



One Team.
One Goal.

Orth Kluth Newsletter

Neue Auslegungsleitlinien zu der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße

Hintergrund

Die Europäische Kommission hat am 26. Juni 2023 neue Auslegungsleitlinien zur Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007, die bereits am 3. Dezember 2009 in Kraft trat, veröffentlicht. In der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 sind die Bedingungen festgelegt, unter denen öffentliche Verkehrsdienste, die die Eisenbahn und andere schienengestützte

Verkehrsträger erbringen oder die auf der Straße erbracht werden, organisiert und finanziert werden können. Sie gilt damit insbesondere für Busse, Straßenbahnen, U-Bahnen und Eisenbahnen. Im Jahr 2014 veröffentlichte die Kommission erstmalig eine Mitteilung über die Auslegungsleitlinien zu der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, mit der sie ihr Verständnis einiger Bestimmungen der Verordnung darlegte.



Seit Inkrafttreten der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 hat sich der Rechtsrahmen aber weiterentwickelt. Im Jahr 2016 wurde die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 umfassend geändert. Darüber hinaus hat der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) einzelne Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 im Rahmen einiger Grundsatzentscheidungen ausgelegt. Die nunmehr erfolgte Anpassung der Auslegungsleitlinien aus dem Jahr 2014 ist den erwähnten Änderungen der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 und der Verordnung (EU) 2016/2338 im Rahmen des vierten Eisenbahnpakets geschuldet.

I. Bedeutung für die Praxis

Die Auslegungsleitlinien haben keine bindende Wirkung. Sie enthalten aber Erläuterungen dazu, wie die Kommission selbst die Bestimmungen der Verordnung (EG) 1370/2007 auslegt und stellen damit eine wertvolle Hilfe für die Praxis – dabei allen voran die Aufgabenträger auf dem Gebiet des ÖPNV und SPNV sowie die Gerichte – dar. Die Auslegungsleitlinien können also von nationalen Gerichten herangezogen

werden und bieten so Anwendern eine Orientierungshilfe. Sofern im Einzelfall von der in den Auslegungsleitlinien zum Ausdruck kommenden Meinung der Europäischen Kommission abgewichen werden soll, wird dadurch eine besondere Begründung erwartet werden. Die verbindliche Auslegung der Verordnung (EG) 1370/2007 obliegt hingegen dem EuGH.

II. Kerninhalte der neuen Auslegungsleitlinie

Inhaltlich orientiert sich die Struktur der Auslegungsleitlinie – wie schon beim Vorgänger aus dem Jahr 2014 – an der Verordnung (EG) 1370/2007. Die Auslegungsleitlinie trifft Bestimmungen zu folgenden – insbes. für den deutschen Verkehrsmarkt relevanten – Punkten:

- Klarstellung zum Anwendungsbereich der Verordnung (EG) 1370/2007, Abgrenzung zu den allgemeinen Vergaberichtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU und Hinweise zur Unterscheidung zwischen Dienstleistungsverträgen und Dienstleistungskonzessionen
- Definition gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen und allgemeiner Vorschriften,
- Bedingungen für die Vergabe von Unteraufträgen,
- Bestimmungen zum Arbeitnehmerschutz bei einem Betreiberwechsel,
- Bestimmungen zum Zugang zu Eisenbahn-Rollmaterial,
- Änderung öffentlicher Dienstleistungsaufträge und Voraussetzungen einer Änderung ohne Neuvergabe,
- Bestimmungen zur wettbewerblichen Vergabe, sowie Ausnahmen vom Wettbewerbs-Grundsatz
- Bestimmungen zu den Tatbestandsvoraussetzungen der Notvergabe nach

Art. 5 Abs. 5 der Verordnung (EG) 1370/2007,

- Bestimmungen zur Direktvergabe von Personenbeförderungsleistungen im Eisenbahnverkehr,
- Bestimmungen zu Ausgleichsleistungen für öffentliche Dienstleistungen,
- Erweiterung der Überkompensationskontrolle und Definition des „angemessenen Gewinns“
- Klarstellungen in Bezug auf KMU-Vergaben nah Art. 5 Abs. 4 der Verordnung (EG) 1370/2007,
- Erläuterungen zu sog. on-demand-Verkehren,
- Bestimmungen zu Veröffentlichungs- und Transparenzpflichten.

III. Fokus I: Gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen

1. Definition und Umfang gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen

Für die Praxis besonders beachtenswert ist der Abschnitt 2.2.3. zu „*Festlegung von Art und Umfang gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen sowie des Anwendungsbereichs öffentlicher Dienstleistungsaufträge*“. Denn darin werden Ausführungen zum Verhältnis der Daseinsvorsorge und dem Binnenmarkt getroffen. Die sog. neue *Bedarfsprüfung* für die Festlegung von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ist für die Verkehrs-Vergabep Praxis von zentraler Bedeutung. In den Leitlinien legt die Kommission mit der Bedarfsprüfung ein deutlich abgeändertes Verständnis für die Ermittlung der Erforderlichkeit gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen dar. Nach bisherigem Verständnis der Verordnung (EG) 1370/2007 stand den Mitgliedstaaten ein weites Ermessen in der Frage zu, wie sie gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen definieren. Nunmehr wird in den

Auslegungsleitlinien eine Kehrtwende hin zu einem „Vorrang kommerzieller Personenverkehrsdienste“ erkennbar.

Bevor gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen getroffen werden, ist nach Auffassung der Kommission ein „*tatsächlichen Bedarf*“ darzulegen. Dies erfordert im Detail eine 3-Schritt-Prüfung, ob:

- eine Nachfrage seitens der Nutzer besteht,
- diese Nachfrage nicht durch Marktteilnehmer – sei es auch nur teilweise – ohne gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen befriedigt werden kann,
- dem Ansatz der Vorzug zu geben ist, der zur Erfüllung des so ermittelten Bedarfs die Grundfreiheiten am wenigsten einschränkt, und das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarktes am wenigsten beeinträchtigt.

2. Konsequenzen für die Praxis

Bzgl. der konkreten Anforderungen an die Bedarfsprüfung bleiben für die Praxis noch Fragen bestehen. Bei der Bewertung der Nachfrage ist nicht mehr nur auf die gegenwärtige und zukünftige Nachfrage abzustellen, sondern auch die Nachfrage, „*die sich nach vernünftigem Ermessen aus politischen Zielen wie der Förderung eines nachhaltigen Verkehrs, der regionalen Konnektivität, der öffentlichen Gesundheit oder des sozialen Zusammenhalts ergeben kann*“. Die Ermittlung der Nachfrage nach öffentlichen Verkehrsdiensten muss hierbei einer ex-ante-Bewertung zugänglich sein. Konkret bedeutet diese Prüfung also einen Vergleich der Situation mit und ohne die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung unter Analyse des Marktangebots bzw. Inanspruchnahme von Markterkundungen. Ein „Marktversagen“ ist in diesem Rahmen

aber nicht mehr erforderlich, sondern es genügt eine „Analyse des Marktangebots“. Weist der Mitgliedstaat nicht nach, dass der Umfang der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung „notwendig und im Hinblick auf einen wirklichen Bedarf verhältnismäßig ist“, kann dies nach Auffassung der Unionsgerichte einen offensichtlichen Beurteilungsfehler darstellen, den die Kommission zu berücksichtigen hat. Zumindest für den PBefG-Linienverkehr wird dies aufgrund des geltenden Vorrangs der Eigenwirtschaftlichkeit im Rahmen der Vorab-Untersuchung folglich zu keinen erheblichen Änderungen in der Praxis führen. Ob der freie Markt allein es schafft, vor dem Hintergrund klima-, umweltpolitischer und raumstruktureller Zielvorgaben, eigenwirtschaftliche Verkehrsangebote zu entwickeln, bleibt offen.

Eine Abkehr vom Ziel der Minimierung notwendiger Ausgleichszahlungen, hin zu einem stärkeren Vorrang kommerzieller Verkehrsdienste, kann jedenfalls im Ergebnis dazu führen, dass Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen für mit dem Binnenmarkt unvereinbar angesehen werden und eine Rückforderung der Ausgleichsleistung vom begünstigten Betreiber von Verkehrsdienstleistungen droht.

IV. Fokus II: „Weiche“ Erweiterung der Überkompensationskontrolle auf wettbewerbliche Vergaben

Weiterhin beachtenswert für die Praxis, ist die unter Ziff. 2.6.1. und 2.6.3. gefasste Erweiterung der Überkompensationskontrolle durch die Kommission.



Die Kommission teilt darin der Auffassung, dass ein wettbewerbliches Vergabeverfahren zwar ein „*offenes, transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren darstellt, [...] welches die geringsten Kosten für die Allgemeinheit*“ mit sich bringt. Allerdings ist sie der Auffassung, dass ein wettbewerbliches Vergabeverfahren allein nicht sicherstellt, dass Ausgleichsleistungen an Betreiber von Verkehrsdienstleistung für die Einhaltung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen nicht über das erforderliche Maß hinausgehen (Überkompensation).

Aufgrund dessen „*empfiehlt*“ die Kommission, auch für wettbewerbliche Vergaben eine Überkompensationskontrolle „*anhand der Kosten und Einnahmen sowie der normalerweise im Vertrag festgelegten Obergrenze für den Gewinn*“ durchzuführen. Der „*angemessene Gewinn*“ ist nach Ziff. 2.6.4. „*über die gesamte Laufzeit des Auftrags zu ermitteln*“.

Zwar ist die Anwendung des Anhangs der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 und die Überkompensationskontrolle auch in der Vergangenheit im Einzelfall im Falle von

wettbewerblichen Vergaben möglich und geboten gewesen. Für eine Erweiterung der Anwendung der Überkompensationskontrolle finden sich jedoch weder in den Novellen der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, EU-VO 2016/2338 noch in der europäischen Rechtsprechung Anlässe. Insbesondere für Vergaben in wettbewerbsarmen Eisenbahnverkehren wird somit mit einer Zunahme von Überkompensationskontrollen zu rechnen sein.

V. Fokus III: Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 auf On-Demand-Verkehre

Schließlich teilt die Kommission in Ziff. 2.1.6. die Auffassung, dass „On-Demand-Verkehre“ – bzw. öffentliche Verkehrsdienste auf Abruf – unter bestimmten Voraussetzungen unter den Anwendungsbereich der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 fallen können.

Sind öffentliche On-Demand-Verkehre *„Gegenstand eines ausschließlichen Rechts und/oder einer Ausgleichsleistung für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen, [...] und sind sie von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und werden für die Allgemeinheit diskriminierungsfrei und fortlaufend erbracht“*, so können diese nach Auffassung der Kommission in den

Anwendungsbereich der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 fallen.

Für die deutsche Verkehrs-Praxis bedeutet dies insbesondere, dass Linienbedarfsverkehre nach § 44 PBefG als öffentliche Dienstleistungsaufträge vergeben werden können, sofern sie Daseinsvorsorge-Leistungen erbringen.

Gerne beantworten Ihnen unsere Mobilitätsexpertinnen und -experten etwaige Fragen zu den neuen Auslegungsleitlinien der Kommission. Ihre Ansprechpartnerinnen und Ansprechpartner können Sie der nachfolgenden Übersicht entnehmen.

Die Auslegungs-Leitlinien – C (2023) 3978 final – können [hier](#) heruntergeladen werden.

Ihre Ansprechpartner



Dr. Anselm Grün
Rechtsanwalt, Notar, Partner
T +49 30 509320-0
anselm.gruen@orthkluth.com



Dr. Michael Sitsen
Rechtsanwalt, Partner
T +49 211 60035-414
michael.sitsen@orthkluth.com



Alexander Falk
Rechtsanwalt, Salary Partner
T +49 211 60035-312
alexander.falk@orthkluth.com



Maria Najdenova
Rechtsanwältin, Salary Partnerin
T +49 211 60035-202
maria.najdenova@orthkluth.com

One Team.
One Goal.