

OPPENLÄNDER

RECHTSANWÄLTE



# Leitlinien der Kommission zur Verordnung (EG) Nr. 1370/2007

– Praxisfragen  
rund um öffentliche Dienstleistungsaufträge

Rechtsanwältin Julia Felger

OPPENLÄNDER Rechtsanwälte Partnerschaft mbB

10. Jenaer Gespräche zum Recht des ÖPNV 2024 am 08.11.2024

„Knapp 10 Jahre nach den letzten Auslegungsleitlinien nimmt die Kommission mit ihren neuen Auslegungsleitlinien teilweise längst überfällige Aktualisierungen vor... Die Wirkungen in der Praxis dürften damit einer Verordnungsänderung sehr nahe kommen.“

(Jürschik-Grau/Lenz, EuZW 2023, 829, 832)



# INHALTE

- I.** Neue Auslegungsleitlinien der Kommission
- II.** Neuerungen bei der Auftragsvergabe
- III.** Auftragsvergabe nur noch bei tatsächlichem Bedarf
- IV.** Vertragsgestaltung und Vertragsänderung
- V.** Exkurs: Anwendung der VO auf Seilbahnen
- VI.** Fazit

# ❖ I. Neue Auslegungsleitlinien der Kommission

- ❖ Knapp 10 Jahre nach den ersten Auslegungsleitlinien zur VO 1370/2007 (2014/C 92/01 vom 29.03.2014) hat die Kommission **neue Auslegungsleitlinien** veröffentlicht (2023/C 222/01).
- ❖ Die neuen Auslegungsleitlinien **überlagern die alten** Auslegungsleitlinien (**überall?**) und wirken sich unmittelbar auf Verkehrsvergaben aus.
- ❖ Die Leitlinien **binden** zwar **nicht die Gerichte oder nationalen Behörden**, aber die zur Überwachung des Europarechts zuständige **Kommission** (vgl. EuGH, Urt. v. 11.07.2013, C-439/11 P, Rn. 59).
- ❖ Die Bindung der Kommission führt dazu, dass sich auch die Praxis danach richtet; die **Änderungen wirken** sich daher **erheblich** aus.

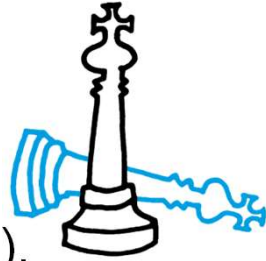
## ❖ II. Neuerungen bei der Auftragsvergabe

- ❖ In Deutschland spielt die Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen (ÖDA) im ÖPNV vor dem Hintergrund der strukturellen Änderungen (u.a. Deutschlandticket, Verteuerung, etc.) eine **immer größere Rolle**.
- ❖ Denn Ausgleichsleistungen dürfen **nur über ÖDAs oder Allgemeine Vorschriften** (nur Höchsttarife) gewährt werden (Art. 3 Abs. 1 und 2 VO 1370/2007).
- ❖ Schon hier setzen die neuen Auslegungsleitlinien der Kommission an und erlauben die **Vergabe von ÖDAs nur noch unter bestimmten Voraussetzungen** (Marktanalyse und Vorrang Allgemeiner Vorschriften).
- ❖ Defizitäre und nicht defizitäre Verkehre dürfen auch **nur noch ausnahmsweise zusammen vergeben** werden (Ziff. 2.2.3 neue Auslegungsleitlinien). Wie passt das zum PBefG als Grund für die Gesamtnetzbildung („keine Rosinenpickerei“)?
- ❖ Außerdem wird die Vertragsgestaltung weiter vorgegeben.

# ❖ III. Auftragsvergabe nur noch bei tatsächlichem Bedarf

## 1. Marktanalyse (1)

- ❖ Voraussetzung für die Auftragsvergabe ist ein „**tatsächlicher Bedarf**“ an gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen (Ziff. 2.2.3 neue Auslegungsleitlinien).
- ❖ Das setzt nach Auffassung der Kommission eine **Marktanalyse** voraus, die **drei Dinge klären** muss:
  1. Besteht Nachfrage seitens der Nutzer?
  2. Kann die Nachfrage ohne gemeinwirtschaftliche Verpflichtung (ÖDA) befriedigt werden?
  3. Gibt es mildere Mittel?
- ❖ Wie lässt sich das **in der Praxis umsetzen**? Der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit wird dafür kaum ausreichen.
- ❖ Aufgegriffen sollte das Thema jedenfalls in der **Vergabedokumentation und ggf. auch in der Vorabbekanntmachung**.



# ❖ III. Auftragsvergabe nur noch bei tatsächlichem Bedarf

## 1. Marktanalyse (2)

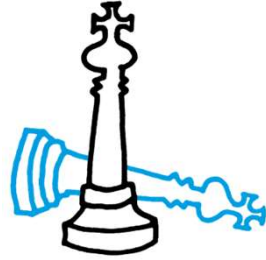
- ❖ Es muss festgestellt werden, ob eine Nachfrage seitens der Nutzer für die Dienstleistung besteht. Dabei sind u.a. **gegenwärtige und künftige Entwicklungen, politische Ziele oder auch Angebotsausweitungen und gewünschte Verkehrsverlagerungen** zu berücksichtigen.
- ❖ Für die Analyse können u.a. **historische Daten, repräsentative Umfragen oder öffentliche Konsultation** genutzt werden.
- ❖ Die Marktanalyse kann im Rahmen der sog. **Strategiepapiere** i.S.d. Art. 2a Abs. 1 VO 1370/2007 erfolgen (= **Nahverkehrsplan?**).
- ❖ Eigenwirtschaftliche Angebote sind **grundsätzlich vorrangig** zu berücksichtigen. Vergleichbare Verkehrsdienste anderer Verkehrsträger **können, müssen aber nicht** berücksichtigt werden.



# III. Auftragsvergabe nur noch bei tatsächlichem Bedarf

## 2. Vorrang Allgemeiner Vorschriften

- ❖ Die Kommission möchte die Auftragsvergabe nur noch dann zulassen, wenn sie „**verhältnismäßig**“ ist (Art. 2a Abs. 1 Satz 3 VO 1370/2007).
- ❖ Das bedeutet, dass die zuständige Behörde das **mildeste Mittel** anwenden muss.
- ❖ Bei reinen Tarifvorgaben geht die Kommission davon aus, dass eine **Allgemeine Vorschrift das mildeste Mittel ist**, also einem ÖDA vorgeht (Ziff. 2.2.3 neue Auslegungsleitlinien).



⚡ Wie passt dieses **Vorrangverhältnis** zum Wahlrecht in Art. 3 Abs. 2 VO 1370/2007, wonach **zwischen ÖDA und Allgemeiner Vorschrift** bei Höchsttarifen **gewählt** werden kann?



# ❖ IV. Vertragsgestaltung und Vertragsänderung


## 1. Hinweise zur Vertragsgestaltung

- ❖ Die Auslegungsleitlinien enthielten schon bisher **inhaltliche Hinweise zur Gestaltung der ÖDAs** u.a. zu Direktvergaben (z.B. zur Vergabe an einen internen Betreiber, zur Eigenerbringungsquote und zum Gebietskriterium).
- ❖ Bei den Vorgaben zur **Eigenerbringungsquote** hat die Kommission die EuGH-Entscheidung „Hörmann Reisen“ (Urt. v. 27.10.2016, C-292/15) nachvollzogen (Ziff. 2.2.6 neue Auslegungsleitlinien).
- ❖ Bei den Vorgaben zur **Trennungsrechnung weicht die Kommission von der Entscheidung des EuGH ab** und verlangt eine Trennung nach **einzelnen Verträgen**. Der EuGH hatte dagegen die Trennung zwischen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen und dem „Rest“ für ausreichend erachtet (vgl. EuGH, Urt. v. 28.06.2017, C-482/14; Ziff. 2.6.5. neue Auslegungsleitlinien).
- ❖ Auch bei **wettbewerblich vergebenen ÖDAs** ist nach Auffassung der Kommission eine **Überkompensationsprüfung durchzuführen** (Ziff. 2.6.1, 2.6.3 neue Auslegungsleitlinien).

# ❖ IV. Vertragsgestaltung und Vertragsänderung

## 2. Laufzeitbeginn und Rüstzeit

- ❖ Die Praxis steht schon bisher vor dem Problem, dass es **zwischen der Auftragsvergabe (Zuschlag) und der Inbetriebnahme** u.a. wegen Fahrzeugbeschaffungen **viel Zeit** braucht.
- ❖ Das stellt nun auch die Kommission klar, indem sie zwischen der Laufzeit und dem Betriebsbeginn unterscheidet (Ziff. 2.2.5 neue Auslegungsleitlinien).
- ❖ Es erfordert regelmäßig eine „**Mobilisierungsphase**“ (Rüstzeit), die von **einigen Wochen bis zu mehreren Jahren** dauern kann (Ziff. 2.2.5 neue Auslegungsleitlinien).

 Wie passt das zu § 8a Abs. 2 Satz 2 PBefG, wonach **maximal 27 Monate vor Betriebsbeginn** die Vorabbekanntmachung erfolgen darf?

# ❖ IV. Vertragsgestaltung und Vertragsänderung

## 3. Vertragsänderung während der Laufzeit

- ❖ Die VO 1370/2007 enthält anders als das allgemeine Vergaberecht **keine Regelung für Vertragsänderungen** während der Laufzeit.
- ❖ Die Kommission verweist aber auf das **Vergaberichtlinienrecht** (Ziff. 2.5.5 neue Auslegungsleitlinien).
- ❖ **Wesentliche Vertragsänderungen** sind demnach auch bei ÖDAs unzulässig bzw. stehen einer Neuvergabe gleich (§ 132 Abs. 1 Satz 1 GWB).
- ❖ Selbst bei Direktvergaben kann sich das auswirken: Eine wesentliche Änderung **löst erneut die Vorabbekanntmachungspflicht inkl. Jahresfrist** des Art. 7 Abs. 2 VO 1370/2007 aus (Verstoß beihilferechtlich relevant, da Entfallen der Legitimierungswirkung nach Art. 9 Abs. 1 VO 1370/2007).
- ❖ Neu ist, dass eine **Vertragsverlängerung während der Laufzeit** zulässig sein soll (Ziff. 2.2.5 neue Auslegungsleitlinien).

# ❖ V. Exkurs: Anwendung der VO auf Seilbahnen

## 1. Anwendung der VO 1370/2007 auf Seilbahnen

- ❖ Nach der „Cable Car for London“-Entscheidung der Kommission (27.06.2012, SA.34056) ging man davon aus, dass die VO 1370/2007 nicht für Seilbahnen gilt.
- ❖ Die neuen Auslegungsleitlinien zeigen, dass eine differenziertere Betrachtung nach Art der Seilbahn erforderlich ist.
- ❖ Denn die VO 1370/2007 gilt für den Personenverkehr mit der Eisenbahn und **anderen Arten des Schienenverkehrs** (Art. 1 Abs. 2 Satz 1 VO 1370/2007), also auch für „**schienengestützte Seilbahnen**“ (Ziff. 2.1.6 neue Auslegungsleitlinien).
- ❖ **Nicht** in den Anwendungsbereich fallen „**echte**“ Seilbahnen (Gondeln in der Luft).



# ❖ V. Exkurs: Anwendung der VO auf Seilbahnen

## 2. Beispiele für „Seilbahnen“

❖ Das bedeutet, dass etwa folgende „Seilbahnen“, in den Anwendungsbereich der VO 1370/2007 fallen:

- Magnetschwebebahn
- Zahnradbahn
- Standseilbahn (Bsp. aus Ziff. 2.1.6 neue Auslegungsleitlinien)



❖ Nicht in den Anwendungsbereich fallen:

- Seilbahnen mit Gondeln in der Luft,
- wie Seilschwebebahnen (vgl. Art. 3 Nr. 7 VO 2016/424 über Seilbahnen).
- Hier war die Kommission etwas unklar (Ziff. 2.1.6 neue Auslegungsleitlinien).
- So auch EuGH, Urt. v. 19.10.2023, Rs. C-186/22, Rn. 26 f. – Sad Trasporto Locale SpA.



**EuGH-Urteil mit  
Anmerkung  
Felger, EuZW  
2024, 35 ff.**

## VI. Fazit

- ❖ Die neuen Auslegungsleitlinien **wirken sich erheblich** auf die Vergabe neuer öffentlicher Dienstleistungsaufträge aus.
- ❖ Die Kommission geht bei ihrem Verständnis zum Teil **stark über den Verordnungstext** hinaus.
- ❖ Das führt zu **erheblichen Änderungen in der bisherigen Praxis**.
- ❖ Teilweise **muss die Praxis noch klären**, wie die Vorstellungen der Kommission zur bestehenden Rechtslage passen und wie sie umgesetzt werden.

 Fragen?



OPPENLÄNDER  
RECHTSANWÄLTE

---

# Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

**Julia Felger**  
Rechtsanwältin

OPPENLÄNDER Rechtsanwälte PmbB  
Börsenplatz 1  
70174 Stuttgart

T +49 (0) 711 60187 – 192  
F +49 (0) 711 60187 – 222  
E [julia.felger@oppenlaender.de](mailto:julia.felger@oppenlaender.de)  
[www.oppenlaender.de](http://www.oppenlaender.de)

