

Ergänzungsvereinbarung zum Bestandsverkehrs- vertrag

Weitere übervertragliche Preisanpassung zum Ausgleich
stark gestiegener (insbesondere Personal-)Kosten –
Formulierungsvorschlag und vergaberechtliche Bewertung

Verfasser:
Rechtsanwalt Dr. Johannes Mosters
Rechtsanwalt Oliver von Bargaen

Aktenzeichen BBG und Partner:
429/25/65

Erstellt für:
Landratsamt Hildburghausen, Herrn Felix Meyer

Bremen
23.03.2026

BBG und Partner
Contrescarpe 75 A
D-28195 Bremen
T +49 421 33541-0
F +49 421 33541-15
kontakt@bbgundpartner.de
www.bbgundpartner.de

Rechtsanwälte Barth
Baumeister Griem und Partner
Partnerschaftsgesellschaft mbB
PR 216 (AG Bremen)

Sparkasse Bremen
IBAN DE12 2905 0101 0001 0369 46
BIC SBREDE22XXX
USt. ID DE168156931

1 Sachverhalt und Fragestellung

Zwischen dem Landkreis Hildburghausen (nachstehend auch Auftraggeber) und dem Verkehrsunternehmen moVeas GmbH bzw. WerraBus GmbH (vormals RBA Regionalbus Arnstadt GmbH) besteht ein Vertragsverhältnis über die entgeltliche Erbringung von Busverkehrsleistungen durch das Verkehrsunternehmen ab dem 01.01.2020 bis zum 31.12.2029 auf dem Gebiet des Landkreises. Dieser ist im Jahr 2019 aufgrund eines EU-weiten Vergabeverfahrens zustande gekommen. Bestandteil des Auftrags ist neben dem Angebot des Verkehrsunternehmens (nachstehend auch Auftragnehmer), in welchem das Unternehmen in einer vorgedruckten Kalkulationstabelle bestimmte Kostenpositionen zu bepreisen hatte, u. a. der Verkehrsvertrag. Dieser beinhaltet in seinem § 14 eine Preisgleitungsklausel, die im Hinblick auf die v. a. die Personalkosten beinhaltende Position zeitbezogene Kosten wie folgt lautet:

(1) Die Vertragsparteien erhalten das Recht, während der Vertragslaufzeit für Veränderungen der Personal- und Energiekosten auf Seiten des Verkehrsunternehmens eine Anpassung der vom Auftragnehmer für die Soll-Leistung kalkulierten zeitbezogenen Kosten laut Kalkulationstabelle und der fahrleistungsbezogenen Kosten laut Kalkulationstabelle für die Folgezeit zu verlangen. Dabei werden die Kostenänderungen wie folgt ermittelt:

- bezüglich der zeitbezogenen Kosten: Verhältnis des nach Jahresablauf festgestellten Jahresdurchschnittswertes des vorangegangenen Jahres für den „Index der tariflichen Stundenverdienste“ des Statistischen Bundesamtes für den Wirtschaftszweig „Sonstige Personenbeförderung im Landverkehr“ (Gesamtwert für Männer und Frauen) in Deutschland (Fachserie 16; Reihe 4.3) zur Höhe dieses Index (Jahresdurchschnittswert) im gültigen Basisjahr,

[...].

(2) Für die eben dargestellten Positionen gilt: Die Anpassung der Kostenbestandteile kann von jeder Vertragspartei jährlich bis 30. April bei der anderen Vertragspartei beantragt werden, erstmals im Jahr 2020. Gültiges Basisjahr für das erste Änderungsverlangen ist das Jahr 2018. Die Anpassung erfolgt rückwirkend zum Beginn des Jahres der Antragstellung. Der Antrag ist schriftlich und unter Vorlage der zur Anpassung erforderlichen Nachweise zu stellen. Nach erfolgter Preisanpassung wird das dem Jahr der Preisanpassung vorangegangene Jahr zum gültigen Basisjahr für den Fall eines erneuten Anpassungsverlangens.

[...]

Die hierdurch geregelte Preisgleitungssystematik bewirkt – verkürzt dargestellt –, dass durch eine Übertragung der prozentualen Veränderung des genannten Tariflohnindex in bestimmten Jahres-Zeiträumen die allgemeine (Tariflohn-)Preisentwicklung bei der

Berechnung der vom Auftraggeber an das Verkehrsunternehmen für die Verkehrserbringung zu leistenden Vergütung berücksichtigt wird. Dies erfolgt, wenn die Vertragsparteien ihr Recht, entsprechende prozentuale Anpassungen der einschlägigen Preisposition zu verlangen, wahrnehmen. Die Klausel sieht dabei für die Preisanpassung einen zeitlichen „Versatz“ der Berücksichtigung zwischenzeitlicher Preisveränderungen vor. Denn die Preisanpassung wirkt nicht „in“ dem für die Indexveränderung maßgeblichen Zeitraum/Jahr, sondern in dem darauffolgenden (für das erste Vertragsjahr 2020 etwa war die Indexveränderung in 2019 vom Durchschnittsindexwert 2018 auf den Durchschnittsindexwert 2019 maßgeblich, für das Jahr 2021 die Preisentwicklung in 2020, für das laufende Vertragsjahr 2026 die Entwicklung in 2025 usw.).

In den letzten Jahren ist das Vertragsverhältnis im Hinblick auf die an den Auftragnehmer zu zahlende Vergütung über die vertraglich vorgesehene Preisgleitung hinaus wiederholt angepasst worden. So haben die Vertragsparteien aufgrund der im Jahr 2022 im Zusammenhang mit dem Kriegsgeschehen in der Ukraine zu verzeichnenden Dieselpreisentwicklung – die aus Sicht beider Vertragsparteien für alle Verkehrsunternehmen eine hohe und unvorhergesehene Belastung darstellte – eine Ergänzungsvereinbarung getroffen, mit der dem Auftragnehmer unter bestimmten Bedingungen ein zeitlich auf das Jahr 2022 begrenzter außervertraglicher Zuschuss zur Abmilderung der kurzfristig extrem gestiegenen Kraftstoffkosten bzw. der damit verbundenen Erhöhung der Verkehrserstellungskosten gewährt wurde. Dies erfolgte auch vor dem Hintergrund, dass die Parteien die im Vertrag vorgesehene Preisgleitung für kraftstoffbezogene Kosten als nicht ausreichend erachtet hatten, um die außergewöhnliche Mehrkostenbelastung des Auftragnehmers hinreichend auszugleichen. Ende des Jahres 2023 erfolgte der Abschluss einer Ergänzungsvereinbarung, mit der dem Auftragnehmer für die Jahre 2023 und 2024 ein anteiliger Ausgleich erhöhter Personalkostensteigerungen durch entsprechende Zahlungen des Auftraggebers gewährt wurde. Dies erfolgte insbesondere vor dem Hintergrund, dass aufgrund eines entsprechenden gesetzliche Sonderregelungen zur Steuererleichterung nachzeichnenden Tarifvertragsabschlusses an das bei der Erbringung der vertragsgegenständlichen Leistungen eingesetzte Fahrpersonal einmalige sog. Inflationsausgleichsprämien zu zahlen waren. Ende des Jahres 2024 schließlich haben die Vertragsparteien mittels einer weiteren Ergänzungsvereinbarung eine außerordentliche Vergütungsanpassung durch eine zusätzlich zur regulären Vergütung anfallende Eimalzahlung vereinbart. Dies erfolgte insbesondere vor dem Hintergrund der im zweiten Halbjahr 2023 und im Verlauf des Jahres 2024 zu verzeichnenden (Tarif-)Lohnkostensteigerungen, die gegenüber der Steigerung des in der Preisgleitungsklausel genannten Lohnkostenindexes vergleichsweise hoch ausgefallen war.

Seit Betriebsaufnahme setzt der Auftragnehmer mit der Südthüringer Busgesellschaft GbR – einer aus vier Verkehrsunternehmen bestehenden BGB-Gesellschaft (nachstehend auch SBG) – für Teile der Leistungserbringung vertragsgemäß einen Unterauftragnehmer ein. Mit dem Busunternehmen Bartenstein GbR (nachstehend auch Bartenstein) setzt der Auftragnehmer auch einen weiteren Unterauftragnehmer ein (nachstehend zusammengefasst Subunternehmer). Jedenfalls die SBG partizipierte an den vorgenannten Zuschuss- und Ausgleichsgewährungen dahingehend, als dass der Auftragnehmer dazu verpflichtet war,

die von ihm eingesetzten Subunternehmen entsprechend ihrem Anteil an der Leistungserbringung von der jeweiligen außerordentlichen Vergütungserhöhung profitieren zu lassen. Dies erfolgte auch vor dem Hintergrund, dass insbesondere die SBG auf ihre sich v.a. wegen der vorgenannten Kostenentwicklungen verschlechternde wirtschaftliche Situation hingewiesen und um eine außervertragliche Anhebung des zwischen ihr und dem Auftragnehmer vereinbarten Vergütungssatzes gebeten hatte. Insbesondere im Zusammenhang mit der Bitte um einen Ausgleich für die durch sie bzw. ihre Gesellschafter als tatsächliche Leistungserbringer bzw. Arbeitgeber des eingesetzten Fahrpersonals zu zahlende Inflationsausgleichsprämien hatte sie dabei zur Begründung u.a. geltend gemacht, dass ohne Vergütungserhöhung durch den Auftragnehmer nach Aussage der SBG bei ihr bzw. ihren Gesellschaftern eine Insolvenz drohe. Erhöhe der Auftragnehmer indes die Vergütung, würde wiederum für diesen eine auskömmliche Leistungserbringung zu der nach dem Verkehrsvertrag mit dem Auftraggeber vereinbarten Vergütung nicht mehr gewährleistet sein, weswegen in diesem Falle auch eine entsprechende Vergütungsanpassung im Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer erforderlich würde.

Jedenfalls seit dem Jahr 2024 hat der Auftragnehmer etwa mit Schreiben vom 27.09.2024 und 11.07.2025 sowie in mehreren Gesprächen im Übrigen auch um Anpassung der (Personalkosten-)Preisfortschreibungsregelung gebeten. Zur Begründung führte der Auftragnehmer an, dass die tatsächlichen Erhöhungen der Personalkosten aufgrund der sich auch im Nachgang der Ende 2024 abgeschlossenen Einmalzahlungs-Ergänzungsvereinbarung fortsetzenden Entwicklung des für die Vergütung des Fahrpersonals maßgeblichen Tarifvertragswerks nicht durch die Preisfortschreibung auf der Grundlage des im Verkehrsvertrag vorgesehenen Index ausgeglichen würden. In dem Schreiben aus 2024 trug der Auftragnehmer dabei unter Beifügung entsprechender Datentabellen vor (die u.a. für bestimmte Zeitpunkte bestimmte Stundenlöhne nach dem gemäß den Vorgaben der Vergabeunterlagen für die Mindestentlohnung des Fahrpersonals als Bestandteil des dort genannten Tarifvertragswerks zu beachtenden Vergütungstarifvertrag auswiesen), dass der Index des Verkehrsvertrags seit 2018 lediglich eine Steigerung von 13,6 % abgebildet habe, während „die Personalkosten laut Tarifvertrag“ in diesem Zeitraum um 23 % angestiegen seien. Den Preisanpassungsbitten lag auch hier insbesondere zu Grunde, dass jedenfalls die SBG auf ihre wirtschaftliche Situation verwiesen und dabei geltend gemacht hatte, dass die über den Verkehrsvertrag vorgesehene Vergütungsfortschreibung im Hinblick auf die Personalkostensteigerungen nicht ausreichten, um die Verkehrsbedienung langfristig sicherzustellen.

Mit Schreiben vom 01.08.2025 hat der Landkreis den Auftragnehmer sowie dessen Subunternehmer gebeten, eine detaillierte Gewinn- und Verlustrechnung unter Angabe bestimmter Daten zu übermitteln (etwa auch im Hinblick auf die von den einzelnen Unternehmen gefahrenen Umläufe und etwaige Auswirkungen von Umlaufveränderungen auf die Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung). Hierdurch sollte eine v.a. eine genauere Bewertung der Auskömmlichkeit der Vergütung und deren Entwicklung seit Vertragsbeginn ermöglicht werden.

Nach Ablauf der Einreichungsfrist lagen zwar nicht für alle Unternehmen (insbesondere von der SBG) die erbetenen Daten vor. Jedoch hat sich aus Sicht des Landkreises jedenfalls für den Auftragnehmer und den Subunternehmer Bartenstein eine sich verschlechternde Wirtschaftlichkeit bezogen auf den jeweils von diesen Verkehrsunternehmen selbst erbrachten Fahrleistungsanteil erkennen lassen sowie ergeben, dass tatsächlich eine Diskrepanz zwischen der Stundenlohnentwicklung nach dem vorgenannten Tarifvertrag (sog. TV-R-Tarifvertrag) sowie der Entwicklung des für den Personalkostenbestandteil maßgeblichen Index zu verzeichnen gewesen sei. Während erstere nach den vom Landkreis ausgewerteten Daten im Zeitraum von 2020 bis 2025 eine Steigerung der tariflichen Stundenlöhne für das Fahrpersonal um 32,9 % ausgewiesen habe, sei im Rahmen der indexbasierten Preisfortschreibung eine Erhöhung des in Rede stehenden Personalkostenbestandteils „D“ um 22,3 % erfolgt. Mithin liege über den genannten Zeitraum eine Diskrepanz von 10,6 % vor.

Der Landkreis sieht sich im Hinblick auf die Sicherung der Verkehrsleistungserbringung bis zum vorgesehenen Vertragsende 31.12.2029 in der Verantwortung, aufgrund der in der Vergangenheit verzeichneten und für die Zukunft weiter erwarteten Diskrepanz zwischen der vertraglich vorgesehenen Personalkostenfortschreibung und der darüber hinausgehenden Entwicklung der tariflichen Stundenlöhne nach TV-R die Preisgleitklausel für den Preisbestandteil D ab dem 01.01.2026 für die Restvertragslaufzeit anzupassen. Hierfür erwägt der Landkreis einerseits eine einmalige Aufstockung des Vergütungssatzes für den Kostenbestandteil D gemäß dem Stand der Fortschreibung zum 01.01.2025 (54,192 €) um 5,3 %, also um die Hälfte des vom Landkreis festgestellten „Rückstands“ der bisherigen Indexsteigerung hinter der Tariflohnsteigerung. Andererseits soll dauerhaft und einmalig die Preisgleitklausel insoweit angepasst werden, als dass der bisher vorgesehene Index nunmehr nur noch zur Hälfte in die vertragliche Personalkostenfortschreibung eingehen soll. Die andere Hälfte soll die Stundenlohnentwicklung nach TV-R abbilden; die Fortschreibung soll demnach anhand einer Mittelwertbildung beider „Steigerungsarten“ erfolgen.

Vor diesem Hintergrund hat der Landkreis BBG und Partner – analog der vergleichbaren Ausarbeitungen im Zusammenhang mit der „Dieselpreisvertragsanpassung“ aus dem Jahr 2022¹ sowie der „Inflationsausgleichsprämienvertragsanpassung“ aus dem Jahr 2023² – um die Formulierung eines Entwurfs für eine entsprechende vertragsergänzende Vereinbarung mit dem Auftragnehmer (dazu nachstehend 2.) und zudem – auch unter Berücksichtigung der im Jahr 2024 erfolgten Einmalzahlungsvertragsanpassung – „um Prüfung der vergaberechtlichen Zulässigkeit einer solchen Ergänzungsvereinbarung im Hinblick

¹ vgl. BBG-Vermerk "Ergänzungsvereinbarung zum Bestandsverkehrsvertrag
Übervertragliche Preisanpassung zum Ausgleich stark gestiegener Kraftstoffkosten – Formulierungsvorschlag und vergaberechtliche Bewertung" vom 05.05.2022.

² vgl. BBG-Vermerk "Ergänzungsvereinbarung zum Bestandsverkehrsvertrag
Übervertragliche Preisanpassung zum Ausgleich stark gestiegener (insbesondere Personal-)Kosten – Formulierungsvorschlag und vergaberechtliche Bewertung" vom 24.11.2023

auf den für „wesentliche Auftragsänderungen“ dem Grundsatz nach ein neues Vergabeverfahren erfordernden § 132 GWB gebeten (dazu 3.).

2 Entwurf Ergänzungsvereinbarung

(5.) Ergänzungsvereinbarung zum Verkehrsvertragsverhältnis betreffend Busverkehrsleistungen auf den Linien 200, 205, 212 sowie im weiteren Regional- und Stadtverkehr im Landkreis Hildburghausen

zwischen

**dem Landkreis Hildburghausen
nachfolgend auch „Auftraggeber“ genannt
und**

**der Fa. WerraBus GmbH
nachfolgend auch „Auftragnehmer“ genannt**

PRÄAMBEL

Zwischen dem Landkreis Hildburghausen einerseits und der Fa. WerraBus GmbH andererseits (nachfolgend auch Vertragsparteien genannt) besteht ein Vertragsverhältnis über die entgeltliche Erbringung von Busverkehrsleistungen im Landkreis Hildburghausen. Das Vertragsverhältnis ist im Rahmen eines im Jahr 2019 vom Landkreis Hildburghausen als Auftraggeber gestarteten EU-weiten Vergabeverfahrens (EU-Amtsblatt 2019/S 035-078916) zustande gekommen, und zwar durch Bezuschlagung des in diesem Verfahren eingereichten Angebots vom 29.08.2019.

Nach den Regelungen der Vergabeunterlagen (namentlich § 14 Verkehrsvertrag) ist vertraglich vorgesehen u. a. das in § 14 Abs. 1 und 2 Verkehrsvertrag näher ausgestaltete jährliche Recht der Vertragsparteien, durch entsprechende Beantragung bis zum 30.04. eines Jahres rückwirkend zum Beginn des jeweiligen Jahres während der Vertragslaufzeit u. a. die vom Auftragnehmer für die Soll-Leistung kalkulierten zeitbezogenen Kosten (Kostenbestandteil D laut Angebots-Kalkulationsblatt, der mit einem entsprechenden Unterbestandteil v. a. die Fahrpersonalkosten umfasst) für die Folgezeit an Veränderungen der Personal- und Energiekosten auf Seiten des Verkehrsunternehmens anzupassen, wobei nach der konkreten Ausgestaltung der indexwertbasierten Preisgleitung das hierdurch bewirkte „Nachvollziehen“ der mit den Indexwertveränderungen (bezogen auf Jahresdurchschnittswerte eines bestimmten bundesweiten Lohnkostenindex) abgebildeten allgemeinen Preisentwicklung durch entsprechende Anpassung der Vergütung (bzw. des von der Preisgleitung erfassten Vergütungsbestandteils) nur „zeitversetzt“ greift.

Aufgrund der Auswirkungen mehrerer Krisen der letzten Jahre haben sich die Personalkosten des Auftragnehmers wie auch der von diesem eingesetzten Subunternehmer für die Erbringung der vertragsgegenständlichen Leistungen (jedenfalls unter Zugrundelegung der im Angebot des Unternehmers – auch unter Berücksichtigung der vertraglichen

Preisgleitung - kalkulierten Preise sowie der hiernach vereinbarten Bedingungen der Subunternehmervertragsverhältnisse) extrem erhöht.

Dies betrifft v. a. die für die eingesetzten Fahrer von ihren jeweiligen Arbeitgebern (dem Auftragnehmer bzw. den Subunternehmern und ggf. deren Gesellschaftern) zu zahlenden Löhne, die in den letzten Jahren auf der Grundlage entsprechender Tarifvertragsabschlüsse im Hinblick auf das regional geltende und laut Ziffer 7.4.5 Leistungsbeschreibung auch als vertragliche Lohnuntergrenze maßgebliche MDO-Tarifvertragswerk (zu dem u.a. auch der Vergütungsstarifvertrag nach dem nunmehr sog. TV-R gehört) prozentual deutlich stärker angestiegen sind als der im Vertrag vorgesehene allgemeine Lohnkostenindex. Entsprechend stimmen die Vertragsparteien in Bezug auf die durch das unerwartet hohe Auseinanderfallen der prozentualen Entwicklung der tatsächlichen Lohnkosten/der Stundenlohnentwicklung nach TV-R einerseits und dem vertraglich vorgesehenen Lohnkostenindex verursachten Mehrkosten andererseits darin überein, dass zum „Ausgleich“ der hier nach eingetretenen derzeitigen Störung des Vertragsverhältnisses die vertraglich vorgesehenen Regelungen (insbesondere die Vergütungsanpassungen ermöglichenden) nicht ausreichen bzw. diese so nicht mehr für eine interessengerechte Anwendung auf die hier vorliegende unvorhersehbare Situation geeignet sind.

Aus den vorgenannten Gründen sind sich die Vertragsparteien einig, dass die künftige Vertragsdurchführung in einem sachlich begrenzten Umfang an die nunmehr vorliegenden Gegebenheiten angepasst werden soll. Dementsprechend sind die Vertragsparteien bereit, in der nachstehend beschriebenen Art und Weise die Bedingungen des Vertragsverhältnisses anzupassen.

Dies vorausgeschickt vereinbaren die Vertragsparteien folgendes:

§ 1 Teilumstellung der Preisgleitung der zeitbezogenen Kosten nebst „Weitergabeverpflichtung“ an vom Auftragnehmer eingesetzte Subunternehmer

(1) Absatz 1 des § 14 Verkehrsvertrag erhält folgende neue Fassung:

(1) Die Vertragsparteien erhalten das Recht, während der Vertragslaufzeit für Veränderungen der Personal- und Energiekosten auf Seiten des Verkehrsunternehmens eine Anpassung der vom Auftragnehmer für die Soll-Leistung kalkulierten zeitbezogenen Kosten laut Kalkulationstabelle und der fahrleistungsbezogenen Kosten laut Kalkulationstabelle für die Folgezeit zu verlangen. Dabei werden die Kostenänderungen wie folgt ermittelt:

- *bezüglich der zeitbezogenen Kosten: ~~Verhältnis des nach Jahresablauf festgestellten Jahresdurchschnittswertes des vorangegangenen Jahres für den „Index der tariflichen Stundenverdienste“ des Statistischen Bundesamtes für den Wirtschaftszweig „Sonstige Personenbeförderung im Landverkehr“ (Gesamtwert für Männer und Frauen) in Deutschland (Fachserie 16;~~*

~~Reihe 4.3) zur Höhe dieses Index (Jahresdurchschnittswert) im gültigen Basisjahr,~~

- ~~i. zu 50 % nach dem Verhältnis des nach Jahresablauf festgestellten Jahresdurchschnittswertes des vorangegangenen Jahres für den „Index der tariflichen Stundenverdienste“ des Statistischen Bundesamtes für den Wirtschaftszweig „Sonstige Personenbeförderung im Landverkehr“ (Gesamtwert für Männer und Frauen) in Deutschland (Fachserie 16; Reihe 4.3) zur Höhe dieses Index (Jahresdurchschnittswert) im gültigen Basisjahr,~~
 - ~~ii. zu 50% nach der nach Jahresablauf festgestellten Veränderung der Höhe des im vorangegangenen Jahr im Jahresmittel gemäß TV-R zu zahlenden Stundenlohns zu der entsprechenden Lohnhöhe im gültigen Basisjahr.~~
- bezüglich der fahrleistungsabhängigen Kosten: Verhältnis des nach Jahresablauf festgestellten Jahresdurchschnittswertes des vorangegangenen Jahres für den „Index der Erzeugerpreise gewerblicher Produkte (Inlandsabsatz)“ des Statistischen Bundesamtes für „Dieselkraftstoff bei Abgabe an Großverbraucher“ (Fachserie 17, Reihe 2) zur Höhe dieses Index (Jahresdurchschnittswert) im gültigen Basisjahr,
 - □ bezüglich der rufbusbezogenen Kosten: Verhältnis des nach Jahresablauf festgestellten Jahresdurchschnittswertes des vorangegangenen Jahres für den „Verbraucherpreisindex für Deutschland insgesamt“ zur Höhe dieses Index (Jahresdurchschnittswert) im gültigen Basisjahr.

~~Für die Berechnung der Stundenlohnveränderung gemäß TV-R nach der vorgenannten Ziffer ii. sind die in Anlage 1 dargestellten Parameter des entsprechenden Vergütungstarifvertrags (insbesondere die maßgebliche Lohngruppe) abschließend heranzuziehen. Sonstige Veränderungen des TV-R (wie beispielsweise etwaige geldwerte Veränderungen des Manteltarifvertrags) werden nicht berücksichtigt.~~

- (2) Die voranstehend geregelte Neufassung des § 14 Abs. 1 und die damit verbundene „Teilumstellung“ der für die Fortschreibung der zeitbezogenen Kosten maßgeblichen Systematik der jährlichen Preisanpassung gilt erstmalig für die im Jahr 2026 rückwirkend zum 01.01.2026 beantragbare Preisanpassung (bei der die Preisanpassung also die Veränderungen der maßgeblichen Bezugsgrößen vom Basisjahr 2024 zum Jahr 2025 widerspiegelt). Eine nachträgliche Vergütungsanpassung für die vor dem Vertragsjahr 2026 abgerechneten Leistungszeiträume erfolgt demgegenüber nicht.
- (3) Für die voranstehend in Absatz 2 beschriebene erste Preisanpassung nach der Neufassung gilt für die Fortschreibung der zeitbezogenen Kosten einmalig, dass

nicht der bisher aufgrund der früheren Preisfortschreibungen erreichte Preisstand des maßgeblichen Kostenbestandteils D (54,192 €, Stand der im Jahr 2025 rückwirkend zum 01.01.2025 erfolgten Preisanpassung) fortgeschrieben wird. Als „Ausgangspunkt“ wird vielmehr ein um einmalig um 5,3 % erhöhter Preisstand (also der Betrag 57,064 €) zugrunde gelegt (wobei dieser Preisstand „fiktiv“ ist, also gemäß dem letzten Satz des voranstehenden Absatzes 2 keinerlei Auswirkungen auf die Abrechnung des Vertragsjahrs 2025 hat).

- (4) *Der Auftragnehmer verpflichtet sich, auf den Abschluss von mit dieser Ergänzungsvereinbarung vergleichbaren Vereinbarungen mit den von ihm für die Leistungen des hiesigen Vertragsverhältnisses eingesetzten Subunternehmern hinzuwirken, um die mit dieser Ergänzungsvereinbarung verfolgten Ziele umfassend zu realisieren und auch in die vom Auftragnehmer mit seinen Subunternehmern abgeschlossenen oder künftig abzuschließenden Vertragsverhältnisse zu übertragen. Insoweit hat der Auftragnehmer den Inhalten dieser Ergänzungsvereinbarung entsprechende Anpassungen vorzunehmen bzw. entsprechende Vereinbarungen mit seinen jeweiligen Vertragspartnern zu treffen in denjenigen Vertragsverhältnissen, mit denen er Subunternehmerleistungen für die vom hiesigen Verkehrsvertrag umfassten Leistungen beauftragt hat oder künftig beauftragen wird. Der Auftragnehmer hat dabei mittels der vorgenannten Anpassungen/Vereinbarungen in den jeweiligen Vertragsverhältnissen auch sicherzustellen, dass die mit dieser Ergänzungsvereinbarung getroffenen Regelungen den tatsächlichen Leistungserbringern in Ausführung der nach dem Verkehrsvertrag geschuldeten Fahrdienstleistung zu Gute kommen, soweit dies nicht die Subunternehmer selbst sind (sondern z.B. deren Gesellschafter). Auf Verlangen des Auftraggebers sind entsprechende Bemühungen durch den Auftragnehmer nachzuweisen*

§ 2 Sonstiges

Im Übrigen gelten sämtliche Inhalte des Vertragsverhältnisses unverändert fort.

XXX, den 2026

XXX, den 2026

.....
XXX (Auftraggeber)

.....
XXX (Auftragnehmer)

Anlage 1: Berechnungsschema für die Preisgleitung im Preisbestandteil D (Fahrplanstunden) – Darstellung der künftig nach § 14 Abs. 1 UAbs. 1 Ziffer ii. i. V. m. UAbs. 2 Verkehrsvertrag maßgeblichen Berechnung der Fortschreibung der zeitbezogenen Kosten am Beispiel der erstmaligen „neuen“ Preisanpassung gemäß § 1 Abs. 2 dieser Ergänzungsvereinbarung

3 Vergaberechtliche Zulässigkeit der Vertragsanpassung

Im Hinblick auf die vergaberechtlichen Grenzen einer Vertragsanpassung ist – entsprechend den Ausführungen in unseren Ausarbeitungen zur „Dieselpreis Anpassung“ im Jahr 2022 sowie zur „Inflationsausgleichsprämienvertragsanpassung“ aus dem Jahr 2023 – zu prüfen, ob die vorstehend unter Ziffer 2 dieses Vermerks dargestellte Vereinbarung unter vergaberechtlichen Aspekten „vergabefrei“ zulässig wäre.

Die Ergebnisse dieser Prüfung stellen wir zunächst unter **Ziffer 3.1** überblicksartig dar. Die den Ergebnissen zugrundeliegende gutachterliche Stellungnahme findet sich unter **Ziffer 3.2**.

3.1 Zusammenfassung der Ergebnisse

Für die vergaberechtliche Zulässigkeit der Änderungsvereinbarung mit den beiden relevanten Änderungen einer geänderten Ausgangsbasis einerseits und einer geänderten Preisanpassungsregelung für die Personalkosten andererseits lassen sich gute Argumente finden. Es verbleiben aber auch nicht lediglich unerhebliche Risiken. Im Einzelnen:

- > Entscheidender vergaberechtlicher Maßstab ist die Regelung zur Zulässigkeit nachträglicher Vertragsänderungen gemäß § 132 GWB. Danach sind sogenannte wesentliche Vertragsänderungen im Sinne von Absatz 1 nur unter den Voraussetzungen der Ausnahmetatbestände nach den Absätzen 2 und 3 zulässig.
 - Hier lässt sich bereits vertreten, dass es der Vereinbarung an der Wesentlichkeit im Sinne des Absatzes 1 fehlt. Eine andere Bewertung durch eine vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanz ist aber nicht ausgeschlossen.
 - Sodann erscheint es uns nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die Änderung die Geringfügigkeitsschwellenwerte nach § 132 Abs. 3 GWB nicht überschreiten wird und damit nach dieser Regelung gerechtfertigt wäre. Allerdings können wir dies nicht sicher prognostizieren.
 - Jedenfalls vertretbar erscheint uns die Argumentation, dass im Sinne von § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GWB unvorhersehbare Gründe eingetreten sind, die der Auftraggeber nicht vorhersehen konnte und die die Änderungsvereinbarung erforderlich machen. Auch hier verbleibt das Risiko, dass eine vergaberechtliche Nachprüfungsinstanz dies anders bewerten könnte.
- > Ob sich die insofern verbleibende Unsicherheit realisiert, hängt einerseits davon ab, ob ein Konkurrent von der Änderung binnen 6 Monaten nach Abschluss erfährt und gewillt ist, diese als Vergaberechtsverstoß anzugreifen.

- > Das mit einem solchen Angriff verbundene Risiko ist aus Sicht des Auftraggebers überschaubar. Es droht die Feststellung, dass die Änderung vergaberechtswidrig war, mit der Folge, dass der Auftrag jedenfalls nicht in der geänderten Form weitergeführt werden darf. Nicht ganz ausgeschlossen werden kann, dass die Nachprüfungsinstanz feststellt, dass der vorherige Zustand auch nicht – jedenfalls nicht dauerhaft – wiederhergestellt werden kann, mit der Folge, dass eine Neuausschreibung erfolgen müsste. Im Grundsatz wäre die erfolgte Vertragsänderung auch rückabzuwickeln, mit der für den Landkreis günstigen Folge, dass der Auftragnehmer die auf der Grundlage der Änderungsvereinbarung erlangte Mehrvergütung wieder zurückzahlen müsste. Es droht allerdings das Prozesskostenrisiko eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens.

Inwieweit mit der Vertragsanpassung beihilfenrechtliche Implikationen/Auswirkungen verbunden sein könnten, haben wir für die vorliegende Konstellation auftragsgemäß nicht untersucht, verweisen insoweit aber auf unseren entsprechenden allgemeinen Hinweis am Ende der vergaberechtlichen Prüfung unter 3.2.3. Zudem haben wir die oben unter 1 dargestellten Sachverhaltsumstände wie etwa die sachliche und rechnerische Herleitung der seitens der Vertragsparteien verzeichneten Lohn- und Indexsteigerungen nicht überprüft, sondern als zutreffend unterstellt.

3.2 Stellungnahme

Maßstab für die vergaberechtliche Überprüfung der beabsichtigten Änderungsvereinbarung ist die Regelung des § 132 GWB zu Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit.

Bei diesem Tatbestand ist zunächst zu betrachten, ob sich die beabsichtigte Vertragsänderung als sogenannte „wesentliche Vertragsänderung“ im Sinne von § 132 Abs. 1 GWB darstellt, vgl. Ziffer 3.2.1.

Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass eine vergaberechtliche Nachprüfungsinstanz die Wesentlichkeit der Vertragsänderung annehmen wird, betrachten wir weiter das Vorliegen möglicher Rechtfertigungsgründe für die Vertragsänderung, vgl. Ziffer 3.2.2 und 3.2.3.

3.2.1 Wesentliche Vertragsänderung

Sind die in Rede stehenden Vertragsanpassungen – insbesondere wenn sie (im hier relevanten „primären“ Vertragsverhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer) zu einer wie auch immer ausgestalteten „außerplanmäßigen“ Erhöhung der Vergütung des Auftragnehmers führen sollten, auch wenn diese jedenfalls auch mittelbar an dessen Subunternehmer „weitergereicht“ würde – „wesentlich“ im Sinne des § 132 Abs. 1 GWB, ist die Vertragsanpassung im Grundsatz nicht vergabefrei zulässig.

Bei den beabsichtigten Änderungen könnte es sich um eine wesentliche Änderung im Sinne des § 132 Abs. 1 Satz 1 GWB handeln, die grundsätzlich ein neues Vergabeverfahren erfordert. Insoweit kommt insbesondere die Verwirklichung des Regelbeispiels des § 132 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 GWB für die Wesentlichkeit der in Rede stehenden Änderung in Betracht. Danach liegt eine wesentliche Vertragsänderung insbesondere dann vor, wenn durch die Auftragsänderung

„das wirtschaftliche Gleichgewicht zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zugunsten des Auftragnehmers in einer Weise verschoben wird, die im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehen war.“

Vorliegend könnte das wirtschaftliche Gleichgewicht zwischen den Vertragsparteien zunächst jedenfalls dann als verschoben angesehen werden, wenn der Auftragnehmer damit finanziell besser gestellt wird, ohne dass dies mit einer Veränderung der durch ihn zu erbringenden Dienstleistungen verbunden wäre. Eine solche Besserstellung wäre dann anzunehmen, wenn mit der vorgesehenen außervertraglichen einmaligen Erhöhung der „Preisgleitungsbasis“ für die Fortschreibung des Kostenbestandteils D im Jahr 2026 und/oder mit der Anpassung der für die Fortschreibung dieses Kostenbestandteils vorgesehenen Bezugsgröße im Hinblick auf den Ausgleich gestiegener Personalkosten das bisherige Instrument der Preisgleitung insoweit *zugunsten* des Auftragnehmers geändert würde. Dies könnte dann der Fall sein, wenn hierdurch für das laufende Jahr 2026 bzw. generell für die ausstehenden Jahre bis zum Ende der Vertragslaufzeit 2029 über den Maßstab der bisherigen Preisgleitklausel hinaus die Vergütung erhöht würde und dem Unternehmen damit finanzielle Mittel zur Verfügung gestellt würden, ohne dass der Auftragnehmer im Gegenzug mehr/andere Verkehrsleistungen erbringen muss.

Ein solcher Fall wäre etwa dann anzunehmen, wenn entsprechend der in den letzten Jahren verzeichneten Entwicklungen die Steigerungen „nach TV-R“ auch künftig über den prozentualen Anstiegen des bisher allein vorgesehenen allgemeinem Lohnkostenindex liegen sollten und der Auftragnehmer daher nach den neuen Preisfortschreibungsparametern insgesamt eine höhere Vergütung erhalten würde als es bei Anwendung der bisherigen Regelungen der Fall wäre. Zwingend ist dies zwar nicht, da z.B. auch denkbar wäre, dass der bisher allein vorgesehene Lohnkostenindex in den nächsten Jahren eine stärkere Entwicklung als der TV-R nehmen könnte, etwa weil er im Sinne einer „Wellenbewegung“ die bisherigen regionalen ÖPNV-Lohnsteigerungen mit „Verspätung“ nachvollzieht. Allerdings ist auch nicht auszuschließen, dass der Auftragnehmer mit den vorgesehenen Anpassungen eine höhere Vergütung vom Auftraggeber erhält als an sich nach dem Vertrag vorgesehen.

Dass eine finanzielle Besserstellung vorliegt, könnte indes auch im Falle des Vorliegens einer „derartigen Mehrvergütung“ in Frage gestellt werden mit der Argumentation, dass zumindest solche Änderungen nicht wesentlich sein könnten, die lediglich der Wiederherstellung des vertraglichen Gleichgewichts dienen. Dies könnte jedenfalls dann vertreten werden, wenn es sich bei der Änderung um eine solche handelt, hinsichtlich derer sogar ein Vertragsanpassungsanspruch des Auftragnehmers nach den Grundsätzen der Störung

der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB besteht; eine entsprechende Argumentation wird offenbar, u. a. auch im Hinblick auf die Auswirkungen der Corona-Pandemie, jedenfalls in der Literatur vertreten.³ Soweit aufgrund der oben unter 1 dargestellten Umstände von einem solchen Anspruch ausgegangen werden könnte – inwieweit die Voraussetzungen des § 313 BGB hier erfüllt sein und die unter 2 vorgeschlagene Vereinbarung auf der Rechtsfolgenseite „rechtfertigen“ könnten, haben wir nicht geprüft – ließe sich somit ggf. schon das Vorliegen einer „wesentlichen“ Vertragsänderung verneinen; ansonsten dürfte u. E. wohl eher von Wesentlichkeit auszugehen sein.

3.2.2 De-minimis-Regelung nach § 132 Abs. 3 Satz 1 GWB

Sollte eine „Wesentlichkeit“ anzunehmen sein, ist sodann zunächst zu untersuchen, ob die beabsichtigte Vertragsanpassung unter den Voraussetzungen des für „Bagatelländerungen“ vorgesehenen Ausnahmetatbestandes nach § 132 Abs. 3 Satz 1 GWB in Betracht kommt. Gemäß § 132 Abs. 3 Satz 1 GWB ist eine Änderung eines öffentlichen Auftrags ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig, wenn sich der Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändert und der Wert der Änderung

- > die jeweiligen Schwellenwerte nach § 106 GWB (bei Dienstleistungen derzeit 216.000 €⁴) nicht übersteigt und
- > bei Dienstleistungsaufträgen nicht mehr als 10 % des ursprünglichen Auftragswertes beträgt.

Bei der Bewertung der Zulässigkeit der angestrebten Vertragsänderung nach § 132 Abs. 3 Satz 1 GWB kommt es daher maßgeblich darauf an, wie sich die Vertragsänderung finanziell auf den Gesamtwert des jeweiligen Vertrages auswirken würde.

Abzustellen ist insoweit auf die Differenz zwischen dem unveränderten ursprünglichen Auftrag und dem geänderten Auftrag, jeweils bezogen auf die gesamte Vertragslaufzeit. Mithin sind für den vorliegenden Vertrag bei der „außer der Reihe“ vorgesehenen Vergütungsanpassung deren monetären Auswirkungen, bezogen auf die gesamte vertragliche Restlaufzeit, mit dem Wert zu vergleichen, der sich ergeben hätte, wenn die Vertragsanpassung nicht erfolgen würde (wobei gemäß § 132 Abs. 3 Satz 2 GWB sämtliche auf diese Vorschrift gestützten Änderungen bei der Wertberechnung zu addieren sind und vorliegend auf den Nettowert der Änderungen abzustellen wäre). Die sich ergebende Differenz dürfte nicht höher als der genannte Schwellenwert von derzeit 216.000 € liegen und sodann nicht mehr als 10 % des ursprünglichen Auftragswerts betragen. Die Nachweispflicht für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 132 Abs. 3 Satz 1 GWB trifft dabei grundsätzlich

³ So wohl Osseforth, Handbuch IT-Vergabe, 1. Auflage 2022, § 20 Umgang mit Vertragsänderungen, Rn. 42 mit Fn. 42.

⁴ Verordnungen (EU) 2021/1950 bis 1953 vom 10.11.2021 zur Änderung der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren.

den Auftraggeber. Eine abschließende Beurteilung darüber, ob der vorliegende Fall in den Anwendungsbereich des § 132 Abs. 3 Satz 1 GWB fällt, ist daher in Bezug auf die durch die Vertragsergänzung zu erwartenden finanziellen Auswirkungen zu überprüfen.

Sofern die Voraussetzungen des § 132 Abs. 3 Satz 1 GWB nach einer vom Auftraggeber vorzunehmenden Schätzung vorliegen sollten, könnte die Vertragsanpassung selbst bei an sich zu bejahender „Wesentlichkeit“ aus vergaberechtlicher Sicht auf Basis des § 132 Abs. 3 Satz 1 GWB erfolgen.

Hierfür dürfte dann bei einer Gesamtbetrachtung der dem Auftragnehmer zufließende „Mehrvergütungswert“ zum einen „relativ“ nicht über 10 % des Gesamtauftragswerts liegen. Dies dürfte angesichts der langen Laufzeit des Vertrags und der sachlichen und zeitlichen Begrenzung der „Teilumstellung“ der Preisgleitregelungen auf die Fortschreibung ab dem sechsten von zehn Vertragsjahren sowie „nur“ auf den Kostenbestandteil D vermutlich selbst dann zu bejahen sein, wenn tatsächlich die künftig zu 50 % in die diesbezügliche Preisfortschreibung miteinfließenden Lohnsteigerungen nach TV-R weiterhin (so) deutlich über der Lohnindexentwicklung liegen sollten) wie es in den letzten Jahren zu verzeichnen war), was wie bereits oben unter Ziffer 3.1 dargestellt zumindest nicht ausgeschlossen werden kann.

Zum anderen dürfte die Mehrvergütung „absolut“ nicht mehr als 216.000 € betragen. Ob dies der Fall ist, hängt also maßgeblich von der Mehrvergütung (so sie denn anfallen sollte) ab, die sich aufgrund den im Vertrag für die Personalkostenfortschreibung implementierten neuen Preisgleitparametern schätzungsweise ergeben wird (im Vergleich zu der nach den ursprünglichen Preisgleitregelungen zu erwartenden Vergütungssteigerung bis Vertragsende).

Selbst wenn bei einem tatsächlichen Anfall einer Mehrvergütung eine Einhaltung der vorgenannten Grenzen angenommen werden könnte, müsste dann im Übrigen darauf geachtet werden, dass etwaige weitere während der Vertragslaufzeit auf diese Vorschrift gestützte Vertragsänderungen „hinzuzuaddieren“ wären und in ihrer Gesamtsumme die vorgenannten „Grenzwerte“ nicht übersteigen dürften (sollten daher bereits frühere Vertragsanpassungen wie die Dieselpreisanpassung 2022, die Inflationsausgleichsprämienanpassung 2023 und/oder die Einmalzahlungs-Vergütungsanpassung 2024 auf § 132 Abs. 3 GWB gestützt worden sein, dürfte nunmehr der Weg hierüber vermutlich nicht mehr gangbar sein). Darüber hinaus würde sich im Übrigen aber durch eine entsprechende hier-nach zulässige Änderung der Gesamtcharakter des jeweiligen Verkehrsvertrages nicht ändern. Der Gesamtcharakter eines Vertrages setzt sich aus einer Gesamtbetrachtung von Inhalt, Beweggrund und Zweck des Vertrages zusammen. Durch die angestrebte Änderung der Preisgleitklausel bzw. deren etwaige Auswirkung (eine „bloße“ Vergütungsanpassung, so denn hierdurch tatsächlich eine andere bzw. Mehrvergütung anfallen sollte)) wären diese Merkmale u. E. jedoch nicht beeinträchtigt.

3.2.3 Unvorhersehbare Umstände nach § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GWB

Sofern die Schwellenwerte doch überschritten wären oder § 132 Abs. 3 Satz 1 GWB aus einem anderen Grund nicht einschlägig ist, könnte u. E. aber eine Rechtfertigung nach § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GWB begründbar sein. Denn diese Vorschrift greift, wenn

„die Änderung aufgrund von Umständen erforderlich geworden ist, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht nicht vorhersehen konnte, und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert.“

Ersichtlich weist die vorgenannte Regelung Ähnlichkeiten mit dem – hier nicht näher dargestellten – Rechtsinstitut der Störung der Geschäftsgrundlage auf. Dabei ist umstritten, ob die vergaberechtliche Vorschrift weniger strenge Voraussetzungen als die zivilrechtliche Regelung des § 313 BGB enthält⁵ - was aus unserer Sicht grundsätzlich gut vertretbar erscheint - oder allein das Vorliegen einer zivilrechtlichen Störung der Geschäftsgrundlage nicht rechtfertigt, von einem neuen Vergabeverfahren abzusehen⁶ (wobei in jüngerer Zeit zu vertreten werden scheint, dass ein Fall des § 313 BGB sogar schon die „Wesentlichkeit“ einer Vertragsänderung entfallen lassen soll, siehe oben).

Fraglich ist u. E. aber auch hier jedenfalls zunächst, ob es einem sorgfältigen Aufgabenträger möglich gewesen wäre, die nunmehr anstehende Situation eines außergewöhnlich stark ansteigenden Lohnniveaus im regional geltenden MDO-Tarifvertrag und die damit entsprechend relativ kurzfristig „übermäßig“ ansteigenden Personal(beschaffungs)kosten zu antizipieren und etwa durch entsprechende besondere Vertragsklauseln erschöpfend vorab zu regeln oder ob die entsprechenden Lohn(kosten)steigerungen völlig außerhalb des Erwartbaren lagen. Diesbezüglich dürfte u. E. zwar in noch vertretbarer Weise für die nach dieser Vorschrift geforderte „Nichtvorhersehbarkeit“ argumentiert werden können; demgegenüber können u. E. aber auch einige Argumente für eine Vorhersehbarkeit bzw. für einen Einschluss der vorliegenden Situation unter die bestehenden Vertragsregelungen angeführt werden.

So könnte u. E. gegen eine Nichtvorhersehbarkeit darauf abgestellt werden, dass die Vertragsparteien gerade ausweislich der vorhandenen Preisgleitungsklauseln offenbar durchaus davon ausgegangen waren, dass während der Vertragslaufzeit Personalkostensteigerungen eintreten würden. Dass dies v. a. auf der Grundlage von wie hier Tarifvertragsverhandlungen im Busgewerbe bzw. (auch größeren) Anstiegen des MDO-Tarifvertrags geschehen würde, dürfte bereits im seinerzeitigen Vergabeverfahren absehbar gewesen sein; die nicht unmittelbare Anknüpfung speziell an die Preisentwicklung des vorliegend anwendbaren regionalen „Verkehrstarifvertrags“ (sondern an die „allgemeine“ Tariflohnentwicklung“) dürfte damit als bewusste Entscheidung qualifiziert werden können. Dies gilt

⁵ So offenbar *Polster*, Die Änderung bestehender öffentlicher Aufträge bei Eintritt außergewöhnlicher Ereignisse, *VergabeR* 2012, 282, 291.

⁶ *Scharen*, in: Willenbruch/Widdekind (Hrsg.), *Kompaktkommentar Vergaberecht*, 4. Aufl. 2017, § 132 GWB Rn. 41.

umso mehr, als dass eine mögliche Anknüpfung der vertraglichen Preisgleitung an die prozentuale Fortentwicklung des vorgegebenen Lohntarifvertrags nach unseren Aufzeichnungen auch schon im seinerzeitigen Vergabeverfahren durch entsprechende Bietereingaben diskutiert wurde, die Vergabestelle aber ausdrücklich an der vorgesehenen Preisgleitregelung festgehalten hat. Dies könnte alles gegen die Zulässigkeit einer nachträglichen Vergütungsanpassung sprechen könnte.

Auf der anderen Seite dürfte u. E. aber auch vertreten werden können, dass jedenfalls die hier für einen Ausgleich vorgesehenen auf die Vertragsjahre ab 2026 begrenzten Mehrkosten als zumindest nicht mehr von der „normalen“ Lohnkostensteigerung bzw. der hierauf bezogenen vertraglichen Risikoverteilung (über die bisherige Preisgleitklausel) mit umfasstes unvorhersehbares „Sonderopfer“ angesehen werden könnten. Denn auch wenn diese Lohnkostensteigerungen formal auf entsprechenden Beschlussfassungen der maßgeblichen Tarifvertragsparteien beruht, dürfte „Anlass“ hierfür jedenfalls auch maßgeblich die oben genannten Krisenereignisse (wie den Auswirkungen der Coronaviruspandemie auf den (insbesondere ÖPNV-Fahrer-)Arbeitsmarkt) gewesen sein. (wobei zumindest der Aspekt des Dieselpreises der Ukraine-Krise sowie die Inflationsausgleichsprämien-sonderkosten und auch bereits ein Teil der in den letzten Jahren unter dieser Prämisse als „übermäßig“ anzusehenden Lohnkostensteigerungen als durch die entsprechenden Ergänzungsvereinbarungen 2022/2023/2024 und die Partizipation der Subunternehmer hieran bereits als „kompensiert“/geregelt erachtet werden dürfte) Dies dürfte u.E. durchaus vertretbar als außergewöhnlich qualifiziert werden können, da insbesondere die vorgeannten Krisen der letzten Jahre bzw. die damit verbundenen Veränderungen der Arbeitsmarktlage (etwa der seit „Corona“ sich verschärfende Fahrermangel) sowie entsprechende Auswirkungen auf die Lohnentwicklungen zum Zeitpunkt des Vergabeverfahrens im Jahr 2019 nicht absehbar gewesen sein dürften.

Sofern nach einer umfassenden Abwägung im Einzelfall grundsätzlich eine Rechtfertigung nach § 132 Abs. 2 Nr. 3 GWB angenommen werden würde (wobei wir letztlich nicht abschließend prognostizieren können, wie eine in einem etwaigen Streitfall angerufene Rechtsprechungsinstanz die vorgenannten Erwägungen hinsichtlich der Nichtvorhersehbarkeit bewerten würde, so dass insoweit auch ein Risiko einer Verneinung besteht) wäre sodann als Grenze bei der Ausgestaltung der vergabefrei erlaubten Vertragsänderung auch das Tatbestandsmerkmal der „Erforderlichkeit“ zu beachten.

Hierzu wird in der Literatur vertreten, dass es sich um „erhebliche“ Änderungen der äußeren Umstände handeln muss, die eine Störung des „ursprünglichen Äquivalenzverhältnisses“ mit sich bringen, und dass insoweit nur „angemessene“ Vertragsanpassungen mit dem Ziel der bloßen „Beseitigung der Äquivalenzstörung“ zulässig sein sollen.⁷ Mithin dürften grundsätzlich nur Vertragsanpassungen zur „Aufrechterhaltung“ des bisherigen Status Quo zur Beseitigung einer ansonsten (wegen des externen „Störfalls“) nicht mehr bestehenden Äquivalenz zwischen den Interessen des Auftraggebers und des Auftragnehmers zulässig sein, wobei u. E. insoweit ähnliche Erwägungen wie bei der Bestimmung einer

⁷ Wiedemann, in: Byok/Jaeger, 4. Aufl. 2018, § 132 GWB Rn. 93.

„Zumutbarkeit“ der Vertragsanpassung im Rahmen des § 313 BGB anzustellen sein dürften. Jedenfalls soweit hiernach ein Anpassungsanspruch bejaht werden könnte (was wir vorliegend nicht geprüft haben), dürfte damit auch vergaberechtlich eine Vertragsänderung „vergabefrei“ zulässig sein; allerdings erscheint es uns jedenfalls im Grundsatz auch vertretbar, bereits bei nicht die strengen Anforderungen an eine zivilrechtliche Unzumutbarkeit erreichenden Störungen des Vertragsgleichgewichts von einer Erheblichkeit auszugehen. Erforderlichkeit im Sinne des § 132 Abs. 2 S. Nr. 3 GWB dürfte insoweit nämlich nicht voraussetzen, dass eine Auftragsänderung „dringlich“ bzw. zwingend erscheint; jedoch muss die Auftragsänderung u.E. in dem Sinne „erforderlich“ sein, dass ohne sie die Erreichung des ursprünglichen Leistungsziels wegen der veränderten Umstände in Frage gestellt wäre.

Nach den vorgenannten Maßstäben könnte die Anpassung der Preisgleitregelungen insoweit jedenfalls vertretbar als „vergabefrei“ angesehen werden, wenn die zu verzeichnende Diskrepanz zwischen der tatsächlichen Personalkostensteigerung nach der TV-R-Entwicklung und der bisherigen Preisfortschreibung nach dem allgemeinen Lohnkostenindex laut Vertrag als außerhalb des normalen Risikobereichs liegende Störung des Vertragsgleichgewichts qualifiziert werden kann, die zu entsprechenden massiven wirtschaftlichen und so vorher nicht abzusehenden (und daher etwa durch Risikozuschläge einzupreisenden) und die Vertragserfüllung in Frage stellenden Auswirkungen geführt hat; zudem dürfte die Preisgleitungs- und damit Vergütungsanpassung lediglich die den Auftragnehmer (und seine Subunternehmer) hierdurch entstandenen bzw. ansonsten bei einer Fortführung des unveränderten Vertrags entstehenden „außerplanmäßigen“ Nachteile ausgleichen.

Letzteres dürfte sich u. E. vermutlich „berechnen“ lassen, auch wenn wir dies in betriebswirtschaftlicher Hinsicht nicht abschließend beurteilen können und insoweit auch nicht abschätzen können, ob die jetzt vom Landkreis vorgesehene künftige „hälftige“ Tragung/Übernahme der Diskrepanz zwischen TV-R- und Lohnkostenindexentwicklung (einschließlich der vorgesehenen Einmalanhebung der rechnerischen Ausgangsbasis für die erstmalige Preisfortschreibung nach dem neuen System) in diesem Sinne als „angemessener“ Ausgleich zu betrachten ist. Dass zumindest die SBG offenbar nicht die vom Landkreis insoweit angeforderten wirtschaftlichen Daten geliefert hat, dürfte u.E. einer Bejahung jedenfalls nicht zwingend entgegenstehen, da ja immerhin der Auftragnehmer als direkter Vertragspartner entsprechenden Aufforderungen des Landkreises nachgekommen ist. Zudem erscheint uns die beabsichtigte Übernahme (nur) eines (50%igen) Anteils an den ggf. durch eine künftige weitere Diskrepanz wie bisher entstehenden Mehrkosten – so sie denn anfallen sollten – zumindest insoweit nicht unangemessen, als dass auf diese Weise der Auftragnehmer nicht vollständig von dem bisher realisierten Diskrepanzrisiko entlastet wird (eine solche vollständige Risikoübernahme durch Ausgleich jeglicher tatsächlicher Lohnkostensteigerung war im Vertrag so erkennbar nicht angelegt und wäre daher u.E. außerhalb des „Angemessenen“/„Erforderlichen“).. Schließlich dürfte – soweit das Vorbringen des Auftragnehmers bzw. der SBG zu den wirtschaftlichen Auswirkungen eines „unangepasst“ weiterlaufenden Vertrags auf die finanzielle Leistungsfähigkeit weiterhin bzw. wiederum als Hinweis auf eine Insolvenz- und damit letztlich auch Auftragsdurchführungsgefährdung zu verstehen sein solle - auch insoweit die Ernsthaftigkeit der

Situation dafür sprechen, dass die oben unter 2 vorgeschlagene Regelung im vorliegenden Fall von dieser Vorschrift erfasst würde.

Wir müssen allerdings in jedem Fall darauf hinweisen, dass uns zur vorliegenden Sachverhaltskonstellation leider keine Rechtsprechung vorliegt, so dass – auch vor dem Hintergrund von möglicherweise abweichenden ökonomischen Bewertungen hinsichtlich der „Erforderlichkeit“ eines Ausgleichs für die anfallenden Mehrkosten – aus unserer Sicht ein Risiko besteht, dass eine angerufene Nachprüfungsinstanz eine andere Auffassung vertritt. Dies gilt auch mit Blick auf den Umstand, dass jedenfalls für den Auftragnehmer selbst offenbar das bisherige Preisgleitdefizit weniger problematisch gewesen zu sein scheint als für die SBG und dass es auch im Hinblick auf die Höhe der bisher verzeichneten Diskrepanz der in Rede stehenden prozentualen Steigerungsraten nicht unvertretbar erscheint, dies als „noch hinnehmbar“ (und eben keine Vertragsänderung „erforderlichmachend“ zu bewerten. Insoweit können wir auch nicht ausschließen, dass in einem etwaig von Dritten angestregten Nachprüfungsverfahren eine Neuvergabepflicht bejaht werden könnte (wobei nicht abschließend geklärt ist, ob sich die dann festgestellte Nichtigkeit nur auf die Ergänzungsvereinbarung oder auf den ganzen Vertrag beziehen würde).

Zu beachten ist schließlich, dass nach § 132 Abs. 2 Satz 2 GWB der Auftragswert um maximal 50 % erhöht werden darf (was vorliegend unproblematisch sein sollte). Zudem ist in formaler Hinsicht die Vorgabe des § 132 Abs. 5 GWB zu beachten, nach der Änderungen auf der Grundlage des § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GWB im EU-Amtsblatt bekannt zu machen sind.

Abschließend weisen wir noch darauf hin, dass vergütungswirksame Anpassungen laufender öffentlicher Aufträge auch in beihilfenrechtlicher Hinsicht Risiken mit sich bringen können. Verkürzt dargestellt dürften hierbei zwar Vertragsänderungen von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen wie dem hiesigen insoweit dann beihilfenrechtskonform gestaltbar sein, wenn diese als Vertragsanpassung nach § 313 BGB geboten sind (was wir vorliegend wie dargestellt nicht geprüft haben) oder wenn auch ohne Vorliegen der Voraussetzungen des § 313 BGB die Grenzen der Vertragsänderung entsprechend § 132 GWB gewahrt werden und diese Änderung mit Wirkung nach objektiven und transparenten Parametern *für die Zukunft* erfolgt. Demgegenüber dürfte eine *rückwirkende* Ausgleichsanpassung zwar im ersten Fall - wenn dies vom Anpassungsanspruch nach § 313 BGB im Einzelfall umfasst ist - beihilfenrechtlich vertretbar sein. Eine „nur“ gemäß § 132 GWB zulässige Vertragsänderung könnte demgegenüber im Falle ihrer Rückwirkung als Verstoß gegen das Gebot der Vorabfestlegung der Ausgleichsparameter gesehen und daher beihilfenrechtlich kritisch bewertet werden (wobei allerdings anzumerken, dass diese beihilferechtlichen Fragen noch nicht durch gefestigte Rechtsprechung geklärt sind).

Für den vorliegenden Fall haben wir zwar auftragsgemäß keine beihilfenrechtliche Prüfung vorgenommen; zudem wäre es u.E. auch nicht zwingend, die hier beabsichtigte Anpassung der Preisgleitklausel als rückwirkend zu qualifizieren, da sie eine Anpassung der in diesem Jahr noch anstehenden Preisgleitung bewirkt.

Indes dürfte die Annahme einer solchen Rückwirkung auch nicht völlig auszuschließen sein (etwa mit dem Argument, dass die aus der Preisgleitung folgende Vergütungsänderung zum 01.01.2026 wirksam werden soll). Damit verbundene beihilfenrechtliche Risiken ließen sich insoweit z.B. dadurch vermeiden, dass die Auswirkungen der geplanten Preisgleitänderung ausdrücklich auf die Zeit nach Abschluss der Ergänzungsvereinbarung begrenzt werden könnten.