

OVN/VDV-Nord, Auguste-Viktoria-Str. 14, 24103 Kiel

An den Wirtschaftsausschuss
des Schleswig-Holsteinischen Landtages
Herrn Vorsitzenden Dr. Tietze

Per Email

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 19/1526

Ihr Zeichen:

Ihre Nachricht vom:

Unser Zeichen:

Unsere Nachricht vom:

Ihr Ansprechpartner: Dr. Joachim Schack

Telefon: +49 431 61427

Fax: +49 431 677170

E-Mail: schack@ovn-online.de

Datum: 30.10.2018

Gemeinsame Stellungnahme von OVN und VDV Nord zum vorliegenden Gesetzentwurf einer Änderung des Vergaberechts Schleswig-Holstein

Drucksache 19/861

Drucksache 19/886

Sehr geehrte Damen und Herren, sehr geehrter Herr Dr. Tietze,

die in Schleswig-Holstein für den ÖPNV zuständigen Verkehrsverbände Omnibus Verband Nord (OVN) und Landesgruppe Nord des Verbandes Deutscher Verkehrsunternehmen (VDV Nord) nehmen zum vorliegenden Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Vergaberechts in Schleswig-Holstein wie folgt Stellung:

Das derzeit geltende Vergabe- und Tariftreuegesetzes (TTG) soll nach dem Willen der Landesregierung durch den vorliegenden Entwurf eines neuen Vergabegesetzes Schleswig-Holstein (VGSH) ersetzt werden und sieht erkennbar eine deutliche Entschlackung durch Streichung jener gesetzlichen Regelungen vor, die auch bereits an anderer Stelle gesetzlich normiert sind. Die Aufhebung von gesetzlichen Redundanzen ist grundsätzlich zu begrüßen, weil sie zu mehr Rechtsklarheit führt. Tatsächlich ist ein Festhalten etwa an § 5 TTG nicht erforderlich, da die Aufgabenträger schon auf Grundlage des Artikels 4 Abs. 5 der VO (EG) 1370/2007 die Möglichkeit haben, im Falle eines Betreiberwechsels eine Übernahme des Personals vorzusehen. Gleiches gilt für das mit dem vorliegenden Entwurf ausdrücklich verbundene Ziel, den Entscheidungsspielraum der Aufgabenträger dadurch zu erhöhen, dass es ihnen selbst überlassen bleiben soll, ob und ggf. in welcher Form sie die Vergabe an die Zusicherung „ökologischer, sozialer und gleichstellungsbezogener Nachhaltigkeitskriterien“ verbinden wollen. Der in dem Gesetzentwurf enthaltene Verzicht auf gesetzlich verpflichtende Vorgaben strategischer Kriterien ist insoweit konsequent.

Allerdings treibt die Verkehrsunternehmen die Sorge um, dass durch diese damit verbundenen neuen Freiheiten für die Aufgabenträger landesweit ein bunter Flickenteppich an Vergabevoraussetzungen entstehen könnte, zumal das jeweils vorhandene und sehr unterschiedliche ÖPNV-Budget aus Angst des Bestellers vor einer Verteuerung der Verkehrsleistung im Zweifel vorgibt, ob und welche Auflagen überhaupt gemacht und in der Folge auch kontrolliert werden sollen. Ein

solcher Flickenteppich aber erschwert eigenwirtschaftliche Anträge bzw. die Beteiligung an wettbewerblichen Ausschreibungen und verringert die Planungssicherheit.

Die Einräumung eines größeren Entscheidungsspielraums zugunsten der ÖPNV-Aufgabenträger ist grundsätzlich zu begrüßen, um die regionalen Besonderheiten besser abbilden zu können. Allerdings fällt in der Praxis auf, dass eine zunehmende Anzahl an Aufgabenträgern aufgrund immer komplexer werdender Vergaberichtlinien sich fachlich und personell nicht mehr in der Lage sieht, eine Verkehrsvergabe eigenständig vorzunehmen. Stattdessen werden zumeist die Leistungen des Aufgabenträgerverbundes NAH.SH GmbH in Anspruch genommen, der auch keine Gewähr für eine fehlerfreie Auftragsvergabe bietet. Mit anderen Worten: wer den Aufgabenträgern mehr Entscheidungsspielräume einräumt, muss sich auch darüber Gedanken machen, dass vor Ort ausreichend fachliche Kompetenz und personelle Ressourcen vorhanden sind, um den Entscheidungsspielraum auch sinnvoll zu nutzen. Eben dies ist aktuell nicht überall hinreichend gewährleistet.

Unabhängig davon ist darauf hinzuweisen, dass die gesetzliche Aussage in § 2 Abs. 1 des Gesetzesentwurfs, wonach „öffentliche Aufträge und Konzessionen (...) grundsätzlich im Wettbewerb vergeben“ werden sollen, gegen höherrangiges Recht verstößt. Denn soweit sich diese Vorschrift auf den Öffentlichen Personennahverkehr bezieht, verstößt sie gegen das deutsche Personenbeförderungsgesetz (PBefG), das in § 8 Abs. 4 S. 1 ausdrücklich den Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre vorsieht. Die Tatsache, dass die Gesetzesbegründung diesen Vorrang aus dem PBefG richtigerweise als *lex specialis* ansieht, findet sich im Gesetz selbst nicht wieder. Darüber hinaus hat sich im Bereich des ÖPNV als bewährte Vergabeform auch die sog. Direktvergabe bewährt und etabliert, und zwar sowohl für private als auch kommunale Verkehrsunternehmen. Zum Schutz gerade auch mittelständischer Unternehmen ist die Möglichkeit der Direktvergabe ein bedeutsames Vergabeinstrument in Zeiten, in denen (europaweite) Ausschreibungswettbewerbe regelmäßig von Staatskonzernunternehmen gewonnen werden, die den Markt faktisch unter sich aufteilen.

Der vorliegende Gesetzesentwurf stellt klar, dass nach § 2 Abs. 3 eben diese mittelständischen Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen ausdrücklich „vornehmlich berücksichtigt“ werden sollen. Die Regelung folgt damit den gesetzgeberischen Aussagen der §§ 97 Abs. 4 GWB, 5 Abs. 2 VOB/A und 22 Abs. 1 UVgO, wonach mittelständische Interessen zwar „vornehmlich zu berücksichtigen seien, indem öffentliche Aufträge in Form von Losen vergeben werden müssen“ - allerdings hier wie dort unter dem Vorbehalt, dass nicht aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen eine Gesamtvergabe in einem einzigen Los erforderlich sei. Jedenfalls im Bereich des ÖPNV und namentlich im ländlichen Raum ist dieser mittelständische Schutz – wie die Praxis zeigt - völlig ohne Wert, weil jeder Aufgabenträger aus ganz unterschiedlichen Erwägungen heraus die Möglichkeit hat und nicht selten nutzt, eine nicht opportune Losaufteilung in kleinere Bündel zu verhindern. Größere Losgrößen sind jedoch regelrecht mittelstandsfeindlich, weil kleine und mittelständische Verkehrsunternehmen keine Möglichkeit (mehr) haben sich an diesem zudem meist ruinösen (Ausschreibungs-) Wettbewerb zu beteiligen oder etwa auf ein Gesamtlos eigenwirtschaftliche Anträge zu stellen.

Ausdrücklich begrüßt wird die Übernahme der Regelungen zur Repräsentativität von einschlägigen Tarifverträgen aus dem TTG für den Bereich des ÖPNV. Die Anwendung repräsentativer Tarifverträge, über deren Vollständigkeit der beratende Ausschuss zu befinden hat, hat sich durchaus bewährt und ist sachgerecht. Allerdings wäre es fatal, im Sinne des § 1 Abs. 1 S. 3 des Entwurfs den Anwendungsbereich des Gesetzes und damit auch die notwendige Beachtung repräsentativer Tarifwerke für den Fall auszuschließen, dass ÖPNV-Verkehre bundeslandübergreifend zu erbringen sind, wie beispielsweise zwischen Hamburg und Schleswig-Holstein. Dies würde im Grenzgebiet automatisch zur Anwendung des gesetzlichen Mindestlohns führen und damit zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen, weil tarifverpflichtete Verkehrsunternehmen bei der Vergabe chancenlos wären.

Unter § 4 Abs. 2 S. 1 des Entwurfs wird folgende klarstellende Ergänzung angeregt: Öffentliche Aufträge im Bereich des ÖPNV (...) dürfen nur an Unternehmen vergeben werden, die sich bei

Angebotsabgabe“ verpflichten, ihren (...) Beschäftigten (...) das vorgesehene Entgelt (...) zu zahlen. Schon aus Gründen der Wettbewerbsgerechtigkeit ist es zwingend erforderlich, dass eine solche Verpflichtungserklärung bereits zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe vorliegt bzw. mit ihr vorgelegt wird.

Aus logischen und gesetzessystematischen Gründen wird schließlich angeregt, in § 5 des Entwurfes die Absätze 3 und 4 miteinander zu tauschen, weil ein Verweis nach unten gesetzgeberisch mindestens unüblich ist. Erst wird der beratende Ausschuss errichtet und dann das Nähere zur Bestellung des Ausschusses geregelt.

Der Änderungsantrag des SSW bezieht sich ganz offensichtlich auf das bestehende TTG, das demnach erhalten bleiben und nur wenigen Änderungen unterzogen werden soll. Soweit diese Änderungen vorsehen, dass im ÖPNV und SPNV der „vor Ort gültige Tariflohn“ auch von neuen Anbietern eingehalten werden soll, läge darin ein gesetzlicher Verstoß gegen die grundgesetzlich geschützte Koalitionsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 3 GG. Stattdessen hat sich das System der verpflichtenden Anwendung von repräsentativen Tarifverträgen in Schleswig-Holstein durchaus bewährt, wovon nicht ohne Not abgewichen werden sollte. Auch hinsichtlich der Frage der verpflichtenden Personalübernahme bei Betreiberwechsel hat der Aufgabenträger schon jetzt selbst die Möglichkeit, die Übernahme von Personal in den Vergabebedingungen festzulegen, wenn er darauf Wert legt bzw. die regionalen Umstände dies erfordern. Der Verlust des individuellen Arbeitsplatzes ist eine logische nachteilige Konsequenz der Ausschreibungspraxis, führt aber nicht zuletzt aufgrund des überall spürbaren Fachkräftemangels längst nicht mehr automatisch in die Arbeitslosigkeit.

Im Ergebnis wird der vorliegende Gesetzentwurf der Landesregierung – unter dem Vorbehalt der angemahnten Korrekturen – begrüßt. Der Änderungsantrag des SSW wird aus den genannten Gründen als nicht hilfreich angesehen.

Es wird diesseits darum gebeten, die vorgenannten Argumente bei den weiteren Beratungen für ein neues Vergaberecht zu berücksichtigen. Gern bieten die beiden Verbände ihre fachliche Expertise dafür an.

Für etwaige Rückfragen stehen wir Ihnen gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Schack
(Geschäftsführer)