

## Wettbewerbsfähige multimodale digitale Mobilitätsdienste durch europäische Regulierung!

Prof. Dr. Christian Koenig und Carlos Deniz Cesarano, Bonn\*

Multimodale digitale Mobilitätsdienste („multimodal digital mobility services“ – MDMS) erhöhen die Attraktivität des öffentlichen Mobilitätssektors und tragen zu einem nachhaltigen, bedarfsorientierten und klimafreundlichen Personenverkehr bei. Allerdings fehlt es derzeit an einem geeigneten Rechtsrahmen, um MDMS zu entwickeln und ein umfassendes Angebot in der gesamten EU bereitzustellen. Der Mobilitätssektor ist durch Marktmachtasymmetrien und vertikale Integration geprägt, die die Einführung von MDMS behindern. Diese Hindernisse müssen durch einen klaren europäischen Rechtsrahmen überwunden werden, der angemessene Regulierungsinstrumente bereitstellt, um faire Rahmenbedingungen zu schaffen, die einen wirksamen Wettbewerb auf den Vertriebsmärkten ermöglichen. Bei der Ausgestaltung dieses Rechtsrahmens im Zuge der MDMS-Initiative der Europäischen Kommission können bestehende Rechtsvorschriften aus anderen regulierten Sektoren als Vorbild dienen. Dabei sollte der europäische Rechtsrahmen die wesentlichen Bestimmungen und Mechanismen generell formulieren und festlegen, während den Mitgliedstaaten ein Umsetzungsspielraum für den Erlass spezifischer – an ihre nationalen Marktgegebenheiten angepasster – Regeln verbleibt.

### I. Europäisches Regulierungsbedürfnis

Im Zuge der fortschreitenden Digitalisierung werden neuartige Mobilitätsangebote entwickelt, die sich ausschließlich auf die Vertriebsstufe konzentrieren („Mobility as a Service“)<sup>1</sup>. Im Fokus stehen dabei insbesondere multimodale digitale Mobilitätsdienste (MDMS), die es den Nutzern ermöglichen sollen, Tickets verschiedener Verkehrsanbieter und Verkehrsträger in einem einheitlichen digitalen Buchungsprozess zu kombinieren.

IRd MDMS-Initiative<sup>2</sup> definiert die Europäische Kommission MDMS als „Systeme, die Informationen unter anderem über den Standort von Verkehrsmitteln, Fahrpläne, Verfügbarkeit und Tarife von mehr als einem Verkehrsanbieter bereitstellen, mit oder ohne die Möglichkeit, Reservierungen vorzunehmen, Zahlungen vorzunehmen oder Fahrscheine auszustellen“<sup>3</sup> (zB Routenplaner, Online-Ticketverkäufer, Ticketvermittler). Sie helfen sowohl Fahrgästen als auch anderen Vermittlern, verschiedene Reiseoptionen und Preise zu vergleichen, und können den Verkauf von Mobilitätsprodukten verschiedener Betreiber innerhalb eines oder mehrerer Verkehrsmittel erleichtern. Indem sie den Zugang zu Informationen, die Buchung und die Bezahlung von Mobilitätsdienstleistungen erleichtern, verbessern MDMS die

ökologische Nachhaltigkeit, die Effizienz und den Komfort des Mobilitätssektors.

Anbieter von MDMS konzentrieren sich nicht auf den Vertrieb eines einzelnen Verkehrsmittels, sondern integrieren mehrere Verkehrsmittel und Verkehrsanbieter (etwa Eisenbahnunternehmen, Fluggesellschaften, Fernbusanbieter und städtische und regionale Verkehrsmittel) in eine einzige Mobilitäts-App oder ein Online-Portal. So lassen sich beispielsweise aufeinanderfolgende Fahrkarten für den Schienenpersonenverkehr mit Flugtickets, Fernbus tickets, Mietfahrzeugen einschließlich „Carsharing“ oder Leihfahrrädern kombinieren. Dies erleichtert den Zugang zu mehreren Reiseoptionen und erhöht die Gesamtattraktivität des Mobilitätssektors. MDMS gehen über den reinen Vertrieb von Einzeltickets hinaus und bilden somit eine neue Form von Mobilitätsdienstleistungen. Dabei stellt unter anderem die Generierung effizienter Beförderungsketten über internetbasierte Mobilitätsplattformen eine spezifische – allein auf der Vertriebsstufe angesiedelte – Mobilitätsdienstleistung dar, deren eigenständige Wertschöpfungsqualität bereits in der erheblichen Erleichterung des Informations-, Erwerbs-, Koordinations- und Organisationsvorganges unabhängig davon besteht, welche konkrete Art von Beförderungsdienstleistung vertrieben wird.

Darüber hinaus spielen MDMS eine zentrale Rolle in der verkehrspolitischen Umsetzung des Europäischen Grünen Deals.<sup>4</sup> Das Ziel besteht darin, die verkehrsbedingten Emissionen bis 2050 um 90 % zu reduzieren. Dabei soll vor allem der Schienenverkehr perspektivisch als Substitut für den Straßen- und Luftverkehr dienen. MDMS können dazu beitragen, die negativen Umwelteffekte des Verkehrs (insbesondere Luftverschmutzung und CO<sub>2</sub>-Emissionen) durch eine effizientere Nutzung der Verkehrsinfrastruktur, reibungslosere Verkehrsflüsse, die Ermöglichung der Multimodalität (die die Nutzung effizienterer und umweltfreundlicherer Verkehrsträger erleichtert) und eine bewussteren Verkehrsmittelwahl zu verringern. Die Gewährleistung einer nahtlosen Verknüpfung von Zugverbindungen erleichtert es beispielsweise den Eisenbahnunternehmen und Fahrkartenverkäufern, Zugverbindungen anzubieten, und macht es für

\* Prof. Dr. Christian Koenig ist Direktor und Carlos Deniz Cesarano ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn. Prof. Dr. Christian Koenig ist zugleich Herausgeber der InfrastrukturRecht.

1 Zum Novellierungsbedarf in der deutschen Eisenbahnregulierung vgl. Koenig/Cesarano, N&R 1/2023, 42.

2 Abrufbar unter: [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13133-Multimodal-digital-mobility-services\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13133-Multimodal-digital-mobility-services_en).

3 Europäische Kommission, Folgenabschätzung in der Anfangsphase v. 5.10.2021 – Ares(2021)6062336, S. 1; freie Übersetzung der Verfasser, die englischsprachige Definition lautet: „systems providing information about, inter alia, the location of transport facilities, schedules, availability and fares, of more than one transport provider, with or without facilities to make reservations, payments or issue tickets“.

4 Europäische Kommission, Mitteilung v. 11.12.2019, Der europäische grüne Deal – COM(2019) 640 final, S. 12.



die Fahrgäste attraktiver, die Bahn als Alternative zu weniger nachhaltigen Reisemöglichkeiten zu wählen. Die fortschreitende Digitalisierung sowie das Angebot von MDMS auf der Vertriebssebene tragen somit zu einem innovativen Mobilitätssektor mit bedarfsgerechten und klimafreundlicheren Verkehrsangeboten bei.

Derzeit fehlt es an einem angemessenen und harmonisierten Rechtsrahmen, um MDMS zu entwickeln und eine umfassende Palette von Angeboten in der gesamten EU bereitzustellen. Zwar werden vielerorts vereinzelt „Mobility-as-a-Service“-Anwendungen entwickelt, der rechtliche Rahmen variiert jedoch von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat. Insbesondere im Fernverkehr gibt es nur wenige MDMS, die den Fahrgästen umfassende multimodale und anbieterübergreifende Optionen bieten. Aktuell bestehen noch zahlreiche Hindernisse für eine umfassende Einführung und Bereitstellung von MDMS, wie zB die erschwerte Zusammenarbeit zwischen Mobilitätsanbietern und MDMS, der fehlende Zugang zu Daten sowie komplexe und langwierige Verhandlungen über Lizenzen und Vertriebsvereinbarungen.<sup>5</sup> In vielen Fällen sind diese Vertriebsvereinbarungen zwischen (öffentlichen und privaten) Verkehrsanbietern und Mobilitätsdienstleistern unausgeglichen, was auf die überragende Marktmacht sowie die vertikale Integration der etablierten Verkehrsanbieter („Incumbents“) zurückzuführen ist. Infolgedessen werden die gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und ökologischen Vorteile einer gesteigerten Multimodalität und der Nutzung der nachhaltigsten Verkehrsträger nicht voll ausgeschöpft.

Eines der Hauptrisiken besteht darin, dass die vertikal integrierten MDMS-Anbieter wettbewerbswidrige Praktiken anwenden, die die ordnungsgemäße Einführung von MDMS im Wettbewerb einschränken.<sup>6</sup> In einigen Fällen binden die vertikal integrierten MDMS-Anbieter die Angebote anderer Verkehrsanbieter nicht ein, was zu verminderter Transparenz, fehlender Vergleichbarkeit und eingeschränkten Wahlmöglichkeiten für die Nutzer führt. Dieses Verhalten kann insbesondere dann auftreten, wenn ein MDMS-Anbieter gleichzeitig ein Verkehrsanbieter ist, der mit anderen Verkehrsanbietern konkurriert (zB große etablierte Eisenbahnunternehmen). In anderen Fällen schränken vertikal integrierte

Verkehrsanbieter im Rahmen von Geschäftsvereinbarungen die Wettbewerbsfähigkeit von MDMS-Anbietern ein, indem sie den Zugang zu relevanten Daten beschränken und sich weigern, eine faire, angemessene und diskriminierungsfreie Vertriebsprovision zu zahlen.

Die ordnungsgemäße Bereitstellung von MDMS erfordert daher ein vertriebsbezogenes Regulierungsregime, da viele Verkehrssektoren (insbesondere der Eisenbahnssektor) immer noch durch vertikale Integration und Marktmachtasymmetrien geprägt sind. Die mangelnde Kooperationsbereitschaft der „Incumbents“ hindert insbesondere externe Mobilitätsdienstleister am Markteintritt.

Darüber hinaus besteht auch aus der Perspektive alternativer Verkehrsanbieter, die mit den etablierten Unternehmen auf der Transportebene konkurrieren, ein Bedürfnis nach einem Regulierungsregime, das die Bereitstellung und Entwicklung von MDMS ermöglicht. So stellen MDMS einen wirkungsvollen Kanal dar, um die Reichweite und die Nachfrage nach Transportdiensten zu steigern, insbesondere für viel kleinere und weniger populäre Verkehrsanbieter. Werden die Reisenden jedoch zu den Vertriebskanälen der etablierten Unternehmen gelenkt, erreichen alternative Verkehrsanbieter nur wenige potenzielle Kunden für ihre Verkehrsdienste und die Marktmacht der etablierten Unternehmen wird sich noch weiter festigen. Vor diesem Hintergrund ist ein vertriebsbezogenes MDMS-Regulierungsregime sowohl eine zentrale Funktionsbedingung für den Wettbewerb auf der Vertriebssebene als auch ein Katalysator für den Wettbewerb auf der Transportebene, da Verkehrsanbieter, die mit den etablierten Unternehmen konkurrieren, ihre Reichweite erhöhen und neue Kunden durch neuartige Mobilitätsplattformen gewinnen können. Eine effektive MDMS-Regulierung ist somit von großer Bedeutung für die wettbewerbliche Prägung des gesamten Verkehrssektors.<sup>7</sup>

## II. Erste Ansätze der Mitgliedstaaten

Einige Mitgliedstaaten haben bereits erste rechtliche Schritte unternommen, um die bestehenden Hindernisse zu überwinden. So ist beispielsweise beim Bundeskartellamt ein Missbrauchsverfahren gegen die Deutsche Bahn wegen möglicher Behinderung von Mobilitätsplattformen im Wettbewerb (Verstoß gegen §§ 19, 20 GWB und Art. 102 AEUV) anhängig.<sup>8</sup>

Andere Mitgliedstaaten haben sogar bereits gesetzliche Bestimmungen erlassen, die den Marktzugang für MDMS eröffnen sollen. In Frankreich hat etwa das 2019 verabschiedete „Loi d'Orientation des Mobilités“ (Gesetz zur Ausrichtung der Mobilität – LOM) die Fahrkartenverkaufskanäle der öffentlichen Verkehrssysteme geöffnet, um multimodale digitale Dienste zu unterstützen (Art. 28 LOM).<sup>9</sup> In diesem Zusammenhang wurden mit dem Dekret Nr. 2021-1595, das am 7.12.2021 veröffentlicht wurde, wesentliche Änderungen am „Code des transports“ (Verkehrsgesetz) vorgenommen, um die Einführung von MDMS zu ermöglichen.<sup>10</sup> Dazu gehören insbesondere Bestimmungen über die Verarbeitung und

5 Europäische Kommission, Folgenabschätzung in der Anfangsphase v. 5.10.2021 – Ares(2021)6062336, S. 2.

6 Europäische Kommission, Folgenabschätzung in der Anfangsphase v. 5.10.2021 – Ares(2021)6062336, S. 3.

7 So auch mit Blick auf die deutsche Eisenbahnregulierung Koenig/Cesarano, N&R 1/2023, S. 42, 43.

8 Abrufbar unter: [https://www.bundeskartellamt.de/Shared-Docs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2022/20\\_04\\_2022\\_Bahn.html](https://www.bundeskartellamt.de/Shared-Docs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2022/20_04_2022_Bahn.html); hierzu auch Koenig/Cesarano, N&R 1/2023, S. 42, 43.

9 Abrufbar unter: <https://www.ecologie.gouv.fr/loi-dorientation-des-mobilites#:~:text=La%20loi%20d'orientation%20des%20mobilit%C3%A9s%20a%20%C3%A9t%C3%A9%20publi%C3%A9e%20au,moins%20co%C3%BBteux%20et%20plus%20propres.>

10 Abrufbar unter: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORF-TEXT000044454451>.



den Austausch von Daten zwischen MDMS und Verkehrsanbietern.

In Finnland wurden mit dem „Transport Services Act“ (Gesetz über Verkehrsdienste) ebenfalls die Vertriebsmärkte im öffentlichen Verkehr geöffnet.<sup>11</sup> Zentrales Ziel ist die Bereitstellung kundenorientierter Mobilitätsdienstleistungen. So sollen die Digitalisierung im Verkehr, neue Verkehrsdienstleistungen und Reiseketten gefördert werden. Um die Hindernisse für MDMS zu überwinden, wurden im Gesetz unter anderem die Verpflichtung zur Bereitstellung wesentlicher Daten sowie die Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs zu Ticket- und Zahlungsschnittstellen eingeführt.

Die Ansätze in den Mitgliedstaaten stellen zwar erste Schritte auf dem Weg in die Mobilität der Zukunft dar und zeigen eine verstärkte Ausrichtung des Verkehrssektors auf eine umfassende Multimodalität. Gleichwohl ist ein europäischer Rechtsrahmen mit harmonisierten Grundregeln für die effektive Entwicklung und Bereitstellung von MDMS unerlässlich. Insbesondere eine zusammenhängende multimodale grenzüberschreitende Mobilität lässt sich allein durch einen harmonisierten europäischen Rechtsrahmen gewährleisten. So würde ein Flickenteppich aus divergierenden nationalen Regulierungsregimen die Entwicklung von grenzüberschreitenden MDMS-Anwendungen hindern und damit der Etablierung eines vertriebsbezogenen Verkehrsbinnenmarktes entgegenstehen. Nur ein europäischer Rechtsrahmen kann folglich eine innovative intermodale Transportkonktivität herbeiführen.

### III. Komponenten einer MDMS-Verordnung

Eine europäische MDMS-Verordnung sollte harmonisierte Regeln für die Entwicklung und Erbringung multimodaler digitaler Mobilitätsdienste festlegen, um integrierte, wettbewerbsfähige, verbraucherorientierte, flexible, faire und transparente Märkte für den nachhaltigen Vertrieb von Verkehrsdienstleistungen verschiedener Verkehrsmittel zu schaffen. Dabei sollte die europäische MDMS-Verordnung auf einem Regelungsrahmenkonzept beruhen und die wesentlichen Bestimmungen und Mechanismen enthalten, während den Mitgliedstaaten ein Umsetzungsspielraum verbleibt, um spezifische Vorschriften für die Ausgestaltung und Durchsetzung der Regulierungsinstrumente zu erlassen, die an ihre nationalen Marktbesonderheiten angepasst sind.<sup>12</sup> Inhaltlich sollte eine europäische MDMS-Verordnung aus folgenden Komponenten bestehen:

#### 1. Zugang zu Echtzeit-Prognosedaten und zu Daten, die zur Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs erforderlich sind

Wie von der Kommission iRd MDMS-Initiative aufgezeigt, erfordert die ordnungsgemäße Einführung von MDMS insbesondere einen transparenten und diskriminierungsfreien Zugang zu den Echtzeit-Prognosedaten und Reiseinformationen der Verkehrsbetreiber.<sup>13</sup>

Die Datenzugangsregulierung kann in Anlehnung an den infrastrukturenspezifischen Netzzugang im Energie-

und Telekommunikationssektor gem. Art. 6 RL (EU) 2019/944 und Art. 68 ff. RL (EU) 2018/1972 ausgestaltet werden. Obwohl Daten keine Netzinfrastruktur in Form eines natürlichen Monopols darstellen, findet der dem sektorspezifischen Netzzugang zugrunde liegende essential facility<sup>14</sup>-Gedanke dennoch Anwendung auf Daten, die für den Zugang zum Vertriebsmarkt im Mobilitätssektor erforderlich sind. Insbesondere der Zugang zu und die Verarbeitung von Echtzeit-Prognosedaten ist von zentraler Bedeutung für die gesamte Planung und Konzeption von multimodalen Reiseketten, die auf die spezifischen Bedürfnisse der Reisenden zugeschnitten sind, und stellt somit eine funktionale Bedingung für die Erbringung von MDMS dar (Datenzugang als essential facility).<sup>15</sup> Für den Marktzugang von MDMS-Anbietern ist daher eine Datenzugangsregulierung notwendig.

Neben den von der Kommission iRd MDMS-Initiative fokussierten Echtzeit-Prognosedaten sollte der Datenzugang Dritter jedoch auch andere Daten umfassen, die für die Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs erforderlich sind. Dazu gehören zB spezifische Informationen über alle verfügbaren Tarife, Sonderangebote und Rabatte, Kundenkarten, Abonnements und Saisonkarten von Verkehrsdiensten (kommerzielle Daten), zu denen der Zugang eine funktionale Bedingung für MDMS-Geschäftsmodelle bildet. Um gleiche Wettbewerbsbedingungen auf den Vertriebsmärkten zu schaffen, erfordert der Datenzugang also eine umfassendere Perspektive. Insbesondere Echtzeitinformationen über die geltenden Tarife von Verkehrsanbietern sollten in den Datenzugang einbezogen werden, da die Anbieter von MDMS diese Informationen benötigen, um sicherzustellen, dass die Kunden das günstigste Angebot erhalten. Eine frühzeitige oder ausschließliche Zurverfügungstellung solcher Informationen an integrierte Mobilitätsdienstleister würde dagegen zu Verdrängungseffekten führen, da integrierte Mobilitätsdienstleister ihren Kunden die günstigsten Mobilitätsdienstleistungen früher und besser anbieten könnten. Außerdem ist ein solcher Zugang zu kommerziellen Daten für eine wirksame Vermeidung von Preis-Kosten-Scheren notwendig. Nur ein transparenter Zugang zu den Tarifen von Verkehrsanbietern ermöglicht es externen Mobilitätsdienstleistern, eine Preis-Kosten-Schere zwischen Vorleistungs- und Endkundenpreisen vertikal integrierter Unternehmen zu identifizieren.

<sup>11</sup> Abrufbar unter: <https://lvm.fi/en/-/transport-services-act-impact-assessment-the-act-is-enabling-digitalisation-of-transport-1888373>.

<sup>12</sup> Vor diesem Hintergrund würde eine europäische MDMS-Verordnung auch nicht etwa den Novellierungsbedarf der deutschen Eisenbahnregulierung schmälern, vgl. hierzu Koenig/Cesarano, N&R 1/2023, 42 ff.

<sup>13</sup> Europäische Kommission, Folgenabschätzung in der Anfangsphase v. 5.10.2021 – Ares(2021)6062336, S. 4.

<sup>14</sup> Der Europäische Gerichtshof hat die Doktrin erstmals in der Rechtssache C-7/97 – Bronner angewandt.

<sup>15</sup> Vgl. hierzu auch Koenig/Cesarano, N&R 1/2023, 42 (45, 46).



Insgesamt sollte der Zugangsanspruch also alle Daten umfassen, die einen relevanten Wettbewerbsfaktor und eine funktionale Bedingung für bestimmte MDMS-Geschäftsmodelle darstellen. Dazu gehören beispielsweise auch Informationen, die erforderlich sind, um die Fahrgäste bei der Beantragung von Entschädigungen oder Erstattungen zu unterstützen, die gesamte Auswahl an Sitzplatzreservierungsoptionen, Daten zu Borddienstleistungen und Sondertransporten (zB Tiere, Fahrräder) sowie Informationen, die erforderlich sind, um die Fahrgäste beim Umsteigen auf einen alternativen Verkehrsdienst im Falle von Verspätungen zu unterstützen. Der Datenzugang für Dritte sollte daher alle Daten umfassen, die erforderlich sind, damit Wettbewerber MDMS ebenso effizient anbieten können wie vertikal integrierte Mobilitätsdienstleister. Das Ergebnis sollte ein umfassender gleichberechtigter Zugang zu allen vertriebsrelevanten Daten und Informationen sein, der es den Wettbewerbern ermöglicht, auf gleicher Augenhöhe zu agieren.

## 2. Rechtliche, informatorische und buchhalterische Entflechtung der Vertriebsebene

Der Energiesektor bietet ein Vorbild für die Entflechtung zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen durch interne Informationsflüsse oder Quersubventionen in Art. 41, 56 RL (EU) 2019/944. Auch im Verkehrssektor ist eine solche Entflechtung erforderlich. Die Datenzugangsregulierung schafft zwar gleiche Rahmenbedingungen für den Eintritt von MDMS-Anbietern in die Vertriebsmärkte. Es muss jedoch auch sichergestellt werden, dass der Wettbewerb auf den Vertriebsmärkten nicht durch Daten- und Informationsflüsse oder Quersubventionen innerhalb des vertikal integrierten Unternehmens verzerrt wird.<sup>16</sup>

## 3. Faire, angemessene und diskriminierungsfreie Vertriebsprovisionen und Vermeidung von Preis-Kosten-Scheren

Auf europäischer Ebene enthält zB Art. 74 RL (EU) 2018/1972 allgemeine Bestimmungen zur Vermeidung von Preis-Kosten-Scheren im Telekommunikationssektor. In Deutschland bestehen sowohl im Telekommunikationssektor (§ 37 Abs. 2 Nr. 3 TKG) als auch im Postsektor (§ 20 Abs. 4 PostG) spezifische Regelungen zur Preis-Kosten-Schere, die ein regulatorisches Vorbild dar-

stellen.<sup>17</sup> Der Verkehrssektor umfasst zwar keine infrastrukturbezogenen Vorleistungen (zB Netzzugang oder Zusammenschaltung im Telekommunikationssektor). Mobilitätsdienstleister, die MDMS auf den Vertriebsmärkten anbieten, müssen jedoch die Fahrberechtigungen (dh die Tickets) von den Verkehrsanbietern auf der vorgelagerten Ebene erwerben. Es liegt also eine kostenverursachende Vorleistung vor, die eine gesetzliche Regelung erfordert, um Preis-Kosten-Scheren zu vermeiden. Die Gefahr einer Verdrängungspreispolitik ist im Verkehrssektor ebenso gegeben. Darüber hinaus sind Preis-Kosten-Scheren sowohl in der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission<sup>18</sup> als auch in der Rspr. des EuGH zur besonderen Verantwortung marktbeherrschender Unternehmen für den bestehenden Wettbewerb als eine Kategorie des nach Art. 102 AEUV verbotenen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung anerkannt.<sup>19</sup> Demnach trägt ein marktbeherrschendes Unternehmen eine besondere Verantwortung dafür, dass sein Verhalten nicht zu einer Beeinträchtigung des echten, unverfälschten Wettbewerbs im Binnenmarkt führt. Marktbeherrschende Unternehmen müssen also dafür sorgen, dass schwächere Marktteilnehmer nicht vom Markt verdrängt werden, ohne konkurrenzfähig werden zu können. Das Gebot der Vermeidung von Preis-Kosten-Scheren hat daher sektorübergreifende Bedeutung und muss auch im Verkehrssektor umgesetzt werden, um einen wirksamen Wettbewerb auf den Vertriebsmärkten zu ermöglichen.

Ein regulatorischer Anspruch der MDMS-Anbieter auf eine faire, angemessene und diskriminierungsfreie Vertriebsprovision stellt dabei eine neue Komponente dar. In anderen regulierten Netzwirtschaften besteht keine Notwendigkeit für einen solchen Anspruch. Vielmehr konzentriert sich die sektorspezifische Regulierung typischerweise auf die Netzentgelte. Vertriebsprovisionen sind bisher hingegen kein Teil der sektorspezifischen Regulierung, da sich die Vertriebsdienstleistungen in anderen Netzwirtschaften wie dem Energie- oder Telekommunikationssektor erheblich von den Vertriebsdienstleistungen im Verkehrssektor unterscheiden. Im Energiesektor kaufen beispielsweise Versorger Strom auf dem Großhandelsmarkt ein, um ihn unter ihrer eigenen Marke auf dem Versorgungsmarkt weiterzuverkaufen (typische resale-Situation). Abgesehen von den besonderen Rahmenbedingungen des Weiterverkaufs gibt es keine Vertriebsdienstleistungen mit zusätzlicher Wertschöpfung, die die Zahlung einer Vertriebsprovision rechtfertigen würden. Im Verkehrssektor hingegen schaffen insbesondere MDMS innovative intermodale Transportkonnektivität als zusätzliche Wertschöpfung. In Anbetracht der erheblichen Investitionen, die für die Entwicklung von MDMS erforderlich sind, ist ein Anspruch auf eine faire, angemessene und nichtdiskriminierende Vertriebsprovision notwendig.

## 4. Überwachung und Durchsetzung durch eine unabhängige Behörde

Die Schaffung integrierter, wettbewerbsfähiger, verbraucherorientierter, flexibler, fairer und transparenter Märkte

<sup>16</sup> So mit Blick auf die deutsche Eisenbahnregulierung Koenig/Cesarano, N&R 1/2023, 42 (46, 47).

<sup>17</sup> Vgl. mit Blick auf die deutsche Eisenbahnregulierung auch Koenig/Cesarano, N&R 1/2023, S. 42, 47, 48.

<sup>18</sup> Europäische Kommission, Entscheidung vom 18.7.1988, IV/30.178 – Napier Brown/British Sugar; Europäische Kommission, Entscheidung vom 21.5.2003, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 – Deutsche Telekom; Europäische Kommission, Entscheidung v. 4.7.2007, COMP/38.784 – Telefónica.

<sup>19</sup> EuGH Urt. v. 14.10.2010 – Rs. C-280/08 – Deutsche Telekom/Kommission; Urt. v. 27.3.2012 – Rs. C-209/10 – Post Danmark I; Urt. v. 17.2.2011 – Rs. C-52/09 – TeliaSonera; Urt. v. 14.7.2014 – Rs. C-295/12 P – Telefónica; Urt. v. 6.10.2015 – Rs. C-23/14, Rn. 59, 62 – Post Danmark II.



te für den nachhaltigen Vertrieb von Verkehrsdienstleistungen verschiedener Verkehrsmittel sowie die bessere Integration von öffentlichen Verkehrsmitteln zur Erreichung eines nahtlosen multimodalen Personenverkehrs hängt letztlich auch von einer wirksamen Überwachung durch eine unabhängige nationale Aufsichtsbehörde ab. Dementsprechend sollte eine MDMS-Verordnung Vorgaben sowohl zur Einrichtung einer solchen nationalen Aufsichtsbehörde als auch zu den konkreten Aufgaben und Befugnissen enthalten, die für eine effektive Überwachung und Durchsetzung der regulatorischen Instrumente erforderlich sind. Dabei kann eine Orientierung an den – auf dem durch die Rspr. des EuGH<sup>20</sup> maßgeblich gestärkten Unabhängigkeitspostulat beruhenden – Vorgaben zur nationalen Regulierungsbehörde im Energiesektor (Art. 57 ff. RL (EU) 2019/944) sowie im Telekommunikationssektor (Art. 5 ff. RL (EU) 2018/1972) erfolgen.

Die Mitgliedstaaten sollten eine unabhängige nationale Aufsichtsbehörde benennen, die die Marktaktivitäten und die Einhaltung der einschlägigen Regelungen überwacht. In diesem Zusammenhang ist sicherzustellen, dass eine Behörde benannt wird, die über die erforderlichen Qualifikationen und Fachkenntnisse verfügt, um die in der Verordnung festgelegten Aufgaben wirksam wahrzunehmen (zB die nationale Regulierungsbehörde oder die nationale Wettbewerbsbehörde). Die Benennung der Aufsichtsbehörde sowie die konkrete Ausgestaltung der Zuständigkeiten und Überwachungsverfahren sollte also im Ermessen der Mitgliedstaaten liegen. Gleichwohl ist durch geeignete Vorkehrungen eine vollumfängliche Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde zu gewährleisten. So müssen die Aufsichtsbehörden in der Lage sein, Entscheidungen in allen relevanten Regulierungsangelegenheiten völlig unabhängig von anderen öffentlichen oder privaten Interessen treffen zu können. Hierzu ist insbesondere sicherzustellen, dass durch die Zustimmung des nationalen Gesetzgebers zum Haushalt der Regulierungsbehörden die Haushaltsautonomie nicht beeinträchtigt wird.

In Anbetracht der wesentlichen regulatorischen Instrumente zur Ermöglichung eines Wettbewerbs auf Vertriebsebene sollten der nationalen Aufsichtsbehörde auf Verordnungsebene folgende Aufgaben und Befugnisse zugewiesen werden:

- Die benannte nationale Aufsichtsbehörde muss über ausreichende Befugnisse in Bezug auf den Datenzugang verfügen, um eine wirksame Kontrolle und Durchsetzung der Ansprüche der Zugangspetenten zu gewährleisten. Insbesondere sollte die nationale Aufsichtsbehörde berechtigt sein, die Bedingungen zu überwachen, unter denen der Zugang zu den Daten gewährt wird (fair, angemessen, nichtdiskriminierend und transparent), die im Zuge des Datenzugangs gewährten Entgelte sowohl hinsichtlich der Höhe als auch hinsichtlich der Zusammensetzung zu überprüfen und den Datenzugang unter Festlegung der Zugangsbedingungen und des Zugangsentgelts anzuordnen, sofern der Datenzugang nicht innerhalb einer

angemessenen Frist nach Stellung des Zugangsantrags durch den Zugangspetenten gewährt wird (ultima ratio).

- Die benannte nationale Aufsichtsbehörde muss über ausreichende Befugnisse verfügen, um die Einhaltung der Entflechtungsvorschriften zu überwachen. Werden die Entflechtungsvorschriften nicht eingehalten, so sollte die nationale Aufsichtsbehörde befugt sein, die Einhaltung der Entflechtungsvorschriften durchzusetzen oder Verhaltensweisen, die gegen die Entflechtungsvorschriften verstoßen, zu untersagen. Insbesondere zur Überprüfung der buchhalterischen Entflechtung benötigt die nationale Aufsichtsbehörde das Recht auf Zugang zu den Konten.
- Um eine wirksame Überwachung der Vertriebsprovisionen und der Preis-Kosten-Scheren zu gewährleisten, muss die nationale Aufsichtsbehörde über ausreichende Befugnisse verfügen, um die Vertriebsprovisionen (fair, angemessen, nichtdiskriminierend und transparent) zu kontrollieren und die Angemessenheit der erzielbaren Gewinnmargen unter Berücksichtigung der Vorleistungs- und Endkundenentgelte eines vertikal integrierten Unternehmens (Preis-Kosten-Scheren) zu überprüfen. Die nationale Aufsichtsbehörde muss in der Lage sein, einem zuwiderhandelnden Unternehmen ein bestimmtes Verhalten aufzuerlegen oder ein missbräuchliches Verhalten zu untersagen und Verträge ganz oder teilweise für ungültig zu erklären. Zuvor sollte die nationale Aufsichtsbehörde jedoch stets das Unternehmen auffordern, das missbräuchliche Verhalten einzustellen.

#### IV. Fazit

Insgesamt zeichnet sich ein klares europäisches Regulierungsbedürfnis zur Einführung von MDMS ab – nicht bloß aus Sicht der Fahrgäste, die von einer umfassenden Multimodalität der Buchungsvorgänge profitieren würden, sondern insbesondere auch aus verkehrspolitischer Perspektive, da MDMS maßgeblich zu einer bedarfsgerechteren und klimafreundlicheren Prägung des Verkehrssektors beitragen. Darüber hinaus dienen sie als Katalysator für einen Wettbewerb auf Transportebene, indem sie einen wirkungsvollen Kanal bilden, um die Reichweite von Verkehrsanbietern, die mit „Incumbents“ konkurrieren, zu erhöhen.

Die Kommission sollte damit im Zuge der MDMS-Initiative ihrem Regulierungsauftrag nachkommen und einen suffizienten Rechtsrahmen schaffen, der die umfassende Entwicklung und Bereitstellung von multimodalen digitalen Mobilitätsdiensten im Wettbewerb ermöglicht. Dabei zeigt die MDMS-Initiative bereits begrüßenswerte Ansätze (so etwa die Fokussierung spezifischer wettbewerbswidriger Praktiken). Gleichwohl gilt es im Rah-

<sup>20</sup> Vgl. zuletzt die für das deutsche Energiewirtschaftsrecht richtungsweisend EuGH Urt. v. 2.9.2021 – Rs. C-718/18 – Kommission/Deutschland; hierzu eingehend Ludwigs, N&R Beilage 2/21, 1-24.



men einer MDMS-Verordnung auch weitere – über den aktuellen Stand der MDMS-Initiative hinausgehende – Aspekte zu adressieren (so etwa die Regulierung von Vertriebsprovisionen). Die Kommission hat nun also sowohl die Chance als auch die Verantwortung, eine innovative intermodale Transportkonnektivität herbeizuführen.

## Energie

### EuGH: Anordnung der Rückzahlung von unter Transparenzverstößen erhobenen Kosten

**Nationale Energieregulierungsbehörden können befugt sein, Elektrizitätsunternehmen die Rückerstattung von Kosten aufzuerlegen, die unter Verstoß gegen Verbraucherschutzvorgaben erhoben wurden. Dies gilt selbst dann, wenn der Verstoß nicht auf der Verletzung von Qualitätsanforderungen, sondern auf der Verletzung von Transparenzvorgaben beruht.**

**Problemstellung:** Infolge eines entsprechenden Bereichs der nationalen Verbraucherschutzstelle für Energie und Umwelt leitete die italienische Regulierungsbehörde für Strom, Netze und Umwelt Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA) im Juni 2019 gegen das Strom- und Erdgasversorgungsunternehmen Green Network ein Verfahren zur Prüfung möglicher Verletzungen von Transparenzanforderungen ein. Green Network hatte auf Grundlage einer von ARERA als intransparent und deshalb rechtswidrig eingestuften Vertragsklausel in allgemeinen Geschäftsbedingungen von seinen Kunden monatliche Verwaltungsgebühren erhoben. In ihren Prüfungen stellte ARERA die entsprechenden Verstöße fest, verhängte eine Geldbuße gegen Green Network iHv 655.000 EUR und ordnete gegenüber Green Network an, die auf Grundlage der Klausel erhobenen Kosten an die Kunden zurückzuzahlen (insgesamt 13.987.495,22 EUR).

Rechtsgrundlage für die Entscheidung der ARERA waren Vorschriften italienischen Rechts, die in Umsetzung der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie 2009/72/EG erlassen wurden und ARERA befugten, Elektrizitätsunternehmen zu einer sog. Entschädigungsleistung zu verpflichten, wenn ein Unternehmen ein nutzerbeeinträchtigendes Verhalten nicht einstellt. Das mit der Klage Green Networks gegen die Entscheidung der ARERA befasste Berufungsgericht setzte das Verfahren aus und legte dem EuGH zwei Fragen zur Vorabentscheidung vor, um zu klären, ob Art. 37 Abs. 1 lit. i und n und Abs. 4 lit. d sowie Anhang I der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie die Mitgliedstaaten berechtigen, einer Regulierungsbehörde die Befugnis zur Anordnung der Rückzahlung

von unter Verstoß gegen Verbraucherschutzvorschriften, insbesondere gegen Transparenzanforderungen, erlangten Beträgen zu verleihen.

**Maßgebliche Gründe:** Der EuGH hat zunächst entschieden, dass eine solche Befugnis zwar nicht in der die Befugnisse der Regulierungsbehörden regelnden Vorschrift des Art. 37 Abs. 4 der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie aufgeführt sei. Der Wortlaut der Vorschrift „die Regulierungsbehörde (muss) unter anderem über folgende Befugnisse verfügen“ weise aber darauf hin, dass ihr auch weitere als die ausdrücklich in Art. 37 Abs. 4 der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie genannten Befugnisse übertragen werden können, um ihr die Erfüllung ihrer in den Art. 37 Abs. 1, 3 und 6 der RL genannten Aufgaben im Bereich des Verbraucherschutzes zu ermöglichen. Hierzu gehören insbesondere auch solche Befugnisse, die dazu beitragen, dass Elektrizitätsunternehmen die in der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie vorgesehenen Transparenzvorgaben einhalten.

Dieses Ergebnis werde nicht durch Art. 36 der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie in Frage gestellt, wonach die Regulierungsbehörden die erforderlichen Maßnahmen „gegebenenfalls in engem Benehmen mit anderen einschlägigen Behörden, einschließlich der Wettbewerbsbehörden“ treffen. Aus dem Wortlaut „gegebenenfalls“ ergebe sich nämlich, dass eine solche Rücksprache nur dann erforderlich sei, wenn die zu erlassende Maßnahme Auswirkungen für andere einschlägige Behörden haben könne.

Auch sei es unbeachtlich, ob die Rückforderung ihre Grundlage in einer Nichteinhaltung von vertraglich vereinbarter Leistungsqualität oder in einem Verstoß gegen Verbraucherschutzvorschriften in Form von Transparenzvorgaben habe. Da auch die Überwachung der Einhaltung solcher Vorgaben zu den Aufgaben der Regulierungsbehörde gehöre, könnten ihr solche Befugnisse übertragen werden, die ihr die Erfüllung dieser Aufgaben ermöglichten, also auch eine Befugnis zur Anordnung der Rückzahlung von unter Verstoß gegen solche Vorgaben erlangten Beträgen.

**Kritik:** Der EuGH stellt klar, dass den nationalen Regulierungsbehörden auf Grundlage der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie auch auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes und den dort verorteten Transparenzvorgaben weitreichende Befugnisse übertragen werden können, soweit diese der Einhaltung solcher Vorgaben durch Elektrizitätsunternehmen zuträglich sind.

Im deutschen Recht sind entsprechende Transparenzvorgaben insbesondere in § 41 EnWG normiert. § 65 Abs. 1 S. 2 EnWG ermöglicht der Regulierungsbehörde, gegenüber Unternehmen „alle erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art“ vorzuschreiben, um Verstößen gegen die Vorgaben des § 41 EnWG abzuwehren. Im Einklang mit dem Urteil des EuGH wäre die Auslegung dieser weitreichenden Formulierung jedenfalls unionsrechtlich dahingehend zulässig, dass die Regulierungsbehörde dabei auch die Rückzahlung von unter Verstoß gegen Verbraucherschutzvor-