

**Möglichkeiten der Stärkung der KMU-Direktvergabe
im Anwendungsbereich der Verordnung (EG) Nr.
1370/2007**

Rechtsgutachterliche Stellungnahme

im Auftrag des

Bundesverbandes Deutscher Omnibusunternehmer (bdo) e.V.

von

Prof. Dr. Matthias Knauff, LL.M. Eur.

Inhaltsübersicht

A. Problemstellung.....	1
B. Maßstäblicher Rechtsrahmen	2
I. Europarecht.....	2
1. Verhältnis von wettbewerblichem Vergabeverfahren und Direktvergabe nach der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007.....	2
2. KMU-Direktvergabe	3
a) KMU-Freundlichkeit des Europarechts	3
b) Normative Ausgestaltung in Art. 5 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 .	5
II. Verfassungsrechtliche Implikationen.....	6
1. Berufsfreiheit der Verkehrsunternehmer.....	6
2. Kommunale Selbstverwaltung.....	7
C. Personenbeförderungsrechtliche Ausgestaltung.....	8
I. de lege lata	8
1. Ausreichende Verkehrsbedienung und Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit.....	8
2. KMU-Direktvergabe	9
II. KMU-Direktvergabe de lege ferenda.....	10
1. Ausgestaltungsspielräume	10
2. Rechtssystematische Überlegungen.....	12
a) Mittelstandsfreundlichkeit der Rechtsordnung.....	12
aa) PBefG	12
bb) Vergaberecht.....	13
cc) Landesmittelstandsgesetze.....	14
b) Existenz von KMU als tatsächliche Voraussetzung des Regelungskonzepts des PBefG.....	15
3. Ausgestaltungsmöglichkeiten.....	16
a) Vorrang der KMU-Direktvergabe	16
aa) ... im Verhältnis zum wettbewerblichen Vergabeverfahren	16
bb) ... im Verhältnis zur Direktvergabe an interne Betreiber	17
b) Verfahrensrechtliche Lösungen.....	18
aa) Prüfgebot.....	19
bb) Anhörung.....	19
cc) Reaktionserfordernisse	20
D. Ergebnisse	21

A. Problemstellung

Bei der Anwendung des geltenden Personenbeförderungsrechts ist zu beobachten, dass kleine und mittelständische Verkehrsunternehmen (KMU) zunehmend Schwierigkeiten haben, sich als eigenständige Anbieter von ÖPNV-Leistungen auf dem Markt zu behaupten. Dies gilt nicht nur im Hinblick auf die fehlenden Möglichkeiten zur Durchführung eigenwirtschaftlicher Verkehre wegen zu geringer wirtschaftlicher Tragfähigkeit der für eine ausreichende Verkehrsbedienung notwendigen Verkehre,¹ sondern auch im Hinblick auf Verkehrsbestellungen. Ihre Beauftragung scheidet mitunter daran, dass sie sich mangels Größenvorteilen in Vergabewettbewerben nicht durchzusetzen vermögen – was zugleich dafür spricht, dass den Geboten zur vornehmlichen bzw. angemessenen Berücksichtigung mittelständischer Interessen gemäß § 97 Abs. 4 GWB und § 8a Abs. 4 PBefG in der Praxis nur unzureichend Rechnung getragen wird. Nicht selten besteht jedoch bereits nicht einmal eine Chance, öffentliche Dienstleistungsaufträge über ÖPNV-Leistungen im Wettbewerb zu erhalten. Aufgabenträger tendieren vielfach dazu, derartige Aufträge einem eigenen Verkehrsunternehmen mittels Direktvergabe zuzuweisen. Mögen die Gründe hierfür auch unterschiedlich sein, so führt dies stets dazu, dass der Zugang zu Aufträgen über ÖPNV-Leistungen für andere Unternehmen erheblich eingeschränkt wird. KMU können daher vielfach allenfalls als Subunternehmer für größere, häufig kommunale Verkehrsunternehmen tätig werden. Soweit diese als interne Betreiber direkt beauftragt wurden,² besteht diese Möglichkeit aufgrund der Verpflichtung zur überwiegenden Selbsterbringung nach Art. 5 Abs. 2 lit. e Verordnung (EG) Nr. 1370/2007³ jedoch nur in erheblich eingeschränktem Maße.⁴

Diese Situation widerspricht jedenfalls dem politisch von nahezu allen Parteien regelmäßig geäußerten Bekenntnis zur Bewahrung und Förderung eines mittelständisch geprägten Wirtschaftsmodells einschließlich seiner Manifestierung im Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD.⁵ Vor diesem Hintergrund wird im Hinblick auf die anstehende

¹ Vgl. nur *Winnes*, in: Saxinger/Winnes (Hrsg.), *Recht des öffentlichen Personenverkehrs*, Stand 12/2018, § 8 Abs. 4 PBefG Rn. 9.

² Zur Rechtslage bei inhouse-Vergaben nach Vergaberecht siehe EuGH, Urt. v. 21.3.2019 – C-266/17, C-267/17, Rn. 66 ff. – *Verkehrsbetrieb Hüttebräucker und BVR Busverkehr Rheinland*.

³ ABl. EG 2007 L 315/1.

⁴ Nach der Mitteilung der Kommission über die Auslegungsleitlinien zu der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße, ABl. 2014 C 92/1 (9), „kann sinnvollerweise davon ausgegangen werden, dass es für die Untervergabe von mehr als einem Drittel der öffentlichen Verkehrsdienste guter Gründe bedarf“.

⁵ Ein neuer Aufbruch für Europa Eine neue Dynamik für Deutschland Ein neuer Zusammenhalt für unser Land. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD. 19. Legislaturperiode, insb. Zeilen 394, 2799 ff. (https://www.cdu.de/system/tmf/media/dokumente/koalitionsvertrag_2018.pdf?file=1).

PBefG-Novelle⁶ im Folgenden der Frage nachgegangen, ob und welche rechtlichen Möglichkeiten bestehen, die Marktsituation für KMU im Bereich des ÖPNV zu verbessern, insbesondere durch eine Stärkung der Regelungen über die KMU-Direktvergabe. Hierzu ist zunächst der vom Gesetzgeber als Maßstab hinzunehmende Rechtsrahmen zu bestimmen, der durch Europa- und Verfassungsrecht gebildet wird. In einem zweiten Schritt wird ausgehend von der Grundkonzeption des geltenden PBefG untersucht, wie die identifizierten Ausgestaltungsspielräume im Hinblick auf das vorstehend formulierte Ziel vom Gesetzgeber genutzt werden können.

B. Maßstäblicher Rechtsrahmen

Der Gesetzgeber des PBefG ist in seiner Entscheidung über dessen Novellierung nicht gänzlich frei, sondern an übergeordnetes Recht gebunden. Dessen Missachtung würde zur Unanwendbarkeit⁷ bzw. Nichtigkeit⁸ des neuen Rechts führen. Damit besteht zugleich ein Maßstab, der politisch nicht überwunden werden kann.

I. Europarecht

Das gegenüber dem nationalen Recht jeder Stufe vorrangige⁹ Europarecht stellt mit der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 konkrete Maßstäbe für den ÖP(N)V auf.

1. Verhältnis von wettbewerblichem Vergabeverfahren und Direktvergabe nach der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007

Für die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge auf Grundlage der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 sieht deren Art. 5 – unter der Voraussetzung, dass ein solcher nicht als Dienstleistungsauftrag im vergaberechtlichen Sinne über Verkehrsleistungen mit Bussen oder Straßenbahnen vom allgemeinen Vergaberecht erfasst wird¹⁰ – zwei verfahrensrechtliche Möglichkeiten vor. Zum einen handelt es sich um einen als „wettbewerbliches Vergabeverfahren“ bezeichneten Ausschreibungswettbewerb, zum anderen um eine wettbewerbsfreie Direktvergabe, bei der die zuständige Behörde den Unternehmer nach

⁶ Die Eckpunkte für eine Novellierung des Personenbeförderungsrechts vom Februar 2019 sind abrufbar unter <https://www.bzp.org/Content/MELDUNGEN/PBefG-Eckpunkte.PDF>.

⁷ Zum Anwendungsvorrang des Europarechts siehe nur *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert, EUV/AEUV*, 5. Aufl. 2016, Art. 1 AEUV Rn. 18.

⁸ Dazu *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz-Kommentar*, Stand 11/2018, Art. 20 III Rn. 43 ff.

⁹ Grundlegend EuGH, Urt. v. 15.7.1964 - 6/64, Slg. 1964, 1251 – *Costa/ENEL*; Urt. v. 17.12.1970 – 11/70, Slg. 1970, 1125 – *Internationale Handelsgesellschaft*.

¹⁰ Näher *Saxinger/Schröder*, in: *Saxinger/Winnes (Hrsg.), Recht des öffentlichen Personenverkehrs*, Stand 12/2018, Art. 5 Abs. 1 VO 1370/2007 Rn. 8 ff.

eigenem Ermessen auswählt.¹¹ Letztere ist jedoch nur in den explizit aufgeführten Fällen¹² zulässig. Art. 5 Abs. 3 S. 1 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 bestimmt diesbezüglich: „Werden die Dienste Dritter, die keine internen Betreiber sind, in Anspruch genommen, so müssen die zuständigen Behörden die öffentlichen Dienstleistungsaufträge außer in den in den Absätzen 3a, 4, 4a, 4b, 5 und 6 vorgesehenen Fällen [der Direktvergabe] im Wege eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens vergeben.“ Die Vorschrift trifft eine Grundentscheidung zugunsten des wettbewerblichen Vergabeverfahrens.¹³ Ein solches ist zwingend durchzuführen, sofern keiner der explizit normierten Fälle einer zulässigen Direktvergabe vorliegt. In den genannten Fällen kann der Auftraggeber jedoch frei zwischen den Verfahren wählen.¹⁴

2. KMU-Direktvergabe

Einer der nach Art. 5 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 möglichen Situationen der zulässigen Direktvergabe betrifft die minimis-Aufträge, hinsichtlich derer kleine und mittlere Unternehmen (KMU) besonders privilegiert werden. Die Regelung verdankt ihre Existenz in erster Linie dem Umstand, dass der europäische Gesetzgeber in Bezug auf die genannten Aufträge von einer fehlenden Binnenmarktrelevanz ausgeht.¹⁵ Sie ist jedoch zugleich Ausdruck einer KMU-freundlichen Grundtendenz des EU-Rechts.

a) KMU-Freundlichkeit des Europarechts

Das primäre Europarecht nimmt mehrfach und in unterschiedlichen Zusammenhängen positiv auf KMU Bezug. So sollen nach Art. 153 Abs. 2 lit. b AEUV Richtlinien im Bereich der Sozialpolitik „keine verwaltungsmäßigen, finanziellen oder rechtlichen Auflagen vorschreiben, die der Gründung und Entwicklung von kleinen und mittleren Unternehmen entgegenstehen.“ Für die Industriepolitik verpflichtet Art. 173 Abs. 1 AEUV die EU und ihre Mitgliedstaaten zur „Förderung eines für die Initiative und

¹¹ *Nettesheim*, NVwZ 2009, 1449, 1452; enger *Linke*, S. 223 f.

¹² Ausführlich dazu *Fandrey*, Direktvergabe von Verkehrsleistungen, 2010, S. 195 ff.; im Überblick *Knauff*, in: Goede/Stoye/Stolz (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Vergaberecht, 2017, 17. Kap., Rn. 36 ff.; *Knauff*, NZBau 2012, 65, 69 ff., 73; *Wagner-Cardenal/Dierkes*, NZBau 2014, 738, 741 ff.

¹³ Ebenso *Schröder*, in: Saxinger/Winnes (Hrsg.), Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand 12/2018, Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007 Rn. 4. Diese fällt allerdings weniger strikt aus, als zunächst in KOM(2000) 7 endg.; KOM(2002) 107 endg.; KOM(2005) 319 endg. vorgesehen, vgl. *Knauff*, DVBl. 2006, 339 (343 f.).

¹⁴ Vgl. *Bersch*, in: Baumeister (Hrsg.), Recht des ÖPNV II, 2013, A1 Rn. 100; *Nettesheim*, NVwZ 2009, 1449 (1452). *Pünder*, EuR 2010, 774 (780); zu den entscheidungsrelevanten Aspekten *Knauff*, DVBl. 2014, 692 ff.

¹⁵ *Griem/Mosters*, in: Pünder/Prieß (Hrsg.), Brennpunkte des öffentlichen Personennahverkehrs vor dem Hintergrund der neuen EG-Personenverkehrsdienstverordnung Nr. 1370/2007, 2010, S. 1 (10); ausführlich zum Ganzen *Fandrey*, Direktvergabe von Verkehrsleistungen, 2010, S. 241 ff.; *Saxinger*, in: v. Wietersheim (Hrsg.), Vergaben im ÖPNV, 2013, S. 93 (95 ff.).

Weiterentwicklung der Unternehmen in der gesamten Union, insbesondere der kleinen und mittleren Unternehmen, günstigen Umfelds“. Auch für den Bereich der Forschungspolitik nimmt Art. 179 Abs. 2 AEUV KMU explizit in Bezug und kennzeichnet sie damit als förderungswürdige Innovationsquellen.¹⁶

Die KMU-freundliche Tendenz des Primärrechts wird im Sekundärrecht vielfach aufgegriffen. Im vorliegenden Kontext sei insbesondere auf das EU-Vergaberecht verwiesen. Dessen letzte Reform erfolgte ausweislich des 2. Erwägungsgrundes der Richtlinie 2014/24/EU¹⁷ bzw. des 4. Erwägungsgrundes der Richtlinie 2014/25/EU¹⁸ nicht zuletzt, damit „die Teilnahme insbesondere kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU) an öffentlichen Vergabeverfahren erleichtert“ wird. Wenngleich die verbindlichen Vorgaben mit den Art. 46 RL 2014/24/EU sowie Art. 65 RL 2014/25/EU ohne expliziten Bezug auf das Ziel der Mittelstandsförderung allein die Möglichkeit der Losvergabe vorsehen, nehmen die Erwägungsgründe vielfach auf KMU Bezug. Den Vergaberichtlinien lässt sich somit eine befürwortende Position bezüglich des Schutzes mittelständischer Interessen bei Vergabeentscheidungen entnehmen, wenngleich sie es den Mitgliedstaaten überlassen, den Mittelstandsschutz im Einzelnen auszugestalten. Dies gilt auch für öffentliche Dienstleistungsaufträge im ÖPNV, sofern diese nach allgemeinem Vergaberecht erteilt werden.

Aufschlussreich ist zudem die beihilferechtliche Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung (EU) Nr. 651/2014¹⁹. Diese enthält einen gesonderten Abschnitt für Beihilfen an KMU²⁰ in Form von Investitions- und Betriebsbeihilfen sowie einen weiteren für Beihilfen zur Erschließung von KMU-Finanzierungen. Erwägungsgrund 40 führt diesbezüglich erläuternd aus: „KMU spielen eine entscheidende Rolle bei der Schaffung von Arbeitsplätzen und sind eine der Säulen sozialer Stabilität und wirtschaftlicher Entwicklung. Sie können jedoch durch Marktversagen in ihrer Entwicklung behindert werden, wodurch ihnen typische Nachteile entstehen. ... Um die Entwicklung der wirtschaftlichen Tätigkeiten von KMU zu fördern, sollten daher bestimmte Gruppen von Beihilfen mit dieser Verordnung freigestellt werden, wenn die Beihilfen zugunsten von KMU gewährt werden. ...“

¹⁶ Vgl. *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 5. Aufl. 2016, Art. 179 AEUV Rn. 16.

¹⁷ ABl. 2014 L 94/65, zuletzt geändert durch Delegierte Verordnung (EU) 2017/2365, ABl. 2017 L 337/19.

¹⁸ ABl. 2014 L 94/243, zuletzt geändert durch Delegierte Verordnung (EU) 2017/2364, ABl. 2017 L 337/17.

¹⁹ ABl. 2014 L 187, 1; geändert durch Verordnung (EU) 2017/1084, ABl. 2017 L 156/1.

²⁰ Zur Begrifflichkeit siehe Anhang I. Diese entspricht der allgemeinen Definition der Kommission für kleine und mittlere Unternehmen nach der Empfehlung 2003/361/EG, ABl. 2003 L 124, 36.

b) Normative Ausgestaltung in Art. 5 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007

Für die Erteilung öffentlicher Dienstleistungsaufträge über Verkehrsleistungen mit Bussen, die als Dienstleistungskonzession zu qualifizieren sind²¹ und daher den Vergaberegeln der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 unterliegt, gilt nach Art. 5 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, dass

„[s]ofern dies nicht nach nationalem Recht untersagt ist, ... die zuständige Behörde entscheiden, [diese] direkt zu vergeben, wenn

a) ihr Jahresdurchschnittswert auf weniger als 1 000 000 EUR bzw. — im Fall eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags, der öffentliche Schienenpersonenverkehrsdienste beinhaltet — weniger als 7 500 000 EUR geschätzt wird oder

b) sie eine jährliche öffentliche Personenverkehrsleistung von weniger als 300 000 km bzw. — im Fall eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags, der öffentliche Schienenpersonenverkehrsdienste beinhaltet — von weniger als 500 000 km aufweisen.

Im Falle von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen, die direkt an kleine oder mittlere Unternehmen vergeben werden, die nicht mehr als 23 Straßenfahrzeuge betreiben, können diese Schwellen entweder auf einen geschätzten Jahresdurchschnittswert von weniger als 2 000 000 EUR oder auf eine jährliche öffentliche Personenverkehrsleistung von weniger als 600 000 km erhöht werden.“

Kommt Art. 5 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 zur Anwendung, normiert die Vorschrift die KMU-Direktvergabe abschließend als Sonderfall der de-minimis-Direktvergabe. Auf die Trägerschaft der Unternehmen kommt es insoweit nicht an. Entscheidend für die Zulässigkeit der Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 ist zunächst, dass die in der Norm genannten Jahreswerte (unter Berücksichtigung von Art. 2 lit. k VO [EG] Nr. 1370/2007) und -fahrleistungen nicht überschritten werden. Diese sind für KMU-Vergaben im Vergleich zu den sonstigen de-minimis-Vergaben um das Doppelte erhöht. Gleichwohl handelt es sich um absolute Grenzen. Werden diese absehbar überschritten, ist grundsätzlich ein wettbewerbliches Vergabeverfahren durchzuführen. Welche Unternehmen i.S.v. Art. 5 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 als KMU zu qualifizieren sind, bestimmt die Vorschrift unmittelbar anhand

²¹ *Berschin*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht IV: VergabeR II, 2. Aufl. 2019, Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 Art. 5 Rn. 50.

der den Unternehmen zur Verfügung stehenden Zahl von Straßenfahrzeugen. Die höchstzulässige Zahl von 23 Straßenfahrzeugen umfasst sämtliche in einem Unternehmen für die Erbringung von Leistungen im ÖPV geeigneten Fahrzeuge (i.d.R. Busse), wobei alle Fahrzeuge einzubeziehen sind, auf die das Unternehmen tatsächlich zugreifen kann.²² Einer zusätzlichen Erfüllung der Voraussetzungen der KMU-Definition nach Anhang I der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (EU) Nr. 651/2014 durch die Unternehmen bedarf es richtigerweise nicht.²³

Soweit in der Literatur eine Primärrechtswidrigkeit der Regelungen über die Direktvergabe behauptet wird,²⁴ ist dem nicht zuzustimmen. Ein Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit liegt schon deshalb nicht vor, da diese im Verkehrsbereich gemäß Art. 58 Abs. 1 AEUV nur nach Maßgabe der gemeinsamen Verkehrspolitik verwirklicht wird, mithin auf eine Sekundärrechtsetzung angewiesen ist.²⁵ Überdies kann die Qualifikation des ÖPNV als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gemäß Art. 106 Abs. 2 AEUV Ausnahmen von der Anwendung des Europarechts rechtfertigen.

II. Verfassungsrechtliche Implikationen

Das Verfassungsrecht enthält anders als das Europarecht keine spezifischen Vorgaben in Bezug auf die KMU-Direktvergabe. Auf diese wirken sich jedoch einige allgemeine verfassungsrechtliche Gewährleistungen aus. Jenseits der hinsichtlich der Verkehrsdienstleister neutralen Grundrechte der Verkehrsnutzer sind vor allem die Berufsfreiheit der Verkehrsunternehmer und die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung von Bedeutung.

1. Berufsfreiheit der Verkehrsunternehmer

Im Ausgangspunkt unterfällt das Angebot von ÖPNV-Leistungen durch einen privaten²⁶ Verkehrsunternehmer wie jede wirtschaftliche Betätigung dem Grundrecht der Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG.²⁷ Die Zuordnung des ÖPNV zur Daseinsvorsorge und die

²² Linke, Die Gewährleistung des Daseinsvorsorgeauftrags im öffentlichen Personennahverkehr, 2010, S. 218; Schmitz/Winkelhüsener, EuZW 2011, 52 (54).

²³ Prieß, in: Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder, Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, 2010, Art. 5 Rn. 190; Winnes, VergabeR 2009, 712 (717); für eine kumulative Heranziehung dagegen Fandrey, Direktvergabe von Verkehrsleistungen, 2010, S. 251 ff.

²⁴ Berschin, in: Baumeister (Hrsg.), Recht des ÖPNV II, 2013, A1 Rn. 206 ff.

²⁵ EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C-338/09, EuZW 2011, 190 Rn. 29 f. – Yellow Cab.

²⁶ Zur fehlenden Grundrechtsfähigkeit von Unternehmen in – vollständig oder mehrheitlich – öffentlicher Hand siehe nur BVerfG, Urt. v. 7.11.2017 – 2 BvE 2/11, BVerfGE 147, 50 Rn. 238 ff.

²⁷ Ausführlich Heinze, in: Heinze/Fehling/Fiedler, PBefG, 2. Aufl. 2014, Vorb. II Rn. 7 ff.

daraus abgeleitete besondere Verantwortung der öffentlichen Hand für seine Existenz und Funktionsfähigkeit²⁸ bewirkt nicht, dass es sich um einen grundrechtlichen Ausnahmebereich handelt. Dies spricht grundsätzlich dafür, privaten Verkehrsunternehmen Aktionsfelder zu eröffnen.²⁹

Gleichwohl vermittelt Art. 12 Abs. 1 GG keinen Anspruch auf Erteilung eines öffentlichen Auftrags. Nach der Rechtsprechung des BVerfG berührt „[d]ie Vergabe eines öffentlichen Auftrags an einen Mitbewerber ... grundsätzlich nicht den Schutzbereich der Berufsfreiheit des erfolglosen Bewerbers.“³⁰ Auch mache „[a]llein der Umstand, dass [ein Unternehmen] sich ausschließlich auf die Ausführung von Maßnahmen ... beschränkt, für die praktisch nur der Staat als Auftraggeber in Betracht kommt, ... die Vergabeentscheidung nicht zum funktionalen Äquivalent eines Eingriffs.“³¹ Zudem vermittelt nach der Rechtsprechung das Grundrecht der Berufsfreiheit keinen Konkurrenzschutz und schützt daher auch private Leistungsanbieter nicht vor Wettbewerb durch öffentliche Unternehmen, selbst wenn diese de facto marktbeherrschend sind.³² Korrespondierend damit hat das OLG München entschieden, dass die Direktvergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags über ÖPNV-Leistungen an einen internen Betreiber nach Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 nicht gegen Art. 12 GG verstößt.³³

2. Kommunale Selbstverwaltung

Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 GG umfasst das Angebot von ÖPNV-Leistungen durch die Gemeinden einschließlich ihrer Unternehmen.³⁴ Als staatsorganisatorische Vorschrift verleiht Art. 28 Abs. 2 GG jedoch keinen Schutz vor privater Konkurrenz.³⁵ Zudem unterliegt die Gewährleistung explizit der Ausgestaltung durch den Gesetzgeber. Einen Vorrang der Kommunalwirtschaft einschließlich der kommunalen Verkehrswirtschaft begründet sie daher nicht.

²⁸ Vgl. *Knauff*, Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge, 2004, S. 311 ff.

²⁹ Vgl. auch VGH Mannheim, Urt. v. 27.11.2003 – 3 S 709/03, Rn. 25 (juris); OVG Bautzen, Urt. v. 29. 6. 2011 – 4 A 690/09, LKV 2011, 508 (509).

³⁰ BVerfG, Beschl. v. 13.6.2006 – 1 BvR 1160/03, BVerfGE 116, 135 Rn. 59.

³¹ Ebd. Rn. 63.

³² Siehe etwa BVerwG, Urt. v. 22.2.1972 – 1 C 24/69, BVerwGE 39, 329 (336 f.).

³³ OLG München, Beschl. v. 31.3.2016 – Verg 14/15, NZBau 2016, 583 Rn. 224 ff.

³⁴ *Fehling*, Die Verwaltung 34 (2001), S. 25 (44); *Fromm*, in: FS v. Unruh, 1983, S. 703.

³⁵ Siehe nur *Mehde*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz-Kommentar, Stand 11/2018, Art. 28 II Rn. 94.

C. Personenbeförderungsrechtliche Ausgestaltung

I. *de lege lata*

Das geltende Personenbeförderungsrecht ist systematisch als Bestandteil des besonderen Gewerberechts zu qualifizieren. Es geht grundsätzlich von einem unternehmerisch geprägten ÖPNV aus. Zudem ermöglicht es explizit im Falle der Notwendigkeit der Erteilung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags über ÖPNV-Leistungen aus Gründen der Daseinsvorsorge (auch) die KMU-Direktvergabe.

1. Ausreichende Verkehrsbedienung und Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit

Anknüpfend an die grundrechtliche Wertung des Art. 12 Abs. 1 GG stellt § 8 Abs. 4 S. 1 PBefG den Grundsatz des Vorrangs der eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistung auf,³⁶ der in zahlreichen weiteren Vorschriften des PBefG näher ausgestaltet wird.³⁷ Der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit bedeutet daher zugleich einen Vorrang der unternehmerischen Grundrechtsverwirklichung.³⁸

Dieser Vorrang setzt gleichwohl zum einen die Erfüllung der Anforderungen der Legaldefinition der Eigenwirtschaftlichkeit in § 8 Abs. 4 S. 2 PBefG voraus. Infolge des – europarechtlich zwingenden – normativen Ausschlusses derjenigen Einnahmen, die auf Grundlage der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 geleistet werden, sofern sie nicht in allgemeinen Vorschriften enthalten sind,³⁹ kann in der Praxis allerdings nur ein geringer Teil der Verkehre im ÖPNV die Kriterien der Eigenwirtschaftlichkeit erfüllen. Zum anderen kommt der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit nur bei einer hinreichenden Qualität der Verkehrsleistungen zum Tragen, die in § 8 Abs. 3 S. 1 PBefG als „ausreichende

³⁶ Vgl. *Winnes* in: Saxinger/Winnes (Hrsg.), *Recht des öffentlichen Personenverkehrs*. Stand 12/2018, § 8 Abs. 4 PBefG Rn. 2 f.

³⁷ Ausführlich *Knauff*, *GewArch* 2013, 283 (285 ff.)

³⁸ Ebenso *Bühner/Siemer*, *DÖV* 2015, 21 (25).

³⁹ Eine Verpflichtung der Aufgabenträger zu ihrer Schaffung besteht nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung nicht, vgl. VG Münster, *Urt. v. 24.10.2014 – 10 K 2076/12*, wie ein Anspruch der Verkehrsunternehmer auf deren Erlass, VG Augsburg, *Urt. v. 24.3.2015 – Au 3 K 13.2063*, *Au 3 K 14.34*; VG Stade, *Urt. v. 30.6.2016 – 1 A 1432/14*; VG Saarland, *Urt. v. 27.9.2017 – 5 K 1223/16*; OVG Münster, *Urt. v. 25.8.2016 – 13 A 788/15*. Eine höchstrichterliche Klärung wird demnächst erfolgen, vgl. BVerwG, *Beschl. v. 13.12.2017 – 3 B 57/16*.

Bedienung der Bevölkerung mit ÖPNV-Leistungen“ umschrieben wird. Deren Niveau ist grundsätzlich von den Aufgabenträgern in einem Nahverkehrsplan⁴⁰ festzulegen.⁴¹

Im Hinblick auf diese Ausgestaltung des Personenbeförderungsrechts ist daher zunächst stets die Frage zu beantworten, ob eine für eine ausreichende Verkehrsbedienung notwendige Verkehrsleistung eigenwirtschaftlich erbracht werden kann. Nur wenn dies nicht der Fall ist, darf (und muss in gewissem Umfang) die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags über ÖPNV-Leistungen erfolgen, wie auch § 8a Abs. 1 S. 1 PBefG klarstellt. Dies ist in der Praxis vielfach der Fall, so dass sich die Frage nach der Zulässigkeit (auch) von KMU-Direktvergaben stellt.

2. KMU-Direktvergabe

Für den straßengebundenen ÖPNV⁴² sieht § 8a Abs. 3 PBefG explizit vor, dass „[d]ie zuständige Behörde ... unter den in der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 genannten Voraussetzungen befugt [ist], Verkehrsleistungen im Nahverkehr ... nach Artikel 5 Absatz 2 und 4 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 direkt zu vergeben.“⁴³ Das deutsche Recht enthält damit nicht nur keine der Direktvergabe an interne Betreiber und KMU entgegenstehenden Vorschriften, sondern erklärt die diesbezüglichen Regelungen des Europarechts explizit für anwendbar. Auch nimmt es keine Abstufung zwischen den Ausprägungen der Direktvergabe vor. Infolge dessen richtet sich ihre Zulässigkeit allein nach der Erfüllung der jeweiligen, europarechtlich determinierten tatbestandlichen Voraussetzungen.

Diese gesetzliche Ausgestaltung wurde – insbesondere in Bezug auf die Direktvergabe an interne Betreiber – in der Literatur teils als verfassungswidrig angesehen.⁴⁴ Das OLG München ist dem entgegengetreten.⁴⁵ Tatsächlich liegt den vorgenannten Literaturansichten ein von der Rechtsprechung des BVerfG abweichendes Verständnis von Art. 12 Abs.

⁴⁰ Dazu ausführlich *Werner*, in: Baumeister, Recht des ÖPNV II, 2013, A3 Rn. 170 ff.; im Überblick *Brenner/Arnold*, NVwZ 2015, 385 ff.

⁴¹ Näher *Sarikaya/Winnes*, in: Saxinger/Winnes (Hrsg.), Recht des öffentlichen Personenverkehrs. Stand 12/2018, § 8 Abs. 3 PBefG Rn. 2 ff.

⁴² Zum Ausschluss bei SPNV-Vergaben *Fandrey*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß (Hrsg.), GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. 2016, § 131 Rn. 31.

⁴³ Hervorhebung durch den Verfasser.

⁴⁴ *Antweiler*, NZBau 2009, 362 (364); *Ziekow*, NVwZ 2009, 865 (868 ff.).

⁴⁵ OLG München, Beschl. v. 31.3.2016 – Verg 14/15, NZBau 2016, 583 Rn. 240 ff.

1 GG zugrunde. Zwar ist diese durchaus nicht über jede Kritik erhaben,⁴⁶ für die vorliegenden Zwecke ist sie gleichwohl zugrunde zu legen.

Nach geltendem Personenbeförderungsrecht ist die Möglichkeit der KMU-Direktvergabe mithin eröffnet, soweit die in Art. 5 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 normierten Voraussetzungen vorliegen. Es muss sich mithin um Dienstleistungskonzessionen über ÖPNV-Leistungen handeln, deren Wert die in der Norm genannten Schwellen nicht überschreiten und deren Erbringer die darin genannten Eigenschaften aufweisen. Ob die Aufgabenträger von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, steht in ihrem Ermessen. Dieses ist unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Wertungen wie auch der in § 8a Abs. 4 S. 1 PBefG enthaltenen Vorgabe, dass „[b]ei der Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages nach Artikel 5 Absatz 3 und 4 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 für den Verkehr mit Straßenbahnen, Obussen oder mit Kraftfahrzeugen ... die Interessen des Mittelstandes angemessen zu berücksichtigen“⁴⁷ sind, auszuüben ist. Nach Auffassung des Gesetzgebers sollte „[i]m Rahmen des Verfahrens nach Artikel 5 Absatz 4 ... die Berücksichtigung mittelständischer Interessen insbesondere durch die eingeräumte Möglichkeit der Direktvergabe [erfolgen].“⁴⁸

II. KMU-Direktvergabe de lege ferenda

Im Hinblick auf die künftige Ausgestaltung des personenbeförderungsrechtlichen Rahmens stellt sich die Frage, ob und wie eine Stärkung der KMU-Direktvergabe rechtlich möglich und ggf. geboten ist.

1. Ausgestaltungsspielräume

Der europäische Gesetzgeber hat die de-minimis- einschließlich der KMU-Direktvergabe in Art. 5 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 unter den Vorbehalt entgegenstehenden nationalen Rechts gestellt. Diese Regelungstechnik gleicht derjenigen bei den meisten anderen Direktvergabemöglichkeiten und weist dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber die finale Verantwortlichkeit zu. Unter der Voraussetzung der Beachtung des europarechtlich vorgesehenen Rahmens ist der nationale Gesetzgeber daher frei, die Anwendungsvoraussetzungen der Direktvergabe auszugestalten. Zu diesem Rahmen zählt neben den tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 insbesondere der in Art. 5 Abs. 1 S. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 normierte Vorrang des

⁴⁶ Siehe etwa *Ehlers*, Gutachten E zum 64. DJT, 2002, S. 40; *Ruffert*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, Stand 2/2019, Art. 12 Rn. 66, jeweils m.w.N.

⁴⁷ Hervorhebung durch den Verfasser.

⁴⁸ BT-Drucks. 17/8233, S. 13.

Vergaberechts. Dieser kann im Hinblick auf den uneingeschränkten und uneinschränkba-
ren Vorrang des Europarechts vor dem mitgliedstaatlichen Recht nicht durch letzteres
beseitigt oder modifiziert werden. Eine Stärkung der KMU-Direktvergabe kann daher –
entsprechend der Vorgabe im geltenden Recht – nur für öffentliche Dienstleistungsauf-
träge, die vergaberechtlich als Dienstleistungskonzessionen zu qualifizieren sind, vorge-
sehen werden.

Eine Regelung der Anwendungsvoraussetzungen der Direktvergabe im PBefG hat als
Maßnahme des Bundesgesetzgebers auch die verfassungsrechtlichen Vorgaben zu beach-
ten. Kompetenzrechtlich bestehen dabei keine Besonderheiten; vielmehr würde eine ent-
sprechende Regelung ebenso wie das PBefG in seiner Gesamtheit von Art. 74 Abs. 1 Nr.
22 GG erfasst werden. In Anbetracht des vorstehend umrissenen Umstandes, dass die
„sachnächsten“ Vorgaben der Art. 12 Abs. 1 und 28 Abs. 2 GG nur eine geringe Steue-
rungskraft entfalten, stellt vor allem der Gleichheitsgrundsatz, Art. 3 Abs. 1 GG, einen
bei der materiellen Ausgestaltung zu beachtenden Rahmen zur Verfügung. Das BVerfG
hat diesbezüglich anerkannt, dass „der aus Art. 3 Abs. 1 GG folgende Anspruch auf
Gleichbehandlung bei Vergabeentscheidungen ein gegen den Staat gerichtetes subjekti-
ves Recht“ begründet.⁴⁹ Darüber hinaus hat das OLG München bei seiner verfassungs-
rechtlichen Bewertung der bestehenden Regelungen über die Direktvergabe ausgeführt:
„Art. 3 GG verbietet sachlich unbegründete rechtliche Differenzierungen zum Vorteil ei-
nes öffentlichen Unternehmens (BVerwG, Urteil vom 22.02.1972, I C 24.69, bei juris Rn.
23; BVerfG, Urteil vom 24.04.1991, 1 BvR 1341/90, bei juris Rn. 92). Eine diesbezügli-
che Ungleichbehandlung aufgrund der Regelungen ist bereits deshalb nicht zu erkennen,
weil die Direktvergabe gerade kein wettbewerbliches Verfahren darstellt. Eine Gleichbe-
handlung privater Unternehmer mit öffentlichen Unternehmen im Rahmen einer gewähl-
ten Direktvergabe an einen internen Betreiber ist daher rein begrifflich bereits ausge-
schlossen.“⁵⁰ Dem Verfassungsrecht lässt sich auf Grundlage dieser Interpretation kein
Gebot entnehmen, eine KMU-Direktvergabe zu ermöglichen. Soweit sie erfolgt, bildet
Art. 3 Abs. 1 GG freilich einen Maßstab, der bei der Auswahl der direkt zu beauftragen-
den Verkehrsunternehmen zu beachten ist.⁵¹

Der Bundesgesetzgeber verfügt mithin über erhebliche Spielräume bei der Regelung der
Anwendungsvoraussetzungen der KMU-Direktvergabe von öffentlichen Dienstleistungs-
aufträgen über Verkehrsleistungen, die als Dienstleistungskonzessionen zu qualifizieren

⁴⁹ BVerfG, Beschl. v. 13.6.2006 – 1 BvR 1160/03, BVerfGE 116, 135 Rn. 55

⁵⁰ OLG München, Beschl. v. 31.3.2016 – Verg 14/15, NZBau 2016, 583 Rn. 250.

⁵¹ *Berschlin*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht IV:
VergabeR II, 2. Aufl. 2019, Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 Art. 5 Rn. 51.

sind. Er kann diese insbesondere im Hinblick auf das Verhältnis zu anderen Varianten der europarechtlich zulässigen Direktvergabe ausgestalten.

2. Rechtssystematische Überlegungen

Die Ausfüllung dieser Spielräume sollte in Übereinstimmung mit grundlegenden Wertungen der deutschen Rechtsordnung getroffen werden, soweit diese einen Bezug zum ÖPNV aufweisen. Diesbezüglich spielen zum einen die bestehenden Regelungen eine Rolle, die einen übergreifenden Grundsatz der Mittelstandsfreundlichkeit zum Ausdruck bringen, zum anderen rechtstatsächliche Aspekte, die mit zentralen Entscheidungen des Personenbeförderungsrecht in Verbindung stehen.

a) Mittelstandsfreundlichkeit der Rechtsordnung

Das allgemeine politische Bekenntnis zum Mittelstand und seiner Bedeutung hat sich in der deutschen Rechtsordnung vielfach niedergeschlagen. Im vorliegenden Kontext sind vor allem die im PBefG enthaltenen Regelungen sowie diejenigen des Vergaberechts von Bedeutung. Im Hinblick auf die Ergänzung des PBefG durch die Landesnahverkehrsgesetze, mit denen dieses ungeachtet der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung eine Wirkungseinheit bildet, liegt zudem eine Berücksichtigung der Mittelstandsförderungssetze der Länder nahe.

aa) PBefG

Dem PBefG weist bereits in seiner geltenden Fassung einen mittelstandsfreundlichen Grundansatz auf. Dieser wird insbesondere an § 8a Abs. 3, Abs. 4 S. 1 PBefG deutlich und korrespondiert darüber hinaus mit dem gewerberechtlichen Charakter des PBefG. Für das wettbewerbliche Vergabeverfahren i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007⁵² sieht § 8a Abs. 4 S. 2 PBefG denn auch eine Pflicht zur Losvergabe vor. Die Schaffung einer Regelung zur Stärkung der KMU-Direktvergabe wäre vor diesem Hintergrund innerhalb des PBefG nicht als Fremdkörper, sondern als konsequente Fortführung und normative Verstärkung dieses überkommenen Regelungsansatzes zu qualifizieren.

In Anbetracht des Umstandes, dass der in § 8 Abs. 4 S. 1 PBefG angeordnete Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit in der Praxis aus wirtschaftlichen Gründen häufig nicht zum Tragen kommt, kann eine Verstärkung der KMU-Direktvergabe zudem als Instrument zur Wiederherstellung der vom Gesetzgeber des PBefG beabsichtigten Konzeption dienen. Die verbreitet zu beobachtende Praxis der Aufgabenträger, eigenwirtschaftliche Verkehre

⁵² Zur fehlenden Möglichkeit einer analogen Anwendung auf Direktvergaben *Schröder*, in: Saxinger/Winnes (Hrsg.), Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Stand 12/2018, § 8a Abs. 4 PBefG Rn. 4.

möglichst zu verhindern und weitgehende Direktvergaben an interne Betreiber, nämlich kommunale Verkehrsunternehmen, vorzunehmen (sogar über deren vorgefundenes Betätigungsfeld hinaus), ist zwar zumeist vom Wortlaut der einschlägigen Regelungen gedeckt, widerspricht aber der Intention des Gesetzes (wie auch derjenigen von Art. 5 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007).⁵³ Die Einführung von Vorschriften, welche die Marktteilnahme von KMU, die ÖPNV-Leistungen anbieten, (wieder) verbessern, bildet daher aus der „Innensicht“ des PBefG vor allem einen notwendigen Beitrag zur Korrektur einer Fehlentwicklung bei der Rechtsanwendung. Eine „Verselbstständigung“ des Inhalts einer gesetzlichen Regelung auf der diese exekutierenden Verwaltungsebene muss vom Gesetzgeber nicht hingenommen werden – und sollte dies im Hinblick auf seine demokratisch legitimierte Entscheidung auch nicht: Nicht die Verwaltung, sondern dem Gesetzgeber kommt es zu, politische Entscheidungen grundlegender Art zu treffen. Die Verwaltung ist ausweislich Art. 20 Abs. 3 GG an diese gebunden, wenn sie die Form von Gesetzen annehmen. Sie verfügt über keine Kompetenz zu deren Abänderung oder Nichtanwendung in dem vom Gesetzgeber beabsichtigten Sinne.⁵⁴ Kommt es dennoch hierzu, liegt ein korrigierender Eingriff durch den Gesetzgeber nahe. Auf welche Art und Weise dieser erfolgt, steht in seinem – nur durch den verfassungsrechtlichen Rahmen begrenzten – Ermessen. Nahe liegt neben einer Schärfung der Probleme hervorrufenden tatbestandlichen Voraussetzungen – hier derjenigen der Direktvergabe an interne Betreiber – die Schaffung „ausgleichender“ Regelungen, vorliegend etwa durch die Formulierung einer Pflicht der Aufgabenträger zum Erlass allgemeiner Vorschriften unter bestimmten Voraussetzungen oder zugunsten der (besseren Nutzung der Möglichkeit zur) KMU-Direktvergabe.

bb) Vergaberecht

Das Vergaberecht, welches im ÖPNV unmittelbar wegen Art. 5 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 von Bedeutung ist und darüber hinaus Orientierungswirkung für die Anwendung der in Art. 5 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 vorgesehenen Vergabeverfahren entfaltet⁵⁵, ist durch seine Mittelstandsfreundlichkeit geprägt. Gemäß § 97 Abs. 4 S. 1 GWB sind „[m]ittelständische Interessen ... bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen.“ Dies geschieht insbesondere durch die grundsätzlich verpflichtende Losvergabe. Zwar ist umstritten, ob § 97 Abs. 4 GWB seinem Wortlaut

⁵³ Nach BT-Drucks. 17/10857, S. 20, wird durch § 8a Abs. 3 PBefG (nur) „klargestellt, dass die zuständige Behörde (Aufgabenträger) berechtigt ist, diese Befugnisse wahrzunehmen, wenn die in der Verordnung genannten Voraussetzungen vorliegen.“

⁵⁴ Zum Vorrang des Gesetzes siehe nur *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Stand 11/2018, Art. 20 III Rn. 72 ff.

⁵⁵ Dazu *Knauff*, in: ders. (Hrsg.), Bestellung von Verkehrsleistungen im ÖPNV, 2018, S. 9 (19 f.).

gemäß nur öffentliche Aufträge i.S.v. § 103 GWB⁵⁶ oder seiner systematischen Einbindung sowie der nicht differenzierenden Gesetzesbegründung⁵⁷ entsprechend zusätzlich Konzessionen i.S.v. § 105 GWB⁵⁸ erfasst. Im vorliegenden Zusammenhang kommt es hierauf wegen der aus § 149 Nr. 12 GWB folgenden Unanwendbarkeit des GWB-Konzessionsvergaberechts auf die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen über ÖPNV-Leistungen nicht an. Soweit der Anwendungsbereich von § 97 Abs. 4 GWB reicht – und damit auch bei Bruttoverträgen im ÖPNV sowie bei der Unterauftragsvergabe – ist die Vergabe mittelstandsfreundlich vorzunehmen. Dabei kommt es nicht auf das anzuwendende Vergabeverfahren an. Die Berücksichtigung mittelständischer Interessen ist infolge dessen und unter Berücksichtigung von § 8a Abs. 4 PBefG bei allen wettbewerblich geprägten Vergabeverfahren normativ zwingend geboten.⁵⁹ Dies gilt mangels diesbezüglicher Einschränkung des § 97 Abs. 4 GWB auch für das unter den in § 14 Abs. 4 VgV normierten Voraussetzungen zulässige Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb, in dem grundsätzlich mehrere Unternehmen gemäß § 17 Abs. 5 VgV zur Angebotsabgabe aufzufordern sind, soweit dies nicht sachgegenständlich ausgeschlossen ist. Allein in Bezug auf inhouse-Vergaben nach § 108 GWB trifft § 97 Abs. 4 GWB keine Aussage, da diese ausdrücklich vom Anwendungsbereich des GWB-Vergabevorschriften nicht erfasst werden. Die grundsätzliche Entscheidung des Vergaberechts für eine möglichst weitgehende Mittelstandsfreundlichkeit stellt dies jedoch nicht in Frage. Dessen Ausgestaltung spricht vielmehr dafür, jegliche hierfür geeignete Vergabeentscheidungen aus Gründen der Konsistenz mittelstandsfreundlich auszugestalten.

cc) Landesmittelstandsgesetze

Korrespondierend mit dem mittelstandsfreundlichen Grundansatz des Europarechts haben die Länder, denen gemäß § 8 Abs. 3 S. 1 PBefG auch die Bestimmung der und darüber hinaus die Aufsicht über die Aufgabenträger obliegt, Gesetze zur Förderung des Mittelstandes erlassen. Einzelne Länder formulieren darin gar einen grundsätzlichen Vorrang privater Leistungserbringung. So soll die öffentliche Hand nach § 5 Thüringer Mittelstandsförderungsgesetz „wirtschaftliche Leistungen nur dann erbringen, wenn sie von privaten Unternehmen nicht ebenso gut und wirtschaftlich erbracht werden können.“ Wenngleich die Mittelstandsförderungsgesetze ebenso wie die Landesnahverkehrs-gesetze im vorliegenden Kontext weder unmittelbar aussagekräftig sind noch das Handeln

⁵⁶ So etwa *Müller-Wrede*, in: ders. (Hrsg.), *GWV Vergaberecht*, 2016 § 97 Rn. 160.

⁵⁷ BT-Drs. 18/6281, S. 67.

⁵⁸ *Knauff*, in: Säcker (Hrsg.), *Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht III: VergabeR I*, 2. Aufl. 2018, § 97 Rn. 238.

⁵⁹ Vgl. BT-Drucks. 17/8233, S. 13.

des Bundesgesetzgebers determinieren können, unterstreichen sie die mittelstandsfreundliche Ausrichtung der Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit, in die sich personenbeförderungsrechtliche Regelungen zur Stärkung der KMU-Direktvergabe einfügen würden.

b) Existenz von KMU als tatsächliche Voraussetzung des Regelungskonzepts des PBefG

Aus rechtstatsächlicher Perspektive ist zu berücksichtigen, dass die dauerhafte Existenz von KMU wesentliche Voraussetzung dafür ist, dass die bundesgesetzliche Entscheidung zugunsten eines unternehmerisch geprägten ÖPNV und des Vorrangs der Eigenwirtschaftlichkeit überhaupt zum Tragen kommen kann. Wenngleich öffentliche Verkehrsunternehmen und (wenige) private Konzerne infolge ihres Verkehrsangebots in den Metropolen über eine starke Marktstellung verfügen, handelt es sich bei der Mehrzahl der Verkehrsunternehmen, die ÖPNV-Leistungen erbringen, um KMU.⁶⁰ Anders als die zuvor genannten Unternehmen verfügen diese aber im Regelfall nicht über die finanziellen Voraussetzungen, längere „Dürrezeiten“ zu überstehen. Vielmehr ist ihr wirtschaftliches Überleben unmittelbar davon abhängig, dass sie ihre Leistungen am Markt erbringen können.

Zwar gehört es zur Normalität eines marktwirtschaftlich geprägten Systems, dass Unternehmen aus dem Markt ausscheiden, wenn sie im Wettbewerb nicht hinreichend erfolgreich sind. Das Gewerberecht und mit ihm das PBefG setzten dies voraus und gestalten die Wettbewerbsbedingungen näher aus. Allerdings scheitern KMU im ÖPNV bei Direktvergaben an interne Betreiber nicht im Wettbewerb, sondern an politischen Entscheidungen auf lokaler Ebene – nicht selten bezogen auf die Ausweitung kommunaler Verkehrsangebote in vormals von privaten Verkehrsunternehmen bediente Gebiete. Eine Verlagerung ihrer Tätigkeit in die geografischen Zuständigkeitsbereiche anderer Aufgabenträger können KMU häufig aus tatsächlichen Gründen nicht vornehmen; gelingt dies im Einzelfall doch, stellt sich in Anbetracht des inzwischen fast bundesweit verbreiteten Willens von Aufgabenträgern zur Direktvergabe an ihren jeweiligen internen Betreiber auch dort regelmäßig das Problem eines Verbleibens im Markt.

Zugleich setzt das PBefG jedoch das Marktwissen und die Kreativität der Verkehrsunternehmer voraus. Sie sind in die Erstellung des Nahverkehrsplans ebenso eingebunden wie es ihnen durch die Beantragung von Linienverkehrsgenehmigungen obliegt, bessere verkehrliche Lösungen zu entwickeln, vgl. auch § 13 Abs. 2b PBefG. Scheiden Verkehrsunternehmen aus dem Markt aus, gilt dies für die von ihnen wahrgenommenen Funktionen gleichermaßen. Dies gilt tendenziell auch, sofern sie als Subunternehmer weiterhin Verkehrsleistungen erbringen, da es ihnen dann an Eigenverantwortlichkeit fehlt. Das PBefG

⁶⁰ Vgl. Statistisches Bundesamt, Fachserie 8 Reihe 3.1, 2019, Stand 2014, S. 40.

differenziert insoweit deutlich und nimmt bloße Unterauftragnehmer gleichsam nicht wahr.⁶¹ Eine „Wiederbelebung“ der ÖPNV erbringenden KMU nach ihrem Ausscheiden aus dem Markt bei geänderten politischen Vorstellungen der Aufgabenträger nach der zulässigen Maximal(regel)laufzeit öffentlicher Dienstleistungsaufträge von 10 Jahren gem. Art. 4 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 erscheint nahezu ausgeschlossen. Zu hoch sind die Marktzutrittschürden sowohl in ökonomischer Hinsicht als auch infolge der Erforderlichkeit spezieller Kenntnisse und Fähigkeiten.

Sofern es kurzfristig nicht gelingt, die Voraussetzungen für die Erbringung eigenwirtschaftlicher Verkehre zu verbessern, oder die Durchführung von Vergabewettbewerben unter strikter Beachtung der normativ vorgesehenen Mittelstandsfreundlichkeit zu gewährleisten, kann die Stärkung der KMU-Direktvergabe einen wesentlichen Beitrag dazu leisten, auch in Zukunft die Funktionsfähigkeit des PBefG im ÖPNV sicherzustellen. Ein weitgehendes Ausscheiden von KMU aus dem ÖPNV-Markt würde diese in Frage stellen und stünde überdies mit Grundwertungen der Rechtsordnung nicht überein. Es ist daher zu vermeiden.

3. Ausgestaltungsmöglichkeiten

Dem Gesetzgeber stehen verschiedene Möglichkeiten der Stärkung der KMU-Direktvergabe zur Verfügung. Klarstellend ist nochmals hervorzuheben, dass diese – ebenso wie die Direktvergabe an interne Betreiber – nur in Betracht kommt, wenn weder der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit noch das allgemeine Vergaberecht eingreifen.

a) Vorrang der KMU-Direktvergabe

Als wirksamste Variante der Stärkung der KMU-Direktvergabe wäre die Anordnung eines Vorrangverhältnisses zugunsten ersterer gegenüber anderen Vergabearten im Sinne einer Verpflichtung zur KMU-Direktvergabe vorstellbar.

aa) ... im Verhältnis zum wettbewerblichen Vergabeverfahren

Im Verhältnis zum wettbewerblichen Vergabeverfahren kommt es allein auf die Erfüllung der tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 an. Aufgabenträger haben daher schon auf Grundlage des geltenden Rechts die Möglichkeit, in diesem Falle zwischen der Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens und der KMU-Direktvergabe zu wählen,⁶² wie auch § 8a Abs. 3 PBefG zum Ausdruck bringt. Zwar erscheint es nicht zwingend ausgeschlossen, auf die dabei

⁶¹ Vgl. BVerwG, Urt. v. 19.10.2006 – 3 C 33.05, BVerwGE 127, 42 Rn. 43 ff.

⁶² Prieß, in: Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder, Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, 2010, Art. 5 Rn. 183.

vorzunehmende Ermessensentscheidung normativ im Sinne eines Vorrangs der KMU-Direktvergabe Einfluss zu nehmen, jedoch widerspräche dies der Intention der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, die zumindest wertungsmäßig ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen wettbewerblicher und wettbewerbsfreier Vergabe etabliert.⁶³ Dieses korrespondiert nicht nur mit den Wertungen des allgemeinen Vergaberechts, sondern wurde auch durch die Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 durch die Verordnung (EU) 2016/2338⁶⁴ bestätigt, durch welche die Möglichkeiten zur Direktvergabe von Eisenbahnverkehrsleistungen beschnitten wurden.⁶⁵ Aus rechtssystematischer Sicht erscheint die Etablierung eines Vorrangs der KMU-Direktvergabe vor dem wettbewerblichen Vergabeverfahren daher jedenfalls in einem grundsätzlichen Sinne nicht empfehlenswert.

bb) ... im Verhältnis zur Direktvergabe an interne Betreiber

Art. 5 Abs. 2 und 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 überlässt dem nationalen Gesetzgeber die Entscheidung darüber, ob eine Direktvergabe an interne Betreiber oder KMU (im de minimis-Bereich) erfolgen darf. Es steht diesem daher unter Beachtung verfassungsrechtlicher Bindungen frei, zu entscheiden, ob eine oder beide der Direktvergabealternativen⁶⁶ in dem jeweiligen Mitgliedstaat zur Anwendung kommen können. Dabei handelt es sich jedoch nicht notwendig um eine „alles oder nichts“-Entscheidung, wie die in den Vorschriften enthaltene Formulierung „sofern“ bestätigt. Daher steht das Europarecht einer gestuften Ausgestaltung der Anwendungsvoraussetzungen der Direktvergabearten nicht entgegen.

Die Möglichkeit der Etablierung eines umfassenden Vorrangs der KMU-Direktvergabe vor derjenigen an interne Betreiber erscheint gleichwohl sowohl im Hinblick auf die tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 als auch die verfassungsrechtliche Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung, Art. 28 Abs. 2 GG, fraglich. Insbesondere der letztgenannte Aspekt ist insoweit von Bedeutung, als damit ein erheblicher Eingriff in das Recht der Kommunen zur Erbringung von Verkehrsleistungen verbunden wäre. Dessen Realisierung – und damit letztlich auch die Existenz kommunaler Verkehrsunternehmen – kann aus verfassungsrechtlicher Perspektive nicht davon abhängen, ob private Unternehmen im Einzelfall bereit und in der Lage

⁶³ *Berschlin*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht IV: VergabeR II, 2. Aufl. 2019, Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 Art. 5 Rn. 16; *Knauff*, DVBl. 2014, 692 (695).

⁶⁴ ABl. EU 2016 L 354/22.

⁶⁵ Dazu näher *Linke*, NZBau 2017, 331 (335 ff.); *Knauff*, N&R 2018, 26 (27 f.).

⁶⁶ Gleiches gilt für die hier nicht relevanten Möglichkeiten der Direktvergabe von Eisenbahnverkehrsleistungen mit Ausnahme von Art. 5 Abs. 3b Verordnung (EG) Nr. 1370/2007.

sind, vor Ort eine ausreichende Verkehrsbedienung i.S.v. § 8 Abs. 3 S. 1 PBefG zu gewährleisten. Auch würde damit eine bereichsspezifische Begründung eines Vorrangs der privaten vor der öffentlichen Wirtschaft einhergehen, welcher dem Grundgesetz fremd ist.⁶⁷

Anders wäre jedoch ein eingeschränkter Vorrang der KMU-Direktvergabe vor derjenigen an interne Betreiber zu beurteilen. Beschränkt sich dieser auf einen Teil der Gesamtverkehrsleistung i.S.v. § 8a Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 4 PBefG oder knüpft er tatbestandlich an den Umstand an, dass Verkehrsleistungen zuvor nicht kommunal erbracht wurden, wäre dies nicht als Eingriff in den Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie zu qualifizieren, sondern als eine nach Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG explizit vorgesehene gesetzliche Ausgestaltung, zumal die Vorschrift keine Befugnis zu kommunaler Monopolisierung begründet. Rechtstechnisch ließe sich diese Lösung durch eine Erstreckung des bereits in § 8a Abs. 4 S. 2 PBefG für das wettbewerbliche Vergabeverfahren vorgesehene Verbot der Gesamtvergabe auf die Direktvergabe ausgestalten.⁶⁸ Zudem wäre § 8a Abs. 3 PBefG dahingehend zu modifizieren, dass bei Gesamtverkehrsleistungen eine Direktvergabe an interne Betreiber grundsätzlich nur dann zulässig ist, wenn bestimmte Einzelleistungen hiervon ausgenommen werden – und insoweit grundsätzlich eine KMU-Direktvergabe erfolgen muss. Bei der Vergabe von Einzel- oder Teilleistungen wäre sicherzustellen, dass bei deren Summation keine vollständige Kommunalisierung des ÖPNV im Gebiet des jeweiligen Aufgabenträgers erfolgt. Im Vergleich zur – auf Grundlage geltenden Personenbeförderungsrechts nicht ausgeschlossenen – Direktvergabe der (Gesamt-)Verkehrsleistung an einen internen Betreiber wäre auch keine weitere Einschränkung des Wettbewerbs mit einer derartigen Lösung verbunden, da aufgrund der europarechtlich bei Erfüllung der Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 zulässigen Entscheidung des Aufgabenträgers zugunsten der Direktvergabe an einen internen Betreiber die betreffenden Verkehre dem Wettbewerb ohnehin entzogen sind. Sicherzustellen wäre überdies, dass die Auswahl des bzw. der direkt zu beauftragenden KMU bei der Anwendung einer solchen Regelung Art. 3 Abs. 1 GG entspricht.

b) Verfahrensrechtliche Lösungen

Anstelle einer materiell wirkenden Vorgabe wären auch verfahrensrechtliche Regelungsansätze zur Stärkung der KMU im ÖPNV denkbar. Solche sind zwar deutlich

⁶⁷ Siehe dazu *Knauff*, Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge, 2004, S. 223 ff.

⁶⁸ Dahingehend schon auf Grundlage des geltenden Rechts anknüpfend an Erw. 9 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar I, 3. Aufl. 2017, § 97 Abs. 4 GWB Rn. 22.

ergebnisoffener, können Entscheidungen gleichwohl stark beeinflussen,⁶⁹ da sie deren Auswirkungen einschließlich etwaiger Probleme – auch und gerade für die maßgeblichen politischen Entscheidungsträger in Stadträten und Kreistagen – transparent und verständlich machen. Zu beachten ist allerdings, dass der Bundesgesetzgeber diesbezüglich nur über beschränkte Legislativkompetenzen verfügt. Insbesondere ist ihm das Kommunalrecht als ergänzende Ausgestaltungsebene zur Beeinflussung der Entscheidungsprozesse der landesrechtlich gemäß § 8 Abs. 3 S. 1 PBefG bestimmten Aufgabenträger nicht zugänglich.

aa) Prüfgebot

Denkbar erscheint zunächst, der Entscheidung, eine Direktvergabe an einen internen Betreiber vorzunehmen, ein Prüfgebot im Hinblick auf eine Einbeziehung von KMU als Verkehrsunternehmer (und nicht nur als Unterauftragnehmer) bei der Verkehrsleistung voranzustellen. Dies könnte als Verpflichtung des Aufgabenträgers ausgestaltet werden, die Auswirkungen der beabsichtigten Direktvergabe auf die lokale Verkehrswirtschaft zu ermitteln und zu bewerten, sich mit Möglichkeiten ihrer Einbeziehung in die Leistungserbringung einschließlich der KMU-Direktvergabe zu befassen und dies nachvollziehbar zu dokumentieren. Eine Ausweitung des kommunalen Zugriffs auf Verkehrsleistungen könnte im Zusammenhang damit überdies explizit vom Vorhandensein verkehrlicher Gründe⁷⁰ abhängig gemacht werden.

Eine solche Lösung würde an die bereits bestehenden Prüfungs- und Dokumentationspflichten im Zusammenhang mit Direktvergaben anknüpfen. Zudem würde sie mit dem grundrechtlich gebotenen⁷¹ wie auch im Kommunalrecht einiger Länder vorgesehenen Verbot der Schädigung der privaten Wirtschaft⁷² korrespondieren.

bb) Anhörung

Alternativ könnte eine Anhörung der lokalen Verkehrsunternehmer vor der Entscheidung über eine Direktvergabe an einen internen Betreiber vorgeschrieben werden. Bereits das geltende Personenbeförderungsrecht sieht eine Einbeziehung von Verkehrsunternehmern

⁶⁹ Vgl. zum „Grundrechtsschutz durch Verfahren“ grundlegend BVerfG, Beschl. v. 20.12.1979 – 1 BvR 385/77, BVerfGE 53, 30 (65 f.); Häberle, VVDStRL 30 (1972), S. 72.

⁷⁰ Vgl. im Zusammenhang mit einer Vergabe von Teilloosen im Rahmen eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens an ein Unternehmen *Fehling*, in: Heinze/Fehling/Fiedler, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 8a Rn. 75; *Fromm/Sellmann/Zuck*, Personenbeförderungsrecht, 4. Aufl. 2013, § 8a PBefG Rn. 10.

⁷¹ Zum verfassungsrechtlich grundsätzlich unzulässigen Verdrängungswettbewerb durch die öffentliche Hand vgl. BVerwG, Urt. v. 22.2.1972 - 1 C 24.69, BVerwGE 39, 329 (336 f.); BVerwG, Beschl. v. 21.3.1995 – 1 B 211/94, NJW 1995, 2938 (2939).

⁷² Art. 95 Abs. 2 BayGO; § 71 Abs. 3 ThürKO.

im Vorfeld von Verwaltungsentscheidungen vor. Dies betrifft die Aufstellung des Nahverkehrsplans, § 8 Abs. 3 S. 5 PBefG, und das Genehmigungsverfahren, § 14 Abs. 1 Nr. 1 PBefG. Ohne dass den zu beteiligenden Unternehmen dabei eine Vetoposition zukäme, geht mit diesen Vorschriften die Verpflichtung der zuständigen Behörden einher, sich mit deren Vorbringen auseinanderzusetzen und es bei ihrer Entscheidungsfindung zu berücksichtigen.⁷³ Eine Übertragung dieses Wirkmechanismus auf die Situation der beabsichtigten Direktvergabe an interne Betreiber trägt zumindest dazu bei, dass die Entscheidung für diese – und damit nicht selten zu Lasten von KMU – bewusst(er) und unter Auseinandersetzung mit den Konsequenzen für die lokale Verkehrswirtschaft getroffen wird.

cc) Reaktionserfordernisse

Schließlich erscheint es denkbar, bei einer beabsichtigten Direktvergabe über § 8a Abs. 5 PBefG hinaus Reaktionserfordernisse von Aufgabenträgern im Falle einer Interessenbekundung durch andere Verkehrsunternehmen zu normieren. Insbesondere könnte die bestehende Pflicht zur Erläuterung hinsichtlich der Gründe für eine Direktvergabe dahingehend erweitert werden, dass das Vorliegen der rechtlichen Voraussetzungen darzulegen wäre sowie – bei einer beabsichtigten Direktvergabe an einen internen Betreiber – die Gründe dafür, weshalb bei einer Gesamtverkehrsleistung eine zumindest teilweise Einbeziehung privater Verkehrsunternehmen nicht erfolgen soll bzw. bei einer Einzel- oder Teilleistung zusätzlich in welchem Umfang im Gebiet des Aufgabenträgers Betätigungsmöglichkeiten für diese verbleiben. Das Europarecht steht dem nicht entgegen, da der mit § 8a Abs. 5 PBefG korrespondierende Art. 7 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 zum Zwecke der Ermöglichung von Rechtsschutz vor allem eine Mindesttransparenz bei Direktvergaben sicherstellen, nicht aber weitergehende Informationen verhindern will.⁷⁴

⁷³ Vgl. *Fielitz/Grätz*, PBefG, Stand 5/2018, § 8 Rn. 17, § 14 Rn. 1.

⁷⁴ Vgl. *Berschin*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht IV: VergabeR II, 2. Aufl. 2019, Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 Art. 7 Rn. 1, 14 ff.

D. Ergebnisse

- 1) Das Europarecht steht einer Stärkung der KMU-Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 durch nationales Recht nicht entgegen. Voraussetzung ist, dass der Anwendungsbereich der Vorschrift eröffnet ist, es sich also nicht um dem allgemeinen Vergaberecht unterfallende Aufträge handelt und die tatbestandlichen Voraussetzungen gegeben sind.
- 2) Art. 3 Abs. 1 GG erfordert eine Gleichbehandlung von Verkehrsunternehmen bei der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge einschließlich der KMU-Direktvergabe.
- 3) Eine Stärkung von KMU im ÖPNV würde sich in die mittelstandsfreundliche Ausrichtung des europäischen und deutschen Rechts einschließlich des Personenbeförderungs- und Vergaberechts einfügen.
- 4) Ein materiellrechtlicher Vorrang der KMU-Direktvergabe vor derjenigen an interne Betreiber kann unter Berücksichtigung von Art. 28 Abs. 2 GG als partieller normiert werden. Im Verhältnis zum wettbewerblichen Vergabeverfahren widerspricht ein solcher jedoch der Grundkonzeption der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007.
- 5) Für eine alternative verfahrensrechtliche Stärkung von KMU im Hinblick auf beabsichtigte Direktvergaben an interne Betreiber stehen mehrere Möglichkeiten zur Verfügung. Prüfgebote, Anhörungserfordernisse und Reaktionspflichten zwingen die Aufgabenträger auf unterschiedliche Weise, ihre Entscheidung unter Berücksichtigung ihrer Folgen für die lokale Verkehrswirtschaft bewusst und transparent zu treffen.

5. April 2019



Prof. Dr. Matthias Knauff, LL.M. Eur.