



# Ausgleichsleistungen für das Deutschlandticket

## **Beihilferechtliche Bewertung**

erstellt für das Bundesministerium für Digitales und Verkehr

Berlin, 30. Januar 2023

Rechtsanwalt Dr. Moritz Püstow  
Rechtsanwalt Dr. Áron Horváth

# Inhalt

<b>A.</b>	<b>Sachverhalt und Prüfungsauftrag</b>	<b>4</b>
<b>I.</b>	<b>Geplante Einführung des „Deutschlandtickets“ im Frühjahr 2023</b>	<b>4</b>
<b>II.</b>	<b>Kritik der Fernbusanbieter</b>	<b>5</b>
1.	Angebliche Begünstigung	6
2.	Angebliche Selektivität	6
3.	Angeblich drohende Wettbewerbsverfälschung	6
4.	Vermeintlich keine EU-beihilfenrechtliche Rechtfertigung über die VO 1370/2007	7
5.	Auflösung der vermeintlichen Diskriminierung: Einbezug der Fernbuslinien	7
<b>III.</b>	<b>Prüfungsauftrag</b>	<b>7</b>
<b>B.</b>	<b>Zusammenfassung der Ergebnisse</b>	<b>8</b>
<b>C.</b>	<b>Rechtliche Würdigung</b>	<b>10</b>
<b>I.</b>	<b>Beihilfentatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV</b>	<b>10</b>
1.	Maßnahme zugunsten von Unternehmen	10
2.	Begünstigung	11
3.	Staatliche Finanzierung	11
4.	Selektive Wirkung der Begünstigung	11
4.1.	Vergleich der tatsächlichen Situation von Nahverkehrsunternehmen und Fernbusanbietern	12
4.2.	Vergleich der rechtlichen Situation von Nahverkehrsunternehmen und Fernbusanbietern	12
4.3.	Risiko aufgrund weiter Auslegung des Selektivitätsbegriffs	13
5.	Wettbewerbsverfälschung	14
5.1.	Marktabgrenzung	15
5.1.1.	Sachlich relevanter Markt	15
5.1.1.1.	Merkmale und Verwendungszweck des Produkts	15
5.1.1.2.	Substitution in jüngster Vergangenheit	20
5.1.1.3.	Schätzung der Preis- bzw. Preiskreuzelastizitäten der Nachfrage nach einem Produkt	21
5.1.1.4.	Standpunkt von Kunden und Wettbewerbern	22
5.1.1.5.	Kundenpräferenzen	22
5.1.1.6.	Substitutionsschranken und Kosten der Nachfragesubstitution	24
5.1.1.7.	Unterschiedliche Kundengruppen	25
5.1.1.8.	Ergebnis zum sachlichen Markt	26
5.1.2.	Räumlich relevanter Markt	27
5.1.3.	Feststellung des relevanten Marktes	27
5.2.	Verfälschung des relevanten Marktes	28
6.	Handelsbeeinträchtigung	28
<b>II.</b>	<b>Beihilferechtliche Rechtfertigung der Ausgleichsleistungen für das Deutschlandticket</b>	<b>30</b>
1.	Rechtfertigung nach der VO 1370/2007	30
1.1.	Anwendungsbereich: VO 1370/2007 ist auf die Ausgleichsleistungen für das Deutschlandticket anwendbar	30
1.1.1.	Zweck: Gewährleistung der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse	31
1.1.2.	Sachlicher Anwendungsbereich: Personenverkehr	31
1.2.	Gewährung von Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen	31
1.2.1.	Auferlegung eines Höchsttarifs als gemeinwirtschaftliche Verpflichtung	31
1.2.2.	Bislang fehlt es an einem Instrument der Auferlegung	32
1.2.2.1.	Bislang noch keine allgemeinen Vorschriften erlassen	32
1.2.2.2.	Bislang noch keine öffentlichen Dienstleistungsaufträge erteilt	33
1.2.3.	Instrument der Auferlegung kann geschaffen werden	33

1.2.4. Ausgleichsleistung	34
1.2.4.1. Ausgleichsleistung als Kompensation für gemeinwirtschaftliche Verpflichtung des Höchsttarifs	34
1.2.4.2. Obligatorische Inhalte gemäß Art. 4 und 6 i. V. m. dem Anhang der VO 1370/2007, insbesondere Verbot jeder Überkompensation	35
1.3. Keine Verpflichtung, Fernbusanbietern gemeinwirtschaftliche Pflichten aufzuerlegen	36
2. Rechtfertigung der Ausgleichsleistungen für das Deutschlandticket nach Art. 93 AEUV	38
3. Rechtfertigung der Ausgleichsleistungen für das Deutschlandticket nach Art. 106 Abs. 2 AEUV sowie nach dem DAWI-Rechtsrahmen	39
4. Rechtfertigung der Ausgleichsleistungen für das Deutschlandticket nach Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV	40
4.1. Keine Rechtfertigung über Legalausnahmen des Art. 107 Abs. 2 AEUV	40
4.2. Rechtfertigung über Ermessensausnahmen des Art. 107 Abs. 3 AEUV	40
4.2.1. Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischen Interesse, Art. 107 Abs. 3 lit. b Alt. 1 AEUV	40
4.2.2. Sektorbeihilfen, Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV	41
<b>III. Sofern keine Rechtfertigung greift: Ergebnis nach Einbeziehung der Fernbusanbieter in das Deutschlandticket</b>	<b>42</b>
<b>IV. Sofern Einbeziehung der Fernbusanbieter notwendig: Verpflichtung zur Einbeziehung der Schienenpersonenfernverkehrsanbieter</b>	<b>43</b>

# A. Sachverhalt und Prüfungsauftrag

## I. Geplante Einführung des „Deutschlandtickets“ im Frühjahr 2023

Die Bundesregierung und Regierungschefs der Länder sind am 2. November 2022 übereingekommen, möglichst zu Beginn des Jahres 2023 dauerhaft ein deutschlandweit gültiges Ticket für den öffentlichen Personennahverkehr (im Folgenden „**ÖPNV**“) einzuführen.<sup>1</sup> ÖPNV wird dabei im Sinne von § 2 Regionalisierungsgesetz (im Folgenden „**RegG**“) verstanden als die allgemein zugängliche Beförderung von Personen mit Verkehrsmitteln im Linienverkehr, die überwiegend dazu bestimmt sind, die Verkehrsnachfrage im Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr zu befriedigen. Dieser ÖPNV-Begriff umfasst also auch den Schienenpersonennahverkehr (im Folgenden „**SPNV**“). Dieses Ticket soll 2023 eingeführt werden, zum Preis von zunächst EUR 49 pro Monat erhältlich sein und bundesweit im ÖPNV aller teilnehmenden Nahverkehrsunternehmen (im Folgenden „**Nahverkehrsunternehmen**“) und Verkehrsverbünde sowie im verbundfreien Raum gelten (im Folgenden „**Deutschlandticket**“<sup>2</sup>). Ziel ist es, die Attraktivität des ÖPNV zu erhöhen, Anreize für den Umstieg vom Auto auf Bus und Bahn zu schaffen, einen Beitrag zum Erreichen der Klimaziele zu leisten und Bürger finanziell zu entlasten.

Das Deutschlandticket wird Kunden einen gegenüber verbundweit gültigen Fahrkarten<sup>3</sup> deutlich erweiterten räumlichen Geltungsbereich bieten. Hinsichtlich der verfügbaren Verkehrsmittel wird das Angebot gegenüber bisherigen verbundweit gültigen Fahrkarten für den gesamten ÖPNV nicht erweitert werden. Das Deutschlandticket gilt also weder im Schienenpersonenfernverkehr noch in Fahrzeugen von Anbietern des Personenfernverkehrs mit Kraftfahrzeugen im Sinne des § 42a PBefG (im Folgenden „**Fernbusanbieter**“).

Der Preis von EUR 49 pro Monat liegt unter den bislang üblichen Monatspreisen für viele regional gültige Netzkarten der deutschen Verkehrsverbünde, die teilweise über EUR 200 kosten.<sup>4</sup> Länder und Kommunen als Aufgabenträger sowie Nahverkehrsunternehmen erwarten infolgedessen einen Einnahmerückgang aus dem Ticketverkauf, der aller Voraussicht nach auch nicht durch größeren Absatz aufgewogen werden kann. Bund und Länder wollen diese Einnahmeverluste ausgleichen. Hierzu soll eine Rechtsgrundlage geschaffen werden, die Ausgleichsleistungen für Einnahmerückgänge der Aufgabenträger und Nahverkehrsunternehmen durch Einführung des Deutschlandtickets ermöglicht (im Folgenden „**Ausgleichsleistungen**“).

Die Methode zur Ermittlung der Höhe der jeweiligen Ausgleichsleistungen soll sich jedenfalls während einer Einführungsphase von zwei Jahren an der im Rahmen des von Juni bis August 2022 vertriebenen 9-Euro-Tickets angewandten Methode orientieren. Der Ausgleich von Einnahmerückgängen im ÖPNV wurde hier in Förderrichtlinien der Länder auf der Grundlage der Muster-Richtlinie der Länder vom 17. Mai 2022 zum Ausgleich von Schäden im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie und dem temporär eingeführten 9-Euro-Ticket im Jahr 2022 aus Bundes- und Landesmitteln (im Folgenden „**Muster-**

---

<sup>1</sup> Anlage 3, Beschluss BK und RegChefs vom 02.11.2022.

<sup>2</sup> Je nach Zusammenhang auch als „Klimaticket“ oder „49-Euro-Ticket“ bezeichnet.

<sup>3</sup> Zum Beispiel das „SchönesJahrTicket NRW Abo“ für EUR 256 in der 2. Klasse, gültig in allen Bussen, Straßen-, Stadt- und U-Bahnen sowie Nahverkehrszügen in NRW und auf einigen weiteren Strecken in benachbarten Gebieten.

<sup>4</sup> Berlin-Brandenburg (VBB-Umweltkarte VBB Gesamtnetz) für EUR 213,60; Nordrhein-Westfalen (SchönesJahrTicket NRW Abo) für EUR 256,00; Schleswig-Holstein (Netzkarte inkl. HVV Ringe AB) für EUR 278,33 (jeweils Stand 29.11.2022).

**Richtlinie**<sup>5</sup>) geregelt. Dahinter stand die Annahme, dass die „Corona-Schäden“ nicht von Einnahmeverlusten infolge des 9-Euro-Tickets zu trennen seien.<sup>5</sup>

Anträge auf Schadensausgleich konnten im Rahmen des 9-Euro-Tickets sowohl Aufgabenträger (Ziffer 3.1. der Muster-Richtlinie) als auch Nahverkehrsunternehmen (Ziffer 3.2. der Muster-Richtlinie) stellen. Je nach landesrechtlicher Regelung waren darüber hinaus Zweckverbände, Verbundorganisationen oder Aufgabenträger als Sammelantragsteller antragsberechtigt. Die Regelungen berücksichtigten, dass je nach Ausgestaltung des zugrunde liegenden öffentlichen Dienstleistungsauftrags das Risiko von Einbußen bei Fahrgeldeinnahmen bei den Aufgabenträgern (sogenannte Bruttoverträge) oder den Nahverkehrsunternehmen (sogenannte Nettoverträge) liegen kann.

Voraussetzungen für einen ausgleichsfähigen Schaden der Aufgabenträger und Nahverkehrsunternehmen im ÖPNV war nach der Muster-Richtlinie, dass die Ausgaben im Jahr 2022 aufgrund der COVID-19-Pandemie und des 9-Euro-Tickets

- aufgrund geringerer Ausgleichszahlungen aus öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nach der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007<sup>6</sup> wegen geringerer Verkehrsdienstleistungen oder wegen verringerteter Nachfrage und/oder
- durch den Rückgang der Fahrgeldeinnahmen oder Ausgleichszahlungen aus allgemeinen Vorschriften

im Vergleich zum Referenzzeitraum des Jahres 2019 nicht durch Einnahmen aus Fahrgeldern und Ausgleichszahlungen nach der VO 1370/2007 oder aus allgemeinen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 3 der VO 1370/2007 gedeckt werden konnten.

Bund und Länder werden zur Finanzierung des Deutschlandtickets an die Aufgabenträger und Nahverkehrsunternehmen ab 2023 jeweils jährlich EUR 1,5 Milliarden zur Verfügung stellen.

## II. Kritik der Fernbusanbieter

Nach Auffassung der Fernbusanbieter<sup>7</sup> führt das Deutschlandticket zu einer unzulässigen Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV „an die teilnehmenden Nahverkehrsunternehmen“. Denn

- der Ausgleichsmechanismus für Einnahmerückgänge der teilnehmenden Nahverkehrsunternehmen **begünstige** diese und
- behandle Nahverkehrsunternehmen, die ÖPNV-Leistungen erbringen, im Sinne einer **selektiven** Begünstigung anders als Fernbusanbieter, obwohl diese sich in einer tatsächlich und rechtlich vergleichbaren Situation befänden;
- dies führe zu einer **Wettbewerbsverfälschung**,
- sodass die Geltung des Deutschlandtickets auf die Fernbusbetreiber **erstreckt** und diese in den Ausgleichsmechanismus **einbezogen** werden müssten, um dessen Übereinstimmung mit dem EU-Beihilfenrecht sicherzustellen.

---

<sup>5</sup> Muster-Richtlinie, Abschnitt I. Hinweise und Erläuterungen.

<sup>6</sup> Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 vom 23.10.2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße.

<sup>7</sup> Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf die durch das BMDV zur Verfügung gestellte Anlage 2, Beihilferechtliche Bedenken Nachfolgeticket.

Die Fernbusanbieter argumentieren mit ihrer Erfahrung aus dem 9-Euro-Ticket, dessen Einführung im Sommer 2022 von ihnen mit vergleichbaren Argumenten bereits kritisiert worden war.<sup>8</sup> So seien auf bestimmten Strecken, etwa Berlin-Leipzig, München-Nürnberg oder Hamburg-Hannover, die Fahrgastzahlen der Fernbusbetreiber um ein Drittel bis um die Hälfte zurückgegangen. Nach dem Auslaufen des 9-Euro-Tickets seien die Fahrgastzahlen auf diesen Strecken wieder gestiegen.

Bezogen auf die Tatbestandsmerkmale des Beihilfebegriffs wird im Einzelnen wie folgt argumentiert:

### **1. Angebliche Begünstigung**

Die unzulässige Begünstigung liege in der pauschalierten Ermittlungsmethode für die Ausgleichsleistungen, die Unternehmen gewährt werden:

Die teilnehmenden Nahverkehrsunternehmen würden eine faktische Umsatzgarantie auf Basis ihrer Umsätze des Jahres 2019 erhalten, und zwar ungeachtet der Frage, ob Umsatzeinbußen auch tatsächlich durch das Deutschlandticket verursacht werden. Die Kommission habe jedoch in ihrem „Vorübergehenden Rechtsrahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19“ festgehalten, dass Umsatzrückgänge aufgrund einer allgemein geringeren Nachfrage beihilferechtlich (im Gegensatz zu „COVID-bedingten“ Umsatzrückgängen) nicht ersatzfähig seien.

### **2. Angebliche Selektivität**

Durch die Ausgleichsleistungen für das Deutschlandticket würden bestimmte Nahverkehrsunternehmen selektiv gegenüber Fernbusanbietern bevorzugt, obwohl sich beide mit Blick auf die mit dem Ticket verfolgten Ziele in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Lage befänden:

So sei der Fernbus nach Angaben des Umweltbundesamtes mindestens so klimafreundlich wie der SPNV. Zudem würden Fernbusanbieter zusätzlich Verbindungen abdecken, die vom ÖPNV und Regionalbahnverkehr nicht abgedeckt werden. Dies würde insbesondere den von infrastrukturellen Lücken besonders betroffenen ländlichen Raum betreffen. Fernbusanbieter unterlägen dabei einem den Nahverkehrsunternehmen vergleichbaren regulatorischen Rechtsrahmen, insbesondere einer Betriebspflicht und einer allgemeinen Beförderungspflicht.

### **3. Angeblich drohende Wettbewerbsverfälschung**

Aufgrund des Deutschland-Tickets käme es unweigerlich zu „massiven Wettbewerbsverzerrungen“:

Das Deutschland-Ticket würde aufgrund seiner bundesweiten Geltung über alle deutschen Verkehrsverbünde und Regionalbahnverbindungen hinweg längere Fahrten über mittlere und lange Distanzen ermöglichen. So seien etwa Kombinationen von Einzelfahrten bei mehreren Verkehrsverbänden („Kettenverbindungen“) möglich. Solche Fahrten entsprächen nicht mehr der Legaldefinition des ÖPNV, der nach § 2 RegG in der Regel eine Reiseweite von 50 Kilometern bzw. eine Reisezeit von einer Stunde nicht übersteigt. Vielmehr würden sie dafür sorgen, dass ÖPNV-Verbindungen in direkten Wettbewerb zu Verbindungen der Fernbusanbieter treten. Auch würden Kunden in erheblichem Umfang solche längeren Fahrten für touristische Zwecke nutzen, also etwa für Freizeitausflüge zwischen weiter voneinander entfernt liegenden Städten (also etwa von Berlin nach Hamburg) oder an die Nord- und Ostsee. Viele dieser Verbindungen würden auch Fernbusanbieter bedienen. So habe sich etwa das 9-

---

<sup>8</sup> Siehe Business Insider, Was das Neun-Euro-Ticket für Fernbusunternehmen wie FlixBus bedeutet, abrufbar unter <https://www.businessinsider.de/politik/deutschland/was-das-neun-euro-ticket-fuer-fernbussen-unternehmen-wie-flixbus-bedeutet/> (Abruf 29.11.2022).

Euro-Ticket auf den besonders betroffenen Verbindungen des Marktführers im Bereich von Fernbusreisen in massiven Umsatz- und Fahrgasteinbußen von teils über 90 Prozent niedergeschlagen.

#### 4. Vermeintlich keine EU-beihilfenrechtliche Rechtfertigung über die VO 1370/2007

Eine Vereinbarkeit des Ausgleichsmechanismus zugunsten von Nahverkehrsunternehmen im Rahmen des Deutschlandtickets mit dem EU-Beihilfenrecht komme nicht in Betracht:

Im Bereich des ÖPNV sei eine Rechtfertigung nur über die VO 1370/2007 möglich. Allerdings führe der beabsichtigte Ausgleichsmechanismus wegen der enthaltenen „Umsatzgarantie“ zugunsten der Nahverkehrsunternehmen zu einer unzulässigen Überkompensation im Sinne von Art. 4 der VO 1370/2007 i. V. m. dem Anhang der VO 1370/2007. Ebenso wenig seien die Anforderungen an allgemeine Vorschriften in Form von Höchsttarifregelungen im Sinne des Art. 3 Abs. 2 VO 1370/2007 erfüllt. Denn Ausgleichsleistungen zugunsten von eigenwirtschaftlichen Regionalbahnbetreibern diskriminierten Fernbusanbieter, die insoweit ebenfalls als öffentliche Personenverkehrsdienste anzusehen seien.

#### 5. Auflösung der vermeintlichen Diskriminierung: Einbezug der Fernbuslinien

Würden die Fernbusanbieter (auf Linien zwischen 50 und 300 Kilometern) in das Deutschlandticket einbezogen, entfiere nach Ansicht der Fernbusanbieter sowohl die diskriminierende Wirkung der betreffenden allgemeinen Vorschriften im Sinne der VO 1370/2007 als auch die selektive Wirkung im Sinne des Artikels 107 Abs. 1 AEUV:

Eine solche Integration der Fernbusanbieter sei rechtssicher möglich. Hierfür biete sich der Weg einer allgemeinen Vorschrift mit einer Höchsttarifregelung nach Art. 3 Abs. 2 VO 1370/2007 an. Die Integration der Fernzüge sei hingegen nicht notwendig, um die Selektivität des Nachfolgetickets entfallen zu lassen, da diese sich in einer nicht vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befänden.

### III. Prüfungsauftrag

Das BMDV hat uns gebeten, folgende Fragen zu den Ausgleichsleistungen für Einnahmerückgänge der Aufgabenträger und Nahverkehrsunternehmen durch Einführung des Deutschlandtickets („**Ausgleichsleistungen**“) zu prüfen:

1. Sind Ausgleichsleistungen eine verbotene Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV, wenn sie Nahverkehrsunternehmen begünstigen und Anbietern von Personenfernverkehr im Sinne des § 42a PBefG (sogenannte Fernbusanbieter) nicht gewährt werden?
2. Sofern die Ausgleichsleistungen eine verbotene Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV sind: Können sie beihilferechtlich gerechtfertigt werden?
3. Sofern keine Rechtfertigung greift: Ändert sich die Beurteilung, wenn Fernbusanbieter in das Deutschlandticket einbezogen werden und Ausgleichsleistungen erhalten?
4. Wenn eine beihilferechtlich konforme Ausgestaltung des Deutschlandtickets nur durch die Einbeziehung der Fernbusanbieter möglich wäre, müssten dann auch die Anbieter von Schienenpersonenfernverkehren einbezogen werden?

Auf die Rechtsfrage, ob die Ausgleichsleistungen eine Begünstigung von Nahverkehrsunternehmen im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV sind, gehen wir abstimmungsgemäß nicht vertieft ein. Für die Zwecke dieses Gutachtens wird daher unterstellt, dass sich eine Begünstigung nicht ausschließen lässt.

## B. Zusammenfassung der Ergebnisse

### 1. Sind Ausgleichsleistungen eine verbotene Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV, wenn sie Nahverkehrsunternehmen begünstigen und Anbietern von Personenfernverkehr im Sinne des § 42a PBefG (sogenannte Fernbusanbieter) nicht gewährt werden?

Sofern die Ausgleichsleistungen Nahverkehrsunternehmen begünstigen und Anbietern von Personenfernverkehr im Sinne des § 42a PBefG (sogenannte Fernbusanbieter) nicht gewährt werden, besteht ein hohes Risiko, dass die EU-Kommission (im Folgenden „**Kommission**“) und EuGH darin eine verbotene Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV sehen werden. Im Einzelnen:

Die Ausgleichsleistungen sind **staatliche Mittel**, nämlich Haushaltsmittel von Bund und Ländern (hierzu unter I.3).

Trotz tatsächlicher und rechtlicher Unterschiede zwischen Nahverkehrsunternehmen und Fernbusanbietern ist nicht auszuschließen, dass Kommission und EuGH die **Selektivität** der Ausgleichsleistungen wegen der gemeinsamen Zugehörigkeit zum Personenbeförderungssektor bejahen (hierzu unter I.4).

In diesem Fall ist davon auszugehen, dass Kommission und EuGH auch zu dem Ergebnis kommen, dass die Ausgleichsleistungen drohen, den **Wettbewerb** zwischen begünstigten Nahverkehrsunternehmen und nicht begünstigten Fernbusanbietern zu **verfälschen** (hierzu unter I.5). Dies ist der Fall, wenn die Ausgleichsleistungen in ein Wettbewerbsverhältnis zwischen diesen Unternehmen eingreifen und damit den Ablauf des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt verändert.

Es spricht einiges dafür, dass die Kommission und der EuGH diesen Standpunkt einnehmen und die Leistungen der Nahverkehrsunternehmen und Fernbusanbieter insoweit für austauschbar erachten, als übereinstimmende Zielorte bedient werden. Denn Kommission und EuGH dürften davon ausgehen, dass eine preissensible Kundengruppe erfahrungsgemäß beide Anbieter vergleichen und sich je nach Preislage für den einen oder den anderen entscheiden wird. Bei der Betrachtung dürfte auch der Rückgang der Fahrgastzahlen infolge des 9-Euro-Tickets im Fernbusverkehr auf Verbindungen, die auch von Nahverkehrsunternehmen angeboten werden, als stützendes Argument herangezogen werden.

Gegen die Annahme eines gemeinsamen relevanten Marktes für die Leistungen von Nahverkehrsunternehmen und Fernbusanbietern sprechen dennoch gewichtige Gründe. Eine vollständige Austauschbarkeit der Leistungen besteht nicht. Nahverkehrsunternehmen bieten in Stationsdichte, Taktfrequenz, Preisstabilität und Fahrgastvolumen ein Angebot, das Fernbusanbieter nicht erreichen und auch nicht erreichen dürfen (so die Einschränkungen des § 42a PBefG, der Fernbussen vorschreibt, zwischen zwei Stationen mehr als 50 Kilometer zurückzulegen). Im Ergebnis dürfte daher entscheidend sein, ob Kommission und EuGH in den Unterschieden oder den Gemeinsamkeiten zwischen Nahverkehrsunternehmen und Fernbusanbietern das für die Marktabgrenzung wesentliche Merkmal sehen.

Soweit die Kommission und der EuGH in den Ausgleichsleistungen eine selektive Begünstigung und eine Wettbewerbsverfälschung sehen, werden sie mit hoher Wahrscheinlichkeit auch eine **Handelsbeeinträchtigung** bejahen, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Ausgleichsleistungen zugunsten von Nahverkehrsunternehmen es den Fernbusanbietern aus anderen Mitgliedstaaten erschweren werden, ihre Leistungen auf dem deutschen Personenbeförderungssektor zu erbringen (hierzu unter I.6).



## 2. Sofern die Ausgleichsleistungen eine verbotene Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV sind: Können sie beihilferechtlich gerechtfertigt werden?

Es spricht viel dafür, dass die Ausgleichsleistungen für das Deutschlandticket als Ausgleichsleistungen für die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung zur Festsetzung von Höchsttarifen nach der VO 1370/2007 gerechtfertigt werden können. Zwar fehlt es bislang an einer allgemeinen Vorschrift sowie an entsprechenden öffentlichen Dienstleistungsaufträgen, mit denen die Pflicht zur Festsetzung des EUR-49-Höchsttarifs geschaffen wird. Es ist jedoch möglich, im Rahmen der Einführung des Deutschlandtickets eine solche gemeinwirtschaftliche Verpflichtung auf Grundlage der **VO 1370/2007** durch die zuständigen Behörden zu schaffen und beihilferechtlich zu rechtfertigen (hierzu unter II.1). Die beihilferechtliche Zulässigkeit der Ausgleichsleistungen für das Deutschlandticket nach der VO 1370/2007 hängt auch nicht davon ab, dass sie auch Fernbusanbietern gewährt werden (hierzu unter II.1.3).

Sollte eine Rechtfertigung über die VO 1370/2007 scheitern, käme eine Rechtfertigung als Koordinierungsbeihilfe im Sinne des **Art. 93 Alt. 1 AEUV** in Betracht. Es besteht aber ein hohes Risiko, dass die Kommission den Anwendungsbereich dieser Vorschrift für Ausgleichsleistungen für das Deutschlandticket nicht für eröffnet hält (hierzu unter II.2).

Eine Rechtfertigung der Ausgleichsleistungen als Gegenleistung für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nach **Art. 106 Abs. 2 AEUV** und dem DAWI-Rechtsrahmen kommt nicht in Betracht, weil der Anwendungsbereich der spezielleren VO 1370/2007 eröffnet ist (hierzu unter II.3).

Eine Rechtfertigung der Ausgleichsleistungen über die Legalausnahmen des **Art. 107 Abs. 2 AEUV** ist nicht möglich. Insbesondere kann ein pauschaler Höchsttarif für sämtliche Verbraucher nicht als Sozialbeihilfe angesehen werden (hierzu unter II.4.1).

Eine Rechtfertigung der Ausgleichsleistungen als Sektorbeihilfe im Sinne des **Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV** oder als Beihilfe für ein wichtiges Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse nach Art. 107 Abs. 3 lit. b Alt. 1 AEUV wäre abhängig von der Einschätzung der Kommission. Insoweit handelt es sich um Ermessensausnahmen. Es besteht jedoch ein erhebliches Risiko, dass die Kommission die genannten Tatbestände nicht anwenden würde (hierzu unter II.4.2). Ein wichtiges Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse setzt regelmäßig das Zusammenwirken mehrerer Mitgliedstaaten voraus (hierzu unter II.4.2.1). Sektorbeihilfen im Verkehrssektor wiederum sind durch Unionsrecht schon stark ausgeformt. Deshalb ist es unwahrscheinlich, dass die Kommission eine Beihilfe, die sich nicht durch speziellere Tatbestände rechtfertigen lässt, als Sektorbeihilfe anerkennen würde (hierzu unter II.4.2.2).

## 3. Sofern keine Rechtfertigung greift: Ändert sich die Beurteilung, wenn Fernbusanbieter in das Deutschlandticket einbezogen werden und Ausgleichsleistungen erhalten?

Die Einbeziehung der Fernbusanbieter würde an der beihilferechtlichen Beurteilung nichts ändern. Sie würde aller Voraussicht nach weder die Selektivität noch die mindestens potenzielle Wettbewerbsverfälschung entfallen lassen (hierzu unter III).

## 4. Wenn eine beihilferechtlich konforme Ausgestaltung des Deutschlandtickets nur durch die Einbeziehung der Fernbusanbieter möglich wäre, müssten dann auch die Anbieter von Schienenpersonenfernverkehren einbezogen werden?

Hier gilt das zur Einbeziehung der Fernbusanbieter zu Frage 3 Gesagte (hierzu unter IV).

## C. Rechtliche Würdigung

Es erscheint nicht unwahrscheinlich, dass die Kommission Ausgleichsleistungen zur Finanzierung des Deutschlandtickets tatbestandlich als Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV qualifizieren würde, soweit die hier unterstellte Begünstigung vorliegt (hierzu unter I). In diesem Fall können Sie trotzdem so ausgestaltet werden, dass sie beihilferechtlich gerechtfertigt sind (hierzu unter II). Die Beihilferechtskonformität wäre jedoch nicht herstellbar durch die Einbeziehung von Fernbusanbietern (hierzu unter III) und/oder Schienenfernverkehrsunternehmen (hierzu unter IV) in das Deutschlandticket.

### I. Beihilfentatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV

Die Ausgleichsleistungen zugunsten von Nahverkehrsunternehmen für das Deutschlandticket sind eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV, wenn sie Nahverkehrsunternehmen begünstigen und Anbietern von Personenfernverkehr im Sinne des § 42a PBefG (sogenannte Fernbusanbieter) nicht gewährt werden.

Nach Art. 107 Abs. 1 AEUV sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Art. 107 Abs. 1 AEUV enthält damit folgende einzeln zu prüfende Tatbestandsmerkmale. Nur wenn diese kumulativ erfüllt sind, liegt eine grundsätzlich verbotene Beihilfe vor:

- Es handelt sich um eine Maßnahme zugunsten eines Unternehmens.
- Die Maßnahme hat eine begünstigende Wirkung.
- Die Maßnahme ist aus staatlichen Mitteln finanziert.
- Die Maßnahme begünstigt bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige (Selektivität).
- Die Maßnahme ist geeignet, den Wettbewerb zu verfälschen und eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels hervorzurufen.

Die geplanten Ausgleichsleistungen betreffen Unternehmen (hierzu unter I.1). Wir unterstellen für die Zwecke dieses Gutachtens, dass eine begünstigende Wirkung nicht ausgeschlossen werden kann (hierzu unter I.2). Die Ausgleichsleistungen sind aus staatlichen Mitteln finanziert (hierzu unter I.3). Es ist nicht auszuschließen, dass die Kommission auch zu der Auffassung gelangen würde, dass die Ausgleichsleistungen selektiv i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV sind (hierzu unter I.4) und dass sie im Ergebnis geeignet wären, den Wettbewerb zu verfälschen und den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen (hierzu unter I.5 und I.6). Daher erscheint es im Ergebnis nicht unwahrscheinlich, dass die EU-Kommission Ausgleichsleistungen zur Finanzierung des Deutschlandtickets tatbestandlich als Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV qualifizieren würde, soweit die hier unterstellte Begünstigung vorliegt.

### 1. Maßnahme zugunsten von Unternehmen

Soweit die Ausgleichsleistungen Nahverkehrsunternehmen gewährt wird, kommt sie auch Unternehmen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV zugute. Dies gilt ungeachtet der Frage, in welcher Rechtsform die

Nahverkehrsunternehmen tätig sind. Denn Unternehmen im beihilferechtlichen Sinne ist jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit. Als wirtschaftliche Tätigkeit gilt jedes Anbieten von Gütern oder Dienstleistungen auf einem Markt. Hierfür genügt es, dass Leistungen in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, was für Verkehrsleistungen der Fall ist. Irrelevant ist, ob die Verkehrsleistungen auf Grundlage eines öffentlichen Dienstleistungsauftrag erbracht werden. Denn auch Tätigkeiten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse können als „wirtschaftlich“ zu qualifizieren sein. Auf die Rechtsform, die Art der Finanzierung oder das Vorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht kommt es nicht an.

## 2. Begünstigung

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH sind staatliche Beihilfen Maßnahmen gleich welcher Art, die mittelbar oder unmittelbar Unternehmen begünstigen oder die als ein wirtschaftlicher Vorteil anzusehen sind, den das begünstigte Unternehmen unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte.<sup>9</sup> Voraussetzung ist, dass der Empfänger einen geldwerten Vorteil erhält und diesem keine angemessene Gegenleistung gegenübersteht.<sup>10</sup>

Auf die Rechtsfrage, ob die Ausgleichsleistungen zugunsten von Nahverkehrsunternehmen eine Begünstigung im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV sind, gehen wir abstimmungsgemäß nicht vertieft ein. Für die Zwecke dieses Gutachtens wird unterstellt, dass sich eine Begünstigung nicht ausschließen lässt.

## 3. Staatliche Finanzierung

Die Ausgleichsleistungen werden aus staatlichen Mitteln geleistet, nämlich aus Haushaltsmitteln des Bundes und der Länder.

Vergünstigungen werden nur dann als Beihilfen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV eingestuft, wenn sie zum einen unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden und zum anderen dem Staat zuzurechnen sind.<sup>11</sup> Für die Zurechenbarkeit der Maßnahme zum Staat genügt es, dass öffentliche Stellen am Erlass der Maßnahme beteiligt waren.

Die Bereitstellung der Mittel für die Ausgleichsleistungen wird u. a. auf der Grundlage von noch zu schaffenden Regelungen im RegG erfolgen, sodass eine Zurechenbarkeit zum Staat gegeben ist. Daran ändert sich auch nichts, wenn der Ausgleich durch beauftragte Dritte durchgeführt wird. Denn Art. 107 Abs. 1 AEUV erfasst grundsätzlich auch Beihilfen, die von öffentlichen oder privaten Einrichtungen gewährt werden, die der Staat zur Verwaltung der Beihilfe benannt oder errichtet hat.<sup>12</sup>

## 4. Selektive Wirkung der Begünstigung

Es besteht ein Risiko, dass die Ausgleichsleistungen als selektive Begünstigung der Nahverkehrsunternehmen angesehen werden. Eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV liegt nur vor, wenn eine Begünstigung zugunsten „bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige“ wirkt. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist dazu zu prüfen, ob eine nationale Maßnahme im Rahmen einer bestimmten rechtlichen Regelung geeignet ist, „bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige“ gegenüber anderen Unternehmen oder Produktionszweigen zu begünstigen, die sich im Hinblick auf das mit der

---

<sup>9</sup> EuGH, Urteil vom 06.03.2018, Rs. C-579/16 P (FIH), Rn. 44, m.w.N.

<sup>10</sup> Arhold, in: MüKoEuWettbR, AEUV, 4. Auflage 2022, Art. 107, Rn. 136.

<sup>11</sup> EuGH, Urteil vom 19.12.2013, Rs. C-262/12, Rn. 16; Urteil vom 16.05.2002, Rs. C-482/99, Rn. 24.

<sup>12</sup> EuGH, Urteil vom 19.12.2013, Rs. C-262/12, Rn. 17; Urteil vom 30.05.2013, Rs. C-677/11 (Doux Élevage u. a.), Rn. 26; Urteil vom 17.03.1993, Rs. C-72/91 (Slooman Neptun), Rn. 19; Urteil vom 22.03.1977, Rs. 78/76 (Steinike und Weinlig), Rn. 21.

betreffenden Regelung verfolgte Ziel in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden.<sup>13</sup>

Nahverkehrsunternehmen und Fernbusanbieter unterscheiden sich sowohl in tatsächlicher (hierzu unter I.4.1) als auch in rechtlicher Hinsicht (hierzu unter I.4.2). Angesichts der regelmäßig weiten Auslegung des Selektivitätsbegriffs durch Kommission und europäische Gerichte besteht dennoch das Risiko, dass die Ausgleichsleistungen als selektiv angesehen werden (hierzu unter I.4.3).

#### 4.1. Vergleich der tatsächlichen Situation von Nahverkehrsunternehmen und Fernbusanbietern

In tatsächlicher Hinsicht unterscheiden sich Nahverkehrsunternehmen und Fernbusanbieter. Das Strecken- und Haltestellennetz<sup>14</sup> der Nahverkehrsunternehmen ist deutlich dichter und weiter verzweigt als das der Fernbusanbieter. Soweit beide regionale und überregionale Verbindungen auf einer Strecke von mehr als 50 Kilometern anbieten, zeichnen sich die Leistungen der Nahverkehrsunternehmen durch deutlich mehr Zwischenhalte aus. Dadurch bieten die Nahverkehrsunternehmen je nach Kundenbedarf auf derselben Fahrt sowohl Verbindungen zwischen benachbarten Stationen als auch Verbindungen zwischen weiter voneinander entfernt liegenden Orten an. Zudem können Züge der Nahverkehrsunternehmen regelmäßig deutlich mehr Fahrgäste fassen als die Reisebusse der Fernbusanbieter, sodass sie mit ihren Angeboten mehr Kunden ansprechen können. Die Unterschiede zeigen sich auch anhand der Beurteilung der Substituierbarkeit der angebotenen Leistungen aus Sicht der Kunden, wenngleich Überschneidungen nicht ausgeschlossen sind (siehe zu den Merkmalen der Marktabgrenzung im Einzelnen unter I.5.1).

#### 4.2. Vergleich der rechtlichen Situation von Nahverkehrsunternehmen und Fernbusanbietern

In rechtlicher Hinsicht unterscheiden sich Nahverkehrsunternehmen von Fernbusanbietern, indem sie eine Dienstleistung der öffentlichen Daseinsvorsorge erbringen, die rechtlich besonders geregelt ist.

Die Sicherstellung einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im ÖPNV ist eine Aufgabe der Daseinsvorsorge, § 1 Abs. 1 RegG. Länder und Kommunen sind Aufgabenträger, müssen also eine „ausreichende“ Bedienung sicherstellen. Hieraus ergibt sich nicht nur eine Vielzahl rechtlich geregelter – und europarechtlich durch die VO 1370/2007 zugelassener – Möglichkeiten der öffentlichen Finanzierung von Nahverkehrsunternehmen, die bestimmte Strecken nicht wirtschaftlich betreiben können. Darüber hinaus können Aufgabenträger – insbesondere im Rahmen öffentlicher Dienstleistungsaufträge – Einfluss nehmen auf die Tarifgestaltung, die Häufigkeit angebotener Fahrten und die technische Ausstattung der genutzten Verkehrsmittel. Schließlich unterliegt gerade der von den Fernbusanbietern als vermeintlich gleichartig bezeichnete SPNV einem eigenen, speziellen und strengen Rechtsrahmen nach dem AEG, der Fernbusanbieter nicht erfasst.

Fernbusanbieter fallen in den Anwendungsbereich des PBefG und unterliegen daher wie die dort regulierten Nahverkehrsunternehmen einer Betriebs- und einer Beförderungspflicht nach §§ 21, 22 PBefG, sodass sie ihre Leistungen öffentlich zugänglich machen müssen. Gleichwohl ist der rechtliche Rahmen für die Erbringung von Leistungen zur Erfüllung des Daseinsvorsorgeauftrags im ÖPNV wesentlich ausdifferenzierter. Aufgrund ihrer Rechtspflicht, zwischen zwei Haltestellen mehr als 50 Kilometer zurückzulegen (§ 42a PBefG), fallen Fernbusanbieter nicht unter den Begriff des ÖPNV. Denn Personenbeförderung im ÖPNV ist gegeben, wenn im Zweifel in der Mehrzahl der Beförderungsfälle eines Ver-

---

<sup>13</sup> EuGH, Urteil vom 28.07.2011, C-403/10 P (Mediaset/Kommission), Rn. 36; Urteil vom 14.01.2015, C-518/13 (Eventech), Rn. 55.

<sup>14</sup> Der Begriff „Haltestelle“ wird im Folgenden auch synonym für den Begriff „Haltepunkt“ verwendet.

kehrsmittels die gesamte Reiseweite 50 Kilometer oder die gesamte Reisezeit eine Stunde nicht übersteigt (für alle Nahverkehrsunternehmen § 2 Satz 2 RegG, für die vom PBefG erfassten Nahverkehrsunternehmen § 8 Abs. 1 Satz 2 PBefG, für Eisenbahnverkehrsunternehmen § 2 Abs. 12 Satz 2 AEG).

Fernbusanbieter werden im PBefG-Genehmigungsverfahren vom Gesetzgeber nach §§ 12 Abs. 1 Satz 2, 12 Abs. 8, 13 Abs. 2 Satz 2, 14 Abs. 5 Satz 2 und 45 Abs. 2 Nr. 1 und 2 PBefG privilegiert. Auch wenn Fernbusanbieter ihren Verkehr einstellen wollen, bedürfen sie keiner Entbindung von ihrer Betriebspflicht durch die Genehmigungsbehörde, § 21 Abs. 4 PBefG. Eine Anzeige bei der Genehmigungsbehörde ist ausreichend, um nach drei Monaten den Verkehr einstellen zu dürfen, § 21 Abs. 5 PBefG. In diesem Fall kann der Einstellung des Verkehrs kein öffentliches Verkehrsinteresse entgegengehalten werden. Diese Erleichterungen unterstreichen die rechtliche Unterscheidung zwischen ÖPNV-Leistungen der Nahverkehrsunternehmen und den Leistungen der Fernbusanbieter.

#### 4.3. Risiko aufgrund weiter Auslegung des Selektivitätsbegriffs

Trotz der nachgewiesenen tatsächlichen und rechtlichen Unterschiede zwischen Nahverkehrsunternehmen und Fernbusanbietern ist nicht auszuschließen, dass Kommission und EuGH die selektiv begünstigende Wirkung der Ausgleichsleistungen bejahen. Kommissionspraxis und Rechtsprechung legen das Merkmal uneinheitlich aus. In bestimmten Fällen wurde die Selektivität aufgrund großer rechtlicher Unterschiede verneint, während in der Tendenz eine großzügige Interpretation zugrunde gelegt wird.

So hat der EuGH etwa nicht für ausgeschlossen gehalten, dass eine staatliche Begünstigung durch das Privileg der Nutzung von Busspuren durch „London-Taxis“ gegenüber sonstigen Funkmietwagen nicht selektiv begünstigend wirkt, weil nur erstere *„aufgrund ihres rechtlichen Status auf offener Straße zur Anmietung angeboten werden können, einer Beförderungspflicht unterliegen und erkennbar und in der Lage sein müssen, Rollstuhlfahrer zu befördern und ihre Fahrer ihre Dienstleistungen mit einem Taxameter in Rechnung stellen und über besonders gründliche Kenntnisse der Stadt London verfügen müssen“*.<sup>15</sup>

Auf der anderen Seite hat die Kommission im Bereich der Verkehrsdienstleistungen die Selektivität einer staatlichen Maßnahme beispielsweise in Fällen großzügig ausgelegt und bejaht, in denen diese nur solchen Speditionen und Logistikunternehmen zugutekam, die Fracht von der Straße zur Binnenschiffahrt oder auf die Schiene transportierten,<sup>16</sup> oder die auf bestimmte Segmente des Marktes für Verkehrsdienstleistungen (Schienengüterverkehr) beschränkt waren.<sup>17</sup> In diesen Fällen wurden die tatsächlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen nicht näher geprüft. Auch der EuGH hat in einer großzügigeren Auslegung der Selektivität anerkannt, dass eine selektive Begünstigung selbst dann vorliegen kann, wenn sie einen ganzen Wirtschaftssektor betrifft,<sup>18</sup> beispielsweise den Bankensektor.<sup>19</sup> Nach dieser Rechtsprechung, die nicht im Detail zwischen tatsächlichen und rechtlichen Unterschieden innerhalb des betroffenen Wirtschaftssektors differenziert, könnten die Ausgleichsleistungen allerdings selbst dann als selektiv angesehen werden, wenn die Fernbusanbieter einbezogen würden. Sie müssten dann erst recht selektiv sein, solange sie Fernbusanbietern nicht zugutekommen.

Vor diesem Hintergrund verbleibt ein Risiko, dass Kommission und EuGH die bestehenden tatsächlichen und rechtlichen Unterschiede zwischen Nahverkehrsunternehmen und Fernbusanbietern nicht im

---

<sup>15</sup> EuGH, Urteil vom 14.01.2015, C-518/13 (Eventech), Rn. 60.

<sup>16</sup> Kommission, Entscheidung vom 24.10.2022, SA.100463, Rn. 40.

<sup>17</sup> Kommission, Entscheidung vom 25.07.2012, SA.33993, Rn. 31.

<sup>18</sup> EuGH, Urteil vom 17.6.1999, Rs. C-75/97 (Belgien/Kommission), Rn. 33; Urteil vom 15.12.2005, Rs. C-148/04 (Unicredito Italiano SpA/Agenzia delle Entrate, Ufficio Genova 1), Rn. 45.

<sup>19</sup> EuGH, Urteil vom 15.12.2005, Rs. C-148/04 (Unicredito Italiano SpA/Agenzia delle Entrate, Ufficio Genova 1), Rn. 46.

Einzelnen würdigen und stattdessen die Selektivität aufgrund der gemeinsamen Zugehörigkeit zum Personenbeförderungssektor bejahen.

## 5. Wettbewerbsverfälschung

Sofern man unterstellt, dass die Ausgleichsleistungen selektiv begünstigend wirken, ist davon auszugehen, dass Kommission und EuGH zu dem Ergebnis kommen, dass diese drohen, den Wettbewerb zwischen begünstigten Nahverkehrsunternehmen und nicht begünstigten Fernbusanbietern zu verfälschen.

Eine Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV liegt nur dann vor, wenn die Begünstigung den „Wettbewerb verfälscht“ oder zu „verfälschen droht“. Eine (drohende) Wettbewerbsverfälschung ist anzunehmen, wenn eine vom Staat gewährte Maßnahme geeignet ist, die Wettbewerbsposition des Empfängers gegenüber seinen Wettbewerbern zu verbessern.<sup>20</sup> Das ist nur der Fall, wenn die Maßnahme in ein bestehendes oder entstehendes Wettbewerbsverhältnis zwischen Unternehmen eingreift und damit den Ablauf des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt verändert oder die Chancengleichheit zwischen miteinander in Wettbewerb stehenden Unternehmen manipuliert.<sup>21</sup> Bezugspunkt für die Prüfung ist der Zeitpunkt vor Erlass der staatlichen Maßnahme.

Die Kommission prüft in ihrer Entscheidungspraxis zur Wettbewerbsverfälschung, ob das begünstigte Unternehmen zu anderen Unternehmen auf liberalisierten Märkten im Wettbewerb steht.<sup>22</sup> Die Wettbewerbsverfälschung ist also nicht abstrakt, sondern nur in Bezug auf einen bestimmten, den relevanten Markt feststellbar. Für die Beurteilung des relevanten Marktes greifen die Kommission und der EuGH auf das Bedarfsmarktkonzept zurück. Danach bestimmt sich der relevante Markt nach der funktionellen Austauschbarkeit von Gütern und Leistungen. Ihren Standpunkt zur Bestimmung des relevanten Marktes hat die Kommission in einer eigens dazu erlassenen Bekanntmachung<sup>23</sup> dargelegt, die in Beihilfesachen ebenfalls heranzuziehen ist. Allerdings stehen nach den Ausführungen der Kommission im Beihilferecht stärker der Beihilfeempfänger und der von einer staatlichen Maßnahme betroffene Wirtschaftszweig im Vordergrund, weniger dagegen die präzise Feststellung der Wettbewerbskräfte.<sup>24</sup> Vor diesem Hintergrund nimmt die Kommission in beihilferechtlichen Prüfungen regelmäßig keine umfangreiche Marktabgrenzung vor, sondern beschränkt sich auf Plausibilitätserwägungen.<sup>25</sup> EuG und EuGH bestätigen diese Praxis: Eine ökonomische Analyse der tatsächlichen Situation auf den relevanten Märkten (und überhaupt eine Abgrenzung der relevanten Märkte<sup>26</sup>), der Marktanteile der Begünstigten, der Marktstellung der Wettbewerber und der Handelsströme zwischen Mitgliedstaaten ist danach nicht erforderlich.<sup>27</sup>

Die von den Fernbusanbietern behauptete Wettbewerbsverfälschung besteht im Ergebnis aber auch danach nur, wenn sie zu den begünstigten Nahverkehrsunternehmen in einem Wettbewerbsverhältnis stehen, das durch die Ausgleichsleistungen verfälscht wird oder verfälscht zu werden droht. Die Beur-

---

<sup>20</sup> EuGH, Urteil vom 17.09.1980, Rs. 730/79, (Philip Morris Holland BV/Kommission), Rn. 11.

<sup>21</sup> Koenig/Försch, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 107 AEUV, Rn. 101.

<sup>22</sup> Kommission, Entscheidung vom 24.10.2022, SA.100463, Rn. 41.

<sup>23</sup> Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, vom 09.12.1997, 97/C 372/03.

<sup>24</sup> Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft vom 09.12.1997, 97/C 372/03, I.1., dort Fußnote 1 und II.11. bis 12.; ähnlich auch: Leitlinien der Kommission für staatliche Beihilfen mit regionaler Zielsetzung 2007-2013 vom 04.03.2006, 2006/C 54/08, S. 13 f., Rn. 69.

<sup>25</sup> Bartosch, EU-BeihilfenR, 3. Auflage 2020, Art. 107 Abs. 1, Rn. 215.

<sup>26</sup> So EuG, Urteil vom 08.01.2015, Rs. T-58/13, Rn. 89.

<sup>27</sup> So EuG, Urteil vom 08.01.2015, Rs. T-58/13, Rn. 89.

teilung, ob ein Wettbewerbsverhältnis gegeben ist, erfordert damit „einzelfallbezogene Marktabgrenzung“<sup>28</sup> (hierzu unter I.5.1). Soweit Fernbusanbieter im Wettbewerb zu begünstigten Nahverkehrsunternehmen stehen, ist im zweiten Schritt zu prüfen, ob der Wettbewerb durch die Begünstigung verfälscht wird, bzw. verfälscht zu werden droht (hierzu unter I.5.2).

## 5.1. Marktabgrenzung

Begünstigte Nahverkehrsunternehmen und nicht begünstigte Fernbusanbieter sind jedenfalls teilweise auf demselben Markt tätig. Die Marktabgrenzung ist anhand des „sachlich“ (hierzu unter I.5.1.1) und „räumlich“ relevanten Marktes (hierzu unter I.5.1.2) vorzunehmen. Daraufhin wird der relevante Markt in seiner Gesamtheit durch die Kombination beider Faktoren bestimmt (hierzu unter I.5.1.3).<sup>29</sup>

### 5.1.1. Sachlich relevanter Markt

Ob Unternehmen ihre Leistungen auf demselben sachlichen Markt anbieten, bestimmt sich nach dem oben genannten „Bedarfsmarktkonzept“.<sup>30</sup> Zu prüfen ist, ob Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen von Kunden hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar (substituierbar) angesehen werden.<sup>31</sup> Unter Berücksichtigung ökonomischer, sozioökonomischer und regulatorischer Merkmale einer Leistung prüft die Kommission die Austauschbarkeit aus Sicht des Kunden anhand folgender Kriterien:

- Merkmale und Verwendungszweck (hierzu unter 5.1.1.1),
- Substitution in jüngster Vergangenheit (hierzu unter 5.1.1.2),
- Preiselastizität (hierzu unter 5.1.1.3),
- Standpunkt von Kunden und Wettbewerbern (hierzu unter 5.1.1.4),
- Kundenpräferenzen (hierzu unter 5.1.1.5),
- Substitutionsschranke und Kosten der Nachfragesubstitution (hierzu unter 5.1.1.6),
- unterschiedliche Kundengruppen (hierzu unter 5.1.1.7).<sup>32</sup>

Im Einzelnen:

#### 5.1.1.1. Merkmale und Verwendungszweck des Produkts

Aufgrund von Überschneidungen der Merkmale und des Verwendungszwecks der Produkte von Nahverkehrsunternehmen und Fernbusanbietern, ist davon auszugehen, dass die Leistungen teilweise auf demselben sachlichen Markt angeboten werden. Dies ergibt sich methodisch aus der Prüfung, wie Kunden auf eine Änderung der Marktlage reagieren.<sup>33</sup>

---

<sup>28</sup> Koenig/Förtsch, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 107 AEUV, Rn. 107.

<sup>29</sup> Zur zweigliedrigen Prüfung vgl. Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft vom 09.12.1997, 97/C 372/03, II.7. bis 9.

<sup>30</sup> Koenig/Förtsch, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 107 AEUV, Rn. 107.

<sup>31</sup> Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft vom 09.12.1997, 97/C 372/03, II.7.

<sup>32</sup> Zu den einzelnen Merkmalen vgl. Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft vom 09.12.1997, 97/C 372/03, III.35. ff. Gemäß Fn. 1 dieser Bekanntmachung können die aufgestellten Kriterien auch für die Bewertung staatlicher Beihilfen herangezogen werden.

<sup>33</sup> Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft vom 09.12.1997, 97/C 372/03, III.36.

Als relevante Marktleistung anzusehen sind die von Nahverkehrsunternehmen und Fernbusanbietern angebotenen Beförderungsleistungen.<sup>34</sup> Zur Ermittlung der Substituierbarkeit einer Leistung am Markt sind **Merkmale** und **Verwendungszweck** des jeweiligen Produkts zu untersuchen.<sup>35</sup>

Diese legen nach einem Vergleich den Schluss nahe, dass eine Substituierbarkeit nicht ohne Weiteres gegeben ist.

Der **Verwendungszweck** der Leistungen von Fernbus- und Nahverkehrsunternehmen unterscheidet sich im Ganzen deutlich. Nahverkehrsunternehmen gewährleisten viele Anbindungs- und Anschlussmöglichkeiten bei gleichzeitig möglichst hoher Zuverlässigkeit und Pünktlichkeit („Basismobilität“). Fernbusanbieter hingegen stehen für eine komfortable und schnelle Beförderungsleistung zwischen Start- und Zielort („Komfortmobilität“). So sehen Kunden gemäß einer Studie des Umweltverbands Verkehrsclub Deutschland e.V. („VCD“) als relevante Alternative zum Fernlinienbus nur das eigene Auto (knapp 60 Prozent) oder die Fernbahn (rund 55 Prozent) an.<sup>36</sup> Auch die Beförderungszahlen zeigen, dass Nahverkehrsunternehmen den Basisbedarf an Mobilität in großem Umfang decken, während Fernbusanbieter speziellere Bedürfnisse befriedigen. So waren im Jahr 2019 2,77 Milliarden Fahrgäste im SPNV in Deutschland unterwegs (S-Bahnen sind inbegriffen). Hinzu kamen 4,13 Milliarden Fahrgäste in U- und Straßenbahnen. Der größte deutsche Fernbuslinienbetreiber hat demgegenüber im Jahr 2019 weltweit 62 Millionen Kunden transportiert.<sup>37</sup> Das Verhältnis verdeutlicht die große Alltagsrelevanz der Nahverkehrsunternehmen für deren Kunden. Eine Überschneidung im Verwendungszweck kann daher nur angenommen werden, wo dieselben Stationen angefahren werden.

Eine Betrachtung typischer gleichwohl nicht abschließend aufgezählter **Merkmale** von Leistungen der Nahverkehrsunternehmen und Fernbusanbieter zeigt ebenfalls, dass sich angebotene Leistungen nur in Teilen überschneiden:

- Unter dem Merkmal „**Ticketpreis**“ erweisen sich die Leistungen auf Strecken zwischen denselben Start- und Zielorten als ähnlich. Während Fernbusanbieter teils niedrigere Preise anbieten, muss der Kunde bei kurzfristiger Buchung von Fernbusreisen Preissprünge um mehr als das Dreifache gegenüber Frühbuchern einkalkulieren. Demgegenüber sind ÖPNV-Tarife unabhängig von der konkreten Nachfrage stabil. Ein einheitlicher Vergleichsmaßstab ist nicht ohne Weiteres zu ermitteln. Die durchschnittlichen Ticketpreise für Fernbusreisen lagen im Jahr 2017 bei EUR 25,59.<sup>38</sup> Demgegenüber kann ein durchschnittlicher Ticketpreis im Bereich des ÖPNV wegen der Vielzahl an Tarifen und Tarifzonen nicht gebildet werden. Stellt man etwa auf den SPNV ab, bietet die Deutsche Bahn AG ein „Länder-Ticket“ (je nach Bundesland ab EUR 21 bis EUR 45,70), ein „Verbundticket“ (Preis variabel, abhängig von den jeweiligen Nahverkehrsunternehmen) oder ein „Quer-durch-Deutschland-Ticket“ (ab EUR 42) an. Diese Ticketoptionen ermöglichen teilweise die Nutzung mit mehreren Personen, sodass etwa mit dem „Quer-durch-Deutschland-Ticket“ am Geltungstag das gesamte Bundesgebiet mit dem Nahverkehr für einen Beförderungspreis von EUR 14 pro Person bereist werden kann. Zudem kann der Ticketpreis durch die Wahl eines Monats- oder Jahresabonnements oder aber etwa einer Rabattkarte beeinflusst werden. Dazu kommen teils abweichende Preise und Tarife der privaten Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU). Aufgrund dieser Vielfalt bietet es sich an, auf konkrete Vergleichsstrecken abzustellen. So zahlt der Kunde im SPNV sowohl für die Strecke von Berlin nach

<sup>34</sup> Für die jeweilige Verbindung im Schienen- und Luftverkehr als relevanten Markt siehe Füller, in: MüKoEuWettbR, AEUV, 3. Auflage 2020, Art. 102, Rn. 186.

<sup>35</sup> Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft vom 09.12.1997, 97/C 372/03, III.36.

<sup>36</sup> VCD Bahntest 2014/2015: Die Bahn im Vergleich mit Fernlinienbus und Auto, S. 21, abrufbar unter [https://www.vcd.org/fileadmin/user\\_upload/Redaktion/Publikationsdatenbank/Bahn/VCD\\_Bahntest\\_2014-2015.pdf](https://www.vcd.org/fileadmin/user_upload/Redaktion/Publikationsdatenbank/Bahn/VCD_Bahntest_2014-2015.pdf) (Abruf 29.11.2022).

<sup>37</sup> Siehe Flix SE, abrufbar unter <https://www.flixbus.de/unternehmen/presse/flixbus-feiert-siebten-geburtstag> (Abruf 02.12.2022).

<sup>38</sup> Daten von Statista, abrufbar unter <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/666555/umfrage/ticketpreise-fernbuslinien-in-deutschland/> (Abruf 25.11.2022).



Hamburg als auch für die Strecke von Berlin nach Stralsund als Einzelfahrt ohne Rabatt oder Gruppeneffekte zurzeit EUR 42.<sup>39</sup> Bei dem Marktführer im Bereich von Fernbusreisen kostet die Strecke von Berlin nach Hamburg den Kunden zwischen EUR 11,99 und EUR 39,99; die Fahrt von Berlin nach Stralsund mindestens EUR 18,99.<sup>40</sup>

- Im Vergleich der Strecken- und Haltestellennetze verfügen Nahverkehrsunternehmen insgesamt über ein umfassenderes, deutlich stärker verzweigtes und dichteres Streckennetz als Fernbusanbieter. So bot der Marktführer im Bereich von Fernbusreisen, Flix SE, nach eigenen Angaben im November 2022 Fahrten zu insgesamt rund 3.000 Zielorten in 39 Ländern an, die sich über Deutschland, Europa sowie die Vereinigten Staaten verteilen.<sup>41</sup> Demgegenüber verfügt der SPNV in Deutschland laut den von „Allianz pro Schiene e.V.“ veröffentlichten Informationen über 5.700 Bahnhöfe;<sup>42</sup> insgesamt bestehen sogar 130.000 Haltestellen, die dem öffentlichen Verkehr dienen.<sup>43</sup> Damit leben in Deutschland 88 Prozent der Bevölkerung in einer Luftliniendistanz von 600 Metern zur nächsten Bushaltestelle bzw. 1,2 Kilometern zum nächsten Bahnhof mit mindestens 20 Fahrtmöglichkeiten.<sup>44</sup> Allerdings ist die Zahl der Linien, die längere Distanzen durchgehend verbinden, überschaubar und zudem charakterisiert durch zahlreiche Haltestellen. So hat etwa die Strecke des Regionalexpresses 2 von Cottbus nach Wismar mit 365 Kilometern 58 Haltestellen.<sup>45</sup>
- 88 Prozent der Bevölkerung können den Nahverkehr einmal pro Stunde und Richtung zwischen 7 und 17 Uhr (Werktags) nutzen<sup>46</sup>, sodass der Nahverkehr insgesamt auch eine höhere Verbindungsfrequenz bietet als der Fernbuslinienverkehr.

Nahverkehrsunternehmen können im Gegensatz zu Fernbusanbietern auch im Vor- oder Nachlauf einer Beförderung oftmals Anschlüsse im Rahmen desselben Tarifs gewährleisten. So ist zum einen das Verkehrsangebot im Schienenpersonenfernverkehr direkt oder über Anschlussverbindungen auf die vollständige Abdeckung des Bundesgebietes ausgerichtet. Kunden dürfen das Angebot im Schienenpersonenfern- und -nahverkehr in der Regel einheitlich wahrnehmen, auch da hier entsprechende Tarifangebote bestehen, d.h. im Vor- oder Nachlauf einer Fernverkehrsverbindung erfolgt eine Fahrt im SPNV. Zudem besteht etwa die Möglichkeit, auf U-Bahnen, Straßenbahnen und Busse sowie Angebote im Bereich des Car- und Bikeshareings zurückzugreifen. Auch sind häufig weitere infrastrukturelle Einrichtungen an Bahnhöfen vorhanden, wie etwa Polizeistationen, Taxisstände oder auch gastronomische Angebote.

Die gute Erreichbarkeit und die gute Anbindung im Vor- bzw. Nachlauf einer Beförderung mit dem ÖPNV begründen dessen besonders hohen Mobilitätsfaktor. Demgegenüber verbinden Fernbusreisen in aller Regel Reiseziele bilateral, ohne aber den Vor- und Nachlauf einer solchen Reise in ein weiteres Verbundsystem zu integrieren.

<sup>39</sup> Auskunft nach „DB Reiseauskunft“ für Montag, den 28.11.2022 (Abruf 25.11.2022).

<sup>40</sup> Auskunft nach <https://www.flixbus.de/> für Montag, den 28.11.2022 (Abruf 25.11.2022).

<sup>41</sup> Information abrufbar unter <https://www.flixbus.de/> (Abruf 24.11.2022).

<sup>42</sup> Angaben des Vereins „Allianz pro Schiene e.V.“, Information abrufbar unter <https://www.allianz-pro-schiene.de/themen/infrastruktur/bahnhoeefe/#header6> (Abruf 24.11.2022).

<sup>43</sup> Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung, BSSR-Analysen Kompakt 08/2018, Angebotsqualitäten und Erreichbarkeiten im öffentlichen Verkehr, S. 1 (Abruf 20.12.2022).

<sup>44</sup> Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung, BSSR-Analysen Kompakt 08/2018, Angebotsqualitäten und Erreichbarkeiten im öffentlichen Verkehr, S. 1 (Abruf 20.12.2022).

<sup>45</sup> Angaben Ostdeutsche Eisenbahn GmbH, abrufbar unter [https://www.odeg.de/fileadmin/user\\_upload/Unternehmensseite/ihre-ODEG/service/fahrplanabweichung/WEB\\_RE2\\_JUN2021\\_650x400.pdf](https://www.odeg.de/fileadmin/user_upload/Unternehmensseite/ihre-ODEG/service/fahrplanabweichung/WEB_RE2_JUN2021_650x400.pdf) (Abruf 02.12.2022).

<sup>46</sup> Bund-Länder Demografie Portal, Mobilität in Deutschland: Sind Bus und Bahn eine Alternative zum Auto? (Blogbeitrag), abrufbar unter <https://www.demografie-portal.de/DE/Service/Blog/181203-Mobilitaet-in-Deutschland-Sind-Bus-und-Bahn-eine-Alternative-zum-Auto.html> (Abruf 25.11.2022).

- Hinsichtlich der **Beförderungsdauer** zeigt ein Stichprobenvergleich zwischen dem ÖPNV und dem Fernbusverkehr, dass die Fahrzeiten ungeachtet streckenabhängiger Unterschiede nicht mehr als eine Stunde voneinander abweichen. So beträgt beispielsweise derzeit die kürzeste Fahrdauer mit dem SPNV zwischen Berlin und Hamburg 4 Stunden und 5 Minuten.<sup>47</sup> Demgegenüber benötigt ein Fernbus des Marktführers im Bereich der Fernbusreisen für diese Strecke rd. 3 Stunden und 10 Minuten.<sup>48</sup> Für die Strecke von Berlin nach Stralsund hingegen benötigt man mit dem SPNV 3 Stunden und 13 Minuten,<sup>49</sup> mit dem Fernbus 3 Stunden und 55 Minuten.<sup>50</sup> Zu berücksichtigen ist hierbei, dass die Beförderung mit dem SPNV im Gegensatz zur Beförderung mit dem Fernbus nicht auf die schnellstmögliche Beförderung zum Ziel ausgelegt ist. Während der Fernbus mit einer zulässigen Höchstgeschwindigkeit auf Autobahnen mit 100 km/h verkehren, liegt die Höchstgeschwindigkeit im SPNV zwischen 120 km/h und 200 km/h. Beide Verkehrsmittel verkehren jedoch durchschnittlich mit einer Reisegeschwindigkeit von 80 km/h. Im Fall des SPNV liegt die längere Fahrdauer allerdings an der hohen Zahl der Haltestellen. Demgegenüber sind Fernbusreisen mit deutlich weniger Zwischenhalten verbunden.
- Unter dem Gesichtspunkt der **Zuverlässigkeit** zeigen Erhebungen, dass Fernbusanbieter unpunktlicher sind als Nahverkehrsunternehmen. Eine Datenanalyse des Südwestdeutschen Rundfunks 2019 zeigt, dass jeder zweite Bus des Marktführers im Bereich Fernbusreisen eine Verspätung von mehr als 15 Minuten hat.<sup>51</sup> Im SPNV – hier am Beispiel der Deutschen Bahn AG<sup>52</sup> – kamen im Oktober 2022 knapp 90 Prozent der Züge im Personenverkehr zur fahrplanmäßigen Ankunftszeit plus maximal 5,59 Minuten an,<sup>53</sup> wobei sich dieser Wert zu den Vormonaten aufgrund einer sehr hohen Auslastung des Netzes, intensiven Bautätigkeiten und externen Störfaktoren (Sabotage der Infrastruktur) sogar verschlechtert hat.<sup>54</sup> Verspätungen von Fahrten der SPNV-Anbieter betragen also regelmäßig nur etwa ein Drittel der Fernbusverspätungen. Diese Abweichung kann sich aus Sicht des Kunden erheblich auswirken. So dürfte beispielsweise der ÖPNV im Zubringerverkehr zu den Flughäfen insbesondere im Fernflugbereich aufgrund seiner fahrplanmäßigen Zuverlässigkeit und damit guten Planbarkeit der Anreise zu den Flughäfen ein Kundenspektrum erreichen, das ansonsten mit dem Pkw oder Anschlussflügen im Kurzstreckenbereich reisen würde.
- Hinsichtlich des Reisekomforts sind Fernbusse auf Fernreisen ausgelegt, die Verkehrsmittel der Nahverkehrsunternehmen regelmäßig auf kürzere Reisen. Weiterhin ist im SPNV für den **Komfort** die klassische Angebotsdifferenzierung das Angebot von zwei Wagenklassen in einem Zug prägend. Die sogenannte „1. Klasse“ zeichnet sich durch weniger Sitze im Wagen, mehr Raumangebot und ein höherwertiges Interieur aus. Die sogenannte „2. Klasse“ wird als Standardangebot verstanden, mit mehr Sitzen je Wagen, dadurch geringerem Raumangebot und ohne inkludierte Zusatzleistungen. Über ein mit dem differenzierten Komfortangebot des Schienenpersonenfernverkehrs vergleichbares Angebot verfügt der Fernbusverkehr nicht. Der Marktführer im Bereich Fernbusreisen unterscheidet lediglich zwischen Plätzen mit Frontsicht („Pano-

<sup>47</sup> Auskunft nach „DB Reiseauskunft“ für Montag, den 28. 11.2022 (Abruf 25.11.2022).

<sup>48</sup> Auskunft nach <https://www.flixbus.de/>, für Montag, den 28.11.2022 (Abruf 25.11.2022).

<sup>49</sup> Auskunft gemäß „DB Reiseauskunft“ für Montag, den 28.11.2022 (Abruf 25.11.2022).

<sup>50</sup> Auskunft gemäß <https://www.flixbus.de/> für Montag, den 28.11.2022 (Abruf 25.11.2022).

<sup>51</sup> Artikel des SWR3 vom 19.12.2019, abrufbar unter <https://www.swr3.de/aktuell/flixbus-meistens-unpntlicher-als-die-bahn-100.html> (Abruf 24.11.2022).

<sup>52</sup> Die Statistik umfasst alle durch die Deutsche Bahn AG durchgeführten Fahrten im „Personenverkehr“ im Monat Oktober 2022, damit also nach diesseitigem Verständnis die Geschäftsfelder DB Fernverkehr und DB Regio.

<sup>53</sup> Daten von Statista, abrufbar unter <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/202122/umfrage/puenktlichkeit-der-zuege-der-deutschen-bahn/#:~:text=Knapp%2090%20Prozent%20der%20Z%C3%BCge,plus%20maximal%2015%2C59%20Minuten> (Abruf 24.11.2022).

<sup>54</sup> Erläuterung der DB AG zu den Pünktlichkeitswerten im Oktober 2022, abrufbar unter [https://www.deutschebahn.com/de/konzern/konzernprofil/zahlen\\_fakten/puenktlichkeitswerte-6878476](https://www.deutschebahn.com/de/konzern/konzernprofil/zahlen_fakten/puenktlichkeitswerte-6878476) (Abruf 24.11.2022).

rama“), Plätzen mit Tisch sowie den Standardplätzen („Classic“). Faktoren wie etwa die Beinfreiheit sind nicht variabel. Die verfügbaren Komfortleistungen unterscheiden sich nach dem Vorstehenden allerdings dem Grunde nach erheblich.

Mit dem Faktor Komfort geht einher, dass bei Beförderungsfahrten im SPNV Zugbegleiter und in Ergänzung Sicherheitsdienste eingesetzt werden, die neben der Kontrollfunktion auch eine Servicefunktion ausfüllen und dabei insbesondere nicht gleichzeitig auch verantwortlich für die eigentliche Beförderung mit dem Reisemittel sind. Bei Fernbusreisen füllt hier der Fahrer oder die Fahrerin eine Doppelrolle aus.

An Reisegepäckstücken darf sowohl im SPNV als auch im Fernbusreiseverkehr jeweils ein Handgepäckstück und ein großes Gepäckstück mitgeführt werden.<sup>55</sup> Beim Marktführer für Fernbusreisen in Deutschland kann zusätzlich ein weiteres Gepäckstück für aktuell EUR 3,99 hinzugebucht werden.<sup>56</sup>

- Hinsichtlich der **Barrierefreiheit** bringt der ÖPNV für mobilitätsbeeinträchtigte Menschen im Vergleich zur Fernbusreise ein erhöhtes Maß an Komfort und Flexibilität mit sich. Bei beiden Beförderungsarten sind zwar mobilitätseingeschränkte Menschen grundsätzlich auf Hilfe durch Dritte angewiesen, sodass spontanes Reisen erschwert wird. Insbesondere im SPNV sind spezielle Plätze für Rollstuhlfahrer vorhanden, die Toiletten ebenerdig zu erreichen und geräumig. Demgegenüber stellt für mobilitätsbeeinträchtigte Menschen eine Fahrt mit dem Fernbus in den meisten Fällen ein größeres Hindernis dar. Zwar verpflichtet § 42b Nr. 2 PBefG die Fernbuslinienbetreiber dazu, Kraftomnibusse nur dann einzusetzen, wenn diese „mit mindestens zwei Stellplätzen für Rollstuhlfahrer ausgerüstet sind“.<sup>57</sup> Der Höhenunterschied beim Einstieg in den Bus und die schwer zugänglichen Toiletten ist hierbei aber weiterhin problematisch.<sup>58</sup> Zudem ist die Mitnahme und Nutzung des Rollstuhls im Fahrgastraum beispielsweise beim Marktführer für Fernbusreisen in Deutschland nach eigenen Angaben weiterhin nur auf „einer begrenzten Anzahl an Buslinien“ möglich.<sup>59</sup> Außerdem muss der Rollstuhl bestimmten DIN-Normen entsprechen und darf eine gewisse Abmessung nicht überschreiten.<sup>60</sup>
- In Bezug auf den **Treibhausgasausstoß** ist festzuhalten, dass Nahverkehrsunternehmen und Fernbusanbieter in etwa gleichauf sind. So hat eine Erhebung aus dem Jahr 2019 ergeben, dass im SPNV bei einer Auslastung von 28 Prozent 54 Gramm Treibhausgase pro Personenkilometer ausgestoßen werden. Im Fernbusverkehr handelt es sich nur um 29 Gramm Treibhausgase pro Personenkilometer, allerdings bei einer besseren Auslastung von 54 Prozent.<sup>61</sup> Legt man eine gleiche Auslastung zugrunde, ergibt sich auch hinsichtlich der Treibhausgasemissionen ein vergleichbarer Wert.

<sup>55</sup> Beispielhaft Angaben der DB AG, die für den Nahverkehr DB AG sinngemäß gelten, abrufbar unter <https://www.bahn.de/service/zug/gepaeck> (Abruf 02.12.2022).

<sup>56</sup> Auskunft gemäß <https://www.flixbus.de/> (Abruf 30.11.2022).

<sup>57</sup> Dies verstehen wir dahingehend, dass eine Mitfahrt auf dem Rollstuhl im Fahrgastraum ermöglicht werden muss. Vgl. hierzu etwa Nr. 2.15. der in § 42b Nr. 1 lit. b) PBefG in Bezug genommenen Regelung Nr. 107 der Wirtschaftskommission für Europa der Vereinten Nationen (UNECE) – Einheitliche Bestimmungen für die Genehmigung von Fahrzeugen der Klassen M2 oder M3 hinsichtlich ihrer allgemeinen Konstruktionsmerkmale [2018/237].

<sup>58</sup> Hierzu insgesamt VCD Bahntest 2014/2015: Die Bahn im Vergleich mit Fernlinienbus und Auto, S. 25 und 26, abrufbar unter [https://www.vcd.org/fileadmin/user\\_upload/Redaktion/Publikationsdatenbank/Bahn/VCD\\_Bahntest\\_2014-2015.pdf](https://www.vcd.org/fileadmin/user_upload/Redaktion/Publikationsdatenbank/Bahn/VCD_Bahntest_2014-2015.pdf) (Abruf 30.11.2022).

<sup>59</sup> Auskunft gemäß der Website von „FlixBus“, abrufbar unter <https://www.flixbus.de/service/personen-mit-eingeschrankter-mobilitat> (Abruf 20.12.2022).

<sup>60</sup> Auskunft gemäß der Website von „FlixBus“, abrufbar unter <https://www.flixbus.de/service/personen-mit-eingeschrankter-mobilitat> (Abruf 30.11.2022).

<sup>61</sup> Umweltbundesamt, TREMOD 6.21 (11/2021), abrufbar unter <https://www.umweltbundesamt.de/bild/vergleich-der-durchschnittlichen-emissionen-0> (Abruf 25.11.2022).

- Die Beförderung mit dem SPNV ist **sicherer** als die Beförderung mit dem Fernbus. Das Todesrisiko für Busreisende ist viermal höher als für Bahnreisende, das Verletzungsrisiko im Bus liegt 41-mal über dem der Bahn. Für die Alltagsmobilität ist die Eisenbahn das mit Abstand sicherste Verkehrsmittel.<sup>62</sup> Diesbezüglich hat der Nahverkehr einen Vorteil gegenüber dem Fernbus, soweit mit dem SPNV gereist wird.

### 5.1.1.2. Substitution in jüngster Vergangenheit

Dem ersten Anschein nach sprechen hingegen die Markterfahrungen mit dem von Juni bis August 2022 bundesweit im ÖPNV geltenden 9-Euro-Ticket für die Austauschbarkeit der Leistungen von Nahverkehrsunternehmen und Fernbusanbietern. Allerdings zeigt ein näherer Blick auf die dem 9-Euro-Ticket und dem Deutschlandticket zu Grunde liegenden Wettbewerbsverhältnisse, dass diese nicht ohne Weiteres vergleichbar sind.

Haben sich die relativen Preise für bestimmte Leistungen in der Vergangenheit geändert, so ist für die Beurteilung der Austauschbarkeit entscheidend, wie sich die nachgefragten Mengen in Reaktion hierauf entwickelt haben.<sup>63</sup> Insofern erscheint grundsätzlich denkbar, die Markterfahrungen mit dem 9-Euro-Ticket heranzuziehen, da dieses zeitlich auf die Monate Juni bis August 2022 begrenzte Sonderangebot die Preise für ÖPNV-Leistungen außerordentlich stark reduzierte. Im Einzelnen:

Das 9-Euro-Ticket war bei marktspezifischer Betrachtung ein einmaliges und auf die Monate Juni, Juli und August 2022 begrenztes Sonderangebot. Es kostete neun Euro pro Kalendermonat und galt deutschlandweit in Bussen und Bahnen im Nah- und Regionalverkehr. Ausgenommen war zum einen der schienengebundene Fernverkehr der DB AG, also beispielsweise ICE, IC, EC und die privat betriebenen Flix-Züge, zum anderen Fernbusse. Das 9-Euro-Ticket hat insofern eine erhebliche Vergünstigung von Nahverkehrsbeförderungen mit dem ÖPNV bewirkt. Während seiner Geltungsdauer hatten die Fernbusanbieter auf bestimmten Verbindungen (so etwa zwischen Berlin und Leipzig, München und Nürnberg oder Hannover und Hamburg) Einnahmeverluste zu verzeichnen, konkret seien die Fahrgastzahlen um ein Drittel oder sogar zur Hälfte zurückgegangen.<sup>64</sup> Eine Umfrage kurz nach Start des 9-Euro-Tickets im Juli 2022 unter 157 Busunternehmen zeichnet ein ähnliches Bild. Demnach seien die Fahrgastzahlen um 45 Prozent zurückgegangen.<sup>65</sup> Dieser statistisch zumindest für den Zeitraum Juli bis August 2022 auf bestimmten Strecken erfasste Markteffekt spricht prima facie für eine Austauschbarkeit der Leistungen von Nahverkehrsunternehmen und Fernbusanbietern, soweit Verbindungen zwischen denselben Orten angeboten werden.

Bei näherer Betrachtung bestehen jedoch erhebliche Zweifel an der Übertragbarkeit dieser Erfahrungen auf das geplante Deutschlandticket. Denn das 9-Euro-Ticket traf auf andere Wettbewerbsverhältnisse als das Deutschlandticket. Es spricht viel dafür, dass die durch das 9-Euro-Ticket hervorgerufenen Markteffekte sich in dieser Art und Weise bei Einführung des Deutschlandtickets nicht wiederholen werden. Zum einen sind die Differenzen im Preisunterschied zu nennen. Das geplante Deutschlandticket

<sup>62</sup> Angaben des Vereins „Allianz pro Schiene e.V.“, Information abrufbar unter <https://www.allianz-pro-schiene.de/presse/presse-mitteilungen/sicherheitsvergleich-bahn-auto-bus/> (Abruf 30.11.2022). Die Unfallzahlen und die Gesamtschätzung werden in ihrer Tendenz bestätigt durch Vomdran, Unfallstatistik – Verkehrsmittel im Risikovergleich, Statistisches Bundesamt, Wirtschaft und Statistik 12/2010, S. 1086. Auch eine neue Erhebung des Statistischen Bundesamtes und der Allianz pro Schiene e.V. aus Dezember 2022 belegt das höhere Todesrisiko für Busreisende, vgl. hierzu Angaben bei Statista, online abrufbar unter der URL <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/660839/umfrage/verkehrsmittelvergleich-todesfaelle-von-bahn-bus-und-pkw-fahren-in-deutschland/> (Abruf 04.01.2023).

<sup>63</sup> Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft vom 09.12.1997, 97/C 372/03, III.38.

<sup>64</sup> DER SPIEGEL, Artikel vom 14.10.2022, Ausgabe 42/2022, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/flixbus-leidet-unter-9-euro-ticket-a-cc40690f-b994-419b-8f99-55c970bcebad> (Abruf 29.11.2022).

<sup>65</sup> Blitzumfrage des BDO aus 07/2022, abrufbar unter [https://www.bdo.org/uploads/assets/62d9415f4613babd3f000139/original/bdo-blitzumfrage\\_jul-2022\\_gelegenheitsv.pdf?1658405215](https://www.bdo.org/uploads/assets/62d9415f4613babd3f000139/original/bdo-blitzumfrage_jul-2022_gelegenheitsv.pdf?1658405215) (Abruf 29.11.2022).

wird den Kunden mit zurzeit EUR 49 mehr als das fünffache des 9-Euro-Tickets kosten. Der niedrige Preis von EUR 9 war eine extrem niedrige wirtschaftliche Hürde für den Zugang zu einem deutschlandweiten Mobilitätsangebot. Gerade preissensible Gelegenheitsfahrer hatten durch den Erwerb den zusätzlichen Anreiz, diese „einmalige Gelegenheit“ auch exzessiv zu nutzen. Der Preis von EUR 49 für das Deutschlandticket ist für preissensible Gelegenheitsfahrer eine deutlich höhere Hürde. Der Preis liegt deutlich über dem Preis vieler Fernbusreisen (Berlin nach Hamburg ab EUR 11,99 oder Berlin nach Stralsund ab EUR 18,99)<sup>66</sup> und ist damit keine Alternative zu den Kosten für Einzelstrecken. Im Übrigen wurde das 9-Euro-Ticket zum weit überwiegenden Teil in der Ferien- und Reisezeit angeboten. Die veränderten Fahrgastzahlen müssten daher insgesamt auch von touristischen und saisonalen Effekten bereinigt werden; schließlich soll das Deutschlandticket demgegenüber ganzjährig erwerblich sein. Schließlich sind etwaige pandemisch bedingte Effekte in der Gesamtbetrachtung zu berücksichtigen.<sup>67</sup> Insbesondere ist unklar, welche Referenzwerte Fernbusanbieter für die Ermittlung des Fahrgastrückgangs im Zeitraum Juni bis August 2022 angesetzt haben und in welchem Umfang nur „bestimmte“ Strecken vom Umsatzrückgang betroffen waren. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass Fernbusanbieter im Sommer 2022 wohl insgesamt keinen erheblichen Umsatzeinbruch zu verzeichnen hatten.<sup>68</sup>

Im Streitfall sollten die vorstehenden Erwägungen und Ergebnisse durch entsprechende fachliche und empirische Studien validiert und ggfs. untermauert werden. Grundsätzlich ist die Kommission für das Vorliegen einer tatbestandlichen Beihilfe darlegungs- und beweisbelastet. Nach der Rechtsprechung des EuGH darf die Kommission die Annahme, einem Unternehmen sei eine staatliche Beihilfe zugeflossen, nicht auf bloße Vermutungen stützen. Sie muss vielmehr den Vorteil und damit die Begünstigung positiv feststellen, dabei darf sie sich nicht damit begnügen, dass Anhaltspunkte für ein marktkonformes Verhalten des Staates fehlen.<sup>69</sup> Dabei sind von der Kommission allerdings nur diejenigen Informationen zugrunde zu legen, die ihr zum Zeitpunkt der Entscheidung vorliegen oder über die sie verfügen kann.<sup>70</sup> Dies begründet keine Pflicht, von Amts wegen und mutmaßend zu prüfen, welche Gesichtspunkte ihr von den Verfahrensbeteiligten darüber hinaus hätten vorgetragen werden können.<sup>71</sup> Wird etwa ein Beschwerdeverfahren nach Art. 24 Abs. 2 VO 2015/1589<sup>72</sup> von Seiten eines Beteiligten nach Art. 1 lit. h VO 2015/1589 angestrengt, zu denen auch Unternehmen gehören, deren Interessen aufgrund der Gewährung einer Beihilfe beeinträchtigt sein können („Wettbewerber“ sind hier explizit genannt), bestehen für diese gesteigerte Mitwirkungsobliegenheiten. Konkret müssen die Beteiligten nach Art. 24 Abs. 2 Satz 2 VO 2015/1589 das Formular aus Anhang 1 der VO 794/2004<sup>73</sup> ausfüllen und alle angeforderten, obligatorischen Auskünfte diesbezüglich erteilen. Kommen sie dem innerhalb einer vorgeschriebenen Frist nicht nach, gilt die Beschwerde nach Art. 24 Abs. 2 Satz 4 VO 2015/1589 als zurückgezogen. Insofern wären dann die Fernbuslinienbetreiber auch darlegungsbelastet.

### 5.1.1.3. Schätzung der Preis- bzw. Preiskreuzelastizitäten der Nachfrage nach einem Produkt

---

<sup>66</sup> Auskunft nach <https://www.flixbus.de/> für Montag, den 28.11.2022 (Abruf 25.11.2022).

<sup>67</sup> So betrug der Umsatz des größten deutschen Fernbusreiseunternehmens im Jahr 2020 nur EUR 391 Millionen statt EUR 969 Millionen im Jahr 2019; Daten von Statista, abrufbar unter <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1094098/umfrage/umsatz-der-flixbus-gmbh/> (Abruf 29.11.2022).

<sup>68</sup> Äußerung eines Vorstandsmitglieds des größten deutschen Fernbuslinienunternehmens in einem Interview mit „merkur.de“, abrufbar unter <https://www.merkur.de/wirtschaft/die-fixierung-auf-die-bahn-ist-bedenklich-91931209.html> (Abruf 29.11.2022).

<sup>69</sup> EuG, 20.9.2012, Rs. T-154/10 (La Poste), Rn. 119, bestätigt durch EuGH, 3.4.2014, C-559/12 P (La Poste); EuGH, 17.9.2009, Rs. C-520/07 P (MTU Friedrichshafen), Rn. 56.

<sup>70</sup> EuGH, 7.2.1979, Rs. 15/76 u. 16/76 (Frankreich/Kommission), Rn. 72; EuG, 14.1.2004, Rs. T-109/01 (Fleuren Compost), Rn. 4.

<sup>71</sup> EuGH, 2.4.1998, Rs. C-367/95P (Sytraval u. Brink's France/Kommission); EuG, 27.4.2017, Rs. T-375/15 (Germanwings), Rn. 68; EuG, 14.1.2004, Rs. T-109/01 (Fleuren Compost), Rn. 49.

<sup>72</sup> Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates vom 13. Juli 2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

<sup>73</sup> Verordnung (EG) Nr. 794/2004 der Kommission vom 21. April 2004 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags.

Daten zur Preiselastizität von Angeboten der Nahverkehrsunternehmen und Fernbusanbieter liegen uns nicht vor. Die Preiselastizität der Nachfrage nach dem Produkt X ist ein Maßstab dafür, wie die Nachfrage nach X auf Änderungen des Preises von X reagiert. Die Kreuzpreiselastizität zwischen den Produkten X und Y ist ein Maßstab dafür, wie die Nachfrage nach X auf Änderungen des Preises von Y reagiert.<sup>74</sup> Sollten entsprechende Daten vorliegen, kann die (Kreuz-)Preiselastizität nach der Entscheidungspraxis der Kommission relevant für die Substituierbarkeit der Leistungen von Nahverkehrsunternehmen und Fernbusanbietern sein.<sup>75</sup>

#### 5.1.1.4. Standpunkt von Kunden und Wettbewerbern

Ebenfalls sollte bei Vorliegen entsprechender Daten berücksichtigt werden, was aus Sicht von Kunden und Wettbewerbern geschehen würde, wenn die relativen Preise für die betreffenden Produkte in dem entsprechenden räumlichen Gebiet geringfügig stiegen (z.B. um 5 bis 10 Prozent).<sup>76</sup> Auch dies kann nach der Entscheidungspraxis der Kommission zur Bestimmung des sachlich relevanten Marktes von Bedeutung sein; so tritt diese häufig im Zuge ihrer Ermittlungen an die wichtigsten Kunden und Wettbewerber der beteiligten Unternehmen heran, um deren Auffassung über die Grenzen des Produktmarkts in Erfahrung zu bringen und dabei gleichzeitig den größten Teil der Sachinformation zu erhalten, die sie zur Bestimmung des Marktumfangs benötigt.<sup>77</sup> Daten hierzu liegen uns nicht vor.

#### 5.1.1.5. Kundenpräferenzen

Aus den Kundenpräferenzen im Hinblick auf Verkehrsdienstleistungen lässt sich schließen, dass die Leistungen von Nahverkehrsunternehmen und Fernbusanbieter überwiegend nicht als austauschbar angesehen werden. Das liegt vor allem daran, dass die Nahverkehrsunternehmen mehr Stationen anfahren und so insgesamt eine erheblich größere Erreichbarkeit gewährleisten. Nur dort, wo ÖPNV- und Fernbusanbieter dieselben Ziele anfahren, kommt überhaupt eine Austauschbarkeit in Betracht. Selbst in diesem Bereich sprechen jedoch viele Argumente gegen eine Austauschbarkeit.

Für die Berücksichtigung von Kundenpräferenzen bei der Beurteilung der Substituierbarkeit sind berücksichtigungsfähig etwa Marketing-Studien zum Verhalten und zur Einstellung der Kunden.<sup>78</sup> Die Kommission hat diese Nachweismethode nur für den Fall der potenziellen Substituierbarkeit von Verbrauchsgütern konzipiert.<sup>79</sup> Beförderungsleistungen von Nahverkehrsunternehmen fallen als Dienstleistungen dem Wortlaut nicht darunter. Allerdings dürfte die Begrifflichkeit des „Verbrauchsgutes“ in der Bekanntmachung der Kommission untechnisch zu verstehen sein. Denn die Bekanntmachung erläutert, *„wie die Kommission die Begriffe des sachlich und räumlich relevanten Marktes bei der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, insbesondere bei der Anwendung der Verordnungen Nr. 17 und (EWG) Nr. 4064/ 89 des Rates sowie deren sektoralen Entsprechungen auf Gebieten wie Verkehr, Kohle und Stahl und Landwirtschaft, aber auch bei den entsprechenden einschlägigen Vorschriften des*

---

<sup>74</sup> Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft vom 09.12.1997, 97/C 372/03, III.39.

<sup>75</sup> Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft vom 09.12.1997, 97/C 372/03, III.39.

<sup>76</sup> Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft vom 09.12.1997, 97/C 372/03, III.40.

<sup>77</sup> Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft vom 09.12.1997, 97/C 372/03, III.40.

<sup>78</sup> Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft vom 09.12.1997, 97/C 372/03, III.41.

<sup>79</sup> Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft vom 09.12.1997, 97/C 372/03, III.41.

„*EW-Abkommens*“ verwendet.<sup>80</sup> Demgemäß wird der Bereich „Verkehr“, in dessen Mittelpunkt als Produkt oder Ware die Beförderungsleistung steht, als einbezogen angesehen werden können.

Es bietet sich an, die oben genannten Produktmerkmale nach Kundenpräferenz zu gewichten. Diesbezüglich kann die allgemeine Mobilitätsbefragung im VCD Bahntest 2014/2015<sup>81</sup> herangezogen werden. Die Studie legt den Schluss nahe, dass die dem ÖPNV typischerweise anhaftenden Produktmerkmale<sup>82</sup> kundenseitig eine gewichtige Rolle spielen, sodass sie nicht ohne Weiteres durch die Beförderungsleistungen der Fernbusanbieter substituierbar sind. Im Einzelnen:

- Eine Substituierbarkeit von Leistungen der Nahverkehrsunternehmen und der Fernbusanbieter ist für gut zwei Drittel der Kunden im Hinblick auf den Mobilitätsfaktor nicht gegeben. Wesentlich für die Wahl von ÖPNV-Leistungen ist ihr hoher Mobilitätsfaktor, also das Maß der Erreichbarkeit von Orten und Zielen, der für 65,6 Prozent der Endkunde maßgeblicher Grund für die Wahl eines bestimmten Verkehrsmittels ist. Dieser Mobilitätsfaktor ist kennzeichnend für die Beförderung durch Nahverkehrsunternehmen selbst sowie für die Beförderung mit dem ÖPNV im Vor- und Nachlauf einer Fahrt mit einem anderen Verkehrsmittel.
- Die ähnliche Preisstruktur der Nahverkehrsunternehmen und Fernbusanbieter spricht in der Wahrnehmung etwa für die Hälfte der Kunden für eine Austauschbarkeit der Leistungen. Beförderungspreise sind für 43,1 Prozent der Befragten relevant. Da der Preisrahmen für eine Beförderung im ÖPNV einerseits und einer Beförderung im Fernbuslinienverkehr andererseits ähnlich ist, dürfte jedenfalls diesbezüglich kundenseitig für 43,1 Prozent eine Substituierbarkeit gegeben sein. Sofern darüber hinaus Daten zu weiteren preisbezogenen Faktoren vorliegen, wie z.B. die Möglichkeit der Nutzung eines Abonnementsystemes oder die Tarifstabilität und Preisensibilität, können im Streitfall auch diese einbezogen werden.
- Hinsichtlich der Beförderungsdauer, die für 41,8 Prozent der Kunden entscheidungserheblich für die Wahl des Verkehrsmittels ist, ist eher von einer Austauschbarkeit der Leistungen auszugehen. Unterschiede in der Beförderungsdauer sind streckenabhängig und dürften durch Faktoren wie den Zweck der Beförderung (beruflich oder freizeitmäßig) beeinflussbar sein. Jedoch betragen die Unterschiede in den von uns gezeigten Fällen weniger als eine Stunde. Kunden, die schnellstmöglich an ihr Ziel gelangen möchten, dürften hier zugunsten des Schienenfern- oder des Flugverkehrs ganz auf Leistungen der Nahverkehrsunternehmen und Fernbusanbieter verzichten. Hierzu fehlen jedoch weitere empirische Daten.
- Die Flexibilität der Beförderung spricht eher gegen eine Substituierbarkeit der Leistungen. Sie ist für 40,7 Prozent aller Fahrgäste erheblich für die Wahl ihres bevorzugten Beförderungsmittels. Der ÖPNV zeichnet sich durch besondere Flexibilität in räumlicher (Haltestellendichte) und zeitlicher (Taktfrequenz) Hinsicht aus.<sup>83</sup> Insofern dürfte für 40,7 Prozent aller Fahrgäste eine Beförderung nicht durch eine Beförderung mit dem Fernbus substituierbar sein.
- Die Bequemlichkeit der Beförderung ist für lediglich für 31,4 Prozent der Befragten ausschlaggebend. Der Nahverkehr bietet tendenziell einen größeren Komfort, da die Bewegungsfreiheit

---

<sup>80</sup> Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft vom 09.12.1997, 97/C 372/03, I.1.

<sup>81</sup> VCD Bahntest 2014/2015: Die Bahn im Vergleich mit Fernlinienbus und Auto, S. 19, abrufbar unter [https://www.vcd.org/fileadmin/user\\_upload/Redaktion/Publikationsdatenbank/Bahn/VCD\\_Bahntest\\_2014-2015.pdf](https://www.vcd.org/fileadmin/user_upload/Redaktion/Publikationsdatenbank/Bahn/VCD_Bahntest_2014-2015.pdf) (Abruf 24.11.2022). Der VCD Bahntest untersucht seit dem Jahr 2000, was getan werden muss, damit Menschen vom eigenen Auto oder vom Flugzeug auf Bahnen und Busse umsteigen. Der ökologische Verkehrsclub VCD macht sich stark für eine umwelt- und sozialverträgliche, sichere und gesunde Mobilität.

<sup>82</sup> Hierzu unter I.5.1.1.1.

<sup>83</sup> Hierzu unter I.5.1.1.2.

in Zügen größer ist, die Flüssigkeit der Fahrt unabhängig vom Verkehr ist, die Streckenführung regelmäßig attraktiver ist und im Platzangebot durch die „1. Klasse“ und „2. Klasse“ Differenzierungen angeboten werden.

- Der Faktor der Umweltfreundlichkeit spricht ebenfalls eher gegen eine Austauschbarkeit der Leistungen. In den Jahren 2014/2015 war die Umweltfreundlichkeit für 12,8 Prozent der Befragten ausschlaggebend. Zwar liegen Nahverkehrsunternehmen und Fernbusanbieter im Bereich des Schadstoffausstoßes ungefähr gleichauf.<sup>84</sup> Allerdings ist zum einen davon auszugehen, dass sich seit dem Umfragezeitraum die Kundensensibilität in diesem Bereich deutlich erhöht hat. Zum anderen ist fraglich, ob die Erhebung Faktoren wie etwa das Ziel der Dekarbonisierung des Straßenverkehrs berücksichtigt hat. In der Wahrnehmung der Nutzer jedenfalls dürfte Nahverkehrsunternehmen eine größere Umweltfreundlichkeit zugesprochen werden.
- Da die Beförderung im SPNV als sicherer im Vergleich zur Beförderung mit dem Fernverkehrsbus gilt,<sup>85</sup> dürfte für eine Zielgruppe von 6,4 Prozent eine Beförderung mit dem ÖPNV auch insofern nicht durch Fernbusreisen substituierbar sein.<sup>86</sup>

#### 5.1.1.6. Substitutionsschranken und Kosten der Nachfragesubstitution

Darüber hinaus können sich mehrere Umstände als Substitutionsschranken erweisen, die eine an sich mögliche Austauschbarkeit der Leistungen verhindern. Schranken und Kosten können dazu veranlassen, zwei auf den ersten Blick als Substitute erscheinende Produkte nicht als ein und demselben Produktmarkt zugehörig einzustufen; die Substitution wird insofern gehemmt. Derartige Faktoren sind beispielsweise regulatorische Hemmnisse und andere Formen staatlicher Eingriffe, auf nachgelagerten Märkten wirksame Kräfte oder Unsicherheiten hinsichtlich Qualität und Ansehen unbekannter Anbieter.<sup>87</sup> Im Einzelnen:

- **Kundenfreundlicheres Erstattungs- und Kompensationssystem im ÖPNV.** Kunden von Fernbusanbietern verfügen über weitaus weniger effektive und weitreichende Rechte zur Durchsetzung von Erstattungsansprüchen gegenüber dem Personenbeförderer als Kunden des ÖPNV. Auch sind die individuellen Kompensationsmöglichkeiten im Falle eines Ausfalls oder einer erheblichen Verspätung der Beförderung für Kunden im ÖPNV wesentlich vielfältiger (konkret: Möglichkeit der Nutzung des Fernverkehrs schon ab 20 Minuten Verspätung). Da die Personenbeförderungen auf der Schiene und auch der Straße störungsanfällig ist (Stau, Baustellen, Fahrbahn- bzw. Gleisanierungen, Unfälle), kann auch dieser Faktor für Kunden eine Entscheidungsrelevanz haben und sich damit als Substitutionsschranke erweisen.

**Für den ÖPNV finden sich zur Entschädigung umfassende Bestimmungen** in der VO (EG) Nr. 1371/2007 sowie der Eisenbahn-Verkehrsordnung (EVO). Hieraus ergibt sich zunächst: Hat ein Zug eine Verspätung oder fällt er aus, muss das Eisenbahnunternehmen dem Fahrgast grundsätzlich eine Entschädigung zahlen. Diese wird wie folgt berechnet: Kommt der Fahrgast mit mindestens 60 Minuten verspätet am Zielort an, sind 25 Prozent des Fahrpreises zu entschädigen. Liegt die Verspätung bei mindestens 120 Minuten, sind 50 Prozent des Fahrpreises gemäß Art. 17 VO (EG) Nr. 1371/2007 zu entschädigen. Des Weiteren ist es dem Kunden nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 EVO möglich, ab einer Verspätung von 20 Minuten einen anderen Zug – auch einen solchen des Fernverkehrs – zu nutzen. Wenn die fahrplanmäßige Ankunftszeit in die Zeit

<sup>84</sup> Hierzu unter I.5.1.1.2.

<sup>85</sup> Hierzu unter I.5.1.1.2.

<sup>86</sup> Angaben des Vereins „Allianz pro Schiene e.V.“, Information abrufbar unter <https://www.allianz-pro-schiene.de/presse/pressemitteilungen/sicherheitsvergleich-bahn-auto-bus/> (Abruf 30.11.2022).

<sup>87</sup> Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft vom 09.12.1997, 97/C 372/03, III.42.



zwischen 0.00 Uhr und 5.00 Uhr fällt, kann der Fahrgast bei einer Verspätung von mindestens 60 Minuten auch auf ein Taxi umsteigen, wenn keine preisgünstigeren öffentlichen Verkehrsmittel mehr zur Verfügung stehen, um den Zielort zu erreichen. Bei Ausfall des letzten fahrplanmäßigen Zuges des Tages kann der Fahrgast ebenfalls auf ein Taxi umsteigen, wenn er seinen Zielort ohne die Nutzung des anderen Verkehrsmittels nicht mehr bis um 24.00 Uhr erreichen kann, vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 2 EVO. Fahrgäste im Fernbusverkehr haben demgegenüber nach Art. 2 Abs. 1 der VO (EU) 181/2011 erst ab einer Wegstrecke von 250 Kilometern einen Erstattungsanspruch. Außerdem kommt es für eine erstattungsrelevante Verspätung im Fernbusverkehr - anders als im Schienenpersonenfernverkehr - nach Art. 3 lit. q VO (EU) 181/2011 auf die rechtzeitige Abfahrt am Ausgangsort, nicht aber auf die rechtzeitige Ankunft am Zielort an.

- **Mehr Zugangsmöglichkeiten zur Beförderung im ÖPNV.** Daneben ergeben sich weitere marktrelevante Unterschiede zwischen dem ÖPNV und den Fernbuslinien. Der Zugang der Kunden zum ÖPNV ist abgesehen von der Pflicht zum Besitz eines für die Fahrt gültigen Fahrausweises vollständig frei, es gibt grundsätzlich weder eine Reservierungs- noch eine Sitzplatzpflicht für den Zugang zu den Zügen des SPNV oder den Bahnanlagen des öffentlichen Verkehrs.
- **Unterschiedliche regulierungsrechtliche Rahmenbedingungen für Nahverkehrsunternehmen und Fernbusanbieter.** Betrachtet man die regulierungsrechtlichen Rahmenbedingungen des ÖPNV, muss an dieser Stelle aufgenommen werden, dass insbesondere der SPNV diversen Einschränkungen unterliegt. Zu nennen wäre hier etwa die Verpflichtung zur Entrichtung einer Stromsteuer sowie von Netzentgelten. Zudem ist der Schienennetzzugang per se reglementiert. Fernbusanbieter sind hiervon weitestgehend nicht betroffen.

#### 5.1.1.7. Unterschiedliche Kundengruppen

Der Umfang des Produktmarkts kann dadurch eingeschränkt sein, dass spezifische Gruppen von Kunden bestehen,<sup>88</sup> die die Leistungen des Nahverkehrs und der Fernbusanbieter infolgedessen unterschiedlich bewerten. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass besonders preissensible Kunden und Kunden, für die die Beförderungsdauer und die Haltestellendichte nachrangig sind, Angebote des Nah- und Fernbusverkehrs genau vergleichen und im Einzelfall bei geeigneten Strecken die Angebote als austauschbar ansehen. Ebenso kann nicht ausgeschlossen werden, dass es Kundengruppen gibt, die sich bewusst für oder gegen einen der beiden Anbieter entscheiden, etwa Kunden, die zum Ziel der Verringerung des Treibhausgasausstoßes durch Verbrennungsmotoren bewusst auf Busreisen verzichten so lange, wie dafür Verbrennungsmotoren genutzt werden.

---

<sup>88</sup> Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft vom 09.12.1997, 97/C 372/03, III.43.

### 5.1.1.8. Ergebnis zum sachlichen Markt

Im Ergebnis sprechen starke Gründe dafür, dass Nahverkehrsunternehmen und Fernbusanbieter nach wettbewerbsrechtlichen Kriterien auf unterschiedlichen Märkten tätig sind.

#	Kriterium	Argumente für gemeinsamen Markt	Argumente für unterschiedliche Märkte
1.	<b>Merkmal und Verwendungszweck des Produkts (vgl. I.5.1.1.1)</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– teilweise gleiche Verbindungen</li> <li>– Ähnliche Beförderungsdauer</li> <li>– Ähnlich hoher Treibhausgasausstoß</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Preisstabilität im Nahverkehr/ Preisvolatilität bei Fernbussen</li> <li>– Verzweigteres, dichteres Streckennetz im Nahverkehr</li> <li>– Größere Taktfrequenz Nahverkehr</li> <li>– Verbundübergreifende Vernetzung von Nah- und Fernverkehr</li> <li>– Größere Pünktlichkeit Nahverkehr</li> <li>– Unterschiede im Komfort</li> <li>– Höhere Barrierefreiheit Nahverkehr</li> <li>– Höhere Verkehrssicherheit im SPNV</li> </ul>
2.	<b>Substitution in jüngster Vergangenheit (vgl. I.5.1.1.2)</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Rückgang der Fahrgastzahlen infolge des 9-Euro-Tickets im Fernbusverkehr auf Verbindungen, die auch vom Nahverkehr angeboten werden</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– 9-Euro-Ticket zeitlich befristet (sowie Ferien- und Urlaubssaison)</li> <li>– Preis von EUR 9 extrem niedrig</li> <li>– bei Einführung Deutschlandticket schwächere Effekte zu erwarten</li> </ul>
3.	<b>Kundenpräferenzen (vgl. I.5.1.1.5)</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Hohe Kundenpräferenz für einen möglichst niedrigen Preis</li> <li>– Schwache Kundenpräferenzen für möglichst geringe Beförderungsdauer, hohe Bequemlichkeit und Sicherheit</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Hohe Kundenpräferenz für die Erreichbarkeit möglichst vieler Zielorte und Vernetzung zwischen verschiedenen Verkehrsmitteln</li> <li>– Teilweise hohe Kundenpräferenz für als besonders umweltverträglich wahrgenommenen SPNV</li> </ul>
4.	<b>Substitutionschranken und Nachfragesubstitution (vgl. I.5.1.1.6)</b>		<ul style="list-style-type: none"> <li>– Verbraucherfreundliche Erstattungsregelungen im Nahverkehr</li> <li>– Einfacherer Zugang zum Nahverkehr (keine Reservierungspflicht)</li> <li>– Unterschiedliche rechtliche Rahmenbedingungen</li> </ul>
5.	<b>Unterschiedliche Kundengruppen (vgl. I.5.1.1.7)</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Eher einheitlich, sofern Kunden preissensibel sind und gleiche Zielorte angefahren werden</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Eher verschiedene Kundengruppen, soweit eindeutige Präferenzen bestehen, z.B. aus ideellen Gründen</li> </ul>

Die vorstehenden Argumente können gleichermaßen bei der Prüfung der Selektivität der Ausgleichsleistungen relevant werden, soweit es um die Frage der tatsächlichen und rechtlichen Situation geht, in der sich Nahverkehrsunternehmen und Fernbusanbieter befinden. Insgesamt ist allerdings festzustellen,

len, dass die Kommission und europäischen Gerichte den Beihilfeempfänger und den von einer staatlichen Maßnahme betroffenen Wirtschaftszweig und weniger den konkreten Wettbewerb ins Zentrum der Prüfung stellen.<sup>89</sup>

### 5.1.2. Räumlich relevanter Markt

Es ist damit zu rechnen, dass Kommission und EuGH einen gemeinsamen räumlich relevanten Markt von Nahverkehrsunternehmen und Fernbusanbietern annehmen werden, soweit sie zu dem Ergebnis eines gemeinsamen sachlich relevanten Marktes kommen. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in welchem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und welches sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet.<sup>90</sup>

Zunächst dürfte der räumlich relevante Markt durch die Verbindung gekennzeichnet sein. Denn den Kunden kommt es gerade auf die Verbindung zwischen zwei Orten an. Eine bestimmte Verkehrsdienstleistung ist daher immer ortsgebunden; die Verbindung München-Nürnberg kann zum Beispiel nicht in Berlin angeboten werden.

Soweit Nahverkehrsunternehmen und Fernbusanbieter dieselben Orte miteinander verbinden – wenn auch über unterschiedliche Strecken und mit unterschiedlich vielen Zwischenhalten –, liegt daher der Schluss nahe, dass diese Leistungen aus Sicht von Kommission und EuGH auf demselben räumlich relevanten Markt angeboten werden. Denn jedenfalls in den übereinstimmend angefahrenen Zielorten stellen sie ihre Leistungen potenziellen Kunden zur Verfügung. Darüber hinaus dürften Kommission und EuGH die gegebenen Wettbewerbsbedingungen als noch hinreichend homogen ansehen. Die VO 1370/2007 sowie das RegG, das PBefG und das AEG schaffen rechtliche Rahmenbedingungen sowohl für Nahverkehrsunternehmen als auch für Fernbusanbieter, wenn auch jeweils besondere Vorschriften bestehen, die entweder nur Nahverkehrsunternehmen oder nur Fernbusanbieter binden. Landesrechtliche Bestimmungen müssen mit diesen Vorgaben im Einklang stehen und sich, soweit Ausgestaltungsspielräume bestehen, an den übergeordneten Zielen orientieren. Auch dürften die Kundenpräferenzen sich regional nicht nennenswert unterscheiden.

### 5.1.3. Feststellung des relevanten Marktes

Berücksichtigt man sowohl den sachlichen als auch den räumlichen Markt, dürften Kommission und EuGH dann einen gemeinsamen Markt der Leistungen von Nahverkehrsunternehmen und der Fernbusanbieter annehmen, wenn sie entscheidend auf die übereinstimmend bedienten Zielorte abstellen.

Bestimmte Strecken auf regionalen und überregionalen Verbindungen (beispielsweise Berlin-Rostock, Nürnberg-München), die Nahverkehrsunternehmen anbieten, werden auch von Fernbusanbietern gefahren werden. In diesen Fällen wird eine preissensible Kundengruppe erfahrungsgemäß beide Anbieter vergleichen und sich je nach Preislage für den einen oder den anderen entscheiden. Dabei kann schon wegen kleiner Preisunterschiede einmal der Fernbus und einmal der Regionalexpress vorgezogen werden. In diesen Fällen besteht aus Sicht dieser Kunden eine Austauschbarkeit zwischen Angeboten der Nahverkehrsunternehmen und Fernbusanbieter. Auch entschied der EuGH, dass je nach den

---

<sup>89</sup> Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft vom 09.12.1997, 97/C 372/03, I.1., dort Fußnote 1 und II.11. bis 12.; ähnlich auch: Leitlinien der Kommission für staatliche Beihilfen mit regionaler Zielsetzung 2007-2013 vom 04.03.2006, 2006/C 54/08, S. 13 f., Rn. 69.

<sup>90</sup> Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft vom 09.12.1997, 97/C 372/03, II.8.

Besonderheiten der konkreten Flugverbindung andere Verkehrsträger wie der Eisenbahn- oder Straßenverkehr grundsätzlich als austauschbare Angebote in Betracht kommen.<sup>91</sup>

Gegen die Annahme eines gemeinsamen relevanten Marktes für die Leistungen von Nahverkehrsunternehmen und Fernbusanbietern sprechen ungeachtet dessen ebenfalls gewichtige Gründe. Eine vollständige Austauschbarkeit der Leistungen besteht nicht. Nahverkehrsunternehmen bieten in Stationsdichte, Taktfrequenz, Preisstabilität und Fahrgastvolumen ein Angebot, das Fernbusanbieter nicht erreichen und auch nicht erreichen dürfen (so die Einschränkungen des § 42a PBefG, der Fernbussen vorschreibt, zwischen zwei Stationen mehr als 50 Kilometer zurückzulegen). Im Ergebnis dürfte daher entscheidend sein, ob Kommission und EuGH in den Unterschieden oder den Gemeinsamkeiten zwischen Nahverkehrsunternehmen und Fernbusanbietern das für die Marktabgrenzung wesentliche Merkmal sehen.

## 5.2. Verfälschung des relevanten Marktes

Es muss nach den vorstehenden Ausführungen damit gerechnet werden, dass die Kommission und der EuGH trotz gewichtiger Einwände von einer Wettbewerbsverfälschung durch die Ausgleichsleistungen ausgehen werden, wenn diese Verbindungen betreffen, die sowohl von Nahverkehrsunternehmen als auch von Fernbusanbietern angeboten werden.

Kommission und EuGH stellen an die Verwirklichung einer (drohenden) Wettbewerbsverfälschung regelmäßig keine hohen Anforderungen. Zwar muss die Kommission, wenn sie gegen Maßnahmen der Mitgliedstaaten vorgeht, begründen, weshalb sie eine Wettbewerbsverfälschung annimmt, jedoch reichen zur Begründung regelmäßig Plausibilitätsabwägungen und qualitative Argumente aus. Eine quantitative Marktanalyse ist nicht erforderlich.<sup>92</sup>

Vor diesem Hintergrund besteht das Risiko, dass Kommission und EuGH die Erfahrungen mit dem 9-Euro-Ticket (starker Rückgang an Fahrgastzahlen in Fernbussen während der Geltungsdauer auf bestimmten, von Nahverkehrsunternehmen angebotenen Verbindungen ebenfalls) bei der Prüfung der Wettbewerbsverfälschung berücksichtigen und hieraus auf eine Wettbewerbsverfälschung der Ausgleichsleistungen schließen.

## 6. Handelsbeeinträchtigung

Soweit die Kommission und der EuGH in den Ausgleichsleistungen eine selektive Begünstigung und eine Wettbewerbsverfälschung annehmen, werden sie mit hoher Wahrscheinlichkeit auch eine Handelsbeeinträchtigung bejahen. Beihilfen sind gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV mit dem Binnenmarkt nur unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Der EuGH prüft hierzu lediglich, ob eine Beihilfe geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen.<sup>93</sup> Weil eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels nicht bloß hypothetischer Natur sein oder vermutet werden darf, ist jedoch wenigstens der Grund zu bestimmen, weshalb die betreffende Maßnahme aufgrund ihrer voraussichtlichen Auswirkungen geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.<sup>94</sup> Der innergemeinschaftliche Handel wird insbesondere dann durch eine von einem

---

<sup>91</sup> EuGH, Urteil vom 11.04.1989, Rs. C-66/86, Rn. 39 f.

<sup>92</sup> Siehe hierzu oben I.5.

<sup>93</sup> EuGH, Urteil vom 26.10.2016, Rs. C-211/15 P (Orange/Kommission), Rn. 64; Urteil vom 18.05.2017, Rs. C-150/16 (Fondul Proprietatea), Rn. 29; Urteil vom 15.05.2019, Rs. C-706/17 (Achema u.a.), Rn. 89.

<sup>94</sup> EuGH, Urteil vom 18.05.2017, Rs. C-150/16 (Fondul Proprietatea), Rn. 30; Urteil vom 15.05.2019, Rs. C-706/17 (Achema u.a.), Rn. 90.

Mitgliedstaat gewährte Beihilfe beeinflusst, wenn sie die Stellung bestimmter Unternehmen gegenüber anderen, konkurrierenden Unternehmen in diesem Handel stärkt.<sup>95</sup>

Kommission und EuGH dürften diese Wirkungen hier bejahen. Denn der Markt für Fernbusanbieter ist offen für deutsche und ausländische Wettbewerber. Wenn ein Wettbewerbsverhältnis zwischen Nahverkehrsunternehmen und Fernbusanbietern angenommen wird, ist es folgerichtig nicht ausgeschlossen, dass die Ausgleichsleistungen zugunsten von Nahverkehrsunternehmen es den Fernbusanbietern aus anderen Mitgliedstaaten erschweren werden, ihre Leistungen auf dem deutschen Personenbeförderungssektor zu erbringen.

---

<sup>95</sup> EuGH, Urteil vom 08.05.2013, Rs. C-197/11 und C-203/11 (Libert u.a.), Rn. 76; Urteil vom 14.01.2015, Rs. C-518/13 (Eventech), Rn. 66.

## II. Beihilferechtliche Rechtfertigung der Ausgleichsleistungen für das Deutschlandticket

Sind die Ausgleichsleistungen für das Deutschlandticket als Beihilfe zu qualifizieren, können Sie gleichwohl so ausgestaltet werden, dass sie beihilferechtlich gerechtfertigt sind.

Rechtfertigungstatbestände, die für Ausgleichsleistungen im Verkehrssektor in Betracht kommen, enthalten insbesondere die VO 1370/2007 (hierzu unter II.1) und Art. 93 AEUV (hierzu unter II.2). Art. 106 Abs. 2 AEUV sowie der DAWI-Rechtsrahmen regeln Rechtfertigungstatbestände für die Erbringung von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse (hierzu unter II.3), die jedoch regelmäßig durch die vorgenannten spezielleren Regelungen für den Verkehrssektor verdrängt werden. Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV regeln ebenfalls Ausnahmen vom allgemeinen Beihilfeverbot (hierzu unter II.4). Ausnahmen nach Art. 93 sowie Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV setzen eine vorherige Anmeldung (sogenannte Notifizierung) der Maßnahme bei der Kommission voraus. In jedem Fall bedarf eine Rechtfertigung der Einhaltung des beihilferechtlichen Verbots der Überkompensation.

### 1. Rechtfertigung nach der VO 1370/2007

Es spricht viel dafür, dass die Ausgleichsleistungen für das Deutschlandticket als Ausgleichsleistungen für die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung zur Festsetzung von Höchsttarifen nach der VO 1370/2007 gerechtfertigt werden können.

Die VO 1370/2007 regelt, unter welchen Bedingungen die zuständigen Behörden den Betreibern eines öffentlichen Dienstes eine Ausgleichsleistung für die ihnen durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verursachten Kosten und/oder ausschließliche Rechte im Gegenzug für die Erfüllung solcher Verpflichtungen gewähren dürfen, wenn sie ihnen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegen oder entsprechende Aufträge vergeben, vgl. Art. 1 Abs. 1 VO 1370/2007. Sie ist auf die Ausgleichsleistungen für das Deutschlandticket grundsätzlich anwendbar, da diese Nahverkehrsunternehmen gewährt werden (hierzu unter II.1.1).

Aktuell haben die zuständigen Behörden die Nahverkehrsunternehmen noch nicht zur Festsetzung des Höchsttarifs von EUR 49 pro Person und Monat verpflichtet. Ebenso wenig wurden bislang Ausgleichsleistungen für das Deutschlandticket geregelt (hierzu unter II.1.2). Die weitere Ausgestaltung kann aber im Einklang mit der VO 1370/2007 erfolgen. Deshalb kann die Übereinstimmung der Ausgleichsleistungen für das Deutschlandticket mit der VO 1370/2007 gegenwärtig nicht beurteilt werden. Eine abschließende rechtliche Beurteilung ist erst möglich, sobald die zuständigen Behörden entsprechende Rechtsakte erlassen haben oder jedenfalls konkrete Vorschläge zur Ausgestaltung erfolgen.

Es lässt sich jedenfalls überzeugend vertreten, dass die Ausgleichsleistungen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen betreffen. Nach der VO 1370/2007 ist es zulässig, die Ausgleichsleistungen Anbietern von Personenfernverkehr im Sinne des § 42a PBefG (sogenannte Fernbusanbieter) nicht zu gewähren (hierzu unter II.1.3).

#### 1.1. Anwendungsbereich: VO 1370/2007 ist auf die Ausgleichsleistungen für das Deutschlandticket anwendbar

Die Ausgleichsleistungen zugunsten von Nahverkehrsunternehmen für Einnahmeverluste als Folge der Einführung des Deutschlandtickets fallen in den Anwendungsbereich der VO 1370/2007. Denn sie dienen der Gewährleistung eines hinreichenden gemeinwirtschaftlichen Angebots (hierzu unter C.II.1.1.1) durch Personenverkehrsdienste (hierzu unter C.II.1.1.2).

### 1.1.1. Zweck: Gewährleistung der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse

Die Ausgleichsleistungen für das Deutschlandticket würden den in Art. 1 Abs. 1 definierten Zweck der VO 1370/2007 erfüllen. Die Verordnung regelt die Möglichkeiten der zuständigen Behörden im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs, um die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu gewährleisten, die unter anderem zahlreicher, sicherer, höherwertig oder preisgünstiger sind als diejenigen, die das freie Spiel des Marktes ermöglicht hätte. Also dürfen die zuständigen Behörden Maßnahmen treffen, durch die ein besseres Preis-Leistungs-Verhältnis und eine bessere Qualität der Dienste im öffentlichen Verkehr sichergestellt werden sollen.<sup>96</sup> Das Deutschlandticket wird diesem Zweck dienen. Denn es soll die Attraktivität der Nahverkehrsunternehmen erhöhen, indem es Anreize für den Umstieg vom Individualverkehr in die Angebote der Nahverkehrsunternehmen setzt. Zudem soll es einen Beitrag zum Erreichen der Klimaziele leisten und Bürger finanziell entlasten.

### 1.1.2. Sachlicher Anwendungsbereich: Personenverkehr

Die Ausgleichsleistungen fallen in den sachlichen Anwendungsbereich der VO 1370/2007. Denn diese gilt nach ihrem Art. 1 Abs. 2 für den innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Personenverkehr mit der Eisenbahn und andere Arten des Schienenverkehrs sowie auf der Straße, mit Ausnahme von Verkehrsdiensten, die hauptsächlich aus Gründen historischen Interesses oder zu touristischen Zwecken betrieben werden. Die Ausgleichsleistungen dienen Anbietern von Personenverkehrsleistungen in diesem Sinne. Denn das Deutschlandticket soll den ÖPNV im Sinne von § 2 RegG und damit den öffentlichen Personen(-nah-)verkehr auf Schiene und Straße umfassen.

## 1.2. Gewährung von Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen

Die Verpflichtung von Nahverkehrsunternehmen zur Festsetzung eines Höchsttarifs kann grundsätzlich eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung im Sinne der VO 1370/2007 sein (hierzu unter C.II.1.2.1). Eine solche Verpflichtung kann Nahverkehrsunternehmen durch allgemeine Vorschrift oder öffentlichen Dienstleistungsauftrag auferlegt werden (hierzu unter C.II.1.2.2).<sup>97</sup> Bislang haben die zuständigen Behörden jedoch die vorgenannten Instrumente noch nicht genutzt, was jedoch ohne Weiteres nachholbar erscheint (hierzu unter C.II.1.2.3). Sobald diese Instrumente geschaffen sind, sind sie grundsätzlich zur Regelung von Ausgleichsleistungen für die Festsetzung von Höchsttarifen geeignet (hierzu unter C.II.1.2.4). In diesem Mechanismus kommt der Gedanke zum Ausdruck, dass die Mitgliedstaaten bei der Abgeltung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen einen größeren Spielraum genießen müssen, als ihn das Beihilferecht im Allgemeinen einräumt.

### 1.2.1. Auferlegung eines Höchsttarifs als gemeinwirtschaftliche Verpflichtung

Die Verpflichtung von Nahverkehrsunternehmen zur Festsetzung eines Höchsttarifs kann eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung im Sinne der VO 1370/2007 sein. Gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen sind nach Art. 2 lit. e VO 1370/2007 von der zuständigen Behörde festgelegte oder bestimmte Anforderungen im Hinblick auf die Sicherstellung von im allgemeinen Interesse liegenden öffentlichen Personenverkehrsdiensten, die der Betreiber unter Berücksichtigung seines eigenen wirtschaftlichen Interesses nicht oder nicht im gleichen Umfang oder nicht zu den gleichen Bedingungen ohne Gegenleistung übernommen hätte.

Mögliche Inhalte gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen können daher beispielsweise sein: Die Anordnung, einen Personenverkehrsdienst überhaupt zu betreiben, die Verpflichtung, einzelne Gruppen von Bürgern zu vergünstigten Preisen zu transportieren, festgelegte Fahrpreise – zum Beispiel in Gestalt

---

<sup>96</sup> Kaufmann/Linke, in: Linke, VO (EG) 1370/2007, 2. Auflage 2019, Art. 1, Rn. 19.

<sup>97</sup> Knauff, in: Immenga/Mestmäcker, VO (EG) Nr. 1370/2007, 6. Auflage 2022, Art. 3, Rn. 183.

einer Tarifpflicht –, bestimmte Qualitäten (WLAN, Anschlussicherung, Bordservice, Fahrgastinformationen etc.), die Einhaltung bestimmter Fahrpläne oder die Verwendung bestimmter Transportmittel.<sup>98</sup>

Die Festsetzung eines Höchsttarifs bezeichnet Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO 1370/2007 ausdrücklich als möglichen Inhalt einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung. Deshalb darf der einheitliche Tarif von monatlich EUR 49 pro Person für das Deutschlandticket den Nahverkehrsunternehmen als gemeinwirtschaftliche Verpflichtung auferlegt werden. Der Begriff des Höchsttarifs umfasst sämtliche tarifliche Vorgaben, die die unternehmerische Freiheit der Preisfestsetzung beschneiden.<sup>99</sup> Tarif meint dabei den vom Verkehrsnutzer zu zahlenden Preis.<sup>100</sup> Die Festlegung des Höchsttarifs durch die zuständigen Behörden kann durch die explizite Nennung eines bestimmten Tarifgefüges, ebenso wie durch einen Verweis auf einen (ggf. dynamischen) Referenztarif erfolgen.<sup>101</sup> Dies können einfache Preisobergrenzen, Rabattierungsfestsetzungen, Zielgruppentarife, die gegenseitige Tarifanerkennung im Verbund oder konkrete Strukturvorgaben zur Preisfestlegung (zum Beispiel in Form des Zonen- oder Wabentarifs) sein; dabei muss es sich nach Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO 1370/2007 aber immer um eine Festlegung handeln, die für alle Fahrgäste oder zumindest bestimmte Gruppen von Fahrgästen gilt.<sup>102</sup>

### 1.2.2. Bislang fehlt es an einem Instrument der Auferlegung

Ausgleichsleistungen können nach der VO 1370/2007 nur gewährt werden für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen, die den Nahverkehrsunternehmen durch allgemeine Vorschriften (hierzu unter C.II.1.2.2) oder ÖDA (hierzu unter C.II.1.2.2.2) auferlegt wurden. An beiden fehlt es aktuell.

#### 1.2.2.1. Bislang noch keine allgemeinen Vorschriften erlassen

Gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen zur Festsetzung von Höchsttarifen für alle Fahrgäste oder bestimmte Gruppen von Fahrgästen können gemäß Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO 1370/2007 Gegenstand allgemeiner Vorschriften sein. Eine „allgemeine Vorschrift“ in diesem Sinne ist eine Maßnahme, die diskriminierungsfrei für alle öffentlichen Personenverkehrsdienste derselben Art in einem bestimmten geografischen Gebiet gilt, das im Zuständigkeitsbereich einer zuständigen Behörde liegt, Art. 2 lit. I VO 1370/2007.

Derartige Vorschriften wurden von den zuständigen Behörden in Bezug auf das Deutschlandticket noch nicht erlassen. Insbesondere sind § 8a PBefG sowie § 15 AEG keine allgemeinen Vorschriften, die Nahverkehrsunternehmen zur Festsetzung von Höchsttarifen verpflichten. Die Vorschrift des § 8 Abs. 1 Satz 1 RegG, eingeführt zur Umsetzung des 9-EUR-Tickets, wurde ebenfalls nicht als allgemeine Vorschrift ausgestaltet.

– § 8a PBefG ist keine allgemeine Vorschrift im Sinne der VO 1370/2007

§ 8a PBefG ist keine allgemeine Vorschrift im Sinne des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Art. 2 lit. I VO 1370/2007. Nach § 8a Abs. 1 Satz 2 PBefG kann die zuständige Behörde im Sinne der VO 1370/2007 zur Sicherstellung einer ausreichenden Verkehrsbedienung allgemeine Vorschriften im Sinne des Art. 3 Abs. 2 und 3 VO 1370/2007 erlassen oder öffentliche Dienstleistungsaufträge nach Maßgabe des Art. 3 Abs. 1 VO 1370/2007 erteilen. Die Vorschrift

---

<sup>98</sup> Kaufmann/Linke, in: Linke, VO (EG) 1370/2007, 2. Auflage 2019, Art. 2, Rn. 21a m.w.N.

<sup>99</sup> Winnes, in: Saxinger/Winnes, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, VO 1370, Art. 3 Abs. 2, Rn. 4.

<sup>100</sup> Knauff, in: Immenga/Mestmäcker, VO (EG) Nr. 1370/2007, 6. Auflage 2022, Art. 3, Rn. 191.

<sup>101</sup> Barth/Meerkamm, TranspR 2016, 377, 381; Bergmann/Schieferdecker, in: v. Wietersheim, Vergaben im ÖPNV, S. 78 f.

<sup>102</sup> Linke/Lübbig, in: Linke, VO (EG) 1370/2007, 2. Auflage 2019, Art. 3, Rn. 10c. Als Fahrgastgruppen werden z.B. Auszubildende, Schüler, Studenten, (Reise- und Veranstaltungs-)Gruppen, Kinder, Senioren oder Schwerbehinderte genannt.



ist also eine Ermächtigungsgrundlage zum Erlass allgemeiner Vorschriften im Sinne der Verordnung, ohne selbst bereits eine allgemeine Vorschrift zu sein.

- § 15 AEG ist keine allgemeine Vorschrift im Sinne der VO 1370/2007

Auch § 15 AEG ist im Bereich des Schienenpersonenverkehrs keine allgemeine Vorschrift. Für die Vereinbarung oder Auferlegung gemeinwirtschaftlicher Leistungen ist nach § 15 AEG die VO 1370/2007 in der jeweils geltenden Fassung maßgebend. Zuständig im Sinne dieser Verordnung sind, sofern es sich um Schienenpersonennahverkehr handelt, die nach Landesrecht zuständigen Behörden, im Übrigen die zuständigen Behörden des Bundes. Die Vorschrift enthält – wie § 8a PBefG – keine unmittelbare Verpflichtung für Nahverkehrsunternehmen.

- § 8 RegG ist keine allgemeine Vorschrift im Sinne der VO 1370/2007

§ 8 Abs. 1 RegG ist ebenfalls keine allgemeine Vorschrift im Sinne der VO 1370/2007. Nach dieser Vorschrift war für den Zeitraum Juni bis August 2022 ein Tarif anzubieten, der für ein Entgelt von EUR 9 pro Kalendermonat die Nutzung des öffentlichen Personennahverkehrs ermöglichte.

Die Regelung verpflichtete Nahverkehrsunternehmen allerdings nicht zur Festsetzung des Höchsttarifs. Zwar stellt § 8 RegG auf ein Tarifangebot ab, das für ein Entgelt von EUR 9 pro Kalendermonat die Nutzung des öffentlichen Personennahverkehrs ermöglichen sollte. Allerdings legt die Vorschrift diesen Tarif nicht unmittelbar verpflichtend für die öffentlichen Personennahverkehrsdienste fest. Sie regelte vielmehr abstrakt die Unterstützung der Länder durch den Bund bei der Finanzierung des 9-Euro-Tickets, wie bereits die amtliche Überschrift der Vorschrift „Unterstützung der Länder bei der Umsetzung des Vorhabens 9-Euro-Ticket“ sowie die Konkretisierung in § 8 Abs. 2 RegG zeigen. Danach steht den Ländern im Jahr 2022 für den Ausgleich der durch die Einführung und die Umsetzung 9-Euro-Tickets entstandenen finanziellen Nachteile ein Betrag aus dem Steueraufkommen des Bundes zu. Ausgleichsleistungen für Einnahmerückgänge von Nahverkehrsunternehmen wurden stattdessen in Förderrichtlinien der Länder auf der Grundlage der Muster-Richtlinie vom 17. Mai 2022 zum Ausgleich von Schäden im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie und dem temporär eingeführten 9-Euro-Ticket geregelt.

#### 1.2.2.2. Bislang noch keine öffentlichen Dienstleistungsaufträge erteilt

Auch öffentliche Dienstleistungsaufträge der zuständigen Behörden, die Nahverkehrsunternehmen zur Festsetzung eines Höchsttarifs von monatlich EUR 49 pro Person verpflichten, liegen nach unseren Informationen ebenfalls noch nicht vor. Zwar werden die durch das Deutschlandticket adressierten Nahverkehrsunternehmen bereits überwiegend öffentliche Dienstleistungsaufträge halten. Diese öffentlichen Dienstleistungsaufträge beinhalten jedoch nicht die Pflicht zur Festsetzung des Höchsttarifs.

#### 1.2.3. Instrument der Auferlegung kann geschaffen werden

Zwar fehlt es bislang an einer allgemeinen Vorschrift sowie an entsprechenden öffentlichen Dienstleistungsaufträgen mit denen die Pflicht zur Festsetzung des EUR 49 Höchsttarifs geschaffen wird. Es ist jedoch möglich, im Rahmen der Einführung des Deutschlandtickets eine solche gemeinwirtschaftliche Verpflichtung auf Grundlage der VO 1370/2007 durch die zuständigen Behörden zu schaffen.

Ob Bund oder Länder und Kommunen als Aufgabenträger die Festsetzung eines bundesweit geltenden Höchsttarifs von EUR 49 als gemeinwirtschaftliche Verpflichtung der Betreiber von öffentlichem Personennahverkehr sowie die Ausgleichsleistungen für die Festsetzung des Höchsttarifs regeln werden, ist noch offen. Die VO 1370/2007 weist die Zuständigkeit für die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge

und den Erlass allgemeiner Vorschriften keiner bestimmten Behörde zu, sondern spricht jeweils nur von der „zuständigen“ Behörde. Dies ist Ausdruck des unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips, Art. 5 Abs. 3 EUV.

„Zuständige Behörde“ ist in Art. 2 lit. b VO 1370/2007 definiert als jede Behörde oder Gruppe von Behörden eines oder mehrerer Mitgliedstaaten, die zur Intervention im öffentlichen Personenverkehr in einem bestimmten geografischen Gebiet befugt ist, oder jede mit einer derartigen Befugnis ausgestattete Einrichtung. In Deutschland sind dies die für den Verkehr zuständigen Behörden auf Bundes- und Landesebene sowie die Kommunen.

In der Regel werden die Nahverkehrsunternehmen durch öffentliche Dienstleistungsaufträge nach Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 der VO 1370/2007, § 8a Abs. 1 Satz 2 PBefG mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen betraut sein. Ob der Bund für eine Einführung von Höchsttarifen durch allgemeine Vorschrift im ÖPNV die erforderliche Gesetzgebungskompetenz besitzt, ist offen und wird hier nicht geprüft. Für den SPNV findet sich jedenfalls in § 15 Satz 2 AEG eine Kompetenzvorschrift zugunsten der Länder; der Bund wird nur subsidiär ermächtigt. Gemäß § 8a Abs. 1 Satz 3 PBefG richtet es sich nach Landesrecht, wer zuständige Behörde ist.

#### 1.2.4. Ausgleichsleistung

Soweit Bund, Länder oder Aufgabenträger den Nahverkehrsunternehmen nach Maßgabe von Art. 3 Abs. 1 oder 2 VO 1370/2007 die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung zur Anwendung des Höchsttarifs auferlegt haben, dürfen hierfür auch Ausgleichsleistungen gewährt werden (hierzu unter C.II.1.2.5.1). Hierbei sind die Vorgaben der VO 1370/2007 einzuhalten, insbesondere jede Überkompensation zu vermeiden (hierzu unter C.II.1.2.5.2).

##### 1.2.4.1. Ausgleichsleistung als Kompensation für gemeinwirtschaftliche Verpflichtung des Höchsttarifs

Um Unternehmen für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen zu kompensieren, dürfen die zuständigen Behörden Ausgleichsleistungen im Sinne des Art. 2 lit. g VO 1370/2007 gewähren.

Ausgleichsleistungen erfassen nach der Definition des Art. 2 lit. g VO 1370/2007 *„jeden Vorteil, insbesondere finanzieller Art, der mittelbar oder unmittelbar von einer zuständigen Behörde aus öffentlichen Mitteln während des Zeitraums der Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung oder in Verbindung mit diesem Zeitraum gewährt wird.“* Solche Ausgleichsleistungen dienen der Deckung der Kosten, die durch die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen verursacht werden und müssen so berechnet werden, dass übermäßige Ausgleichsleistungen vermieden werden.<sup>103</sup> In öffentlichen Dienstleistungsaufträgen und allgemeinen Vorschriften sind gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. b VO 1370/2007 zuvor in objektiver und transparenter Weise die Parameter, nach denen gegebenenfalls die Ausgleichsleistung berechnet wird, sowie die Art und der Umfang der gegebenenfalls gewährten Ausschließlichkeit aufzustellen.

Die Ausgleichsleistungen sollen Einnahmerückgänge der Aufgabenträger und Nahverkehrsunternehmen infolge der Einführung des Deutschlandtickets kompensieren. Der Preis von EUR 49 pro Monat liegt unter den bislang üblichen Monatspreisen für viele regional gültige Netzkarten der deutschen Verkehrsverbände, weshalb Länder und Kommunen als Aufgabenträger sowie Nahverkehrsunternehmen einen Einnahmerückgang aus dem Ticketverkauf erwarten, der aller Voraussicht nach nicht durch größeren Absatz aufgewogen werden kann. Zu beachten ist, dass nur diejenigen Verluste ausgeglichen

---

<sup>103</sup> Erwägungsgrund 27 der VO 1370/2007.

werden dürfen, die aufgrund des Deutschlandtickets eingetreten sind. Nicht ausgleichsfähig sind hingegen die Verluste wegen einer Reduktion des Angebots.

#### 1.2.4.2. Obligatorische Inhalte gemäß Art. 4 und 6 i.V.m. dem Anhang der VO 1370/2007, insbesondere Verbot jeder Überkompensation

Sofern eine allgemeine Vorschrift oder ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag als Instrument für Ausgleichsleistungen für das Deutschlandticket genutzt werden soll, müssen die obligatorischen Inhalte in die betreffenden Rechtsakte aufgenommen werden. Art. 4 Abs. 1 lit. b ii und Art. 6 i.V.m. dem Anhang der VO 1370/2007 bestimmen die Vermeidung übermäßiger Ausgleichsleistungen als obligatorischen Bestandteil von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen und allgemeinen Vorschriften. Soweit Ausgleichsleistungen für das Deutschlandticket Nahverkehrsunternehmen gewährt werden, die derzeit den ÖPNV sicherstellen, werden die Ausgleichsleistungen an diese Unternehmen aller Voraussicht nach weit überwiegend in Gestalt nicht wettbewerblicher öffentlicher Dienstleistungsaufträge („Direktvergabe“) und/oder durch allgemeine Vorschriften gewährt werden. In diesen Fällen sind die strengeren Anforderungen zur Vermeidung von Überkompensationen aus Art. 6 i.V.m. Anhang der VO 1370/2007 zu beachten. Im Einzelnen:

Wettbewerblich vergebene öffentliche Dienstleistungsaufträge müssen dem allgemeinen Überkompensationsverbot gerecht werden. Dies folgt aus Art. 4 Abs. 1 lit. b ii i.V.m. Art. 6 Abs. 1 Satz 2 VO 1370/2007. Demnach sind in den öffentlichen Dienstleistungsaufträgen zuvor in objektiver und transparenter Weise die Parameter aufzustellen, anhand deren gegebenenfalls die Ausgleichsleistung berechnet wird; zudem müssen Art und der Umfang der gegebenenfalls gewährten Ausschließlichkeit aufgestellt werden, wobei eine übermäßige Ausgleichsleistung zu vermeiden ist. Das heißt, dass die Parameter und deren Bewertung außerhalb wettbewerblicher Vergabe so festgelegt werden müssen, dass es unter normalen Verlauf („ex-ante“) ausgeschlossen erscheint, dass sie überkompensierend wirken.

Unter Berücksichtigung der vergaberechtlichen Praxis im Bereich des ÖPNV erscheint es allerdings wahrscheinlich, dass öffentliche Dienstleistungsaufträge zur Gewährung von Ausgleichsleistungen für das Deutschlandticket überwiegend im Wege der Direktvergabe Umsetzung finden. Bei Direktvergaben handelt es sich nach Art. 2 lit. h VO 1370/2007 um öffentliche Dienstleistungsaufträge, die an einen bestimmten Betreiber eines öffentlichen Dienstes ohne Durchführung eines vorherigen wettbewerblichen Vergabeverfahrens vergeben wurden. Allgemeine Vorschriften und Direktvergaben unterliegen nach Art. 6 Abs. 1 Satz 2 Alternative 2 VO 1370/2007 zusätzlich den besonderen Verhältnismäßigkeitsbestimmungen des Anhangs der VO 1370/2007. Dies folgt daraus, dass allgemeine Vorschriften und Direktvergaben keinem Wettbewerbsdruck unterliegen, sprich der Markt hier nicht für angemessene Preise sorgen kann und daher die Gefahr der Wettbewerbsverzerrung besteht.<sup>104</sup> Daher müssen strengere Anforderungen an das Kriterium der Überkompensation gestellt werden als bei wettbewerblichen Vergaben, wie der Erwägungsgrund 27 zur VO 1370/2007 verdeutlicht. Konkret bedeutet dies für allgemeine Vorschriften und Direktvergaben: Nach Nummer 2 des Anhangs zur VO 1370/2007 darf eine Ausgleichsleistung den Betrag nicht überschreiten, der dem finanziellen Nettoeffekt der Summe aller (positiven oder negativen) Auswirkungen der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen auf die Kosten und Einnahmen des Betreibers eines öffentlichen Dienstes entspricht. Die Auswirkungen werden anhand des Vergleichs der Situation bei Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung mit der

---

<sup>104</sup> So Berschin, in: MüKoEuWettbR, VO (EG) Nr. 1370/2007, 4. Auflage 2022, Art. 6, Rn. 3 und 4. Allerdings sieht Berschin die Einbeziehung allgemeiner Vorschriften durchaus kritisch, rechtfertigt diese aber im Ergebnis entstehungsgeschichtlich mit der Sorge, dass diese in abgeschotteten Märkten angewandt werden, um öffentliche Dienstleistungsaufträge und deren Vergabestimmungen zu umgehen und zuschussbedürftige Verkehre kommerziell zu halten.

Situation, die vorläge, wenn die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung nicht erfüllt worden wäre, beurteilt. Es handelt sich insofern um eine (zusätzliche) „ex-post“ Kontrolle.<sup>105</sup>

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass tatsächlich (nur) Ausgleichsleistungen für messbare Verluste gewährt werden. Eine „Umsatzgarantie“ für die Nahverkehrsunternehmen ist daher zu vermeiden. Da Ausgleichsleistungen für das Deutschlandticket überwiegend im Wege der Direktvergabe und/oder durch allgemeine Vorschriften gewährt werden, kommt es im Ergebnis nicht nur auf eine plausible ex-ante Schätzung der zu kompensierenden Verluste an, sondern nach Nr. 2 des Anhangs der VO 1370/2007 insbesondere auch auf eine zuverlässige ex-post-Kontrolle. Allerdings erlaubt der Verordnungsgeber hier die Einbeziehung eines fiktiven Elements, da ein Vergleich mit einem hypothetischen Zustand ohne das Bestehen der gemeinwirtschaftlichen Pflicht(en) maßgeblich ist. Zu identifizieren ist insofern der „eigenwirtschaftliche Kern“ der kompensierten Leistung.<sup>106</sup>

### 1.3. Keine Verpflichtung, Fernbusanbietern gemeinwirtschaftliche Pflichten aufzuerlegen

Die beihilferechtliche Zulässigkeit der Ausgleichsleistungen für das Deutschlandticket nach der VO 1370/2007 hängt nicht davon ab, dass sie auch Fernbusanbietern gewährt werden. Es besteht keine Verpflichtung, diesen ebenfalls eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung in Form eines Höchsttarifs von EUR 49 im Rahmen des Deutschlandtickets aufzuerlegen und Ausgleichsleistungen zu gewähren. Eine Verpflichtung zur Berücksichtigung von Fernbusanbietern im Rahmen der Ausgleichsleistungen für das Deutschlandticket bestünde im Ergebnis nur, soweit den Fernbusanbietern der Höchsttarif von monatlich EUR 49 vorgegeben und ihnen damit ausgleichsfähige gemeinwirtschaftlichen Pflichten auferlegt werden würden.

Die VO 1370/2007 regelt Ausgleichsleistungen im Gegenzug für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Pflichten von Verkehrsunternehmen, Art. 1 Abs. 1 UAbs. 2 VO 1370/2007. Die Ausgleichsleistungen setzen immer eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung der Betreiber von Personenverkehrsdiensten voraus. Wer keiner gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung unterliegt, erhält keine Ausgleichsleistungen im Sinne von Art. 2 lit. g der VO 1370/2007. Denn wie Erwägungsgrund 5 der VO 1370/2007 zeigt, erfasst die Verordnung keine „kommerziellen“ Verkehrsdienste, sondern nur den „öffentlichen Personenverkehr“ im Sinne von Art. 2 lit. a VO 1370/2007. Die Gewährung von Ausgleichsleistungen knüpft insofern an die Auferlegung oder Vereinbarung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen an: *„Sind hingegen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen von der Behörde nicht festgelegt oder bestimmt worden, so ist die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 von vornherein nicht anwendbar“*.<sup>107</sup>

Fernbusanbietern wird durch Einführung des Deutschlandtickets kein Höchsttarif vorgegeben. Sie unterliegen damit diesbezüglich keiner gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung. Fernbusanbieter sind nur dann zu berücksichtigen, wenn sie im Rahmen des Deutschlandtickets gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterliegen.

Die zuständigen Behörden haben bei der Frage, *„wie Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in einer den Bedürfnissen der Nutzer so gut wie möglich entsprechenden Weise zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu organisieren sind“* ein sehr weites Ermessen.<sup>108</sup> Demnach *„haben die Mitgliedstaaten innerhalb des durch die VO 1370/2007 festgelegten Rahmens einen großen Ermessensspielraum bei der Festlegung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen unter Berücksichtigung der*

<sup>105</sup> Berschin, in: MüKoEuWettbR, VO (EG) Nr. 1370/2007, 4. Auflage 2022, Art. 4, Rn. 14 m.w.N.

<sup>106</sup> Berschin, in: MüKoEuWettbR, VO (EG) Nr. 1370/2007, 4. Auflage 2022, Anhang, Rn. 3 und 4.

<sup>107</sup> Ziekow, NVwZ 2009, 865, 867.

<sup>108</sup> Mitteilung der Kommission über die Auslegungsleitlinien zu der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße vom 29.03.2014, 2014/C 92/01, 2.2.5.

*Bedürfnisse der Endnutzer*.<sup>109</sup> Die Mitgliedstaaten sind also nicht durch Unionsrecht verpflichtet, in jedem Fall in den Personenverkehrsmarkt einzugreifen. Erwägungsgrund 8 der VO 1370/2007 hält in diesem Zusammenhang fest, dass deregulierte Personenverkehrsmärkte, in denen keine ausschließlichen Rechte gewährt werden, ihre Merkmale und Funktionsweise behalten dürfen sollen, soweit diese mit den Anforderungen der europäischen Verträge vereinbar sind.

Fernbusanbieter können sich auch nicht auf die gesetzlichen Betriebs- und Beförderungspflichten nach §§ 21 und 22 des PBefG berufen, um ausgleichsfähige gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen nachzuweisen. Denn diese gesetzlichen Pflichten begründen nach vorzugswürdiger Ansicht keine gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen im Sinne der VO 1370/2007, solange mit den Genehmigungen nach dem PBefG keine Kompensation durch Geldleistungen oder die Gewährung ausschließlicher Rechte einhergeht.<sup>110</sup> Es handelt sich vielmehr um gewerberechtliche Pflichten aufgrund gesetzlicher „Marktrahmenregelungen“, die der Fernbusanbieter mit seinem freiwillig gestellten Antrag auf Erteilung einer Genehmigung nach § 13 PBefG hinnimmt.<sup>111</sup> Diese Pflichten sind also keine besonderen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen eines bestimmten Betreibers wie die Pflicht, Verkehrsleistungen auf einer bestimmten Strecke zu bestimmten Bedingungen zu erbringen. Derartige besondere Pflichten der Daseinsvorsorge erfordern ein Tätigwerden einer staatlichen Stelle im Hinblick auf die Vorgabe derartiger Verpflichtungen, wobei die staatliche Stelle auch hier über ein weites Ermessen verfügt.<sup>112</sup>

Doch selbst dann, wenn die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung zur Festsetzung eines Höchsttarifs mittels allgemeiner Vorschrift im Sinne des Art. 2 lit. I VO 1370/2007 festgelegt wird und man unterstellt, dass Fernbusanbieter bereits aufgrund der Betriebs- und Beförderungspflicht nach dem PBefG grundsätzlich öffentliche Personenverkehrsdienste erbringen<sup>113</sup> und deshalb von dieser Vorschrift erfasst werden können, wären sie aufgrund ihrer Unterschiede zu Nahverkehrsunternehmen im Ergebnis nicht erfasst. Denn eine Diskriminierung von Fernbusanbietern durch eine allgemeine Vorschrift, die nur Nahverkehrsunternehmen verpflichtet und berechtigt, läge nicht vor.

Allgemeine Vorschriften müssen diskriminierungsfrei für alle öffentlichen Personenverkehrsdienste derselben Art in einem bestimmten geografischen Gebiet, das im Zuständigkeitsbereich einer zuständigen Behörde liegt, gelten. Diskriminierungsfrei sind alle Maßnahmen einer allgemeinen Vorschrift, wenn durch sie keine willkürliche oder unsachgerechte Ungleichbehandlung grundsätzlich vergleichbarer Personenbeförderungsdienste erfolgt.<sup>114</sup> Personenbeförderungsdienste gehören derselben Art an, wenn die jeweiligen Beförderungsleistungen zumindest in den wesentlichen Aspekten übereinstimmen. Sie müssen grundsätzlich unter denselben Bedingungen erbracht werden und ein vergleichbares Beförderungsprofil aufweisen.<sup>115</sup>

Fernbusanbieter erbringen, soweit sie Strecken zwischen 50 und 300 km fahren, im Verhältnis zu Nahverkehrsunternehmen jedoch keine öffentlichen Personenverkehrsdienste „derselben Art“ (zu den Unterschieden siehe oben C.I.5.1.3), sodass sie durch eine allgemeine Vorschrift, die nur Nahverkehrsunternehmen berechtigt und verpflichtet, nicht diskriminiert werden. So sind Fernbusanbieter gesetzlich verpflichtet, regelmäßig zwischen zwei Haltestellen mehr als 50 km zurückzulegen, § 42a Satz 2 Nr. 1

<sup>109</sup> Mitteilung der Kommission über die Auslegungseleitlinien zu der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße vom 29.03.2014, 2014/C 92/01, 2.2.5.

<sup>110</sup> Nettesheim, NVwZ 2009, 1449, 1450.

<sup>111</sup> Otting/Olgemöller/Tresselt, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 70 Rn. 24.

<sup>112</sup> Knauff, in: Immenga/Mestmäcker, VO (EG) Nr. 1370/2007, 6. Auflage 2022, Art. 2, Rn. 87.

<sup>113</sup> So z.B. Kaufmann/Linke, in: Linke, VO (EG) 1370/2007, 2. Auflage 2019, Art. 2, Rn. 26; VG Halle (Saale), Urteil vom 25.10.2010, 7 A 1/10, Rn. 288 bei juris.

<sup>114</sup> EuGH, Urteil vom 17.10.1995, Rs. C-44/94, Rn. 46; Urteil vom 05.06.2008, Rs. C-164/07, Rn. 13.

<sup>115</sup> Kaufmann/Linke, in: Linke, VO (EG) 1370/2007, 2. Auflage 2019, Art. 2, Rn. 63.

PBefG. Sie fahren regelmäßig Strecken von mehreren Hundert Kilometern. Solche Strecken legen Verbindungen von Nahverkehrsunternehmen nur im Fall bestimmter Schienenverbindungen zurück. Ebenfalls unterscheiden sich Fernbusanbieter von Nahverkehrsunternehmen in den genutzten Fahrzeugen.

## 2. Rechtfertigung der Ausgleichsleistungen für das Deutschlandticket nach Art. 93 AEUV

Sofern Ausgleichsleistungen für das Deutschlandticket nicht nach der VO 1370/2007 gerechtfertigt und von der vorherigen Anmeldung gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV freigestellt werden können, kommt grundsätzlich eine Rechtfertigung nach Art. 93 AEUV in Betracht. Im Ergebnis können Ausgleichsleistungen für das Deutschlandticket jedoch nicht rechtssicher nach Art. 93 AEUV gerechtfertigt werden.

Nach Art. 93 AEUV sind Beihilfen mit den EU-Verträgen vereinbar, die den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen. Art. 93 AEUV regelt zwei Fälle, die sogenannten Koordinierungsbeihilfen (Art. 93 Alt. 1 AEUV) und die sogenannten Abgeltungsbeihilfen (Art. 93 Alt. 2 AEUV). Sie können nach Art. 93 AEUV gerechtfertigt werden, sofern sie nicht schon von der VO 1370/2007 erfasst sind, Art. 9 Abs. 2 VO 1370/2007. Beispielhaft genannt sind Beihilfen für Infrastrukturkosten und Beihilfen zur Förderung der Erforschung oder Entwicklung wirtschaftlicherer Verkehrssysteme und -technologien für die Gemeinschaft, Art. 9 Abs. 2 lit. a und b VO 1370/2007. Der Rückgriff auf Art. 93 Alt. 2 AEUV im Anwendungsbereich der VO 1370/2007 ist insoweit gesperrt.<sup>116</sup> Lediglich Art. 93 Alt. 1 AEUV (Koordinierungsbeihilfen) hat im Verhältnis zur VO 1370/2007 einen eigenständigen Regelungsgehalt<sup>117</sup> und kann damit prinzipiell gleichrangig angewandt werden. Denn die VO 1370/2007 regelt Belange der Koordinierung höchstens „im Reflex“.<sup>118</sup>

Eine Koordinierung des Verkehrs geht über die einfache Förderung der Entwicklung einer Wirtschaftstätigkeit hinaus; zusätzlich ist erforderlich, dass der Staat in die Entwicklung des Verkehrssektors im Interesse der Allgemeinheit lenkend eingreift.<sup>119</sup> Die Beihilfen müssen zudem notwendig, für die Zielerreichung verhältnismäßig und den allgemeinen Interessen der Union dienlich sein.<sup>120</sup> „Koordinierung“ im Sinne des Art. 93 Alt. 1 AEUV ist die Gewährleistung einer sinnvollen Aufgabenverteilung und einer reibungslosen Zusammenarbeit unter den Verkehrsträgern zur Vermeidung von Effizienz- und Synergieverlusten.<sup>121</sup> Als Koordinierungsbeihilfen erkennt die Kommission nach den Leitlinien für staatliche Beihilfen an Eisenbahnunternehmen folgenden Maßnahmen an:

- Beihilfen für die Nutzung der Infrastruktur zugunsten von Eisenbahnunternehmen, die mit Ausgaben für die von ihnen benutzten Verkehrswege belastet sind, welche Unternehmen anderer Verkehrsarten nicht zu tragen haben;
- Beihilfen zur Verringerung der externen Kosten, durch die eine Verkehrsverlagerung auf die Schiene gefördert werden soll, da diese gegenüber anderen Verkehrsträgern, z. B. der Straße, weniger externe Kosten verursacht;

---

<sup>116</sup> Berschin, in: MüKoEuWettbR, VO (EG) Nr. 1370/2007, 4. Auflage 2022, Art. 1, Rn. 27.

<sup>117</sup> Berschin, in: MüKoEuWettbR, VO (EG) Nr. 1370/2007, 4. Auflage 2022, Art. 1, Rn. 28.

<sup>118</sup> Berschin, in: Baumeister, Recht des ÖPNV-HdB, A1, Rn. 211.

<sup>119</sup> Mitteilung der Kommission: Gemeinschaftliche Leitlinien für staatliche Beihilfen an Eisenbahnunternehmen vom 22.07.2008, 2008/C 184/07, Rn. 89.

<sup>120</sup> Mitteilung der Kommission: Gemeinschaftliche Leitlinien für staatliche Beihilfen an Eisenbahnunternehmen vom 22.07.2008, 2008/C 184/07, Rn. 96.

<sup>121</sup> Schäfer/Kramer, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 93, Rn. 10 m.w.N.

- Beihilfen zur Förderung der Interoperabilität und, sofern sie der Koordinierung des Verkehrs dienen, zur Verbesserung der Sicherheit, Beseitigung technischer Hindernisse und Verringerung von Lärmemissionen;
- Beihilfen für Forschung und Entwicklung, die den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs entsprechen.<sup>122</sup>

Ob Ausgleichsleistungen für das Deutschlandticket unter einer dieser Maßnahmen gefasst werden kann, hängt im Einzelnen von der Konzeption und Ausgestaltung des Ausgleichsmechanismus ab.

Im Ergebnis unterfallen die Ausgleichsleistungen für das Deutschlandticket nach ihrer gegenwärtigen Konzeption keiner der oben genannten Fallgruppen der Koordinierungsbeihilfen. Beihilfen für die Nutzung von (Schienen-)Infrastruktur oder Beihilfen für Forschung und Entwicklung scheiden bereits ihrem sachlichen Zuschnitt nach aus. Darüber hinaus sind die Ausgleichsleistungen ebenso wenig als „Beihilfen zur Verringerung externer Kosten“ oder als „Beihilfe zur Förderung der Interoperabilität“ einzuordnen. Im Einzelnen:

Keine „Beihilfen zur Förderung der Interoperabilität“ sind Ausgleichsleistungen, die auf eine „tarifliche Interoperabilität“ im Sinne eines Abbaus von tariflichen Schranken im Bundesgebiet zielen. Denn Beihilfen zur Förderung der Interoperabilität beziehen sich auf die (technische) Fähigkeit von Zügen, auf allen Abschnitten des Eisenbahnnetzes zu fahren, d. h. die unterschiedlichen Eisenbahnsysteme in der EU durchgängig nutzen zu können.<sup>123</sup>

Auch Beihilfen zur Verringerung externer Kosten sind nicht passend für die beabsichtigten Ausgleichsleistungen. Beihilfefähig ist hier nur der Teil der externen Kosten, der vermieden wird, weil die Bahn anstatt anderer Verkehrsträger benutzt wird.<sup>124</sup> Dahinter dürfte der Gedanke stehen, dass der Anreiz für den Wechsel auf die Schiene bereits gegeben ist, nicht also durch die Ausgleichsleistung – wie im Rahmen des Deutschlandtickets vorgesehen – erst geschaffen wird. Jedenfalls müssten die Mitgliedstaaten für Beihilfen dieser Art zur Verringerung der externen Kosten eine transparente, begründete und quantifizierte Analyse der Kosten des Schienenverkehrs im Vergleich zu den Kosten anderer Verkehrsträger vorlegen<sup>125</sup>. Auch müssten das verwendete Verfahren und die vorgenommenen Berechnungen öffentlich zugänglich sein.<sup>126</sup>

### **3. Rechtfertigung der Ausgleichsleistungen für das Deutschlandticket nach Art. 106 Abs. 2 AEUV sowie nach dem DAWI-Rechtsrahmen**

Ausgleichsleistungen für das Deutschlandticket wären, wie gezeigt, von der VO 1370/2007 erfasst, so dass nicht auf Art. 106 Abs. 2 und den DAWI-Rechtsrahmen zurückgegriffen werden darf/muss.

---

<sup>122</sup> Mitteilung der Kommission: Gemeinschaftliche Leitlinien für staatliche Beihilfen an Eisenbahnunternehmen vom 22.07.2008, 2008/C 184/07, Rn. 98.

<sup>123</sup> Richtlinie 2004/50/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Änderung der Richtlinie 96/48/EG des Rates über die Interoperabilität des transeuropäischen Hochgeschwindigkeitsbahnsystems und der Richtlinie 2001/16/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Interoperabilität des konventionellen transeuropäischen Eisenbahnsystems.

<sup>124</sup> Mitteilung der Kommission: Gemeinschaftliche Leitlinien für staatliche Beihilfen an Eisenbahnunternehmen vom 22.07.2008, 2008/C 184/07, Rn. 103.

<sup>125</sup> Mitteilung der Kommission: Gemeinschaftliche Leitlinien für staatliche Beihilfen an Eisenbahnunternehmen vom 22.07.2008, 2008/C 184/07, Rn. 105. Hinweise zu den verschiedenen Verfahren zur Schätzung der externen Kosten finden sich in Anhang 2 des Grünbuchs der Kommission „Faire und effiziente Preise im Verkehr — Politische Konzepte zur Internalisierung der externen Kosten des Verkehrs in der Europäischen Union“, Bulletin der EU, Beilage 2/96; KOM(1995)691 endg.

<sup>126</sup> Mitteilung der Kommission: Gemeinschaftliche Leitlinien für staatliche Beihilfen an Eisenbahnunternehmen vom 22.07.2008, 2008/C 184/07, Rn. 105.

Nach Art. 106 Abs. 2 AEUV gelten die Vorschriften der Verträge, insbesondere die Wettbewerbsregeln, für Unternehmen, die u.a. mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) be-  
traut sind, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen beson-  
deren Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. DAWI wurzeln u.a. in Art. 14 AEUV sowie im Pro-  
tokoll Nummer 26 über Dienste von allgemeinem Interesse. Sekundärrechtlich sind sie von der Kom-  
mission in einer Reihe von Rechtsakten, dem sog. DAWI-Paket, geregelt, die die beihilferechtskonforme  
Ausgestaltung von Ausgleichsleistungen ermöglichen und inhaltlich vor allem auf die Rechtsprechung  
des EuGH in der Rechtssache „Altmark Trans“<sup>127</sup> zurückgehen. Allerdings ist ein Rückgriff auf den  
DAWI-Rechtsrahmen gesperrt, soweit die betreffende Maßnahme – wie hier der Fall – im Anwendungs-  
bereich der VO 1370/2007 liegt.

#### **4. Rechtfertigung der Ausgleichsleistungen für das Deutschlandticket nach Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV**

Sollten die Ausgleichsleistungen weder über die VO 1370/2007 noch über Art. 93 AEUV zu rechtfertigen  
sein, käme keine Rechtfertigung über die Legalausnahmen des Art. 107 Abs. 2 AEUV in Betracht  
(hierzu unter II.4.1). Im Rahmen der Ermessensausnahmen des Art. 107 Abs. 3 AEUV (hierzu unter  
II.4.1) kommen Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischen Interesse  
nach Art. 107 Abs. 3 lit. b Alt. 1 AEUV mangels Beteiligung weiterer Mitgliedstaaten nicht in Betracht  
(hierzu unter II.4.2.1); die Anerkennung einer Sektorbeihilfe gemäß Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV erscheint  
vor dem Hintergrund der bereits vorhandenen rechtlichen Ausformung von Beihilfen für den Verkehrs-  
sektor sehr unwahrscheinlich (hierzu unter II.4.2.2).

##### **4.1. Keine Rechtfertigung über Legalausnahmen des Art. 107 Abs. 2 AEUV**

Tatbestände, bei deren Vorliegen die Kommission die Beihilfe als mit dem Binnenmarkt vereinbar ein-  
stufen müsste, sind nicht ersichtlich.

Insbesondere können die Ausgleichsleistungen für die Festsetzung eines Höchsttarifs von monatlich  
EUR 49 pro Person nicht als Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher im Sinne von Art. 107 Abs. 2  
lit. a AEUV gerechtfertigt werden. Denn dieser Tatbestand setzt voraus, dass die Beihilfe nicht allen  
Verbrauchern gleichermaßen gewährt wird.<sup>128</sup>

Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt. Der durch Ausgleichsleistungen an Nahverkehrsunternehmen zu  
ermöglichende Höchsttarif von monatlich EUR 49 pro Person soll unterschiedslos allen Verbrauchern  
zugutekommen und nicht bestimmten besonders bedürftigen Verbrauchern. Zwar käme eine weitere  
Ermäßigung dieses Höchsttarifs für bestimmte Personengruppen als besondere soziale Beihilfe in Be-  
tracht. Dies führte aber nicht zur Zulässigkeit des allgemeinen Höchsttarifs von EUR 49.

##### **4.2. Rechtfertigung über Ermessensausnahmen des Art. 107 Abs. 3 AEUV**

Tatbestände, bei deren Vorliegen die Kommission Ausgleichsleistungen aufgrund Ermessensausübung  
als mit dem Binnenmarkt vereinbar ansehen kann, sind ebenfalls nicht ersichtlich.

##### **4.2.1. Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischen Interesse, Art. 107 Abs. 3 lit. b Alt. 1 AEUV**

Eine Genehmigung der Ausgleichsleistungen als Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von ge-  
meinsamem europäischen Interesse im Sinne von Art. 107 Abs. 3 lit. b Alt. 1 AEUV ist schon deshalb

---

<sup>127</sup> EuGH, Urteil vom 24. 7. 2003, Rs. C-280/00 („Altmark Trans“).

<sup>128</sup> Säcker, in: MüKoEuWettbR, 4. Auflage 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 748.



sehr unwahrscheinlich, da die Kommission regelmäßig verlangt, dass mindestens vier Mitgliedstaaten sich an einem solchen Vorhaben beteiligen.<sup>129</sup>

#### 4.2.2. Sektorbeihilfen, Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV

Eine Genehmigung der Ausgleichsleistungen durch die Kommission als Sektorbeihilfe zur Förderung eines Wirtschaftszweigs im Sinne von Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV bietet ebenso wenig eine rechtssichere Rechtfertigungsmöglichkeit. Die Genehmigung hinge davon ab, dass die Kommission davon ausgeht, dass die Nahverkehrsunternehmen in Deutschland einen „Wirtschaftszweig“ bilden und die Ausgleichsleistungen mit dem Unionsrecht vereinbar ist, insbesondere nicht die Handelsbedingungen in einer dem gemeinsamen Interesse zuwiderlaufenden Weise verändert. Da Beihilfen im Verkehrssektor bereits durch Art. 93 AEUV und die VO 1370/2007 geregelt sind, ist nicht davon auszugehen, dass die Kommission Beihilfen an Verkehrsunternehmen auf der Grundlage des Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV genehmigen wird, wenn die Voraussetzungen der spezielleren Vorschriften nicht erfüllt sind.

---

<sup>129</sup> Mitteilung der Kommission über Kriterien für die Würdigung der Vereinbarkeit von staatlichen Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse mit dem Binnenmarkt vom 25.11.2021, C(2021) 8481 final, Rn. 16.

### **III. Sofern keine Rechtfertigung greift: Ergebnis nach Einbeziehung der Fernbusanbieter in das Deutschlandticket**

Können die Ausgleichsleistungen für das Deutschlandticket entgegen der hier vorgebrachten Argumentation beihilferechtlich nicht gerechtfertigt werden, würden sie nicht dadurch beihilferechtskonform, dass Fernbusanbieter auf bestimmten Strecken in die Ausgleichsleistungen einbezogen werden.

Die Einbeziehung der Fernbusanbieter ließe den Beihilfetatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht entfallen. Weder die Selektivität noch eine wenigstens potenzielle Wettbewerbsverfälschung ließen sich ausschließen.

Selektivität im Sinne des Art. 107 Abs. 1 liegt vor, wenn eine Beihilfe bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige begünstigt. Hierfür muss eine Maßnahme geeignet sein, bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige gegenüber anderen Unternehmen oder Produktionszweigen zu begünstigen, die sich im Hinblick auf das mit der betreffenden Regelung verfolgte Ziel in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden (hierzu oben I.4). Der EuGH hat in der „London Taxi“-Entscheidung die tatsächlichen und rechtlichen Unterschiede zwischen zwei Unternehmen betont, die gegen die Selektivität sprächen. Jedoch ist in der Rechtsprechung des EuGH ebenfalls anerkannt, dass eine Maßnahme selbst dann selektiv sein kann, wenn sie einen ganzen Wirtschaftszweig erfasst (hierzu oben I.4.3).

Vor diesem Hintergrund würde die Einbeziehung der Fernbusanbieter auf bestimmten Strecken die Selektivität der Ausgleichsleistungen also nicht sicher entfallen lassen. Denn es ist nicht sicher, dass dadurch schon sämtliche Unternehmen in die Maßnahme einbezogen wären, die sich im Hinblick auf die Maßnahme in einer vergleichbaren rechtlichen und tatsächlichen Situation befinden. Rechtliche und tatsächliche Gemeinsamkeiten könnten auch zwischen Nahverkehrsunternehmen, Fernbusanbietern, Taxenverkehrsunternehmen, Schienenpersonenfernverkehrsanbietern und Flugverkehrsanbietern gefunden werden. Der „Ausschnitt“ an Unternehmen und Wirtschaftszweigen, die von einer Maßnahme erfasst sein müssen, um die Selektivität auszuschließen, kann im Ergebnis nicht rechtssicher bestimmt werden.

Eine (wenigstens potenzielle) Wettbewerbsverfälschung kann wegen der – durch den EuGH gebilligten – großzügigen Entscheidungspraxis der Kommission (hierzu oben I.5.2) ebenfalls nicht rechtssicher ausgeschlossen werden. Plausibilitätserwägungen und qualitative Argumente zur Begründung der Wettbewerbsverfälschung, können darin bestehen, dass der Markt der Personenbeförderung nicht nur Nahverkehrsunternehmen und Fernbusanbieter erfasst, sodass der Wettbewerb selbst bei Einbeziehung der Fernbusanbieter noch verfälscht werden könnte.

#### **IV. Sofern Einbeziehung der Fernbusanbieter notwendig: Verpflichtung zur Einbeziehung der Schienenpersonenfernverkehrsanbieter**

Aus den unter III. genannten Erwägungen wäre die Erweiterung der Ausgleichsleistungen auf Schienenpersonenfernverkehrsanbieter ebenfalls kein rechtssicherer Weg zum Ausschluss des Beihilfetatbestands. Weder die Selektivität noch eine potenzielle Wettbewerbsverfälschung wären ausgeschlossen. Denn neben Nahverkehrsunternehmen, Fernbusanbietern und Schienenpersonenfernverkehrsanbietern bieten weitere Unternehmen – wie Taxenverkehrs- und Flugverkehrsunternehmen – Dienstleistungen auf dem Markt der Personenbeförderung an.

\*\*\*

## **Kontakt**

KPMG Law Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

### **Dr. Moritz Püstow, D.E.A. (Sorbonne)**

Partner, Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Vergaberecht  
T +49 30 530199 129  
mpuestow@kpmg-law.com

### **Dr. Áron Horváth, LL.M.**

Senior Manager, Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Vergaberecht  
T +49 30 530 199 129  
aronhorvath@kpmg-law.com

[www.kpmg-law.de](http://www.kpmg-law.de)

Die enthaltenen Informationen sind allgemeiner Natur und nicht auf die spezielle Situation einer Einzelperson oder einer juristischen Person ausgerichtet. Obwohl wir uns bemühen, zuverlässige und aktuelle Informationen zu liefern, können wir nicht garantieren, dass diese Informationen so zutreffend sind wie zum Zeitpunkt ihres Eingangs oder dass sie auch in Zukunft so zutreffend sein werden. Niemand sollte aufgrund dieser Informationen handeln ohne geeigneten fachlichen Rat und ohne gründliche Analyse der betreffenden Situation. Unsere Leistungen erbringen wir vorbehaltlich der berufsrechtlichen Prüfung der Zulässigkeit in jedem Einzelfall.

2021 - KPMG Law ist Mitglied der globalen KPMG-Organisation unabhängiger Mitgliedsgesellschaften, die KPMG International Limited, einer Private English Company Limited by Guarantee, angeschlossen sind. Als solches arbeitet KPMG Law eng mit den anderen weltweit angeschlossenen Gesellschaften, insbesondere mit KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft und mit dieser verbundenen Unternehmen (zusammen „KPMG Gesellschaften“), zusammen