

9./III. Sitzung	05.03.2008	TOP 3
Verbandsversammlung	Beschlussvorlage	1/4 Anlagen



**DADINA**  
Darmstadt-Dieburger  
Nahverkehrsorganisation

## Vergabeverfahren HEAG mobiBus

Die Verbandsversammlung möge beschließen:

1. Das Kurzgutachten zur „Direktvergabe Darmstadt“ der Kanzlei BBG und Partner in Anlage 1 wird zur Kenntnis genommen.
2. Dem als Anlage 2 beigefügten Eckpunktepapier, das als Vorvertrag zwischen der Wissenschaftsstadt Darmstadt und der DADINA als ÖPNV-Aufgabenträger sowie der HEAG mobiBus abgeschlossen werden soll, wird – vorbehaltlich der unter 4. genannten Beschlüsse - zugestimmt.
3. Unter dem Verzicht auf Ausschreibungen wird – vorbehaltlich der unter 4. genannten Beschlüsse - der direkten Vergabe der Buslinienbündel „Darmstadt/Vorderer Odenwald“, „Darmstadt Nord“ und „Eberstadt/Pfungstadt“ zum Dezember 2008 an die HEAG mobiBus sowie ihrer Finanzierung nach Maßgabe des „Eckpunktepapiers“ zugestimmt.
4. Die Zustimmungen zu 2. und 3. erfolgen vorbehaltlich folgender Beschlüsse Dritter:
  - Zustimmung der Wissenschaftsstadt Darmstadt zu 2. und 3.,
  - Zustimmung des Landkreises Darmstadt-Dieburg und der Wissenschaftsstadt Darmstadt zu einer gemeinsamen direkten Beteiligung von 1% (ca. € 40.000) an der HEAG mobiBus GmbH und Co. KG und ihrer Verwaltungs-GmbH, die mit einer Mehrheit der Stimmrechte in der Gesellschafterversammlung (> 75%) verbunden ist und bis zum 03.12.2009 zu vollziehen ist.
5. Die Geschäftsstelle wird beauftragt, im Rahmen der satzungsmäßigen Zuständigkeit der DADINA die notwendigen Maßnahmen für die Umsetzung der „Vergabe an einen internen Betreiber“ gemäß der neuen EU-Verordnung 1370/07, einschließlich einer direkten Beteiligung der Wissenschaftsstadt Darmstadt und des Landkreises Darmstadt-Dieburg an der HEAG mobiBus und ihrer Verwaltungs-GmbH, zusammen mit der Wissenschaftsstadt Darmstadt, dem Landkreis Darmstadt-Dieburg, der HEAG mobilo GmbH und der HEAG mobiBus vorzubereiten und diese mit gesonderter Vorlage bis Mai 2008 zur Kenntnis zu geben.
6. Die Geschäftsstelle wird beauftragt, zusammen mit der Wissenschaftsstadt Darmstadt und der HEAG mobiBus einen Vertrag zur Direktvergabe gemäß Punkt 3. auf Grundlage des Eckpunktepapiers vorzubereiten und mit gesonderter Vorlage bis Mai 2008 zur Zustimmung vorzulegen.
7. Die Zustimmungen zu den Punkten 2. - 6. erfolgen unter dem Vorbehalt, dass den Gremien der DADINA die Inhalte des Verkehrsvertrages mit der Wissenschaftsstadt Darmstadt und der HEAG mobiBus vorgelegt werden.

### Begründung:

Die Buslinienbündel der HEAG mobiBus GmbH & Co. KG („HEAG mobiBus“) „Darmstadt/Vorderer Odenwald“, „Darmstadt Nord“ und „Eberstadt/Pfungstadt“ laufen zum Dezember 2008 aus. Es wird eine Direktvergabe der Busleistungen an die HEAG mobiBus gegenüber einer Ausschreibung präferiert, da auf diese Weise wirtschaftliche Risiken für

9./III. Sitzung	05.03.2008	TOP 3
Verbandsversammlung	Beschlussvorlage	2/4 Anlage



**DADINA**  
Darmstadt-Dieburger  
Nahverkehrsorganisation

die Wissenschaftsstadt Darmstadt und den Landkreis Darmstadt-Dieburg wie der Abbau von Arbeitsplätzen bei der HEAG mobiBus und der Vernichtung ihres Unternehmenswertes vermieden werden können. Auch bei einer Direktvergabe können Einsparpotenziale erschlossen werden. Es ist darauf zu achten, dass die Einflussmöglichkeiten der DADINA durch die bei einer Direktvergabe notwendige Übertragung von Risiko auf das Verkehrsunternehmen beibehalten werden.

Sollte eine direkte Vergabe der Verkehrsleistungen an die HEAG mobiBus nicht beschlossen werden, müssten die Leistungen von der DADINA und der Stadt Darmstadt ausgeschrieben werden. Muster-Ausschreibungsunterlagen liegen von der Ausschreibung des Linienbündels Kranichstein (Linien H und U) vor. Dann würde ein Büro mit der Abwicklung des Ausschreibungsverfahrens beauftragt werden. Falls die Ausschreibungsfristen bis zum vorgesehenen Betriebsbeginn am 14.12.2008 nicht mehr ausreichend wären, müsste der Inbetriebnahmezeitpunkt ggf. auf das Frühjahr 2009 verschoben werden.

Am 7.2.2008 hat zum Thema Direktvergabe eine Informationsveranstaltung für Gremienmitglieder der Wissenschaftsstadt Darmstadt, des Landkreises Darmstadt-Dieburg und der DADINA stattgefunden. Es referierte Dr. Baumeister von der Kanzlei BBG und Partner aus Bremen.

Zu 1. – 5.:

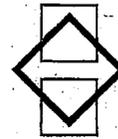
Die Kanzlei BBG und Partner aus Bremen wurde gemeinsam von der DADINA und der HEAG mobiBus beauftragt, die rechtlichen Möglichkeiten für eine direkte Vergabe von Verkehrsleistungen an die HEAG mobiBus zu prüfen. Das beiliegende Kurzgutachten fasst die Untersuchung zusammen (Anlage 1).

Im Ergebnis wird seitens der Gutachter vorgeschlagen, ab dem 03.12.2009 für die Direktvergabe von Busleistungen an die HEAG mobiBus das rechtlich belastbare und erstmals gesetzlich vorgesehene Instrument der Direktvergabe an einen „internen Betreiber“, wie sie EU - VO 1370/07 in Art. 5 Abs. 2 vorsieht, zu nutzen. Die Verordnung wurde am 03.12.2007 im EU-Amtsblatt verkündet und tritt am 03.12.2009 in Kraft.

Danach kann gemäß neuer EU-VO 1370/07 eine „Vergabe an einen internen Betreiber“ erfolgen, wenn eine direkte Durchgriffs- und Kontrollmöglichkeit „wie über eine eigene Dienststelle“ der Eigentümer Wissenschaftsstadt Darmstadt und Landkreis Darmstadt-Dieburg auf die HEAG mobiBus gegeben ist. Die Kanzlei BBG und Partner empfiehlt eine direkte Beteiligung der Eigentümer Wissenschaftsstadt Darmstadt und Landkreis Darmstadt-Dieburg an der HEAG mobiBus und ihrer Verwaltungs-GmbH, um den erforderlichen Zugriff nebst Kontrolle zu gewährleisten.

Für die Umsetzung der Vergabe an die HEAG mobiBus als „internen Betreiber“, vor allem die Herstellung der Unternehmenssteuerung „wie über eine eigene Dienststelle“ i.S.d. VO-EU 1370/07 schlägt die HEAG mobilo GmbH in Abstimmung mit der HEAG AG vor, dass sich die Wissenschaftsstadt Darmstadt und der Landkreis Darmstadt-Dieburg in einem kapitalmäßig sehr geringen Umfang (1 %) direkt an der HEAG mobiBus GmbH & Co. KG und ihrer Verwaltungs - GmbH beteiligen. Gleichzeitig würde ihnen die Mehrheit der Stimmrechte in der Gesellschafterversammlung eingeräumt (mehr als 75 %). Die Struktur der HEAG-Verkehrssparte und die Einbindung in die „Darmstädter Wissenschaftsstadtwirtschaft“ bliebe im Übrigen unverändert. Die genaue finanzielle Höhe der Beteiligung ist noch festzulegen.

9./III. Sitzung	05.03.2008	TOP 3
Verbandsversammlung	Beschlussvorlage	3/4 Anlage



**DADINA**  
Darmstadt-Dieburger  
Nahverkehrsorganisation

Diese Maßnahmen müssen rechtzeitig vor dem 03.12.2008 entschieden werden, da die Absicht der Direktvergabe an einen „internen Betreiber“ ein Jahr vor dem 03.12.2009 im EU-Amtsblatt bekannt gegeben werden muss.

Unter Einbeziehung der HEAG AG, die das Teilnehmungsmanagement für die Stadt durchführt, soll die Geschäftsstelle zusammen mit der HEAG mobilo, der HEAG mobiBus, der Stadt Darmstadt und dem Teilnehmungsmanagement des Landkreises Darmstadt-Dieburg die gesellschaftsrechtlich notwendigen Maßnahmen vorbereiten. Über sie werden die Gremien der Wissenschaftsstadt Darmstadt und des Landkreises Darmstadt-Dieburg sodann mit gesonderter Vorlage beschließen.

Außerdem müssen bei der Direktvergabe die Aufgabenträger DADINA und Stadt Darmstadt als sog. „Gruppe“ oder mit einer gemeinsamen Organisation auftreten. Es ist zu prüfen, inwieweit dies bereits erfüllt ist, bzw. welche Maßnahmen (z. B. vertragliche Vereinbarung oder gemeinsame Aufgabenträgerorganisation) hierzu ggf. erforderlich sind.

Den Rahmen für die gesamte Direktvergabe – d.h. nach neuer EU-VO und dem derzeit geltenden Recht - bildet eine sog. „Dienstleistungskonzession“. Bei einer Dienstleistungskonzession muss das Verkehrsunternehmen ein deutlich höheres wirtschaftliches Risiko übernehmen, als dies bei den derzeit im Rhein-Main-Gebiet üblichen Bruttoverträgen (Aufgabenträger tragen die entstehende Differenz zwischen Kosten und Einnahmen in voller Höhe) der Fall ist.

Dies erfordert voraussichtlich den Abschluss eines Nettovertrages (Aufgabenträger bezahlen nur einen vorher festgelegten Betrag, das Kosten- und Erlösrisiko liegt beim Unternehmen) oder zumindest eines Vertrages mit Elementen des Nettovertrages. Die Steuerungsmöglichkeiten für die Verkehrsleistungen durch die Aufgabenträger sollen jedoch das heutige Niveau nicht unterschreiten. Das wirtschaftliche Risiko soll soweit auf die HEAG mobiBus übertragen werden, wie dies für eine Dienstleistungskonzession notwendig ist.

Für die Wiedererteilung der gegenständlichen Linienverkehrsgenehmigungen im Wege der direkten Vergabe für acht Jahre zum Fahrplanwechsel 2008/2009 hat die HEAG mobiBus einen eigenwirtschaftlichen Antrag beim Regierungspräsidium Darmstadt als zuständiger Genehmigungsbehörde innerhalb des vorgegebenen Zeitfensters bis Mitte Januar 2008 gestellt.

Risiken bestehen im Genehmigungswettbewerb und in der Möglichkeit einer juristischen Auseinandersetzung. Das Risiko eines anderen eigenwirtschaftlichen Anbieters (Genehmigungswettbewerb) wird als nicht sehr hoch eingeschätzt. Bei einer juristischen Auseinandersetzung könnten nach Aussage des Büros BBG und Partner keine Schadensersatzforderungen auf die DADINA zukommen, es bleibt aber das Risiko der Prozesskosten und damit verbundener politischer Diskussionen.

Der zu vergebende Verkehrsvertrag muss nach Auskunft des Regierungspräsidiums zum Zeitpunkt der Erteilung der Linienverkehrsgenehmigung noch nicht abgeschlossen sein. Ausreichend ist eine verbindliche Erklärung der Aufgabenträger Wissenschaftsstadt Darmstadt und DADINA, dass sie die nicht durch Fahrgeldeinnahmen und gesetzlichen Erstattungsleistungen gedeckten Fehlbeträge aus dem Betrieb der Linien ausgleichen. Diese Aufgabe kann das in Anlage 2 beigefügte Eckpunktepapier übernehmen, das zudem bereits die wesentlichen Vertragseckpunkte der zu vergebenden Dienstleistungskon-

9./III. Sitzung	05.03.2008	TOP 3
Verbandsversammlung	Beschlussvorlage	4/4 Anlage



**DADINA**  
Darmstadt-Dieburger  
Nahverkehrsorganisation

zession enthält.

In dem Eckpunktepapier verpflichten sich die Aufgabenträger Wissenschaftsstadt Darmstadt und DADINA, die Verkehrsleistung für die o. g. Linienbündel mit Stand Fahrplan 2008 ab dem 14.12.2008 für 8 Jahre weiter zu bestellen und der HEAG mobiBus einen Betriebskostenzuschuss zu gewähren. Für das Jahr 2008 stehen zur Finanzierung der Verkehrsleistungen der HEAG mobiBus im Wirtschaftsplan der DADINA Mittel des Landkreises Darmstadt-Dieburg und der Stadt Darmstadt in Höhe von ca. € 2,0 Mio. zur Verfügung. Ab dem Jahr 2009 wird dieser Betrag durch eine Reduzierung der Sollkosten gegenüber dem Stand Fahrplan 2008 bei gleicher Verkehrsleistung um ca. € 545.000 (mindestens 5% der Sollkosten) sinken. Die Angemessenheit der Zuschusszahlung wurde von der Interlink GmbH, Berlin gutachterlich bestätigt. Die Untersuchung ergab auch, dass die HEAG mobiBus wettbewerbsfähige Kostenstrukturen vorweisen kann. Eine EU-beihilferechtlich verbotene Überkompensation durch die Zuschusszahlungen liegt somit nicht vor.

Ferner verpflichtet sich die HEAG mobiBus in dem Eckpunktepapier, die Verkehre mindestens auf dem Niveau des geänderten Nahverkehrsplans mit einer Sollkostenreduzierung von mindestens 5,0 % zu fahren. Hiermit wird eine deutliche Steigerung des Qualitätsniveaus bei einem geringeren Kostenaufwand der Aufgabenträger erreicht.

Die unter 4. genannten Beschlüsse müssten bis spätestens Anfang Juli 2008 gefasst werden, um die Fristen für das Antragsverfahren beim Regierungspräsidiums Darmstadt einzuhalten.

Zu 6. und 7.:

Die detaillierten Regelungen des bei der Direktvergabe abzuschließenden Verkehrsvertrages, insbesondere über die konkreten Qualitätsstandards, die Erfüllung des Nahverkehrsplans und die definitiven Kostensätze müssen zwischen der Wissenschaftsstadt Darmstadt, der DADINA und der HEAG mobiBus verhandelt werden. Das Verhandlungsergebnis ist bis Mai 2008 vorzulegen, damit die Fristen für das Antragsverfahren beim Regierungspräsidiums Darmstadt eingehalten werden können.



## **Direktvergabe Darmstadt**

**Kurzgutachten zu den Möglichkeiten der  
DADINA und der Stadt Darmstadt, die  
HEAG mobiBus in 2008 ohne Ausschrei-  
bung mit ÖPNV-Leistungen zu beauftragen**

Verfasser:

**Rechtsanwalt Dr. Lorenz Wachinger**

**Rechtsanwältin Dr. Katja Müller**

BBG und Partner

Rechtsanwälte

Contrescarpe 75 A

28195 Bremen

T 0421/335410

F 0421/3354115

[www.bbgundpartner.de](http://www.bbgundpartner.de)

Erstellt für:

**DADINA und HEAG mobiBus GmbH & Co. KG**

Bremen

30.10.2007

## 1 Auftragsgegenstand

Die HEAG mobiBus GmbH & Co. KG betreibt auf der Grundlage von Liniengenehmigungen nach § 42 PBefG den ÖPNV in Darmstadt und Umland. Mit der DADINA und der Stadt Darmstadt besteht ein Auferlegungs- und Verkehrsvertrag, der die Anforderungen an Qualität und Umfang der zu erbringenden Verkehrsleistungen sowie die hierfür von den Aufgabenträgern zu leistenden Zuschüsse regelt. Dieser Vertrag und die Liniengenehmigungen des im geänderten Nahverkehrsplan deutlich erweiterten Linienbündels FKL laufen Ende 2008 aus. Für die Aufgabenträger und die HEAG mobiBus ist dies Anlass, zu prüfen, auf welcher rechtlichen Grundlage eine Direktvergabe eines Fortsetzungsvertrages erfolgen kann. Sie haben daher BBG und Partner gebeten, zu dieser Frage ein Kurzgutachten zu erstellen, das die wesentlichen Arbeitsergebnisse der zu dieser Frage durchgeführten Workshops zusammenfasst.

## 2 Vorgaben des geltenden und zukünftigen Rechts

### 2.1 Keine generelle Ausschreibungspflicht im geltenden Recht

Eine *generelle* Ausschreibungspflicht öffentlicher bezuschusster Verkehre besteht im geltenden Recht nicht.

Im Urteil des EuGH vom 24. Juli 2003 in der Rechtssache „Altmark Trans“<sup>1</sup> hat dieser entschieden, dass eine *beihilfenrechtliche* Ausschreibungspflicht nicht besteht. Sofern Ausgleichszahlungen die „vier Kriterien“ dieses Urteils erfüllen, stellen sie keine staatlichen Beihilfen dar.

Auch aus *personenbeförderungsrechtlicher* Sicht besteht keine Pflicht zur Ausschreibung öffentlich bezuschusster Verkehre. Das BVerwG hat mit Urteil vom 19. Oktober 2006<sup>2</sup> entschieden, dass eigenwirtschaftliche Verkehre vom Anwendungsbereich der VO 1191/69. ausgenommen sind – und zwar auch dann, wenn diese bezuschusst wurden. Damit kann der Aufgabenträger eigenwirtschaftliche Verkehre nach Maßgabe der „vier Kriterien“ bezuschussen, ohne dass die für gemeinwirtschaftliche Verkehre in der Regel zwingende Ausschreibung greift. Unberührt bleibt allerdings die Möglichkeit für andere Bewerber, sich im sogenannten Genehmigungswettbewerb um die Konzessionserteilung durchzusetzen.

Eine Pflicht zur Ausschreibung bezuschusster Verkehre besteht im geltenden Recht allerdings insoweit, als der Zuschuss durch einen entgeltlichen Vertrag im Sinne des § 99 GWB gewährt wird und der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts der

<sup>1</sup> EuGH, 24.7.2003, Rs. C-280/00 – Altmark Trans, Slg. 2003, I-7747.

<sup>2</sup> BVerwG, NVwZ 2007, 330.

§§ 97 ff. eröffnet ist.<sup>3</sup> In diesem Fall besteht eine *vergaberechtliche* Ausschreibungspflicht des – der Konzession vorgelagerten – Verkehrsvertrags.

## **2.2 Vorgaben des Landes Hessen („Güttler III“)**

Das BVerwG hat in seinem Urteil vom 19. Oktober 2006 nicht nur entschieden, dass eigenwirtschaftliche Verkehre von der VO 1191/69 ausgenommen sind, sondern auch, dass die Genehmigungsbehörden nicht prüfen dürfen, ob der beantragte Verkehr beihilfenrechtskonform finanziert werden soll. Daraus folgt allerdings nicht zwingend, dass die Finanzierung des beantragten Verkehrs gänzlich ohne Belang für das Genehmigungsverfahren ist. Auf der Grundlage des „Güttler III“-Erlasses des Hessischen Verkehrsministeriums<sup>4</sup> (Ziff. 4 lit. b) sind die Genehmigungsbehörden verpflichtet, zur Sicherung des öffentlichen Verkehrsinteresses an der ausreichenden Verkehrsbedienung während der Gesamtdauer der beantragten Genehmigung die Plausibilität der eingereichten Kosten- und Erlöskalkulation des Antragstellers in Abstimmung mit der Aufgabenträgerorganisation zu überprüfen. Dazu ist eine entsprechende Kosten- und Erlösschätzung von den Aufgabenträgerorganisationen anzufordern und zu berücksichtigen.

Ferner verlangt „Güttler III“, dass „zur Sicherung und Überwachung der im Genehmigungsverfahren zugesicherten Standards“ (Ziff. 4 lit. c) ein Vertrag zwischen Aufgabenträger und Verkehrsunternehmen abgeschlossen wird. Hierin soll sich das Verkehrsunternehmen verpflichten, diejenigen Kriterien über die Laufzeit der Genehmigung zu erfüllen, die im Genehmigungsverfahren für die Auswahlentscheidung relevant werden. Ferner sollen Veränderungen der Verkehrsbedienung während der Laufzeit, die Nutzung bereitgestellter Infrastrukturen und die Verwendung der pauschalierten Ausgleichsleistungen geregelt werden. Der Vertrag dient damit in erster Linie der Sicherstellung eines fairen Wettbewerbs. Es soll verhindert werden, dass Verkehrsunternehmen im Genehmigungswettbewerb die Genehmigung dadurch „erschleichen“, dass sie „das Blaue vom Himmel versprechen“ und nach Erhalt der Genehmigung entweder die Zusagen, die nicht Bestandteil der Genehmigung sind, nicht einhalten oder sogar das genehmigte Angebot nach Entbindungsanträgen (§ 21 PBefG) wieder reduzieren.

Rechtstechnisch soll dieser vom PBefG nicht ausdrücklich vorgesehene Vertrag so umgesetzt werden, dass der Antragsteller im Genehmigungsverfahren zunächst seine Bereitschaft erklärt, nach Genehmigungserteilung mit dem Aufgabenträger einen entsprechenden Vertrag abzuschließen. Im Falle der Genehmigungserteilung wird diese mit einer Auflage verbunden, einen derartigen Vertrag abzuschließen.

<sup>3</sup> Vgl. VK Stuttgart, NZBau 2005, 59.

<sup>4</sup> Hessisches Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung, Konsequenzen aus dem BVerwG-Urteil vom 19.10.2006 – 3 C 33.05, Runderlass vom 27. Juli 2007, Geschäftszeichen V 8 – 066 | 28-59-24.

### **2.3 Zukünftiges EU-Recht gewährleistet kommunale Eigenproduktion**

Die am 18. September 2007 vom Europäischen Rat endgültig verabschiedete EU-Marktöffnungsverordnung, die die bestehende VO 1191/69 ersetzen soll (hier als „VO 1191 neu“ bezeichnet), sieht zum ersten Mal eine ausdrückliche europarechtliche Legitimierung der Direktvergabe unter den dort näher genannten Voraussetzungen vor. Insbesondere schafft der neue Tatbestand der Direktvergabe an einen sogenannten internen Betreiber die rechtlichen Voraussetzungen für Kommunen, sich für die Erbringung der Verkehrsleistungen durch ein eigenes Verkehrsunternehmen zu entscheiden. Dies bringt einen erheblichen Gewinn an Rechtssicherheit mit sich. Allerdings tritt die VO 1191 neu erst im Oktober 2009 in Kraft. Das bedeutet, dass während einer zwei-jährigen Übergangszeit das geltende Recht weiter anzuwenden ist.

## **3 Empfohlener Weg für die Direktvergabe 2008**

### **3.1 Eckpunkte des empfohlenen Vorgehens**

Die Gutachter empfehlen, so schnell wie möglich das rechtlich belastbare Instrument der Direktvergabe an einen internen Betreiber nach Art. 5 Abs. 2 VO 1191 neu zu nutzen. Allerdings kann eine Vergabe auf Grundlage dieser Vorschrift frühestens im Oktober 2009 erfolgen. Damit besteht zwischen der jetzt zu diskutierenden Vergabe für die Nachfolge des auslaufenden Auflegungsvertrages und dem frühesten möglichen Zeitpunkt einer Nutzung der VO 1191 neu eine zeitliche Lücke von einem Jahr. Wir empfehlen, diese Lücke so zu schließen, dass der in 2008 zu vergebende Vertrag in 2010 durch eine neue Regelung auf Basis der VO 1191 ersetzt wird. Gleichzeitig sollte bereits in 2008 ein verbindlicher Beschluss der Aufgabenträger vorliegen, wonach 2010 eine Direktvergabe auf Basis der VO 1191 neu erfolgen soll.

Um bereits frühzeitig vertragliche Strukturen herzustellen, die auch für die Direktvergabe in 2010 genutzt werden können, empfehlen wir den Abschluss einer Dienstleistungskonzession. Die Anwendung der Direktvergabetatbestände der VO 1191 neu setzt nämlich voraus, dass der zwischen HEAG mobiBus und Stadt Darmstadt bzw. DADINA abzuschließende Vertrag nicht die Form eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags im Sinne der EG-Vergaberichtlinien annimmt. Anerkannt und in der VO 1191 neu ausdrücklich genannt ist insoweit nur die Dienstleistungskonzession. Die Ausgestaltung des Vertrages als Dienstleistungskonzession setzt voraus, dass der Betreiber ein substantielles wirtschaftliches Risiko trägt. Nicht ausreichend ist, wenn der Betreiber das jedem Auftrag immanente Produktionskostenrisiko trägt. Entscheidend ist vielmehr, dass der Betreiber das Absatzrisiko trägt. Dies erfordert den Abschluss eines sog. Nettovertrages, bei dem der Betreiber das Risiko der Höhe der vereinnahmten Fahrgelderlöse trägt.

In personenbeförderungsrechtlicher Hinsicht empfehlen wir, zunächst die **Beantragung der Linienkonzessionen auf eigenwirtschaftlicher Grundlage** (§ 13 PBefG) vorzunehmen. Für eigenwirtschaftliche Verkehre spricht, dass es hierbei nicht zu den Genehmigungsvoraussetzungen gehört, ob eine Ausschreibung nicht sachgerecht war und die geringsten Kosten für die Allgemeinheit gewahrt wurden. Zudem vermittelt die Genehmigung nach § 13 – jedenfalls derzeit noch – das Altunternehmerprivileg des § 13 Abs. 3 PBefG. Auch der Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre (§ 8 Abs. 4 PBefG) kann für § 13 sprechen, da im Falle einer Genehmigungskonkurrenz die in Hessen derzeit vermehrt auftretende Problematik einer Konkurrenz von § 13- und § 13a-Anträgen nicht aufträte. **Gleichzeitig** sollte aber die Vertragskonstruktion so ausgestaltet sein, dass sich im Zweifel auch die **Genehmigungsvoraussetzungen nach § 13a PBefG darstellen** ließen.

Aus beihilfenrechtlicher Sicht sind bei der Gestaltung des Vertrags die **Vorgaben des EuGH aus dem Urteil vom 24. Juli 2003 in der Rechtssache „Altmark Trans“** zu beachten, die sog. vier Kriterien. Gleichzeitig sollte der Vertrag so aufgestellt werden, dass er den zukünftigen beihilfenrechtlichen Vorgaben der VO 1191 neu entspricht.

Der neue Verkehrsvertrag muss aus Sicht der Genehmigungsbehörde nicht bereits vor der Genehmigungserteilung abgeschlossen werden. Es reicht vielmehr aus, wenn die Genehmigungsbehörde zusammen mit dem Genehmigungsantrag erhält:

- > Bestätigung der Aufgabenträger DADINA und Stadt Darmstadt, dass der beantragte Verkehr die ausreichende Verkehrsbedienung sicherstellt (Ziff. 4 lit. a);
- > Bestätigung der Aufgabenträger DADINA und Stadt Darmstadt, dass sie die ausreichende (Ko-)Finanzierung des beantragten Verkehrs sicherstellen wird;
- > plausible Kosten- und Erlöskalkulation;
- > Erklärung der HEAG mobiBus, dass sie im Falle der Genehmigungserteilungen einen Vertrag mit DADINA und Stadt Darmstadt gemäß Ziff. 4 lit. c) des Erlasses abschließen wird.

### **3.2 Risiken der Direktvergabe**

Im Hinblick auf das **Personenbeförderungsrecht** verbleibt das Risiko, dass es in 2008 zu einem Genehmigungswettbewerb um die derzeit von der HEAG mobiBus bedienten Verkehre kommt. Ferner besteht das Risiko, dass ein Antrag der HEAG mobiBus wegen des Geschäftsfelds Gelegenheitsverkehr nicht nach § 13 genehmigungsfähig sein könnte. Dies wäre allerdings nur dann der Fall, wenn der VGH Kassel die – u.E. unzutreffende – Rechtsprechung des VG Gießen bestätigen würde. Nach dieser Rechtsprechung können Verkehrsunternehmen, die neben dem ÖPNV noch

andere Tätigkeiten ausüben, keine Genehmigung nach § 13 PBefG erhalten.<sup>5</sup> Zudem könnte der abzuschließende Verkehrsvertrag dokumentieren, dass die „Initiative“ für das Zustandekommen der Verkehrsleistungen von den Aufgabenträgern ausgeht. Damit könnte das Risiko bestehen, dass der Verkehr als gemeinwirtschaftlich im Sinne des § 13a PBefG einzustufen ist.

Was das **Vergaberecht** betrifft, so besteht das Risiko, dass die Direktvergabe im Falle eines von Konkurrenten angestregten Nachprüfungsverfahrens als unzulässig eingestuft werden könnte. Zwar unterliegen Dienstleistungskonzessionen nicht den §§ 97 ff. GWB und folglich auch nicht der Zuständigkeit der Vergabekammern. Allerdings ist die Definition der Dienstleistungskonzession nicht abschließend geklärt. Ausgerechnet die Vergabekammer Darmstadt vertrat bisher die Auffassung, dass nach geltendem Recht eine Vergabe von Dienstleistungskonzessionen im ÖPNV nicht möglich sei.<sup>6</sup> Es ist daher ein bedeutsames Risiko zu berücksichtigen, dass die vergaberechtlichen Spruchkörper zu der Einschätzung kommen könnten, die §§ 97 ff. GWB seien auf den neuen Verkehrsvertrag mit der Folge anwendbar, dass dieser grundsätzlich ausgeschlossen werden müsse.

**Beihilfenrechtliche Risiken** bestehen dann, wenn der neue Verkehrsvertrag nicht den Anforderungen des „Altmark Trans“-Urteils des EuGH entspricht.

### **3.3 Maßnahmen zur Risikoabwehr**

Der Minimierung **personenbeförderungsrechtlicher Risiken** dient die Ausgestaltung des Verkehrsvertrages in der Weise, dass neben dem vorrangig heranzuziehenden § 13 PBefG ggf. auch die Genehmigungsvoraussetzungen des § 13a PBefG dargestellt werden könnten. Das verbleibende Risiko eines Genehmigungswettbewerbs lässt sich durch rechtliche Maßnahmen nicht verhindern.

Die dargestellten **vergaberechtlichen Risiken** werden dadurch minimiert, dass der Vertrag in 2010 auf eine neue – dann zweifelsfrei rechtssichere – Grundlage gestellt wird, indem dann die Direktvergabe an einen internen Betreiber nach der VO 1191 neu erfolgt. Damit reduziert sich das Risiko auf den Zeitraum Ende 2008 bis Anfang 2010.

Durch eine Ausgestaltung des Vertrags in Übereinstimmung mit den „vier Kriterien“ wird die **Beihilfenrechtskonformität** des Vorgangs sichergestellt. Die Übereinstimmung der festgesetzten Ausgleichsparameter mit dem vierten EuGH-Kriterium („Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens“) wird durch ein Sachverständigengutachten gewährleistet.

<sup>5</sup> VG Gießen, Ur. v. 12.06.2007 – 6 E 49/06.

<sup>6</sup> VK Darmstadt, B. v. 16.06.2006 – 69d-VK-26/2006.

#### **4 Vorgaben für die Direktvergabe 2010**

Die Direktvergabe an die HEAG mobiBus als internen Betreiber auf Grundlage von Art. 5 Abs. 2 VO 1191 neu im Jahre 2010 erfordert Umstrukturierungen der Beteiligungs- und Aufgabenträgerstruktur. Folgende Grobvarianten sind denkbar:

- > Stadt überträgt auch ihre Aufgabenträgerschaft auf die DADINA; Kontrolle über die HEAG mobiBus wird durch Stadt und Landkreis ausgeübt;
- > Aufgabenträgerschaft für städtische Verkehre bleibt bei der Stadt; Kontrolle über die HEAG mobiBus wird durch Stadt und Landkreis ausgeübt;

Ferner muss zukünftig sichergestellt werden, dass eine Kontrollintensität „wie über eine eigene Dienststelle“ erzielt wird. Problematisch ist derzeit insbesondere die Einschaltung von Mittlergesellschaften in Gestalt der HEAG AG (Stadt Darmstadt) und der HEAG mobilo (Stadt Darmstadt mittelbar und Landkreis Darmstadt-Dieburg unmittelbar) sowie die Rechtsform der AG generell. Auch zur Herstellung der erforderlichen Kontrolle sind verschiedene Möglichkeiten denkbar. Konkrete Maßnahmen zur Herstellung der Kontrolle können derzeit noch nicht empfohlen werden. Zudem müsste dies in eine weitergehende Prüfung einbezogen werden, bei der auch z.B. steuerrechtliche Überlegungen angestellt werden müssten.

**Eckpunktepapier zur Vergabe der Linienbündel  
„Darmstadt/Vorderer Odenwald“, „Darmstadt Nord“ und Eberstadt/Pfungstadt“  
zum Dezember 2008 an die HEAG mobiBus (Stand 01.02.2008)**

Gemäß dem geänderten Nahverkehrsplan der Stadt Darmstadt und der DADINA steht zum Fahrplanwechsel 2009 (14.12.2008) die Vergabe der Linienbündel „Darmstadt/Vorderer Odenwald“, „Darmstadt Nord“ und „Eberstadt/Pfungstadt“ an. Diese Bündel enthalten die Linien A, AH, AIR, EB, F, K, L, N, NB, NE, O, P, R, WX und 8N, deren Konzessionen bei der HEAG mobiBus GmbH & Co. KG (nachfolgend „HEAG mobiBus“ genannt) liegen.

Bisher haben die DADINA und die Stadt Darmstadt (nachfolgend zusammen „Aufgabenträger“ genannt) zu vergebende Verkehrsleistungen europaweit ausgeschrieben, soweit keine eigenwirtschaftlichen Anträge gestellt wurden. U. a. durch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes vom 19.10.2006 hat sich die rechtliche Situation geändert, sodass die Aufgabenträger und die HEAG mobiBus einen gemeinsamen Weg für eine direkte Vergabe der o. g. Verkehrsleistungen an die HEAG mobiBus suchen sollten. Zur rechtlichen Beratung wurde die Kanzlei BBG und Partner aus Bremen beauftragt. Die wirtschaftliche Beratung erfolgte durch die Fa. Interlink, Berlin. Das Gutachten der Fa. Interlink zeigt, dass im Vergleich mit dem Sollkostenmodell die Kostenstrukturen der HEAG mobiBus gut sind.

Auf Grundlage der Ergebnisse der Untersuchungen der Kanzlei BBG und Partner vereinbaren die Aufgabenträger mit der HEAG mobiBus folgende Eckpunkte zur Vergabe der o. g. Linienbündel zum 14.12.2008:

1. Die Aufgabenträger verzichten auf eine europaweite Ausschreibung der o. g. Linienbündel zum 14.12.2008.
2. Die HEAG mobiBus wird in dem vom Hessischen Verkehrsministerium („Güttler III – Erlass“ vom 27.7.2007) vorgesehenen Zeitraum (ca. Mitte Dezember 2007 bis Mitte Januar 2008) beim Regierungspräsidium Darmstadt einen (eigenwirtschaftlichen) Antrag nach § 13 PBefG für die Linienkonzessionen der o. g. Linienbündel ab dem 14.12.2008 mit einer Laufzeit von 8 Jahren stellen.
3. Die Aufgabenträger verpflichten sich, die Verkehrsleistung für die o. g. Linienbündel mit Stand Fahrplan 2008 (ca. 3,85 Mio. Buskilometer/a, ca. € 10,9 Mio. Sollkosten) ab dem 14.12.2008 für 8 Jahre weiter zu bestellen und der HEAG mobiBus einen Betriebskostenzuschuss zu gewähren. Die Zu- und Abbestellung von Verkehrsleistungen ist möglich. Für das Jahr 2008 stehen zur Finanzierung der Verkehrsleistungen der HEAG mobiBus im Wirtschaftsplan der DADINA Zuschüsse des Landkreises Darmstadt-Dieburg und der Stadt Darmstadt in Höhe von ca. € 2,0 Mio. zur Verfügung. Ab dem Jahr 2009 wird dieser Zuschuss durch eine Reduzierung der Sollkosten gegenüber dem Stand Fahrplan 2008 bei gleicher Verkehrsleistung um ca. € 545.000 (mindestens 5% der Sollkosten) sinken. Die Berechnung des Zuschusses erfolgt über ein zur Erreichung der Reduzierung modifiziertes Sollkostenmodell.

4. Die HEAG mobiBus wird beim Betrieb der o. g. Linienbündel mindestens die Qualitätsanforderungen des geänderten Nahverkehrsplan (incl. Anschluss an das Verkehrsmanagement- und Qualitätsmanagementsystem) einhalten. Sie wird die im geänderten Nahverkehrsplan geforderte Qualität teilweise übererfüllen (z. B. 80% Klimaanlagequote durch Nachrüstung elektrischer Klimaanlage, niedrigerer Prozentsatz Euro 2 – Verkehrsleistungen, 65% Euro 5- und EEV-Busse ab 2009).
5. Die HEAG mobiBus wird ca. 25% der o. g. Verkehrsleistungen an Subunternehmen vergeben. Hierbei wird sie – soweit möglich – auch kleinere und mittelständische Unternehmen berücksichtigen.
6. Zur genaueren Regelung insbesondere der Finanzierung, des Qualitätsmanagements, der Einnahmenaufteilung und der Zu- und Abbestellmöglichkeiten ist nach Erteilung der Konzessionen bis zur Betriebsaufnahme auf Grundlage einer Dienstleistungskonzession für die Laufzeit der Konzessionen der o. g. Linienbündel eine Vereinbarung zwischen den Aufgabenträgern und der HEAG mobiBus abzuschließen. Hierbei wird das wirtschaftliche Risiko soweit auf die HEAG mobiBus verlagert, wie dies für eine Dienstleistungskonzession notwendig ist. Dies erfordert voraussichtlich den Abschluss eines Nettovertrages oder eines Vertrages mit Elementen des Nettovertrages. Die Steuerungsmöglichkeiten für die Verkehrsleistungen durch die Aufgabenträger sollen das heutige Niveau nicht unterschreiten.
7. Die HEAG mobiBus wird ihr Reisebusgeschäft aufgeben.
8. Die HEAG mobiBus wird sich nicht an Ausschreibungen im Gebiet der DADINA beteiligen, deren Inbetriebnahmetermin innerhalb der Laufzeiten der Konzessionen für die o. g. Verkehrsleistungen liegt.
9. Ab dem Fahrplanwechsel 2010 (Dezember 2009) werden die o. g. Verkehrsleistungen als „Vergabe an einen internen Betreiber“ gemäß der neuen EU-Verordnung über öffentliche Verkehrsdienste auf Schiene und Straße (Nachfolgeverordnung zur EU-VO 1191/69) – vorbehaltlich ihrer Gültigkeit zu diesem Zeitpunkt - vergeben. Ggf. ist die Vereinbarung nach Punkt 6. dieses Eckpunktepapiers entsprechend anzupassen. Die notwendigen Voraussetzungen hierfür (u. a. „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ durch die Stadt Darmstadt und den Landkreis Darmstadt-Dieburg) sind bis Ende des Jahres 2008 zu schaffen. Hierbei sind die Stadt Darmstadt, der Landkreis Darmstadt-Dieburg, die DADINA sowie die Eigentümer und die Geschäftsführung der HEAG mobiBus zu beteiligen. Hierbei soll sowohl die Kontrolle der Stadt Darmstadt und des Landkreises Darmstadt-Dieburg über die HEAG mobiBus wie über eine eigene Dienststelle als auch die Steuerungsmöglichkeiten der Aufgabenträger für die o. g. Verkehrsleistungen gewährleistet werden.
10. Dieses Eckpunktepapier hat Gültigkeit bis zum Ablauf der zum 14.12.2008 vergebenen Konzessionen der o. g. Linienbündel, soweit diese an die HEAG mobiBus erteilt werden. Soweit einzelne Eckpunkte durch vertragliche Regelungen abweichend vereinbart werden, haben die vertraglichen Regelungen Vorrang.

Darmstadt, den

**Für die DADINA:**

Landrat Alfred Jakoubek, Vorstandsvorsitzender

N. N. Vorstandsmitglied

**Für die HEAG mobiBus GmbH & Co. KG:**

Axel Gierga, Geschäftsführer

Ralf Steinmetz, Geschäftsführer

**Für die Wissenschaftsstadt Darmstadt:**

Oberbürgermeister Walter Hoffmann

Stadtrat Klaus Feuchtinger