

## Aufsätze und Berichte

Rechtsanwältin Dr. Corina Jürschik-Grau, LL.M. und Rechtsanwalt Professor Dr. Christofer Lenz\*

### Umbruch bei Verkehrsvergaben?

#### Die neuen Auslegungsleitlinien zur VO (EG) Nr. 1370/2007

Der Beitrag beleuchtet, ob die neuen Kommissionshinweise zur Auslegung der VO (EG) Nr. 1370/2007 ein „Gamechanger“ sind oder ob weitgehend wie bisher verfahren werden kann. Klar ist in jedem Fall, dass die Hinweise der Kommission sich unmittelbar auf alle Verkehrsvergaben auswirken werden.

#### I. Einleitung

Für den Verkehrssektor gibt es mit der VO (EG) Nr. 1370/2007 (im Folgenden: VO (EG) 1370/2007) ein sektorspezifisches Vergabe- und Beihilferecht. Die Verordnung regelt, wie öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße vergeben und wie dafür beihilferechtskonform Ausgleichsleistungen gewährt werden können. Die Praxis wird durch einige EuGH-Entscheidungen, zwischenzeitlich viele Entscheidungen der Vergabenachprüfungsinstanzen und auch durch die Auslegungshinweise der Europäischen Kommission geprägt. Bisher waren das die Auslegungsleitlinien vom 29.3.2014.<sup>1</sup> Am 26.6.2023 hat die Kommission nun neue Auslegungsleitlinien veröffentlicht,<sup>2</sup> nachdem die Entwurfsfassung vom 2.12.2021 schon gut zwei Jahre zurücklag. Die neuen Auslegungsleitlinien überlagern die Leitlinien aus dem Jahr 2014 und wirken sich unmittelbar auf Verkehrsvergaben aus. Die Auslegungsleitlinien binden zwar nicht die Gerichte der EU, aber die zur Überwachung des Europarechts zuständige Kommission.<sup>3</sup> Dieser Beitrag beleuchtet, ob die neuen Kommissionshinweise ein „Gamechanger“ sind oder ob weitgehend wie bisher verfahren werden kann.

#### II. Abgrenzung zum allgemeinen Vergaberecht

Das Verhältnis zwischen VO (EG) 1370/2007 und den allgemeinen Vergaberichtlinien<sup>4</sup> regelt Art. 5 I 2 VO (EG) 1370/2007. Danach gilt das Vergaberegime<sup>5</sup> des Art. 5 VO (EG) 1370/2007 im Bereich der Busse und Straßenbahnen vereinfacht gesagt nur bei Dienstleistungskonzessionen, im Übrigen richtet sich die Vergabe nach den Vergaberichtlinien. Die Kommission erläutert dieses Verhältnis unter Angabe der Definition öffentlicher Dienstleistungsaufträge und Dienstleistungskonzessionen der (neuen) Vergaberichtlinien; die Kommission nimmt wie bisher<sup>6</sup> eine dynamische Verweisung an, obgleich der Verordnungstext die alten Vergaberichtlinien (2004/17 bzw. 18/EG) nennt.<sup>7</sup> Die Kommission stellt weiter klar, dass im Bereich der Busse und Straßenbahnen, wenn keine Dienstleistungskonzession vergeben wird, eine Direktvergabe als Inhouse-Geschäft nach Art. 5 I VO (EG) 1370/2007 iVm Art. 12 Vergaberichtlinie 2014/24/EU (in Deutschland umgesetzt durch § 108 GWB) in Betracht kommt.<sup>8</sup> Die Kommission vollzieht damit die Klarstellung nach, die sich aus zwei EuGH-Entscheidungen aus dem Jahr 2019<sup>9</sup> ergeben haben.

This article examines whether the new commission instructions on the interpretation of Regulation 1370/2007 are a „Gamechanger“ or whether the procedure can largely be continued as before. In any case, it is clear that the Commission's instructions will have a direct impact on all transport awards.

#### III. Öffentliche Dienstleistungsaufträge nur bei festgestelltem Bedarf

Die Kommission möchte die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (generell) nur noch unter bestimmten Voraussetzungen zulassen.<sup>10</sup> Eine der Voraussetzungen ist, dass ein tatsächlicher Bedarf an gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen besteht. Die Kommission ist dabei so zu verstehen, dass eine Marktanalyse drei Dinge klären muss. Erstens, ob eine Nachfrage seitens der Nutzer besteht. Zweitens, ob die Nachfrage auch ohne gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen (heißt: ohne öffentlicher Dienstleistungsauftrag) befriedigt werden kann. Und drittens muss jedenfalls der Bedarf unter größtmöglicher Wahrung der Grundfreiheiten gedeckt werden. Eine Marktanalyse soll aber auch nur dann erforderlich sein, wenn das Unionsrecht oder das nationale Recht einen freien Zugang zu der Dienstleistung eingeführt hat. Daran wird man im Eisenbahnbereich in Deutschland zweifeln können. Anders ist das aber im ÖPNV-Bereich. Im ÖPNV in Deutschland läge es an sich nahe, die Marktanalyse dort mit dem „Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit“ iSd § 8 IV 1 PBefG zu beantworten: Wird auf die Frist zur Abgabe eines eigenwirtschaftlichen Angebots (§ 12 VI PBefG) nach der Veröffentlichung der Vorabbekanntmachung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags kein Angebot abgegeben, spricht das für ein Marktversagen. Das berücksichtigt indes

\* Professor Dr. Christofer Lenz und Dr. Corina Jürschik-Grau, LL.M. sind Partner bei OPPENLÄNDER Rechtsanwälte in Stuttgart. Sie beraten, meistens als Team, schwerpunktmäßig den Verkehrssektor, auch zu allen Facetten von Verkehrsvergaben.

- 1 Mitteilung der Kommission über die Auslegungsleitlinien zu der VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (2014/C 92/01) v. 29.3.2014.
- 2 Bekanntmachung der Kommission über die Auslegungsleitlinien zu der VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straßen (2023/C 222/01) v. 26.6.2023, iF Auslegungsleitlinien.
- 3 EuGH ECLI:EU:C:2013:513 = NZKart 2013, 364 Rn.59 – P (C-439/11 P).
- 4 RL 2014/23-25/EU bzw. in Deutschland: GWB, VgV.
- 5 Gemeint sind nur die Abs. 2-6 des Art. 5 VO (EG) 1370/2007; im Übrigen gilt die VO (EG) 1370/2007 jenseits von Vergaben weiter (Art. 5 I 3 VO (EG) 1370/2007), also zB bei der Eigenerbringungsquote iSd Art. 4 VII VO (EG) 1370/2007.
- 6 Mitteilung der Kommission über die Auslegungsleitlinien zu der VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (2014/C 92/01) v. 29.3.2014, unter Nr. 2.2.1, S. 2 f.
- 7 Nr. 2.1.1 der Auslegungsleitlinien S. 3.
- 8 Nr. 2.5.1 der Auslegungsleitlinien ab S. 15 unter (vi).
- 9 EuGH ECLI:EU:C:2019:241 = EuZW 2019, 388 Rn. 81 – Verkehrsbetrieb Hüttebräucker ua (C-266/17, C-267/17) und EuGH ECLI:EU:C:2019:386 = NZBau 2019, 658 Rn. 29 – Rhenus Veniro (C-253/18).
- 10 Nr. 2.2.3 der Auslegungsleitlinien ab S. 7.

nicht die geforderte „Nachfrage seitens der Nutzer“.<sup>11</sup> Deshalb dürfte es geboten sein, die Analyse schon im Rahmen der Nahverkehrsplanung bzw. der Aufstellung von Nahverkehrsplänen vorzunehmen.

#### IV. Teilweiser Vorrang allgemeiner Vorschriften

Darüber hinaus möchte die Kommission die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge generell nur dann zulassen, wenn das „verhältnismäßig“ ist. Das leitet sie aus Art. 2a I VO (EG) 1370/2007 ab. Konkret bedeutet das, dass die zuständige Behörde das mildeste Mittel anwenden muss. Bezogen auf die VO (EG) 1370/2007 geht die Kommission davon aus, dass bei reinen Tarifmaßnahmen allgemeine Vorschriften das mildeste Mittel sind,<sup>12</sup> also einer Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge vorgehe.

Das halten wir nicht für überzeugend. Zwar bietet sich für Tarifmaßnahmen regelmäßig das Instrument der allgemeinen Vorschriften an, „verhältnismäßiger“ ist das aber nicht. Bei der Diskussion um Ausgleichszahlungen im Ausbildungsverkehr ist in Deutschland, insbesondere in Niedersachsen, ein Wahlrecht praktiziert worden. Diese Handhabung hat sich trotz Anrufung sowohl des EuG wie des EuGH im Ergebnis durchgesetzt.<sup>13</sup> Ein Vorrangverhältnis ergibt sich auch nicht aus der maßgeblichen Regelung in Art. 3 II VO (EG) 1370/2007, die den Behörden ein Wahlrecht zwischen öffentlichem Dienstleistungsauftrag und allgemeiner Vorschrift einräumt.<sup>14</sup>

Jedenfalls bedeuten die Aussagen, die die Kommission in den neuen Auslegungsleitlinien trifft, dass bei anderen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen (zB in Bezug auf Qualität, Sicherheit, Häufigkeit, Nachhaltigkeit etc.), die nicht Gegenstand allgemeiner Vorschriften sein können,<sup>15</sup> kein Vorrang allgemeiner Vorschriften besteht und die Kommission das auch nicht annimmt. An der bestehenden Praxis wird sich damit wenig ändern.

#### V. (Ketten-)Notmaßnahmen und Vorabkennzeichnungserfordernis

Bisher ging die herrschende Meinung in Deutschland davon aus, dass Notmaßnahmen nach Art. 5 V VO (EG) 1370/2007, zB in Form von Notvergaben, eine maximale Dauer von zwei Jahren nicht überschreiten dürfen.<sup>16</sup> Begründet wurde das ua mit dem Wortlaut von Art. 5 V 4 VO (EG) 1370/2007, wonach die Notmaßnahme den Zeitraum von zwei Jahren nicht überschreiten darf. Diese Sichtweise war noch nie überzeugend. In der Praxis ist sie endgültig durchgefallen. Sie hat nicht zu den Realitäten gepasst, wie sie sich zum Ende der zweijährigen Corona-Pandemie ergeben haben, als der Verkehrssektor durch die Folgen des Krieges gegen die Ukraine getroffen wurde und erneut Notmaßnahmen erforderlich wurden. Die Auslegung des Art. 5 V 4 VO (EG) 1370/2007 hat ohne Weiteres zugelassen, die Zeitgrenze nur auf die konkrete Maßnahme zu beziehen.<sup>17</sup> In diese Richtung gehen jetzt auch die Aussagen der Kommission: Nach Ablauf der zwei Jahre sollen weitere Notmaßnahmen jedenfalls dann zulässig sein, wenn zum Zeitpunkt des Auslaufens noch eine Notlage besteht und die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags nach den anderen Bestimmungen der Verordnung „aufgrund der außergewöhnlichen Umstände faktisch nicht möglich war“.<sup>18</sup>

Zum Erfordernis der Vorabkennzeichnung nimmt die Kommission eine wichtige und richtige Klarstellung vor.<sup>19</sup> Für Notvergaben, die nach den Regelungen der allgemeinen Vergaberichtlinien erfolgen (in Deutschland zB § 14 IV

Nr. 3 VgV), gilt das Vorabkennzeichnungserfordernis mit der einjährigen Wartezeit nach Art. 7 II VO (EG) 1370/2007 nicht.<sup>20</sup> Das betrifft vor allen Dingen den praxisrelevanten Bereich der Busse und Straßenbahnen, für die das Vergaberegime der VO (EG) 1370/2007 nur bei Dienstleistungskonzessionen gilt.<sup>21</sup> Dienstleistungskonzessionen, die die Tragung des Betriebsrisikos voraussetzen,<sup>22</sup> sind regelmäßig aber nicht konstruierbar, um Notlagen sicher abzufangen oder in Querverbundkonstruktionen<sup>23</sup> nicht darstellbar. Notsituationen werden in diesem Bereich deshalb häufig durch Maßnahmen des allgemeinen Vergaberechts gelöst (Direktvergaben nach § 14 IV VgV). Für diese gilt die Ausnahme von der Vorabkennzeichnungspflicht in Art. 7 II 5 VO (EG) 1370/2007 nicht; der Wortlaut erfasst nur Notmaßnahmen nach Art. 5 V VO (EG) 1370/2007. Die Interessenlage ist aber vergleichbar, weshalb analog dasselbe gelten muss.<sup>24</sup>

#### VI. Neues bei der Direktvergabe an einen internen Betreiber iSd Art. 5 II VO (EG) 1370/2007

Die Kommission stellt wie schon in den alten Auslegungsleitlinien aus dem Jahr 2014<sup>25</sup> die Direktvergabevoraussetzung nach Art. 5 II VO (EG) 1370/2007 dar.<sup>26</sup> Durchsucht man die Aussagen der Kommission in den neuen Auslegungsleitlinien auf Änderungen gegenüber dem Text aus dem Jahr 2014, so fallen ua die Aussagen zu Unteraufträgen und Eigenerbringung<sup>27</sup> sowie zu Tätigkeiten außerhalb des Zuständigkeitsgebiets der zuständigen Behörde<sup>28</sup> ins Auge.

Was die Eigenerbringung bzw. Unterauftragsquote anbelangt, so muss nach Art. 5 II Buchst. e VO (EG) 1370/2007 der Betreiber „den überwiegenden Teil“ der öffentlichen Per-

11 Nr. 2.2.3 der Auslegungsleitlinien S. 8.

12 Nr. 2.2.3 der Auslegungsleitlinien S. 9.

13 Vgl. EuGH ECLI:EU:C:2022:225 = EuZW 2022, 419 mAnm. Jürschik/Stützel EuZW 2022, 424 – GVN/Kommission (C-666/20 P) sowie EuG ECLI:EU:T:2019:368 = EuZW 2021, 84 – GVN/Kommission (T-583/18), besprochen von Lenz/Jürschik EuZW 2021, 59.

14 BVerwGE 166, 368 = NVwZ 2020, 244 Rn. 27 „gleichrangig nebeneinander“, „Wahlrecht“.

15 Vgl. Wortlaut des Art. 3 II VO (EG) 1370/2007. Siehe auch VG Augsburg 24.3.2015 – Au 3 K 13.2063, Au 3 K 14.34, BeckRS 2015, 100053 Rn. 137; Jürschik, Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Aufl. 2020, VO (EG) 1370/2007 Art. 3 Rn. 4; Linke, VO (EG) 1370/2007 Linke/Lübbig, 2. Aufl. 2019, VO (EG) 1370/2007 Art. 3 Rn. 10b; Nr. 2.2.2 der Auslegungsleitlinien S. 7.

16 VK Mecklenburg-Vorpommern 15.8.2019 – 1 VK 2/19, BeckRS 2019, 39764 Rn. 39 ff.; Linke VergabeR 2019, 739 (745); Polster NZBau 2011, 209 (212); Ziekow/Völlink, Vergaberecht/Zuck, 4. Aufl. 2020, VO (EG) 1370/2007 Art. 5 Rn. 109. AA Jürschik Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste VO (EG) 1370/2007 Art. 5 Rn. 43; Münchener/Berschin, Wettbewerbsrecht, Band 4, 4. Aufl. 2022, VO (EG) 1370/2007 Art. 5 Rn. 66; Nettesheim NVwZ 2009, 1449 (1452).

17 Lenz/Jürschik Der Nahverkehr 1+2/2023, 40 (40 f.).

18 Nr. 2.5.3.4 der Auslegungsleitlinien S. 19. Schon zuvor Lenz/Jürschik Der Nahverkehr 1+2/2023, 40.

19 Vgl. schon Linke/Jürschik Der Nahverkehr 3/2021, 29 ff.

20 Nr. 2.5.3.4 der Auslegungsleitlinien S. 19.

21 Vgl. Art. 5 I 2 VO (EG) 1370/2007. Siehe auch Jürschik Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste VO (EG) 1370/2007 Art. 5 Rn. 5.

22 Art. 5 Nr. 1 S. 1 Buchst. b RL 2014/23/EU bzw. in Deutschland: § 105 II GWB.

23 Das betrifft insbesondere den kommunalen Bereich, vgl. OLG Düsseldorf NZBau 2018, 425 Rn. 21. Zu den Möglichkeiten der Gestaltung Jürschik Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste Art. 5 VO (EG) 1370/2007 Rn. 6.

24 Linke/Jürschik Der Nahverkehr 3/2021, 29 (30).

25 Mitteilung der Kommission über die Auslegungsleitlinien zu der VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (2014/C 92/01) v. 29.3.2014, unter Nr. 2.3.1, S. 9 ff.

26 Nr. 2.5.1 der Auslegungsleitlinien S. 14 f.

27 Nr. 2.2.6 der Auslegungsleitlinien S. 12.

28 Nr. 2.5.1 der Auslegungsleitlinien S. 15 unter (iv).



sonenverkehrsdienste selbst erbringen. Damit wollte der Verordnungsgeber verhindern, dass der interne Betreiber mehr als einen geringen Anteil der Verkehrsdienste an ein anderes Unternehmen weiter vergeben darf, weil anderenfalls der Begriff des „internen Betreibers“ seinen Sinn verliert.<sup>29</sup> Die Kommission hält dabei daran fest, dass es für die Untervergabe von „mehr als einem Drittel der öffentlichen Personenverkehrsdienste“ guter Gründe bedarf. Sie gibt nun auch an, wie der „überwiegende Teil“ zu berechnen ist: Sie verweist auf den „Wert“ oder die „Fahrplankilometer“ und bezieht sich damit auf die zwischenzeitlich ergangene EuGH-Entscheidung in der Sache „Hörmann Reisen“.<sup>30</sup>

Wirklich neu ist, dass die Kommission die Wirksamkeit einer Direktvergabe nachträglich infrage stellt, wenn sich ein interner Betreiber außerhalb des Zuständigkeitsgebiets der zuständigen Behörde an einem Wettbewerbsverfahren beteiligt.<sup>31</sup> Nach Art. 5 II Buchst. b VO (EG) 1370/2007 ist Voraussetzung der Direktvergabe, dass der interne Betreiber und jede andere Einheit, auf die der Betreiber einen auch nur geringfügigen Einfluss ausübt, ihre öffentlichen Personenverkehrsdienste innerhalb des Zuständigkeitsgebiets der zuständigen Behörde ausüben (Ausnahme: abgehende Linien und Teildienste). Eine explizite Rechtsfolge bei Verstößen enthält die Regelung aber nicht. Die Kommission möchte diese Lücke offenbar schließen und die Gültigkeit des gesamten Auftrags von der Einhaltung der Vorgabe abhängig machen. Diese Sichtweise hat die Kommission schon in dem Entwurf der Auslegungsleitlinien aus dem Jahr 2021 geäußert und nun bestätigt. Wie die „Unwirksamkeit“ (?) rechtstechnisch konstruiert werden soll (zB Möglichkeit der Unwirksamkeitserklärung, schwebende Unwirksamkeit, Kündigung etc.), sagt die Kommission aber nicht.

## VII. Neuvergabepflicht bei wesentlichen Vertragsänderungen nur bei Wettbewerbsvergaben?

Wie schon im Entwurf der Auslegungsleitlinien von 2021 und in den alten Auslegungsleitlinien<sup>32</sup> macht die Kommission deutlich, dass es zwar keine spezifische Regelung für Vertragsänderungen während der Laufzeit in der VO (EG) 1370/2007 gibt. Die Rechtsprechung des EuGH zu wesentlichen Vertragsänderungen sei aber anwendbar und ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag neu auszuschreiben, wenn während der Laufzeit „wesentliche“ Änderungen durchgeführt werden.<sup>33</sup>

Neu sind aber folgende Aspekte. Erstens verweist die Kommission auf die Regelung zur wesentlichen Vertragsänderung in den neuen Vergaberichtlinien (in Deutschland § 132 GWB). Zweitens will die Kommission diese Grundsätze nur für „Aufträge, die im Wege eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens vergeben werden“, angewendet wissen.<sup>34</sup>

Ob Letzteres bedeutet, dass bei Direktvergaben wesentliche Vertragsänderungen ohne Neuausschreibungspflicht zulässig sind, ist damit aber noch nicht eindeutig gesagt. So lässt sich das zwar verstehen. Dagegen spricht aber erstens, dass es mit dem Transparenzgrundsatz nicht vereinbar wäre, wenn ein einmal direkt vergebener Auftrag für Wettbewerber unvorhersehbar geändert werden könnte; darauf verweist auch die Kommission.<sup>35</sup> Zweitens spricht dagegen, dass die Kommission im darauffolgenden Absatz auf die Geltung der Regelungen zur wesentlichen Vertragsänderung in den neuen Vergaberichtlinien verweist.<sup>36</sup>

Insbesondere die nationalen Vergabekammern hatten in der Vergangenheit wesentliche Änderungen bei direktvergebenen öffentlichen Dienstleistungsaufträgen für unzulässig ge-

halten, weil die wesentliche Änderung die Neuausschreibungspflicht und damit erneut die Vorabkennzeichnungs- und Jahresfrist nach Art. 7 II VO (EG) 1370/2007 auslösen soll.<sup>37</sup> Verstöße gegen formelle Anforderungen führen dann dazu, dass die beihilferechtliche Legalisierungswirkung der Verordnung entfällt und Zuschüsse (unzulässige) Beihilfen sein können.<sup>38</sup> In den öffentlichen Dienstleistungsaufträgen sollten deshalb „sicherheitsshalber“ Optionen aufgenommen werden, die den Anforderungen des § 132 II Nr. 1 GWB genügen und wonach Änderungen vergaberechtskonform zulässig sind. Diskussionen über eine Neuausschreibungspflicht bei größeren Änderungen entfallen damit.

## VIII. Unterkompensationsverbot?

Im Rahmen der Novellierung der VO (EG) 1370/2007 durch die Änderungsverordnung 2016/2338 wurde das Thema „Unterkompensationsverbot“ diskutiert und schlussendlich verworfen.<sup>39</sup> Der EuGH hat ein Unterkompensationsverbot zuletzt aber jedenfalls bei allgemeinen Vorschriften angedeutet.<sup>40</sup> Auch die Kommission lässt sich jetzt so verstehen, dass es eine Verpflichtung geben soll, den Betreibern eine angemessene Ausgleichsleistung für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen zu gewähren.<sup>41</sup> Inhaltlich geht die Kommission dabei über die Auslegungsleitlinien aus dem Jahr 2014<sup>42</sup> hinaus; sie weist daraufhin, dass eine „Unterfinanzierung“ zur Verschlechterung der Dienstleistungsqualität führen wird. Außerdem würden Bieter sich bei unauskömmlichen Ausgleichsleistungen nicht mehr am Vergabeverfahren beteiligen. Das geht stark in Richtung „Vollkompensation“.

## IX. Regelmäßige Überkompensationskontrollen, auch bei Wettbewerbsverfahren

Die Kommission verlangt wie bisher „regelmäßig nachträgliche Kontrollen“, um eine Überkompensation auszuschließen.<sup>43</sup> Dabei soll es den zuständigen Behörden freistehen, die Häufigkeiten und den Umfang von Überkompensationskon-

29 Nr. 2.2.6 der Auslegungsleitlinien S. 12.

30 EuGH ECLI:EU:C:2016:817 = NZBau 2017, 48 – Hörmann Reisen (C-292/15).

31 Nr. 2.5.1 der Auslegungsleitlinien S. 15 unter (iv).

32 Mitteilung der Kommission über die Auslegungsleitlinien zu der VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (2014/C 92/01) v. 29.3.2014, unter Nr. 2.3.6, S. 12 f.

33 Nr. 2.5.5 der Auslegungsleitlinien S. 20 f.

34 Nr. 2.5.5 der Auslegungsleitlinien S. 21 vorletzter Absatz.

35 Nr. 2.5.5 der Auslegungsleitlinien S. 20.

36 Nr. 2.5.5 der Auslegungsleitlinien S. 21 letzter Absatz.

37 VK Saarland 18.7.2017 – 3 VK 03/2017, BeckRS 2017, 135739 Rn. 97.

38 Vgl. Art. 9 I VO (EG) 1370/2007; Kommissionsbeschluss v. 2.2.2017 – SA.26763 Rn. 242 – Région Île de France, dort Verstoß gegen Art. 7 II VO (EG) 1370/2007.

39 Entwurf einer legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der VO (EG) 1370/2007 hinsichtlich der Eröffnung des Marktes für inländische Schienenpersonenverkehrsdienste, 26.2.2014, (COM(2013) 28) – C7-0024/2013 – 2013/0028 (COD), Standpunkt des Europäischen Parlaments festgelegt in erster Lesung v. 26.2.2014, EP-Dok. P\_TA (2014) 148 endg., Abänderung 10. Siehe auch Linke NVwZ 2022, 1715 (1721).

40 EuGH ECLI:EU:C:2022:641 = EuZW 2022, 1055 (1061) Rn. 61 ff. – Lux Express Estonia (C-614/20). Siehe auch Jürschik/Felger EuZW 2022, 1055 und Lenz/Jürschik/Felger Der Nahverkehr 7+8/2023, 49 (50).

41 Nr. 2.6.8 der Auslegungsleitlinien S. 25.

42 Mitteilung der Kommission über die Auslegungsleitlinien zu der VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (2014/C 92/01) v. 29.3.2014, unter Nr. 2.4.8, S. 18.

43 Mitteilung der Kommission über die Auslegungsleitlinien zu der VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (2014/C 92/01) v. 29.3.2014, unter Nr. 2.4.7, S. 17; Nr. 2.6.3 der Auslegungsleitlinien S. 23.

trollen je nach Laufzeit und Komplexität des Auftrags selbst zu bestimmen.<sup>44</sup> Neu ist indes, dass die Kommission Überkompensationskontrollen nun auch bei wettbewerblichen Verfahren voraussetzt,<sup>45</sup> obwohl sich der Preis im Wettbewerb gebildet hat. Das ist überraschend und systemwidrig, weil die Kommission in ihrer Praxis durchweg unzulässige Beihilfen durch Wettbewerbe und die damit nachgewiesene „Marktkonformität“ des Preises ausgeschlossen hat.<sup>46</sup> Mit dieser neuen Richtung öffnet die Kommission „Tür und Tor“ für eine nachträgliche Preisprüfung und für einen noch härteren Überlebenskampf im privaten Busgewerbe. Immerhin geht die Kommission dabei davon aus, dass ein Bieter Effizienzsteigerungen, die während der Laufzeit erwartet werden, schon im Angebot einkalkuliert und das bei der Überkompensationskontrolle zu berücksichtigen ist.<sup>47</sup>

## X. Sonstige (wichtige) Punkte

Der umfangreiche Text der Kommission zur Auslegung der VO (EG) 1370/2007 enthält noch zahlreiche weitere Hinweise, die entweder die bisherige Praxis bestätigen oder zu einer Korrektur führen werden. Aus der Bandbreite an Themen sind noch folgende Punkte besonders praxisrelevant:

### 1. Trennungsrechnung nach Verträgen

Der Anhang der VO (EG) 1370/2007 schreibt für Direktvergaben eine Trennungsrechnung vor, um zu verhindern, dass es zu einer Quersubventionierung von Wettbewerbsgeschäft mit öffentlichen Mitteln kommt. Die Kommission positioniert sich dabei so, dass bei mehreren öffentlichen Dienstleistungsaufträgen auch in jedem einzelnen Auftrag Vorgaben für Trennungsrechnungen und Überkompensationsprüfungen vorzusehen sind.<sup>48</sup> Diese schwammige Formulierung dürfte so zu verstehen sein, dass die Kommission eine Überkompensationskontrolle und eine Trennungsrechnung für jeden einzelnen öffentlichen Dienstleistungsauftrag voraussetzt. Das ist überraschend und zweifelhaft, weil der EuGH eine Trennung zwischen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen und „Rest“ ausreichen lässt.<sup>49</sup>

### 2. Netzbildung aus defizitären und nicht defizitären Verkehren nur in begründeten Fällen

Die Kommission will die Zusammenfassung von kostendeckenden und nicht kostendeckenden Diensten (zB zu einem Netz) in einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag nur in begründeten Fällen erlauben und zwar, wenn dies „notwendig und verhältnismäßig“ ist.<sup>50</sup> Anknüpfungspunkt für diese Sichtweise soll wieder Art. 2a I VO (EG) 1370/2007 sein, der die Zusammenfassung grundsätzlich vorsieht. Das wird künftig in der Vergabedokumentation eine besondere Rolle spielen, wenn in den Vorabbekanntmachungen Verkehre zu einer Gesamtleistung (§ 8a II 4 PBefG) verbunden werden sollen, was zur Schonung der öffentlichen Kassen regelmäßig gewollt ist. Unklar ist auch, wie das zum Deutschlandticket passt, wonach Verkehre flächendeckend nicht mehr „auskömmlich“ sein dürften.

### 3. Beginn der Laufzeit öffentlicher Dienstleistungsaufträge unter Berücksichtigung von Rüstzeiten

Die Kommission unterscheidet richtigerweise zwischen der Laufzeit öffentlicher Dienstleistungsaufträge und deren Be-

triebsbeginn. Für die Laufzeit wird auf den Beginn öffentlicher Dienstleistungsaufträge abgestellt.<sup>51</sup> Die Kommission macht dabei deutlich, dass regelmäßig eine „Mobilisierungsphase“ vorausgehen muss (Rüstzeit). Diese könne von einigen Wochen bis zu mehreren Jahren dauern, wenn zB die Beschaffung neuer Fahrzeuge für die geforderten Dienste erforderlich ist. Die nationalen Nachprüfungsinstanzen sind beim Thema „Rüstzeit“ bisher sehr zurückhaltend.<sup>52</sup>

## 4. Nachträgliche Laufzeitverlängerung

Die Kommission hält wie schon bisher eine Verlängerung der Regellaufzeit öffentlicher Dienstleistungsaufträge um bis zu 50 % für möglich, wenn erhebliche Investitionen, zB in Fahrzeuge, vorgenommen werden müssen und die Amortisierungsdauer die Verlängerung erfordert.<sup>53</sup> Die Kommission bleibt hier bei ihrem restriktiven Kurs. Erwähnenswert ist dabei, dass auch während der Laufzeit noch eine Verlängerung öffentlicher Dienstleistungsaufträge bis zur maximalen Laufzeit möglich sein soll.<sup>54</sup> Das soll aber nur unter bestimmten Bedingungen möglich sein und zwar, wenn die Beschaffung neuer Fahrzeuge sachlich gerechtfertigt ist (zB aus technischen Gründen) und ohne eine Verlängerung eine sinnvolle Amortisierung der Investition nicht möglich wäre. Weitere Voraussetzung ist, dass auf die Möglichkeit und die Bedingung einer solchen Verlängerung schon in den Ausschreibungsunterlagen und dem Vertrag hingewiesen wird. Mit anderen Worten hält die Kommission das bei „Optionen“ iSd § 132 II Nr. 1 GWB für möglich. Das ist auch folgerichtig, weil es sich in einem solchen Fall nicht um eine „wesentliche Vertragsänderung“ handelt, die zur Neuausschreibung zwingen würde.

## XI. Fazit

Knapp 10 Jahre nach den letzten Auslegungsleitlinien nimmt die Kommission mit ihren neuen Auslegungsleitlinien teilweise längst überfällige Aktualisierungen vor, die sich aus der zwischenzeitlich erfolgten EuGH-Rechtsprechung ergeben. In einigen Punkten bleibt die Kommission auch bei ihrer bisherigen Linie. Beides bringt keine großen Veränderungen für die Praxis. Veränderungen ergeben sich aber an all den Stellen, an denen die Kommission neue Voraussetzungen (zB an die Zulässigkeit einer Vergabe) aufstellt oder über reine Klarstellungen hinausgeht. Das ist an mehreren Stellen der Fall und das auch ohne normativen Ansatz in der Verordnung. Die Wirkungen in der Praxis dürften damit einer Verordnungsänderung sehr nahe kommen. ■

44 Nr. 2.6.3 der Auslegungsleitlinien S. 23.

45 Nr. 2.6.3 der Auslegungsleitlinien S. 23.

46 Vgl. zB die Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe iSd Art. 107 I des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2016/C 262/01) v. 19.7.2016 Rn. 84, S. 20 (Marktkonformität des Preises bei Veräußerungen) Rn. 89 (Verkauf und Kauf von Vermögenswerten, Waren und Dienstleistungen).

47 Nr. 2.6.3 der Auslegungsleitlinien S. 23.

48 Nr. 2.6.5 der Auslegungsleitlinien S. 24.

49 EuGH ECLI:EU:C:2017:499 = BeckRS 2017, 114545 Rn. 127 ff. = EuZW 2017, 872 Ls. – Kommission/ Deutschland (C-482/14).

50 Nr. 2.2.3 der Auslegungsleitlinien S. 9.

51 Nr. 2.2.5 der Auslegungsleitlinien S. 10.

52 Vgl. OLG Karlsruhe NZBau 2021, 200 Rn. 34.

53 Nr. 2.2.5 der Auslegungsleitlinien S. 11.

54 Nr. 2.2.5 der Auslegungsleitlinien S. 11.