



Per E-Mail an:

[move-pso-regulation@ec.europa.eu](mailto:move-pso-regulation@ec.europa.eu)

Verband Deutscher Verkehrsunternehmen (VDV) · Kamekestraße 37–39 · 50672 Köln

Europäische Kommission  
 Generaldirektion Mobilität und Verkehr  
 Direktion A  
 Koordinierung der Politik und Sicherheit  
 Brüssel

Ihr Zeichen: MOVE/A5/JS/rd (2012)1381626  
 Ihre Nachricht vom: 18. Oktober 2012  
 Unser Zeichen: R 2/Schä-Sal  
 Ihr Ansprechpartner: RA Martin Schäfer  
 Telefon-Durchwahl: +49-221-57979-512  
 Fax: +49-221-57979--8152  
 E-Mail-Adresse: [schaefer@vdv.de](mailto:schaefer@vdv.de)  
 Datum: 15. November 2012

## Stellungnahme zum Entwurf einer Auslegungsmitteilung zur Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 vom 18. Oktober 2012

Sehr geehrte Damen und Herren,

über die UITP erhielten wir Ihren Entwurf einer Mitteilung zur Auslegung der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007. Wir nehmen dazu wie folgt Stellung:

### I. Grundsätzliche Bemerkungen

Der VDV unterstützt das Ziel des Europäischen Gesetzgebers, mit der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 vom 23. Oktober 2007 europaweit klare Spielregeln zur Gewährung von Ausgleichsleistungen bzw. ausschließlichen Rechten im Gegenzug für die Erfüllung gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen im Öffentlichen Verkehr zu etablieren.

Die am 18. Oktober 2012 im Entwurf vorgelegten interpretierenden Leitlinien („Draft interpretative guidelines“ - in Gestalt eines nur in englischer Sprache vorgestellten „Non-Papers“) verfehlen dieses Ziel. Denn sie interpretieren in wesentlichen Passagen nicht die – nach jahrelanger und intensiver Diskussion im Rahmen eines Trilogs zwischen Europäischem Parlament, Rat und Kommission – in der Verordnung niedergelegten Kompromisse, sondern relativieren und revidieren diese. Sie gehen damit weit über zulässige Norminterpretationen hinaus. Insbesondere geht es aus Sicht des VDV nicht an, dass sogar Vorschläge, die vom Gesetzgeber seinerzeit ausdrücklich abgelehnt wurden, nunmehr – gleichsam durch die Hintertüre „norminterpretierender“ Guidelines – gegen den Wortlaut und die Ziele der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 nun doch in der Praxis etabliert werden sollen. Außerdem verunklart der Entwurf teilweise die klaren Regeln dieser Verordnung.

Der VDV bittet die Kommission daher dringend um Rücknahme des Entwurfs und schlägt vor, die Verordnung 1370/2007 in Europa zunächst ungeschmälert wirken zu lassen. Sollten sich in der Folgezeit Missstände zeigen, so könnte die Kommission punktgenau tätig werden.

Für den Fall, dass die Kommission entgegen unserem Votum Leitlinien veröffentlichen möchte, nehmen wir nachfolgend zu den einzelnen Textabschnitten wie folgt Stellung und regen an, ein förmliches Konsultationsverfahren mit angemessener Fristsetzung durchzuführen, um eine der Bedeutung der Verordnung entsprechende und breite Beteiligung der Stakeholder in Europa sicherzustellen.

## **II. Anmerkungen in der Reihenfolge des Entwurfstextes**

(Die Seitenzahlen beziehen sich auf die englische Originalfassung des Entwurfs. Ergänzend sind die Seitenzahlen der im Auftrag des VDV erstellten deutschen Fassung angegeben.)

### ***Artikel 1(3) und Artikel 5(1): In welcher Beziehung stehen die Verordnung und die Richtlinien über öffentliche Auftragsvergaben zueinander? (S. 2/3, dt. S. 3)***

Zum letzten Satz der Antwort ist eine textliche Klarstellung erforderlich. Es heißt dort: „...während die Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen für Verkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen weiterhin ausschließlich von den Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG (oder Richtlinien, die diese ersetzen) geregelt wird.“ Hier muss deutlich gemacht werden, dass der enge Auftragsbegriff gemäß den Vergaberichtlinien und nicht der öffentliche Dienstleistungsauftrag nach der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 gemeint ist. Denn Dienstleistungskonzessionen und andere Rechtsverhältnisse, die keine Aufträge im Sinne der Vergaberichtlinien sind, fallen auch unter die Verordnung.

### ***Artikel 2(I): Was kennzeichnet allgemeine Vorschriften; können sie individuell vom Betreiber ausgehandelt werden? (S. 4, dt. S. 5)***

Der Text sollte dahingehend geändert werden, dass eine allgemeine Vorschrift nicht notwendigerweise das gesamte Gebiet der zuständigen Behörde abdecken muss. Die Definition der allgemeinen Vorschrift sieht einen geografischen Bezug vor. Dieser muss aber nicht notwendig identisch sein mit dem Zuständigkeitsgebiet.

### ***Artikel 4(4): Unter welchen Umständen kann eine 50% Laufzeitverlängerung für einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag gewährt werden? (S. 6/7, dt. S. 9)***

Eine Befragung zur Zufriedenheit der Nutzer ist zwar grundsätzlich ein wichtiger Gradmesser zur Beurteilung der Beziehungen zwischen Fahrgästen und Verkehrsunternehmen. Zur Bemessung der Laufzeit öffentlicher Dienstleistungsaufträge ist eine Kundenzufriedenheitsanalyse aber wenig geeignet.

Entgegen den Ausführungen des Entwurfs sieht die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 auch nicht vor, dass über die Frage der Laufzeitverlängerung erst während des Laufs eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags entschieden werden darf. Die Möglichkeit für die zuständigen Behörden, auch vor der Erteilung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags eine bis zu 50 %-ige Laufzeitverlängerung vorzusehen, darf nicht eingeschränkt werden. Denn die Vertragslaufzeit ist ein entscheidendes Kriterium für die Kalkulation von Ausgleichsleistungen.

**Artikel 4(7), Artikel 5(2)(e): Welche Bedingungen gibt es für die Vergabe von Unteraufträgen bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen, einschließlich derer, die an interne Betreiber vergeben werden? (S. 7, dt. S. 10)**

Die Antwort enthält eine Reihe von Aussagen, die weder mit dem Sinn und Zweck noch mit dem Wortlaut der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 in Einklang stehen.

So wird ausgeführt, das Gebot der Selbsterbringung eines „bedeutenden Teils“ der öffentlichen Personenverkehrsdienste sei erfüllt, wenn der Betreiber mindestens ein Drittel der Verkehrsdienste selbst erbringt. Diese Festlegung hat keine gesetzliche Grundlage und ist auch in der Sache zu hoch. Auch z. B. 20 % sind unseres Erachtens schon ein bedeutender Teil.

Des Weiteren fordert der Entwurf, der interne Betreiber müsse zwei Drittel seiner Leistungen selbst erbringen. Diese Festlegung ist willkürlich und widerspricht dem klaren Wortlaut von Art. 5 (2) (e), wonach der „überwiegende“ Teil selbst zu erbringen ist. Vor der Vorlage des Mitteilungsentwurfs ist, soweit ersichtlich, niemand in Europa auf die Idee gekommen, dies anders als „über 50 %“ zu interpretieren.

Auch die angegebene wirtschaftliche Begründung überzeugt nicht. Wenn nämlich die Selbsterbringungsquote höher angesetzt wird, dann erreicht die Kommission dadurch nicht mehr, sondern weniger des von ihr angestrebten Wettbewerbs. Wenn der interne Betreiber Auftragsunternehmerleistungen vergibt, dann muss er dies gemäß der Richtlinie 2004/17/EG nach europaweiter Bekanntmachung im Wettbewerb tun. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf Erwägungsgrund 19 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, der ausdrücklich feststellt, dass die Vergabe von Unteraufträgen zu einem effizienten öffentlichen Personenverkehr beitragen kann.

Die Bezugnahme auf die „Verkehrsdienste in Bezug auf den Auftragswert oder Wagen-km“ könnte dahingehend missverstanden werden, dass ausschließlich die Fahrleistung gemeint ist. Gegenstand des öffentlichen Dienstleistungsauftrags nach der Verordnung ist jedoch die gesamte Wertschöpfungskette.

**Art. 5 (2) Unter welchen Umständen darf ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag direkt an einen internen Betreiber vergeben werden? (S. 8-10, dt. S. 11-13)**

Unter (i) wird ausgeführt, dass der geografische Geltungsbereich eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags, der durch eine Gruppe von Behörden vergeben wird, unterhalb der regionalen Ebene (engl.: less than regional) liegen müsse. Es ist nicht nur unklar, was mit regional gemeint ist. Die Aussage widerspricht auch klar der Definition der zuständigen örtlichen Behörde in Art. 2 (c): Dies ist jede Behörde, deren geografischer Zuständigkeitsbereich sich nicht auf das gesamte Staatsgebiet bezieht. Die Kommission mag eine weitere geografische Einschränkung für politisch wünschenswert halten, rechtlich besteht hier aber kein Interpretationsspielraum.

Der Text unter (i) erweckt zudem den Anschein, dass die Voraussetzung *integrierter* öffentlicher Personenverkehrsdienste auch bei der Direktvergabe durch eine einzelne Behörde

gilt. Hier muss textlich klargestellt werden, dass nur bei der Direktvergabe durch eine Gruppe von Behörden integrierte öffentliche Personenverkehrsdienste vorliegen müssen.

Unter (iii) wird dargelegt, das Verbot der Wettbewerbsteilnahme beziehe sich nicht nur auf den internen Betreiber, sondern auf jede Einheit, die von einem „gemeinsamen Interesse“ mit dem internen Betreiber beeinflusst wird. Dies geht über den Wortlaut der Verordnung hinaus und ignoriert die Entstehungsgeschichte der Vorschrift. Bei den Beratungen im Europäischen Parlament war beantragt worden, das Wettbewerbsverbot zu erweitern auf jede Einheit, auf die der interne Betreiber „oder die zuständige örtliche Behörde“ einen auch nur geringfügigen Einfluss ausübt (Änderungsanträge 152 u. 155, Dokument PE 386.324v01-00 vom 8.3.2007). Der Gesetzgeber ist diesen Änderungsanträgen ausdrücklich entgegengetreten. Die Verordnung sieht also weder ein „gemeinsames Interesse“ noch die zuständige Behörde als Maßstab an, sondern nur die Frage, ob der interne Betreiber selbst einen Einfluss ausübt.

Im Abschnitt (iv) wird das Wettbewerbsverbot auch materiell über den Verordnungstext hinaus ausgedehnt. Die Verordnung sieht nämlich nicht alle mit dem öffentlichen Verkehr verbundenen Aktivitäten, sondern nur öffentliche Personenverkehrsdienste als Gegenstand des Wettbewerbsverbotes. Auftragsunternehmerleistungen werden – jedenfalls nach der deutschen Rechtslage – nicht für die Allgemeinheit (vgl. Art. 2 (a)) erbracht, sondern für den Auftraggeber. Gegenüber dem Fahrgast tritt der Subunternehmer nicht im eigenen Namen auf. Es handelt sich auch um einen anderen Markt, so dass ein Wettbewerbsverbot hier nicht erforderlich ist.

Abschnitt (v) betrifft abgehende Linien des internen Betreibers. Zuzustimmen ist dem Entwurf darin, dass es problematisch wäre, wenn der interne Betreiber hauptsächlich außerhalb des Gebietes „seiner“ zuständigen Behörde tätig wäre. Maßstab dafür ist aber nicht der einzelne öffentliche Dienstleistungsauftrag, sondern die Gesamttätigkeit des internen Betreibers. In der Praxis sind nämlich in einigen Fällen gerade die gebietsüberschreitenden Linien in einem gesonderten öffentlichen Dienstleistungsauftrag geregelt.

***Artikel 5(6): Welche Art von Dienstleistungen auf der Schiene kommt für eine Direktvergabe gemäß Artikel 5(6) infrage? (S. 10, dt. S. 13/14)***

Die Antwort ist komplett zu streichen, da hier die Direktvergabe im Eisenbahnbereich entgegen dem weiten Wortlaut der Verordnung zu restriktiv behandelt wird.

***Artikel 4(1) und Artikel 5(3): Ist Überkompensation ausgeschlossen, wenn ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag auf Basis eines offenen und wettbewerblichen öffentlichen Vergabeverfahrens vergeben wird? (S. 12, dt. S. 15)***

Die Antwort ist bis auf den ersten Absatz komplett zu streichen. Führt die zuständige Behörde ein wettbewerbliches Vergabeverfahren nach Art. 5 (3) ordnungsgemäß durch, dann erübrigt sich jede weitere beihilferechtliche Prüfung und auch die Anwendung des Anhangs. Insbesondere ist keine zusätzliche Anwendung der vier Altmark-Kriterien erforderlich.

**Artikel 6: Wie ist eine übermäßige Ausgleichsleistung bei direkt vergebenen öffentlichen Dienstleistungsaufträgen auszuschließen? (S. 13, dt. S. 16)**

Die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 verlangt – anders als der Leitlinienentwurf – ausdrücklich keine Ex-post-Renditekontrolle. Vieles spricht dafür, dass Renditekontrollen aus Ex-ante-Sicht Effizienzreize wesentlich besser berücksichtigen können als Kontrollen aus der Ex-post-Perspektive. Demgemäß muss die konkrete Ausgestaltung im Verantwortungsbereich der zuständigen Behörden verbleiben.

**Artikel 4(1) und Anhang: Was ist unter einem „angemessenen Gewinn“ zu verstehen? (S. 13/14, dt. S. 17)**

Hier entsteht der Eindruck, als sollte über den Umweg des angemessenen Gewinns das vierte Altmark-Kriterium („durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen“) wieder eingeführt werden. Dies lehnen wir ab.

Zum vorletzten Absatz weisen wir darauf hin, dass insbesondere der interne Zinsfuß (internal rate of return, IRR) geeignet ist, die wirtschaftliche Realität des Vertrags über die gesamte Laufzeit abzubilden.

Wir begrüßen ausdrücklich, dass die Frage des angemessenen Gewinns über die gesamte Laufzeit des öffentlichen Dienstleistungsauftrags betrachtet wird.

**Artikel 4(1) und (2) sowie Anhang: Wie kann vermieden werden, dass die für eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung erhaltenen Ausgleichsleistungen zur Quersubventionierung kommerzieller Aktivitäten genutzt werden? (S. 15, dt. S. 18/19)**

Die Antwort der Kommission fordert u. a. getrennte Rechnungslegung für jeden einzelnen öffentlichen Dienstleistungsauftrag. Die Verordnung unterscheidet demgegenüber in Ziffer 6 des Anhangs nur zwischen Diensten, die Gegenstand einer Ausgleichsleistung sind und anderen, also kommerziellen Tätigkeiten.

Eine Trennung zwischen einzelnen gemeinwirtschaftlichen Bereichen ist im Anhang nicht vorgesehen. In den meisten Fällen wird sich aus den einzelnen öffentlichen Dienstleistungsaufträgen zwar ohnehin eine getrennte Abrechnung ergeben. Es muss aber möglich bleiben, dass die Überkompensationsprüfung für mehrere öffentliche Dienstleistungsaufträge zusammengefasst wird. Hat ein Unternehmen z. B. neben einem sehr umfangreichen öffentlichen Dienstleistungsauftrag noch einen weiteren, z. B. über eine einzelne Buslinie, wäre eine vollständig getrennte Rechnungslegung zwischen diesen beiden eine unnötige Förmerei.

Eine getrennte Rechnungslegung zwischen verschiedenen öffentlichen Dienstleistungsaufträgen ist zudem beihilferechtlich auch gar nicht geboten. Im hypothetischen Fall, dass für den einen Auftrag zu viel und für den anderen zu wenig gezahlt wird, entsteht eventuell ein Ungleichgewicht zwischen den zuständigen Behörden, beim begünstigten Unternehmen besteht aber kein beihilferechtlich relevanter Vorteil.

**Artikel 4(1): Wie können Ausgleichsregelungen gestaltet werden, damit sie Effizienz fördern? (S. 15/16, dt. S. 19)**

Wir begrüßen ausdrücklich die Regelung in Ziffer 7 des Anhangs, wonach im Verfahren der Ausgleichsgewährung ein Anreiz zur Aufrechterhaltung oder Entwicklung von Wirtschaftlichkeit und Qualität gegeben werden muss. Auch in diesem Punkt bitten wir aber um Beachtung des Verordnungstextes. Anders als im Leitlinienentwurf beschrieben, ist die untere Grenze nicht die Verbesserung, sondern die Aufrechterhaltung der Wirtschaftlichkeit. In aller Regel sind Anreizmechanismen nach Ziffer 7 des Anhangs ohnehin so gestaltet, dass es um eine Verbesserung der Wirtschaftlichkeit geht. Sollte aber in besonderen Fällen der Ausgleichsmechanismus nur eine Aufrechterhaltung der Wirtschaftlichkeit fordern, dann darf dies nicht zur Rechtswidrigkeit des öffentlichen Dienstleistungsauftrags führen.

Zu begrüßen ist der letzte Absatz, wonach Wirtschaftlichkeit im Sinne von Ziffer 7 als Verhältnis von Qualitätsniveau und Ressourceneinsatz beschrieben wird. Zuzustimmen ist auch der Aussage, dass Wirtschaftlichkeit sowohl unter Kosten- als auch unter Qualitätsgesichtspunkten betrachtet werden sollte. Kostenreduktion und Qualitätssteigerung gleichzeitig sind indes auf längere Sicht ausgeschlossen.

**Artikel 6(1): Gibt es irgendwelche maßgeblichen Unterschiede, wenn die Kommission die Ausgleichregelung vorab oder nachträglich prüft? (S. 16, dt. S. 20)**

Hier wird im Entwurf u. a. dargestellt, dass mindestens jährlich eine Überprüfung auf Überkompensation vorzunehmen ist. Fußnote 29 führt aus, dass ein Übertrag von einem Jahr auf das nächste von der Verordnung nicht vorgesehen sei.

Grundsätzlich ist festzustellen, dass schon aus Gründen des Buchführungs- und Haushaltsrechts in der Regel jährliche Abrechnungen erforderlich sind. Die Anforderungen der Kommission gehen aber darüber hinaus und stehen im Widerspruch zu den Ausführungen zum angemessenen Gewinn. Wenn der angemessene Gewinn über die Gesamtlaufzeit zu ermitteln ist, dann kann und muss auch die Frage der Überkompensation nur für die Gesamtlaufzeit beantwortet werden.

Kosten und Erträge unterliegen während der Laufzeit eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags erheblichen Schwankungen. Entsprechend muss eine Übertragung über den Jahreszeitraum hinaus möglich sein.

**Artikel 7(4): Können interessierte Unternehmen Informationen über öffentliche Dienstleistungsaufträge, die direkt vergeben werden, auch vor dem Tag der Vergabe erfragen? (S. 19, dt. S. 23)**

Die konkrete Ausgestaltung des Verfahrens sollte den Mitgliedstaaten überlassen bleiben.

Wir weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass in Deutschland für den Bereich des Personenbeförderungsgesetzes eine sehr transparente Regelung getroffen wurde (Inkrafttreten 1.1.2013). Interessierte Unternehmen können von der zuständigen Behörde

binnen einer Frist von sechs Monaten nach Veröffentlichung der Absicht zur Direktvergabe Auskunft über die beabsichtigte Entscheidung verlangen.

**Artikel 8(2): Auf welche Bestimmungen des Artikels 5 bezieht sich die Übergangszeit von 10 Jahren ab 3. Dezember 2009? (S. 19/20, dt. S. 23/24)**

Nach dem Entwurf bezieht sich die Übergangsregelung in Art. 8 (2) nur auf das wettbewerbliche Vergabeverfahren nach Art. 5 (3). Nach dem klaren Wortlaut gilt Art. 8 (3) jedoch für den gesamten Artikel 5 und damit insbesondere auch für die Regelungen zum internen Betreiber. Entgegen der Ansicht der Kommission sind diese nicht lediglich milder als die allgemeinen Grundsätze. Sie sind vielmehr teils milder, teils strenger, so dass die Anwendung der gesetzlichen Übergangsregelung auch insoweit notwendig ist. Demzufolge besteht kein Raum für die einengende Interpretation des Entwurfs.

Hinsichtlich des Rechtsschutzes nach Art. 5 (7) möchten wir an dieser Stelle darauf hinweisen, dass im jetzt novellierten deutschen Personenbeförderungsgesetz eine ausdrückliche Rechtsschutzregelung bereits zum 1. Januar 2013 in Kraft treten wird. Im Übrigen haben deutsche Gerichte Art. 5 (7) auch bisher schon analog angewendet.

Abschließend appellieren wir nochmals dringend, kommissionsseitig politische Prioritäten zugunsten des Ausschreibungswettbewerbs und gegen Direktvergaben nicht in rechtliche Interpretationen zu kleiden, die mit den Aussagen der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 nicht in Einklang stehen.

Mit freundlichen Grüßen



Reiner Metz  
Geschäftsführer ÖPNV