



Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
vom 14. September 2023¹

Rechtssache C-421/22

**SIA Dobeles autobusu parks,
AS CATA,
SIA VTU Valmiera,
SIA Jelgavas autobusu parks,
SIA Jēkabpils autobusu parks,
Beteiligte:
Iepirkumu uzraudzības birojs,
VSIA Autotransporta direkcija**

(Vorabentscheidungsersuchen der Augstākā tiesa [Senāts] [Oberstes Gericht, Lettland])

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 –
Öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen – Auftrag mit einer Laufzeit von zehn Jahren –
Gemeinwirtschaftliche Verpflichtung – Ausgleichsparameter – Wettbewerbliche Vergabe“

1. In dem Rechtsstreit, der zum vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen geführt hat, beanstanden mehrere Wirtschaftsteilnehmer die Leistungsbeschreibung eines offenen Ausschreibungsverfahrens für die Vergabe eines Auftrags über die Erbringung öffentlicher Personenverkehrsdienste mit Bussen. Sie vertreten den Standpunkt, die Leistungsbeschreibung sichere sie nicht ausreichend vor einem möglichen Anstieg bestimmter Kosten (Kraftstoff, Lohnkosten und Sozialversicherungsbeiträge) während der zehnjährigen Vertragslaufzeit ab.

2. Das vorliegende Gericht möchte wissen, ob nach der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007² „eine Ausgleichsregelung“ zulässig ist, die die zuständige Behörde nicht zu einer regelmäßigen Indexierung des Auftragswerts in Zusammenhang mit den Kostensteigerungen verpflichtet, die mit der Erbringung der Dienstleistung in Verbindung stehen und dem Einfluss des Anbieters entzogen sind.

¹ Originalsprache: Spanisch.

² Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates (ABl. 2007, L 315, S. 1). Die derzeit gültige Fassung, die im Ausgangsverfahren zur Anwendung kommt, findet sich in der Verordnung (EU) 2016/2338 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2016 zur Änderung der Verordnung Nr. 1370/2007 hinsichtlich der Öffnung des Marktes für inländische Schienenpersonenverkehrsdienste (ABl. 2016, L 354, S. 22).

3. Der Gerichtshof hat bereits über Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im Verkehrssektor entschieden³, sich aber nicht ausdrücklich mit der hier vorgelegten Frage befasst.

I. Rechtlicher Rahmen

A. Unionsrecht. Verordnung Nr. 1370/2007

4. Von Bedeutung sind die Erwägungsgründe 27 und 34.

5. Art. 1 („Zweck und Anwendungsbereich“) Abs. 1 legt fest:

„(1) Zweck dieser Verordnung ist es, festzulegen, wie die zuständigen Behörden unter Einhaltung des Gemeinschaftsrechts im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs tätig werden können, um die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu gewährleisten, die unter anderem zahlreicher, sicherer, höherwertig oder preisgünstiger sind als diejenigen, die das freie Spiel des Marktes ermöglicht hätte.“

Hierzu wird in dieser Verordnung festgelegt, unter welchen Bedingungen die zuständigen Behörden den Betreibern eines öffentlichen Dienstes eine Ausgleichsleistung für die ihnen durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verursachten Kosten und/oder ausschließliche Rechte im Gegenzug für die Erfüllung solcher Verpflichtungen gewähren, wenn sie ihnen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegen oder entsprechende Aufträge vergeben.“

6. Art. 2a („Spezifikation der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen“) Abs. 2 bestimmt:

„Mit den Spezifikationen gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen und der entsprechenden Ausgleichsleistung für finanzielle Nettoauswirkungen gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen sollen

- a) die Ziele der Politik für den öffentlichen Verkehr auf kostenwirksame Weise erreicht werden und
- b) die finanzielle Nachhaltigkeit der Erbringung öffentlicher Personenverkehrsdienste gemäß den in der Politik für den öffentlichen Verkehr festgelegten Anforderungen langfristig gesichert werden.“

7. In Art. 3 („Öffentliche Dienstleistungsaufträge und allgemeine Vorschriften“) Abs. 1 heißt es:

„Gewährt eine zuständige Behörde dem ausgewählten Betreiber ausschließliche Rechte und/oder Ausgleichsleistungen gleich welcher Art für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen, so erfolgt dies im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags.“

³ Zuletzt im Urteil vom 8. September 2022, *Lux Express Estonia* (C-614/20, EU:C:2022:641). In Bezug auf die unmittelbare Vorgängerin, die Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 des Rates vom 26. Juni 1969 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs (ABl. 1969, L 156, S. 1), vgl. Urteile vom 27. November 1973, *Niederlandse Spoorwegen* (36/73, EU:C:1973:130), in einer Rechtssache betreffend den Eisenbahnverkehr, sowie vom 24. Juli 2003, *Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg* (C-280/00, EU:C:2003:415; im Folgenden: Urteil *Altmark*), vom 7. Mai 2009, *Antrop u. a.* (C-504/07, EU:C:2009:290), und vom 3. April 2014, *CTP* (C-516/12 bis C-518/12, EU:C:2014:220), betreffend den Busverkehr.

8. Art. 4 („Obligatorischer Inhalt öffentlicher Dienstleistungsaufträge und allgemeiner Vorschriften“) Abs. 1 sieht vor:

„In den öffentlichen Dienstleistungsaufträgen und den allgemeinen Vorschriften

- a) sind die vom Betreiber eines öffentlichen Dienstes zu erfüllenden gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, die in dieser Verordnung definiert und gemäß Artikel 2a dieser Verordnung spezifiziert sind, und die betreffenden geografischen Geltungsbereiche klar festzulegen;
- b) sind zuvor in objektiver und transparenter Weise aufzustellen:
 - i) die Parameter, anhand deren gegebenenfalls die Ausgleichsleistung berechnet wird, und
 - ii) die Art und der Umfang der gegebenenfalls gewährten Ausschließlichkeit; dabei ist eine übermäßige Ausgleichsleistung zu vermeiden.

...“

9. Art. 6 („Ausgleichsleistung für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen“) Abs. 1 bestimmt:

„Jede Ausgleichsleistung im Zusammenhang mit einer allgemeinen Vorschrift oder einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag entspricht ... dem Artikel 4. ...“

B. Nationales Recht

10. Zur Anwendung kommen Art. 10 Abs. 1 und 3 sowie Art. 11 Abs. 1 des Sabiedriskā transporta pakalpojumu likums⁴ und Art. 2 Abs. 1 und Art. 56 des Ministru kabineta 2015. gada 28. jūlija noteikumi Nr. 435 „Kārtība, kādā nosaka un kompensē ar sabiedriskā transporta pakalpojumu sniegšanu saistītos zaudējumus un izdevumus un nosaka sabiedriskā transporta pakalpojuma tarifu“⁵.

II. Sachverhalt, Rechtsstreit und Vorlagefrage

11. Die Valsts SIA Autotransporta direkcija (im Folgenden: öffentliche Auftraggeberin) leitete ein offenes Ausschreibungsverfahren „Einräumung des Rechts zur Erbringung öffentlicher Busverkehrsdienste im regionalen Liniennetz“ ein. Die Ausschreibung betraf die Vergabe eines Auftrags mit einer Laufzeit von zehn Jahren an Anbieter öffentlicher Verkehrsdienste⁶.

⁴ Gesetz über öffentliche Verkehrsdienste.

⁵ Dekret Nr. 435 des Ministerrats vom 28. Juli 2015 über das Verfahren für die Bestimmung des Ausgleichs von Verlusten und Kosten im Zusammenhang mit der Erbringung der öffentlichen Verkehrsdienste und für die Entgeltregelung betreffend diese Dienstleistungen.

⁶ Die Ausschreibung wurde unter der Referenznummer AD 2019/7 geführt. Das Verfahren 2019/S 138-340153 wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 19. Juli 2019 (ABl. 2019, S 138, S. 1) bekannt gegeben.

12. Die SIA Dobeles autobusu parks (im Folgenden: Dobeles) und weitere Wirtschaftsteilnehmer⁷ haben die Leistungsbeschreibung mit der Begründung beanstandet, der in ihr vorgesehene Ausgleichsmechanismus für die öffentlichen Verkehrsdienste sei rechtswidrig⁸. Konkret machen sie geltend:

- In ihrem Angebot müssten die Bieter den Preis der angebotenen Dienstleistung für die kommenden zehn Jahre vorhersehen, der (zukünftige) Vertrag enthalte aber kein angemessenes Verfahren für eine Preiskorrektur.
- Als einziges Verfahren zur Korrektur der Preise sei eine Indexierung festgeschrieben, die sie als unzureichend ansehen: Sie betreffe nur drei Positionen (Kraftstoffpreise, Lohnkosten und Pflichtbeiträge zur nationalen Sozialversicherung im Fall einer Gesetzesänderung) und gelte nur für den Fall, dass die Kraftstoffpreise um mehr als 5 % oder die Lohnkosten um mehr als 8 % stiegen. Steigerungen, die diese Werte nicht überschritten, habe der Dienstleistungserbringer zu tragen.
- Die Indexierung umfasse nicht die ersten vier Jahre der Dienstleistung, und auch für die letzten drei Jahre sei keine Möglichkeit eines Ausgleichs für Kostensteigerungen vorgesehen.

13. Mit Entscheidung vom 11. November 2019 wies die Iepirkumu uzraudzības biroja Iesniegumu izskatīšanas komisija (Antragsprüfungskommission der Aufsichtsbehörde für das öffentliche Auftragswesen, Lettland) die Rügen der Kassationsbeschwerdeführerinnen zurück.

14. Gegen diese Entscheidung erhoben die Kassationsbeschwerdeführerinnen Klage bei der Administratīvā rajona tiesa (Bezirksverwaltungsgericht, Lettland), die diese Klagen mit Urteil vom 29. Mai 2019 abwies. Nach Ansicht des Bezirksverwaltungsgerichts ist der Staat gemäß der Verordnung Nr. 1370/2007 und den Leitlinien der Kommission zu ihrer Auslegung⁹ nicht verpflichtet, alle Kosten der Erbringer öffentlicher Verkehrsdienste zu decken.

15. Einige der Klägerinnen haben gegen das erstinstanzliche Urteil Kassationsbeschwerde bei der Augstākā tiesa (Senāts) (Oberstes Gericht, Lettland) eingelegt, mit der sie im Wesentlichen die gleichen Argumente wie in den vorhergegangenen Verwaltungs- und Gerichtsverfahren anführen.

16. Angesichts des Vorbringens der Parteien des Rechtsstreits hat das Oberste Gericht dem Gerichtshof die folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Ist nach Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 2, Art. 2a Abs. 2 und Art. 3 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1370/2007 eine Ausgleichsregelung zulässig, die die zuständige Behörde nicht verpflichtet, dem Anbieter des öffentlichen Verkehrsdienstes mittels einer regelmäßigen Indexierung des Auftragswerts (Höhe der Ausgleichsleistung) einen vollständigen Ausgleich für alle mit der Erbringung der

⁷ Die AS CATA, die SIA VTU Valmiera, die SIA Jelgavas autobusu parks und die SIA Jēkabpils autobusu parks (im Folgenden zusammen mit Dobeles: die Kassationsbeschwerdeführerinnen).

⁸ In der mündlichen Verhandlung hat die öffentliche Auftraggeberin erklärt, dass die Einnahmen des Dienstleistungserbringers aus zwei Posten bestünden: a) dem von den Fahrgästen beim Erwerb des Fahrscheins gezahlten Betrag und b) einer vom Staat getragenen finanziellen Ausgleichsleistung in Höhe der Differenz zwischen dem vom erfolgreichen Bieter in seinem Angebot angegebenen Preis für die Dienstleistung und den Einnahmen aus dem Verkauf von Fahrscheinen an die Fahrgäste.

⁹ Mitteilung der Kommission über die Auslegungsleitlinien zu der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (ABl. 2014, C 92, S. 1; im Folgenden: Leitlinien der Kommission). Diese Leitlinien haben keinen verpflichtenden Charakter.

Dienstleistung verbundenen, dem Einfluss des Anbieters entzogenen Kostensteigerungen zu leisten, und die daher die Gefahr, dass der Anbieter der Dienste einen nicht ausgleichsfähigen Verlust erleidet, nicht vollständig ausschließt?

III. Verfahren vor dem Gerichtshof

17. Das Vorabentscheidungsersuchen ist am 22. Juni 2022 beim Gerichtshof eingegangen.

18. Die Kassationsbeschwerdeführerinnen, die zyprische und die lettische Regierung sowie die Europäische Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht.

19. An der mündlichen Verhandlung vom 8. Juni 2023 haben Dobeles, die öffentliche Auftraggeberin, die zyprische und die lettische Regierung sowie die Kommission teilgenommen.

IV. Würdigung

A. Vorbemerkungen

1. Anwendbare Rechtsvorschriften

20. Das vorliegende Gericht geht davon aus, dass auf den Ausgangsstreit die Verordnung Nr. 1370/2007 zur Anwendung kommt, und ersucht um die Auslegung von drei Bestimmungen dieser Verordnung:

- Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 2, wonach in der Verordnung selbst „festgelegt [wird], unter welchen Bedingungen die zuständigen Behörden den Betreibern eines öffentlichen Dienstes eine Ausgleichsleistung für die ihnen durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verursachten Kosten und/oder ausschließliche Rechte im Gegenzug für die Erfüllung solcher Verpflichtungen gewähren, wenn sie ihnen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegen oder entsprechende Aufträge vergeben“;
- Art. 2a Abs. 2, der die Ziele der „Spezifikationen gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen und der entsprechenden Ausgleichsleistung für finanzielle Nettoauswirkungen gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen“ nennt;
- Art. 3 Abs. 2, der sich auf die in den allgemeinen Vorschriften festgelegten tariflichen Verpflichtungen bezieht „ungeachtet des Rechts der zuständigen Behörden, gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen zur Festsetzung von Höchsttarifen in öffentliche Dienstleistungsaufträge aufzunehmen“¹⁰.

21. Die Anwendung der Verordnung Nr. 1370/2007 hängt jedoch von den Merkmalen des Auftrags ab, dessen Leistungsbeschreibung Gegenstand des Rechtsstreits ist. Die Verordnung Nr. 1370/2007

¹⁰ Tatsächlich ist Art. 3 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1370/2007 unter Berücksichtigung des Sachverhalts des vorliegenden Rechtsstreits für die Entscheidung nicht von Bedeutung.

- erfasst öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und sieht Modalitäten für eine Intervention im Bereich allgemeiner Regelungen zur Vergabe öffentlicher Aufträge, wie sie in der Richtlinie 2014/24/EU¹¹ oder der Richtlinie 2014/25/EU¹² enthalten sind, vor;
- enthält Sonderregeln, die die allgemeinen Regeln der Richtlinie 2014/24 oder der Richtlinie 2014/25, je nachdem, ob die anwendbare Richtlinie in den von der Verordnung geregelten Bereichen Regeln vorsieht oder nicht, entweder ersetzen oder ergänzen sollen¹³.

22. Nach Art. 5 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1370/2007 werden öffentliche Dienstleistungsaufträge grundsätzlich nach Maßgabe dieser Verordnung vergeben.

23. Dienstleistungsaufträge oder öffentliche Dienstleistungsaufträge gemäß der Definition in den Richtlinien 2014/24 und 2014/25 für *öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen* oder Straßenbahnen werden jedoch gemäß den in jenen Richtlinien vorgesehenen Verfahren vergeben, sofern die Aufträge nicht die Form von Dienstleistungskonzessionen annehmen.

2. Gemeinwirtschaftliche Verpflichtung und Vertragsart

24. Da nicht ausreichend geklärt worden war, um welche Art von Vertrag es sich handelt, wurde diese Frage in der mündlichen Verhandlung erörtert. Dobeles, die öffentliche Auftraggeberin und die lettische Regierung waren sich einig, dass es sich um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag, bei dem der erfolgreiche Bieter nur einige der Risiken übernehme, handele, nicht jedoch um einen Konzessionsvertrag¹⁴.

25. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob diese Auffassung richtig ist. Dabei ist insbesondere die Übertragung des Betriebsrisikos für die zu vergebenden Dienste zu berücksichtigen.

26. Darüber hinaus sind sich alle Parteien einig, dass eine echte gemeinwirtschaftliche Verpflichtung besteht, zu deren Erfüllung der streitige Vertrag geschlossen wird.

27. Da diese Zweifel ausgeräumt sind, werde ich mich bei meiner Würdigung auf den durch die Verordnung Nr. 1370/2007 vorgegebenen rechtlichen Rahmen konzentrieren.

B. Die Ausgleichsleistung als Gegenleistung für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen

28. Nach der Verordnung Nr. 1370/2007 bezeichnet der Ausdruck „gemeinwirtschaftliche Verpflichtung“ „eine von der zuständigen Behörde festgelegte oder bestimmte Anforderung im Hinblick auf die Sicherstellung von im allgemeinen Interesse liegenden öffentlichen

¹¹ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. 2014, L 94, S. 65).

¹² Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG (ABl. 2014, L 94, S. 243).

¹³ Urteil vom 20. September 2018, Rudigier (C-518/17, EU:C:2018:757, Rn. 49).

¹⁴ Die öffentliche Auftraggeberin hat bestätigt, dass sich das hier anwendbare Dekret des Ministerrats Nr. 435 vom 28. Juli 2015 von demjenigen unterscheidet, das der Gerichtshof in seinem Urteil vom 10. November 2011, Norma-A und Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721), geprüft hat und in dessen Zusammenhang er eine Einordnung des damals streitigen Auftrags als Konzession ausgeschlossen hat. In jenem Fall wurde das Betriebsrisiko nicht vollständig oder zumindest zu einem wesentlichen Teil auf den erfolgreichen Bieter übertragen.

Personenverkehrsdiensten, die der Betreiber unter Berücksichtigung seines eigenen wirtschaftlichen Interesses nicht oder nicht im gleichen Umfang oder nicht zu den gleichen Bedingungen ohne Gegenleistung übernommen hätte“¹⁵.

29. Ich habe an anderer Stelle¹⁶ erläutert, dass die Verordnung Nr. 1370/2007 eine Gegenleistung für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, die für die betroffenen Unternehmen eine Belastung darstellen, vorsieht. Diese Gegenleistung erfolgt in Form einer Ausgleichsleistung oder einer Einräumung eines ausschließlichen Rechts¹⁷.

30. Der Begriff „Ausgleichsleistung für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen“ knüpft einen – insbesondere finanziellen – Vorteil an die Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung, die die Erbringung von wirtschaftlich unattraktiven Dienstleistungen umfasst.

31. So wird erreicht, dass den Betreibern auch dann keine wirtschaftlichen Nachteile entstehen und es somit nicht zur Beeinträchtigung der Dienstleistungserbringung selbst kommt, wenn die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, die sie erfüllen müssen, Kosten verursachen. In diesen Fällen muss eine Ausgleichsleistung, die eine Gegenleistung für eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung darstellt, „... gewährt werden, um die Erbringung von Diensten sicherzustellen, die Dienste von allgemeinem Interesse im Sinne des Vertrags sind“¹⁸.

32. Die Verordnung Nr. 1370/2007 sieht somit nicht vor, dass die aus den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen erwachsenden Kosten allein von den Verkehrsunternehmen zu tragen sind. Denn dies würde wahrscheinlich dazu führen, dass keiner der Betreiber bereit wäre, eine Dienstleistung zu erbringen, die für sich genommen wirtschaftlich unattraktiv ist.

1. Höhe der Ausgleichsleistung

33. Bei der Berechnung der Ausgleichsleistung (oder der Festlegung der dabei heranzuziehenden Mechanismen und Parameter)¹⁹ hat die zuständige Behörde gleichzeitig dafür zu sorgen, dass „die Ziele der Politik für den öffentlichen Verkehr auf kostenwirksame Weise erreicht werden“²⁰ und „die finanzielle Nachhaltigkeit der Erbringung öffentlicher Personenverkehrsdienste gemäß den in der Politik für den öffentlichen Verkehr festgelegten Anforderungen langfristig gesichert [wird]“²¹.

34. Die Verordnung Nr. 1370/2007 schreibt nicht vor, dass die Ausgleichsleistung die Nettokosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung vollständig decken muss. Mit dem Verweis in ihrem 33. Erwägungsgrund auf das Urteil Altmark erinnert sie daran, dass, um

¹⁵ Art. 2 Buchst. e der Verordnung Nr. 1370/2007.

¹⁶ Schlussanträge in der Rechtssache Lux Express Estonia (C-614/20, EU:C:2022:180, Nr. 38).

¹⁷ Nach Art. 2 Buchst. f der Verordnung Nr. 1370/2007 bezeichnet der Ausdruck „ausschließliches Recht“ „ein Recht, das einen Betreiber eines öffentlichen Dienstes berechtigt, bestimmte öffentliche Personenverkehrsdienste auf einer bestimmten Strecke oder in einem bestimmten Streckennetz oder Gebiet unter Ausschluss aller anderen solchen Betreiber zu erbringen“.

¹⁸ 34. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 1370/2007.

¹⁹ In der Verordnung Nr. 1370/2007 wird kein Berechnungssystem genannt. In der Rechtssache geht es um die Preisindexierung, jedoch handelt es sich dabei nur um eines der möglichen Modelle zur Berechnung der Ausgleichsleistung und damit letztlich zum Ausgleich etwaiger negativer Auswirkungen, die die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung für den erfolgreichen Bieter mit sich bringt.

²⁰ Art. 2a Abs. 2 Buchst. a der Verordnung Nr. 1370/2007. Gemäß dem Anhang sollte die Ausgleichsleistung so gestaltet werden, dass eine wirtschaftliche Geschäftsführung gefördert wird. Dieser Hinweis kann als konkreter Ausdruck des Effizienzziels verstanden werden.

²¹ Art. 2a Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 1370/2007. Eine noch eindeutiger Formulierung findet sich im elften Erwägungsgrund der Verordnung 2016/2338.

auszuschließen, dass eine Ausgleichsleistung für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen ein Vorteil im Sinne von Art. 92 Abs. 1 EG-Vertrag (jetzt Art. 107 Abs. 1 AEUV) ist, die Ausgleichsleistung „nicht über das hinausgehen [darf], was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ... ganz oder teilweise zu decken“²².

35. Ebenso schreibt Art. 4 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 1370/2007 vor, dass sowohl in den öffentlichen Dienstleistungsaufträgen als auch in den allgemeinen Vorschriften die Durchführungsvorschriften für die Aufteilung der Kosten, die mit der Erbringung der Dienstleistung in Verbindung stehen, festgelegt werden. Bei dieser Vorgabe wird davon ausgegangen, dass die zuständige Behörde nicht verpflichtet ist, *alle* Kosten auszugleichen, die dem Betreiber durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung entstehen.

36. Der nur teilweise Ausgleich der mit den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen einhergehenden Kosten führt zu einem Risiko für den Betreiber. Ist eine solche Ausgleichsleistung mit einer allgemeinen Vorschrift oder einem direkt vergebenen Auftrag verbunden, hat die zuständige Behörde dieses Risiko bei der Berechnung des angemessenen Gewinns für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung zu berücksichtigen²³.

37. Außerdem sollte die Ausgleichsleistung für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im Bereich des Landverkehrs nicht *übermäßig* ausfallen. Eine übermäßige Ausgleichsleistung ist aus zwei Gründen zu vermeiden: zum einen, um Subventionen, die eine staatliche Beihilfe darstellen, zu verhindern, und zum anderen, um Verbesserungen bei der Qualität und der Effizienz des Dienstes zu erzielen.

38. Auf das letztgenannte Ziel wird im 27. Erwägungsgrund und in Nr. 7 des Anhangs²⁴ sowie mit einer weiter gefassten Formulierung im zuvor zitierten Art. 2a Abs. 2 Buchst. a der Verordnung Nr. 1370/2007, eingeführt durch die Verordnung 2016/2338, verwiesen.

39. Die Verordnung Nr. 1370/2007 enthält keine Hinweise, wie eine wirtschaftliche Geschäftsführung des Verkehrsdienstes durch Ausgleichsleistungen zu fördern ist²⁵: Die zuständigen Behörden verfügen über einen gewissen Handlungsspielraum²⁶.

²² Urteil Altmark, Rn. 92 und Tenor.

²³ Nach Nr. 6 des Anhangs der Verordnung Nr. 1370/2007 ist unter „angemessenem Gewinn“ „eine in dem betreffenden Sektor in einem bestimmten Mitgliedstaat übliche angemessene Kapitalrendite zu verstehen, wobei das aufgrund des Eingreifens der Behörde vom Betreiber eines öffentlichen Dienstes eingegangene Risiko oder für ihn entfallende Risiko zu berücksichtigen ist“.

²⁴ In Bezug auf gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen, die entweder gar nicht ausgeschrieben oder ohne wettbewerbliches Vergabeverfahren vergeben werden. Nach Überzeugung des Gesetzgebers, auf die ich im Folgenden eingehen werde, führt ein offenes Vergabeverfahren automatisch dazu, dass die Ausgleichsleistung nicht übermäßig ausfällt.

²⁵ In der Mitteilung der Kommission – Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (2011) (ABl. 2012, C 8, S. 15, Rn. 40 und 41) werden als Beispiele zwei Methoden genannt: Festlegung einer pauschalen Ausgleichshöhe vorab, die die Effizienzgewinne, die das Unternehmen während der Laufzeit des Vertrags erzielen dürfte, antizipiert und berücksichtigt, oder Festlegung der Ziele für Effizienzgewinne im Betrauungsakt, wobei die Ausgleichshöhe davon abhängig gemacht wird, inwieweit diese Ziele erreicht werden. Ähnliche Verfahren finden sich im geänderten Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit Anforderungen des öffentlichen Dienstes und der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge für den Personenverkehr auf der Schiene, der Straße und auf Binnenschiffahrtswegen (Vorlage der Kommission gemäß Art. 250 Abs. 2 EG-Vertrag) (KOM[2002] 107 endgültig), Anhang Nr. 6.

²⁶ Die Behörden sollten Effizianzanreize innerhalb eines angemessenen Rahmens halten und sicherstellen, dass der Betreiber keine unverhältnismäßigen Gewinne aus Effizienzsteigerungen erzielt und solche Anreize nicht zu Qualitätseinbußen bei den Dienstleistungen führen. Diese Hinweise finden sich in Abs. 2.4.5 der Leitlinien der Kommission, ergeben sich jedoch auch aus einer systematischen und teleologischen Auslegung der Verordnung Nr. 1370/2007.

40. Die Kommission warnt in ihren Leitlinien vor Ausgleichsregelungen, „durch die lediglich die tatsächlich entstehenden [d. h. nachträglich festzustellenden] Kosten abgedeckt werden“, da sie „dem Verkehrsunternehmen kaum Anreize bieten, die Kosten einzudämmen oder mit der Zeit effizienter zu werden“²⁷.

41. Unter diesem Gesichtspunkt können Ausgleichsleistungen, die unter den Nettokosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung liegen, Anreize für eine wirtschaftliche Geschäftsführung durch den Betreiber des öffentlichen Dienstes schaffen, indem sie ihn dazu veranlassen, die Ausgaben, über die er die Kontrolle hat, zu senken.

42. Bei den Vorarbeiten zur Verordnung 2016/2338 wurden Änderungsanträge eingereicht, die darauf abzielten, „Unterkompensationen“ oder Ausgleichsleistungen zu vermeiden, die „unter dem Betrag [liegen], der erforderlich ist, um die finanziellen Nettoauswirkungen auf die Kosten und Einnahmen zu decken, die auf die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen zurückzuführen sind“²⁸. Diese Änderungen wurden vom Rat ausdrücklich abgelehnt, da sie nicht der allgemeinen Ausrichtung entsprachen²⁹, indem sie das gesamte Risiko auf die öffentlichen Auftraggeber abwälzten und die Einführung von Anreizen für eine wirtschaftliche Geschäftsführung der Dienstleistungen nicht zuließen³⁰.

2. Angemessene Ausgleichsleistung?

43. Die Artikel der Verordnung Nr. 1370/2007 enthalten keinen wörtlichen Verweis auf eine „angemessene“, „geeignete“ oder „ausreichende“ Ausgleichsleistung³¹. Die Begriffe finden sich in der Präambel und indirekt im Anhang.

44. In der 2007 angenommenen Fassung wird im 27. Erwägungsgrund nach dem Hinweis, dass die Ausgleichsleistung nicht übermäßig ausfallen darf, ausgeführt: „Beabsichtigt eine zuständige Behörde die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags ohne wettbewerbliches Vergabeverfahren, so sollte sie auch detaillierte Bestimmungen einhalten, mit denen die Angemessenheit der Ausgleichsleistung gewährleistet wird ...“

²⁷ Leitlinien der Kommission, Abs. 2.4.3.

²⁸ Entwurf einer legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 hinsichtlich der Öffnung des Marktes für inländische Schienenpersonenverkehrsdienste (COM[2013] 0028 – C7-0024/2013 – 2013/0028[COD]), Dokument A7-0034/2014 vom 16. Januar 2014, Änderungsanträge 10 und 40.

²⁹ Vgl. Dokument 12777/15 vom 12. Oktober 2015 des Generalsekretariats des Rates an die Delegationen.

³⁰ Vgl. Bericht des Generalsekretariats des Rates für den AStV, Dokument 13146/15 vom 4. Dezember 2015, Zeile 112, und Dokument 5159/16, ADD 1, vom 15. Januar 2016, Zeile 112. Ich erinnere daran, dass ein direktes Verbot einer „zu geringen“ Ausgleichsleistung, das in den Vorarbeiten zur ersten Fassung der Verordnung vorgeschlagen wurde, ebenso wenig Erfolg hatte: Die Gründe für dieses Scheitern sind vielfältig und hängen nicht unbedingt mit dem Anreiz zu einer wirtschaftlichen Geschäftsführung zusammen. Siehe Fn. 31.

³¹ Der Entwurf einer legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments zu dem Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass der Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und Nr. 1107/70 des Rates (13736/1/2006 – C6-0042/2007 – 2000/0212[COD]), Dokument A6-0131/2007, vom 4. April 2007, Änderungsanträge 6, 14 und 18, änderte den Gemeinsamen Standpunkt dahin, dass die Ausgleichsleistung weder übermäßig noch zu gering ausfallen durfte. Die Delegationen der Mitgliedstaaten waren geteilter Meinung darüber, ob dieses Erfordernis aufgenommen werden sollte oder nicht (für einige Delegationen war insbesondere die Verhinderung einer unzureichenden Ausgleichsleistung nicht Ziel der Verordnung) und wo und wie dies geschehen sollte: vgl. Bericht des Generalsekretariats des Rates für den AStV, Dokument 7974/07, vom 2. April 2007 in Bezug auf diese Änderungsanträge. Schließlich wurden die Änderungsanträge nicht in die Verordnung aufgenommen.

45. Auch im verfügbaren Teil der Verordnung findet sich eine Warnung vor einer unzureichenden Ausgleichsleistung, jedoch handelt es sich dabei nur um einen Verweis im Anhang im Zusammenhang mit den Auswirkungen, die die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung auf sonstige Beförderungstätigkeiten eines Betreibers oder auf seine Netze haben kann³².

46. Nach den Leitlinien der Kommission ist ein „angemessener“ Ausgleich zu gewähren, damit die Eigenmittel des Betreibers im Rahmen einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung nicht langfristig aufgezehrt werden, wodurch eine effiziente Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtungen und die Aufrechterhaltung von hochwertigen Personenverkehrsdiensten verhindert würde³³.

47. Die Kommission fügt hinzu, bei Nichtzahlung einer angemessenen Ausgleichsleistung bestände die Gefahr, dass bei einer wettbewerblichen Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags weniger Angebote abgegeben würden³⁴.

48. In ihrem Vorschlag zur Änderung der Verordnung Nr. 1370/2007 wies die Kommission ausdrücklich auf die Notwendigkeit hin, die finanzielle Tragfähigkeit des öffentlichen Verkehrssystems zu gewährleisten³⁵.

49. In der durch die Verordnung 2016/2338 geänderten Fassung wird dieses Anliegen deutlich. Art. 2a Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 1370/2007 betont, dass mit der Ausgleichsleistung u. a. „die finanzielle Nachhaltigkeit der Erbringung öffentlicher Personenverkehrsdienste gemäß den in der Politik für den öffentlichen Verkehr festgelegten Anforderungen langfristig gesichert werden“ soll.

50. Im elften Erwägungsgrund der Verordnung 2016/2338 wird eine Verbindung zwischen der langfristigen finanziellen Tragfähigkeit und dem Erfordernis hergestellt, die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen durch den Betreiber eines öffentlichen Dienstes „in geeigneter Weise“ auszugleichen.

51. Die Beurteilung der Angemessenheit der Ausgleichsleistung im oben genannten Sinne ergibt sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit³⁶, den die Spezifikationen der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen für die Erbringung öffentlicher Personenverkehrsdienste gemäß Art. 2a Abs. 1 der Verordnung Nr. 1370/2007 erfüllen müssen.

³² Anhang Nr. 3. Es wird sowohl auf übermäßige als auch auf „unzureichende Ausgleichsleistungen“ hingewiesen und gefordert, dass bei der Berechnung des finanziellen Nettoeffekts der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung „alle quantifizierbaren finanziellen Auswirkungen auf die betroffenen Netze des Betreibers“ berücksichtigt werden.

³³ Leitlinien der Kommission, Abs. 2.4.8.

³⁴ Ebd.

³⁵ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 hinsichtlich der Öffnung des Marktes für inländische Schienenpersonenverkehrsdienste, COM(2013) 28 final, fünfter Erwägungsgrund und Art. 2a Abs. 4. Die Studien und Konsultationen, die dem Text zugrunde lagen, konzentrierten sich auf den Schienenverkehr, der auch Hauptgegenstand der Änderung der Verordnung Nr. 1370/2007 ist. Dem Wortlaut nach ist der Anwendungsbereich des Vorschlags in dieser Hinsicht jedoch allgemein gehalten.

³⁶ Die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung hat als Marktintervention den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Sinne des Unionsrechts zu erfüllen: Sie muss gerechtfertigt und zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet sein und darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.

52. Die Ausgleichsleistung muss es dem mit der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung betrauten Betreiber somit ermöglichen, diese Verpflichtung erfolgreich zu erfüllen. Aus den oben dargelegten Gründen bedeutet dies nicht, dass der Betrag der Ausgleichsleistung den Nettokosten, die sich infolge der Erfüllung der Verpflichtung ergeben, zu entsprechen hat.

3. Ausgleichsfähige Kosten (Posten)

53. Nach Art. 4 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1370/2007 sind in den öffentlichen Dienstleistungsaufträgen die Durchführungsvorschriften für die Aufteilung der Kosten, die mit der Erbringung der Verkehrsdienste in Verbindung stehen, festzulegen³⁷.

54. Als Beispiele nennt die Bestimmung u. a. Personalkosten, Energiekosten, Infrastrukturkosten, Wartungs- und Instandsetzungskosten für Fahrzeuge des öffentlichen Personenverkehrs, das Rollmaterial und für den Betrieb der Personenverkehrsdienste erforderliche Anlagen sowie die Fixkosten und eine angemessene Kapitalrendite.

55. Die ersten Vorschläge für die Verordnung sahen vor, dass der Betreiber zumindest „die Kosten für die Erbringung der Verkehrsdienste trägt, auf die sich der öffentliche Dienstleistungsauftrag bezieht, einschließlich insbesondere der Personalkosten, der Energiekosten sowie der Kosten für Wartung und Instandsetzung von Fahrzeugen und rollendem Material“³⁸.

56. Die Verordnung Nr. 1370/2007 sieht hingegen nicht vor, dass bestimmte Kosten der einen oder der anderen Partei zuzurechnen sind; sie schreibt also keinen Ausgleich für konkrete Kosten vor³⁹. Die zuständige Behörde ist in dieser Hinsicht flexibel⁴⁰.

4. Zwischenergebnis

57. Eine Ausgleichsleistung für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen ist mit der Verordnung Nr. 1370/2007 vereinbar, wenn sie aufgrund ihrer Höhe keinen finanziellen Vorteil gewährt, der als staatliche Beihilfe einzustufen wäre. Der entsprechende Betrag sollte ein Gleichgewicht zwischen den Zielen der wirtschaftlichen Geschäftsführung des Verkehrsdienstes und der langfristigen finanziellen Tragfähigkeit bei der Erbringung des Dienstes erkennen lassen.

³⁷ Das gilt auch für die *allgemeinen Vorschriften*, die nicht Gegenstand des vorliegenden Vorabentscheidungsersuchens sind. Zu diesem Begriff siehe Fn. 41.

³⁸ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit Anforderungen des öffentlichen Dienstes und der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge für den Personenverkehr auf der Schiene, der Straße und auf Binnenschiffahrtswegen (KOM[2000] 7 endgültig), Art. 6 Buchst. b, und Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit Anforderungen des öffentlichen Dienstes und der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge für den Personenverkehr auf der Schiene, der Straße und auf Binnenschiffahrtswegen (Vorlage der Kommission gemäß Art. 250 Abs. 2 EG-Vertrag) (KOM[2002] 107 endgültig), Art. 6 Buchst. b.

³⁹ Eine Bestimmung, die keine Flexibilität bei der Verteilung der Kosten zulässt, kann sich als unpraktikabel erweisen, wie der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss in seiner Stellungnahme zu dem „Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit Anforderungen des öffentlichen Dienstes und der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge für den Personenverkehr auf der Schiene, der Straße und auf Binnenschiffahrtswegen“ (ABl. 2001, C 221, S. 31), Nr. 5.1.1., anführte.

⁴⁰ Ein weiteres Beispiel für diese Flexibilität findet sich in Art. 2a Abs. 1 Unterabs. 1 der Verordnung Nr. 1370/2007, der der zuständigen Behörde die Möglichkeit einräumt, kostendeckende Dienste mit nicht kostendeckenden Diensten zusammenzufassen.

58. Eine Ausgleichsleistung, die die Nettokosten für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung nicht deckt, verstößt nicht gegen die Verordnung Nr. 1370/2007. Die Übertragung der Risiken auf den Dienstleistungserbringer ist für sich genommen mit der Verordnung vereinbar.

59. Die zuständige Behörde verfügt über einen weiten Spielraum bei der Entscheidung, welche Posten sie in die Ausgleichsleistung einbezieht und welche nicht, und somit bei der Entscheidung darüber, welche Risiken der Betreiber des Dienstes konkret übernimmt.

C. Ausgleichsleistung und wettbewerbliche Vergaben

60. In der mündlichen Verhandlung wurde erörtert, welche Auswirkungen es eventuell auf die Ausgleichsleistung hat, wenn (wie im Ausgangsverfahren) der Auftragsvergabe ein wettbewerbliches Vergabeverfahren vorausgegangen ist.

61. Zur Auferlegung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen können nach der Verordnung Nr. 1370/2007 zwei Arten von Rechtsinstrumenten verwendet werden: öffentliche Dienstleistungsaufträge und allgemeine Vorschriften⁴¹. Bei der Gewährung einer Ausgleichsleistung ist grundsätzlich auf einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag zurückzugreifen⁴². Ausnahmsweise kann bei Verpflichtungen im Zusammenhang mit Höchsttarifen eine einseitige Auferlegung durch allgemeine Vorschriften erfolgen⁴³.

62. Gemäß Art. 5 der Verordnung Nr. 1370/2007 haben die öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit, eine Direktvergabe (an einen internen Betreiber bzw. unter bestimmten Bedingungen an einen Dritten) vorzunehmen oder ein wettbewerbliches Vergabeverfahren durchzuführen. Die Bestimmungen der Verordnung Nr. 1370/2007 zur Berechnungsmethode für die Gegenleistung weisen je nach Art der Vergabe eine unterschiedliche Detailgenauigkeit auf.

63. Die Verordnung enthält einige gemeinsame Leitlinien. Art. 6, der die „Ausgleichsleistung für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen“ regelt, sieht in Abs. 1 Unterabs. 1 vor, dass jede Ausgleichsleistung Art. 4 der Verordnung Nr. 1370/2007⁴⁴ zu entsprechen hat.

64. In Bezug auf die Berechnungsmethode für Ausgleichsleistungen im Zusammenhang mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen enthält die Verordnung Nr. 1370/2007 nur Bestimmungen für den Fall, dass die Verpflichtung im Wege einer allgemeinen Vorschrift oder im Rahmen eines direkt vergebenen Auftrags auferlegt wird.

⁴¹ Die jeweiligen Begriffsbestimmungen finden sich in Art. 2 Buchst. i und l der Verordnung Nr. 1370/2007. Der *öffentliche Dienstleistungsauftrag* stellt eine „Übereinkunft zwischen einer zuständigen Behörde und einem Betreiber eines öffentlichen Dienstes“ dar. Bei der *allgemeinen Vorschrift* handelt es sich um eine „Maßnahme, die diskriminierungsfrei für alle öffentlichen Personenverkehrsdienste derselben Art in einem bestimmten geografischen Gebiet ... gilt“.

⁴² Art. 3 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1370/2007: „Gewährt eine zuständige Behörde dem ausgewählten Betreiber ausschließliche Rechte und/oder Ausgleichsleistungen gleich welcher Art für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen, so erfolgt dies im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags.“

⁴³ Art. 3 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1370/2007: „Abweichend von Absatz 1 können gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen zur Festsetzung von Höchsttarifen für alle Fahrgäste oder bestimmte Gruppen von Fahrgästen auch Gegenstand allgemeiner Vorschriften sein. ...“

⁴⁴ Nach dieser Bestimmung sind sowohl in öffentlichen Dienstleistungsaufträgen als auch in allgemeinen Vorschriften „... b) ... zuvor in objektiver und transparenter Weise aufzustellen: i) die Parameter, anhand deren gegebenenfalls die Ausgleichsleistung berechnet wird, und ii) die Art und der Umfang der gegebenenfalls gewährten Ausschließlichkeit; dabei ist eine übermäßige Ausgleichsleistung zu vermeiden. ... c) ... die Durchführungsvorschriften für die Aufteilung der Kosten, die mit der Erbringung von Dienstleistungen in Verbindung stehen, festzulegen. ...“

65. Mit anderen Worten enthält die Verordnung Nr. 1370/2007 keine spezifischen Bestimmungen für die Berechnung der Ausgleichsleistung für den Fall, dass der Auftrag im Rahmen eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens vergeben wird. Meines Erachtens ist dieser Umstand darauf zurückzuführen, dass der Gesetzgeber darauf vertraut hat, dass wettbewerbliche Verfahren besser dazu geeignet sind, von selbst einen Ausgleich zwischen entgegengesetzten Interessen zu schaffen.

66. Bei dieser Art von Ausschreibungen steht es den öffentlichen Auftraggebern frei, ob sie in die Leistungsbeschreibung Preisanpassungssysteme mit einer Indexierungs- oder einer vergleichbaren Formel aufnehmen oder nicht. Wie der Gerichtshof in Zusammenhang mit nationalen Vorschriften festgestellt hat⁴⁵, die für die Aufträge keine regelmäßige Preisanpassung *nach* der Vergabe vorsahen, steht das Unionsrecht⁴⁶ solchen Vorschriften nicht entgegen.

67. In den Leitlinien der Kommission heißt es in Abs. 2.4.1: „Durch ein offenes, transparentes und nichtdiskriminierendes wettbewerbliches Vergabeverfahren im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 [der Verordnung Nr. 1370/2007] wird die Ausgleichsleistung, die von der zuständigen Behörde an den Dienstleistungserbringer zu bezahlen ist, um das in der Ausschreibung vorgegebene Dienstleistungsniveau zu erreichen, auf ein Minimum reduziert und somit eine übermäßige Ausgleichsleistung verhindert. In diesem Fall ist es nicht erforderlich, die im Anhang dargelegten detaillierten Regeln für die Gewährung einer Ausgleichsleistung anzuwenden.“

68. Wettbewerbliche Vergabeverfahren sind insoweit ideale Systeme, um den öffentlichen Dienstleistungsauftrag zu den besten Qualitäts- und Preisbedingungen an einen qualifizierten Wirtschaftsteilnehmer zu vergeben. In diesem Zusammenhang ist ein Eingreifen der Regulierungsbehörde weniger notwendig.

69. Die Leitlinien der Kommission bestätigen dies: Die Interaktion von miteinander konkurrierenden Marktkräften ermöglicht es, dass die Höhe der Ausgleichsleistung auf das Mindestmaß beschränkt wird⁴⁷, so dass der öffentliche Auftraggeber oder die Vergabestelle das Angebot mit den geringsten Kosten für die Allgemeinheit (bzw. das Angebot, das in Bezug auf Preis und Qualität die effizienteste Option darstellt) auswählen kann⁴⁸.

⁴⁵ Urteil vom 19. April 2018, *Conorzio Italian Management und Catania Multiservizi* (C-152/17, EU:C:2018:264, Rn. 29 bis 31).

⁴⁶ In dem Rechtsstreit ging es um die Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (ABl. 2004, L 134, S. 1) in der durch die Verordnung (EU) Nr. 1251/2011 der Kommission vom 30. November 2011 (ABl. 2011, L 319, S. 43) geänderten Fassung und die ihr zugrunde liegenden allgemeinen Grundsätze. Aktuell nennt die Richtlinie 2014/24 in ihrem 111. Erwägungsgrund die Indexierung als eine Möglichkeit: „Öffentliche Auftraggeber sollten über die Möglichkeit verfügen, im einzelnen Vertrag in Form von Überprüfungs- oder Optionsklauseln Vertragsänderungen vorzusehen, doch sollten derartige Klauseln ihnen keinen unbegrenzten Ermessensspielraum einräumen. ... Es sollte daher klargestellt werden, dass mit hinlänglich klar formulierten Überprüfungs- oder Optionsklauseln etwa Preisindexierungen vorgesehen werden können ...“ Erwägungsgründe mit ähnlichem Wortlaut finden sich in den Richtlinien 2014/23 und 2014/25.

⁴⁷ Abs. 2.4.2 der Leitlinien der Kommission. Ein weiterer Beweis, dass Ausschreibungen aufgrund des Zusammenspiels von Angebot und Nachfrage ein Element zur freien Bestimmung der Ausgleichsleistung darstellen, findet sich in Abs. 2.4.3, wo die Kommission in Bezug auf den Begriff des angemessenen Gewinns darauf verweist, dass in dem Fall, dass „für eine bestimmte Dienstleistung eine allgemein akzeptierte marktübliche Vergütung“ besteht, „diese den besten Anhaltspunkt für die Höhe der Ausgleichsleistung dar[stellt], *wenn es keine öffentliche Ausschreibung gibt*“.

⁴⁸ In der Verordnung Nr. 1370/2007 wird der Begriff „geringste Kosten für die Allgemeinheit“ nicht verwendet. Er findet sich in Rn. 93 des Urteils *Altmark*, jedoch nicht im Tenor. Nach der Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (ABl. 2012, C 8, S. 4 [DAWI-Mitteilung]), ist der Begriff dahin auszulegen, dass das Angebot mit dem niedrigsten Preis oder das mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis ausgewählt werden kann. Diese Leitlinien beziehen sich zwar auf Art. 106 AEUV, jedoch spricht meines Erachtens nichts dagegen, sie in Bezug auf diesen Punkt auf Art. 93 AEUV zu übertragen.

70. In der Verordnung Nr. 1370/2007 bezieht sich die Überzeugung, dass ein wettbewerbliches Vergabeverfahren zu einer automatischen Anpassung der Gegenleistung führt, nicht nur auf die Voraussetzung, dass die Ausgleichsleistung nicht *übermäßig* sein darf. Die wettbewerbliche Vergabe wird außerdem als geeignet dargestellt, um einen *angemessenen* Ausgleich zu erzielen, damit die langfristige finanzielle Tragfähigkeit der öffentlichen Personenverkehrsdienste entsprechend den Anforderungen gewährleistet wird, die in der Politik für den öffentlichen Verkehr festgelegt sind⁴⁹.

71. Die vorstehenden Erwägungen beruhen auf der Annahme, dass die Gestaltung der Ausschreibung, sowohl in Bezug auf das Verfahren als auch in Bezug auf den Inhalt des Auftrags, einen echten und wirksamen Wettbewerb ermöglicht:

- In Bezug auf das wettbewerbliche Vergabeverfahren enthält die Verordnung Nr. 1370/2007 nur wenige Einzelheiten⁵⁰. Die Leitlinien der Kommission sprechen sich für die Anwendung der spezifischen Regeln der Richtlinien aus dem Bereich des Vergaberechts aus⁵¹.
- Was den Inhalt des öffentlichen Dienstleistungsauftrags anbelangt, führt Art. 4 der Verordnung Nr. 1370/2007 die Angaben auf, die mindestens enthalten sein müssen: Ich gehe davon aus, dass diese Angaben aus Transparenzgründen in die Leistungsbeschreibung aufzunehmen sind.

72. Wenn sie über diese Informationen verfügen, können die Betreiber entscheiden, ob sie sich um die Vergabe bewerben oder nicht; und wenn sie sich bewerben, können sie das Angebot unter Einbeziehung der Preise aller relevanten Faktoren vorbereiten⁵².

73. Die Höhe der Ausgleichsleistung – bzw. der Mechanismus und die Parameter für ihre Bestimmung – zählt sicherlich zu diesen relevanten Faktoren. Ist die Leistung zu niedrig angesetzt, könnte dies etwaige Bieter abschrecken oder deren Anzahl einschränken, was nicht mit Art. 5 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1370/2007 vereinbar wäre⁵³.

74. Der öffentliche Auftraggeber hat es daher zu vermeiden, in die Leistungsbeschreibung Parameter für Ausgleichsleistungen aufzunehmen, die die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung ohne objektive Rechtfertigung für etwaige Dienstleistungserbringer mit zu hohen Belastungen verbinden, so dass diese von einer Teilnahme an der Ausschreibung abgeschreckt werden. Denn tritt so ein Fall ein, erfüllt das Verfahren nicht mehr seinen wesentlichen Zweck, die Auswahl des (für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung) günstigsten Angebots zu ermöglichen.

⁴⁹ Ich verweise auf den elften Erwägungsgrund der Verordnung 2016/2338: „Bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen, die nicht nach einem wettbewerblichen Vergabeverfahren vergeben werden, sollte die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen durch den Betreiber eines öffentlichen Dienstes in geeigneter Weise ausgeglichen werden ...“ Hervorhebung nur hier.

⁵⁰ Gemäß Art. 5 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1370/2007 muss das Verfahren „allen Betreibern offenstehen, fair sein und den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung genügen“. Der neunte Erwägungsgrund verweist außerdem auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Das Vergabeverfahren muss den Grundsätzen des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union entsprechen, unabhängig davon, ob diese in der zur Anwendung kommenden Rechtsvorschrift genannt werden oder nicht.

⁵¹ Abs. 2.3.2.

⁵² Sofern sie dies für angemessen erachten, können sie außerdem Maßnahmen ergreifen, um sich gegenüber Marktrisiken abzusichern (z. B. durch den Abschluss einer Versicherung gegen künftige Preissteigerungen bei den von ihnen eingesetzten Produkten und Dienstleistungen).

⁵³ Bei der Vergabe einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung kann ein übermäßiges Ungleichgewicht der entsprechenden Vertragspflichten zugunsten des öffentlichen Auftraggebers den Wettbewerb einschränken, da die Wirtschaftsteilnehmer in der Regel nicht bereit sein werden, Verluste zu übernehmen.

75. Für die Feststellung, ob ein Ungleichgewicht zwischen den Leistungen besteht und ob dieses gerechtfertigt ist oder nicht, ist eine Einzelfallprüfung im Licht der von der Verordnung Nr. 1370/2007 mit der Ausgleichsleistung verfolgten Ziele erforderlich.

D. Anwendung auf den Rechtsstreit

76. In der Vorlageentscheidung nennt das vorlegende Gericht Argumente für und gegen den Antrag der Kassationsbeschwerdeführerinnen. Als Argumente für den Antrag nennt es u. a. folgende:

- Durch das gewählte Modell und die Instrumente für seine Anwendung werde den Bietern bei der Festlegung des Preises der Dienstleistung ein zu hohes Risiko auferlegt, und dieses Risiko erreiche eine Schwelle, ab der anzunehmen sei, dass der Staat sich *de facto* seiner Verpflichtung entziehe, einen angemessenen Ausgleich für die mit der Erbringung des öffentlichen Verkehrsdienstes verbundenen Kosten zu leisten.
- Es könne weder die Entwicklung der Energiepreise (Kraftstoffe) in den nächsten zehn Jahren noch die Höhe der Durchschnittslöhne in diesem Sektor oder der nationalen Sozialversicherungsbeiträge genau vorhergesagt werden. Eine Ausgleichsregelung, bei der eine Preisanpassung nur in mehrjährigen Intervallen und auch nur für einen Teil der Kosten möglich sei, berge die Gefahr, dass eine auf nicht hinreichend genauen Vorhersagen beruhende Kostensteigerung selbst bei Anbietern mit effizienter Wirtschaftstätigkeit zu Verlusten führe.

77. Gegen den Antrag sprechen nach Ansicht des vorlegenden Gerichts folgende Argumente:

- In den Leitlinien der Kommission werde der Gedanke der Qualität und Effizienz bei der Erbringung der Dienstleistungen betont. Die zuständigen Behörden müssten ein Modell finden, das die Qualität der Dienstleistungen garantiere und gleichzeitig Anreize für die Dienstleistungserbringer schaffe, ihre Dienste effizienter zu gestalten. Die Ausgleichsregeln in der Verordnung Nr. 1370/2007 ließen den zuständigen Behörden einen gewissen Spielraum.
- Die Einleitung eines offenen Ausschreibungsverfahrens sei Teil der Entwicklung der nationalen öffentlichen Verkehrsdienste in Lettland. Der Staat habe beschlossen, dass bei der Gestaltung eines einheitlichen Busliniennetzes mit gleichbleibenden Qualitätsanforderungen eine etwaige Ausgleichsleistung für die Erbringung öffentlicher Verkehrsdienste ab 2021 auf ein Vertragsmodell zu stützen sei, das auf der Differenz zwischen dem vom Verkehrsunternehmen im offenen Vergabeverfahren gebotenen Auftragswert und den mit dem öffentlichen Verkehrsdienst erzielten Einnahmen beruhe⁵⁴.
- Es sei den Bietern nicht untersagt, bei der Berechnung des Preises für ihr Angebot auch die Kosten des Risikos einzubeziehen, das sie bei der Festlegung eines konkreten Preises für einen bestimmten Zeitraum trügen. Es werde von den Bietern somit nicht verlangt, die in den von

⁵⁴ Satiksmes ministrijas informatīvais ziņojums „Par reģionālās nozīmes sabiedriskā transporta pakalpojumu attīstību 2021.-2030.gadam“ (Informationsbericht des Verkehrsministeriums „Über die Entwicklung der öffentlichen Verkehrsdienste auf Regionalebene für den Zeitraum 2021–2030“), verfügbar unter <http://tap.mk.gov.lv/mk/tap/?pid=40473219>. Die Leistungsbeschreibung, die Gegenstand des Rechtsstreits ist, wurde 2019 veröffentlicht; in der mündlichen Verhandlung haben die öffentliche Auftraggeberin und die lettische Regierung erläutert, bereits damals sei es zulässig gewesen, das neue (in diesem Informationsbericht beschriebene) Finanzierungsmodell auf Aufträge, deren Ausführung ab 2021 vorgesehen sei, anzuwenden. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu klären, ob für die Leistungsbeschreibung von 2019 die alte oder die neue Regelung galt.

ihnen angegebenen Preis einfließenden Kosten für die nächsten zehn Jahre genau vorherzusehen, sondern vielmehr solle für sie ein Anreiz geschaffen werden, abzuwägen, wie hoch der Angebotspreis unter veränderten wirtschaftlichen und betrieblichen Umständen wäre.

- Doch selbst durch solche risikobezogenen Erwägungen könne nicht vollständig ausgeschlossen werden, dass die geplante Ausgleichsregelung nicht alle Verluste abdecke, die dem Anbieter bei der Vertragserfüllung entstünden. Im Zusammenhang mit einer Ausschreibung könne es vorkommen, dass die Bieter sich in der Hoffnung, den Zuschlag zu erhalten, davor scheuten, einen dieses Risiko berücksichtigenden Auftragswert anzugeben. Dies könne zu einer geringeren Verfügbarkeit oder Qualität der Dienstleistung führen.

78. In Übereinstimmung mit den vorstehenden Erwägungen gehe ich davon aus, dass die zuständigen Behörden nicht verpflichtet sind, zugunsten des Anbieters des öffentlichen Verkehrsdienstes Mechanismen für eine *vollständige* Indexierung der Kosten zu schaffen, die in die Gestaltung des Vertragspreises einfließen.

79. Die Verordnung Nr. 1370/2007 schreibt nämlich nicht vor, dass der Dienstleistungsauftrag Klauseln über eine vollständige Indexierung enthalten muss, die als „Versicherung“ gegen Preissteigerungen bei Kraftstoff, Lohnkosten oder Sozialversicherungsbeiträgen dienen. Der öffentliche Auftraggeber kann im Rahmen seines Ermessensspielraums eine solche Indexierung teilweise, nur für bestimmte Zeiträume oder nur dann vorsehen, wenn die Kostensteigerungen eine bestimmte Obergrenze überschreiten⁵⁵.

80. Es besteht, wie ich wiederholen möchte, keine Verpflichtung, einen vollständigen Ausgleich jeglicher Preissteigerung in Zusammenhang mit der Dienstleistung sicherzustellen. Somit ist eine nationale Regelung für durch offene Ausschreibungen vergebene öffentliche Verkehrsdienstleistungsaufträge, die anders als die vorher in Lettland geltende Regelung⁵⁶ das Risiko, dass der Dienstleistungserbringer Verluste erleidet, nicht vollständig ausschließt, mit der Verordnung Nr. 1370/2007 vereinbar.

81. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass es bei einem solchen Modell zu Situationen kommt, in denen der Betreiber die Risiken trägt. Bei abstrakter Betrachtung ist das Modell jedoch mit der Verordnung Nr. 1370/2007, die eine nicht vollständige Ausgleichsleistung zulässt, sofern diese als Effizianzanreiz dient, vereinbar.

82. Auf die Frage, ob ein solches Modell die Bieter dazu zwingt, bei der Festlegung des Preises für die Dienstleistung ein zu hohes Risiko einzugehen, ist zunächst zu antworten, dass die Teilnahme an der Ausschreibung nicht obligatorisch ist und die Bieter abzuwägen haben, ob für sie ein Interesse an einer Teilnahme besteht⁵⁷.

⁵⁵ Siehe Nr. 66 der vorliegenden Schlussanträge.

⁵⁶ Vorlageentscheidung, Rn. 13. „Diese Änderung ist darauf zurückzuführen, dass die Dienstleister bisher grundsätzlich unter risikofreien Voraussetzungen gearbeitet haben, da der Staat alle Kosten (steigende Preise, sinkende Nachfrage) ausgeglichen hat. Zur Gewährleistung einer effizienteren Verwendung der staatlichen Mittel muss jedoch sichergestellt werden, dass vor allem die Anbieter von Verkehrsdiensten ein Interesse daran haben, ihre kommerziellen Ziele zu erreichen.“ Wie ich in der Fn. 54 dargestellt habe, ist es Sache des vorlegenden Gerichts, zu entscheiden, ob eine gerichtliche Kontrolle der Leistungsbeschreibung gemäß den vor 2021 geltenden gesetzlichen Kriterien zu erfolgen hat oder gemäß den Kriterien, die nach 2021 galten.

⁵⁷ In der mündlichen Verhandlung haben sowohl Dobeles als auch die öffentliche Auftraggeberin und die lettische Regierung bestätigt, dass mehrere Bieter (einschließlich der Kassationsbeschwerdeführerinnen) an dem Vergabeverfahren, dessen Leistungsbeschreibung beanstandet wird, teilgenommen haben.

83. Sodann gestalten die Bieter, wie ich vorstehend erläutert habe, bei Vorlage ausreichender Informationen ihr Angebot unter Berücksichtigung aller relevanten Elemente, einschließlich einer künftigen Steigerung der durch die Dienstleistung hervorgerufenen Kosten und eines entsprechenden Risikozuschlags. Sie müssen eine Prognose der Kosten, die Auswirkungen auf den Preis der Dienstleistung haben, für einen bestimmten Zeitraum erstellen, und dies umfasst auch die Kosten, auf deren Entwicklung (unabhängig davon, ob Steigerung oder Senkung) sie keinen Einfluss haben.

84. Eine solche Bewertung der künftigen Kosten wird zwangsläufig auch Kosten miteinbeziehen, deren Steigerung nicht von den Betreibern abhängt, d. h. Kosten, die nicht direkt mit dem „(in)effizienten Funktionieren des Verkehrsunternehmens“⁵⁸ in Zusammenhang stehen. Ich möchte jedoch betonen, dass die Verordnung Nr. 1370/2007 keine Ausgleichsleistung für konkrete Kosten vorschreibt. Ist die Ausgleichsleistung infolge der Kostensteigerung niedriger als die vom Betreiber kalkulierten Kosten, muss dieser bei anderen Posten, auf die er Einfluss hat, Einsparungen vornehmen.

85. Die vorstehenden Erwägungen hindern das vorlegende Gericht nicht, unter Berücksichtigung der Klauseln der Leistungsbeschreibung (und der ihnen zugrunde liegenden wirtschaftlichen Berechnungen) eine eventuelle abschreckende Wirkung im Gesamtzusammenhang des Angebots zu prüfen⁵⁹. Bei der Prüfung kann es zu dem Schluss kommen, dass die Ausgleichsleistung für die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung aufgrund ihrer offensichtlichen Unzulänglichkeit die Verfügbarkeit oder die Qualität des Dienstes unangemessen einschränkt oder die Anzahl der Bieter künstlich begrenzt.

86. Der Gerichtshof kann nicht anstelle des vorlegenden Gerichts über die Frage entscheiden, ob der Inhalt der streitigen Leistungsbeschreibung solche Mängel aufwies und es daher nicht möglich war, das günstigste Angebot auszuwählen. Alles scheint darauf hinzudeuten, dass dies im vorliegenden Fall nicht zutraf (es nahmen sogar mehrere Bieter teil, die ihre Angebote frei erstellten), jedoch weise ich darauf hin, dass eine diesbezügliche Entscheidung allein Sache des vorlegenden Gerichts ist.

V. Ergebnis

87. Nach alledem schlage ich vor, der Augstākā tiesa (Senāts) (Oberstes Gericht, Lettland) wie folgt zu antworten:

Die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates in der durch die Verordnung (EU) 2016/2338 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2016 geänderten Fassung

ist dahin auszulegen, dass

⁵⁸ Mit den Worten von Dobeles, Rn. 11 ihrer schriftlichen Erklärungen.

⁵⁹ Tatsächlich müsste sich der öffentliche Auftraggeber bei Anzeichen wie dem Fehlen von Angeboten, einem einzigen Angebot oder einer Vielzahl von Angeboten, die nicht seinen Prognosen entsprechen, fragen, ob die Bedingungen aus der Leistungsbeschreibung in der Praxis überhaupt erfüllbar sind.

es mit ihr vereinbar ist, wenn die Leistungsbeschreibung für die Vergabe eines Auftrags für den Personenverkehr mit Bussen im Wege eines offenen wettbewerblichen Vergabeverfahrens als Gegenleistung für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung, die Gegenstand des Auftrags ist, keine Klausel über eine regelmäßige Indexierung sämtlicher Kosten enthält, einschließlich der Kosten, auf die der Dienstleistungserbringer keinen Einfluss hat.