

Sitzungsvorlage Anfrage

Nr.: 2023/492

Anfrage des KTA Schwidder vom 10.01.2023: Tarifauseinandersetzung bei der LSE
--

Kreistag	17.01.2023	TOP 4.1
----------	------------	---------

Norbert Schwidder, KTA

10. Januar 2023

Anfragen für den öffentlichen Teil der nächsten Kreistagssitzung (eingeladen zum 17.01.2023):

Laut § 5 Abs. 1 S. 1 NTVerG haben Unternehmen anlässlich ihres Angebotes bei der Ausschreibung des ÖDA „...zu erklären, ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei der Ausführung des Auftrags mindestens das in Niedersachsen für diese Leistung in einem der einschlägigen und repräsentativen mit einer tariffähigen Gewerkschaft vereinbarten Tarifverträge vorgesehene Entgelt unter den dort jeweils vorgesehenen Bedingungen zu zahlen und während der Ausführungslaufzeit Änderungen nachzuvollziehen.“

Vor dem Hintergrund der öffentlichen Debatte um die aktuelle Tarifauseinandersetzung bei der LSE stellen ich folgende Anfrage:

1. Trifft diese Regelung des NTVerG auf den aktuellen ÖDA an die LSE zu?
2. Wenn Nein, warum nicht?

Wie öffentlich im Straßenverkehr tagtäglich zu sehen ist, hat die LSE augenscheinlich zahlreiche Unteraufträge an privatrechtliche Busunternehmen vergeben. Insbesondere durch den Einsatz als sog. „Streikbrecher“ während der Tarifauseinandersetzungen bei der LSE um den TV-N ist dabei der Umfang dieser Unteraufträge in den Mittelpunkt des öffentlichen Interesses gerückt.

3. Gibt es - wie in anderen Landkreisen teilweise öffentlich geworden - bei dem ÖDA des Landkreises an die LSE eine Obergrenze, bis zu der Unteraufträge vergeben werden dürfen?
4. Wenn Ja, werden die derzeit vermehrt auftretenden Einsätze als sog. „Streikbrecher“ als Anteil der LSE bei der Erfüllung des Eigenanteils berechnet, oder werden sie den Unternehmen zugerechnet, die anstelle der streikenden LSE-Beschäftigten fahren?

Stellungnahme der Verwaltung:

1. Trifft diese Regelung des NTVerG auf den aktuellen ÖDA an die LSE zu?
Antwort: Nein.

2. Wenn Nein, warum nicht?

Antwort: Der ÖDA wurde mit der LSE GmbH 2017 geschlossen. Aus diesem Grund ist die damalige Fassung des NTVerG maßgeblich für die Beurteilung der Anwendbarkeit des Gesetzes.

In § 2 NTVerG wird der Anwendungsbereich des Gesetzes geregelt. Für die LSE GmbH als Unternehmen der Personenbeförderung gilt die Regelung des § 2 Abs. 4 NTVerG.

In Abs. 4 heißt es „Im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs gelten die Regelungen dieses Gesetzes für alle öffentlichen Aufträge im Sinne des Absatzes 1, die Dienstleistungsaufträge im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober

2007...“. Somit müssen zwei Bedingungen erfüllt sein, damit es zur Anwendung des Gesetzes kommt.

1. Unbestritten handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne der VO (EG) Nr. 1370/2007
2. Fraglich ist aber, ob es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne des Abs. 1 des § 4 NTVerG handelt. Wichtig ist, dass es sich seit einer Rechtsänderung im Jahr 2016 auch bei sog. „Inhouse-Vergaben“ mittlerweile grundsätzlich um öffentliche Auftragsvergaben nach dem GWB handelt. Dabei ist folgende Gesetzesfolge maßgeblich:
 - a. In § 2 Abs. 1 NTVerG wird auf die §§ 103 & 104 des GWB verwiesen. Die §§ 103 & 104 GWB befinden sich in Teil 4 des Gesetzes „Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen“. Der Teil 4 beinhaltet die §§ 97 – 114 GWB. Für den hier vorliegenden Sachverhalt ist der § 108 GWB „Ausnahme bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit“ entscheidend.
 - b. Der § 108 GWB regelt, dass *„dieser Teil nicht anzuwenden ist auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen, die von einem öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 1-3 (LK DAN) an eine juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts, wenn (Nr. 1) der öffentliche Auftraggeber über die juristische Person eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigene Dienststellen ausübt, (...)“*.
 - c. Aufgrund der Regelung des § 138 NKomVG sind diese Voraussetzungen erfüllt.
 - d. Letztlich bedeutet dies, dass eine „Inhouse-Vergabe“ zwar eine öffentliche Auftragsvergabe im Sinne des GWB ist, aber das GWB selber regelt, dass die Regelungen des GWB zu öffentlichen Auftragsvergaben auf „Inhouse-Vergaben“ keine Anwendung finden sollen. Daher ist der Teil 4 des GWB, und somit auch die §§ 103 & 104 GWB, in dem hier vorliegenden Fall nicht anzuwenden. Somit liegt kein öffentlicher Auftrag nach § 2 Abs. 1 NTVerG vor.

Das in Nr. 2 a - d dargelegte bedeutet, dass die Voraussetzungen des § 2 Abs. 4 NTVerG nicht erfüllt sind, und somit die Anwendbarkeit des Gesetzes nicht gegeben ist. Somit kommt das Gesetz in Gänze nicht zur Anwendung bei dem im Jahr 2017 erteilten ÖDA zwischen Landkreis und LSE GmbH. Daher sind auch die §§ 5, 13 & 14 des NTVerG, und die darin enthaltenen Regelung, nicht anzuwenden.

Warum keine Erklärung gem. § 5 Abs. 1 NTVerG der LSE GmbH nach der Änderung im Januar 2020?:

Der Wortlaut des § 5 Abs. 1 NTVerG verdeutlicht, dass diese Erklärung „bei Angebotsabgabe schriftlich“ zu erklären ist. Die Angebotsabgabe erfolgte jedoch im Jahr 2017. Eine Änderung des Gesetzes bewirkt keine nachträgliche Verpflichtung der LSE GmbH, selbst wenn der ÖDA nunmehr unter das Gesetz fallen sollte, eine Erklärung nach § 5 Abs. 1 NTVerG abzugeben. Die Gesetzesänderung sieht auch kein Rückwirkungsgebot vor. Es wäre zudem auch fraglich, ob ein Rückwirkungsgebot verfassungsrechtlich zulässig wäre. Diese Frage kann aber unbeantwortet bleiben.

3. Gibt es - wie in anderen Landkreisen teilweise öffentlich geworden - bei dem ÖDA des Landkreises an die LSE eine Obergrenze, bis zu der Unteraufträge vergeben werden dürfen?

Antwort: Es gilt die im ÖDA festgesetzte 49,9 % Regelung. Diese Regelung entstammt der Annahme, dass die VO (EG) 1370/2007 vorgibt, dass mehr als 50% der Leistungen durch den Auftragnehmer erbracht werden muss. Die Verordnung spricht von „überwiegend“, vgl. Art 5, Abs. 2 buchst. e) der VO. In den letzten Jahren wurde festgelegt, dass der „überwiegende Teil des öffentlichen Personenverkehrsdienstes“ auch bei Eigenleistungen von 1/3 selbst erbracht wurde.

4. Wenn Ja, werden die derzeit vermehrt auftretenden Einsätze als sog. „Streikbrecher“ als Anteil der LSE bei der Erfüllung des Eigenanteils berechnet, oder werden sie den Unternehmen zugerechnet, die anstelle der streikenden LSE-Beschäftigten fahren?

Antwort: Vorab ist zu sagen, dass ein „Streikbrecher“ laut Definition nur ein Arbeitnehmer sein kann, der auf der Gehaltsliste des bestreikten Unternehmens steht. Zur Erfüllung des gesetzlichen Auftrages kann die LSE GmbH kurzfristig Dritte beauftragen. Ob dies eine Unterauftragsvergabe darstellt oder ein Werksauftrag ist jur. umstritten. Grundsätzlich gilt die 49,9 % Regelung des ÖDA, wobei diese nicht einer Stichtagsbetrachtung unterliegt.

gez. D. Schulz