

Strategien für die mittelstandsfreundliche Vergabe von Busverkehrsdienstleistungen

von Dr. Olaf Otting und Dr. Udo H. Olgemöller, Rechtsanwälte, Allen & Overy LLP, Frankfurt a.M.¹

Der Mittelstand ist eine wesentliche Säule des öffentlichen Personennahverkehrs in der Fläche. Nach den aktuellen Daten des Statistischen Bundesamts für das Jahr 2011 sind ca. 80 % der im Linienverkehr tätigen Verkehrsunternehmen private Unternehmen. Sie stehen vor immensen Herausforderungen. Zwar nimmt die Zahl der Fahrgäste statistisch (noch) zu². Demographischer Wandel, insbesondere rückläufige Schülerzahlen, und wachsender Wettbewerbsdruck sorgen ebenso wie ein verändertes regulatorisches Umfeld aber für Anpassungsbedarf. Wollen sich die zumeist kleinen und mittleren privaten Busunternehmen künftig nicht ganz überwiegend auf die Rolle von Nachunternehmern beschränken, stehen sie vor der Herausforderung, die durch die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 und das zum 01.01.2013 in Kraft getretene novellierte PBefG geschaffenen Instrumente zu nutzen, um sich im Wettbewerb durchzusetzen. Auf der anderen Seite stellt sich auch den Aufgabenträgern die Frage, wie sie durch eine an den Interessen des Mittelstands orientierte Vergabestrategie den rechtlichen Rahmenbedingungen Rechnung tragen, zugleich aber gewachsene regionale Strukturen erhalten und fortentwickeln können.

1. Der vergaberechtliche Rahmen

Öffentlicher Personennahverkehr ist nicht nur auf der Schiene, sondern auch auf der Straße häufig auf öffentliche Co-Finanzierung angewiesen. Der klassische eigenwirtschaftliche Verkehr wird daher immer öfter durch "Bestellverkehr" der Aufgabenträger ergänzt oder abgelöst. Den Rechtsrahmen für den Abschluss der dem zugrunde liegenden Verträge bestimmt seit dem 03.12.2009 die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße.³ Die Verordnung gilt gemäß ihrem Art. 1 Abs. 2 UAbs. 2 insbesondere für den innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Personenverkehr auf der Straße, d.h. für Busverkehre, sofern diese nicht hauptsächlich aus Gründen historischen Interesses oder zu touristischen Zwecken betrieben werden.

Weitestgehende Einigkeit besteht zwischenzeitlich darüber, dass die Verordnung nicht für kommerzielle Verkehre gilt.⁴ Dem hat sich der Bundesgesetzgeber angeschlossen und in § 8 und § 8a PBefG 2013 die Unterscheidung zwischen eigen- und gemeinwirtschaftlichen Verkehren beibehalten. Verkehre, die eigenwirtschaftlich im Sinne des § 8 Abs. 4 PBefG erbracht werden, unterfallen der VO (EG) Nr. 1370/2007 nicht; für sie gilt allein der genehmigungsrechtliche Rahmen des PBefG.

Die vergaberechtlichen Bestimmungen der VO (EG) Nr. 1370/2007 müssen bei der Begründung öffentlicher Dienstleistungsaufträge im Sinne des Art. 2 lit. i der Verordnung Beachtung finden. Dazu zählen Übereinkünfte über die Verwaltung und Erbringung von öffentlichen Personenverkehrsdiensten. Verkehrsverträge, wie sie üblicherweise zwischen den Aufgabenträgern und den Verkehrsunternehmen geschlossen werden, sind öffentliche Dienstleistungsaufträge im Sinne der Verordnung.

Über die Frage, nach welchen Vorschriften diese Verkehrsverträge zu vergeben sind, entscheidet Art. 5 Abs. 1 Satz 2 VO (EG) Nr. 1370/2007. Danach gelten die Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG – also das "klassische" Vergaberecht –, wenn öffentliche Dienstleistungsaufträge im Sinne der Verordnung über Personenverkehrsdienste mit Bussen begründet werden und diese Aufträge zugleich öffentliche Aufträge im Sinne dieser Richtlinien sind. Im Bereich der Busverkehre gilt also ein Vorrang des Richtlinienrechts. Ist der Verkehrsvertrag ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag im Sinne des durch § 99 Abs. 4 GWB in deutsches Recht umgesetzten Richtlinienrechts, müssen die Aufgabenträger das allgemeine Vergaberecht der §§ 97 ff.

¹ Der Beitrag basiert auf dem Manuskript für einen Vortrag auf dem vom Ministerium für Verkehr und Infrastruktur Baden-Württemberg ausgerichteten 6. ÖPNV Innovationskongress, der vom 11. bis 13.03.2013 in Freiburg i.Br. stattfand.

² Reim/Reichel, Öffentlicher Personenverkehr mit Bussen und Bahnen 2011, Statistisches Bundesamt, Wirtschaft und Statistik, Februar 2013, abrufbar unter www.destatis.de

³ ABl. EU 2007 L 315/1. Zwischenzeitlich hat die Kommission Vorschläge zur Änderung der Verordnung vorgelegt, die aber im Wesentlichen den Bereich der Schienenpersonenverkehre betreffen (vgl. COM(2012)730final und COM(2013)28/2).

⁴ Vgl. dazu insb. Erwägungsgrund 5 zur Verordnung, im einzelnen s. *Otting/Tresselt/Olgemöller*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Beck'sches Handbuch Vergaberecht, 2013 (*im Erscheinen*) § 57 m.w.N.

GWB, der Vergabeverordnung und des 2. Abschnitts der VOL/A (sog. EG-Paragrafen) anwenden. Hingegen finden die vergaberechtlichen Vorschriften des Art. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 im Bereich der Busverkehre Anwendung, wenn eine Dienstleistungskonzession vergeben wird, weil für diese das Richtlinienrecht ebenso wenig gilt wie GWB, Vergabeverordnung und VOL/A.⁵ Eine Dienstleistungskonzession liegt allerdings nur in den Fällen vor, in denen nicht der Aufgabenträger, sondern das Verkehrsunternehmen die wesentlichen wirtschaftlichen Risiken des Verkehrsangebots trägt. Erhält das Verkehrsunternehmen aufgrund des Verkehrsvertrages Ausgleichsleistungen, die sich als Vergütung seiner Dienste darstellen, liegt keine Dienstleistungskonzession vor.⁶ Noch nicht abschließend geklärt ist, ob die verordnungsrechtlichen Vergabebestimmungen Geltung beanspruchen, wenn öffentliche Dienstleistungsaufträge im Sinne des Art. 2 lit. i VO (EG) Nr. 1370/2007 vergeben werden, die Dienstleistungsaufträge im Sinne des § 99 Abs. 4 GWB sind, den europäischen Schwellenwert nach § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 2 Nr. 2 VgV (derzeit 200.000 Euro) aber nicht erreichen oder überschreiten. Das kann mit der Erwägung bejaht werden, dass Art. 5 Abs. 1 Satz 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 nur die dem Richtlinienrecht unterfallenden Aufträge vom Geltungsanspruch der Verordnung ausnimmt. Wo die Richtlinien keine Regelungswirkung entfalten, sollen zumindest die verordnungsrechtlichen Vergabevorschriften die Begründung öffentlicher Dienstleistungsaufträge regulieren. Das hieße in der Konsequenz, dass Unterschwellenaufträge insbesondere auch nach dem Direktvergabeprivileg des Art. 5 Abs. 4 VO (EG) Nr. 1370/2007 an mittelständische Unternehmen vergeben werden könnten. Allerdings hat der Verordnungsgeber Art. 5 Abs. 4 der Verordnung unter den Vorbehalt gestellt, dass eine solche Direktvergabe nicht nach nationalem Recht untersagt ist. Analog der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Vergabe von SPNV-Leistungen⁷ könnte der 1. Abschnitt der VOL/A als entgegen stehendes Recht in diesem Sinne angesehen werden – wenn er für den jeweiligen Aufgabenträger im jeweiligen Bundesland anwendbar ist, was derzeit allerdings in Baden-Württemberg nicht der Fall ist⁸. Existierte ein verbindlicher Normenwendungsbefehl zur Beachtung des 1. Abschnitts der VOL/A, wären Unterschwellenaufträge nach dem 1. Abschnitt der VOL/A und nicht nach Art. 5 Abs. 4 der Verordnung zu vergeben.

Für die inhaltliche Ausgestaltung öffentlicher Dienstleistungsaufträge im Sinne des Art. 2 lit. i VO (EG) Nr. 1370/2007 sind die Maßgaben des Art. 4 der Verordnung zu beachten, und zwar unabhängig davon, ob es sich um öffentliche Dienstleistungsaufträge im Sinne des § 99 Abs. 4 GWB ober- oder unterhalb der Schwellenwerte handelt oder um Dienstleistungskonzessionen. Damit gilt insbesondere stets die Spezialregelung zur Vergabe von Unteraufträgen nach Art. 4 Abs. 7 VO (EG) Nr. 1370/2007.

2. Der genehmigungsrechtliche Rahmen

Den genehmigungsrechtlichen Rahmen für Busverkehre umschreibt das mit Wirkung zum 01.01.2013 novellierte Personenbeförderungsgesetz (PBefG). Das Gesetz hält an dem Dualismus von Aufgabenträger und Genehmigungsbehörde fest. Ein von dem zuständigen Aufgabenträger beauftragtes Verkehrsunternehmen bedarf nach wie vor der von der Genehmigungsbehörde zu erteilenden personenbeförderungswirtschaftlichen Genehmigung. Sowohl über gemein- als auch eigenwirtschaftliche Genehmigungen wird nach Maßgabe von § 13 PBefG 2013 entschieden. Der spezielle Genehmigungstatbestand für gemeinwirtschaftliche Verkehre in § 13a PBefG a.F. ist entfallen. §§ 8a und 8b PBefG 2013 gestalten das Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge nach Art. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 näher aus. Damit finden sich in der deutschen Rechtsordnung an recht unerwarteter Stelle vergaberechtliche Regelungen mit hoher Praxisrelevanz. Die Vorschriften enthalten Klarstellungen zur Befugnis, von den in Art. 5 der Verordnung vorgesehenen Direktvergabeoptionen Gebrauch zu machen, vor allem aber Regelungen über Bekanntmachungspflichten. Diese gewinnen an Bedeutung, weil Unternehmen

⁵ Vgl. nur BGH, Beschl. v. 08.02.2011 – X ZB 4/10 – NZBau 2011, 175 Rn. 28. Da die Aufgabenträger nicht als Sektorenauftraggeber agieren, vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.07.2010 – Verg 19/10 – NZBau 2010, 582, 584, kommt die Sektorenverordnung nicht zur Anwendung.

⁶ Vgl. zur Abgrenzung etwa BGH, Beschl. v. 08.02.2011 – X ZB 4/10 – NZBau 2011, 175 Rn. 30 ff.; EuGH, Urt. v. 10.11.2011 – C-348/10 – *Norma-A Sia*, NVwZ 2012, 236 Rn. 40 ff.; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 9.10.2012 – 15 Verg 12/11 – GewArchiv 2013, 26 ff.

⁷ BGH, Beschl. v. 08.02.2011 – X ZB 4/10 – NZBau 2011, 175 ff.

⁸ In Baden-Württemberg wird derzeit den kommunalen Auftraggebern die Anwendung des 1. Abschnitts der VOL/A lediglich "empfohlen", Ziff. 2 der Verwaltungsvorschrift der Ministerien über die Anwendung der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen Teil A (VOL/A) v. 14.06.2010, GABl. 2010, S. 222.

(nur) innerhalb bestimmter Fristen die Vergabe gemeinwirtschaftlicher Verkehrsleistungen durch einen Antrag auf eine eigenwirtschaftliche Genehmigung abwenden können (vgl. dazu insb. §§ 12 und 13 PBefG 2013).⁹ In Übereinstimmung mit bereits ergangener obergerichtlicher Spruchpraxis der Vergabenachprüfungsinstanzen¹⁰ eröffnet der Gesetzgeber in § 8a Abs. 7 PBefG 2013 schließlich auch für die dem Art. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 unterfallenden Vergaben den Rechtsweg zu den Vergabekammern und -senaten gem. §§ 102 ff. GWB und kommt somit der Verpflichtung des Art. 5 Abs. 7 VO (EG) Nr. 1370/2007 nach, effektiven Rechtsschutz zu eröffnen.

3. Allgemeine Vorschriften

Ausgleichsleistungen für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen können die Aufgabenträger den Verkehrsunternehmen nicht nur auf Grundlage öffentlicher Dienstleistungsaufträge gewähren. Alternativ steht ihnen nach Art. 3 Abs. 2 der Verordnung 1370/2007 das Instrument allgemeiner Vorschriften zur Verfügung. Allgemeine Vorschriften erlauben den Aufgabenträgern, Ausgleichsleistungen für die den Unternehmen durch die Vorschrift auferlegte Pflicht zur Anwendung von Höchsttarifen zu gewähren. Jenseits des Ausgleichs einer Tarifpflicht darf die Allgemeine Vorschrift nicht zum Bezuschussung von Verkehrsdienstleistungen herangezogen werden. Praktische Relevanz kommt dem Instrument vor allem für den Ausgleich finanzieller Folgen bei Anwendung von Verbundtarifen zu, aber auch im Zusammenhang mit der Gewährung von Ausgleichsleistungen für preisreduzierte Angebote im Ausbildungsverkehr. Speziell wenn allgemeine Vorschriften genutzt werden, um Ausgleich für Verluste infolge der Anwendung von Verbundtarifen zu gewährleisten, haben die Verkehrsunternehmen oftmals über ihre Einbindung in die Verkehrsverbünde Gelegenheit, auf die konkrete Ausgestaltung der allgemeinen Vorschrift einzuwirken. Im Rahmen der vom Anhang zur Verordnung gewährten Spielräume können sie auf die Berechnungsmodalitäten für Ausgleichsleistungen einwirken.¹¹ Für die Praxis von besonderer Bedeutung ist die Klarstellung des Gesetzgebers in § 8 Abs. 4 PBefG 2013, dass die Vereinnahmung von Ausgleichsleistungen, die auf Grundlage allgemeiner Vorschriften gewährt werden, die Eigenwirtschaftlichkeit eines Verkehrs unberührt lässt; diese Verkehre müssen dann auch nicht gem. Art. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 oder dem allgemeinen Vergaberecht vergeben werden. Die Allgemeine Vorschrift ist keine Vergabevorschrift, denn eine Auswahlentscheidung erfolgt anders als beim Dienstleistungsauftrag gerade nicht. Sie ist ein Mittel, um allen Unternehmen in ihrem Geltungsbereich zu transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen eine Kompensation für die ihnen auferlegte Verpflichtung zur Anwendung eines bestimmten Höchsttarifs zu gewähren.

4. Direktvergaben an mittelständische Unternehmen

Sind die Aufgabenträger nicht zur Auswahl von Unternehmen im Wettbewerb verpflichtet, können sie Aufträge direkt an kleine und mittelständische Unternehmen vergeben. Soweit der durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 begründete Vorrang des allgemeinen Vergaberechts reicht¹², richten sich die Möglichkeiten von Direktvergaben nach dem 2. Abschnitt der VOL/A. Wegen der hohen Anforderungen, die hier an einen Verzicht auf Wettbewerb gestellt werden, sind die Spielräume aber gering. So kommt im Ausnahmefall die direkte Vergabe von Zusatzleistungen etwa nach § 3 EG Abs. 4 lit. f oder lit. g VOL/A in Betracht. Unklar ist, ob in dringenden Fällen Notvergaben zur Aufrechterhaltung der Verkehre am Maßstab des § 3 EG Abs. 4 lit. d VOL/A zu messen sind oder am Maßstab des Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007. § 21 Abs. 4 Satz 5 PBefG 2013 könnte die Wertung des Gesetzgebers zu entnehmen sein, dass das Ordnungsrecht hier eine spezielle Regelung trifft, die der VOL/A vorgeht. Direktvergaben sind schließlich unter Hinweis auf die Inhouse-Kriterien nach der *Teckal*-Rechtsprechung des EuGH zulässig¹³; das kommt aber allenfalls für öffentliche Verkehrsunternehmen in Betracht, nicht für die mittelständischen

⁹ Näher hierzu etwa IHK Stuttgart, Der neue Rechtsrahmen für den Busverkehr – Chancen für den Mittelstand, 2013, Ziff. 3.

¹⁰ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 2.3.2011 – Verg 48/11 – NZBau 2011, 244, 245 ff.; OLG München Beschl. v. 22.6.2011 – Verg 6/11 – NZBau 2011, 701 ff.

¹¹ Dazu näher etwa *Otting/Olgemöller*, GewArchiv 2012, 436 ff., oder mit z.T. a.A. IHK Stuttgart, Der neue Rechtsrahmen für den Busverkehr – Chancen für den Mittelstand, 2013, Ziff. 2.7.

¹² Vgl. dazu oben unter Ziff. 1.

¹³ Vgl. EuGH, Urt. v. 18.11.1999 – C-107/98 – *Teckal*, NZBau 2000, 90 Rn. 50, sowie m.w.N. das Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen über die Anwendung des EU-Vergaberechts im Fall von Beziehungen zwischen öffentlichen Auftraggebern (öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit), SEC(2011)1169 endg. v. 04.10.2011.

privaten Verkehrsunternehmen, die schon das erste *Teckal*-Kriterium nicht erfüllen, weil die Aufgabenträger diese Unternehmen nicht wie eine eigene Dienststelle kontrollieren.

Ist der öffentliche Dienstleistungsauftrag im Sinne des Art. 2 lit. i VO (EG) Nr. 1370/2007 nach Maßgabe des Art. 5 der Verordnung zu vergeben, weil es sich um eine Dienstleistungskonzession oder einen Unterschwellenauftrag handelt, sind Spielräume der Aufgabenträger für Direktvergaben größer. Inhouse-Vergaben gem. Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007, die § 8a Abs. 3 PBefG ausdrücklich für zulässig erklärt, kommen zugunsten privater mittelständischer Unternehmen zwar nicht in Betracht, weil es auch insoweit jedenfalls an der erforderlichen Kontrolle fehlt. Sind Notmaßnahmen zur Aufrechterhaltung von Verkehren erforderlich, können die Aufgabenträger die nach Art. 5 Abs. 5 der Verordnung zu vergebenden Aufträge so zuschneiden, dass sie von mittelständischen Unternehmen erfüllt werden können. Derartige Notmaßnahmen sind grundsätzlich auf zwei Jahre zu befristen.¹⁴ Aufträge mit Laufzeiten von bis zu 15 Jahren (Art. 4 Abs. 3 und Abs. 4 der Verordnung) können auf Grundlage von Art. 5 Abs. 4 VO (EG) Nr. 1370/2007 direkt vergeben werden. Wie § 8a Abs. 3 PBefG 2013 klarstellt, können die Aufgabenträger gem. Art. 5 Abs. 4 UAbs. 1 der Verordnung entscheiden, öffentliche Dienstleistungsaufträge, die entweder einen geschätzten Jahresdurchschnittswert von weniger als 1 000 000 EUR oder eine jährliche öffentliche Personenverkehrsleistung von weniger als 300 000 km aufweisen, direkt zu vergeben. Im Falle von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen, die direkt an kleine oder mittlere Unternehmen vergeben werden, können diese Schwellen gem. Art. 5 Abs. 4 UAbs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 entweder auf einen geschätzten Jahresdurchschnittswert von weniger als 2 Mio. EUR oder eine jährliche öffentliche Personenverkehrsleistung von weniger als 600.000 km erhöht werden. Kleine und mittlere Unternehmen sind hiernach Unternehmen, die nicht mehr als 23 Fahrzeuge betreiben, wobei entsprechend dem Sinn und Zweck der VO (EG) Nr. 1370/2007 auf die Fahrzeuge abzustellen ist, die dem Unternehmen für die Erbringung öffentlicher Personenverkehre zur Verfügung stehen¹⁵.

5. Gestaltungsspielräume in wettbewerblichen Vergabeverfahren

Sind öffentliche Dienstleistungsaufträge über die Erbringung von Busverkehren im Wettbewerb zu vergeben, können die Aufgabenträger die Rahmenbedingungen der Vergabe unter besonderer Berücksichtigung der Interessen mittelständischer Verkehrsunternehmen gestalten. Dazu sind sie nicht nur berechtigt, sondern nach § 97 Abs. 3 GWB rechtlich sogar verpflichtet. Denn das Vergaberecht statuiert mit dieser Norm nicht nur die Verpflichtung zur losweisen Vergabe als ein wesentliches Instrument, um "mittelständischen Interessen" im Vergabeverfahren zum Durchbruch zu verhelfen. Sie sind auch darüber hinaus – wie das Gesetz etwas umständlich formuliert – "vornehmlich zu berücksichtigen". Nicht nur beim Loszuschnitt, auch im Rahmen der Leistungsbeschreibung, durch die Gestaltung des Verfahrens (Transparenz, Fristen), bei der Definition der Eignungskriterien und bei der Entwicklung der die Auswahl dirigierenden Bewertungsmatrix muss daher mittelständischen Belangen Rechnung getragen werden. Das gilt für Vergabe nach GWB, Vergabeverordnung und 2. Abschnitt der VOL/A in ganz vergleichbarer Weise wie für Vergaben nach Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007.

Eine Reihe wichtiger Aspekte benennt das Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen "Europäischer Leitfaden für bewährte Verfahren (Code of best practice) zur Erleichterung des Zugangs kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU) zu öffentlichen Aufträgen" vom 25.06.2008.¹⁶ So ist den Unternehmen angemessener Zugang zu den erforderlichen Informationen zu gewährleisten. Diesen Zweck verfolgen jedenfalls für die Frühphase des Vergabeverfahrens nun auch die detaillierten Bekanntmachungsvorschriften in §§ 8a, 8b und 12 PBefG 2013 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007. Durch die Festlegung der Eignungskriterien haben die Aufgabenträger erheblichen Einfluss darauf, welche Unternehmen sich um den zu vergebenden Auftrag überhaupt bewerben können. Im Interesse mittelständischer Unternehmen kann vor allem auf allzu strenge Anforderungen an die finanzielle Leistungsfähigkeit zu verzichten sein. Die Festlegung angemessener Fristen für den Teilnahmeantrag und während des weiteren Verfahrens bis hin zur

¹⁴ Zur Zulässigkeit von Anschlussmaßnahmen ("Ketten-Notmaßnahmen") nach Ablauf der Zweijahresfrist vgl. *Otting/Tresselt/Olgemöller*, in: *Gabriel/Krohn/Neun, Beck'sches Handbuch Vergaberecht*, 2013 (*im Erscheinen*) § 59.

¹⁵ A.A. hingegen *Zuck*, der auch Anhänger und die Fahrzeuge der Geschäftsführung hinzurechnen will, in: *Ziekow/Völlink, Vergaberecht*, 2011, VO 1370 Art. 5 Rn. 35.

¹⁶ SEC(2008)2193.

Angebotsfrist sind ein wichtiger Baustein für ein faires und transparentes Verfahren, dessen Ausgestaltung auch mittelständischen Unternehmen erlaubt, wettbewerbsfähige Angebote zu erarbeiten. Schließlich dürfte es für mittelständische Verkehrsunternehmen regelmäßig von Vorteil sein, wenn ein Qualitäts- statt Preiswettbewerb stattfindet und somit der Zuschlag nicht ohne Weiteres auf das Angebot mit dem niedrigsten Preise erteilt werden muss. Finden neben dem Preis weitere qualitative Gesichtspunkte Berücksichtigung, haben mittelständische Unternehmen oft bessere Chancen, ihre spezifischen Stärken zur Geltung zu bringen. Bei der Festlegung der Kriterien kommt den Aufgabenträgern ein großer Beurteilungsspielraum zu, der ihnen erlaubt, auf die Fähigkeiten und Ressourcen lokal und regional vertretener Unternehmen besondere Rücksicht zu nehmen. Schließlich sollen die Aufgabenträger Bietergemeinschaften zulassen, soweit sie dazu gem. § 6 EG Abs. 2 Satz 1 VOL/A nicht ohnehin verpflichtet sind.

Im Vorfeld der Ausschreibung obliegt es den Aufgabenträgern, im Rahmen der ihnen zustehenden Beschaffungsautonomie Umfang und Qualitätsanforderungen der zu beauftragenden Verkehre festzulegen.¹⁷ Davon können die Aufgabenträger in mittelstandsfreundlicher Weise Gebrauch machen, indem sie den Umfang der zu erbringenden Verkehre beschränken und ggf. Lose bilden, so dass Wettbewerb um Verkehrsleistungen initiiert wird, die ihrem Umfang nach auch von mittelständischen Unternehmen erbracht werden können. Hierzu sind die Aufgabenträger gesetzlich sogar verpflichtet, denn ein Gebot der Loseleistung ist nicht nur in § 97 Abs. 3 GWB und in § 2 EG Abs. 2 VOL/A verankert, sondern bundesrechtlich auch in § 8a Abs. 4 PBefG 2013 und landesrechtlich in § 22 Abs. 1 Satz 3 des baden-württembergischen Gesetzes zur Mittelstandsförderung.

In engem Zusammenhang mit der Entscheidung über den Umfang des zu vergebenden Auftrages steht die Entscheidung, welche Linien oder Linienbündel gebildet werden. Hier können die Aufgabenträger darauf hinwirken, dass Verkehre so zusammengefasst werden, dass sie eigenwirtschaftlich erbracht werden können. Dann entfällt die Verpflichtung, einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag (direkt oder eben im Wettbewerb) zu vergeben. Zwar kann es dann zu einem durch die Genehmigungsbehörde nach Maßgabe des PBefG zu entscheidenden Genehmigungswettbewerb kommen. Hier kann einem mittelständischen Unternehmen aber ein entscheidender Wettbewerbsvorteil zukommen, wenn es die Verkehrsleistungen bereits bisher erbracht hat und sich infolge dessen auf das Altunternehmerprivileg des § 13 Abs. 3 PBefG berufen kann.

Hinzuweisen ist auch auf die aus § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB folgende Befugnis der Auftraggeber, Bedingungen für die Ausführung des Auftrags zu stellen, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen. Der Auftraggeber ist danach berechtigt, etwa die Verwendung besonders energiesparender Beförderungsmittel, besondere Konzepte zur Kundeninformation oder –unterstützung und ähnliche Besonderheiten als zusätzliche Anforderungen in die Leistungsbeschreibung aufzunehmen.

Mittelständische Verkehrsunternehmen sind traditioneller Weise in großem Umfang als Nachunternehmer für andere (insbesondere öffentliche) Verkehrsunternehmen tätig. Um den mittelständischen Verkehrsunternehmen dieses Tätigkeitsfeld nicht zu nehmen, sollten die Aufgabenträger die ihnen nach Art. 4 Abs. 7 Satz 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 zugewiesene Befugnis nutzen, die Vergabe von Unteraufträgen zu erlauben. Sehen die Aufgabenträger das nicht ausdrücklich vor, ist eine Vergabe von Unteraufträgen nach Art. 5 Abs. 3 der Verordnung nicht zulässig. Denn die Aufgabenträger müssen nach dem klaren Wortlaut des Art. 4 Abs. 7 Satz 1 der Verordnung entscheiden, "ob und in welchem Umfang" Unteraufträge vergeben werden dürfen. Allerdings sind die Aufgabenträger wegen § 8a Abs. 4 Satz 1 PBefG 2013 verpflichtet, diese Entscheidung unter Berücksichtigung der Interessen des Mittelstandes zu treffen.

Im Einzelfall sorgsam abzuwägen ist die Entscheidung des Aufgabenträgers, ein Verkehrsunternehmen im Fall eines Betreiberwechsels gemäß Art. 4 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 zu verpflichten, die Arbeitnehmer des vorherigen Betreibers in entsprechender Anwendung der Vorschriften über den Betriebsübergang zu übernehmen. Je nach den für diese Arbeitnehmer geltenden Tarifbedingungen und Sozialstandards kann dieses Erfordernis gerade für die Wettbewerbsfähigkeit mittelständischer Unternehmen von Nachteil sein.

¹⁷ Zur Beschaffungsautonomie vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.7.2012 – Verg 7/12 – ZfBR 2012, 723 ff.

6. Fazit und Ausblick: Landesvergabegesetz und Tariftreue

Der geltende regulatorische Rahmen für die Erbringung von Busverkehren gibt den Aufgabenträgern eine Reihe von Möglichkeiten, die Interessen mittelständischer Unternehmen im Rahmen von Vergabeverfahren in besonderer Weise zu berücksichtigen. Neben Direktvergabeprivilegien zugunsten dieser Unternehmen können deren spezifischen Fähigkeiten und Interessen auch in wettbewerblichen Verfahren gezielt gefördert werden. Mit dem Ziel, Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten gerade auch der mittelständischen Unternehmen zu verhindern, hat die baden-württembergische Landesregierung zudem im November 2012 den Entwurf eines Tariftreue- und Mindestlohngesetzes für öffentliche Aufträge in Baden-Württemberg in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht.¹⁸ Nach dessen § 3 Abs. 3 dürfen öffentliche Dienstleistungsaufträge im Sinne der VO (EG) Nr. 130/2007 nur noch an Unternehmen vergeben werden, die sich zur Einhaltung repräsentativer Tarifverträge verpflichten. Das gilt gem. § 6 Abs. 2 des Gesetzentwurfs auch im Hinblick auf Nachunternehmer. Bereits jetzt sind die Aufgabenträger (insbesondere unter Hinweis auf Art. 4 Abs. 5 der Verordnung) als berechtigt angesehen werden, von Verkehrsunternehmen Tariftreueerklärungen zu verlangen¹⁹, sie machen von dieser Befugnis auch Gebrauch. Die gesetzliche Verpflichtung, entsprechende Erklärungen zu verlangen, dürfte die Wettbewerbsstellung mittelständischer Unternehmen nicht verschlechtern; sie steht – für den Verkehrssektor – auch im Einklang mit den europarechtlichen Rahmenbedingungen.

¹⁸ LT-Drs. 15/2742 v. 27.11.2012.

¹⁹ Vgl. etwa *Siederer/Denzin*, Der Nahverkehr 3/2009, 50 ff. Im gleichen Sinne auch *Prieß*, in: Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder, Kommentar zur VO (EG) 1370/2007, 2010, Art. 5 Rn. 223 mit Fn. 524. Zu den mit dem Entwurf des baden-württembergischen Gesetzes vergleichbaren Bestimmungen des Tariftreue- und Vergabegesetzes Nordrhein-Westfalen vgl. *Werres/Schaefer*, Der Nahverkehr 3/2013, S. 52 ff.