

diskriminierungsfreien Charakter der staatlichen Maßnahme anhand eines gleichwertigen alternativen Verfahrens gewährleisten. Darüber hinaus müssen die Mitgliedstaaten zur Verringerung bewirkter Wettbewerbsverzerrungen eine Marktanalyse durchführen, um zu ermitteln, ob die Konnektivitätsgutscheine einigen Anbietern unverhältnismäßige Vorteile verschaffen (Rn. 197). Entsprechend den Ergebnissen dieser Marktanalyse sind die Gutscheinfördermodelle dahingehend anzupassen, dass die Herbeiführung solcher unverhältnismäßigen Vorteile vermieden wird. Vertikal integrierte Anbieter von Breitbanddiensten, die einen Endkundenmarktanteil von mehr als 25% innehaben, kommen nur dann für eine Förderung in Frage, wenn sie auf dem entsprechenden Vorleistungszugangsmarkt Vorleistungszugangsprodukte anbieten, auf deren Grundlage jeder Zugangsinteressent die beihilfefähigen Dienste zu offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen bereitstellen kann (Rn. 199).

III. Fazit: passende Ausrichtung auf Konnektivität der Zukunft

Die Breitbandleitlinien 2022 zeigen eine passende (und erforderliche) Ausrichtung des EU-beihilferechtlichen Bewertungsausbaus auf die Konnektivität der Zukunft. Einerseits weiten die Breitbandleitlinien 2022 die Fördermöglichkeiten maßgeblich aus und ermöglichen neue, innovative und zukunftsfähige Fördermaßnahmen. Andererseits stellen die Breitbandleitlinien 2022 sicher, dass stets eine intelligente Kombination aus regulatorischen Maßnahmen und staatlichen Beihilfen erfolgt.

Insgesamt schaffen die Breitbandleitlinien damit neue Innovationsperspektiven, die den Breitbandausbau auf dem Weg in die europäische Gigabit-Gesellschaft maßgeblich beschleunigen dürften.

Prof. Dr. Christian Koenig und Carlos D. Cesarano*

Novellierungsbedarf der Eisenbahnregulierung zur Förderung eines wirksamen Wettbewerbs im Vertrieb internetbasierter Mobilitätsdienstleistungen

Im Vergleich zu verwandten regulierten Netzwirtschaften – etwa dem Energie- oder Telekommunikationssektor – existiert im Eisenbahnsektor aktuell auf Vertriebsstufe kein wirksamer Wettbewerb. Um die Bereitstellung und Entwicklung von innovativen Vertriebsdienstleistungen künftig auch im Eisenbahnsektor zu ermöglichen, ist die sektorspezifische Regulierung i. S. d. ERegG auf die Vertriebsstufe zu erstrecken und um spezifische regulatorische Instrumente zu ergänzen, die einen wirksamen Wettbewerb auf Vertriebsstufe nachhaltig und langfristig ermöglichen und gewährleisten.

I. Regulierungsbedürfnis

Im Zuge der fortschreitenden Digitalisierung unterliegt auch der Mobilitätssektor einem starken Wandel. Dabei nimmt die Entwicklung von neuartigen Mobilitätsangeboten zu, die sich auf die Vertriebsstufe konzentrieren („Mobility as a Service“) und neben die herkömmlichen Beförderungs- oder Infrastrukturdienstleistungen treten. Hierunter fallen sowohl begleitende Dienstleistungen wie Reiseauskünfte, Verkehrsträgervergleiche oder Echtzeitinformationen als auch der Vertrieb von Fahrkarten. Im Fokus stehen insbesondere integrierte Mobilitätsdienstleistungen, die es den Nutzern ermöglichen sollen, – neutral und über Unternehmens- und Verkehrsmittelgrenzen hinweg – die Fahrkarten verschiedener Anbieter und Verkehrsmittel in einem einheitlichen digitalen Buchungsvorgang zu kombinieren. Diese Mobilitätsangebote, die über den bloßen Vertrieb von Einzelfahrkarten hinausgehen, bilden eine neue Form von Mobilitätsdienstleistungen. Dabei stellt u. a. die Generierung effizienter Beförderungsketten über internetbasierte Mobilitätsplattformen eine spezifische – allein auf der Vertriebsstufe angesiedelte – Mobilitätsdienstleistung dar. Auch umfassen diese neuen Mobilitätsdienstleistungen die allein auf der Vertriebsplattform erbrachten – von den Modalitäten der Beförderungsebene losgelösten – Leistungen, deren eigenständige Wertschöpfungsqualität bereits in der

erheblichen Erleichterung des Informations-, Erwerbs-, Koordinations- und Organisationsvorgangs unabhängig davon besteht, welche konkrete Art von Beförderungsleistung vertrieben wird.

Um Fahrgästen den Zugang zu den verschiedenen Verkehrsformen zu erleichtern und damit insgesamt die Attraktivität des Mobilitätssektors zu steigern, setzen Anbieter integrierter Mobilitätsdienstleistungen nicht auf die Nachfrage nach einem einzelnen Verkehrsmittel oder einem einzigen Anbieter, sondern integrieren mehrere Verkehrsmittel und Verkehrsanbieter (Eisenbahnverkehrsunternehmen, Fluglinien, Fernbusanbieter sowie Verkehrsmittel des Stadt- und Regionalverkehrs) in eine einzige Mobilitäts-App oder ein Online-Portal. Nutzer dieser integrierten Mobilitätsdienstleistungen können also Verkehrsmittel und -wege miteinander vergleichen, Routen planen und ganze Reiseverläufe mit unterschiedlichen Verkehrsmitteln organisieren und planen sowie insgesamt oder für Teilstücke die Reisepreise mit den verschiedenen Optionen und Anbietern vergleichen. So können etwa aufeinanderfolgende Fahrkarten für den Schienenpersonenverkehr mit weiteren Angeboten wie Flugtickets, Fernbusfahrkarten, Mietfahrzeugen inkl. gemeinsam genutzten Autos („Carsharing“) oder Mietfahrrädern kombiniert werden. Zudem bieten integrierte Mobilitätsdienstleister die Möglichkeit an, Leistungen verschiedener Verkehrsanbieter des gleichen Verkehrsmittels in einem einzigen Buchungsvorgang zu vergleichen und zu erwerben. Dadurch erhalten sie auch neue Verbindungsmöglichkeiten und -preise.

Solche neuartigen Mobilitätsdienstleistungen steigern nicht bloß die Attraktivität des Mobilitätssektors, indem sie eine Angebotsvielfalt im öffentlichen und privaten Verkehr schaffen, welche die Verbraucher auch optimal für sich nutzen können. Sie sind darüber hinaus auch aus der Perspektive der Verkehrspolitik von zentraler Bedeutung. So hat sich die

* Der Beitrag beruht auf einem Rechtsgutachten.

Bundesregierung das Ziel gesetzt, bis 2045 den Mobilitätssektor klimaneutral auszugestalten.¹ Um dieses Ziel zu erreichen, ist eine Dekarbonisierung des gesamten Mobilitätssektors – insbesondere des Luft- und Straßenverkehrs – durch eine Umstellung auf nachhaltige Verkehrsträger erforderlich (Verkehrswende). Dabei kommt namentlich dem Schienenverkehr eine zentrale Bedeutung als Substitut für den Straßen- und Luftverkehr zu. Der Digitalisierungsprozess sowie das Angebot integrierter Mobilitätsdienstleistungen auf Vertriebsstufe machen den Mobilitätssektor also innovativ und tragen darüber hinaus dazu bei, den Verkehr – sowohl regional als auch überregional – bedarfsgerecht und klimafreundlicher zu gestalten.

Um die Bereitstellung und Entwicklung von solchen innovativen Mobilitätsangeboten auch im Eisenbahnsektor zu ermöglichen, ist die sektorspezifische Regulierung i. S. d. ERegG künftig auf die Vertriebsstufe zu erstrecken (hierzu unten, unter II.) und um spezifische regulatorische Instrumente zu ergänzen (hierzu unten, unter III.), die auf der ersten Stufe Anbietern integrierter Mobilitätsdienstleistungen (Mobilitätsdienstleister) einen Zutritt zu den Vertriebsmärkten ermöglichen und auf der zweiten Stufe einen wirksamen Wettbewerb auf Vertriebsstufe nachhaltig und langfristig gewährleisten.

Die Etablierung eines solchen vertriebsbezogenen Regulierungsregimes im ERegG ist in diesem Zusammenhang erforderlich, da es sich beim Eisenbahnsektor nach wie vor um eine stark durch vertikale Integrationen und Marktmachtasymmetrien geprägte Netzwirtschaft handelt. Die fehlende Kooperationsbereitschaft vertikal integrierter Unternehmen erschwert insbesondere den Marktzutritt externer Mobilitätsdienstleister maßgeblich, wie das aktuell laufende Marktmachtmissbrauchsverfahren des BKartA gegen die Deutsche Bahn (DB) verdeutlicht.²

In diesem Zusammenhang hat das BKartA die DB bereits vorläufig abgemahnt und festgestellt, dass die DB als vertikal integriertes Unternehmen einen maßgeblichen Einfluss auf die Wettbewerbsbedingungen im Eisenbahnsektor, auch mit Blick auf den Fahrkartenvertrieb, hat (Stellung der DB als etablierter Betreiber („Incumbent“)).³ Dabei hat das BKartA den Zugang der Mobilitätsdienstleister zu Prognosedaten des Schienenverkehrs als zentrale Funktionsbedingung für die Geschäftsmodelle, die den Reisenden die Buchung von intermodalen Reiseketten ermöglichen sollen, eingestuft (Datenzugang als wesentliche Einrichtung [„essential facility“]). Im Fokus stehen aktuelle Prognosedaten, die für die gesamte Planung und Konzeption der auf die spezifischen Bedürfnisse der Reisenden zugeschnittenen intermodalen Reiseketten von zentraler Bedeutung sind:

„Wichtig für die Mobilitätsdienstleister ist auch der Zugang zu zentralen Prognosedaten des Schienenverkehrs in Deutschland wie Zugverspätungen und -ausfälle, deren Herausgabe die DB bisher verweigert. Diese Daten stehen aber anderweitig nicht zur Verfügung. Die bisherigen Ermittlungsergebnisse zeigen, dass diese Prognosedaten des Schienenpersonenverkehrs unerlässlich sind für die Organisation und Buchung von intermodalen Reiseketten, also Reisen mit unterschiedlichen Verkehrsmitteln. Derzeit behält die DB diese Daten sich selbst sowie wenigen ausgewählten Anbietern von Mobilitätsdienstleistungen wie zum Beispiel Google vor.“⁴

Das BKartA sieht den Datenzugang der Mobilitätsdienstleister darüber hinaus nicht nur als Funktionsbedingung für die Geschäftsmodellierung sowie den Wettbewerb auf Vertriebsstufe an (Marktzutritt von Mobilitätsdienstleistern). Vielmehr ist der Datenzugang und die damit einhergehende Ermöglichung der Bereitstellung und Entwicklung neuer

Mobilitätsangebote auf Vertriebsstufe auch für im Wettbewerb zur DB stehende Eisenbahnverkehrsunternehmen auf Beförderungsebene von wesentlicher Bedeutung. Denn für die Wettbewerber der DB „können Mobilitätsplattformen ein wichtiger Kanal sein, um ihre Reichweite zu erhöhen und Nachfrager für ihre Verkehrsdienstleistungen zu gewinnen“.⁵

Vor diesem Hintergrund ist ein Zugang der Mobilitätsdienstleister zu sog. Echtzeit- und Prognosedaten des Schienenverkehrs sowohl zentrale Funktionsbedingung für einen Wettbewerb auf Vertriebsstufe als auch Katalysator für den Wettbewerb auf Beförderungsebene. Damit kommt dem umfangreichen und gleichberechtigten Zugang zu qualitativ hochwertigen Daten und der dadurch ermöglichten Geschäftsmodellierung auf Vertriebsstufe eine wesentliche Bedeutung für die wettbewerbliche Prägung des gesamten Eisenbahnsektors zu. Insgesamt ist das BKartA folglich der Auffassung, „dass die Mobilitätsanbieter z. B. einen Anspruch auf die Verkehrsdaten der Bahn wie Verspätungen oder Zugausfälle haben. Die Geschäftsmodelle können sonst nicht funktionieren“.⁶

Im Eisenbahnsektor besteht zudem ein über die Ex-post-Wettbewerbskontrolle durch das BKartA hinausgehendes Ex-ante-Regulierungserfordernis. So handelt es sich beim Eisenbahnsektor um eine regulierte Netzwirtschaft, die durch die Gefahren des natürlichen Monopols sowie vertikaler Integrationen mit zumindest dominanter Marktmacht auf drei Ebenen (Infrastruktur, Verkehrsleistung, Vertrieb) geprägt ist. Hierbei handelt es sich um zwei Wesensmerkmale von Netzwirtschaften, in denen ein wirksamer Wettbewerb nur durch eine sektorspezifische Ex-ante-Regulierung gewährleistet werden kann, da die bestehenden Marktmachtasymmetrien Missbrauchspotentiale schaffen, die durch eine Ex-post-Wettbewerbskontrolle durch das BKartA nicht effektiv beseitigt werden können. Zudem nimmt die Entflechtungsregulierung i. S. d. §§ 8 ff. ERegG bisher noch nicht das Diskriminierungspotential des Datenzugangs und die Behinderung durch Missbrauchspraktiken im Preissetzungsbereich durch integrierte Vertriebsunternehmen („Incumbent“-Vertriebler) gegenüber externen Vertriebsunternehmen in den Blick, sondern erstreckt sich allein auf das Verhältnis der Netzebene zur Beförderungsebene. Das Regelungsregime der sektorspezifischen Eisenbahnregulierung im ERegG ist insofern folglich ergänzungsbedürftig, um in Zukunft auch wettbewerbliche Rahmenbedingungen auf den Vertriebsmärkten zu schaffen.

Die Einführung einer regulatorischen Verpflichtung, „Echtzeitdaten unter fairen Bedingungen bereitzustellen“, ist auch im aktuellen Koalitionsvertrag vorgesehen.⁷ Die Zielsetzungen im Koalitionsvertrag verdeutlichen nochmals das Bedürfnis nach einer umfangreichen Ex-ante-Regulierung, durch die sichergestellt wird, dass alle Mobilitätsdienstleister, die auf Vertriebsstufe tätig sind, diskriminierungsfreien Zugang zu Prognosedaten erhalten. Denn die im Koalitionsvertrag vorgesehene Ermöglichung neuer Mobilitätsangebote zur Stärkung des öffentlichen Verkehrssektors kann nur durch eine Vorabregulierung des Datenzugangs erfolgen.

Zudem ist auch auf Unionsebene absehbar, dass in Zukunft ein Regelungsrahmen eingeführt wird, der multimodale digitale Mobilitätsdienste (MDMS) auf Vertriebsstufe ermöglichen soll. So hat die Europäische Kommission im Dezember

1 SPD/BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN/FDP, Mehr Fortschritt wagen, Koalitionsvertrag v. 7.12.2021, S. 38.

2 BKartA, Pressemitteilung „Fairer Wettbewerb um digitale Mobilitätsdienstleistungen“ v. 20.4.2022 zum laufenden Missbrauchsverfahren gegen die DB.

3 BKartA (Fn. 2), S. 2.

4 BKartA (Fn. 2), S. 2.

5 BKartA (Fn. 2), S. 3.

6 BKartA (Fn. 2), S. 1.

7 SPD/BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN/FDP (Fn. 1), S. 39 f.

2021 eine öffentliche Konsultation eingeleitet, um die wesentlichen Herausforderungen im Zuge der Einführung von multimodalen digitalen Mobilitätsdiensten zu erkennen.⁸ Die Konsultation hat zwar insbesondere mit Blick auf die strategischen Fragen zur Geschäftsmodellierung von Mobilitätsdienstleistern auf Vertriebssebene ergeben, dass der fehlende Zugang zu erforderlichen Echtzeitdaten die Einführung von multimodalen digitalen Mobilitätsdiensten maßgeblich hindert.⁹ Gleichwohl ist bereits vor Einführung der unionsrechtlichen Rahmenbedingungen für multimodale digitale Mobilitätsdienste ein Rechtsrahmen für den Übergangszeitraum zu schaffen. So ist noch nicht absehbar, zu welchem Zeitpunkt mit einem konkreten legislativen Vorschlag auf Unionsebene zu rechnen ist. Zudem ist noch unklar, ob auch der Datenzugang zu rein nationalen Mobilitätsdienstleistungen in den Anwendungsbereich der geplanten Unionsgesetzgebung fallen wird, ob und wie die Überwachung erfolgt und ob der wichtige Bestandteil der Regulierung von Provisionshöhen mit umfasst ist. Die Vorteile, die integrierte Mobilitätsdienstleistungen für den gesamten Mobilitäts- und insbesondere den Eisenbahnsektor bringen, gebieten die schnellstmögliche Schaffung eines Regulierungsrahmens, der eben jene Dienste ermöglicht.

Die Bedeutung der Schaffung von Übergangsregelungen, die für den Zeitraum bis zum Erlass unionsrechtlicher Vorgaben einen klaren und bestimmten Rechtsrahmen bilden, zeigen insbesondere die aktuellen legislativen Maßnahmen auf dem Gebiet des autonomen Fahrens (Einführung der §§ 1a ff. StVG durch das Gesetz zum autonomen Fahren vom 28. Juli 2021¹⁰) sowie im Sektor der Wasserstoffwirtschaft (Einführung der §§ 28j ff. EnWG durch das Gesetz zur Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben und zur Regelung reiner Wasserstoffnetze im Energiewirtschaftsrecht vom 16. Juli 2021¹¹). Auch hier hat sich der deutsche Gesetzgeber dazu entschieden, Übergangsregelungen zu schaffen, obgleich die unionsrechtlichen Vorgaben zumindest dem Grunde nach bereits absehbar waren. Die Funktion der Übergangsregelungen besteht dabei insbesondere in der Schaffung von Rechtsklarheit und Rechtssicherheit, um eine Investitionssicherheit zu gewährleisten und den Markthochlauf bestmöglich zu unterstützen.

Auch im Mobilitätssektor sind klare und bestimmte Übergangsregelungen erforderlich, die den Zeitraum bis zum Erlass unionsrechtlicher Vorgaben überbrücken. Dies ist insbesondere auf die zahlreichen Vorteile zurückzuführen, die aus der – durch regulatorische Vorgaben ermöglichten – Erbringung von integrierten Mobilitätsdienstleistungen im Wettbewerb auf den Vertriebsmärkten folgen. So steigern integrierte Mobilitätsdienstleistungen die Attraktivität des Mobilitätssektors, indem den Nutzern flexible – auf die spezifischen Bedürfnisse zugeschnittene – Buchungsoptionen angeboten werden. Eine Angebotsvielfalt sowie eine damit einhergehende wettbewerbliche Prägung des Vertriebssektors sichert zudem erschwingliche Preise, eine hohe Qualität der Dienstleistungen und bringt innovative Konzepte hervor. Die dadurch gesteigerte Attraktivität des Mobilitätssektors ist – neben der zentralen Bedeutung für die Dekarbonisierung des Mobilitätssektors im Rahmen der Verkehrswende – gerade vor dem Hintergrund der aktuellen energiepolitischen Herausforderungen von maßgeblicher Relevanz, wodurch das Bedürfnis nach einer zügigen Einführung von regulatorischen (Übergangs-) Bestimmungen nochmals verdeutlicht wird.

Das Erfordernis solcher Übergangsregelungen besteht umso mehr, wenn man berücksichtigt, dass der deutsche Markt im EU-Vergleich am stärksten verschlossen ist. So existiert weder auf Schieneninfrastruktur- noch auf Vertriebssebene ein wirklicher Anbieterwettbewerb. Damit liegt eine Sondersituation vor, welche die schnellstmögliche Einführung von Übergangsregelungen zur Schaffung von fairen Marktbedingungen

erfordert, um zu vermeiden, dass immer mehr potentielle Wettbewerber vollständig vom Markt verdrängt werden.¹²

II. Allgemeiner Anpassungsbedarf im ERegG

Aktuell ist das ERegG in seinem Regelungskonzept auf das Verhältnis der Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) zu den Betreibern von Eisenbahnanlagen zugeschnitten. Dies zeigt insbesondere die Kodifikation der Zugangsberechtigung gemäß § 1 Abs. 12 ERegG, die den Anwendungsbereich der Zugangsregulierung gemäß §§ 10 ff. ERegG festlegt. Dementsprechend fallen unter den Begriff der Zugangsberechtigten insbesondere „Eisenbahnverkehrsunternehmen oder internationale Gruppierungen von Eisenbahnverkehrsunternehmen“. Der Begriff des Eisenbahnverkehrsunternehmens ist dabei in § 2 Abs. 3 AEG definiert. Hierunter fallen „alle Eisenbahnen, deren Tätigkeit im Erbringen von Eisenbahnverkehrsdiensten zur Beförderung von Gütern oder Personen besteht“. Das Regelungskonzept des ERegG – insbesondere die für den Marktzutritt sowie die Schaffung eines wettbewerblichen Umfeldes wesentliche Zugangsregulierung – zielt demnach maßgeblich auf den Zugang der Beförderungsunternehmen zur Schieneninfrastruktur, die ein natürliches Monopol darstellt, ab. Zwar umfasst der Begriff der Zugangsberechtigung gemäß § 10 Abs. 12 Nr. 2 ERegG „auch andere natürliche oder juristische Personen“. Diese werden jedoch durch § 10 Abs. 12 Nr. 2 lit. a bis c ERegG ohne eine Berücksichtigung der Vertriebssebene konkretisiert. Nach der aktuellen Ausgestaltung der Begriffsbestimmungen dürften Mobilitätsdienstleistungsunternehmen, die allein auf Vertriebssebene tätig sind, folglich nicht von der Begriffsbestimmung erfasst sein.

Auch inhaltlich sind die zugangsregulatorischen Anspruchsnormen auf den Zugang der Eisenbahnverkehrsunternehmen zu Eisenbahnanlagen i. S. d. eisenbahnspezifischen Netzinfrastruktur ausgerichtet. So räumt etwa § 10 Abs. 2 ERegG den Eisenbahnverkehrsunternehmen ein „Recht auf Zugang zu Eisenbahnanlagen für alle Arten von Personenverkehrsdiensten zu angemessenen, nichtdiskriminierenden und transparenten Bedingungen“ ein. Dies verdeutlicht die grundlegende regulatorische Ausrichtung auf das Verhältnis der Eisenbahnverkehrsunternehmen zu den Betreibern von Eisenbahnanlagen.

Zudem sind die Entflechtungsvorschriften auf die wettbewerblichen Implikationen zugeschnitten, die eine vertikale Integration zwischen Netz- und Beförderungsebene schafft. Das Verhältnis zur Vertriebssebene ist hingegen gänzlich unbeleuchtet. So enthalten die §§ 8 ff. ERegG umfangreiche Entflechtungsvorgaben, die eine Unabhängigkeit der Netzebene von der Beförderungsebene gewährleisten sollen. Dies verdeutlicht auch die Begriffsbestimmung der vertikalen Integration gemäß § 1 Abs. 25 ERegG, die etwaige Tätigkeiten auf Vertriebssebene gänzlich unberücksichtigt lässt.

8 Siehe die Informationsseite der Kommission zur Konsultation über „Multimodale digitale Mobilitätsdienste“, abrufbar unter https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13133-Multimodal-Digital-Mobility-Services/public-consultation_de (zuletzt abgerufen am 10.1.2023).

9 Kommission, Public consultation on the initiative on Multimodal Digital Mobility Services (MDMS), Bericht v. 26.7.2022 – Az. Ref. Ares (2022) 5368601, S. 7 ff.

10 Siehe dazu den Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27439.

11 Siehe dazu den Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27453.

12 Wie schwierig es für Mobilitätsdienstleister auf Vertriebssebene ist, am Markt zu bestehen, zeigt etwa die Insolvenz des Unternehmens „From A to B“, das noch während des laufenden Verfahrens beim BKartA vollständig vom Markt verschwunden ist, siehe die NextMobility-Meldung „Reise-Start-up From A to B stellt den Betrieb ein“ v. 12.1.2021.

Das Regelungskonzept der im ERegG enthaltenen Zugangs- und Entflechtungsregulierung zeigt also, dass die Eisenbahnregulierung aktuell allein das Verhältnis der Beförderungsebene zur Netzebene in den Blick nimmt. Der Eisenbahnregulierung liegt damit eine – im Vergleich zu verwandten regulierten Netzwirtschaften wie dem Energie- oder Telekommunikationssektor – verkürzte Wertschöpfungskette zugrunde. Vor diesem Hintergrund ist das vorliegend zu betrachtende Verhältnis der Vertriebsebene zur Beförderungsebene/Netzebene ein Segment der eisenbahnspezifischen Wertschöpfungskette, das bisher noch nicht regulatorisch erfasst wurde. Damit besteht ein genereller Anpassungsbedarf mit Blick auf das grundlegende Regelungskonzept des ERegG:

- Erweiterung des Anwendungsbereichs um Datenzugang und der Begriffsbestimmungen um Dienstleistungsunternehmen, die auf der Vertriebsebene tätig sind (Mobilitätsdienstleister),
- Konkretisierung der Zugangsberechtigung in § 1 Abs. 12 ERegG dahingehend, dass zwischen Netzinfrasturkturzugang und Datenzugang differenziert wird,
- Ergänzung der Regulierungsziele in § 3 ERegG um die Schaffung eines wirksamen Wettbewerbs auf Vertriebsebene.

Dementsprechend gilt es, die Eisenbahnregulierung künftig auf die gesamte – dem Eisenbahnsektor zugrundeliegende – Wertschöpfungskette auszurichten, um sowohl auf Beförderung- als auch auf Vertriebsebene einen wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten. Jene – von einer um den Vertriebssektor erweiterten Eisenbahnregulierung in den Blick genommene – Wertschöpfungskette ist konzeptionell vergleichbar mit der herkömmlichen Wertschöpfungskette, die der Regulierung verwandter Netzwirtschaften zugrunde liegt. So ist etwa auch die Regulierung der Energiewirtschaft auf eine dreigliedrige Wertschöpfungskette ausgerichtet, die – mit Blick auf das ökonomische Regulierungsbedürfnis – durchaus Parallelen zum Eisenbahnsektor aufweist.

Der Energiesektor und der Eisenbahnsektor sind dahingehend vergleichbar, dass die konzeptionelle Trennung zwischen der netzinfrastrukturgebundenen Endkundendienstleistung (Erzeugung im Energiesektor, Beförderung im Eisenbahnsektor) und der Vertriebsebene Geschäftsmodelle ermöglicht, die sich allein auf den Vertrieb konzentrieren. Dies hat etwa im Energiesektor zu einem wettbewerblich geprägten Vertriebsumfeld geführt, in dem die Endkunden aus zahlreichen Angeboten von Energieversorgungsunternehmen wählen können, die allein auf der Vertriebs- und Versorgungsebene tätig sind. Dies führt zu Gemeinwohlfortschritten, insbesondere zu erschwinglichen Preisen und attraktiven Angeboten für die Endkunden.

Der Unterschied zwischen dem Energiesektor und dem Eisenbahnsektor besteht hingegen darin, dass für den Vertrieb von Energie (Strom oder Gas) kein Zugang zu Daten in Form von Qualitätsparametern erforderlich ist, denn Energieträger weichen in ihrer Versorgungsqualität nicht voneinander ab (so weist etwa jede Stromeinheit, die den Kunden erreicht, dieselbe Stromstärke auf, unabhängig davon, auf welchem Wege der Strom gewonnen wurde) und verspäten sich auch nicht im Rahmen des Transportvorgangs. Der Vertrieb im Eisenbahnsektor – insbesondere in Form von intermodalen Reiseketten, bei denen die Beförderungsleistungen verschiedener Eisenbahnverkehrsunternehmen miteinander kombiniert werden, um eine einheitliche Mobilitätsdienstleistung zu erbringen – ist hingegen auf eben solche Informationen in Form von Prognosedaten angewiesen. Anders als in der Energiewirtschaft ist der Zugang zu Daten, die sich allgemein als Qualitätsparameter der vertriebenen Endkundendienstleistung bezeichnen lassen, Funktionsbedingung für Vertriebsmodelle, da

ansonsten eine Koordination intermodaler Reiseketten – insbesondere die Vornahme etwaiger Nachjustierungen in Fällen von außerplanmäßigen Ausfällen oder Verspätungen – unmöglich ist.

Anders als im Energiesektor, in dem sich die regulatorischen Vorgaben mit Blick auf den Vertrieb im Wesentlichen auf Verbraucherschutzvorschriften zur Ausgestaltung der Versorgungsvertragsverhältnisse beschränken (§§ 36 ff. EnWG), bedarf es folglich im Eisenbahnsektor einer netzwirtschaftstypischen Engpassregulierung mit Blick auf eben jene Prognosedaten, welche die Geschäftsmodellierung und Etablierung eines wirksamen Wettbewerbs auf Vertriebsebene erst ermöglichen. Die Netzebene fungiert damit nicht bloß als Engpass („bottleneck“) für die Beförderungsebene aufgrund der Schieneninfrastruktur. Vielmehr stellt die Netzebene aufgrund der dort in Echtzeit verfügbaren aktuellen Prognosedaten mit Blick auf den Schienenverkehr den Engpass für einen Wettbewerb auf Vertriebsebene dar.

Hinzu tritt die sektorspezifische Besonderheit, dass die Prognosedaten nicht allein von den Betreibern der Eisenbahnanlagen, die auf Netzebene tätig sind, stammen, sondern vielmehr auch von den Eisenbahnverkehrsunternehmen, welche die konkrete Beförderungsleistung unter Nutzung der Schieneninfrastruktur erbringen. Denn die für die Vertriebsebene relevanten Prognosedaten des Schienenpersonenverkehrs umfassen im Wesentlichen aufbereitete Daten, die den weiteren voraussichtlichen Fahrtverlauf von Zügen unter Berücksichtigung bekannter oder erwarteter Einflüsse wie Betriebsstörungen oder Dispositionsentscheidungen vorauszusagen objektiv geeignet sind. Erfasst sind zudem Angaben über die Kapazitätsauslastung der Züge durch vorhergehende Buchungen. Diese Einflüsse auf den weiteren voraussichtlichen Fahrtverlauf können sowohl in der Sphäre der Betreiber der Eisenbahnanlagen angelegt sein (z. B. Gleiswechsel oder infrastrukturbezogene Großstörungsereignisse, sog. schienenspezifische Prognosedaten) als auch in der Sphäre der Eisenbahnverkehrsunternehmen, welche die Beförderungsleistung erbringen (z. B. Informationen über Zugausfälle oder Ersatzfahrten, sog. beförderungsspezifische Prognosedaten). Damit stellen sowohl die Netzebene als auch die Beförderungsebene in der eisenbahnspezifischen Wertschöpfungskette aufgrund der verfügbaren Daten den Engpass für einen Wettbewerb auf Vertriebsebene dar.

III. Konkrete regulatorische Instrumente

1. Konkrete Datenzugangsregulierung

Zur Etablierung eines wirksamen Wettbewerbs auf Vertriebsebene ist die Eisenbahnregulierung also zunächst durch konkrete – eine datenspezifische Engpassregulierung gewährleistende – regulatorische Zugangsverpflichtungen zu ergänzen, die einen Marktzutritt für externe Mobilitätsdienstleister ermöglichen. So stellt der Zugang zu aktuellen Prognosedaten des Schienenpersonenverkehrs (Echtzeitdaten) eine unverzichtbare Komponente für Mobilitätsdienstleister dar. Insbesondere Mobilitätsdienstleister, die intermodale Reiseketten anbieten, betreiben ein Geschäftsmodell, für das die Verfügbarkeit von aktuellen Prognosedaten in Echtzeit von zentraler Bedeutung ist.

Als Anbieter integrierter Mobilitätsdienstleistungen erbringen die Mobilitätsdienstleister gegenüber der Nutzerseite nämlich eine wertschöpfende Dienstleistung, die über eine bloße Vermittlung von Verkehrsangeboten bzw. deren Vertrieb hinausgeht. Dieses Leistungsspektrum der Mobilitätsdienstleister gegenüber der Nutzerseite zeichnet sich dadurch aus, dass der Zugang sowie die Verarbeitung aktueller Prognosedaten als

Eingangs- bzw. „Input“-Faktor einen wesentlichen Bestandteil der integrierten Mobilitätsdienstleistungen darstellen.

- Das Suchen und Vergleichen von Reiseverbindungen sowie der Verkauf von Fahrkarten über Mobilitätsplattformen setzt den Zugang zu aktuellen Echtzeit- und Prognosedaten voraus, die insbesondere für kurzfristige sowie tagesaktuelle Buchungs- und Suchanfragen (etwa von unterwegs) benötigt werden. Erst durch die Einbindung von aktuellen Prognosedaten können es die Mobilitätsplattformen vermeiden, dem Kunden verspätete oder ausfallende Verbindungen anzuzeigen.
- Auch die von Mobilitätsplattformen in Echtzeit gewährleistete Reisebegleitung ist auf aktuelle Prognosedaten angewiesen, da Nutzer über aktuelle Verspätungen, Ausfälle, Änderungen und Umsteigezeiten bei der gebuchten Reise informiert werden müssen, um etwa bei Ausfällen einer Verbindung rechtzeitig eine alternative Route wählen zu können. Dabei handelt es sich auch um wesentliche Faktoren des Reisekomforts und der Kundenzufriedenheit. Insbesondere für Reisende mit eingeschränkter Mobilität sowie Reisende, die Warte- und Umsteigezeiten effizient (etwa zu Einkäufen) nutzen wollen, ist eine auf aktuellen Prognosedaten basierende Echtzeitinformation von wesentlicher Bedeutung.
- In besonderer Weise auf aktuelle Prognosedaten angewiesen ist das durch Mobilitätsplattformen gewährleistete Angebot intermodaler Reiseketten. Denn erst die Information, welche Züge zu welcher Zeit tatsächlich fahren und welche kurzfristigen Änderungen mit Blick auf den Fahrplan bestehen, versetzt Mobilitätsplattformen in die Lage, intermodale Reiseketten zu bilden und zu koordinieren, indem optimale Routen und passende Anschlussverbindungen zwischen unabhängigen Verkehrsanbietern verknüpft und fortlaufend optimiert werden.
- Auch ergänzende Leistungsbestandteile des Angebots integrierter Mobilitätsdienstleistungen können nur durch einen Echtzeitzugriff auf aktuelle Prognosedaten erbracht werden. Hierunter fallen etwa begleitende Leistungen in Form von automatisierten Umbuchungs-, Erstattungs- oder Entschädigungsfunktionen.

Zudem ist der Eisenbahnsektor von Verspätungen und kurzfristigen Ausfällen geprägt, was den zentralen Stellenwert des Echtzeitzugangs zu aktuellen Prognosedaten für die Erbringung integrierter Mobilitätsdienstleistungen besonders verdeutlicht. Denn aufgrund häufiger Verspätungen und kurzfristiger Ausfälle sind Mobilitätsplattformen nicht in der Lage, die integrierten Mobilitätsdienstleistungen allein auf der Grundlage der Soll-Fahrplandaten zu erbringen. Das Angebot nahtloser und optimierter Reiseverbindungen unter wesentlicher Einbeziehung des Schienenpersonenverkehrs ist vielmehr auf eine Echtzeiterfassung der Ist-Fahrplandaten angewiesen, um eine passgenaue Abstimmung sowie einen Vergleich von Zugverbindungen mit Verbindungen auch anderer Verkehrsmittel zu ermöglichen.

Ferner ist der Zugang zu den Daten, welche zur Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs notwendig sind, erforderlich. Hierunter fällt insbesondere der Zugang zu den Tarifen, Sonderkonditionen usw., zu denen die Eisenbahnverkehrsunternehmen ihre Zugkapazitäten in den Markt geben möchten. Ohne diese Daten kann ein unabhängiger Mobilitätsdienstleister nicht in den Markt einsteigen bzw. keine wettbewerblich relevanten Angebote erstellen.

Vor diesem Hintergrund ist der Zugang der Mobilitätsdienstleister zu Echtzeit- und Prognosedaten des Schienenpersonenverkehrs sowie zu den Daten, welche zur Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs notwendig sind, von konstituierender Bedeutung für die Etablierung eines wirksamen Wettbewerbs.

Erst der – kontinuierliche und in Echtzeit gewährte – Zugang zu diesen Daten versetzt Mobilitätsdienstleister in die Lage, innovative Mobilitätsangebote zu entwickeln und ihren Kunden anzubieten. Die Daten haben darüber hinaus einen zentralen Stellenwert, um das Nutzererlebnis zu optimieren und dadurch Kunden zu gewinnen und zu halten.

Der Zugang zu aktuellen Echtzeit- und Prognosedaten sowie zu den Daten, welche zur Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs notwendig sind, stellt damit einen wesentlichen Marktzutritts- und Wettbewerbsfaktor für sämtliche Anbieter integrierter Mobilitätsdienstleistungen dar und fungiert als Engpass für einen wirksamen Wettbewerb auf Vertriebsstufe. Vor diesem Hintergrund ist eine auf diese Daten zugeschnittene Ex-ante-Zugangsregulierung zugunsten der Mobilitätsdienstleister erforderlich. Diese Daten müssen externen Mobilitätsdienstleistern diskriminierungsfrei zur Verfügung stehen. Dabei ist insbesondere eine strukturelle Bevorzugung vertikal integrierter Mobilitätsdienstleister zu verhindern. Die externen Mobilitätsdienstleistern zur Verfügung gestellten Daten dürfen in Qualität, Aktualität und Informationsgehalt nicht hinter Prognosedaten zurückbleiben, die der Adressat des Zugangsanspruchs verbundenen – mithin integrierten – Mobilitätsdienstleistern zur Verfügung stellt.

2. Rechtliche Entflechtung des Vertriebs sowie informatorische und buchhalterische Entflechtung

Neben der Einführung der neuen Datenzugangsregulierung ist es erforderlich, eine flankierende informatorische sowie datenspezifische Entflechtungsregulierung in das Regelungsregime des ERegG zu implementieren, um einen wirksamen Wettbewerb auf Vertriebsstufe nachhaltig und langfristig zu gewährleisten.

Der Datenzugang ist in diesem Zusammenhang auf erster Stufe dazu bestimmt, Mobilitätsdienstleistern, die nicht Teil eines vertikal integrierten Unternehmens sind, einen Zugriff auf die Daten zu gewähren, die eine wesentliche Funktionsbedingung für die Geschäftstätigkeit auf Vertriebsstufe – insbesondere die Erbringung integrierter Mobilitätsdienstleistungen – darstellen. Damit sichert die Datenzugangsregulierung gleiche Bedingungen für den Marktzutritt der Mobilitätsdienstleister auf den Vertriebsmärkten. Die Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs auf Vertriebsstufe erfordert jedoch nicht bloß die Schaffung gleicher Marktzutrittsbedingungen. Vielmehr ist darüber hinaus auf zweiter Stufe sicherzustellen, dass der durch die Datenzugangsregulierung ermöglichte Wettbewerb auf den Vertriebsmärkten nicht durch Daten- und Informationsflüsse im vertikal integrierten Unternehmen verzerrt wird. So können Eisenbahnverkehrsunternehmen, die auf der Beförderungsebene tätig sind, sowie Betreiber von Eisenbahnanlagen, die auf der Netzebene tätig sind, auch neben den vertriebsrelevanten Prognosedaten des Schienenpersonenverkehrs über Informationen verfügen, deren Weitergabe wettbewerbsverzerrende Informationsvorsprünge der integrierten Mobilitätsdienstleister gegenüber den konkurrierenden – externen – Mobilitätsdienstleistern verursachen kann.

In diesem Zusammenhang ist einerseits sicherzustellen, dass wirtschaftlich vorteilhafte Informationen über die eigene Tätigkeit der Eisenbahnverkehrsunternehmen sowie der Betreiber von Eisenbahnanlagen stets diskriminierungsfrei offengelegt werden. Andererseits gilt ein Vertraulichkeitsgebot mit Blick auf wirtschaftlich sensible Informationen, die den Wettbewerb auf der Vertriebsstufe gefährden. Hierunter fallen insbesondere datennutzerbezogene Informationen, die geeignet sind, integrierten Mobilitätsdienstleistern einen Vorteil im Wettbewerb gegenüber konkurrierenden – externen – Mobilitätsdienstleistern zu verschaffen.

Insofern kann mit Blick auf die konzeptionelle Ausgestaltung der informatorischen sowie datenspezifischen Entflechtungsregulierung eine Orientierung an der informatorischen Entflechtung im Energiesektor erfolgen, die durch die Regelung des § 6a EnWG gewährleistet wird. Diese soll ausweislich der Gesetzesmaterialien das Interesse an einem diskriminierungsfreien Netzzugang sowie einem unverfälschten Wettbewerb auf den vor- und nachgelagerten Märkten der Energieversorgung wahren.¹³ Das Vertraulichkeitsgebot mit Blick auf wirtschaftlich sensible Informationen i. S. d. § 6a Abs. 1 S. 1 EnWG soll dabei verhindern, dass Wettbewerber der auf den vor- und nachgelagerten Märkten tätigen Netznutzer Kenntnisse über eben jene Netznutzer erlangen, die ihnen einen unberechtigten Marktvorteil verschaffen könnten. Das Gebot der diskriminierungsfreien Offenlegung von wirtschaftlich vorteilhaften Informationen über die eigenen Tätigkeiten (§ 6 Abs. 2 S. 1 EnWG) soll zudem vermeiden, dass es zu bewusst herbeigeführten Ungleichgewichten im Rahmen des Zugangs zu tätigkeitsbezogenen Informationen kommt, die den Wettbewerb auf den vor- und nachgelagerten Märkten verzerren.¹⁴

Ein solches – durch eine informatorische sowie datenspezifische Entflechtungsregulierung zu wählendes – Interesse besteht auch im Eisenbahnsektor mit Blick auf die Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Datenzugangs sowie eines unverfälschten Wettbewerbs auf den Vertriebsmärkten. An dieser Stelle zeigt sich jedoch erneut der konzeptionelle Unterschied des Eisenbahnsektors zur Energiewirtschaft. Während in der Energiewirtschaft allein die Netzebene als Engpass für den Wettbewerb auf Erzeugungs- und Vertriebs-/Versorgungsebene fungiert, liegt der Engpass für den Wettbewerb auf Vertriebssebene im Eisenbahnsektor aufgrund der Eigenschaft der aktuellen Prognosedaten des Schienenpersonenverkehrs als Funktionsbedingung für die Geschäftsmodellierung der Mobilitätsdienstleister sowohl auf der Netz- als auch auf der Beförderungsebene.

Mobilitätsdienstleister sind damit einerseits im Rahmen des Marktzutritts auf Informationen und Daten angewiesen, die sowohl von der Netzebene als auch von der Beförderungsebene stammen. Andererseits können jedoch auch über die Zurverfügungstellung der Prognosedaten hinausgehende Daten- und Informationsflüsse beider Ebenen den Wettbewerb auf der Vertriebssebene verzerren. Spiegelbildlich zur Datenzugangsregulierung, die sowohl die Netz- als auch die Beförderungsebene adressiert, ist folglich auch die informatorische sowie datenspezifische Entflechtungsregulierung auf beide Ebenen zu erstrecken. Beide Ebenen verfügen nämlich über wirtschaftlich sensible Informationen und Daten, deren Vertraulichkeit zu wahren ist, sowie über wirtschaftlich vorteilhafte Informationen und Daten, deren Offenlegung diskriminierungsfrei auszugestalten ist.

Vor diesem Hintergrund ist es nicht ausreichend, die Netzebene durch eine Entflechtungsregulierung aus dem vertikal integrierten Unternehmen herauszulösen, so wie dies aktuell durch die §§ 8 ff. ERegG erfolgt. Vielmehr ist darüber hinaus eine Unabhängigkeit der Vertriebssebene von der Netzebene sowie der Beförderungsebene zu gewährleisten, die wettbewerbliche Rahmenbedingungen auf den Vertriebsmärkten sichert. Vor diesem Hintergrund sind folgende entflechtungsregulatorische Instrumente erforderlich:

- Rechtliche Entflechtung der Vertriebsunternehmen, die eine Unabhängigkeit von Eisenbahnverkehrsunternehmen, Betreibern von Eisenbahnanlagen sowie in vertikal integrierten Unternehmen von anderen Bereichen innerhalb des Unternehmens sichert: Die rechtliche Entflechtung ist dabei notwendige Komponente einer Entflechtungsregulierung, damit insbesondere informatorische bzw. datenspezifische Entflechtungsvorgaben sinnvoll zur Anwendung kommen

können. Denn ohne eine rechtliche Trennung der Unternehmenssegmente ließe sich nicht klar bestimmen, wer Adressat der Entflechtungsvorgaben ist. Zudem droht eine Umgehung der Entflechtungsvorgaben durch unternehmensinterne Umstrukturierungen (z. B. intransparente Gründung von Querschnittsabteilungen), sofern der Mobilitätsdienstleister, dessen Unabhängigkeit zu gewährleisten ist, rechtlich im vertikal integrierten Unternehmen verbleibt.

- Informatorisch-datenspezifische Entflechtung der Vertriebsunternehmen, die darauf abzielt, Informations- und Datenflüsse zwischen Netz- und Beförderungsebene sowie der Vertriebssebene zu verhindern, die den Wettbewerb auf Vertriebssebene gefährden: Hierunter fällt das Gebot der Vertraulichkeit wirtschaftlich sensibler Informationen (datennutzerspezifische Informationen). Hinzu tritt das Gebot der diskriminierungsfreien Offenlegung wirtschaftlich vorteilhafter Informationen (tätigkeitsbezogene Informationen).

Darüber hinaus ist eine Erstreckung der in § 7 ERegG enthaltenen buchhalterischen Entflechtung auf den Vertriebssektor erforderlich, um wettbewerbsverzerrende Quersubventionierungen sowie Diskriminierungen zu vermeiden. Mit Blick auf die Einnahmen der Betreiber von Eisenbahnanlagen sind Finanzflüsse zu Vertriebsunternehmen zwar bereits durch die Anordnung der finanziellen Transparenz gemäß § 8d Abs. 1 ERegG unterbunden. Insgesamt gilt es jedoch sicherzustellen, dass weder von der Beförderungsebene noch von der Netzebene finanzielle Mittel auf die Vertriebssebene gelangen, die geeignet sind, integrierten Mobilitätsdienstleistern Marktvorteile zu verschaffen.

3. Regulierung der Vertriebsprovision sowie Vermeidung von Preis-Kosten-Scheren

Neben der Einführung einer Entflechtungsregulierung ist es zur nachhaltigen und langfristigen Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs auf den Vertriebsmärkten erforderlich, regulatorische Vorgaben zur Gewährung einer Vertriebsprovision sowie zur Vermeidung von Preis-Kosten-Scheren in das Regelungsregime des ERegG zu implementieren.

Zunächst bedarf es der Einführung eines regulatorisch abgesicherten Anspruchs auf Gewährung einer angemessenen und diskriminierungsfreien Vertriebsprovision. Ein solcher regulatorisch abgesicherter Anspruch ist von zentraler Bedeutung, um die Wettbewerbsfähigkeit externer Mobilitätsdienstleister im Verhältnis zu integrierten Mobilitätsdienstleistern, die mit dem Eisenbahnverkehrsunternehmen verbunden sind, zu ermöglichen.

So ist das Geschäftsmodell der Mobilitätsdienstleister auf den Vertriebsmärkten stark von den Provisionen abhängig, die eine zentrale Erlösquelle bilden und damit zur Kostendeckung und Erzielung einer angemessenen Gewinnmarge von maßgeblicher Bedeutung sind. Dabei sind die gewährten Provisionen regelmäßig abhängig vom erfolgreichen Vertrieb einer Fahrkarte, so dass die zentrale Erlösquelle durch eine hohe Variabilität geprägt ist.

Auf der anderen Seite sind die Kosten für digitale Mobilitätsplattformen durch hohe Anfangsinvestitionen und einen hohen Fixkostenanteil im laufenden Betrieb geprägt. Hohe Anfangsinvestitionen entstehen zunächst im Zusammenhang mit dem Aufbau der Plattform, der Programmierung von Algorithmen sowie der Einbindung der Verkehrsangebote. Fixkosten im laufenden Betrieb setzen sich insbesondere aus

¹³ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 15/3917, 46, 55.

¹⁴ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 15/3917, 46, 55.

Personalkosten, Kosten zur Sicherstellung des Betriebs der Online-Portale und Apps oder Werbekosten zusammen. Mobilitätsplattformen haben im Zusammenhang mit ihrem Angebot integrierter Mobilitätsplattformen zwar nur einige wenige variable Kosten zu tragen. Dazu gehören beispielsweise Abwicklungskosten bei Buchungen, Bearbeitungsgebühren für Debit- und Kreditkarten, soweit eine Plattform auch die Zahlungsabwicklung übernimmt, oder auch Stornierungs- und Erstattungskosten. Daneben entstehen jedoch deutlich höhere Gemeinkosten, die sich insbesondere aus Vermarktungskosten, Systemkosten, Entwicklungskosten für Innovationen und Personalkosten sowie weiteren Gemeinkosten (etwa im Zusammenhang mit Bürogebäuden oder der Kundenbetreuung und -information, die oftmals durch eigene Kundendienstzentren durchgeführt wird) zusammensetzen, wobei unter Systemkosten diejenigen Kosten zu verstehen sind, die im Zusammenhang mit der technischen Bereitstellung des Dienstes stehen.

Vor diesem Hintergrund sind die Einnahmen, die Mobilitätsdienstleister durch Vertriebsprovisionen erzielen, von wesentlicher Bedeutung für die Rentabilität des gesamten Geschäftsmodells. Dabei ist nicht bloß zu gewährleisten, dass die Mobilitätsdienstleister eine Vertriebsprovision erhalten („Ob“). Vielmehr ist darüber hinaus sicherzustellen, dass die gewährten Vertriebsprovisionen der Höhe nach auch angemessen und diskriminierungsfrei ausgestaltet sind („Wie“). Erforderlich ist demnach eine Auskömmlichkeit der Vertriebsprovisionen zur Deckung der Kosten digitaler Mobilitätsplattformen – insbesondere der hohen Fix- und Gemeinkostenanteile – sowie zur Erzielung einer angemessenen Gewinnmarge. Ohne auskömmliche Vertriebsprovisionen könnte es den Mobilitätsdienstleistern hingegen nicht gelingen, mittel- und langfristig rentabel zu sein, so dass Marktaustritte die Folge wären. Eine auskömmliche Vertriebsprovision bildet damit die wirtschaftliche Grundlage für die Wettbewerbsfähigkeit von Mobilitätsdienstleistern und ist von konstituierender Bedeutung für den wirksamen Wettbewerb auf den Vertriebsmärkten.

Eine regulatorische Absicherung der angemessenen und diskriminierungsfreien Vertriebsprovision ist in diesem Zusammenhang erforderlich, da der Eisenbahnsektor von vertikalen Integrationen und Marktchiasmymmetrien geprägt ist. Vor diesem Hintergrund können vertikal integrierte Unternehmen durch die Gewährung zu niedriger – mithin unauskömmlicher – Vertriebsprovisionen externe Mobilitätsdienstleister in wirtschaftliche Verlustzonen treiben. Dieses Diskriminierungspotential wird durch eine regulatorische Absicherung der angemessenen und diskriminierungsfreien Vertriebsprovision entschärft.

Zur Sicherstellung der Rentabilität der Geschäftsmodelle von Mobilitätsdienstleistern auf den Vertriebsmärkten bedarf es zudem eines flankierenden Gebotes, Preis-Kosten-Scheren zu vermeiden. Preis-Kosten-Scheren stellen aus ökonomischer Perspektive einen Spezialfall eines klassischen Marktchiasmmissbrauchs in Form einer Verdrängungspreistaktik dar. Konkret handelt es sich bei Preis-Kosten-Scheren um Strategien, bei denen ein vertikal integriertes Unternehmen gegenüber seinen nicht vertikal integrierten Wettbewerbern Vorleistungen erbringt und dabei zwischen dem Preis für die Vorleistung und dem eigenen Endkundenpreis eine so geringe Spanne belässt, dass es Wettbewerbern nicht möglich ist, hinreichende Deckungsbeiträge zu erwirtschaften, um langfristig am Markt bestehen zu können.

Um eine Wettbewerbsfähigkeit externer Mobilitätsdienstleister zu gewährleisten, dürfen Mobilitätsdienstleister, die Teil eines vertikal integrierten Unternehmens sind, also die Beförderungsleistungen nicht selbst zu Preisen vertreiben, die niedriger sind als die Preise, die externe Mobilitätsdienstleister – unter

Berücksichtigung der gewährten Provisionen – in Rechnung stellen müssen, um ihre Kosten zu decken und eine angemessene Gewinnmarge zu erzielen. Während der regulatorisch abgesicherte Anspruch auf Gewährung einer angemessenen und diskriminierungsfreien Vertriebsprovision also zur Sicherstellung der Wettbewerbsfähigkeit externer Mobilitätsdienstleister an der Einnahmequelle ansetzt, gewährleistet die flankierende Regelung zu Preis-Kosten-Scheren eine Rentabilität der Geschäftsmodelle auf Vertriebsebene durch eine Verhinderung von Verdrängungspreistaktiken integrierter Mobilitätsdienstleister.

Mit Blick auf die konzeptionelle Ausgestaltung kann eine Orientierung an den bestehenden Regelungen zu Preis-Kosten-Scheren im Telekommunikations- (§ 37 Abs. 2 Nr. 3 TKG) und Postsektor (§ 20 Abs. 4 PostG) erfolgen. Hier gewährleisten die Regelungen zu Preis-Kosten-Scheren eine Auskömmlichkeit der erzielbaren Marge, indem die Spanne zwischen Vorleistungsentgelten, die marktmächtige Unternehmen in Rechnung stellen, und Endkundenentgelten, die marktmächtige Unternehmen auf Vertriebsebene bilden, ausreichen muss, damit das die Vorleistungen nutzende Unternehmen im Rahmen der Erbringung der Endkundenleistung seine Kosten decken und einen angemessenen Gewinn erzielen kann.

Im Eisenbahnsektor geht es zwar nicht um infrastrukturbezogene Vorleistungen, so wie im Post- und Telekommunikationssektor. Gleichwohl müssen die Mobilitätsdienstleister, die auf den Vertriebsmärkten integrierte Mobilitätsdienstleistungen erbringen, die Fahrberechtigungen, die in der Fahrkarte verbrieft sind, auf der vorgelagerten Ebene bei den Eisenbahnverkehrsunternehmen erwerben. Damit liegt eine kostenverursachende Vorleistung vor, die einen Anknüpfungspunkt bildet, um ein regulatorisches Gebot zur Vermeidung von Preis-Kosten-Scheren einzuführen. Insofern ist die Gefahr der Verdrängungspreistaktiken, die den Anlass für eine Regulierung von Preis-Kosten-Scheren darstellt, im Eisenbahnsektor ebenso vorhanden wie im Post- und Telekommunikationssektor, die bereits mit Regelungen zur Vermeidung von Preis-Kosten-Scheren ausgestattet wurden.

Darüber hinaus gründet die Anerkennung der Preis-Kosten-Schere als Fallgruppe des gemäß Art. 102 AEUV verbotenen Marktchiasmmissbrauchs gerade auf der ständigen Rechtsprechung des EuGH zur gesteigerten Verantwortung marktbeherrschender Unternehmen für den bestehenden Restwettbewerb.¹⁵ Danach trifft Unternehmen in marktbeherrschender Stellung eine gesteigerte Verantwortung für den bestehenden Restwettbewerb, damit nicht schwächere Marktteilnehmer leistungswettbewerbsfremd vom Markt verschwinden. Das Gebot, Preis-Kosten-Scheren zu vermeiden, hat folglich sektorübergreifende Geltung¹⁶ und ist zur Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs auf den Vertriebsmärkten auch im Eisenbahnsektor regulatorisch umzusetzen.

IV. Novellierungsauftrag

Insgesamt ist klar ersichtlich, dass ein Regulierungsbedürfnis hinsichtlich spezifischer gesetzlicher Vorgaben zur Förderung eines wirksamen Wettbewerbs im Vertrieb internetbasierter Mobilitätsdienstleistungen im Eisenbahnsektor besteht. In diesem Zusammenhang ist es erforderlich, das Regelungsregime

¹⁵ EuGH, ECLI:EU:C:2010:603, Rn. 177 (Urt. v. 14.10.2010 – Rs. C-280/08) – *Deutsche Telekom/Kommission*; N&R 2012, 185, 186 = ECLI:EU:C:2012:172, Rn. 23 (Urt. v. 27.3.2012 – Rs. C-209/10) – *Post Danmark I*; ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 32 (Urt. v. 17.2.2011 – Rs. C-52/09) – *Telia Sonera*; ECLI:EU:C:2014:2062, Rn. 146 ff. (Urt. v. 10.7.2014 – Rs. C-295/12 P) – *Telefonica*; ECLI:EU:C:2015:651, Rn. 59, 62 (Urt. v. 6.10.2015 – Rs. C-23/14) – *Post Danmark II*.

¹⁶ *Brach/Haucap/Koenig*, N&R 2021, 230.

des ERegG um folgende regulatorische Komponenten zu ergänzen:

- Ex-ante-Datenzugangsregulierung,
- rechtliche, informatorische und buchhalterische Entflechtung der Vertriebsebene,
- rechtlich abgesicherter Anspruch auf auskömmliche Vertriebsprovisionen,
- Verbot von Preis-Kosten-Scheren.

Erst die Implementierung jener Komponenten in das ERegG wird einem wirksamen Wettbewerb auf Vertriebsebene auch im Eisenbahnsektor den Weg ebnen. Letztlich trägt der Gesetzgeber nun die Verantwortung, seinem – durch das klare Regulierungsbedürfnis vorgezeichneten – regulatorischen Novellierungsauftrag nachzukommen, um künftig ein wettbewerblich geprägtes Vertriebsumfeld im Eisenbahnsektor zu schaffen.

Dr. Claus Leitzke*

Vorrang bestimmter Güterverkehre in Krisenzeiten

Die Frage, ob aufgrund von Krisenlagen ein besonderes Bedürfnis entstehen kann, dass Güter für die Bevölkerung oder militärisches Material mit besonderer Priorität befördert werden müssen, hat in der Bundesrepublik Deutschland jahrzehntelang ein Schattendasein geführt. Es gibt und gab zwar schon lange bestimmte gesetzliche Vorschriften für derartige Situationen. Glücklicherweise mussten diese sich aber bisher so gut wie nie in der Praxis bewähren. Nun zwingen der Krieg in der Ukraine und alle damit zusammenhängenden Versorgungsängste dazu, den Fokus auf derartige Vorschriften zu richten. Zudem hat sich auch der Gesetzgeber bereits mehrmals aufgefordert gefühlt, neue Regelungen zu schaffen. Nachfolgende Abhandlung versucht, einen Überblick über den Bestand an Regelungen einschließlich der neu geschaffenen Vorschriften zu geben und das Verhältnis der Akteure untereinander (Infrastrukturunternehmen, Eisenbahnverkehrsunternehmen und deren Kunden) näher zu beleuchten.

I. Einleitung

Der Ukraine-Krieg hat gezeigt, dass es im Hinblick auf bestimmte krisenbedingte Transportbedürfnisse offenbar eine Notwendigkeit gibt, staatlich in die Priorisierung von Verkehren im Eisenbahnsektor einwirken zu können. Das betrifft – zum derzeitigen Stand – vor allem die Transporte von fossilen Energieträgern, insbesondere Kohle, und von Großtransformatoren. Hierfür wurden mit aktuellen Anpassungen des EnSigG¹ und mit der EnSiTrV² neue Vorschriften geschaffen. Aber auch in bestimmten anderen Bereichen gibt es Sonderregelungen zum eisenbahnregulierungsrechtlichen Standardprozess. Diese betreffen Militärtransporte und die Versorgung der Bevölkerung mit anderen lebenswichtigen Gütern.

Es steht daher an, die jeweiligen rechtlichen Sondervorschriften zum eisenbahnregulierungsrechtlichen Standardregime zu betrachten. Hierbei soll zunächst in gebotener Kürze anhand des allgemeinen Regulierungsregimes festgestellt werden, ob und inwieweit nicht bereits daraus Sonderprivilegien für bestimmte Güterverkehre ableitbar sind. Sodann werden die Sondervorschriften für Energieträgertransporte, Militärtransporte und sonstige Güterverkehre in Notsituationen betrachtet. Hierbei soll jeweils berücksichtigt werden, ob, unter welchen Voraussetzungen und inwieweit bestimmte Güterverkehre Vorrang vor anderen Eisenbahnverkehren genießen. Dabei soll auch betrachtet werden, was dies für die übrigen Nutzer der Eisenbahninfrastruktur jeweils für Auswirkungen hat, namentlich ob es Ersatzmöglichkeiten für ausgefallene oder verspätete Zugfahrten gibt.

II. Allgemeines regulierungsrechtliches Regime

1. Leistungspflichten der Eisenbahnen

Es verdient vor dem Hintergrund der zunehmenden staatlichen Einflussnahmen Erwähnung, dass der Betrieb von Eisenbahnen in der EU in Händen unabhängiger Unternehmen bzw. entsprechend unabhängiger „Stellen“ zu liegen hat. Nach Art. 4 Abs. 1 der Eisenbahnrichtlinie 2012/34/EU³ stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass Eisenbahnunternehmen, die direkt oder indirekt Eigentum von Mitgliedstaaten sind oder von ihnen kontrolliert werden, in Bezug auf die Geschäftsführung, die Verwaltung und die interne Kontrolle der Verwaltungs-, Wirtschafts- und Rechnungsführungsfragen eine unabhängige Stellung haben, aufgrund derer sie insbesondere über ein Vermögen, einen Haushaltsplan und eine Rechnungsführung verfügen, die von Vermögen, Haushaltsplan und Rechnungsführung des Staates getrennt sind. Dabei meint der Begriff „Eisenbahnunternehmen“ die Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU). Demgegenüber sind Infrastrukturbetreiber nach Art. 4 Abs. 2 der Eisenbahnrichtlinie 2012/34/EU unter Beachtung der Rahmenbedingungen betreffend die Entgelterhebung und die Kapazitätszuweisung und der von den Mitgliedstaaten festgelegten Einzelvorschriften lediglich für ihre eigene Geschäftsführung, Verwaltung und interne Kontrolle verantwortlich. In Deutschland werden die Eisenbahnen des Bundes einschließlich des Infrastrukturunternehmens als Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form geführt (Art. 87e Abs. 3 S. 1 GG). Aufgrund der Führung als Wirtschaftsunternehmen genießen die Eisenbahnen des Bundes gewisse Freiheiten. Sie haben insbesondere das Recht, Verkehre auch abzulehnen. Ganz deutlich kommt dies in Art. 5 der Eisenbahnrichtlinie 2012/34/EU mit Blick auf die Eisenbahnverkehrsunternehmen zum Ausdruck:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Eisenbahnunternehmen ihre Tätigkeit dem Markt anpassen und

* Der Autor ist Rechtsanwalt und Syndikusrechtsanwalt in der Rechtsabteilung der Deutschen Bahn (DB) AG, Abteilung „Kartellrechtliche Verfahren und Regulierungsrecht“ (HLC 1). Die in diesem Aufsatz, der auf einen Online-Vortrag am 7.11.2022 an der Forschungsstelle für Verkehrsmarktrecht zurückgeht, vertretenen Auffassungen sind die des Autors; sie sind nicht notwendigerweise mit denen der DB AG identisch.

1 Energiesicherungsgesetz v. 20.12.1974, BGBl. 1974 I, 3681; zuletzt geändert durch Art. 7 des Gesetzes v. 20.12.2022, BGBl. 2022 I, 2560.
2 Energiesicherungstransportverordnung v. 26.8.2022, BAnz AT 29.08.2022 V1; zuletzt geändert durch Art. 1 der Verordnung v. 24.10.2022, BAnz AT 26.10.2022 V1.
3 Richtlinie 2012/34/EU zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums v. 21.11.2021, ABl EU 2021 L 343, 32; geändert durch Richtlinie (EU) 2016/2370 v. 14.12.2016 und durch Beschl. (EU) 2017/2075 v. 4.9.2017.