



**TOP 8**

**RB 110 – Interimsjahr 2025/2026**

*Vorlage 05/2025*

**Vorlage Nr.: 05/2025**

**RB 110 – Interimsjahr 2025/2026**

**Bearbeitet von:**

ZVNL

**Datum:**

23.01.2025

**Beratungsfolge:**

Gremien

Datum:

Zuständigkeit

Arbeitsgremium

23.01.2025

zur Beratung

Verwaltungsrat

13.02.2025

zur Beschlussempfehlung

Verbandsversammlung

10.03.2025

zur Beschlussfassung

☒ Öffentlich

☐ Nicht Öffentlich

Die Verbandsversammlung beschließt den Nachtrag zur Verkehrsleistung Linie RB 110 Leipzig Hbf. oben – Grimma ob. Bf. – Döbeln Hbf. im Zeitraum vom Fahrplanwechsel Dezember 2025 bis Fahrplanwechsel Dezember 2026 gemäß dem Angebot der Transdev Regio Ost GmbH vom 31.01.2025.

**Anlagen:**

- Erläuterung
- juristische Stellungnahme von Schuman Rechtsanwälte Notare zur Interimsvergabe



Kai Emanuel  
Verbandsvorsitzender

## TOP 8 – RB 110 – Interimsjahr 2025/2026

### Erläuterungen

In der **Anlage** zu den nachfolgenden Erläuterungen finden Sie Angaben zu betriebswirtschaftlichen Details wie Kostenindikation und Kalkulationsgrundlagen zu den Nachträgen sowie dem Haushalt des ZVNL. Diese Informationen haben ein hohes rechtliches und wirtschaftliches schutzwürdiges Interesse für die Bieter/Vertragspartner selbst, aber auch für den ZVNL, da daraus Schlussfolgerungen für ein taktisches Bieterverhalten getroffen werden können. Dadurch kann ein Schaden für den ZVNL sowie für andere SPNV-Aufgabenträger entstehen. Somit sind die Voraussetzungen einer Ausnahme vom Öffentlichkeitsgrundsatz nach § 37 Abs. 1 SächsGemO erfüllt und die dargelegten Informationen gem. § 37 Abs. 2 SächsGemO durch die Vertreter streng vertraulich zu behandeln.

Aus diesem Grund muss bei Rückfragen und Diskussionen zu den Informationen aus der Anlage in der Verbandsversammlung **ein nichtöffentlicher Teil der Sitzung herbeigeführt** und ggf. anwesende Gäste (Öffentlichkeit) ausgeschlossen werden.

Die Vergabe erfolgt über eine Verlängerung/Nachtrag zum bestehenden Verkehrsvertrag an den Bestandsbetreiber.

Der Zweckverband für den Nahverkehrsraum Leipzig (ZVNL) schloss durch Zuschlag am 29.01.2016 gemeinsam mit dem Zweckverband Verkehrsverbund Mittelsachsen (ZVMS) den Verkehrsvertrag für die Erbringung von SPNV-Leistungen der Linie **RB110 Leipzig Hbf oben - Borsdorf - Grimma ob Bahnhof - Döbeln** im Dieselnetz Nordwestsachsen (DNWS Teil B) mit der Transdev Regio Ost GmbH. Der Verkehrsvertrag hat eine Laufzeit von neunzehn Jahren, vom Fahrplanwechsel im Juni 2016 bis zum Fahrplanwechsel im Dezember 2025. Die Verkehrsleistungen der Linie RB110 gehen zukünftig als Linie S1 in das Mitteldeutsche S-Bahn-Netz über. Für die Leistungen im Mitteldeutschen S-Bahn-Netz ab dem Fahrplanwechsel im Dezember 2025 führte der ZVNL zusammen mit den weiteren Aufgabenträgern das Vergabeverfahren MDSB2025plus durch. Während des Vergabeverfahrens wurde es erforderlich, die Leistungsbeschreibung dahingehend zu ändern, dass die Betriebsaufnahme für die Leistungen erst zum Fahrplanwechsel im Dezember 2026 erfolgt. Aufgrund des geänderten Zeitpunkts der Betriebsaufnahme besteht die Notwendigkeit für die Erbringung von Interimsverkehrsleistungen der Linie RB110 vom Fahrplanwechsel im Dezember 2025 bis zum Fahrplanwechsel im Dezember 2026.

Lediglich die Transdev als Bestandsbetreiber verfügt über eine ausreichende Anzahl von Fahrzeugen für die Erbringung der Interimsleistungen. Zudem sind danach auf dem Markt für gebrauchte Fahrzeuge nicht ausreichend passende Fahrzeuge vorhanden. Eine vorzeitige Aufnahme der Linie S1 scheitert ebenso am Mangel an verfügbaren batterieelektrischen Fahrzeugen.

Durch die Kanzlei Schumann Rechtsanwälte Notare erfolgte eine Prüfung, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Vergabe der Interimsleistungen an die Transdev erfolgen kann. Die Beauftragung der Transdev mit den Interimsleistungen im Rahmen einer Notmaßnahme nach Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 ist nach juristischer Einschätzung zulässig und kommt entweder als Verlängerung der Vertragslaufzeit mit den erforderlichen inhaltlichen Anpassungen oder als Direktvergabe eines neuen Verkehrsvertrags für den Interimszeitraum an Transdev in Betracht. Die Überlegungen und Abwägungen sprachen für eine Verlängerung und gegen die Direktvergabe eines neuen Verkehrsvertrags, denn mit einer

Verlängerung des Bestandsvertrags können leistungsbezogene Vertragsanpassungen Basis der Verhandlungen und letztendlich der einvernehmlichen Einigung der Aufgabenträger mit dem EVU sein. Für die Vergütung der Leistungen im Interimszeitraum ist sicherzustellen, dass diese nach den Bestimmungen des Anhangs der VO (EG) Nr. 1370/2007 berechnet wird, um eine Überkompensation der Transdev auszuschließen. Dazu wird das Gutachten eines Wirtschaftsprüfungsbüros eingeholt, dessen Auftraggeber die Aufgabenträger sind.

Für den Fall, dass Verhandlungen mit der Transdev nicht zu einem für die Aufgabenträger zumutbaren Ergebnis führen, wurde eine Auferlegung der Verkehrsleistungen nach Art. 5 Abs. 5 Unterabs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 untersucht und vorbereitet. Dabei begründet ein belastender Verwaltungsakt der Aufgabenträger gegenüber dem EVU dessen Pflicht zur Durchführung der Verkehrsleistung. Die Auferlegung ist nur unter engen Voraussetzungen zulässig und führt zu einer Ausgleichsverpflichtung der Aufgabenträger gegenüber dem EVU, die sich an den Kosten des EVU für die Leistungserstellung orientiert.

Das Vorgehen ist in einer juristischen Stellungnahme am Beispiel MDSB I durch die Kanzlei erläutert und begründet. Der Sachverhalt und das Vorgehen gilt gleichbedeutend für die Interimsvergabe RB110 und wurde dementsprechend durch RA Herrn Dr. Stockmann fortlaufend begleitet.

Zur Linie RB 110 wurde am 12.04.2024 ein erstes Gespräch zur Ausgestaltung Erarbeitung der Vertragsgrundlagen und Anforderungen unter Einbeziehung ZVMS und Herrn RA Dr. Stockmann mit dem Bestandsbetreiber geführt (im Vorfeld erfolgte bereits Korrespondenz). Die Grundlage ist der aktuelle Fahrplan der Linie RB110 im Stundentakt zuzüglich der Verstärkerfahrten früh und nachmittags. Die bestehende, einheitliche Fahrzeugflotte von acht Bombardier Talent BR 643 kommt in Dieseltraktion weiter zum Einsatz. Die Verkehrsleistung beträgt 972.295 Zkm/Jahr.

Die Aufforderung zur Angebotsabgabe bis zum 31.01.2025 an Transdev erfolgte am 06.12.2024.

Am 17.12.2024 erfolgte dann die Abstimmung der Anpassungsvorschläge mit Transdev mit folgenden Schwerpunkten:

- Wertsicherung von Personal- und Energiekosten
- Minderung von Pünktlichkeit und Zugausfall (der Höhe und dem Grunde nach)
- Personalkosten als Fixkosten in der Vergütung
- Betriebsübergangskonzept (Personalübergang, Übernahme Umläufe, Minderungen)
- 95 % KIN-Quote, Minderung ab 75% und weniger
- Totallausfall eines Automaten ist nicht mehr zu ersetzen
- Höhe SEV-Kosten

Hierzu wurden Zugeständnisse im Rahmen des Nachtrags gemacht.

Das Angebot der Transdev Regio Ost GmbH wurde am 31.01.2025 dem ZVNL und dem ZVMS vorgelegt. Dies besteht aus dem Leistungsverzeichnis mit dem verbindlichen Leistungspreis, dem Kalkulationsschema und einem Anschreiben. Im Anschreiben weist das EVU auf geänderte Preiskonditionen hin, welche aus Rahmen- und Tarifverträgen resultieren. Dies wird auf den Anstieg der Personalkosten und den Rückgang der produktiven Arbeitszeit zurückgeführt.

**Anlage:** Auswertung Angebot

**Vorlage 05/2025**  
**RB 110 – Interimsjahr 2025/2026**

**Anlage zu den Erläuterungen – Auswertung Angebot**

**Von einer Veröffentlichung wird gemäß §36b SächsGemO abgesehen.**

digitale Kopie ZVNL

digitale kopie ZVNL

SCHUMANN RECHTSANWÄLTE NOTARE Kleiststraße 23-26 10787 Berlin

**Nur per E-Mail**

Zweckverband für den Nahverkehrsraum Leipzig  
Herr Bernd Irrgang  
Emilienstraße 16  
04107 Leipzig

Dr. Thomas Stockmann  
Sekretariat: Heike Heinrich  
Telefon: +49 (30) 28 88 66-21  
Telefax: +49 (30) 28 88 66-25  
E-Mail: thomas.stockmann@schumann-law.de

Berlin, 24.01.2024  
Ihr Zeichen:

Unser Zeichen: BS23-20

**Verkehrsvertrag Mitteldeutsches S-Bahn-Netz I (MDSB-I)  
Interimsleistungen von Dezember 2025 bis Dezember 2026**

Sehr geehrter Herr Irrgang,

wie in der Videokonferenz am 29.11.2023 erbeten, nehmen wir nachfolgend zur Vergabe von Interimsleistungen im Mitteldeutschen S-Bahn-Netz zwischen dem Fahrplanwechsel im Dezember 2025 bis zum Fahrplanwechsel im Dezember 2026 Stellung.

DR. THOMAS STOCKMANN  
RECHTSANWALT

DR. MICHAELA EISELE  
RECHTSANWÄLTIN

DIRK KLEINER  
RECHTSANWALT

RALPH RICHTER  
RECHTSANWALT <sup>1)</sup>

RENÉ BUSCHER  
RECHTSANWALT <sup>2)</sup>

THOMAS H. MEIER  
RECHTSANWALT <sup>1)</sup>

SANDRA KURTZAHN  
RECHTSANWÄLTIN <sup>\*) 1)</sup>

WIBKE BERENS  
RECHTSANWÄLTIN <sup>\*) 1)</sup>

PHILIPP HENZE  
RECHTSANWALT <sup>\*)</sup>

MARCUS RINGELHAN  
RECHTSANWALT <sup>\*)</sup>

NADINE BIERIG  
RECHTSANWÄLTIN <sup>\*) 1)</sup>

SUSANNE SCHRADER  
RECHTSANWÄLTIN <sup>\*)</sup>

LUKAS KOHLBERG  
RECHTSANWALT <sup>\*)</sup>

FRANK DOEHLERT  
RECHTSANWALT <sup>\*) 1)</sup>

RAPHAEL GRUM  
RECHTSANWALT <sup>\*)</sup>

SANDRA BORDIEHN  
RECHTSANWÄLTIN <sup>\*) 1)</sup>

MAX-MARIAN GLÄSER  
RECHTSANWALT <sup>\*)</sup>

FRANK SCHUMANN  
RECHTSANWALT UND NOTAR

PETER M. GLÄSER  
RECHTSANWALT UND NOTAR

<sup>\*)</sup> nicht Partner/Partnerin der Partnerschaftsgesellschaft

<sup>1)</sup> Fachanwalt/Fachanwältin für Miet- und Wohnungseigentumsrecht  
<sup>2)</sup> Fachanwalt/Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht

SCHUMANN Rechtsanwälte  
Partnerschaft mbB  
AG Charlottenburg PR 468 B

Kleiststraße 23-26  
10787 Berlin

www.schumann-law.de

## Inhaltsverzeichnis

A.	Sachverhalt und Prüfauftrag .....	3
B.	Zusammenfassendes Ergebnis .....	5
C.	Rechtliche Begründung .....	6
I.	Notmaßnahme nach Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 .....	6
1.	Unmittelbare Gefahr der Unterbrechung des Verkehrsdienstes.....	6
2.	Art der Notmaßnahme .....	8
a)	Direktvergabe .....	8
b)	Förmliche Vereinbarung über die Ausweitung eines öDA.....	8
c)	Auferlegung .....	9
3.	Dauer der Notmaßnahme.....	10
4.	Auswahlermessen .....	10
II.	Umsetzung der Notmaßnahme .....	10
a)	Wahl zwischen Direktvergabe und Verlängerung des Verkehrsvertrags MDSB I .....	10
b)	Überkompensationskontrolle .....	11



## **A. Sachverhalt und Prüfauftrag**

Der Zweckverband für den Nahverkehrsraum Leipzig (ZVNL) schloss durch Zuschlag am 21.09.2010 gemeinsam mit fünf weiteren Aufgabenträgern den Verkehrsvertrag für die Erbringung von SPNV-Leistungen im Mitteldeutschen S-Bahn-Netz (VV MDSB I) mit der S-Bahn Mitteldeutschland GmbH, einer Tochtergesellschaft der DB Regio AG. Seit der Fusion zwischen der S-Bahn Mitteldeutschland GmbH und der DB Regio AG im Jahr 2011 ist die DB Regio AG Auftragnehmerin des Verkehrsvertrags.

Der VV MDSB-I hat nach § 20 Satz 2 BVB eine Laufzeit von zwölf Jahren, vom Fahrplanwechsel im Dezember 2013 bis zum Fahrplanwechsel im Dezember 2025.

Für die Leistungen im Mitteldeutschen S-Bahn-Netz ab dem Fahrplanwechsel im Dezember 2025 führte der ZVNL zusammen mit den weiteren Aufgabenträgern Land Sachsen-Anhalt, Zweckverband Verkehrsverbund Mittelsachsen, Zweckverband Öffentlicher Personennahverkehr Vogtland, Freistaat Thüringen sowie der ZVNL Schienenfahrzeug GmbH das Vergabeverfahren MDSB2025plus durch. Während des Vergabeverfahrens wurde es erforderlich, die Leistungsbeschreibung dahingehend zu ändern, dass die Betriebsaufnahme für die Leistungen erst zum Fahrplanwechsel im Dezember 2026 erfolgt.

Für die Leistungen des Verkehrsvertrags MDSB2025plus erteilten die Aufgabenträger den Zuschlag für das Los 1 an die DB Regio AG und für das Los 2 an die Die Länderbahn GmbH DLB.

Aufgrund des geänderten Zeitpunkts der Betriebsaufnahme besteht ein Beschaffungsbedarf für die Erbringung von Interimsverkehrsleistungen vom Fahrplanwechsel im Dezember 2025 bis zum Fahrplanwechsel im Dezember 2026. Änderungen der Fernverkehrsfahrpläne ab Dezember 2025 machen für den Interimszeitraum eine umfassende Anpassung der Fahrpläne gegenüber den derzeitigen Fahrplänen des MDSB-I erforderlich.

Nach Ihrer Angabe verfügt lediglich die DB Regio AG als Bestandsbetreiberin über eine ausreichende Anzahl von Fahrzeugen für die Erbringung der Interimsleistungen. Zudem sind danach auf dem Markt für gebrauchte Fahrzeuge nicht ausreichend passende Fahrzeuge vorhanden. Des Weiteren würde die DB Regio AG nach Ihrer Erwartung für die Interimsleistungen einen erheblich höheren Preis fordern als für die Leistungen des VV MDSB-I. Sie rechnen zudem damit, dass die DB Regio AG in Verhandlungen versuchen wird, aus ihrer Sicht ungünstige Konditionen des VV MDSB-I

abzuändern. Hierzu zählen zum Beispiel das Einnahmenrisiko für Fahrgeldeinnahmen und Abzüge für Schlechtleistungen.

Es soll daher nachfolgend geprüft werden, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Vergabe der Interimsleistungen an die DB Regio AG erfolgen kann.

Sofern der Sachverhalt oder der Prüfauftrag nachfolgend unzutreffend oder unvollständig wiedergegeben sein sollte, bitten wir um einen Hinweis.

digitale Kopie ZVNL

## **B. Zusammenfassendes Ergebnis**

1. Es spricht viel dafür, dass eine Beauftragung der DB Regio AG mit Interimsleistungen im Mitteldeutschen S-Bahn-Netz im Wege einer Notmaßnahme nach Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 zulässig ist.
2. Als Notmaßnahme im Sinne von Art. 5 Abs. 5 Unterabs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 kommt entweder die Verlängerung der Vertragslaufzeit des VV MDSB-I mit der DB Regio AG mit den erforderlichen inhaltlichen Anpassungen oder die Direktvergabe eines neuen Verkehrsvertrags für den Interimszeitraum an die DB Regio AG in Betracht.
3. Überlegungen der Verhandlungstaktik sprechen für eine Verlängerung des VV MDSB-I mit den erforderlichen inhaltlichen Anpassungen und gegen die Direktvergabe eines neuen Verkehrsvertrags. Denn mit einer Verlängerung des Bestandsvertrags würde ein Text mit den bisherigen für die Aufgabenträger günstigen Regelungen, beispielsweise zur Verteilung des Fahrgeld-Einnahmenrisikos zum Abzug bei Leistungsstörungen, den Ausgangspunkt der Verhandlungen bilden.
4. Für die Vergütung der Leistungen im Interimszeitraum ist sicherzustellen, dass diese nach den Bestimmungen des Anhangs der VO (EG) Nr. 1370/2007 berechnet wird, um eine Überkompensation der DB Regio AG auszuschließen. Hierzu sollten Regelungen in den Nachtrag zur Verlängerung des Verkehrsvertrags aufgenommen werden.
5. Für den derzeit nicht absehbaren Fall, dass Verhandlungen mit der DB Regio AG nicht zu einem für die Aufgabenträger zumutbaren Ergebnis führen, kommt eine Auferlegung der Verkehrsleistungen nach Art. 5 Abs. 5 Unterabs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 in Betracht. Dabei begründet ein belastender Verwaltungsakt der Aufgabenträger gegenüber dem EVU dessen Pflicht zur Durchführung der Verkehrsleistung. Die Auferlegung ist nur unter engen Voraussetzungen zulässig und führt zu einer Ausgleichsverpflichtung der Aufgabenträger gegenüber dem EVU, die sich an den Kosten des EVU für die Leistungserstellung orientiert.

## **C. Rechtliche Begründung**

### **I. Notmaßnahme nach Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007**

Es spricht viel dafür, dass eine Beauftragung der DB Regio AG mit Interimsleistungen im Mitteldeutschen S-Bahn-Netz im Wege einer Notmaßnahme nach Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 zulässig ist.

Die Vertragslaufzeit des VV MDSB-I kann dabei nach Art. 5 Abs. 5 Unterabs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 um ein Jahr verlängert werden.

Alternativ wäre es möglich, mit der DB Regio AG für den Interimszeitraum im Wege der Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 5 Unterabs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 einen neuen Verkehrsvertrag zu schließen.

#### **1. Unmittelbare Gefahr der Unterbrechung des Verkehrsdienstes**

Eine Notmaßnahme nach Art. 5 Abs. 5 Unterabs. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 ist im Fall einer Unterbrechung des Verkehrsdienstes oder bei unmittelbarer Gefahr des Eintretens einer solchen Situation zulässig. Eine Unterbrechung des Verkehrsdienstes ist derzeit noch nicht eingetreten. Überwiegende Gründe sprechen jedoch dafür, dass eine unmittelbare Gefahr einer Unterbrechung des Verkehrsdienstes vorliegt.

Wann von einer unmittelbaren Gefahr der Unterbrechung eines Verkehrsdienstes auszugehen ist, definiert Art. 5 der VO (EG) Nr. 1370/2007 nicht.

Bei der Bestimmung des Begriffs der unmittelbaren Gefahr werden zum Teil verwaltungsrechtliche Grundsätze herangezogen, wonach unter einer unmittelbaren Gefahr eine Sachlage zu verstehen ist, die bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einer Verletzung des Schutzgutes führt (vgl. Zuck in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, Art. 5 VO (EG) 1370/2007, Rn. 104). Der zuständigen Behörde ist dabei ein Beurteilungsspielraum eingeräumt (vgl. Zuck aaO).

Teilweise wird in der Rechtsprechung für die Unmittelbarkeit der Gefahr im Sinne von Art. 5 Abs. 5 Unterabs. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 ein sehr enger zeitlicher Abstand der abhelfenden Maßnahme zum Schadenseintritt gefordert (VK Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 15.08.2019, 1 VK 2-19, Rn. 46, juris, im dort entschiedenen Fall verneint, insoweit aufgehoben von OLG Rostock, Beschluss vom 30.10.2019, 17 Verg 5/19). Ein erweiterter zeitlicher Abstand kann mit Blick auf den Zweck des Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 und die Eigenarten des ÖPNV, insbesondere des Eisenbahnwesens aber ausreichen, wenn eine rechtzeitige Abhilfe schon ab einem weiter entfernten Zeitpunkt nicht mehr möglich ist (VK Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 15.08.2019, 1 VK 2-19, Rn. 46, juris). Dies soll nach der Rechtsprechung etwa dann denkbar sein, wenn kein anderes Unternehmen aufgrund der nötigen betrieblichen und sonstigen Vorkehrungen rechtzeitig für die Erbringung der Dienstleistung zur Verfügung steht (vgl. VK Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 15.08.2019, 1 VK 2-19, Rn. 46, juris).

Da nach Ihrer Angabe lediglich die DB Regio AG als Bestandsbetreiberin über eine ausreichende Anzahl von Fahrzeugen für die Erbringung der Interimsleistungen verfügt und zudem auf dem Markt für gebrauchte Fahrzeuge nicht ausreichend passende Fahrzeuge vorhanden sind, spricht viel dafür, dass bereits jetzt eine unmittelbare Unterbrechung des Verkehrsdienstes droht. Zudem ist die Beschaffung einer ausreichenden Zahl von Neufahrzeugen bis zum Zeitpunkt der Betriebsaufnahme zum Fahrplanwechsel im Dezember 2025 nicht möglich.

Für das Vorliegen einer unmittelbaren Gefahr der Unterbrechung des Verkehrsdienstes würde zudem sprechen, wenn absehbar wäre, dass die DB Regio AG aufgrund fehlender Planungssicherheit ihre Bestandsfahrzeuge für den Zeitraum ab Dezember 2025 für anderweitige Leistungen vorsehen würde und diese Fahrzeuge damit nicht mehr für die Leistungen im MDSB gesichert wären.

Die unmittelbare Gefahr des Eintretens einer Unterbrechung des Verkehrsdienstes im Sinne von Art. 5 Abs. 5 Satz 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 begründet sich auch daraus, dass die bis zum Fahrplanwechsel im Dezember 2025 verbleibende Zeit für die Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens nicht mehr ausreicht. Denn das Vergabeverfahren für die Leistungen des Interimsjahrs darf erst ein Jahr nach der Veröffentlichung nach Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 begonnen werden, also bei einer Veröffentlichung noch im Januar 2024 erst im Januar 2025. Bei der Beschaffung von SPNV-Leistungen des benötigten Umfangs ist für die Durchführung des Vergabeverfahrens und die Vorbereitung der Betriebsaufnahme einschließlich

Personalrekrutierung durch das EVU ein deutlich längerer Zeitraum als zehneinhalb Monate erforderlich.

Für das Vorliegen einer unmittelbaren Gefahr der Unterbrechung ist schließlich unerheblich, auf welche Ursachen diese Gefahr zurückgeht oder wer diese Situation zu vertreten hat (vgl. Zuck in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, Art. 5 VO (EG) 1370/2007, Rn. 102). Es ist daher vorliegend unerheblich, ob die beteiligten Aufgabenträger die unmittelbare Gefahr der Unterbrechung des Verkehrsdienstes des MDSB durch einen früheren Beginn der Beschaffung der Interimsleistungen hätten verhindern können.

## **2. Art der Notmaßnahme**

Nach Art. 5 Abs. 5 Unterabs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 bestehen die Notmaßnahmen in der Direktvergabe oder einer förmlichen Vereinbarung über die Ausweitung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags oder einer Auflage, bestimmte gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen zu übernehmen.

### **a) Direktvergabe**

Unter Direktvergabe ist nach Art. 2 lit. h VO (EG) Nr. 1370/2007 die Vergabe eines neuen öffentlichen Dienstleistungsauftrags an einen bestimmten Betreiber eines öffentlichen Dienstes ohne Durchführung eines vorherigen wettbewerblichen Vergabeverfahrens zu verstehen (vgl. Badenhausen-Fähnle/Hübner in: Willenbruch/Wiedekind/Hübner, Vergaberecht, 5. Auflage 2023, Art. 5 VO 1370/2007, Rn. 127).

### **b) Förmliche Vereinbarung über die Ausweitung eines öDA**

Eine förmliche Vereinbarung über die Ausweitung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags liegt vor, wenn ein bestehender Verkehrsvertrag geändert wird. Unter die Formulierung „Ausweitung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags“ kann insbesondere die zeitliche Verlängerung eines bestehenden Vertrags gefasst werden (aA ohne nähere Begründung OLG Rostock, Beschluss vom

30.10.2019 - 17 Verg 5/19, Rn. 66, juris). Zwar ist die Bezeichnung „Ausweitung“ in der deutschen Fassung von Art. 5 Abs. 5 Unterabs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 insoweit nicht eindeutig, da darunter eine zeitliche oder inhaltliche Ausweitung verstanden werden kann. Auch die englische Fassung spricht insoweit von „to extend“, worunter sowohl eine zeitliche als auch eine inhaltliche Ausdehnung gefasst werden kann. Die französische Formulierung „prorogation“ spricht jedoch dafür, dass eine zeitliche Verlängerung bestehender Verträge gemeint ist. Denn das französische Substantiv „prorogation“ bedeutet „Verlängerung“ oder „Vertagung“ (vgl. <https://defr.dict.cc/?s=prorogation>, Abruf am 08.01.2024).

Es sind zudem keine Gründe dafür ersichtlich, weshalb nach Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 eine Direktvergabe eines neuen Verkehrsvertrags zulässig sein sollte, eine Vereinbarung über eine Verlängerung eines bestehenden Verkehrsvertrags jedoch nicht.

Es handelt sich bei der Ausweitung eines bestehenden Dienstleistungsauftrags um einen gesetzlich zulässigen Fall der wesentlichen Vertragsänderung (vgl. Linke/Prieß in: Linke, VO (EG) 1370/2007 2. Auflage. 2019, Art. 5, Rn. 217).

### c) Auferlegung

Eine Auflage im Sinne von Art. 5 Abs. 5 Unterabs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 1370/2007, die in Art. 5 Abs. 5 Unterabs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 1370/als Auferlegung bezeichnet wird, kommt nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur als ultima ratio in Betracht, wenn eine Direktvergabe oder eine förmliche Vereinbarung über die Ausweitung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags nicht möglich sind (Otting/Olgemöller/Tresselt in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 72, Rn. 54). Eine solche Situation ist vorliegend derzeit nicht ersichtlich. Sie könnte jedoch relevant werden, wenn eine Absicherung der Leistungen im Verhandlungswege nicht erreicht werden kann.

Bei der Auferlegung begründet ein belastender Verwaltungsakt der Aufgabenträger gegenüber dem EVU dessen Pflicht zur Durchführung der Verkehrsleistung (Linke/Prieß in: Linke, VO (EG) 1370/2007 2. Auflage. 2019, Art. 5, Rn. 218). Die Auferlegung führt zu einer Ausgleichsverpflichtung der Aufgabenträger gegenüber dem EVU, die sich an den Kosten des EVU für die Leistungserstellung orientiert.

### **3. Dauer der Notmaßnahme**

Nach Art. 5 Abs. 5 Unterabs. 2 Satz 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 darf der Zeitraum, für den ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag als Notmaßnahme vergeben, ausgeweitet oder dessen Übernahme auferlegt wird, zwei Jahre nicht überschreiten. Vorliegend ist ein Übergangszeitraum von einem Jahr abzudecken.

### **4. Auswahlmessen**

Die Auswahl des Verkehrsunternehmens für die Erbringung der Notmaßnahme liegt im Ermessen der zuständigen Behörde (vgl. Otting/Olgemöller/Tresselt in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 72, Rn. 51). Sofern lediglich die DB Regio AG als Bestandsbetreiberin über eine ausreichende Anzahl von Fahrzeugen für die Erbringung der Interimsleistungen verfügt und zudem auf dem Markt für gebrauchte Fahrzeuge nicht ausreichend passende Fahrzeuge vorhanden sind, kommt nur die DB Regio AG für die Erbringung der Verkehrsleistungen in Betracht.

## **II. Umsetzung der Notmaßnahme**

### **a) Wahl zwischen Direktvergabe und Verlängerung des Verkehrsvertrags MDSB I**

Verhandlungstaktische Gesichtspunkte sprechen für, dass eine Verlängerung des VV MDSB-I und gegen eine Direktvergabe eines neuen Verkehrsvertrags auf neuer vertraglicher Grundlage. Denn bei einer Vertragsverlängerung wird die DB Regio AG ausschließlich um ein Angebot für die Leistungserbringung mit einem angepassten Fahrplan gebeten, ohne dass wesentliche Regelungen des VV MDSB-I, beispielsweise das Fahrgeld-Einnahmenrisiko oder Abzugsregelungen zur Disposition gestellt werden. Es besteht dann ein größerer Argumentationsaufwand der DB Regio AG, um Änderungen des Vertrags durchzusetzen, als bei Verhandlungen über einen neuen Verkehrsvertrag.



## **b) Überkompensationskontrolle**

Für die Vergütung der Leistungen im Interimszeitraum ist sicherzustellen, dass diese nach den Bestimmungen des Anhangs der VO (EG) Nr. 1370/2007 berechnet wird, sodass eine Überkompensation der DB Regio AG ausgeschlossen wird. Hierzu sollten Regelungen in den Verkehrsvertrag aufgenommen werden.

Nach Art. 6 Abs. 1 Satz 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 unterliegt jede wie auch immer beschaffene Ausgleichsleistung im Zusammenhang mit einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag, der nicht gemäß Artikel 5 Absatz 1, Absatz 3 oder Absatz 3b vergeben wurde oder im Zusammenhang mit einer allgemeinen Vorschrift steht, über Art. 4 hinaus den Bestimmungen des Anhangs.

Nach Ziffer 1 des Anhangs der VO (EG) Nr. 1370/2007 sind Ausgleichsleistungen im Zusammenhang mit direkt vergebenen öffentlichen Dienstleistungsaufträgen gemäß Artikel 5 Absatz 5 nach den Regeln dieses Anhangs zu berechnen.

Die Ausgleichsleistung darf nach Ziffer 2 Satz 1 des Anhangs der VO (EG) Nr. 1370/2007 den Betrag nicht überschreiten, der dem finanziellen Nettoeffekt der Summe aller (positiven oder negativen) Auswirkungen der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen auf die Kosten und Einnahmen des Betreibers eines öffentlichen Dienstes entspricht.

Nach Ziffer 2 Satz 1 des Anhangs der VO (EG) Nr. 1370/2007 werden die Auswirkungen beurteilt anhand des Vergleichs der Situation bei Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung mit der Situation, die vorläge, wenn die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung nicht erfüllt worden wäre.

Es ist in der Literatur umstritten, zu welchem Zeitpunkt die Überkompensationskontrolle nach den Regelungen des Anhangs der VO (EG) Nr. 1370/2007 erfolgen muss; in Betracht kommt insoweit eine Prüfung vor Beginn der Leistungserstellung (ex ante) oder nach der Leistungserstellung (ex post) bzw. zu beiden Zeitpunkten (vgl. dazu Linke/Lübbig in: Linke, VO (EG) 1370/2007, 2. Auflage. 2019, Anhang, Rn. 20b). Nach diesseitiger Kenntnis wird die Prüfung in der Praxis überwiegend vor Beginn der Leistungserstellung durchgeführt.

Für die Durchführung der Überkompensationskontrolle hat sich in der Praxis ein Verfahren etabliert, bei dem ein Wirtschaftsprüfungsbüro die Übereinstimmung der Vergütung mit dem Anhang der VO (EG) Nr. 1370/2007 überprüft (vgl. auch Linke/Lübbig in: Linke, VO (EG) 1370/2007, 2. Auflage. 2019, Anhang, Rn. 21), wobei häufig die Aufgabenträger keine Einsicht in die zugrundeliegenden Unternehmensdaten und Daten der Kalkulation erhalten, sondern nur eine Zusammenfassung und einen Bestätigungsvermerk.

Sofern abweichend von den Regelungen des VV MDSB-I eine Anpassung von Minderungsregelungen oder eine Übernahme von des Einnahmerisikos für Fahrgeldeinnahmen durch die Aufgabenträger erfolgen soll, sind im Grundsatz auch die sich daraus ergebenden Auswirkungen auf die Risiken des EVU in die Überkompensationskontrolle einzubeziehen.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Thomas Stockmann  
– Rechtsanwalt –

digitale Kopie ZVMD