

Stadt Rheine
Die Bürgermeisterin
I/3.1/SK
Bearbeiter: Dr. Susanna Suelmann Kinz

Rheine, den 18. Juni 2015

Frau Dr. Angelika Kordfelder

Vermerk

Rechtliche Einschätzung zu den Voraussetzungen für die Ausübung der Option zur Anwendung des TV-N NW im Verkehrsdurchführungsvertrag

Problemaufriss:

Die Verkehrsgesellschaft der Stadt Rheine mbH (im Folgenden: VSR) wurde 2007 von der Stadt Rheine als Aufgabenträgerin des ÖPNV mit der Durchführung des ÖPNV betraut (Ratsbeschluss vom 04.09.2007). Im September 2013 wurde zwischen der VSR, vertreten durch den Geschäftsführer Herrn Dr. Ralf Schulte-de Groot, und dem Verkehrsunternehmen Mersch ein Verkehrsdurchführungsvertrag geschlossen. Dieser sah in § 21 den Beginn der Pflicht zur Erbringung der Verkehrsleistungen zum 01.01.2014 vor. Das Ende des Vertrages wurde auf den 30.11.2019 festgelegt.

Der Verkehrsdurchführungsvertrag verhält sich zu der Anwendung des Spartentarifvertrag Nahverkehr Nordrhein-Westfalen (im Folgenden: TV-N NW) in § 23. Dieser hält fest, dass auf Verlangen des Auftraggebers (also der VSR) der Auftragnehmer (also das Verkehrsunternehmen Mersch) dazu verpflichtet ist, seinen Beschäftigten, die für die Erbringung des Stadtbusverkehrs zuständig sind, mindestens das Entgelt nach dem TV-N NW zu zahlen:

„Auf Verlangen des Auftraggebers zahlt der Auftragnehmer seinen Beschäftigten, die für die Erbringung des Stadtbusverkehrs im Sinne der Leistungsbeschreibung Teil A eingesetzt werden, mindestens das in Nordrhein-Westfalen für diese Leistung im Spartentarifvertrag Nahverkehrsbetriebe (TV-N NW) vom 25.05.2001, zuletzt geändert am 09.05.2012, vorgesehene Entgelt nach den darin festgelegten Modalitäten. Die zeitliche Umsetzung dieser Vorgabe erfolgt in Abstimmung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer.“ (§ 23 Abs. 1)

§ 23 Abs. 2 hält jedoch zusätzlich fest, dass für die Anpassung der Vergütung § 10 Abs. 2 des Vertrages gilt, der in den für diese Problematik relevanten Stellen lautet wie folgt:

„[...] Die Anpassung der Personalkosten – Kostenelement L – erfolgt zum Zeitpunkt der NWO/TV-N NRW-Tarifänderung. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist dies der 1. Oktober eines Jahres, so dass eine Anpassung erstmals zum 1. Oktober 2015 erfolgen würde. [...]“

Bisher ist eine solche Äußerung des Verlangens zur Zahlung des Entgelts nach TV-N NW durch die Verkehrsgesellschaft Rheine nicht erfolgt. Es wurde ein Gutachten durch die PriceWaterhouseCoopers AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft (PWC) erstellt, in welchem festgestellt wurde, dass die Anwendung des TV-N NW für die VSR nicht verpflichtend ist. Der Aufsichtsrat der VSR hatte daher schon am 07.03.2013 entschieden, dass der Rat der Stadt Rheine über die Anwendung des TV-N NW bei der Erbringung der Stadtverkehrsbusleistungen entscheiden soll. Der Rat der Stadt Rheine beriet dann jedoch nicht über die Vorlage Nr. 531/13 im Dezember 2013, zur Kenntnis zu nehmen, dass der TV-N NW bei der Beauftragung der Verkehrsleistungen an die Firma Mersch nicht zur Anwendung kommt.

Nunmehr wurde signalisiert, dass die Busfahrer des Unternehmens Mersch mit Hilfe einer Eingabe nach § 24 GO NRW die Anwendung des TV-N NW erwirken möchten.

Rechtliche Einschätzung:

1. „Verlangensäußerung“: Ratsbeschlussfassung erforderlich?

a. Verlangensäußerung durch die Gesellschafterversammlung infolge eines Ratsbeschlusses

Es stellt sich daher nun die Frage, ob eine Vergütung nach TV-N NW einer erneuten politischen Willensbildung (konkret: eines Ratsbeschlusses) bedarf. Hierzu verhält sich das Gutachten der PWC vom 23. April 2013 nicht direkt. Ein neues PWC-Gutachten zu dieser Fragestellung wurde wohl bisher nach dem Kenntnisstand der Unterzeichnerin nicht in Auftrag gegeben.

Maßgeblich hierfür ist § 23 Abs. 1 des Verkehrsdurchführungsvertrages. Dieser statuiert, dass „auf Verlangen des Auftraggebers“ der Auftragnehmer seinen Beschäftigten mindestens das Entgelt nach TV-N NW zu zahlen hat. Auftraggeber ist die VSR, die folglich nach den Vorschriften des §§ 23 Abs. 2, 10 Abs. 2 zum 1. Oktober 2015 eine solche Entgeltzahlung nach TV-N erwirken könnte. An bestimmte Voraussetzungen ist diese Verlangensäußerung nicht geknüpft.

In welcher Form konkret dieses Verlangen geäußert werden kann, ist fraglich. Hierzu macht der Verkehrsdurchführungsvertrag keine konkreten Vorschriften. Er beschränkt sich lediglich darauf, den Auftraggeber, dh die

VSR, als maßgebliches Gremium zur Äußerung des Verlangens festzulegen. Die Willensbildung innerhalb der VSR erfolgt durch die Gesellschafterversammlung, der gegenüber der Aufsichtsrat gem. § 10 Abs. 2 GV (*„Der Aufsichtsrat berät die Vorlagen über die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung vor und gibt Beschlussempfehlungen ab.“*) Beschlüsse empfehlen kann. Dies ergibt sich aus § 12 Abs. 1 lit. d GV, nach dem die Gesellschafterversammlung über den Abschluss, die Kündigung, Änderung und Aufhebung von Unternehmensverträgen im Sinne von §§ 291, 292 Abs. 1 AktG (auch der Abschluss von Betriebsführungsverträgen über das Unternehmen im Ganzen oder über wesentliche Teile) entscheidet. Wenn die Gesellschafterversammlung hierzu berechtigt ist, so muss sie im Wege eines Erst-recht-Schlusses auch für die Verlangensäußerung nach § 23 Abs. 1 Verkehrsdurchführungsvertrag zuständig sein. Nach § 12 Abs. 2 GV ist zudem die Zustimmung der Gesellschafterversammlung der Stadtwerke Rheine als Muttergesellschaft erforderlich (*„In den Fällen des Abs. 1 Buchstabe c) bis i) bedarf die Gesellschafterversammlung der Zustimmung der Gesellschafterversammlung ihrer Muttergesellschaft, der Stadtwerke Rheine GmbH.“*). Ob dies auch bei der Verlangensäußerung gilt, die ja ein klares „Weniger“ an eingreifender Regelung darstellt im Gegensatz zu den in § 12 Abs. 1 lit. d GV aufgezählten Handlungen, ist fraglich. Aufgrund des recht eindeutigen Wortlauts des § 12 Abs. 1 lit. d GV ist eine solche Zustimmung aber eher entbehrlich, da eine solche Verlangensäußerung und somit Ausübung der Option nicht als eine Änderung des Unternehmensvertrages angesehen werden kann. Eine abschließende, verbindliche Stellungnahme zu dieser Frage kann leider nicht erfolgen. Aus Rechtssicherheitsgründen kann über eine – im schlimmsten Fall lediglich überflüssige – Zustimmung dennoch nachgedacht werden.

Es ist festzuhalten, dass die Gesellschafterversammlung der VSR aus den Gesellschaftervertretern (in diesem Fall nur Herr Dr. Schulte-de Groot) besteht. Dieser wurde in der Ratssitzung vom 19.06.2007 zum Vertreter der Gemeinde nach § 113 GO NRW bestellt. Die Gesellschafterversammlung der Stadtwerke besteht hingegen nur aus der Bürgermeisterin als alleiniger Gesellschaftervertreterin. Die Gesellschaftervertreter sind an die Beschlüsse des Rates gebunden, § 113 Abs. 1 S. 2 GO NRW. Dies gilt auch für die VSR als sog. „Enkelgesellschaft“, da § 113 Abs. 1, 2 GO NRW auch die mittelbare Beteiligung der Gemeinde erfasst.

Vgl. hierzu Rehn/ Cronauge/ von Lennep, Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, Bd. II, Stand März 2015, § 113 GO Rn. IV, 2:
„Was zunächst die Wahrnehmung gemeindlicher Mitgliedschaftsrechte in [...] der Gesellschafterversammlung einer GmbH betrifft, so sind Weisungsrechte der Gesellschaftergemeinde an ihre Vertreter zulässig und wirksam. Insoweit verstößt das Weisungsrecht gem. Abs. 1 Satz 2 nicht gegen zwingende bundesgesetzliche Bestimmungen des Gesellschaftsrechtes, sodass die gemeindlichen Vertreter in der [...]

Gesellschafterversammlung an die Willensbildung des zuständigen Gremiums der Gemeinde, regelmäßig des Rates, gebunden werden können."

Demnach müsste der Gesellschaftervertreter in der Gesellschafterversammlung der VSR, Herr Dr. Schulte-de Groot, das Verlangen äußern (und ggf. die Bürgermeisterin als alleinige Gesellschaftervertreterin in der Gesellschafterversammlung der VS ihre Zustimmung nach § 12 Abs. 2 GV äußern, wobei dies ja eher entbehrlich ist, s.o.). Hierfür würde er vom Rat der Stadt Rheine angewiesen. Der Rat müsste hierfür seinen Willen bilden:

„Für das Verfahren bei der Willensbildung im Rat und in den Ausschüssen stehen grundsätzlich zwei Verfahrensformen zur Verfügung: Beschlussfassung und Wahl (§ 50 GO). Inhaltlich kann der Rat durch Beschluss Recht in Form von Satzungen oder Rechtsverordnungen setzen (§§ 7, 41 Abs. 1 lit f. GO) oder sonstige Sachentscheidungen treffen (§ 50 Abs. 1 GO) oder durch Wahl Auswahlentscheidungen treffen (z.B. § 67 GO).“ (Hofmann/ Theisen/ Bätge, Kommunalrecht in Nordrhein-Westfalen, 16. Aufl. 2015)

Diese Verlangensäußerung (bzw. ggf. Zustimmung) wird man zudem nicht als ein Geschäft laufender Verwaltung nach § 62 Abs. 2 S. 3 GO NRW einordnen können.

Demnach wäre ein Ratsbeschluss erforderlich.

b. Keine Änderung dieser rechtlichen Einschätzung durch Anlage der Option im Vertrag

Dieses Ergebnis hält auch der Tatsache stand, dass die Option zur Einführung des TV-N schon im Verkehrsdurchführungsvertrag enthalten und durch die ehemalige Willensbildung der VSR zum Abschluss des Verkehrsdurchführungsvertrages schließlich legitimiert war.

Zwar ist die Frage, warum diese Optionsklausel schon eingebaut wurde bei Abschluss des Vertrages, wenn nachher eh noch ein Ratsbeschluss erforderlich ist, und ob diese Optionsklausel nicht auch als „Absichtserklärung“ verstanden werden kann, durchaus berechtigt.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass es sich hierbei dem Wortlaut nach gerade nicht um eine verbindliche Absichtserklärung handelt. Hierfür hätte im Vertrag eine andere Formulierung gewählt werden müssen. So hätte die Einführung der Vergütung nach TV-N ab einem gewissen Zeitpunkt endgültig festgehalten werden müssen. Stattdessen stellt die Klausel es lediglich der VSR frei, auf Dauer über die Einführung des TV-N erneut zu entscheiden. Auch die Überlegung, warum dann überhaupt die Option schon im Vertrag enthalten war, wird durch vergaberechtliche

Erwägungen entkräftet: So vermeidet die ursprüngliche Anlegung der Option im Vertrag eine Neuausschreibungspflicht (siehe hierzu näher unter „3. Vergaberechtliche Auswirkungen“).

c. Handeln ohne Ratsbeschluss möglich, aber nicht empfehlenswert

Zwar könnte die Gesellschafterversammlung auch ohne einen solchen Ratsbeschluss handeln. Hiervon ist jedoch dringend abzuraten, da dann eine Verantwortlichkeit der Gesellschaftervertreter gegenüber dem Rat gegeben wäre.

Vgl. hierzu Rehn/ Cronauge/ von Lennep, Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, Bd. II, Stand März 2015, § 113 GO Rn. III, 3: *„Aus der Weisungsgebundenheit folgt, dass die Vertreter im Innenverhältnis zum Rat diesem gegenüber für ihre Handlungen verantwortlich sind. Im Außenverhältnis sind ihre Handlungen allerdings auch dann voll rechtswirksam, wenn sie gegen Weisungen der Gemeinde verstoßen.“*

2. Inhaltliche Empfehlung des Aufsichtsrates der VSR gegenüber dem Rat der Stadt Rheine möglich?

Fraglich ist des Weiteren, ob der Aufsichtsrat der VSR (dessen interne Willensbildung hier nicht zur Frage gestellt ist) eine Beschlussempfehlung gegenüber dem Rat der Stadt Rheine erlassen könnte. Nach § 10 Abs. 2 GV gibt der Aufsichtsrat Beschlussempfehlungen lediglich gegenüber der Gesellschafterversammlung ab.

Zu dieser Fragstellung hält das PWC-Gutachten fest:

„Zwar bezieht sich § 10 Abs. 2 GV seinem Wortlaut nach auf Empfehlungen zur Vorbereitung von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung und nicht auf Empfehlungen gegenüber dem Rat der Stadt Rheine. Wir meinen jedoch, dass die in § 10 Abs. 2 GV enthaltenen Grundsätze über seinen Wortlaut hinaus hier angewendet werden müssen. Dies ergibt sich zum einen daraus, weil die Gesellschafterversammlung der VSR mbH letztlich durch Entscheidungen des Rates der Stadt Rheine kontrolliert wird. Insofern zielen Empfehlungen gegenüber dem Rat der Stadt Rheine letztlich auf die Entscheidungsfindung der Gesellschafterversammlung ab. Zum anderen folgt dies auch aus dem Rechtscharakter der Empfehlungen. Bloße Beschlussempfehlungen begründen im Unterschied zu anderen handlungsformen des Aufsichtsrates keine unmittelbaren Rechtsfolgen. [...] Eine Beschlussempfehlung hat allein beratenden Charakter und dient somit lediglich dazu, dem Rat der Stadt Rheine oder einem anderen Entscheidungsträger die Bewertung des Aufsichtsrates deutlich zu machen.“

Es ist daher festzuhalten, dass der Aufsichtsrat der VSR dem Rat der Stadt Rheine eine Beschlussempfehlung vorlegen könnte.

3. Vergaberechtliche Auswirkungen

Des Weiteren stellt sich die Frage, ob eine solche Umwandlung der Entgeltzahlung nach nunmehr TV-N NW vergaberechtliche Auswirkungen hätte. Grundsätzlich besteht vergaberechtlich keine Ausschreibungspflicht bei automatischer Vertragsverlängerung. Als Ausnahme hierzu ist der Fall einzuordnen, in dem eine maßgebliche Änderung des Vertragsinhaltes vorgenommen wird – also bei Änderung der vertraglichen Hauptleistungspflichten.

Hierzu hat der EuGH in seiner Entscheidung vom 19.06.2008 verschiedene Fallkategorien entwickelt für die Frage, wann eine solche maßgebliche Änderung des Vertragsinhalts vorliegt:

„Um die Transparenz der Verfahren und die Gleichbehandlung der Bieter sicherzustellen, sind Änderungen der Bestimmungen eines öffentlichen Auftrags während seiner Geltungsdauer als Neuvergabe des Auftrags im Sinne der Richtlinie 92/50 anzusehen, wenn sie wesentlich andere Merkmale aufweisen als der ursprüngliche Auftrag und damit den Willen der Parteien zur Neuverhandlung wesentlicher Bestimmungen dieses Vertrags erkennen lassen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 5. Oktober 2000, Kommission/Frankreich, C-337/98, Slg. 2000, I-8377, Randnrn. 44 und 46).

Die Änderung eines öffentlichen Auftrags während seiner Laufzeit kann als wesentlich angesehen werden, wenn sie Bedingungen einführt, die die Zulassung anderer als der ursprünglich zugelassenen Bieter oder die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots erlaubt hätten, wenn sie Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens gewesen wären.

Desgleichen kann eine Änderung des ursprünglichen Auftrags als wesentlich angesehen werden, wenn sie den Auftrag in großem Umfang auf ursprünglich nicht vorgesehene Dienstleistungen erweitert. Diese Auslegung wird durch Art. 11 Abs. 3 Buchst. e und f der Richtlinie 92/50 bestätigt, wonach für öffentliche Dienstleistungsaufträge, deren Gegenstand ausschließlich oder hauptsächlich Dienstleistungen des Anhangs I A dieser Richtlinie sind, Einschränkungen bezüglich des Umfangs vorgesehen sind, in dem Auftraggeber bei der Vergabe von weiteren Dienstleistungen, die nicht Gegenstand des ursprünglichen Vertrags waren, auf das Verhandlungsverfahren zurückgreifen können.

Eine Änderung kann auch dann als wesentlich angesehen werden, wenn sie das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrags in einer im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehenen Weise zugunsten des Auftragnehmers ändert.“

(EuGH, Urteil vom 19. Juni 2008 – C-454/06 –, juris Rn. 34 ff)

Zwar ist die Änderung der Entgeltzahlung grundsätzlich als vertragliche Hauptleistungspflicht einzuordnen. Jedoch ist auch zu beachten, dass der Vertrag diese Änderung der Entgeltzahlung schon bei Vertragsabschluss aufgrund der Optionsklausel in § 23 vorgesehen hat und der Vertrag folglich hierauf angelegt war. Die dritte Fallkategorie aus dem EuGH-Urteil („wenn sie das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrags in einer im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehenen Weise zugunsten des Auftragnehmers ändert“), die hier in Frage kommt, ist gerade nicht einschlägig. Im ursprünglichen Vertrag war gerade die Option, eine TV-N-Vergütung einzuführen, enthalten und somit vorhersehbar.

Dieses Ergebnis wird auch unterstützt durch die Argumentation, dass zwar eine Laufzeitverlängerung als zum maßgeblichen Vertragsinhalt gehörig angesehen wird, jedoch nicht, wenn eine solche Verlängerung schon im Vertrag angelegt war.

Eine Änderung der vertraglichen Hauptleistungspflichten kann daher eher nicht angenommen werden. Es ist darauf hinzuweisen, dass hier ein Restrisiko besteht, dass dies – etwa von einem Richter - anders gesehen werden könnte. Aus zeitlichen Gründen war eine vertiefte Prüfung der vergaberechtlichen Bedingungen hier nicht möglich. Es wird jedoch anheimgestellt bzw. sogar empfohlen, insofern die VSR bzw. die Stadtwerke zu einer eigenen Prüfung des Vergaberechts aufzufordern.

Ergebnis:

Die Ausübung der Option in § 23 des Verkehrsdurchführungsvertrages, dass nunmehr die TV-N NW Anwendung findet, muss durch den Rat der Stadt Rheine beschlossen werden. Es erfolgt durch ihn eine Anweisung an Herrn Dr. Schulte-de Groot als Gesellschaftervertreter in der Gesellschafterversammlung der VSR, das Verlangen zu äußern. Zudem weist der Rat ggf. die Bürgermeisterin als Gesellschaftervertreterin in der Gesellschafterversammlung der Stadtwerke an, zuzustimmen, wobei dies als eher entbehrlich eingestuft wird.

Es ist möglich, dass der Aufsichtsrat der VSR dem Rat der Stadt Rheine eine Beschlussempfehlung vorbereitet.

Eine erneute Ausschreibung nach dem Vergaberecht ist aber wohl eher nicht erforderlich.

Für Rückfragen stehe ich zur Verfügung.

gez. Dr. Suelmann-Kinz