



Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
vom 19. September 2018¹

Rechtssache C-388/17

Konkurrensverket gegen SJ AB

(Vorabentscheidungsersuchen des Högsta förvaltningsdomstol [Oberstes Verwaltungsgericht, Schweden])

„Vorabentscheidungsersuchen – Öffentliche Aufträge im Eisenbahnsektor – Bereitstellung oder Betreiben von Netzen – Begriff des Netzes – Erteilung des Zuschlags für einen Vertrag über Reinigungsdienste in Zügen durch eine Eisenbahngesellschaft, deren Kapital vollständig vom Staat gehalten wird – Keine vorherige Ausschreibung“

1. Die SJ AB (im Folgenden: SJ) ist eine Aktiengesellschaft, die Personenverkehrsdienste auf der Schiene erbringt und deren Kapital vollständig dem schwedischen Staat gehört. Im Jahr 2012 schloss sie zwei Verträge über Reinigungsdienste in ihren Zügen ab, ohne sie vorher öffentlich auszuschreiben, ein Verhalten, das nach Auffassung des Konkurrensverket (Wettbewerbsbehörde, Schweden) gegen die Richtlinie 2004/17/EG² verstößt.
2. Der Streit zwischen dem öffentlichen Unternehmen und der Wettbewerbsbehörde konzentriert sich auf die Auslegung von Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2004/17. Konkret möchte das vorlegende Gericht, das diesen Streit entscheiden muss, die Begriffe klären, die dieser Artikel enthält, dessen Auslegung ihm die Feststellung ermöglichen wird, ob ein öffentliches Unternehmen, das Beförderungsdienste auf der Schiene erbringt, in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fällt.
3. In diesem Zusammenhang werden zwei Fragen erörtert:
 - zum einen der Begriff des „Netzes“ für den Eisenbahntransport im Sinne dieser Vorschrift;
 - zum anderen für die Fälle, in denen ein Netz vorhanden ist, die Bedeutung der in der genannten Vorschrift verwendeten Begriffe „die Bereitstellung oder das Betreiben von Netzen“.

¹ Originalsprache: Spanisch.

² Richtlinie 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).

I. Rechtlicher Rahmen

A. Unionsrecht

1. Richtlinie 2004/17

4. Art. 2 lautet:

„(1) Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck:

...

- b) ‚öffentliches Unternehmen‘ jedes Unternehmen, auf das der Auftraggeber aufgrund von Eigentum, finanzieller Beteiligung oder der für das Unternehmen geltenden Vorschriften unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann.

Es wird vermutet, dass der Auftraggeber einen beherrschenden Einfluss auf ein Unternehmen ausübt, wenn er unmittelbar oder mittelbar:

- die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des Unternehmens hält oder

...

(2) Diese Richtlinie gilt für Auftraggeber, die

- a) öffentliche Auftraggeber oder öffentliche Unternehmen sind und eine Tätigkeit im Sinne der Artikel 3 bis 7 ausüben, oder,

...“

5. Art. 5 sieht vor:

„(1) Unter diese Richtlinie fallen die Bereitstellung oder das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Allgemeinheit mit Verkehrsleistungen per Schiene, automatische Systeme, Straßenbahn, Trolleybus, Bus oder Kabel.

Im Verkehrsbereich gilt ein Netz als vorhanden, wenn die Verkehrsleistung gemäß den von einer zuständigen Behörde eines Mitgliedstaats festgelegten Bedingungen erbracht wird; dazu gehören die Festlegung der Strecken, die Transportkapazitäten und die Fahrpläne.

...“

6. Art. 30 bestimmt:

„(1) Aufträge, die die Ausübung einer Tätigkeit im Sinne der Artikel 3 bis 7 ermöglichen sollen, fallen nicht unter diese Richtlinie, wenn die Tätigkeit in dem Mitgliedstaat, in dem sie ausgeübt wird, auf Märkten mit freiem Zugang unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist.

...

(5) Wenn die Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaates dergleichen vorsehen, können die Auftraggeber beantragen, dass die Kommission durch Entscheidung gemäß Absatz 6 die Anwendbarkeit von Absatz 1 auf eine bestimmte Tätigkeit feststellt. ...

...“

2. Richtlinie 2012/34/EU³

7. Art. 1 lautet:

„(1) Diese Richtlinie legt Folgendes fest:

- a) die Vorschriften für den Betrieb der Eisenbahninfrastruktur und das Erbringen von Eisenbahnverkehrsleistungen durch Eisenbahnunternehmen, die ihren Sitz in einem Mitgliedstaat haben oder haben werden (Kapitel II);
- b) die Kriterien für die Erteilung, Verlängerung oder Änderung von Genehmigungen für Eisenbahnunternehmen durch einen Mitgliedstaat, die ihren Sitz in der Union haben oder haben werden (Kapitel III);
- c) die Grundsätze und Verfahren für die Festlegung und Erhebung von Weegeentgelten im Eisenbahnverkehr und die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn (Kapitel IV).

(2) Diese Richtlinie gilt für die Nutzung von Fahrwegen im inländischen und grenzüberschreitenden Eisenbahnverkehr.“

8. Art. 3 bestimmt:

„Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

1. ‚Eisenbahnunternehmen‘ jedes nach dieser Richtlinie zugelassene öffentlich-rechtliche oder private Unternehmen, dessen Haupttätigkeit im Erbringen von Eisenbahnverkehrsdiensten zur Beförderung von Gütern und/oder Personen besteht, wobei dieses Unternehmen die Traktion sicherstellen muss; dies schließt auch Unternehmen ein, die ausschließlich die Traktionsleistung erbringen;
2. ‚Infrastrukturbetreiber‘ jede Stelle oder jedes Unternehmen, die bzw. das insbesondere für die Einrichtung, die Verwaltung und die Unterhaltung der Fahrwege der Eisenbahn, einschließlich Verkehrsmanagement, Zugsteuerung/Zugsicherung und Signalgebung, zuständig ist; mit den bei einem Netz oder Teilen eines Netzes wahrzunehmenden Funktionen des Infrastrukturbetreibers können verschiedene Stellen oder Unternehmen betraut werden;
3. ‚Eisenbahninfrastruktur‘ die in Anhang I aufgeführten Anlagen;

...

24. ‚Fahrwegkapazität‘ die Möglichkeit, für einen Teil des Fahrwegs für einen bestimmten Zeitraum beantragte Zugtrassen einzuplanen;

³ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. November 2012 zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums (ABl. 2012, L 343, S. 32).

25. ‚Netz‘ bzw. ‚Schienennetz‘ die gesamte Eisenbahninfrastruktur, [die] von einem Infrastrukturbetreiber verwaltet wird;

...

27. ‚Zugtrasse‘ die Fahrwegkapazität, die erforderlich ist, damit ein Zug zu einer bestimmten Zeit zwischen zwei Orten verkehren kann;

28. ‚Netzfahrplan‘ die Daten zur Festlegung aller geplanten Zugbewegungen und Bewegungen der Fahrzeuge, die auf dem betreffenden Schienennetz während der Gültigkeitsdauer des Netzfahrplans durchgeführt werden;

...“

9. In Art. 10 heißt es:

„(1) Eisenbahnunternehmen erhalten für alle Arten von Schienengüterverkehrsdiensten zu angemessenen, nichtdiskriminierenden und transparenten Bedingungen das Recht auf Zugang zur Eisenbahninfrastruktur in allen Mitgliedstaaten. Dieses Recht schließt auch den Zugang zu Infrastrukturen für die Anbindung von See- und Binnenhäfen und anderen Serviceeinrichtungen gemäß Anhang II Nummer 2 und den Zugang zu Infrastrukturen ein, die mehr als einem Endnutzer dienen oder dienen können.

...“

10. Art. 27 lautet:

„(1) Der Infrastrukturbetreiber erstellt und veröffentlicht nach Konsultation mit den Beteiligten Schienennetz-Nutzungsbedingungen ...

(2) Die Schienennetz-Nutzungsbedingungen enthalten Angaben zum Fahrweg, der den Eisenbahnunternehmen zur Verfügung steht, und zu den Zugangsbedingungen für den betreffenden Fahrweg. Die Schienennetz-Nutzungsbedingungen enthalten ferner Informationen zu den Bedingungen für den Zugang zu Serviceeinrichtungen, die an das Netz des Infrastrukturbetreibers angeschlossen sind, und für die Erbringung der Leistungen in diesen Einrichtungen oder verweisen auf eine Website, auf der diese Informationen unentgeltlich in elektronischer Form zur Verfügung gestellt werden. Anhang IV enthält den Inhalt der Schienennetz-Nutzungsbedingungen.

...“

11. Art. 44 sieht vor:

„(1) Die Antragsteller können bei dem Infrastrukturbetreiber auf öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Grundlage einen Antrag auf eine Vereinbarung zur Einräumung von Rechten zur entgeltlichen Fahrwegnutzung gemäß Kapitel IV Abschnitt 2 stellen.

...“

12. Art. 45 bestimmt:

„(1) Der Infrastrukturbetreiber bemüht sich, so weit wie möglich allen Anträgen auf Zuweisung von Fahrwegkapazität ... stattzugeben ...

(2) Der Infrastrukturbetreiber darf lediglich in den in Artikel 47 und Artikel 49 geregelten Fällen speziellen Verkehrsarten im Netzfahrplanerstellungs- und Koordinierungsverfahren Vorrang einräumen.

(3) Der Infrastrukturbetreiber hört die Beteiligten zum Netzfahrplanentwurf und räumt ihnen zur Stellungnahme eine Frist von mindestens einem Monat ein. Beteiligte sind alle Antragsteller, die Fahrwegkapazität nachgefragt haben, sowie Dritte, die zu etwaigen Auswirkungen des Netzfahrplans auf ihre Möglichkeiten zur Inanspruchnahme von Eisenbahnverkehrsleistungen in der betreffenden Netzfahrplanperiode Stellung nehmen möchten.

...“

13. In Art. 46 heißt es:

„(1) Ergeben sich bei der Netzfahrplanerstellung gemäß Artikel 45 Unvereinbarkeiten zwischen verschiedenen Anträgen, so bemüht sich der Infrastrukturbetreiber durch Koordinierung der Anträge um eine bestmögliche Erfüllung aller Erfordernisse.

(2) Ergibt sich eine Situation, in der eine Koordinierung erforderlich ist, so hat der Infrastrukturbetreiber das Recht, innerhalb vertretbarer Grenzen Fahrwegkapazität anzubieten, die von der beantragten Kapazität abweicht.

...“

B. Nationales Recht

1. Lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster⁴

14. Gemäß Kapitel 2 § 20 werden als Auftraggeber u. a. Unternehmen bezeichnet, auf die ein öffentlicher Auftraggeber einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Ein beherrschender Einfluss wird vermutet, wenn ein öffentlicher Auftraggeber in Bezug auf ein Unternehmen unmittelbar oder mittelbar mehr als die Hälfte der Anteile hält oder aufgrund von Eigentum an Aktien oder sonstigen Rechten über die Mehrheit der Stimmrechte verfügt oder mehr als die Hälfte der Mitglieder des Vorstands oder eines entsprechenden Leitungsorgans des Unternehmens ernennen kann.

15. Nach Kapitel 1 § 8 Abs. 1 fällt eine Tätigkeit dann unter dieses Gesetz, wenn sie im Bereitstellen oder Betreiben öffentlicher Netze in Form von Beförderungen, u. a. mit der Eisenbahn, besteht.

16. Nach Kapitel 1 § 8 Abs. 2 gilt im Verkehrsbereich ein Netz als vorhanden, wenn die Verkehrsleistung gemäß den von einer zuständigen Behörde festgelegten Bedingungen in Bezug auf die Festlegung der Strecken, die Transportkapazitäten und die Fahrpläne u. Ä. erbracht wird.

2. Järnvägslagen (2004:519)⁵

17. Gemäß Kapitel 5 § 2 ist ein Eisenbahnunternehmen mit Sitz in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraums oder in der Schweiz zur Durchführung und Organisation von Schienenverkehr im schwedischen Netz berechtigt.

⁴ Gesetz 2007:1092 über die Vergabe von Aufträgen in den Bereichen Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie Postdienste (im Folgenden: Gesetz über die Vergabe von Aufträgen).

⁵ Eisenbahngesetz (2004:519).

18. Nach Kapitel 6 § 7 kann der zur Durchführung oder Organisation von Schienenverkehr im schwedischen Netz Berechtigte bei einem Infrastrukturbetreiber gemäß dessen Schienennetz-Nutzungsbedingungen Fahrwegkapazität in Form einer Zugtrasse beantragen.

19. Kapitel 6 §§ 1 und 7 und Kapitel 6 § 9 regeln den Antrag auf Fahrwegkapazität sowie die Bearbeitung der Anträge auf Zuweisung von Fahrwegkapazität und die Entscheidung über die Zuweisung.

20. Gemäß Kapitel 6 § 9 des Eisenbahngesetzes erarbeitet der Infrastrukturbetreiber auf der Grundlage der bei ihm gestellten Anträge einen Entwurf für einen Netzfahrplan.

21. Nach Kapitel 6 § 10 des Eisenbahngesetzes versucht der Infrastrukturbetreiber bei der Kapazitätszuweisung möglicherweise auftretende Interessenkonflikte durch entsprechende Koordinierung zu lösen. Ist dies nicht möglich, so hat der Infrastrukturbetreiber ein Verfahren zur raschen Streitbeilegung vorzusehen (Kapitel 6 § 12).

22. In Kapitel 6 §§ 14 und 15 werden die in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen angegebenen Vorrangkriterien behandelt.

II. Sachverhalt des Rechtsstreits und Vorlagefragen

23. SJ schloss im Januar 2012 ohne vorherige Ausschreibung zwei Verträge über die Erbringung von Reinigungsdiensten in ihren Zügen (mit einem Auftragsvolumen von 56 bzw. 60 Mio. SEK).

24. Im Januar 2013 beantragte die Wettbewerbsbehörde beim Förvaltningsrätt i Stockholm (Verwaltungsgericht Stockholm, Schweden), SJ zur Zahlung einer Geldbuße zu verurteilen, wobei sie davon ausging, dass dieses Unternehmen eine Tätigkeit ausgeübt habe, die unter Kapitel 1 § 8 des Gesetzes über die Vergabe von Aufträgen falle. SJ verteidigte sich gegen die Anträge der Wettbewerbsbehörde, die zurückgewiesen wurden.

25. Die Wettbewerbsbehörde legte gegen die im ersten Rechtszug ergangene Entscheidung ein Rechtsmittel beim Kammarrätt i Stockholm (Oberverwaltungsgericht Stockholm, Schweden) ein, das ebenfalls zurückgewiesen wurde.

26. Das Urteil des Rechtsmittelgerichts wurde beim Högsta förvaltningsdomstol (Oberstes Verwaltungsgericht, Schweden) angefochten, der dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorlegt:

1. Ist Art. 5 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 2004/17 dahin auszulegen, dass ein Netz im Verkehrsbereich vorhanden ist, wenn in einem vom Staat verwalteten Schienennetz für den nationalen und internationalen Schienenverkehr Verkehrsleistungen gemäß nationalen Rechtsvorschriften erbracht werden, mit denen die Richtlinie 2012/34 umgesetzt wird und die u. a. vorsehen, dass die Zuweisung von Fahrwegkapazität im Schienenverkehr auf der Grundlage von Anträgen der Eisenbahnunternehmen erfolgt und dass so weit wie möglich allen Anträgen stattzugeben ist?
2. Ist Art. 5 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2004/17 dahin auszulegen, dass eine Tätigkeit, die von einem Eisenbahnunternehmen im Sinne der Richtlinie 2012/34 ausgeübt wird und durch die für die Allgemeinheit Verkehrsleistungen im Schienennetz angeboten werden, eine Bereitstellung oder ein Betreiben eines Netzes im Sinne dieser Vorschrift darstellt?

III. Zusammenfassung der Erklärungen der Parteien

A. Zur ersten Vorlagefrage

27. Die Wettbewerbsbehörde meint, da die Richtlinie 2004/17 nicht definiere, was unter „Netz“ im Verkehrsbereich oder „Bereitstellung oder ... Betreiben von Netzen“ zu verstehen sei, entsprächen die Bedeutung und die Tragweite dieser Begriffe ihrem üblichen Sinn im gewöhnlichen Sprachgebrauch unter Berücksichtigung des Kontexts, in dem sie verwendet würden, und der verfolgten Ziele.

28. Die Wettbewerbsbehörde weist auf die Gefahr hin, dass die öffentlichen Auftraggeber unter dem Einfluss der Staaten geneigt sein könnten, unter Verstoß gegen die Vorschriften des AEU-Vertrags über den freien Verkehr und den Wettbewerb nationale Unternehmen zu begünstigen. Die in der Richtlinie 2004/17 vorgesehenen Vergabeverfahren zielten darauf ab, diese Gefahr zu neutralisieren. Ohne eine solche Vorschrift würde die Verringerung des Wettbewerbs, die aus den der Kapazität des Netzes inhärenten Grenzen resultiere, es den öffentlichen Auftraggebern ermöglichen, bei der Vergabe eines Auftrags wirtschaftliche Erwägungen unberücksichtigt zu lassen und sich auf nationale Vorzugskriterien zu konzentrieren.

29. Die Richtlinie 2012/34 regelt den Zugang von Eisenbahnunternehmen (wie SJ) zu einem technischen Netz mit beschränkter Kapazität. Bei der Zuteilung der Zugtrassen lege der Infrastrukturbetreiber Bedingungen u. a. für die Strecken, die Transportkapazitäten und die Fahrpläne fest. Der Umstand, dass sich der Betreiber des Netzes bemühen müsse, die Nachfrage der Eisenbahnunternehmen zu befriedigen, ändere nichts an den Kapazitätsbeschränkungen des Netzes.

30. Die Wettbewerbsbehörde räumt ein, dass Art. 30 der Richtlinie 2004/17 deren Anwendbarkeit ausschließe, wenn die Tätigkeiten, die unter sie fielen, auf Märkten mit freiem Zugang unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt seien. Diese Möglichkeit setze jedoch eine Entscheidung der Kommission voraus, der das entsprechende Verfahren vorangegangen sein müsse, was hier nicht der Fall sei.

31. SJ führt aus, in Schweden sei der Eisenbahnverkehr anders als in anderen Staaten, in denen es weiterhin ein Monopol gebe, vollständig liberalisiert und werde unter gleichen Wettbewerbsbedingungen durchgeführt.

32. Obwohl sie eine Gesellschaft sei, deren Kapital vollständig vom schwedischen Staat gehalten werde, nehme sie keinerlei staatliche Finanzierung oder andere staatliche Vorteile in Anspruch. Ihre Einnahmen stammten aus dem Fahrkartenverkauf, und sie werde bei der Zuteilung von Zugtrassen nicht bevorzugt.

33. SJ meint, nach der Rechtsprechung sei Art. 5 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 2004/17 eng auszulegen⁶. Es reiche nicht aus, dass ein Unternehmen einem beherrschenden Einfluss unterliege, wie er in Art. 2 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2004/17 genannt werde. Die in Art. 5 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 2004/17 geregelten Bedingungen müssten einseitig von einer zuständigen Behörde des Mitgliedstaats festgelegt werden und unmittelbar und im Wesentlichen den potenziellen Nutzer treffen, indem sie sich unmittelbar und konkret darauf auswirkten, wie ein Eisenbahnunternehmen den Verkehrsdienst mit dem Zug erbringe.

⁶ Sie beruft sich auf das Urteil vom 10. April 2008, Ing. Aigner (C-393/06, EU:C:2008:213, Rn. 27 und 29).

34. SJ ergänzt, sie selbst wie auch die übrigen in Schweden tätigen Eisenbahnunternehmen legten die Strecken, die von ihnen verwendeten Züge, die Fahrzeiten, die Anzahl der Abfahrten, die Haltestellen und die Fahrkartenpreise anhand kommerzieller Kriterien selbst fest. Die Befugnisse des Betreibers der Infrastruktur gingen über die, die die Richtlinie 2012/34 festlege, nicht hinaus, und seine Aufgaben bestünden in der Gewährleistung des Zugangs zur Eisenbahninfrastruktur unter gleichen Bedingungen, nicht aber in der Regelung der konkreten Bedingungen für die Verkehrsdienste der Eisenbahnunternehmen.

35. Die Kommission ist der Ansicht, mit dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 2004/17 sei bezweckt worden, einen weiten Netzbegriff vorzugeben. Ein solches Netz könne nicht nur vorhanden sein, wenn es eine physische Infrastruktur gebe (dies sei der Fall der Schienenwege für Züge oder Straßenbahnen), sondern auch, wenn es sie nicht gebe, sofern es sich um ein Netz miteinander verbundener Strecken handle, die von Fahrzeugen nach Maßgabe behördlich vorgegebener Bedingungen genutzt würden⁷.

36. Die Kommission führt die Richtlinie 2012/34 als das Instrument an, das die am Eisenbahnverkehr beteiligten Akteure definiere und es darüber hinaus ermögliche, den Eisenbahnunternehmen einen transparenten und nicht diskriminierenden Zugang zur Infrastruktur zu gewährleisten. Sie hebt insbesondere Kapitel IV Abschnitt 3 hervor, der im Rahmen der Zuweisung von Fahrwegkapazität die Art und Weise der Festlegung von Bedingungen, wie sie Art. 5 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 2004/17 vorsehe, beschreibe.

37. Da das Trafikverk (Verkehrsbehörde, Schweden) die Schienennetz-Nutzungsbedingungen genehmige, über die Zuweisung der Zugtrassen entscheide und den Netzfahrplan bestimme, lege es die Bedingungen für die Nutzung der Eisenbahninfrastruktur fest. Dem stehe nicht entgegen, dass diese Behörde im Rahmen des Möglichen den Anträgen der Antragsteller stattgeben müsse.

B. Zur zweiten Vorlagefrage

38. Die Wettbewerbsbehörde ist der Auffassung, ein Netz im Verkehrsbereich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 2004/17 sei vorhanden, wenn für den Zugverkehr der Zugang zu einem technischen Netz mit beschränkten Kapazitäten erforderlich sei. Der Begriff „Betreiben“ beziehe sich auf die Durchführung dieses Verkehrs auf dem Schienennetz im eigentlichen Sinne⁸.

39. SJ trägt vor, sie sei nicht für die Eisenbahninfrastruktur zuständig, und ihre Tätigkeit beschränke sich darauf, für die Allgemeinheit Verkehrsdienstleistungen anzubieten, die auf dieser Infrastruktur erbracht würden. Sie sei daher weder an der Bereitstellung noch am Betreiben des schwedischen Eisenbahnnetzes beteiligt, so dass ihre Tätigkeiten nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/17 fielen.

⁷ In diesem Sinne nimmt sie Bezug auf ihre Mitteilung über eine Gemeinschaftsregelung für Beschaffungen in den ausgenommenen Sektoren: Wasser, Energie, Verkehr und Telekommunikation (KOM[88] 376).

⁸ Sie stützt sich auf Nr. 48 der Schlussanträge des Generalanwalts Mischo in der Rechtssache Concordia Bus Finland (C-513/99, EU:C:2001:686), nach denen „der Betrieb eines Netzes die Sicherstellung seiner Funktion mit im Prinzip eigenem Personal und eigenen Fahrzeugen“ beinhaltet.

40. Die Kommission betont, Art. 5 Abs. 1 Unterabs. 1 unterscheidet zwischen der Bereitstellung und dem Betreiben eines Netzes. Weder die erste Vergaberichtlinie (Richtlinie 90/531/EWG)⁹ noch die Richtlinie 93/38/EWG¹⁰ hätten von „Bereitstellung“ gesprochen. Dieser Begriff sei in die Richtlinie 2004/17 aufgenommen worden, um die Verwaltung des physischen Netzes zu regeln und die beiden Tätigkeiten, die normalerweise verschiedenen Betreibern zugewiesen seien, voneinander abzugrenzen und zu gewährleisten, dass beide in den Anwendungsbereich der Richtlinie fielen.

41. Die Kommission meint, das „Betreiben von Netzen“ betreffe die tatsächliche Erbringung des Eisenbahnverkehrsdienstes, während sich die „Bereitstellung“ auf die Möglichkeit des Zugangs zum Netz zu seiner Nutzung durch einen anderen beziehe.

IV. Verfahren vor dem Gerichtshof

42. Der Vorlagebeschluss ist am 29. Juni 2017 bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangen.

43. Die Wettbewerbsbehörde, SJ und die Europäische Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht und sind zur mündlichen Verhandlung am 13. Juni 2018 erschienen.

V. Würdigung

44. Sowohl die Parteien des Rechtsstreits als auch das vorlegende Gericht ziehen zur Eingrenzung der Kontroverse und *Entzifferung* der Bedeutung der Begriffe in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2004/17 die Richtlinie 2012/34 heran.

45. Ich halte diese Herangehensweise für angemessen. Die Richtlinie 2012/34 vom 21. November 2012 lässt sich jedoch als solche in zeitlicher Hinsicht auf Verträge wie die, die Gegenstand dieses Rechtsstreits sind und im Januar jenes Jahres geschlossen wurden, nicht anwenden. Diesem Einwand lässt sich damit begegnen, dass mit der Richtlinie 2012/34 frühere Richtlinien „aus Gründen der Klarheit neu gefasst und zu einem einzigen Rechtsakt verschmolzen“ wurden¹¹.

46. Abgesehen davon ist unstrittig, dass SJ ein Eisenbahnunternehmen im Sinne der Begriffsbestimmung in Art. 3 Nr. 1 der Richtlinie 2012/34 ist und als Gesellschaft, deren Kapital vollständig vom Staat gehalten wird, öffentlicher Auftraggeber (konkret ein öffentliches Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2004/17) sein kann.

47. Das vorlegende Gericht hat jedoch Zweifel, ob die Tätigkeit von SJ unter die Beschreibung in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2004/17 eingeordnet werden kann. Nur wenn dies der Fall ist, wäre diese Richtlinie anwendbar, denn ihr Art. 2 Abs. 2 Buchst. a verlangt, dass die öffentlichen Auftraggeber eine Tätigkeit im Sinne ihrer Art. 3 bis 7 ausüben.

A. Zur ersten Vorlagefrage

48. Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2004/17 knüpft den Begriff des Netzes im Verkehrsbereich („gilt ein Netz als vorhanden“) daran, dass eine „Verkehrsleistung gemäß den von einer zuständigen Behörde eines Mitgliedstaats festgelegten Bedingungen erbracht wird; dazu gehören die Festlegung der Strecken, die Transportkapazitäten und die Fahrpläne“.

⁹ Richtlinie des Rates vom 17. September 1990 betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. 1990, L 297, S. 1).

¹⁰ Richtlinie des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. 1993, L 199, S. 84).

¹¹ Erster Erwägungsgrund, a. E.

49. Mit seiner ersten Vorlagefrage möchte das vorlegende Gericht klären, ob der Betreiber des Schienennetzes, der für die Zuweisung der Zugtrassen zuständig ist, bei der Ausübung seiner Befugnisse in Wirklichkeit Bedingungen für die Eisenbahnunternehmen festlegt, die sich auf Aspekte wie die Strecken, die Transportkapazitäten und die Fahrpläne auswirken können.

50. Die erste Frage bezieht sich auf einen Kontext, in dem öffentliche oder private Eisenbahnunternehmen Verkehrsdienste nach Maßgabe der Erfordernisse des Marktes erbringen¹², aber nicht selbst Betreiber des Schienennetzes sind. Daher sollte zuerst geprüft werden, was unter Netz zu verstehen ist, um sodann die Konsequenzen für diesen Rechtsstreit zu untersuchen¹³.

1. Der Betrieb des Netzes und die Zuweisung von Fahrwegkapazität

51. Die Richtlinie 2012/34 enthält Vorschriften zum einen über den Betrieb der Eisenbahninfrastruktur und zum anderen über die Tätigkeit der Eisenbahnunternehmen. Zu den letztgenannten Vorschriften gehören die Regelungen über den Erhalt von Genehmigungen und die Zuweisung von Fahrwegkapazität an diese Unternehmen, die für ihre Nutzung Entgelte entrichten müssen.

52. Eisenbahninfrastrukturen verfügen logischerweise über eine beschränkte Kapazität¹⁴, da sie ein „natürliches Monopol“¹⁵ darstellen, und es wäre sinnlos, sie auszuweiten. In der Richtlinie 2012/34 werden die Elemente, die sie bilden, nicht definiert, sondern beschrieben und in ihrem Anhang I einzeln aufgeführt¹⁶. Der Begriff des Netzes knüpft an diese Infrastrukturen an: Das Eisenbahnnetz ist „die gesamte Eisenbahninfrastruktur, [die] von einem Infrastrukturbetreiber verwaltet wird“¹⁷.

53. Die Eisenbahninfrastruktur (die mit dem Begriff der Zugtrasse verbunden ist)¹⁸, wird von ihrem Betreiber verwaltet, der für ihren Betrieb, ihren Unterhalt und ihre Erneuerung verantwortlich ist. Wer zuvor eine Genehmigung erhalten hat, die ihn als Eisenbahnunternehmen qualifiziert, muss bei ihm die Anerkennung des Rechts auf Nutzung einer bestimmten Kapazität dieser Infrastruktur beantragen.

12 Im fünften Erwägungsgrund der Richtlinie 2012/34 heißt es: „Damit der Eisenbahnverkehr leistungsfähig und gegenüber anderen Verkehrsträgern wettbewerbsfähig wird, sollten die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die Eisenbahnunternehmen den Status eines unabhängigen Betreibers haben, der sich eigenwirtschaftlich nach Maßgabe der Erfordernisse des Marktes verhält.“

13 SJ führt zwar aus, dass es in Schweden mehr als 320 Eisenbahninfrastrukturbetreiber gebe, doch ist darauf hinzuweisen, dass das Netz, das Gegenstand dieser Rechtssache ist, staatlich ist. Dies ergibt sich aus Kapitel 2 § 9 der Verordnung 2010:185 über Vorschriften für die nationale Verkehrsbehörde (Förordnung [2010:185] med instruktion för Trafikverket), wonach die nationale Verkehrsbehörde der Infrastrukturbetreiber für das Schienennetz des schwedischen Staates ist, soweit nichts anderes bestimmt ist. Es handelt sich hierbei um die für die Zuweisung der Infrastruktur im Ausgangsverfahren zuständige Behörde (Rn. 27 des Vorlagebeschlusses).

14 Dies wird im 58. Erwägungsgrund der Richtlinie 2012/34 hervorgehoben, in dem es heißt, dass „[d]ie Entgelt- und Kapazitätszuweisungsregelungen ... den Auswirkungen einer zunehmenden Auslastung der Fahrwegkapazität und letztlich der Knappheit dieser Kapazität Rechnung tragen“ sollten.

15 71. Erwägungsgrund der Richtlinie 2012/34.

16 Sie beinhalten die physische Grundlage, die für die Errichtung und den Betrieb eines Eisenbahnnetzes erforderlich ist, wie Grundstücke, Bahnkörper und Planum, Personenbahnsteige und Laderampen, Seitenstreifen und Seitenwege, Einfriedungen, Schutzeinrichtungen, Kunstbauten (Brücken oder Tunnel), schienengleiche Übergänge, Oberbau, Zugangswege für Passagiere und Güter, Sicherungs-, Signal- und Fernmeldeanlagen auf freier Strecke, auf Bahnhöfen und Rangierbahnhöfen, Beleuchtungsanlagen und Anlagen zur Umwandlung und Zuleitung von Strom für die elektrische Zugförderung oder Dienstgebäude des Wegedienstes.

17 Art. 3 Nr. 25 der Richtlinie 2012/34.

18 Unter Fahrwegkapazität versteht man „die Möglichkeit, für einen Teil des Fahrwegs für einen bestimmten Zeitraum beantragte Zugtrassen einzuplanen“ (Art. 3 Nrn. 24 und 27).

54. Dem Verfahren zur Zuweisung von Fahrwegkapazitäten gehen die sogenannten „Schienennetz-Nutzungsbedingungen“ voraus, in denen der Infrastrukturbetreiber die allgemeinen Regeln, die Fristen, die Verfahren und die Kriterien für diese Zuweisung detailliert darlegt. Die Richtlinie 2012/34 überlässt dem Betreiber die Konkretisierung eines breiten Spektrums diesbezüglicher Einzelheiten¹⁹.

55. Das Grundprinzip besteht darin, dass der Infrastrukturbetreiber so weit wie möglich sämtlichen Anträgen auf Zuweisung von Fahrwegkapazität stattgibt. Sollte dies nicht durchführbar sein, wendet er andere Zuweisungskriterien an²⁰. Darüber hinaus muss er den Netzfahrplanentwurf ausarbeiten und ihn den Beteiligten mitteilen, damit sie Stellung nehmen können.

56. Die Gesamtheit der Entscheidungen²¹ über die Zuweisung von Fahrwegkapazität ermöglicht es, durch Planung der Zugbewegungen und der Bewegungen der Fahrzeuge, die während der Gültigkeitsdauer des Netzfahrplans auf dem Schienennetz durchgeführt werden, den Netzfahrplan fertigzustellen. Anhang VII Nr. 2 der Richtlinie 2012/34 regelt die Möglichkeit von Netzfahrplanwechseln oder Netzfahrplananpassungen, was eine Vorstellung von ihrer Flexibilität und Fähigkeit zur Anpassung an wechselnde Umstände vermittelt.

2. Anwendung auf den vorliegenden Fall

57. Ich habe schon vorausgeschickt, dass SJ vorträgt, dass in Schweden die Eisenbahnunternehmen die Strecken, auf denen ihre Züge fahren sollten, ihre Fahrzeiten, die Anzahl der Abfahrten sowie die Haltestellen festlegten. Sie argumentiert, dass diese Befugnis nur deshalb eingeschränkt sei, weil die beschränkte physische Kapazität der Infrastruktur dazu zwingt, nicht aber, weil dem Infrastrukturbetreiber die Befugnis verliehen sei, einseitig die Art und Weise der Verwaltung der Erbringung der Dienstleistung der Eisenbahnunternehmen festzulegen.

58. Meiner Ansicht nach ist die Argumentation von SJ nicht überzeugend. Der Infrastrukturbetreiber agiert im Rahmen einer Realität, die nur (räumlich und zeitlich) eingeschränkte Möglichkeiten bietet, den Anträgen der antragstellenden Unternehmen stattzugeben. Da die Strecken auf die verlegten Gleise beschränkt sind und von der Leistungsfähigkeit der Serviceeinrichtungen abhängen, muss der Betreiber zwangsläufig die Erbringung des Verkehrsdienstes durch sämtliche Eisenbahnunternehmen koordinieren. Dies ist auch beim schwedischen staatlichen Eisenbahnnetz der Fall.

59. Tatsächlich ist die Freiheit der Eisenbahnverkehrsunternehmen wie SJ, der Allgemeinheit die von ihnen vorgezogenen Strecken und die für sie günstigsten Fahrzeiten der Züge anzubieten, damit vereinbar, dass diese Angebote von den Koordinierungsentscheidungen des Infrastrukturbetreibers abhängen. Es ist demnach Letzterer, der die sogenannten „Bedingungen“ für die Dienstleistung letztendlich „festlegt“ (auch wenn er den Anträgen der Unternehmen stattgibt).

19 So z. B. die Festlegung der Entgeltregelung (Art. 29 Abs. 3), die Festlegung der Anforderungen, die die Antragsteller erfüllen müssen (Art. 41 Abs. 2), das Aufstellen der Grundsätze des Koordinierungsverfahrens und eines Streitbeilegungssystems (Art. 46 Abs. 4 und 6) oder schließlich die bei überlasteten Fahrwegen zu befolgenden Verfahren und anzuwendenden Kriterien sowie die Festlegung der Schwellenwerte für ihre Nutzung (Art. 47 Abs. 6 und Art. 52 Abs. 2).

20 Stellt er fest, dass Unvereinbarkeiten zwischen verschiedenen Anträgen bestehen, bemüht sich der Infrastrukturbetreiber durch Koordinierung der Anträge um eine bestmögliche Erfüllung aller Erfordernisse und hat das Recht, innerhalb vertretbarer Grenzen Fahrwegkapazität anzubieten, die von der beantragten Kapazität abweicht.

21 Obwohl die Richtlinie nicht ausdrücklich auf die Entscheidungen über die Zuweisung der Fahrwegkapazität Bezug nimmt, versteht sich ihr Erlass von selbst. Art. 46 Abs. 6 sieht ein Streitbeilegungssystem vor (unbeschadet des gemäß Art. 56 bestehenden Rechtsbehelfs).

60. Die Richtlinie 2012/34 regelt zahlreiche Fälle, in denen dem Infrastrukturbetreiber Befugnisse zugewiesen werden, die diese Bedingungen betreffen. Die Begriffsbestimmungen in Art. 3 bezüglich der Begriffe „Alternativstrecke“, „tragfähige Alternative“ oder „überlastete Fahrwege“ spiegeln sich später in der Regelung wider, nach der der Infrastrukturbetreiber in die Festlegung der Bedingungen für die Nutzung des Eisenbahnnetzes eingreifen kann – und muss –, gleichgültig, ob es sich um die „Transportkapazitäten“, die „Strecken“ selbst oder die „Fahrpläne“ handelt, um Überschneidungen oder Überlastungen zu vermeiden²².

61. Die Schienennetz-Nutzungsbedingungen, die der Infrastrukturbetreiber veröffentlichen muss, ermöglichen es ihm ebenfalls, Aspekte abzuändern, die nicht von vornherein festgelegt werden können. Er kann darüber hinaus Kapazitäten zuweisen, die von dem Antrag abweichen. Daran wird deutlich, dass der Entscheidungsspielraum der Unternehmen, die Eisenbahnverkehrsdienste erbringen, den Zwängen begrenzter Möglichkeiten unterliegt, die der Knappheit an verfügbaren Ressourcen, die der Betreiber der Infrastrukturen verwalten muss, inhärent sind.

62. Schließlich ist es im Bereich des Eisenbahnverkehrs zulässig, gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen aufzuerlegen, die sich noch zusätzlich auf die Bedingungen für den Zugang zur Infrastruktur auswirken können. Nach der Richtlinie 2012/34 können in den Eisenbahnnetzen der Mitgliedstaaten allgemein zugängliche Dienste und Dienste, die öffentlichen Dienstleistungsaufträgen unterliegen, nebeneinander bestehen, wobei bei überlasteten Fahrwegen Vorrangkriterien angewandt werden können²³.

63. Schlussendlich hat die Notwendigkeit, beschränkte Eisenbahnressourcen zu verwalten und zu verteilen, zur Folge, dass der Infrastrukturbetreiber befugt sein muss, den Unternehmen, die sie nutzen, Bedingungen für die Erbringung ihrer Dienste betreffend die Transportkapazitäten, die Festlegung der Strecken und die Fahrpläne aufzuerlegen. Also genau das, was Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2004/17 für das Vorhandensein eines Netzes im Verkehrsbereich verlangt.

B. Zur zweiten Vorlagefrage

64. Für das vorliegende Gericht ist es erforderlich, die Bedeutung der Begriffe „Bereitstellung oder ... Betreiben von Netzen“, die Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2004/17 verwendet, zu klären. Konkret möchte es wissen, ob die Tätigkeit von Eisenbahnunternehmen, wenn sie Verkehrsleistungen auf der Schiene erbringen, unter einen dieser beiden Begriffe fällt.

65. Die Zweifel konzentrieren sich auf das „Betreiben von Netzen“. Es scheint Einvernehmen zu bestehen, dass die „Bereitstellung von Netzen“ ein Vorrecht des Infrastrukturbetreibers und nicht der Beförderungsunternehmen ist. Ich konzentriere mich daher auf die Auslegung des „Betreibens“.

²² Die Richtlinie (EU) 2016/2370 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2016 zur Änderung der Richtlinie 2012/34/EU bezüglich der Öffnung des Marktes für inländische Schienenpersonenverkehrsdienste und der Verwaltung der Eisenbahninfrastruktur (ABl. 2016, L 352, S. 1) bestätigt dieses Kriterium. In ihrem 28. Erwägungsgrund heißt es, dass „die Mitgliedstaaten das Recht auf Zugang zur Infrastruktur an bestimmte Bedingungen knüpfen [können], damit eine integrierte Fahrplan-Regelung für inländische Schienenpersonenverkehrsdienste eingeführt werden kann“.

²³ Art. 47 Abs. 4 Unterabs. 2 der Richtlinie 2012/34 verweist auf die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen. Auf derselben Linie bestätigt der 24. Erwägungsgrund der Richtlinie 2016/2370, dass die Mitgliedstaaten die Möglichkeit haben, das Recht auf Zugang „in den Fällen einzuschränken, in denen die Gewährung eines solchen Rechts das wirtschaftliche Gleichgewicht eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags gefährden würde“.

66. Der Vorschlag der Kommission erscheint reizvoll, da er klar ist: Die „Bereitstellung“ entspreche den Funktionen des Infrastrukturbetreibers, während das „Betreiben von Netzen“ die eigentliche Tätigkeit der Eisenbahnunternehmen sei. Dies bestätige die Entwicklung der Gesetzgebung, die dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2004/17 zugrunde liege: Im Unterschied zu den entsprechenden Artikeln der früheren Vergaberichtlinien für besondere Sektoren²⁴, die ausschließlich vom „Betreiben von Netzen“ gesprochen hätten, sei 2004 die „Bereitstellung [dieser Netze]“ hinzugefügt worden.

67. Die Kommission führt aus, die „Bereitstellung“ sei eingeführt worden, um die Verwaltung des physischen Netzes einzuschließen und zwei unterschiedliche Tätigkeiten voneinander abzugrenzen: Das „Betreiben“ betreffe die tatsächliche Eisenbahnverkehrsleistung, die von den Unternehmen erbracht werde, während sich die „Bereitstellung“ auf die Möglichkeit des Zugangs zum Netz für seine Nutzung durch einen anderen beziehe.

68. Die These der Kommission stößt jedoch auf ein Hindernis: Die Richtlinie 2012/34 unterscheidet klar zwischen der „Erbringung der Verkehrsdienste“ auf der einen und dem „Betrieb der Eisenbahninfrastruktur“ auf der anderen Seite²⁵. Letzterer obliegt dem Infrastrukturbetreiber, während die Verkehrsdienste von den Unternehmen erbracht werden, denen für diesen Zweck eine Genehmigung erteilt wird.

69. Die Richtlinie 2012/34 verwendet mehrfach den Begriff „Erbringung von Eisenbahnverkehrsdiensten“, den sie mit der Tätigkeit der Unternehmen gleichsetzt, die eine Genehmigung als Eisenbahnunternehmen besitzen und diese Dienste für die Allgemeinheit erbringen. In der Terminologie dieser Richtlinie ist aber der „Betrieb des Dienstes“ eine Sache und der „Betrieb der Infrastruktur“ eine andere.

70. Nach der Richtlinie 2012/34 ist der „Betrieb der Infrastruktur“ eigene und ausschließliche Aufgabe ihres Betreibers, der sie nicht nur den Unternehmen, die Transportdienste erbringen, zur Verfügung stellt, sondern sie auch unterhält²⁶ und verwaltet und sich des Netzes bedient, um die Aufgaben zu erfüllen, die ihm Art. 7 dieser Richtlinie zuweist.

71. Dieses zweiteilige Schema war bereits in den Definitionen in der ursprünglichen Fassung der Richtlinie 2012/34 erkennbar. Aus dem Begriff „Netz“ dieser Richtlinie²⁷ ergab sich, dass sein Betrieb Sache des Infrastrukturbetreibers war. In den späteren Bestimmungen wurde diese Linie fortgeführt:

- Zum einen verknüpft die Durchführungsverordnung 2015/909, die zur Berechnung der Kosten des Betriebs, die aus den Entgelten bestritten werden²⁸, anzuwenden ist, die Eisenbahnunternehmen mit der Durchführung des Zugbetriebs (18. Erwägungsgrund). Dem wird das Binom Infrastrukturbetreiber/Betrieb der Netze im zweiten Erwägungsgrund („[d]ie Infrastrukturbetreiber sind zum Betrieb der Netze verpflichtet“) gegenübergestellt.

²⁴ Richtlinie 90/531 und Richtlinie 93/38.

²⁵ Sechster Erwägungsgrund der Richtlinie 2012/34. In demselben Sinne heißt es im 26. Erwägungsgrund: „[Es] sollte eine Trennung zwischen der Erbringung von Verkehrsdiensten und dem Betrieb von Serviceeinrichtungen vorgenommen werden“.

²⁶ Nach Art. 7 Abs. 1 können die Mitgliedstaaten jedoch „Eisenbahnunternehmen oder jeder anderen Stelle die Verantwortung für die Unterstützung des Ausbaus der Eisenbahninfrastruktur übertragen, wozu beispielsweise Investitionen, Wartung und Finanzierung gehören“.

²⁷ „[D]ie gesamte Eisenbahninfrastruktur, [die] von einem Infrastrukturbetreiber verwaltet wird“.

²⁸ Durchführungsverordnung (EU) 2015/909 der Kommission vom 12. Juni 2015 über die Modalitäten für die Berechnung der Kosten, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen (ABl. 2015, L 148, S. 17).

– Zum anderen wurde im Rahmen der 2016 erfolgten Änderung der Richtlinie 2012/34 ihr Art. 3 Nr. 2 geändert und eine neue Nummer eingefügt, nach der unter „Betrieb der Eisenbahninfrastruktur“ die Zugtrassenzuweisung, das Verkehrsmanagement und die Erhebung von Wegegelteln“ zu verstehen sind²⁹. Hierbei handelt es sich um Aufgaben, für die der Infrastrukturbetreiber zuständig ist – und nicht die Transportunternehmen.

72. Vor diesem Hintergrund gibt es zwei Auslegungsmöglichkeiten. Die erste geht dahin, Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2004/17 im Licht der späteren Rechtsvorschriften auszulegen, die spezifisch den einheitlichen Eisenbahnraum regeln (insbesondere die Richtlinie 2012/34 und ihre Änderungen).

73. Nimmt man diesen Standpunkt ein, muss der Begriff „Betreiben von [Eisenbahn-]Netzen“ in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2004/17 mit dem Begriff „Betrieb der Eisenbahninfrastruktur“ der Richtlinie 2012/34 in Einklang gebracht werden. Die Eisenbahnverkehrsleistungen würden nicht unter ihn fallen, wenn man auf die (jetzt) durch Art. 3 Nr. 2b der Richtlinie 2012/34 in der Fassung der Richtlinie 2016/2370 definierte Bedeutung abstellt. Mit anderen Worten: Das Betreiben des Netzes würde die Eisenbahnverkehrsdienste, die der Erbringung von Verkehrsdiensten durch Eisenbahnunternehmen entsprechen, nicht umfassen.

74. Die zweite Möglichkeit ist eine autonome Auslegung des Begriffs „Betreiben von Netzen“ in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2004/17, die nicht von den Gesetzesänderungen betroffen ist, die ich weiter oben angesprochen habe³⁰. Nach dieser Auslegung hindert nichts daran, dass die Eisenbahnunternehmen das Netz auch in dem Sinne „betreiben“, dass sie davon für die Durchführung des Eisenbahnverkehrs profitieren oder es gebrauchen oder nutzen.

75. Für diese zweite Möglichkeit sprechen mehrere Argumente. An erster Stelle das von der Kommission zur Entstehungsgeschichte von Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2004/17 vorgebrachte, der durch das Einfügen der „Bereitstellung von Netzen“ als eigenständigen, von ihrem Betreiben unterscheidbaren Begriff das semantische Feld des letztgenannten Begriffs auszuweiten scheint.

76. Zweitens zählt unter Wortlautgesichtspunkten zu den verschiedenen Bedeutungen des Begriffs „Betreiben“ die Nutzziehung aus einer Sache durch ihre Verwendung. Die Unternehmen, die Eisenbahnverkehrsdienste an Reisende erbringen, „betreiben“ das Netz, auf dem ihre Züge verkehren, d. h., sie nutzen oder gebrauchen es, um daraus den Vorteil zu ziehen, der ihrer öffentlichen Dienstleistungstätigkeit inhärent ist.

77. Drittens hätte es bei Anwendung eines systematischen Ansatzes wenig Sinn, wenn Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2004/17 die Unternehmen, die Verkehrsdienste erbringen, allgemein von ihrer Anwendung ausschliesse, weil diese Tätigkeit nicht als Betreiben des Netzes angesehen wird, um gleich im Anschluss (Abs. 2 der Vorschrift) festzulegen, dass sie „nicht für Stellen [gilt], die Busverkehrsleistungen für die Allgemeinheit erbringen, die vom Anwendungsbereich der Richtlinie 93/38/EWG nach deren Artikel 2 Absatz 4 ausgenommen worden sind“. Wenn diese ausdrückliche Klarstellung erforderlich ist, dann deshalb, weil die Richtlinie 2004/17 auf die restlichen Unternehmen, die Verkehrsdienste erbringen, grundsätzlich angewandt wird.

²⁹ Art. 3 Nr. 2b, eingefügt durch die Richtlinie (EU) 2016/2370 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2016 (ABl. 2016, L 352, S. 1).

³⁰ In der mündlichen Verhandlung hat sich die Kommission dieser These angeschlossen.

78. An vierter und letzter Stelle enthält die Richtlinie 2004/17 „[d]ie nicht erschöpfenden Verzeichnisse der Auftraggeber im Sinne dieser Richtlinie[, die] in den Anhängen I bis X aufgeführt [sind]“³¹. In Anhang IV, der sich mit den Auftraggebern im Bereich der Eisenbahndienste befasst, werden die öffentlichen Unternehmen der verschiedenen Mitgliedstaaten genannt, die sie erbringen. Konkret werden in Bezug auf Schweden u. a. „[ö]ffentliche Stellen, die Eisenbahndienstleistungen auf folgender Rechtsgrundlage betreiben: järnvägslagen (2004:519) und järnvägsförordningen (2004:526)“³² als solche angesehen.

79. Die Aufnahme dieser Art von Stellen (zu denen SJ gehört) in Anhang IV der Richtlinie 2004/17 zeigt, dass sich die Tätigkeit der Unternehmen, die Verkehrsdienste für die Allgemeinheit erbringen und hierzu das Eisenbahnnetz nutzen, unter den Begriff des Betriebens dieses Netzes im Sinne von Art. 5 Abs. 1 dieser Richtlinie fassen lässt, so dass sie bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen die in der Richtlinie 2004/17 vorgesehenen Vergabeverfahren durchführen müssen³³.

80. Zusammenfassend ist – auch unter Berücksichtigung eines gewissen Mangels an Kohärenz zwischen den in den Bestimmungen über den einheitlichen europäischen Eisenbahnraum (Richtlinie 2012/34 und damit zusammenhängende Normen) und den in der Richtlinie 2004/17 verwendeten Begriffen – die Auslegung des Ausdrucks „Betreiben von Netzen“ in Art. 5 Abs. 1 der letztgenannten Richtlinie nicht von den in den erstgenannten Bestimmungen definierten Konzepten abhängig.

81. Schließlich hat SJ betont, sie sei ein Unternehmen, das im Wettbewerb mit anderen Eisenbahnbetreibern stehe und rein kommerzielle Zwecke verfolge, so dass es ausgeschlossen sei, sie als Auftraggeber, der den engen Vorgaben der Richtlinie 2004/17 unterliege, zu betrachten.

82. Die Richtlinie regelt diesen Fall in Art. 30 („Verfahren zur Feststellung, ob eine bestimmte Tätigkeit unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist“). Insoweit reicht der Hinweis, dass in dieser Rechtssache nicht feststeht, dass dieses Verfahren eingeleitet worden ist, so dass keine Ausnahme von der Anwendbarkeit dieser Richtlinie vorliegt.

31 Art. 8 („Verzeichnis der Auftraggeber“) der Richtlinie 2004/17.

32 Entscheidung der Kommission vom 9. Dezember 2008 zur Änderung der Anhänge der Vergaberichtlinien des Europäischen Parlaments und des Rates 2004/17/EG und 2004/18/EG im Hinblick auf ihre Verzeichnisse der Auftraggeber und der öffentlichen Auftraggeber (ABl. 2008, L 349, S. 1).

33 Im Urteil vom 5. Oktober 2017, LitSpecMet (C-567/15, EU:C:2017:736), musste der Gerichtshof zwar auf das Problem, das sich hier stellt und dort nicht Gegenstand des Vorabentscheidungsersuchens war, nicht eingehen, doch hat er festgestellt, dass unter den Umständen jener Rechtssache und unter gewissen Vorbehalten die Tätigkeit einer Tochtergesellschaft, die vollständig im Eigentum der litauischen Eisenbahngesellschaft steht, der sie Eisenbahnmaterial lieferte, das unverzichtbar für die im Allgemeininteresse liegende Ausübung ihrer Eisenbahnbeförderungstätigkeit war, der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. 2004, L 134, S. 114) unterlag. In meinen Schlussanträgen in derselben Rechtssache (C-567/15, EU:C:2017:319) habe ich angesichts des Vorbringens einer der Parteien, die die Richtlinie 2004/17 für anwendbar hielt, die Ansicht vertreten, dass man, „da Art. 2 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2004/17 und Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 der Richtlinie 2004/18 gleichlautende Definitionen der ‚öffentlichen Einrichtungen‘ enthalten ..., die Fragen des Vilniaus apygardos teismas (Regionalgericht Vilnius) auch beantworten [kann], ohne die Anwendbarkeit der einen oder der anderen Richtlinie von vornherein ausschließen zu müssen“.

VI. Ergebnis

83. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, die Vorlagefragen des Högsta förvaltningsdomstol (Oberstes Verwaltungsgericht, Schweden) wie folgt zu beantworten:

Art. 5 Abs. 1 der 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 ist wie folgt auszulegen:

- Ein „Netz“ ist vorhanden, wenn Unternehmen, die Verkehrsleistungen erbringen, eine vom Staat verwaltete Eisenbahninfrastruktur gemäß den von der zuständigen Behörde dieses Staates festgelegten Bedingungen zur Verfügung gestellt wird, auch wenn diese Behörde so weit wie möglich allen Anträgen auf Zuweisung von Fahrwegkapazität stattzugeben hat.
- Die Tätigkeit, die von einem öffentlichen Unternehmen ausgeübt wird und in der Erbringung öffentlicher Verkehrsleistungen unter Nutzung des Schienennetzes besteht, stellt ein „Betreiben von Netzen“ im Sinne der Richtlinie 2004/17 dar.