

Aktuelle Informationen

Ausgabe 2,
März und April 2015

Public Services Legal News

Verkehr und Infrastruktur

pwc

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

wir freuen uns, Ihnen die neueste Ausgabe unseres PDF-Newsletters *Public Services Legal News – Verkehr und Infrastruktur* übersenden zu können.

Mit unserem nunmehr auch in den Bundesländern Hessen, Rheinland. Pfalz, Saarland, Baden-Württemberg und Bayern erscheinenden Newsletter wollen wir den eiligen Leser auf prägnante und übersichtliche Weise über die aktuellen Themen aus den Bereichen Verkehr und Infrastruktur informieren. Sie profitieren dabei von dem Expertenwissen unseres 11-köpfigen ÖPNV-Teams an den Niederlassungen Düsseldorf, Frankfurt, Hannover und Hamburg (siehe hierzu Seite 13). Außerdem erhalten Sie Informationen zu unseren regelmäßig stattfindenden Praxisseminaren.

Viel Spaß beim Lesen.

Ihre

Christiane Kappe

Inhalt

Verkehr – Recht und Steuern	2
Fahrgeldeinnahmen im Sinne des § 148 SGB IX	2
Arbeitnehmerüberlassung vs. Gemeinschaftsbetrieb bei Verkehrsunternehmen	3
Linienteilung in eigen- und gemeinwirtschaftlichen Teil (vergaberechtlich) zulässig	4
Keine Vollkostenübernahme bei Schülerbeförderung zu Privatschule	6
Zum 1. März 2015 ist das neue Hessische Vergabe- und Tariftreuegesetz in Kraft getreten	7
Mindestlohn und Eignungsprüfung	9
Bestandteile eines Mindestlohns – EuGH liefert Anhaltspunkte zu ÖPNV-Tariftreuregelungen	10
Das Team	13

Bestellung und Abbestellung.....14

Verkehr – Recht und Steuern

Fahrgeldeinnahmen im Sinne des § 148 SGB IX

Das VG Meiningen hatte mit Urteil vom 13.02.2014 (8 K 229/12 ME) darüber zu befinden, welche Einnahmen unter „Fahrgeldeinnahmen“ im Sinne des § 148 SGB IX fallen. Hintergrund der Klage eines Verkehrsunternehmens war die von diesem eingeführte „Senioren-Card“, die eine 50%ige Ermäßigung für alle Personen ab dem 65. Lebensjahr vorsieht. Der betroffene Landkreis zahlte für jedes verkaufte ermäßigte Senienticket ein zusätzliches Entgelt in Höhe der Differenz an das klagende Unternehmen.

Die für die Ausgleichsleistungen nach § 148 SGB IX zuständige Behörde sah in den vom Landkreis geleisteten Zahlungen für die Senioren-Card keine Fahrgeldeinnahmen im Sinne des § 148 SGB IX und kürzte die Ausgleichsleistung nach § 148 SGB IX entsprechend.

Das VG Meiningen gab der hiergegen gerichteten Klage statt und begründete dies damit, dass es unerheblich sei, dass das Entgelt nicht in vollem Umfang vom Fahrgast geleistet werde. Auch das von der öffentlichen Hand gezahlte zusätzliche Entgelt für die Beförderung von Senioren zu einem ermäßigten Tarif sei bei der Berechnung der Ausgleichsleistungen in Ansatz zu bringen. Zur Begründung verwies das Gericht u.a. auf die Gesetzesbegründung zur Vorgängervorschrift des § 148 SGB IX (vgl. § 60 SchwbG), der zufolge es für den Begriff der Fahrgeldeinnahmen unerheblich sei, ob das Entgelt für eine Fahrkarte ganz oder zum Teil vom Benutzer, von der öffentlichen Hand oder von dritter Seite geleistet werde. Darüber hinaus verwies das VG Meiningen auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil v. 19.1.1979 – VII C 56.75), wonach dann Fahrgeldeinnahmen vorliegen, wenn diese einen Anspruch abgelten sollen, den das Verkehrsunternehmen sonst gegen den Beförderten gehabt hätte. Das zusätzliche Entgelt der öffentlichen Hand bliebe die Gegenleistung für die Leistung des Verkehrsunternehmens und diene nicht dazu, ein finanzielles Defizit auszugleichen.

Interessant an dieser Entscheidung ist, dass das Gericht sich über die geltende Richtlinie des Ministeriums für Soziales, Familie und Gesundheit des Freistaates Thüringen zur Erstattung der Fahrgeldausfälle im Nahverkehr nach § 62 SchwbG hinwegsetzt, in der ausdrücklich festgelegt ist, dass Zahlungen für Rentner und andere bevorzugte Personengruppen keine Fahrgeldeinnahmen im Sinne des § 62 Abs. 2 SchwbG sind. Das Gericht sah sich bei seiner Entscheidung an diese verwaltungsinterne Richtlinie nicht gebunden und hielt sie für rechtswidrig.

Praxishinweis:

Unternehmen, die ein zusätzliches Entgelt für die Beförderung bestimmter Personengruppen erhalten, sollten im Einzelfall prüfen, ob die entsprechenden Einnahmen in die Bemessungsgrundlage für den Ausgleich nach § 148 SGB IX einbezogen werden müssen. Dies gilt ggf. auch für Einnahmen, die nach der jeweiligen Landesrichtlinie nicht als Fahrgeldeinnahmen im Sinne des § 148 IX anerkannt sind.

Von RAin Jurkea Wachtendorf, Tel.: +49 40 6378-1258,
jurkea.wachtendorf@de.pwc.com

Arbeitnehmerüberlassung vs. Gemeinschaftsbetrieb bei Verkehrsunternehmen

Das Arbeitsgericht Osnabrück (Urt. v. 17.03.2015 - 1 Ca 174/14) hatte sich mit der in der Praxis häufig auftretenden Frage der Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und einem Gemeinschaftsbetrieb zu befassen.

Der Entscheidung lag der folgende Sachverhalt zu Grunde: Die Beklagte ist ein nach PBefG konzessioniertes Verkehrsunternehmen und Alleingesellschafterin einer Fahrbetriebsgesellschaft, bei der der Kläger als Busfahrer befristet angestellt war. Die Fahrbetriebsgesellschaft verfügte nicht über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG. Während der Gesamtdauer seiner Beschäftigung wurde der Kläger bei der Beklagten, dem konzessionierten Verkehrsunternehmen, als Busfahrer eingesetzt, wozu er arbeitsvertraglich auch verpflichtet war. Der Geschäftsführer der Fahrbetriebsgesellschaft war gleichzeitig auch Prokurist und Leiter des Verkehrsbetriebs der Beklagten. Die Fahrbetriebsgesellschaft verfügte über keine eigene Personalabteilung, keine eigene Werkstatt und keine Personalräume. Die Beklagte gestaltete hingegen die Dienstpläne einheitlich und auch die Fortbildungen für die Fahrer wurde durch die Beklagte durchgeführt. Darüber hinaus existierte eine einheitliche Leitstelle bei der Beklagten. Ob die Fahrbetriebsgesellschaft eigene Busse besitzt ist zwischen den Parteien streitig.

Bei der Beklagten findet der TVöD Anwendung, auf das Arbeitsverhältnis des Klägers kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme hingegen die Tarifverträge für das private Omnibusgewerbe im Lande Niedersachsen.

Hinsichtlich der betriebsverfassungsrechtlichen Strukturen besteht ein sogenannter Zuordnungstarifvertrag, wonach die Beklagten und die Tochter-Fahrbetriebsgesellschaft einen Gemeinschaftsbetrieb bilden.

Vor diesem Hintergrund entschied das Arbeitsgericht, dass gem. §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 S. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten bestehe, da die Fahrbetriebsgesellschaft als Arbeitgeberin nicht über die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung gem. § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG verfüge, aber eine gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung vorliege.

Die Entscheidung setzt sich sehr ausführlich mit der Abgrenzung zwischen dem Vorliegen eines Gemeinschaftsbetriebes und dem Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung auseinander, kommt im Ergebnis dazu, dass wesentlich für das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung spreche, dass die Fahrbetriebsgesellschaft über keine eigenen Betriebsmittel verfüge. Hierbei gründet die Entscheidung ergänzend auf weiteren prozessualen Grundsätzen, so dass abzuwarten bleibt, ob die Berufungsinstanz diese Ansicht des Arbeitsgerichts teilt.

Praxishinweis:

Der Einsatz von Drittpersonal ist aktuell mehr denn je in der Diskussion. Die verschiedensten Formen des Drittpersonaleinsatzes (Arbeitnehmerüberlassung, Werkvertrag, Dienstleistung, Gemeinschaftsbetrieb) bedürfen aber bei der konkreten Ausgestaltung einer sehr genauen arbeitsrechtlichen Überprüfung. Aufgrund des Inhalts des Urteils sollten Verkehrsunternehmen ihren Personaleinsatz überprüfen und die Entwicklungen in der Rechtsprechung beobachten. Jedenfalls dort, wo ein Arbeitgeber lediglich das Personal, der andere aber sämtliche sächliche Betriebsmittel in einen Gemeinschaftsbetrieb einbringt, sollte genau geprüft werden, ob nicht tatsächlich eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung vorliegt

Von RA und Fachanwalt für Arbeitsrecht Arne Ferbeck, Tel.: +49 211 981-4776, arne.ferbeck@de.pwc.com

Linienteilung in eigen- und gemeinwirtschaftlichen Teil (vergaberechtlich) zulässig

Mit Beschluss vom 17. November 2014 hat die Vergabekammer (VK) Rheinland-Pfalz (Az. VK 1-28/14) u.a. zu der kontrovers diskutierten Frage Stellung genommen, ob eine Linie aufgeteilt werden kann oder nicht. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Beigeladene (ein ehemals kommunales Verkehrsunternehmen) erbringt den Stadtverkehr für die Antragsgegnerin (Aufgabenträger) seit dem Jahr 2002 eigenwirtschaftlich. Die entsprechenden Liniengenehmigungen laufen im Sommer dieses Jahres aus. Infolge von prognostizierten Einnahmerückgängen in den nächsten Jahren gehen beide Marktteilnehmer davon aus, dass eine ausschließlich eigenwirtschaftliche Verkehrserbringung in Zukunft ausscheidet. Die Antragsgegnerin hat daher beschlossen, den Stadtbusverkehr zukünftig in einen eigenwirtschaftlichen, von der Beigeladenen zu betreibenden Verkehr in den Hauptverkehrszeiten (HVZ) und in einen gemeinwirtschaftlichen Betrieb in Zeiten mit schwachem Verkehrsaufkommen (SVZ) aufzuteilen. Hinsichtlich der Beauftragung zu den SVZ geht die Antragsgegnerin vom Vorliegen einer Dienstleistungskonzession aus, die im Wege der Direktvergabe an kleine und mittlere Unternehmen (KMU) nach Art. 5 Abs. 4 der VO 1370/2007 vergeben werden kann.

Gegen dieses Vorgehen wendet sich die Antragstellerin (ein privates Verkehrsunternehmen). Sie trägt dabei vor, dass 1.) die Aufspaltung in HVZ und SVZ

künstlich sei und 2.) keine Dienstleistungskonzession, sondern vielmehr ein Dienstleistungsauftrag vorläge. Insgesamt seien daher die Voraussetzungen für eine KMU-Direktvergabe nicht gegeben. Richtigerweise hätte der Stadtverkehr insgesamt also öffentlich ausgeschrieben werden müssen.

Die VK Rheinland-Pfalz betont zunächst, dass sie als Nachprüfungsinstanz lediglich die Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften überprüft. Personenbeförderungsrechtliche Aspekte könnten ausnahmsweise im Nachprüfungsverfahren Berücksichtigung finden, wenn ein vergaberechtlicher Anknüpfungspunkt besteht. Infolge dessen sei die VK auch von vornherein auf die Überprüfung von gemeinwirtschaftlichen Bestellungen als vergaberechtsrelevantem Beschaffungsakt beschränkt.

Im Ergebnis hat die VK dem Antrag zwar stattgegeben, allerdings lediglich aufgrund des zweiten Vorbringens der Antragstellerin (Vorliegen eines Dienstleistungsauftrags anstelle einer Dienstleistungskonzession). Mit Blick auf die Aufteilung in HVZ und SVZ macht sie keinerlei vergaberechtliche Bedenken geltend. Insofern betont sie, dass das Vergaberecht gerade die Aufteilung der Leistungen in der Menge (Teillose) und nach der Art und dem Fachgebiet (Fachlose) vorschreibe. Auf eine solche Aufteilung könne allein aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen verzichtet werden. Darüber hinaus seien mittelständische Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu berücksichtigen. Die losweise Vergabe – und damit die Aufteilung in HVZ und SVZ – stelle eine Möglichkeit zur Berücksichtigung dieser Interessen dar. Schließlich sei zu berücksichtigen, dass der Auftraggeber – hier also die Antragsgegnerin – bei der Entscheidung über die Losvergabe über einen Beurteilungsspielraum verfüge, der von den Nachprüfungsinstanzen nur beschränkt überprüfbar ist.

Die unterlegene Antragsgegnerin hat gegen die Entscheidung der VK sofortige Beschwerde vor dem Oberlandesgericht (OLG) Koblenz mit der Begründung eingelegt. Da sie aber lediglich durch die Einordnung der SVZ als Dienstleistungsauftrag beschwert war und die Antragstellerin gegen die als zulässig erachtete Unterteilung in HVZ und SVZ kein (Anschluss-)Rechtsmittel eingelegt hat, konnte das OLG auch nur noch zur Frage nach der Abgrenzung zwischen Dienstleistungskonzession und Dienstleistungsauftrag Stellung nehmen. Diesbzgl. hat es den Beschluss der VK bestätigt.

Praxishinweis:

Die Entscheidung der VK Rheinland-Pfalz ist – jedenfalls mit Blick auf die Ausführungen zur vergaberechtlichen Zulässigkeit der Unterteilung in HVZ und SVZ – zu begrüßen. Die Unterteilung einer Linie in einen eigenwirtschaftlichen (etwa zu den Berufsverkehrszeiten) und einen gemeinwirtschaftlichen (z.B. am Wochenende oder nachts) Teil stellt keine Umgehung der KMU-Direktvergabevoraussetzungen nach Art. 5 Abs. 4 VO 1370/2007 dar, sondern ist sachlichen und haushaltspolitischen Zwängen geschuldet und dient damit den Interessen des Aufgabenträgers. Das hier mitunter vorgebrachte – personenbeförderungsrechtliche – Gegenargument, die Linie sei die kleinste genehmigungsrechtliche Einheit, die nicht weiter unterteilt werden könne, greift nur auf den ersten Blick. Bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass das Personenbeförde-

rungsgesetz (PBefG) ausdrücklich zwischen einer sog. „Gesamtleistung“ und einer sog. „Teilleistung“ unterscheidet. Nach § 8a Abs. 2 Satz 4 PBefG gehört zur Gesamtleistung u.a. die Linie. Da dem Wortsinn nach eine „Teilleistung“ aber ein Weniger im Verhältnis zur „Gesamtleistung“ ist, muss die Linie (=Gesamtleistung) auch aufgeteilt werden können (etwa in Takte oder in gemein- und eigenwirtschaftliche Leistungen). Vor diesem Hintergrund ist den Aufgabenträgern zu raten, eine – von sachlichen, willkürfreien Erwägungen getragene – Linienteilung verstärkt in Erwägung zu ziehen.

Unabhängig hiervon treffen sowohl die VK Rheinland-Pfalz als auch das OLG Koblenz noch weitere interessante Feststellungen:

- Zum einen bestätigen beide Instanzen die vergaberechtliche Spruchpraxis, nach der die Einordnung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags (öDA) als Dienstleistungskonzession und als Dienstleistungsauftrag maßgeblich von der Risikoverteilung abhängig ist. Für den Fall, dass eine sichere Aussage über die Risikoverteilung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zum Zeitpunkt der Ausschreibung nicht getroffen werden kann, sei im Sinne eines fairen und transparenten Wettbewerbs von einem Dienstleistungsauftrag auszugehen.
- Das OLG betont, dass seiner Ansicht nach die Frist zur unverzüglichen Anbringung von Rügen im Vergabeverfahren (§ 107 Abs. 3 Nr. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB) europarechtswidrig ist. Seines Erachtens ist diese Frist daher unbeachtlich.

Von RA Bettina Werres Tel.: +49 211 981-4966, bettina.werres@de.pwc.com

Keine Vollkostenübernahme bei Schülerbeförderung zu Privatschule

Das OVG Rheinland-Pfalz hat mit Urteil vom 18. Dezember 2014 (Az.: 2 A 10506714. OVG) entschieden, dass die Stadt Trier nicht dazu verpflichtet ist, die Kosten der Schülerbeförderung zu einer Freien Waldorfschule in voller Höhe zu erstatten.

Die Klägerin lebt im Westerwaldkreis. Die Tochter der Klägerin besucht eine – nicht im Kreisgebiet gelegene - heilpädagogische Waldorfschule (in freier Trägerschaft) in Nordrhein-Westfalen. Die beklagte Stadt Trier hatte die Beförderungskosten entsprechend § 33 Abs. 2 Privatschulgesetzes (PrivSchG) nur insoweit bewilligt, als sie bei der Fahrt zu der – nächstgelegenen - im Kreisgebiet gelegenen privaten Sonderschule angefallen wären. Dagegen machte die Klägerin geltend, dass § 33 Abs. 2 PrivSchG gegen den verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verstoße, weil zum Nachteil der Waldorfschüler auf jede nächstgelegene öffentliche Schule unabhängig von der Schulart abgestellt werden könne. Die daraufhin von der Klägerin erhobene Klage blieb schon in der ersten Instanz vor dem VG Koblenz erfolglos und ebenso entschied jetzt auch das OVG.

Die in den Schulgesetzen geregelte, aus öffentlichen Mitteln finanzierte Schülerbeförderung verpflichte die Landkreise und kreisfreien Städte nicht generell, für die Beförderung der Schüler von Privatschulen zu sorgen. Die Pflicht zur Beförderung sei vielmehr auf solche Schulen in freier Trägerschaft beschränkt, die das Land Rheinland-Pfalz durch finanzielle Zuwendungen zur den Personal- und Sachkosten unmittelbar fördere. Lediglich diese Schulen seien dergestalt in das öffentliche Schulsystem von Rheinland-Pfalz integriert, dass auch ihre Einbeziehung in das System der öffentlich finanzierten Schülerbeförderung gerechtfertigt sei. Denn sie verfügen über die erforderliche Ausstattung, um auf Dauer die an entsprechende öffentliche Schulen gestellten Anforderungen zu erfüllen und das Land von seiner Verpflichtung zu befreien, selbst entsprechende Bildungseinrichtungen zur Verfügung zu stellen.

Das OVG betonte insbesondere, dass sich dem geltenden Verfassungsrecht kein Gebot des Inhalts entnehmen lasse, dass der Staat für die kostenlose Beförderung der Schüler auf dem Schulweg zu sorgen hätte. Nehme der Staat den Eltern daher mit der Übernahme einen Teil der Unterhaltungspflicht ab, so dürfe er schon angesichts der begrenzten Leistungsfähigkeit der öffentlichen Hand Differenzierungen vornehmen, solange und soweit hierfür sachliche Gründe gegeben sind. Dass die Freien Waldorfschulen nicht in vergleichbarer Weise in die Erfüllung des staatlichen Bildungsauftrags eingebunden seien wie staatlich anerkannte Ersatzschulen, stelle einen sachgerechten Grund für die Differenzierung dar.

Von RAin Jurkea Wachtendorf, Tel.: +49 40 6378-1258,
jurkea.wachtendorf@de.pwc.com

Zum 1. März 2015 ist das neue Hessische Vergabe- und Tariftreuegesetz in Kraft getreten

Eineinhalb Jahre nach Inkrafttreten des Hessischen Vergabegesetzes ist zum 1. März 2015 das neue Hessische Vergabe- und Tariftreuegesetz (HVTG) in Kraft getreten. Wie der Name des Gesetzes bereits vermuten lässt, hat der hessische Gesetzgeber – wie vor ihm andere Landesgesetzgeber – dem Thema Tariftreue einen Schwerpunkt gewidmet. Das Gesetz sieht vor, dass der öffentliche Personennahverkehr (ÖPNV) mit besonderen Entgeltregelungen in den Geltungsbereich des HVTG (§ 1 Abs. 1-3) einbezogen wird. Insofern folgt Hessen auch hier dem Beispiel anderer Bundesländer (wie z.B. Nordrhein-Westfalen). Die im Gesetz genannten Stellen werden auf diese Weise verpflichtet, vor der Vergabe Tariftreue- und Mindestentgelterklärungen sowie ggf. entsprechende Erklärungen durch Nachunternehmer einzufordern. Diese sind dann nach § 4 Abs. 4 HVTG verpflichtet, öffentliche Dienstleistungsaufträge und freigestellte Schülerverkehre nur an Unternehmen zu vergeben, die eine Tariftreueerklärung abgegeben haben. Darin muss sich der Auftragnehmer vertraglich verpflichten, den Beschäftigten ein Entgelt nach Maßgabe eines einschlägigen und repräsentativen Tarifvertrages zu zahlen. Die einschlägigen und repräsentativen Tarifverträge werden dabei von dem für das Tarifwesen zuständigen Ministerium im Einvernehmen mit dem für den öffentlichen Personennahverkehr zuständigen Ministerium bekannt gegeben und im Staatsanzeiger für das Land Hessen und der Hessischen Ausschreibungsdatenbank (HAD) bekannt gemacht. Derzeit sind solche

repräsentativen Tarifverträge im HAD jedoch noch nicht veröffentlicht. Die Erfahrung aus anderen Bundesländern zeigt, dass eine solche Bekanntmachung mitunter erst mehrere Monate nach Inkrafttreten des (Vergabe- und) Tariftreuegesetzes bekannt gemacht wird. Solange können sich die Unternehmen nicht zur Tariftreue, sondern lediglich zur Zahlung des Mindestlohns verpflichten. Insofern gilt – wie in anderen Bundesländern auch – die Zahlung des (repräsentativen) Tariflohns nicht automatisch, sondern erst nach entsprechender Verpflichtungserklärung.

Ein Unterschied zu anderen Landestariftreuegesetzen in Deutschland besteht darin, dass die Anwendung im ÖPNV im Wesentlichen auf die Aufgabenträgerebene (§ 1 Abs. 3) beschränkt bleiben soll. Hierbei werden neben den originären Aufgabenträgern aber auch Aufgabenträgerorganisationen und damit Nahverkehrsorganisationen (NLO) nach § 1 Abs. 6 ÖPNVG Hessen in den Geltungsbereich des Gesetzes einbezogen. Privatrechtlich organisierte Verkehrsunternehmen, die die Eigenschaft eines Sektorenauftraggebers im Sinne des § 98 Nr. 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) haben, werden bei den von ihnen durchgeführten (Nachunternehmer-)Vergaben somit vom HVTG nicht erfasst.

Mit Blick auf den ÖPNV beziehen sich die Verpflichtungen nach dem HVTG auch auf vom Aufgabenträger „selbst erbrachte Leistungen“ im ÖPNV und auf Direktvergaben nach Art. 5 Abs. 2, 4 und 6 der VO 1370/2007 sowie wettbewerbliche Vergaben. Hier ist fraglich, ob mit den „selbst erbrachten“ Leistungen nur solche durch Eigenbetriebe gemeint sein sollen. Auffällig ist zudem, dass weder Notvergaben im Sinne von Art. 5 Abs. 5 der VO 1370/2007 noch Inhouse-Vergaben nach der sog. „Teckal“-Rechtsprechung erwähnt werden, so dass anzunehmen ist, dass sich die Verpflichtungen aus dem HVTG nicht auf diese erstrecken.

Zusätzlich sieht § 11 HVTG für Bekanntmachungen im ÖPNV und damit auch für Vorabveröffentlichungen öffentlicher Dienstleistungsaufträge eine verpflichtende zusätzliche Veröffentlichung in der Hessischen Ausschreibungsdatenbank vor.

Praxishinweis:

Für zahlreiche öffentliche Auftraggeber und Bieter hält das HVTG wesentliche Änderungen dadurch bereit, dass der Schwerpunkt des Gesetzes nunmehr auf der Tariftreue liegt. Für den ÖPNV ist die aus anderen Bundesländern bereits bekannte spezielle Tariftreueforderung aufgenommen worden.

Von den Regelungen zur Abgabe einer Tariftreueerklärung nicht betroffen sind bestehende Verträge. Solche Bestandsbeträufungen müssen selbst dann nicht abgeändert oder gekündigt werden, wenn während ihrer Laufzeit ein oder mehrere Tarifverträge für repräsentativ erklärt werden.

Was die Verpflichtung etwaig eingesetzter Nachunternehmer zur Leistungserfüllung nach § 8 HVTG anbelangt, so sollen danach auch Nachunternehmer zur Tariftreuepflicht (§ 4) und der Verpflichtung zur Zahlung eines Mindestentgelts

(§ 6) herangezogen werden. Für den ÖPNV unklar bleibt, ob hier die erheblich kostenintensivere Tariftreuepflicht oder das einfache Mindestentgelt verpflichtend sein soll. Die entsprechenden Gesetze in Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen enthalten ähnliche Verpflichtungen und kommen dabei zu unterschiedlichen Schlussfolgerungen. Während die PwC Legal AG in Niedersachsen für Mandaten erreichen konnte, dass seitens des zuständigen Wirtschaftsministeriums eine Verpflichtung der Nachunternehmer zur Zahlung des Mindestlohns als ausreichend angesehen wird, soll in Nordrhein-Westfalen auch von Nachunternehmern die teurere Tariftreue verlangt werden. Die Anwendungspraxis des HVTG muss daher zeigen, wie streng diese Nachunternehmerpflichten in Hessen ausgelegt werden.

Sofern sich der Gesetzgeber bei der Tariftreue für freigestellte Schülerverkehre auf die Ermächtigung nach der VO 1370/2007 stützt, sei hier angemerkt, dass diese Ermächtigung vor dem Hintergrund geltenden Europarechts fraglich erscheint. Die VO bezieht freigestellte Schülerverkehre u. E. nicht in ihren Geltungsbereich ein. Da die VO jedoch Grundlage für die besonderen Tariftreuregelungen im ÖPNV ist, können insofern freigestellte Schülerverkehre nicht unter § 4 Abs. 4 HVTG fallen. Hier wäre u. E. allenfalls die allgemeine Verpflichtungserklärung nach § 4 Abs. 1 HVTG einschlägig.

Das HVTG wird bei den Auftraggebern sicherlich zu Mehrkosten führen; umso mehr verwundert es, dass sich im HVTG keine Konnexitätsregelung zur grundsätzlichen Verpflichtung des Landes zur Übernahme der durch das HVTG entstandenen Mehrkosten findet, wie sie beispielsweise in Nordrhein-Westfalen in § 21 Abs. 4 Nr. 5 TVgG NRW enthalten ist.

Im Ergebnis lässt sich – ähnlich wie in den anderen Bundesländern – festhalten: Gut gemeint ist nicht immer gut gemacht.

Von RA Dr. Christian Behling, Tel.: +49 69 9585-3180,
christian.behling@de.pwc.com

Mindestlohn und Eignungsprüfung

Nach dem Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (Mindestlohngesetz – MiLoG) gilt in Deutschland seit dem 1. Januar 2015 ein flächendeckender allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn.

Regelungsgegenstand des MiLoG

Das MiLoG verankert einen arbeitsrechtlichen Anspruch der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber auf Zahlung eines Arbeitsentgelts in Höhe von gegenwärtig mindestens 8,50 € (brutto). Für die Einführungsphase ist es bis Ende 2017 zulässig, in den Tarifverträgen repräsentativer Tarifvertragsparteien oder in nach dem AEntG für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen geringere Löhne zu vereinbaren. Dies gilt beispielsweise für den Bereich der Brief- und Sicherheitsdienstleistungen.

Neben seinen arbeitsrechtlichen Schwerpunkten enthält dieses Gesetz jedoch auch Maßgaben für die Ausgestaltung von Vergabeverfahren, die durch öffentliche Auftraggeber zwingend beachtet werden müssen.

Eignungsprüfung

Die Einhaltung der arbeitsrechtlichen Vorgaben des MiLoG durch die Bieterunternehmen ist insbesondere im Rahmen der Eignungsprüfung zu beachten. Aufträge dürfen danach grundsätzlich nur an gesetzestreue, also zuverlässige, Unternehmen vergeben werden. Bieter, die wegen eines Verstoßes gegen die Bußgeldvorschriften des MiLoG mit einer Geldbuße von wenigstens 2500 € belegt wurden, sind daher von der Teilnahme an einer Ausschreibung für eine angemessene Zeit auszuschließen. Dies gilt so lange, bis sie die Wiederherstellung ihrer Zuverlässigkeit nachgewiesen haben. Um die Zuverlässigkeit in dieser Frage umfassend prüfen zu können, räumt das MiLoG den öffentlichen Auftraggebern Auskunftsmöglichkeiten gegenüber den zuständigen Verfolgungsbehörden ein.

Zusätzlich verlangt das MiLoG von den öffentlichen Auftraggebern entweder, dass diese beim Gewerbezentralregister Auskünfte über rechtskräftige Bußgeldentscheidungen einholen oder dass diese zumindest eine Eigenklärung abfragen, wonach die Voraussetzungen für einen Ausschluss nicht vorliegen. Im Falle einer Erklärung des Bewerbers können öffentliche Auftraggeber jederzeit zusätzlich Auskünfte des Gewerbezentralregisters ergänzend anfordern. Bei Aufträgen ab einer Höhe von 30 000 Euro sind öffentliche Auftraggeber sogar verpflichtet eine Gewerbezentralregisterauskunft für den Bestbieter, der den Zuschlag erhalten soll, vor der Zuschlagserteilung einzuholen.

Praxishinweis:

Das MiLoG verankert weitere Verpflichtungen für öffentliche Auftraggeber, die zwingend im Vorfeld und bei der Durchführung einer Auftragsvergabe beachtet werden müssen. Dies gilt auch für Auftraggeber im Verkehrsbereich. Die Mindestlohnverpflichtung dürfte in diesem Bereich zwar durch die Tarifreuegesetze der Länder weitgehend abgedeckt sein. Besondere Aufmerksamkeit ist aber den Auskunftsregelungen zu widmen. Dies gilt auch und gerade für die Anforderung von Auszügen aus dem Gewerbezentralregister vor der Zuschlagserteilung.

Von RA Sascha F. Schaefer, Tel.: +49 211 981-2549,
sascha.schaefer@de.pwc.com

Bestandteile eines Mindestlohns – EuGH liefert Anhaltspunkte zu ÖPNV-Tarifreue Regelungen

In der Entscheidung des EuGH (Urteil vom 12. Februar 2015 –Az. C-396/13) geht es im Wesentlichen um die Bestimmung der Tragweite des Begriffs „Mindestlohnsatz“ im Sinne der Richtlinie 96/71/EG (Entsenderichtlinie) und ihr Verhältnis zu mitgliedstaatlichen Vorschriften, die Regeln zum Mindestlohn für in den Mitgliedsstaat entsandte Mitarbeiter enthalten.

Im zugrunde liegenden Fall setzte ein polnisches Unternehmen Mitarbeiter zur Ausführung von Elektroarbeiten auf einer Baustelle in Finnland ein. Das finnische Arbeitnehmerentsendegesetz schreibt vor, dass nach Finnland entsandten Arbeitnehmern ein Mindestlohn zu zahlen ist. Dieser Mindestlohn und insbesondere seine Bestandteile ergeben sich aus einem zu diesem Zweck für allgemeinverbindlich erklärten branchenspezifischen (finnischen) Tarifvertrag. Die auf diese Weise entsandten polnischen Arbeitnehmer waren jedoch der Auffassung, dass ihr Arbeitgeber ihnen nicht den Mindestlohn gezahlt habe, der ihnen nach diesem Tarifvertrag zustehe. Insbesondere machten die Arbeitnehmer geltend, dass ihnen bestimmte Bestandteile des im Tarifvertrag vorgesehenen Entgelts vorenthalten worden seien (Wegezeitentschädigung, Tagegeld, Unterbringungskosten, Essensgutscheine und bezahlter Jahresurlaub). Die Frage, welche Bestandteile ein Mindestentgelt haben soll bzw. muss, ist in Deutschland auch bei den ÖPNV-spezifischen Mindestentgelten aktuell, die auf den für repräsentativ erklärten Tarifverträgen nach den Landestariftreugesetze basieren.

Der EuGH hebt in seiner Entscheidung deutlich hervor, dass die Bestandteile, aus denen sich der Mindestlohnsatz zusammensetzt, zunächst maßgeblich durch das Recht des aufnehmenden Mitgliedsstaates bestimmt werden. Insbesondere die Art und Weise der Berechnung des Mindestlohnsatzes und die dafür herangezogenen Kriterien fielen dabei in die Zuständigkeit des Mitgliedsstaates. Im vorliegenden Fall waren dies gewerkspezifische finnische Tarifverträge, die für allgemeinverbindlich erklärt wurden.

Aufbauend auf diesen Vorüberlegungen kommt der EuGH zu folgendem Ergebnis: Regelt der zugrunde gelegte (hier finnische) Tarifvertrag z. B. eine Wegezeitentschädigung, ist diese auch Teil der Bemessungsgrundlage des Lohnes für den von der finnischen Vorschrift einbezogenen und nach Finnland entsandten polnischen Bauarbeiter. Entsprechendes gilt laut EuGH auch für in Anspruch genommene Tagegelder und nach Lohngruppen gestaffelte garantierte Löhne. Da diese in den einschlägigen finnischen Tarifverträgen vorgeschrieben waren, wurden sie nach deren Maßgabe auch Teil des vom Mitgliedsstaat vorgesehenen Mindestlohns. Folglich waren diese auch den entsandten Arbeitnehmern zu zahlen. Die Entsenderichtlinie stünde dieser Regelung nicht entgegen. Für Essensgutscheine und die Übernahme von Unterbringungskosten, die nicht Gegenstand der tarifvertraglichen Regelung waren, stellte der EuGH hingegen fest, dass diese nicht als Bestandteil des Mindestlohns in Betracht kommen. Hier liefert nach Ansicht des EuGH auch die Entsenderichtlinie keine Rechtsgrundlage, da Art. 3 Abs. 7 dieser Richtlinie solche Zahlungen gerade nicht vorsieht.

Praxishinweis:

Die EuGH-Entscheidung bestätigt die bisherigen Erkenntnisse zu der Frage, welche Bestandteile zum Mindestentgelt der besonderen ÖPNV-Tariftreue auf Basis repräsentativer Tarifverträge zu zählen sind. Der EuGH bestätigt, dass die mitgliedstaatliche Vorgabe maßgebliche Grundlage des ob und wie der Einbeziehung ist. Dies zeigt, dass die Klärung der Frage im jeweiligen Mitgliedsstaat erfolgen muss. Die Bestimmung der Lohnbestandteile bereitet bei einigen Tariftreueregelungen aufgrund ihrer Unbestimmtheit aber erhebliche Schwierig-

keiten bei der Bestimmung, was vom „repräsentativen Tarifvertrag“ für die Berechnung eines „tariftreuen“ Mindestentgelts herangezogen werden muss. Dabei ist insbesondere zu bedenken, dass in der dem EuGH vorgelegten Rechtssache ein Tarifvertrag zugrunde lag, der für allgemeinverbindlich erklärt wurde, wodurch ein stärkere und eindeutiger Einbeziehung der Tarifregeln stattfindet, als es bei den für repräsentativ erklärten Tarifverträgen der Fall sein dürfte. Soweit der EuGH Bezug auf die Entsenderichtlinie nimmt, kann insofern keine weitere Entscheidungshilfe aus dem Richterspruch gezogen werden. Denn hier ist zu bedenken, dass die Gesetzesbegründungen zu den Landestariftreuegesetzen in Deutschland ausdrücklich davon ausgehen, dass die Regeln der Entsenderichtlinie im Bereich des Personenverkehrs gerade nicht zur Anwendung kommen. Insofern sind die Ausführungen des EuGH zum Mindestlohnbegriff der Entsenderichtlinie für die speziellen Tariftreuevorgaben des ÖPNV nur ansatzweise verwertbar.

Von RA Stefan Bahrenberg, Tel.: +49 211 981-2242,
stefan.bahrenberg@de.pwc.com

Das Team

Für Ihre Fragen, Hinweise und Anmerkungen zum Newsletter stehen Ihnen die nachfolgenden Ansprechpartner gern zur Verfügung. Wir freuen uns auf Ihr Feedback.

RA/StB Christiane Kappe

Tel.: +49 211 981-2700
christiane.kappe@de.pwc.com

RA/StB Michael Prechtl

Tel.: +49 211 981-4775
michael.prechtl@de.pwc.com

RA Jörg Manka

Tel.: +49 211 981-4737
joerg.manka@de.pwc.com

RA Bettina Werres

Tel.: +49 211 981-4966
bettina.werres@de.pwc.com

RA/StB Maren Weber

Tel.: 49 69 9585-5853
maren.weber@de.pwc.com

RA Erik Pelizäus

Tel.: +49 40 6378-1323
erik.pelizaeus@de.pwc.com

RA Sascha Schaefer

Tel.: +49 211 981-2549
sascha.schaefer@de.pwc.com

RA Jurkea Wachtendorf

Tel.: +49 40 6378-1258
jurkea.wachtendorf@de.pwc.com

RA Nils Rickert

Tel.: +49 211 981-2886
nils.rickert@de.pwc.com

RA Stefan Bahrenberg

Tel.: +49 211 981-2242
stefan.bahrenberg@de.pwc.com

RA Dr. jur. Christian Behling

Tel.: +49 69 9585 3180
christian.behling@de.pwc.com

Bestellung und Abbestellung

Für Fragen stehen Ihnen die in dem Newsletter genannten Ansprechpartner gerne zur Verfügung.

Sollten weitere Personen Interesse an diesem Newsletter haben, können Sie diese E-Mail gerne weiterleiten.

Die Interessenten können sich hier anmelden: SUBSCRIBE_PS_Legal_News_Verkehr_und_Infrastruktur@de.pwc.com.

Sofern Sie unseren Newsletter zukünftig nicht mehr erhalten möchten, bitten wir Sie um eine kurze Benachrichtigung an UNSUBSCRIBE_PS_Legal_News_Verkehr_und_Infrastruktur@de.pwc.com.

Die Beiträge dieser Publikation sind zur Information unserer Mandanten bestimmt. Für die Lösung einschlägiger Probleme greifen Sie bitte auf die angegebenen Quellen oder die Unterstützung unserer Büros zurück. Meinungsbeiträge geben die Auffassung der einzelnen Autoren wieder.

© Oktober 2012 PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft Rechtsanwaltskanzlei. Alle Rechte vorbehalten.

„PwC Legal“ bezeichnet in diesem Dokument die PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft Rechtsanwaltskanzlei, die zum Netzwerk von PricewaterhouseCoopers International Limited (PwCIL) gehört. Jede der Netzwerkgesellschaften der PwCIL ist eine rechtlich selbstständige Gesellschaft.