch einen ewA für die Beschäftigten und die kommunale Selbstverwaltung einhergehen kann. Tabelle 3.2 stellt die Ereignisse in Pforzheim, von der Vorabbekanntmachung bis zur Übernahme des Pforzheimer Nahverkehrs durch die Regionalbusverkehr Südwest GmbH (RVS), chronologisch dar.

Tabelle 4.2 Kurzübersicht Fallstudie Pforzheim

Datum	Akteur	Handlung
2. Mai 2015	Stadtverwaltung Pforzheim (als Aufgabenträger)	Vorabbekanntmachung öffentlicher Dienstleistungsauftrag im europäischen Amtsblatt
3. August 2015	RVS (Tochterunternehmen der DB Regio AG)	ewA für das gesamte städtische Liniennetz
12. Januar 2016	Genehmigungsbehörde	Positive Entscheidung über ewA der RVS
09. März und 1. Juli 2016	ver.di	Streik der SVP
11. Dezember 2016	Stadtwerke Pforzheim AG	Abwicklung der SVP, Entlassung von ca. 240 Beschäftigten
14. Dezember 2016, 10. Juni 2017, 10. Dezember 2017	RVS	Sukzessive Konzessionsübergabe der einzelnen Buslinien im Nahverkehr Pforzheim

Quelle: eigene Darstellung

Weil der Verkehrsvertrag der Stadt Pforzheim mit der SVP Ende 2016 auslief und die Stadt den Linienverkehr für den Zeitraum 2016 – 2026 neu vergeben musste, schrieb die Stadt Pforzheim den Verkehrsvertrag im Jahr 2015 neu aus. Hierfür war aufgrund der mit der Novelle 2013 erfolgten Anpassung des PBefG an EU-Recht (VO 1370/2007) die Ankündigung per Vorabbekanntmachung erforderlich. Diese Vorabbekanntmachung stellte für die Verantwortlichen zu diesem Zeitpunkt lediglich eine Formalität dar, da sie zu keiner Zeit mit dem Eingang eines eigenwirtschaftlichen Antrages rechneten (Interview Pforzheim). Vielmehr wurde angenommen, dass der öffentliche Dienstleistungsauftrag erneut dem Stadtverkehr Pforzheim (SVP) erteilt würde, der zu diesem Zeitpunkt eine 100 % Tochtergesellschaft der Stadtwerke Pforzheim war. Die Beschäftigten des Unternehmens verfügten über einen Haustarifvertrag, mit vergleichsweise hohem Tarifniveau (vergleichbar zum TV-N). Am letzten Tag der Antragsfrist reichte dann jedoch die RVS Regionalbusverkehr Südwest GmbH, eine 100 % Tochtergesellschaft der DB Regio AG, einen eigenwirtschaftlichen Antrag im Sinne des §12 Abs. 6 PBefG ein. Dieser Antrag traf sowohl die Stadtverwaltung Pforzheim als auch den städtischen Verkehrsbetrieb vollkommen unvorbereitet. Nach eingehender Prüfung durch die zuständige Genehmigungsbehörde wurde dem Antrag stattgegeben, da er alle Anforderungen der Vorabbekanntmachung erfüllte.

Da es für die Beschäftigten des städtischen Verkehrsunternehmens keine Aufgaben mehr gab, musste das Unternehmen abgewickelt werden. Obwohl der Oberbürgermeister der Stadt Pforzheim bekundete, dass er eine sozialverträgliche Lösung für die Angestellten des SVP erwirken wolle, kam es am Ende der Verhandlungen mit dem neuen Betreiber zu keiner Einigung bezüglich des Beschäftigtenübergangs. Es wurde zwar in Aussicht gestellt, dass sich rund 120 Angestellte der SVP

zu deutlich schlechteren Konditionen bei der RVS bewerben könnten, konkrete Übergangsregelungen wurden allerdings nicht getroffen (Stuttgarter Nachrichten 2016).

In einer Urabstimmung der Gewerkschaft ver.di stimmten die Beschäftigten für einen unbefristeten Streik. Dieser konnte aber den eigenwirtschaftlichen Antrag nicht verhindern und sorgte stattdessen vor allem bei den Fahrgästen für eine negative Haltung gegenüber dem SVP (Interview Pforzheim). Auch der SVP zeigte sich gegenüber dem Streik der Angestellten wenig wohlgesonnen und reichte eine Schadensersatzklage über 955.000 € gegen ver.di ein (Stadt Pforzheim 2016). Letztlich blieben alle Versuche, den Verlust der 240 Arbeitsplätze beim SVP zu verhindern, erfolglos. Es konnten jedoch einige der Beschäftigten in anderen Bereichen der Stadtverwaltung und Stadtwerke übernommen werden. Nach Einschätzung der Gewerkschaft ver.di lag das gezahlte Entgelt bei der RVS zum Übergangszeitpunkt etwa 250-350 € niedriger als bei der SVP. Tabelle 4.3 verdeutlicht noch einmal die Unterschiede im Tarifniveau für das Jahr 2020. Würde der Stadtverkehr in Pforzheim von einem kommunalen Verkehrsunternehmen betrieben, das den TV-N für Baden-Württemberg anwendet, würden sich folgende Unterschiede in den Sozialstandards der Beschäftigten im Vergleich zum privaten Busgewerbe aber auch zum jetzigen Betreiber, der RVS, ergeben:

Tabelle 4.3 Vergleich der Sozialstandards ÖPNV in Baden-Württemberg

Omnibusfahrerin hat nach 3 Jahren Zugehörigkeit zum Betrieb im Jahr 2020 Anspruch auf folgende Leistungen:			
In Baden-Württemberg	TV-N/ver.di	WBO/ver.di	RVS/EVG
<i>Monatsentgelt in €</i>	3.003	2.869	2.402
<i>Urlaub in Tagen pro Jahr</i>	30	30	26
<i>Jahressonderzahlung in €</i>	3.003	1.600	2.041
<i>Vermögenswirksame Leistungen</i>	6,65	0	13,29
<i>Schicht- und Feiertagszulagen</i>	Ja	Ja	Ja
<i>Urlaubsgeld in €</i>	256	645	600
<i>Betriebliche Altersvorsorge</i>	VBL	keine	LbAV
<i>Mankogeld in €</i>	0	0	10
<i>Linienzulage €</i>	0	0	125
Jahresbrutto	39.379,26	36.680,44	33.245,23

Quelle: Tarifvertrag KAV-BW/ver.di (2001); Tarifvertrag WBO/ver.di (2005; 2019); Tarifvertrag RVS/EVG (2020a; 2020b).

Erläuterung Berechnungsgrundlage: Vollzeitstelle mit 169 Stunden im Monat. Es handelt sich hier um die im Tarifvertrag vereinbarten Sozialstandards. Etwaige Betriebsvereinbarungen bezüglich Sozialstandards werden nicht berücksichtigt.

Die Stadt Pforzheim arbeitet grundsätzlich gut mit dem derzeitigen Verkehrsbetreiber zusammen und auch die Fahrgäste sind zufrieden. Gleichwohl gestaltet sich die Zusammenarbeit mit der RVS aufgrund fehlender vertraglicher Grundlage deutlich komplizierter (Interview Pforzheim). So hat der Aufgabenträger nur wenig direkte Einflussmöglichkeiten auf das Betreiberunternehmen. Diese Herausforderungen zeigen sich auch im Fallbeispiel Hildesheim.

4.3.2 Übernahme verhindert – auf Kosten der Beschäftigten: eigenwirtschaftliche Anträge in Hildesheim

Nach den Ereignissen in Pforzheim wurde auch in der niedersächsischen Großstadt Hildesheim ein eigenwirtschaftlicher Antrag durch die DB Regio Bus Nord GmbH gestellt. In diesem Fall wurde den Verantwortlichen jedoch frühzeitig deutlich, dass mit einem eigenwirtschaftlichen Antrag zu rechnen ist (Interview Hildesheim). Dennoch war „es das erklärte Ziel aller beteiligten Akteure in Hildesheim, einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag zu vergeben“ (Interview Hildesheim). Tabelle 4.4 stellt die Ereignisse in Hildesheim in chronologischer Abfolge dar.

Tabelle 4.4 Kurzübersicht Fallstudie Hildesheim

Datum	Akteur	Handlung
24. Dezember 2015	Aufgabenträger (Stadtverwaltung Hildesheim)	Vorabkennntmachung im EU-Amtsblatt
24. März 2016	DB Regio Bus Nord	ewA für das gesamte Liniennetz
22. September 2016	Landesnahverkehrsgesellschaft (LNVG) Niedersachsen	Zuschlag für den SVHI, ewA wird genehmigt.
01. Januar 2017	SVHI	Eigenwirtschaftlicher Betrieb des ÖPNV in Hildesheim

Quelle: Eigene Darstellung.

Aufgrund der Vorfälle in Pforzheim hatten sich die beteiligten kommunalen Akteure mit der Frage auseinandergesetzt, ob ein ewA eines privaten Verkehrsunternehmens möglich sei und die Einschätzung getroffen, dass ein ewA eine „reale Gefahr“ darstelle (Interview Hildesheim). Zur Sicherstellung des eigenen Stadtbusverkehrs sowie der Verhinderung von Lohninbußen in Höhe von 30 %, führte die SPD-Kreistagsfraktion zusammen mit ver.di die Überlegung ins Feld, einen eigenen ewA zu stellen (Gebauer 2016). In Hildesheim sah man sich zu diesem Zeitpunkt also zwei Optionen gegenüber: Zum einen, die Entscheidung der Genehmigungsbehörde abzuwarten und im Zweifel, wie im Fallbeispiel Pforzheim, vor der Herausforderung zu stehen, das eigene Unternehmen und die Arbeitsplätze abwickeln zu müssen. Zum anderen, durch einen eigenen eigenwirtschaftlichen Antrag, den „Fuß in der Tür zu haben“ (Interview Hildesheim). Zur gleichen Zeit forderte die Stadt Hildesheim (Rat und Verwaltung) den Bundesgesetzgeber dazu auf, das PBefG diesbezüglich schnellstmöglich zu ändern. Dabei wurde allerdings schnell deutlich, dass die Verkehrsleistung nur dann eigenwirtschaftlich erbracht werden kann, wenn Einsparungen bei den Entgelten der Beschäftigten vorgenommen werden:

„Wenn man über ewA spricht, dreht man natürlich an allen Kostenschrauben, aber der größte Hebel ist häufig der Personalaufwand, insbesondere wenn man über städtische Unternehmen spricht“ (Interview Hildesheim).

Konkret sollte es zu einer tariflichen Lohnabsenkung von über 30 % für die 120 Beschäftigten des SVHI und 45 des RVHI kommen. Dies rief viele unzufriedene Beschäftigte und ver.di als Opposition dieser Entwicklung auf den Plan. Am 8. März 2016 führte ver.di einen Warnstreik durch und rief zu einer Kundgebung auf. Simon Brandmaier (ver.di, Fachbereich Verkehr) zufolge, standen die Beschäftigten vor einer Wahl „zwischen Pest und Cholera – Arbeitsplatzverlust oder ein Entgelt aus dem Billiglohnsektor von unter 1800 Euro brutto pro Monat in Vollzeit“ (Gebauer 2016). Daneben richtete sich der Protest von ver.di auch gegen die staatlich fixierte Handhabung von Sozialstandards durch ewAs: „Staatskonzern vernichtet kommunale Verkehrsunternehmen“ (ver.di o.J.).

Nach den heftigen Auseinandersetzungen mit den Beschäftigten und der Gewerkschaft ver.di konnte sich auf einen neuen Tarifvertrag verständigt werden, der ein Entgeltniveau enthält, das vergleichbar mit dem privaten Busgewerbe in Niedersachsen ist. Im Anschluss daran stellte die SVHI, einen Tag vor Fristende der Vorabkennzeichnung, einen ewA. Nach der Prüfung des ewA wurde dem Antrag des SVHI stattgegeben und eine Genehmigung erteilt. Seit 2017 bedient der Stadtverkehr Hildesheim das gesamte städtische Liniennetz eigenwirtschaftlich, was eine einmalige Situation im Bundesgebiet darstellt. Das Betriebsklima hat sich nach Aussage des Experten spürbar verändert. Man verlor langjährige Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Zugleich fanden sich neue Beschäftigte aus dem Ballungsgebiet Hannover, die Zugehörigkeit zum Betrieb ist jedoch flexibler geworden. Auch die Zusammenarbeit mit dem Aufgabenträger hat sich weitreichend verändert, da er, wie auch schon im Fallbeispiel Pforzheim, lediglich die Angebote aus dem ewA einfordern kann. Dadurch wird die Zusammenarbeit zwischen der Stadtverwaltung, Kommunalpolitik und städtischen Verkehrsunternehmen erschwert, was vor allem für eine Weiterentwicklung des Verkehrsangebotes, insbesondere mit Blick auf die Mobilitätswende, alle Akteure vor Herausforderungen stellt (Interview Hildesheim).

Tabelle 4.5 gibt noch einmal einen Überblick über die Unterschiede in den Tarifniveaus zwischen öffentlichen (TV-N, teilweise AVN) und privaten (AVN, GVN) Verkehrsunternehmen in Niedersachsen.

Tabelle 4.5 Vergleich der Sozialstandards ÖPNV in Niedersachsen

**Omnibusfahrerin hat nach 3 Jahren
Zugehörigkeit zum Betrieb im Jahr 2021,
Anspruch auf folgende Leistungen:**

<i>In Niedersachsen</i>	TV-N/ver.di	AVN ¹² /ver.di	GVN/GÖD
Entgelt in €	2.730,91	2.328,82	2.070,25
Urlaub in Tagen pro Jahr	29	27	25
Jahressonderzahlung in €	2.348,58	600	576
Vermögenswirksame Leistungen	6,65	Betriebs- vereinbarung	39,88
Schicht- und Feiertagszulagen	ja	ja	ja
Urlaubsgeld in €	422,34	200	500
Betriebliche Altersvorsorge	ja	-	-
Mankogeld pro Monat in €	0	0	10
Linienzulage in €	0	0	0
Jahresbrutto	35.621,64	28.745,84	26.517,56

Quelle: Tarifvertrag KAV-N/ver.di (2020); Tarifvertrag AVN/ver.di (2018; 2019); Tarifvertrag GVN/GÖD (2015; 2018a; 2018b).

Erläuterung: Berechnungsgrundlage Vollzeitstelle mit 169 Stunden im Monat. Es handelt sich hier um die Sozialstandards, die im Tarifvertrag vereinbart wurden, etwaige Betriebsvereinbarung bzgl. Sozialstandards werden dabei nicht berücksichtigt.

¹² In Niedersachsen können nicht alle kommunalen Unternehmen automatisch auch dem TV-N zugeordnet werden, in ausgewählten Kommunen fallen die kommunalen Unternehmen unter den AVN/ver.di Tarifvertrag. Das private Busgewerbe teilt sich auf die Tarifverträge AVN/ver.di und GVN/GÖD auf.

In Niedersachsen gelten die drei o.g. Tarifverträge als repräsentativ im Sinne des niedersächsischen Landestarifreugesetzes (NTVergG). Zuletzt wurde der Tarifvertrag der GVN/GÖD¹³ durch das Wirtschaftsministerium in die Liste der repräsentativen Tarifverträge aufgenommen. Das Niveau des Tarifvertrages liegt deutlich unter dem Niveau des ver.di-Tarifvertrags.

4.3.3 Übernahme verwehrt: Keine Genehmigung für privates Busunternehmen in Leverkusen und Rheinisch-Bergischen Kreis

Auch in Leverkusen und dem Rheinisch-Bergischen Kreis, gab es im Jahr 2016 einen ewA für das gesamte Liniennetz des gemeinsamen Liniennahverkehrs. Dieser Antrag kam jedoch, anders als in den Fallstudien oben, nicht von einem Tochterunternehmen der DB-Regio AG, sondern wurde von einem privaten Busunternehmen gestellt. Tabelle 4.6 gibt einen chronologischen Überblick über die Abläufe im Fall Leverkusen/ Rheinisch-Bergischen Kreis.

Tabelle 4.6 Kurzübersicht Fallstudie Leverkusen

Datum	Akteur	Handlung
19. September 2015	Stadt Leverkusen und Rheinisch-Bergischen Kreis (Als gemeinsame Aufgabenträger)	Vorabbenachrichtigung im europäischen Amtsblatt
19. Dezember 2015	Kraftverkehr Gebr. Wiedenhoff GmbH & Co. KG	ewA für das gesamte Liniennetz
29. Juli 2016	RP Köln (als Genehmigungsbehörde)	Beauftragung eines externen Gutachtens über eigenwirtschaftliche Verkehrsleistung
15. August 2016	RP Köln (als Genehmigungsbehörde)	Ablehnung des ewA aufgrund der Ergebnisse im Gutachten
11. Dezember 2016	Stadt Leverkusen und Rheinisch-Bergischen Kreis (Als gemeinsame Aufgabenträger)	Öff. Dienstleistungsauftrag an kommunales Verkehrsunternehmen Wupsi
12. Januar 2017	Kraftverkehr Gebr. Wiedenhoff GmbH & Co. KG	Klage vor dem Verwaltungsgericht Köln, mit der Forderung die Genehmigung für ewA zu erhalten
14. August 2020	VG Köln	Urteil gegen die Wiedenhoff GmbH & Co.KG – Anspruch auf Genehmigung des ewA widersprochen

Quelle: Verwaltungsgericht Köln (2020); eigene Darstellung.

Das als Genehmigungsbehörde zuständige Regierungspräsidium Köln entschied, nach eingehender Prüfung der Antragsunterlagen, Anhörung von Verbänden, Aufgabenträgern und Gutachtern, für den ewA keine Genehmigung zu erteilen. Infolgedessen kam es zu einem öffentlichen

¹³ Die Gewerkschaft Öffentlicher Dienst und Dienstleistungen ist eine christliche Gewerkschaft und gehört dem Christlichen Gewerkschaftsbund Deutschland (CGB) an. Der Repräsentativerklärung in Sinne des niedersächsischen Landestarifreugesetzes durch das Wirtschafts- und Arbeitsministerium in Niedersachsen, ging eine Diskussion von Seiten der DGB-Gewerkschaften voraus, den Tarifvertrag nicht als repräsentativ anzuerkennen.

Dienstleistungsauftrag an das kommunale Verkehrsunternehmen der Stadt Leverkusen. Auf die Vergabe folgte eine gerichtliche Auseinandersetzung, die mit einer Niederlage des privaten Verkehrsunternehmens vor dem Verwaltungsgericht Köln endete. Dieser Fall verdeutlicht noch einmal, dass die Genehmigungsbehörde im Zuge des öffentlichen Dienstleistungsauftrages eine hervorgehobene Stellung einnimmt und durch verschiedene Beteiligungsverfahren, wie Anhörungen oder externe Gutachten in die Lage versetzt wird, passgenau über ewA zu entscheiden. Beim Antrag der Firma Wiedenhoff wurde festgestellt, dass nicht die genaue Anzahl der Busse definiert war, die für ein ausreichendes Verkehrsangebot notwendig gewesen wären. Aus diesem Grund stellte das Gutachten in Frage, ob Wiedenhoff die angebotene Verkehrsdienstleistung tatsächlich über den gesamten Ausschreibungszeitraum, im notwendigen Umfang, zur Verfügung stellen könnte. Neben den formalen Einwänden wurde von Seiten der Kommunalpolitik vor allem aber auch der drohende Verlust von bis zu 400 Arbeitsplätzen gesehen. Somit gab es zeitgleich zum Vergabeverfahren politischen Gegenwind für den ewA des Unternehmens Wiedenhoff.

Tabelle 4.7 verdeutlicht noch einmal die unterschiedlichen Tarifniveaus zwischen privaten (NWO, WB) und öffentlichen (TV-N) Verkehrsunternehmen in Nordrhein-Westfalen.

Tabelle 4.7 Vergleich der Sozialstandards in Nordrhein-Westfalen

Omnibusfahrerin hat nach 3 Jahren Zugehörigkeit zum Betrieb im Jahr 2021, Anspruch auf folgende Leistungen:			
<i>In NRW</i>	TV-N/ver.di	NWO/ver.di	WB/EVG
Monatsentgelt in €	2.730,91	2.301,78	2.402,54
Urlaub in Tagen pro Jahr	28	26	26
Jahressonderzahlung in €	2.243,17	770	1.922,03
Vermögenswirksame Leistungen	6,65	nein	13,29
Schicht- und Feiertagszulagen	Ja (§11 TV-N NRW)	Ja	Ja
Urlaubsgeld in €	332,34	nein	600,64
Betriebliche Altersvorsorge	ATV-K oder ATV	Ja	LbAV
Mankogeld in € pro Monat	0	5,5	15,34
Linienzulage €	0	109,85	0
Jahresbrutto	35.426,23	28.391,36	31.696,71

Quelle: Verwaltungsgericht Köln (2020); eigene Darstellung.

Das Tarifniveau der Verkehrsunternehmen in NRW ist ähnlich zu bewerten wie in Niedersachsen. Ein deutlicher Unterschied ist hier, dass das private Busgewerbe ein etwas höheres Tarifniveau aufweist als in Niedersachsen. Hier ist ver.di und nicht die GÖD Tarifvertragspartei.

4.3.4 Eigenwirtschaftliche Anträge in Zahlen

Da kaum belastbares Zahlenmaterial zu konkurrierenden Anträgen im Kontext der Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen vorliegt, wurde im Rahmen dieser Expertise in ausgewählten Bundesländern (vor allem solche, wo die Genehmigungsbehörden gebündelt werden durch mittlere Landesbehörden) Daten bezüglich ewA in den letzten fünf Jahren erhoben (vgl. Tabelle 3.8). Die Darstellung ist nicht repräsentativ und erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Sie dient lediglich der besseren Einschätzung der aktuellen Lage in Bezug auf ewA.

In Baden-Württemberg spielen ewA nach wie vor eine wichtige Rolle bei der Ausgestaltung des Verkehrsangebotes, ähnliche Zahlen liegen für Nordrhein-Westfalen vor. In Hessen sind ewA hingegen eher selten. Hier ist davon auszugehen, dass der Wettbewerb bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen stärker ins Gewicht fällt. Deutlich wird auch, dass die Konkurrenzsituation von öffentlichen und privaten Busunternehmen bei ewA, wie sie in Pforzheim, Hildesheim oder Leverkusen festzustellen war, in den ausgewählten Bundesländern in den letzten fünf Jahren selten vorkam. Aus den Zahlen wird zudem geschlossen, dass ein großer Teil der ewA „Initiativanträge“ sind. Zum Instrument des „Initiativantrags“ liegen keine repräsentativen Zahlen vor, in der vorliegenden Expertise kann nur auf die Aussagen der befragten Regierungspräsidien rekurriert werden. „Initiativanträge“ sind ewA, die nicht im Zuge eines wettbewerblichen Verfahrens eingereicht wurden, sondern davon unabhängig an die Genehmigungsbehörde übermittelt wurden. Demnach werden „Initiativanträge“ insbesondere in Baden-Württemberg und NRW häufiger gestellt. Um das Instrument des „Initiativantrags“ besser einschätzen zu können, sind flächendeckende Erhebungen notwendig.

Tabelle 4.8 Eigenwirtschaftliche Anträge in ausgewählten Bundesländern

Bundesland	Regierungspräsidium/ Behörde	Anzahl der ewA	davon genehmigt	genehmigte Initiativanträge	in Konkurrenz zu öff. Dienstleistung/Direktvergabe
Hessen	RP Darmstadt	0	0	0	0
	RP Gießen	2	1	1	1
	RP Kassel	1	1	0	1
BaWü	RP Tübingen	1	1	0	0
	RP Karlsruhe	5	4	3	1
	RP Freiburg	0	0	0	0
	RP Stuttgart	64	22	21	1
NRW	RP Düsseldorf	75	75	75	0
	RP Münster	11	10	9	1

Quelle: Befragung gebündelter Genehmigungsbehörden.

Die Bedeutung der Vorrangregelung von ewA wird somit als gering eingeschätzt. Obwohl die Möglichkeit, ein gesamtes Liniennetz durch einen ewA zu übernehmen, nach wie vor besteht, wird dieses Vorgehen nur selten praktiziert. In den wenigen Fällen, in denen ein solches Vorgehen festzustellen war, führten die Bemühungen nicht zum Erfolg.

4.4 Akteurspositionen im Linienverkehr

Die entscheidenden Akteurinnen und Akteure auf dem Feld der Interessenverbände sind die kommunalen Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber (VKA)¹⁴ und der Dachverband Verband Deutscher Verkehrsunternehmen (VDV). Auf Seite der privaten Busunternehmen ist der Bundesverband Deutscher Omnibusunternehmer (bdo) der zentrale Interessenverband und mit seinen Landesverbänden auch Tarifvertragspartei. VDV und bdo sprechen sich für hohe Sozialstandards aus und haben eine flächendeckende Sozialpartnerschaft etabliert (vgl. Tabelle 3.9). Die Beschäftigteninteressen vertreten ver.di und die Eisenbahn- und Verkehrsgewerkschaft (EVG). Sie sehen insbesondere in eigenwirtschaftlichen Anträgen (ewA) eine Gefahr für Arbeitsplätze und -qualität, weshalb die Genehmigung an Vorgaben für Sozialstandards gebunden werden sollte (Interview ver.di). Wenngleich der VDV aus der Motivation einer Stärkung der kommunalen Autonomie argumentiert, stimmt dieser mit den Gewerkschaften in dem Punkt der Vorgaben von

¹⁴ Die Landesverbände des VKAs sind für den TV-N Tarifvertragsparteien.

Sozialstandards überein (Interview VDV, vgl. Tabelle 3.9). Der bdo hingegen sieht in den ewA „[e]ines der wenigen Instrumente für private Anbieter, in diesem Umfeld noch tätig werden zu können“, da „[e]twa 85 bis 90 Prozent der Verkehre (...) per Direktvergabe an kommunale Unternehmen [gehen]“ (bdo 2017: 16).

Tabelle 4.9 Positionen der Verbände zu Sozialstandards, Wettbewerb und ewA im Linienverkehr

	VDV	bdo
Wettbewerb	Für Wettbewerb, ohne Einbußen bei Sozialstandards	Stärkerer Zugang für private Busunternehmen; Landestariftreuegesetze einhalten
Beschäftigungsart	Angestellte Arbeitnehmerinnen in Vollzeit und unbefristet	Angestellte Arbeitnehmerinnen in Vollzeit und unbefristet
Arbeitsbeziehung	Sozialpartnerschaft ist flächendeckend etabliert	Sozialpartnerschaft ist flächendeckend etabliert
Entgelte	Tarifvertrag Nahverkehr (TV-N, wobei Tarifniveau je nach Bundesland unterschiedlich)	Tarifverträge auf Landesebene (durchschnittlich unter Tarifniveau von TV-N)
Sonstige Leistungen	Schichtzulagen, Jahressonderzahlungen, betriebliche Altersvorsorge	Schichtzulagen, Jahressonderzahlungen, betriebliche Altersvorsorge
Zur Frage von ewA im ÖPNV	Beibehalten, aber sollte durch Sozialstandards ergänzt werden	ewA spielen nur eine untergeordnete Rolle für das private Busgewerbe (Ausnahme: Bayern & Baden-Württemberg)

Quelle: Schilling (2021), Interview bdo, eigene Darstellung.

Bei der Novellierung des PBefG im Jahr 2021 wurde die Gesetzesinitiative des Bundesrates von 2017 nicht weiter berücksichtigt. Kapitel 5 bündelt die Ergebnisse der Auswirkungen auf Sozialstandards sowie potenziellen Regulierungsbedarf und festgestellte Forschungslücken.

5. Fazit, Forschungslücken und Forschungsansätze

In Tabelle 5.1 werden die Ergebnisse der Forschung zusammenfassend in eine Übersicht gebracht. Über subjektive Erfahrungen, wie beispielsweise die Sicherheit des eigenen Arbeitsplatzes, die Aufstiegschancen und die damit verbundenen Zukunftsperspektiven, kann diese Übersicht keine Aussage treffen.

Tabelle 5.1 Niveau der Sozialstandards und deren Grundlage

	Taxi und Mietwagen- gewerbe	Ridepooling Unternehmen	Private Verkehrs- unternehmen	Öffentliche Verkehrs- unternehmen
<i>Durchs. Entgelt über MiLoG</i>	X	(✓)	✓	✓
<i>Urlaub über BUrlG</i>	X	(✓)	✓	✓
<i>Jahressonderzahlungen</i>	X	X	✓	✓
<i>Schicht- und Feiertagszulage</i>	(✓)	(✓)	✓	✓
<i>Entlohnung von Pausenzeiten</i>	(✓)	(✓)	(✓)	(✓)
<i>Betriebliche Altersvorsorge im TV</i>	X	X	(✓)	✓
<i>Vermögenswirksame Leistungen</i>	X	X	(✓)	✓
<i>Mitbestimmung durch Betriebsräte/ Personalräte</i>	X	X	(✓)	✓
Grundlage der Sozialstandards:	gesetzlich, individuell	individuell, (sozialpartnerschaftlich)	sozial- partnerschaftlich	sozial- partnerschaftlich
Einschätzung des Niveaus der Sozialstandards	gering	mittleres Niveau	auskömmliches Niveau	auskömmliches Niveau

Quelle: eigene Darstellung und Evaluation der repräsentativen Tarifverträge in Baden-Württemberg, NRW und Niedersachsen (Lesehinweis: (✓) = teilweise vorhanden).

Die Übersicht zeigt deutlich, dass die Sozialstandards bei öffentlichen Verkehrsunternehmen, die den TV-N anwenden, am höchsten zu bewerten sind. Etwas geringer fällt der Standard der Beschäftigten bei privaten Verkehrsunternehmen aus, wenngleich auch hier die Sozialstandards als ausreichend zu bewerten sind. Die Untersuchung des Gelegenheitsverkehrsmarktes ergibt vor allem eines: diese Verkehre sind generell als problematisch in Bezug auf die dort vorherrschenden Sozialstandards zu bewerten. Als Sozialstandard gilt hier das unterste Niveau in Form des Mindestlohns. In verschiedenen Taxi-Gutachten (insbesondere Berlin) wird der empirisch belegte Verdacht geäußert, dass gesetzliche Mindeststandards unterlaufen werden und Schattenwirtschaft (Schwarzarbeit, Steuerhinterziehung, Sozialversicherungsbetrug, Scheinselbständigkeit) eine große Gefahr für die soziale Sicherung der Beschäftigten darstellt (Linne/Krause 2016: 9f.). Die Festlegung einer Taxe im

Taxigewerbe (Tarifpflicht) kann je nach Bemessung eine Absicherung nach unten gewährleisten, wenn sie konsequent durch Fiskaltaxameter überwacht wird. In Hamburg wurde der Wettbewerb durch eine Verbindung von Fiskaltaxametern und einer Zuverlässigkeitsüberprüfung der Unternehmerinnen und Unternehmer nach der Berufszugangsverordnung für den Straßenpersonenverkehr (PBZugV) erfolgreich reguliert (Interview BfVMH). Mit dieser automatisierten Auswertung der Fahr- und Wirtschaftsdaten wurde eine Überprüfung und bedarfsgesteuerte Regulation ermöglicht. Vor allem hängt es aber von kommunalen Entscheidungsträgern und der Kommunalpolitik ab, wie Sozialstandards im gesamten Gelegenheitsverkehrsmarkt reguliert werden. Nach Aussage der Hamburger Behörde für Verkehr und Mobilitätswende kann auch mit den bestehenden gesetzlichen Regulierungen eine sinnvolle und vor allem sozialverträgliche Gestaltung des Gelegenheitsverkehrs gelingen (Interview BfVMH). Es stellt sich hierbei jedoch die Frage, inwieweit die zuständigen Behörden auch flächendeckend für diese Aufgabe ausreichend gerüstet sind. Unklar ist dabei auch, welche Sozialstandards zusätzlich zu den bereits bestehenden arbeitsrechtlichen Vorgaben hinzugenommen werden sollen. Die Zahlung des Mindestlohns ist auch jetzt schon verpflichtend, hier mangelt es viel mehr an (technologischen) Kontrollmechanismen und Expertise in den Genehmigungsbehörden (Interview BfVMH).

Eine andere Perspektive auf den Gelegenheitsverkehrsmarkt ermöglichen hingegen die Ridepooling Unternehmen. Neben dem Mindestlohn werden hier auch Tariflöhne gezahlt, auch wenn diese bei weitem nicht dem Tarifniveau im ÖPNV entsprechen. Durch die Neuregelungen im PBefG aus dem März 2021 wird diese Verkehrsform nun durch den § 50 PBefG auf rechtlich eigenständige Füße gestellt. Allerdings zeigen die Entwicklungen in jüngerer Zeit auch, dass die Ridepooling Verkehre in vielen Städten bislang keine solide wirtschaftliche Basis aufbauen konnten. Das Unternehmen CleverShuttle will sich daher stärker auf die neue Möglichkeit des Linienbedarfverkehrs konzentrieren. Hier besteht ebenfalls die Möglichkeit, Ridepooling anzubieten, dann allerdings im Rahmen des ÖPNVs. Wird dieser nicht eigenwirtschaftlich erbracht, besteht die Möglichkeit durch Steuermittel bezuschusst zu werden, dann könnte das Geschäftsmodell auch an Standorten funktionieren, die sich bisher als nicht wirtschaftlich herausgestellt haben. Die Frage, ob eine Bezahlung der Beschäftigten im Bereich des Linienbedarfverkehrs nach den gültigen Tarifverträgen erfolgen muss, wird im juristischen Teil dieser Expertise geklärt.

Im öffentlichen Personennahverkehr sind die Sozialstandards im Geltungsbereich des TV-N als gut einzuschätzen. Die Sozialstandards, die im Personennahverkehr durch die Tarifverträge mit den Landesverbänden des bdo bestehen, müssen als das untere Tarifniveau betrachtet werden und künftig weiter an das Niveau des TV-N angeglichen werden. Derzeit fehlt es in den meisten Bundesländern noch an Regelungen zum Übergang der Beschäftigten bei konkurrierenden Anträgen – dieses Problem würde durch eine Umsetzung des vom Bundesrat vorgeschlagenen Gesetzesentwurfs gelöst. Die Fallbeispiele aus Hildesheim und Pforzheim legen nahe, dass der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit im Liniennahverkehr eine Gefahr für Sozialstandards sein kann. Er ermöglicht Konkurrenzsituationen zwischen öffentlichen und privaten Anbietern, die einen Kostendruck entstehen lassen, der letztlich, wie in Hildesheim geschehen, zu einer Verschlechterung der Sozialstandards oder zum Verlust von Arbeitsplätzen führen kann, wie es der Fall in Pforzheim zeigt. Allerdings hat sich auch gezeigt, dass von der Möglichkeit, einen ewA in Konkurrenz zu einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag oder zu einer der Direktvergabe an das eigene kommunale Unternehmen zu stellen, nur selten Gebrauch gemacht wurde.

Umfassende Forschung zu Sozialstandards im Mobilitätsektor wird derzeit durch unzureichende Daten zu diesem Bereich erschwert. Dies gilt sowohl für den Gelegenheitsverkehr als auch für den Linienverkehr.

Im Bereich des Gelegenheitsverkehrs existieren bislang keine repräsentativen Daten, die eine verlässliche, deutschlandweite Beurteilung der darin anzutreffenden Sozialstandards erlauben. Was das Taxengewerbe betrifft, könnte das Taxidashboard der Hamburger Behörde für Verkehrs und Mobilitätswende ein gewisses Vorbild für eine systematische Datenerfassung durch die amtliche Statistik abgeben. Die in diesem Dashboard zur Beurteilung der wirtschaftlichen Lage des lokalen Taxengewerbes erfassten Informationen beruhen in wesentlichen Teilen auf Daten, die im laufenden Betrieb zu den Fahrleistungen und Umsätzen über sogenannte Fiskal-Taxameter automatisiert erfasst und an verschiedene Dienstleister übertragen werden. In diesem Rahmen lassen sich anhand der ebenfalls erfassten Fahrernummern Einwagenbetriebe ohne weiteres Fahrpersonal, die wahrscheinlich von Soloselbständigen betrieben werden, von den Betrieben mit wahrscheinlich zumindest teilweise abhängig beschäftigtem Personal (Einwagenbetriebe mit mehreren Fahrerinnen oder Fahrern, Mehrwagenbetriebe) unterscheiden.

Auf dieses System zur Gewinnung von systematischen Informationen über die wirtschaftliche Lage im Taxengewerbe ließe sich prinzipiell auch in anderen Kommunen oder Regionen zurückgreifen, soweit die dafür benötigten Taxameter eingesetzt werden. Die Bedingungen hierfür haben sich durch die seit Herbst 2016 verstärkten Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten mit fiskalischem Hintergrund in der deutschen Taxi-Branche wesentlich verbessert. Auf andere Bereiche des Gelegenheitsverkehrs zur Personenbeförderung, also die Beförderungsleistungen mit Mietwagen und gebündeltem Bedarfsverkehr, lässt sich ein entsprechender Ansatz zur quasi-automatischen Datengewinnung wegen der dort fehlenden Taxameter-Hardware nicht einfach übertragen.

Aber auch die über ein prozessbasiertes System wie das Hamburger Taxidashboard ermittelten Daten sind für eine Bewertung von effektiven Sozialstandards und Arbeitsbedingungen nur eingeschränkt geeignet, da die Bezugseinheiten primär das Fahrzeug und das daran geknüpfte Taxiunternehmen sind, nicht jedoch die Fahrerinnen oder der Fahrer. Diese Differenzierung macht einen Unterschied, da die effektive soziale Absicherung und Einkommenslage der Fahrerinnen und Fahrer davon abhängt, ob diese zusätzlich zur Tätigkeit im Gelegenheitsverkehr noch andere Tätigkeiten im Haupt- oder Nebenerwerb. Um die effektiven Arbeitsbedingungen im Taxigewerbe zu erfassen, müsste auch bekannt sein, ob abhängig Beschäftigte ein atypisches Vertragsverhältnis (geringfügig entlohnte Arbeit, befristet) eingegangen sind, wie hoch die effektiv geleistete und entlohnte Arbeitszeit ist, welches Einkommen (inklusive Nebeneinkünften, etwa aus Trinkgeldern) insgesamt erzielt wird, und welche Betriebskosten effektiv von der Fahrerinnen oder dem Fahrer getragen werden. Analog ausdifferenzierte Daten würden auch bei der Bewertung der Sozial- und Arbeitsstandards im Gelegenheitsverkehr mit Mietwagen erforderlich.

Ein Ansatzpunkt, um eigens für Forschungszwecke Daten auf der Personenebene zu erheben, könnte die Fahrerlaubnis zur Fahrgastbeförderung („Personenbeförderungsschein“) sein, die von Personen zu beantragen ist, die in einem Fahrzeug entgeltlich oder geschäftsmäßig Fahrgäste befördern möchten. Ein gültiger Personenbeförderungsschein ist sowohl für den Taxi- als auch den Mietwagenverkehr erforderlich, so dass darüber ein Zugang zu beiden aktuell zentralen Bereichen des Gelegenheitsverkehrs denkbar ist. Zuständig für die Erteilung der Fahrerlaubnis zur Fahrgastbeförderung sind die Fahrerlaubnisbehörden des Wohnsitzes. An dieser Stelle fallen Adressdaten an, die prinzipiell einen Feldzugang eröffnen könnten. Allerdings dürfte eine Offenlegung entsprechender personenbezogener Daten durch die zuständige Behörde für Forschungszwecke ohne Weiteres – insbesondere ohne eine spezifische Einverständniserklärung der Betroffenen – nicht zulässig sein. Eingeholt werden könnte eine solche Einverständniserklärung eventuell im Rahmen der Prüfungen zum Kleinen Fachkundenachweis, den das Fahrpersonal von Taxen, Mietwagen und gebündeltem Bedarfsverkehr erbringen muss.

Selbst wenn Einverständniserklärungen zur Adressweitergabe im Rahmen der Verfahren zur Vergabe von Personenbeförderungsscheinen gewonnen werden können, könnte die damit zu erreichende Stichprobe allerdings nur ein ungenaues Bild liefern. Zunächst dürfte nur ein Teil der Personen, die eine Fahrerlaubnis zur Personenbeförderung beantragen, tatsächlich im Bereich der Taxi- oder Mietwagenverkehre tätig werden. Wesentlicher erscheint aber, dass über diesen Feldzugang primär Personen erreicht werden dürften, die erstmals einen Personenbeförderungsschein beantragen, also neu in diesem Gewerbe sind, während die Gruppe der erfahrenen Fahrerinnen und Fahrer, bei denen die Fahrerlaubnis routinemäßig alle fünf Jahre zu verlängern ist, unterrepräsentiert bleibt.

Ein anderer möglicher Ansatzpunkt zur Bildung einer Stichprobe, um zu Forschungszwecken im Bereich der Gelegenheitsverkehre tätige Personen zu befragen, wären die Gewerbeanmeldungen. Da es sich nach dem PBefG bei einem Taxiunternehmen um ein genehmigungspflichtiges Gewerbe handelt, liegen im Zusammenhang mit dem Erwerb der für eine Gründung erforderlichen Konzession anfallende personenbezogene Informationen bei den zuständigen Stadtverwaltungen oder Landratsämtern vor. Jedoch dürfte wiederum eine Öffnung der Bestandsdaten auch zu Zwecken der Forschung aus Gründen des Datenschutzes sehr schwierig sein. Könnten Einverständniserklärungen zur Weitergabe personenbezogener Daten bei neu beantragten Konzessionen gesammelt werden, kämen auch erneut Verzerrungen durch einen Mangel an etablierten Unternehmen in der Stichprobe zum Tragen. Darüber hinaus sind mit diesem Zugangsweg zwei wesentliche Einschränkungen verbunden: Zum einen können Personen, die für Mehrwagenbetriebe oder Einwagenbetriebe mit mehreren Fahrerinnen oder Fahrern tätig und nicht selbst Unternehmer sind, darüber nicht erreicht werden, so dass eine Verzerrung in Richtung auf Soloselbständige zu erwarten ist. Zum anderen bleiben die Gelegenheitsverkehre mit Mietwagen außen vor, weil hier eine Gewerbeanmeldung nicht zwingend vorausgesetzt ist.

Angesichts der somit sehr eingeschränkten Zugangswege über Daten, die im Zusammenhang mit Genehmigungsverfahren anfallen, ist als Alternative ein eher ungewöhnlicher Weg der Stichprobenbildung für Befragungen auf der Personenebene in Betracht zu ziehen. Es wäre denkbar, wenn auch mit einigem Aufwand verbunden, sowohl im Taxiverkehr als auch im Gelegenheitsverkehr mit Mietwagen einzelne Fahrerinnen und Fahrer nach dem Zufallsprinzip direkt anzusprechen. Dazu müssten zum Zweck der Akquise reale Beförderungsdienstleistungen abgerufen, im Rahmen der Fahrten eine Bereitschaft zur Mitwirkung an einer Befragung zu den persönlichen Arbeitsbedingungen erfragt, und im Fall einer positiven Bereitschaft persönliche Daten für eine spätere Kontaktierung zur Durchführung der eigentlichen Befragung aufgenommen werden. Jedoch ist auch dieser Zugangsweg nicht ohne substanzielle Probleme. Erstens könnte das Vorhaben auf Widerstände bei Unternehmen mit abhängig beschäftigten Fahrern stoßen, die keine Offenlegung der bei ihnen vorhandenen Sozial- und Arbeitsstandards wünschen. Zweitens lassen sich die auf diese Weise erzielten Ergebnisse kaum hochrechnen. Da keine Informationen über die Struktur der Grundgesamtheit bekannt sind, lassen sich erwartbare Selektivitäten infolge einer nicht zufällig verteilten Teilnahmebereitschaft praktisch nicht korrigieren. Drittens müsste sich die Erhebung aus wirtschaftlichen Gründen wegen der aufwändigen Prozedur zur Akquise der zu Befragenden wahrscheinlich auf nur wenige Standorte beschränken. Um die praktische Machbarkeit eines solchen Ansatzes zur Gewinnung quantitativer Informationen zu den Sozialstandards im Bereich der Gelegenheitsverkehre außerhalb des gebündelten Bedarfsverkehrs zu erproben, sollte unbedingt zunächst eine Pilotierung an einzelnen ausgesuchten Standorten vorgenommen werden.

Insgesamt gesehen erscheinen die Möglichkeiten, belastbare Daten zur sozialen Absicherung sowie den Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen im Bereich der Personenbeförderung mit Taxis und Mietwagen für die Forschung zu erschließen, ungünstig. Diese Ausgangslage spricht dafür, primär qualitative Annäherungen an den Gegenstand zu verfolgen. Fokusgruppen wären ein ziemlich niedrigschwelliger und rasch umsetzbarer Ansatz, um unterschiedliche Erfahrungen verschiedener

Akteure (Unternehmerinnen und Unternehmer mit Betrieb von einzelnen oder mehreren Fahrzeugen, abhängige beschäftigte Fahrerinnen und Fahrer, Sozialpartner und einschlägige Interessenverbände, Kommunen) konzentriert und systematisch zu erfassen. Eine aufwändigere, dafür aber auch tiefer gehende Alternative wäre die Durchführung umfassender Fallstudien auf Basis von individuellen oder Gruppeninterviews mit verschiedenen relevanten Stakeholdern, wobei bei der Auswahl der Standorte eine gezielte Auswahl und Schichtung nach relevanten lokalen Merkmalen (Gemeindegröße, Stadt-Land, Struktur der örtlichen Verkehrsangebote und Verkehrsträger) vorzunehmen wäre. Durch Wahl einer ganzheitliche Perspektive auf die Struktur des lokalen Mobilitätsgewerbes ließen sich auch Einschätzungen dazu gewinnen, wie die Wettbewerbsbedingungen vor Ort – insbesondere der Grad der Konkurrenz für das Taxigewerbe durch das Angebot an Gelegenheitsverkehren durch Mietwagen – und kommunale Vorgaben die effektiven Sozialstandards und Arbeitsstandards beeinflussen.

Auch im Falle des Liniennverkehrs im ÖPNV gestaltet es sich bislang schwierig, die vorhandenen Sozialstandards und gegebenenfalls deren Veränderung durch die Konkurrenz eigenwirtschaftlich angebotener Verkehre deutschlandweit einzuschätzen. Um entsprechende Daten zu erheben, kommen in erster Linie die Unternehmen, die Verkehrsleistungen im Liniennverkehr erbringen, und die Kommunen als Aufgabenträger in Betracht. Beide Ebenen könnten prinzipiell durch flächendeckende Befragungen angesprochen und erreicht werden.

Die Anzahl der Unternehmen, die im Liniennahverkehr des Schienennahverkehrs und des gewerblichen Straßenpersonenverkehrs tätig sind, ist überschaubar: 2018 waren in diesem Verkehrsbereich insgesamt nur 2.164 Unternehmen aktiv (vgl. Tabelle 4.1). Die 350 öffentlichen Unternehmen, die nach der Anzahl der Fahrgäste und den übrigen Leistungsdaten den Liniennahverkehr dominieren, sind nahezu vollständig im VDV organisiert und dürften für den Zweck einer Befragung zur wissenschaftlichen Untersuchung zur Ausprägung von Sozialstandards im Liniennahverkehr des ÖPNV über diesen Verband relativ leicht zentral ansprechbar sein. Der Bereich der – vielfach kleinen – privaten Leistungserbringer im Liniennahverkehr des ÖPNV ist dagegen stärker fragmentiert. Jedoch sind auch in diesem Bereich Verbandsstrukturen anzutreffen, über die ein Feldzugang gelegt werden könnte. Prinzipiell (wenn auch mit mehr Aufwand) ließen sich Kontaktdaten der in diesem Bereich aktiven privaten Unternehmen auch auf Grundlage gängiger Unternehmensdatenbanken ermitteln. Eine flächendeckende Befragung der im Markt für Liniennahverkehre aktiven Unternehmen zu den bei ihnen anzutreffenden Sozialstandards und diese systematisch prägenden Faktoren (wie insbesondere Tarifbindung) könnte allerdings mit Risiken verbunden sein. So könnte sich eine relativ geringe Rücklaufquote ergeben, da die Bereitschaft zur Mitwirkung von Unternehmen an Befragungen für wissenschaftliche Zwecke erfahrungsgemäß generell recht schwach ausgeprägt ist. Im vorliegenden Kontext kann wegen der recht kleinen Grundgesamtheit bei einer niedrigen Rücklaufquote die realisierte Nettostichprobe für statistisch belastbare Ergebnisse leicht zu klein werden. Darüber hinaus ist mit Verzerrungen durch Selektivitäten in der Teilnahmebereitschaft zu rechnen, da Unternehmen mit eher niedrigen Sozialstandards systematisch seltener Fragen zu diesem Thema beantworten dürften. Diese Verzerrungen lassen sich eine Selektionskorrektur anhand anderer beobachteter Merkmale der Unternehmen kaum eliminieren.

Statt sich nicht an der Befragung zu beteiligen, könnten Unternehmen mit niedrigen Sozialstandards auch versuchen, diese zu verschleiern und diesbezüglich zu positive Antworten abzugeben. Eine denkbarer Ansatzpunkt, ein solches Verhalten zu begrenzen oder zumindest aufzudecken, wäre die Anlage der Befragung als verbundene Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Befragung. Allerdings ist ein solches Design erfahrungsgemäß relativ schwer in der Praxis zu implementieren, insbesondere, wenn thematisch aus Sicht des Arbeitgebers heikle Themenfelder im Fokus der Befragung liegen. Da der Zugang zu den Beschäftigten keineswegs unabhängig von und ohne Kenntnis des Arbeitgebers erfolgen kann, könnte zum einen die Mitwirkungsbereitschaft der Unternehmen sinken. Zum

anderen könnte der Arbeitgeber die Auswahl der mitwirkenden Beschäftigten oder deren Antworten beeinflussen, um ein negatives Bild des Unternehmens zu vermeiden.

Eine Möglichkeit, um unabhängige beschäftigtenseitige Eindrücke zu den Arbeitsbedingungen in Unternehmen zu gewinnen, sind Arbeitgeberbewertungsportale, wie etwa die Marktführer Kununu und Glassdoor. Allerdings sind die auf diesen Portalen zu findenden Bewertungen nicht leicht zu verarbeiten, da diese textanalytisch ausgewertet müssen. Im vorliegenden Kontext ist darüber hinaus damit zu rechnen, dass insbesondere die überwiegend kleinen privaten Anbieter im Markt für Liniennahverkehre, deren Arbeitsbedingungen besonders interessieren, häufig gar nicht oder nur mit zu wenigen Bewertungen auf diesen Plattformen abgebildet sind.

Der alternative Anker für eine flächendeckende Erhebung zu Sozialstandards im Liniennahverkehr sind die Kommunen. Diese müssten dafür Auskünfte über die in ihrem Zuständigkeitsbereich im Linienverkehr des ÖPNV tätigen Unternehmen erteilen. Allerdings ist unklar, inwieweit diese über Dritte auskunftsfähig sind, soweit diese als Aufgabenträger keine sozialen Vorgaben machen. Unmittelbar auskunftsfähig sollten Kreise und kreisfreie Städte (oder die diese Aufgabe von diesen teils übernehmenden Zweckverbände) zu den Fragen sein, ob die von ihnen aufgestellten Nahverkehrspläne Vorgaben zu sozialen Standards enthalten, und wie diese gegebenenfalls ausgestaltet sind. Die bestehende Informationslücke zum Ist-Zustand der Nahverkehrspläne in Bezug auf die Sozialstandards sollte durch eine flächendeckende Erhebung bei den Kommunen relativ leicht zu schließen sein. Allerdings bräuchte die erfolgreiche Durchführung eines diesbezüglichen Forschungsvorhabens für eine gute Mitwirkungsbereitschaft möglichst eine Unterstützung durch die kommunalen Spitzenverbände sowie die Bundes- und Länderebene.

Zu bedenken ist jedoch, dass eine einmalige Erfassung des Status quo den Dynamiken, die sich in diesem Kontext durch eigenwirtschaftlich beantragte Verkehre lokal entfalten, nicht gerecht wird. Vielmehr müssten anzustoßende flächendeckende Befragungen im Rahmen länger laufender Forschungsvorhaben mehrmals wiederholt werden. Eine in einem kürzeren Zeitrahmen realisierbare Alternative wäre, bereits eingetretene Veränderungen retrospektiv und erwartete künftige Veränderungen zu erheben. Dieser Ansatz wäre auch weniger anfällig gegen Panelausfälle, wie sie bei einer Wiederholungsbefragung auftreten dürften, hat aber den Preis eines ungenaueren Antwortverhaltens.

Ergänzend zu einer möglichst umfassenden Erhebung von Daten bezüglich der im Bereich der Liniennahverkehre vorherrschenden Sozialstandards erscheinen qualitativ orientierte Fallstudien in Regionen, in denen sich die Wettbewerbslage durch erfolgreich beantragte eigenwirtschaftliche Verkehre markant geändert hat, empfehlenswert. Diese konnten im Rahmen dieser Expertise nur auf einem basalen Niveau durchgeführt werden, sollten aber in weiterführender Forschung deutlich vertieft werden. Umfassende Fallstudien würden es erlauben, Motivlagen und Reaktionen der bei Stellung und Bewertung eines eigenwirtschaftlichen Antrags zentralen Akteure (beantragendes Unternehmen, Genehmigungsbehörden, kommunaler Aufgabenträger, Sozialpartner) zu erkennen, sowie die im Prozess eventuell induzierten Veränderungen der Sozialstandards für die im Bereich des ÖPNV Beschäftigten im Detail nachzuzeichnen. Auf Basis einer Sammlung detailliert analysierter Einzelfälle herausgearbeitete Problemlagen können systematische Hinweise liefern auf zielführende Adjustierungen in der Behandlung beantragter eigenwirtschaftlicher Verkehre bzw. des dafür maßgeblichen rechtlichen Rahmens, um im Liniennahverkehr einem Wettbewerb zulasten fairer Arbeitsbedingungen entgegenzusteuern.

Teil B Bewertung rechtlicher Handlungsmöglichkeiten

6. Einleitung

6.1 Sachverhalt und Rechtsfragen

Der erste Teil dieser Expertise hat die Entwicklung und den Status Quo der Sozialstandards in Teilbereichen des Mobilitätsgewerbes – dem Gelegenheitsverkehr und dem ÖPNV mit Fokus auf dem Liniennahverkehr insbesondere mit Bussen – beschrieben. Die Untersuchung insbesondere der Arbeitsbedingungen, Gratifikationsstrukturen und Arbeitsbeziehungen lässt Herausforderungen erkennen, die sich im Hinblick auf die Sicherung von Sozial- und Arbeitsstandards infolge von sich dynamisch verändernden Wettbewerbsbedingungen in diesen Teilen des Mobilitätsgewerbes ergeben. Die Analyse von Fallbeispielen und Akteurspositionen zeigt einige Ansatzpunkte auf, wie eine Absenkung von Sozial- und Lohnniveaus zur Erzielung von Wettbewerbsvorteilen im Personenbeförderungsmarkt – Gelegenheitsverkehr und ÖPNV – praktisch verhindert werden könnte. Davon ausgehend wendet sich Teil B dieser Expertise der Darstellung und rechtlichen Bewertung diesbezüglicher Handlungsmöglichkeiten zu.

Die sich stark entwickelnden neuen digital vermittelten Mobilitätsangebote im Bereich der gewerblichen Personenbeförderung mit Personenkraftwagen bergen auf rechtlicher Ebene eine Vielzahl an Fragestellungen – insbesondere unter Berücksichtigung des Umstands, dass der Gesetzgeber im Mobilitätsgewerbe jüngst tätig geworden ist: Das Gesetz zur Modernisierung des Personenbeförderungsrechts vom 16. April 2021 (BGBl. I S. 822) integriert Beförderungsangebote in den bestehenden Rechtsrahmen des Personenbeförderungsgesetzes (PBefG) durch Schaffung eigener Rechtsgrundlagen. Die Änderungen sind dabei so ausgestaltet, dass zwischen den unterschiedlichen Gelegenheitsverkehrsformen – Taxi, Mietwagen und der neuen Verkehrsform „gebündelter Bedarfsverkehr“ – ein fairer Ausgleich (*level playing field*) gewahrt bleiben soll und die Kommunen entsprechende Steuerungsmöglichkeiten erhalten.

Von Anfang an wurde die Entwicklung der neuen digital vermittelten Mobilitätsangebote im Personenbeförderungsmarkt (z.B. Uber) von der Diskussion begleitet, ob sie mit fairen Tätigkeitsbedingungen und ausreichendem Sozialschutz einhergehen. Dabei ist zu unterscheiden zwischen dem Vermittler der Dienstleistung, dem Beförderungsunternehmen und dem Fahrpersonal. In der öffentlichen Diskussion stehen vor allem Geschäftsmodelle, die nicht mit Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, sondern mit Solo-Selbstständigen als Beförderungsunternehmen und/oder Fahrpersonal operieren. In dem neuen § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG ist geregelt, dass die Genehmigungsbehörden (Kommunen) im gebündelten Bedarfsverkehr Vorgaben zu Sozialstandards, wie zum Beispiel Regelungen zu Arbeitszeiten, Entlohnung und Pausen, treffen können. Dies steht im Ermessen der jeweiligen Genehmigungsbehörde. In diesem Zusammenhang ergeben sich insbesondere die Fragen:

- *Bietet diese Regelung für die Genehmigungsbehörden eine Grundlage, damit sie bei Bedarf wirksame, über die allgemeinen Regelungen des Arbeits- und Sozialrechts hinausgehende Vorgaben zu den Tätigkeitsbedingungen und dem sozialen Schutz der Personen, die die Beförderungsleistung erbringen, machen können?*
- *Sofern das nicht der Fall sein sollte: liegt dies daran, dass entweder Regelungslücken bestehen oder die geltenden Regelwerke unzureichend sind? Wo könnten in der Praxis Anwendungsprobleme auftauchen?*

Auch innerhalb des öffentlichen Personennahverkehrs stellt sich die Frage nach der Einhaltung von Sozialstandards bei eigenwirtschaftlichen Verkehren. Diese sind weder nach EU-Recht (Verordnung

(EU) Nr. 1370/2007) noch nach nationalem Recht (PBefG) zur Einhaltung sozialer Standards verpflichtet bzw. die Nichteinhaltung von sozialen Standards stellt keinen Ablehnungsgrund dar, wenn ein eigenwirtschaftlicher Verkehr einen Konkurrenzantrag zur vom Aufgabenträger beabsichtigten Vergabe an einen sog. gemeinwirtschaftlichen Verkehr beabsichtigt. Diese Situation wird insbesondere von den Gewerkschaften als unbefriedigend und wettbewerbsverzerrend empfunden. Die Kritik richtet sich neben der Frage der fehlenden Tarifbindung u.a. auch auf die Frage der verpflichtenden Übernahme der Beschäftigten im Falle eines erfolgreichen Konkurrenzantrages eines eigenwirtschaftlichen Verkehrs aufgrund einer Vorabbekanntmachung. In diesem Zusammenhang stellen sich die folgenden Fragen:

- *Welche sozialen Schutzstandards für die Beschäftigten im ÖPNV werden mit den bereits geltenden Regelungen ausreichend sichergestellt? Gibt es typische Situationen, die nicht abgesichert sind und wie könnten sie in Gestalt von vorgegebenen Sozialstandards abgesichert werden?*
- *Könnten eigenwirtschaftliche Verkehre genehmigungsrechtlich vom Verfahren ausgeschlossen werden, wenn sie Sozialstandards nicht anbieten bzw. davon abweichen?*
- *Wenn für eigenwirtschaftliche Verkehre die gleichen sozialen Standards gelten sollen wie für gemeinwirtschaftliche Verkehre, müssten die eigenwirtschaftlichen Verkehre dafür einen staatlichen finanziellen Ausgleich bekommen? Inwieweit wäre ein derartiger finanzieller Ausgleich möglich, ohne den Charakter der Eigenwirtschaftlichkeit aufzuheben?*

Das übergreifende politische Ziel der Modernisierung des PBefG ist ein fairer Ausgleich hinsichtlich der Tätigkeitsbedingungen, der sozialen Schutzstandards und der Wettbewerbsbedingungen nicht nur innerhalb der Gelegenheitsverkehrsformen, sondern auch hinsichtlich der Tätigkeitsbedingungen, der sozialen Schutzstandards und der Wettbewerbsbedingungen im Bereich des ÖPNV zwischen eigenwirtschaftlichem und gemeinwirtschaftlichem Verkehr. Eine Absenkung von Sozial- und Lohnstandards zur Erzielung von Wettbewerbsvorteilen soll damit wirksam verhindert werden.

Vor diesem Hintergrund werden im Folgenden die Regelungsmöglichkeiten zur Absicherung von Sozialstandards im Mobilitätsgewerbe, insbesondere mit Bezug auf die neue Verkehrsform gebündelter Bedarfsverkehr und die eigenwirtschaftlichen Verkehre im ÖPNV, rechtlich umfassend untersucht.

Dazu bedarf es der Klärung von Rechtsfragen zunächst bezüglich des Gelegenheitsverkehrs. Es ist zu erörtern, ob eine weitere Konkretisierung der Vorgaben zu Sozialstandards für das Fahrpersonal im gebündelten Bedarfsverkehr, die die Kommunen treffen können, rechtlich möglich und sinnvoll ist und wie eine Konkretisierung aussehen könnte. Zudem ist zu diskutieren, ob damit auch als Fahrer tätige Personen erfasst werden können, die als (Solo-)Selbstständige tätig sind und eine vergleichbare Schutzbedürftigkeit wie dort tätige Arbeitnehmer aufweisen?

Zudem ergeben sich weitere Rechtsfragen bezüglich des öffentlichen Personennahverkehrs. Hierbei ist zu klären, ob eigenwirtschaftliche Verkehre genehmigungsrechtlich vom Verfahren ausgeschlossen werden können, wenn sie Sozialstandards nicht anbieten bzw. davon abweichen. Daran anknüpfend stellt sich die Frage, ob im Rahmen der Vergabe oder Genehmigung die Anwendung eines Tarifvertrages vorgegeben werden kann.

Den Gelegenheitsverkehr und den öffentlichen Personennahverkehr übergreifend ist zu diskutieren, welche Kompetenzebene sinnvollerweise soziale Standards vorgeben könnte oder sollte (Bund, Länder, Kommunen), und auf welcher Ebene und ggf. in welchem Regelwerk dieser Ebene

Regelungen erfolgen sollten (z.B. per Gesetz oder Rechtsverordnung; kommunale Satzung, Erlass; Tarifvertrag; Vorabkennzeichnung und/oder Nahverkehrsplan).

6.2 Gang der juristischen Untersuchung

Die Suche nach einer Antwort auf diese Fragen betritt juristisches Neuland. Sie muss sich schrittweise vorantasten. Am Anfang stehen eine Sichtung der Grundlagen und der Instrumente der Sozialstandards im Arbeitsrecht (Kapitel 7.1). Eine sinnvolle Antwort auch für den Mobilitätssektor kann nicht gefunden werden, ohne das Wechselspiel zwischen gesetzlicher Regel als Minimum des Arbeitnehmerschutzes und dem Tarifvertrag als dem Schutz durch kollektive Akteure hin auf das Angemessene, ggfs. ergänzt durch Vereinbarungen auf Betriebsebene. Der Gesetzgeber und die kollektiven Akteure gemeinsam kompensieren das strukturelle Ungleichgewicht zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber – und schon hier ist eine erste Sichtung erforderlich, wie weit dieses Schutzkonzept des Arbeitsrechts seiner Struktur, seinen Zielen und seiner Systematik nach auch Selbstständige erfassen kann.

Ist der Boden so bereitet, kann die Untersuchung weitergehen zu einem Blick auf die Verkehrsformen des Personenbeförderungsgesetzes innerhalb und außerhalb des ÖPNV (Kapitel 7.2). Es gilt die eigenwirtschaftlichen und die bestellten Verkehre als konkurrierende Anbieter zu identifizieren und in ihre rechtlichen Rahmenbedingungen einzuordnen. Es bietet sich damit an, ausgehend von den Zielen und Aufgaben des Personenbeförderungsgesetzes (Kapitel 7.2.1) die verschiedenen Verkehrsarten von Linienverkehr und Gelegenheitsverkehr in ihren Bewirtschaftungsformen eigenwirtschaftlich und gemeinwirtschaftlich zu ordnen (Kapitel 7.2.2 und 7.2.3). Die unterschiedlichen Regelungsmechanismen sind ebenso zu bewerten wie der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit nach § 8 Abs. 4 PBefG. Schwieriger wird dann die präzise Beschreibung der Konkurrenzsituation und der sie bestimmenden Kostenfaktoren, soweit sie juristisch bedingt sind (zu anderen Dingen mögen sich Ökonomen äußern).

Die Darstellung kann dann fortschreiten zu den sektorspezifischen Vorgaben zur Erfüllung der Sozialstandards *de lege lata* (Kapitel 7.2.4). Zunächst denkt man hierbei an die Tariftreuerregelungen der Länder und dieses Panorama ist aufzublättern und auf seine Gemeinsamkeiten, seine Unterschiede und praktischen Probleme hin zu prüfen. Umfangreiche Literatur ist hier bereits vorhanden, doch sind die Dinge im Fluss, wie insbesondere neuere Gesetzgebung etwa in Thüringen und im Saarland deutlich machen. Ergänzt wird dies durch die Regelung der Länder zum Nahverkehrsplan, wofür exemplarisch § 8 Abs. 3 S. 2 ÖPNV-Gesetz NRW steht. Die Norm hat nun eine gewisse praktische Erfahrung gebracht und auch diese gilt es – soweit möglich und dokumentiert – in die Untersuchung mit einzubeziehen. Es folgt dann der Brückenschlag zur Genehmigung und eben ein erster Blick auf den neuen § 50 Abs. 4 S. 3 Personenbeförderungsgesetz, der in das bisherige System eingeordnet wird, bevor dann nach eigenständigen europarechtlichen Sicherungen gefragt wird, wie sie etwa in § 30 Abs. 3 des Berliner Mobilitätsgesetzes genannt werden. Damit ist die Grundlage gelegt für eine erste juristische Bestandsaufnahme (Kapitel 7.2.5), die dann fließend übergehen kann in einen Blick auf das, was nun geschaffen wurde.

Vom Generellen geht es zum Besonderen. Es gilt neue Instrumente zur Etablierung von Sozialstandards über das Arbeitsrecht hinaus zu entwickeln. § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG soll im rechtssystematischen Zugriff vorgestellt werden (Kapitel 7.3). Zunächst wird er eingeordnet in das Genehmigungsverfahren nach § 2 PBefG (Kapitel 7.3.1), bevor dann der konkretisierende Blick auf die „Arbeitszeiten, Entlohnung und Pausen“ geworfen wird (Kapitel 7.3.2). Es bedarf der Klärung der Begriffe: Was ist mit Arbeitszeit und Pausen gemeint? Was sind Regelungen der Entlohnung? Verschiedene Vorgaben sind möglich, etwa die Vorgaben von Tarifverträgen (insb. von repräsentativen Tarifverträgen), aber auch die Vorgabe von ortsüblichen Standards, wie sie sich z.

Bsp. in § 72 Abs. 3 S. 2 SGB XI für den Bereich der Pflege etabliert haben. Oder aber auch der vergabespezifische Mindestlohn, den der EuGH bereits vor sechs Jahren als europarechtskonform anerkannt hat,¹⁵ kann hier gesetzgeberische Perspektive bieten. Bei all dem aber benennt § 50 Abs. 4 PBefG die Voraussetzung „Schutz des öffentlichen Verkehrsinteresses“. Was ist damit gemeint? Der denkbar weite Begriff ist zu konkretisieren und ein Blick, auf das, was unter öffentlichem Interesse bei der Allgemeinverbindlicherklärung gemeint ist, wo es ja auch um Sozialstandards geht, kann hier erste Hilfe bieten (Kapitel 7.3.3). Es ist zu klären, wo der Unterschied zwischen öffentlichem Interesse allgemein und öffentlichem Verkehrsinteresse liegt und wo mögliche Chancen und Defizite des § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG liegen (Kapitel 7.3.4).

Danach ist die zweite Neuerung dieses Gesetzes in den Blick zu nehmen, die (klarstellend?) den Unternehmensbegriff auf den Vermittler und Organisator erweitert (Kapitel 7.4). Auch er soll Unternehmer im personenbeförderungsrechtlichen Sinne sein, doch die Frage ist, wann liegt eine organisatorische und vertraglich verantwortliche Kontrolle von Vermittlung und Durchführung von Beförderung vor? Dies ist in Kapitel 7.4.1 und 7.4.2 näher zu erörtern. Ferner ist zu klären, welche Pflichten denn dem Vermittler auferlegt werden, der keine Genehmigung braucht, weil er eben nur Vermittler ist (Kapitel 7.4.3). Sozialstandards sind es nicht, aber es fragt – wichtige Frage des Gutachtens – ob man das ändern könnte. Wichtig aber ist das, was die Gesetzesbegründung vollständig offenlässt: Was sind die Konsequenzen der Unternehmereigenschaft eines Beförderers, der auch vermittelnd tätig ist? Wodurch unterscheiden sich die Verpflichtungen dessen, der selbstständig die Leistung erbringt oder sie nur organisiert oder vermittelt? Schließlich soll untersucht werden, ob mit der Gesetzesänderung Rechtsunsicherheiten verbleiben und Umgehungsmöglichkeiten bestehen (Kapitel 7.4.4).

Die vielen Fragen hören hier nicht auf, denn der nächste Schritt geht in den Kern des Anliegens des Gutachtens (Kapitel 7.5). Was sind mögliche Wege zu höheren Sozialstandards und wo liegen deren verfassungs- und europarechtlichen Grenzen? Man mag zunächst in der Suche nach neuen Wegen an die Tariftrübesetzgebung denken, geben hier die Länder doch zahlreiche Vorbilder. Erfasst werden hier freilich nur Vergabesachverhalte und damit bleiben wesentliche Aspekte des Verkehrs außen vor – überall dort, wo es eben nicht zu einer Vergabe kommt. So ist denn der Gesetzgeber nun konsequent den Schritt zur Bindung der Genehmigung an Sozialstandards gegangen und die Frage ist, ob das, was § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG verlangt, auf die Genehmigung anderer Verkehrsformen erstreckt werden kann. Die Vorgabe von Sozialstandards kann aber ggfs. auch im Nahverkehrsplan erfolgen, wie es der Koalitionsvertrag aus März 2018 ja ausdrücklich erwogen hat. Ob dies tatsächlich möglich ist, geht nicht ohne den Blick auf die Funktion des Nahverkehrsplans und ohne einen Blick auf das Beispiel des bereits erwähnten § 8 Abs. 3 S. 2 ÖPNV-Gesetz NRW, der eben dies vorsieht. Daneben geht als nächster Schritt die Vorabbekanntmachung als möglicher Punkt zur Vorgabe von Sozialstandards. Hier hat die ehemalige Gesetzesinitiative eines § 8a Personenbeförderungsgesetz ein Modell vorgelegt, dass geprüft werden kann (BT-Drucksache 18/11748). Auch hier muss wieder geklärt werden, was die Funktion einer Vorabbekanntmachung ist und ob die Ableitungen tatsächlich in einem Bundesgesetz auch landesgesetzliche Genehmigungen erfassen kann – föderale Fragen drängen sich auf. All diese Instrumente werden im Kapitel 7.5.1 ausführlich dargestellt.

Dies ist jedoch nur eine Seite der Medaille. Es gilt in einem nächsten Schritt zu einer Konkretisierung der Sozialstandards zu kommen, wie sie im Gesetzgebungsverfahren zu § 50 Abs. 4 S. 3 Personenbeförderungsgesetz ja versucht wurden, aber eben in den Ansätzen „Arbeitszeiten, Entlohnung und Pausen“ stecken geblieben ist. Schon dies war ein weiterer Schritt als der

¹⁵ EuGH, Urt. vom 17. Nov. 2015 – Rs. C-115/14, ZfBR 2016, 172.

ursprüngliche Entwurf, doch bleibt dies deutungssoffen, sodass gefragt wird, wie man präzise werden kann (Kapitel 7.5.2).

Gänzlich neue Aspekte kommen dann in dem nächsten, nach der Konzeption des Gutachtens notwendigen Schrittes: Wie weit kann es auch zu einer Streckung höherer Sozialstandards im Hinblick auf den Schutz von Selbstständigen gelingen? Juristisch ist das Neuland. Die aktuelle Diskussion über den Schutz von Selbstständigen ist zwar weit und wird in anderen Branchen auch gefasst. Viele Ansätze sind denkbar, Mindestentgelte durch Kunden oder Vermittler, Arbeitszeiten, die auch für Selbstständige vorgeschrieben werden (wie im Kraftfahrzeugverkehr), die Einbeziehung in die Sozialversicherung (wie sie im Koalitionsvertrag ja vereinbart war für die Rentenversicherung und für die Krankenversicherung schon vorgezeichnet ist), aber auch die Frage, was das für die Verpflichtung von Vermittlern heißt und wie weit eine Unterscheidung nach Verkehrsformen sinnvoll oder möglich ist, wird zu prüfen sein (Kapitel 7.5.3). Für den Mobilitätssektor fehlen solche Überlegungen bislang – und auch für das Vergaberecht.

Das alles, was dann an Lösungen herausgearbeitet wurde, bedarf der Prüfung, ob der deutsche Gesetzgeber hier entsprechende Regelungsfreiheiten überhaupt hat: Es geht um die verfassungsrechtlichen und auch um die europarechtlichen Grenzen. Ausgehend vom Schutz der Wettbewerbsfreiheit nach Art. 12 GG ist nach den Maßstäben zur Rechtfertigung solcher Berufsausübungsregelungen zu fragen und diese herunterzubrechen auf eine mögliche Rechtfertigung (Kapitel 7.5.4). Daneben steht als eigenständige – und wohl herausforderndere – Frage die europarechtlichen Grenzen, die die Dienstleistungsfreiheit und die sekundärrechtlichen Konkretisierungen in Art. 4 Abs. 4 a, 5 und 6 der VO (EG) 1370/2007 im Blick haben muss. Die Dienstleistungsfreiheit ist hier zunächst der Ausgangspunkt, der geprüft, in der Entwicklung der Verordnung nachgezeichnet und mit der Entwicklung der Entsenderichtlinien zu vorsichtigen Schlussfolgerungen zusammengeführt werden muss. Auch hier geht es darum, an den Maßstäben der Rechtfertigung, die das Europarecht vorgibt, Schlussfolgerungen zu ziehen (Kapitel 7.5.5).

In einem letzten Schritt sind dann die Ergebnisse in klarer Ordnung zusammenzufassen und so zukünftiger Politik Hinweise für mögliche Regulierungen im Sinne einer effektiveren, angemessenen und systemkonformen Etablierung von Sozialstandards im Mobilitätsgewerbe zu geben (Kapitel 7.5.6).

7. Rechtsausführungen

7.1 Grundlagen und Instrumente der Sozialstandards im Arbeitsrecht

Die Suche nach den richtigen Sozialstandards im Mobilitätsgewerbe wirft ganz grundsätzliche Fragen auf: Welche Sozialstandards sind angemessen? Und welche sind angemessen für den Mobilitätssektor? Aus der Funktion des Arbeitsrechts lässt sich das alleine nicht heraus beantworten. Unbestritten: Das Arbeitsrecht dient dem Arbeitnehmerschutz. Es will das strukturelle Ungleichgewicht zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite ausgleichen. Vertragsfreiheit ist erst gegeben, wenn der Vertragsschluss für beide Seiten echte Entscheidungsfreiheit realisiert. Nur diese gewährleistet die Angemessenheit des Vertrags. Das Bundesverfassungsgericht bringt es auf den Punkt: „Dass der einzelne Arbeitnehmer sich beim Abschluss von Arbeitsverträgen typischerweise in einer Situation struktureller Unterlegenheit befindet, ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anerkannt [...] Die von Verfassung wegen zu berücksichtigende strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers besteht nicht nur bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses, sondern auch im bestehenden Arbeitsverhältnis. Der einzelne Arbeitnehmer ist typischerweise ungleich stärker auf sein Arbeitsverhältnis angewiesen als der Arbeitgeber auf den einzelnen Arbeitnehmer.“¹⁶

Ziel der Vertragsfreiheit ist damit der Schutz der gegenseitigen Einwirkung zum Richtigen hin, letztlich der Schutz des angemessenen Vertrags. Aber: Der Vertrag allgemein, und der Arbeitsvertrag im Besonderen ist nicht schon angemessen, weil er übereinstimmend gewollt ist. Er ist jedoch zumeist übereinstimmend gewollt, weil er angemessen ist, weil beide Parteien ihn für einen angemessenen Ausgleich ihrer Interessen halten. Hier ist es effizient und wohlförderungsfördernd, die Einigung zum bindenden Vertrag werden zu lassen, denn sie ermöglicht die optimale Allokation der Güter. Existieren keine Transaktionskosten, ist also eine Einigung der Betroffenen ohne Hindernisse und Aufwand möglich, dann birgt diese Einigung das gesamtwirtschaftlich bestmögliche, man sagt auch: das pareto-optimale Ergebnis. Die Parteien eines Vertrags wissen in der Regel am besten, was sie wollen, und wofür sie bereit sind, eine Gegenleistung zu geben, oder in den Worten des großen Zivilrechtlers *Schmidt-Rimpler* bereits 1941: „Niemals hat man feineres Gerechtigkeitsgefühl, wägt man ... sorgsamer die individuelle Zweckmäßigkeit ab, als wenn es um eigene Nachteile oder Lasten geht“.¹⁷ Wo sie irren und eine Interessenkongruenz in Wahrheit nicht gegeben ist, wo die angemessene Einigung besser und anders bestimmt werden kann, da liegt die Legitimation zur Durchsetzung der Einigung in anderen Gründen oder sie fehlt – und dann darf die Rechtsordnung den Vertrag nicht durchsetzen.

Es spricht also viel dafür, dass der Schutz und die rechtliche Durchsetzung des Arbeitsvertrags nicht bereits durch den übereinstimmenden Willen der Parteien legitimiert sind, sondern durch die Angemessenheit des Vertrags. Eben deshalb bedarf es gesetzlicher Rahmenbedingungen. Im übereinstimmenden Willen der Parteien nun liegt ein Indiz der Angemessenheit, mehr aber auch nicht. Wenn damit der Schutz des Vertrags in seiner Angemessenheit begründet ist, so sind die Fälle herauszuarbeiten, in denen die Angemessenheit nicht gewährleistet ist und der Vollzug der Einigung daher nur auf wechselseitiger Freiwilligkeit, nicht aber staatlichem Zwang begründet sein sollte, wenn nicht andere Gründe die Verbindlichkeit des Vertrags fordern. Dies ist – so mag man es in einer Faustformel verdichten – überall dort der Fall, wo eine Partei ihre Interessen nicht richtig formuliert

¹⁶ BVerfG v. 23.11.2006 - 1 BvR 1909/06, Rn. 50, NZA, 2007, 85.

¹⁷ *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), S. 130, 151.

(wo sie also irrt) oder aber – und das ist der entscheidende Punkt des Arbeitsrechts – wo sie sie nicht gleichgewichtig in die Verhandlungen einbringen kann.

Arbeitsrecht schränkt daher die Vertragsfreiheit nicht ein, sondern schützt sie. Freilich ist stets zu fragen, wo die Grenze ist – auch bei der Frage nach der Angemessenheit von Sozialstandards, die sich eben nicht durch die bloße Einigung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer ergeben, sondern staatlicherseits vorgegeben sind. Bei der Frage nach Sozialstandards geht es im vorliegenden Zusammenhang nicht um den allgemeinen gesetzlichen Mindestrahmen, der überall gilt. Eine Bereichsausnahme des Entgeltfortzahlungsgesetzes, des Bundesurlaubsgesetzes oder des Mindestlohngesetzes im Mobilitätssektor besteht nicht. Wer also danach fragt, wie Sozialstandards in diesem Bereich geschaffen oder gestärkt werden können, der fragt nach weitergehendem Schutz. Der aber wird gewöhnlich nicht durch den Gesetzgeber, sondern durch die kollektiven Akteure des Arbeitsrechts, durch Gewerkschaften und Betriebsräte durch Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen geschaffen. Der Tarifvertrag sagt nicht, was notwendig ist, sondern was angemessen ist. Diese Angemessenheitsvermutung, die ihm innewohnt, reicht weiter als der gesetzliche Mindestschutz, kann zuweilen aber auch hinter ihn zurückfallen, eben weil der Gesetzgeber beim tarifdispositiven Gesetzesrecht davon ausgeht, dass die Tarifparteien, obwohl sie gesetzliche Standards unterschreiten, dennoch einen angemessenen Ausgleich schaffen. Wiederum in den Worten der Rechtsprechung: „Die mittels der Tarifautonomie herzustellende sinnvolle Ordnung des Arbeitslebens ist Grundlage der Praxis des Gesetzgebers, in vielen Bereichen den Tarifvertragsparteien Regelungsbefugnisse zuzuweisen, die er aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes den Arbeitsvertragsparteien versagt. Diese gesetzliche Konzeption beruht auf der Annahme, dass Tarifverträge ein größeres „Richtigkeitsvertrauen“ genießen als der Arbeitsvertrag des Einzelnen. Sie bieten nach der ständigen Rechtsprechung des BAG eine materielle Richtigkeitsgewähr. Aufgrund des Verhandlungsgleichgewichts der Tarifvertragsparteien ist davon auszugehen, dass die vereinbarten tariflichen Regelungen den Interessen beider Seiten gerecht werden und keiner Seite ein unzumutbares Übergewicht vermitteln.“¹⁸

Im Folgenden wird daher eben nach dem den allgemeinen Gesetzesstandards überschreitenden Schutz gefragt, der mehr als das Minimum, eben das Angemessene versucht dem Arbeitnehmer zu sichern. Und es wird der Schritt weiter gegangen: Nicht nur für den Arbeitnehmer, sondern auch für den Selbständigen soll nach dem *iustum pretium* seiner Arbeit gefragt werden, und welche Sicherungen möglich sind, dieses Ziel zu erreichen.

7.2 Die Verkehrsformen des PBefG innerhalb und außerhalb des ÖPNV – Eigenwirtschaftliche und bestellte Verkehre als konkurrierende Anbieter

7.2.1 Ziele und Aufgaben des PBefG

Das PBefG dient dem - auch in § 8 Abs. 3 S. 1 PBefG zum Ausdruck kommenden – Ziel der Sicherstellung einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV). Es bildet den Kern des ÖPNV-Rechts des Bundes.¹⁹ Die Regelungen sollen helfen, dass das Angebot – insbesondere des ÖPNV – sowohl in seinem Umfang als auch in seiner Qualität angemessen ist, sodass der Aufgabenträger seiner Aufgabe der

¹⁸ BAG, Urt. v. 26.10.2016 – 7 AZR 140/15, NZA 2017, 463.

¹⁹ Tamm, RdTW 2021, 223; Knauff, NVwZ 2020, 1171, 1172.

Daseinsvorsorge gerecht wird.²⁰ Teil davon ist es zudem, die Zugänglichkeit und Verkehrssicherheit zu gewährleisten und ein angebrachtes Maß von Verbraucherschutz zu gewährleisten. Diese Aufgabe ist durch Verkehre zu erfüllen, die durch Linienführung, Fahrpläne, Vernetzung, durch die Kapazität und Qualität der Fahrzeuge und durch die Fahrpreise einschließlich der Tarifstruktur gekennzeichnet sind,²¹ welche durch das PBefG nicht allein den Zufälligkeiten des Marktes überlassen werden.²²

Das PBefG trifft hierzu Typisierungen von Verkehrsformen und knüpft an sie jeweils Voraussetzungen, Rechte und Pflichten.²³ So soll eine optimale Deckung des unterschiedlichen Bedarfs des öffentlichen Linien- und Individualverkehrs und zugleich deren Wirtschaftlichkeit gewährleistet werden.²⁴ Dafür werden zudem Verkehrsformen der Personenbeförderung außerhalb des ÖPNV geregelt. Das PBefG regelt detailliert, unter welchen Voraussetzungen und unter welchen Kriterien eine Genehmigung erteilt werden kann.²⁵ Durch entsprechende Verweise wird dabei auch das Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge nach der VO (EG) 1370/2007 integriert.²⁶ Bei der Sicherstellung ausreichender Verkehrsleistungen sind auch Kostenfaktoren zu berücksichtigen. Des Weiteren treten Umweltverträglichkeitsbelange nunmehr gleichrangig neben das durch die Vorgaben zum Genehmigungsverfahren verfolgte Ziel der Gefahrenabwehr.²⁷ Kurz gesagt: Das Ziel des PBefG ist die Schaffung und Aufrechterhaltung eines angemessenen Verkehrs innerhalb und außerhalb des ÖPNV, womit ihm die Aufgabe zukommt, geeignete Genehmigungsverfahren und –voraussetzungen zu formulieren.

7.2.2 Arten und Formen der Personenbeförderung innerhalb und außerhalb des ÖPNV

§ 1 Abs. 1 PBefG zählt dabei auf, welche Verkehrsarten in den Anwendungsbereich des PBefG fallen und somit von seinen Regelungen erfasst und genehmigungsbedürftig sind. Hierzu gehört die Beförderung von Personen mit Straßenbahnen, mit Oberleitungsbussen (Obussen) und mit Kraftfahrzeugen. Vom Anwendungsbereich des PBefG ausgeschlossen sind die in § 1 Abs. 2 PBefG genannten Formen der Personenbeförderung. § 8 Abs. 1 PBefG legt fest, welche der nach § 1 Abs. 1 PBefG erfassten Verkehrsformen dem ÖPNV zuzuordnen sind. Für sie können im Unterschied zu anderen Gegenständen des PBefG betreffend die Zuständigkeit und das Verfahren für die Gestaltung des ÖPNV sowie diese Gestaltung selbst abweichende Vorschriften gelten.²⁸ Das PBefG regelt schließlich auch die Voraussetzungen einer Genehmigung. Diese unterscheiden sich – wie nicht zuletzt auch die Neuerungen des § 13 Abs. 5a und 5b PBefG deutlich machen, die nur für die dort genannten Verkehrsformen gelten.

²⁰ BVerwG, Urt. v. 10.10.2019 – 10 C 3/19, BVerwGE 166, 368, Rn. 32; Heinze/Fehling/Fiedler/Heinze, PBefG, 2. Aufl. 2014, Vorb. I Rn. 28; *Knauff*, NVwZ 2020, 1171; *ders.*, GewArch 2013, 283, 285.

²¹ Heinze/Fehling/Fiedler/Heinze, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 8 Rn. 25.

²² *Knauff*, GewArch 2013, 283, 285.

²³ *Baumeister/Fiedler*, T+V 2019, 17; Heinze/Fehling/Fiedler/Heinze, PBefG, 2. Aufl. 2014, Vorb. IV Rn. 10.

²⁴ *Baumeister/Fiedler*, T+V 2019, 17; *Kment*, NVwZ 2020, 366, 367.

²⁵ Wissenschaftliche Dienste des Dt. Bundestages v. 15.3.2017 – WD 7 – 3000 – 031/17, S. 4.

²⁶ Heinze/Fehling/Fiedler/Heinze, PBefG, 2. Aufl. 2014, Vorb. IV Rn. 13.

²⁷ BT-Drucks. 19/26175, S. 51; s. hierzu nunmehr auch § 1a PBefG.

²⁸ Heinze/Fehling/Fiedler/Heinze, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 8 Rn. 10.

7.2.2.1 Verkehrsformen des PBefG innerhalb des öffentlichen Personennahverkehrs

Gemäß den Begriffsbestimmungen in § 8 Abs. 1 S. 1 PBefG, § 2 S. 1 Reg und § 2 Abs. 12 AEG bildet den öffentlichen Personennahverkehr

„die allgemein zugängliche Beförderung von Personen mit Straßenbahnen, Obussen und Kraftfahrzeugen im Linienverkehr, die überwiegend dazu bestimmt sind, die Verkehrsnachfrage im Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr zu befriedigen.“

§ 8 Abs. 1 S. 2 PBefG enthält ergänzend eine Zweifelsregelung, nach welcher der Linienverkehr ÖPNV ist, wenn „in der Mehrzahl der Beförderungsfälle eines Verkehrsmittels die gesamte Reiseweite 50 Kilometer oder die gesamte Reisezeit eine Stunde nicht übersteigt.“ Gemäß § 8 Abs. 2 PBefG zählt außerdem „der Verkehr mit Taxen oder Mietwagen, der eine der in Absatz 1 genannten Verkehrsarten ersetzt, ergänzt oder verdichtet“ zum ÖPNV.

7.2.2.1.1 Linienverkehr

Grundlegende Voraussetzung dafür, dass eine Verkehrsform dem ÖPNV zuzuordnen ist, ist die Verkehrsform als Linienverkehr. Der Linienverkehr wird definiert in § 42 PBefG als „eine zwischen bestimmten Ausgangs- und Endpunkten eingerichtete regelmäßige Verkehrsverbindung, auf der Fahrgäste an bestimmten Haltestellen ein- und aussteigen können.“ Dabei bedarf es keines Fahrplans mit bestimmten Abfahrts- und Ankunftszeiten oder der Einrichtung von Zwischenhaltestellen, § 42 S. 2 PBefG. Hinzu kommen noch die Sonderformen des Linienverkehrs nach § 43 PBefG,²⁹ die grundsätzlich denselben Vorschriften des PBefG unterfallen³⁰ – Abweichungsmöglichkeiten sind in § 45 Abs. 3 PBefG geregelt.³¹

7.2.2.1.2 Linienbedarfsverkehr

Mit § 44 PBefG wird der Linienbedarfsverkehr als Verkehrsform des ÖPNV aufgenommen und in § 44 S. 1 PBefG legaldefiniert:

„Als Linienverkehr gemäß § 42, der öffentlicher Personennahverkehr gemäß § 8 Absatz 1 ist, gilt auch der Verkehr, der der Beförderung von Fahrgästen auf vorherige Bestellung ohne festen Linienweg zwischen bestimmten Einstiegs- und Ausstiegspunkten innerhalb eines festgelegten Gebietes und festgelegter Bedienzeiten dient (Linienbedarfsverkehr).“

Hinsichtlich der Beförderungsentgelte und -bedingungen kommen gemäß § 44 S. 2 PBefG „ausschließlich Beförderungsentgelte und -bedingungen im Rahmen der Vorgaben des Aufgabenträgers im Nahverkehrsplan, im öffentlichen Dienstleistungsauftrag oder der Vorabbekanntmachung zur Anwendung.“

7.2.2.2 Verkehrsformen des PBefG außerhalb des ÖPNV

Obwohl er Linienverkehr ist, zählt der Personenfernverkehr gemäß § 42a Abs. 1 S. 1 PBefG nicht zum ÖPNV im Sinne des § 8 Abs. 1 PBefG. Außerdem wird der Gelegenheitsverkehr in § 46 Abs. 1 PBefG negativ definiert als „die Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen, die nicht Linienverkehr

²⁹ Riebler, RdTW 2014, 461, 462.

³⁰ Heinze/Fehling/Fiedler/Fiedler, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 43 Rn. 2.

³¹ Saxinger/Winnes/Saxinger, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand: Dezember 2020, § 43 PBefG Rn. 3.

nach den §§ 42, 42a, 43 und 44 PBefG ist“, womit er zugleich nicht Teil des ÖPNV ist (s. aber § 8 Absatz 2 PBefG). Die zulässigen Formen des Gelegenheitsverkehrs werden in § 46 Abs. 2 PBefG aufgezählt.

7.2.2.2.1 Verkehr mit Taxen

Gemäß § 47 Abs. 1 S. 1 PBefG ist „Verkehr mit Taxen die Beförderung von Personen mit Personenkraftwagen, die der Unternehmer an behördlich zugelassenen Stellen bereithält und mit denen er Fahrten zu einem vom Fahrgast bestimmten Ziel ausführt.“

7.2.2.2.2 Ausflugsfahrten und Ferienziel-Reisen

§ 48 Abs. 1 S. 1 PBefG regelt Ausflugsfahrten. Dabei handelt es sich um

„Fahrten, die der Unternehmer mit Kraftomnibussen oder Personenkraftwagen nach einem bestimmten, von ihm aufgestellten Plan und zu einem für alle Teilnehmer gleichen und gemeinsam verfolgten Ausflugszweck anbietet und ausführt.“

Daneben sind gemäß § 48 Abs. 2 S. 1 PBefG Ferienziel-Reisen

„Reisen zu Erholungsaufhalten, die der Unternehmer mit Kraftomnibussen oder Personenkraftwagen nach einem bestimmten, von ihm aufgestellten Plan zu einem Gesamtentgelt für Beförderung und Unterkunft mit oder ohne Verpflegung anbietet und ausführt“.

7.2.2.2.3 Verkehr mit Mietomnibussen und mit Mietwagen

Gemäß § 49 Abs. 1 S. 1 PBefG ist Verkehr mit Mietomnibussen

„die Beförderung von Personen mit Kraftomnibussen, die nur im ganzen zur Beförderung angemietet werden und mit denen der Unternehmer Fahrten ausführt, deren Zweck, Ziel und Ablauf der Mieter bestimmt.“

Dabei müssen die Teilnehmer ein zusammengehöriger Personenkreis und über Ziel und Ablauf der Fahrt einig sein, § 49 Abs. 1 S. 2 PBefG.

Der Verkehr mit Mietwagen ist in § 49 Abs. 3 S. 1 PBefG geregelt. Es handelt sich um

„die Beförderung von Personen mit Personenkraftwagen, die nur im ganzen zur Beförderung gemietet werden und mit denen der Unternehmer Fahrten ausführt, deren Zweck, Ziel und Ablauf der Mieter bestimmt und die nicht Verkehr mit Taxen nach § 47 und nicht gebündelter Bedarfsverkehr nach § 50 sind.“

7.2.2.2.4 Gebündelter Bedarfsverkehr

Gemäß dem neuen § 50 PBefG ist gebündelter Bedarfsverkehr

„die Beförderung von Personen mit Personenkraftwagen, bei der mehrere Beförderungsaufträge entlang ähnlicher Wegstrecken gebündelt ausgeführt werden.“

Der jeweilige Unternehmer darf gemäß § 50 Abs. 1 S. 2 PBefG die Beförderung ausschließlich auf vorherige Bestellung ausführen. Der Wink- und Wartemarkt, das heißt das spontane Aufnehmen von

Fahrgästen, darf nicht bedient werden.³² Es geht bei dieser Verkehrsform darum, dass sich mehrere Fahrgäste mit unterschiedlichen Zielen Fahrabschnitte teilen.³³ Der gebündelte Bedarfsverkehr ist maßgeblich durch die Steuerungsinstrumente der Behörden vor Ort geprägt, die gemäß § 50 Abs. 3 Satz 1 PBefG im Stadt- und Vorortverkehr Bündelungsquoten festlegen müssen.³⁴ Außerdem muss die Genehmigungsbehörde gemäß § 51a Abs. 2 S. 1 PBefG Regelungen über Mindestentgelte vorsehen, die einen hinreichenden Abstand zu den Beförderungsentgelten des jeweiligen ÖPNV wahren. Daneben bestehen weitere optionale Regelungsmöglichkeiten, insbesondere für Sozialstandards nach § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG³⁵.

7.2.2.2.5 Personenfernverkehr § 42a PBefG

Eine weitere Verkehrsform des PBefG ist der Personenfernverkehr gemäß § 42a PBefG. Hierbei handelt es sich um

„Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen, der nicht zum öffentlichen Personennahverkehr im Sinne des § 8 Absatz 1 und nicht zu den Sonderformen des Linienverkehrs nach § 43 oder zum Linienbedarfsverkehr nach § 44 gehört.“

Der Abstand zwischen zwei Haltestellen muss gemäß § 42a S. 2 Nr. 1 PBefG mehr als 50 km betragen. Gem. § 42a S. 2 Nr. 1 PBefG ist die Beförderung im Personenfernverkehr unzulässig, wenn zwischen diesen Haltestellen Schienenpersonennahverkehr mit einer Reisezeit bis zu einer Stunde betrieben wird.

7.2.3 Eigenwirtschaftlichkeit versus „Gemeinwirtschaftlichkeit“

Welche Konsequenzen aber haben diese Unterschiede? Zunächst: Die Unterscheidung von Verkehren nach Eigenwirtschaftlichkeit und Gemeinwirtschaftlichkeit war für das PBefG in seiner bis zum 31.12.2012 geltenden Fassung entscheidend für das Genehmigungsverfahren. So enthielt § 13a PBefG eigene Vorgaben zum Genehmigungsverfahren eines eigenwirtschaftlichen Verkehrs.³⁶ Mit der am 1.1.2013 in Kraft getretenen Novelle des PBefG wurde die Unterscheidung zwischen eigenwirtschaftlichen und gemeinwirtschaftlichen Verkehren dem Grunde nach zwar beibehalten – jedoch kommt sie in anderer Weise zum Ausdruck.³⁷ Bedeutung hat die Unterscheidung innerhalb des ÖPNV. Zentrale Norm ist hier § 8 Abs. 4 S. 1 PBefG, der für den ÖPNV den eigenwirtschaftlichen Verkehr als Regelfall vorschreibt und in S. 2 eine Legaldefinition des eigenwirtschaftlichen Verkehrs enthält. Die Differenzierung ist maßgeblicher Aspekt bei der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge im Rahmen des ÖPNV.³⁸ Und eben dies ist auch zentral für mögliche Instrumente zur Sicherung von Sozialstandards:

³² *Koschmieder/Uwer*, ZRP 2021, 15, 17; *Tamm*, RdTW 2021, 223, 224.

³³ *Koschmieder/Uwer*, ZRP 2021, 15, 17.

³⁴ *Koschmieder/Uwer*, ZRP 2021, 15, 17; *Tamm*, RdTW 2021, 223, 224.

³⁵ S. dazu Gliederungspunkt 7.2.4.3.

³⁶ *Kramer/Hinrichsen*, Rechtliche Möglichkeiten für eigenwirtschaftliche Verkehre, in: *Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit im ÖPNV*, 1. Jenaer Gespräche zum Recht des ÖPNV, 2017, S. 82.

³⁷ *Saxinger/Winnes/Winnes*, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand: Dezember 2020, § 8 S. Abs. 4 PBefG Rn. 7.

³⁸ Wissenschaftliche Dienste des Dt. Bundestages v. 15.3.2017 – WD 7 – 3000 – 031/17, S. 4; *Saxinger/Winnes/Winnes*, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand: Dezember 2020, § 8 S. Abs. 4 PBefG Rn. 3.

7.2.3.1 Die unterschiedlichen Regelungsmechanismen

Hierfür ist zunächst erforderlich, zu verstehen, was mit den Begriffen „eigenwirtschaftlicher Verkehr“ und „gemeinwirtschaftlicher Verkehr“ gemeint ist.

7.2.3.1.1 Eigenwirtschaftlichkeit

Der Begriff der Eigenwirtschaftlichkeit wird in § 8 Abs. 4 S. 2 PBefG legaldefiniert. Eigenwirtschaftlich sind demnach Verkehrsleistungen,

„deren Aufwand gedeckt wird durch Beförderungserlöse, Ausgleichsleistungen auf der Grundlage von allgemeinen Vorschriften nach Artikel 3 Absatz 2 und 3 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates (ABl. L 315 vom 3.12.2007, S. 1) und sonstige Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinne, soweit diese keine Ausgleichsleistungen für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen nach Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 darstellen und keine ausschließlichen Rechte gewährt werden.“

Eigenwirtschaftlicher Verkehr liegt also vor, wenn der Betrieb des Verkehrs aus den in § 8 Abs. 4 S. 2 PBefG genannten Einnahmen gedeckt werden kann. Die zuerst genannten Beförderungserlöse sind nutzergenerierte Einnahmen, wie etwa durch den Verkauf von Fahrausweisen.³⁹ Der Eigenwirtschaftlichkeit steht auch nicht entgegen, wenn spezifische Fahrgeldsurrogate,⁴⁰ bspw. die genannten Ausgleichsleistungen auf Grundlage allgemeiner Vorschriften gemäß Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 VO (EG) 1370/2007⁴¹, gewährt werden. Hierunter fallen insbesondere die unentgeltliche Beförderung Schwerbehinderter nach § 228 SGB IX und die begünstigte Schülerbeförderung nach § 8 Abs. 4 S. 3 PBefG.⁴² Mit „sonstige[n] Unternehmenserträge[n] im handelsrechtlichen Sinne“ sind sämtliche Einnahmen erfasst, die in die Bilanz des Unternehmens Eingang finden,⁴³ sofern es sich dabei, wie § 8 Abs. 4 S. 2 aE PBefG formuliert, nicht um Ausgleichsleistungen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 VO (EG) 1370/2007, d.h. Ausgleichsleistungen auf Grundlage eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags, handelt. Außerdem entfällt die Eigenwirtschaftlichkeit auch nicht bei Beihilfen außerhalb des Anwendungsbereichs der VO (EG) 1370/2007,⁴⁴ das heißt

„wenn diese Zuschüsse keine Ausgleichsleistung für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtung nach Art. 3 Abs. 1 der VO 1370/07 darstellen. Ist der Verkehr also nicht wegen der ‚Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verkehre‘, sondern aus einem anderen Grund defizitär, setzt diese Förderung nicht zwingend die Einordnung als gemeinwirtschaftlichen Verkehr voraus.“⁴⁵

³⁹ *Knauff*, GewArch 2013, 283; vgl. auch Heinze/Fehling/Fiedler/Heinze, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 8 Rn. 87.

⁴⁰ *Knauff*, GewArch 2013, 283, 284.

⁴¹ Zur Begriffsbestimmung allgemeiner Vorschriften s. Art. 2 lit. I VO (EG) Nr. 1370/2007.

⁴² Wissenschaftliche Dienste des Dt. Bundestages v. 15.3.2017 – WD 7 – 3000 – 031/17, S. 8.

⁴³ *Knauff*, GewArch 2013, 283, 284; *Karnop*, DVBL 2004, 160, 162.

⁴⁴ *Ziekow*, NVwZ 2009, 865, 867; ihm zustimmend *Knauff*, GewArch 2013, 283, 284.

⁴⁵ *Spanka*, Gewährleistung des öffentlichen Personennahverkehrs durch allgemeine Vorschriften, 2019, S. 56.

Nach teilweise vertretener Auffassung werden eigenwirtschaftliche Verkehre nicht von der VO (EG) 1370/2007 reglementiert, was sich daraus ergebe, dass eigenwirtschaftliche Verkehre den kommerziellen Verkehren entsprächen, die nach herrschender Meinung nicht dem Anwendungsbereich der VO (EG) 1370/2007 unterfallen.⁴⁶ Kommerziell ist ein Verkehr, wenn er ohne einen staatlichen Ausgleich erbracht wird.⁴⁷ Teilweise wird kritisiert, dass dies vor dem Hintergrund des § 8a Abs. 1 S. 1 und 2 PBefG nicht gelten könne.⁴⁸ Denn § 8a Abs. 1 Satz 2 PBefG ermögliche den Erlass einer allgemeinen Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 VO (EG) 1370/2007 erst dann, wenn ein eigenwirtschaftlicher Betrieb unmöglich sei.⁴⁹ Somit sei ein Zirkelschluss enthalten:

„Da eine Ausgleichsleistung aufgrund allgemeiner Vorschriften die Eigenwirtschaftlichkeit nach § 8 Absatz 4 PBefG nicht tangieren soll, sei es in sich widersprüchlich, die Ermächtigung zum Erlass allgemeiner Vorschriften an die Voraussetzung zu knüpfen, dass eine ausreichende Verkehrsbedienung eigenwirtschaftlich nicht möglich ist.“⁵⁰

Zwar berührt gemäß § 8 Abs. 4 S. 2 PBefG ein Ausgleich aufgrund einer allgemeinen Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 VO (EG) 1370/2007 die Eigenwirtschaftlichkeit nicht. Dem Schluss, dass eigenwirtschaftliche Verkehre immer auch kommerzielle Verkehre seien, ist jedoch nicht zuzustimmen.⁵¹ Es ist zu differenzieren zwischen Verkehren, die kommerziell und eigenwirtschaftlich und Verkehren, die eigenwirtschaftlich, aber nicht kommerziell sind.⁵² Letztere sind solche, für die eine Ausgleichsleistung nach Art. 3 Abs. 2 oder Abs. 3 VO (EG) 1370/2007 gewährt wird.⁵³ Die Einstufung dieser Verkehre als eigenwirtschaftlich

„ändert aber nichts daran, dass die für allgemeine Vorschriften geltenden Regelungen in der Verordnung [VO (EG) 1370/2007] zu beachten sind (insbesondere die Artikel 4 und 6).“⁵⁴

Zusammenfassend wird mit der Legaldefinition des eigenwirtschaftlichen Verkehrs ausgedrückt, dass es sich um Verkehrsleistungen handeln soll, die frei am Markt erbracht werden.⁵⁵

⁴⁶ Vgl. BayVGH, Beschl. v. 16.8.2012 – 11 CS 12.1607, BeckRS 2012, 57076 Rn. 63; *Ziekow*, NVwZ 2009, 865, 866; *Pünder*, EuR 2007, 564, 566.

⁴⁷ *Spanka*, Gewährleistung des öffentlichen Personennahverkehrs durch allgemeine Vorschriften, 2019, S. 59.

⁴⁸ *Spanka*, Gewährleistung des öffentlichen Personennahverkehrs durch allgemeine Vorschriften, 2019, S. 62.

⁴⁹ S. Darstellung der Argumentation bei Wissenschaftliche Dienste des Dt. Bundestages v. 15.3.2017 – WD 7 – 3000 – 031/17, S. 8.

⁵⁰ So die Wiedergabe der Argumentation in BT-Drucks. 18/11160, Bericht des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur nach § 66 Personenbeförderungsgesetz, 2017, S. 9; vgl. auch *Spanka*, Gewährleistung des öffentlichen Personennahverkehrs durch allgemeine Vorschriften, 2019, S. 62.

⁵¹ *Spanka*, Gewährleistung des öffentlichen Personennahverkehrs durch allgemeine Vorschriften, 2019, S. 59.

⁵² Vgl. *Spanka*, Gewährleistung des öffentlichen Personennahverkehrs durch allgemeine Vorschriften, 2019, S. 64.

⁵³ Vgl. *Spanka*, Gewährleistung des öffentlichen Personennahverkehrs durch allgemeine Vorschriften, 2019, S. 64.

⁵⁴ BT-Drucks. 17/8233, S. 13; BVerwG, Urt. v. 10.10.2019 – 10 C 3/19, NVwZ 2020, 244, 246 Rn. 33; vgl. auch *Saxinger/Winnes/Winnes*, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand: Dezember 2020, § 8 S. Abs. 4 PBefG Rn. 7.

⁵⁵ Wissenschaftliche Dienste des Dt. Bundestages v. 15.3.2017 – WD 7 – 3000 – 031/17, S. 5; *Knauff*, GewArch 2013, 283, 284; vgl. auch *Röling*, DVBl. 2010, 1213, 1218 f.

7.2.3.1.2 „Gemeinwirtschaftlichkeit“

In der seit dem 1.1.2013 geltenden Fassung des PBefG ist der Begriff „Gemeinwirtschaftlichkeit“ nicht zu finden.⁵⁶ Er ist jedoch in der VO (EG) 1370/2007 verankert⁵⁷ und damit auch für das PBefG weiterhin von Bedeutung. Gemeint sind nicht-eigenwirtschaftliche Verkehre, welche durch die Negativvoraussetzung des § 8 Abs. 4 S. 2 PBefG zu ermitteln sind. Ein Verkehr ist nicht-eigenwirtschaftlich und damit „gemeinwirtschaftlich“ wenn er im Rahmen eines nach VO (EG) 1370/2007 vergebenen öffentlichen Dienstleistungsauftrags ausgeführt wird.⁵⁸ Es ist daher vorzugswürdig nicht mehr von „gemeinwirtschaftlichen“ Verkehren zu sprechen, sondern diese als bestellte Verkehre zu benennen. Bei den bestellten Verkehren werden Ausgleichsleistungen für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Aufgaben gewährt und Verkehrsunternehmen erhalten Zahlungen oder andere finanzielle Vorteile, um einen zunächst defizitären Verkehr durchführen zu können.⁵⁹ Neben der Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags an ein privates oder öffentliches Unternehmen besteht auch die Möglichkeit für die zuständige Behörde, gemäß Art. 5 Abs. 2 und Abs. 4 VO (EG) 1370/2007 i.V.m. § 8a Abs. 3 PBefG die Verkehrsleistung selbst zu erbringen oder öffentliche Personenverkehrsdienste direkt an interne Betreiber zu vergeben.⁶⁰

7.2.3.2 Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit

Gemäß § 8 Abs. 4 S. 1 PBefG sind Verkehrsleistungen im ÖPNV eigenwirtschaftlich zu erbringen. Hierdurch wird der gesetzgeberischen Entscheidung Ausdruck verliehen, immer dann, wenn es möglich ist, eine Verkehrsleistung durch ein unternehmerisches Leistungsangebot zu erfüllen, diesem den „Vorzug vor einer alternativ stets denkbaren behördlichen Organisation des ÖPNV zu geben.“⁶¹ Dieser Grundsatz ist Ausfluss der Konzeption des PBefG als besonderes Gewerberecht.⁶² Während § 8 Abs. 4 S. 1 PBefG den Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit als Grundsatz aufstellt, kommt die Ausgestaltung desselben in anderen Vorschriften des PBefG zum Ausdruck. Sie betreffen insbesondere das Verfahren, wenn es zur Konkurrenzsituation von eigenwirtschaftlichen und bestellten Verkehren kommt (§ 13 Abs. 2a PBefG), da sich gerade hier das Bedürfnis nach einer Vorrangregelung ergibt.⁶³ Im PBefG verankert ist aber zunächst die Vermeidung solcher direkten Konkurrenzsituationen durch differenzierte Fristenregelungen (§ 12 Abs. 5 S. 1 PBefG). Außerdem lässt sich der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit bereits bei der Verkehrsplanung, namentlich der Aufstellung des Nahverkehrsplans, berücksichtigen und erlangt damit schon in diesem Stadium Bedeutung.

⁵⁶ Saxinger/Winnes/Winnes, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand: Dezember 2020, § 8 S. Abs. 4 PBefG Rn. 6.

⁵⁷ Roling, DVBl. 2010, 1213, 1218.

⁵⁸ BVerwG, Urt. v. 10.10.2019 – 10 C 3/19, NVwZ 2020, 244, 246 Rn. 30; Saxinger/Winnes/Winnes, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand: Dezember 2020, § 8 S. Abs. 4 PBefG Rn. 7; Knauff, GewArch 2013, 283.

⁵⁹ Wissenschaftliche Dienste des Dt. Bundestages v. 15.3.2017 – WD 7 – 3000 – 031/17, S. 5

⁶⁰ Heinze/Fehling/Fiedler/Fehling, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 8a Rn. 49; Saxinger/Winnes/Winnes, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand: Dezember 2020, § 8a S. Abs. 3 PBefG Rn. 6.

⁶¹ Knauff, GewArch 2013, 283, 284; S. auch Saxinger/Winnes/Winnes, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand: Dezember 2020, § 8 S. Abs. 4 PBefG Rn. 8.

⁶² Knauff, GewArch 2013, 283, 285; Lenz, NJW 2007, 1181, 1183.

⁶³ Knauff, GewArch 2013, 283, 285; Saxinger/Winnes/Winnes, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand: Dezember 2020, § 13 S. Abs. 2a PBefG Rn. 1.

7.2.3.2.1 Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit bei der Aufstellung des Nahverkehrsplans

Zu berücksichtigen ist der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit bereits auf der Stufe der Verkehrsplanung. Ausgangspunkt dabei ist der gemäß § 8 Abs. 3 S. 1 PBefG von dem jeweiligen landesrechtlich bestimmten Aufgabenträger aufzustellende Nahverkehrsplan. Diesen muss die Genehmigungsbehörde gemäß § 8 Abs. 3a S. 2 PBefG bei ihrer Entscheidung beachten, was auch in § 13 Abs. 2a S. 1 PBefG zum Ausdruck kommt, indem die Genehmigungsbehörde eine für den ÖPNV beantragte Genehmigung versagen kann, wenn sie nicht in Einklang mit dem Nahverkehrsplan im Sinne des § 8 Abs. 3 PBefG steht. Durch diesen Mechanismus mag der Eindruck entstehen, dass die Verkehrsplanung unabhängig vom Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit nach § 8 Abs. 4 S. 1 PBefG durchgeführt wird und es erst im anschließenden Genehmigungsverfahren zu seiner Berücksichtigung kommt.⁶⁴ So bestünde jedoch die Gefahr, die Verkehrsplanung derart zu gestalten, dass eine eigenwirtschaftliche Verkehrsleistung faktisch unmöglich würde und der Grundgedanke des § 8 Abs. 4 S. 1 PBefG ins Leere liefe.⁶⁵ Dieser Gefahr wird im Wesentlichen durch zwei Instrumente entgegengewirkt.

Zum einen ist der Nahverkehrsplan im Sinne von § 8 Abs. 3 S. 2 PBefG so aufzustellen, dass gemäß § 8 Abs. 3 S. 1 PBefG eine „ausreichende Bedienung mit Verkehrsleistungen“ sichergestellt wird. Darin liegt gerade nicht der Auftrag, einen optimalen ÖPNV oder gar einen „Luxusverkehr“ zu planen.⁶⁶ Denn in § 8a Abs. 1 S. 1 PBefG wird deutlich, dass auch die im Nahverkehrsplan vorgesehenen Verkehre grundsätzlich eigenwirtschaftlich zu erbringen sind. Daraus folgt jedoch nicht, dass die Festlegung der ausreichenden Verkehrsbedienung auch dem Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit *zu dienen* hat.⁶⁷

Nach Auffassung des VG Köln bildet der Nahverkehrsplan

„den Rahmen für die Entwicklung des öffentlichen Personennahverkehrs, § 8 Abs. 3 Satz 8 PBefG, ohne sämtliche Einzelheiten für die konkrete Ausgestaltung und Durchführung einzelner Linienverkehre oder Teile derselben sowie Struktur und Höhe der ÖPNV-Tarife enthalten zu müssen. Diese sind Kernelemente der unternehmerischen Eigenverantwortung der beteiligten Verkehrsunternehmen und von diesen in erster Linie unter wirtschaftlichen Aspekten festzulegen.“⁶⁸

An dieser Stelle ist der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit nur schwach ausgeprägt, denn bei der Aufstellung des Nahverkehrsplans geht es primär darum, dass der Aufgabenträger eine Mindestbedienung der Bevölkerung gewährleistet.⁶⁹

⁶⁴ *Knauff*, GewArch 2013, 283, 285.

⁶⁵ *Knauff*, GewArch 2013, 283, 285.

⁶⁶ *Knauff*, VerwArch 2013, 283, 285; *Goede/Stoye/Stolz/Knauff*, Handbuch des Vergaberechts, 2. Aufl. 2021, Kap. 13 Rn. 2; s. auch VG Augsburg, Urt. v. 24.3.2015 – Au 3 K 13.2063, 14.34, BeckRS 2015, 47705 Rn. 148.

⁶⁷ *Wachinger*, Eigenwirtschaftlichkeit und Nahverkehrsplanung – juristische Perspektive, in: Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit im ÖPNV, 1. Jenaer Gespräche zum Recht des ÖPNV, 2017, S. 111 unter Verweis auf OVG Münster, Urt. v. 25.08.2016 – 13 A 788/15.

⁶⁸ VG Köln, Urt. v. 18.3.2019 – 18 K 11691/16, BeckRS 2019, 5893 Rn. 41.

⁶⁹ *Wachinger*, Eigenwirtschaftlichkeit und Nahverkehrsplanung – juristische Perspektive, in: Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit im ÖPNV, 1. Jenaer Gespräche zum Recht des ÖPNV, 2017, S. 111.

Zum anderen sind die vorhandenen Verkehrsunternehmer gemäß § 8 Abs. 3 S. 6 PBefG frühzeitig in die Verkehrsplanung einzubeziehen. Diese Beteiligung ist zu verstehen als

„die Gewährung von Gelegenheit zur Einflussnahme zumindest im Sinn von Anhörung, Benehmen und Abwägung geltend gemachter Interessen, nicht jedoch im Sinne einer Zustimmung als Voraussetzung der Wirksamkeit des Plans.“⁷⁰

Die beteiligten Verkehrsunternehmer haben hier die Chance, auf die Planung in ihren Interessen einzuwirken, allerdings ohne Bindungswirkung für den Aufgabenträger an ihre Empfehlungen.⁷¹

Diese Möglichkeiten sind zwar Konsequenzen der Grundregel des § 8 Abs. 4 S. 1 PBefG – sie allein sind jedoch nicht ausreichend, um den Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit effektiv durchzusetzen. Dessen eigentliche Bedeutung liegt im Genehmigungsverfahren.⁷²

7.2.3.2 Vermeidung der Konkurrenzsituation durch Fristenregelungen

Die Fristen für die Stellung eines Genehmigungsantrags unterscheiden sich danach, ob die Genehmigung eines eigenwirtschaftlichen Verkehrs oder eines bestellten Verkehrs begehrt wird. Gemäß § 12 Abs. 5 S. 1 PBefG kann ein Antrag auf Genehmigung eines eigenwirtschaftlichen Verkehrs jederzeit gestellt werden. Wird die Genehmigung zu einem bestimmten Zeitpunkt begehrt, so muss der Antrag gemäß § 12 Abs. 5 S. 1 PBefG spätestens zwölf Monate vor diesem Zeitpunkt gestellt werden. Wird hingegen die Genehmigung eines bestellten Verkehrs begehrt, so richtet sich die Frist nach § 12 Abs. 7 S. 1 PBefG, wonach der Antrag spätestens sechs Monate vor dem Beginn der beantragten Geltungsdauer gestellt werden soll. Durch diese Fristenregelung soll die Überschneidung von verschiedenartigen Genehmigungsanträgen vermieden und dem Aufgabenträger die Möglichkeit eingeräumt werden, auf das Fehlen eines geeigneten eigenwirtschaftlichen Antrags mit einer Beauftragung zu reagieren.⁷³ In dieser Situation kommt es lediglich unter den Anträgen auf Genehmigung eines eigenwirtschaftlichen Verkehrs zu einer Konkurrenzsituation, die nach § 13 Abs. 2b PBefG zugunsten der besten Verkehrsbedienung aufzulösen ist. Erst wenn keiner der beantragten eigenwirtschaftlichen Verkehre die Verkehrsbedienung ausreichend zu sichern geeignet ist, kann gemäß § 8a Abs. 1 S. 1 PBefG eine Vergabe eines beauftragten Verkehrs nach den Regeln der VO (EG) 1370/2007 stattfinden.

7.2.3.3 Konkurrenzsituationen und Kostenfaktoren

Kommt es trotz dieser vorgeschalteten Mechanismen zur Sicherung des Vorrangs der Eigenwirtschaftlichkeit zu einer direkten Konkurrenzsituation, muss das Verhältnis zwischen Anträgen zur Genehmigung von eigenwirtschaftlichen Verkehren und bestellten Verkehren geklärt werden. Die Notwendigkeit einer Kollisionsregel, wie sie § 8 Abs. 4 S. 1 PBefG mit dem Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit formuliert, ergibt sich aus dem sogenannten „Parallelbedienungsverbot“⁷⁴, wonach die nach § 2 Abs. 1 PBefG notwendige Linienverkehrsgenehmigung nur einmal vergeben werden darf. Den wichtigsten Fall einer solchen Konkurrenzsituation bildet wohl die Konstellation, in der der Aufgabenträger die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags beabsichtigt und dies bekanntmacht und daraufhin die Genehmigung zur eigenwirtschaftlichen Verkehrserbringung

⁷⁰ Heinze/Fehling/Fiedler/Heinze, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 8 Rn. 52.

⁷¹ Brenner/Arnold, NVwZ 2015, 385, 387; Knauff, GewArch 2013, 283, 286.

⁷² BVerwG, Urt. v. 10.10.2019 – 10 C 3/19, NVwZ 2020, 244, 246 Rn. 31.

⁷³ Knauff, GewArch 2013, 283, 286.

⁷⁴ BVerwG, Urt. v. 24.6.2010 – 3 C 14/09, NVwZ 2011, 115, 116.

begehrt wird. Auch in diesem Zusammenhang zu erörtern ist die Frage nach dem Verhältnis des Vorrangs der Eigenwirtschaftlichkeit zu den ausschließlichen Rechten (§ 13 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PBefG). Zuletzt ist zu klären, welche Kostenfaktoren bei der Umsetzung eines eigenwirtschaftlichen Verkehrs in den zuvor dargestellten rechtlichen Rahmenbedingungen zu berücksichtigen sind und wie sich dies in der Verkehrspraxis widerspiegelt.

7.2.3.3.1 Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit bei beabsichtigter Beauftragung

Aufgrund des in § 8 Abs. 4 S. 1 PBefG formulierten Grundsatzes kann gemäß § 12 Abs. 6 S. 1 PBefG ein Antrag auf Genehmigung eines eigenwirtschaftlichen Verkehrs auch dann noch gestellt werden, wenn die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags beabsichtigt ist. Der Antrag ist dann gemäß § 12 Abs. 6 S. 1 PBefG spätestens drei Monate nach der Vorabbenachrichtigung gemäß § 8a Abs. 2 Satz 2 PBefG zu stellen. Die Prüfung des Antrags erfolgt an dem Maßstab des § 13 Abs. 2a Satz 2 bis 6 PBefG⁷⁵ – ist er genehmigungsfähig, das heißt, erfüllt der Antrag die Anforderungen der Vorabbenachrichtigung, verbleibt kein Raum für die Vergabe eines beauftragten Verkehrs.⁷⁶ Erfüllt der Antrag auf Genehmigung eines eigenwirtschaftlichen Verkehrs die Voraussetzungen der Vorabbenachrichtigung nicht oder bezieht er sich nur auf Teilleistungen, ist gem. § 13 Abs. 2a S. 2 PBefG die Genehmigung zu versagen, sofern nicht der Aufgabenträger der Genehmigungsbehörde sein Einverständnis zur Genehmigung erteilt. Der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit steht in diesem Fall unter einem „Qualitätsvorbehalt“⁷⁷. Dieser wird dann wiederum aufgeweicht durch § 13 Abs. 2a S. 3 PBefG. Hiernach besteht ein Genehmigungsanspruch auch dann, wenn der beantragte eigenwirtschaftliche Verkehr „verbindlich zugesichert“ ist (§ 12 Abs. 1a i.V.m. § 21 Abs. 1 und Abs. 4 PBefG) und „mindestens dem bisherigen Verkehrsangebot entspricht und darüber hinaus von den in der Vorabbenachrichtigung beschriebenen weitergehenden Anforderungen zur Sicherstellung der ausreichenden Verkehrsbedienung nur unwesentlich abweicht.“ In § 13 Abs. 2a S. 4 und S. 5 PBefG ist geregelt, welche Abweichungen grundsätzlich als wesentlich im Sinne des § 13 Abs. 2a S. 3 PBefG gelten. Sofern die Anforderungen der Vorabbenachrichtigung den § 13 Abs. 2a S. 4 oder S. 5 PBefG unterfallen, zugleich aber über das bisherige Verkehrsangebot hinausgehen, gelten sie gemäß § 13 Abs. 2a S. 6 nur dann als wesentlich, „wenn der Unternehmer, der diesen Verkehr bisher betrieben hat, hierzu angehört wurde und diese Anforderungen für die ausreichende Verkehrsbedienung erforderlich sind.“ § 13 Abs. 2a S. 6 PBefG trifft somit eine Regelung, die die vom Aufgabenträger beabsichtigten und zugleich sachlich gebotenen Verkehrsverbesserungen, in einem gewissen Maße einschränkt, um den Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit durchzusetzen.⁷⁸ Die Aufzählung der als „wesentlich“ im Sinne des § 13 Abs. 2a S. 3 PBefG geltenden Abweichung ist indes nicht abschließend oder zwingend, sodass die zentralen Vorstellungen des Aufgabenträgers über eine ausreichende Verkehrsbedienung nicht durch einen eigenwirtschaftlichen Antrag unterlaufen werden.⁷⁹

⁷⁵ Eine anschauliche graphische Darstellung ist zu finden in „Das ABC des PBefG – Juristisches Grundsatzpapier und Handlungsempfehlungen zum novellierten PBefG und der VO (EG) 1370/2007“ des Bundesverbandes Deutscher Omnibusunternehmer, 2013, S. 12, abrufbar unter https://www.bdo.org/uploads/assets/52cecc5bc32dabbef60000c/original/130129_Das_ABC_des_PBefG.pdf?1389284443 (letzter Abruf v. 8.9.2021).

⁷⁶ *Knauff*, GewArch 2013, 283, 287; *Saxinger/Winnes/Winnes*, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand: Dezember 2020, § 13 S. Abs. 2a PBefG Rn. 1.

⁷⁷ *Knauff*, GewArch 2013, 283, 287; *Saxinger/Winnes/Winnes*, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand: Dezember 2020, § 13 S. Abs. 2a PBefG Rn. 1.

⁷⁸ *Knauff*, GewArch 2013, 283, 287; Schäfer, IR 2012, 340, 341 f.

⁷⁹ *Knauff*, GewArch 2013, 283, 287 mit Kritik an denen mit dem Wesentlichkeitskriterium verbundenen Rechtsunsicherheiten; *Saxinger/Winnes/Winnes*, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand: Dezember 2020, § 13 S. Abs. 2a PBefG Rn. 2.

Ein weiterer Ausdruck des Vorrangs der Eigenwirtschaftlichkeit in dieser Verfahrenssituation besteht darin, dass verspätete eigenwirtschaftliche Anträge gemäß § 12 Abs. 6 S. 2 PBefG nicht zwingend abzuweisen sind, sondern in Einvernehmen mit dem Aufgabenträger von der Genehmigungsbehörde zugelassen werden können. In dieser Konstellation darf der eigenwirtschaftliche Verkehr jedoch nicht genehmigt werden, wenn er Negativabweichungen von der Vorabbekanntmachung beinhaltet, da § 13 Abs. 2a S. 2 ff. PBefG sich dem Wortlaut nach nur auf fristgemäß gestellte Anträge bezieht.⁸⁰ Außerdem bedarf die Zulassung eines verspäteten Antrags auf Erteilung einer Genehmigung des Einvernehmens des Aufgabenträgers, § 12 Abs. 6 S. 2 PBefG. Dadurch darf der Aufgabenträger sich darauf verlassen, dass seine mit dem Vergabeverfahren verbundenen Bemühungen nicht durch einen späteren eigenwirtschaftlichen Antrag gefährdet werden und sich als umsonst erweisen.⁸¹ Diese Regelung wird zulasten des Aufgabenträgers in § 12 Abs. 6 S. 3 PBefG modifiziert, wonach das Einvernehmen des Aufgabenträgers fingiert wird, wenn der mittels eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags zwischenzeitlich beauftragte Verkehr von der Vorabbekanntmachung bezüglich der Vorgaben nach § 8a Abs. 2 Satz 3 bis 5 PBefG abweicht.

Es bleibt damit festzuhalten: In der direkten Konkurrenzsituation von Anträgen für eigenwirtschaftliche und bestellte Verkehre wird der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit gemäß § 8 Abs. 4 S. 1 PBefG durch die Regelungen des § 13 Abs. 2a PBefG durchgesetzt. Durch § 13 Abs. 2a PBefG wird sichergestellt, dass der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit praktische Wirkung entfaltet. Zugleich werden Kriterien aufgestellt, die dafür sorgen, dass durch den Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit die Verkehrsplanung des Aufgabenträgers nicht übergangen wird.

7.2.3.3.2 Der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit in Konkurrenz zu ausschließlichen Rechten

Eine weitreichende Einschränkung erfährt der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit jedoch gegenüber bestehenden ausschließlichen Rechten. Gemäß § 13 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PBefG ist ein eigenwirtschaftlicher Antrag

„zu versagen, wenn der beantragte Verkehr ein ausschließliches Recht im Sinne von Artikel 2 Buchstabe f der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 verletzt, das von der zuständigen Behörde nach § 8a Absatz 1 in einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag nach Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 unter Beachtung der in § 8a Absatz 8 genannten Voraussetzungen gewährt wurde.“

Ein in einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag rechtmäßig enthaltenes ausschließliches Recht sperrt also die spätere Genehmigung eines eigenwirtschaftlichen Antrags.⁸² Kein solches ausschließliches Recht ist die Linienverkehrsgenehmigung.⁸³ Für die Gewährung ausschließlicher Rechte ist gem. § 8a Abs. 8 S. 1 i.V.m. § 8a Abs. 1 S. 3 PBefG grundsätzlich der ÖPNV-Aufgabenträger zuständig, während für die Erteilung einer Linienverkehrsgenehmigung die Genehmigungsbehörde zuständig ist. Daraus kann gefolgert werden, dass Linienverkehrsgenehmigung und ausschließliche Rechte nach der Vorstellung des Gesetzgebers zwei unterschiedliche Rechtsinstitute sind.⁸⁴ Dafür spricht auch, dass schon unter Geltung der alten Rechtslage die Rechtsprechung in einer

⁸⁰ *Knauff*, GewArch 2013, 283, 287.

⁸¹ BT-Drucks. 17/8233, S. 15; *Knauff*, GewArch 2013, 283, 288.

⁸² *Knauff*, GewArch 2013, 183, 288; *Saxinger/Winnes/Saxinger*, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand: Dezember 2020, § 13 S. Abs. 2 PBefG Rn. 23.

⁸³ *Saxinger/Winnes/Saxinger*, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand: Dezember 2020, § 8a Abs. 8 Rn. 17.

⁸⁴ *Saxinger/Winnes/Saxinger*, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand: Dezember 2020, § 8a Abs. 8 Rn. 17.

Linienverkehrsgenehmigung einen gegenüber einem ausschließlichen Recht lockereren Konkurrenzschutz gesehen hat.⁸⁵ Aber selbst wenn man sie als ein ausschließliches Recht im Sinne von Art. 2 lit. f VO (EG) 1370/2007 begreifen würde, würde sie den Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit nicht absolut sperren. Denn auch hier gibt es eine Ausnahmeregelung zur Durchsetzung des Vorrangs der Eigenwirtschaftlichkeit. Nach § 8a Abs. 8 S. 4 PBefG „dürfen solche Verkehre, die das Fahrgastpotenzial der geschützten Verkehre nur unerheblich beeinträchtigen, nicht ausgeschlossen werden.“ Gemeint ist hier wohl, dass der eigenwirtschaftliche Verkehr zu genehmigen ist, wenn seine Nutzergruppe nicht mit der des beauftragten Verkehrs übereinstimmt.⁸⁶

7.2.3.3 Zwischenfazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit zwar bereits auf Planungsebene in einem Mindestmaß zu berücksichtigen ist. Seine zentrale Bedeutung liegt dagegen im Genehmigungsverfahren. Hier soll er zunächst durch die Fristenregelung des § 12 Abs. 5 S. 1 PBefG dadurch geschützt werden, indem eigenwirtschaftliche Genehmigungsanträge von vornherein nicht in Konkurrenz zu einem Antrag im Rahmen eines Vergabeverfahrens geraten. Aber auch wenn der Aufgabenträger die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags beabsichtigt, ist ein eigenwirtschaftlicher Antrag möglich, § 12 Abs. 6 S. 1 PBefG, und die Genehmigung unter bestimmten Voraussetzungen zu erteilen, § 13 Abs. 2a Satz 2 bis 6 PBefG. Grundsätzlich steht der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit jedoch unter dem Vorbehalt der ausreichenden Verkehrsbedienung, § 8a Abs. 1 S. 1 PBefG. Zuletzt erfährt der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit eine Einschränkung durch die Gewährung ausschließlicher Rechte, § 13 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PBefG, sodass sich der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit lediglich in den Grenzen des § 8a Abs. 8 S. 4 PBefG verwirklichen kann.

7.2.3.4 Kostenfaktoren

An dem vom PBefG konstruierten Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit wird kritisiert, er gefährde die kommunalen Verkehrsunternehmen in ihrer Leistungserbringung.⁸⁷ Dieses Szenario scheint indes der Ausnahmefall zu sein. Der vom PBefG vorgesehene Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit spiegelt sich in der Verkehrspraxis überwiegend nicht wider.⁸⁸ In seinem Bericht gemäß § 66 PBefG⁸⁹ von 2017 hält das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur fest, dass

„der ganz überwiegende Teil der Verkehrsleistungen [...] im ÖPNV durch öffentliche Unternehmen erbracht [wird], die von den Aufgabenträgern meist direkt beauftragt werden. Nach Angaben des Verbandes Deutscher Verkehrsunternehmen e. V. (VDV) betrug der Anteil seiner Mitgliedsunternehmen im Jahr 2014 88,8 %, im Jahr zuvor 88,2 %. Hierbei dürfte es [sich] fast ausnahmslos um Direktvergaben handeln. Bei dem verbleibenden Teil handelt es

⁸⁵ OVG Hamburg, Beschl. v. 2.1.2012, 3 Bs 55/11, BeckRS 2012, 46984 Ls. 4; VG, München, Urt. v. 1.6.2011, 11 B 11.332, BeckRS 2011, 52843 Rn. 59 ff.

⁸⁶ *Knauff*, GewArch 2013, 283, 288.

⁸⁷ *Balser*, Deutsche Bahn greift nach Stadtbus-Netzen, in: Süddeutsche Zeitung v. 6.10.2016, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/nahverkehr-deutsche-bahn-greift-nach-stadtbus-netzen-1.3191565> (letzter Abruf v. 19.7.2021); *Balser*, Kommunen fürchten „Zwangsprivatisierung“ ihrer Busnetze, in: Süddeutsche Zeitung v. 24.10.2016, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/nahverkehr-kommunen-fuerchten-zwangsprivatisierung-ihrer-busnetze-1.3220088> (letzter Abruf v. 19.7.2021).

⁸⁸ Wissenschaftliche Dienste des Dt. Bundestages v. 15.3.2017 – WD 7 – 3000 – 031/17, S. 9; *Knauff*, GewArch 2013, 283 ff.; vgl. dazu *Heinze/Fehling/Fiedler/Heinze*, PBefG, 2. Aufl. 2014, Vorb. I Rn. 35 f.

⁸⁹ In der bis zum 31.7.2021 geltenden Fassung.

sich um Vergaben im Wettbewerb (insbesondere Ausschreibungen) und um eigenwirtschaftliche Verkehre. Eine nähere Differenzierung ist nicht möglich.“⁹⁰

Denn trotz des stark ausformulierten Vorrangs der Eigenwirtschaftlichkeit im PBefG sind in der Praxis einige Faktoren zu berücksichtigen, die darüber entscheiden, ob eine eigenwirtschaftliche Verkehrsleistung für ein Verkehrsunternehmen möglich ist. Die Betrachtung dieser Faktoren teilt sich auf in die aufwandsseitigen einerseits und die ertragsseitigen andererseits.⁹¹

Auf der Aufwandsseite sind neben der stets relevanten allgemeinen wirtschaftlichen Situation (Kosten für Personal, Fahrzeuge etc.) die vom Aufgabenträger – bei beabsichtigter Vergabe – in der Vorabkennzeichnung formulierten Anforderungen von entscheidender Bedeutung.⁹² Von Vorteil für eigenwirtschaftliche Anträge ist es hier, wenn der Aufgabenträger sich auf ein Grundangebot beschränkt, sodass der Zuschussbedarf gering ausfällt.⁹³ Gibt der Aufgabenträger jedoch detaillierte Anforderungen vor und je mehr die Vorgaben in die zeitlichen und örtlichen Randlagen gehen, umso schwieriger wird die Umsetzung eines eigenwirtschaftlichen Verkehrs.⁹⁴ Auch der Umfang der geforderten Leistungen, das heißt Linienweg, Bedienungszeitraum und -häufigkeit spielen eine Rolle sowie nicht zuletzt vorgegebene Qualitätsfaktoren.⁹⁵

Maßgeblich auf der Ertragsseite sind der Verkauf von Fahrausweisen und die Finanzierung mit Mitteln aufgrund allgemeiner Vorschriften.⁹⁶ Finanziert sich der Verkehr weitestgehend aus den Erlösen aus dem Fahrausweisverkauf, ist ein eigenwirtschaftlicher Verkehr besser zu realisieren.⁹⁷ Im Liniennahverkehr ist eine derartige Finanzierungssituation jedoch die Ausnahme.⁹⁸ Daher sind die Ausgleichsleistungen aus allgemeinen Vorschriften theoretisch von hoher Bedeutung. Wie oben festgestellt,⁹⁹ stehen solche Ausgleichsleistungen gemäß § 8 Abs. 4 S. 2 PBefG dem eigenwirtschaftlichen Verkehr nicht entgegen. Der Aufgabenträger hat dabei ein Wahlrecht, ob er den eigenwirtschaftlichen Verkehr durch den Erlass allgemeiner Vorschriften stärkt oder es vorzieht, öffentliche Dienstleistungsaufträge zu vergeben.¹⁰⁰ Der Verkehrsunternehmer hat daher kein Recht

⁹⁰ BT-Drucks. 18/11160, Bericht des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur nach § 66 Personenbeförderungsgesetz, 2017, 10.

⁹¹ Schäfer, Der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit aus Sicht der Verkehrswirtschaft: Regelung – Praxis – Perspektiven, in: Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit im ÖPNV, 1. Jenaer Gespräche zum Recht des ÖPNV, 2017, S. 63; Waldhausen, Ökonomische Erfordernisse für eigenwirtschaftliche Verkehre, in: Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit im ÖPNV, 1. Jenaer Gespräche zum Recht des ÖPNV, 2017, S. 76.

⁹² Schäfer, Der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit aus Sicht der Verkehrswirtschaft: Regelung – Praxis – Perspektiven, in: Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit im ÖPNV, 1. Jenaer Gespräche zum Recht des ÖPNV, 2017, S. 63 f.

⁹³ Schäfer, Der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit aus Sicht der Verkehrswirtschaft: Regelung – Praxis – Perspektiven, in: Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit im ÖPNV, 1. Jenaer Gespräche zum Recht des ÖPNV, 2017, S. 64.

⁹⁴ Schäfer, Der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit aus Sicht der Verkehrswirtschaft: Regelung – Praxis – Perspektiven, in: Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit im ÖPNV, 1. Jenaer Gespräche zum Recht des ÖPNV, 2017, S. 64.

⁹⁵ Schäfer, Der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit aus Sicht der Verkehrswirtschaft: Regelung – Praxis – Perspektiven, in: Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit im ÖPNV, 1. Jenaer Gespräche zum Recht des ÖPNV, 2017, S. 64.

⁹⁶ Schäfer, Der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit aus Sicht der Verkehrswirtschaft: Regelung – Praxis – Perspektiven, in: Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit im ÖPNV, 1. Jenaer Gespräche zum Recht des ÖPNV, 2017, S. 64.

⁹⁷ Schäfer, Der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit aus Sicht der Verkehrswirtschaft: Regelung – Praxis – Perspektiven, in: Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit im ÖPNV, 1. Jenaer Gespräche zum Recht des ÖPNV, 2017, S. 64.

⁹⁸ Knauff, GewArch 2013, 283.

⁹⁹ S. Gliederungspunkt 7.2.3.1.1.

¹⁰⁰ Schäfer, Der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit aus Sicht der Verkehrswirtschaft: Regelung – Praxis – Perspektiven, in: Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit im ÖPNV, 1. Jenaer Gespräche zum Recht des ÖPNV, 2017, S. 67; zu diesem Wahlrecht auch BVerwG, Urt. v. 10.10.2019 – 10 C 3/19, BVerwGE 166, 386 Rn. 27.

auf Erlass einer allgemeinen Vorschrift zur eigenwirtschaftlichen Finanzierung des Verkehrs.¹⁰¹ Den von § 8 Abs. 4 S. 2 PBefG genannten „sonstige[n] Unternehmenserträge[n] im handelsrechtlichen Sinne“ kommt keine erhebliche Bedeutung zu.¹⁰² Die beispielsweise hierunter fallenden Einnahmen aus Werbung auf den Fahrzeugen bewegen sich nicht in einer Größenordnung, aus der sich ein eigenwirtschaftlicher Verkehr finanzieren ließe.¹⁰³

Des Weiteren muss der Unternehmer nachweisen, dass er für den gesamten Zeitraum der Verkehrsgenehmigung in der Lage ist, den Verkehr eigenwirtschaftlich zu erbringen, da die Genehmigung andernfalls wegen entgegenstehender öffentlicher Verkehrsinteressen im Sinne von § 13 Abs. 2 Nr. 3 PBefG nicht erteilt werden kann.¹⁰⁴

„Maßgeblich ist, ob aufgrund konkreter Anhaltspunkte ernstliche Zweifel daran bestehen, dass der Linienverkehr dauerhaft aufrechterhalten werden kann. Solange die Zweifel an der Dauerhaftigkeit des Linienbetriebs fortbestehen, kann dem Bewerber eine Genehmigung nicht erteilt werden. Dem Unternehmer obliegt es deshalb, etwaige Zweifel durch Vorlage ergänzender Unterlagen oder auf sonstige Weise zu zerstreuen (vgl. BVerwG, a.a.O., Rn. 22 und 29; OVG Münster, Urteil vom 25. August 2016 - 13 A 788/15 - juris, Rn. 57; VGH München, Beschluss vom 8. März 2016 - 11 ZB 15.1901 - juris, Rn. 22). Hieraus ergibt sich, [...] dass der Unternehmer ernstliche Zweifel an der Kostendeckung beseitigen muss.“¹⁰⁵

Die Erbringung dieses Nachweises dürfte in den meisten Fällen praktisch schwerfallen.¹⁰⁶ Hinzu kommt die allgemeine Schwierigkeit für den Verkehrsunternehmer, die Erlöse über den gesamten Genehmigungszeitraum abzuschätzen.¹⁰⁷

Es ist also weiterhin davon auszugehen, dass trotz des vom PBefG vorgesehenen Vorrangs der Eigenwirtschaftlichkeit, die Mehrheit der Verkehrsleistungen im ÖPNV nicht eigenwirtschaftlich, sondern im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags erbracht werden – sei es durch eine Direktvergabe an die Behörde selbst oder an ein unter ihrem Einfluss stehendes Unternehmen gemäß § 8a Abs. 3 PBefG oder durch Vergabe an ein privates Unternehmen.

¹⁰¹ BVerwG, Urt. v. 10.10.2019 - 10 C 3/19, NVwZ 2020, 244, 246 Rn. 26.

¹⁰² Schäfer, Der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit aus Sicht der Verkehrswirtschaft: Regelung – Praxis – Perspektiven, in: Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit im ÖPNV, 1. Jenaer Gespräche zum Recht des ÖPNV, 2017, S. 64.

¹⁰³ Schäfer, Der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit aus Sicht der Verkehrswirtschaft: Regelung – Praxis – Perspektiven, in: Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit im ÖPNV, 1. Jenaer Gespräche zum Recht des ÖPNV, 2017, S. 65.

¹⁰⁴ BVerwG, Urt. v. 24.10.2013 - 3 C 26/12, BVerwGE 148, 175 Rn. 22, damals noch zu § 13 S. Abs. 2 Nr. 2 PBefG aF; dem folgend OVG Schleswig, Beschl. v. 20.10.2020 - 5 MB 22/20, BeckRS 2020, 29102; OVG Münster, Urt. v. 25.8.2016 - 13 A 788/15, BeckRS 2016, 52143 Rn. 59; VGH München, Beschl. v. 8.3.2016 - 11 ZB 15.1901, BeckRS 2016, 44334 Rn. 22; a.A. Antweiler/Liebschwager, NVwZ 2021, 849, 857.

¹⁰⁵ VG Oldenburg, Urt. v. 27.2.2018 - 7 A 83/17, BeckRS 2018, 3051 Rn. 21.

¹⁰⁶ Schäfer, Der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit aus Sicht der Verkehrswirtschaft: Regelung – Praxis – Perspektiven, in: Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit im ÖPNV, 1. Jenaer Gespräche zum Recht des ÖPNV, 2017, S. 65.

¹⁰⁷ Waldhausen, Ökonomische Erfordernisse für eigenwirtschaftliche Verkehre, in: Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit im ÖPNV, 1. Jenaer Gespräche zum Recht des ÖPNV, 2017, S. 77.

7.2.4 Sektorspezifische Vorgaben zur Erfüllung von Sozialstandards *de lege lata*

Damit sind die Grundsteine für die folgenden Überlegungen nun weitgehend gelegt. Wie steht es um die Gefahr unterschiedlicher Sozialstandards in eigenwirtschaftlichem und gemeinwirtschaftlichem Verkehr? Relevant ist in der Folge, welche sektorspezifischen Vorgaben zur Erfüllung von Sozialstandards *de lege lata* existieren. So gibt es Tariftreueregelungen in den Bundesländern, die bestimmte Vorgaben für die Vergabe von Aufträgen machen können. Ergänzt wird dies durch die Regelung der Länder zum Nahverkehrsplan, z.B. § 8 Abs. 3 S. 2 ÖPNV-Gesetz NRW. Es folgt der Brückenschlag zur Genehmigung und ein erster Blick auf den neuen § 50 Abs. 4 S. 3 Personenbeförderungsgesetz. Zu betrachten sind schließlich noch eigenständige europarechtliche Sicherungen, wie sie etwa in § 30 Abs. 3 des Berliner Mobilitätsgesetzes in Bezug genommen werden.

7.2.4.1 Die Tariftreueregelungen der Länder

Auf Bundesebene existieren (bislang?) keine Tariftreueregelungen,¹⁰⁸ in den Bundesländern gibt es jedoch ein breites Feld solcher Regelungen, die bei der Vergabe öffentlicher Aufträge anwendbar sind und beispielsweise im ÖPNV-Bereich die Bindung an bestimmte, „repräsentative“ Tarifverträge vorschreiben, vgl. § 2 Abs. 2 TVgG NRW. Erkennbar sind jedenfalls, wenn man so will, drei Arten der Tariftreueregelungen:¹⁰⁹

- Solche, die deklaratorisch sind, indem sie auf Tarifverträge verweisen, die beispielsweise über § 5 TVG oder §§ 7 oder 11 AEntG ohnehin anwendbar sind,
- solche, die eine Verpflichtung zur Zahlung eines vergabespezifischen Mindestentgelts enthalten,
- und mit Sonderstellung – hier insbesondere relevant – solche Regelungen, welche speziell für den ÖPNV vorsehen, dass der Auftrag nur an einen Auftragnehmer vergeben werden darf, der sich verpflichtet, seinen Beschäftigten mindestens das Entgelt nach einem als repräsentativ bezeichneten Tarifvertrag zu zahlen.

Eigenwirtschaftliche Verkehre werden von den Tariftreueregelungen für den ÖPNV dabei allerdings nach allgemeiner Auffassung nicht erfasst: Zwischen öffentlichem Auftraggeber und Auftragnehmer muss eine vergaberechtliche Beziehung vorliegen – da für die eigenwirtschaftliche Verkehrsleistung aber kein öffentlicher Dienstleistungsauftrag (s. Art. 2 lit. i) VO (EG) 1370/2007) und kein öffentlicher Auftrag über Dienstleistungen (§ 99 GWB) notwendig ist, fehlt diese.¹¹⁰

7.2.4.1.1 Europarechtliche Bedenken

Während europarechtlich bei deklaratorischen Tariftreueregelungen bzw. solchen, die auf das AEntG oder das MiLoG verweisen, wohl keine Bedenken bestehen,¹¹¹ kann dies für weitergehende Tariftreueregelungen nicht ohne Weiteres angenommen werden. Das zeigt auch ein Blick auf die den aktuellen Fassungen vorgehenden Normen: Nachdem der EuGH zunächst in seinem Urteil zur Rs.

¹⁰⁸ S. dazu Thüsing/*Thüsing*, MiLoG/AEntG, 2., Aufl. 2016, Tariftreue Rn. 1.

¹⁰⁹ *Faber*, NVwZ 2015, 257 f.

¹¹⁰ *Faber*, DVBl. 2015, 149 (150); str., dagegen jedenfalls *Lenz*, Rechtsgutachten zur Geltung des Tariftreue- und Vergabegesetzes für die Erteilung neuer PBefG-Liniengenehmigungen in Nordrhein-Westfalen. Ausführlich dazu unter Gliederungspunkt 7.5.1.1.1.

¹¹¹ *Immenga/Mestmäcker/Kling*, WettbewerbsR, GWB § 128 Rn. 35 f.

*Rüffert*¹¹² die Unvereinbarkeit der Tariftreuregelung des Landes Niedersachsen, wonach Aufträge für Bauleistungen nur an solche Unternehmen vergeben werden durften, die sich mittels einer Tariftreuerklärung zur Zahlung des tarifvertraglich vorgesehenen Entgelts verpflichteten, mit dem Europarecht festgestellt hatte, wurden die ursprünglichen Regelungen der Länder entweder in ihrem Anwendungsbereich eingeschränkt oder gestrichen.¹¹³ Denn in der genannten Entscheidung monierte der EuGH sowohl einen Verstoß gegen die RL 96/71/EG¹¹⁴ als auch eine rechtfertigungsbedürftige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) durch die niedersächsische Regelung – der hierfür erforderliche arbeitnehmerschützende Charakter fehle der Tariftreuregelung, da unklar bleibe, warum lediglich Arbeitnehmer im öffentlichen, aber nicht im privaten Bausektor den hierdurch eingeräumten Schutz bräuchten.¹¹⁵ Das *Rüffert*-Urteil bedeutet jedoch nicht, dass Tariftreuregelungen *per se* keinen Anwendungsbereich mehr hätten. Vielmehr sind Tariftreuregelungen insoweit zulässig, wie die Dienstleistungsfreiheit und auch anderes Europarecht nicht tangiert werden und das EU-Recht folglich keinen Anwendungsvorrang entfaltet.¹¹⁶ Nicht vom Geltungsbereich der Dienstleistungsfreiheit erfasst sind demnach insbesondere die Entsendung von einem in einem Drittstaat ansässigen Unternehmen sowie reine Inlands Sachverhalte.¹¹⁷ Anzumerken sei noch: Inzwischen hat der EuGH durchaus einen Richtungswechsel vollzogen, sodass zumindest die Verknüpfung der Vergabe öffentlicher Aufträge mit bestimmten Mindestentgeltanforderungen nicht mehr ohne Weiteres europarechtswidrig ist.¹¹⁸ In der Rs. *RegioPost* hielt der EuGH den im rheinland-pfälzischen LTTG enthaltenen vergabespezifischen Mindestlohn für mit Art. 26 RL 2004/18/EG vereinbar und damit für europarechtskonform, da die Norm, anders als die in der Rs. *Rüffert* begutachtete Regelung, als Rechtsvorschrift zur Festlegung eines Mindestlohns den formalen Anforderungen der damaligen Fassung der Entsenderichtlinie genüge.¹¹⁹ Dabei ist indes zu berücksichtigen, dass der fragliche Sachverhalt sich 2013 abspielte und zu diesem Zeitpunkt (noch) kein bundesweiter Mindestlohn existierte. Unbeantwortet ist daher, ob das Urteil bei Geltung des gesetzlichen Mindestlohns ebenfalls so ausgefallen wäre.¹²⁰

Im Nachgang zu der Entscheidung des EuGH in der Rs. *Rüffert* jedenfalls differenzieren die Tariftreuregelungen der Länder weiterhin zwischen Vergabe im Bereich des ÖPNV und für den Bereich der Bau- und Dienstleistungen, wobei die Auftragsvergabe i.d.R. nur bei der Vergabe von Leistungen im Bereich des ÖPNV von der Zahlung des tarifvertraglichen Entgelts durch das beauftragte Unternehmen an seine Beschäftigten abhängig gemacht wird.¹²¹ Aufträge im Bereich des

¹¹² EuGH, Urt. v. 3.4.2008 – C-346/06 – *Rüffert*, NZA 2008, 537.

¹¹³ S. dazu *Greiner*, ZIP 2011, 2129. Eine Aufzählung der Länder, die vor der Entscheidung *Rüffert* Tariftreuregelungen kannten, bei *Thüsing/Thüsing*, MiLoG/AEntG, Tariftreue Rn. 2 f. und zu den Reaktionen der Bundesländer s. dort Rn. 16 ff.

¹¹⁴ Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen.

¹¹⁵ EuGH, Urt. v. 3.4.2008 – C-346/06 – *Rüffert*, NZA 2008, 537 Rn. 39 f.; vgl. auch EuGH, Urt. v. 18.9.2014 – C-549/13 – *Bundesdruckerei GmbH*, NVwZ 2014, 1505 Rn. 32.

¹¹⁶ Vgl. *Thüsing/Thüsing*, MiLoG/AEntG, Tariftreue Rn. 12 mit Hinweis auf GA *Darmon* in der Rs. C-132/93 – *Steen II*.

¹¹⁷ *Thüsing/Granetzny*, NZA 2009, 183 (184 f.); *Thüsing/Thüsing*, MiLoG/AEntG, 2. Aufl. 2016, Tariftreuregelung Rn. 12 ff; *Bayreuther*, EuZW 2009, 102, 106 f. auch zur Frage der (europarechtlich unproblematischen) Inländerdiskriminierung; a.A. *Faber*, NVwZ 2015, 257, 261.

¹¹⁸ EuGH, Urt. v. 17.11.2015 – C-115/14 – *Regio Post*, NZA 2016, 155; dazu: *Olbertz*, GWR 2016, 103. S. dazu noch Gliederungspunkt 7.2.4.1.4.

¹¹⁹ EuGH, Urt. v. 17.11.2015 – C-115/14 – *RegioPost*, NZA 2016, 155 Rn. 62.

¹²⁰ *Olbertz*, GWR 2016, 103; s. auch *Immenga/Mestmäcker/Kling*, WettbewerbsR, 6. Aufl. 2021, § 128 GWB Rn. 37 f. S. dazu noch Gliederungspunkt 7.2.4.1.4.

¹²¹ *Thüsing/Thüsing*, MiLoG/AEntG, 2. Aufl. 2016, Tariftreue Rn. 19 f., ein Überblick zu den Regelungen unter Rn. 3a.

ÖPNV stellen dabei den wichtigsten Anwendungsfall eines reinen Inlandssachverhalts dar: Denn solche Aufträge tangieren weder den Anwendungsbereich der RL 96/71/EG noch den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV.¹²² Europarechtlich folgt dies bereits aus Artt. 57 Abs. 3, 58 Abs. 1, 99 f. AEUV¹²³; Art. 58 Abs. 1 AEUV beschränkt den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit – der Verkehrsbereich wird durch die Norm aus der Dienstleistungsfreiheit herausgenommen und unter die Bestimmungen der Artt. 90 ff. AEUV gestellt.¹²⁴ Verkehrsdienstleistungen im ÖPNV bedürfen außerdem nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 PBefG, der im Einklang mit europarechtlichen Vorgaben steht,¹²⁵ bzw. § 13 Abs. 1a PBefG einer dauerhaften Niederlassung. Daher gilt in diesem Bereich nicht die Dienstleistungs-, sondern die Niederlassungsfreiheit des Art. 49 AEUV.¹²⁶ Die vom EuGH identifizierten Verstöße gegen Richtlinien- und Primärrecht betreffen die Regelungen also nicht. Dennoch werden Tariftreueregelungen in Gesetzen über den ÖPNV, die mehr als die Einhaltung allgemein verbindlicher Tarifverträge fordern – also die nicht nur deklaratorisch sind – von einigen Stimmen in der Literatur als europarechtswidrig angesehen.¹²⁷ Bedenken bleiben daher.

Fraglich ist, ob die neue Arbeitnehmerentsenderichtlinie¹²⁸ (AEntRL) hieran etwas ändert und möglicherweise die bestehenden Bedenken mittels einer europarechtlichen Legalisierung der Tariftreueregelungen ausräumen kann: Die RL (EU) 2018/957 ergänzt Art. 4 Abs. 8 UAbs. 2 der RL 96/71/EG insoweit, dass die Mitgliedstaaten, selbst wenn bereits ein System zur Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen besteht, beschließen können, Regelungen aus

„Tarifverträge[n] oder Schiedssprüche[n], die für alle in den jeweiligen geographischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden gleichartigen Unternehmen allgemein wirksam sind“,

auf entsandte Arbeitnehmer auszudehnen. Das wird von einigen Stimmen in der Literatur als Öffnungsklausel für Tariftreueregelungen angesehen: Denn der Begriff „Tätigkeit“ umfasse auch die Ausführung öffentlicher Aufträge, sodass auch Tariftreueregelungen von der Richtlinie gemeint seien.¹²⁹ Diese Begründung darf aber angezweifelt werden, weil eine „Tätigkeit“ allgemein hin nicht danach bestimmt wird, ob ein öffentlicher Auftrag vorliegt oder nicht. Gemeint ist eher die konkrete körperliche oder geistige Verrichtung.¹³⁰ Außerdem bestätigt sich im Vergleich mit anderen Sprachfassungen der Richtlinie („a la profesión o al sector“, „in the profession or industry“, „au secteur ou à la profession“ und „nella categoria professionale o industriale“), dass die Formulierung der Richtlinie „die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe“ den sachlichen

¹²² Immenga/Mestmäcker/Kling, 6. Aufl. 2021, § 128 GWB Rn. 41; Thüsing/Thüsing, MiLoG/AEntG, 2. Aufl. 2016, Tariftreueregelung Rn. 20.

¹²³ Immenga/Mestmäcker/Kling, 6. Aufl. 2021, § 128 GWB Rn. 41.

¹²⁴ Frankfurter Kommentar/Haltern/Stein, EUV/GRC/AEUV, Art. 58 AEUV Rn. 2.

¹²⁵ Vgl. hierzu Greiner, ZIP 2011, 2129, 2134 f.; Pünder/Klafki, NJW 2014, 429, 432.

¹²⁶ Immenga/Mestmäcker/Kling, 6. Aufl. 2021, § 128 GWB Rn. 41; vgl. auch Bayreuther, EuZW 2009, 102, 106; Dobmann, VergabeR 2008, 484, 486; Pünder/Klafki, NJW 2014, 429, 432 f.; Thüsing/Thüsing, MiLoG/AEntG, 2. Aufl. 2016, Tariftreue Rn. 20.

¹²⁷ Faber, NVwZ 2015, 257, 262; Krebber, EuZA 2013, 435; Immenga/Mestmäcker/Kling, WettbewerbsR, 6. Aufl. 2021, § 128 GWB Rn. 42; a.A. Bayreuther, NZA 2014, 1171, 1175; ders., EuZW 2009, 102, 106; Dobmann, VergabeR 2008, 484, 486.

¹²⁸ Richtlinie (EU) 2018/957 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Juni 2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen.

¹²⁹ Klein/Schneider, SR 2019, 72, 79; Krause, AuR 2020, 152, 156.

¹³⁰ Thüsing/Hütter-Brungs, NZA 2021, 170, 174.

Anwendungsbereich des Tarifvertrags umschreibt.¹³¹ Auch mit Blick auf die alte Fassung der Richtlinie, die sich – freilich nur für Mitgliedstaaten ohne Allgemeinverbindlicherklärung – mit der gleichen Formulierung auf Tarifverträge und Schiedssprüche bezog, lässt sich die Auslegung, die Tariftreuerregelungen einbeziehen will, verneinen: Der EuGH hatte in der Rs. *Rüffert* bereits abgelehnt, Tariftreuerregelungen hierunter zu subsumieren, weil sie nur auf die Vergabe öffentlicher und nicht auf die Vergabe privater Aufträge anwendbar sind.¹³² Damit ist unter den Begriff der „Tätigkeit“ gerade nicht die Leistungserbringung im Rahmen der Erfüllung eines öffentlichen Auftrags zu fassen.¹³³ Die neue AEntRL kann somit nicht zur (demnach weiterhin zweifelhaften) Europarechtskonformität verhelfen.

7.2.4.1.2 Verfassungsrechtliche Bedenken

Aber auch in verfassungsrechtlicher Hinsicht sind die Tariftreuerregelungen nicht zweifelsfrei – hier stellen sich Probleme unter verschiedenen Anknüpfungspunkten, zunächst, was die Gesetzgebungskompetenz angeht: Die Kompetenz auf Landesebene steht dann infrage, wenn der Landesgesetzgeber zusätzliche normative Kriterien regelt, die eigentlich in einer bundesrechtlich abgeschlossenen Sachmaterie liegen, was mit vergabespezifischen Mindestlohnregelungen auftreten kann.¹³⁴ Das BVerfG hält Tariftreuerregelungen insofern jedoch für kompetenzrechtlich nicht problematisch, als dass der Bund die Zuständigkeit nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG nicht abschließend genutzt habe.¹³⁵ Dabei ging es aber um eine Regelung, welche die Vergabe von Bauleistungen etc. an die Auflage anknüpfte, dass die Unternehmen die Arbeitnehmer nach den jeweils in Berlin geltenden Entgelttarifen entlohnen¹³⁶ – problematischer sind nach teilweise vertretener Ansicht jedoch solche Vorschriften, die bei der Vergabe von Aufträgen (im ÖPNV) die Bindung an einen repräsentativen Tarifvertrag vorschreiben: Hierbei werden i.d.R. weitere Voraussetzungen für die Repräsentativität des Tarifvertrags festgelegt, als das Arbeitsrecht sie bereits im Grundsatz für seine Wirksamkeit kennt – folglich würde nach Bundesrecht wirksamen Tarifverträgen, die nach Landesrecht nicht als repräsentativ gelten, bei Vergabeverfahren teilweise ihre Wirksamkeit genommen.¹³⁷ Damit liege ein Eingriff in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG (Arbeitsrecht) vor.¹³⁸

Ein Kernpunkt der Diskussion um die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Tariftreuerregelungen ist darüber hinaus die Vereinbarkeit mit Art. 9 Abs. 3 GG, insbesondere in ihrer negativen Ausgestaltung, also dem Schutz des Rechts, nicht einer Koalition zuzugehören.¹³⁹ Dazu gehört es aber laut BVerfG gerade nicht,

¹³¹ *Riesenhuber*, EuZA 2020, 423, 437 f.; *Thüsing/Hütter-Brungs*, NZA 2021, 170, 174; *Franzen/Gallner/Oetker/Kreber*, EuArbR, 3. Aufl. 2020, Art. 3 RL 96/71 Rn. 36.

¹³² EuGH, Urt. v. 3. 4. 2008 – C-346/06 – *Rüffert*, NZA 2008, 537 Rn. 29.

¹³³ *Thüsing/Hütter-Brungs*, NZA 2021, 170, 175.

¹³⁴ *Faber*, NVwZ 2015, 257, 259, i.E. aber wohl in Ordnung, solange der Landesgesetzgeber eigene vergabespezifische Ziele erreichen will.

¹³⁵ BVerfG, Beschl. v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, NJW 2007, 51 Rn. 56 ff.

¹³⁶ BVerfG, Beschl. v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, NJW 2007, 51.

¹³⁷ *Faber*, NVwZ 2015, 257, 259 f.

¹³⁸ *Faber*, NVwZ 2015, 257, 260. Stimmen in der Literatur gehen außerdem von einem Verstoß gegen die Gesetzgebungskompetenzen auch über Art. 74 S. Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) aus, da auch private Auftraggeber, die eigentlich an Bundeshaushaltsrecht gebunden seien, durch Landesgesetzte, die auf Landeshaushaltsrecht beruhten, erfasst würden, *Immenga/Mestmäcker/Kling*, WettbewerbsR, 6. Aufl. 2021, § 128 GWB Rn. 38.

¹³⁹ Zur (negativen) Koalitionsfreiheit s. nur: BVerfG, Urt. v. 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78, NJW 1979, 699, 706.

„dass der Gesetzgeber die Ergebnisse von Koalitionsvereinbarungen zum Anknüpfungspunkt gesetzlicher Regelungen nimmt, wie es besonders weitgehend bei der vom BVerfG für verfassungsrechtlich zulässig angesehenen Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen geschieht ([...]). Allein dadurch, dass jemand den Vereinbarungen fremder Tarifvertragsparteien unterworfen wird, ist ein spezifisch koalitionsrechtlicher Aspekt nicht betroffen ([...]). Gegen eine gleichheitswidrige oder unverhältnismäßige Auferlegung der Ergebnisse fremder Koalitionsvereinbarungen ist der Unternehmer gegebenenfalls durch Art. 3 I und Art. 12 I GG geschützt.“¹⁴⁰

Die negative Koalitionsfreiheit ist also nach Auffassung des BVerfG durch eine Tariftreuregelung nicht berührt.¹⁴¹ Das wird durchaus kritisch gesehen¹⁴² und auch in einer aktuelleren Entscheidung des VG Düsseldorf¹⁴³ begründet das Gericht einen Eingriff ohne verfassungsrechtliche Rechtfertigung, da die Tariftreuregelung des § 4 Abs. 2 TVgG NRW a.F. faktisch dazu führe, dass möglicherweise eine Entgeltvereinbarung aus einem autonom verhandelten Tarifvertrag, an die ein Bieter bereits gebunden sei, durch den repräsentativen Tarifvertrag verdrängt werde:

„Der umfassende Gestaltungsspielraum der Tarifparteien im Rahmen der Tarifautonomie wird mittelbar, aber substanziell geschmälert, weil von vornherein feststeht, dass eine Entgeltregelung auf dem Gebiet der öffentlichen Auftragsvergabe im Bereich ÖPNV in Nordrhein-Westfalen nur dann zum Tragen kommen wird, wenn diese höher als die Entgeltvereinbarung des repräsentativen Tarifvertrags ist. Die nordrhein-westfälische Tariftreuregelung setzt im ÖPNV faktisch ein an das Entgeltniveau des repräsentativen Tarifvertrags gekoppeltes Mindestentgelt fest. Die Entgeltvereinbarung des repräsentativen Tarifvertrags verdrängt faktisch die diesen unterbietenden, bereits abgeschlossenen oder noch abzuschließenden Tarifverträge im selben Geltungsbereich ([...]).“¹⁴⁴

Dieser Eingriff werde dadurch verstärkt, dass das Gesamtgefüge der ausgehandelten Tarifverträge aus dem Gleichgewicht gebracht werde und nicht nur die Mindestentgeltsätze sondern die gesamte Entgeltordnung betroffen sei.¹⁴⁵ Durch die Beeinflussung des Konkurrenzverhältnisses der Koalitionen von staatlicher Seite liege ebenfalls ein Eingriff in den Schutzbereich der Koalitionsfreiheit vor.¹⁴⁶ Schließlich fehle mit dem seit Anfang 2015 geltenden MiLoG der für die Rechtfertigung notwendige legitime Zweck.¹⁴⁷ Die Auffassung des VG Düsseldorf wird jedoch teilweise auch mit überzeugender Begründung abgelehnt, wobei u.a. auf ein Vergleich mit Allgemeinverbindlicherklärungen¹⁴⁸ und mit der Berliner Tariftreuregelung, mit der sich das BVerfG

¹⁴⁰ BVerfG, Beschl. v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, NJW 2007, 51 Rn. 68.

¹⁴¹ Auch die Verletzung von Art. 3 Abs. 1 und Art. 12 S. Abs. 1 GG lehnte das BVerfG ab.

¹⁴² *Faber*, NVwZ 2015, 257, 260: Dadurch, dass eine Bindung an einen repräsentativen Tarifvertrag vorgesehen wird, werde jedem anderen Tarifvertrag im ÖPNV-Sektor die Wirksamkeit genommen.

¹⁴³ VG Düsseldorf, Beschl. v. 27.8.2015 – 6 K 2793/13, NZBau 2015, 643.

¹⁴⁴ VG Düsseldorf, Beschl. v. 27.8.2015 – 6 K 2793/13, NZBau 2015, 643, 649 f.

¹⁴⁵ VG Düsseldorf, Beschl. v. 27.8.2015 – 6 K 2793/13, NZBau 2015, 643, 650.

¹⁴⁶ VG Düsseldorf, Beschl. v. 27.8.2015 – 6 K 2793/13, NZBau 2015, 643, 650.

¹⁴⁷ VG Düsseldorf, Beschl. v. 27.8.2015 – 6 K 2793/13, NZBau 2015, 643, 650 f. Dem VG Düsseldorf insgesamt zustimmend: *Greiner/Kleinert*, RdA 2016, 229.

¹⁴⁸ Vgl. auch BGH, Beschl. v. 18.1.2000 – KVR 23/98, NZA 2000, 327, 332.

beschäftigt hatte,¹⁴⁹ herangezogen werden.¹⁵⁰ Der VerfGH NRW jedenfalls wird über die Frage (zunächst) nicht entscheiden,¹⁵¹ sodass eine abschließende Klärung fehlt. Einig ist man sich mithin nicht.

Aufgeworfen wird schließlich noch die Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG. Die Tariftreuregelungen sind wohl als Berufsausübungsregelungen (man erinnere sich an die Drei-Stufen-Lehre des BVerfG) einzuordnen, wobei der Eingriff aber als durch gemeinwohlbezogene Ziele gerechtfertigt angesehen wird.¹⁵²

All das mag schließlich zu Zweifeln an der Zulässigkeit und Rechtssicherheit der Tariftreuregelungen im ÖPNV führen. Nichtsdestoweniger bestehen diese Regelungen in den Bundesländern und finden in Vergabesituationen Anwendung. Es gilt also, aufzuzeigen, welche Regelungen es gibt, was sie gemeinsam haben, was sie unterscheidet, und welche Probleme sich hieraus ergeben können:

7.2.4.1.3 Das Panorama der Gesetzgebung

Auch nach *Rüffert* (s.o.) bestand in den meisten Bundesländern die Überzeugung fort, dass Tariftreuregelungen rechts- und sozialpolitisch wünschenswert sind. Die Landesgesetzgeber haben den europarechtlichen Vorgaben Rechnung getragen und Tariftreueklauseln beseitigt, nach denen Aufträge nur noch an solche Interessenten vergeben werden, die die ortsüblichen Tariflöhne bezahlen.¹⁵³ Mittlerweile existieren in 13 der 16 Bundesländer Tariftreuegesetze. Diese unterscheiden sich nicht nur in ihren Bezeichnungen voneinander, sondern differieren auch in ihren Regelungsgegenständen und der Regelungsreichweite, was Gegenstand der folgenden Erörterungen sein wird. Zu den Bundesländern, die Tariftreuegesetze erlassen haben, gehören:

- Baden-Württemberg: Tariftreue- und Mindestlohngesetz für öffentliche Aufträge in Baden-Württemberg (LTMG)¹⁵⁴
- Berlin: Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz (BerlAVG)¹⁵⁵
- Brandenburg: Brandenburgisches Gesetz über Mindestanforderungen für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen (BbgVergG)¹⁵⁶
- Bremen: Bremisches Gesetz zur Sicherung von Tariftreue, Sozialstandards und Wettbewerb bei öffentlicher Auftragsvergabe (TtVG)¹⁵⁷

¹⁴⁹ BVerfG, Beschl. v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, NJW 2007, 51.

¹⁵⁰ *Barczak/Pieroth*, RdA 2016, 209 verneinen bereits den Eingriff, nehmen aber auch an, dass ein Eingriff gerechtfertigt wäre.

¹⁵¹ VerfGH NRW, 10/15: Der Vorlagebeschluss des VG Düsseldorf wurde aufgehoben.

¹⁵² *Faber*, NVwZ 2015, 257, 260: Probleme träten allenfalls dann auf, wenn aufgrund der Vergabeverpflichtung ein Bewerberkreis wegen Unzumutbarkeit aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten ganz aus dem Wettbewerb ausscheiden müsste. Auch das BVerfG geht von einem gerechtfertigten Eingriff aus, BVerfG, Beschl. v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, NJW 2007, 51 Rn. 76 ff.

¹⁵³ BeckOK ArbR/*Gussen*, 59. Ed. Stand: 1.3.2021, § 21 AEntG Rn. 4.

¹⁵⁴ V. 16.4.20163, GBl. S. 50.

¹⁵⁵ V. 22.4.2020, GVBl. S. 276.

¹⁵⁶ V. 29.9.2016, GVBl. I Nr. 21.

¹⁵⁷ V. 24.11.2009, Brem.GBl. S. 476.

- Hamburg: Hamburgisches Vergabegesetz (HmbVgG)¹⁵⁸
- Hessen: Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz (HVTG)¹⁵⁹
- Niedersachsen: Niedersächsisches Gesetz zur Sicherung von Tariftreue und Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (NTVergG)¹⁶⁰
- Nordrhein-Westfalen: Gesetz über die Sicherung von Tariftreue und Mindestlohn bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (TVgG NRW)¹⁶¹
- Rheinland-Pfalz: Landestariftreuegesetz (LTTG)¹⁶²
- Saarland: Saarländisches Tariftreuegesetz (STTG)¹⁶³
- Sachsen-Anhalt: Landesvergabegesetz (LVG LSA)¹⁶⁴
- Schleswig-Holstein: Vergabegesetz Schleswig-Holstein (VGSH)¹⁶⁵
- Thüringen: Thüringer Vergabegesetz (ThürVgG)¹⁶⁶

Bislang existieren somit lediglich in Bayern, Mecklenburg-Vorpommern und Sachsen keine Tariftreuegesetze. In diesen Bundesländern ist die Einführung von Tariftreue Regelungen jedoch zumindest wiederkehrender Teil des politischen und parlamentarischen Diskurses, teilweise ist die Einführung derartiger Regelungen sogar konkret geplant.

So wurden von der SPD-Fraktion im Bayerischen Landtag sowohl im Jahr 2018 als auch im Jahr 2019 Entwürfe eines Bayerischen Tariftreue- und Vergabegesetzes¹⁶⁷ eingebracht, die jedoch allesamt von der Regierungsmehrheit abgelehnt wurden. Die Gesetzesentwürfe sahen neben der verbindlichen Abgabe von Tariftreueerklärungen im öffentlichen Personennahverkehr die Einführung eines vergabespezifischen Mindestlohns und eines Landesmindestlohns vor, deren Höhe sich nach Entgeltgruppe 1, Stufe 5 des Tarifvertrags des öffentlichen Diensts der Länder (derzeit ca. 12 Euro pro Stunde) richten sollte. Begründet wurde die Forderung nach der Einführung eines Tariftreue- und Vergabegesetzes mit der rückläufigen Tarifbindung im Freistaat, die zu hohen Arbeitszeiten, geringen Arbeitsentgelten und überdurchschnittlich vielen Kündigungen führen würde.¹⁶⁸

¹⁵⁸ V. 13.2.2006, HbgGVBl. S. 57.

¹⁵⁹ V. 12.7.2021, GVBl. S. 338.

¹⁶⁰ V. 31.10.2013, Nds. GVBl. S. 259.

¹⁶¹ V. 22.03.2018, GV NRW S. 172.

¹⁶² V. 1.12.2010, GVBl. S. 426.

¹⁶³ V. 6.2.2013, AmtsBl. I S. 84.

¹⁶⁴ V. 19.12.2012, GVBl. LSA S. 536.

¹⁶⁵ V. 8.2.2019, GVOBl. Schl.-H. S. 40.

¹⁶⁶ V. 23.1.2020, GVBl. S. 29.

¹⁶⁷ Zuletzt LT-Drucks. 18/108.

¹⁶⁸ LT-Drucks. 18/108 S. 1.

Auch in Mecklenburg-Vorpommern existiert formal kein Tariftreuegesetz. In der laufenden siebenten Legislaturperiode verabschiedete der Landtag bereits mit den Stimmen der Koalitionsparteien ein novelliertes Vergabegesetz (VgG M-V)¹⁶⁹. Jüngst brachte die SPD-Fraktion auch einen Entwurf eines Tariftreuegesetzes in den Landtag ein, der mit dem Koalitionspartner nicht abgestimmt war und unter Verweis auf die bereits umgesetzte Novellierung des VgG M-V und die schwierige wirtschaftliche Lage abgelehnt wird.¹⁷⁰ Jedenfalls im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs bestehen bereits umfangreiche Regelungen zum Schutz der Arbeitnehmer, die Regelungen eines Tariftreuegesetzes gleichkommen. So müssen Auftragnehmer im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs eine Verpflichtungserklärung abgeben, dass die Beschäftigten nach den einschlägigen und repräsentativen Tarifverträgen vergütet werden. Zudem sieht das VgG M-V einen vergabespezifischen Mindestlohn vor. Aus diesen Gründen kann Mecklenburg-Vorpommern in den Vergleich der Regelungen in den Tariftreuegesetzen der Länder mit einbezogen werden. Ohnehin erscheint die Forderung nach einem Tariftreuegesetz in Mecklenburg-Vorpommern mehr politisch motiviert als dass sie etwas in der Lebenswirklichkeit der Beschäftigten ändern würde, da der europarechtlich gesteckte Rahmen zulässiger Tariftreue Regelungen eng ist und mit den Regelungen für den Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs der wichtigste Anwendungsfall bereits geregelt wurde.

In Sachsen ist in Umsetzung des zwischen der CDU, der Partei Bündnis 90/Die Grünen und der SPD geschlossenen Koalitionsvertrags für die Legislaturperiode zwischen 2019 und 2024 die Einführung von Tariftreue Regelungen durch Novellierung des Sächsischen Vergabegesetzes geplant. Konkret soll auf diese Weise gewährleistet werden, dass bei der Vergabe öffentlicher Aufträge die Mindestarbeitsbedingungen, die auf allgemeinverbindlichen Tarifverträgen und Branchenmindestlöhnen beruhen, gewährleistet werden. In Bereichen, in denen keine solchen Regelungen existieren, soll ein Vergabemindestlohn in Höhe von Entgeltgruppe 1, Stufe 2 des Tarifvertrags des öffentlichen Diensts eingeführt werden.¹⁷¹

Somit lässt sich als Zwischenfazit festhalten, dass im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs gegenwärtig oder in absehbarer Zukunft lediglich in Bayern keine Tariftreue Regelung oder vergleichbare Vorschriften zum Schutz der Arbeitnehmer existieren. Dies wirft in einem zweiten Schritt die Frage auf, inwieweit sich die bestehenden Regelungen in den Bundesländern voneinander unterscheiden.¹⁷²

7.2.4.1.4 Gemeinsamkeiten – Unterschiede – Praktische Probleme

Der europarechtlich gesteckte Rahmen für Tariftreue Regelungen ist, wie bereits dargelegt, nicht weit. Diesen durch höherrangiges Recht gesetzten Vorgaben haben die Bundesländer auf unterschiedliche Weise regelungssystematisch Rechnung getragen.

Die Tariftreuegesetze der Bundesländer benennen der Tradition des modernen Gesetzgebers folgend zunächst den Zweck des Gesetzes, um sodann den Anwendungsbereich des Gesetzes zu bestimmen. Vergleicht man die unterschiedlichen Tariftreuegesetze miteinander, so stellt man fest, dass die Vorschriften über den Anwendungsbereich unterschiedlich weit gefasst wurden. Dies liegt daran,

¹⁶⁹ V. 7.7.2011, GVOBl. M-V S. 411; Novelle: LT-Drucks. 7/1931.

¹⁷⁰ SPD legt Entwurf für Tariftreuegesetz vor: Lob vom DGB, in: Die Zeit v. 4.2.2021, abrufbar unter: https://www.zeit.de/news/2021-02/04/spd-legt-tariftreuegesetz-entwurf-vor?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F (letzter Abruf v. 8.9.2021).

¹⁷¹ Koalitionsvertrag Sachsen 2019 – 2024, S. 27, abrufbar unter: https://www.staatsregierung.sachsen.de/download/Koalitionsvertrag_2019-2024-2.pdf (letzter Abruf: 8.9.2021).

¹⁷² S. auch die Tabelle in der Anlage, in der die Tariftreue Regelungen der Länder vergleichend gegenüber-gestellt werden.

dass die Tariftreugesetze der Länder nicht lediglich eine Tariftreuregelung enthalten, soweit diese zulässig ist, sondern vielfach umfangreicheren Schutz für Arbeitnehmer vermitteln sollen, die in privaten Unternehmen im Rahmen von öffentlichen Aufträgen tätig werden. Während für Tariftreuregelungen nur ein begrenzter Anwendungsbereich besteht, können sich sonstige Schutzvorschriften auf einen weiteren Kreis von Arbeitnehmern erstrecken. Der Anwendungsbereich für Tariftreuregelungen muss also auf eine Weise eingeschränkt werden. Diese Beschränkung wird dadurch erreicht, dass die entsprechenden Gesetze einen allgemeinen sowie einen besonderen Teil beinhalten, der die Tariftreuregelung enthält. Die Tariftreugesetze von Berlin, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt und Thüringen fassen den Anwendungsbereich des Gesetzes allgemein, indem beispielsweise § 3 Abs. 1 BerlAVG öffentliche Aufträge über Bauleistungen sowie Liefer- und Dienstleistungen ab einem bestimmten geschätzten Auftragswert und § 1 Abs. 1 ThürVgG die Vergabe öffentlicher Aufträge i.S.d. §§ 103 f. GWB erfasst. Die Reichweite der konkreten Tariftreuregelung wird sodann auf den Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs beschränkt. Zu diesem Zweck spricht beispielsweise § 4 Abs. 3 S. 1 LTTG von öffentlichen Aufträgen über Dienstleistungen im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs auf Straße und Schiene, während das Gros der Tariftreugesetze auf die VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße verweist. In Baden-Württemberg, Bremen, Hessen, Niedersachsen sowie Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein wird der Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs bereits *expressiv verbis* vom Anwendungsbereich erfasst, wobei mit Ausnahme von Hessen wiederum auf die VO (EG) 1370/2007 Bezug genommen wird. Darüber hinaus sind vom Anwendungsbereich aber auch weitere Bereiche erfasst, was § 1 Abs. 1 TVgG NRW exemplifiziert, wonach das TVgG NRW auch für die Vergabe öffentlicher Aufträge über die Beschaffung von Leistungen, die die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen i.S.d. § 103 Abs. 1 GWB zum Gegenstand haben, gilt. Die Geltung der Tariftreuregelungen im engeren Sinne beschränkt sich dann freilich lediglich auf den Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs. In den Ländern, in denen der Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs explizit im Anwendungsbereich genannt wird, wird in der Tariftreuregelung auf die Vorschrift über den Anwendungsbereich verwiesen. So verweist § 2 Abs. 2 TVgG NRW beispielsweise auf § 1 Abs. 3 S. 1 TVgG NRW. Die Reichweite der Tariftreugesetze scheint also nur bei einem ersten Blick in die Vorschrift über den Anwendungsbereich zu divergieren. Ein genauerer Blick auf die Tariftreugesetze der Länder offenbart indes, dass sich die Anwendungsbereiche der Gesetze nicht wesentlich unterscheiden. Die Unterschiede bezüglich des Anwendungsbereichs betreffen vielmehr stilistische Fragen. Dies verwundert angesichts der strengen Vorgaben des EuGH nicht.

Inhaltlich umfassen alle genannten Gesetze im Verkehrssektor mit Ausnahme des HmbgVgG eine konstitutive Tariftreuregelung. Eine konstitutive Tariftreuregelung begründet durch Unterwerfung in den Auftragsbedingungen eine Pflicht zur Bezahlung des Tariflohns selbst dann, wenn der Auftragnehmer nicht autonom tarifgebunden ist.¹⁷³ Bezugspunkt sind hier – mit Ausnahme vom Saarland, wo nicht geregelt ist, bezüglich welcher Modalitäten sich die Auftragnehmer verpflichten müssen, wenn unterschiedliche Tarifverträge in diesem Bereich gelten (vgl. § 3 Abs. 2 S. 1 STTG) – die repräsentativen Tarifverträge. Dabei wird in den Bundesländern unterschiedlich geregelt ist, von welcher Stelle und nach welchen Kriterien bestimmt wird, welcher Tarifvertrag als repräsentativ anzusehen ist. Bezüglich der Frage, wer feststellt, welcher Tarifvertrag als repräsentativ anzusehen ist, lassen sich in den Tariftreugesetzen vier unterschiedliche Modelle beobachten: So wird der repräsentative Tarifvertrag in Berlin (§ 10 S. 2 BerlAVG), Brandenburg (§ 4 Abs. 1 S. 3 BbgVergG) und Bremen (§ 10 Abs. 3 S. 1 TtVG) jeweils vom Auftraggeber festgelegt. In Niedersachsen (§ 4 Abs. 4 S. 1

¹⁷³ Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 5 Rn. 453; Beck VergabeR/Opitz, 3. Aufl. 2017, § 129 GWB Rn. 19; Bitterich, EuZA 2013, 426.

NTVergG), Sachsen-Anhalt (§ 10 Abs. 2 S. 3 LVG LSA) und Schleswig-Holstein (§ 5 Abs. 2 S. 1 VGSH) benennt das Arbeitsministerium den repräsentativen Tarifvertrag; in Mecklenburg-Vorpommern erfolgt die Benennung durch die gesamte Landesregierung (§ 9 Abs. 2 S. 2 VgG M-V). In anderen Bundesländern ist zusätzlich ein beratend tätiger, paritätisch mit Arbeitnehmern- und Arbeitgebervertretern besetzter Beirat eingerichtet. So muss in Baden-Württemberg das Wirtschaftsministerium, welches im Einvernehmen mit dem Verkehrsministerium entscheidet (§ 3 Abs. 4 S. 1 LTMG), in Bremen der Senator für Wirtschaft, Arbeit und Häfen (§ 1 Abs. 1 S. 1 BremVergV i.V.m. § 10 Abs. 3 S. 3 TtVG), in Nordrhein-Westfalen das Arbeitsministerium (§ 3 Abs. 1 TVgG) und in Thüringen das Arbeitsministerium im Einvernehmen mit dem Verkehrsministerium (§ 10 Abs. 2 S. 2 ThürVgG) die Empfehlungen des Beirats bei der Festsetzung berücksichtigen (§ 3 Abs. 4 S. 2, 3 LTMG, TVÖPVVO; § 1 Abs. 4 BremVergV i.V.m. § 10 Abs. 3 S. 3 TtVG; § 3 Abs. 2 S. 3 TVgG). Auch in Niedersachsen wirkt ein paritätisch besetzter Beirat bei der Festlegung der repräsentativen Tarifverträge mit (§ 4 Abs. 4 S. 4 NTVergG).

Im Hinblick auf die Art und Weise der Bestimmung der repräsentativen Tarifverträge ist die Vielfalt ungleich kleiner. Die durch die Tarifreuegesetze aufgestellten Kriterien gleichen sich dabei meist wörtlich. In der überwiegenden Zahl der Fälle ist insbesondere auf die Zahl der von dem jeweils tarifgebundenen Arbeitgebern unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Beschäftigten oder die Zahl der jeweils unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Mitglieder der Gewerkschaft, die den Tarifvertrag geschlossen hat, abzustellen (§ 3 Abs. 4 S. 5 LTMG, § 5 Abs. 4 S. 1 NTVergG, § 10 Abs. 2 S. 4 LVG LSA, § 4 Abs. 4 S. 2 LTTG, § 4 Abs. 2 S. 3 VGSH, § 10 Abs. 3 S. 2 ThürVgG). In Niedersachsen können neben den genannten Kriterien weitere Merkmale der Repräsentativität durch eine vom Arbeitsministerium im Einvernehmen mit dem Verkehrsministerium erlassene Rechtsverordnung festgelegt werden (§ 5 Abs. 4 S. 3 HS. 2 NTVergG). In Bremen wird gemäß § 1 Abs. 2 BremVergV¹⁷⁴, der auf § 10 Abs. 3 S. 2 TtVG als Ermächtigungsgrundlage beruht, ausschließlich auf den Tarifvertrag abgestellt, der die meisten Arbeitnehmer erfasst. Gleiches gilt für Mecklenburg-Vorpommern (§ 9 Abs. 2 S. 1, 2 VgG M-V). In Baden-Württemberg nennt § 3 Abs. 4 S. 5 LTMG zwar beide Kriterien; nach § 1 Abs. 1 S. 3 TVÖPVVO i.V.m. § 3 Abs. 4 S. 1 LTMG soll dann aber die Zahl der erfassten Beschäftigten vorrangig sein. In Kontrast dazu stehen die Regelungen in Berlin (§ 10 S. 2 BerlAVG) und Brandenburg (§ 4 Abs. 1 S. 3 BbgVergG) ins Auge, wo die Bestimmung der repräsentativen Tarifverträge nicht kriteriengebunden, sondern nach billigem Ermessen erfolgt. In Mecklenburg-Vorpommern werden in § 9 Abs. 2 S. 1 VgG M-V erst die bereits bekannten Kriterien genannt, um im darauffolgenden Satz zu normieren, dass die Landesregierung die repräsentativen Tarifverträge letztlich doch unter Berücksichtigung aller Umstände nach billigem Ermessen bestimmt. Dies mag auf den ersten Blick widersprüchlich erscheinen, benennt letztendlich aber nur die Situation der Bundesländer, in denen die repräsentativen Tarifverträge nach zwei zueinander im Alternativverhältnis stehenden Kriterien zu bestimmen sind. Denn wenn Tarifvertrag A die meisten tarifgebundenen Arbeitgeber auf sich vereinigt und unter den Geltungsbereich von Tarifvertrag B die meisten Beschäftigten fallen, muss die zur Entscheidung berufene Stelle zwangsläufig Ermessen ausüben und eine Auswahlentscheidung treffen.

Unterzieht man die Regelungen zu den Kriterien und den zuständigen Stellen zur Bestimmung der Repräsentativität einer vergleichenden Betrachtung, erscheint es naheliegend, dass diese Regelungen indirekt auch Einfluss auf die Höhe des zu zahlenden Arbeitsentgelts haben: Wenn der Auftraggeber selbst nach billigem Ermessen die repräsentativen Tarifverträge festlegen kann, kann davon ausgegangen werden, dass der Auftraggeber auch wirtschaftliche Kriterien in die Beurteilung einfließen lassen wird. Denn von der Wahl des repräsentativen Tarifvertrags hängen letztlich die vom

¹⁷⁴ Verordnung zur Durchführung des Bremischen Tarifreue- und Vergabegesetzes v. 21.9.2011, Brem.GBl. S. 523.

Auftraggeber zu tragenden Kosten ab. Werden die repräsentativen Tarifverträge hingegen vom Ministerium unter Mitwirkung eines paritätisch mit Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertretern besetzten Gremiums bestimmt, wird die Gewichtung der widerstreitenden Interessen regelmäßig eine andere sein.

Neben konstitutiven Tariftreueregelungen sind in Baden-Württemberg, Bremen und Niedersachsen auch deklaratorische Tariftreueregelungen zu finden. Im Gegensatz zu konstitutiven Tariftreueregelungen verpflichten deklaratorische Tariftreueregelungen nicht tarifgebundene Arbeitgeber nicht zur Bezahlung des Tariflohns, sondern sehen vor, dass Auftragnehmer sich zur Einhaltung bestimmter gesetzlicher Vorgaben verpflichten. Verletzungen dieser Verpflichtungen können dabei vertrags- und vergaberechtlich sanktioniert werden.¹⁷⁵ Dementsprechend verlangen § 4 S. 1 LTMG, § 11 S. 1 TtVG und § 4 Abs. 1 NTVergG, dass sich die Auftragnehmer bei Angebotsabgabe schriftlich zur Bezahlung des Mindestlohns nach dem MiLoG verpflichten müssen. Angesichts der Tariftreuepflicht ist die Verpflichtung zur Bezahlung des Mindestlohns nach dem MiLoG aber lediglich von untergeordneter Bedeutung.

Nach der Rs. *Rüffert*¹⁷⁶ statuierten zahlreiche Bundesländer zudem sog. Vergabemindestlöhne, durch die sie die Vergabe von öffentlichen Aufträgen auch im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs auch davon abhängig machten, dass sich der Auftragnehmer dazu verpflichtet, seinen Arbeitnehmern mindestens einen der Höhe nach festgelegten Lohn zu bezahlen. Inzwischen existieren jedoch nur noch in Berlin, in Bremen, im Saarland, in Schleswig-Holstein sowie in Thüringen vergaberechtliche Mindestlöhne. Die aktuelle Höhe des Vergabemindestlohns beträgt 12,50 Euro/Stunde in Berlin (§ 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BerlAVG), 13 Euro/Stunde in Brandenburg (§ 6 Abs. 2 S. 2 BbgVergG), 12 Euro/Stunde in Bremen (§ 9 Abs. 1 TtVG i.V.m. § 9 Abs. 2 Landesmindestlohngesetz [MindLohnG]¹⁷⁷ i.V.m. § 1 der Verordnung über den Mindestlohn nach dem Landesmindestlohngesetz vom 9. Februar 2021[BremMLohnVO]¹⁷⁸) und 9,60 Euro/Stunde im Saarland (§ 3 Abs. 5 S. 1 STTG i.V.m. § 1 Nr. 2 der Verordnung zur Anpassung des Mindestlohns gemäß § 3 Abs. 5 S. 3 des Saarländischen Tariftreuegesetzes vom 11. Dezember 2020 [SaarlMiLoAVO 2020]¹⁷⁹).

Dass die Zahl der Bundesländer mit vergaberechtlichem Mindestlohn zurückgegangen ist, hat gute Gründe, schließlich wird spätestens seit Einführung des MiLoG die Vereinbarkeit eines vergaberechtlichen Mindestlohns sowohl mit Verfassungs- als auch mit Europarecht zunehmend bezweifelt. Zwar hat der EuGH in seiner *RegioPost*-Entscheidung¹⁸⁰ den vormals im rheinland-pfälzischen LTTG enthaltenen vergabespezifischen Mindestlohn noch für mit Art. 26 RL 2004/18/EG vereinbar und damit europarechtskonform erklärt. Dies begründete der EuGH zum einen damit, dass der im LTTG vorgesehene vergaberechtliche Mindestlohn – anders als die Tariftreueregelung, die in der Rs. *Rüffert* auf dem Prüfstand stand – die formalen Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 1 Gedankenstr. 1 der Entsenderichtlinie 96/71/EG erfüllt habe, da der Vergabemindestlohn

¹⁷⁵ Beck VergabeR/*Opitz*, 3. Aufl. 2017, § 129 GWB Rn. 19; *Bitterich*, EuZA 2013, 426, 428.

¹⁷⁶ EuGH, Urt. v. 3.4.2008 – C-346/06 – *Rüffert*, NZA 2008, 537; ausführlich dazu Gliederungspunkt 7.2.4.1.1.

¹⁷⁷ V. 17.7.2012, BremGBL S. 300.

¹⁷⁸ V. 9.0.2021, BremGBL S. 223.

¹⁷⁹ AmtsBl. 2021 I S. 56.

¹⁸⁰ EuGH, Urt. v. 17.11.2015 – C-115/14, NVwZ 2016, 212.

unmittelbar in einer Rechtsvorschrift festgesetzt wurde.¹⁸¹ Zum anderen argumentierten die Luxemburger Richter, dass der Vergabemindestlohn ein „Mindestmaß an sozialem Schutz“ gewährt habe. Schließlich sah zum Zeitpunkt der Entscheidung „weder das AEntG noch eine andere nationale Regelung einen niedrigeren Mindestlohn für die Branche der Postdienstleistungen“ vor.¹⁸² Es spricht vieles dafür, dass mit Inkrafttreten des MiLoG zum 01.01.2015 der allgemeine Mindestlohn nun dieses „Mindestmaß an sozialem Schutz“ vermittelt.¹⁸³ Daher greift auch die Argumentation des EuGH nicht mehr – es sei denn, man würde den allgemeinen Mindestlohn nicht als Mindestmaß an sozialem Schutz für Arbeitnehmer bewerten.¹⁸⁴ Auf eine ähnliche Argumentation hat auch das VG Düsseldorf zurückgegriffen, um zu begründen, weshalb der Vergabemindestlohn gemäß § 4 Abs. 2 TVgG NRW a.F. nach Ansicht der Kammer mit Art. 9 Abs. 3 GG und Art. 4 Abs. 1 LVerf NRW i.V.m. Art. 9 Abs. 3 GG unvereinbar ist.¹⁸⁵

Nach den Tariftrüegegesetzen der meisten Bundesländer können bei der Auftragsvergabe auch weitere, insbesondere soziale und umweltbezogene Aspekte Berücksichtigung finden. So besteht nach § 3 Abs. 4 S. 1 BbgVergG § 18 Abs. 1 S. 1 TtVG, § 3 Abs. 1 S. 1 HVTG und § 4 Abs. 3 ThürVgG die Möglichkeit der Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Aspekte. § 12 S. 1 STTG, § 3b HmbgVgG sowie § 12 Abs. 1 BerlAVG ermöglichen lediglich die Berücksichtigung umweltbezogener Aspekte. In all diesen Fällen „können“ die Auftraggeber bzw. „sind berechtigt“, weitere Anforderungen in das Vergabeverfahren miteinzubeziehen; eine Verpflichtung zur Berücksichtigung besteht nicht. Eine Sonderstellung nimmt inzwischen Hessen mit seinem novellierten HVTG ein, welches zum 01.09.2021 in Kraft getreten ist. Während es den öffentlichen Auftraggebern nach § 3 Abs. 1 S. 1 HVTG a.F. noch freistand, bei der Auftragsvergabe soziale, ökologische, umweltbezogene und innovative Anforderungen zu berücksichtigen, sind nach der novellierten Fassung des § 3 Abs. 1 S. 1 HVTG bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen des Landes Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte grundsätzlich zu berücksichtigen. Eine Ausnahme sieht § 3 Abs. 1 S. 2 HVTG für kommunale Auftraggeber vor, denen hinsichtlich der Berücksichtigung dieser Kriterien ein Ermessen eingeräumt wird. Mit dieser Neuerung sollten die Vorgaben aus dem Koalitionsvertrag der schwarz-grünen Landesregierung in Bezug auf Nachhaltigkeit umgesetzt werden. Die Differenzierung zwischen dem Land Hessen und den kommunalen Auftraggebern erscheint dabei als ein politischer Kompromiss. Vor dem Hintergrund des § 3 Abs. 1 S. 2 HVTG dürfte die Neuregelung im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs keine Auswirkungen zeigen.

Spezifischen Vorgaben zu Arbeits- und Pausenzeiten sind schließlich in keinem der Tariftrüegegesetze enthalten.

Summa summarum ist damit festzuhalten, dass in 13 Bundesländern Tariftrüegegesetze mit divergierenden Bezeichnungen und divergierender Reichweite existieren und in den übrigen drei Bundesländern die Einführung von Tariftrüeeregulungen zumindest diskutiert oder sogar konkret

¹⁸¹ EuGH, Urt. v. 17.11.2015 – C-115/14, NVwZ 2016, 212 Rn. 62; S. auch die vergleichende Betrachtung der Entscheidungen *Rüffert* und *RegioPost* bei *Gerner*, NZS 2018, 302; ausführlich dazu auch Gliederungspunkt 7.2.4.1.1.

¹⁸² EuGH, Urt. v. 17.11.2015 – C-115/14, NVwZ 2016, 212 Rn. 76.

¹⁸³ So auch *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 5 Rn. 472; *Mager/Ganschow*, NZBau 2015, 79, 82; *Tugendreich*, NZBau 2015, 395, 402; a.A. *Heuschmid*, AuR 2016, 165, 165 f.; offenlassend: *Olbertz*, GWR 2016, 103; *Winzer*, ArbRAktuell 2016, 85; *Nassibi/Rödl/Schulten*, AuR 2016, 493, 495 kommen zu dem widersprüchlichen und wenig überzeugenden Ergebnis, dass die Mitgliedsstaaten sekundärrechtlich zur Regelung eines vergabespezifischen Mindestlohns verpflichtet seien, eine solche Regelung jedoch primärrechtlich verboten sei; vgl. auch *Forst*, NJW 2014, 3755; *Siegel*, EuZW 2016, 101, 103.

¹⁸⁴ Vgl. *Olbertz*, GWR 2016, 103.

¹⁸⁵ VG Düsseldorf, Beschl. v. 27.8.2015 – 6 K 2793/13, NZBau 2015, 643; s. dazu oben, Gliederungspunkt 7.2.4.1.2.

geplant ist. In Mecklenburg-Vorpommern existiert zwar kein Tariftreugesetz, das VgG M-V enthält jedoch zumindest für den Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs eine Tariftreuregelung. Bezugspunkt der Tariftreuregelungen sind jeweils die repräsentativen Tarifverträge, wobei in den Bundesländern unterschiedlich geregelt ist, wann ein Tarifvertrag als repräsentativ anzusehen ist und welche Stelle dies festlegt. Diese Regelungen dürften mittelbar auch Einfluss auf die gezahlten Arbeitsentgelte haben. Nach der *Rüffert*-Entscheidung in Mode geratene vergaberechtliche Mindestlöhne sind – aufgrund erheblicher verfassungs- und europarechtlicher Bedenken – nur noch in einigen wenigen Tariftreugesetzen zu finden. Bezüglich der Berücksichtigung sonstiger, insbesondere sozialer und umweltbezogener Aspekte, sind die Regelungen in den Bundesländern gespalten. In keinem der Tariftreugesetze sind Regelungen zu Pausen und Arbeitszeiten zu finden. Im Ergebnis führen die unterschiedlichen Tariftreuregelungen aber durchaus zu einer Verbesserung der Arbeitsbedingungen im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs. Von den Tariftreugesetzen der Länder profitieren selbstredend nur solche Arbeitnehmer, die Verkehrsdienstleistungen im Rahmen eines öffentlichen Auftrags erbringen. Weder der Taxi- noch der *Uber*-Fahrer erfährt aufgrund von Tariftreuregelungen günstigere Arbeitsbedingungen.

7.2.4.2 Die Regelungen der Länder zum Nahverkehrsplan: § 8 Abs. 3 S. 2 ÖPNV-Gesetz NRW

Sozialstandards können darüber hinaus möglicherweise in Nahverkehrsplänen vorgegeben werden. Auch im Koalitionsvertrag wurde dieser als mögliches Instrument entdeckt:

„Im Personenbeförderungsgesetz werden wir klarstellen, dass über die Nahverkehrspläne soziale Standards zum Schutz der Beschäftigten sowie qualitative und ökologische Standards auch für eigenwirtschaftliche Verkehre gelten.“¹⁸⁶

Das Institut des Nahverkehrsplans wurde mit dem Eisenbahnneuordnungsgesetz von 1993¹⁸⁷ auf Bundesebene geschaffen und in § 8 Abs. 3 PBefG aufgenommen.¹⁸⁸ Die Gesetzgebungskompetenz folgt aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11, 22, 23 GG als Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes, die in Schaffung des § 8 Abs. 3 PBefG genutzt wurde.¹⁸⁹ Soweit man die Regelung des § 8 Abs. 3 PBefG als abschließend bewertet, stellen sich zudem kompetenzrechtliche Fragen, soweit weitergehende Landesregelungen ergänzende Kriterien der Ermessensausübung und der bindenden Vorgaben formulieren: Bundesrecht bricht Landesrecht (Art. 31 GG).¹⁹⁰ Solche Bedenken wären ernstzunehmen, stellen sich aber nicht bei Regelungen auf Bundesebene. Darüber hinaus enthält § 8 Abs. 3 S. 9 PBefG eine Öffnungsklausel, die den Ländern die Konkretisierung der Bundesregelungen gerade in inhaltlicher Hinsicht ausdrücklich zuschreibt.¹⁹¹

¹⁸⁶ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, Z. 5723 ff. In der Novelle des PBefG sind indes keine Neuregelungen zur Festlegung von Sozialstandards in Nahverkehrsplänen vorgesehen.

¹⁸⁷ BGBl. 1993, S. 2378.

¹⁸⁸ Eine nicht unerhebliche Änderung erfuhr die Regelung in Bezug auf die bundesrechtlichen Anforderungen an die Erstellung der Nahverkehrspläne außerdem mit der Novellierung des PBefG vom 1.1.2013, BGBl. 2012, S. 2598.

¹⁸⁹ *Brenner/Arnold*, NVwZ 2015, 385 (386).

¹⁹⁰ S. zur alten Fassung des § 8 Abs. 3 S. 6 PBefG *Knauff*, *Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge*, 2004, S. 413 ff. m. zahlreichen w.N.

¹⁹¹ Vgl. auch *Brenner/Arnold*, NVwZ 2015, 385 (386).

Die Norm stellt jedenfalls auch weiterhin die zentrale Regelung zum Nahverkehrsplan dar und wird durch die ÖPNV-Gesetze der Länder ergänzt. § 8 Abs. 3 S. 1 PBefG bestimmt den Nahverkehrsplan als Instrument zur Sicherstellung einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im ÖPNV. Schon kurz nach seiner Einführung wurde dem Nahverkehrsplan daher als Rahmen für die Entwicklung des ÖPNV (vgl. auch § 8 Abs. 3 S. 8 PBefG) wesentliche Bedeutung attestiert.¹⁹² Die Zuständigkeit für den Nahverkehrsplan obliegt den von den Ländern benannten Behörden, den Aufgabenträgern. § 8 Abs. 3 PBefG enthält weiterhin inhaltliche Vorgaben, indem er die in Nahverkehrsplänen zu berücksichtigende Ziele und Belange aufzählt.¹⁹³ Weitere Einzelheiten über die Aufstellung des Nahverkehrsplans und seinen Inhalt sind den Ländern überlassen, § 8 Abs. 3 S. 9 PBefG, sie können die allgemeinen Regeln des Bundes konkretisieren.

Die Rechtsnatur des Nahverkehrsplans und die Frage, ob er lediglich verwaltungsinterne Bindung entfaltet, sind nicht abschließend geklärt.¹⁹⁴ Die Genehmigungsbehörde hat ihn aber nach § 8 Abs. 3a S. 2 PBefG zu berücksichtigen, wobei feststeht, dass nach § 13 Abs. 2a S. 1 PBefG eine Genehmigung versagt werden kann, wenn der Antrag nicht mit dem Nahverkehrsplan übereinstimmt. Der Genehmigungsbehörde wird hierdurch also ein Ermessen eingeräumt,¹⁹⁵ welches allerdings durch den Nahverkehrsplan eingeschränkt ist: Während das Maß der Einschränkung früher streitig war,¹⁹⁶ ist mittlerweile wohl anerkannt, dass es Frage des konkreten Einzelfalls ist, mit welchem Gewicht ein Nahverkehrsplan zu beachten ist.¹⁹⁷ Dabei kommt es maßgeblich auf seinen Inhalt und seine Detailliertheit an – bei hohem Detailgrad und überzeugender Begründung ist der Spielraum der Genehmigungsbehörde wesentlich enger.¹⁹⁸

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Frage, wie detailliert der Nahverkehrsplan tatsächlich sein darf, nicht abschließend geklärt ist.¹⁹⁹ Teilweise wird dem Aufgabenträger ein uneingeschränktes Ermessen hinsichtlich der Detailtiefe eingeräumt, womit auch solche Ansichten, die eine Einschränkung auf die Festlegungen zu Angebotsumfang und -qualität als richtig ansehen, abgelehnt

¹⁹² S. nur *Bidinger*, NZV 1994, 209, 213; *Pützenbacher*, NZV 1998, 104. Daran hat sich aber auch nichts geändert, vgl. *Knauff*, NVwZ 2020, 1171, 1173 (bzgl. Gemeinwohlzielen); s. auch *Dembach/Wittig*, KommunalPraxis spezial 2017, 196, 198: Es handle sich bei Nahverkehrsplänen um „zukunftsbezogene Werke, die geeignet sind, die zukünftigen verkehrlichen, sozialen und umweltbezogene Anforderungen zu definieren“.

¹⁹³ Umfang, Qualität und Umweltqualität des Verkehrsangebots, Vorgaben für die verkehrsmittelübergreifende Integration der Verkehrsleistungen (S. 2), Belange der in ihrer Mobilität oder sensorisch eingeschränkten Menschen mit dem Ziel, bis zum 1. Januar 2022 eine vollständige Barrierefreiheit zu erreichen (S. 3), zeitliche Vorgaben und erforderliche Maßnahmen zur Erreichung dieser Ziele (S. 5), Beteiligung der Unternehmer und von Behindertenbeauftragten und Behindertenbeiräte und Verbände der in ihrer Mobilität oder sensorisch eingeschränkten Fahrgäste und Fahrgastverbände bei Aufstellung der Pläne (S. 6); vgl. *Heinze/Fehling/Fiedler/Heinze*, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 8 Rn. 41.

¹⁹⁴ Verwaltungsinternum: VG Freiburg, Urt. v. 19.2.2019 – 13 K 7419/17, BeckRS 2019, 10281 Rn. 28; *Heinze/Fehling/Fiedler/Heinze*, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 8 Rn. 43; diff.: *Brenner/Arnold*, NVwZ 2015, 385 f.; s. dazu auch unten.

¹⁹⁵ *Rodi*, DVBl. 2020, 1396, 1398; *Heinze/Fehling/Fiedler/Heinze*, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 8 Rn. 44; so schon zur alten Rechtslage noch *Pützenbacher*, NZV 1998, 104, 106; vgl. auch VG Freiburg, Urt. v. 19.2.2019 – 13 K 7419/17, BeckRS 2019, 10281 Rn. 28.

¹⁹⁶ Vgl. *Dembach/Wittig*, KommunalPraxis spezial 2017, 196, 198 m.w.N.

¹⁹⁷ BVerwG, Beschl. v. 13.12.2012 – 3 B 46.12, BeckRS 2013, 46749 Rn. 10; VGH Mannheim, Urt. v. 10.7.2018 – 9 S 2424/17, BeckRS 2018, 17438 Rn. 69; VG Freiburg, Urt. v. 19.2.2019 – 13 K 7419/17, BeckRS 2019, 10281 Rn. 28.

¹⁹⁸ VG Augsburg, Urt. v. 10.11.2009 – Au 3 K 08.1149, Au 3 K 08.1150, BeckRS 2009, 45410; *Dembach/Wittig*, KommunalPraxis spezial 2017, 196, 198; *Heinze/Fehling/Fiedler/Heinze*, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 8 Rn. 44; vgl. auch VG Karlsruhe, Urt. v. 9.2.2010 – 8 K 1038/09. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Frage, wie detailliert der Nahverkehrsplan tatsächlich sein darf, nicht abschließend geklärt ist, s. nur *Spanka*, Gewährleistung des öffentlichen Personennahverkehrs durch allgemeine Vorschriften, 2019, S. 67 m.w.N.

¹⁹⁹ *Ehlers/Fehling/Pünder/Knauff*, Besonderes Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2019, § 28 Rn. 27; *Saxinger/Winnes/Winnes*, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand: Dezember 2020, § 8 Abs. 3 PBefG Rn. 17 f.; *Spanka*, Gewährleistung des öffentlichen Personennahverkehrs durch allgemeine Vorschriften, 2019, S. 67 m.w.N.

werden.²⁰⁰ Einige Stimmen in der Literatur sind sich darüber einig, dass dem Unternehmen Ausgestaltungsfreiräume verbleiben sollten, der Nahverkehrsplan also nicht übermäßig detailliert zu sein habe.²⁰¹ Das VG Köln schließt sich dem, Gestaltungsmöglichkeiten für die Verkehrsunternehmen während, an und fasst insofern zusammen:

„Der Nahverkehrsplan ist das Instrument zur Sicherstellung einer ausreichenden Verkehrsbedienung. Er bildet den Rahmen für die Entwicklung des öffentlichen Personennahverkehrs, § 8 Abs. 3 Satz 8 PBefG, **ohne sämtliche Einzelheiten für die konkrete Ausgestaltung und Durchführung** einzelner Linienverkehre oder Teile derselben sowie Struktur und Höhe der ÖPNV-Tarife enthalten zu müssen [...]. Diese sind **Kernelemente der unternehmerischen Eigenverantwortung der beteiligten Verkehrsunternehmen und von diesen in erster Linie unter wirtschaftlichen Aspekten festzulegen.**“²⁰²

Beispielhaft sei nun ein Blick auf die Regelung des Landes NRW geworfen: Dieses hat den Nahverkehrsplan der bundesrechtlichen Grundlage entsprechend in § 8 ÖPNV-G NRW geregelt, wobei die Norm die Verpflichtung des Aufgabenträgers zur Aufstellung des Plans erst begründet.²⁰³ Dies folgte unter anderem der Übertragung der Aufgaben- und Finanzverantwortung für den Schienenpersonennahverkehr der Eisenbahnen des Bundes vom Bund auf die Länder mit Wirkung zum 1. Januar 1996 und der Novellierung des PBefG (s. Art. 6 Abs. 116 Eisenbahnneuordnungsgesetz von 1993), die es aus Sicht des Landesgesetzgebers notwendig machten, die Regelungen für die neuen Aufgaben zu treffen sowie die Aufgabenträger des ÖPNV zu bestimmen.²⁰⁴ Folglich schuf der Landesgesetzgeber das Regionalisierungsgesetz (RegG) NRW: Das Gesetz sollte die maßgebenden Grundlagen für die Gestaltung des ÖPNV gesetzlich festlegen, wobei auch eine flächendeckende Aufstellung von Nahverkehrsplänen die planvolle, mit der Landes- und Regionalplanung verzahnte Weiterentwicklung des ÖPNV gewährleisten sollte.²⁰⁵ Die Regelung des Nahverkehrsplans nahm der Landesgesetzgeber daher in § 8 RegG NRW, jetzt § 8 ÖPNV-G NRW²⁰⁶, vor.

Die Norm trifft folgende Festlegungen zu Nahverkehrsplänen: Für die Aufstellung der Nahverkehrspläne sind die Kreise, die kreisfreien Städte und die Zweckverbände zuständig, § 8 Abs. 1 S. 1 ÖPNV-G NRW. In § 8 Abs. 3 ÖPNV-G NRW sind die inhaltlichen Anforderungen an die Nahverkehrsplanung konkretisiert: Während § 8 Abs. 3 S. 1 ÖPNV-G NRW die Grundlagen zur Festlegung von Zielen und Rahmenvorgaben festlegt,²⁰⁷ beschreibt S. 2 die Inhalte des Nahverkehrsplans. Vor allem geht es dabei um leistungs- und qualitätsbezogenen Mindestanforderungen für Betriebszeiten, Zugfolgen, Anschlussbeziehungen und eine angemessene Verkehrsbedienung sowie um Qualifikationsstandard des eingesetzten Personals und darüber hinaus um Ausrüstungsstandards der im ÖPNV eingesetzten Fahrzeuge, wobei bei Umsetzung im

²⁰⁰ Saxinger/Winnes/Winnes, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand: Dezember 2020, § 8 Abs. 3 PBefG Rn. 17 f. m.w.N.

²⁰¹ Knauff, GewArch 2013, 283 (286); Ehlers/Fehling/Pünder/Knauff, Besonderes Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2019, § 28 Rn. 27; Spanka, Gewährleistung des öffentlichen Personennahverkehrs durch allgemeine Vorschriften, 2019, S. 67

²⁰² VG Köln, Urt. v. 18.3.2019 – 18 K 11691/16, BeckRS 2019, 5893 Rn. 41; Hervorhebung d. Verf.

²⁰³ LT-NRW-Drucks. 11/7847, S. 34.

²⁰⁴ LT-NRW-Drucks. 11/7847, S. 1.

²⁰⁵ LT-NRW-Drucks. 11/7847, S. 2.

²⁰⁶ Das RegG wurde mit dem Zweiten Modernisierungsgesetz NRW vom 31.5.2000 ins ÖPNV-G umbenannt aus Gründen der Praktikabilität und damit die Namensgleichheit mit dem RegG des Bundes beseitigt wurde, LT-NRW-Drucks. 13/2706, S. 15.

²⁰⁷ S. dazu PdK-NRW/Werner/Patout/Bayer/Teleta/Kemler, D 2 NW, ÖPNV-G § 8, S. 50.

Nahverkehrsplan ein Spielraum für die Behörde verbleibt.²⁰⁸ Dabei sollte, wie aufgezeigt, nach der Rechtsprechung Raum für unternehmerische Eigenverantwortung verbleiben.²⁰⁹ Während von der Vorgabe von Sozialstandards somit zunächst keine Rede war, ist seit der Neufassung der Norm von Dezember 2016²¹⁰ ein erster Schritt in die Richtung getan: Nach § 8 Abs. 3 S. 2 ÖPNVG NRW sind in den in Nahverkehrsplänen Vorgaben zur „Entlohnung des eingesetzten Personals bei den Verkehrsunternehmen nach Maßgabe einschlägiger und repräsentativer Tarifverträge“ aufzunehmen. Diese Formulierung erinnert an die bekannten Tariftreueregulungen (s.o.) und soll in der Tat bewirken, dass im ÖPNV die Tariftreue unabhängig von der konkreten genehmigungs- oder vergaberechtlichen Ausgestaltung sichergestellt ist, denn die Abweichung eines Genehmigungsantrages von dieser Vorgabe führt i.d.R. dazu, dass der beantragte Verkehr versagt wird.²¹¹ Was die Repräsentativität von Tarifverträgen angeht, verweist die Gesetzesbegründung auf das Tariftreue- und Vergabegesetz NRW und die entsprechende Rechtsverordnung.²¹² Die verhältnismäßig neue Ergänzung zur Entlohnung des Personals in § 8 Abs. 3 S. 2 ÖPNV-G NRW erhielt weitestgehend Zustimmung, führt dies doch zu einer Gleichbehandlung von gemeinwirtschaftlichen und eigenwirtschaftlichen Verkehren,²¹³ da bis dato nur Erstere über die Tariftreueregulungen der Länder an die Tarifverträge gebunden wurden. Dies soll somit auch die Konkurrenzsituation verbessern und niedrigen Löhnen im eigenwirtschaftlichen Verkehr vorbeugen.

7.2.4.3 Der Brückenschlag zur Genehmigung: Der neue § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG

Auch auf bundesrechtlicher Ebene hat der Gesetzgeber die Möglichkeit für die Einführung von Sozialstandards geschaffen – aber nur für den gebündelten Bedarfsverkehr. Mit der Neuregelung des § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG²¹⁴ gibt er der Genehmigungsbehörde zum Schutz öffentlicher Verkehrsinteressen die Möglichkeit an die Hand,

„Vorgaben zu Sozialstandards, wie zum Beispiel Regelungen zu Arbeitszeiten, Entlohnung und Pausen, im gebündelten Bedarfsverkehr fest[zuz]ulegen.“

Will die Behörde also die Genehmigung für den gebündelten Bedarfsverkehr erteilen, steht es ihr dabei im Sinne einer Ermessensentscheidung frei („kann“), beispielsweise Arbeitszeiten, Entlohnung und Pausen vorzuschreiben. Einschränkend gilt es dabei, die Voraussetzungen des § 50 Abs. 4 S. 1 zu berücksichtigen: Die Option steht unter dem Vorbehalt des Schutzes öffentlicher Verkehrsinteressen.²¹⁵

²⁰⁸ Detailliert: PdK-NRW/Werner/Patout/Bayer/Teleta/Kemler, D 2 NW, ÖPNV-G § 8, S. 50 f. Das Land NRW verstand den Nahverkehrsplan – anders als andere Bundesländer – von Anfang an so, dass der Aufgabenträger bei der Planung viel Gestaltungsfreiheit hat, vgl. Pützenbacher, NVZ 1998, 104 f. m.w.N.

²⁰⁹ VG Köln, Urt. v. 18.3.2019 – 18 K 11691/16, BeckRS 2019, 5893 Rn. 41.

²¹⁰ GV NRW 2016, S. 1157.

²¹¹ LT-NRW-Drucks. 16/12435, S. 33.

²¹² LT-NRW-Drucks. 16/12435, S. 33.

²¹³ S. nur Verband Nordrhein-Westfälischer Omnibusunternehmen e.V., Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Ausschusses für Bauen, Wohnen, Stadtentwicklung und Verkehr am 7. November 2016, S. 5; Fahrgastverband PRO BAHN Landesverband Nordrhein-Westfalen, Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Landesregierung, Drucksache 16/12435, S. 2.

²¹⁴ S. BT-Drucks. 19/27288, S. 13; und Bundestag BT-Drucks. 19/26175, S. 15.

²¹⁵ S. dazu sowie zur Einordnung im Genehmigungsverfahren Gliederungspunkt 7.3.3.

Der gebündelte Bedarfsverkehr ist nicht unter den ÖPNV zu subsumieren,²¹⁶ sodass er *de lege lata* nicht den genannten Instrumenten, die zumindest eine bestimmte Entlohnung sichern (können) – Tariftreuregelungen, Nahverkehrsplan – unterfällt. Im System der aufgezeigten Optionen, Sozialstandards zur Geltung zu verhelfen, füllt die Norm somit eine Lücke, die ansonsten bei der Sicherung von Sozialstandards für das Personal im gebündelten Bedarfsverkehr entstehen könnte. Die Übertragbarkeit der Norm auf andere Verkehrsformen des PBefG, auch innerhalb des ÖPNV, ist fraglich.²¹⁷

7.2.4.4 Eigenständige europarechtliche Sicherungen nach der Verordnung (EG) 1370/2007

Es bleibt die Frage nach eigenständigen europarechtlichen Sicherungen: Das Berliner Mobilitätsgesetz macht in seinem § 30 Abs. 3 deutlich, dass

„[b]ei der Vergabe von Verkehrsverträgen [...] zu prüfen [ist], ob ergänzend zu den Pflichten des Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetzes auf Tariftreue und Mindestentlohnung **weitere Möglichkeiten der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 zur Sicherung von Sozialstandards für die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bestehen.** Diese sind bei Bedarf zu nutzen.“²¹⁸

Es stellt sich die Frage, ob aus der genannten Verordnung möglicherweise unmittelbar Sozialstandards folgen oder alleine die Möglichkeit geschaffen bzw. gestattet wird, Sozialstandards einzuführen und/oder ihre Einhaltung im Vergabefall zu verlangen. Zu klären ist auch, welche über Tariftreue und Mindestentlohnung hinausgehenden Optionen es gibt, wie es § 30 Abs. 3 MobG Berlin nahelegt.

Anknüpfungspunkt ist Art. 4 VO (EG) 1370/2007, der den obligatorischen Inhalt öffentlicher Dienstleistungsaufträge und allgemeiner Vorschriften festlegt: Art. 4 Abs. 5 S. 1 VO (EG) 1370/2007 räumt der zuständigen Behörde ein Ermessen dahingehend ein,

„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“.

S. 2 der Vorschrift enthält einen Hinweis für die zuständigen Behörden darauf, die Betreiber des öffentlichen Dienstes zur Einhaltung „bestimmte[r] Sozialstandards“ zu verpflichten: Dies eröffnet der zuständigen Behörde das Ermessen, über die Rechtsfolge der Richtlinie 2001/23/EG hinaus weitere Sozialstandards festzulegen.²¹⁹ Die Behörde kann aber auch lediglich bestimmte Sozialstandards vorschreiben.²²⁰ Die Vorschrift führt damit offensichtlich nicht zur unmittelbaren Geltung von Sozialstandards, sondern drückt lediglich aus, dass der Behörde die Möglichkeit zusteht,

²¹⁶ S. Gliederungspunkt 7.2.2.2.

²¹⁷ S. Gliederungspunkt 7.5.1.2.

²¹⁸ Hervorhebung d. Verf.

²¹⁹ Saxinger/Winnes/*Dönneweg*, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand: Dezember 2020, Art. 4 Abs. 5 VO 1370/2007 Rn. 21 m.w.N.

²²⁰ Saxinger/Winnes/*Dönneweg*, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand: Dezember 2020, Art. 4 Abs. 5 VO 1370/2007 Rn. 22. Ob die Vergabestelle sich dabei auf nur bestimmte Rechtsfolgen des § 613a BGB beschränken kann, wird teilweise kritisch gesehen, vgl. *Bayreuther*, NZA 2014, 1171, 1174.

die Einhaltung solcher zu verlangen.²²¹ Das bestätigt sich weiterhin mit Art. 4 Abs. 6 S. 1 VO (EG) 1370/2007, der ebenfalls die rechtliche Option öffnet, den Betreiber zur Befolgung „bestimmte[r] Qualitäts- und Sozialstandards“ anzuhalten.²²² Der Zusatz „Sozialstandards“ wurde mit der VO (EU) 2016/2338²²³ eingefügt. Ausweislich ihres Erwägungsgrundes 13 sollen soziale und arbeitsrechtliche Erfordernisse in die Vergabeverfahren öffentlicher Dienstleistungsaufträge implementiert werden. So heißt es dort:

„Im Hinblick auf die angemessene Einbeziehung sozialer und arbeitsrechtlicher Erfordernisse in die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge für öffentliche Personenverkehrsdienste sollten die Betreiber eines öffentlichen Dienstes bei der Ausführung öffentlicher Dienstleistungsaufträge **die Anforderungen des Sozial- und Arbeitsrechts erfüllen**, die in dem Mitgliedstaat gelten, in dem der öffentliche Dienstleistungsauftrag erteilt wurde, und die sich aus den auf nationaler und auf Unionsebene geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften und Beschlüssen sowie aus geltenden Tarifverträgen ergeben, sofern diese nationalen Regelungen und ihre Anwendung mit dem Unionsrecht vereinbar sind.“²²⁴

Die VO (EG) 1370/2007 selbst gibt weder solche Qualitäts- noch Sozialstandards vor.²²⁵ Eine Annäherung daran, was darunter inhaltlich zu verstehen sein kann, ermöglicht aber das Zusammenspiel mit den Erwägungsgründen der Verordnung: Nach Nr. 16 sind die Mitgliedstaaten (wenn der Abschluss eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags zu einem Betreiberwechsel führt) nicht daran gehindert,

„die durch nationale Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder zwischen den Sozialpartnern geschlossene Tarifverträge oder Vereinbarungen festgelegten Sozialstandards zu berücksichtigen“,

und nach Nr. 17

„steht es den zuständigen Behörden frei, soziale Kriterien und Qualitätskriterien festzulegen, um Qualitätsstandards für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen aufrechtzuerhalten und zu erhöhen, **beispielsweise bezüglich der Mindestarbeitsbedingungen** [...]. Zur Gewährleistung **transparenter und vergleichbarer Wettbewerbsbedingungen zwischen den Betreibern und um das Risiko des Sozialdumpings zu verhindern**, sollten die zuständigen Behörden besondere soziale Normen und Dienstleistungsqualitätsnormen vorschreiben können.“²²⁶

Die Verordnung stellt das Bedürfnis und die Befugnis der Mitgliedstaaten, u.a. auch sozialpolitische Interessen zu berücksichtigen, somit deutlich heraus,²²⁷ nach der Änderung durch VO (EU)

²²¹ S. Bayreuther, NZA 2014, 1171, 1175 m.w.N.

²²² Simon, RdA 2014, 165, 174, der diese Vorschrift zur Begründung der Zulässigkeit von Tariftreuerregelungen heranzieht.

²²³ Verordnung (EU) 2016/2338 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2016 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 hinsichtlich der Öffnung des Marktes für inländische Schienenpersonenverkehrsdienste.

²²⁴ Erwägungsgrund 13 VO (EU) 2016/2338; Hervorhebung d. Verf.

²²⁵ Vgl. Saxinger/Winnes/Faber, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand: Dezember 2020, Art. 4 Abs. 5 VO 1370/2007 Rn. 1, allerdings zu Qualitätsstandards.

²²⁶ Hervorhebung d. Verf.

²²⁷ Vgl. auch Heinze/Fehling/Fiedler/Fehling, PBefG, 2. Aufl. 2014, Vorbem. II. Rn. 47.

2016/2338 umso deutlicher. Im Ergebnis beinhaltet sie dennoch keine unmittelbare Vorgabe und auch keine Pflicht, Sozialstandards festzulegen. Sie eröffnet es vielmehr den Mitgliedstaaten und auch unmittelbar den zuständigen Behörden, selbst in ihrem Anwendungsbereich Sozialstandards für die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, also nicht gegenüber Betreibern, die die Verkehrsleistungen eigenwirtschaftlich erbringen wollen,²²⁸ vorzuschreiben.

Dies geschieht in Deutschland üblicherweise durch Tariftreue Regelungen oder Mindestlohngesetze.²²⁹ Will die Behörde darüber hinaus im Rahmen des Art. 4 Abs. 5 S. 1 VO (EG) 1370/2007 die Rechte gelten lassen, die bei einem Betriebsübergang Anwendung finden würden, kann sie die Anwendung des § 613a BGB oder aber der (schwächeren) Mindeststandards der Richtlinie 2001/23/EG verlangen.²³⁰ Geht es nun um Sozialstandards, die nicht Rechtsfolge eines Betriebsübergangs sind, ist der Weg über Art. 4 Abs. 5 S. 2 und Abs. 6 VO (EG) 1370/2007 eröffnet: Dabei sind Tariftreueklauseln und Mindestlohnfestlegung nicht die einzigen Optionen, die im Rahmen der Verordnung bestehen: Der Bieter kann verpflichtet werden, Subunternehmen vertraglich an die Sozialstandards bzw. seine eigene Tariftreueverpflichtung zu binden,²³¹ oder, wenn Leiharbeit durch die Behörde in diesem Kontext nicht gleich vollständig verboten wird, beispielsweise Leiharbeitnehmer gleichsam wie Stammarbeitnehmer zu entlohnen.²³² Bei neu gegründeten Unternehmen kann auch die Anordnung der Geltung von § 112 Abs. 4, 5 BetrVG möglich sein.²³³

Wie dargelegt, trifft die Verordnung die Vorgabe der Anwendbarkeit der Regelungen über den Betriebsübergang durch die zuständige Behörde zugunsten der Arbeitnehmer. Dadurch soll verhindert werden, dass ein Verlust von Arbeitsplätzen durch die Vergabe eines öffentlichen Dienstes an einen anderen Betreiber eintritt.²³⁴ Denn nicht jede Auftrags(-neu-)vergabe beinhaltet automatisch einen Betriebsübergang – den Arbeitnehmern, die von der reinen Neuvergabe betroffen sind, drohen infolgedessen betriebsbedingte Kündigungen.²³⁵ Und wohl auch die Verordnung selbst beruht auf dem Verständnis, dass die Auftragsnachfolge an sich nicht ohne Weiteres einen Betriebsübergang bedeutet, ansonsten wäre Art. 4 Abs. 5 VO (EG) 1370/2007 überflüssig.²³⁶

Insofern hat der EuGH zwischenzeitlich festgelegt, dass ein Betriebsübergang, der auch bei einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge vorliegen kann, die Übernahme

²²⁸ Vgl. BT-Drucks. 18/11160, S. 11; vgl. auch Heinze/Fehling/Fiedler/Heinze, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 8 Rn. 68.

²²⁹ Vgl. Hübner, Bestellung nach GWB-Vergaberecht, in: Bestellung von Verkehrsleistungen im ÖPNV, 1. Jenaer Gespräche zum Recht des ÖPNV, 2018, S. 59; vgl. auch Bayreuther, NZA 2014, 1171 (1175); s. auch BT-Drucks. 18/11160 S. 11.

²³⁰ Ausf. dazu Saxinger/Winnes/Dönneweg, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand: Dezember 2020, Art. 4 Abs. 5 VO 1370/2007 Rn. 25 ff.

²³¹ Bayreuther, NZA 2014, 1171, 1176; Saxinger/Winnes/Dönneweg, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand: Dezember 2020, Art. 4 Abs. 5 VO 1370/2007 Rn. 33.

²³² VK Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 26.10.2012, VK 1–26/12, BeckRS 2013, 803; Bayreuther, NZA 2014, 1171, 1176; Saxinger/Winnes/Dönneweg, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand: Dezember 2020, Art. 4 Abs. 5 VO 1370/2007 Rn. 33.

²³³ Saxinger/Winnes/Dönneweg, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand: Dezember 2020, Art. 4 Abs. 5 VO 1370/2007 Rn. 33.

²³⁴ Bayreuther, NZA 2009, 582; Fehling/Niehnus, DÖV 2008, 662 (666); Saxinger/Winnes/Dönneweg, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand: Dezember 2020, Art. 4 Abs. 5 VO 1370/2007 Rn. 16.

²³⁵ VK Schleswig-Holstein, Beschl. v. 12.5.2016 – VK-SH 05/16, juris, Rn. 42; Bayreuther, NZA 2009, 582; Saxinger/Winnes/Dönneweg, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand: Dezember 2020, Art. 4 Abs. 5 VO 1370/2007 Rn. 16.

²³⁶ Saxinger/Winnes/Dönneweg, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand: Dezember 2020, Art. 4 Abs. 5 VO 1370/2007 Rn. 17 m.w.N.

wesentlicher Betriebsmittel voraussetzt.²³⁷ Unter – freilich nicht ausdrücklicher – Abweichung²³⁸ von dieser älteren Rechtsprechung hat der EuGH jüngst zur Frage der Anwendbarkeit der Richtlinie 2001/23/EG bei Neuvergaben von öffentlichem Busverkehr jedoch konkret herausgestellt, es müsse

„bei der Übernahme einer Tätigkeit, deren Ausübung nennenswerte Betriebsmittel erfordert, durch eine wirtschaftliche Einheit aufgrund eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags der Umstand, dass diese Mittel, die Eigentum der die Tätigkeit zuvor ausübenden wirtschaftlichen Einheit sind, von der erstgenannten Einheit wegen rechtlicher, umweltrelevanter und technischer Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers nicht übernommen werden, der Qualifizierung der Übernahme der Tätigkeit als Unternehmensübergang nicht notwendigerweise entgegenstehen [...], wenn andere Tatsachen, wie die Übernahme eines wesentlichen Teils der Belegschaft und die Fortsetzung der Tätigkeit ohne Unterbrechung, die Feststellung zulassen, dass die betreffende wirtschaftliche Einheit ihre Identität bewahrt“.²³⁹

Das heißt, dass ein Betriebsübergang im Sinne der Betriebsübergangsrichtlinie auch dann vorliegen kann, wenn bei einem nicht betriebsmittelarmen Betrieb lediglich die Funktionsnachfolge und die Übernahme der Beschäftigten stattfinden, die Betriebsmittel also nicht übernommen werden, wenn und soweit diese Nichtübernahme auf rechtlichen, umweltrelevanten oder technischen Gründen beruht.²⁴⁰ Soweit aber kein solcher Betriebsübergang vorliegt und die Anwendbarkeit der entsprechenden Vorschriften (Betriebsübergangsrichtlinie und § 613a BGB) scheitert, füllt die Verordnung die entstehende Schutzlücke.

Als Ergebnis bleibt schließlich stehen: Der Behörde stehen auf Grundlage der VO (EG) 1370/2007 verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten zur Implementierung von Sozialstandards zu – darauf will die Verweisung des Berliner Mobilitätsgesetzes hinaus.

7.2.5 Erste juristische Bestandsaufnahme

Die vorhergehende Betrachtung zeigt: Trotz des vom PBefG vorgesehenen Vorrangs der Eigenwirtschaftlichkeit hat die Gemeinwirtschaftlichkeit in der Praxis die Vorreiterstellung. Bislang sind im ÖPNV außerdem vornehmlich gemeinwirtschaftlich tätige Unternehmen durch die dargestellten Instrumente zur Festlegung von Sozialstandards gebunden: In Vergabesituationen greifen die Tariftreueregelungen der Bundesländer ein, welche die Verpflichtung zur Einhaltung repräsentativer Tarifverträge vorschreiben, und auch die VO (EG) 1370/2007, die den Behörden die Möglichkeit einräumt, Vorgaben zu Sozialstandards zu machen, erfasst dabei aber nur öffentliche Dienstleistungsaufträge – damit schaffen auch über die Verordnung getroffene Vorgaben keine verbindlichen Sozialstandards für den eigenwirtschaftlichen Verkehr. Der neue § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG greift nach seiner Konzeption nur für den dort genannten gebündelten Bedarfsverkehr. Allein über den Nahverkehrsplan besteht die Option, gleichermaßen für eigen- wie für gemeinwirtschaftliche Verkehre soziale Standards festzulegen, wie es zum Beispiel die oben dargelegte Regelung in § 8 Abs. 3 S. 2 ÖPNVG-NRW erreichen will. Seine Verbindlichkeit ist aber gering.

Für einheitliche Bedingungen und Sozialstandards im ÖPNV, die den Beschäftigten im ÖPNV zugutekommen, fehlen *de lege lata* also wirksame Regelungen. Das kann zu

²³⁷ EuGH, Urt. v. 25.1.2001 – C-172/99 – *Liikenne*, NZA 2001, 249.

²³⁸ Vgl. dazu *Annuß*, EuZA 2021, 85 (88).

²³⁹ EuGH, Urt. v. 27.2.2020 – C-298/18 – *Grafe und Pohle*, NZA 2020, 443 Rn. 41.

²⁴⁰ von *Steinau-Steinrück*, NJW-Spezial 2020, 243.

Wettbewerbsverzerrungen führen, wie es auch die Gewerkschaften monieren, und Konkurrenzsituationen verstärken. Ein gemeinwirtschaftlich tätiges Verkehrsunternehmen ist nach jetziger Situation an strengere Vorgaben von Sozialstandards gebunden als ein eigenwirtschaftlich tätiges Unternehmen. Den Betreibern gemeinwirtschaftlicher Verkehre können diese zusätzlichen Kosten aber über den öffentlichen Dienstleistungsauftrag nach der VO (EG) 1370/2007 jedoch wiederum ausgeglichen werden. Der Ausgleich von Mehrkosten, die durch die Vorgabe von Sozialstandards entstehen, ist den eigenwirtschaftlich agierenden Verkehrsunternehmen hingegen nicht möglich. Letztere können *de lege lata* (bis zur Grenze des gesetzlichen Mindestlohns freilich) die Löhne ihrer Arbeitnehmer senken und auch im Übrigen niedrigere Sozialstandards ansetzen, ohne damit den Erhalt einer Verkehrsgenehmigung zu gefährden, denn die Nichteinhaltung von Sozialstandards stellt für das eigenwirtschaftliche Unternehmen keinen Ablehnungsgrund dar. Es besteht die bedingte Gefahr einer Verschlechterung von Sozialstandards, wobei das Arbeitsrecht aber in der Regel Mindestgrenzen setzt.

7.3 § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG im rechtssystematischen Zugriff

Das PBefG enthält außerhalb des Arbeitsrechts Regelungen zu Sozialstandards, vor allem der neu eingefügte § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG. Darin heißt es:

„Die Genehmigungsbehörde kann unter den Voraussetzungen von Satz 1 darüber hinaus Vorgaben zu Sozialstandards, wie zum Beispiel Regelungen zu Arbeitszeiten, Entlohnung und Pausen, im gebündelten Bedarfsverkehr festlegen.“²⁴¹

Eine nähere Begründung enthält der von den Regierungsfractionen in den Bundestag eingebrachte und dort nach Änderungen im Verkehrsausschuss angenommene Gesetzentwurf indes hinsichtlich § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG nicht, sondern verweist pauschal darauf, dass die Genehmigungsbehörde Vorgaben zu Sozialstandards machen könne.²⁴² Welche Vorgaben damit konkret gemeint sind, bleibt offen. Die nicht abschließende, weil bloß beispielhafte Aufzählung von Arbeitszeiten, Entlohnung und Pausen ist insoweit kaum eine Hilfe, weil in ihr bloß klassische Sozialstandards genannt werden, eine Definition für den Bereich des Verkehrswesens aber nicht gegeben wird. Auf diese Weise wirft die Aufzählung mehr Folgefragen auf, als sie Ausgangsfragen beantwortet, insbesondere in Bezug auf die Grenzen festlegbarer Sozialstandards. Daher bedarf es im Folgenden einer eingehenden Betrachtung der Neuregelung sowie ihres systematischen Umfelds.

7.3.1 Vorab: Das Genehmigungsverfahren nach §§ 9 ff. PBefG

Um sich dem Sinngehalt von § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG zu nähern, bedarf es zunächst einer Einordnung der Norm in das System des Personenbeförderungsrechts. Dieses stellt mit § 2 Abs. 1 PBefG die entgeltliche oder geschäftsmäßige Beförderung von Personen im Sinne von § 1 Abs. 1 PBefG mit Straßenbahnen, Obussen, Kraftfahrzeugen im Linien- oder Gelegenheitsverkehr, zu dem nunmehr auch der neu geschaffene gebündelte Bedarfsverkehr gehört, unter einen Genehmigungsverbehalt.

²⁴¹ BT-Drucks. 19/26175, S. 15; die Ergänzung beispielhafter Sozialstandards erfolgte erst durch BT-Drucks. 19/27288, S. 13 nach Anregung des Verkehrsausschusses.

²⁴² BT-Drucks. 19/26175, S. 25.

Auf diese Weise wird sichergestellt, dass die betroffene Verkehrsleistung den Anforderungen des PBefG genügt.²⁴³

Unter „Entgelt“ im Sinne von § 1 Abs. 1 PBefG versteht man letztlich jede mit der Beförderung erstrebte Gegenleistung, wobei § 1 Abs. 1 S. 2 PBefG dieses bereits extensive Begriffsverständnis dahingehend erweitert, dass darunter auch wirtschaftliche Vorteile fallen, die bloß *mittelbar* für die Wirtschaftlichkeit einer auf diese Weise geförderten Erwerbstätigkeit erstrebt werden.²⁴⁴ Die Geschäftsmäßigkeit der Beförderung im Sinne von § 1 Abs. 1 PBefG wird – ähnlich wie in anderen Rechtsgebieten – bejaht, wenn die Beförderungsleistung mit Wiederholungsabsicht erbracht wird; das rein subjektiv auf die Zukunft austarierte, zielgerichtete Wollen genügt also insoweit. Ist die Beförderungsleistung nach diesen Maßstäben der §§ 1, 2 PBefG genehmigungspflichtig, werden verschiedene formelle und materielle Voraussetzungen an die Genehmigungsfähigkeit gestellt. Diese lassen sich wie folgt skizzieren:

In formeller Hinsicht bedarf es zuallererst eines Antrags an die nach § 11 PBefG zuständige (von der jeweiligen Landesregierung bestimmte) Genehmigungsbehörde, wobei § 12 PBefG explizite Vorgaben für den Inhalt des Antrags enthält, etwa allgemeine Angaben wie den Namen sowie den Wohn- oder Betriebssitz des Antragstellers oder je nach Verkehrsart und -form ergänzende oder abweichende Angaben, wie z. B. ergänzende Angaben für den gebündelten Bedarfsverkehr. Zudem muss die Genehmigungsbehörde nach § 14 PBefG vor der Entscheidung über den Antrag verschiedene Stakeholder an dem Prozess beteiligen, respektive diese anhören und deren Argumente in die Entscheidung mit einbeziehen. Auf diese Weise wird letztlich eine verkehrs- und bedarfsgerechte Verwaltungsentscheidung abgesichert und zugleich sichergestellt, dass – insoweit partiell drittschützend – die Unternehmer, die im Einzugsbereich des beantragten Verkehrs selbst eine Verkehrsform betreiben, ebenso angehört werden wie im Einzugsbereich liegende Selbstverwaltungskörperschaften, also Gemeinden oder Landkreise. Aber auch den örtlich zuständigen Träger der Straßenbaulast, den zuständigen Planungsbehörden und den für die Gewerbeaufsicht zuständigen Behörden, den Industrie- und Handelskammern, den betroffenen Fachgewerkschaften und nicht zuletzt den Fachverbänden der Verkehrtreibenden ist Gelegenheit zur (gutachterlichen) Stellungnahme zu geben, wobei es der Genehmigungsbehörde unbenommen bleibt, weitere Stellungnahmen einzuholen.

§ 15 PBefG etabliert spiegelbildlich Vorgaben für die Genehmigungsbehörde, die den Antrag schriftlich und zumindest dem Grundsatz nach binnen drei Monaten nach Eingang bescheiden muss.

In materieller Hinsicht sind die §§ 13, 15 PBefG für die Erteilung der Genehmigung zentral. § 13 Abs. 1 PBefG enthält verschiedene positive und negative Genehmigungsvoraussetzungen. Die sich aus § 13 Abs. 1 PBefG ergebenden, positiven Genehmigungsvoraussetzungen lassen sich in personenbezogene (Zuverlässigkeit und fachliche Eignung) und sachbezogene (Sicherheit und Leistungsfähigkeit des Beförderungsbetriebs) Erfordernisse aufteilen. Ebenso wichtig für die Erteilung der Genehmigung sind aber die negativen Voraussetzungen des § 13 Abs. 2 PBefG, die freilich nicht für den gebündelten Bedarfsverkehr greifen. Danach ist eine Genehmigung im Sinne einer gebundenen Entscheidung insbesondere dann zu versagen, wenn nach § 13 Abs. 2 Nr. 3 PBefG durch den beantragten Verkehr die öffentlichen Verkehrsinteressen beeinträchtigt werden.²⁴⁵ Das soll

²⁴³ HFF/Heinze, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 2; S. auch Saxinger/Winnes/Winnes, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand: Dezember 2020, § 13 S. Abs. 1 Rn. 4.

²⁴⁴ Zum Ganzen Heinze/Fehling/Fiedler/Heinze, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 1 Rn. 13 ff.

²⁴⁵ S. zum Begriff der öffentlichen Verkehrsinteressen sogleich unter Gliederungspunkt 7.3.3. sowie ausführlich unter Gliederungspunkt 7.5.1.2.1.

nach der daraufhin folgenden, nicht abschließenden Aufzählung (vgl. das Adverb „insbesondere“) wiederum der Fall sein, wenn etwa nach lit. a) der Verkehr bereits mit den vorhandenen Verkehrsmitteln befriedigend bedient werden kann oder nach lit. b) der beantragte Verkehr ohne eine wesentliche Verbesserung der Verkehrsbedienung Verkehrsaufgaben wahrnehmen soll, die vorhandene Unternehmen oder Eisenbahnen bereits wahrnehmen. Dagegen greifen speziell für den gebündelten Bedarfsverkehr die Versagungsgründe nach § 13 Abs. 5a und 5b PBefG: Während nach § 13 Abs. 5a PBefG die Genehmigung in Ausübung pflichtgemäßen Ermessens verweigert werden kann, wenn die öffentlichen Verkehrsinteressen dadurch beeinträchtigt werden, dass durch die Ausübung des beantragten Verkehrs die Verkehrseffizienz im beantragten Bedienegebiet nicht mehr sichergestellt, sieht § 13 Abs. 5b PBefG die Genehmigungsverweigerung im Ermessen der Genehmigungsbehörde unter Umweltsichtspunkten für den Fall vor, dass die betreffenden Fahrzeuge entweder die Anforderungen der Emissionsvorgaben nach § 64b PBefG oder aber die Vorgaben zur Barrierefreiheit im Sinne von § 64c PBefG nicht erfüllen.

Sind all diese Vorgaben erfüllt, wird im Sinne einer gebundenen Entscheidung eine Genehmigung erteilt;²⁴⁶ die genehmigte Beförderungsleistung kann aber seitens der Aufsicht mittels verschiedener Überwachungsmaßnahmen kontrolliert werden, vgl. § 54 PBefG, um die fortdauernde Wahrung des verkehrsrechtlichen Erfordernisse sicherstellen zu können. Ebenso ermöglicht § 25 Abs. 2 PBefG der Behörde den Genehmigungswiderruf, wenn der Unternehmer die ihm gesetzlich obliegenden arbeitsrechtlichen und sozialrechtlichen (oder die sich aus seinem Unternehmen ergebenden steuerrechtlichen) Verpflichtungen wiederholt nicht erfüllt respektive in schwerwiegender Weise dagegen verstoßen hat.

7.3.2 Vorgabe von „Arbeitszeiten, Entlohnung und Pausen“

Liegen sowohl Genehmigungspflichtigkeit als auch Genehmigungsfähigkeit vor, kann die Genehmigungsbehörde die dann zwingend zu erteilende Genehmigung mit einer Auflage in dem Sinne versehen, dass sie verbindliche Sozialstandards festlegt, § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG. Die Begriffe Arbeitszeit, Pausen und Entlohnung dienen hierbei – wie eingangs angedeutet – nur als Beispiele, wohl um dem verkehrs- bzw. arbeitsrechtlich nicht vorgebildeten Rechtsanwender im Sinne der Rechtsklarheit die aus Sicht des Gesetzgebers zentralen Sozialstandards für die Personenbeförderung im Bereich des gebündelten Bedarfsverkehrs vor Augen zu führen. Diese Begrifflichkeiten näher einzugrenzen und zu konkretisieren, ist nicht nur von entscheidender Bedeutung, um die Grenzen der festlegbaren genannten Sozialstandards bestimmen zu können, sondern auch deshalb, weil so Gemeinsamkeiten der genannten Sozialstandards bestimmt werden können, die für andere, ungenannte Sozialstandards aus systematischen Gründen ebenfalls gelten müssen.²⁴⁷ Was aber verbirgt sich nun hinter diesen Begrifflichkeiten?

7.3.2.1 Klärung der Begrifflichkeiten

Als Ausgangspunkt dienen insoweit bekannte Tariftreuregelungen, weil die Sozialstandards des § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG ihrem Sinn und Zweck nach an das aus dem Vergaberecht bekannte System der Tariftreue angelehnt sind, das dort den Auftragnehmer öffentlicher Vergabeverfahren bindet. Es ist insoweit unter systematischen Gesichtspunkten naheliegend, dass die in § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG

²⁴⁶ Heinze/Fehling/Fiedler/Heinze, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 20; Saxinger/Winnes/Winnes, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand: Dezember 2020, § 13 S. Abs. 1 Rn. 4; Barth/Fiedler, TranspR 2020, 161.

²⁴⁷ S. zu diesem Grundsatz nur BAG, Urt. v. 18.3.2015 – 7 AZR 115/13, NZA-RR 2015, 569 Rn. 13: Das gilt bspw. auch für § 14 S. Abs. 1 TzBfG, wonach „sonstige, in § 14 I 2 Nr. 1–8 TzBfG nicht genannte Sachgründe die Befristung eines Arbeitsvertrags nur rechtfertigen, wenn sie den in § 14 I TzBfG zum Ausdruck kommenden Wertungsmaßstäben entsprechen und den in dem Sachgrundkatalog des § 14 I 2 Nr. 1–8 TzBfG genannten Sachgründen von ihrem Gewicht her gleichwertig sind.“

genannten Sozialstands jedenfalls im Sinne der Einheit der Rechtsordnung angesichts einer fehlenden abweichenden Legaldefinition immerhin nicht völlig anders – wenn nicht sogar ähnlich – auszulegen sind.

7.3.2.1.1 Arbeitszeiten und Pausen

Unter den Begriff der „Arbeitszeit“ fällt letztlich der Zeitraum, innerhalb dessen die vertraglich geschuldete Leistung – regelmäßig gegen Entgelt – zu erbringen ist. Damit wird die Zeit von Beginn bis Ende der Arbeit – ohne Ruhepausen – erfasst. Sie wird durch den Vertragspartner vorkonturiert und als Regelarbeitszeit vertraglich fixiert, soll im Falle von Sozialstandards aber, jedenfalls was die äußeren Grenzen – genauer: die Höchstgrenzen – betrifft, von der Genehmigungsbehörde vorgegeben werden. Außerhalb des Verkehrssektors existieren gesetzliche Bestimmungen (insbesondere solche des ArbZG, aber auch solche bestimmter Tarifverträge, die teilweise darauf beruhende Betriebsvereinbarungen erfordern), die – freilich nur zeitweise – längere Höchstarbeitszeiten vorsehen, wenn und soweit innerhalb eines längeren Zeitraums das Ergebnis einer Durchschnittsbetrachtung die Grenze der Regelarbeitszeit nicht überschreitet. Im engen Zusammenhang damit stehen „Pausen“; das sind vorab per Pausenkorridor oder zeitlich exakt festgelegte Zeiträume innerhalb, aber unter Unterbrechung der Arbeitszeit, die der Erholung dienen. Das ArbZG bspw. setzt eine dreißigminütige Pause bei einer Arbeitszeit von mehr als sechs Stunden voraus bzw. eine fünfundvierzigminütige Pause bei einer Arbeitszeit von mehr als neun Stunden. Auch ihre Grenzen sollen von der Genehmigungsbehörde vorgegeben werden können, wenngleich es hierbei, anders als bei der Arbeitszeit, nicht um Höchst-, sondern um Mindestvorgaben geht. In diesem Zuge naheliegend kann angesichts der Zielrichtung von Sozialstandards, nicht nur einen sicheren und funktionierenden Verkehrsfluss, sondern in sozialer Art und Weise auch die bei den Beförderungsdienstleister tätigen Personen bzw. die Beförderungsdienstleister selbst vor ausbeuterischen (und damit gesundheitsgefährdenden) Arbeitsbedingungen zu schützen, eine Anlehnung an die rechtstatsächlich bestehenden Pausenzeiten von Taxis oder Linienbussen im Bereich der anderen beiden Verkehrsformen sein. Dies gilt insbesondere insoweit, als Beförderungsleistungen nachts erbracht werden.

Beide Begrifflichkeiten, also weder Arbeits- noch Pausenzeiten, werden in den Tariftreueregelungen der Länder nicht definiert und kommen dort nicht einmal vor, wenngleich sich dort ein allgemeiner Verweis auf die – inhaltlich kaum weiterführenden – ILO-Kernarbeitsnormen findet.

7.3.2.1.2 Entlohnung

Der Begriff der „Entlohnung“ meint bei vorsichtiger Annäherung letztlich jede synallagmatische Gegenleistung, die im Gegenzug für die Arbeitsleistung gewährt wird und nicht notwendigerweise, aber doch in aller Regel den Hauptgrund für die Erbringung der Arbeitsleistung bildet. Sie besteht regelmäßig aus Geld, kann innerhalb der Grenzen des § 107 Abs. 2 GewO aber in Teilen auch als Sachbezug gewährt werden (Stichwort: geldwerte Vorteile). Der unveränderliche Kern der Entlohnung besteht jedoch aus der Geldleistung. Diese Erkenntnis führt zu der Folgefrage, welche Geldleistungen konkret als Entlohnung im Sinne des § 50 Abs. 4 S. 2 PBefG zu qualifizieren sein sollen, existiert doch eine Vielzahl von Entlohnungsbestandteilen. So sind neben der klassischen Auszahlung eines bestimmten Betrages auch Anwartschaften des Vertragspartners aus einer betrieblichen Altersversorgung über Zuschüsse zu privaten Vorsorgeleistungen bis hin zur Übernahme von Kita-Beiträgen denkbar.

Blickt man ausgehend hiervon in die Tariftreueregelungen der Bundesländer, die – wie eingangs aufgezeigt – ihrer inhaltlichen Ausrichtung nach als Vorbild für die über § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG von der Genehmigungsbehörde festlegbaren Sozialstandards dienen, so findet sich dort zwar nicht der Begriff der Entlohnung, wohl aber der (wohl inhaltlich ähnlich zu verstehende) Begriff des Entgelts. Relevant sind vor allem die dort anzutreffenden Verweise auf repräsentative Tarifverträge respektive das MiLoG, aber auch die in wenigen Bundesländern anzutreffende Festlegung eines vergabespezifischen Mindestlohns (dazu sogleich im Detail).

7.3.2.2 Art der Vorgabe

Die Tariftreuregelungen der Länder, die gerade auch auf den Mobilitätssektor Anwendung finden,²⁴⁸ sind also nicht nur für die begriffliche Eingrenzung des Sozialstandards „Entlohnung“ von Relevanz, sondern werfen auch die Frage auf, auf welche Weise die Genehmigungsbehörde mobilitätsspezifische Sozialstandards festlegen kann: per (repräsentativem oder beliebig wählbarem?) Tarifvertrag, durch Vorgabe ortsüblicher Standards oder gänzlich nach eigener Einschätzung.

7.3.2.2.1 Sichtung der Tariftreuregelungen mit Blick auf Art der Vorgabe und Entgelt

Die für diese beiden Fragen relevanten Regelungen in den 13 Tariftreugesetzen der Länder lassen sich wie folgt überblicksartig darstellen:²⁴⁹

- *Baden-Württemberg*: Entgelt ist eine Gegenleistung, die dem entspricht, was in dem einschlägigen und repräsentativen, mit einer tariffähigen Gewerkschaft vereinbarten Tarifvertrag festgelegt ist, § 3 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 LTMG; wobei nach § 4 S. 1 LTMG der Mindestlohn nach dem MiLoG die Untergrenze bildet.
- *Berlin*: Entgelt ist die Gegenleistung, die dem entspricht, was im geltenden Entgelttarif vorgesehen ist, der wiederum vom öffentlichen Auftraggeber bestimmt wird, § 10 S. 1, S. 2 BerlAVG. Das sich daraus ergebende Mindestentgelt geht dem vergabespezifischen Mindestlohn vor, § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BerlAVG.
- *Brandenburg*: Entgelt ist eine Gegenleistung, die dem entspricht, was in dem einschlägigen und repräsentativen, mit einer tariffähigen Gewerkschaft vereinbarten Tarifvertrag festgelegt ist, (§ 4 Abs. 1 S. 1, 3 BbgVergG); wobei nach § 6 Abs. 1, 2 BbgVergG der Mindestlohn nach dem MiLoG oder der vergabespezifische Mindestlohn die Untergrenze bildet.
- *Bremen*: Das am Ort der Ausführung für die jeweilige Leistung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt (§ 10 Abs. 1 S. 1 TtVG), wobei § 10 Abs. 3 TtVG das Verfahren vorgibt, nach dem sich richtet, welcher Tarifvertrag konkret als repräsentativ anzusehen ist, und § 9 TtVG das MiLoG oder andere Mindestentgelte als subsidiäre Untergrenze vorgibt.
- *Hamburg*: Als Entgelt sieht das HmbgVgG als Untergrenze denjenigen Tarifvertrag vor, an den das Unternehmen aufgrund des AEntG, TVG, AÜG oder anderer gesetzlicher Bestimmung gebunden ist (§ 3 Abs. 1 HmbgVgG); abermals bildet der Mindestlohn nach MiLoG die Grenze § 3 Abs. 2 HmbgVgG.
- *Hessen*: § 4 Abs. 4 HVTG nimmt Bezug auf das Entgelt aus dem repräsentativen Tarifvertrag, wobei das für das Tarifwesen zuständige Ministerium einen Beirat einrichtet, der die maßgeblichen Tarifverträge festlegt, § 4 Abs. 7 S. 1 HVTG, und auch hier das MiLoG als Grenze gilt, § 6 S. 1 HVTG.
- *Niedersachsen*: Auch hier wird auf repräsentative Tarifverträge, festgelegt durch das Ministerium für Arbeit, verwiesen, § 5 Abs. 1, 4 S. 1, 3 NTVergG, und auch hier darf das tarifliche Mindestentgelt das MiLoG nicht unterschreiten, anderenfalls gilt das MiLoG, § 4 S. 1 NTVergG.

²⁴⁸ S. dazu bereits unter Gliederungspunkt 7.2.4.1 sowie bei *Faber*, NVwZ 2015, 257.

²⁴⁹ Eine ausführliche tabellarische Auswertung findet sich im Anhang.

- *Nordrhein-Westfalen*: Auch hier wird auf einen für die Leistung in einem einschlägigen und repräsentativen mit einer tariffähigen Gewerkschaft vereinbarten Tarifvertrag vorgesehene Entgelt Bezug genommen, § 2 Abs. 2 TVgG, wobei das für Arbeit zuständige Ministerium durch VO feststellt, welcher welche Tarifverträge im Bereich des ÖPNV repräsentativ sind (§ 3 Abs. 1 TVgG NRW).
- *Rheinland-Pfalz*: Hier wird ebenfalls ein einschlägiger und repräsentativer, mit einer tariffähigen Gewerkschaft ausgehandelter Tarifvertrag als maßgeblich für das vorgesehene Entgelt angesehen, § 4 Abs. 3 S. 1 LTTG; die Repräsentativität wird per VO festgelegt, § 4 Abs. 4 S. 1 LTTG.
- *Saarland*: Verwiesen wird auf das tarifvertraglich festgelegte Entgelt im entsprechenden Bereich, § 3 Abs. 2 S. 1 STTG, die Unterschiede zu den obigen Regelungen sind marginal.
- *Sachsen-Anhalt*: Auch hier ist das in dem einschlägigen und repräsentativen Tarifvertrag vorgesehene Entgelt nach tarifvertraglich festgelegten Bedingungen zu zahlen (§ 10 Abs. 2 S. 1 LVG LSA), wobei sich Sachsen-Anhalt für die Festlegung der Repräsentativität per Ministerial-VO entschieden hat, § 10 Abs. 2 S. 3 LVG LSA.
- *Schleswig-Holstein*: Als Entgelt wird hier auf das in einem für diese Leistung in einem repräsentativen, mit einer tariffähigen Gewerkschaft vereinbarte Entgelt Bezug genommen, § 2 Abs. 2 S. 1 VGSH; das zuständige Ministerium für Arbeit stellt dabei durch VO fest, welche Tarifverträge als repräsentativ angesehen werden sollen, § 5 Abs. 2 S. 1 VGSH.
- *Thüringen*: Für Thüringen gilt Vergleichbares: Maßgeblich ist das in einem einschlägigen und repräsentativen mit einer tariffähigen Gewerkschaft vereinbarte, tarifliche Entgelt (§ 10 Abs. 2 S. 1 ThürVgG), wobei vorab das für Arbeit zuständige Ministerium den maßgeblichen repräsentativen Tarifvertrag mitteilt, § 10 Abs. 2 S. 2 ThürVgG.

7.3.2.2.2 Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Tariftreueregelungen

Ein Vergleich all dieser Tariftreueregesetze legt schnell offen, dass es sich vornehmlich um konstitutive Tariftreueregelungen handelt. Bezugspunkt sind also jeweils repräsentative Tarifverträge, wobei in den Bundesländern unterschiedlich geregelt ist, wer bestimmt, welcher Tarifvertrag konkret als repräsentativ anzusehen ist. Soziale Standards werden hierbei nur in einigen Ländern berücksichtigt (etwa in Niedersachsen oder Hessen).

Konkret für den Begriff bzw. den Sozialstandard der Entlohnung – hier, wie bereits angedeutet, als „Entgelt“ bezeichnet – ergibt der Vergleich divergierende Ergebnisse: Einige Bundesländer enthalten deklaratorische Tariftreueregelungen und verweisen insoweit vornehmlich auf das MiLoG (jedenfalls als Untergrenze) oder andere gesetzliche Mindestentgelte. Die Tariftreueregesetze (weniger) anderer Bundesländer legen darüber hinaus – und das ist ebenfalls eine wichtige Erkenntnis für das Verständnis von § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG – einen vergaberechtlichen Mindestlohn fest. Regelmäßig werden Auftragnehmer auch verpflichtet, die ILO-Kernarbeitsnormen einzuhalten, auch wenn diese freilich im Sinne einer absoluten Untergrenze für die mobilitätsspezifische Setzung von Sozialstandards kaum weiterführen.

7.3.2.2.3 Folgerungen für § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG

7.3.2.2.3.1 Vorgabe von Tarifverträgen: Repräsentativ oder nicht?

Wird seitens der Genehmigungsbehörde hinsichtlich eines bestimmten Sozialstandards auf einen Tarifvertrag verwiesen, stellt sich die Frage, ob auf einen repräsentativen oder einen beliebigen Tarifvertrag Bezug genommen werden kann. Die obige Betrachtung der Tariftreuregelungen legt die Vorgabe repräsentativer Tarifverträge nahe, ebenso ein rechtstatsächlicher Blick auf die bisherige Praxis verschiedener Bundesländer (exemplarisch Nordrhein-Westfalen), in denen für den Bereich des öffentlichen Personenverkehrs auf repräsentative Tarifverträge zurückgegriffen wird.²⁵⁰ Die Sachnähe der repräsentativen Tarifverträge zu dem durch die Genehmigungsbehörde nach § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG zu regelnden Sozialstandard des (gebündelten) Bedarfsverkehrs ist hierbei sicherlich ein entscheidendes Argument.

Andererseits erscheint es auch nicht ausgeschlossen, dass ein beliebiger Tarifvertrag genügt, der immerhin ebenfalls das Ergebnis eines interessengerechten Kompromisses ist, weil er mit einer im Sinne des TVG mächtigen Gewerkschaft ausgehandelt wurde, wengleich hierbei die besonderen Spezifika repräsentativer Tarifverträge tendenziell eher in den Hintergrund rücken.

7.3.2.2.3.2 Vorgabe ortsüblicher Standards

Eine weitere Möglichkeit der Fixierung verbindlicher Sozialstandards bestünde für den Bereich des Mobilitätssektors in der Vorgabe ortsüblicher Standards. Der Vorteil einer solchen Vorgehensweise läge darin, dass die Genehmigungsbehörde auf diese Weise ortseinheitliche Standards etablieren könnte, mit anderen Worten zwischen den verschiedenen (teilweise konkurrierenden) Verkehrsformen identische oder jedenfalls vergleichbare Mindestvorgaben geltend würden, etwa was die Entlohnung, aber auch was Arbeits- und Pausenzeiten anbelangt. Ein Unterbietungs- oder im Extremfall gar Verdrängungswettbewerb, der weder aus sozialpolitischer Sicht gewollt noch verkehrstechnisch sinnvoll sein dürfte, könnte auf diese Weise verhindert werden, wobei hierdurch – nicht unbedingt für die Verkehrsgäste und Fahrpreise positiv – ein gewisses Mindestpreisniveau festgeschrieben würde.

Als (legislatives) Vorbild kann insoweit § 72 Abs. 3 HS. 1 Nr. 2 SGB XI dienen, wonach Versorgungsverträge mit Pflegeeinrichtungen nur dann abgeschlossen werden dürfen, wenn diese eine in Pflegeeinrichtungen ortsübliche Arbeitsvergütung an ihre Beschäftigten zahlen.

„Versorgungsverträge dürfen nur mit Pflegeeinrichtungen abgeschlossen werden, die [Nr. 2] die Gewähr für eine leistungsfähige und wirtschaftliche pflegerische Versorgung bieten sowie eine **in Pflegeeinrichtungen ortsübliche Arbeitsvergütung** an ihre Beschäftigten zahlen, soweit diese nicht von einer Verordnung über Mindestentgeltsätze aufgrund des Gesetzes über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz) erfasst sind [...].“

²⁵⁰ S. etwa für NRW die am 8.5.2021 in Kraft getretene Repräsentative Tarifverträge Verordnung (RepTVVO) v. 27.4.2021, die alle repräsentativen Tarifverträge auflistet, die das für Arbeit zuständige Ministerium nach Tariftreue- und Vergabegesetzes Nordrhein-Westfalen (TVgG - NRW) im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs auf Straße und Schiene festgelegt hat. Abrufbar unter <http://www.tarifregister.nrw.de/tarifinformationen/Repraesentative-Tarifvertraege-im-OePNV/index.php>, Abruf v. 13.9.2021.

Übertragen auf den Mobilitätssektor könnte die Genehmigungsbehörde also eine Genehmigung einer genehmigungsfähigen Beförderungsleistung im Bereich des gebündelten Bedarfsverkehrs unter der Bedingung oder Auflage der Zahlung einer ortsüblichen Entlohnung erteilen – wodurch freilich den Preis- und Entlohnungsgefällen in Ost und West Rechnung getragen werden könnte, diese aber auch perpetuiert würden.

7.3.2.2.3.3 Vorgabe eigener Standards

Zuletzt bestünde die Möglichkeit, dass die Genehmigungsbehörde selbst Vorgaben für bestimmte Sozialstandards macht. Als Vorbild könnte der bereits erwähnte, in einigen Tariftreue Regelungen zum Ausdruck kommende, vergabespezifische Mindestlohn gelten (vgl. dazu die Übersicht oben). Dass ein solcher vergabespezifischer Mindestlohn europarechtskonform ist, hat der EuGH bereits im Jahr 2015 in einer wegweisenden Entscheidung deutlich gemacht: So sei es auch vor dem Hintergrund des Art. 26 Richtlinie 2004/18/EG möglich, dass öffentliche Auftraggeber als Anforderung an die Auftragsvergabe die Zahlung eines bestimmten Mindestlohns verlangen.²⁵¹

Die darin zum Ausdruck kommende Wertung lässt sich eins zu eins auf den Verkehrssektor übertragen. Schließlich ist Art. 26 S. 1 RL 2004/18/EG seiner inhaltlichen Ausrichtung nach ähnlich gestrickt, denn danach können – ähnlich wie Genehmigungsbehörden nach § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG – öffentliche Auftraggeber zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorschreiben, wobei diese Bedingungen nach Art. 26 S. 2 RL 2004/18/EG insbesondere soziale Aspekte betreffen können. Gerade deshalb bietet sich eine vergleichbare Vorgehensweise – die Setzung eines spezifisch auf den Bereich des gebündelten Bedarfsverkehrs zugeschnittenen Mindestlohns – auch für den Bereich des Mobilitätssektors an.

7.3.3 Schutz öffentlicher Verkehrsinteressen

All diese Vorgaben stehen indes unter dem Caveat des Schutzes öffentlicher Verkehrsinteressen, wie der Verweis in § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG auf § 50 Abs. 4 S. 1 PBefG deutlich macht, sich aber mittelbar, wenn auch aus anderer Blickrichtung, bereits aus § 13 PBefG ergibt. Die neuen Vorgaben wollen sich erkennbar in die Systematik des PBefG einfügen: Es geht um Verkehrsregelung und damit um die Wahrung von Verkehrsinteressen. Die sozialen Standards der Beschäftigten haben damit zunächst unmittelbar keine Berührung.

Unbestritten: Eine Legaldefinition der öffentlichen Verkehrsinteressen findet sich im PBefG nicht.²⁵² Aber wo liegt die Grenze dessen, was man auch wohlmeinend-fortschrittlich darunter subsumieren kann? Ein systematischer Vergleich des § 50 Abs. 4 S. 1 und S. 3 PBefG mit § 13 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 sowie Abs. 4 S. 2 PBefG gibt indes insoweit Aufschluss, als der dort ebenfalls verwendete Begriff der öffentlichen Verkehrsinteressen durch Beispiele konkretisiert wird. Auch die Rechtsprechung hat sich hierzu – soweit ersichtlich – nicht umfassend verhalten²⁵³; die Literatur tendiert angesichts der Unschärfe der Begrifflichkeit zu einem weiten Verständnis.²⁵⁴ Den Kern bilden die Kollektivinteressen der Öffentlichkeit an einem funktionierenden Verkehrsangebot, das die Allgemeinheit bedienen kann,²⁵⁵ wobei mittelbar letztlich auch die Verkehrssicherheit zu berücksichtigen sein wird.

²⁵¹ EuGH, Urt. vom 17. Nov. 2015 – Rs. C-115/14, ZfBR 2016, 172.

²⁵² Saxinger/Winnes/*Winnes*, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand: Dezember 2020, § 13 S. Abs. 2 Rn. 35.

²⁵³ Vgl. aber BVerwG, Urt. v. 24.10.2013 – 3 C 26.12, NVwZ-RR 2014, 224 zum mittelbaren Verständnis der öffentlichen Verkehrsinteressen.

²⁵⁴ Eingehend *Zeil/zur Lippe*, GewArch 2018, 405, 409; s. hierzu auch Gliederungspunkt 7.5.1.2.1

²⁵⁵ *Zeil/zur Lippe*, GewArch 2018, 405, 409.

Öffentliche Verkehrsinteressen sind nach diesen Maßstäben jedenfalls dann berührt, wenn die Funktionsfähigkeit des Verkehrs betroffen ist, da in diesem Fall die Allgemeinheit nicht mehr befördert werden kann; wohl aber auch dann, wenn der Verkehr nicht unerheblich eingeschränkt wird, ohne in seiner generellen Funktionsfähigkeit beeinträchtigt zu sein.

Insoweit stellt sich indes die Frage, ob die von der Genehmigungsbehörde vorgenommene, einseitige Festlegung von Sozialstandards überhaupt öffentlichen Verkehrsinteressen dienen kann. Hierbei handelt es sich um eine bislang kaum beantwortete Frage, die abhängig von dem konkret festgesetzten Sozialstandard gelöst werden muss: Während sich bei Pausen- und Arbeitszeiten durchaus Überschneidungen mit den öffentlichen Verkehrsinteressen feststellen lassen, stellt sich der Bezug zur Entlohnung deutlich schwächer dar, was höhere Hürden für die Festlegung einer Mindest-Entlohnung nahelegt. Plastisch machen lässt sich diese Überlegung für den Bereich des gebündelten Bedarfsverkehrs anhand eines Uber-Fahrers: Dass dieser Mindestpausenzeiten einhält und Höchstarbeitszeiten beachtet, ist für die öffentlichen Verkehrsinteressen insoweit von Bedeutung, als Übermüdung oder mangelnde Konzentrationsfähigkeit zu einer Beeinträchtigung des Verkehrs und zu einer Gefährdung der Gesundheit anderer Verkehrsteilnehmer oder mitfahrender Gäste führen kann. Ob jedoch eine Mindest-Entlohnung für die Tätigkeit gezahlt wird, ist für die öffentlichen Verkehrsinteressen nur mittelbar von Bedeutung, wenn hierdurch ein Preiskampf im Sinne eines Unterbietungswettbewerbs zwischen den verschiedenen Verkehrsformen verhindert werden kann.²⁵⁶ Der Schutz öffentlicher Verkehrsinteressen wird die Vorgabe einer bestimmten Mindest-Entlohnung, die wie gesehen an sich zulässig ist, jedoch aufgrund des bloß mittelbaren Bezugs nur unter strengeren Voraussetzungen erfordern. Weil die Genehmigungsbehörde, um den gebundenen Rechtsanspruch auf Genehmigungserteilung nicht auszuhöhlen, diese mittelbaren Interessen aber nicht pauschal behaupten, sondern konkret durch tatsächliche Anhaltspunkte belegen können muss, ist die Setzung mobilitätsspezifischer Entlohnungsvorgaben insoweit eingeschränkt. Das schränkt die Möglichkeiten dieser Norm aktuell erheblich ein, ergibt sich aber konsequent eben auch aus der Systematik und Zielsetzung des Gesetzes.

Doch es gibt noch eine weitere Grenze, die sich unmittelbar aus folgender Überlegung ergibt: Öffentliche Verkehrsinteressen spezifizieren die allgemeinen öffentlichen Interessen, die naturgemäß weit zu verstehen sind, durch ihre Verkehrsbezogenheit. Die allgemeinen öffentlichen Interessen sind aber im Bereich der Sozialstandards überwiegend einfachgesetzlich niedergelegt, im Bereich der Entlohnung durch das MiLoG, im Bereich der Arbeits- und Pausenzeiten durch das ArbZG. Kollektivrechtliche Regelungen treten hinzu, die aber für das öffentliche Interesse weniger von Bedeutung sind, weil sie das Ergebnis eines Interessenausgleichs zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern sind, sodass das öffentliche Interesse an der Wahrung kollektivrechtlicher Regelungen und auf die Wahrung von Kompromissen zwischen den Sozial- (oder auch Betriebspartnern) ausgerichtet ist. Soweit aber die allgemeinen öffentlichen Interessen einfachgesetzlich kodifiziert sind, müssen diese auch im Bereich des Verkehrssektors von Relevanz sein; die allgemeinen Grenzen des ArbZG oder des MiLoG können als im Grundsatz nicht extensiviert und durch die Genehmigungsbehörde nicht noch strenger festgelegt werden. Eine Ausnahme kann nur dann bestehen, wenn der Verkehr es zwingend erfordert, was bei Sozialstandards aber kaum der

²⁵⁶ Gleichwohl könnte überlegt werden, ob das Ziel der Fachkräftesicherung im öffentlichen Verkehrsinteresse liegen kann. Hierfür könnte angeführt werden, dass eine auskömmliche Entlohnung dazu beitragen könnte, dass genügend qualifizierte Personen bereit sind im Mobilitätssektor tätig zu werden, um die benötigten Beförderungsdienstleistungen durchführen zu können. Das regionsspezifische Fehlen von Fachkräften im Mobilitätssektor könnte dann ggf. etwa durch die Bundesagentur für Arbeit festgestellt werden. Gleichwohl wäre eine solche Zielsetzung – wie bereits im Text angedeutet – lediglich auf lange Sicht und das auch nur mittelbar für die öffentlichen Verkehrsinteressen von Bedeutung, die insoweit nicht überspannt werden dürfen, um eine konturlose Ausweitung zu verhindern. Dem gebundenen Genehmigungsanspruch kann dieses bloß mittelbare Interesse daher nur unter den im Text genannten, hohen Hürden entgegengehalten werden.

Fall sein dürfte, eben weil das öffentliche Verkehrsinteresse primär die Beförderung der Bevölkerung durch verschiedene Verkehrsformen sicherstellen will und daher nur sekundär, also nur wo es zur Verfolgung des Primärziels eines funktionsfähigen Verkehrs notwendig ist, die soziale Komponente berücksichtigt. Dies bringt auch der Wortlaut des § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG (gerade auch im systematischen Vergleich mit § 50 Abs. 4 S. 1 PBefG) zum Ausdruck, wonach „darüber hinaus“ – also über die unmittelbaren öffentlichen Verkehrsinteressen des § 50 Abs. 4 S. 1 PBefG hinaus – Sozialstandards festgelegt werden können. Damit wird also lediglich ein gewisser Zusammenhang zwischen den (sozialen) Arbeitsbedingungen und der Funktionsfähigkeit des Verkehrs seitens des Gesetzgebers vorgegeben, was die bloß mittelbare Maßgeblichkeit der Sozialstandards für das öffentliche Verkehrsinteresse unterstreicht.²⁵⁷

Damit steht fest: Die öffentlichen Verkehrsinteressen schränken die Setzung von Sozialstandards maßgeblich ein. Damit die Genehmigungsbehörde überhaupt einen Maßstab für die im Einzelfall dennoch zulässige Setzung von Sozialstandards hat, bilden die bestehenden Gesetze – insbesondere des MiLoG und des ArbZG – für den Regelfall die oberste Grenze dessen, was die Genehmigungsbehörde vorgeben darf.

7.3.4 Mögliche Chancen und Defizite von § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG

Welche Sozialstandards genau nach § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG für den gebündelten Bedarfsverkehr etabliert werden können, bleibt auch nach eingehender Betrachtung der neu geschaffenen Norm weitgehend offen: sowohl begrifflich als auch inhaltlich. Denn was unter die beispielhaft genannten Sozialstandards subsumiert werden kann, ist schlicht nicht abschließend definierbar, weil die Begrifflichkeiten zu weit gefasst und daher relativ konturlos sind. Fest steht allein, dass ein gewisser sozialer Schutz etabliert werden kann, der mit den aus dem Vergaberecht bekannten Tarifregelungen bzw. den dortigen Vorgaben für einen vergabespezifischen Mindestlohn vergleichbar sein muss, soweit es um den Sozialstandard der „Entlohnung“ geht. Was aber die in den Tarifregelungen der Länder nicht geregelten Sozialstandards der Pausen und Arbeitszeiten betrifft, sind der Genehmigungsbehörde nur wenige äußere Grenzen gesetzt, die sich aus einem Vergleich mit dem Arbeitszeitrecht ergeben können: Was nach den dortigen Maßstäben bereits für Arbeitnehmer zulässig ist, kann für Beförderungsunternehmer des gebündelten Bedarfsverkehrs, für die nicht notwendigerweise, aber regelmäßig selbständige oder arbeitnehmerähnliche Personen tätig werden, kaum unzulässig sein. Kurz gesagt: Das ArbZG bildet die äußere Grenze der verkehrsspezifisch von der Genehmigungsbehörde festlegbaren Sozialstandards der Pausen und Arbeitszeiten.

Genauso verhält es sich mit der inhaltlichen Reichweite der Vorgabe von Sozialstandards, da sowohl Tarifverträge als solche als auch lediglich repräsentative Tarifverträge gemeint sein könnten, oder aber die Genehmigungsbehörde selbst eine am ortsüblichen Lohn orientierte Entlohnung vorgeben oder einen mobilitätsspezifischen Mindestlohn festsetzen könnte. Insoweit zeigt jedoch ein abermaliger Vergleich mit den Tarifregelungen der Länder, dass repräsentativen Tarifverträgen dort der Vorzug gegeben wird, was für den Bereich des gebündelten Bedarfsverkehrs ein wichtiges Signal ist. Aber auch die Vorgabe ortsüblicher Standards bringt durchaus Vorteile mit sich; Vorbild könnte insoweit der aus dem Sozialrecht bekannte § 72 Abs. 3 HS. 1 Nr. 2 SGB XI sein. Für den Fall der Setzung eigener Standards bildet der vergabespezifische Mindestlohn, der nach dem EuGH europarechtskonform ist, einen guten Ausgangspunkt für die Vorgabe eines mobilitätsspezifischen Mindestlohns. All das steht – wie mehrfach erwähnt – jedoch ganz zentral unter dem Vorbehalt des

²⁵⁷ Abermals sei auf die tiefergehende Darstellung der konkreten Folgen der öffentlichen Verkehrsinteressen unter Gliederungspunkt 7.5.1.2.1 verwiesen.

Bezuges zu öffentlichen Verkehrsinteressen. Dies ist die einzige, wenn auch aus grundrechtlicher Sicht zwingende, konkrete Vorgabe, die aus dem Verweis des § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG auf § 50 Abs. 4 S. 1 PBefG folgt, der die Festlegung von Sozialstandards unter den Vorbehalt der öffentlichen Verkehrsinteressen stellt. Diese Grenze ist jedoch wiederum fließend, sodass lediglich die Setzung solcher Sozialstandards ausscheidet, die keinerlei Bezug zum öffentlichen *Verkehrsinteresse* aufweisen. Ein solcher Bezug ist noch bei Arbeits- und Pausenzeiten feststellbar, die nicht nur dem Interesse der Beförderungsdienstleister bzw. den bei diesen tätigen Personen dienen, sondern maßgeblich auch der Verkehrssicherheit bzw. den übrigen Verkehrsteilnehmern. Bei der Entlohnung dagegen wird man kritischer sein müssen, weil hier ein Bezug zu den öffentlichen Verkehrsinteressen nur deutlich schwächer feststellbar ist. Denn ob die befördernde Person ein bestimmtes Entgelt verdient, wirkt sich auf die öffentlichen Verkehrsinteressen nur mittelbar insoweit aus, als durch bestimmte Mindestentgelte die Preise der Dienstleister im Bereich des gebündelten Bedarfsverkehrs erhalten und ein Unterbietungswettbewerb auch hierdurch in gewissem Maße verhindert werden können.

Insgesamt gewinnt man daher den Eindruck, als wisse der Gesetzgeber selbst nicht so genau, welche Folgen § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG konkret zeitigen solle, solange nur irgendwie geartete Sozialstandards auch für den Bereich des gebündelten Bedarfsverkehrs gelten und ein Unterbietungswettbewerb mit den „klassischen“ Verkehrsformen verhindert wird. Es besteht insoweit jedenfalls das Risiko, dass Behörden angesichts dieser Ausgangssituation zu weitgehende Vorgaben machen und die Beförderungsdienstleister hiergegen vorgehen werden, sodass vielfache Gerichtsverfahren *prima facie* vorprogrammiert zu sein scheinen.

7.4 (Klarstellende?) Erweiterung des Unternehmerbegriffs in Abgrenzung zur Vermittlertätigkeit

Die Novellierung des Gesetzes betrifft auch neue Regelungen zum sachlichen Anwendungsbereich des PBefG: War gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 PBefG bislang lediglich „die entgeltliche oder geschäftsmäßige Beförderung von Personen mit Straßenbahnen, mit Oberleitungsbussen (Obussen) und mit Kraftfahrzeugen“ ausdrücklich erfasst, soll nunmehr durch die Einfügung eines neuen Absatzes 1a eine – vom Gesetzgeber intendierte ausschließlich klarstellende²⁵⁸ – Präzisierung des Unternehmerbegriffs im Hinblick auf bestimmte (digitale) Vermittlertätigkeiten erfolgen. Konkret stellt § 1 Abs. 1a PBefG dabei auf das Element der organisatorisch und vertraglich verantwortlichen Kontrolle von Vermittlung und Durchführung der Beförderung ab:

„(1a) Eine Beförderung von Personen im Sinne von Absatz 1 Satz 1 liegt auch vor, wenn die Vermittlung und Durchführung der Beförderung organisatorisch und vertraglich verantwortlich kontrolliert wird.“²⁵⁹

Darüber hinaus erstreckt ein neu eingefügter § 1 Abs. 3 PBefG den Anwendungsbereich des Gesetzes ausdrücklich auf Vermittler von Beförderungsleistungen:

„(3) Den Vorschriften dieses Gesetzes unterliegt außerdem die Vermittlung von Beförderungen gemäß Absatz 1. Vermittlung im Sinne von Satz 1 ist die Tätigkeit von Betreibern von Mobilitätsplattformen, deren Hauptgeschäftszweck auf den Abschluss eines

²⁵⁸ BT-Drucks. 19/26175, S. 37.

²⁵⁹ BGBl. I 2021, S. 822.

Vertrages über eine gemäß § 2 genehmigungspflichtige Beförderung ausgerichtet ist, und die nicht selbst Beförderer nach Absatz 1 Satz 1 sind.“

Anders als von § 1 Abs. 1a PBefG erfasste Personen sind Vermittler, die unter § 1 Abs. 3 PBefG fallen, jedoch gemäß § 2 Abs. 1b PBefG ausdrücklich von der nach § 2 Abs. 1 S. 1 PBefG grundsätzlich bestehenden Genehmigungspflicht ausgenommen:

„(1b) Wer im Sinne des § 1 Absatz 3 eine Beförderung vermittelt, muss nicht im Besitz einer Genehmigung sein. Er ist Vermittler im Sinne dieses Gesetzes.“

Doch wie sind Vermittler i.S.v. § 1 Abs. 3 PBefG von den auch vermittelnden Beförderern i.S.v. § 1 Abs. 1a PBefG abzugrenzen? Um die Voraussetzungen der neuen Vorschriften klarer bestimmen, ihre Reichweite abstecken und ihre Auswirkungen erfassen zu können, bedarf es einer ausführlichen Auseinandersetzung mit den jeweiligen Tatbestandsmerkmalen unter Berücksichtigung der Ziele des Gesetzes sowie vorhandener Rechtsprechung.

7.4.1 Unternehmer im personenbeförderungsrechtlichen Sinn

In einem ersten Schritt ist vor diesem Hintergrund der personenbeförderungsrechtliche Unternehmerbegriff umfassend zu beleuchten. Ausgangspunkt ist dabei § 1 Abs. 1 S. 1 PBefG, wonach sich der Anwendungsbereich auf die entgeltliche oder geschäftsmäßige Beförderung von Personen mit Straßenbahnen, mit Oberleitungsomnibussen (Obussen) und mit Kraftfahrzeugen erstreckt. Wer in diesem Sinne Personen befördert, ist – so legt es § 2 Abs. 1 PBefG fest – als Unternehmer zu qualifizieren und muss im Besitz einer Genehmigung sein. Heranzuziehen ist in diesem Kontext auch der hiermit eng verknüpfte § 3 Abs. 2 S. 1 PBefG, der die Pflicht des Unternehmers oder desjenigen, auf den die Betriebsführung übertragen worden ist, den Verkehr im eigenen Namen, unter eigener Verantwortung und für eigene Rechnung zu betreiben, statuiert.²⁶⁰

Angeknüpft wird mithin an die Durchführung entgeltlicher oder geschäftsmäßiger Personenbeförderung. Die Voraussetzungen der Entgeltlichkeit und der Geschäftsmäßigkeit stehen dem klaren Wortlaut nach in einem Alternativverhältnis. Dabei setzt das Merkmal der Entgeltlichkeit voraus, dass für die Beförderung eine geldwerte Gegenleistung gewährt wird.²⁶¹ Gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 PBefG sind als Entgelt auch wirtschaftliche Vorteile anzusehen, die mittelbar für die Wirtschaftlichkeit einer auf diese Weise geförderten Erwerbstätigkeit erstrebt werden. Die Anforderungen sind gering: Es genügt, wenn entsprechende Vorteile einem anderen Unternehmen als dem Beförderer zugutekommen. Vorteile in diesem Sinne entstehen beispielsweise für ein Reisebüro oder Hotel aus einem Transfer von Kunden (etwa vom oder zum Flughafen), auch wenn hierfür kein besonderes Entgelt erhoben wird.²⁶² Geschäftsmäßigkeit verlangt demgegenüber allein die Absicht, die Beförderung zu einem wiederkehrenden oder dauernden Bestandteil seiner Beschäftigung zu machen, selbst wenn sie unentgeltlich, ohne Gewinnerzielungsabsicht, als Nebenleistung und weder berufs- noch gewerbsmäßig erfolgt oder erfolgen soll oder letztlich nur einmal verwirklicht wurde.²⁶³ Die Gerichte entnehmen den ausdrücklich normierten Voraussetzungen darüber hinaus ein Verantwortlichkeitselement, das sie ausgehend vom Horizont der Fahrgäste

²⁶⁰ Die Regelungen sind im Zusammenhang zu lesen, s. hierzu BVerwG, Urt. v. 27.8.2015 – 3 C 14/14, NVwZ 2016, 695 Rn. 12.

²⁶¹ Heinze/Fehling/Fiedler/Heinze, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 1 PBefG Rn. 5; Ludwigs, NVwZ 2017, 1646, 1647.

²⁶² VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 1.12.1992 – 14 S 2038/91, DÖV 1993, 438; VG Arnsberg, Urt. v. 11.9.2003 – 7 K 5119/02, BeckRS 2003, 25199 Rn. 31 ff.; Heinze/Fehling/Fiedler/Heinze, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 1 PBefG Rn. 7.

²⁶³ Heinze/Fehling/Fiedler/Heinze, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 1 PBefG Rn. 9; Ludwigs, NVwZ 2017, 1646, 1647 f.

konkretisieren. Nach diesem Maßstab ist Unternehmer im personenbeförderungsrechtlichen Sinne, wer

„nach außen, also gegenüber den Fahrgästen, als Vertragspartner auftritt, auch wenn er mit der Durchführung der Fahrt einen anderen konzessionierten Unternehmer beauftragt.“²⁶⁴

Damit geht einher, dass der Unternehmer auch aufgrund seiner tatsächlich bestehenden Verfügungsmacht „Herr der Beförderungsleistung“ sein muss, indem er ihre Erbringung maßgeblich steuert und ihm Lasten und Nutzungen des Unternehmens zufallen, indem er also – mit anderen Worten – das Geschäftsrisiko des Beförderungsbetriebes trägt.²⁶⁵ Hierfür ist stets die spezifische Vertragsgestaltung und deren Durchführung entscheidend. Maßgeblich ist, wer sich aus Sicht der Fahrgäste als Erbringer der Dienstleistung darstellt. Dies wird im Regelfall derjenige sein, der die Verfügungsgewalt über die Fahrzeuge und Einrichtung sowie das Betriebspersonal ausübt.²⁶⁶ Nicht entscheidend ist dagegen, ob Eigentum hinsichtlich der zur Beförderung eingesetzten Fahrzeuge besteht sowie ob es sich bei den Fahrern um Arbeitnehmer des Unternehmers handelt.²⁶⁷

Zwar folgt dieses Verständnis noch nicht allein aus dem Wortlaut des Beförderungsbegriffs; aus der Zusammenschau mit § 3 Abs. 2 S. 1 PBefG ergibt sich jedoch, dass das Gesetz von einem Leitbild eines Unternehmers ausgeht, der alle Merkmale aufweist, die auch im übrigen Geschäftsleben für die Unternehmereigenschaft als maßgeblich angesehen werden, konkret die Ausübung der Tätigkeit in eigenem Namen, im eigenem Verantwortungsbereich und auf eigene Rechnung.²⁶⁸

Der Sinn und Zweck der personenbeförderungsrechtlichen Genehmigungspflicht stützt diese Auslegung: Die Genehmigungspflicht dient unter anderem dem Verbraucherschutz, da sie die Qualität der Beförderungsleistung gewährleisten soll.²⁶⁹ Dies wird auch anhand der persönlichen Genehmigungsvoraussetzungen des § 13 Abs. 1 PBefG deutlich, wonach die Genehmigung nur erteilt werden darf, wenn die Sicherheit und Leistungsfähigkeit des Betriebs gewährleistet sind (Nr. 1) und der Antragsteller zuverlässig (Nr. 2) sowie fachlich geeignet ist (Nr. 3).²⁷⁰ Es ist davon auszugehen, dass für den Fahrgast insbesondere der Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und fachlichen Eignung seines Vertragspartners maßgebliche Bedeutung zukommen, weil diesem die ordnungsgemäße Beförderung obliegt.²⁷¹ Eine zusätzliche deliktische Haftung des die Beförderung faktisch durchführenden Unternehmens kommt zwar in Betracht, ist aber für die Bestimmung des personenbeförderungsrechtlichen Unternehmerbegriffs unerheblich. Dies gilt auch vor dem

²⁶⁴ BVerwG, Urt. v. 27.8.2015 – 3 C 14/14, NVwZ 2016, 695, 696 Rn. 16; s. auch OVG Münster, Beschl. v. 22.3.2018 – 13 B 1583/17, BeckRS 2018, 6563 Rn. 6; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 10.4.2015 – OVG 1 S 96.14, BeckRS 2015, 44779; OVG Magdeburg, Urt. v. 7.4.1998 – A 1/4 221/97, juris Rn. 42.

²⁶⁵ BVerwG, Urt. v. 27.8.2015 – 3 C 14/14, NVwZ 2016, 695 f. Rn. 15; OVG Münster, Beschl. v. 22.3.2018 – 13 B 1583/17, BeckRS 2018, 6563 Rn. 6.

²⁶⁶ OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 9.6.2016 – 6 U 73/15, GRUR-RR 2017, 17 Rn. 40.

²⁶⁷ OVG Münster, Beschl. v. 22.3.2018 – 13 B 1583/17, BeckRS 2018, 6563 Rn. 6.

²⁶⁸ BVerwG, Urt. v. 27.8.2015 – 3 C 14/14, NVwZ 2016, 695, 696 Rn. 16; BVerwG, Urteil v. 27.3.1992 – 7 C 26/91, NVwZ 1992, 1198; OVG Münster, Beschl. v. 22.3.2018 – 13 B 1583/17, BeckRS 2018, 6563 Rn. 5; OVG Magdeburg, Urt. v. 7.4.1998 – A 1/4 221/97, juris Rn. 42; zu diesen Voraussetzungen im Rahmen des zivilrechtlichen Unternehmerbegriffs nach § 14 S. Abs. 1 BGB S. BAG, Urt. v. 19.5.2010 – 5 AZR 253/09, NZA 2010, 939, 940 Rn. 23; *Jänsch*, Angemessene Vorstandsverträge, 2021, S. 89 m.w.N.

²⁶⁹ BVerwG, Urt. v. 27.8.2015 – 3 C 14/14, NVwZ 2016, 695, 696 Rn. 17; s. auch Erbs/Kohlhaas/*Lampe*, Strafrechtliche Nebengesetze, 234. EL Januar 2021, § 2 PBefG Rn. 1.

²⁷⁰ BVerwG, Urt. v. 27.8.2015 – 3 C 14/14, NVwZ 2016, 695, 696 Rn. 17.

²⁷¹ BVerwG, Urt. v. 27.8.2015 – 3 C 14/14, NVwZ 2016, 695, 696 Rn. 17; in diese Richtung auch VG Hamburg, Urt. v. 12.5.2009 – 15 K 2995/08, BeckRS 2009, 35315.

Hintergrund, dass den Fahrgästen regelmäßig unbekannt sein wird, welches Unternehmen von ihrem Vertragspartner zur Durchführung der Beförderung beauftragt worden ist. Sie sind aufgrund dessen in besonderer Weise darauf angewiesen, dass ihr Vertragspartner bei der Beförderung und der Auswahl seines Erfüllungsgehilfen den Anforderungen des Personenbeförderungsgesetzes gerecht wird.²⁷²

Wie sich schließlich aus dem Umgehungsverbot nach § 6 PBefG ergibt, gilt dies bei Vorliegen der Voraussetzungen auch für denjenigen, der nach der äußerlich gewählten Gestaltungsform nicht als Beförderer auftreten will oder einen entsprechenden Eindruck zu vermeiden sucht.²⁷³ Denn: Es entspricht dem Sinn und Zweck des § 6 PBefG zu verhindern, dass ein Unternehmer aus einem Scheintatbestand – beispielsweise aus der vorgeblich nur auf die Vermittlung von Gelegenheiten zur Personenbeförderung beschränkten Tätigkeit – Vorteile zieht, die das Gesetz nicht billigt.²⁷⁴ Entscheidend ist also stets, wer sich vom Horizont der Fahrgäste ausgehend als Leistungserbringer darstellt – unabhängig davon, wie dieser sich selbst bezeichnet.

Dieses Verständnis teilt das Schrifttum, das ebenfalls eine Bestimmung ausgehend vom Sinn und Zweck des Genehmigungsvorbehalts vornimmt.²⁷⁵ Exemplarisch formuliert *Heinze*:

„Mit Hilfe des Genehmigungsvorbehalts wird [...] im wesentlichen eine Gestaltung (des Angebots) einer Personenbeförderung angestrebt, die ihre Sicherheit und Ordnung oder ortzeitliche Quantität, ihren Preis und/oder ihre Qualität oder den Wettbewerb bei der Personenbeförderung betrifft. Für die sinnvolle Anknüpfung von Rechten, Pflichten oder Anforderungen, die auf solches Verhalten gerichtet sind, kommt jedoch in der Regel nicht der nur tatsächlich Befördernde sondern derjenige in Betracht, der sie als Unternehmer wahrnehmen und erfüllen kann, so dass ihm Rechte, Pflichten und Leistungen zuzurechnen sind. Unternehmer in diesem Sinn ist diejenige (natürliche oder juristische) Rechtsperson, die Beförderungsleistungen entgeltlich oder geschäftsmäßig im eigenen Namen, für eigene Rechnung und in eigener Verantwortung erbringt.“²⁷⁶

Unter Berücksichtigung der Rechte und Pflichten, die dem Unternehmer im beförderungsrechtlichen Sinne zuteilwerden, ist mithin auf die sich aus dem Vertrag ergebende Pflicht zur ordnungsgemäßen Leistungserbringung zum Schutze des Kunden abzustellen; eine rein faktische Betrachtung der Beförderungsdurchführung verbietet sich vor diesem Hintergrund.²⁷⁷

7.4.2 Der Begriff des Beförderers i.S.v. § 1 Abs. 1a PBefG

Unter Berücksichtigung dieses teleologisch näher auszulegenden Unternehmerbegriffs ist nunmehr zu prüfen, ob die Einfügung des § 1 Abs. 1a PBefG eine konstitutive Erweiterung des Anwendungsbereichs darstellt oder – wovon der Gesetzgeber ausgeht – rein deklaratorisch ist, da entsprechende Vermittlungstätigkeiten bereits unter den allgemeinen

²⁷² BVerwG, Urt. v. 27.8.2015 – 3 C 14/14, NVwZ 2016, 695, 696 Rn. 17.

²⁷³ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 10.4.2015 – OVG 1 S 96.14, BeckRS 2015, 44779.

²⁷⁴ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 10.4.2015 – OVG 1 S 96.14, BeckRS 2015, 44779; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 12.9.1980 – 7 C 92/78, VerwRspr 1981, 749, 750 f.

²⁷⁵ Erbs/Kohlhaas/*Lampe*, Strafrechtliche Nebengesetze, 234. EL Januar 2021, § 2 PBefG Rn. 1; Heinze/Fehling/Fiedler/*Heinze*, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 2 PBefG Rn. 8; Linke, NVwZ 2015, 476, 477; *Wimmer/Weiß*, MMR 2015, 80, 81.

²⁷⁶ Heinze/Fehling/Fiedler/*Heinze*, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 2 PBefG Rn. 8.

²⁷⁷ Erbs/Kohlhaas/*Lampe*, Strafrechtliche Nebengesetze, 234. EL Januar 2021, § 2 PBefG Rn. 2.

personenbeförderungsrechtlichen Unternehmerbegriff i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 PBefG subsumiert werden können.

7.4.2.1 Organisatorisch und vertraglich verantwortliche Kontrolle von Vermittlung und Durchführung von Beförderung

Bereits der Wortlaut der Vorschrift macht deutlich: Nicht jeder Vermittler soll erfasst werden. Vielmehr ist erst dann eine personenbeförderungsrechtlich genehmigungspflichtige Dienstleistung anzunehmen, wenn die Vermittlung und Durchführung der Beförderung organisatorisch und vertraglich verantwortlich kontrolliert wird.

7.4.2.1.1 Herkunft der Eingrenzung

Den Hintergrund der Regelung bilden Geschäftsmodelle von Unternehmen, die App-basiert ihren Kunden die Möglichkeit bieten, einen entgeltlichen Fahrdienst mit privaten Fahrern, Mietwagen- oder Taxiunternehmern zu bestellen. Durch die Digitalisierung des Mobilitätssektors sind neue Geschäftsmodelle entstanden, welche den gesetzlich vorgegebenen Typen des PBefG regelmäßig nicht eindeutig zugeordnet werden konnten. Insofern fehlte es bislang an rechtssicheren Genehmigungsgrundlagen.²⁷⁸ Zur Schaffung von Rechtssicherheit sollte daher durch die Aufnahme des § 1 Abs. 1a in das PBefG hinsichtlich des in § 1 PBefG geregelten sachlichen Geltungsbereichs unter Berücksichtigung der von der Rechtsprechung zum PBefG entwickelten Grundsätze klargestellt werden, dass auch die digitale Vermittlung von Fahrten, die selbst als Beförderungsleistung einzustufen ist, genehmigungspflichtig ist.²⁷⁹ Denn danach erfüllt auch derjenige die einen personenbeförderungsrechtlichen Unternehmer kennzeichnenden Voraussetzungen, der sowohl von der vertraglichen als auch von der organisatorischen Seite betrachtet die Personenbeförderung der Nutzer einer von ihm zur Verfügung gestellten App, angefangen von der Kunden-Werbung und deren Registrierung über die Vermittlung und Durchführung der Beförderung bis hin zu deren Bezahlung allein verantwortlich kontrolliert.²⁸⁰ Vor dem Hintergrund des Umgehungsverbotes in § 6 PBefG soll dies auch für denjenigen gelten, der sich nur als Vermittler bezeichnet.²⁸¹ Letztlich hat der Gesetzgeber die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Genehmigungspflicht für solche Unternehmen nachvollzogen, die die Beförderung zwar nicht tatsächlich selbst vornehmen, aber aufgrund der maßgeblichen Steuerung der Leistungserbringung und unter Berücksichtigung wirtschaftlicher Gesichtspunkte einem Beförderer gleichkommen.

Die Eingrenzung auf bestimmte Vermittler folgt dabei der Linie der Verwaltungsgerichte bei der Präzisierung des Unternehmerbegriffs: Wie bereits dargelegt, wohnt dem Merkmal der Durchführung entgeltlicher oder geschäftsmäßiger Personenbeförderung i.S.v. § 1 Abs. 1 PBefG nach verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung ein Verantwortlichkeitselement inne, das sich anhand der maßgeblichen Steuerung der Beförderung als gegenüber den Fahrgästen auftretender Vertragspartner charakterisieren lässt.²⁸² Indem eine Beförderung gemäß § 1 Abs. 1a PBefG auch in Fällen bestimmter Vermittlungstätigkeit anzunehmen sein soll, ist es zur Herstellung eines Gleichlaufs zum allgemeinen Unternehmerbegriff nach § 1 Abs. 1 PBefG konsequent, das Verantwortlichkeitskriterium auch für die Vermittlung der Beförderung zu verlangen. Sofern

²⁷⁸ BT-Drucks. 19/26175, S. 1, 23.

²⁷⁹ BT-Drucks. 19/26175, S. 24, 37.

²⁸⁰ BT-Drucks. 19/26175, S. 37.

²⁸¹ BT-Drucks. 19/26175, S. 37.

²⁸² BVerwG, Urt. v. 27.8.2015 – 3 C 14/14, NVwZ 2016, 695 f. Rn. 15; OVG Münster, Beschl. v. 22.3.2018 – 13 B 1583/17, BeckRS 2018, 6563 Rn. 6.

gefordert wird, dass sich die ausgeübte Kontrolle organisatorisch und vertraglich auswirken soll, wird man dies – ebenfalls in Parallelität zu dem allgemeinen Unternehmerbegriff – aus der Sicht der Fahrgäste beurteilen müssen. Maßgeblich ist mithin wiederum, ob sich der Vermittler letztlich aus der Sicht der Kunden aufgrund der durch ihn erfolgenden Steuerung als Erbringer der Beförderungsleistung darstellt.

7.4.2.1.2 Typologie der Kontrolle

Weitgehend unscharf bleibt damit lediglich der Begriff der Kontrolle, zu dem auch die Gesetzesmaterialien schweigen. Der bloße Wortlaut ist wenig ergiebig: Dem natürlichen Wortsinne nach bezieht sich der Begriff der Kontrolle auf eine „Überwachung“, „Aufsicht, der jemand oder etwas untersteht“ sowie auf eine „Herrschaft, Gewalt, die man über jemanden oder etwas hat“.²⁸³ Damit wird lediglich deutlich: Wie derjenige, der eine Beförderung i.S.v. § 1 Abs. 1 S. 1 PBefG durchführt, muss sich unter teleologischen Gesichtspunkten nach § 1 Abs. 1a PBefG auch der vermittelnd tätige Beförderer als „Herr der Beförderungsleistung“ erweisen. Verlässliche Kriterien, die eine Subsumtion im Einzelfall handhabbar machen könnten, fehlen gleichwohl. Im Gegenteil mag man den Begriff als Typus einordnen, der dem Rechtsanwender ein hohes Maß an Flexibilität einräumt.²⁸⁴ Die Schwierigkeit der Konkretisierung liegt damit auf der Hand: Ein Typus ist nicht subsumtionsfähig, sondern kann nur im Wege einer wertenden Gesamtbetrachtung durch das Vorliegen bestimmter Merkmale beschrieben werden.²⁸⁵ Dabei bestehen weder hinreichende noch notwendige Bedingungen.²⁸⁶ Typuskennzeichende Charakteristika haben für sich genommen lediglich indizielle Bedeutung. Es müssen nicht sämtliche als idealtypisch erkannte Merkmale vorliegen, sondern diese können je nach Fallkonstellation in unterschiedlichem Maße und in verschiedener Intensität gegeben sein. Eine weniger intensive Ausprägung des einen Merkmals kann durch eine intensivere Ausprägung eines anderen kompensiert werden. Maßgeblich ist stets das Gesamtbild, das sich aus der Verbindung der Merkmale, ihrer jeweiligen Intensität und der Häufigkeit ihres Auftretens im konkreten Einzelfall zusammensetzt.²⁸⁷

Als prominentes Beispiel für die Präzisierung eines Rechtsbegriffs im Wege typologischer, einzelfallorientierter Betrachtung mag man auf den Arbeitnehmerbegriff verweisen, der die Gerichte, auch nachdem der Gesetzgeber die von der höchstrichterlichen arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze durch die Einführung des § 611a BGB im Jahr 2017 gesetzlich verankert hat,²⁸⁸ vor Herausforderungen stellt.²⁸⁹ Die Einzelmerkmale der fachlichen, zeitlichen und örtlichen Weisungsgebundenheit, der organisatorischen Einbindung in den Betrieb und der Fremdnützigkeit

²⁸³ Abrufbar unter <https://www.duden.de/rechtsschreibung/Kontrolle> (letzter Abruf vom 13.9.2021).

²⁸⁴ Wohl für die Annahme eines abstrakten Rechtsbegriffs, der durch Regelbeispiele konkretisiert werden kann *Koschmieder/Uwer*, ZRP 2021, 15, 18.

²⁸⁵ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 290 ff.

²⁸⁶ *Thüsing*, RdA 2005, 257, 269.

²⁸⁷ BVerfG, Beschluss v. 20.5.1996 – 1 BvR 21/96, NZA 1996, 1063.

²⁸⁸ BT-Drucks. 18/9232, S. 31 f.; zur früheren Rechtsprechung vgl. beispielhaft BAG, Urt. v. 11.8.2015 – 9 AZR 98/14, NZA-RR 2016, 288, 289, Rn. 16; BAG, Beschl. v. 17.9.2014 – 10 AZB 43/14, NJW 2015, 572, 574, Rn. 18; BAG, Urt. v. 9.4.2014 – 10 AZR 590/13, NZA-RR 2014, 522, 523, Rn. 16; BAG, Urt. v. 20.1.2010 – 5 AZR 99/09, NJOZ 2011, 88, 89, Rn. 13.

²⁸⁹ HWK/*Thüsing*, BGB, 9. Aufl. 2020, § 611a BGB Rn. 66 ff. zu problematischen Fallgruppen. Der Einordnung als Typusbegriff wird seit der Einführung des § 611a BGB in der Literatur teilweise widersprochen, s. hierzu *ErfK/Preis*, 21. Aufl. 2021, § 611a BGB Rn. 53; *Preis*, NZA 2018, 817, 821 f.; *Richardi*, NZA 2017, 36, 38; *Schneider*, RdA 2018, 306, 307. Freilich bleibt es dennoch dabei, dass die Einordnung anhand einer Gesamtbetrachtung verschiedener, nicht zwingend erforderlicher Einzelkriterien erfolgt.

der Dienstleistung sind isoliert betrachtet nur als Indiz für das Vorliegen eines Arbeitsvertrags zu werten; allein im Zusammenspiel ermöglichen sie eine wertende Zuordnung.²⁹⁰

Welche Merkmale können nun indiziell auf die Ausübung der Kontrolle über die Vermittlung und Durchführung der Beförderung hindeuten? Letztlich wird man auch diese ausgehend vom Sinn und Zweck des Genehmigungsvorbehaltes, die Qualität der Beförderungsleistung zum Schutze der Verbraucher zu gewährleisten, entwickeln müssen. Mit Hilfe des Genehmigungsvorbehalts soll eine Gestaltung des Angebots einer Personenbeförderung angestrebt werden, die ihre Sicherheit und Ordnung sowie ort-zeitliche Quantität, ihren Preis und ihre Qualität betrifft. Hieran anknüpfende Rechte und Pflichten sollen sich zwangsläufig an denjenigen richten, der sie auch wahrnehmen und ordnungsgemäß erfüllen kann.²⁹¹ Nach diesen Maßstäben mag man zur Bestimmung des Kontrollbegriffs folgende Kriterien heranziehen, die freilich nicht abschließend sind:

- Zunächst sind die Umstände der Vertragsabschlusssituation entscheidend: Übernimmt der Vermittler arbeitsteilig einen Teil der mit der Beförderung verbundenen Aufgaben selbst (beispielsweise die Entgegennahme und Weiterleitung des Fahrtwunsches, Auswahl und Beauftragung eines Transporteurs sowie zeitliche/örtliche Festlegung und gegebenenfalls Koordinierung des Transfers), spricht vieles für die Annahme einer Unternehmereigenschaft.²⁹² Dies wird man auch als sachlich gerechtfertigt einordnen dürfen, da eine Überprüfung der persönlichen Genehmigungsvoraussetzungen, die im Genehmigungsverfahren erfolgt, vor dem Hintergrund des Verbraucherschutzes dann sinnvoll erscheint, wenn wesentliche Schritte der Vertragsabwicklung durch den Vermittler durchgeführt werden.²⁹³ Konkret heißt dies etwa: Ist eine Zusammenkunft zwischen Fahrer und Kunde lediglich über das Portal möglich, ohne dass eine Möglichkeit besteht, den Fahrer auch unabhängig von der Inanspruchnahme der App zu kontaktieren, mag dies als Indiz für eine Kontrolle seitens des Plattformbetreibers sprechen. Denn in dieser Situation liegt es allein in der Hand des Plattformbetreibers, dass ein Vertragsabschluss zwischen den Parteien überhaupt zustande kommt.
- Gleiches gilt für die Festsetzung des Entgelts: Legt der Vermittler „Paketpreise“ in Form von Fahrpreisen nebst Stornogebühren und Reinigungspauschalen fest, von denen die Fahrer nicht durch individuelle Vereinbarung mit dem Kunden abweichen dürfen, wirkt er wesentlich auf die Umstände des Vertrags ein.²⁹⁴ Auch in diesem Fall obliegt die Gestaltung der Preise – und damit die „Herrschaft“ über die *essentialia negotii* – allein ihm.
- Zur Bestimmung mag man ferner die Modalitäten der Zahlungsabwicklung heranziehen: Ist die Zahlung lediglich über die genutzte App möglich, müssen sich also die Nutzer gegenüber dem Plattformbetreiber vorab und nicht gegenüber den Fahrern oder Mietwagenunternehmen verpflichten, deutet auch dies aus der maßgeblichen Fahrgastperspektive auf eine Kontrollausübung seitens des Mobilitätsdienstes hin.²⁹⁵ Denn

²⁹⁰ HWK/Thüsing, BGB, 9. Aufl. 2020, § 611a Rn. 46; Richardi/Richardi, BetrVG, 16. Aufl. 2018, § 5 Rn. 23 f.

²⁹¹ Heinze/Fehling/Fiedler/Heinze, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 8.

²⁹² BVerwG, Urt. v. 27.8.2015 – 3 C 14/14, NVwZ 2016, 695, 696 Rn. 20.

²⁹³ BVerwG, Urt. v. 27.8.2015 – 3 C 14/14, NVwZ 2016, 695, 696 Rn. 20.

²⁹⁴ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 10.4.2015 – OVG 1 S 96.14, BeckRS 2015, 44779; OVG Hamburg, Beschl. v. 24.9.2014 – 3 Bs 175/14, SVR 2015, 222; s. S. zu diesem Kriterium auch Linke, NVwZ 2015, 476, 477.

²⁹⁵ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 10.4.2015 – OVG 1 S 96.14, BeckRS 2015, 44779; s. auch Linke, NVwZ 2015, 476, 477.

die Person, an die der Kunde das Entgelt entrichtet, wird sich aus dessen Sicht in der Regel als sein Vertragspartner, der für die Beförderung verantwortlich ist, darstellen.

- In diesem Zusammenhang kann auch die Art und Weise der Entlohnung der Fahrer indiziell zu berücksichtigen sein. Soweit diese ihren Lohn ausschließlich vom Plattformbetreiber erhalten, spricht dies für ein hohes Maß an Verfügungsgewalt, denn dann ist im Ergebnis davon auszugehen, dass die Fahrt nach den vom Plattformbetreiber vorgegebenen Bedingungen durchgeführt wird.²⁹⁶ Auch in einem solchen Fall kontrolliert der Plattformbetreiber wesentliche Umstände der Beförderung.
- Dagegen wird man der eigenen Bezeichnung des Plattformbetreibers als IT-Vermittlungsdienst unter Berücksichtigung des Umgehungsverbotes nach § 6 PBefG allenfalls geringes Gewicht beimessen dürfen; insofern spricht auch nicht gegen ein Unternehmerhandeln, wenn auf dem Portal keine beförderungsspezifischen Regelungen, wie etwaige Haftungsmodalitäten und Sorgfaltspflichten mit konkretem Bezug auf die Beförderung vorhanden sind.²⁹⁷ Auf der anderen Seite kann die Implementierung beförderungsspezifischer Vorschriften auf der Seite ausschlaggebendes Indiz für die Annahme einer Unternehmereigenschaft sein.

Die genannten Kriterien können in ihrer Verbindung je nach Intensität im Gesamtbild unter Berücksichtigung des Schutzzwecks des PBefG für die Annahme einer organisatorisch und vertraglich verantwortlichen Kontrolle seitens des Vermittlers sprechen. In diesem Fall ist er Unternehmer respektive Beförderer i.S.v. § 1 Abs. 1a PBefG. Freilich ist dies stets eine Frage des Einzelfalls, die sich anhand der konkreten Tätigkeit beurteilt.

7.4.2.2 § 1 Abs. 1a PBefG als deklaratorische Klarstellung der Beförderung bzw. des Beförderers

Im wertenden Pendelblick wird auf dieser Basis offenbar, dass durch die Aufnahme des Merkmals der organisatorisch und vertraglich verantwortlichen Kontrolle von Vermittlung und Durchführung von Beförderung – wie vom Gesetzgeber intendiert – lediglich vorhandene Rechtsprechungsgrundsätze in Gesetzesform gegossen worden sind. Denn: Diejenigen Plattformbetreiber, die nunmehr als Beförderer i.S.v. § 1 Abs. 1a PBefG erfasst werden, wurden von der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung bereits zuvor unter den Beförderungen durchführenden Unternehmer nach § 1 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 PBefG subsumiert.

Exemplarische Rechtsprechung verdeutlicht dies: So hat das BVerwG im Jahre 2015 festgestellt, dass ein Shuttle-Service-Unternehmen, das die Fahrten in seinem Auftrag von konzessionierten Mietwagenunternehmen durchführen lässt, als Unternehmer im beförderungrechtlichen Sinne zu qualifizieren ist.²⁹⁸ Das Unternehmen bot über seine Internetseiten zu Festpreisen Zubringerdienste von der Wohnung des Fahrgastes zum Flughafen und zurück an, die sitzplatzweise gebucht werden konnte. Diese Fahrten sind bei der Kl. sitzplatzweise buchbar. Der vom Plattformbetreiber festgelegte Fahrpreis richtete sich dabei nach der Zahl der gebuchten Plätze. Anknüpfend daran, dass das Shuttle-Service-Unternehmen einen wesentlichen Teil der Vertragsdurchführung übernahm sowie

²⁹⁶ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 10.4.2015 – OVG 1 S 96.14, BeckRS 2015, 44779; in diese Richtung auch OVG Hamburg, Beschl. v. 24.9.2014 – 3 Bs 175/14, SVR 2015, 222.

²⁹⁷ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 10.4.2015 – OVG 1 S 96.14, BeckRS 2015, 44779.

²⁹⁸ BVerwG, Urt. v. 27.8.2015 – 3 C 14/14, NVwZ 2016, 695.

gegenüber dem Fahrgast als Vertragspartner auftrat, indem der Vertrag unmittelbar ihm und nicht mit die Fahrten durchführenden Unternehmen abgeschlossen wurde, hat das BVerwG eine Unternehmereigenschaft angenommen.²⁹⁹

Dass dies auch für digitale bzw. App-basierte Geschäftsmodelle gilt, ergibt sich aus Entscheidungen des OVG Berlin-Brandenburg³⁰⁰ und des OVG Hamburg³⁰¹ zum Geschäftsmodell *Uber*. In den zugrunde liegenden Sachverhalten ging es um die vom Unternehmen entwickelten Apps, die die Möglichkeit boten, einen Fahrdienst mit konzessionierten Mietwagen (*Uber black*) bzw. Personenbeförderungen durch nicht konzessionierte Fahrer mit deren privaten Fahrzeugen (*Uber pop*) in Anspruch zu nehmen. Die Nutzung dieser Apps setzte dabei voraus, dass sich der Nutzer die jeweilige App installierte und sich registrierte, wonach im Zusammenwirken mit dem GPS-Modul des Smartphones der aktuelle Standort des Nutzers und derjenige des örtlich nächsten und fahrbereiten Fahrers abgerufen wurde. Die Bezahlung einer zustande gekommenen Personenbeförderung erfolgte ausnahmslos über das Unternehmen *Uber*, das die Kreditkarte des Kunden mit dem Beförderungsentgelt belastete und ihm hierfür eine Quittung per E-Mail übersendete, wobei sich die jeweiligen Fahrpreise nach einer auf der Internetseite veröffentlichten Preisliste richteten. Der Fahrer erhielt eine nach Stunden berechnete Vergütung. Das OVG Berlin Brandenburg und das OVG Hamburg nahmen hier ein genehmigungspflichtiges Unternehmerhandeln an: Denn *Uber* schließe selbst Verträge mit den Nutzern der App als Nachfragern von Beförderungsleistungen ab und setze die Fahrpreise fest, über die anschließend eine Rechnung erstellt werde. Weiterhin falle die Art und Weise der Entlohnung der Fahrer ins Gewicht, deren Einsatz das Unternehmen mit Hilfe des den Fahrern zur Verfügung gestellten Smartphones – ungeachtet der Einrichtung von Steuern und Sozialbeiträgen – unternehmerisch steuere.³⁰² Hinzu komme, dass – anders als bei bloßen Mitfahrgelegenheiten – eben nicht der Fahrer, sondern vielmehr der Fahrgast durch die Mitteilung seines individuellen Beförderungswunsches Ablauf der Fahrt bestimme; über *Uber* werde also ein Fahrer vermittelt, der diesen Beförderungswunsch gegen Entgelt erfülle.³⁰³

Die Tendenz, entsprechende Geschäftsmodelle nicht als bloße Vermittlungsdienste, sondern vielmehr als Verkehrsleistung anzusehen, hat auch auf europarechtlicher Ebene Zustimmung erfahren: Der EuGH ist hinsichtlich der Geschäftsmodelle *Uber Spain* und *Uber France* davon ausgegangen, dass der Vermittlungsdienst ein „integraler Bestandteil einer Gesamtleistung ist, die hauptsächlich aus einer Verkehrsdienstleistung besteht“, der der Bereichsausnahme nach Art. 58 Abs. 1 AEUV unterfällt; der Ausschluss der Beförderungstätigkeit in den Nutzungsbedingungen von *Uber* ist insofern unbeachtlich. Angesichts dessen können sich Unternehmen wie *Uber* nicht auf die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV berufen.³⁰⁴

Kurzum: Wer vom Horizont der Fahrgäste ausgehend maßgeblich auf die konkrete Ausführung der Beförderungsleistung Einfluss nimmt und damit als Leistungserbringer anzusehen ist, der „kontrolliert“ nach teleologischer Auslegung die Vermittlung und Durchführung der Beförderungsleistung i.S.v. § 1 Abs. 1a PBefG. Dass ein solcher „Herr der Beförderungsleistung“, dem diese in wertender Betrachtung zuzurechnen ist, eine nach dem PBefG genehmigungspflichtige

²⁹⁹ BVerwG, Urt. v. 27.8.2015 – 3 C 14/14, NVwZ 2016, 695, 696 Rn. 13 ff.

³⁰⁰ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 10.4.2015 – OVG 1 S 96.14, BeckRS 2015, 44779.

³⁰¹ OVG Hamburg, Beschl. v. 24.9.2014 – 3 Bs 175/14, SVR 2015, 222.

³⁰² OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 10.4.2015 – OVG 1 S 96.14, BeckRS 2015, 44779; OVG Hamburg, Beschl. v. 24.9.2014 – 3 Bs 175/14, SVR 2015, 222.

³⁰³ OVG Hamburg, Beschl. v. 24.9.2014 – 3 Bs 175/14, SVR 2015, 222.

³⁰⁴ EuGH, Urt. v. 10.4.2018 – C-320/16, MMR 2019, 99; EuGH, Urt. v. 20.12.2017 – C-434/15, MMR 2018, 144.

Tätigkeit ausübt, entsprach indes schon zuvor verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung – sodass sich § 1 Abs. 1a PBefG in bloßer Klarstellungsfunktion erschöpft.

7.4.2.3 Konsequenzen der Einordnung

Die Konsequenzen der Einordnung solcher Vermittler, die die Beförderung vertraglich und organisatorisch verantwortlich kontrollieren, als Unternehmer gemäß § 1 Abs. 1a PBefG sind weitreichend: Ungeachtet der Geltung der übrigen Vorschriften des PBefG muss insbesondere eine Genehmigung nach § 2 Abs. 1 PBefG eingeholt, d.h. ein entsprechendes Genehmigungsverfahren durchlaufen werden. Mit dem Genehmigungserfordernis gehen auch gewerberechtliche Folgen einher: So kann die Geschäftstätigkeit nach § 15 Abs. 2 S. 1 GewO untersagt werden, wenn ein genehmigungspflichtiges Gewerbe im Sinne des PBefG ausgeübt wird, ohne dass die hierfür erforderlichen PBefG-Genehmigungen vorliegen.³⁰⁵ Da die zuständige Behörde in diesem Fall sämtliche Maßnahmen treffen kann, um die Fortsetzung des Betriebes zu verhindern,³⁰⁶ besteht insofern ein besonderes Druckmittel.

In diesem Zusammenhang drängt sich die Frage auf, wie sich eine bereits vorhandene Genehmigung des die Fahrt tatsächlich durchführenden Unternehmers auf die Genehmigungspflicht eines vermittelnd tätigen Beförderers i.S.v. § 1 Abs. 1a PBefG auswirkt. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund des § 2 Abs. 5a PBefG, wonach derjenige, der Gelegenheitsverkehre in der Form der Ausflugsfahrt (§ 48 Abs. 1 PBefG) oder der Ferienziel-Reise (§ 48 Abs. 2 PBefG) plant, organisiert und anbietet, dabei gegenüber den Teilnehmern jedoch eindeutig zum Ausdruck bringt, dass die Beförderungen nicht von ihm selbst, sondern von einem bestimmten Unternehmer, der Inhaber einer Genehmigung nach diesem Gesetz ist, durchgeführt werden, nicht selbst im Besitz einer Genehmigung sein muss. Unter Berücksichtigung des Sinns und Zwecks des Genehmigungsvorbehalts, auch den Verbraucher umfassend zu schützen, wird man § 2 Abs. 5a PBefG gleichwohl als ausdrücklich normierte Ausnahme einordnen und damit die Unbeachtlichkeit einer bestehenden Genehmigung des die Fahrt tatsächlich durchführenden Unternehmers für die Genehmigungspflicht des Vermittlers für den Regelfall annehmen müssen. Dies entspricht auch der Rechtsprechung des BVerwG, das unter Verweis auf die Gesetzesbegründung zu § 2 Abs. 5a PBefG die Norm als Ausnahme für eng eingegrenzte Fälle erachtet:

„Bereits aus der Regelung selbst, ausdrücklich aber aus der Gesetzesbegründung wird deutlich, dass vor der Neuregelung nach Auffassung des Gesetzgebers derjenige, der solche Fahrten oder Reisen geplant, organisiert oder angeboten hat, selbst dann eine eigene personenbeförderungsrechtliche Genehmigung benötigt hätte, wenn er mit der Durchführung ein Unternehmen beauftragt hätte, das seinerseits Inhaber einer Genehmigung war (vgl. BT-Drs. 14/8354, 1 und 4). In dem damit verbundenen doppelten Genehmigungserfordernis hat der Gesetzgeber eine Überregulierung gesehen; sie bereite in der Praxis vor allem für kleinere Träger der Jugendhilfe Schwierigkeiten (BT-Drs. 14/8354, 4). Durch die Einfügung des neuen Absatzes 5 a hat der Gesetzgeber dieses Erfordernis einer Doppelgenehmigung indes nicht etwa insgesamt abgeschafft, sondern nur für bestimmte Formen des Gelegenheitsverkehrs und zudem nur unter einschränkenden Voraussetzungen, nämlich insbesondere unter der Bedingung, dass der Veranstalter eindeutig zum Ausdruck bringen muss, dass der Transport selbst durch einen anderen konzessionierten Unternehmer

³⁰⁵ Linke/Jürschik, NZV 2018, 496, 498.

³⁰⁶ BeckOK GewO/Leisner, 53. Ed. (Stand: 1.12.2019), § 15 Rn. 34.

durchgeführt wird. Das führt zu dem Schluss, dass es nach Auffassung des Gesetzgebers ansonsten beim Erfordernis zweier Genehmigungen bleiben soll.³⁰⁷

Vor diesem Hintergrund wird im Regelfall sowohl der vermittelnde Beförderer als auch der die Fahrt tatsächlich Durchführende, soweit sich dieser als Unternehmer im personenbeförderungsrechtlichen Sinne erweist, gemäß § 2 Abs. 1 PBefG eine Genehmigung benötigen und unterliegt den jeweiligen Verpflichtungen nach dem PBefG. Der Beförderer/Unternehmer gem. §§ 1 Abs. 1a, 2 Abs. 2 PBefG benötigt damit stets eine eigene Genehmigung, unabhängig davon, ob er z. B. mit konzessionierten Mietwagenunternehmern kooperiert. Dies entspricht dem Sinn und Zweck des Gesetzes, zum Schutze der Verbraucher eine ordnungsgemäße, sichere und qualitativ hochwertige Beförderungsleistung zu gewährleisten.

7.4.3 Eine Abgrenzung zur Vermittlung i.S.v. § 1 Abs. 3 PBefG

Vom Anwendungsbereich des § 1 Abs. 1a PBefG (Beförderung) abzugrenzen ist die Vermittlung, die der Gesetzgeber nunmehr in § 1 Abs. 3 PBefG aufgegriffen hat. Mit der Einfügung der Definition wurde ein Anliegen des Bundesrates im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens umgesetzt, die Vermittlungstätigkeit zur Wahrung der Rechtssicherheit und Klarheit, insbesondere mit Blick auf die Anwendung des Gesetzes durch die zuständigen Behörden vor Ort, von der vom Unternehmerbegriff erfassten Tätigkeit der Beförderung i.S.d. § 1 Abs. 1a PBefG ausdrücklich zu unterscheiden.³⁰⁸ Eine strikte Differenzierung ist wegen der weitergehenden Verpflichtung des Unternehmers in Form des Beförderers i.S.v. § 2 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1a PBefG zwingend geboten. Denn: Bloße Vermittlungstätigkeiten ohne unternehmerisches Gehalt unterfallen zwar ebenfalls den Vorschriften des PBefG. Der Vermittler unterliegt nur der Pflicht zur Bereitstellung von Mobilitätsdaten gemäß § 3a PBefG. Er benötigt ausweislich § 2 Abs. 1b PBefG keine Genehmigung.

Die Behandlung bloßer Vermittlungsleistungen, die keine Genehmigung benötigen, beschäftigt den Gesetzgeber und die deutschen Gerichte schon seit etwa 60 Jahren am Beispiel der Mitfahrzentralen, die lediglich Fahrgäste und private Fahrer, welche freie Plätze in ihrem Fahrzeug auf einer bestimmten Fahrt anbieten, zusammenführen. Ein vom Gesetzgeber im Jahre 1961 eingeführtes Verbot entsprechender Mitfahrten stufte das BVerfG im Jahre 1964 als verfassungswidrig ein.³⁰⁹

Doch wann liegt eine solche Vermittlungsleistung nun vor? Gemäß § 1 Abs. 3 S. 2 PBefG bedeutet Vermittlung im Sinne von Satz 1 die Tätigkeit von Betreibern von Mobilitätsplattformen, deren Hauptgeschäftszweck auf den Abschluss eines Vertrages über eine gemäß § 2 genehmigungspflichtige Beförderung ausgerichtet ist, und die nicht selbst Beförderer nach Absatz 1 Satz 1 sind. Ausgehend vom Wortlaut der Norm wird zunächst deutlich: Erfasst werden wiederum (digitale) Plattformvermittlungsdienstleister, die ihrem Hauptgeschäftszweck entsprechend auf den Abschluss eines Vertrags über eine genehmigungspflichtige Beförderungsleistung abzielen. Maßgeblich ist dabei – und hierin liegt der wesentliche Unterschied zur unter § 1 Abs. 1a PBefG fallenden Tätigkeit –, dass die Betreiber eben nicht selbst als Beförderer zu qualifizieren sind. Mit anderen Worten: Vermittlungstätigkeiten werden nur dann erbracht, wenn im Umkehrschluss zu § 1 Abs. 1a PBefG die Vermittlung und Durchführung der Beförderung nicht organisatorisch und vertraglich verantwortlich kontrolliert wird. Zu prüfen ist mithin wiederum, ob im Einzelfall das Vorliegen typuskennzeichender Charakteristika in wertender Gesamtschau die Annahme einer Unternehmereigenschaft des Vermittlers nach § 1 Abs. 1a PBefG rechtfertigt oder ob entsprechende

³⁰⁷ BVerwG, Urt. v. 27.8.2015 – 3 C 14/14, NVwZ 2016, 695, 696 f. Rn. 19.

³⁰⁸ BT-Drucks. 19/27288, S. 33.

³⁰⁹ BVerfG, Beschl. v. 7.4.1964 – 1 BvL 12/63, NJW 1964, 1219.

Merkmale nicht oder lediglich in derart geringer Ausprägung vorhanden sind, dass von einer reinen Vermittlertätigkeit auszugehen ist.

Eine Vermittlung von Beförderungsleistungen wird man nach diesen Maßstäben insbesondere dann annehmen müssen, wenn ein Unternehmen lediglich eine Plattform zur Verfügung stellt, auf der Nutzer ihre Fahrten einstellen können, die konkreten Konditionen gleichwohl zwischen Fahrer und Mitfahrer individuell ausgehandelt werden und dem Unternehmen keine Möglichkeit offensteht, auf die Vertragsabwicklung Einfluss zu nehmen. Mit anderen Worten: Die Tätigkeit muss sich auf die Herstellung einer Verbindung zwischen Fahrer und Kunden beschränken.³¹⁰ In einem Fall, in dem der Betreiber der Plattform darüber hinaus keine verbindlichen Preise und Zahlungsmodalitäten festlegt und die Verfügungsgewalt über Betriebspersonal, Fahrzeuge und Einrichtungen nicht ausübt, wird man ihn regelmäßig nicht als „Herr der Beförderungsleistung“ einordnen können.³¹¹ Denn in diesem Fall trägt er ersichtlich nicht das Geschäftsrisiko der Beförderungsleistung.

Ein konkretes Beispiel macht es plastisch: Bei der Vermittlung von Mitfahrgelegenheiten, bei denen der Mitfahrer Zweck, Ziel und Ablauf der Fahrt prinzipiell nicht beeinflussen kann, sondern lediglich im Sinne der „Sharing Economy“ vorhandene Ressourcen – Transportkapazitäten zwischen zwei Orten zu einer bestimmten Zeit – gemeinschaftlich optimiert werden, obliegen dem Vermittler keine (wesentliche) Teile der Vertragsdurchführung.³¹² Beispielhaft zu verweisen ist auf das von Fahrgemeinschaft.de in Kooperation mit dem ADAC betriebene Portal Pendlernetz, auf dem nach dem Prinzip eines „schwarzen Bretts“ Fahrten angeboten und gesucht werden können. Hier müssen sich Fahrer einmalig registrieren und können anschließend sofort ihre Fahrten einstellen. Mitfahrer können nach Fahrten auch ohne Registrierung suchen und unmittelbar mit dem Fahrer via Handy oder E-Mail Kontakt aufnehmen. Die Bezahlung erfolgt in der Regel in bar direkt an den Fahrer, wobei eine Vermittlungsprovision nicht fällig wird.³¹³ Bietet der Plattforminhaber lediglich die Möglichkeit des Austauschs, infolge dessen individuelle Verträge zwischen Fahrer und Mitfahrer ausgehandelten Konditionen abgeschlossen werden, wird man die Tätigkeit des Plattformbetreibers als Vermittlung i.S.v. § 1 Abs. 3 PBefG einordnen müssen.

Weiterhin sollen ausweislich der Gesetzesbegründung und nach Ansicht der BVerwG auch die Tätigkeit von Taxizentralen bzw. Taxi-Apps als Vermittlung i.S.v. § 1 Abs. 3 PBefG einzustufen sein, da der Beförderungsvertrag hier im eigenen Namen des angeschlossenen Taxiunternehmers mit seinem Kunden zustande komme.³¹⁴ „Beförderer“ sind also die Taxifahrer oder die sie beschäftigenden Taxi-Unternehmen. Sie können unabhängig von der Funkzentrale Fahrgäste – etwa an Taxi-Halteplätzen oder auf der Straße – aufnehmen.³¹⁵ Dies hat auch der BGH für den Dienst „myTaxi“ entschieden, da dieser sein Angebot auf die Vermittlung von Fahraufträgen beschränkt, die von unabhängigen Taxiunternehmern selbständig durchgeführt werden.³¹⁶

³¹⁰ Linke/Jürschik, NZV 2018, 496, 498.

³¹¹ Zeil/zur Lippe, GewA 2018, 405.

³¹² Wimmer/Weiß, MMR 2015, 80, 81.

³¹³ Abrufbar unter <https://www.pendlernetz.de/about/> (letzter Abruf: 13.9.2021).

³¹⁴ BT-Drucks. 19/26175, S. 24; BVerwG, Urt. v. 27.8.2015 – 3 C 14/14, NVwZ 2016, 695, 696 Rn. 24.

³¹⁵ Wimmer/Weiß, MMR 2015, 80, 81.

³¹⁶ BGH, Urt. v. 29.3.2018 – I ZR 34/17, NZV 2018, 467, 468 Rn. 18.

Handelt es sich nach diesen Maßstäben um eine Vermittlung, unterfällt die Tätigkeit gemäß § 1 Abs. 3 PBefG damit zwar künftig dem Anwendungsbereich des PBefG (§ 3a PBefG), sie unterliegt aber gemäß § 2 Abs. 1b PBefG keiner Genehmigungspflicht.

Die Unterscheidung spiegelt sich auch in europarechtlichen Wertungen wider: Dass Vermittlungstätigkeiten im Verkehrssektor nicht als Verkehrsleistung i.S.v. Art. 58 Abs. 1 AEUV zu qualifizieren sind, und sich solche Dienstleister in der Konsequenz auf die Dienstleistungsfreiheit i.S.d. Art. 56 AEUV berufen können, hat auch der EuGH in seiner Entscheidung zur Taxi-App *Star Taxi* festgestellt.³¹⁷ Im Gegensatz zu *Uber* erbrachte der Betreiber der Taxi-App gerade keine Vermittlungsleistung, welche offensichtlich integraler Bestandteil einer Gesamtdienstleistung war, die hauptsächlich aus einer rechtlich anders einzustufenden Verkehrsleistung bestand. Denn seine Tätigkeit lag im streitgegenständlichen Fall ausschließlich in der Herstellung einer Verbindung zwischen Kunden und Taxifahrer, ohne dass er darüber hinaus Einfluss auf die Vertragsmodalitäten – etwa durch die Festlegung von Fahrpreisen oder die Kontrolle der Qualität der Fahrzeuge – nahm.³¹⁸

7.4.4 Verbleibende Rechtsunsicherheiten und Umgehungsmöglichkeiten?

Die Grenzen zwischen einer genehmigungspflichtigen Beförderung gemäß § 1 Abs. 1a PBefG und einer Vermittlung nach § 1 Abs. 3 PBefG verlaufen gleichwohl fließend, sodass Rechtsunsicherheiten verbleiben könnten. Zwar kann die bloße Selbstbezeichnung als Vermittler angesichts des Umgehungsverbotes nach § 6 PBefG noch nicht zur Genehmigungsfreiheit einer Tätigkeit führen.³¹⁹ Grenzfälle, die Gefahrenpotential hinsichtlich einer Ausweich- oder Umgehungskonstruktion bergen, können indes anhand von zwei Aspekten exemplarisch benannt werden:

- Dies betrifft zunächst die Preisgestaltung. Problematisch einzuordnen kann beispielsweise eine Konstellation sein, in der der (digitale) Mobilitätsdienstleister zwar kein starres Entgelt für eine konkrete Fahrt festsetzt, aber verbindliche Preisvorgaben in Form eines Minimal- oder Maximalentgelts oder eines Preisrahmens macht, in dessen Grenzen die Parteien das Fahrtentgelt individuell vereinbaren können.

In anderen Rechtsbereichen kann die Einräumung einer Auswahlmöglichkeit in gebundenem Rahmen nicht genügen, um eine entsprechende Einflussnahme zu verneinen: So ist für das AGB-Recht anerkannt, dass auch dann noch nicht von einer Individualabrede auszugehen ist, wenn es dem Vertragspartner des Verwenders im Rahmen von Vertragsverhandlungen gelingt, die nachteiligen Wirkungen der Klausel – etwa durch eine ausgehandelte Reduzierung des durch eine vorformulierte Klausel vorgegebenen Preises – abzuschwächen.³²⁰ Für das Personenbeförderungsrecht bestehen hier freilich keine rechtssicheren Maßstäbe.

- Schwierig zu beurteilen ist auch die Frage, ob von einer verantwortlichen Kontrolle der Vermittlung und Durchführung der Beförderung auszugehen ist, wenn die Zahlungsabwicklung zwar nicht ausschließlich, aber jedenfalls auch über die App bzw. das Portal möglich ist. So erscheint es möglich, dass eine Zahlung je nach Wahl des Kunden alternativ direkt an den Fahrer oder über das App-basierte Portalsystem erfolgen kann. In eine ähnliche Richtung geht die Zahlungsabwicklung durch die Einschaltung einer anderen

³¹⁷ EuGH, Urt. v. 3.12.2020 – C-62/19, MMR 2021, 309.

³¹⁸ EuGH, Urt. v. 3.12.2020 – C-62/19, MMR 2021, 309, 311 Rn. 51 ff.

³¹⁹ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 10.4.2015 – OVG 1 S 96.14, BeckRS 2015, 44779.

³²⁰ BGH, Urt. v. 22.10.2015 – VII ZR 58/14, NZBau 2016, 213, 215 Rn. 26.

Gesellschaft, die als externer Zahlungsdienstleister agiert; hier wird man aber – da der Zahlungsdienstleister in aller Regel als verlängerter Arm des Plattformbetreibers tätig wird – in den meisten Fällen annehmen dürfen, dass eine Unternehmerstellung gegeben ist.

Deutlich wird mithin: Durch „Abschwächung“ seines Einflusses auf die Abwicklung der Beförderung – wie etwa durch die Einräumung der Zahlungsoption, das Fahrtentgelt unmittelbar an den Fahrer in bar zu entrichten – mag es einem Vermittler im Einzelfall gelingen, dass seine Tätigkeit nicht als Beförderung i.S.v. § 1 Abs. 1a PBefG einzuordnen und daher keine Genehmigung erforderlich ist. Gleichwohl kommt es stets darauf an, ob die Kontrolldichte des Vermittlers sich in der entsprechenden Konstellation tatsächlich als geringer erweist oder ob der verringerte Einfluss nur vermeintlich besteht und die Zusatzoptionen nach dem Gedanken des § 6 PBefG unbeachtlich sind – dies ist im jeweiligen Einzelfall genau zu prüfen.

Als auf den ersten Blick nicht unproblematisch erweist sich zudem der – durch das Gesetz zur Änderung des Personenbeförderungsrechts geschärfte – Ausnahmetatbestand nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 b) PBefG, wonach Beförderungen mit Personenkraftwagen nicht unter das PBefG fallen, wenn „das Gesamtentgelt je Kilometer zurückgelegter Strecke den in § 5 Absatz 2 Satz 1 des Bundesreisekostengesetzes genannten Betrag nicht übersteigt“.³²¹ Zwar ist die Bagatellgrenze durch den sich nunmehr in § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 PBefG befindlichen dynamischen Verweis auf den in § 5 Abs. 2 S. 1 BRKG genannten Betrag (derzeit: 30 Cent) pro Fahrkilometer im Vergleich zur Vorgängernorm eindeutig festgelegt worden.³²² Die bisherige Entscheidungspraxis zu unter den Unternehmerbegriff fallenden Vermittlern bezog sich gleichwohl stets auf Fälle, in denen das Gesamtentgelt die nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 PBefG a.F. maßgeblichen Betriebskosten der Fahrt ohnehin tatsächlich überstieg.³²³

Exemplarisch betrogen die Entgelte für die Fahrten mit *Uber Pop* in dem Sachverhalt, über den das OVG Hamburg zu entscheiden hatte, pro Kilometer 1,00 Euro zuzüglich 0,25 Euro pro Minute. Damit betrug der Fahrtpreis 1,50 Euro pro Kilometer, da in Hamburg individueller Verkehr mit einem Personenkraftwagen nach den Einschätzungen des Gerichts kaum mehr als 30 km pro Stunde zurücklegen kann. Ein Entgelt von 1,50 Euro übersteigt dann nach Ansicht des OVG Hamburg die Betriebskosten der Fahrt um ein Mehrfaches. Denn diese dürften pro Kilometer auch in ungünstigen Fällen 0,35 Euro bei einem Verbrauch von ca. 20 l Treibstoff auf 100 km nicht übersteigen.³²⁴ In der Folge passte *Uber* seine Entgelte an und beschränkte diese auf eine Kilometerpauschale von 0,35 Euro;³²⁵ das Angebot ist mittlerweile eingestellt worden.³²⁶

Sollte eine Person, der nach § 1 Abs. 1a PBefG als Beförderer zu qualifizieren wäre, seine Entgelte nun bewusst gering – d.h. unterhalb der Grenze des § 5 Abs. 2 BRKG – ansetzen, spricht vieles dafür, den Ausnahmetatbestand nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 PBefG dennoch nicht eingreifen zu lassen: Zum einen

³²¹ Hierzu *Linke/Jürschik*, NZV 2018, 496, 499; *Ludwigs*, NVwZ 2017, 1646, 1648; *Wimmer/Weiß*, MMR 2015, 80, 81.

³²² BT-Drucks. 19/26175, S. 37.

³²³ Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 10.4.2015 – OVG 1 S 96.14, BeckRS 2015, 44779; OVG Hamburg, Beschl. v. 24.9.2014 – 3 Bs 175/14, MMR 2015, 115, 116.

³²⁴ OVG Hamburg, Beschl. v. 24.9.2014 – 3 Bs 175/14, MMR 2015, 115, 116.

³²⁵ S. den Artikel „Uber halbiert seinen Fahrpreis“, *Süddeutsche Zeitung* v. 23.4.2015, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/fahrdienst-uber-verlangt-nur-mehr-35-cent-pro-kilometer-1.2446909> (letzter Abruf: 13.9.2021); S. auch den Artikel „Uber beschränkt die Fahrtkosten in Berlin auf 35 Cent pro Kilometer“, *SPIEGEL ONLINE* v. 10.10.2014, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/uber-beschaenkt-die-fahrtkosten-in-berlin-auf-35-cent-pro-kilometer-a-996504.html> (letzter Abruf: 13.9.2021).

³²⁶ *Linke/Jürschik*, NZV 2018, 496, 499.

verlangt § 1 Abs. 2 Nr. 1 PBefG eine einzelfahrtbezogene Kostenermittlung, was einer pauschalen Festsetzung bereits zuwiderläuft.³²⁷ Zum anderen mag man mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift argumentieren, typische Gefälligkeitsfahrten – wie beispielsweise die Mitnahme von Arbeitskollegen gegen die Beteiligung an den Benzinkosten – aus dem Anwendungsbereich des PBefG herauszunehmen. Dann aber kann der Fall, in dem der Vermittler eine Fahrt geschäftsmäßig für eine Vielzahl von Kunden in deren Interesse anbietet, schon teleologisch nicht erfasst sein.³²⁸ Dies erscheint auch im Hinblick auf das Umgehungsverbot nach § 6 PBefG konsequent.³²⁹

Im Übrigen gilt: Viel Raum für Umgehung der weiteren Vorschriften des PBefG besteht schon unter Berücksichtigung des neuen § 1 Abs. 3 PBefG nicht. Soweit eine Vermittlungstätigkeit mangels Kontrollausübung nicht unter § 1 Abs. 1a PBefG fällt, gilt für den Vermittler gemäß § 1 Abs. 3 PBefG nur die Pflicht zur Bereitstellung von Mobilitätsdaten nach § 3a PBefG. Allein, wenn sich der Abschluss eines Vertrages über eine gemäß § 2 PBefG genehmigungspflichtige Beförderung nicht als Haupt-, sondern als Nebengeschäftszweck des Vermittlers erweist, ist das PBefG erst gar nicht einschlägig. Angesichts des Umstandes, dass sich die Tätigkeiten der Mobilitätsportale in aller Regel in der Vermittlung von Beförderungen erschöpfen werden, mag man in der Einschränkung auf den Hauptgeschäftszweck indes allenfalls geringes Gefahrenpotential hinsichtlich der Umgehung beförderungsrechtlicher Vorschriften sehen. Durch die Einfügung der Vorschriften § 1 Abs. 1a und Abs. 3 PBefG hat der Gesetzgeber vielmehr eine Grundlage geschaffen, um im Zuge der Digitalisierung des Mobilitätssektors entstandene Geschäftsmodelle weitgehend den Vorschriften des PBefG zu unterwerfen und auf diese Weise rechtssichere Zustände herzustellen.

7.5 Weiterentwicklung: Mögliche Wege zu höheren Sozialstandards und deren verfassungs- und europarechtliche Grenzen

Mit der in § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG vorgesehenen Möglichkeit der Genehmigungsbehörde, Vorgaben zu Sozialstandards, wie z.B. Regelungen zu Arbeitszeiten, Entlohnung und Pausen im gebündelten Bedarfsverkehr zu machen, hat der Gesetzgeber auf die Bedenken, die hinsichtlich neuer Verkehrsformen geäußert wurden, reagiert. Einer Wettbewerbsverzerrung und einer Verdrängung etwa des Taxigewerbes durch niedrige Preise, welche wiederum durch niedrige Löhne und Arbeitsbedingungen ermöglicht werden, soll vorgebeugt werden. Diese Bedenken betreffen allerdings – anders als die Regelung des § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG – nicht nur den gebündelten Bedarfsverkehr. Sie greifen darüber hinaus. Sie sind Ausdruck der Sorge, die insbesondere Arbeitnehmervertretungen auch im Hinblick auf das Verhältnis eigenwirtschaftlicher Verkehrsleistungen zu solchen, die auf Grundlage eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags erbracht werden, äußern.³³⁰ Dieses Verhältnis ist nun näher in den Blick zu nehmen und daraufhin zu untersuchen, ob für eigenwirtschaftliche Verkehre tatsächlich andere, geringere Sozialstandards gelten als für solche, die auf Grundlage eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags erbracht werden. Dies betrifft in erster Linie Fragen der Tariftreue und damit den Differenzbereich zwischen dem allgemeinen Arbeitnehmerschutz durch das geltende Arbeitsrecht und den Gewährleistungen

³²⁷ Zu Recht *Ludwigs*, NVwZ 2017, 1646, 1648.

³²⁸ *Ludwigs*, NVwZ 2017, 1646, 1648; in diese Richtung auch *Schröder*, DVBl. 2015, 143, 145. Ähnlich hat das OVG Lüneburg hinsichtlich einer Beförderung von Patienten zwischen Wohnung und Arztpraxis argumentiert, das Beförderungen, bei denen der Fahrer lediglich Abhol- oder Zubringerdienste leistet, er also die Fahrt allein im Interesse der Mitfahrer antritt, vom Anwendungsbereich des § 1 S. Abs. 2 Nr. 1 PBefG ausgenommen hat, s. OVG Lüneburg, Beschl. v. 30.11.1995 – 7 M 6279/95, NVwZ-RR 1996, 371, 372.

³²⁹ *Linke/Jürschik*, NZV 2018, 496, 499.

³³⁰ S. etwa Gewerkschaft ver.di, Stellungnahme zu den Fragen des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) zur Evaluierung der Novellierung des Personenbeförderungsgesetzes (PBefG) vom 14. Dezember 2012 gemäß § 66 PBefG, Stand 6.5.2016, S. 8 ff.; S. auch BT-Drucks. 18/11160, S. 11; BR-Drucks. 741/16, S. 1 f.

repräsentativer Tarifverträge. Diesbezüglich ist zu erörtern, mit welchen Instrumenten sie überbrückt werden könnten. Nachfolgend werden mögliche Ansätze vorgestellt, einheitliche Standards für Arbeitnehmer zu etablieren. Soweit gangbare Wege ermittelt werden, ist indes zu hinterfragen, ob ihre Verankerung im PBefG notwendig und mit Blick auf den Gesetzeszweck systematisch sinnvoll ist.

Hier bleibt die Betrachtung jedoch nicht stehen: Gerade mit Blick auf den bereits angesprochenen gebündelten Bedarfsverkehr und die dort vorherrschenden Unternehmensmodelle muss hinterfragt werden, ob die Etablierung sozialer Standards für Arbeitnehmer ausreichen kann, oder ob diese vielmehr auch auf selbständig Tätige erstreckt werden können und sollten. Schließlich werden die verfassungs- wie europarechtlichen Grenzen der erarbeiteten Lösungsansätze erörtert.

7.5.1 Instrumente zur Erhöhung der Sozialstandards im ÖPNV

Das Bedürfnis nach verbesserten Arbeitsbedingungen im Bereich der Personenbeförderung ist nicht neu. Während die Lösung z.T. in den Tariftreugesetzen der Länder gesehen wird, könnten weiterhin das Genehmigungsverfahren nach § 13 PBefG, Nahverkehrspläne nach § 8 Abs. 3 PBefG oder aber Vorabbekanntmachungen nach § 8a PBefG so ausgestaltet werden, dass das Ziel höherer und einheitlicher Sozialstandards im Anwendungsbereich des PBefG erreicht würde.

7.5.1.1 Sackgasse Tariftreugesetzgebung: Erfasst werden nur Vergabesachverhalte

Im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs werden Sozialstandards bereits *de lege lata* in Form einer Garantie von Tariflöhnen in der weit überwiegenden Zahl der Bundesländer gewährleistet. Derzeit finden sich in den Tariftreugesetzen zwar noch keine Regelungen zu Arbeits- und Pausenzeiten, diese und weitere Maßgaben ebendort zu verorten erscheint jedoch möglich. Das Ziel einheitlicher Sozialstandards im Personenbeförderungswesen könnte so jedoch nur dann erreicht werden, wenn diese auch im gesamten Sektor, auf eigenwirtschaftliche und bestellte Verkehre gleichermaßen Anwendung finden. Das ist zweifelhaft.

7.5.1.1.1 Vereinzelte Stimmen für einen weiten Anwendungsbereich der Tariftreugesetzgebung

Vereinzelt wird der Anwendungsbereich der landeseigenen Tariftreugesetze weit gefasst.³³¹ Die wissenschaftliche Diskussion fokussierte sich maßgeblich auf das nordrhein-westfälische Gesetz über die Sicherung von Tariftreue und Mindestlohn bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (TVgG NRW³³²), sodass dieses auch hier exemplarisch herangezogen werden soll.³³³ Die Ausführungen sind weitgehend auf die Tariftreugesetze anderer Länder übertragbar.³³⁴ Zweck dieses Gesetzes ist ausweislich dessen § 1 Abs. 1, einen fairen Wettbewerb um das wirtschaftlichste Angebot bei der Vergabe öffentlicher Aufträge sicherzustellen, bei gleichzeitiger Sicherung von Tariftreue und Einhaltung des Mindestlohns. Im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs gelten seine Regelungen

³³¹ So i.E. *Lenz*, Rechtsgutachten zur Geltung des Tariftreue- und Vergabegesetzes für die Erteilung neuer PBefG-Linienverkehrsgenehmigungen in Nordrhein-Westfalen, 2013; a.A. *Faber*, DVBl. 2015, 149.

³³² Die Diskussion bezieht sich auf die Fassung v. 10.1.2012, ist auf die aktuelle Fassung v. 22.3.2018 jedoch übertragbar.

³³³ Siehe etwa *Lenz*, Rechtsgutachten zur Geltung des Tariftreue- und Vergabegesetzes für die Erteilung neuer PBefG-Linienverkehrsgenehmigungen in Nordrhein-Westfalen, 2013; in Reaktion hierauf auch *Werres/Schaefer*, Vergabeblog.de v. 26.5.2013, Nr. 15837; weiterhin *Faber*, DVBl. 2015, 149.

³³⁴ Vgl. auch *Faber*, DVBl. 2015, 149 (Fn. 4); *Werres/Schaefer*, Vergabeblog.de v. 26.5.2013, Nr. 15837.

für öffentliche Aufträge, die Dienstleistungsaufträge im Sinne der VO (EG) 1370/2007 sind, s. Art. 1 Abs. 3 TVgG NRW.

Eine gutachterliche Stellungnahme aus dem Jahre 2013 gelangte zu dem Ergebnis, der so umrissene Anwendungsbereich umfasse stets auch die Erteilung neuer Linienverkehrsgenehmigungen nach dem PBefG in Nordrhein-Westfalen. Demnach würden für eigenwirtschaftliche und bestellte Verkehre jedenfalls im Hinblick auf Linienverkehre dieselben Anforderungen gelten, da in beiden Fällen eine Genehmigung erforderlich ist³³⁵, die dann schon zur Anwendbarkeit der Tariftreuregelung führen würde. Der Autor knüpft hierbei an den Begriff des (öffentlichen) Dienstleistungsauftrags nach § 2 Abs. 2 TVgG NRW a.F. (jetzt § 1 Abs. 3 TVgG NRW) bzw. Art. 2 lit. i) VO (EG) 1370/2007 an und setzt sich mit diesem ausführlich auseinander.³³⁶ Die Legaldefinition des öffentlichen Dienstleistungsauftrags in Art. 2 lit. i) VO (EG) 1370/2007 lautet wie folgt:

„(...) einen oder mehrere rechtsverbindliche Akte, die die Übereinkunft zwischen einer zuständigen Behörde und einem Betreiber eines öffentlichen Dienstes bekunden, diesen Betreiber eines öffentlichen Dienstes mit der Verwaltung und Erbringung von öffentlichen Personenverkehrsdiensten zu betrauen, die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterliegen.“

Insbesondere unter Hinweis darauf, dass die Landesregierung auch Dienstleistungskonzessionen³³⁷ vom Begriff des Dienstleistungsauftrags nach § 2 Abs. 2 TVgG NRW erfasst sehen wollte³³⁸, befürwortet der Autor eine Gleichsetzung dieses Begriffs mit demjenigen des „öffentlichen Dienstleistungsauftrags“ nach Art. 2 lit. i) VO (EG) 1370/2007 und nicht etwa des Dienstleistungsauftrags gem. Art. 1 Abs. 2 lit. d) RL 2004/17/EG.³³⁹ Weiterhin soll auch der Verwaltungsakt der personenbeförderungsrechtlichen Genehmigung ein rechtsverbindlicher Akt zur Beurkundung einer Übereinkunft zwischen dem die Genehmigung beantragenden Beförderungsdienstleister und der zuständigen Behörde sein.³⁴⁰ Die Antragsgebundenheit der Genehmigung wird als ausreichend erachtet, um eine solche Übereinkunft zu belegen.³⁴¹ Aus einem Beschluss der Europäischen Kommission vom 23.2.2011 wird hergeleitet, die Genehmigung stelle auch eine Betrauung mit der Verwaltung und Erbringung von öffentlichen Personenverkehrsdiensten dar.³⁴² Die erforderlichen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen werden in Betriebs-, Beförderungs- und Tarifpflichten nach dem PBefG gesehen.³⁴³ Eine Gegenleistung sieht der Autor

³³⁵ Der öffentliche Dienstleistungsauftrag macht die Genehmigung nach dem PBefG nicht entbehrlich, siehe Heinze/Fehling/Fiedler/*Fehling*, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 8 Rn. 3.

³³⁶ *Lenz*, Rechtsgutachten zur Geltung des Tariftreue- und Vergabegesetzes für die Erteilung neuer PBefG-Linienverkehrsgenehmigungen in Nordrhein-Westfalen, 2013, S. 13.

³³⁷ Zum Begriff der Konzession siehe § 105 GWB.

³³⁸ LT-Drucks. 15/2379, S. 40.

³³⁹ *Lenz*, Rechtsgutachten zur Geltung des Tariftreue- und Vergabegesetzes für die Erteilung neuer PBefG-Linienverkehrsgenehmigungen in Nordrhein-Westfalen, 2013, S. 14.

³⁴⁰ *Lenz*, Rechtsgutachten zur Geltung des Tariftreue- und Vergabegesetzes für die Erteilung neuer PBefG-Linienverkehrsgenehmigungen in Nordrhein-Westfalen, 2013, S. 15 ff.

³⁴¹ *Lenz*, Rechtsgutachten zur Geltung des Tariftreue- und Vergabegesetzes für die Erteilung neuer PBefG-Linienverkehrsgenehmigungen in Nordrhein-Westfalen, 2013, S. 19.

³⁴² *Lenz*, Rechtsgutachten zur Geltung des Tariftreue- und Vergabegesetzes für die Erteilung neuer PBefG-Linienverkehrsgenehmigungen in Nordrhein-Westfalen, 2013, S. 23.

³⁴³ *Lenz*, Rechtsgutachten zur Geltung des Tariftreue- und Vergabegesetzes für die Erteilung neuer PBefG-Linienverkehrsgenehmigungen in Nordrhein-Westfalen, 2013, S. 28.

nicht als Voraussetzung für das Bestehen gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen an.³⁴⁴ Darüber hinaus versteht der Autor neben gesetzlichen Ausgleichsansprüchen und der Gewährung öffentlicher Finanzmittel auch die Gewährung eines ausschließlichen Rechts als Gegenleistung, da dieser Begriff nicht nur finanzielle Ausgleichsleistungen erfasse.³⁴⁵ Dies führt sodann zu der umstrittenen Frage, ob Linienverkehrsgenehmigungen ein ausschließliches Recht i.S.d. VO (EG) 1370/2007 begründen.³⁴⁶ Deren Gewährung erfolgt gem. Art. 3 Abs. 1 VO (EG) 1370/2007 ausschließlich durch öffentlichen Dienstleistungsauftrag. Schließlich stellt der Autor fest, auch andere Regelungen des TVgG NRW, insbesondere dessen § 2 Abs. 2. a.F. stünden einer Geltung des Gesetzes für PBefG-Linienverkehrsgenehmigungen nicht entgegen – der Begriff der öffentlichen Aufträge wird nicht in einem streng vergaberechtlichen Sinne verstanden.

7.5.1.1.2 Gegenstimmen: Tariftreue nur in Vergabesachverhalten

Die gutachterliche Betrachtung ist auf Kritik gestoßen.³⁴⁷ Die Einordnung der Linienverkehrsgenehmigung als öffentlicher Dienstleistungsauftrag i.S.d. Art. 2 lit. i) VO (EG) 1370/2007 wird bezweifelt.³⁴⁸ Darüber hinaus ist zu beachten, dass selbst wenn die Linienverkehrsgenehmigung stets einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag i.S.d. 2007 darstellen würde, dies nicht unmittelbar zur Anwendbarkeit des TVgG NRW – oder anderer, inhaltlich entsprechender Tariftreuregelungen – führen würde. Denn das Vorliegen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags ist nicht das einzige Kriterium nach § 1 Abs. 3 TVgG NRW (vormals § 2 Abs. 2 TVgG NRW i.d.F. v. 10.1.2012) – vielmehr muss es sich bei dem fraglichen Rechtsakt auch um einen öffentlichen Auftrag im vergaberechtlichen Sinne handeln. Die abweichende, ablehnende Auffassung stützte sich auf einen Vergleich des § 2 Abs. 2 TVgG NRW i.d.F. v. 10.1.2012 mit Abs. 1 derselben Norm – ersterer sprach nur von „öffentlichem Auftrag“, während letzterer ausdrücklich einen Auftrag i.S.d. § 99 GWB a.F. (heute § 103 GWB) verlangte. Während man hieraus schon für die damalige Rechtslage nicht zwingend den Schluss ziehen musste, öffentliche Aufträge im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs müssten nicht den Anforderungen des GWB genügen³⁴⁹, lässt das TVgG NRW in seiner heutigen Fassung insoweit kaum Raum für Zweifel. Nach § 1 Abs. 3 TVgG NRW gelten die Regelungen dieses Gesetzes im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs „für alle öffentlichen Aufträge nach Abs. 2 (...)“ – besagter Abs. 2 wiederum verweist ausdrücklich auf § 103 Abs. 1 GWB. Ein solcher öffentlicher Auftrag liegt im Falle der Genehmigungserteilung auf Antrag für eigenwirtschaftliche Verkehre nach § 13 PBefG aber nicht vor, es fehlt an einer vergaberechtlichen Beziehung zwischen Verkehrsdienstleister und öffentlichem Auftraggeber.³⁵⁰

Wohlgemerkt könnte der Geltungsbereich des TVgG im Bereich des Personennahverkehrs weitergehen als dieser Binnenverweis nahelegt, denn nach der Begründung zu dem Gesetzesentwurf, welcher der Fassung des TVgG vom 31.1.2017 zugrunde liegt, ist ausdrücklich gewollt, dass im Bereich der Personenbeförderung auch Vergaben in Form von Dienstleistungskonzessionen erfasst

³⁴⁴ Lenz, Rechtsgutachten zur Geltung des Tariftreue- und Vergabegesetzes für die Erteilung neuer PBefG-Linienverkehrsgenehmigungen in Nordrhein-Westfalen, 2013, S. 31.

³⁴⁵ Lenz, Rechtsgutachten zur Geltung des Tariftreue- und Vergabegesetzes für die Erteilung neuer PBefG-Linienverkehrsgenehmigungen in Nordrhein-Westfalen, 2013, S. 36.

³⁴⁶ Lenz, Rechtsgutachten zur Geltung des Tariftreue- und Vergabegesetzes für die Erteilung neuer PBefG-Linienverkehrsgenehmigungen in Nordrhein-Westfalen, 2013, S. 37, 46 ff.; einen Überblick über den Meinungsstand bietet WD 5-3000-003/17, S. 9 ff.

³⁴⁷ Faber, DVBl 2015, 149, 150; Werres/Schaefer, Vergabeblog.de v. 26.5.2013, Nr. 15837.

³⁴⁸ Faber, DVBl 2015, 149, 150; Werres/Schaefer, Vergabeblog.de v. 26.5.2013, Nr. 15837.

³⁴⁹ In diesem Sinne Faber, DVBl 2015, 149, 150; Werres/Schaefer, Vergabeblog.de v. 26.5.2013, Nr. 15837.

³⁵⁰ Faber, DVBl 2015, 149, 150.

sind.³⁵¹ Auch dort war indes bereits ein der heutigen Fassung entsprechender Verweis auf § 103 Abs. 1 GWB enthalten.³⁵² § 103 Abs. 1 GWB regelt öffentliche Aufträge, Konzessionen hingegen sind in § 105 GWB geregelt. Was gilt nun – der Wortlaut, die weitergehende Begründung? Ein ausdrücklicher Wille, wie ihn noch die Gesetzesbegründung 2017 hinsichtlich der Erstreckung des Anwendungsbereichs auf Konzessionen enthielt, findet sich in der Begründung zur Fassung des TVgG NRW v. 22.3.2018 nicht mehr, die Regelung in § 1 Abs. 3 soll indes derjenigen des § 2 Abs. 2 TVgG NRW in der vorherigen Fassung v. 31.1.2017 entsprechen.³⁵³ Die Frage kann letztlich offen bleiben. Die Vorschriften des TVgG NRW sind insgesamt auf die Vergabesituation zugeschnitten.³⁵⁴ Das ist neben dem Verweis auf das GWB bei der Festlegung des Anwendungsbereichs in § 1 Abs. 2 TVgG NRW bereits dem Gesetzestitel zu entnehmen – ausweislich dessen bezweckt das Gesetz die Sicherung von Tariftreue und Mindestlohn bei der *Vergabe* öffentlicher Aufträge.³⁵⁵ Auch die Gesetzesbegründung zur Fassung v. 31.1.2017 will den Anwendungsbereich auf *Vergaben* in Form von Dienstleistungskonzessionen erstrecken.³⁵⁶ Voraussetzung ist mithin eine vergaberechtliche Beziehung zwischen Verkehrsdienstleister und Behörde.³⁵⁷ Eine solche ist gekennzeichnet durch eine Auswahlentscheidung der Behörde.³⁵⁸ Verwaltungsakte unterfallen grundsätzlich nicht dem Anwendungsbereich des Vergaberechts.³⁵⁹ Von der Dienstleistungskonzession, die dem Vergaberecht unterfällt, muss daher die bloße Genehmigung abgegrenzt werden. Dienstleistungskonzessionen setzen einen Beschaffungscharakter voraus, der Auftraggeber muss ein wirtschaftliches Eigeninteresse an der Erbringung der Dienstleistung haben.³⁶⁰ Reine Gestattungen oder Genehmigungen erfüllen die Voraussetzungen nicht.³⁶¹ Zwar kann auch in Genehmigungssituationen eine Dienstleistungskonzession vorliegen, die Voraussetzungen des § 105 Abs. 1 GWB müssen jedoch erfüllt sein.³⁶² Das OLG Celle stellt zusammenfassend fest:

„Für die Annahme einer Dienstleistungskonzession iSd § 105 I Nr. 2 GWB ist die Nachfrage durch den öffentlichen Auftraggeber am Markt erforderlich. Dieser muss zur Deckung eines bestimmten Bedarfs entschlossen sein und mit dem Ziel eines Vertragsschlusses mit organisatorischen oder planerischen Schritten zur Durchführung des Beschaffungsvorgangs begonnen haben.“³⁶³

Allein die Genehmigung eigenwirtschaftlicher Verkehre ohne vorherige Beschaffungsbestrebungen der zuständigen Behörde führt daher nicht zur Annahme einer Dienstleistungskonzession oder eines

³⁵¹ LT-Drucks. 16/12265, S. 18.

³⁵² § 2 S. Abs. 2 TVgG NRW i.d.F. v. 31.1.2017 verweist auf § 2 S. Abs. 1 TVgG, der wiederum auf § 103 S. Abs. 1 GWB.

³⁵³ Siehe LT-Drucks. 17/1046.

³⁵⁴ *Werres/Schaefer*, Vergabeblog.de v. 26.5.2013, Nr. 15837.

³⁵⁵ *Werres/Schaefer*, Vergabeblog.de v. 26.5.2013, Nr. 15837.

³⁵⁶ LT-Drucks. 16/12265, S. 18.

³⁵⁷ Vgl. auch *Faber*, DVBl 2015, 149, 150.

³⁵⁸ Vgl. VK Niedersachsen, Beschl. v. 19.6.2018 – VgK-18/2018, BeckRS 2018, 13689 Rn. 26.

³⁵⁹ VK Niedersachsen, Beschl. v. 19.6.2018 – VgK-18/2018, BeckRS 2018, 13689 Rn. 26; vgl. auch *Oebbecke*, NVwZ 2019, 1727, 1728. Anders der Anwendungsbereich der VO (EG) 1370/07: Nach Art. 2 lit. i, erster Spiegelstrich kann der öffentliche Dienstleistungsauftrag auch die Form einer Verwaltungsregelung im Einzelfall haben.

³⁶⁰ *Probst*, Vergabeblog.de v. 27.8.2018, Nr. 38226.

³⁶¹ *Probst*, Vergabeblog.de v. 27.8.2018, Nr. 38226.

³⁶² *Probst*, Vergabeblog.de v. 27.8.2018, Nr. 38226.

³⁶³ OLG Celle, Beschl. v. 16.10.2018 – 13 Verg 3/18, NZBau 2019, 268 Ls.

öffentlichen Auftrags und damit nicht zur Anwendbarkeit des Vergaberechts – und damit letztlich auch nicht des TVgG NRW. Auch eine ausdrückliche Erweiterung der Tariftreuegesetzgebung auf Situationen ohne öffentliche Vergabe wäre aufgrund des eindeutigen Zuschnitts der Tariftreueverordnung auf Vergabesachverhalte systemwidrig und nicht empfehlenswert. Andernorts wird weiterhin auf die fehlende Gesetzgebungskompetenz der Länder für weitergehende Vorgaben hingewiesen.³⁶⁴

7.5.1.1.3 Ableitungen

Bereits jetzt werden gewisse Sozialstandards in Teilen des Personenbeförderungssektors gewährleistet – die Tariftreuegesetze der Länder sehen etwa die Entlohnung entsprechend repräsentativer Tarifverträge vor. Die Verortung weiterer Sozialstandards in diesen Gesetzen ist daher nicht fernliegend. Allerdings gewährleisten die Tariftreuegesetze Sozialstandards nur dort, wo sie auch anwendbar sind. Die Einschränkung, dass die Tariftreuegesetze Sozialstandards nur „in Teilen“ gewährleisten, folgt nicht nur daraus, dass es solche Gesetze nicht in sämtlichen Bundesländern gibt. Vielmehr folgt sie aus dem begrenzten Anwendungsbereich: Allein bei Vergabesachverhalten sind die landesrechtlichen Vorgaben zu beachten. Auf eigenwirtschaftliche Verkehre, die aufgrund eines Initiativantrags genehmigt werden, finden die Tariftreuegesetze grundsätzlich keine Anwendung. Auf dem Weg zu einheitlichen Gewährleistungen für gemein- und eigenwirtschaftliche Betriebe gleichermaßen ist die Tariftreuegesetzgebung daher eine Sackgasse – entscheidende Sachverhalte werden hiervon nicht erfasst.

7.5.1.2 Genehmigung mit Vorgabe von Sozialstandards: Erstreckung des § 50 Abs. 4 Nr. 3 PBefG auf andere Verkehrsformen

Die Personenbeförderung ist nach Maßgabe der §§ 1, 2 PBefG genehmigungspflichtig. Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt soll in erster Linie die Einhaltung der rechtlichen Vorgaben für die betroffene Verkehrsleistung sicherstellen.³⁶⁵ Sind diese Vorgaben erfüllt, besteht ein Rechtsanspruch auf die Genehmigung.³⁶⁶ Den Umfang der Genehmigung bestimmt § 9 PBefG, die Voraussetzungen sind in § 13 PBefG festgelegt. Da die Genehmigung das zentrale Steuerungsinstrument insbesondere für eigenwirtschaftliche Verkehre darstellt³⁶⁷, ist zu erörtern, ob Sozialstandards bereits nach geltendem Recht im Rahmen des Genehmigungsverfahrens Berücksichtigung finden können oder dies *de lege ferenda* ermöglicht werden sollte.

7.5.1.2.1 Soziale Standards als öffentliches Verkehrsinteresse

Die Wahrung sozialer Standards könnte hier unter dem Gesichtspunkt der öffentlichen Verkehrsinteressen schon *de lege lata* im Genehmigungsverfahren zu berücksichtigen sein. Für Straßenbahn-, Omnibusverkehr und Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen schreibt § 13 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 PBefG die Berücksichtigung vor, für Taxen und den gebündelten Bedarfsverkehr folgt dies aus § 13 Abs. 4 S. 2 PBefG, § 13 Abs. 5a S. 1 PBefG.

³⁶⁴ Faber, DVBl 2015, 149, 150.

³⁶⁵ Heinze/Fehling/Fiedler//Heinze, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 2; Saxinger/Winnes/Winnes, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand: Dezember 2020, § 13 S. Abs. 1 Rn. 4.

³⁶⁶ Heinze/Fehling/Fiedler//Heinze, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 20; Saxinger/Winnes/Winnes, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand: Dezember 2020, § 13 S. Abs. 1 Rn. 4; Barth/Fiedler, TranspR 2020, 161.

³⁶⁷ Ehlers/Fehling/Pünder/Knauff, Besonderes Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2019, § 28 Rn. 17 f.

Der Begriff des öffentlichen Verkehrsinteresses wird allerdings nicht definiert, sondern lediglich durch Beispiele konturiert.³⁶⁸ Die Schwierigkeiten der Bestimmung und Beschreibung dessen, was öffentliches (Verkehrs)Interesse ist, wurden bereits angedeutet.³⁶⁹ Der Begriff selbst ist weit – erfasst werden kann alles, was die Bedienung der Öffentlichkeit mit passenden Verkehrsangeboten betrifft, wobei hierunter zahlreiche Interessen zu fassen sind.³⁷⁰ Zuweilen wird auch ein weites Verständnis nicht ausgeschlossen, etwa ein solches, das auch Interessen umfasst, die klassischerweise dem Arbeitsrecht zugeordnet werden.³⁷¹ Bestätigende Rechtsprechung hierzu fehlt freilich.

Die nicht abschließende Aufzählung in § 13 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 PBefG sowie weitere Konkretisierungen des Begriffs des öffentlichen Verkehrsinteressen legen demgegenüber ein recht enges Verständnis nahe.³⁷² Ebenso der Wortlaut – die Rede ist nicht von öffentlichen Interessen, sondern eben von *Verkehrsinteressen*, also naheliegender Weise solchen, die mit der Funktionsfähigkeit des Verkehrs in unmittelbarem Zusammenhang stehen.³⁷³ Das heißt nicht, dass andere öffentliche Interessen im Anwendungsbereich des PBefG keine Rolle spielen dürfen: So stellte etwa das OVG Hamburg in einer Entscheidung zum Fahrdienstleister „Uber Pop“ auf Interessen der Allgemeinheit ab, nicht aber auf öffentliche Verkehrsinteressen.³⁷⁴ Gemeinhin sind die berücksichtigenden öffentlichen Interessen jedoch grundsätzlich im Lichte des Gesetzeszwecks zu bestimmen.³⁷⁵ Derjenige des PBefG liegt in der ausreichenden Bedienung der Öffentlichkeit mit Verkehrsangeboten.³⁷⁶ Auch hierauf können sich Sozialstandards auf niedrigem Niveau auswirken, etwa wenn es zu Verdrängungs- und Unterbietungswettbewerb kommt, der Funktion und Sicherheit des Verkehrs einschränkt.³⁷⁷ Diese Einschränkung des Verkehrs selbst wird man allerdings fordern müssen. Anders als etwa im Arbeitnehmerendegesetz, dass sich das öffentliche Interesse verfolgt, angemessene Mindestarbeitsbedingungen und faire und funktionierende Wettbewerbsbedingungen zu schaffen³⁷⁸, wobei der Wettbewerbsschutz hierbei Kehrseite des Arbeitnehmerschutzes ist³⁷⁹, dient das PBefG eben weder unmittelbar den Beschäftigten noch dem Wettbewerb, sondern vielmehr dem Verkehr selbst.³⁸⁰ Alles andere scheint als Grundlage weiteren Nachdenkens nicht vertretbar.

³⁶⁸ Durch Verwendung des Wortes „insbesondere“ in § 13 S. Abs. 2 S. 1 Nr. 3, § 13 S. Abs. 4 S. 2 wird deutlich, dass die dortige Aufzählung nicht enumerativ ist, S. auch BVerwG, Urt. v. 24.10.2013 – 3 C 26/12, NVwZ-RR 2014, 224 Rn. 23; Ehlers/Fehling/Pünder/Knauff, Besonderes Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2019, § 28 Rn. 23; Saxinger/Winnes/Winnes, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand: Dezember 2020, § 13 S. Abs. 2 Rn. 35.

³⁶⁹ S. Gliederungspunkt 7.3.3.

³⁷⁰ Zeil/zur Lippe, GewArch 2018, 405, 409.

³⁷¹ Vgl. Heinze/Fehling/Fiedler/Heinze, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 13 Rn. 6.

³⁷² Vgl. auch Heinze/Fehling/Fiedler/Heinze, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 13 Rn. 6.

³⁷³ Ehlers/Fehling/Pünder/Knauff, Besonderes Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2019, § 28 Rn. 23 spricht von einem „allgemeine Interesse an einer geordneten und dem Allgemeinwohl dienenden Verkehrsdurchführung“.

³⁷⁴ OVG Hamburg, Beschl. v. 24.9.2014 – 3 Bs 175/14, SVR 2015, 222, 224; vgl. hierzu auch Zeil/zur Lippe, GewArch 2018, 405, 409. Auch nach Heinze/Fehling/Fiedler/Heinze, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 13 Rn. 6 dürfte der „universelle Geltungsanspruch anderer durch die Rechtsordnung begründeter öffentlicher Interessen (...) deren Beachtung rechtfertigen, wenn nicht fordern“.

³⁷⁵ Thüsing, ZAT 2021, 40, 46.

³⁷⁶ Zeil/zur Lippe, GewArch 2018, 405, 409.

³⁷⁷ Zeil/zur Lippe, GewArch 2018, 405, 409.

³⁷⁸ BAG, Beschl. v. 22.7.2014 – 1 ABR 96/12, NZA 2014, 1151.

³⁷⁹ Schlachter, BB 1987, 758, 759; Thüsing, ZAT 2021, 40, 46.

³⁸⁰ Vgl. auch Zeil/zur Lippe, GewArch 2018, 405, 409, nach denen nicht jede wirtschaftliche Einbuße von Taxiunternehmen eine Beeinträchtigung öffentlicher Verkehrsinteressen darstellt, sondern vielmehr eine Bedrohung des Taxigewerbes in seiner Funktionsfähigkeit erforderlich ist.

Auf ein weites Verständnis des Begriffs der öffentlichen Verkehrsinteressen könnte allerdings die neue Vorschrift des § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG hinweisen: Dort heißt es, die Genehmigungsbehörde könne unter den Voraussetzungen des Satzes 1 darüber hinaus Vorgaben zu Sozialstandards, wie zum Beispiel Regelungen zu Arbeitszeiten, Entlohnung und Pausen, im gebündelten Bedarfsverkehr festlegen. Satz 2 derselben Norm sieht anderweitige Regelungsmöglichkeiten zum Schutz des öffentlichen Verkehrsinteresses vor. Da Sozialstandards nur „unter den Voraussetzungen des Satzes 1“ festgelegt werden können, muss dies zum Schutz der öffentlichen Verkehrsinteressen erfolgen. Ein Zusammenhang zwischen den vorherrschenden Arbeitsbedingungen und der Funktionsfähigkeit des ÖPNV wird damit wohl grundsätzlich anerkannt. Auch war die Möglichkeit zur Festlegung von Sozialstandards im Referentenentwurf ursprünglich nicht als § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG ausgegliedert, über die in Satz 2 vorgesehenen Regelungsmöglichkeiten – die zweifellos Verkehrsinteressen betreffen – hinaus, sondern noch neben der unverzüglichen Rückkehr zum Betriebsort und einer zu erreichenden Bündelungsquote als Ziffer 3 in § 50 Abs. 4 S. 2 PBefG vorgesehen.³⁸¹ Anders allerdings bereits die Kabinettsfassung.³⁸² Die nun bestehende sprachliche Trennung dürfte der Lesbarkeit dienen, ohne dass ihr ein Aussagegehalt über die Einordnung sozialer Standards als Faktor mit Bezug zu öffentlichen Verkehrsinteressen innewohnt.

Die Frage drängt sich damit auf: Handelt es sich bei dem Schutz der Beschäftigten im Personennahverkehr also bereits *de lege lata* um öffentliche Interessen, welche die Genehmigungsbehörde bei ihrer Entscheidung nach Maßgabe des § 13 PBefG, unabhängig von der Verkehrsform, zu berücksichtigen hat? Hat § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG insoweit nur klarstellende Funktion? Diese Einschätzung ginge mit Sicherheit zu weit. Der neue Konnex ist nicht als bewusster Regelungsakt zur Neubestimmung des Verkehrsinteresses zu verstehen. Bereits die Erwähnung sozialer Standards in § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG anstatt in der zentralen Genehmigungsnorm des § 13 PBefG legt das systematische Argument nahe, dass sie für die Genehmigung anderweitiger eigenwirtschaftlicher Verkehre nach gegenwärtigem Stand keine unmittelbare Rolle spielen.

Und selbst ein weites Verständnis dahingehend, dass öffentliche Verkehrsinteressen durch Sozialstandards auf niedrigem Niveau beeinträchtigt werden können, führt nicht zu einem einheitlichen Beschäftigten- und Wettbewerbsschutz. Um eine Beeinträchtigung des Verkehrs durch zu geringe soziale Standards erst bestimmen zu können, benötigt die Genehmigungsbehörde einen Maßstab dessen, was angemessene Arbeitsbedingungen sind. § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG ermöglicht es ihr, einen solchen Maßstab festzulegen – für Verkehrsformen außerhalb des gebündelten Bedarfsverkehrs fehlt ein solcher Regelungsvorbehalt. Mangels tauglichen Vergleichsmaßstabs können Sozialstandards daher *de lege lata* im Genehmigungsverfahren außerhalb des § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG keine vergleichbare Bedeutung erlangen. In diese Richtung weist auch die Einschätzung des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur, dass in seinem Bericht gem. § 66 PBefG im Jahre 2017 noch Diskussionsbedarf zur Gewährleistung weiterer Sozialstandards bei Erbringung eigenwirtschaftlicher Verkehrsleistungen sah³⁸³.

³⁸¹ Siehe Referentenentwurf der Bundesregierung v. 3.11.2020, S. 9.

³⁸² Kabinettsfassung v. 16.12.2020, S. 17.

³⁸³ BT-Drucks. 18/11160, S. 12.

7.5.1.2.2 Beeinträchtigung öffentlicher Verkehrsinteressen wegen fehlender Dauerhaftigkeit?

Gleichwohl wird vertreten, bereits *de lege lata* könnten Genehmigungsbehörden – unabhängig von der Verkehrsform – die Einhaltung bestimmter sozialer Standards im Genehmigungsverfahren berücksichtigen.³⁸⁴ Ausgangspunkt der Argumentation ist die Rechtsprechung des BVerwG, nach der eine mittelbare Beeinträchtigung öffentlicher Verkehrsinteressen gegeben ist, sofern die Dauerhaftigkeit des zu genehmigenden eigenwirtschaftlichen Verkehrs nicht zu erwarten ist.³⁸⁵ Bei vorzeitiger Beendigung der Leistung aus wirtschaftlichen Gründen wären Interessen der Bevölkerung, zu deren Gunsten eine ausreichende Verkehrsbedienung sichergestellt werden soll, beeinträchtigt.³⁸⁶ Aufgrund des Vorrangs eigenwirtschaftlicher Leistungserbringung gem. § 8 Abs. 4 S. 1 PBefG wird die Darlegung der Kostendeckung daher als Genehmigungsvoraussetzung verstanden.³⁸⁷ Bestehen hieran Zweifel, kann die Genehmigungsbehörde auf Grundlage des § 12 Abs. 3 PBefG den Nachweis der Kostendeckung verlangen.³⁸⁸ Das BVerwG führt aus:

„Dafür, die Dauerhaftigkeit des beantragten Linienbusverkehrs als öffentliches Verkehrsinteresse iSv § 13 II Nr. 2 PBefG zum Gegenstand des Prüfprogramms schon bei der Genehmigungserteilung zu machen, sprechen zusätzlich Erwägungen, die ihre Grundlage in der Systematik der personenbeförderungsrechtlichen Regelungen finden. Sie ergeben sich zum einen aus den Aufsichtspflichten, die die Genehmigungsbehörde im Anschluss an die Erteilung einer Linienverkehrsgenehmigung treffen. Zum anderen folgen sie aus dem Vorrang einer eigenwirtschaftlichen Verkehrsbedienung nach § 8 IV 1 und 3 PBefG und der Notwendigkeit, eine missbräuchliche Ausnutzung dieses Vorrangs durch eines der um eine Linienverkehrsgenehmigung konkurrierenden Verkehrsunternehmen zu verhindern.“³⁸⁹

Die Gesichtspunkte der Dauerhaftigkeit und ausreichenden Kostendeckung können richtigerweise auch im Zusammenhang mit der Einhaltung von Sozialstandards relevant werden.³⁹⁰ Das gilt jedenfalls bei gesetzeswidrigem Vorgehen – sofern eine kostendeckende Leistungserbringung nur unter rechtswidrigen Arbeitsbedingungen, etwa Missachtung des Arbeitszeit- oder Mindestlohngesetzes, für die Beschäftigten möglich wäre, würde dies bei entsprechender Prüfung zur Versagung der Genehmigung führen.

Der Differenzbereich zwischen den unteren Grenzen dessen, was noch dem geltenden Arbeitsrecht entspricht, und den Sozialstandards, die in Tarifverträgen oder Vorabbekanntmachungen gem. Art. 4 Abs. 5 VO (EG) 1370/2007 vorgegeben sind, kann so jedoch nicht erfasst werden. Da nicht jede gegenüber den für bestellte Verkehre geltenden Standards nachteilige Leistungserbringung zugleich rechtswidrig oder derart unwirtschaftlich ist, dass mit ihrer alsbaldigen Einstellung zu rechnen ist, genügt die Berücksichtigung der Dauerhaftigkeit nicht, um einheitliche Sozialstandards zu

³⁸⁴ So wohl *Dembach/Wittig*, Kommunalpraxis spezial 2017, 196, 199 f.

³⁸⁵ BVerwG, Urt. v. 24.10.2013 – 3 C 26/12, NVwZ-RR 2014, 224 Rn. 22.

³⁸⁶ BVerwG, Urt. v. 24.10.2013 – 3 C 26/12, NVwZ-RR 2014, 224 Rn. 24.

³⁸⁷ BVerwG, Urt. v. 24.10.2013 – 3 C 26/12, NVwZ-RR 2014, 224 Rn. 25; *Heinze/Fehling/Fiedler/Heinze*, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 8 Rn. 94; *Dembach/Wittig*, Kommunalpraxis spezial 2017, 196, 199.

³⁸⁸ BVerwG, Urt. v. 24.10.2013 – 3 C 26/12, NVwZ-RR 2014, 224 Rn. 29; VGH Kassel, Urt. v. 5.4.2011, 2 A 1593-10, BeckRS 2011, 50913 Ls. Bestehen keine Anhaltspunkte, die die Kostendeckung in Zweifel ziehen, darf diese unterstellt werden, siehe *Heinze/Fehling/Fiedler/Heinze*, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 8 Rn. 94.

³⁸⁹ BVerwG, Urt. v. 24.10.2013 – 3 C 26/12, NVwZ-RR 2014, 224 (Rn. 25).

³⁹⁰ Vgl. *Dembach/Wittig*, Kommunalpraxis spezial 2017, 196, 199.

etablieren.³⁹¹ Alles andere ist eine Argumentation ohne hinreichende faktische Basis, die die Kategorien der verschiedenen Interessen – Verkehrsinteresse versus Arbeitnehmerschutz – verschwimmen lässt.

7.5.1.2.3 Soziale Standards als Teil des Genehmigungsverfahrens *de lege ferenda*

Soziale Standards ließen sich aber durchaus zum Bestandteil des Genehmigungsverfahrens machen. Schon zum Ende der vorangegangenen Legislaturperiode sah ein Gesetzesentwurf des Bundesrates eine Anpassung des § 13 PBefG vor.³⁹² Der Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre sollte zwar erhalten, jedoch derart konkretisiert werden, „dass von den Aufgabenträgern im Rahmen der Vorabbenanntmachung vorgegebene soziale und qualitative Standards im Interesse der Beschäftigten und der Fahrgäste auch als Vorgaben für die Genehmigung eigenwirtschaftlicher Verkehre gelten und die Kostendeckung der beantragten Verkehrsleistung für die gesamte Genehmigungsdauer nachzuweisen ist.“³⁹³ Die dort vorgesehenen Anpassungen³⁹⁴ hätten den gewünschten Erfolg jedoch nur in Teilen erreichen können: Mit der geplanten Erweiterung des § 13 Abs. 2a S. 4 PBefG wären Abweichungen von – bereits jetzt möglichen³⁹⁵ – in Vorabbenanntmachungen enthaltenen Sozialstandards zu Wesentlichen geworden und hätten so der Genehmigung entgegenstehen können. Das allerdings wiederum nur in Fällen, in denen es zuvor eine Vorabbenanntmachung, d.h. eine geplante Direktvergabe gab – Initiativanträge wären nicht erfasst worden.

Dennoch zeigt die Gesetzesinitiative in Ansätzen einen gangbaren Weg auf, den der Gesetzgeber nun auch – wenn auch nur für einen Teilbereich – beschritten hat. § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG zeigt, dass eine Anpassung des Genehmigungsverfahrens dahingehend, dass die Genehmigungsbehörde bestimmte Sozialstandards vorgeben kann, ein Mittel sein kann, um Wettbewerb zulasten der Arbeitsbedingungen entgegenzuwirken. Denselben Effekt kann eine entsprechende Regelung bei anderen Verkehrsformen im Anwendungsbereich des PBefG haben. Vorbehaltlich der verfassungs- und europarechtlichen Konformität erscheint eine Erstreckung des Regelungsvorbehalts aus § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG auf andere Verkehrsformen durch Verlagerung in die allgemeine Vorschrift des § 13 PBefG denkbar.³⁹⁶ Dies vor allem auch deswegen, weil im Hinblick auf den gebündelten Bedarfsverkehr keine Besonderheiten ersichtlich sind, wonach der gesetzliche Schutz sozialer Standards gerade hier erforderlich sein sollte. Ein Verdrängungs- und Unterbietungswettbewerb auf lokaler Ebene könnte damit unterbunden werden.

Nicht gesagt ist damit allerdings, ob diese Vorgehensweise auch die beste Lösung bietet. Wird die Kompetenz, die relevanten Sozialstandards festzulegen, bei der Genehmigungsbehörde verortet, wirft dies die Folgefrage auf, woran die Genehmigungsbehörde sich zu orientieren hat, wenn sie die untere Grenze des zulässigen Niveaus der Arbeitsbedingungen festlegt. Auch ist die vom PBefG im Übrigen vorgegebene Aufgabenverteilung zu berücksichtigen, welche die primäre Zuständigkeit beim Aufgabenträger verortet und der Genehmigungsbehörde lediglich dienende Funktion zuschreibt, § 8

³⁹¹ A.A. wohl *Dembach/Wittig*, Kommunalpraxis spezial 2017, 196, 199.

³⁹² BR-Drucks. 741/16.

³⁹³ BR-Drucks. 741/16, S. 2.

³⁹⁴ Hierzu ausführlich Gliederungspunkt 7.5.1.3.2.

³⁹⁵ Dies folgt aus dem unmittelbar anwendbaren Art. 4 S. Abs. 5 VO 1370/2007/EU.

³⁹⁶ Wohl auch *Haack/Dathe*, ZRP 2019, 81, 83, nach deren Ansicht der Staat jedem, der eine Genehmigung anstrebe, Umwelt- und Sozialstandards vorgeben könne.

Abs. 3 S. 1, Abs. 3a S. 1 PBefG.³⁹⁷ Demnach könnte eine Kompetenz des Aufgabenträgers, Sozialstandards im ÖPNV festzulegen, näherliegen, als eine solche der Genehmigungsbehörde. Dem Aufgabenträger stehen hierfür potentiell die Mittel der Vorabbekanntmachung³⁹⁸ und des Nahverkehrsplans zur Verfügung.

7.5.1.3 Sozialstandards in der Vorabbekanntmachung nach § 8a Abs. 2 PBefG

Mögliches Instrument zur Etablierung von Sozialstandards im Bereich der Personenbeförderung kann auch die in Ausschreibungssituationen zum Zuge kommende Vorabbekanntmachung nach § 8a Abs. 2 PBefG sein. Denn gem. § 8a Abs. 2 S. 2 PBefG ist die zuständige Behörde bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen im Sinne der VO (EG) 1370/2007 für den Verkehr mit Straßenbahnen, Obussen oder mit Kraftfahrzeugen zur Veröffentlichung nach Art. 7 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 im Amtsblatt der Europäischen Union (sog. Vorabbekanntmachung) verpflichtet – auch dann, wenn diese zugleich öffentliche Aufträge im Sinne des § 103 GWB sind und damit dem Kartellvergaberecht unterliegen. Dabei soll die Vorabbekanntmachung ausweislich § 8a Abs. 2 S. 3 PBefG – neben den in Art. 7 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 genannten Angaben – die mit dem beabsichtigten Dienstleistungsauftrag verbundenen Anforderungen für Fahrplan, Beförderungsentgelt und Standards enthalten.

7.5.1.3.1 Funktion der Vorabbekanntmachung

Mit der Vorabbekanntmachung definiert der jeweilige Aufgabenträger des ÖPNV Umfang und Qualität des aus seiner Sicht erforderlichen Verkehrsangebots, das er sowohl bestellen als auch finanzieren kann und möchte.³⁹⁹ Dabei ist der Aufgabenträger als zuständige Behörde gem. Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 berechtigt, Verkehrsleistungen in seinem Zuständigkeitsbereich durch einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag direkt an ein eigenes Unternehmen zu vergeben. Indes sind eigenwirtschaftliche Anträge gem. § 8 Abs. 4 S. 1 PBefG i.V.m. § 13 Abs. 2 PBefG vorrangig zu genehmigen. Beabsichtigt die zuständige Behörde die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages, sind Anträge auf Erteilung einer Genehmigung für einen eigenwirtschaftlichen Verkehr innerhalb einer Frist von drei Monaten nach der Vorabbekanntmachung zu stellen, § 12 Abs. 6 S. 1 PBefG. Liegen innerhalb dieser Frist keine genehmigungsfähigen Anträge für eigenwirtschaftliche Verkehre vor, so kann ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag erteilt werden.⁴⁰⁰ Gehen hingegen genehmigungsfähige Anträge ein, so müssen diese sich an dem in der Vorabbekanntmachung gesetzten Anforderungsniveau messen lassen.⁴⁰¹ Genügt der jeweilige Antrag diesen Anforderungen, so ist er zu genehmigen und das geplante Vergabeverfahren wird hinfällig.⁴⁰²

³⁹⁷ Vgl. Saxinger/Winnes/Winnes, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand: Dezember 2020, § 13 S. Abs. 2a PBefG Rn. 13.

³⁹⁸ Die Vorabbekanntmachung muss nicht zwingend durch den Aufgabenträger erstellt werden, es gilt allerdings eine dahingehende Empfehlung, vgl. Heinze/Fehling/Fiedler/*Fehling*, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 8a Rn. 27.

³⁹⁹ Landesverkehrsgesellschaft Niedersachsen mbH, <https://www.lnvg.de/oepnv-1/oepnv-aufgabentraeger/vorabbekanntmachung>, letzter Abruf v. 13.9.2021.

⁴⁰⁰ Landesverkehrsgesellschaft Niedersachsen mbH, <https://www.lnvg.de/oepnv-1/oepnv-aufgabentraeger/vorabbekanntmachung>, letzter Abruf v. 13.9.2021.

⁴⁰¹ Landesverkehrsgesellschaft Niedersachsen mbH, <https://www.lnvg.de/oepnv-1/oepnv-aufgabentraeger/vorabbekanntmachung>, letzter Abruf v. 13.9.2021.

⁴⁰² BT-Drucks. 18/11160, S. 10.

Welche Anforderungen gelten nun aber für eigenwirtschaftliche Genehmigungsanträge? Nach § 13 Abs. 2a S. 2 und S. 3 PBefG ist die Genehmigung

„zu versagen, wenn ein in der Frist nach § 12 Absatz 6 gestellter Antrag die in der Vorabbekanntmachung beschriebenen Anforderungen nicht erfüllt oder sich nur auf Teilleistungen bezieht, es sei denn, die zuständige Behörde erteilt gegenüber der Genehmigungsbehörde ihr Einvernehmen zu den beantragten Abweichungen. Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn der beantragte und in seinen Bestandteilen verbindlich zugesicherte Verkehr mindestens dem bisherigen Verkehrsangebot entspricht und darüber hinaus von den in der Vorabbekanntmachung beschriebenen weitergehenden Anforderungen zur Sicherstellung der ausreichenden Verkehrsbedienung nur unwesentlich abweicht.“

Als wesentlich gelten gem. § 13 Abs. 2a S. 4 und S. 5 PBefG Anforderungen hinsichtlich Linienweg, Haltestellen, Bedienungshäufigkeit, Bedienungszeitraum, Fahrplänen, Barrierefreiheit sowie Beförderungstarifen und Beförderungsbedingungen. Deutlich wird: *Sozialstandards sind keine wesentlichen Anforderungen.*⁴⁰³ Zwar ist die Vorabbekanntmachung, soweit sie nur den bisherigen *status quo* der Verkehrsleistungen in ihrer Gesamtheit beschreibt, verbindlich – auch hinsichtlich etwaiger bereits bestehender Sozialstandards.⁴⁰⁴ Legt sie über den bisherigen tatsächlichen *status quo* hinausgehende, neue Anforderungen fest, so sind diese nur unter den Voraussetzungen des § 13 Abs. 2a S. 6 PBefG wesentlich. Daraus lässt sich folgern: Wird schon für grundsätzlich als wesentlich anerkannte Anforderungen eine Einschränkung vorgenommen, soweit diese über den bisherigen *status quo* hinausgehen, so können neue Anforderungen hinsichtlich Sozialstandards – die gerade keine wesentlichen Anforderungen darstellen – erst recht nicht verbindlich in der Vorabbekanntmachung festgelegt werden.⁴⁰⁵

Anders liegt der Fall im Bereich der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge: Hier ist es grundsätzlich möglich, auch Gemeinwohlziele, wie bestimmte Sozialstandards, in den jeweiligen Dienstleistungsauftrag aufzunehmen.⁴⁰⁶ Denn die VO (EG) 1370/2007 erkennt auch die Befugnis der Mitgliedstaaten an, umwelt- und sozialpolitischen Interessen im Rahmen öffentlicher Dienstleistungsaufträge Rechnung zu tragen, sodass den Mitgliedstaaten ein gewisser Gestaltungsspielraum verbleibt.⁴⁰⁷ Diese sind nicht von vornherein als „vergabefremd“ einzuordnen.⁴⁰⁸ So heißt es in Erwägungsgrund 17 zur VO (EG) 1370/2007 ausdrücklich:

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

⁴⁰³ Dembach/Wittig, KommunalPraxis spezial 2017, 196, 199.

⁴⁰⁴ Dembach/Wittig, KommunalPraxis spezial 2017, 196, 199.

⁴⁰⁵ In diese Richtung auch Dembach/Wittig, KommunalPraxis spezial 2017, 196, 199.

⁴⁰⁶ LT-Bayern-Drucks. 17/15758, S. 1; Heinze/Fehling/Fiedler/Fehling, PBefG, 2. Aufl. 2014, Vorbem. III Rn. 47.

⁴⁰⁷ Heinze/Fehling/Fiedler/Fehling, PBefG, 2. Aufl. 2014, Vorbem. III Rn. 47.

⁴⁰⁸ Heinze/Fehling/Fiedler/Fehling, PBefG, 2. Aufl. 2014, Vorbem. III Rn. 47.

um das Risiko des Sozialdumpings zu verhindern, sollten die zuständigen Behörden besondere soziale Normen und Dienstleistungsqualitätsnormen vorschreiben können.“

Darüber hinaus eröffnet Art. 4 Abs. 5 S. 1 VO (EG) 1370/2007 der zuständigen Behörde die Möglichkeit, für den Fall eines Betreiberwechsels verpflichtend vorzugeben, dass die Vorschriften über den Betriebsübergang Anwendung finden. In Art. 4 Abs. 5 S. 2 VO (EG) 1370/2007 heißt es zudem ausdrücklich:

„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.“

Deutlich wird mithin: Die zuständige Behörde kann bei der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge „bestimmte Sozialstandards“ vorgeben.⁴⁰⁹ Dabei kann sie über die bloße Anordnung der für den Betriebsübergang geltenden Vorschriften hinausgehen, da diese – wie Art. 4 Abs. 5 S. 1 VO (EG) 1370/2007 verdeutlicht – „[u]nbeschadet des nationalen Rechts und des Gemeinschaftsrechts, einschließlich Tarifverträge zwischen den Sozialpartnern“ erfolgen kann.⁴¹⁰ Denkbar sind dabei insbesondere Regelungen zu Mindestlöhnen oder Tarifbindungsklauseln.⁴¹¹ Dadurch soll verhindert werden, dass – wie *Fehling* treffend formuliert – der Wettbewerb „zu einem Wettbewerb um die schlechtesten Lohn- und Arbeitsbedingungen verkommt.“⁴¹² Soweit die zuständige Behörde entsprechende Qualitätsstandards vorgibt, muss dies gem. Art. 4 Abs. 6 VO (EG) 1370/2007 bereits in die Unterlagen des wettbewerblichen Vergabeverfahrens und die öffentlichen Dienstleistungsaufträge aufgenommen werden.

7.5.1.3.2 Das Beispiel des § 8a Abs. 2 S. 4 Nr. 1 PBefG-E

All dies verdeutlicht: Nach gegenwärtiger Rechtslage können *in Vergabesituationen* Sozialstandards durch die zuständige Behörde vorgegeben werden. Bei *Genehmigungssachverhalten* ist eine solche Festlegung in der Vorabkennzeichnung jedenfalls nicht möglich, soweit die vorgesehenen Sozialstandards über den bisherigen tatsächlichen *status quo* hinausgehen sollen.

Einen Vorstoß, dies zu ändern und damit zur Ermöglichung der Etablierung von Sozialstandards im Wege der Vorabkennzeichnung auch in Genehmigungssituationen hatte für den Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs im Jahr 2017 der Bundesrat gemacht, indem er einen Gesetzesentwurf zur Änderung des Personenbeförderungsgesetzes zur Sicherung von Qualitäts- und Sozialstandards im öffentlichen Personennahverkehr vorlegte.⁴¹³ Dieser sah die Einfügung eines neuen § 8a Abs. 2 S. 4 Nr. 1 PBefG-E vor, der folgende Regelung enthalten sollte:

⁴⁰⁹ Heinze/Fehling/Fiedler/*Fehling*, PBefG, 2. Aufl. 2014, Vorbem. III Rn. 47.

⁴¹⁰ Heinze/Fehling/Fiedler/*Fehling*, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 8a Rn. 23.

⁴¹¹ Heinze/Fehling/Fiedler/*Fehling*, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 8a Rn. 23.

⁴¹² Heinze/Fehling/Fiedler/*Fehling*, PBefG, 2. Aufl. 2014, Vorbem. III Rn. 47.

⁴¹³ BT-Drucks. 18/11748.

„Die zuständige Behörde kann in der Vorabbekanntmachung außerdem Anforderungen festlegen zur Bindung an soziale Standards, insbesondere zu Mindestentgelten und Arbeitsbedingungen nach für die Leistungserbringung im Öffentlichen Personennahverkehr im jeweiligen Bundesland einschlägigen oder nach Landesrecht repräsentativen Tarifverträgen“.

Zudem sollte durch eine korrespondierende Regelung in § 13 Abs. 2a S. 4 PBefG sichergestellt werden, dass

„entsprechend durch die zuständige Behörde vorabbekanntgemachte Anforderungen auch von dem Unternehmer zu erfüllen sind, der den Verkehr in Konkurrenz zur geplanten Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages eigenwirtschaftlich zu erbringen beantragt.“⁴¹⁴

Bezweckt war zunächst eine Klarstellung der bereits nach Art. 4 Abs. 5 und 6 VO (EG) 1370/2007 zulässigen Festlegung sozialer Standards durch den jeweiligen Aufgabenträger sowie eine Angleichung an die in vielen Bundesländern bestehenden Tariftreuegesetze.⁴¹⁵ Vordergründiges Anliegen war jedoch, die Befugnis zur Festlegung von Anforderungen zur Bindung an soziale Standards auch auf die Genehmigung eigenwirtschaftlicher Verkehrsleistungen zu erstrecken und damit über den Anwendungsbereich der VO (EG) 1370/2007, die eben nur für Vergabesachverhalte gilt, hinaus zu gehen.⁴¹⁶ Die Beachtung gewisser Sozialstandards sollte zu einem ausdrücklichen Bewertungskriterium bei der eigenwirtschaftlichen Erbringung von Verkehrsleistungen gemacht werden.⁴¹⁷ Nur so könne verhindert werden, dass die im Vergaberecht geltenden Anforderungen durch eigenwirtschaftliche Genehmigungsanträge unterlaufen würden.⁴¹⁸ Auch im Bereich der Genehmigung – und eben nicht nur der Vergabe – sollten soziale Anforderungen verbindlich durch die zuständige Behörde festgelegt werden können.⁴¹⁹ Damit solle – so die Begründung des Gesetzesentwurfs – bundesweite Rechtssicherheit bei der Konkurrenz von eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistungen mit der geplanten Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge erlangt werden.⁴²⁰

Die Bundesregierung stellte die Verschärfung der Bedingungen für die Genehmigungsfähigkeit eine „ganz zentrale Weichenstellung“ dar, für die weiterer politischer Diskussionsbedarf gesehen wurde.⁴²¹ Das Vorhaben wurde letztlich nicht aufgegriffen und unterfiel mit dem Ende der Legislaturperiode der Diskontinuität.

Auch der Bayerische Landtag äußerte sich kritisch: Eine pauschale Erweiterung der wesentlichen Anforderungen auch auf soziale Aspekte sei abzulehnen – vielmehr sei stets im Einzelfall zu entscheiden, ob es sich um eine zulässige und verhältnismäßige Anforderung handele.⁴²²

⁴¹⁴ BT-Drucks. 18/11748, S. 12.

⁴¹⁵ BT-Drucks. 18/11748, S. 10, 12.

⁴¹⁶ BT-Drucks. 18/11748, S. 15.

⁴¹⁷ *Dembach/Wittig*, KommunalPraxis spezial 2017, 196, 197.

⁴¹⁸ *Dembach/Wittig*, KommunalPraxis spezial 2017, 196, 198.

⁴¹⁹ *Dembach/Wittig*, KommunalPraxis spezial 2017, 196, 198.

⁴²⁰ BT-Drucks. 18/11748, S. 14.

⁴²¹ BT-Drucks. 18/11748, S. 15.

⁴²² LT-Bayern-Drucks. 17/15758, S. 3.

Demgegenüber sprach ver.di sich für die Aufnahme sozialer Standards als wesentliche Anforderungen in das PBefG aus, sodass bei einer Abweichung von in einer Vorabbekanntmachung vorgegebenen Sozialstandards die Genehmigung versagt werden könnte.⁴²³

7.5.1.3.3 Ableitungen

Was aber folgt daraus? Nach gegenwärtiger Rechtslage ist die verbindliche Vorgabe von Sozialstandards im Wege der Vorabbekanntmachung für genehmigungspflichtige eigenwirtschaftliche Leistungsanträge nur begrenzt möglich. Wo die Vorabbekanntmachung lediglich den *status quo* der Verkehrsleistungen beschreibt, umfasst sie auch die bereits bestehenden Sozialstandards. Weitergehende, neue soziale Anforderungen kann sie für den Bereich der eigenwirtschaftlichen Leistungsanträge indes nicht verbindlich vorgeben. Die verbindliche Festlegung von Sozialstandards in der Vorabbekanntmachung kommt daher letztlich bei Genehmigungssachverhalten nur in Betracht, soweit sie lediglich bereits bestehende Sozialstandards abbildet und damit zur Erhaltung des bisherigen *status quo* dient.

Nur bei Ausschreibungssituationen kann die Vorabbekanntmachung hingegen ein taugliches Mittel zur Etablierung neuer sozialer Standards sein – und geht damit eben nicht weiter als die Tariftreuegesetzgebung. Einziger Unterschied ist insofern, dass die Vorabbekanntmachung auf einer bundesgesetzlichen Grundlage fußt, während es sich bei den Tariftreuregelungen um Landesgesetze handelt. Indes steht es dem Gesetzgeber frei, eine entsprechende Änderung des § 8a PBefG vorzunehmen und die verbindliche Festlegung von Sozialstandards in der Vorabbekanntmachung auch für Genehmigungssachverhalte zu ermöglichen. Unionsrechtlich ist dies zulässig: Art. 4 Abs. 5 S. 1 VO (EG) 1370/2007 ermöglicht der zuständigen Behörde „[u]nbeschadet des nationalen Rechts“ bei der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge bestimmte Sozialstandards vorzugeben – eine Regelung für Genehmigungssachverhalte trifft das Unionsrecht nicht. Und auch aus verfassungsrechtlicher Sicht scheint jedenfalls eine Regelung – wie sie auch vom Bundesrat bereits vorgeschlagen wurde – mit Blick auf die durch Art. 12 GG geschützte unternehmerische Freiheit der Dienstleistungserbringer unbedenklich, sofern sie lediglich vorsieht, dass die Behörde in der Vorabbekanntmachung Sozialstandards festlegen „kann“. Denn eine entsprechende Vorschrift stellt die Vorgabe von Sozialstandards in der Vorabbekanntmachung in das Ermessen der zuständigen Behörde und lässt sie damit eben nicht allgemein zu, sondern knüpft ihre Rechtmäßigkeit an eine Interessenabwägung im Einzelfall.

7.5.1.4 Vorgabe von Sozialstandards im Nahverkehrsplan nach § 8 Abs. 3 PBefG

Neben den Anforderungen des Genehmigungsverfahrens und der Vorabbekanntmachung sieht das PBefG noch ein weiteres Planungsinstrument vor, das als Instrument zur Erhöhung der Sozialstandards in Erwägung zu ziehen ist: Den Nahverkehrsplan. Nach § 8 Abs. 3 S. 2 PBefG definiert der Aufgabenträger dort die Anforderungen an Umfang und Qualität des Verkehrsangebotes, dessen Umweltqualität sowie die Vorgaben für die verkehrsmittelübergreifende Integration der Verkehrsleistungen. Der Nahverkehrsplan war das Instrument der Wahl der Koalitionsfraktionen in der 19. Legislaturperiode zur Gewährleistung hinreichender sozialer Standards. So hieß es im Koalitionsvertrag von März 2018:

⁴²³ Stellungnahme von ver.di zu den Fragen des BMVI zur Evaluierung der Novellierung des Personenbeförderungsgesetzes (PBefG) vom 14.12.2021 gem. § 66 PBefG vom 6.5.2021, S. 15, abrufbar unter https://verkehr.verdi.de/++file++57321c296f684406cc00027e/download/ver.di_Stellungnahme%20%2066%20PBefG%20-%2006.05.2016.pdf, letzter Abruf v. 13.9.2021.

„Im Personenbeförderungsgesetz werden wir klarstellen, dass über die Nahverkehrspläne soziale Standards zum Schutz der Beschäftigten sowie qualitative und ökologische Standards auch für eigenwirtschaftliche Verkehre gelten.“⁴²⁴

Im Gesetz zur Modernisierung des Personenbeförderungsgesetzes befindet sich hinsichtlich Sozialstandards in Nahverkehrsplänen indes keine neue Regelung.⁴²⁵ Anknüpfend an den in der 19. Legislaturperiode nicht umgesetzten Auftrag des Koalitionsvertrags wird nachfolgend das Potential dieses Instruments zur Erhöhung der Sozialstandards anhand seiner grundlegenden Funktion sowie beispielhaft anhand seiner bereits bestehenden Normierung auf Landesebene erörtert.

7.5.1.4.1 Funktion des Nahverkehrsplans

Ein Plan ist die Beschreibung eines gegebenen und eines davon abweichenden, erstrebten Zustandes oder Ablaufs sowie der Mittel und Verfahren, mit deren Hilfe der erstrebte Zustand oder der Ablauf herbeigeführt werden soll.⁴²⁶ Der Nahverkehrsplan ermöglicht es dem Aufgabenträger, die Leitlinien der Entwicklung des öffentlichen Personennahverkehrs für die Zukunft festzulegen.⁴²⁷ Im Gesamtsystem des PBefG wird der Nahverkehrsplan zuweilen als Fremdkörper wahrgenommen, der die Prämisse eines unternehmerverantworteten ÖPNV einschränke.⁴²⁸ Seine Rechtsnatur ist nicht abschließend geklärt: In Betracht kommt etwa eine Einordnung als materielle Rechtsnorm oder als Verwaltungsakt in Form der Allgemeinverfügung.⁴²⁹ Letzteres wird z.T. mangels Einzelfallbezogenheit abgelehnt⁴³⁰, z.T. weil eine mangelnde Außenwirkung unterstellt wird⁴³¹. Bei hinreichender Detailtiefe wird hingegen nicht ausgeschlossen, dass es sich um eine materielle Rechtsnorm handeln könnte.⁴³² Detailregelungen darf der Nahverkehrsplan trotz seiner in § 8 Abs. 3 S. 6 PBefG angelegten Eigenschaft als Rahmenvorgabe enthalten.⁴³³ Wie weit die Detailgenauigkeit gehen darf, ist allerdings ungeklärt.⁴³⁴

Vorgaben hinsichtlich Aufstellung und Inhalt enthält § 8 Abs. 3 PBefG. Ziel des Nahverkehrsplans ist die Sicherstellung der ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr, § 8 Abs. 3 S. 1 PBefG. Sowohl eine Über- als auch eine Unterversorgung soll verhindert werden.⁴³⁵ Inhaltlich sind Regelungen zu Umfang und Qualität des

⁴²⁴ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, S. 121.

⁴²⁵ In § 8 S. Abs. 3 S. 1 PBefG wird lediglich die Berücksichtigung des Klimaschutzes und der Nachhaltigkeit aufgenommen, siehe BGBl. I 2021, S. 822, 825.

⁴²⁶ Heinze/Fehling/Fiedler/Heinze, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 8 Rn. 41; Rodi, DVBl. 2020, 1396, 1397.

⁴²⁷ Brenner/Arnold, NVwZ 2015, 385; vgl. auch Dembach/Wittig, KommunalPraxis spezial 2017, 196, 198.

⁴²⁸ Ehlers/Fehling/Pünder/Knauff, Besonderes Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2019, § 28 Rn. 27.

⁴²⁹ Beides ablehnend Heinze/Fehling/Fiedler/Heinze, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 8 Rn. 43; siehe auch Brenner/Arnold, NVwZ 2015, 385, 385 f.; Dembach/Wittig, KommunalPraxis spezial 2017, 196, 198.

⁴³⁰ Brenner/Arnold, NVwZ 2015, 385.

⁴³¹ Heinze/Fehling/Fiedler/Heinze, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 8 Rn. 43.

⁴³² Brenner/Arnold, NVwZ 2015, 385, 386; Oebbecke, NVwZ 2019, 1724, 1728; Heinze/Fehling/Fiedler/Heinze, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 8 Rn. 44 gehen dann jedenfalls von einer faktischen Beachtungspflicht aus; ebenso Dembach/Wittig, KommunalPraxis spezial 2017, 196, 198 f.; wohl auch Rodi, DVBl. 2020, 1396, 1397.

⁴³³ Heinze/Fehling/Fiedler/Heinze, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 8 Rn. 48.

⁴³⁴ Ehlers/Fehling/Pünder/Knauff, Besonderes Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2019, § 28 Rn. 27; Spanka, Gewährleistung des öffentlichen Personennahverkehrs durch allgemeine Vorschriften, 2019, S. 67; nach Ansicht von Saxinger/Winnes/Winnes, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand: Dezember 2020, § 8 S. Abs. 3 PBefG Rn. 17 f. unterliegt der Aufgabenträger hier keinen Beschränkungen.

⁴³⁵ Knauff, NVwZ 2019, 120, 121.

Verkehrsangebotes, dessen Umweltqualität, der verkehrsmittelübergreifenden Integration der Verkehrsleistungen sowie die Berücksichtigung der Belange der in ihrer Mobilität oder sensorisch eingeschränkten Menschen vorgesehen, § 8 Abs. 3 S. 2, 3 PBefG. Hauptregelungsgegenstände sind etwa – soweit möglich⁴³⁶ – Linienführung, Haltestellen, Bedienzeiten sowie Qualitätsvorgaben für Fahrzeuge.⁴³⁷ Nach § 8 Abs. 3a S. 2 PBefG müssen die vorhandenen Verkehrsstrukturen beachtet werden. Weitere Einzelheiten über Aufstellung und Inhalt des Nahverkehrsplans können die Länder gem. § 8 Abs. 3 S. 9 PBefG regeln. Die Genehmigungsbehörde hat ihn nach Maßgabe des § 8 Abs. 3a S. 2 PBefG zu berücksichtigen, wobei hieraus grundsätzlich keine strikte Bindung, sondern vielmehr die Pflicht zur Einbeziehung in die Ermessenserwägungen folgt.⁴³⁸ Gleichwohl liegt hierin die entscheidende praktische Bedeutung des Nahverkehrsplans – indem die Genehmigungsbehörde den Plan im Rahmen ihrer Erwägungen berücksichtigt und insbesondere nach Maßgabe des § 13 Abs. 2a Satz 1 PBefG die Genehmigung versagen kann, wenn der beantragte Verkehr mit dem Nahverkehrsplan nicht in Einklang steht, wird diesem Geltung verliehen.⁴³⁹ Die Versagungsmöglichkeit ist in diesem Fall – anders als der Versagungsgrund nach § 13 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. d PBefG – fakultativ.⁴⁴⁰ Die Entscheidung der Genehmigungsbehörde unterliegt lediglich einer nach § 114 VwGO eingeschränkten gerichtlichen Überprüfung.⁴⁴¹ Der Ermessensspielraum der Behörde dürfte angesichts ihrer in § 8a Abs. 3 PBefG festgeschriebenen, unterstützenden Funktion jedoch eingeschränkt sein.⁴⁴² Fakultativ ist auch die Aufstellung des Nahverkehrsplans selbst: Nach § 8 Abs. 3 S. 2 PBefG definiert der Aufgabenträger die genannten Anforderungen „in der Regel“ in einem Nahverkehrsplan – er ist hierzu aber nach Bundesrecht keinesfalls verpflichtet.⁴⁴³

Letztlich bringt das PBefG selbst auch die Funktion des Nahverkehrsplans auf den Punkt: Gem. § 8 Abs. 3 S. 8 PBefG bildet der Nahverkehrsplan den Rahmen für die Entwicklung des öffentlichen Personennahverkehrs.⁴⁴⁴ Daran ändert letztlich auch nichts die jüngste Ergänzung des Satzes 1, wonach diese Planung „einer ausreichenden den Grundsätzen des Klimaschutzes und der Nachhaltigkeit entsprechenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im ÖPNV“ Rechnung zu tragen hat. Sie sind nur Rahmenbedingungen und Zielpunkte, die mit in die Planung des Verkehrs einfließen sollen, keine davon unabhängigen Kriterien.

⁴³⁶ Gerade im Hinblick auf diese Regelungsgegenstände dürfte die Frage der möglichen Detailtiefe des Nahverkehrsplans relevant werden, siehe hierzu auch bereits Gliederungspunkt 7.2.4.4.

⁴³⁷ Heinze/Fehling/Fiedler/Heinze, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 8 Rn. 46.

⁴³⁸ *Blietzi*, NZV 2000, 313 f.; *Rodi*, DVBl. 2020, 1396, 1398.

⁴³⁹ Vgl. auch Ehlers/Fehling/Pünder/Knauff, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 4. Aufl. 2019, § 28 Rn. 25; Saxinger/Winnes/Winnes, *Recht des öffentlichen Personenverkehrs*, Stand: Dezember 2020, § 8 S. Abs. 3 PBefG Rn. 19; *Blietzi*, NZV 2000, 313, 317; *Knauff*, NVwZ 2019, 120, 123.

⁴⁴⁰ *Spanka*, *Gewährleistung des öffentlichen Personennahverkehrs durch allgemeine Vorschriften*, 2019, S. 66; *Brenner/Arnold*, NVwZ 2015, 385, 386; *Linke*, *KommunalPraxis spezial* 2013, 62, 53.

⁴⁴¹ *Dembach/Wittig*, *KommunalPraxis spezial* 2017, 196, 198.

⁴⁴² Saxinger/Winnes/Winnes, *Recht des öffentlichen Personennahverkehrs*, Stand: Dezember 2020, § 13 S. Abs. 2a PBefG Rn. 13.

⁴⁴³ Heinze/Fehling/Fiedler/Heinze, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 8 Rn. 49; *Brenner/Arnold*, NVwZ 2015, 385.

⁴⁴⁴ Nach Saxinger/Winnes/Winnes, *Recht des öffentlichen Personenverkehrs*, Stand: Dezember 2020, § 8 S. Abs. 3 PBefG Rn. 16 wird hierdurch die lediglich politisch-steuernde Funktion des Nahverkehrsplans unterstrichen.

7.5.1.4.2 Das Beispiel des § 8 Abs. 3 S. 2 ÖPNV-Gesetz NRW

Die Vorgaben des PBefG lassen darauf schließen, dass der Nahverkehrsplan in erster Linie die Organisation und Qualitätssicherung der Verkehrsdienstleistung selbst betrifft. Das spricht prima facie dagegen, dass der Nahverkehrsplan auch ein taugliches Instrument sein kann, um Sozialstandards im Bereich der Personenbeförderung zu etablieren und zu vereinheitlichen. Die Koalitionsfraktionen sind seinerzeit gleichwohl hiervon ausgegangen.⁴⁴⁵ Die Idee ist nicht ganz neu – bereits im Jahre 2011 erarbeitete der Bundesrat einen Entwurf des § 8 Abs. 3 PBefG, der die Vorgabe von Sozialstandards im Nahverkehrsplan ermöglichen sollte.⁴⁴⁶ Zur Begründung hieß es:

„Darüber hinaus werden in Bezug auf die Erstellung und die Inhalte des Nahverkehrsplans fünf Aspekte herausgehoben: die Berücksichtigung der Barrierefreiheit, der Fahrgastinteressen, des Arbeitnehmerschutzes bei der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, des Umweltschutzes sowie die Interessen der Verkehrsunternehmer. Der Nahverkehrsplan soll unter anderem auch den eigenwirtschaftlich agierenden Unternehmern eine möglichst verbindliche Orientierung bieten. Von daher sollte er klar als Anforderung beschreiben, für welche Standards eine verbindliche Zusicherung seitens der Betreiber erwartet wird.“⁴⁴⁷

Auf Landesebene ist bereits ein möglicher Weg aufgezeigt worden. So lautet § 8 Abs. 3 S. 2 ÖPNV-Gesetz NRW:

„Der Rahmen für das betriebliche Leistungsangebot hat die für die Abstimmung der Verkehrsleistung des ÖPNV notwendigen Mindestanforderungen für Betriebszeiten, Zugfolgen und Anschlussbeziehungen an wichtigen Verknüpfungspunkten, für die angemessene Verkehrsbedienung nach § 2 Abs. 3 Satz 1 und den Qualifikationsstandard des eingesetzten Personals darzustellen sowie die Ausrüstungsstandards der im ÖPNV eingesetzten Fahrzeuge **und die Entlohnung des eingesetzten Personals bei den Verkehrsunternehmen nach Maßgabe einschlägiger und repräsentativer Tarifverträge vorzugeben.**“⁴⁴⁸

Die Regelung bezweckt die Geltung der Tariftreuegesetzgebung auch für eigenwirtschaftliche Verkehre außerhalb der Vergabesituation.⁴⁴⁹ Die Abweichung von der im Nahverkehrsplan vorgegebenen Entlohnung des Personals soll i.d.R. zur Ablehnung der beantragten Genehmigung führen.⁴⁵⁰ Anknüpfungspunkt für die vorzugebende Entlohnung sind einschlägige und repräsentative Tarifverträge – welche dies sind, ergibt sich aus dem Tariftreue- und Vergabegesetz NRW sowie der zugehörigen Rechtsverordnung.⁴⁵¹

Die Bedeutung des Nahverkehrsplans wird mit der Vorschrift des § 8 ÖPNVG-NRW in zweifacher Hinsicht ausgeweitet: Einmal bereits dadurch, dass die Aufstellung eines Nahverkehrsplans für die

⁴⁴⁵ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, S. 121

⁴⁴⁶ BR-Drucks. 462/1/11, S. 2.

⁴⁴⁷ BR-Drucks. 462/1/11, S. 3.

⁴⁴⁸ Hervorhebung d. Verf.

⁴⁴⁹ LT-NRW-Drucks. 16/12435, S. 33.

⁴⁵⁰ LT-NRW-Drucks. 16/12435, S. 33.

⁴⁵¹ LT-NRW-Drucks. 16/12435, S. 33.

Aufgabenträger nicht fakultativ ist. So formuliert § 8 Abs. 1 S. 1 ÖPNVG-NRW „Die Kreise, kreisfreien Städte und Zweckverbände stellen zur Sicherung und zur Verbesserung des ÖPNV jeweils einen Nahverkehrsplan auf“, während auf das PBefG auf Bundesebene einen solchen lediglich „in der Regel“ (§ 8 Abs. 3 S. 2 PBefG) vorsieht. Weiterhin kommt dem Nahverkehrsplan nach § 8 Abs. 3 S. 2 ÖPNVG-NRW durch die ausdrückliche Erweiterung um die Vorgabe der Entlohnung des Personals eine unzweifelhafte Relevanz über die reine Organisation des öffentlichen Nahverkehrs hinaus zu, hin zur Regelung sozialer Fragestellungen.

Wenn nun gefordert wird, das Instrument des Nahverkehrsplans zu stärken⁴⁵², könnte dies durch eine bundesgesetzliche Annäherung an das, was § 8 Abs. 3 S. 2 ÖPNVG-NRW auf Landesebene vorgibt, erfolgen. Man kann hier noch weiter gehen, als es der Landesgesetzgeber in Nordrhein-Westfalen getan hat: Nicht nur die Entlohnung könnte ausdrücklich vorgesehener Bestandteil des Nahverkehrsplans werden, sondern soziale Standards in einem weiteren Sinne.⁴⁵³ Doch nicht gesagt ist damit, ob es hierzu einer gesetzlichen Anpassung bedarf, oder ob nicht Aufgabenträger bereits jetzt Vorgaben zu Sozialstandards in ihre Nahverkehrspläne aufnehmen können.

Die Koalitionsfraktionen der 19. Legislaturperiode schienen in der Tat bei der Formulierung ihrer Ziele für den öffentlichen Personennahverkehr im Koalitionsvertrag hiervon auszugehen – hier ist von einer bloßen „Klarstellung“ die Rede, dahingehend, dass über die Nahverkehrspläne soziale Standards zum Schutz der Beschäftigten sowie qualitative und ökologische Standards auch für eigenwirtschaftliche Verkehre gelten.⁴⁵⁴ Klarstellen heißt betonen, Missverständnisse beseitigen, nicht aber neu regeln. Auch Stimmen in der rechtswissenschaftlichen Literatur gehen von einer bereits *de lege lata* bestehenden Möglichkeit der Vorgabe von Sozialstandards in Nahverkehrsplänen aus – dies liege in der Hand der öffentlichen Aufgabenträger.⁴⁵⁵ Zu beachten ist allerdings der in § 8 Abs. 3 PBefG vorgegebene Zweck des Nahverkehrsplans – entsprechende Regelungen können nur getroffen werden, wenn dies der Sicherung der ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen, unter Berücksichtigung der Ziele des Klimaschutzes und der Nachhaltigkeit (§ 1a PBefG) dient.⁴⁵⁶ Eine Auseinandersetzung mit dieser – wohl entscheidenden – Hürde fehlt den bisherigen Stellungnahmen. Es spiegelt sich hier die schon dargelegte Differenzierung zwischen öffentlichem Verkehrsinteresse und öffentlichem Interesse allgemein.

Eine bloße Klarstellung bliebe hinter dem, was § 8 Abs. 3 S. 2 ÖPNVG-NRW hinsichtlich der Entlohnung vorsieht, zudem deutlich zurück. Denn weder die Aufstellung eines Nahverkehrsplans, noch die Vorgabe von Sozialstandards in einem solchen ist nach dem geltenden PBefG verbindlich. Das heißt nicht zwingend, dass hier Anpassungsbedarf besteht. Bereits jetzt sehen zahlreiche Landesgesetze eine Pflicht zur Aufstellung eines Nahverkehrsplans vor.⁴⁵⁷ Will man den

⁴⁵² Siehe etwa VCD, Der rechtliche Rahmen des ÖPNV, 17.4.2020, abrufbar unter <https://www.vcd.org/artikel/der-rechtliche-rahmen-des-oepnv/> (letzter Abruf: 13.9.2021); *Rodi*, DVBl. 2020, 1396, 1397 f.

⁴⁵³ Die Entlohnung stellt hier einen gewichtigen Bereich dar, darüber hinaus können insbesondere Regelungen zu Arbeits- und Pausenzeiten Bedeutung erlangen.

⁴⁵⁴ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, S. 121

⁴⁵⁵ *Dembach/Wittig*, KommunalPraxis spezial 2017, 196, 199.

⁴⁵⁶ *Dembach/Wittig*, KommunalPraxis spezial 2017, 196, 199 stellen dieses Erfordernis nicht in Bezug auf den Nahverkehrsplan, aber auf § 13 S. Abs. 2a PBefG d.h. weitere Vorgaben in der Vorabkennzeichnung fest. Für den Nahverkehrsplan dürfte ähnliches gelten, da dieser nach § 8 S. Abs. 3 S. 2 PBefG zur Sicherung eben dieser ausreichenden Bedienung („dazu“) erlassen wird.

⁴⁵⁷ § 11 S. Abs. 1 ÖPNVG Baden-Württemberg; § 7 S. Abs. 1 ÖPNVG Berlin; § 5 S. Abs. 3 ÖPNVG Brandenburg; § 9 S. Abs. 1 BremÖPNVG (Bremen); § 14 S. Abs. 1 S. 1, S. Abs. 2 S. 1 ÖPNVG Hessen; § 7 S. Abs. 1 S. 1 ÖPNVG M-V (Mecklenburg-Vorpommern); § 7 S. Abs. 4, S. Abs. 8 NNVG (Niedersachsen); § 8 S. Abs. 1 ÖPNVG Nordrhein-Westfalen; § 12 NVG Rheinland-Pfalz; § 11 S. Abs. 1 ÖPNVG Saarland; § 5 S. Abs. 1 ÖPNVG Sachsen; § 6 S. Abs. 1 S. 1 ÖPNVG LSA (Sachsen-Anhalt); § 5 S. Abs. 1 S. 1 ThürÖPNVG (Thüringen).

Nahverkehrsplan allerdings als zentrales Regelungsinstrument zur Vorgabe von Sozialstandards etablieren, könnte eine Anpassung auf bundesrechtlicher Ebene dahingehend, dass ein solcher aufgestellt werden muss, im Sinne der Einheitlichkeit und Rechtsicherheit angezeigt sein.⁴⁵⁸ Nach Vorbild des § 8 Abs. 3 S. 2 ÖPNVG-NRW könnte dann auch ein Mindestinhalt vorgegeben werden.

7.5.1.4.3 Stärkung des Nahverkehrsplans durch Normierung der Verbindlichkeit

Der entscheidende Punkt ist jedoch ein anderer: Angesichts bereits bestehender, landesrechtlicher Aufstellungspflichten ist eine Stärkung der Bedeutung des Nahverkehrsplans weniger hinsichtlich der ihm zugrundeliegenden Verpflichtung erforderlich, sondern hinsichtlich der Pflichten, die aus ihm folgen. Soll der Nahverkehrsplan Sozialstandards verbindlich vorgeben, muss die Vorgabe jedenfalls mittelbare Außenwirkung entfalten. Die Genehmigungsbehörde muss an die entsprechenden Vorgaben im Rahmen ihrer Entscheidung insbesondere über eigenwirtschaftliche Anträge außerhalb des Vergabeverfahrens gebunden sein. Dieses Ergebnis könnte zweifellos durch eine Anpassung des § 13 Abs. 2a S. 1 PBefG erreicht werden, oder aber durch eine anderweitige ausdrückliche Normierung der Bindung der Genehmigungsbehörde an die Vorgaben des Nahverkehrsplans, etwa in § 8 Abs. 3a PBefG. Sieht man das Ermessen der Behörde angesichts ihrer den Aufgabenträger unterstützenden Funktion insoweit bereits jetzt auf null reduziert⁴⁵⁹, handelt es sich wiederum um eine gesetzgeberische Klarstellung.⁴⁶⁰

Die Stärkung des Nahverkehrsplans könnte darüber hinaus nicht nur durch Verbindlichkeit für die Genehmigungsbehörde und die antragstellenden Verkehre erreicht werden. Auch eine stärkere Bindung der Aufgabenträger selbst an die eigene Planung ist erwägenswert – eine Realisierungspflicht für den eigenen Nahverkehrsplan besteht aktuell nicht. Auch insoweit ist eine weitere Diskussion durchaus angezeigt.

7.5.1.4.4 Ableitungen

Der Nahverkehrsplan stellt ein wichtiges, wenn auch nicht das einzige Handlungsinstrument des Aufgabenträgers dar. Primär dient er der Organisation und Vorgabe des Entwicklungsrahmens des ÖPNV. Hierin muss sein Zweck sich jedoch nicht erschöpfen. Eine Regelung, welche die Vorgabe von Sozialstandards im Nahverkehrsplan erlaubt oder sogar vorschreibt, existiert jedenfalls in Ansätzen bereits auf landesgesetzlicher Ebene, siehe § 8 Abs. 3 S. 2 ÖPNVG-NRW. Vergleichbares, allerdings nicht beschränkt auf die Entlohnung des Personals, ist im PBefG denkbar. Die Regelung würde eine funktionelle Erweiterung darstellen. Vereinzelt geht man zwar bereits nach jetziger Gesetzeslage von einer Möglichkeit der Aufgabenträger aus, Sozialstandards in Nahverkehrsplänen vorzusehen, soweit dies der Sicherstellung der ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen dient. Eine gesetzgeberische Initiative auf Bundesebene wäre jedoch mehr als eine Klarstellung. In diesem Zuge könnte die Aufstellung eines Nahverkehrsplans inklusive Vorgabe entsprechender Sozialstandards auch von einer bloßen Möglichkeit zur *Pflicht* der Aufgabenträger weiterentwickelt werden. Soll der Nahverkehrsplan primäres Instrument zur Erhöhung der Sozialstandards sein,

⁴⁵⁸ Vgl. auch *Rodi*, DVBl. 2020, 1396, 1398.

⁴⁵⁹ So etwa *Saxinger/Winnes/Winnes*, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand: Dezember 2020, § 8 S. Abs. 3a PBefG Rn. 4; § 13 S. Abs. 2a Rn. 14; ähnlich bei hinreichender Detailtiefe *Heinze/Fehling/Fiedler/Heinze*, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 8 Rn. 44; *Brenner/Arnold*, NVwZ 2015, 385, 386; *Dembach/Wittig*, KommunalPraxis spezial 2017, 196, 198 f.; *Oebbecke*, NVwZ 2019, 1724, 1728.

⁴⁶⁰ Auseinandersetzungen auch nach der PBefG-Novelle im Jahre 2013 mit der Frage der Verbindlichkeit des Nahverkehrsplans zeigen, dass das Problem keinesfalls ausgestanden ist, siehe etwa *Spanka*, Gewährleistung des öffentlichen Personennahverkehrs durch allgemeine Vorschriften, 2019, S. 70 f.; *Dembach/Wittig*, KommunalPraxis spezial 2017, 196, 198; *Rodi*, DVBl. 2020, 1396, 1398; *Winnes*, KommunalPraxis spezial 2013, 96, 97.

scheint ein solches Vorgehen durchaus angezeigt. Es entspricht auch dem weit überwiegenden Teil der landesgesetzlichen Vorgaben.

Der Anpassungsbedarf ginge jedoch hierüber noch hinaus: Denn Wirkung können entsprechende Vorgaben im Nahverkehrsplan nur bei entsprechender Verbindlichkeit jedenfalls für die Genehmigungsbehörde entfalten. Das Maß der Bindung der Genehmigungsbehörde, die den Nahverkehrsplan berücksichtigen muss und eine Genehmigung ablehnen kann, wenn der beantragte Verkehr dem Plan nicht entspricht, ist heute nicht abschließend geklärt. Rückt der Nahverkehrsplan in den Fokus der Debatte um die Erhöhung der Sozialstandards, sollte insoweit eine abschließende Klärung herbeigeführt werden.

Nun ist der Nahverkehrsplan nur eines von mehreren Regelungsinstrumenten des Aufgabenträgers.⁴⁶¹ Und auch für den Gesetzgeber sind bereits mehrere Handlungsoptionen, die eine Etablierung und Erhöhung der Sozialstandards im ÖPNV herbeiführen können, aufgezeigt worden. Als möglicher Weg hat sich eine Erstreckung der jetzt in § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG vorgesehenen Regelung auf weitere Verkehrsformen außerhalb des gebündelten Bedarfsverkehrs erwiesen. Diese erlaubt es der Genehmigungsbehörde, Vorgaben zu Sozialstandards wie etwa zu Arbeitszeiten, Entlohnung und Pausen zu machen. *Wie* die Genehmigungsbehörde die Grenzen dessen festsetzt, was sie als hinreichenden Sozialstandard versteht, lässt sich jedoch weder dem Gesetzestext noch der zugehörigen Begründung entnehmen.⁴⁶² Demgegenüber schreibt die hier als Vorbild herangezogene Norm des § 8 Abs. 3 S. 2 ÖPNVG-NRW eine Vorgabe der Entlohnung im Nahverkehrsplan entsprechend einschlägiger und repräsentativer Tarifverträge vor. Der so vorgesehene Handlungsrahmen kann die Nachvollziehbarkeit der Vorgaben und somit die Rechtssicherheit erhöhen. Weiterhin ist die im PBefG vorgesehene Zuständigkeitsverteilung zu beachten: Durch die PBefG-Novelle im Jahr 2013 wurde die Stellung der Aufsichtsbehörde gestärkt, die Genehmigungsbehörde hat nach § 8 Abs. 3a PBefG lediglich unterstützende, dienende Funktion.⁴⁶³ Eine Zuständigkeit des Aufgabenträgers auch für die Festlegung der Sozialstandards würde dieser Verteilung besser entsprechen.

Bei bundesgesetzlicher Regelung wäre indes mangels bundeseigenen Tarifreuegesetzes ein Verweis auf die jeweiligen Landesgesetze notwendig. Dies wirft neue Probleme auf, da nicht in allen 16 Bundesländern Tarifreuegesetze bestehen. Weiterhin sei auch an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass auch die Regelung des § 8 Abs. 3 PBefG die ausreichende Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen bezweckt, mithin dem Verkehrsinteresse dient – dass Verkehrsinteressen nicht zwingend auch Arbeitnehmerschutzinteressen umfassen, wurde bereits erörtert, die Problematik setzt sich auch an dieser Stelle fort. Auch im Hinblick auf die Vorgabe von Sozialstandards im Nahverkehrsplan bleiben damit Fragen offen.

7.5.2 Weitere Konkretisierung der „Sozialstandards“ § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG

Ebenso offen bleibt, welche Sozialstandards im Bereich des gebündelten Bedarfsverkehrs über § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG konkret geschaffen werden können. Die obige Betrachtung (s. unter Gliederungspunkt 7.3) hat verschiedene denkbare Möglichkeit aufgezeigt, von denen sich folgende besonders für eine künftige Regelung anbieten: Zunächst könnte die Genehmigungsbehörde auf

⁴⁶¹ Saxinger/Winnes/*Winnes*, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand: Dezember 2020, § 8 S. Abs. 3 PBefG Rn. 14.

⁴⁶² Siehe bereits Gliederungspunkt 7.5.1.2.3.

⁴⁶³ Saxinger/Winnes/*Winnes*, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand: Dezember 2020, § 13 S. Abs. 2a PBefG Rn.

repräsentative Tarifverträge verweisen, um einen Gleichlauf mit der Vorgehensweise in den meisten Tariftreueregelungen der Bundesländer (wie etwa Nordrhein-Westfalen) zu erreichen und gegenüber nicht-repräsentativen (also beliebig wählbaren) Tarifverträgen ein höheres Maß an Transparenz und vor allem Akzeptanz zu erreichen. Ebenso wäre es alternativ denkbar, ortsübliche Sozialstandards zu setzen, die am legislativen Vorbild des § 72 Abs. 3 SGB XI austariert werden und auf diese Weise den örtlichen Spezifika Rechnung tragen könnten, was reflexiv einen Unterbietungswettbewerb zwischen den Verkehrsformen vor Ort auf dem Rücken des Verkehrspersonals verhindern würde. Ebenso möglich, wenngleich für die betroffenen Verkehrsbetriebe und Verkehrsteilnehmer deutlich unsicherer abschätzbar, wäre die Vorgabe eigener Standards, die die Genehmigungsbehörde – ähnlich wie im Fall des vergabespezifischen Mindestlohns – selbst setzen könnte. Freilich steht diese letzte Möglichkeit der Schaffung von Sozialstandards – wie auch die zuerst genannten beiden Möglichkeiten – ebenfalls unter dem Vorbehalt des Vorliegens öffentlicher Verkehrsinteressen (die öfter bei Arbeitszeiten und Pausen, deutlich seltener aber bei Entlohnungsfragen tangiert sein werden), und wird ferner begrenzt durch die bereits bestehenden Schutzstandards wie das MiLoG oder das ArbZG, die – unabhängig von ihrer Anwendbarkeit im konkreten Einzelfall – nicht im Wege genehmigungsbehördlicher Sozialstandards überschritten werden dürfen.

7.5.3 Weitere Erstreckung höherer Sozialstandards: Schutz für Selbständige

Wege und Grenzen eines verstärkten Arbeitnehmerschutzes im Mobilitätsbereich sind ausgelotet worden. Doch zentrales Anliegen ist daneben auch der Schutz selbstständiger Leistungserbringer im Bereich der Personenbeförderung. Die Grenzziehung des Arbeits- und Sozialrechts erweist sich auch hier als Grenze der Sozialstandards. So stehen insbesondere Geschäftsmodelle in der öffentlichen Diskussion, die keine Arbeitnehmer, sondern Selbstständige zur Erbringung der Beförderungsleistung einsetzen.⁴⁶⁴ Die Notwendigkeit sozialer Absicherung in der Personenbeförderung tätiger Selbstständiger hat auch der DGB bereits herausgestellt:

„Das PBefG muss deshalb den Rahmen dafür schaffen, dass auch Fahrerinnen und Fahrer, die im Auftrag von Plattformen On-Demand-Verkehren fahren, durch wirksame Sozialstandards geschützt werden, damit sie nicht Billiglöhnen, Scheinselbständigkeit und fehlender sozialer Absicherung ausgesetzt sind. Sie müssen in die gesetzliche Rentenversicherung und Unfallversicherung einbezogen werden, die Plattformen müssen sich an der Beitragszahlung beteiligen. Die Beschäftigten brauchen Mindestkündigungsfristen. Im Zweifelsfall müssen Plattformen vor Gericht beweisen, dass es sich nicht um Scheinselbständigkeit handelt. Gewerkschaften brauchen Zugangsrechte zu den Plattformbeschäftigten, um bessere Arbeitsbedingungen durchzusetzen.“⁴⁶⁵

7.5.3.1 Die aktuelle Diskussion über den Schutz von Selbständigen: Welcher Schutz ist denkbar?

Die Forderung nach sozialer Absicherung für Selbstständige ist dabei nicht neu und findet sich auch in anderen Bereichen, in denen für Arbeitnehmer geltende sozialrechtliche gesetzliche Regelungen auf Selbstständige keine Anwendung finden, obwohl eine vergleichbare Schutzbedürftigkeit besteht. Medial viel Aufmerksamkeit kam dabei insbesondere der sozialen Absicherung selbstständiger

⁴⁶⁴ So z.B. Uber, s. *Kugoth*, Strengere Regeln für Uber, FreeNow & Co., in: Tagesspiegel (online) v. 12.02.2021, abrufbar unter <https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/gesetz-zur-personenbefoerderung-im-bundesrat-strengere-regeln-fuer-uber-freenow-und-co-/26909430.html>, letzter Abruf v. 13.9.2021.

⁴⁶⁵ Stellungnahme des DGB v. 4.12.2020, abrufbar unter <https://www.dgb.de/downloadcenter/++co++9626a244-50f6-11eb-97f3-001a4a160123>, letzter Abruf v. 13.9.2021.

Künstler zu, deren Beschäftigungsmöglichkeiten durch die COVID-19-Pandemie stark eingeschränkt wurden, sodass Forderungen nach einer Aufnahme in die Arbeitslosenversicherung laut geworden sind.⁴⁶⁶ Aber auch für Crowdworker ist bereits herausgestellt worden, dass es an einer wirksamen sozialen Absicherung fehlt.⁴⁶⁷ Daher ist wenig überraschend, dass diese Diskussion auch im Hinblick auf Selbstständige im Bereich der Personenbeförderung fortgeführt wird. Vor diesem Hintergrund erweist es sich als zentral, welcher soziale Schutz für Selbstständige Fahrer überhaupt systemkonform entwickelt werden könnte.

7.5.3.1.1 Ausgangspunkt: Das Arbeitsrecht lebt vom Arbeitnehmerschutz

Der Ausgangspunkt der Überlegungen ist dabei klar gesetzt: Das Arbeitsrecht lebt vom Arbeitnehmerschutz – es ist eben nicht auf den Schutz Selbstständiger, sondern auf den von Arbeitnehmern zugeschnitten. Indes bedeutet dies nicht, dass Personen, die rechtlich nicht als Arbeitnehmer zu qualifizieren sind, automatisch schutzlos gestellt sind. Zahlreiche arbeitsrechtliche Vorschriften finden – jedenfalls teilweise – auch auf andere Personengruppen, insbesondere Heimarbeiter und andere arbeitnehmerähnliche Personen Anwendung. Arbeitnehmerähnliche Personen unterstehen gem. § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG der Arbeitsgerichtsbarkeit; sie gelten zudem als Arbeitnehmer i.S.d. BUrlG (§ 2 S. 2 BUrlG).

Unter den einschränkenden Voraussetzungen des § 12a TVG können auch Tarifverträge für arbeitnehmerähnliche Personen abgeschlossen werden. Darüber hinaus sind sie gem. § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI rentenversicherungspflichtig. Heimarbeiter sind weitergehend in allen Zweigen der Sozialversicherung beitragspflichtig, da sie gem. § 12 Abs. 2 SGB IV als Beschäftigte im sozialversicherungsrechtlichen Sinne gelten. Zudem steht ihnen ein besonderer Kündigungsschutz nach § 29 HAG sowie ein Anspruch auf Elternzeit nach § 20 Abs. 2 BEEG zu. Des Weiteren gelten sie nicht nur als Arbeitnehmer i.S.d. ArbGG (§ 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG), sondern auch des BetrVG (§ 5 Abs. 1 S. 2 BetrVG). Die Regelungen des BUrlG finden nach Maßgabe von § 12 BUrlG ebenfalls Anwendung auf Heimarbeiter. Zudem besteht eine Absicherung im Rahmen von §§ 10, 11 EFZG und § 1 Abs. 2 Nr. 6 MuSchG. Und auch andere Selbstständige sind nicht schutzlos gestellt: Neben den Heimarbeitern sind gem. § 2 SGB IV auch weitere selbstständige Personen in den Schutz der Sozialversicherung einbezogen. Insbesondere für Künstler besteht eine eigene Absicherung in der Künstlersozialkasse: Nach § 1 KSVG werden selbstständige Künstler und Publizisten in der allgemeinen Rentenversicherung, in der gesetzlichen Krankenversicherung und in der sozialen Pflegeversicherung versichert, wenn sie die künstlerische oder publizistische Tätigkeit erwerbsmäßig und nicht nur vorübergehend ausüben.

7.5.3.1.2 Denkbare Schutzinstrumente im Bereich der Personenbeförderung

Unbestritten handelt es sich bei der vorangegangenen Aufzählung lediglich um eine beispielhafte Darstellung. Dennoch macht all dies deutlich: Obwohl das Arbeits- und Sozialrecht in erster Linie Arbeitnehmerschutzrecht ist, ist die soziale Absicherung anderer Personengruppen kein Novum. Vor diesem Hintergrund ist ohne Weiteres denkbar, auch im Bereich der Personenbeförderung eine gewisse soziale Absicherung Selbstständiger zu etablieren. In Betracht kommen insbesondere die

⁴⁶⁶ S. aus der Tagespresse https://www.deutschlandfunkkultur.de/soziale-absicherung-arbeitsversicherung-fuer-freie.2950.de.html?dram:article_id=489760, letzter Abruf v. 3.6.2021; <https://www.br-klassik.de/aktuell/news-kritik/corona-deutscher-kulturrat-forderungen-unterstuetzung-verlaengerter-lockdown-kuenstler-100.html>, letzter Abruf v. 13.9.2021; https://www.zeit.de/news/2021-01/02/corona-dreyer-sieht-weichen-fuer-neue-arbeitswelt-gestellt?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F, letzter Abruf v. 13.9.2021.

⁴⁶⁷ Hartung/Klaiber, ZRP 2021, 78.

Festlegung von Mindestentgelten, Regelungen zur Arbeitszeit, die Absicherung in der Sozialversicherung und die Einführung von Aufsichts- und Kontrollbefugnissen. Wo die Grenzen liegen können, ist freilich unklar.

7.5.3.1.2.1 Mindestentgelte durch Kunden oder Beförderer oder Vermittler

Ein erster Schritt zur sozialen Absicherung Selbstständiger Leistungserbringer kann dabei die gesetzliche Festlegung von Mindestentgelten sein,⁴⁶⁸ die entweder durch den Kunden oder den Beförderer oder Vermittler⁴⁶⁹ zu zahlen sind. Mindestentgelte sind indes mit Blick auf das Unionsrecht stets kritisch zu betrachten, da staatliche Mindestvergütungssätze die Dienstleistungsfreiheit, die primärrechtlich durch Art. 56 AEUV und sekundärrechtlich unter anderem durch Art. 16 RL 2006/123/EG abgesichert ist, tangieren. Vor diesem Hintergrund hat der EuGH in der Vergangenheit entschieden, dass eine Regelung, die verbindliche Honorare für Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren festlegt, nicht mit Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 lit. g und Abs. 3 der RL 2006/123/EG vereinbar ist.⁴⁷⁰ Ausweislich Art. 15 Abs. 2 lit. g RL 2006/123/EG müssen die Mitgliedstaaten prüfen, ob ihre Rechtsordnung die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit von der Beachtung von festgesetzten Mindest- und/oder Höchstpreisen durch den Dienstleistungserbringer abhängig macht. Nach Art. 15 Abs. 1 RL 2006/123/EG müssen sie in diesem Fall sicherstellen, dass solche Anforderungen die Bedingungen des Art. 15 Abs. 3 RL 2006/123/EG erfüllen: Die Anforderungen dürfen keine direkte oder indirekte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit darstellen (lit. a), sie müssen durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein (lit. b) und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen (lit. c).

Das bedeutet, sie müssen zur Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Ziels geeignet sein; sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist und die Anforderungen können nicht durch andere weniger einschneidende Maßnahmen ersetzt werden, die zum selben Ergebnis führen. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, müssen die Mitgliedstaaten ihre Rechtsordnung entsprechend anpassen (Art. 15 Abs. 1 S. 2 RL 2006/123/EG). Zwar hat der EuGH im Hinblick auf Mindesthonorare für Planungsdienstleistungen von Architekten die ersten beiden Voraussetzungen als erfüllt angesehen: Mindesthonorare stellen weder eine direkte noch eine indirekte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit dar und dienen grundsätzlich auch dem Schutz zwingender Allgemeininteressen, da sie die Qualität der jeweiligen Dienstleistung sicherstellen sollen.⁴⁷¹ Damit hat das Gericht ein Bedürfnis nach Qualitätssicherung jedenfalls grundsätzlich als Allgemeininteresse anerkannt:

„Hierzu hat der Gerichtshof entschieden, dass nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dass die Festsetzung eines Mindestpreises hilft, in einem Kontext wie dem eines Marktes, der durch eine ausgesprochen große Anzahl von Dienstleistungserbringern gekennzeichnet ist, einen Konkurrenzkampf zu vermeiden, der zu Billigangeboten führen könnte, was das Risiko eines Verfalls der Qualität der erbrachten Dienstleistungen zur Folge

⁴⁶⁸ Auch dies ist eine ständige Forderung zur Absicherung Selbstständiger, s. schon <https://www.faz.net/aktuell/karriere-hochschule/buero-co/arbeitsmarktpolitik-gruene-fordern-mindesthonorar-fuer-selbstaendige-14000719.html>, letzter Abruf v. 13.9.2021.

⁴⁶⁹ Zur Rolle des Beförderers, der auch vermittelt, sowie des Vermittlers nach den Novellierungen durch § 1 S. Abs. 1a und S. Abs. 3 PBefG s. Gliederungspunkt 7.4.

⁴⁷⁰ EuGH, Urt. v. 4.7.2019 – C-377/17, NVwZ 2019, 1120.

⁴⁷¹ EuGH, Urt. v. 4.7.2019 – C-377/17, NVwZ 2019, 1120, 1121 Rn. 68 f.

hätte (vgl. idS EuGH, C-94/04, C-202/04, ECLI:EU:C:2006:758 = Slg. 2006, I-11455 = NJW 2007, 281 Rn. 67 = NVwZ 2007, 679 Ls. – Cipolla ua).⁴⁷²

Allerdings kann dieses Ziel nur dann in kohärenter und systematischer Weise erreicht werden, wenn die Dienstleister eine gewisse fachliche Eignung nachweisen müssen, sodass letztlich auch für die Vornahme derjenigen Leistungen, die diesen Mindesthonoraren unterliegen, selbst gewisse Mindestgarantien gelten, die die Qualität dieser Leistungen gewährleisten können.⁴⁷³ Dies war im Hinblick auf Planungsdienstleistungen nicht der Fall, da diese auch von Dienstleistern erbracht werden können, die keine entsprechende fachliche Eignung nachgewiesen haben, sodass das Ziel der Qualitätssicherung nicht erreicht werden kann und Mindesthonorare damit im Ergebnis unzulässig sind.⁴⁷⁴

Stuft der EuGH schon Mindesthonorare für Planungsleistungen von Architekten – für die das Erfordernis, eine bestimmte Qualität der jeweiligen Dienstleistung zu sichern grundsätzlich anerkannt ist – im Ergebnis als unzulässig ein, so ist die Vereinbarkeit einer solchen Regelung mit dem Unionsrecht im Hinblick auf selbstständig tätige Fahrer im Bereich der Personenbeförderung, wo kein vergleichbares Bedürfnis nach einer Qualitätssicherung besteht, kritisch zu betrachten. Wollte man auch im Rahmen der Personenbeförderung Mindestentgelte festlegen, so würde dies nicht dem Ziel der Qualitätssicherung, sondern vielmehr allein dem Schutz der Fahrer dienen.⁴⁷⁵ Der EuGH hat indes zur Rechtfertigung von Mindesthonoraren gerade nicht die Stärkung der wirtschaftlichen Situation der jeweiligen Selbstständigen ausreichen lassen, sondern allein auf übergeordnete Allgemeininteressen abgestellt.⁴⁷⁶ Dieser Linie entspricht es auch, dass der EuGH in der Vergangenheit sozialpolitische Erwägungen regelmäßig nur dann als zwingendes Allgemeininteresse anerkannt, wenn sie dem Schutz abhängig Beschäftigter dienen.⁴⁷⁷ Bei Selbstständigen ist das Gericht hingegen deutlich restriktiver und hat sogar betont, dass Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit nicht durch wirtschaftliche Ziele, wie den Schutz inländischer Unternehmer, gerechtfertigt werden können.⁴⁷⁸ Die gesetzliche Festsetzung von Mindestentgelten zur finanziellen Absicherung eines Dienstleistungserbringers ist daher allenfalls in engen Grenzen möglich. Treffend formuliert insofern *Bayreuther*: „Alles in allem kommt die Festsetzung von Mindestentgelten desto eher in Betracht, je unselbstständiger und wirtschaftlich abhängiger diejenigen Personen sind, die von diesen profitieren sollen.“⁴⁷⁹ Vor diesem Hintergrund ist die gesetzliche Einführung von Mindestentgelten für Selbstständige kritisch zu bewerten.⁴⁸⁰

Indes finden weder Art. 56 AEUV noch die RL 2006/123/EG – und damit auch die darin enthaltenen strengen Voraussetzungen für Mindestentgelte – auf selbstständige Fahrer im Bereich der Personenbeförderung Anwendung. Jedenfalls im Hinblick auf Vermittlungsdienste, die mittels einer

⁴⁷² EuGH, Urt. v. 4.7.2019 – C-377/17, NVwZ 2019, 1120, 1122 Rn. 78.

⁴⁷³ EuGH, Urt. v. 4.7.2019 – C-377/17, NVwZ 2019, 1120, 1123 Rn. 92.

⁴⁷⁴ EuGH, Urt. v. 4.7.2019 – C-377/17, NVwZ 2019, 1120, 1123 Rn. 92.

⁴⁷⁵ In eine ähnliche Richtung für kleine Selbstständige *Bayreuther*, ZESAR 2020, 99, 103 f.

⁴⁷⁶ So auch *Bayreuther*, ZESAR 2020, 99, 103 f.

⁴⁷⁷ EuGH, Urt. v. 17.11. 2015 – C-115/14, NVwZ 2016, 212, 215 Rn. 70; EuGH, Urt. v. 18.9.2014 – C-549/13, NZA 2014, 1129, 1130 Rn. 31; EuGH, Urt. v. 24.1.2002 – C-164/99, NZA 2002, 207, 208 Rn. 20; EuGH, Urt. v. 25.10.2001 – C-49/98, NZA 2001, 1377, 1379 Rn. 33; EuGH, Urt. v. 7.7.1988 – C-154/87, BeckRS 2004, 71792 Rn. 15.

⁴⁷⁸ EuGH, Urt. v. 25.10.2001 – C49/98 u.a., NZA 2001, 1377 Rn. 39.

⁴⁷⁹ *Bayreuther*, ZESAR 2020, 99, 104.

⁴⁸⁰ *Bayreuther*, NJW 2017, 357, 361.

Smartphone-Applikation ermöglichen, gegen Entgelt eine Verbindung zwischen nicht berufsmäßigen Fahrern, die das eigene Fahrzeug benutzen, und Personen herzustellen, die eine Fahrt im innerstädtischen Bereich unternehmen möchten, hat das ausdrücklich Gericht entschieden, dass diese Dienstleistung als mit einer Verkehrsdienstleistung untrennbar verbunden anzusehen und daher selbst als Verkehrsdienstleistung i.S.v. Art. 58 Abs. 1 AEUV einzustufen ist.⁴⁸¹ In der Folge findet die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV, der RL 2006/123/EG und der RL 2000/31/EG keine Anwendung.⁴⁸² Der Vermittlungsdienst sei nämlich integraler Bestandteil der Gesamtdienstleistung, die hauptsächlich aus einer Verkehrsdienstleistung besteht.⁴⁸³ Hierzu führt das Gericht aus:

„In einer Situation wie der vom vorlegenden Gericht genannten, in der die Personenbeförderung durch nicht berufsmäßige, das eigene Fahrzeug benutzende Fahrer vorgenommen wird, gibt der Erbringer dieses Vermittlungsdiensts nämlich gleichzeitig ein Angebot über innerstädtische Verkehrsdienstleistungen ab, das er u.a. durch Software-Tools zugänglich macht und dessen allgemeine Funktionalität für Personen, die dieses Angebot für eine innerstädtische Fahrt in Anspruch nehmen möchten, er organisiert. Insoweit geht aus den dem Gerichtshof vorliegenden Informationen hervor, dass der Vermittlungsdienst von Uber auf der Auswahl nicht berufsmäßiger, das eigene Fahrzeug benutzender Fahrer beruht, denen diese Gesellschaft eine Applikation stellt, ohne die zum einen die Fahrer nicht Verkehrsdienstleistungen erbringen würden und zum anderen die Personen, die eine Fahrt im innerstädtischen Bereich unternehmen möchten, nicht die Dienste dieser Fahrer in Anspruch nehmen würden. Zudem übt Uber einen entscheidenden Einfluss auf die Bedingungen aus, unter denen diese Fahrer die Leistung erbringen. Dabei ist insb. klar ersichtlich, dass Uber durch die gleichnamige Anwendung zumindest den Höchstpreis für die Fahrt festsetzt, dass diese Gesellschaft den Preis beim Kunden erhebt und danach einen Teil davon an den nicht berufsmäßigen Fahrer des Fahrzeugs überweist und dass sie eine gewisse Kontrolle über die Qualität der Fahrzeuge und deren Fahrer sowie über deren Verhalten ausübt, die ggf. zu ihrem Ausschluss führen kann.“⁴⁸⁴

Damit wird deutlich: Jedenfalls für den Vermittlungsdienstleister findet die RL 2006/123/EG keine Anwendung – die Zulässigkeit von Mindestentgelten unterliegt mithin nicht den strengen Voraussetzungen des Art. 15 RL 2006/123/EG. Nichts anderes kann im Hinblick auf den selbstständigen Fahrer gelten, der die Verkehrsdienstleistung gerade erbringt: Fällt schon die Tätigkeit von Vermittlungsdienstleistern nicht in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV, der RL 2006/123/EG und der RL 2000/31/EG, muss dies erst recht für die Fahrer gelten – die in Art. 15 RL 2006/123/EG enthaltene Regelung schränkt die Zulässigkeit von Mindestentgelten daher insofern nicht ein. Offen ist allerdings dennoch, ob und inwieweit der EuGH Einschränkungen der Verkehrsdienstleistungsfreiheit⁴⁸⁵ durch Mindestentgelte als zulässig einstufen und die im Hinblick auf die Dienstleistungsfreiheit geltenden Erwägungen übertragen wird. Zwar gilt: Soweit die Union sekundärrechtliche Vorschriften zur Ausgestaltung der für den Verkehrsbereich geltenden Art. 90ff. AEUV getroffen hat, sind diese im Lichte der allgemeinen Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV auszulegen.⁴⁸⁶ Hat die Union im Verkehrsbereich hingegen kein Sekundärrecht

⁴⁸¹ EuGH, Urt. v. 10.4.2018 – C-320/16, MMR 2019, 99; EuGH, Urt. v. 20.12.2017 – C-434/15, MMR 2018, 144.

⁴⁸² EuGH, Urt. v. 10.4.2018 – C-320/16, MMR 2019, 99; EuGH, Urt. v. 20.12.2017 – C-434/15, MMR 2018, 144.

⁴⁸³ EuGH, Urt. v. 10.4.2018 – C-320/16, MMR 2019, 99, 100 Rn. 22; EuGH, Urt. v. 20.12.2017 – C-434/15, MMR 2018, 144, 145 Rn. 40.

⁴⁸⁴ EuGH, Urt. v. 20.12.2017 – C-434/15, MMR 2018, 144, 145 Rn. 38f.

⁴⁸⁵ Diesen Begriff ebenfalls verwendend Streinz/Schäfer, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 90 AEUV Rn. 5.

⁴⁸⁶ Streinz/Schäfer, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 90 AEUV Rn. 5.

gesetzt, ist Art. 56 AEUV zumindest nicht unmittelbar anwendbar.⁴⁸⁷ Eine Regelung zu Mindestentgelten für Verkehrsdienstleistungen enthält das sekundäre Unionsrecht indes gerade nicht: Es fehlt an einer Art. 15 RL 2006/123/EG vergleichbaren sekundärrechtlichen Regelung. Die Art. 56ff. AEUV findet keine unmittelbare Anwendung; die vom EuGH im Hinblick auf die Dienstleistungsfreiheit angestellten Erwägungen zur Zulässigkeit von Mindestentgelten sind daher nicht ohne Weiteres übertragbar. Nichtsdestotrotz müssen sich nationale Vorschriften zu Mindestentgelten jedenfalls am sonstigen europäischen Primärrecht messen lassen,⁴⁸⁸ sodass auch im Verkehrsbereich die Einführung von Mindestentgelten kritisch zu betrachten ist.

Soweit das Fahrpersonal nicht als Arbeitnehmer, aber zumindest als arbeitnehmerähnliche Personen i.S.v. § 12a Abs. 1, Abs. 3 TVG anzusehen ist, finden die Vorschriften des TVG auf sie entsprechende Anwendung, sodass zudem die Möglichkeit eröffnet sein kann, tarifvertragliche Regelungen hinsichtlich ihrer Vergütung zu treffen. Dazu müssen sie gem. § 12a Abs. 1 TVG sowohl wegen ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit als auch wegen ihrer sozialen Schutzbedürftigkeit mit einem Arbeitnehmer vergleichbar sein. Die notwendige wirtschaftliche Abhängigkeit ist anzunehmen, wenn sie überwiegend für eine Person tätig sind (§ 12a Abs. 1 Nr. 1 lit. a TVG) oder ihnen mindestens ein Drittel des Entgelts, das ihnen für ihre Erwerbstätigkeit insgesamt zusteht, von einer Person zusteht (§ 12a Abs. 1 Nr. 1 lit. b, Abs. 3 TVG). Voraussetzung ist mithin, dass sie entweder in zeitlicher oder finanzieller Hinsicht im Wesentlichen einen Auftraggeber haben.⁴⁸⁹ Soziale Schutzbedürftigkeit liegt demgegenüber vor, wenn das im Beschäftigungsverhältnis bestehende Maß der Abhängigkeit dem entspricht, das im Allgemeinen nur in einem Arbeitsverhältnis vorkommt und die geleisteten Dienste ihrer soziologischen Typik nach mit denen eines Arbeitnehmers vergleichbar sind.⁴⁹⁰ Liegen diese Voraussetzungen vor, so können Mindestentgelte auch für Fahrer im Bereich der Personenbeförderung durch Tarifvertrag vereinbart werden. Die Vereinbarkeit einer entsprechenden tarifvertraglichen Regelung mit dem Unionsrecht ist indes ebenfalls offen. Zwar hat der EuGH in der Vergangenheit klargestellt, dass tarifvertragliche Bestimmungen, die Mindesttarife für selbstständige Dienstleistungserbringer vorsehen, dann nicht dem Verbot des Art. 101 AEUV unterfallen, wenn die Leistungserbringer „Scheinselbstständige“ sind.⁴⁹¹ Dabei ist nach dem autonom unionsrechtlichen Verständnis des Gerichts von einer Scheinselbstständigkeit auszugehen, wenn der Leistungserbringer sich in einer vergleichbaren Situation wie ein Arbeitnehmer befindet.⁴⁹² Ob arbeitnehmerähnliche Personen hierunter subsumiert werden können, ist indes offen.⁴⁹³ Die Vorschrift des Art. 101 AEUV findet auch auf Verkehrsdienstleistungen Anwendung,⁴⁹⁴ sodass die tarifvertragliche Festlegung von Mindestentgelten ebenfalls unionsrechtlich kritisch zu betrachten ist.

⁴⁸⁷ Grundlegend EuGH, Urt. v. 22.5.1985 – C-13/83, BeckRS 2004, 71503 Rn. 62 ff.; EuGH, Urt. v. 13.7.1989 – C-4/88, BeckRS 2004, 71103 Rn. 14; Streinz/*Schäfer*, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 90 AEUV Rn. 6.

⁴⁸⁸ EuGH, Urt. v. 25.1.2011 – C-382/08, EuZW 2011, 177, 178 Rn. 29 f.; Frankfurter Kommentar/*Haltern/Stein*, EUV/GRC/AEUV, Art. 58 AEUV Rn. 5.

⁴⁸⁹ ErfK/*Franzen*, 21. Aufl. 2021, § 12a TVG Rn. 4; *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 12a Rn. 29.

⁴⁹⁰ BAG, Urt. v. 9.10.2004 – 9 AZR 411/03, NJW 2005, 1741, 1742; BAG, Urt. v. 2.10.1994 – 4 AZR 106/90, NZA 1991, 239, 240; ErfK/*Franzen*, 21. Aufl. 2021, § 12a TVG Rn. 5; *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 12a Rn. 29.

⁴⁹¹ EuGH, Urt. v. 4.12.2014 – C-413/13, NZA 2015, 55 Ls.; kritisch hierzu *Bayreuther*, ZESAR 2020, 99, 104.

⁴⁹² EuGH, Urt. v. 4.12.2014 – C-413/13, NZA 2015, 55, 57 Rn. 42.

⁴⁹³ Bejahend *Eufinger*, DB 2015, 192, 193; *Heuschmid/Hlava*, AuR 2015, 193, 194; ablehnend hingegen *Esch*, jurisPR-ArbR 13/2015, Anm. 2; *Schubert*, RdA 2018, 200, 205.

⁴⁹⁴ Calliess/*Ruffert/Martinez*, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 91 AEUV Rn. 44; Streinz/*Schäfer/Kramer*, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 91 AEUV Rn. 97.

7.5.3.1.2.2 Arbeitszeiten

Im Arbeitsverhältnis ist ein zentraler Aspekt zum Schutz der Beschäftigten zudem die Festlegung zwingend einzuhaltender Pausen- und Höchstarbeitszeiten. Die Schaffung entsprechender Regelungen auch für Selbstständige kann daher zweifellos eine Umgehung dieser Schutzvorschriften verhindern: Bestehen für Selbstständige im Hinblick auf die Arbeitszeit dieselben gesetzlichen Vorgaben wie für Arbeitnehmer, droht keine Umgehung zwingender Arbeitszeitregelungen durch den Einsatz selbstständiger Fahrer. Indes scheint die Festlegung von Höchstarbeitszeiten und Pausenzeiten auf den ersten Blick bedenklich: Die freie Bestimmung der eigenen Arbeitszeit ist wesentliches Merkmal der Selbstständigkeit und grenzt diese gerade von der abhängigen Beschäftigung in einem Arbeitsverhältnis ab, wie die Rechtsprechung wiederholt betont hat.⁴⁹⁵ Hierzu hat das BAG erst kürzlich erneut ausgeführt:

„In zeitlicher Hinsicht besteht eine Abhängigkeit von Weisungen, wenn ständige Dienstbereitschaft erwartet wird oder wenn der Mitarbeiter in nicht unerheblichem Umfang auch ohne entsprechende Vereinbarung herangezogen wird, ihm also die Arbeitszeiten letztlich „zugewiesen“ werden. Die ständige Dienstbereitschaft kann sich sowohl aus den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen der Parteien als auch aus der praktischen Durchführung der Vertragsbeziehungen ergeben. Die Einteilung eines Mitarbeiters in Organisations-, Dienst- und Produktionspläne ohne vorherige Absprache stellt ein starkes Indiz für die Arbeitnehmereigenschaft dar.“⁴⁹⁶

Nichtsdestotrotz gibt es bereits Regelungen zur Arbeitszeit selbstständiger Kraftfahrer: So legt § 3 KrfArbZG wöchentliche Höchstarbeitszeiten fest; aus § 4 KrfArbZG ergeben sich zwingend einzuhaltende Ruhezeiten, § 5 KrfArbZG gibt Ruhepausen vor. Selbstständige Kraftfahrer sind dabei gem. § 1 KrfArbZG i.V.m. Art. 3 lit. e RL 2002/15/EG „alle Personen, deren berufliche Tätigkeit hauptsächlich darin besteht, mit Gemeinschaftslizenz oder einer anderen berufsspezifischen Beförderungsermächtigung gewerblich im Sinne des Gemeinschaftsrechts, Fahrgäste oder Waren im Straßenverkehr zu befördern, die befugt sind, auf eigene Rechnung zu arbeiten, und die nicht durch einen Arbeitsvertrag oder ein anderes arbeitsrechtliches Abhängigkeitsverhältnis an einen Arbeitgeber gebunden sind, die über den erforderlichen freien Gestaltungsspielraum für die Ausübung der betreffenden Tätigkeit verfügen, deren Einkünfte direkt von den erzielten Gewinnen abhängen und die die Freiheit haben, als Einzelne oder durch eine Zusammenarbeit zwischen selbstständigen Kraftfahrern Geschäftsbeziehungen zu mehreren Kunden zu unterhalten.“ Angesichts der vergleichbaren Regelung für Arbeitnehmer in § 21a ArbZG gelten für selbstständige Kraftfahrer und Arbeitnehmer weitgehend dieselben Vorgaben im Hinblick auf die Arbeitszeit.⁴⁹⁷ Dabei ist zu beachten, dass der Anwendungsbereich des KrfArbZG nur solche selbstständigen Kraftfahrer erfasst, die hauptsächlich Fahrtätigkeiten im Bereich des Straßentransports ausüben bei Beförderungen im Straßenverkehr im Sinne der VO (EG) Nr. 561/2006. Konkret fallen hierunter gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. a) VO (EG) Nr. 561/2006 die Güterbeförderung mit Fahrzeugen, deren zulässige Höchstmasse einschließlich Anhänger oder Sattelanhänger 3,5 t übersteigt, sowie gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. b) VO (EG) Nr. 561/2006 die Personenbeförderung mit Fahrzeugen, die für die Beförderung von mehr als neun Personen einschließlich des Fahrers konstruiert oder dauerhaft angepasst und zu diesem Zweck

⁴⁹⁵ BAG, Urt. v. 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552. 556 Rn. 31, 34 f.; BAG, Urt. v. 14.3.2007 – 5 AZR 499/06, NZA-RR 2007, 424, 427 Rn. 28.

⁴⁹⁶ BAG, Urt. v. 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552. 556 Rn. 34.

⁴⁹⁷ BeckOK ArbR/*Kock*, 59. Ed. Stand: 1.3.2021, § 21a ArbZG Rn. 3; *Wiebauer*, NZA 2012, 1331.

bestimmt sind. Der Anwendungsbereich ist damit eng begrenzt und erfasst selbständige Fahrer, die Kunden in einem Pkw befördern, gerade nicht.

Zwar hat der Bundesrat schon im Gesetzgebungsverfahren zum KrfArbZG deutlich gemacht, dass er die Einbeziehung selbstständiger Unternehmer in das Arbeitszeitrecht für systemfremd hält:

„Wie auch die Bundesregierung ist der Bundesrat allerdings der Auffassung, dass die Einbeziehung von echten Selbständigen in Arbeitszeitregelungen, die über die Lenk- und Ruhezeiten hinaus gehen, auf Grund der unmittelbar geltenden Verordnung (EG) Nr. 561/2006 aus Gründen der Verkehrssicherheit nicht geboten ist und zu- dem einen **Fremdkörper im geltenden Arbeits- und Wirtschaftsrecht** darstellt.“⁴⁹⁸

Dieser Auffassung des Bundesrates hat sich die Bundesregierung ausdrücklich angeschlossen.⁴⁹⁹ Allerdings hat der EuGH klargestellt, dass Regelungen zur Arbeitszeit selbstständiger Kraftfahrer keinen unverhältnismäßigen Eingriff in das Recht auf freie Berufsausübung und die freie unternehmerische Betätigung darstellen,⁵⁰⁰ da entsprechende Regelungen der Arbeitszeit selbstständiger Kraftfahrer eine Erhöhung der Sicherheit im Straßenverkehr bezwecken:⁵⁰¹

„Angesichts des weiten Ermessens, das dem Gemeinschaftsgesetzgeber beim Erlass zweckdienlicher Maßnahmen im Hinblick auf eine gemeinsame Verkehrspolitik zusteht (vgl. *EuGH*, Slg. 1997, I-4475 Rdnrn. 23-25 - *SAM Schifffahrt und Stapf*), durfte dieser davon ausgehen, dass Maßnahmen im Hinblick auf das Ziel der Straßenverkehrssicherheit angemessen und sachgerecht sind, die die Zeit, die für unmittelbar mit dem Straßenverkehr in Zusammenhang stehende Tätigkeiten aufgewendet wird, begrenzen, ohne dabei die Freiheit des Fahrers, der sich für den Selbständigenstatus entschieden hat, einzuschränken, die allgemeinen, mit diesem Status verbundenen Aufgaben nach Belieben zu organisieren. [...] Im vorliegenden Fall ist [...] festzustellen, dass die Bestimmungen der angefochtenen Richtlinie über die selbstständigen Kraftfahrer, die verhindern sollen, dass diese bezüglich der in direktem Zusammenhang mit dem Straßenverkehr stehenden Tätigkeiten einem Arbeitsrhythmus folgen, der die Sicherheit im Straßenverkehr gefährden könnte, ohne dabei ihre Freiheit einzuschränken, ihre allgemeinen administrativen Tätigkeiten so zu organisieren, wie es ihren Interessen am besten entspricht, nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen.“⁵⁰²

Offensichtlich besteht insbesondere im Bereich der Personenbeförderung ein Bedürfnis, der Übermüdung von Fahrern und einer damit einhergehenden Gefährdung sowohl der Fahrgäste als auch des Straßenverkehrs vorzubeugend. Deutlich wird damit indes auch: Ziel der Festlegung von Höchstarbeitszeiten für selbstständige Kraftfahrer ist nicht der Sozialschutz. Dies entspricht wiederum der Rechtsprechung des EuGH, der in der Vergangenheit sozialpolitische Erwägungen regelmäßig nur dann als zwingendes Allgemeininteresse anerkannt hat, wenn sie dem Schutz

⁴⁹⁸ BT-Drucks. 17/8988, S. 13 – Hervorhebung durch d. Verf.

⁴⁹⁹ BT-Drucks. 17/8988, S. 14.

⁵⁰⁰ EuGH, Urt. v. 9.9.2004 – C-184/02 und C-223/02, EuZW 2004, 660, 663 Rn. 60.

⁵⁰¹ EuGH, Urt. v. 9.9.2004 – C-184/02 und C-223/02, EuZW 2004, 660, 662 Rn. 53.

⁵⁰² EuGH, Urt. v. 9.9.2004 – C-184/02 und C-223/02, EuZW 2004, 660, 662 Rn. 56, 58.

abhängig Beschäftigter dienen.⁵⁰³ Demgegenüber kann der Schutz inländischer Unternehmer Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit nicht rechtfertigen.⁵⁰⁴ Damit besteht zwar im Hinblick auf die Arbeitszeit ein gewisser Sozialschutz selbstständiger Kraftfahrer. Eine weitere Ausgestaltung oder sogar Verschärfung der geltenden Vorschriften scheint indes kaum möglich. Die Systemwidrigkeit der Einführung von Höchstarbeitszeiten für Selbstständige im deutschen Recht ist kaum von der Hand zu weisen und kann – sofern sie allein mit dem Selbstzweck des Schutzes der Selbstständigen erfolgt – zu einer nicht zu rechtfertigenden Beschränkung unternehmerischer Freiheit führen.

7.5.3.1.2.3 Sozialversicherung

Auch die Absicherung Selbstständiger im Rahmen der Sozialversicherung ist ein zentrales politisches Anliegen. Denn mit Ausnahme der Krankenversicherung, für die gem. § 193 Abs. 3 VVG für jedermann Versicherungspflicht besteht, sind in allen Zweigen der Sozialversicherung grundsätzlich nur Personen versichert, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, § 2 Abs. 2 Nr. 1 SGB IV. Eine Beschäftigung ist dabei gem. § 7 Abs. 1 SGB IV nur die nichtselbstständige Arbeit. Selbstständige sind damit – mit Ausnahme bestimmter Berufsgruppen, für die eine Sozialversicherungspflicht angeordnet ist – grundsätzlich nicht sozialversichert. Indes werden Reformbestrebungen lauter. So ist konkret für die Rentenversicherung im Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode festgelegt worden:

„Um den sozialen Schutz von Selbständigen zu verbessern, wollen wir eine gründerfreundlich ausgestaltete Altersvorsorgepflicht für alle Selbständigen einführen, die nicht bereits anderweitig obligatorisch (z.B. in berufsständischen Versorgungswerken) abgesichert sind. Grundsätzlich sollen Selbstständige zwischen der gesetzlichen Rentenversicherung und – als Opt-out-Lösung – anderen geeigneten insolvenz-sicheren Vorsorgearten wählen können. Wobei diese insolvenz- und pfändungssicher sein und in der Regel zu einer Rente oberhalb des Grundsicherungsniveaus führen müssen.“⁵⁰⁵

Die Einbeziehung Selbstständiger in die Sozialversicherung ist dabei grundsätzlich möglich. Nach Art. 74 Nr. 12 GG steht dem Bundesgesetzgeber die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet der „Sozialversicherung einschließlich der Arbeitslosenversicherung“ zu. Dabei ist grundsätzlich ein weites Verständnis zugrunde zu legen, wie auch das BVerfG in der Vergangenheit klargestellt hat:

„Diese Kompetenznorm ermöglicht die Einbeziehung neuer Lebenssachverhalte in das Gesamtsystem "Sozialversicherung", wenn die neuen Sozialleistungen in ihren wesentlichen Strukturelementen, insbesondere in der organisatorischen Bewältigung ihrer Durchführung dem Bild entsprechen, das durch die "klassische" Sozialversicherung geprägt ist.“⁵⁰⁶

Der Bundesgesetzgeber darf mithin das Sozialversicherungsrecht weiter entwickeln, solange diese Änderungen nicht derart radikal sind, dass sie das System der sozialen Sicherung vollständig

⁵⁰³ EuGH, Urt. v. 17.11.2015 – C-115/14, NVwZ 2016, 212, 215 Rn. 70; EuGH, Urt. v. 18.9.2014 – C-549/13, NZA 2014, 1129, 1130 Rn. 31; EuGH, Urt. v. 24.1.2002 – C-164/99, NZA 2002, 207, 208 Rn. 20; EuGH, Urt. v. 25.10.2001 – C-49/98, NZA 2001, 1377, 1379 Rn. 33; EuGH, Urt. v. 7.7.1988 – C-154/87, BeckRS 2004, 71792 Rn. 15.

⁵⁰⁴ EuGH, Urt. v. 25.10.2001 – C-49/98 u.a., NZA 2001, 1377 Rn. 39.

⁵⁰⁵ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 19. Legislaturperiode v. 12.3.2018, Rn. 4290 ff.

⁵⁰⁶ BVerfG, Urt. v. 10.5.1960 – 1 BvR 190/58 u.a., BVerfGE 11, 105, 112.

verändern und damit den Typus der Sozialversicherung insgesamt antasten.⁵⁰⁷ Innerhalb dieser Grenzen ist der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Sozialversicherung jedoch weitgehend frei, ihm kommt bei der Ausgestaltung des Sozialversicherungssystems ein weiter Entscheidungsspielraum zu.⁵⁰⁸ Dies gilt insbesondere im Hinblick auf den Mitgliederkreis der Sozialversicherung.⁵⁰⁹ Dies hat das BVerfG im Hinblick auf die Krankenversicherung bereits ausdrücklich betont:

„Es liegt grundsätzlich in dessen Gestaltungsfreiheit, den Mitgliederkreis der gesetzlichen Krankenversicherung einerseits danach abzugrenzen, welcher Personenkreis zur Bildung einer leistungsfähigen Solidargemeinschaft erforderlich ist, und andererseits danach, welche Personen deren Schutz benötigen. Die Stabilität des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung ist dabei kein Selbstzweck. Die gesetzliche Krankenversicherung dient der Absicherung der als sozial schutzbedürftig angesehenen Versicherten vor den finanziellen Risiken einer Erkrankung. Dabei findet ein umfassender sozialer Ausgleich zwischen Gesunden und Kranken, Jungen und Alten, Versicherten mit niedrigem Einkommen und solchen mit höherem Einkommen sowie zwischen Alleinstehenden und Personen mit unterhaltsberechtigten Familienangehörigen statt. Da die zur Finanzierung eines solchen sozialen Ausgleichs erforderlichen Mittel ersichtlich nicht allein von den typischerweise Begünstigten des Ausgleichs aufgebracht werden können, kann der Gesetzgeber den Mitgliederkreis von Pflichtversicherungen so abgrenzen, wie es für die Begründung und den Erhalt einer leistungsfähigen Solidargemeinschaft erforderlich ist (vgl. BVerfGE 10, 354 [363ff.]; 12, 319 [323ff.]; 29, 221 [235ff.]; 44, 70 [90]; 48, 227 [234]; 103, 197 [221ff.]; 103, 271 [288]; vgl. auch BVerfGE 2, 283 [287f.]).“⁵¹⁰

Damit steht es dem Gesetzgeber grundsätzlich frei, auch Selbstständige in den Mitgliederkreis der Sozialversicherung einzubeziehen, was er für bestimmte Berufsgruppen bereits getan hat. Daher ist es ohne Weiteres möglich, auch selbstständige Fahrdienstleister im Bereich der Personenbeförderung in die Sozialversicherung einzubeziehen. Daran anknüpfen findet sich in der Literatur der Vorschlag, eine Dienstleistersozialkasse nach dem Vorbild der Künstlersozialkasse einzuführen.⁵¹¹ Gem. § 1 KSVG werden selbstständige Künstler in der allgemeinen Rentenversicherung, in der gesetzlichen Krankenversicherung und in der sozialen Pflegeversicherung versichert, wenn sie die künstlerische oder publizistische Tätigkeit erwerbsmäßig und nicht nur vorübergehend ausüben und nicht mehr als einen Arbeitnehmer beschäftigen. Eine Bereichsausnahme besteht gem. § 1 Nr. 2 KSVG lediglich für geringfügig Beschäftigte. Die Schaffung vergleichbarer Regelungen auch für selbstständige Fahrdienstleister erscheint denkbar. Allerdings sind dabei allgemeine verfassungsrechtliche Wertentscheidungen zu beachten, wobei der Gesetzgeber – unter Berücksichtigung seines weiten Gestaltungsspielraums – insbesondere an Art. 3 Abs. 1 GG gebunden ist, sodass eine sektorale Regelung allein für selbstständige Fahrer im Bereich der Personenbeförderungen kritisch zu betrachten ist.⁵¹²

⁵⁰⁷ V. Mangoldt/Klein/Starck/Oeter, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 105; ähnlich Dreier/Wittreck, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 74 Rn. 61; v. Münch/Kunig/Broemel, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 74 Rn. 52.

⁵⁰⁸ BVerfG, Beschl. v. 18.7.2005 – 2 BvF 2/01, BVerfGE 113, 167, 220; Beschl. v. 9.11.1988 – 1 BvL 22/84 u.a., BVerfGE 79, 87, 98; v. Mangoldt/Klein/Starck/Wollenschläger, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 273.

⁵⁰⁹ BVerfG, Beschl. v. 18.7.2005 – 2 BvF 2/01, BVerfGE 113, 167, 220.

⁵¹⁰ BVerfG, Beschl. v. 18.7.2005 – 2 BvF 2/01, BVerfGE 113, 167, 220.

⁵¹¹ Hartung/Klaiber, ZRP 2021, 78.

⁵¹² S. hierzu noch ausführlich unter Gliederungspunkt 7.5.4.3.4.

7.5.3.1.2.4 Aufsichtspflichten und Kontrollbefugnisse

Denkbar wäre letztlich auch, konkrete Aufsichtspflichten seitens des Auftraggebers und damit korrespondierende Kontrollbefugnisse seitens einer Aufsichtsbehörde zu schaffen, um die Einhaltung von Sozialstandards im laufenden Vertragsverhältnis zu überprüfen. Entsprechende Regelungen gibt es beispielsweise im Bereich der Arbeitszeit selbstständiger Kraftfahrer bereits: Diese müssen ihre Arbeitszeit aufzeichnen, § 6 S. 1 KrfArbZG, korrespondierende Befugnisse der Aufsichtsbehörde werden in § 7 KrfArbZG normiert.

Zwar ergibt sich daraus zweifelsohne eine weitere Annäherung an die abhängige Beschäftigung im Arbeitsverhältnis, jedoch ist in den letzten Jahren ohnehin deutlich geworden: Die Übergänge vom Arbeitnehmer zum Selbstständigen und umgekehrt sind angesichts der vielgestaltigen Beschäftigungsformen fließender geworden. Dies macht die Entscheidung des BAG zum Arbeitnehmerstatus von Crowdworkern deutlich, in der das Gericht klarstellt, dass auch Crowdworker Arbeitnehmer sein können, sofern sich aus einer Gesamtbetrachtung der rechtlichen Beziehung von Crowdworker und Crowdsourcer ergibt, dass diese als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist.⁵¹³

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:⁵¹⁴ Die Beklagte bietet als Crowdsourcing-Unternehmen die Kontrolle der Präsentation von Markenprodukten unter anderem im Einzelhandel und an Tankstellen an. Für die Durchführung der Kontrollen vor Ort akquiriert sie über eine von ihr betriebene Online-Plattform Auftragnehmer, mit denen sie zunächst einen Basisvertrag schließt, auf dessen Grundlage die Auftragnehmer für das Crowdsourcing-Unternehmen tätig werden. Der Auftraggeber ist nicht zum Angebot von Aufträgen verpflichtet, der Auftragnehmer nicht zur Annahme ihm angebotener Aufträge. Die Auftragnehmer nutzen dabei eine App, die ihnen offene Aufträge in einem Radius von bis zu 50km rund um ihren aktuellen Standort anzeigt. Derjenige Auftragnehmer, der zuerst reagiert, erhält den Auftrag und überprüft vor Ort im jeweiligen Geschäft die Präsentation der betreffenden Markenprodukte. Die Aufträge sind regelmäßig innerhalb von zwei Stunden zu bearbeiten. Im Regelfall beantwortet der Auftragnehmer im Anschluss vorgegebene Fragen des Auftraggebers zur Art der Präsentation, woraufhin er die vorab vereinbarte Vergütung erhält. Bei zuverlässiger Auftragserfüllung steigt der Auftragnehmer in einem unternehmensinternen Punktesystem auf und erhält zukünftig Angebote für komplexere und höher vergütete Aufträge.

Auf dieser Grundlage hat das BAG in der konkreten Konstellation Crowdworker als Arbeitnehmer eingeordnet: Zwar genügt der Basisvertrag als solcher nicht den Anforderungen eines Arbeitsvertrages, da es dem Auftragnehmer freigestellt wird, ob er künftige Aufträge annehmen will, sodass sich aus dem Rahmenvertrag keine wechselseitigen Rechte und Pflichten von Crowdworker und Crowdsourcer herleiten lassen.⁵¹⁵ Indes ist der Crowdworker zur persönlichen Leistungserbringung verpflichtet⁵¹⁶ und verfügt bei der Ausführung der übernommenen Aufträge über keinen nennenswerten eigenen Entscheidungsspielraum: Er hat die Aufträge innerhalb eines kurzen Zeitraums zu erledigen und die einzelnen Arbeitsschritte werden durch die

⁵¹³ BAG, Urt. v. 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552 Ls.

⁵¹⁴ BAG, Urt. v. 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552, 553ff.

⁵¹⁵ BAG, Urt. v. 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552, 554 Rn. 42.

⁵¹⁶ BAG, Urt. v. 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552, 558 Rn. 46.

Auftragsbeschreibung auf der Online-Plattform des Crowdsourcers exakt vorgegeben – nur wenn er diese einhält, erhält er seine Vergütung.⁵¹⁷

Angesichts der Vielgestaltigkeit neuer Beschäftigungsformen ist der Schutz von Selbstständigen zu einem zentralen Anliegen geworden. Eine trennscharfe Abgrenzung von abhängiger und selbstständiger Tätigkeit gestaltet sich zunehmend schwierig. Vor diesem Hintergrund hat beispielsweise der französische Gesetzgeber reagiert und in Art. L-7341-1 sowie 7342-1 bis 7342-6 Code du Travail spezielle Regelungen für Plattformbeschäftigte geschaffen.⁵¹⁸ Soweit im deutschen Recht ebenfalls Regelungen zum Schutz von Crowdworkern geschaffen werden, die auch auf Selbstständige Anwendung finden, ist anzuraten, zugleich entsprechende Aufsichtspflichten und Kontrollbefugnisse zu normieren. Andernfalls kann eine effektive Durchsetzung der zum Schutz Selbstständiger etablierter Vorschriften nicht gewährleistet werden.

7.5.3.2 Verpflichtung von Beförderern gem. § 1 Abs. 1a und Vermittlern gem. § 1 Abs. 3 PBefG

Ist die Etablierung von Schutzstandards in Bezug auf die Festlegung von Mindestentgelten, Regelungen zur Arbeitszeit, die Absicherung in der Sozialversicherung und die Einführung von Aufsichts- und Kontrollbefugnissen damit im aufgezeigten Rahmen jedenfalls denkbar, so stellt sich vor dem Hintergrund der neuen Vorschriften § 1 Abs. 1a und Abs. 3 PBefG die Frage, inwieweit (digitale) Vermittler von Beförderungsleistungen zur Einhaltung entsprechender Schutzvorschriften verpflichtet werden können. Da das Gesetz nunmehr ausdrücklich zwischen Tätigkeiten, bei denen die Vermittlung und Durchführung von Beförderungen gemäß § 1 Abs. 1a PBefG vertraglich und organisatorisch verantwortlich kontrolliert wird, und Tätigkeiten, die eine bloße Vermittlungsleistung i.S.v. § 1 Abs. 3 PBefG darstellt, unterscheidet und an diese – insbesondere in Bezug auf die Genehmigungspflicht nach § 2 PBefG – unterschiedliche Anforderungen knüpft,⁵¹⁹ erscheint auch hier eine differenzierte Betrachtung sinnvoll.

7.5.3.2.1 Verpflichtungen des Beförderers nach § 1 Abs. 1a PBefG

Wie bereits aufgezeigt, unterfällt dem Anwendungsbereich des § 1 Abs. 1 PBefG gemäß § 1 Abs. 1a PBefG derjenige, der vom Horizont der Fahrgäste ausgehend maßgeblich auf die konkrete Ausführung der Beförderungsleistung Einfluss nimmt und damit als Leistungserbringer anzusehen ist.⁵²⁰ Denn dieser „kontrolliert“ nach teleologischer Auslegung die Vermittlung und Durchführung der Beförderungsleistung i.S.v. § 1 Abs. 1a PBefG. Ein solcher „Herr der Beförderungsleistung“, dem diese in wertender Betrachtung zuzurechnen ist, ist Unternehmer i.S.v. § 2 Abs. 1 S. 2 PBefG, er ist auch nach bisheriger Rechtsprechung stets als solcher qualifiziert worden.⁵²¹ Ein Plattformbetreiber, der Beförderungsdienste in einer Art und Weise vermittelt, die seine Tätigkeit als vertraglich und organisatorisch verantwortliche Kontrollausübung charakterisiert, unterliegt als Beförderer mithin denselben Rechten und Pflichten nach dem PBefG wie ein Unternehmer, der ohne Vermittlungstätigkeit Personenbeförderung i.S.v. § 1 Abs. 1 S. 1 PBefG entgeltlich oder

⁵¹⁷ BAG, Urt. v. 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552, 554 Rn. 43, 47ff.

⁵¹⁸ Einen Überblick über die Rechtslage in England, Frankreich und Italien bietet *Schubert*, RdA 2020, 248, 254.

⁵¹⁹ Zur Unterscheidung Gliederungspunkt 7.4.3.

⁵²⁰ S. Gliederungspunkt 7.4.2.

⁵²¹ Exemplarisch für einen Shuttle-Dienst BVerwG, Urt. v. 27.08.2015 – 3 C 14/14, NVwZ 2016, 695; für Uber OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 10.04.2015 – OVG 1 S 96.14, BeckRS 2015, 44779; OVG Hamburg, Beschl. v. 24.09.2014 – 3 Bs 175/14, SVR 2015, 222.

geschäftsmäßig durchführt. Dies gilt also auch für den Fall, das dem Unternehmer i.S.d. PBefG Pflichten zum Schutz von Selbstständigen aufoktroiert werden sollten.

Aus unionsrechtlicher Perspektive wird man – jedenfalls mit Blick auf die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 56 AEUV – wohl seit den Entscheidungen des EuGH zu *Uber Spain*⁵²² und *Uber France*⁵²³ diesbezüglich wenig Bedenken hegen: Denn nach der Rechtsprechung des EuGH fällt ein Vermittlungsdienst wie *Uber* aufgrund seiner Einstufung als Verkehrsdienstleistung nicht unter Art. 56 AEUV, der den freien Dienstleistungsverkehr im Allgemeinen betrifft, sondern unter die Spezialvorschrift des Art. 58 Abs. 1 AEUV, wonach „für den freien Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiet des Verkehr die Bestimmungen des Titels über den Verkehr gelten“. Daher muss die Anwendung des Grundsatzes der Dienstleistungsfreiheit nach dem AEUV durch die Verwirklichung der gemeinsamen Verkehrspolitik i.S.v. Art. 90 AEUV erreicht werden.⁵²⁴ Die Individualbeförderung mit Kraftfahrzeugen ist indes bislang nicht harmonisiert, sodass das Unionsrecht die Mitgliedstaaten nicht daran hindert, die Dienstleistungsfreiheit in diesem Bereich zu beschränken.⁵²⁵ Die konkrete Regelung obliegt damit nach den Feststellungen des EuGH den Mitgliedstaaten:

„Es ist jedoch festzustellen, dass das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union für Dienste der innerstädtischen Individualbeförderung und für untrennbar mit ihnen verbundene Dienste wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehende Vermittlungsdienst keine gemeinsamen Vorschriften oder sonstigen Maßnahmen auf der Grundlage von Art. 91 I AEUV erlassen haben. Folglich ist es beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts Sache der Mitgliedstaaten, die Bedingungen zu regeln, unter denen Vermittlungsdienste wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehende unter Beachtung der allgemeinen Vorschriften des AEU-Vertrags erbracht werden.“⁵²⁶

Durch die Einordnung entsprechender Mobilitätsdienste als Verkehrs- und nicht als bloße Vermittlungsleistung hat der EuGH damit den Mitgliedstaaten weitreichenden Spielraum eröffnet. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint es grundsätzlich zulässig, im Falle der Etablierung spezifische Schutzstandards die Beförderer mit Vermittlungstätigkeit nach § 1 Abs. 1a PBefG zur Einhaltung respektive zur – in Abhängigkeit zur jeweiligen Pflicht näher konkretisierten – Aufsicht über die Einhaltung zu verpflichten, soweit allgemeines Primärrecht, beispielsweise das allgemeine Diskriminierungsverbot nach Art. 18 AEUV, bei der konkreten Ausgestaltung der jeweiligen Regelung gewahrt bleibt. Die Schranken sind hier freilich deutlich niedriger: Zwar muss die fragliche Regelung ebenfalls durch objektive Umstände gerechtfertigt sein, sodass auch im Rahmen von Art. 18 AEUV eine Güter- und Interessenabwägung im Lichte der Vertragsziele unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit stattfindet.⁵²⁷ Die Vorschrift verbietet indes lediglich „willkürliche“ Ungleichbehandlungen – den Mitgliedstaaten verbleibt insoweit größerer Gestaltungsspielraum.

Anders wird sich die Lage freilich darstellen, wenn das Geschäftsmodell des Vermittlers nicht in der Vermittlung von Kunden an selbständige, private Fahrer besteht, sondern der Vermittler vielmehr ein (Mietwagen-)Unternehmen zur Durchführung der Fahrten beauftragt, das dann seinerseits Fahrer einsetzt. In einem solchen Fall wird man – ungeachtet der Frage, ob das die Fahrt durchführende

⁵²² EuGH, Urt. v. 20.12.2017 – C-434/15, MMR 2018, 144.

⁵²³ EuGH, Urt. v. 10.04.2018 – C-320/16, MMR 2019, 99.

⁵²⁴ EuGH, Urt. v. 20.12.2017 – C-434/15, MMR 2018, 144, 145 Rn. 44 f.

⁵²⁵ *König*, EuZW 2018, 131, 135.

⁵²⁶ EuGH, Urt. v. 20.12.2017 – C-434/15, MMR 2018, 144, 145 Rn. 46 f.

⁵²⁷ Streinz/*Streinz*, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 18 AEUV Rn. 62.

Unternehmen die Fahrer als Selbständige einsetzt oder diese ohnehin als Arbeitnehmer einzuordnen sind – ebendieses Unternehmen als für die Einhaltung entsprechender Schutzstandards verantwortlich sehen müssen. Eine ausdrückliche Differenzierung der Verantwortlichkeiten erscheint im Falle der Einführung von Schutzvorschriften sinnvoll.

7.5.3.2.2 Verpflichtungen des Vermittlers nach § 1 Abs. 3 PBefG

Deutlich kritischer wird man in Bezug auf solche Geschäftsmodelle urteilen müssen, die gemäß § 1 Abs. 3 PBefG Vermittlungstätigkeiten wahrnehmen, die also lediglich – beispielsweise als Taxi-Zentrale – die Verbindung zwischen Fahrgast und Fahrer herstellen, ohne jedoch weitergehenden Einfluss auf die Vertragsorganisation und -abwicklung zu nehmen.⁵²⁸ Zwar unterliegen auch diese Vermittler teilweise den Regelungen des PBefG. So trifft sie die Pflicht zur Bereitstellung von Mobilitätsdaten gemäß § 3a PBefG. Daran, dass sie gemäß § 2 Abs. 1b PBefG jedoch ausdrücklich vom Genehmigungserfordernis ausgenommen sind, wird indes bereits deutlich, dass sie anders als die von § 1 Abs. 1a PBefG erfassten Plattformdienste als nicht in gleicher Weise für die Beförderungserbringung verantwortlich angesehen werden. Angesichts ihres deutlich verringerten bzw. mitunter sogar gänzlichen fehlenden Einflusses auf die Modalitäten der Beförderung erscheint es bereits unter Berücksichtigung der Wertungen des PBefG unzulässig, ihnen dieselben Pflichten aufzuerlegen wie Unternehmern, die nach § 1 Abs. 1 S. 1 bzw. Abs. 1a PBefG Personenbeförderung durchführen.

Auch aus europarechtlicher Sicht wäre dies kritisch zu bewerten: Der EuGH hat lediglich festgestellt, dass jedenfalls solche Vermittlungsdienste eine Verkehrsleistung i.S.v. Art. 58 AEUV erbringen, deren Tätigkeit sich „als integraler Bestandteil einer Gesamtdienstleistung, die hauptsächlich aus einer Verkehrsdienstleistung besteht“⁵²⁹, darstellt. Konkret hat der EuGH dabei darauf abgestellt, dass der Vermittlungsdienst von *Uber* auf der Auswahl nicht berufsmäßiger, das eigene Fahrzeug benutzender Fahrer beruht, denen diese Gesellschaft eine Applikation stellt, ohne die zum einen die Fahrer nicht Verkehrsdienstleistungen erbringen würden und zum anderen die Personen, die eine Fahrt im innerstädtischen Bereich unternehmen möchten, nicht die Dienste dieser Fahrer in Anspruch nehmen würden. Zudem übt *Uber* einen entscheidenden Einfluss auf die Bedingungen aus, unter denen diese Fahrer die Leistung erbringen, beispielsweise durch Festsetzungen eines Höchstpreises für die Fahrt und die anschließende Entlohnung des Fahrers.⁵³⁰ Ist all dies aber nicht der Fall – werden beispielsweise ausschließlich ohnehin stattfindende Fahrten durch ein Mitfahrportal koordiniert, ohne dass Verfügungsgewalt über Personal oder Fahrzeuge seitens des Vermittlers auszumachen ist –, dann ist zu erwarten, dass der EuGH die Tätigkeit nicht als Verkehrsleistung i.S.v. Art. 58 AEUV einordnen wird.

Dass sich Vermittlungsdienste im Verkehrssektor auf die Dienstleistungsfreiheit berufen können, hat der EuGH in seiner Entscheidung zur Taxi-App *Star Taxi* sogar ausdrücklich festgestellt.⁵³¹ Hierbei handelte es sich um einen Vermittlungsdienst, der ausschließlich darin bestand, mittels einer App Kunden und zugelassene Taxifahrer gegen Entgelt miteinander in Kontakt zu bringen. Dabei schloss der Anbieter des Dienstes zu diesem Zweck Dienstleistungsverträge mit den betreffenden Taxifahrern, erteilte ihnen aber weder die Aufträge noch legte er Fahrpreise fest. Er kontrollierte auch

⁵²⁸ Hierzu ausführlich Gliederungspunkt 7.4.3.

⁵²⁹ EuGH, Urt. v. 20.12.2017 – C-434/15, MMR 2018, 144, 145 Rn. 40.

⁵³⁰ EuGH, Urt. v. 20.12.2017 – C-434/15, MMR 2018, 144, 145 Rn. 39.

⁵³¹ EuGH, Urt. v. 3.12.2020 – C-62/19, MMR 2021, 309.

weder die Zahlungsabwicklung noch die Qualität der Fahrzeuge sowie die Qualifikation und das Verhalten der Fahrer. Ein solcher Vermittlungsdienst ist nach Ansicht des EuGH nicht als Verkehrsleistung i.S.v. Art. 58 Abs. 1 AEUV einzustufen; er ist vielmehr als „Dienst der Informationsgesellschaft“ i.S.v. Art. 2 lit. a RL 2000/31/EG zu qualifizieren.⁵³² Denn eine Verkehrsleistung ist nur dann anzunehmen, wenn die erbrachte Vermittlungstätigkeit offensichtlich integraler Bestandteil einer Gesamtdienstleistung ist, die hauptsächlich aus einer rechtlich anders einzustufenden Dienstleistung – hier konkret: einer Verkehrsleistung – besteht.⁵³³ Das war im streitgegenständlichen Fall vor dem Hintergrund, dass der Vermittler abgesehen von der Herstellung des Kontakts zwischen Kunden und Fahrer keinen Einfluss auf die Vertragsmodalitäten und -abwicklung nahm, zu verneinen.

Da in einem solchen Fall indes – anders als bei Beförderern nach Abs. 1a PBefG – die Dienstleistungsfreiheit i.S.v. Art. 56 Abs. 1 AEUV der Vermittler eingreift, wäre eine Regelung, die bloße Vermittler an die Einhaltung von Schutzstandards zugunsten Selbständiger bindet, nach den strengeren Maßstäben der Grundfreiheiten rechtfertigungsbedürftig. Angesichts der dargelegten Anforderungen, die der EuGH an den zwingenden Grund des Allgemeininteresses stellt, erscheint eine Regelung, die auch unter § 1 Abs. 3 PBefG Vermittler verpflichten soll, nicht empfehlenswert. Diese sollten vielmehr ausdrücklich von etwaigen Vorschriften ausgenommen werden.

7.5.3.3 Ein kurzes Zwischenergebnis

Deutlich wird mithin: Trotz des arbeitnehmerschutzspezifischen Charakters des Arbeits- und Sozialrechts ist in der sozialen Absicherung anderer Personengruppen kein Novum zu erblicken, sodass auch im Bereich der Personenbeförderung die Etablierung von Schutzstandards für Selbständige grundsätzlich denkbar ist. Soweit das Fahrpersonal als arbeitnehmerähnliche Personen gemäß § 12a Abs. 1, Abs. 3 TVG einzuordnen ist, kann überdies die Möglichkeit eröffnet sein, tarifvertragliche Regelungen bezüglich der Entgelte zu treffen. Weiterhin mag man die Festlegung von Höchstarbeitszeiten sowie die Aufnahme von Selbständigen in die Sozialversicherung erwägen. All dies müsste letztlich durch konkrete Aufsichtspflichten seitens des personenbeförderungsrechtlichen Unternehmers, der als Auftraggeber agiert, und damit korrespondierende Kontrollbefugnisse seitens einer Aufsichtsbehörde flankiert werden, um die effektive Durchsetzung der Schutzvorschriften zu gewährleisten. Werden dem Unternehmer i.S.d. PBefG entsprechende Pflichten zum Schutz von Selbständigen aufoktroiert, so müssen diese in gleicher Weise für solche (digitalen) Dienstleister gelten, die sich gemäß § 1 Abs. 1a PBefG vom Horizont der Fahrgäste ausgehend als Erbringer der Beförderungsleistung darstellen, weil auch er Unternehmer i.S.d. PBefG ist. Angesichts des deutlich verringerten bzw. mitunter sogar gänzlichen fehlenden Einflusses auf die Modalitäten der Beförderung von Vermittlern gemäß § 1 Abs. 3 i.V.m. § 2 Abs. 1b PBefG erscheint es dagegen bereits unter Berücksichtigung der Wertungen des PBefG problematisch, diesen gleichlautenden Pflichten aufzuerlegen. Insoweit bestehen jedenfalls erhöhte Rechtfertigungsanforderungen.

⁵³² EuGH, Urt. v. 3.12.2020 – C-62/19, MMR 2021, 309, 311 Rn. 51 ff.

⁵³³ EuGH, Urt. v. 3.12.2020 – C-62/19, MMR 2021, 309, 310 Rn. 50 unter Verweis auf EuGH, Urt. v. 20.12.2017 – C-434/15, MMR 2018, 144.

7.5.4 Verfassungsrechtliche Grenzen

All diese möglichen Wege zu höheren Sozialstandards sind freilich daraufhin zu überprüfen, ob dem deutschen Gesetzgeber entsprechende Regelungsbefugnisse überhaupt zustehen: Differenziert nach den verschiedenen Regelungsmöglichkeiten sind im Folgenden zunächst die verfassungsrechtlichen Grenzen aufzuzeigen. Hierzu sind in einem ersten Schritt der Schutzbereich der Berufs- und Unternehmensfreiheit nach Art. 12 GG – hier in Form des Wettbewerbsschutzes – zu konturieren und der Maßstab der Rechtfertigung nachzuzeichnen, um sodann die einzelnen Wege auf ihre Verhältnismäßigkeit zu prüfen.

7.5.4.1 Schutz des Wettbewerbs nach Art. 12 GG

Zunächst bedarf es mithin eines näheren Blicks auf den Schutzbereich von Art. 12 GG: Der Schutz des Wettbewerbs – genauer: der freien Dienstausbübung derjenigen Unternehmen, die durch die Vorgabe von Sozialstandards an solche gebunden wären – wird durch die Berufs- und Unternehmensfreiheit nach Art. 12 GG gewährleistet. Als einheitliches Grundrecht umfasst Art. 12 GG die Berufsfreiheit, bestehend aus dem Recht der Berufswahl und Berufsausübung. Unter den Terminus „Beruf“ fasst das Bundesverfassungsgericht dabei jede Tätigkeit, die auf gewisse Dauer angelegt ist und der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient.⁵³⁴ Auch die den Erwerbszwecken dienenden Tätigkeiten von juristischen Personen des Privatrechts sind nach Maßgabe des Art. 19 Abs. 3 GG unter den Schutz der Berufsfreiheit zu stellen.⁵³⁵

Grundrechtsträger sind dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 GG nach zwar nur Deutsche i.S.v. Art. 116 GG. Für EU-Ausländer lässt sich diese Differenzierung jedoch bereits aus europarechtlichen Gründen nicht durchhalten. Im Ergebnis ist unter Berücksichtigung des Diskriminierungsverbots nach Art. 18 AEUV eine vergleichbare Rechtsstellung von EU-Ausländern zu gewährleisten, die dogmatisch entweder unter Art. 12 GG zu subsumieren oder über Art. 2 Abs. 1 GG unter Anwendung eines der Reichweite des Art. 12 GG entsprechenden Maßstabs gleichzustellen ist. Auch für ausländische juristische Personen hat das Bundesverfassungsgericht in der jüngeren Vergangenheit bereits erkennen lassen, dass vor dem Hintergrund der unionsrechtlichen Grundfreiheiten des Binnenmarkts nach Art. 26 Abs. 2 AEUV und des allgemeinen Diskriminierungsverbots das für inländische juristische Personen über Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Schutzniveau für diese Betroffenenengruppe über das subsidiär anwendbare allgemeine Freiheitsgrundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG sicherzustellen ist.⁵³⁶

Blickt man näher auf die Freiheit der Auswahl und Ausübung von erwerbsbezogenen Tätigkeiten, wird deutlich, dass im Ausgangspunkt alle denkbaren Formen der Teilhabe an Erwerb und Wettbewerb geschützt sind. Das Grundrecht schützt in diesem Zusammenhang nach der Judikatur des Bundesverfassungsgericht auch und insbesondere die Vertrags- und Dispositionsfreiheit des Unternehmers.⁵³⁷ So entschied das Verfassungsgericht hinsichtlich der Änderungen in der privaten und gesetzlichen Krankenversicherung durch die Gesundheitsreform im Jahr 2007, dass die neu

⁵³⁴ BVerfG, Beschl. v. 12.1.2016 – 1 BvR 3102/13, NJW 2016, 930, 931; Beschl. v. 19.7.2000 – 1 BvR 539/96, NVwZ 2001, 790, 791; Beschl. v. 2.3.1977 – 1 BvR 124/76, NJW 1977, 892.

⁵³⁵ BVerfG, Beschl. v. 12.1.2016 – 1 BvR 3102/13, NJW 2016, 930, 931; Beschl. v. 19.7.2000 – 1 BvR 539/96, NVwZ 2001, 790, 791; ErfK/*Schmidt*, GG, 21. Auflage 2021, Art. 12 Rn. 13.

⁵³⁶ BVerfG, Beschl. v. 4.11.2015 – 2 BvR 282/13, 2 BvQ 56/12, NJW 2016, 1436.

⁵³⁷ BVerfG, Ur. v. 10.6.2009 – 1 BvR 706/08, NJW 2009, 2033, 2042; Ur. v. 17.2.1998 – 1 BvF 1-91, NJW 1998, 1627, 1628.

eingeführten Vorschriften über die Portabilität von Altersrückstellungen in diesen Teilausschnitt des Freiheitsrechts eingreifen, weil sie den Unternehmen die bis zu diesem Zeitpunkt noch möglich gewesenen Vertragsgestaltungen untersagten und ihnen zur Pflicht machten, im Versicherungsvertrag die Möglichkeit zur Mitnahme von Altersrückstellungen vorzusehen.⁵³⁸ Der zivilrechtlichen Vertragsfreiheit kommt im verfassungsrechtlichen Kontext hohes Gewicht zu, denn die Möglichkeit, sich eine wirtschaftliche Grundlage für die eigene Existenz zu schaffen, wird regelmäßig durch eine vertragliche Bindung auf Zeit oder Dauer realisiert. Das Bundesverfassungsgericht hat deshalb bereits in der Vergangenheit betont:⁵³⁹

„Berufliche Tätigkeit, für die Art. 12 Abs. 1 GG den erforderlichen Freiraum gewährleistet, dient nicht nur der personalen Entfaltung des arbeitenden Menschen in der Gesellschaft, den meisten Bürgern gewährleistet sie vor allem die Möglichkeit, sich eine wirtschaftliche Grundlage ihrer Existenz zu schaffen. Dazu ist es regelmäßig erforderlich, Bindungen auf Zeit oder auf Dauer einzugehen. Im Rahmen des Zivilrechts geschieht das typischerweise durch Verträge, in denen sich beide Vertragsteile wechselseitig in ihrer beruflichen Handlungsfreiheit beschränken, und zwar im Austausch mit der ausbedungenen Gegenleistung. Auf der Grundlage der Privatautonomie, die Strukturelement einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung ist, gestalten die Vertragspartner ihre Rechtsbeziehungen eigenverantwortlich. Sie bestimmen selbst, wie ihre gegenläufigen Interessen angemessen auszugleichen sind, und verfügen damit zugleich über ihre grundrechtlich geschützten Positionen ohne staatlichen Zwang. Der Staat hat die im Rahmen der Privatautonomie getroffenen Regelungen grundsätzlich zu respektieren.“

Daraus kann geschlussfolgert werden, dass die Ausgestaltung eines bestimmten zivilrechtlichen Vertragsverhältnisses – konkret: des Verhältnisses zwischen dem die Beförderung kontrollierenden Unternehmen und dem eingesetzten Fahrer – im Rahmen der eigenverantwortlichen Gestaltung der Rechtsbeziehung der Vertragspartner grundsätzlich freiverantwortlich und losgelöst von staatlicher Intervention vollzogen werden soll. Inhalt und Reichweite der gesetzgeberischen Regelungsbefugnis aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG sind in der Konsequenz also im Lichte des Grundsatzes der Vertrags- und Dispositionsfreiheit sowie der grundsätzlichen Eigenverantwortlichkeit beruflicher Betätigung zu bestimmen. Wird diese Freiheit eingeschränkt – konkret durch die Etablierung bestimmter Sozialstandards – ist dies als Eingriff in Art. 12 GG zu werten.

7.5.4.2 Maßstab der Rechtfertigung: Berufsausübungsregeln

Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG verlangt, dass Einschränkungen der Berufsfreiheit auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, die den Anforderungen der Verfassung an grundrechtsbeschränkende Gesetze genügt. Dies verlangt im Ausgangspunkt, dass eine – formell verfassungskonform erlassene – Norm durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt und mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Einklang zu bringen ist.⁵⁴⁰ Das Bundesverfassungsgericht misst dabei dem Vorrang des parlamentarischen Gesetzgebers erhebliches Gewicht bei und geht davon aus, dass dieser sich nicht in der Forderung nach einer gesetzlichen Grundlage für Grundrechtseingriffe beschränkt, sondern seitens der Gerichte beachtet werden muss, wie der Gesetzgeber Regelungsgegenstände, die für die Grundrechtsausübung von erheblicher Bedeutung sind,

⁵³⁸ BVerfG, Urt. v. 10.6.2009 – 1 BvR 706/08, NJW 2009, 2033, 2042.

⁵³⁹ BVerfG, Beschl. v. 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, NJW 1990, 1469, 1470.

⁵⁴⁰ BVerfG, Beschl. v. 26.10.2004 – 1 BvR 981/00, NJW 2004, 3765.

abschließend regelt.⁵⁴¹ Mit anderen Worten: Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers ist bei der verfassungsrechtlichen Bewertung von Beschränkungen der Berufsfreiheit zu achten, sodass es keiner abschließenden Sicherheit für die Beantwortung der Frage, ob bestimmte Grundrechtsbeschränkungen auch tatsächlich den gewünschten Erfolg herbeiführen werden, bedarf.⁵⁴² Die Ungewissheit über künftige Auswirkungen eines Gesetzes schließt die Befugnis der Legislative zum Erlass desgleichen nicht aus, andererseits kann die inhärente Ungewissheit einer jeden Prognose nicht dazu führen, dass dem Gesetzgeber ein der verfassungsgerichtlichen Kontrolle entzogener, grenzenloser Entscheidungsspielraum eingeräumt wird.⁵⁴³ Denn klar ist, dass die Berufsfreiheit das verfassungsrechtliche Fundament für eine wirksame Absicherung der wirtschaftlichen und persönlichen Existenz des Einzelnen bildet. Deshalb müssen die Gründe, die Eingriffe in die Berufsfreiheit aus Sicht des Gesetzgebers notwendig machen, umso triftiger sein, je stärker die Grundrechtsbeschränkung wirkt.

Diesen Grundgedanken hat das Bundesverfassungsgericht in einen dogmatischen Dreiklang gegossen: Ausgehend von seiner im sog. „Apotheken-Urteil“ entwickelten Dogmatik geht das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass die Regelungsbefugnis des Gesetzgebers aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG sich zwar im Ausgangspunkt sowohl auf die Berufsausübung als auch Berufswahl erstreckt, jedoch nicht zu gleichen Teilen. Zu unterscheiden ist nach der sog. Dreistufentheorie zwischen (bloßen) Berufsausübungsregelungen (1. Stufe), subjektiven Berufswahlregelungen (2. Stufe) und objektiven Berufswahlregelungen (3. Stufe). Regelungen zur Berufsausübung betreffen lediglich das „Wie“ des Tätigwerdens und weisen damit im Vergleich die geringste Grundrechtsintensität auf. Subjektive Berufswahlregelungen knüpfen an diejenigen Merkmale, die in der Person selbst wurzeln, an. Dies meint etwa Kenntnisse oder Fähigkeiten wie Vor- und Ausbildung. Objektive Berufswahlregelungen – als grundrechtsintensivste Form der gesetzlichen Regulierung – stellen auf außerhalb der einzelnen Person liegende Umstände ab, also beispielsweise staatliche Kontingentierung. Blickt man in der Folge auf die jeweiligen Anforderungen für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung einer jeden Regelung auf der jeweiligen Stufe, so ist in Anbetracht der abgestuften Intensität der Grundrechtsbetroffenheit zu differenzieren: Die Freiheit der Berufsausübung (1. Stufe) kann beschränkt werden, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls dies zweckmäßig erscheinen lassen. Subjektive Berufswahlregelungen (2. Stufe) sind hingegen nur zum Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter zulässig. Objektive Berufswahlregelungen (3. Stufe) unterliegen einem wesentlich strengeren Maßstab. Sie sind im Allgemeinen nur zulässig, wenn sie zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut notwendig sind.⁵⁴⁴ Das Bundesverfassungsgericht hat allerdings in der Vergangenheit mehrfach entschieden, dass die Differenzierung nach den zuvor genannten Stufen nicht schablonenartig erfolgen darf, insbesondere, wenn sich die Grundrechtsintensität der Regelung durch einen Kollektivbezug bei einem bestimmten Personenkreis in besonderem Maße potenziert. Das bedeutet: Wenn sich eine Berufsausübungsregelung auf eine ganze Gruppe von Betroffenen bezieht und sich damit wie eine (subjektive oder objektive) Berufswahlregelung auswirkt, handelt es

⁵⁴¹ BVerfG, Beschl. v. 26.10.2004 – 1 BvR 981/00, NJW 2004, 3765; Urt. v. 8.4.1997 – 1 BvR 48/94, NJW 1997, 1975; Beschl. v. 1.7.1987 – 1 BvL 21/82, NJW 1988, 964.

⁵⁴² BVerfG, Urt. v. 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78, NJW 1979, 699, 701.

⁵⁴³ BVerfG, Urt. v. 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78, NJW 1979, 699, 701; ähnlich bereits BVerfG, Urt. v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, NJW 1958, 1035, 1037; *Beden*, Arbeitsrechtliche Prognoseentscheidungen, 2020, S. 332.

⁵⁴⁴ BVerfG, Urt. v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, NJW 1958, 1035.

sich – für eben diese Gruppe – um eine Berufsausübungsregelung, die einer Berufswahlregelung gleichkommt und deren Zulässigkeitsvoraussetzungen sie demzufolge erfüllen muss.⁵⁴⁵

Nach diesen Maßstäben müssten Regelungen, durch die höhere Sozialstandards etabliert werden, als bloße Berufsausübungsregelungen durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls, die sich ihrerseits als verhältnismäßig im engeren Sinne darstellen, gerechtfertigt sein. Unabhängig davon, ob man etwa eine Regelung schafft, die es erlaubt, entsprechende Vorgaben im Nahverkehrsplan oder in der Vorabbekanntmachung zu statuieren, die Regelung des § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG auf andere Verkehrsformen ausweitet oder unmittelbar spezifische Schutzvorschriften für Selbständige⁵⁴⁶ – bezogen auf Mindestentgelt, Arbeitszeit oder Sozialversicherung mit korrespondierenden Aufsichtspflichten und Kontrollbefugnissen – festlegt, so knüpfen all diese Möglichkeiten an das „Wie“ der Tätigkeitsausübung an. Mit anderen Worten: Durch die Verpflichtung, bestimmte Sozialstandards einzuhalten – ungeachtet des Umstands, auf welche Weise diese konkret eingeführt werden – wird nicht der Weg zu einem Berufsfeld verschlossen, sodass eine bestimmte Tätigkeit (faktisch) ggf. nicht mehr ausgeübt werden kann. Vielmehr sind lediglich die Modalitäten der Ausübung betroffen, indem in die Freiheit der Unternehmen eingegriffen wird, die mit dem Fahrpersonal bestehenden zivilrechtlichen Vertragsverhältnisse frei auszugestalten bzw. allgemein ihre verantwortlich organisierte Beförderung ohne staatliche Vorgaben durchzuführen.

7.5.4.3 Rechtfertigung

Das Prüfungsprogramm ist damit vorgezeichnet: Es braucht zur Rechtfertigung ein legitimes Ziel in Form vernünftiger Erwägungen des Gemeinwohls, das zu erreichen die beabsichtigte Regelung geeignet, erforderlich und angemessen ist. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit fungiert dabei als maßgebliche Schranken-Schranke der Grundrechtsdogmatik schon wegen der umfassenden Grundrechtsbindung nach Art. 1 Abs. 3 GG für alle drei staatlichen Teilgewalten: Für die Gesetzgebung ebenso wie für die Verwaltung und die Rechtsprechung.⁵⁴⁷ Hierbei hat die Gesetzgebung jedoch einen weiteren Ermessensspielraum als die gesetzessvollziehende Verwaltung. Als Maßstab für die Gesetzgebung wirkt die Verhältnismäßigkeit flächendeckender, greift in politische Zusammenhänge ein und bringt das kontrollierende Gericht in eine Rivalität zur demokratischen Gesetzgebung. Wird mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hingegen ein Akt der Zweiten oder Dritten Gewalt überprüft, sind die Auswirkungen weniger gravierend: die verfassungsgerichtliche Kontrolle wirkt punktuell und nicht generell-abstrakt.⁵⁴⁸ Demgegenüber betont das Bundesverfassungsgericht jedoch zu Recht:

⁵⁴⁵ BVerfG, Urt. v. 23.3.1960 – 1 BvR 216/51, NJW 1960, 715 („Kassenarzt“); vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 16.3.1971 – 1 BvR 52, 665, 667, 754/66, NJW 1971, 1255; Beschl. v. 2.10.1973 – 1 BvR 459 u. 477/72, NJW 1974, 30; Beschl. v. 12.6.1990 – 1 BvR 355/86, NJW 1990, 2306.

⁵⁴⁶ Verfassungsrechtliche Bedenken der Tariftreuerregelungen in Bezug auf die Gesetzgebungskompetenz sowie in Bezug auf die Grundrechte nach Art. 9 S. Abs. 3 GG und Art. 12 GG wurden bereits unter Gliederungspunkt 7.2.4.1.2 erörtert.

⁵⁴⁷ Merten/Papier/Merten, Handbuch der Grundrechte III, 2009, § 68 Rn. 42; v. Mangoldt/Klein/Starck/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 1 Abs. 3 Rn. 285 sieht Art. 1 Abs. 3, die Bindungsklausel, sogar als eigentlichen „Ort“ für die Ansiedlung des Prinzips, geht selbst aber auch von differenzierten Bindungsgraden, je nach Teilgewalt, aus.

⁵⁴⁸ Jestaedt/Lepsius/Lepsius, Verhältnismäßigkeit, 2015, S. 1, 10.

„Es ist vornehmlich Sache des Gesetzgebers, auf der Grundlage seiner wirtschafts-, arbeitsmarkt- und sozialpolitischen Vorstellungen und Ziele und unter Beachtung der Sachgesetzlichkeiten des betreffenden Gebiets zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will. Auch bei der Prognose und Einschätzung gewisser der Allgemeinheit drohender Gefahren, zu deren Verhütung der Gesetzgeber glaubt tätig werden zu müssen, billigt ihm die Verfassung einen Beurteilungsspielraum zu“.⁵⁴⁹

Daher können Maßnahmen, die der Gesetzgeber zum Schutz eines wichtigen Gemeinschaftsguts für erforderlich hält, verfassungsrechtlich nur beanstandet werden, wenn nach den ihm bekannten Tatsachen und im Hinblick auf die bisher gemachten Erfahrungen feststellbar ist, dass Regelungen, die als Alternativen in Betracht kommen, die gleiche Wirksamkeit versprechen, die Betroffenen indessen weniger belasten.⁵⁵⁰ Der Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers ist erst dann überschritten, wenn die gesetzgeberischen Erwägungen so fehlsam sind, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für die getroffene Maßnahme abgeben können.⁵⁵¹

Dies betrifft insbesondere auch das Merkmal der Erforderlichkeit: Unter Erforderlichkeit ist dabei zu verstehen, dass zur Erreichung des Erfolgs das mildeste Mittel gleicher Wirksamkeit eingesetzt werden muss.⁵⁵² Mittel mit ersichtlich größerer Wirksamkeit müssen grundsätzlich bei gleicher Intensität der Beeinträchtigung ebenso den Vorrang haben wie umgekehrt solche mit kaum geringerer Wirksamkeit und deutlich milderem Folgen.⁵⁵³ Bei Gesetzen gilt jedoch vor dem Hintergrund des Prognose- und Beurteilungsspielraums des Gesetzgebers, dass sich die Prüfung darauf beschränkt, lediglich eindeutig fehlende Erforderlichkeit herauszufiltern.⁵⁵⁴ Die im Rahmen dieser gutachterlichen Stellungnahme erwogenen Wege zur Etablierung höherer Sozialstandards sind daher angesichts ihrer unterschiedlichen Eingriffsintensität und Wirksamkeit nicht untereinander zu vergleichen und zu ordnen. Sie sind vielmehr isoliert betrachtet einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterziehen. Die Auswahl einer von mehreren, für sich genommen verhältnismäßigen Varianten ist dann eine politische Entscheidung.

7.5.4.3.1 Vorgabe von Sozialstandards im Nahverkehrsplan

Damit stellt sich zuerst die Frage, ob das im Koalitionsvertrag von März 2018 noch geplante Instrument der Vorgabe von Sozialstandards im Nahverkehrsplan, das gleichwohl nicht Gegenstand des neugefassten PBefG geworden ist, verfassungsrechtlich zu beanstanden wäre. Konkret angedacht war eine Regelung, in der die Geltung sozialer Standards zum Schutze der Beschäftigten sowie qualitativer und ökologischer Standards über die Nahverkehrspläne auch für eigenwirtschaftliche Verkehre angeordnet wird.⁵⁵⁵ Bei dem Schutz der Beschäftigten, der Verbesserung der Konkurrenzsituation und der Vermeidung einer Verschlechterung der Löhne im eigenwirtschaftlichen Verkehr handelt es sich um legitime Ziele im Sinne vernünftiger Erwägungen des Gemeinwohls, die

⁵⁴⁹ BVerfG, Beschl. v. 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82, 1 BvR 1468/82, 1 BvR 1623/82, BVerfGE 77, 84, 106.

⁵⁵⁰ BVerfG, Beschl. v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, NJW 2007, 51; BVerfG, Beschl. v. 14.10.1975 – 1 BvL 35/70, 1 BvR 307/71, 61 und 255/73, 195/75, NJW 1976, 179; BVerfG, Beschl. v. 18.12.1968 – 1 BvL 5, 14/64, 5, 11, 12/65, NJW 1969, 499.

⁵⁵¹ BVerfG, Beschl. v. 12.12.2006 – 1 BvR 2576/04, NJW 2007, 979; BVerfG, Urt. v. 16.3.2004 – 1 BvR 1778/01, NVwZ 2004, 597.

⁵⁵² BVerfG, Beschl. v. 14.1.2014 – 1 BvR 2998/11, 236/12, BVerfGE 135, 90; BVerfG, Beschl. v. 8.6.2010 – 1 BvR 2011, 2959/07, BVerfGE 126, 112; BVerfG, Urt. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370, 595/07, BVerfGE 120, 274; Sachs/Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 20 GG Rn. 152.

⁵⁵³ Sachs/Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 20 GG Rn. 153.

⁵⁵⁴ BVerfG, Urt. v. 17.3.2004 – 1 BvR 1266/00, BVerfGE 110, 177; BVerfG, Beschl. v. 18.12.1968 – 1 BvL 5, 14/64, 5, 11, 12/65, BVerfGE 25, 1; Sachs/Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 20 GG Rn. 153.

⁵⁵⁵ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, Z. 5723 ff.

auch durch die Vorgabe von Sozialstandards im Nahverkehrsplan gefördert werden können. Der Gesetzgeber darf auch im Rahmen seines Prognosespielraums davon ausgehen, dass andere Mittel bei gleicher Wirksamkeit nicht ebenso mild wären. Eine entsprechende Regelung müsste sich jedoch auch als verhältnismäßig im engeren Sinne darstellen. Dies verlangt, dass Beeinträchtigungen nicht außer Verhältnis zum verfolgten Zweck stehen, dass sie bei einer Gesamtbewertung angemessen und für die Betroffenen zumutbar sind.⁵⁵⁶

Im Rahmen der hier vorzunehmenden Abwägung fällt zunächst ins Gewicht, dass der Nahverkehrsplan nach derzeitiger Regelung nicht streng verbindlich ist und ein Eingriff in die Berufsfreiheit der die Beförderung durchführenden Unternehmen lediglich mittelbar – über die Berücksichtigung im Genehmigungsverfahren – erfolgen könnte. Unter dem Aspekt, dass die Genehmigungsbehörde an den Nahverkehrsplan gemäß § 8 Abs. 3a PBefG nicht strikt gebunden ist, sondern diesen nach derzeitiger Regelung nur in ihre Ermessenserwägungen im Rahmen des Genehmigungsverfahrens einbeziehen muss,⁵⁵⁷ mag man eine eher geringe Intensität des mittelbaren Eingriffs annehmen. Denn wenn es dem Aufgabenträger nach einer entsprechenden gesetzlichen Regelung offensteht, überhaupt einen Nahverkehrsplan aufzustellen, bzw. die Genehmigungsbehörde einen Ermessensspielraum hinsichtlich der Vorgaben hat, kann dies im Einzelfall letztlich auch zu gar keinem oder einem jedenfalls geringen Eingriff in die Berufsfreiheit der Beförderungsunternehmen führen. Besteht gar kein Nahverkehrsplan, erfährt ein Beförderungsunternehmen im Genehmigungsverfahren auch keine besonderen Einschränkungen. Die Eingriffsintensität hängt damit letztlich von der konkreten Ausgestaltung der Vorschrift ab: Wird der Aufgabenträger verpflichtet, einen Nahverkehrsplan aufzustellen, an dessen Vorgaben die Genehmigungsbehörde gebunden ist, ist die Eingriffsintensität erheblich höher als bei fakultativer Aufstellung eines Nahverkehrsplans und einem (zusätzlichen) Ermessensspielraum der Behörde im Genehmigungsverfahren.

Auf der anderen Seite ist gerade ein großer Spielraum des Aufgabenträgers bezogen auf die Ermittlung der Verpflichtungen des personenbeförderungsrechtlichen Unternehmers problematisch: Wird ein Nahverkehrsplan aufgestellt, ist die Behörde hinsichtlich der Formulierung konkreter Sozialstandards – ungeachtet ihrer Bindung an Recht und Gesetz gemäß Art. 20 Abs. 3 GG – weitgehend frei. Auf diese Weise ist für ein Unternehmen, dem die Einhaltung der vorgesehenen Sozialstandards obliegen würde, nicht von vornherein transparent erkennbar, welche konkreten Maßnahmen es zu ergreifen hat. Hinzu kommt, dass durch die Vorgabe von Sozialstandards im Nahverkehrsplan die Verantwortlichkeit für den entsprechenden Grundrechtseingriff unter Umständen nicht mehr klar erkennbar ist. Jeder Grundrechtseingriff muss einem spezifischen Träger der öffentlichen Gewalt zurechenbar sein. Rechtssicherheit erfordert stets ausreichende Klarheit des Bestandes und des Inhalts der jeweiligen Staatsakte.⁵⁵⁸ Wird die Verantwortung für die Aufstellung von Sozialstandards zwischen Aufgabenträger und Genehmigungsbehörde für den Betroffenen intransparent verteilt, kann dies unter dem Gesichtspunkt einer unklaren Verantwortlichkeit zu einer Intensivierung der Eingriffsqualität führen.

Unter Berücksichtigung dieser Unsicherheiten wird man eine entsprechende Regelung zur verhältnismäßigen Ausgestaltung jedenfalls an § 8 Abs. 3 S. 2 ÖPNVG NRW annähern müssen, denn in dieser Vorschrift finden sich hinreichend konkrete Anknüpfungspunkte zur Bestimmung der

⁵⁵⁶ Sachs/Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 20 GG Rn. 154 m.w.N.

⁵⁵⁷ Blietzki, NZV 2000, 313, 313 f.; Rodi, DVBl. 2020, 1396, 1398.

⁵⁵⁸ Maunz/Dürig/Grzeszick, 94. EL Januar 2021, Art. 20 GG Rn. 51.

Sozialstandards. Nach § 8 Abs. 3 S. 2 ÖPNVG NRW sind in den in Nahverkehrsplänen Vorgaben zur „Entlohnung des eingesetzten Personals bei den Verkehrsunternehmen nach Maßgabe einschlägiger und repräsentativer Tarifverträge“ aufzunehmen. Diese Formulierung bewirkt, dass im ÖPNV die Tariftreue unabhängig von der konkreten genehmigungs- oder vergaberechtlichen Ausgestaltung sichergestellt ist, denn die Abweichung eines Genehmigungsantrages von dieser Vorgabe führt in der Regel dazu, dass der beantragte Verkehr versagt wird.⁵⁵⁹ Was die Repräsentativität von Tarifverträgen angeht, verweist die Gesetzesbegründung auf das Tariftreue- und Vergabegesetz NRW und die entsprechende Rechtsverordnung.⁵⁶⁰ Durch diese Anknüpfung an die Repräsentativität von Tarifverträgen bestehen rechtssichere Maßstäbe zur Vorgabe von Sozialstandards, die der Adressat der Pflichten zweifelsfrei ermitteln könnte. Aus dieser Perspektive wird man eine Regelung, die ähnlich der Vorschrift nach § 8 Abs. 3 S. 2 ÖPNVG NRW ausgestaltet ist, für verhältnismäßig im engeren Sinne halten dürfen.

7.5.4.3.2 Vorgabe von Sozialstandards in der Vorabbekanntmachung

Als mögliches Instrument zur Etablierung von Sozialstandards im Bereich von Genehmigungssachverhalten wird auch die Vorabbekanntmachung nach § 8a Abs. 2 PBefG diskutiert, in der nach gegenwärtiger Rechtslage ausschließlich in Vergabesituationen Sozialstandards durch die Behörde formuliert werden können.⁵⁶¹ § 13 Abs. 2a S. 2 ff. PBefG knüpft die Erteilung der Genehmigung grundsätzlich an die Einhaltung der in der Vorabbekanntmachung beschriebenen Anforderungen:

„²Die Genehmigung ist zu versagen, wenn ein in der Frist nach § 12 Absatz 6 gestellter Antrag die in der Vorabbekanntmachung beschriebenen Anforderungen nicht erfüllt oder sich nur auf Teilleistungen bezieht, es sei denn, die zuständige Behörde erteilt gegenüber der Genehmigungsbehörde ihr Einvernehmen zu den beantragten Abweichungen. ³Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn der beantragte und in seinen Bestandteilen verbindlich zugesicherte Verkehr mindestens dem bisherigen Verkehrsangebot entspricht und darüber hinaus von den in der Vorabbekanntmachung beschriebenen weitergehenden Anforderungen zur Sicherstellung der ausreichenden Verkehrsbedienung nur unwesentlich abweicht. ⁴Als wesentlich gelten grundsätzlich Abweichungen von Anforderungen zu Linienweg und Haltestellen, zu Bedienungshäufigkeit und Bedienungszeitraum, zur Abstimmung der Fahrpläne und zur Barrierefreiheit. ⁵Das Gleiche gilt für Anforderungen zur Anwendung verbundener Beförderungstarife und Beförderungsbedingungen, für die ein Ausgleich nach der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 gezahlt werden soll. ⁶Sofern diese Abweichungen Anforderungen betreffen, die über das bisherige Verkehrsangebot hinausgehen, sind sie nur dann wesentlich, wenn der Unternehmer, der diesen Verkehr bisher betrieben hat, hierzu angehört wurde und diese Anforderungen für die ausreichende Verkehrsbedienung erforderlich sind.“

Dies zugrunde legend könnte man erwägen, in der Vorabbekanntmachung bereits spezifische Sozialstandards vorzugeben. Die Idee ist nicht neu: Wie dargelegt, hatte der Bundesrat bereits im Jahr 2017 den Vorstoß im Wege des Entwurfs eines neuen § 8a Abs. 2 S. 4 Nr. 1 PBefG-E in Korrespondenz mit einer Regelung in § 13 Abs. 2a S. 4 PBefG-E gemacht,⁵⁶² der jedoch der

⁵⁵⁹ LT-NRW-Drucks. 16/12435, S. 33.

⁵⁶⁰ LT-NRW-Drucks. 16/12435, S. 33.

⁵⁶¹ S. hierzu Gliederungspunkt 7.5.1.3.

⁵⁶² BT-Drucks. 18/11748.

Diskontinuität unterfiel. Hiernach sollte unter anderem eine Regelung eingefügt werden, nach der die zuständige Behörde Anforderungen zur Bindung an soziale Standards, insbesondere zu Mindestentgelten und Arbeitsbedingungen nach für die Leistungserbringung im Öffentlichen Personennahverkehr im jeweiligen Bundesland einschlägigen oder nach Landesrecht repräsentativen Tarifverträgen festlegen kann. Korrespondierend war geplant, in § 13 Abs. 2a S. 4 PBefG aufzunehmen, dass eine wesentliche Abweichung von den Vorgaben der Vorabbekanntmachung insbesondere bei Abweichungen zu den Anforderungen nach § 8a Abs. 2 S. 4 PBefG anzunehmen ist.⁵⁶³

Verfassungsrechtlich mag man bei der Schaffung einer solchen Regelung wohl keine Schwierigkeiten sehen: Die Vorgabe von Sozialstandards in der Vorabbekanntmachung ist geeignet, das benannte Ziel, soziale und qualitative Standards im Interesse der Beschäftigten und der Fahrgäste, zu fördern. Zudem wird man davon ausgehen können, dass der Gesetzgeber eine entsprechende Regelung für erforderlich halten darf. Gleiches gilt für die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne: Soweit eine dem § 8a Abs. 2 S. 4 Nr. 1 PBefG-E entsprechende Regelung gewählt würde, würde der Behörde durch die Anknüpfung an die im jeweiligen Bundesland einschlägigen oder nach Landesrecht repräsentativen Tarifverträge ein rechtssicherer Handlungsrahmen vorgegeben – ähnlich einer Vorgabe im Nahverkehrsplan nach dem Vorbild des § 8 Abs. 3 S. 2 ÖPNVG NRW. Für den Adressaten der Schutzpflichten bestünde insoweit hinreichende Klarheit, welche Sozialstandards konkret einzuhalten wären. Auf diese Weise würde auch – was auch in der Gesetzesbegründung vorgebracht wurde – bundesweite Rechtssicherheit bei der Konkurrenz von eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistungen mit der geplanten Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge erlangt werden.⁵⁶⁴ Die Durchsetzung von Sozialstandards in Genehmigungssachverhalten sowie die Herstellung einer Einheitlichkeit der für bestellte und eigenwirtschaftliche Verkehre geltenden Bedingungen sind gewichtige Gemeinwohlbelange, die die auf der anderen Seite liegende Vertrags- und Dispositionsfreiheit des Unternehmers überwiegen. Dies gilt umso deutlicher, wenn die Regelung lediglich – wie ursprünglich geplant – vorsieht, dass die Behörde in der Vorabbekanntmachung Sozialstandards in Anknüpfung an die repräsentativen Tarifverträge festlegen „kann“. In diesem Fall hat stets eine Interessenabwägung im Einzelfall zu erfolgen, die die Eingriffsintensität einer entsprechenden Regelung gering hält.

7.5.4.3.3 Ausweitung der in § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG getroffenen Regelung auf andere Verkehrsformen

Als weitere Variante steht die Ausweitung der in § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG getroffenen Regelung, die der Genehmigungsbehörde zum Schutze öffentlicher Verkehrsinteressen die Möglichkeit einräumt, Vorgaben zu Sozialstandards festzulegen, auf andere Verkehrsformen zur Diskussion. Offensichtlich ist auch hier zunächst die Eignung der Maßnahme zur Verfolgung eines legitimen Ziels: Vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls könnten durch gleichlautende Regelungen bezogen auf andere Verkehrsformen grundsätzlich gefördert werden. Will man freilich den Charakter des PBefG nicht grundlegend ändern, muss eben der Nexus zu den Verkehrsinteressen weiterhin gewahrt bleiben.

Dabei ist zudem zu beachten, dass ein konkreter Bedarf für die Schaffung von Sozialstandards in anderen Verkehrsformen in jedem Fall dargelegt werden müsste. Maßnahmen zur Schaffung höherer Sozialstandards müssen zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit spezifisch auf den Sektor bezogen sein. Sie dürfen nicht Ausdruck einer pauschalen Erhöhung des Schutzniveaus sein, ohne dass

⁵⁶³ BT-Drucks. 18/11748, S. 7 f.

⁵⁶⁴ BT-Drucks. 18/11748, S. 14.

entsprechende Missstände in dem jeweiligen Teilbereich der Verkehrsmobilität überhaupt zu verzeichnen wären. Der Gesetzgeber hat für den gebündelten Bedarfsverkehr ein Regelungsbedürfnis gesehen und speziell für diesen Bereich eine Neuregelung geschaffen. Dort, wo es aber an der spezifischen Schutzbedürftigkeit der Beschäftigten fehlt, stellt sich die Schaffung von Schutznormen als unverhältnismäßiger Eingriff in die Berufsfreiheit der im Verkehrssektor agierenden Unternehmen dar. Angesichts des Umstandes, dass beispielsweise der Verkehr mit Taxen bereits Regulierungen unterliegt, erscheint es zweifelhaft, ob bezüglich anderer Verkehrsformen überhaupt ein gleichwertiges oder jedenfalls ähnliches Schutzbedürfnis besteht. Ein solches müsste jedenfalls konkret dargelegt und ggf. nachgewiesen werden – schon für den gebündelten Bedarfsverkehr – den es bislang ja kaum gibt – ist es nicht dargelegt worden.

Unterstellt man aber einen entsprechenden, konkret dargelegten und spezifisch auf den Sektor zugeschnittenen Bedarf für eine Verbesserung bestimmter Arbeitsbedingungen, ist eine Anpassung der Genehmigungsverfahren dahingehend, dass die Genehmigungsbehörde bestimmte Sozialstandards vorgeben kann, ein taugliches Mittel, um einem Wettbewerb zulasten fairer Arbeitsbedingungen entgegenzuwirken. Unter Berücksichtigung des Beurteilungsspielraums des Gesetzgebers ist auch keine offensichtlich effektivere Maßnahme ersichtlich, die gleich oder sogar weniger einschneidend wäre.

Ob sich eine entsprechende Regelung als verhältnismäßig im engeren Sinne darstellen würde, kann insbesondere unter dem Gesichtspunkt der bereits thematisierten Systemfremdheit einer solchen Vorschrift gegenüber der Vorgabe von Sozialstandards im Nahverkehrsplan nicht eindeutig beantwortet werden. Dass die Systemkonformität in die grundrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung einfließt, ist anerkannt: Da das Angemessenheitserfordernis selbst keine inhaltlichen Aussagen darüber erteilt, welche Auswirkungen und Bedingungen eines staatlichen Eingriffs in die Abwägung einzubeziehen sind, ist zur Vermeidung der Beliebigkeit der Maßstäbe primär auf die in der Rechtsordnung enthaltenen Wertentscheidungen für den betroffenen Rechtsbereich zurückzugreifen.⁵⁶⁵ Diese streiten hier gegen eine Übertragbarkeit der in § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG getroffenen Regelung. Wie bereits erörtert,⁵⁶⁶ führt die Verortung der Kompetenz, relevante Sozialstandards vorzugeben, bei der Genehmigungsbehörde zur Frage nach Kriterien, anhand derer sich die Behörde bei der Festlegung der Sozialstandards zu orientieren hat. Auf welche Weise die Genehmigungsbehörde die Grenzen dessen festsetzt, was sie als hinreichenden Sozialstandard erachtet, kann jedoch weder dem Gesetz noch seiner Begründung entnommen werden; die Genehmigungsbehörde scheint hier vielmehr vorbehaltlich ihrer Bindung an Recht und Gesetz gemäß Art. 20 Abs. 3 GG weitgehend frei zu sein – eine Regelung, die vor dem Hintergrund fehlender Transparenz für den Adressaten festgelegter Schutzpflichten problematisch erscheint. In diesem Zusammenhang ist ebenfalls zu berücksichtigen, dass das PBefG im Übrigen die primäre Zuständigkeit des Aufgabenträgers statuiert und die Behörde gemäß § 8 Abs. 3 S. 1, Abs. 3a S. 1 PBefG lediglich dienend tätig werden soll.⁵⁶⁷ Die Kompetenz der Genehmigungsbehörde, Sozialstandards im ÖPNV vorzuschreiben, ist gänzlich neu und dem PBefG fremd. Sie mag dort zulässiges Instrument sein, wo in besonderem Maße die Gefahr eines Verdrängungswettbewerbs und kritikwürdiger Arbeitsbedingungen sowie ein Bedürfnis nach der spezifischen Berücksichtigung lokaler Gegebenheiten bestehen. Dies muss aber – wie dargelegt – für die jeweilige Verkehrsform stets konkret dargelegt und ggf. nachgewiesen werden. Die Regelung generell auf weitere

⁵⁶⁵ Sachs/Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 20 GG Rn. 155.

⁵⁶⁶ S. Gliederungspunkt 7.5.1.4.4.

⁵⁶⁷ Vgl. Saxinger/Winnes, Recht des öffentlichen Personennahverkehrs, Stand: 1.12.2020, § 13 S. Abs. 2a PBefG Rn. 13.

Verkehrsformen auszuweiten, erscheint jedoch wegen ihres Ausnahmecharakters im System des PBefG auch verfassungsrechtlich problematisch.

7.5.4.3.4 Schutzvorschriften zugunsten Selbständiger

Damit verbleibt noch die Frage, ob spezifische Schutzvorschriften zugunsten Selbständiger, die unmittelbar durch den Bundesgesetzgeber geschaffen werden, mit Art. 12 GG vereinbar wären. Freilich wird man auch hier stets an das konkret gewählte Instrument und seine individuelle Ausgestaltung anknüpfen müssen, sodass sich pauschale Aussagen im Rahmen einer vorgezogenen verfassungsrechtlichen Prüfung verbieten. Allgemein wird man indes unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bereits verschiedene Wertungstendenzen ausmachen können.

7.5.4.3.4.1 Mindestentgelte

Hinsichtlich der Einführung von Mindestentgelten für Selbständige gilt: Eine entsprechende Regelung wäre zweifelsohne geeignet, das benannte Ziel, die Gewährleistung angemessener Löhne und die Erhöhung des Schutzniveaus selbständig Tätiger, zu erreichen. Es ist auch keine Maßnahme ersichtlich, die weniger einschneidend, aber gleich geeignet auf die Verbesserung der Entgeltbedingungen hinwirken könnte. Unter Berücksichtigung der weiten Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers wird man auch die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne – vorbehaltlich der notwendigen Berücksichtigung der konkret gewählten Mindestentgelthöhe – wohl eher bejahen dürfen: Das Bundesverfassungsgericht hat vergleichbare Eingriffe im Arbeitsrecht – durch das Tariftreuegesetz, das AEntG und das AÜG – in der Vergangenheit nicht beanstandet.⁵⁶⁸ Für den für Arbeitnehmer geltenden Mindestlohn i.S.d. MiLoG wird ganz überwiegend angenommen, dass dieser durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls, konkret sozialpolitische Ziele wie unter anderem die Entlastung der sozialen Sicherungssysteme gerechtfertigt ist.⁵⁶⁹

Unbestritten: Diese Erwägungen bezogen sich nicht auf Selbständige. Man wird sie aber vorsichtig übertragen dürfen. Der Gesetzgeber ist ausdrücklich berechtigt, die über Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit, die auch die Vereinbarung von Entgelten umfasst, gesetzlich zu begrenzen, um damit einem sozialen oder wirtschaftlichen Ungleichgewicht entgegenzuwirken und einen Ausgleich der betroffenen Freiheiten zu bewirken; damit kann Art. 12 GG sogar gebieten, dass der Gesetzgeber im Zivilrecht Vorkehrungen zum Schutz der Berufsfreiheit gegen vertragliche Beschränkungen schafft, wenn es an einem annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten fehlt und damit eine gestörte Vertragsparität zu besorgen ist.⁵⁷⁰ Dies wird man im Beförderungssektor in vielen Fällen annehmen dürfen: Fahrer eines verantwortlich kontrollierenden Beförderungsdienstes befinden sich gegenüber ihren Vertragspartnern regelmäßig in einer strukturell schwächeren Position und erzielen ein Einkommen unterhalb der gesetzlichen Mindestlohngrenze. Ein Mindestentgelt würde ihnen die Sicherung des Existenzminimums ermöglichen, die Steuerzahler langfristig entlasten und die sozialen Sicherungssysteme stabilisieren sowie sozialen und wirtschaftlichen Ungleichgewichten entgegenwirken und auf diese Weise auch Schutz vor einer Verschlechterung des Lohnniveaus in

⁵⁶⁸ S. BVerfG, Beschl. v. 20.3.2007 – 1 BvR 1047/05, NZA 2007, 609; BVerfG, Beschl. v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, NZA 2007, 42; BVerfG, Beschl. v. 29.12.2004 – 1 BvR 2283/03 ua., AP AEntG § 3 Nr. 2; BVerfG, Beschl. v. 18.7.2000 – 1 BvR 948/00, AP AEntG § 1 Nr. 4.

⁵⁶⁹ Exemplarisch *Barczak*, RdA 2014, 290, 296 m.w.N.

⁵⁷⁰ BVerfG, Beschl. v. 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242.

einem Unterbietungswettbewerb gewähren.⁵⁷¹ Dies sind gewichtige Belange des Gemeinwohls. Demgegenüber würde sich der Eingriff in die Berufsfreiheit der Beförderungsunternehmen allein vor dem Hintergrund etwaiger finanzieller Einbußen nicht als gravierender Eingriff darstellen. Ohne spezielle Vorrangfestlegung des Grundgesetzes kann eine Präponderanz einer Seite auch dadurch entstehen, dass mehrere geschützte Anliegen einem einzelnen gegenüber treten.⁵⁷² So liegt der Fall hier. Die Abwägung der widerstreitenden Interessen mag angesichts dessen die Annahme der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit nahelegen – wenn auch Unsicherheiten verbleiben.

7.5.4.3.4.2 Arbeitszeiten

Ähnlich wird man zunächst für die Einführung arbeitszeitrechtlicher Schranken argumentieren können. Auch hier ist die Berufsausübungsfreiheit betroffen: Das „Wie“ umfasst gleichsam das „Wann“ der Berufstätigkeit.⁵⁷³ Vorschriften, die in Parallelität zu den Regelungen für selbständige Kraftfahrer bestimmte Höchstarbeitszeitgrenzen festlegen und zwingende Ruhepausen anordnen – oder alternativ den Anwendungsbereich des KrfArbZG auf die gesamte Kraftfahrerbranche erweitern –, dienen gleichwohl ersichtlich einem legitimen Ziel in Form eines gewichtigen Gemeinwohlbelangs, konkret dem Bedürfnis im Bereich der Personenbeförderung, der Übermüdung von Fahrern und einer damit einhergehenden Gefährdung sowohl der Fahrgäste als auch des Straßenverkehrs vorzubeugen und jedenfalls reflexartig auch dem Gesundheitsschutz der Fahrer. Auch die Erforderlichkeit ist anzunehmen: Der Gesetzgeber darf im Rahmen seines Einschätzungsspielraums davon ausgehen, dass weniger einschneidende Regelungen nicht gleich wirksam die aus Übermüdung der Fahrer resultierende Gefährdung des Straßenverkehrs und der Fahrgäste verhindern sowie die Gesundheit der Beschäftigten des Personenbeförderungsgewerbes schützen können. Die Angemessenheit verschiedener Regelungen, die die Zeit der Berufsausübung betreffen, hat das Bundesverfassungsgericht in der Vergangenheit bejaht.⁵⁷⁴ Exemplarisch formulierte es im Hinblick auf die ehemals geltende Strafnorm des Arbeitszeitrechts:

„Nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG kann die Freiheit der Berufsausübung gesetzlich beschränkt werden, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmäßig erscheinen lassen. Der Grundrechtsschutz beschränkt sich insoweit auf die Abwehr in sich verfassungswidriger, weil etwa übermäßig belastender und nicht zumutbarer gesetzlicher Auflagen (BVerfGE 7, 377 [405 f.]; 14, 19 [22]; 15, 226 [234]). Die Arbeitszeitordnung hält sich innerhalb der hiermit gezogenen Grenzen. Ihre Regelungen beruhen auf vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls. Sie dienen vor allem dem Schutz der Arbeitnehmer gegen übermäßige Ausnutzung und Abnutzung ihrer Arbeitskraft und damit der Erhaltung ihrer Gesundheit (vgl. Denecke, aaO, Rdnr. 3 zu 5 3). Die Arbeitszeitordnung greift weder mit übermäßig belastenden noch mit unzumutbaren gesetzlichen Auflagen in die Berufsausübungsfreiheit der Arbeitgeber ein.“⁵⁷⁵

⁵⁷¹ Zu diesem Ergebnis kommt auch das Gutachten des Hugo Sinzheimer Instituts für Arbeitsrecht in seinem Entwurf eines Gesetzes über Mindestentgeltbedingungen für Selbständige ohne Arbeitnehmer (Solo-Selbständige), HSI-Workung Paper Nr. 12, S. 5 f.

⁵⁷² Sachs/Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 20 GG Rn. 156.

⁵⁷³ Dreier/Wieland, 3. Aufl. 2013, Art. 3 GG Rn. 69; s. hierzu auch BVerfG, Beschl. v. 23.1.1968 – 1 BvR 709/66, BVerfGE 23, 50; BVerfG, Beschl. v. 3.5.1967 – 2 BvR 134/63, BVerfGE 22, 1.

⁵⁷⁴ S. nur BVerfG, Beschl. v. 17.11.1992 – 1 BvR 168, 1509/89, 638, 639/90, BVerfGE 87, 363; BVerfG, Beschl. v. 23.1.1968 – 1 BvR 709/66, BVerfGE 23, 50; BVerfG, Beschl. v. 3.5.1967 – 2 BvR 134/63, BVerfGE 22, 1.

⁵⁷⁵ BVerfG, Beschl. v. 3.5.1967 – 2 BvR 134/63, BVerfGE 22, 1, 20 f.

Vorsichtig übertragen auf die hiesige Konstellation streiten diese Erwägungen – freilich unter Berücksichtigung der jeweils konkreten Ausgestaltung entsprechender Vorschriften – für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Schaffung von Arbeitszeitregelungen für selbständige Fahrer. Denn bei der Verhinderung der Gefährdung des Straßenverkehrs sowie dem Gesundheitsschutz der Fahrer handelt es sich um wichtige Gemeinwohlbelange, denen gegenüber dem Interesse des Auftraggebers, den Fahrer flexibel, möglichst ununterbrochen und für einen langen Zeitraum für Beförderungen einzusetzen, abstrakt betrachtet der Vorrang gebührt.

Zweifel ergeben sich auf der anderen Seite aus der Systemwidrigkeit einer entsprechenden Regelung respektive der Erweiterung des Geltungsbereichs des KrArbZG auf alle selbständigen Kraftfahrer. Wie bereits dargelegt, haben Bundesrat und Bundesregierung bereits im Gesetzgebungsverfahren zum KrfArbZG explizit kundgetan, dass sie die Einbeziehung von echten Selbständigen in weitgehende Arbeitszeitregelungen für einen Fremdkörper im geltenden Arbeits- und Wirtschaftsrecht erachten.⁵⁷⁶ Wiederum gilt, dass der Aspekt der Systemkonformität auch im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung Bedeutung hat: Zur Vermeidung der Beliebigkeit der Maßstäbe ist bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung primär auf die in der Rechtsordnung enthaltenen Wertentscheidungen für den betroffenen Rechtsbereich zurückzugreifen.⁵⁷⁷ Vor diesem Hintergrund verbleiben erhebliche verfassungsrechtliche Unsicherheiten, sodass von einer entsprechenden Regelung im Zweifel abzuraten ist.

7.5.4.3.4.3 Sozialversicherung

Ebenfalls erwogen wird die Einbeziehung Selbständiger in die Sozialversicherung.⁵⁷⁸ Dies dient dem legitimen Ziel, Selbständige durch die Gewährleistung einer sicheren Altersversorgung zu schützen, das auch durch keine mildere Maßnahme effektiver erreicht werden könnte. Im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist der weite Entscheidungsspielraum zu berücksichtigen, der dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Sozialversicherungssystems zukommt: Er darf das Sozialversicherungsrecht fortentwickeln, solange diese Änderungen nicht derart radikal sind, dass sie das System der sozialen Sicherung vollständig verändern und damit den Typus der Sozialversicherung insgesamt antasten.⁵⁷⁹ Innerhalb dieser Grenzen ist der Gesetzgeber jedoch weitgehend ungebunden.⁵⁸⁰ Auf dieser Basis ist es ihm mithin auch möglich, Selbstständige in den Mitgliederkreis der Sozialversicherung einzubeziehen; da er dies – wie dargelegt⁵⁸¹ – für bestimmte Berufsgruppen bereits getan hat, erscheint der Einbezug weiterer Berufsgruppen verfassungsrechtlich grundsätzlich unbedenklich.

Ein anderes Ergebnis mag man auch nicht aus gleichheitsrechtlichen Umständen herleiten. Zweifelsohne: Dass Gleichheitsaspekte die Eingriffsintensität der betreffenden Regelung im Kontext grundrechtlicher Freiheiten mitbestimmen, ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

⁵⁷⁶ BT-Drucks. 17/8988, S. 13, 14.

⁵⁷⁷ Sachs/Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 20 GG Rn. 155.

⁵⁷⁸ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 19. Legislaturperiode v. 12.3.2018, Rn. 4290 ff.

⁵⁷⁹ V. Mangoldt/Klein/Starck/Oeter, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 105; ähnlich Dreier/Wittreck, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 75 Rn. 61; v. Münch/Kunig/Broemel, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 74 Rn. 52.

⁵⁸⁰ BVerfG, Beschl. v. 18.7.2005 – 2 BvF 2/01, BVerfGE 113, 167, 220; Beschl. v. 9.11.1988 – 1 BvL 22/84 u.a., BVerfGE 79, 87, 98; v. Mangoldt/Klein/Starck/Wollenschläger, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 273.

⁵⁸¹ S. oben unter Gliederungspunkt 7.5.3.1.2.3.

anerkannt.⁵⁸² Nicht nur in der Prüfung des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG ist zu berücksichtigen, inwieweit sich Ungleichbehandlungen auf die Ausübung von Freiheitsrechten auswirken können;⁵⁸³ umgekehrt können auch Ungleichbehandlungen dazu führen, dass sich Eingriffe in Freiheitsgrundrechte als besonders intensiv darstellen.

So hat das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung zu Einstellungshöchstaltersgrenzen exemplarisch ausgeführt, dass diese unter anderem deswegen einen schwerwiegenden Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG darstellen, weil sie durch den Ausschluss älterer Bewerber ohne Rücksicht auf Eignung, Befähigung und fachliche Leistung zu einer eignungswidrigen Ungleichbehandlung von einiger Intensität führen.⁵⁸⁴ Gleichwohl ist stets der weite Spielraum des Gesetzgebers zu berücksichtigen: Erkennt der Gesetzgeber besondere Missstände in einem bestimmten Sektor, so kann er nur für diesen Sektor spezifische Maßnahmen vorsehen, ohne gegen den allgemeinen Gleichheitssatz zu verstoßen. Das Bundesverfassungsgericht hat exemplarisch zum sektoralen Verbot der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe ausgeführt:

„Der Beschränkung des Verbotes auf den Verleih in Betriebe des Baugewerbes liegt die sachlich vertretbare Einschätzung des Gesetzgebers zugrunde, dort seien die durch legale und illegale Leiharbeit bewirkten Störungen, Gefahren und Mißstände besonders ausgeprägt gewesen. Im Vergleich zu den anderen Schwerpunkten illegalen Verleihs weist die Produktion in der Bauwirtschaft nach der vertretbaren Beurteilung des Gesetzgebers branchenspezifische Besonderheiten auf, die nach Art und Gewicht eine Beschränkung des Verbotes auf das Baugewerbe rechtfertigen.“⁵⁸⁵

Übertragen auf den hiesigen Fall heißt das, dass der Gesetzgeber, soweit er besondere Missstände in der Beförderungsbranche erkennt, hier auch Sonderregeln vorsehen kann, ohne gegen den allgemeinen Gleichheitssatz gemäß Art. 3 Abs. 1 GG zu verstoßen. Diese Missstände müssen freilich an objektive, also empirisch messbare Kriterien anknüpfen und dürfen sich nicht in einer pauschalen Annahme der Schutzbedürftigkeit selbständiger Fahrer erschöpfen.

Im Hinblick auf die Gesetzgebungskompetenz bestehen insoweit ebenfalls – wie bereits darlegt⁵⁸⁶ – keine Bedenken, da dem Bundesgesetzgeber gemäß Art. 74 Nr. 12 GG die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet der „Sozialversicherung einschließlich der Arbeitslosenversicherung“ zusteht. Dabei ist nach der Rechtsprechung des BVerfG ein weites Verständnis zugrunde zu legen.⁵⁸⁷

7.5.4.3.4.4 Aufsichtspflichten und Kontrollbefugnisse

Soweit man dem Unternehmen, das die Beförderung durchführt oder verantwortlich kontrolliert, entsprechende Schutzpflichten auferlegt, erscheint es sinnvoll, konkrete Aufsichtspflichten und damit korrespondierende Kontrollbefugnisse seitens einer Aufsichtsbehörde zu schaffen, um die Einhaltung ebendieser Sozialstandards im laufenden Vertragsverhältnis auch überprüfen zu können. Verfassungsrechtlich ergeben sich hier keine Bedenken, soweit sich die spezifische Vorschrift, die

⁵⁸² Exemplarisch BVerfG, Beschl. v. 21.4.2015 – 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12, NVwZ 2015, 1279, 1282 Rn. 68; Urt. v. 30.7.2008 – 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08, NJW 2008, 2409, 2414 Rn. 124.

⁵⁸³ In Bezug auf Art. 12 Abs. 1 GG BVerfG, Beschl. v. 14.4.2010 – 1 BvL 8/08, BeckRS 2010, 49565, Rn. 52.

⁵⁸⁴ BVerfG, Beschl. v. 21.4.2015 – 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12, NVwZ 2015, 1279, 1282 Rn. 68.

⁵⁸⁵ BVerfG, Beschl. v. 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u. a., NJW 1988, 1195, 1198.

⁵⁸⁶ S. oben unter Gliederungspunkt 7.2.4.1.2.

⁵⁸⁷ BVerfG, Urt. v. 10.5.1960 – 1 BvR 190/58 u.a., BVerfGE 11, 105, 112.

abgesichert wird, selbst als verfassungsgemäß darstellt. Denn in diesem Fall handelt es sich bei einer Aufsichtspflicht respektive einer Pflicht zur Duldung von Kontrollen durch eine Aufsichtsbehörde um einen bloßen Annex ohne selbständigen Eingriffsgehalt.

Ein Beispiel macht es plastisch: Unterstellt, der Gesetzgeber würde eine Höchstarbeitszeitregelung für selbständige Fahrer einführen, dann enthält eine hiermit korrespondierende Regelung, die die Überwachung der Einhaltung der Arbeitszeitregelung durch eine Aufsichtsbehörde anordnet, kein Mehr an Eingriffsqualität.

Angesichts dessen gelten für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Aufsichts- und Kontrollpflichten dieselben Anforderungen wie für die zu ihnen gehörenden Sozialstandards.

7.5.4.3.4.5 Differenzierung zwischen Beförderer nach § 1 Abs. 1a und Vermittler nach § 1 Abs. 3 PBefG

Die Verhältnismäßigkeit einer spezifischen Regelung wird man letztlich auch vom Adressaten der Maßnahme abhängig machen müssen. Das oben Gesagte gilt für Unternehmer im personenbeförderungsrechtlichen Sinne, also gemäß der neuen Vorschrift nach § 1 Abs. 1a PBefG auch für solche Personen, die die Vermittlung und Durchführung der Beförderung vertraglich und organisatorisch verantwortlich kontrollieren, die also die Macht über die Beförderungserbringung ausüben (Beförderer). Dagegen erscheint es verfassungsrechtlich problematisch, in gleicher Weise Vermittler i.S.v. § 1 Abs. 3 PBefG an Sozialstandards zu binden. Zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit muss bei einer Gesamtabwägung stets zwischen der Schwere des Eingriffs einerseits und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe andererseits die gesetzliche Regelung insgesamt die Grenze der Zumutbarkeit noch wahren; die Maßnahme darf also die Betroffenen nicht übermäßig belasten.⁵⁸⁸

Bei der Verpflichtung von Vermittlern i.S.d. PBefG ist die Gefahr indes groß, diese Zumutbarkeitsgrenze zu überschreiten. Denn: Zwar unterliegen auch Vermittler nach § 1 Abs. 3 PBefG teilweise den Regelungen des PBefG. So trifft sie die Pflicht zur Bereitstellung von Mobilitätsdaten gemäß § 3a PBefG. Daran, dass sie gemäß § 2 Abs. 1b PBefG jedoch ausdrücklich vom Genehmigungserfordernis ausgenommen sind, erkennt man jedoch, dass sie anders als die von § 1 Abs. 1a PBefG erfassten Beförderer (z. B. Plattformdienste, die die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1a PBefG erfüllen) als nicht in gleicher Weise für die Beförderungserbringung verantwortlich angesehen werden. Unter Berücksichtigung ihres deutlich verringerten oder unter Umständen sogar gänzlich fehlenden Einflusses auf die Beförderungsleistung wird man ihnen die Einhaltung hierauf bezogener Schutzvorschriften regelmäßig nicht zumuten können. Von einer entsprechenden Regelung ist vor dem Hintergrund erheblicher verfassungsrechtlicher Bedenken abzuraten.

7.5.4.3.4.6 Die Eckpunkte des BMAS für „faire Arbeit in der Plattformökonomie“ als Leitfaden

Diese Erwägungen zugrunde legend mögen die sehr hilfreichen und klugen Eckpunkte, die das BMAS für „faire Arbeit in der Plattformökonomie“ entwickelt hat,⁵⁸⁹ Leitlinien zur Umsetzung des spezifischen Schutzes zugunsten Selbständiger bilden. Um die Gewährleistung und Förderung plattformbasierter Geschäftsmodelle zur Vermittlung von Arbeit und Dienstleistungen und die

⁵⁸⁸ BVerfG, Beschl. v. 8.6.2010 – 1 BvR 2011, 2959/07, BVerfGE 126, 112 m.w.N.

⁵⁸⁹ Abrufbar unter <https://www.denkfabrik-bmas.de/schwerpunkte/plattformoekonomie/eckpunkte-des-bmas-fuer-faire-arbeit-in-der-plattformoekonomie> (letzter Abruf: 26.08.2021). Daz auch *Thüsing/Hütter-Bungs*, Plattformökonomie neu gedacht, Festschrift für Ingrid Schmidt, 2021.

Etablierung arbeits- und sozialrechtlicher Schutzmechanismen für Solo-Selbständige in schonenden Ausgleich zu bringen, hat das BMAS die folgenden sechs Lösungsansätze entwickelt, die sich mit den obigen Überlegungen weitgehend decken und dort, wo sie darüber hinausgehen, konkrete Schutzmaßnahmen für den Verkehrssektor formulieren können:

- Generell sollen nach dem Eckpunktepapier Arbeitsplattformen, die sich nicht auf Vermittlungstätigkeiten beschränken, sondern unter Ausnutzung der strukturellen Besonderheiten der Plattformökonomie als zentrale, steuernde Akteure im Dreiecksverhältnis zwischen Kunden/Auftraggeber, Plattformtätigen und Plattformbetreiber Einfluss auf die Vertragsgestaltung und -durchführung nehmen, stärker in die Verantwortung genommen werden. In Abgrenzung hierzu sollen Plattformen, die ihre Tätigkeit auf die bloße Kontaktherstellung beschränken, die mithin als „reine“ Vermittler zu charakterisieren sind, allein von Melde- und Statistikregelungen erfasst werden. Speziell für den Verkehrssektor bedeutet dies, dass – wie oben bereits dargelegt⁵⁹⁰ – allein solchen Plattformbetreibern spezifische Schutzpflichten auferlegt werden sollen, die sich vor dem Hintergrund ihres Einflusses auf die Vertragsgestaltung und -abwicklung letztlich als Erbringer der Beförderungsleistung darstellen.
- Ein weiterer Aspekt betrifft den Einbezug Selbständiger in die Sozialversicherung: Konkret ist die Stärkung des sozialen Schutzes durch die Einbeziehung solcher selbständiger Plattformtätiger, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern vergleichbar schutzbedürftig sind, in die gesetzlichen Rentenversicherung avisiert, womit eine entsprechende finanzielle Beteiligung der Plattformbetreiber einhergeht. Hintergrund dieses Lösungsansatzes ist der Gedanke, dass sich Selbständige grundsätzlich privat gegen die Risiken Alter, Erwerbsunfähigkeit, Krankheit, Pflege, Arbeitsunfall und Arbeits- oder Auftragslosigkeit absichern müssen, aufgrund ihrer regelmäßig niedrigen Einkünfte indes faktisch oftmals keine Vorsorge treffen können, wohingegen Plattformbetreiber, die bislang nicht an den Kosten der sozialen Sicherung beteiligt sind, die wesentlichen Vorteile aus der Vertragsbeziehung generieren. Unter Berücksichtigung dieses in vielen Fällen bestehenden Ungleichgewichts der Vertragskräfte prüft das BMAS zudem, ob Beiträge der Plattformen auch für weitere Sozialversicherungszweige, beispielsweise die Krankenversicherung, vorgesehen werden können. Gleiches gilt für den Bereich der Unfallversicherung: Da ortsgebundene Plattformarbeit im öffentlichen Raum – etwa im Mobilitätsdienstleistungssektor – mit besonderen Unfallrisiken verbunden ist, beabsichtigt das BMAS, die Option einer Beitragstragung in der Unfallversicherung durch die Plattformbetreiber zu prüfen. Alternativ wird erwogen, in den Bereichen, in denen die Berufsgenossenschaften eine Pflichtversicherung per Satzung vorsehen, zu prüfen, ob für den Fall eines Beitragsausfalls durch den Plattformtätigen eine Ausfallhaftung für Plattformbetreiber vorgesehen werden könnte. Hiermit einhergehend plant das BMAS zudem, die Einbeziehung der oben genannten Bereiche in den gesetzlichen Arbeitsschutz zu prüfen.
- Des Weiteren soll die Erleichterung der Durchsetzung von Arbeitnehmerrechten durch die Schaffung und Gewährleistung von Transparenz erleichtert werden. Konkret soll dem oftmals bestehenden Informationsdefizit der Plattformtätigen in Bezug auf die Qualifikation ihres Vertragsverhältnisses als Arbeits- oder selbständiges Dienstverhältnis dadurch begegnet werden, dass eine Beweislastregelung zugunsten der Dienstleister vorgesehen wird.

⁵⁹⁰ S. Gliederungspunkte 7.4.3, 7.5.3.2.1 und 7.5.3.2.2.

Sofern diese Indizien für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses vortragen, obliegt die Beweislast für das Nichtvorliegen eines Arbeitsverhältnisses beim Betreiber der Plattform.

- Ein weiterer Lösungsansatz knüpft an die Sicherung fairer Arbeitsbedingungen an: So soll Selbständigen, die Arbeitnehmern vergleichbar schutzbedürftig sind, zum einen die kollektivrechtliche Organisation ermöglicht werden. Zum anderen beabsichtigt das BMAS, verbindliche Mindestkündigungsfristen, anknüpfend an die Dauer der Tätigkeit auf einer Plattform, festzuschreiben sowie die entsprechende Anwendung weiterer elementarer Schutzvorschriften des Arbeitsrechts auf selbständige Plattfortmtätige – wie etwa Regelungen zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, zum Mutterschutz und Urlaubsbedingungen – zu prüfen.
- Um eine vereinfachte Kontrolle von Arbeitsbedingungen, die in vielen Fällen als AGB einseitig vom Plattformbetreiber auferlegt werden, zu ermöglichen, strebt das BMAS darüber hinaus in Zusammenarbeit mit dem Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz ein effektives Vorgehen gegen unwirksame AGB an.
- Zur Überprüfung der Einhaltung der genannten Schutzmechanismen sollen zudem Melde- und Statistikpflichten für alle Plattformbetreiber – langfristig auf EU-Ebene – gegenüber einer öffentlichen Behörde eingeführt werden. Um die Datenlage bis zu einer unionsübergreifenden Regelung für den nationalen Raum zu verbessern, sollen in einem ersten Schritt entsprechende nationale Vorschriften eingeführt werden.

Deutlich wird mithin: Das BMAS sieht in seinem Eckpunktepapier insbesondere die vorsichtige Übertragung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften auf solche Selbständigen vor, die Arbeitnehmern in der Plattformökonomie vergleichbar schutzbedürftig erscheinen. Da dies speziell im Bereich der Verkehrsmobilität zulässig und geboten ist, um das Schutzniveau der selbständig Tätigen in verfassungskonformer Weise zu erhöhen, können die im Eckpunktepapier vorgesehenen Ansätze einen konkreten Leitfadens zur Umsetzung bieten.

7.5.4.4 Zwischenergebnis

Als Zwischenfazit ist festzuhalten: Etabliert man weitere Regelungen zu höheren Sozialstandards, so liegt hierin ein Eingriff in die Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG solcher Unternehmen, die die Personenbeförderung verantwortlich steuern oder durchführen. Als Berufsausübungsregelungen müssen entsprechende Maßnahmen durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigt sein. Dabei ist dem Gesetzgeber bei der Prognose und Einschätzung ein Spielraum zuzubilligen. Nach diesen Maßstäben gilt: Hinsichtlich der Vorgabe von Sozialstandards im Nahverkehrsplan wird man die Verhältnismäßigkeit bejahen dürfen, soweit eine entsprechende Regelung an § 8 Abs. 3 S. 2 ÖPNVG NRW angenähert ist und auf diese Weise der handelnden Behörde einen rechtssicheren Handlungsrahmen vorgibt. Auch erscheint eine Vorgabe von Sozialstandards für Genehmigungssachverhalte durch die Vorabkennzeichnung zulässig, wie sie bereits im Jahre 2017 vorgeschlagen wurde. Dagegen ist die Ausweitung der in § 50 Abs. 4 S. 3 PBefG enthaltenen Regelung auf andere Verkehrsformen angesichts ihrer dem Gesetzssystem des PBefG fremden Kompetenzverteilung, die im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen ist, verfassungsrechtlich nicht unproblematisch. Bezüglich der Schaffung unmittelbarer Schutzvorschriften zugunsten Selbständiger durch den Bundesgesetzgeber ist zu differenzieren: Bei der Festlegung von Mindestentgelten, der Einbeziehung Selbständiger in die Sozialversicherung und entsprechenden Aufsichtspflichten respektive Kontrollbefugnissen legt die Abwägung der widerstreitenden Interessen die Annahme der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit nahe. Zweifel bestehen bezüglich der Festsetzung von Arbeitszeitgrenzen, deren Systemfremdheit bereits im Zuge

der Schaffung des KrfArbZG, das Arbeitszeitregelungen für selbständige Kraftfahrer trifft, ausdrücklich hervorgehoben wurde. Allgemein verbieten sich freilich pauschale Aussagen im Rahmen einer vorgezogenen verfassungsrechtlichen Prüfung, da die Verfassungskonformität stets von der spezifischen Maßnahme und ihrer individuellen Ausgestaltung abhängig ist. Leitlinien zur Umsetzung entsprechender Schutzmechanismen können indes die sechs Eckpunkte, die das BMAS für „faire Arbeit in der Plattformökonomie“ entwickelt hat, bieten, die – beispielsweise durch den Einbezug von Selbständigen in verschiedene Zweige der Sozialversicherung sowie die Festschreibung von Melde- und Statistikpflichten für alle Plattformbetreiber – Lösungsansätze zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen selbständiger Plattformtätiger formulieren.

7.5.5 Europarechtliche Grenzen

Sind die verfassungsrechtlichen Grenzen verschiedener Wege zur Etablierung höherer Sozialstandards konturiert, ist ferner zu prüfen, welche möglichen Schranken das Europarecht aufstellt und inwieweit diese bei der Einführung entsprechender Regelungen problematisch erscheinen können.

7.5.5.1 Primärrechtliche Schranken: Der eingeschränkte Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit wegen der Bereichsausnahme nach Art. 58 AEUV

Den Ausgangspunkt der Prüfung bildet die Dienstleistungsfreiheit, in deren Anwendungsbereich gemäß Art. 56 AEUV direkte und indirekte Diskriminierungen sowie ungerechtfertigte Beschränkungen verboten sind.⁵⁹¹ Zur Bestimmung des sachlichen Schutzbereichs knüpft Art. 56 Abs. 1 AEUV mit der Verwendung des Begriffs „Dienstleistungsverkehr“ nicht an personales Verhalten, sondern an den Leistungsaustausch als solchen an.⁵⁹² Unter Berücksichtigung der Auflistung verschiedener erfasster Tätigkeiten in Art. 57 Abs. 2 AEUV und in Abgrenzung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit sind vom Begriff der Dienstleistung sämtliche Tätigkeiten erfasst, die eine Teilnahme am Wirtschaftsleben darstellen und die durch Selbständige erbracht werden.⁵⁹³ Ist hierunter freilich auch die Tätigkeit selbständiger Fahrer im Personenbeförderungssektor zu subsumieren, so ist gleichwohl – wie bereits ausgeführt⁵⁹⁴ – zu berücksichtigen, dass Art. 58 AEUV ausdrücklich anordnet, dass für den freien Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiet des Verkehrs die Bestimmungen des Titels über den Verkehrs – mithin die Art. 90 ff. AEUV – gelten. Das heißt: Die Anwendung des Grundsatzes der Dienstleistungsfreiheit nach dem AEUV muss in diesem Sektor durch die Verwirklichung der gemeinsamen Verkehrspolitik i.S.v. Art. 90 AEUV erreicht werden.⁵⁹⁵ Da die Individualbeförderung mit Kraftfahrzeugen jedoch bislang nicht harmonisiert ist, wird es den Mitgliedstaaten unionsrechtlich nicht versagt, Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit in diesem Bereich vorzunehmen.⁵⁹⁶ Den Mitgliedstaaten wird insoweit ein weiter Spielraum eröffnet; es obliegt ihnen, die Bedingungen zu regeln, unter denen Fahrdienste unter Beachtung der allgemeinen Vorschriften des AEUV erbracht werden.⁵⁹⁷

⁵⁹¹ Grabitz/Hilf/Nettesheim/Randelzhofer/Forsthoff, 72. EL Februar 2021, Art. 56 AEUV Rn. 69, Art. 57 Rn. 69.

⁵⁹² Calliess/Ruffert/Kluth, 5. Aufl. 2016, AEUV Art. 57 AEUV Rn. 7.

⁵⁹³ Calliess/Ruffert/Kluth, 5. Aufl. 2016, AEUV Art. 57 AEUV Rn. 8.

⁵⁹⁴ S. Gliederungspunkte 7.5.3.1.2.1 und 7.5.3.2.1.

⁵⁹⁵ EuGH, Urt. v. 20.12.2017 – C-434/15, MMR 2018, 144, 145 Rn. 44 f.

⁵⁹⁶ König, EuZW 2018, 131, 135.

⁵⁹⁷ EuGH, Urt. v. 20.12.2017 – C-434/15, MMR 2018, 144, 145 Rn. 46 f.

Die Dienstleistungsfreiheit greift auch nicht vor dem Hintergrund bislang fehlender Harmonisierung: Der Erwägung, dass nach Ablauf der Übergangszeit 1969 die Dienstleistungsfreiheit nach den allgemeinen Vorschriften auch im Verkehrsbereich wieder aufleben könnte, da der Rat seiner im Vertrag vorgesehenen Pflicht zur Herstellung der Dienstleistungsfreiheit durch Schaffung eines Regelungsrahmens für die gemeinsame Verkehrspolitik hinsichtlich der Personenbeförderung durch Pkw nicht nachgekommen ist, ist der EuGH entschieden entgegen getreten.⁵⁹⁸

Dabei ist der Anwendungsbereich der Bereichsausnahme nach Art. 58 AEUV unter Berücksichtigung konkretisierender Rechtsprechung des EuGH weit: Eine Verkehrsleistung ist auch dann anzunehmen, wenn die erbrachte Tätigkeit integraler Bestandteil einer Gesamtdienstleistung ist, die hauptsächlich aus einer Tätigkeit im Verkehrssektor besteht.⁵⁹⁹

Wie bereits dargestellt, werden daher auch Vermittlungsdienste wie *Uber* vom Begriff der „Verkehrsleistung“ erfasst, die es mittels einer Smartphone-Applikation ermöglichen, gegen Entgelt eine Verbindung zwischen nicht berufsmäßigen Fahrern, die das eigene Fahrzeug benutzen, und Personen herzustellen, die eine Fahrt im innerstädtischen Bereich unternehmen möchten, die sich aber letztlich als Erbringer der Verkehrsleistung darstellen.⁶⁰⁰

Vor diesem Hintergrund wird man es aus dem Blickwinkel der europarechtlichen Dienstleistungsfreiheit – vorbehaltlich der Verhältnismäßigkeit der individuellen Ausgestaltung der jeweiligen Maßnahme – wertungstendenziell als zulässig erachten müssen, personenbeförderungsrechtliche Unternehmer einschließlich Beförderer nach § 1 Abs. 1a PBefG zur Einhaltung bestimmter Sozialstandards zu verpflichten.

In Abgrenzung hierzu können sich Vermittlungsdienste im Verkehrssektor, die abgesehen von der Herstellung des Kontakts zwischen Kunden und Fahrer keinen Einfluss auf die Vertragsmodalitäten und -abwicklung nehmen, uneingeschränkt auf die Dienstleistungsfreiheit berufen, wie der EuGH ausdrücklich festgestellt hat.⁶⁰¹ Nimmt man also die Vermittler nach § 1 Abs. 3 PBefG nicht ausdrücklich von entsprechenden Sozialvorschriften aus, bedürfte es – soweit der Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit auch im Übrigen eröffnet ist – einer Rechtfertigung nach den strengen Maßstäben der Grundfreiheiten.

Dass dies problematisch ist, wurde exemplarisch bereits für die Einführung von Mindestentgelten dargestellt.⁶⁰² Diese dürfen nach den Vorgaben der Dienstleistungsfreiheit und der sekundärrechtlichen Konkretisierungen in Art. 15 RL 2006/123/EG keine direkte oder indirekte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit darstellen, sie müssen durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren. Zwar hat der EuGH bezüglich Mindesthonoraren für Planungsdienstleistungen von Architekten ein Allgemeininteresse angenommen, wodurch er grundsätzlich ein Bedürfnis an Qualitätssicherung anerkannt hat.⁶⁰³ Allerdings eignen sich Mindestentgelte nach den Grundsätzen des EuGH nur dann zur Erreichung dieses Ziels, wenn die Dienstleister selbst eine gewisse fachliche

⁵⁹⁸ EuGH, Urt. v. 22.5.1985 – Rs 13/83, BeckRS 9998, 100695; s. auch BGH, Urt. v. 13.12.2018 – I ZR 3/16 (KG), GRUR 2019, 298.

⁵⁹⁹ EuGH, Urt. v. 3.12.2020 – C-62/19, MMR 2021, 309, 310 Rn. 50 unter Verweis auf EuGH, Urt. v. 20.12.2017 – C-434/15, MMR 2018, 144.

⁶⁰⁰ EuGH, Urt. v. 10.4.2018 – C-320/16, MMR 2019, 99; EuGH, Urt. v. 20.12.2017 – C-434/15, MMR 2018, 144.

⁶⁰¹ EuGH, Urt. v. 3.12.2020 – C-62/19, MMR 2021, 309.

⁶⁰² S. Gliederungspunkt 7.5.3.1.2.1.

⁶⁰³ EuGH, Urt. v. 4.7.2019 – C-377/17, NVwZ 2019, 1120, 1122 Rn. 68f., 78.

Eignung nachweisen können. Insofern bestehen letztlich auch für die Vornahme derjenigen Leistungen, die diesen Mindesthonoraren unterliegen, selbst gewisse Mindestgarantien, die die Qualität dieser Leistungen gewährleisten können.⁶⁰⁴ In dem benannten Fall hat der EuGH die konkreten Vorschriften für unzulässig erachtet, weshalb besondere Vorsicht geboten ist.

In Parallelität zu den verfassungsrechtlichen Bedenken, Vermittlungsdienste zur Einhaltung von Sozialstandards zu verpflichten, ist hiervon also auch aus der Perspektive der Dienstleistungsfreiheit abzuraten. Dabei ist freilich zu berücksichtigen, dass der Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit angesichts des teilweise rein nationalen Charakters entsprechender Konstellationen ohnehin in einigen Fällen nicht eröffnet sein wird. Denn: Art. 56 AEUV erfasst nur Dienstleistungen, die grenzüberschreitend innerhalb der EU sind.⁶⁰⁵ Vorgänge ohne ein – wenigstens potentiell – über das Gebiet eines Mitgliedstaats in einen anderen Mitgliedstaat weisendes Element unterfallen als reine mitgliedstaatliche Binnenvorgänge nicht der Gewährleistung des Art. 56 AEUV.⁶⁰⁶ Da davon auszugehen ist, dass die Mehrheit an Vermittlungsunternehmen – wie beispielsweise Taxizentralen oder Portale, die Mitfahrgelegenheiten organisieren – ihre Tätigkeit auf Fahrten im nationalen Raum beschränken, kann die Dienstleistungsfreiheit auch aus dieser Perspektive keine Schranke darstellen. Dies gilt freilich nur, wenn die Anbieter ebenfalls Deutsche sind. Auf diese soll sich die hiesige Betrachtung beschränken.

7.5.5.2 Die Vorgaben des Sekundärrechts

Sind damit nach dem vorstehend Gesagten für den Bereich der Verkehrsdienstleistungen die Art. 90 ff. AEUV vorrangig, ist gemäß Art. 91 AEUV der Blick auf mögliche sekundärrechtliche Schranken zu richten. Gemäß Art. 91 Abs. 1 AEUV werden das Europäische Parlament und der Rat unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Verkehrs gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses sowie des Ausschusses der Regionen für den internationalen Verkehr aus oder nach dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats oder für den Durchgangsverkehr durch das Hoheitsgebiet eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gemeinsame Regeln aufstellen (lit. a), für die Zulassung von Verkehrsunternehmern zum Verkehr innerhalb eines Mitgliedstaats, in dem sie nicht ansässig sind, die Bedingungen festlegen (lit. b), Maßnahmen zur Verbesserung der Verkehrssicherheit erlassen (lit. c) sowie alle sonstigen zweckdienlichen Vorschriften erlassen (lit. d). Im Bereich des Straßenverkehrs mag man an die VO (EG) 1071/2009 oder VO (EG) 1073/2009 denken, die gleichwohl auf Kraftfahrzeuge für weniger als neun Personen keine Anwendung finden und damit in den hier diskutierten Bereichen – insbesondere im Hinblick auf den Schutz von Taxi- respektive Uber-Fahrern – ohnehin keine Relevanz haben.

Auch die bereits vielfach angesprochene VO (EG) 1370/2007 vermag insoweit keine Schranken zu formulieren. Im Gegenteil: Bereits erörtert wurde die Frage, ob sich aus der VO (EG) 1370/2007 sogar unmittelbare Vorgaben bezüglich Sozialstandards für die Mitgliedstaaten – und damit für die im Mobilitätssektor tätigen Unternehmen – herleiten lassen.⁶⁰⁷ Den Hintergrund bilden Art. 4 Abs. 4a, 5 und 6 der VO (EG) 1370/2007, die der Behörde die Option einräumen, die Betreiber des öffentlichen Dienstes zur Einhaltung bestimmter Sozialstandards zu verpflichten bzw. sie zur Befolgung

⁶⁰⁴ EuGH, Urt. v. 4.7.2019 – C-377/17, NVwZ 2019, 1120, 1123 Rn. 92.

⁶⁰⁵ EuGH, Urt. v. 16.1.1997 – C-134/95, BeckRS 2004, 74337; EuGH, Urt. v. 2.7.1998 – C-225/95 u. a., Slg. I 1998, 4239; EuGH, Urt. v. 18.3.1980 – 52/79, GRUR Int 1980, 608; Streinz/Müller-Graff, 3. Aufl. 2018, Art. AEUV 56 Rn. 31.

⁶⁰⁶ EuGH, Urt. v. 16.1.1997 – C-134/95, BeckRS 2004, 74337; EuGH, Urt. v. 2.7.1998 – C-225/95 u. a., Slg. I 1998, 4239; EuGH, Urt. v. 18.3.1980 – 52/79, GRUR Int 1980, 608; Streinz/Müller-Graff, 3. Aufl. 2018, Art. 56 AEUV Rn. 32.

⁶⁰⁷ S. Gliederungspunkt 7.2.4.4.

bestimmter Qualitäts- und Sozialstandards anzuhalten. Damit werden freilich, wie dargelegt, keine unmittelbaren Pflichten geschaffen, Sozialstandards festzulegen, sondern vielmehr stellt die Verordnung lediglich das Bedürfnis und die Befugnis der Mitgliedstaaten, unter anderem auch sozialpolitische Belange zu berücksichtigen, deutlich heraus, indem sie den Mitgliedstaaten und damit auch den zuständigen Behörden die Möglichkeit eröffnet, Sozialstandards für die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge vorzuschreiben.⁶⁰⁸ Die Verordnung ist damit offen formuliert: Sie räumt den Mitgliedstaaten formal die Möglichkeit zur Festschreibung höherer Sozialstandards ein und knüpft daran gemäß Art. 4 Abs. 5 S. 2 VO (EG) 1370/2007 die Folge, dass 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 werden, unter denen sie als in einem Verhältnis zu den betreffenden Diensten stehend gelten. Insoweit ist der Verordnung zwar noch nicht ausdrücklich zu entnehmen, dass die Schaffung entsprechender Standards erwünscht ist. Mit der Übertragung dieser Kompetenz auf die zuständige Behörde hat der Ordnungsgeber gleichwohl bewusst die Berücksichtigung der konkreten Gegebenheiten vor Ort bei der Festlegung von qualitativen Standards für bestimmte Verkehre erreichen wollen. Insoweit besteht in dem von der Verordnung gesetzten Rahmen auch das Recht zur Findung eigener Qualitätsstandards, insbesondere im Falle des Auftretens neuer technischer Möglichkeiten, verkehrlicher, wirtschaftlicher oder sozialer Anforderungen sowie umweltpolitischer Erfordernisse, was auch örtliche und regionale Spezifika einschließt, soweit diese nicht im Widerspruch zum nationalen Recht stehen.⁶⁰⁹ *E contrario* vermag die Verordnung keine Beschränkungen bei der Festlegung entsprechender Schutzvorschriften zu formulieren. Auch sekundärrechtlich drängen sich mithin im Hinblick auf die Etablierung von Sozialstandards im Verkehrssektor keine spezifischen europarechtlichen Bedenken auf.

7.5.5.3 Zwischenergebnis

Offenbar wird mithin: Das Europarecht ist großzügig. Da die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV für Akteure im Verkehrssektor, soweit sie ihre Tätigkeit nicht auf die bloße Vermittlung beschränken, wegen der Bereichsausnahme nach Art. 58 AEUV keine Anwendung findet, vermögen sich hieraus keine Schranken abzuleiten. Auch bloße Vermittlungstätigkeiten fallen in der Regel mangels grenzüberschreitenden Bezugs nicht unter den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit. Da die Individualbeförderung mit Kraftfahrzeugen bislang nicht harmonisiert ist, bestehen insoweit auch keine Vorschriften i.S.v. Art. 90 AEUV. Auch sekundärrechtlich sind Grenzen für die Etablierung höherer Sozialstandards nicht ersichtlich. Im Gegenteil: Die VO (EG) 1370/2007 räumt ausdrücklich die Option zur Festschreibung bestimmter Qualitäts- und Sozialstandards ein. Im Ergebnis werden entsprechende Maßnahmen – bei hinreichendem grenzüberschreitendem Bezug – europarechtlich damit allein durch die allgemeinen, sich aus dem primären Europarecht herleitenden Grundsätze der Transparenz, der Diskriminierungsfreiheit und der Verhältnismäßigkeit⁶¹⁰ begrenzt. Pauschale Aussagen verbieten sich vor diesem Hintergrund. Wie für das Verfassungsrecht gilt, dass die Europarechtskonformität einer konkreten Schutzvorschrift aus dem Blickwinkel dieser allgemeinen unionsrechtlichen Schranken stets unter Berücksichtigung ihrer jeweiligen Ausgestaltung geprüft werden muss.

⁶⁰⁸ Heinze/Fehling/Fiedler/Heinze, PBefG, § 8 Rn. 68; s. bereits oben ausführlich unter Gliederungspunkt 7.2.4.4.

⁶⁰⁹ Saxinger/Winnes/Saxinger/Winnes, Recht des ÖPNV, Art. 4 Abs. 6 VO 1370/2007 Rn. 10.

⁶¹⁰ Hierzu Saxinger/Winnes/Saxinger/Winnes, Recht des ÖPNV, Art. 4 Abs. 6 VO 1370/2007 Rn. 11.

7.5.6 Ausblick

Die Prüfung hat gezeigt: Vieles ist möglich, doch nicht alles ist sinnvoll. Das gesetzgeberische Anliegen, angemessene Sozialstandards im Mobilitätssektor zu entwickeln, zeigt sich als realisierbar, doch bleibt letztlich die nicht auflösbare Unschärfe, was tatsächlich angemessene Sozialstandards sind und wie weit das Personenbeförderungsrecht gewandelt werden müsste, um künftig eben nicht nur den Verkehrsinteressen im engeren Sinne, sondern eben auch den Sozialinteressen zu dienen. Das ist letztlich eine politische, keine rechtliche Entscheidung. Eine flächendeckende Tarifgeltung über den Bereich der Tariftreuegesetze hinaus scheint europarechtlich unproblematisch und verfassungsrechtlich vertretbar, wenn die allgemeinen für die Tariferstreckung auf Nichtorganisierte geltenden Grenzen eingehalten werden – die freilich nicht unerheblich sind und die konkret dargelegt werden müssen. Eine Erstreckung auf Selbstständige begegnet dabei den Vorbehalten, die jede Übertragung des Arbeitsrechts in den Bereich selbstständiger Tätigkeit letztlich treffen: Es mag schutzwürdige und -bedürftige Mitarbeiter geben, doch sind diese einem wirtschaftlichen Risiko ausgesetzt und letztlich nicht der spezifischen Gefährdungslage, die ein abhängig Beschäftigter teilt. Dies bedeutet jedoch nicht, dass auch hier jegliches Handeln zu unterlassen wäre, sondern es ist nach maßvollen Lösungen zu suchen, hier den Sozialschutz weiterzuentwickeln – etwa angelehnt an die Vorschläge, die das BMAS für die Beschäftigung im Bereich der Plattformökonomie gemacht hat. Nicht alles ist hier übertragbar, doch ist der Grundgedanke wichtig, dass hier eben unterschiedliche Niveaus des Schutzes durch Gesetzgebung bedient werden müssen. Arbeitnehmer und Selbständige können nicht mit den gleichen Instrumenten und Standards erfasst werden. Wie dies dann letztlich geschieht und mit welchen technischen Mitteln, mag mehr eine Perspektive des politischen Geschmacks und gesetzgebungstechnischer Stimmigkeit als europarechtlich oder verfassungsrechtliche Vorgabe sein.

Für Arbeitnehmer im Beförderungssektor wurden mehrere Handlungsoptionen zur Erhöhung der Sozialstandards erörtert. Als Sackgasse erweisen sich die bereits bestehenden Tariftreuegesetze der Länder – sie gewährleisten zwar bereits zum gegenwärtigen Zeitpunkt wichtige Standards, können dies indes nur innerhalb ihres begrenzten Anwendungsbereichs leisten. Außerhalb von Vergabesachverhalten, d.h. insbesondere auf eigenwirtschaftliche Verkehre, die aufgrund eines Initiativantrags genehmigt werden, finden die Tariftreuegesetze grundsätzlich keine Anwendung. Um auch diese zu erfassen, kann der Einsatz personenbeförderungsrechtlicher Instrumente erwogen worden, namentlich der Vorabbekanntmachung, der Genehmigung oder des Nahverkehrsplans.

Für die Vorabbekanntmachung gilt indes Ähnliches wie schon für die Tariftreuegesetzgebung: Nur bei Ausschreibungssituationen kann sie taugliches Mittel zur Etablierung neuer Sozialstandards sein, womit sie über die Tariftreuegesetzgebung nicht hinausgeht. Eine verbindliche Festlegung von Sozialstandards in Genehmigungssachverhalten kommt auf diesem Wege nur in Betracht, soweit dies lediglich den *status quo* widerspiegelt, d.h. bestehende Sozialstandards abbildet und deren Erhaltung dient. Die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Genehmigungsverfahren sieht demgegenüber bereits § 50 Abs. 1 S. 4 PBefG vor, dies indes nur für den gebündelten Bedarfsverkehr. Eine vergleichbare Regelung für andere Verkehrsformen scheint grundsätzlich möglich. Angesichts fehlender Handlungsleitlinien für die entscheidende Genehmigungsbehörde, welche Maßstäbe für die fordernden Sozialstandards zugrundezulegen sind, präsentiert sich dies jedoch nicht als vorzugswürdige Lösung. Demgegenüber würden eine Stärkung des Instruments des Nahverkehrsplans und eine Verortung der Vorgabe sozialer Standards in eben diesem dazu führen, dass die entscheidenden Leitlinien vom Aufgabenträger festgelegt würden, was der gesetzlichen Aufgabenverteilung Rechnung trägt. Um die gewünschte Wirkung zu erzeugen, sollte allerdings eine Pflicht der Aufgabenträger, einen solchen Nahverkehrsplan zu erstellen, normiert werden, ebenso wie eine Verbindlichkeit der dortigen Vorgaben für die Genehmigungsbehörden. Sofern eine bundesgesetzliche Regelung eine solche Stärkung des Nahverkehrsplans herbeiführen und auch die

Berücksichtigung von Sozialstandards vorgeben soll, ist indes wiederum fraglich, anhand welchen Maßstabs sich eben diese Standards bestimmen würden. Vergleichbare Regelungen auf Landesebene ziehen insoweit die landeseigenen Tariftreuegesetze heran – mangels bundeseinheitlicher Tariftreuregelung wäre hier ein Verweis auf die Landesgesetze oder aber die Festlegung eines anderweitigen Maßstabs notwendig.

Es zeigt sich: Mit dem Genehmigungsverfahren und der Festlegung von Nahverkehrsplänen bietet das Personenbeförderungsrecht grundsätzlich zwei Handlungsinstrumente, in denen eine Vorgabe von Sozialstandards gesetzlich verankert werden könnte. Für beide Wege bleiben indes Fragen offen, insbesondere dahingehend, anhand welcher Anhaltspunkte die geltenden Standards zu bestimmen sind. Damit ist jedoch der entscheidende Aspekt, der letztlich gegen beide Lösungswege spricht, noch nicht angesprochen. Auch dort, wo eine Regelung zur Erhöhung der Sozialstandards innerhalb des PBefG theoretisch möglich wäre, wäre sie nicht stimmig. Zweck und Ausrichtung des Personenbeförderungsrechts sind zu achten – anders als manch andere, bereichsspezifische Regelung des Arbeitsrechts dient das PBefG nicht den Interessen der Beschäftigten, es dient den Interessen des Verkehrs. Eine Verortung sozialer Standards an dieser Stelle führt zu Unstimmigkeiten und Auslegungsschwierigkeiten, und damit schlichtweg zu Rechtsunsicherheit. Eine entsprechende Regelung im Personenbeförderungsgesetz wird diesseitig daher nicht empfohlen. Das gilt für den Bereich der Arbeitnehmer und ebenso für Selbständige, die im Beförderungssektor tätig sind.

Sieht man Handlungsbedarf für die abhängig Beschäftigten des ÖPNV, sollte der Ansatzpunkt ein anderer, ein spezifisch arbeitsrechtlicher sein. Hier ist jedoch zu sehen, dass die Fallhöhe – insbesondere im Vergleich zu Selbständigen – nicht geringer ist, denn der abhängig Beschäftigte erfährt bereits *de lege lata* einen sozialen Schutz, etwa durch MiLoG und ArbZG. Wie sichergestellt werden kann, dass auch der Selbständige eine vielleicht nicht gleichwertige, aber eben doch gerechte soziale Absicherung erfährt, ist sicherlich eine Frage, die noch nach Antworten sucht. Finden wird man sie aber nicht im Personenbeförderungsrecht.

Anlage: Tariftreueregelungen in den Bundesländern

Anlage: Tariftreueeregungen in den Bundesländern

Bundesland	Existenz eines Tariftreuegesetzes	Sachlicher Anwendungsbereich	Konstitutive Tariftreueregelung im Bereich des ÖPNV / Bestimmung der repräsentativen Tarifverträge	Deklaratorische Tariftreueregelung im Bereich des ÖPNV	Vergabemind estlohn	Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Aspekte	Vorgaben zu Pausen, Arbeitszeit en etc.
Baden-Württemberg	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Tariftreue- und Mindestlohngesetz für öffentliche Aufträge in Baden- Württemberg (LTMG) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Der Anwendungsbereich umfasst – neben anderen Bereichen – <i>expressiv verbis</i> alle in Baden-Württemberg zu vergebenden Dienstleistungsaufträge i.S.d. VO (EG) 1370/2007 (§ 2 II 1 LTMG) ➤ Gesonderte Tariftreueregelung für öffentliche Aufträge über Verkehrsdienstleistungen i.S.d. § 2 II LTMG in § 3 III LTMG 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (+) ➤ Kriterien: (1) Zahl der von den jeweils tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigten unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer; (2) Zahl der jeweils unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Mitglieder der Gewerkschaft, die den Tarifvertrag geschlossen hat (§ 3 IV 5 LTMG); nach § 1 I 3 TVÖPVVO i.V.m. § 3 IV 1 LTMG soll das erste Kriterium vorrangig sein. ➤ Bestimmung durch Wirtschaftsministerium im Einvernehmen mit dem Verkehrsministerium (§ 1 I 1 TVÖPVVO i.V.m. § 2 IV 1 LTMG) unter Berücksichtigung der Empfehlung eines paritätisch besetzten Beirats (§ 3 IV 2 LTMG, §§ 1 I 2, 2 TVÖPVVO) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (+) (§ 4 LTMG) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (-) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (-) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (-)
Bayern	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (-) ➤ 2019 wurde zuletzt ein Entwurf für ein Bayerisches Gesetz zur 						

Anlage: Tariftreuregelungen in den Bundesländern

	Gewährleistung von Tariftreue und Mindestlohn bei öffentlichen Auftragsvergaben aus der Opposition eingebracht (LT-Drucks. 18/108), der jedoch von der Regierungsmehrheit abgelehnt wurde.						
Berlin	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz (BerlAVG) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Sachlicher Anwendungsbereich weit gefasst: grds. alle öffentlichen Aufträge über Bauleistungen ab einem geschätzten Auftragswert von 50.000 Euro (ohne Umsatzsteuer) und auf alle öffentlichen Aufträge über Liefer- und Dienstleistungen ab einem geschätzten Auftragswert in Höhe von 10.000 Euro (ohne Umsatzsteuer) anzuwenden (§ 3 I BerlAVG) ➤ Begrenzung der Reichweite der Tariftreuregelung auf öffentliche 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (+) ➤ Bestimmung des geltenden Entgelttarifs durch den öffentlichen Auftraggeber nach billigem Ermessen (§ 10 S. 2 BerlAVG) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (-) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (+), 12,50 Euro/Zeitstunde (§ 9 I 1 Nr.3 BerlAVG) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Möglichkeit der Vorgabe ergänzender umweltbezogener Pflichten (§ 12 BerlAVG) ➤ Ab Auftragswert von 25.000 Euro (ohne Umsatzsteuer) Abgabe einer verpflichtenden Erklärung zur Frauenförderung (§ 13 BerlAVG) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (-)

Anlage: Tariftreuregelungen in den Bundesländern

		Personennahverkehrsdienste (§ 10 S. 1 BerlAVG)					
Brandenburg	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Brandenburgisches Gesetz über Mindestanforderungen für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen (BbgVergG) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Sachlicher Anwendungsbereich weit gefasst: Vergabe von öffentlichen Aufträgen ab einem geschätzten Auftragswert für Liefer- und Dienstleistungen von 5.000 Euro (ohne Umsatzsteuer) (§ 2 I 1 BbgVergG) ➤ Begrenzung der Reichweite der Tariftreuregelung auf Leistungen des ÖPNV (§ 4 BbgVergG) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (+) ➤ Bestimmung des geltenden Entgelttarifvertrags vom Auftraggeber nach billigem Ermessen (§ 4 I 1, 3 BbgVergG). 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (-) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (+), 13 Euro/Zeitstunde (§ 6 II BbgVergG) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Möglichkeit der Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Aspekte bei Bestehen eines sachlichen Zusammenhangs mit dem Auftragsgegenstand (§ 3 IV BbgVergG) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (-)
Bremen	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Bremisches Gesetz zur Sicherung von Tariftreue, Sozialstandards und Wettbewerb bei öffentlicher Auftragsvergabe (TtVG) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Der Anwendungsbereich umfasst – neben anderen Bereichen – im Bereich des ÖPNV <i>expressiv verbis</i> öffentliche Dienstleistungsaufträge, soweit diese nach den in der Vorschrift genannten EU-RL vergeben oder erteilt werden (§ 2 II 1 TtVG) ➤ Gesonderte Tariftreuregelung für 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (+) ➤ Kriterium: Zahl der erfassten Arbeitnehmer (§ 1 II 2 BremVergV i.V.m. § 10 III 2 TtVG) ➤ Festlegung durch den Senator für Wirtschaft, Arbeit und Häfen unter Berücksichtigung der Empfehlungen eines paritätisch besetzten Beirats (§ 1 III TtVG, § 1 I, IV BremVergV) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (+) bzgl. des vergaberechtlichen Mindestlohns (§ 9 I TtVG) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (+), allerdings gesonderte Regelung im MindLohnG; Höhe wird durch RVO festgesetzt (§ 9 II MindLohnG; ab 04/2021: 12 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Möglichkeit der Berücksichtigung weiterer, insb. sozialer und umweltbezogener, Kriterien bei sachlichem Zusammenhang mit Auftragsgegenstand (§ 18 I TtVG) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (-)

Anlage: Tariftreueregelungen in den Bundesländern

		öffentliche Aufträge für Dienstleistungen oder Genehmigungen im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs auf Straße und Schiene i.S.d. § 2 II TtVG in § 10 TtVG			Euro/Zeitstunde).		
Hamburg	➤ Hamburgisches Vergabegesetz (HmbgVgG)	➤ Sachlicher Anwendungsbereich: Vergabe öffentlicher Aufträge i.S.d. § 103 GWB (§ 1 I GWB)	(-)	(-)	(-)	➤ Berücksichtigung von Kriterien des Umweltschutzes (§ 3b HmbgVgG)	➤ (-)
Hessen	➤ Hessisches Vergabe- und Tariftreueregesetz (HVTG) NEUES HVTG ab 09/2021	➤ Der Anwendungsbereich umfasst – neben anderen Bereichen – <i>expressis verbis</i> den öffentlichen Personennahverkehr (§ 1 V HVTG). ➤ Gesonderte Tariftreueregelung für öffentliche Aufträge über Verkehrsleistungen und freigestellte Schülerverkehre von Bestellern nach § 1 V HVTG (§ 8 HVTG)	➤ (+) ➤ Feststellung der maßgeblichen Tarifverträge durch den bei dem für das Tarifwesen zuständigen Ministerium einzurichtenden Beirat (§ 8 IV 1 HVTG)	➤ (-)	➤ (-)	➤ Bei Vergaben von öffentlichen Aufträgen des Landes sind grds. Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte zu berücksichtigen. Kommunalen Auftraggebern wird hingegen bezüglich der Berücksichtigung der Kriterien Ermessen	➤ (-)

						eingräumt (§ 3 I HVTG).	
Mecklenburg - Vorpommern	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (-) ➤ SPD-Fraktion hat in 02/2021 Entwurf eines Tariftreuegesetzes in den LT eingebracht, nachdem von der Fraktion DIE LINKE eingebrachter Entwurf aus 2018 bereits gescheitert ist (LT-Drucks. 7/1992). ➤ Für den Bereich der ÖPNV sieht das Vergabegesetz Mecklenburg Vorpommern (VgG M-V) jedoch einem Tariftreuegesetz vergleichbare Regelungen vor. 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Sachlicher Anwendungsbereich weit gefasst: öffentliche Auftragsvergabe (§ 1 I 1 VgG M-V) ➤ Begrenzung der Reichweite der Tariftreue Regelung auf Aufträge im Bereich des ÖPNV i.S.d. VO (EG) 1370/2007 (§ 9 I VgG M-V) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (+) ➤ Kriterium: Erfassung einer erheblichen Zahl von Beschäftigten (§ 9 II 1 und 2 VgG M-V) ➤ Bestimmung durch Landesregierung nach billigem Ermessen (§ 9 II 3 VgG M-V). 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (-) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (+), 10,35 Euro/Stunde (§ 9 IV VgG M-V) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (-) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (-)
Niedersachsen	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Niedersächsisches Gesetz zur Sicherung von Tariftreue und Wettbewerb bei der 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Der Anwendungsbereich umfasst – neben anderen Bereichen – im Bereich des ÖPNV <i>expressiv verbis</i> Dienstleistungsaufträge i.S.v. 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (+) ➤ Kriterien: (1) Zahl der von den jeweils tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigten unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer; 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (+) (§ 4 I NTVergG) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (-) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Möglichkeit der Berücksichtigung sozialer Kriterien (§ 11 NTVergG) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (-)

Anlage: Tariftreuregelungen in den Bundesländern

	Vergabe öffentlicher Aufträge (NTVergG)	VO (EG) 1370/2007 (§ 2 IV NTVergG). ➤ Gesonderte Tariftreuregelung für öffentliche Aufträge über Dienstleistungen im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs i.S.v. § 2 IV NTVergG (§ 5 NTVergG)	(2) Zahl der jeweils unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Mitglieder der Gewerkschaft, die den Tarifvertrag geschlossen hat (§ 5 IV 2 NTVergG) ➤ Mitwirkung eines paritätisch besetzten Beitrags (§ 4 IV 4 NTVergG).				
Nordrhein-Westfalen	➤ Gesetz über die Sicherung von Tariftreue und Mindestlohn bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (TVgG NRW)	➤ Der Anwendungsbereich umfasst – neben anderen Bereichen – im Bereich des ÖPNV <i>expressiv verbis</i> öffentliche Aufträge, die Dienstleistungsaufträge i.S.d. VO (EG) 1370/2007 sind (§ 1 III TVgG NRW). ➤ Gesonderte Tariftreuregelung für öffentliche Aufträge i.S.d. § 1 III 1 TVgG NRW im Bereich des ÖPNV (§ 2 II TVgG NRW)	➤ (+) ➤ Kriterien: (1) Zahl der von den jeweils tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigten unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer; (2) Zahl der jeweils unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Mitglieder der Gewerkschaft, die den Tarifvertrag geschlossen hat (§ 3 II 1 TVgG NRW) ➤ Bestimmung durch das Arbeitsministerium unter Berücksichtigung der Empfehlungen eines paritätisch besetzten Beirats (§ 2 Abs. 2 S. 2 bis 5 TVgG NRW)	➤ (-)	➤ (-)	➤ (-)	➤ (-)
Rheinland-Pfalz	➤ Landestariftreugesetz (LTTG)	➤ Sachlicher Anwendungsbereich weit gefasst: Vergabe von	➤ (+) ➤ Kriterien: (1) Zahl der von den jeweils tarifgebundenen Arbeitgebern	➤ (-)	➤ (-)	➤ (-)	➤ (-)

Anlage: Tariftreuregelungen in den Bundesländern

		<p>öffentlichen Aufträgen ab einem geschätzten Auftragswert von 20.000 Euro (§ 2 I 1 LTTG)</p> <p>➤ Begrenzung der Reichweite der Tariftreuregelung auf Dienstleistungen im Bereich des ÖPNV (§ 4 III LTTG)</p>	<p>beschäftigten unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer; (2) Zahl der jeweils unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Mitglieder der Gewerkschaft, die den Tarifvertrag geschlossen hat (§ 4 IV 2 LTTG)</p>				
Saarland	<p>➤ Saarländisches Tariftreuregesetz (STTG)</p>	<p>➤ Der Anwendungsbereich umfasst – neben anderen Bereichen – im Bereich des ÖPNV <i>expressiv verbis</i> öffentliche Dienstleistungsaufträge, auch in Form von Dienstleistungskonzessionen, und für Linienverkehrsgenehmigungen, soweit diese nach Maßgabe der Definition in den RL (EG) Nr. 2004/17, RL (EG) Nr. 2004/18 oder gem. Art. 5 VO (EG) 1370/2007 vergeben oder erteilt werden (§ 1 II STTG).</p> <p>➤ Gesonderte Tariftreuregelung für Aufträge über Leistungen oder</p>	<p>➤ (+)</p> <p>➤ Keine Regelung im STTG, bzgl. welcher Modalitäten sich die Auftragnehmer verpflichten müssen, wenn unterschiedliche Tarifverträge in diesem Bereich gelten</p>	<p>➤ (-)</p>	<p>➤ (+), 8,50 Euro/Stunde (§ 3 II 3, IV 1 STTG)</p>	<p>➤ Möglichkeit der Berücksichtigung umweltbezogener Aspekte (§ 12 STTG)</p>	<p>➤ (-)</p>

Anlage: Tariftreueeregulungen in den Bundesländern

		Genehmigungen ÖPNV i.S.d. § 1 II STTG (§ 3 II STTG)					
Sachsen	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (-) ➤ Im Koalitionsvertrag für 2019 bis 2024 (S. 26 f.) wurde Novellierung des Vergabegesetzes vereinbart. 						
Sachsen-Anhalt	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Landesvergabegesetz (LVG LSA) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Sachlicher Anwendungsbereich weit gefasst: Vergabe öffentlicher Aufträge i.S.d. § 99 GWB ab unterschiedlichen Schwellenwerten (§ 1 I 1, 2 LVG LSA) ➤ Begrenzung der Reichweite der Tariftreueerregulung auf die Vergabe von Leistungen über öffentliche Personennahverkehrsdienste (§ 10 II 1 LVG LSA) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (+) ➤ Kriterien: v.a. (1) Zahl der von den jeweils tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigten unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer; (2) Zahl der jeweils unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Mitglieder der Gewerkschaft, die den Tarifvertrag geschlossen hat (§ 10 II 4 LVG LSA) ➤ Bestimmung der repräsentativen Tarifverträge durch das Arbeits- und Sozialministerium (§ 1 Nr. 1 RepTVVO i.V.m. § 10 III 3 LVG LSA) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (-) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (-) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (Möglichkeit der Berücksichtigung von sozialen, umweltbezogenen und innovativen Kriterien im Vergabeverfahren (§ 4 LVG LSA)) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (-)
Schleswig-Holstein	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Vergabegesetz Schleswig-Holstein (VGSH) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Der Anwendungsbereich umfasst – neben anderen Bereichen – im Bereich des ÖPNV <i>expressiv verbis</i> Dienstleistungsaufträge i.S.d. 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (+) ➤ Kriterien: v.a. (1) Zahl der von den jeweils tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigten unter den Geltungsbereich 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (-) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (+), 9,99 Euro/Stunde (§ 4 I 1 VGSH) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (-) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ (-)

Anlage: Tariftreue Regelungen in den Bundesländern

		<p>VO (EG) 1370/2007 (§ 1 III 1 VGSH).</p> <p>➤ Gesonderte Tariftreue Regelung für Aufträge im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs auf Straße und Schiene i.S.d. § 1 III 1 VGSH (§ 4 II VGSH)</p>	<p>des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer; (2) Zahl der jeweils unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Mitglieder der Gewerkschaft, die den Tarifvertrag geschlossen hat (§ 5 II 2 VGSH)</p> <p>➤ Feststellung der repräsentativen Tarifverträge durch das Arbeitsministerium (§ 5 II 1 VGSH)</p>				
Thüringen	<p>➤ Thüringer Vergabegesetz (ThürVgG)</p>	<p>➤ Sachlicher Anwendungsbereich weit gefasst: Vergabe öffentlicher Aufträge i.S.d. §§ 103 f. GWB ab bestimmten Schwellenwerten (§ 1 I ThürVgG)</p> <p>➤ Begrenzung der Reichweite der Tariftreue Regelung auf öffentliche Aufträge für Dienstleistungen der allgemein zugänglichen Beförderung von Personen im öffentlichen Personennahverkehr (§ 10 II ThürVgG)</p>	<p>➤ (+)</p> <p>➤ Kriterien: v.a. (1) Zahl der von den jeweils tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigten unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer; (2) Zahl der jeweils unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Mitglieder der Gewerkschaft, die den Tarifvertrag geschlossen hat (§ 10 III 2 ThürVgG)</p> <p>➤ Festlegung durch das Arbeitsministerium im Einvernehmen mit dem Wirtschaftsministerium (§ 10 II 2 ThürVgG) unter Berücksichtigung der Empfehlungen eines paritätisch besetzten Beirats (§ 10 III 3 bis 5 ThürVgG)</p>	<p>➤ (-)</p>	<p>➤ (-)</p>	<p>➤ Möglichkeit der Berücksichtigung umweltbezogener und sozialer Aspekte bei sachlichem Zusammenhang mit Auftragsleistung (§ 4 III, IV ThürVgG)</p>	<p>➤ (-)</p>

Literaturverzeichnis

- Antweiler, Clemens/ Liebschwager, Pascale (2021): Die Entwicklung des öffentlichen Verkehrsrechts in den Jahren 2019/2020. In: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), S. 849-859.
- Baake, Pio/ Schlippenbach, Vanessa (2014): Taximarkt: Kein Markt für eine vollständige Liberalisierung. In: DIW Wochenbericht Nr. 31/32, S. 751-755.
- Ball, Mira (2021): Stellungnahme ver.di. In: Deutscher Bundestag. Ausschuss für Verkehr und digitale Infrastruktur. Öffentliche Anhörung. Protokoll Nr. 19/100.
- Balser, Markus (2016): Deutsche Bahn greift nach Stadtbus-Netzen. In: Süddeutsche Zeitung (online), abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/nahverkehr-deutsche-bahn-greift-nach-stadtbus-netzen-1.3191565> (letzter Zugriff 8.9.2021).
- Balser, Markus (2016): Kommunen fürchten „Zwangsprivatisierung“ ihrer Busnetze. In: Süddeutsche Zeitung (online), abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/nahverkehr-kommunen-fuerchten-zwangsprivatisierung-ihrer-busnetze-1.3220088> (letzter Zugriff: 8.9.2021).
- Barczak, Tristan/ Pieroth, Bodo (2016): Tariftreue Regelungen am Maßstab der Koalitionsfreiheit. In: Recht der Arbeit (RdA), S. 209-214.
- Barth, Sabine (1999): Nahverkehr in kommunaler Verantwortung. Der ÖPNV nach der Regionalisierung. Schriftenreihe Verkehr und Technik Band 90. Bremen: Erich Schmitt Verlag.
- Barth, Sybille/ Fiedler, Lothar H. (2020): Das Wahlrecht der ÖPNV-Aufgabenträger. In: Transportrecht (TranspR), S. 161-167.
- Baumeister, Hubertus/ Fiedler, Lothar D. (2019): Atypische Liniengenehmigungen gemäß dem Personenbeförderungsgesetz für digital gesteuerte On-Demand-Verkehre in Städten und Ballungsräumen. In: Verkehr und Technik (V+T), S. 17-24.
- Bayer, Dieter/ Karl, Astrid/ Patout, Melanie/ Werner, Jan et al. (2013): Kommentierung des Gesetzes über den öffentlichen Personennahverkehr in Nordrhein-Westfalen. In: Bülow, Busse et al. (Hrsg.): Praxis der Kommunalverwaltung, Landesausgabe Nordrhein-Westfalen, Wiesbaden.
- Bayreuther, Frank (2014): Betriebs-/Beschäftigtenübergang und Tariftreueverlangen nach Neuvergabe eines Dienstleistungsauftrags im ÖPNV. In: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA), S. 1171-1177.
- Bayreuther, Frank (2020): Das Architektenhonorar-Urteil des EuGH und die Absicherung der Leistungsbedingungen wirtschaftlich schwacher Selbstständiger. In: Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht (ZESAR), S. 99-105.
- Bayreuther, Frank (2017): Entgeltsicherung Selbstständiger. In: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), S. 357-361.
- Bayreuther, Frank (2009): Inländerdiskriminierung bei Tariftreueerklärungen im Vergaberecht. In: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW), S. 102-107.
- bdo (2017): Angriff auf ein Grundprinzip der Marktwirtschaft. Omnibusrevue 7.2017. Berlin: Bundesverband Deutscher Omnibusunternehmer e.V.
- Behörde für Verkehr und Mobilität Hamburg (2021): Wirtschaftliche Lage des Hamburger Taxengewerbes. Dashboard. Online unter: <https://stanord.maps.arcgis.com/apps/dashboards/b77e1501711a47b4b055966ffb721056> (letzter Zugriff: 14.09.21).

- Beeger, Britta (2014): Der amerikanische Fahrdienst Uber will billiger sein als Taxis. Aber ist er das wirklich? FAZ.NET hat es getestet. Mit überraschenden Ergebnissen. In: FAZ.Net. Online unter: <https://www.faz.net/aktuell/finanzen/meine-finanzen/geld-ausgeben/taxi-oder-uber-wer-ist-guenstiger-12988536.html> (letzter Zugriff: 21.07.2021).
- Bidinger, Helmuth (1994): Änderungen des Personenbeförderungsrechts durch das Planvereinfachungsgesetz und das Eisenbahn-Neuordnungsgesetz. In: Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht (NZV), S. 209-215.
- Biletzki, Gregor C. (2000): Zur Bedeutung des Nahverkehrsplanes i S des § 8 Abs 3 PBefG. In: Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht (NZV), S. 313-317.
- Bitterich, Klaus (2013): Die Tariftreueerklärung im Lichte des deutschen und europäischen Arbeitsrechts. In: Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA), S. 426-428.
- Borkholder, Joy/ Montgomery, Mariah/ Chen, Miya Saika/ Smith, Rebecca (2018): Uber State Interference: How Transportation Network Companies Buy, Bully, and Bamboozle Their Way To Deregulation. Online unter: <https://www.forworkingfamilies.org/sites/default/files/publications/Uber%20State%20Interference%20Jan%202018.pdf> (letzter Zugriff: 21.07.2021).
- Brenner, Michael/ Arnold, Timo (2015): Rechtsnatur und Rechtmäßigkeit von Nahverkehrsplänen iSd § 8 III PBefG. In: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), S. 385-389.
- Brühn, Tim/Götz, Georg (2014): Die Markteintritte von Uber und Airbnb: Wettbewerbsgefährdung oder Effizienzsteigerung? In: ifo Schnelldienst Jg. 67 (21), S. 3-6.
- Bundesgerichtshof (2018): Mietwagen-App "UBER Black" unzulässig. Online unter: http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&pm_nummer=0184/18 (letzter Zugriff: 21.07.2021).
- Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (2019): Bericht über die Sondererhebung zum Taxen- und Mietwagenverkehr - Stand: 31.12.2016.
- Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (2021a): Moderne Personenbeförderung – fairer Wettbewerb, klare Steuerung. Online unter: <https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Artikel/StV/personenbefoerderungsgesetz.html> (letzter Zugriff: 18.10.2021).
- Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (2021b): Verkehr in Zahlen 2020/2021. Online unter: https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Publikationen/G/verkehr-in-zahlen-2020-pdf.pdf?__blob=publicationFile (letzter Zugriff: 23.08.2021).
- Bundesrat (2017): Drucksache BR 741/16. Gesetzesentwurf des Bundesrates. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Personenbeförderungsgesetzes zur Sicherung von Qualitäts- und Sozialstandards im öffentlichen Personennahverkehr (PBefG-Änderungsgesetz). Online unter: [https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2016/0701-0800/741-16\(B\).pdf?__blob=publicationFile&v=5](https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2016/0701-0800/741-16(B).pdf?__blob=publicationFile&v=5) (letzter Zugriff: 23.08.2021).
- Bundestag (2014): Kleine Anfrage der Abgeordneten Herbert Behrens, Caren Lay, Annette Groth, Susanna Karawanskij, Kerstin Kassner, Sabine Leidig, Richard Pitterle, Dr. Axel Troost, Hubertus Zebel und der Fraktion DIE LINKE. Steuerrechtliche Aspekte von Uber. Online unter: <https://dserver.bundestag.de/btd/18/025/1802584.pdf> (letzter Zugriff: 21.07.2021).
- Bundesverband Taxi (2021a): Entwicklung der Taxizahlen. Online unter: <https://bundesverband.taxi/wp-content/uploads/2021/01/GB--2019-2020-Auszug-03-Strukturdaten.pdf> (letzter Zugriff: 31.08.2021).

- Bundesverband Taxi (2021b): Geschäftsbericht 2019/2020 Bundesverband Taxi und Mietwagen e.V. Online unter: <https://bundesverband.taxi/wp-content/uploads/2021/01/GB--2019-2020-Auszug-03-Strukturdaten.pdf> (letzter Zugriff: 23.08.2021).
- Burgi, Martin/ Dreher, Meinrad (2017): Beck'scher Vergaberechtskommentar. 3. Auflage. München.
- Callies, Christian/ Ruffert, Matthias (Hrsg.) (2016): EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta Kommentar. 5. Auflage. München.
- CleverShuttle (2021): Fahrer:in (m/w/d) gesucht! Werde Fahrer:in beim grünsten Fahrdienst der Welt! Online unter: <https://www.clevershuttle.de/karriere/fahrer-werden> (letzter Zugriff: 28.10.2021).
- Demand, Christian/ Schaefer, Anke (2020): „Arbeitsversicherung“ für freie Künstler gefordert. In: Deutschlandfunk Kultur. Online unter: https://www.deutschlandfunkkultur.de/soziale-absicherung-arbeitsversicherung-fuer-freie.2950.de.html?dram:article_id=489760 (letzter Zugriff: 13.9.2021).
- Dembach, Regina/ Wittig, Oliver (2017): Erneute Novelle des Personenbeförderungsgesetzes? - Qualitäts- und Sozialstandards im ÖPNV auch bei eigenwirtschaftlichen Liniengenehmigungsanträgen umfassend absichern. In: KommunalPraxis spezial, S. 196-200.
- Dobmann, Volker (2008): Zu Tariftreueerklärungen bei grenzüberschreitenden Entsendungen – Anmerkung. In: Vergaberecht (VergabeR), S. 484-486.
- Dobusch, Leonhard (2016): Plattformökonomie zwischen neuen Monopolen und Sharing Economy. In: spw 212 (1), S. 46-50.
- Dreier, Horst (Hrsg.) (2017): Grundgesetz Kommentar. Band. II, 3. Auflage. Tübingen.
- Ecomento.de (2020): CleverShuttle zieht sich auch aus Berlin, Dresden und München zurück. Online unter: <https://ecomento.de/2020/06/29/clevershuttle-stellt-betrieb-in-berlin-dresden-muenchen-ein/> (letzter Zugriff: 02.11.2021).
- Ehlers, Dirk/ Fehling, Michael/ Pünder, Herrmann (Hrsg.) (2019): Besonderes Verwaltungsrecht. Band 1, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Auflage. Heidelberg.
- Eichhorst, Werner/ Sperman, Alexander (2015): Sharing Economy – Chancen, Risiken und Gestaltungsoptionen für den Arbeitsmarkt. Gutachten für die Randstad Stiftung. In: Institute of Labor Economics (IZA) (Hrsg.). Online unter: https://legacy.iza.org/en/webcontent/publications/reports/report_pdfs/iza_report_69.pdf (letzter Zugriff: 20.08.2021).
- Erbs, Georg (Begr.)/ Kohlhaas, Max (ehem. Hrsg.)/ Häberle, Peter (Hrsg.) (2021): Strafrechtliche Nebengesetze, 234. Ergänzungslieferung Stand: Januar 2021, München.
- Esch, Konstantin (2015): Kartellfestigkeit von Tarifvertragsklauseln auch zugunsten Scheinselbstständiger ("FNV Kunsten Informatie en Media"). In: jurisPR-Arbr, 13/2015 Anmerkung 2.
- Eufinger, Alexander (2015): Zur Anwendung des Kartellrechts bei Tarifverträgen. In: Der Betrieb (DB), S. 192-193.
- Europäischer Gerichtshof (2017): C-434/15. Online unter: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198047&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1> (letzter Zugriff: 21.07.2021).

- Faber, Markus (2015a): Die Reichweite der Tariftreuepflichten im öffentlichen Personennahverkehr - Eine Untersuchung vor dem Hintergrund der Tariftreue- und Vergabegesetze in den Bundesländern. In: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.), S. 149-154.
- Faber, Markus (2015b): Die verfassungs- und europarechtliche Bewertung von Tariftreue- und Mindestentgeltregelungen in Landesvergabegesetzen. Eine Untersuchung mit besonderer Berücksichtigung des ÖPNV-Sektors. In: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), S. 257-262.
- Fairwork (o.J.): Uber (Deutschland), Online unter: <https://fair.work/de/ratings/platforms/germany-uber/#continue> (letzter Zugriff: 21.07.2021).
- Fairwork (2020): Fairwork Deutschland Ratings 2020: Arbeitsstandards in der Plattformökonomie. Online unter: <https://www.heise.de/downloads/18/2/8/9/9/0/0/9/fairwork.pdf> (letzter Zugriff: 21.07.2021).
- Forst, Gerrit (2014): Steht der vergaberechtliche Mindestlohn vor dem Aus? In: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), S. 3755-3758.
- Franke, Fabian (2019): Fahrdienstvermittler. Zwischen leicht verdientem Geld und Ausbeutung. In: Zeit Online. Online unter: <https://www.zeit.de/mobilitaet/2019-10/fahrdienstvermittler-arbeitsbedingungen-uber-berlkoenig-clevershuttle-freenow-taxifahrer-mobilitaet> (letzter Zugriff: 28.10.2021).
- Franzen, Martin/ Gallner, Inken/ Oetker, Hartmut (Hrsg.) (2020): Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. Auflage. München 2020.
- Free Now (2021a): Mietwagenfahrer werden. Online unter: <https://free-now.com/de/mietwagenfahrer-werden/> (letzter Zugriff: 28.10.2021).
- Free Now (2021b): FREE NOW Unternehmer. Online unter: <https://free-now.com/de/unternehmer-werden/> (letzter Zugriff: 28.10.2021).
- Gebauer, Peter (2016): Nächste Runde im Kampf um Hildesheim. SVHI: Busfahrer im Streik. Online unter: <https://roter-renner.de/nc/detail/datum/2016/03/08/svhi-busfahrer-im-streik.html> (letzter Zugriff: 18.10.2021).
- Gerner, Thomas (2018): Einführung eines vergabespezifischen Mindestentgelts für Aus- und Weiterbildungsdienstleistungen nach dem SGB II oder SGB III - eine kleine "Revolution" im Verborgenen. In: Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS), S. 302-306.
- Goede, Matthias/ Stoye, Jörg/ Stolz, Bernhard (Hrsg.) (2021): Handbuch des Vergaberechts, 2. Auflage. Köln.
- Greef, Samuel/ Schroeder, Wolfgang (2017): Plattformökonomie und Crowdfunding: Eine Analyse der Strategien und Positionen zentraler Akteure. Bundesministerium für Arbeit und Soziales (Hrsg.). Online unter: https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/Forschungsberichte/fb500-plattformoekonomie-und-crowdfunding.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (letzter Zugriff: 20.08.2021).
- Greiner, Stefan/ Kleinert, Maria (2016): Entgeltuntergrenze – Tariftreueregelung. In: Recht der Arbeit (RdA), S. 229-231.
- Greiner, Stefan (2011): Von der Tariftreue zum Landesvergabemindestlohn - Bestandsaufnahme und europarechtliche Bewertung. In: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP), S. 2129-2135.
- Haack, Tim Jonas/ Dathe, Ingmar (2019): Novellierung des Personenbeförderungsrechts. In: Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP), S. 81-85.

- Hartung, Markus/ Klaiber, David (2021): Dienstleistersozialkasse für "On-Demand-Worker". In: Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP), S. 78-80.
- Haucap, Justus (2015): Ökonomie des Teilens – nachhaltig und innovativ? Die Chancen der Sharing Economy und ihre möglichen Risiken und Nebenwirkungen. In: Wirtschaftsdienst 95 (2), S. 87-105.
- Haucap, Justus/ Pavel, Ferdinand/ Aigner, Rafael/ Arnold, Michael/ Hottenrott, Moritz/ Kehder, Christiane (2015): Ordnungspolitische Perspektiven: Chancen der Digitalisierung auf Märkten für urbane Mobilität: Das Beispiel Uber. Online unter: https://www.dice.hhu.de/fileadmin/redaktion/Fakultaeten/Wirtschaftswissenschaftliche_Fakultaet/DICE/Ordnungspolitische_Perspektiven/073_OP_Haucap_Pavel_Aigner_Arnold_Hottenrott_Kehder.pdf (letzter Zugriff: 17.08.2021).
- Heinze, Christian/ Fehling, Michael/ Fiedler, Lothar H. (2014): Personenbeförderungsgesetz Kommentar, 2. Auflage. München.
- Henssler, Martin/ Willemsen, Heinz Josef/ Kalb, Heinz-Jürgen (Hrsg.) (2020): Arbeitsrecht Kommentar, 9. Auflage. Köln.
- Heuschmid, Johannes/ Hlava, Daniel (2015): Keine Anwendung des europäischen Kartellrechts auf TV, die Regelungen für Selbstständige enthalten. Anmerkung zu EuGH vom 4.12.2014, C-413/13 – FNV. In: Arbeit und Recht (AuR), S. 193-195.
- Heuschmid, Johannes (2016): Europarechtskonformität eines Vergabemindestlohns. In: Arbeit und Recht (AuR), S. 165-166.
- Hübner, Alexander (2018): Bestellung nach GWB-Vergaberecht. In: Knauff, Matthias (Hrsg.) Bestellung von Verkehrsleistungen im ÖPNV. 1. Jenaer Gespräche zum Recht des ÖPNV, S. 47-62.
- Immenga, Ulrich/ Mestmäcker, Ernst-Joachim (Begr.) (2021): Wettbewerbsrecht, 6. Auflage. München.
- Jänsch, Melanie (2021): Angemessene Vorstandsverträge: zur Begrenzung der Gestaltungsfreiheit durch AGB-rechtliche Bestimmungen. Berlin.
- Karnop, Stefan (2004): Der Begriff der gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistung nach § 13 a PBefG. In: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.), S. 160-164.
- Kebber, Sebastian (2013): Vergabegesetzes der Länder und Dienstleistungsfreiheit. In: Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA), S. 435-458.
- Keese, Christoph (2016): Silicon Valley. Was aus dem mächtigsten Tal der Welt auf uns zukommt. 2. Aufl. München: Penguin.
- Klein, Thomas/ Schneider, Alexander (2019): Die Umsetzung der Entsenderichtlinie. In: Soziales Recht (SR), S. 72-87.
- Kment, Martin (2020): Inklusion neuer Mobilitätsformen in den urbanen Verkehr. Erweiterung und Anpassung des Personenbeförderungsgesetzes. In: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), S. 366-370.
- Knauff, Matthias (2013): Der Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre im ÖPNV auf Grundlage des novellierten Personalbeförderungsgesetzes. In: Gewerbearchiv (GewArch), S. 283-289.
- Knauff, Matthias (2019): Deutschland im Takt? Juristische Anmerkungen zur Vernetzung von Bus- und Bahnverkehren. In: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), S. 120-124.

- Knauff, Matthias (2020): Gemeinwohl und Wettbewerb im straßengebundenen ÖPNV. In: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), S. 1171-1175.
- Koschmieder, Norman/ Uwer, Dirk (2021): PBefG auf den Stand der Zeit bringen! Plädoyer für eine zeitgemäße Regulierung von Car-Pooling-Angeboten. In: Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP), S. 15-19.
- Kramer, Urs/ Hinrichsen, Tim (2017): Rechtliche Möglichkeiten für eigenwirtschaftliche Verkehre. In: Knauff, Matthias (Hrsg.), Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit im ÖPNV. 1. Jenaer Gespräche zum Recht des ÖPNV, S. 81-97.
- Krause, Rüdiger (2020): Perspektiven für eine Weiterentwicklung des Tariftreuerrechts. In: Arbeit und Recht (AuR), S. 152-157.
- Kugoth, Jana (2021): Strengere Regeln für Uber, FreeNow & Co. In: Tagesspiegel. Online unter: <https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/gesetz-zur-personenbefoerderung-im-bundesrat-strengere-regeln-fuer-uber-freenow-und-co-/26909430.html> (letzter Zugriff: 13.9.2021).
- Kühl, Kristian/ Heger, Martin (2018): Strafgesetzbuch Kommentar. 29. Auflage. München.
- Landeshauptstadt Erfurt (2020): Nahverkehrsplan 2020 bis 2024. Landeshauptstadt Erfurt. Erfurt: Amt für Stadtentwicklung und Stadtplanung.
- Landeshauptstadt Mainz (2019): Die 3. Fortschreibung des Nahverkehrsplans Mainz: Stadtplanungsamt.
- Landeshauptstadt Saarbrücken (2018): Nahverkehrsplan 2019 der Landeshauptstadt Saarbrücken. Saarbrücken: Stadtplanungsamt.
- Landeshauptstadt Stuttgart (2021): Nahverkehrsplan für die Landeshauptstadt Stuttgart. 3. Fortschreibung (Teil-Fortschreibung). Stuttgart.
- Landgericht Berlin (2014): 101 O 125/14. Online unter: <https://www.berlin.de/gerichte/presse/pressemitteilungen-der-ordentlichen-gerichtsbarkeit/2015/pressemitteilung.426344.php> (letzter Zugriff: 20.08.2021).
- Landgericht Frankfurt am Main (2014): 2-03 O 329/14. Online unter: http://docs.dpaq.de/7814-beschluss-landgericht-ffm_uber-taxi-deutschland_2014-09-01.pdf (letzter Zugriff: 21.07.2021).
- Landgericht Frankfurt am Main (2019): 3-06 O 44/19. Online unter: <https://www.rv.hessenrecht.hessen.de/bshe/document/LARE200000098> (letzter Zugriff: 20.08.2021).
- Landkreis und Stadt Hildesheim (2019): Nahverkehrsplan 2020. Landkreis und Stadt Hildesheim. Hildesheim: Stadtplanung und Stadtentwicklung.
- Landratsamt München (2020): Nahverkehrsplan. Fortschreibung des Nahverkehrsplans für den Landkreis München. München.
- Latz, Christian (2021): Berliner Osten soll eigenen BVG-Rufbus bekommen. In: Der Tagesspiegel. Online unter: <https://www.tagesspiegel.de/berlin/ein-berlkoenig-fuer-den-stadtrand-berliner-osten-soll-eigenen-bvg-rufbus-bekommen/27384000.html> (letzter Zugriff: 02.11.2021).
- Larenz, Karl/ Canaris, Claus-Wilhelm (1995): Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 3. Auflage. Berlin.
- Latz, Christian (2021): Ein Berlkönig für den Stadtrand. Berliner Osten soll eigenen BVG-Rufbus bekommen. In: Der Tagesspiegel. Online unter: <https://www.tagesspiegel.de/berlin/ein-berlkoenig-fuer-den-stadtrand-berliner-osten-soll-eigenen-bvg-rufbus-bekommen/27384000.html>

- berlkoenig-fuer-den-stadtrand-berliner-osten-soll-eigenen-bvg-rufbus-bekommen/27384000.html (letzter Zugriff: 14.11.2021).
- Lenz, Christofer (2007): Genehmigung eigenwirtschaftlicher Verkehre im ÖPNV. In: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), S. 1181-1184.
- Linke, Benjamin/ Jürschik, Corina (2018): Analog trifft digital - Neuigkeiten bei den rechtlichen Rahmenbedingungen zum Ride- und Carsharing. In: Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht (NZV), S. 496-506.
- Linke, Benjamin (2015): Gewerbefrei oder "Uber"-reguliert? - Die Vermittlung von Personenbeförderungsdiensten auf dem Prüfstand. In: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), S. 476-479.
- Linke, Benjamin (2013): Voraussetzungen für den Erwerb einer Genehmigung im Personenbeförderungsgesetz. Die neuen Versagungsgründe nach der Novellierung. In: KommunalPraxis spezial, S. 62-65.
- Linne/ Krause Marketing Forschung (2016): Untersuchung zur Wirtschaftlichkeit des Taxigewerbes in der Bundeshauptstadt Berlin / erstellt für die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Umwelt. Online unter: <https://digital.zlb.de/viewer/resolver?urn=urn:nbn:de:kobv:109-1-8331181> (letzter Zugriff: 17.08.2021).
- Linne/ Krause Marketing Forschung (2020): Fortschreibungsgutachten: Wirtschaftlichkeit des Taxi- und Mietwagengewerbes in der Landeshauptstadt Stuttgart sowie in den Städten Filderstadt und Leinfelden-Echterdingen. Hamburg: Linne+Krause.
- Lokale Nahverkehrsorganisation Wiesbaden (2015): Gemeinsamer Nahverkehrsplan der Landeshauptstadt Wiesbaden und des Rheingau-Taunus-Kreises. Wiesbaden: Dezernat für Stadtentwicklung, Bau und Verkehr.
- Löwisch, Manfred/ Rieble, Volker (2017): Tarifvertragsgesetz. 4. Auflage. München.
- Ludwigs, Markus (2017): Rechtsfragen der Sharing Economy am Beispiel der Modelle Uber und Airbnb. In: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), S. 1646-1653.
- Mager, Stefan/ Ganschow, Silke (2015): Das Aus für den vergabespezifischen Mindestlohn? In: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau), S. 79-82.
- Mihm, Andreas (2016): Grüne fordern Mindesthonorar für Selbständige. In: Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ). Online unter: <https://www.faz.net/aktuell/karriere-hochschule/buero-co/arbeitsmarktpolitik-gruene-fordern-mindesthonorar-fuer-selbstaendige-14000719.html> (letzter Zugriff: 13.9.2021).
- Moia (2021a): Werde MOIA. Fahrer*in Einsteigen und losfahren. Online unter: <https://www.moia.io/de-DE/fahrer> (letzter Zugriff: 18.10.2021).
- Moia (2021b): Stellungnahme zum Kabinettsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personenbeförderungrechts.
- Monopolkommission (2014): Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte. Zwanzigstes Hauptgutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB. Online unter: http://www.monopolkommission.de/images/PDF/HG/HG20/HG_XX_gesamt.pdf (letzter Zugriff: 21.07.2021).
- Monopolkommission (2016): Wettbewerb. 2016 Einundzwanzigstes Hauptgutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB. Online unter: https://monopolkommission.de/images/HG21/HGXXI_Gesamt.pdf (letzter Zugriff: 21.07.2021).

- Müller-Glöge, Rudi/ Preis, Ulrich/ Schmidt, Ingrid (Hrsg.) (2021): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Auflage. München.
- Nassibi, Ghazaleh/ Rödl, Florian/ Schulten, Thorsten (2016): Perspektiven vergabespezifischer Mindestlöhne nach dem RegioPost-Urteil des EuGH. In: Arbeit und Recht (AuR), S. 493-496.
- Nebenjob.de (2019): Geld verdienen als Fahrer bei CleverShuttle. Online unter: <https://www.nebenjob.de/ratgeber/3448-geld-verdienen-als-fahrer-mit-clevershuttle> (letzter Zugriff: 28.10.2021).
- Oberlandesgericht Frankfurt am Main (2016): 6 U 73/15. Online unter: <https://www.rv.hessenrecht.hessen.de/bshe/document/LARE190018617> (letzter Zugriff: 20.08.2021).
- Oberlandesgericht Frankfurt am Main (2021): 6 U 18/20. Online unter: <https://www.rv.hessenrecht.hessen.de/bshe/document/LARE210001248> (letzter Zugriff: 20.08.2021).
- Oebbecke, Janbernd (2019): Der öffentliche Dienstleistungsauftrag nach der VO (EG) 1370/2007. In: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), S. 1724-1728.
- Olbertz, Klaus (2016): EuGH: Vergabe öffentlicher Aufträge kann von der Zahlung eines Mindestlohns abhängig gemacht werden. In: Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (GWR), S. 103.
- Pechstein, Matthias/ Nowak, Carsten/ Häde, Ulrich (Hrsg.) (2017): Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, 1. Auflage. Tübingen.
- Pielow, Johann-Christian(o.J.): Beck'scher Onlinekommentar zur Gewerbeordnung, 54. Edition Stand: 1.6.2021. München.
- Piétron, Dominik/ Ruhaak, Anouk/Niebler, Valentin (2021): Öffentliche Mobilitätsplattformen. Digitalpolitische Strategien für eine Sozial-ökologische Mobilitätswende. Berlin: Rosa-Luxemburg-Stiftung.
- Poppe, Thorsten (2021): Taxi gegen Uber & Co - Der Kampf um Deutschlands Straßen. In: ZDF.de. Online unter: <https://www.zdf.de/dokumentation/zdfzoom/zdfzoom-taxi-gegen-uber-102.html> (letzter Zugriff: 20.08.2021).
- Preis, Ulrich (2018): § 611a BGB - Potenziale des Arbeitnehmerbegriffes. In: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA), S. 817-826.
- Probst, Michael (2018): Genehmigung für Aufbau und Betrieb eines Mobilitätskonzepts nach dem PBefG unterliegt (grundsätzlich) nicht dem Vergaberecht! (VK Niedersachsen, Beschl. v. 19.06.2018-VgK-18/2018). In: Vergabevlog.de, Nr. 38226.
- Pünder, Hermann/ Klafki, Anika (2014): Rechtsprobleme des Arbeitnehmerschutzes in den neuen Landesvergabegesetzen. In: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), S. 429-433.
- Pünder, Hermann (2007): Die Vergabe von Personenverkehrsdienstleistungen in Europa und die völkerrechtlichen Vorgaben des WTO-Beschaffungsübereinkommens. In: Europarecht (EuR), S. 564-596.
- Pützenbacher, Stefan (1998): Rechtliche Auswirkungen von Nahverkehrsplänen iS des § 8 III PBefG auf die Erteilung von Genehmigungen für Verkehrsleistungen. Unter Berücksichtigung der ÖPNV-Gesetze der Länder Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz und Baden-Württemberg. In: Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht (NZV), S. 104-107.
- Resch, Huber (2015): Branchenanalyse: Zukunft des ÖPNV. Entwicklungstendenzen und Chancen. Düsseldorf: Hans-Böckler-Stiftung.

- Richardi, Reinhard (Hrsg.) (2018): Betriebsverfassungsgesetz Kommentar, 16. Auflage. München.
- Richardi, Reinhard (2017): Der Arbeitsvertrag im Licht des neuen § 611 a BGB. In: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA), S. 36-39.
- Riebler, Adolf (2014): Unmoderne Regelungswut oder berechtigte Kontrolle: Genehmigungspflicht nach PBefG in Zeiten von Uber und WunderCar. In: Recht der Transportwirtschaft (RdTW), S. 461-467.
- Riesenhuber, Karl (2020): Die qualifizierten Rechtsquellen nach der Entsenderichtlinie - Dogmatik und Bedeutung für das Tariftreuerecht. In: Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA), S. 423-439.
- Rodi, Michael (2020): Ein neuer Rechtsrahmen für den ÖPNV in der Verkehrswende. In: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.), S. 1396-1404.
- Rolfs, Christian/ Giesen, Richard/ Kreikebohm, Ralf/ Meßling, Miriam/ Udsching, Peter (Hrsg.) (o.J.): Beck'scher Onlinekommentar zum Arbeitsrecht, 59. Ed. Stand: 1.3.2021. München.
- Roling, Sebastian (2010): Der Vorrang unternehmerischer Initiative im öffentlichen Personennahverkehr – Das Verhältnis eigenwirtschaftlicher und gemeinwirtschaftlicher Verkehre nach PBefG und VO (EG) 1370/07. In: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.), S. 1213-1220.
- Rosenblat, Alex (2018): Uberland: how algorithms are rewriting the rules of work. Oakland: University of California Press.
- Saxinger, Andreas/ Winnes, Michael (Hrsg.) (2020): Recht des öffentlichen Personenverkehrs – Kommentar. Stand: Dezember 2020. Köln.
- Schäfer, Martin (2012): Das novellierte Personenbeförderungsgesetz. In: InfrastrukturRecht (IR), S. 340-343.
- Schäfer, Martin (2017): Der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit aus Sicht der Verkehrswirtschaft: Regelung – Praxis – Perspektiven. In: Matthias Knauff (Hrsg.). Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit im ÖPNV. 1. Jenaer Gespräche zum Recht des ÖPNV. Baden-Baden: Nomos. S. 57-72.
- Schilling, Jan (2021): Stellungnahme VDV. In: Deutscher Bundestag. Ausschuss für Verkehr und digitale Infrastruktur. Öffentliche Anhörung. Protokoll Nr. 19/100.
- Schlachter, Monika (1987): Allgemeinverbindlich-Erklärung des Vorruhestandstarifvertrages im Baugewerbe. Eine Erwiderung zu v Hoyningen-Huene, BB 1986 S 1909. In: Betriebsberater (BB), S. 758-760.
- Schmidt-Rimpler, Walter (1941): Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts. In: Archiv für die Civilistische Praxis (AcP), 147, S. 130-197.
- Schneider, Angie (2017): Arbeitnehmerstatus eines Musikschullehrers. In: Recht der Arbeit (RdA), S. 306-311.
- Schröder, Meinhard (2015): Ridesharing-Angebote als Herausforderung für das Personenbeförderungs- und das Ordnungsrecht, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.), S. 143-148.
- Schubert, Claudia (2018): Neue Beschäftigungsformen in der digitalen Wirtschaft - Rückzug des Arbeitsrechts? In: Recht der Arbeit (RdA), S. 200-206.

- Schulz, Bert (2020): Berliner Rufbus vor dem Aus. Der Tod holt den BerlKönig. In: taz.de. Online unter: <https://taz.de/Berliner-Rufbus-vor-dem-Aus/!5665069&s=berlkönig/> (letzter Zugriff: 02.11.2021).
- Senatsverwaltung für Umwelt, Verkehr und Klimaschutz (2019): Nahverkehrsplan Berlin 2019-2023. Berlin.
- Senatsverwaltung für Wirtschaft, Energie und Betriebe (2019): Schriftliche Anfrage der Abgeordneten Katina Schubert (Linke). Online unter: <https://pardok.parlament-berlin.de/starweb/adis/citat/VT/18/SchrAnfr/S18-18499.pdf> (letzter Zugriff: 28.10.2021).
- Siegel, Thorsten (2016): Mindestlöhne im Vergaberecht und der EuGH. In: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW), S. 101-103.
- Simon, Stefan (2014): Verstößt das Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen gegen EU-Recht? – Zur Inkohärenz von Tariftreuepflichten und Mindestlohnklauseln im Vergaberecht. In: Recht der Arbeit (RdA), S. 165-176.
- Spanka, Annegret (2019): Gewährleistung des öffentlichen Personennahverkehrs durch allgemeine Vorschriften. 1. Auflage. Baden-Baden.
- Stadt Frankfurt am Main (2020): Nahverkehrsplan der Stadt Frankfurt am Main 2025+. Frankfurt am Main. Verkehrsdezernat.
- Stadt Köln – Die Oberbürgermeisterin (2017): Stadtentwicklung Köln. 3. Nahverkehrsplan. Köln: Amt für Straßen und Verkehrstechnik.
- Stadt Pforzheim (2016): Die SVP Stadtverkehr Pforzheim GmbH & Co. KG erhebt Schadensersatzklage gegen ver.di. Online unter: <https://www.pforzheim.de/stadt/aktuelles/pressemeldungen/s1/article/detail/News/die-svp-stadtverkehr-pforzheim-gmbh-co-kg-erhebt-schadensersatzklage-gegen-verdi.html> (letzter Zugriff: 08.09.2021).
- Statistisches Bundesamt (2020): Verkehr. Personenverkehr mit Bussen und Bahnen. 2018. Online unter: https://www.destatis.de/DE/Themen/Branchen-Unternehmen/Transport-Verkehr/Personenverkehr/Publikationen/Downloads-Personenverkehr/personenverkehr-busse-Bahnen-jahr-2080310187004.pdf?__blob=publicationFile (letzter Zugriff: 24.08.2021).
- Stuttgarter Nachrichten (2016): Streik in Pforzheim: Busfahrer kämpfen um ihre Jobs. Online unter: <https://www.stuttgarter-nachrichten.de/inhalt.streik-in-pforzheim-busfahrer-kaempfen-um-ihre-jobs.4cf3fba8-7fa2-462d-b7a4-30bf7522fd2d.html> (letzter Zugriff: 07.09.2021).
- Strehmann, Jan (2021): Stellungnahme DStGB. In: Deutscher Bundestag. Ausschuss für Verkehr und digitale Infrastruktur. Öffentliche Anhörung. Protokoll Nr. 19/100.
- Streinz, Rudolf (Hrsg.) (2018): EUV/AEUV Kommentar, 3. Auflage. München.
- Tamm, Deike A. (2021): Novelle des Personenbeförderungsgesetzes: Innovationsfreundlich für nachhaltige und digitale Mobilitätsplattformen? In: Recht der Transportwirtschaft (RdTW), S. 223-228.
- Tarifregister NRW (2021): Repräsentative Tarifverträge im Bereich Straße. Online unter: <http://www.tarifregister.nrw.de/tarifinformationen/Repraesentative-Tarifvertraege-im-OePNV/index.php>, (letzter Zugriff: 19.08.2021).
- Tarifvertrag AVN/ ver.di (2018): 1. Änderungstarifvertrag zum Manteltarifvertrag Verkehrsbetriebe Niedersachsen.

- Tarifvertrag AVN/ ver.di (2019): Manteltarifvertrag Verkehrsbetriebe Niedersachsen vom 22. Mai 2019.
- Tarifvertrag GVN/ GÖD (2015): Manteltarifvertrag.
- Tarifvertrag GVN/ GÖD (2018a): Lohn- und Gehaltstarifvertrag.
- Tarifvertrag GVN/ GÖD (2018b): Änderungstarifvertrag zum GVN und GÖD Manteltarifvertrag (Bus) vom 21.08.2015.
- Tarifvertrag KAV/ ver.di (2001): Bezirkstarifvertrag für die kommunalen Nahverkehrsbetriebe Baden-Württemberg (BzTV-N BW) vom 13. Oktober 2001.
- Tarifvertrag KAV/ ver.di (2020): 1. Änderungstarifvertrag vom 06.10.2020 zum Tarifvertrag Nahverkehr für die SVHI Stadtverkehr Hildesheim GmbH & Co. KG (TV-N SVHI) vom 15. August 2016.
- Tarifvertrag RVS/ EVG (2020a): Entgelttarifvertrag für die Arbeitnehmer der RVS Regionalbusverkehr Südwest GmbH.
- Tarifvertrag RVS/ EVG (2020b): Manteltarifvertrag für die Arbeitnehmer der RVS Regionalbusverkehr Südwest GmbH.
- Tarifvertrag WBO/ ver.di (2005): Manteltarifvertrag für die Arbeitnehmer im Privater Kraftomnibusverkehr in Baden-Württemberg vom 17. Oktober 2005.
- Tarifvertrag WBO/ ver.di (2019): Lohntarifvertrag für das private Omnibusgewerbe in Baden-Württemberg vom 22. März 2019.
- Thüsing, Gregor (Hrsg.) (2016): Mindestlohngesetz (MiLoG) und Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG), 2. Auflage. München.
- Thüsing, Gregor/ Granetzny, Thomas (2009): Noch einmal: Was folgt aus Ruffert? In: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA), S. 183-186.
- Thüsing, Gregor/ Hütter-Brungs, Gisela (2021): Soziale Gerechtigkeit ultra vires - Kritische Anmerkungen zum Entwurf einer Mindestlohnrichtlinie. In: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA), S. 170-175.
- Thüsing, Gregor (2005): Angemessenheit durch Konsens. Zu den Grenzen der Richtigkeitsgewähr arbeitsvertraglicher Vereinbarungen. In: Recht der Arbeit (RdA), S. 257-270.
- Thüsing, Gregor (2021): Öffentliches Interesse als Voraussetzung der Tariferstreckung und Tarifverdrängung - Zur Zulässigkeit einer Rechtsverordnung nach § 7a AEntG auf Grundlage des Tarifvertrags über Mindestarbeitsbedingungen in der Altenpflege ver.di/BVAP - In: Zeitschrift für Arbeitsrecht und Tarifpolitik in kirchlichen Unternehmen (ZAT), S. 40-52.
- Tugendreich, Bettina (2015): Mindestlohnvorgaben im Kontext des Vergaberechts. In: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau), S. 395-402.
- Uber (o.J.): Wir sind hier. Online unter: <https://www.uber.com/global/de/u/wir-sind-hier/> (letzter Zugriff: 15.10.2021).
- Uber (2019): Annual Report 2019. Online unter: https://s23.q4cdn.com/407969754/files/doc_financials/2019/ar/Uber-Technologies-Inc-2019-Annual-Report.pdf (letzter Zugriff: 20.08.2021).
- ver.di (o.J.): Personenbeförderungsgesetz: Der Vorrang eigenwirtschaftlicher Anträge. Gemeinsam für den Stadtverkehr Hildesheim! Online unter: <https://verkehr.verdi.de/branchen/busse-und->

- bahnen/personenbefoerderungsgesetz-der-vorrang-eigenwirtschaftlicher-antraege/++co++62617968-0af9-11e6-8d4f-525400ed87ba (letzter Zugriff: 18.10.2021).
- ver.di (2014): Tarifnews: Taxigewerbe: Tarifverhandlungen zu Mindestlohn gescheitert. Online unter: <https://www.verdi.de/themen/nachrichten/++co++1663c046-3cc1-11e4-aeaa-5254008a33df> (letzter Zugriff: 20.08.2021).
- Verwaltungsgericht Hamburg (2014): 5 E 3534/14. Online unter: <https://justiz.hamburg.de/contentblob/4363360/9bf176a82149f571e7b7a2e085e3f465/data/5-e-3534-14-beschluss-vom-27-08-2014.pdf> (letzter Zugriff: 21.07.2021).
- Verwaltungsgericht Köln (2020): Urteil vom 14.08.2020 – 18 K 451/17. openJur 2020, 69074. Online unter: <https://openjur.de/u/2293504.html> (letzter Zugriff: 13.10.2021).
- Verband Deutscher Verkehrsunternehmer (2021): Interner Vermerk. Berechnung auf der Grundlage des Statistischen Bundesamt Fachserie 8 Reihe 3.1 jeweils Tabelle 1.7 Jahreshefte 200 bis 2018. Köln.
- ViaVan (2021): Werde Teil des Teams! Bewirb dich jetzt bei ViaVan und sei dabei die Mobilität von Morgen mitzugestalten! Online unter: https://drive.viavan.com/?utm_city=ber (letzter Zugriff: 28.10.2021).
- von Mangoldt, Hermann (Begr.)/ Klein, Friedrich/ Starck, Christian (Fortf.)/ Huber, Peter M./ Voßkuhle, Andreas (Hrsg.) (2018): Grundgesetz Kommentar. Band 2, 7. Auflage. München.
- von Münch, Ingo/ Kunig, Philip (Begr.) (2021): Grundgesetz Kommentar. Band 2, 7. Auflage. München.
- Wachinger, Lorenz (2017): Eigenwirtschaftlichkeit und Nahverkehrsplanung – juristische Perspektive. In: Knauff, Matthias (Hrsg.), Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit im ÖPNV. 1. Jenaer Gespräche zum Recht des ÖPNV, S. 101-113.
- Waldhausen, Holger (2017): Ökonomische Erfordernisse für eigenwirtschaftliche Verkehre. In: Knauff, Matthias (Hrsg.), Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit im ÖPNV. 1. Jenaer Gespräche zum Recht des ÖPNV, S. 73-80.
- Werres, Bettina/ Schaefer Sascha F. (2013): Anwendbarkeit des TVgG-NRW auch bei Erteilung von Linienverkehrsgenehmigungen nach dem Personenbeförderungsgesetz (PBefG)? In: Vergabeblog.de, Nr. 15837.
- Wiebauer, Bernd (2012): Arbeitszeitgrenzen für selbstständige Kraftfahrer. In: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA), S. 1331-1334.
- Wimmer, Norbert/ Weiß, Mari (2015): Taxi-Apps zwischen Vermittlertätigkeit und Personenbeförderung. Die verwaltungsgerichtliche Entscheidungspraxis zu den Uber-Angeboten. In: Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung (MMR), S. 80-85.
- Winnes, Michael (2013): Die Allgemeine Vorschrift als Steuerungs- und Finanzierungsinstrument im ÖPNV. In: KommunalPraxis spezial, S. 96-101.
- Winter, Olaf Markus (2005): Analyse und Evaluation von Nahverkehrsplänen und die Aufstellung von Kriterien zur Bewertung von Standards im ÖPNV. Schriftenreihe Verkehr (16). Kassel: Kassel University Press.
- Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages (2017): Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit von Personenverkehrsdienstleistungen nach § 8 Abs. 4 PBefG, WD 7 - 3000 - 031/17.
- Zeil, Martin/ zur Lippe, Ferdinand (2018): Der rechtliche Rahmen für innovative Mobilitätsangebote. In: Gewerbearchiv (GewArch), S. 405-410.

Ziekow, Jan (2009): Die Direktvergabe von Personenverkehrsdiensten nach der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 und die Zukunft eigenwirtschaftlicher Verkehre. In: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), S. 865-871.

Geführte Interviews

Interview mit	Geführt am:	Format	Zitiert als:
Experte in Pforzheim	29.07.2021	telefonisch	Interview Pforzheim
Experte in Hildesheim	26.08.2021	Video-Konferenz	Interview Hildesheim
Gewerkschaft	17.08.2021	Video-Konferenz	Interview ver.di
Verband Verkehrsunternehmen	27.08.2021	telefonisch	Interview VDV
Verband Omnibusunternehmen	10.09.2021	Video-Konferenz	Interview bdo
Städte- und Gemeindebund	17.08.2021	Video-Konferenz	Interview DStGB
Hamburger Behörde für Verkehr und Mobilitätswende	20.10.2021	Video-Konferenz	Interview BfVMH
Bundesverband Taxis und Mietwagen	13.09.2021	Video-Konferenz	Interview BVTM
Uber	14.10.2021	Video-Konferenz	Interview Uber

Diese Publikation wird im Rahmen der Öffentlichkeitsarbeit des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales kostenlos herausgegeben. Sie darf weder von Parteien noch von Wahlbewerbern oder Wahlhelfern während des Wahlkampfes zum Zwecke der Wahlwerbung verwendet werden. Dies gilt für Europa-, Bundestags-, Landtags- und Kommunalwahlen. Missbräuchlich ist insbesondere die Verteilung auf Wahlveranstaltungen, an Informationsständen der Parteien sowie das Einlegen, Aufdrucken oder Aufkleben parteipolitischer Informationen oder Werbemittel. Untersagt ist gleichfalls die Weitergabe an Dritte zum Zwecke der Wahlwerbung. Unabhängig davon, wann, auf welchem Weg und in welcher Anzahl diese Publikation dem Empfänger zugegangen ist, darf sie auch ohne zeitlichen Bezug zu einer bevorstehenden Wahl nicht in einer Weise verwendet werden, die als Parteinahme der Bundesregierung zugunsten einzelner politischer Gruppen verstanden werden könnte. Außerdem ist diese kostenlose Publikation - gleichgültig wann, auf welchem Weg und in welcher Anzahl diese Publikation dem Empfänger zugegangen ist - nicht zum Weiterverkauf bestimmt.

Alle Rechte einschließlich der fotomechanischen Wiedergabe und des auszugsweisen Nachdrucks vorbehalten.