

8. NOVEMBER 2019

**KLIMAPAKET
EIGENKAPITALERHÖHUNG BEI DER DEUTSCHEN BAHN AG
BEWERTUNG NACH EU-BEIHILFERECHT**

für

MOFAIR E.V.

und

NETZWERK EUROPÄISCHER EISENBAHNEN E.V.

CMS HASCHE SIGLE
EU Law Office
Brüssel

INHALTSVERZEICHNIS

	SEITE
A. HINTERGRUND	4
B. FRAGESTELLUNG	4
C. ERGEBNISSE	5
D. PRÜFUNG	6
I. Vorliegen einer Beihilfe.....	6
1. Unternehmen	7
2. Staatliche Mittel	7
3. Selektiver Vorteil	8
a) Vorteilsrelevante Maßnahmen	8
aa) Kapitalerhöhung	8
bb) Beschluss und Ankündigung der Kapitalerhöhung	8
b) Private-Investor-Test (PIT)	10
aa) Rentabilität.....	11
bb) Entscheidungsfindung	11
c) Anwendung im Fall der DB AG.....	13
aa) Geringe Renditeerwartung.....	13
bb) Fehlen von Businessplänen	14
cc) Überlanger Investitionszeitraum.....	14
d) Zwischenergebnis.....	15
4. Wettbewerbsverfälschung	16
5. Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels.....	16
6. Zwischenergebnis.....	17
7. Keine Freistellung	17
8. Rechtsfolge.....	17
II. Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt	17
1. Notwendigkeit einer Zweckbestimmung	18
2. Andere Gestaltungsformen	18
a) Konzentration auf Förderung der Netzinfrastruktur.....	19
aa) Voraussetzungen.....	19
bb) Umsetzung	19
(i) Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung.....	19
(ii) Infrastrukturfonds	20
(iii) Zweckbestimmte Kapitalerhöhung bei der DB AG.....	20
(iv) Zweckbestimmte Zuwendung an die DB AG	21
(v) Kapitalerhöhung bei der DB Netz AG.....	21
cc) Schlussfolgerung	23

b)	Genehmigung über die Eisenbahn-Mitteilung i.V.m. Art. 93 AEUV	23
aa)	Z.B. Beihilfen zur Koordinierung des Verkehrs.....	25
bb)	Z.B. Beihilfe zur Anschaffung neuer Fahrzeuge	26
3.	Schlussfolgerung	27

A. Hintergrund

Die Deutsche Bahn AG (DB AG) ist ein vertikal integriertes Unternehmen mit Aktivitäten sowohl im Bereich Schienentransport (z.B. DB Regio AG, DB Fernverkehr AG und DB Cargo AG) als auch im Bereich Schieneninfrastruktur (z.B. DB Netz AG). Das Unternehmen steht zu 100 % im Eigentum des Bundes. Heute ist die DB AG in über 130 Ländern tätig.

Am 20. September 2019 beschloss das Klimakabinett der Bundesregierung im Rahmen des sog. „Klimapakets“ eine Kapitalerhöhung der DB AG in Höhe von insgesamt EUR 11 Mrd. Dazu soll das Eigenkapital der DB AG schrittweise von 2020 an bis 2030 jedes Jahr um EUR 1 Mrd. erhöht werden. Konkret lautet der betreffende Abschnitt des Klimapakets wie folgt:

„Kapitalerhöhung DB

Der Bund wird sich von 2020 bis 2030 jährlich mit 1 Mrd. zusätzlichen Eigenkapitals an der DB beteiligen. Dadurch wird die Gesellschaft in die Lage versetzt, zusätzliches Kapital in die Modernisierung, den Ausbau und die Elektrifizierung des Schienennetzes und das Bahnsystem zu investieren.“¹

Mittlerweile hat die Bundesregierung einen entsprechenden Entwurf in die Beratungen für das Haushaltsjahr 2020 eingebracht. Die Kostenposition trägt den Titel „Erhöhung des Eigenkapitals der Deutsche Bahn AG“.² Die Beratung durch den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestags soll bis zum 14. November 2019 erfolgen. Die zweite und dritte Lesung des Haushaltsgesetzes in der Ausschussfassung sind vom 25. bis zum 29. November 2019 terminiert.³

B. Fragestellung

Die Verbände mofair e.V. und Netzwerk Europäischer Eisenbahnen (NEE) e.V. vertreten die Interessen von Wettbewerbern der DB-Transportgesellschaften im Schienenpersonen- bzw. -güterverkehr. Beide Mandanten haben uns gebeten, die durch den Bund geplante Kapitalerhöhung bei der DB AG aus EU-beihilferechtlicher Sicht zu prüfen.

¹ Beschluss des Klimakabinetts vom 20. September 2019, Eckpunkte für das Klimaschutzprogramm 2030, B. III. b. viii., S. 11.

² BT-Drs. 19/13800, S. 44.

³ <https://www.bundestag.de/presse/hib/661258-661258>, Zugriff am 4. November 2019.

Wir legen dieser Begutachtung die öffentlich bekannten und uns zur Verfügung gestellten Informationen zugrunde.

C. Ergebnisse

Unsere Ergebnisse lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Die geplante Kapitalerhöhung bei der DB AG mit einem Volumen von EUR 11 Mrd. über 11 Jahre stellt eine Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV dar. Sie erfüllt insbesondere nicht den Private-Investor-Test. Hiergegen sprechen die geringen Renditeerwartungen, das Fehlen einer nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen erfolgten Investitionsentscheidung und der überlange Investitionszeitraum.
- Eine Beihilfe liegt dabei spätestens dann vor, wenn die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen geschaffen sind.
- Als Beihilfe ist die Kapitalerhöhung gemäß Art. 108 Abs. 3 S. 1 AEUV notifizierungspflichtig bei der EU-Kommission.
- Bis zur abschließenden positiven Entscheidung durch die Kommission darf die Kapitalerhöhung gemäß Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV nicht vorgenommen werden (sog. Durchführungsverbot).
- Selbst im Falle einer später erfolgenden positiven Entscheidung durch die Kommission führte ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot dazu, dass Deutschland als Mitgliedstaat der EU von der DB AG für den Zeitraum zwischen der Gewährung der Beihilfe und deren Genehmigung durch die Kommission Zinsen zurückfordern müsste.
- Wettbewerber der DB AG hätten im Hinblick auf die mit der Kapitalerhöhung absehbare Beihilfe an die DB AG die Möglichkeit, sowohl eine Beschwerde bei der Kommission zu erheben, wie auch gerichtliche Ansprüche auf Unterlassung geltend zu machen.
- Die beihilferechtliche Problematik einer Kapitalerhöhung bei der DB AG könnte auf relativ einfache Weise vermieden werden, indem die geplante Zuwendung nicht im Wege einer Kapitalerhöhung erfolgt, sondern zum Beispiel Gegenstand einer Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung (LuFV) oder eines neu aufzulegenden Infrastrukturfonds wird. So würde sichergestellt, dass die Förderung ausschließlich und direkt dem wettbewerbsfreien Infrastrukturbereich zufließt. Dies liegt auch auf der Linie der Monopolkommission, die in ihrem jüngsten Sektorgutachten dem

Bund empfiehlt, anstelle von Kapitalerhöhungen auf Ebene der DB AG eine zweckgebundene Unterstützung einzelner Gesellschaften der DB-Gruppe vorzunehmen.⁴

- Bei der Ausgestaltung der LuFV wären die Anmerkungen der Monopolkommission zur bisherigen Ausgestaltung zu berücksichtigen,⁵ insbesondere soweit die bisherige Ausgestaltung Auswirkungen auf die Trassenpreise hat.⁶
- Hingegen stellt insbesondere eine Kapitalerhöhung bei der DB Netz AG keine beihilferechtlich unbedenkliche Option dar. Denn eine Eigenkapitalerhöhung würde durch die für die Berechnung der Trassenpreise relevante und schon heute über dem wettbewerblichen Niveau liegende Eigenkapitalquote zu weiter steigenden und überhöhten Trassenpreisen führen, die letztlich im Wege der Gewinnabführung bei der DB AG in wahrscheinlich höheren Erträgen resultierten. Das würde geeignet sein, den Wettbewerb zu verzerren und somit zu beihilferechtlich relevanten Effekten führen.
- Die beihilferechtliche Problematik einer Kapitalerhöhung ließe sich grundsätzlich auch dadurch beheben, dass anstelle einer Kapitalerhöhung Einzelzuwendungen für die Zwecke erfolgen, die nach der Eisenbahn-Mitteilung⁷ genehmigungsfähig sind. Dies würde aber in jedem Fall eine Notifizierung bei der EU-Kommission voraussetzen. Zudem müssten die weiteren Anforderungen der Eisenbahn-Mitteilung erfüllt sein. Diese richten sich nach den jeweils konkret zu bestimmenden Förderzielen. In jedem Fall müsste sichergestellt sein, dass die Förderung nicht zu unverhältnismäßigen Wettbewerbsverzerrungen führt. Hinsichtlich der geplanten Eigenkapitalerhöhung bei der DB AG von EUR 11 Mrd. über 11 Jahre sind diese Anforderungen offensichtlich nicht erfüllt, denn es fehlt bereits eine konkrete Zweckbestimmung.

D. Prüfung

I. Vorliegen einer Beihilfe

Nach Art. 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den

⁴ Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn gemäß § 78 ERegG, 2019, Rn. 333ff.

⁵ Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn gemäß § 78 ERegG, 2019, Rn. 45ff.

⁶ Siehe zu den Details Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn gemäß § 78 ERegG, 2019, Rn. 170ff.

⁷ Mitteilung der Kommission vom 22. Juli 2008, Gemeinschaftliche Leitlinien für staatliche Beihilfen an Eisenbahnunternehmen, 2008/C 184/07.

Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

Die geplante Kapitalerhöhung stellt sonach dann eine Beihilfe dar, wenn folgende Bedingungen erfüllt sind:⁸

- a) Der Begünstigte ist ein Unternehmen oder ein Produktionszweig.
- b) Es handelt sich um eine staatliche Maßnahme oder eine Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel.
- c) Der Begünstigte erhält durch die Maßnahme einen selektiven Vorteil.
- d) Die Maßnahme verfälscht den Wettbewerb oder droht ihn zu verfälschen.
- e) Die Maßnahme ist geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

1. Unternehmen

Ein Unternehmen ist jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.⁹ Staatseigene Unternehmen können ausweislich der Art. 345, 106 Abs 2 AEUV Empfänger von Beihilfen sein. Eine wirtschaftliche Tätigkeit ist jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.¹⁰

Dies ist bei der DB AG zweifelslos der Fall. Die DB AG ist über ihre Tochtergesellschaften national wie international tätig und bietet u.a. Personen- und Gütertransporte, Infrastrukturnutzung¹¹ und weitere Dienstleistungen an.

2. Staatliche Mittel

Eine Maßnahme ist soweit staatlich oder aus staatlichen Mitteln, wie sie aus staatlichen Mitteln direkt oder indirekt finanziert wird und dem Staat zurechenbar ist.¹² Die Kapitalerhöhung wird aus dem Bundeshaushalt finanziert und ist somit aus staatlichen Mitteln.

⁸ Urteil des EuGH vom 2. September 2010, C-399/08, ECLI:EU:C:2010:481, Kommission v. Deutsche Post, Rn. 39.

⁹ Urteil des EuGH vom 18. Juni 1998, C-35/96, ECLI:EU:C:1998:303, Kommission v. Italienische Republik, Rn. 36.

¹⁰ Ebenda.

¹¹ Zum Status des Infrastrukturbetriebs als wirtschaftlicher Tätigkeit siehe Urteil des Gerichts vom 24. März 2011, T-443/08 und T-455/08, ECLI:EU:T:2011:117, Freistaat Sachsen und Land Sachsen-Anhalt und Mitteldeutsche Flughafen AG und Flughafen Leipzig-Halle GmbH v. Kommission, Rn 94.

¹² Urteil des EuGH vom 16. Mai 2002, C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, Französische Republik v. Kommission, Rn. 24.

3. Selektiver Vorteil

Ein Vorteil im Sinne des EU-Beihilferechts ist jede wirtschaftliche Vergünstigung, die ein Unternehmen unter normalen Marktbedingungen, d. h. ohne Eingreifen des Staates, nicht erhalten könnte.¹³ Von Belang sind weder der Grund noch das Ziel des staatlichen Eingreifens, sondern allein die Auswirkung der Maßnahme auf das Unternehmen.¹⁴ Auch die genaue Art der Maßnahme ist für die Feststellung, ob dem Unternehmen durch die Maßnahme ein wirtschaftlicher Vorteil verschafft wird, irrelevant. Maßgeblich ist allein, ob sich die finanzielle Lage eines Unternehmens verbessert, weil der Staat zu von den normalen Marktbedingungen abweichenden Konditionen eingreift. Um festzustellen, ob dies der Fall ist, ist die staatliche Maßnahme mit dem Vorgehen eines hypothetischen privaten Investors zu vergleichen (Private-Investor-Test).

a) Vorteilsrelevante Maßnahmen

aa) Kapitalerhöhung

Die dargestellten Grundsätze gelten ohne Zweifel für alle Kapitalerhöhungen des Staates bei öffentlichen Unternehmen.¹⁵ Soweit solche nicht unter markt-wirtschaftlichen Bedingungen erfolgen, liegt ein beihilferechtlich relevanter Vorteil vor.

bb) Beschluss und Ankündigung der Kapitalerhöhung

In der Fallpraxis der EU-Instanzen wurden darüber hinaus bereits Ankündigungen von Kapitalmaßnahmen als Beihilfe klassifiziert, jedenfalls soweit sich damit bereits eine gewisse Verbindlichkeit verbindet und daraus eine potentielle zusätzliche Belastung der öffentlichen Hand entsteht. Dabei genügt ein hinreichend enger Zusammenhang zwischen einerseits dem Vorteil, der dem Begünstigten gewährt wird, und andererseits der Verringerung eines Postens des Staatshaushalts oder einem hinreichend konkreten wirtschaftlichen Risiko für dessen Belastung. Hingegen ist weder erforderlich, dass eine solche Verringerung oder ein solches Risiko diesem Vorteil entspricht oder ihm gleichwertig ist, noch dass diesem Vorteil eine solche Verringerung oder

¹³ Urteil des EuGH vom 11. Juli 1996, C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, SFEI u. a, Rn. 60; Urteil des EuGH vom 29. April 1999, C-342/96, ECLI:EU:C:1999:210, Spanien v. Kommission, Rn. 41.

¹⁴ Urteil des EuGH vom 2. Juli 1974, Rs. 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, Italien v. Kommission, Rn. 13.

¹⁵ Siehe z.B. diverse Landesbankenfälle, z.B. Beschluss der EU-Kommission vom 15. Dezember 2009 über die staatliche Beihilfe Nr. C 17/2009 (ex N 265/2009), Deutschlands zur Umstrukturierung der Landesbank Baden-Württemberg.

ein solches Risiko gegenübersteht, noch dass er von gleicher Art wie die Bindung staatlicher Mittel ist, denen er entspringt.¹⁶

Erstens ist somit entscheidend, dass die Ankündigung dem Unternehmen bereits einen Vorteil verschafft und damit Marktwirkungen erzielt. Dies wurde in der Rechtssache *Bouygues* darin gesehen, dass Ratingagenturen die Kreditwürdigkeit des Unternehmens heraufstufen, da sie davon ausgehen konnten, dass der Staat die Liquidität des Unternehmens sichergestellt habe.¹⁷

Im Fall der DB AG ist solches tatsächlich auch bereits eingetreten. So hat z.B. Standard & Poor's das Rating der DB AG auf „AA“ erhöht und sich dabei explizit auf drei Maßnahmen des Klimapakets berufen, einschließlich und an erster Stelle auf die Kapitalzuführung in Höhe von EUR 11 Mrd.¹⁸

Zweitens kommt es darauf an, ob hinsichtlich der Bindung staatlicher Mittel bereits eine gewisse Verbindlichkeit besteht. In *Bouygues* wurde diese in einer Mehrzahl von Faktoren gesehen. Zum einen darin, dass der Staat dem Unternehmen eine einseitig unterschriebene Fassung einer entsprechenden Vereinbarung (zur Zahlung eines Aktionärsvorschlusses) übermittelte. Diese wurde zwar nie gegengezeichnet, nach Auffassung des EuGH hätte die Unterzeichnung aber einen sofortigen Anspruch ausgelöst, was für ausreichend angesehen wurde.¹⁹ Zum anderen stellte der EuGH darauf ab, dass sowohl in Äußerungen des Unternehmens selbst, wie auch von Ratingagenturen sowie in einer Stellungnahme gegenüber einem Parlamentsausschuss es so dargestellt worden sei, dass die „Kreditlinie“ gewährt worden sei.²⁰

Eine solche Situation liegt derzeit im Fall der DB AG noch nicht in allen im Fall *Bouygues* als relevant angesehenen Einzelheiten vor. Insbesondere bedarf die Beschlussfassung über die Kapitalerhöhung noch der Beschlussfassung der zuständigen Gremien. Wie eingangs dargelegt, sollen aber die zweite und dritte Lesung des Haushaltsgesetzes in der Ausschussfassung bereits im Zeitraum vom 25. bis zum 29. November 2019 stattfinden. Spätestens zu

¹⁶ Urteil des EuGH vom 19. März 2013, C-399/10 P und C-401/10 P, ECLI:EU:C:2013:175, *Bouygues v. Kommission*, Rn. 109f.

¹⁷ Urteil des EuGH vom 19. März 2013, C-399/10 P und C-401/10 P, ECLI:EU:C:2013:175, *Bouygues v. Kommission*, Rn. 133f.

¹⁸ https://ir.deutschebahn.com/fileadmin/Rating/RU_Deutsche_Bahn_Ratings_Raised_To_AA_On_German_Governments_Climate_Change_8Oct2019.PDF, Zugriff am 4. November 2019; sowie Presseerklärung der DB AG: <https://ir.deutschebahn.com/de/news-presentation/news/detail/s-p-hebt-rating-der-db-ag-an-und-be-staetigt-stabilen-ausblick/>, Zugriff am 4. November 2019.

¹⁹ Urteil des EuGH vom 19. März 2013, C-399/10 P und C-401/10 P, ECLI:EU:C:2013:175, *Bouygues v. Kommission*, Rn. 137.

²⁰ Urteil des EuGH vom 19. März 2013, C-399/10 P und C-401/10 P, ECLI:EU:C:2013:175, *Bouygues v. Kommission*, Rn. 138.

diesem Zeitpunkt dürfte auch angesichts der Gesamtumstände (zumindest weitreichende politische Bindung) eine hinreichende Verbindlichkeit der seitens der Bundesregierung beschlossenen Kapitalerhöhung bestehen. Dabei ist zudem zu berücksichtigen, dass nach der Rechtsprechung des EuGH in Sachen *Bouygues* keineswegs zwingend ist, dass ein Rechtsanspruch auf die Durchführung der Maßnahme gewissermaßen jederzeit durch eine einseitige Handlung des Unternehmens hergestellt werden kann. Vielmehr lässt sich die betreffende Entscheidung so interpretieren, dass es genügt, wenn die Durchführung der Maßnahme faktisch feststeht. Ein solches Szenario läge im Fall der DB AG jedenfalls dann vor, wenn die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen geschaffen sind. Mithin läge ab diesem Zeitpunkt eine Beihilfe zugunsten der DB AG vor, soweit deren weitere Voraussetzungen erfüllt sind.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Monopolkommission in ihrem 7. Sektorgutachten Bahn aufgrund des skizzierten beihilferechtlichen Risikos empfohlen hat, entsprechende medienwirksame Ankündigungen von Stützungsmaßnahmen zu unterlassen, und dass entsprechende Ankündigungen eine Notifizierungspflicht auslösen können.²¹

b) Private-Investor-Test (PIT)

Sowohl im Hinblick auf die Kapitalmaßnahme selbst wie auch für deren Ankündigung ist entscheidend, ob sich der Bund dabei wie ein hypothetischer privater Investor verhält bzw. verhalten hat. So hat sich auch die Bundesregierung z.B. in Bezug auf eine schon im Haushalt 2017 beschlossene Kapitalerhöhung bei der DB AG darauf berufen, wie ein privater Kapitalgeber zu handeln.²²

Nach Maßgabe des PIT ist entscheidend, ob ein unter normalen Marktbedingungen rational handelnder privater Kapitalgeber von vergleichbarer Größe in ähnlicher Lage die fragliche Investition ebenfalls vornehmen würde.²³

²¹ Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn gemäß § 78 ERegG, 2019, Rn. 351ff.

²² Stellungnahme der Bundesregierung zum Sektorgutachten der Monopolkommission vom 20. Dezember 2018, BT-Drs. 19/6893, K11.-K12., S. 4.

²³ Bekanntmachung der Kommission vom 19. Juli 2016 zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV, 2016/C 262/01, Rn. 74; ebenso Urteil des EuGH vom 21. März 1990, C-142/87, ECLI:EU:C:1990:125, Belgien v. Kommission, Rn. 29; Urteil des EuGH vom 21. März 1991, C-305/89, ECLI:EU:C:1991:142, Italien v. Kommission, Rn. 18 f.; Urteil des EuGH vom 16. Mai 2002, C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, Französische Republik v. Kommission, Rn. 69 f.; Entscheidung der Kommission vom 23. Juli 2008 über Maßnahmen Deutschlands zugunsten von DHL und Flughafen Leipzig/Halle, C 48/06, K(2008) 3512, Rn. 190.

Im Prinzip lässt sich der PIT dabei in zwei Bereiche unterteilen. Zum einen die Frage der wirtschaftlichen Rentabilität der geplanten Investition als solcher und zum anderen die Frage der konkreten Entscheidungsfindung.

aa) Rentabilität

Bezüglich der Frage der Rentabilität wird davon ausgegangen, dass sich ein privater Kapitalgeber allein von Renditeerwartungen leiten lässt.²⁴ Der PIT gilt insoweit als erfüllt, wenn die Struktur und die Zukunftsaussichten des Unternehmens geeignet sind, eine marktübliche Rendite in Form von Dividendenzahlungen oder Kapitalzuwächsen gemessen an einem vergleichbaren Privatunternehmen innerhalb eines angemessenen Zeitraums erwarten zu lassen.²⁵ Hinsichtlich der Angemessenheit des Zeitraums wird dabei dem Staat zugestanden, dass er ähnlich einer privaten Holding langfristige Rentabilitätsziele verfolgt.²⁶ Darüber hinaus gilt der Grundsatz, dass mit steigendem Risiko einer Investition auch die Renditeerwartungen eines privaten Kapitalgebers steigen würden.²⁷

bb) Entscheidungsfindung

Bezüglich der Entscheidungsfindung ist zu berücksichtigen, dass ein umsichtiger, marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber in der Regel eine ex-ante-Bewertung der Strategie und der finanziellen Aussichten eines Vorhabens zum Beispiel anhand eines Geschäftsplans vornehmen wird.²⁸ Ex-post vorgenommene wirtschaftliche Bewertungen, welche rückblickend die tatsächliche Rentabilität der vom betroffenen Mitgliedstaat getätigten Investition feststellen, reichen dagegen nicht aus.²⁹ Eine Investition „ins Blaue hinein“ entspricht daher nicht den Anforderungen des PIT. Vielmehr muss nachgewiesen werden, dass die Entscheidung über die Durchführung der Transaktion auf der Grundlage wirtschaftlicher Bewertungen getroffen wurde, die denen vergleichbar sind, die ein vernünftiger, marktwirtschaftlich handelnder

²⁴ Urteil des EuG vom 12. Dezember 2000, T-296/97, ECLI:EU:T:2000:289, Alitalia - Linee aeree italiane SpA v. Kommission, Rn. 84; Urteil des EuGH vom 21. März 1991, C-305/89, ECLI:EU:C:1991:142, Italienische Republik v. Kommission, Rn. 20.

²⁵ Entscheidung der Kommission vom 23. Juli 2008 über Maßnahmen Deutschlands zugunsten von DHL und Flughafen Leipzig/Halle, C 48/06, K(2008) 3512, Rn. 200.

²⁶ Urteil des EuGH vom 21. März 1991, C-305/89, ECLI:EU:C:1991:142, Italienische Republik v. Kommission, Rn. 20.

²⁷ Bekanntmachung der Kommission vom 19. Juli 2016 zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV, 2016/C 262/01, Rn. 102.

²⁸ Urteil des EuGH vom 5. Juni 2012, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, Kommission v. EDF, Rn. 82 bis 85 und 105.

²⁹ Urteil des EuGH vom 5. Juni 2012, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, Kommission v. EDF, Rn. 85.

Kapitalgeber in ähnlicher Lage vorgenommen hätte, um die Rentabilität oder die wirtschaftlichen Vorteile der Transaktion zu ermitteln.³⁰

Wie eingehend eine solche ex-ante-Bewertung sein muss, hängt von der Komplexität der Transaktion und dem Wert der betroffenen Vermögenswerte, Waren oder Dienstleistungen ab. Nach Auffassung der Kommission sollten ex-ante-Bewertungen mit Unterstützung von Sachverständigen mit Fachwissen und Erfahrung vorgenommen werden. Sie sollten auf objektiven Kriterien beruhen und nicht durch politische Erwägungen beeinflusst sein.³¹

Die Prüfung muss anhand eines Businessplans erfolgen.³² Dabei verlangt die Kommission teilweise auch die Betrachtung unterschiedlicher Verlaufsszenarien (z.B. *best-case*, *base-case*, *worst-case*). Dies liegt immer dann nahe (und entspricht der Kommissionspraxis), wenn die Investition besonders hoch ist, sich über lange Zeiträume erstreckt und/oder wenn die bisherige Renditehistorie des Unternehmens negative Auffälligkeiten aufweist.

Im Übrigen hat die Kommission in ihrer Mitteilung zum Beihilfebegriff³³ verschiedene Methodiken zur Bewertung von Renditeerwartungen beschrieben. Dazu gehören u.a. Benchmarking-Betrachtungen, d.h. ein Vergleich mit den Bedingungen, zu denen vergleichbare Transaktionen von vergleichbaren privaten Kapitalgebern in einer vergleichbaren Lage vorgenommen wurden sowie bestimmte Standard-Bewertungsmethoden.³⁴ Nach Auffassung der Kommission prüfen dabei umsichtige marktwirtschaftlich handelnde Kapitalgeber ihre Maßnahmen grundsätzlich nach verschiedenen Methoden, um die Schätzungen zu bestätigen (zum Beispiel werden Nettobarwert(NPV)-Berechnungen mit Benchmarking-Methoden validiert).³⁵

³⁰ Urteil des EuGH vom 5. Juni 2012, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, Kommission v. EDF, Rn. 82 bis 85; Urteil des EuGH vom 24. Oktober 2013, C-214/12 P und C-215/12 P und C-223/12 P, ECLI:EU:C:2013:682, Land Burgenland v. Kommission, Rn. 61.

³¹ Bekanntmachung der Kommission vom 19. Juli 2016 zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV, 2016/C 262/01, Rn. 133.

³² Z.B. Kommission, Entscheidung vom 27. Juli 2017, Staatliche Beihilfe/Deutschland (Hessen) SA.44723 (2017/N) Hessische Staatsweingüter GmbH, Sacheinlage von Grundstücken, Rn. 61.

³³ Bekanntmachung der Kommission vom 19. Juli 2016 zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV, 2016/C 262/01.

³⁴ Bekanntmachung der Kommission vom 19. Juli 2016 zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV, 2016/C 262/01, Rn. 98ff. sowie zu weiteren Standardmethoden Rn. 101ff.

³⁵ Bekanntmachung der Kommission vom 19. Juli 2016 zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV, 2016/C 262/01, Rn. 105.

c) Anwendung im Fall der DB AG

Wendet man die oben skizzierten Grundsätze im Fall der geplanten Kapitalerhöhung der DB AG an, zeigt sich aus einer ganzen Reihe an Gründen, dass die geplante Kapitalerhöhung den anzuwendenden Maßstab des PIT weit verfehlt.

aa) Geringe Renditeerwartung

Die DB AG ist in einer finanziell komplexen Situation. So droht sie die vom Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages gesetzte Schuldengrenze von EUR 20,4 Mrd. zu brechen.³⁶ Damit einher geht ein erhebliches Zinsrisiko.³⁷ Bereits im November 2016 hat der Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages festgestellt, dass es die DB AG nicht geschafft hat, nachhaltig ohne neue Schulden auszukommen.³⁸ Zudem genügen die erwirtschafteten Gewinne seit 2017 nicht, um notwendige Investitionen zu finanzieren.³⁹ So sank der Gewinn 2018 um fast 30 % im Vergleich zum Vorjahr auf EUR 542 Mio.⁴⁰

Die EBITDA-Marge und andere finanzielle Bewertungsfaktoren liegen deutlich unter denjenigen anderer Eisenbahnunternehmen (z.B. SNCF), die von Ratingagenturen als vergleichbar („peers“) angesehen werden.⁴¹

Neben dem Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestags⁴² bemängelt auch der Bundesrechnungshof, dass eine Strategie zur langfristigen Neuaufstellung fehlt.⁴³ Die Kritik richtet sich dabei unter anderem gegen die Auslandstätigkeit der DB AG, die in den letzten Jahren immer wieder mit Verlusten verbunden war.⁴⁴

³⁶ <https://www.n-tv.de/wirtschaft/Bahn-laesst-Gewinnziele-fahren-article20753533.html>, Zugriff am 4. November 2019; zur schwierigen finanziellen Situation siehe auch Zur wirtschaftlichen Lage der DB AG, Böttger, Christian/Mitusch, Kay, Zeitschrift für Verkehrswissenschaft, 2016, S. 233.

³⁷ Bericht nach § 99 BHO zur strukturellen Weiterentwicklung und Ausrichtung der DB AG am Bundesinteresse, Bundesrechnungshof, 2019, 4.1.4, S. 16.

³⁸ Beschluss des Haushaltsausschusses vom 10. November 2016, Ausschussdrucksache 18(8)3800, I Nr. 2.

³⁹ Bericht nach § 99 BHO zur strukturellen Weiterentwicklung und Ausrichtung der DB AG am Bundesinteresse, Bundesrechnungshof, 2019, 3, S. 12, vgl. bereits Zur wirtschaftlichen Lage der DB AG, Böttger, Christian/Mitusch, Kay, Zeitschrift für Verkehrswissenschaft, 2016, S. 237.

⁴⁰ https://www.deutschebahn.com/resource/blob/4045082/74a5d3db2bc75888121897cefada8823/20190328_pbk_2019_kennzahlen-data.pdf, Zugriff am 29. Oktober 2019.

⁴¹ So der jüngste Bericht von Moody's, https://ir.deutschebahn.com/fileadmin/Rating/Credit_Opinion_-_Deutsche-Bahn-AG_-_11Oct19.pdf, Annex 9, Zugriff am 4. November 2019.

⁴² Beschluss des Haushaltsausschusses vom 10. November 2016, Ausschussdrucksache 18(8)3800, II Nr. 3.

⁴³ Bericht nach § 99 BHO zur strukturellen Weiterentwicklung und Ausrichtung der DB AG am Bundesinteresse, Bundesrechnungshof, 2019, 5, S. 22.

⁴⁴ Zur wirtschaftlichen Lage der DB AG, Böttger, Christian/Mitusch, Kay, Zeitschrift für Verkehrswissenschaft, 2016, S. 237.

Das hohe Rating der DB AG resultiert zudem gerade aus der staatlichen Unterstützung. Wörtlich führt z.B. Standard & Poor's im letzten Ratingbericht aus:

„The stable outlook takes into account the strong ongoing and extraordinary government support.“⁴⁵

Alle diese Faktoren sprechen ganz eindeutig dafür, dass ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber an Stelle des Bundes weitere Investitionen in die DB AG als risikoreich und kaum erträglich bewerten würde.

bb) Fehlen von Businessplänen

In jedem Fall würde ein privater Kapitalgeber ein solch hohes Engagement über einen solch langen Zeitraum unter den soeben skizzierten niedrigen Renditeerwartungen, wenn überhaupt, nur dann vornehmen, wenn dazu zuvor belastbare Berechnungen und Bewertungen erstellt werden, die das Engagement sinnvoll erscheinen lassen. Höhere Renditeerwartungen lassen sich nicht durch eine lediglich höhere Eigenkapitalisierung begründen. Die zusätzlich notwendigen Berechnungen und Bewertungen würden die Erstellung entsprechender Businesspläne und deren Prüfung anhand unterschiedlicher Verlaufsszenarien einschließen. Solche liegen nach unseren Informationen nicht vor.

Vielmehr deuten öffentliche Aussagen aus Regierungskreisen darauf hin, dass der Förderbetrag von EUR 11 Mrd. weder mit einer konkreten Zweckbestimmung versehen ist, noch auf einer Renditeberechnung beruht. Damit fehlt es schon im Ansatz an einer an privatwirtschaftlichen Grundsätzen orientierten Investitionsentscheidung. Damit wird der PIT offensichtlich verfehlt.

cc) Überlanger Investitionszeitraum

Unabhängig von der geringen Renditeerwartung und dem Fehlen von bewerteten Businessplänen erscheint es zudem prinzipiell ausgeschlossen, dass eine hinreichend belastbare Bewertung über einen Zeitraum von 11 Jahren bei einer solch komplexen Wirtschaftstätigkeit, wie im Fall der DB AG (Tätigkeit in über 130 Ländern, drei Hauptgeschäftsbereiche mit diversen separaten Geschäftsfeldern,⁴⁶ hohe Abhängigkeit von externen Faktoren,

⁴⁵ https://ir.deutschebahn.com/fileadmin/Rating/RU_Deutsche_Bahn_Ratings_Raised_To_AA_On_German_Governments_Climate_Change_8Oct2019.PDF, Zugriff am 4. November 2019.

⁴⁶ https://ir.deutschebahn.com/fileadmin/Deutsch/Praesentationen/20190906_RS_2019_APAC_online2.pdf, Zugriff am 4. November 2019.

z.B. Energiekosten, Personalkosten, regulatorisches Umfeld, Wettbewerb Privater, Konjunktur, staatliche Unterstützung, technische Entwicklungen) überhaupt vorgenommen werden kann. Nicht zuletzt stehen bereits heute im Eisenbahnsektor die Margen aufgrund des Wettbewerbs verstärkt unter Druck. Das gilt sowohl für den Personenverkehr durch den Wettbewerb mit Fernbussen und Flugzeugen als auch für den Güterverkehr.⁴⁷ M.a.W. erscheint schon prinzipiell ausgeschlossen, dass ein privater Kapitalgeber entsprechende langfristige Investitionsentscheidungen über 11 Jahre überhaupt treffen würde.

In diesem Kontext ist schließlich auch darauf zu verweisen, dass die Eisenbahn-Mitteilung⁴⁸ der Kommission als Voraussetzung für eine Genehmigung einer Beihilfe nach Art. 93 AEUV unter dem Gesichtspunkt der „Koordination des Verkehrs“ vorsieht, dass die Beihilfe auf maximal fünf Jahre begrenzt wird. Dies soll ausdrücklich dazu dienen, „*angesichts der raschen Veränderungen im Verkehrssektor und somit auch des Koordinierungsbedarfs*“ der Kommission zu ermöglichen, „*anhand der erreichten Resultate eine erneute Prüfung vor[zunehmen] und gegebenenfalls einer Verlängerung zuzustimmen*“ zu können.⁴⁹ Mithin geht das EU-Beihilferecht im Eisenbahnsektor von wesentlich geringeren Betrachtungszeiträumen als 11 Jahren aus.

d) Zwischenergebnis

Die geplante Kapitalerhöhung verfehlt die Anforderungen des PIT deutlich. Damit liegt eine beihilferechtlich relevante Begünstigung der DB AG vor.

An der Selektivität dieses Vorteils bestehen keine Zweifel, da die Kapitalerhöhung allein bei der DB AG erfolgen soll.

Rein vorsorglich ist darauf hinzuweisen, dass die Kapitalerhöhung auch nicht als Ausgleich für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne der sogenannten *Altmark*-Kriterien betrachtet werden kann.⁵⁰ Das scheidet bereits daran, dass die Parameter für den Ausgleich nicht zuvor in objektiver und

⁴⁷ Insbesondere zum Schienenpersonennahverkehr siehe Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn gemäß § 78 ERegG, 2019, 1.1.1., Seite 15, Rn. 2; Zur wirtschaftlichen Lage der DB AG, Böttger, Christian/Mitusch, Kay, Zeitschrift für Verkehrswissenschaft, 2016, S. 233.

⁴⁸ Mitteilung der Kommission vom 22. Juli 2008, Gemeinschaftliche Leitlinien für staatliche Beihilfen an Eisenbahnunternehmen, 2008/C 184/07.

⁴⁹ Mitteilung der Kommission vom 22. Juli 2008, Gemeinschaftliche Leitlinien für staatliche Beihilfen an Eisenbahnunternehmen, 2008/C 184/07, Rn. 97.

⁵⁰ Urteil des EuGH vom 24. Juli 2003, C-280/00, EU:C:2003:415, *Altmark Trans v. Regierungspräsidium Magdeburg*, Rn. 87. Die dafür anzulegenden vier Kriterien werden u.a. für den Schienenpersonenverkehr in der Verordnung 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (im Folgenden: VO 1370/2007) konkretisiert.

transparenter Weise festgestellt sind. Im Übrigen fehlt ein allumfassender Dienstleistungsauftrag.

Insgesamt stellt daher die geplante Kapitalerhöhung einen selektiven Vorteil für die DB AG dar.

4. Wettbewerbsverfälschung

Die Anforderungen an das Vorliegen einer Wettbewerbsverfälschung sind gering. Zum Teil wird vertreten, dass jedem selektiven Vorteil eine Wettbewerbsverfälschung immanent sei.⁵¹ Aber auch nach der strengeren Ansicht ist es ausreichend, dass die konkrete Maßnahme geeignet ist, Wettbewerber zu benachteiligen.⁵²

Lediglich Bagatellmaßnahmen von geringem Umfang fallen nicht unter den Beihilfegriff des Art. 107 Abs. 1 AEUV. Der insofern maßgebliche De-Minimis-Schwellenwert wird im vorliegenden Sachverhalt jedoch sehr deutlich überschritten. Nach Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 der Verordnung 1470/2013⁵³ gilt eine Maßnahme nicht als Beihilfe, wenn ein einziges Unternehmen von einem Mitgliedstaat in einem Zeitraum von drei Steuerjahren nicht mehr als 200.000 EURO erhält.

Dessen ungeachtet befindet sich die DB AG in einer Mehrzahl von Geschäftsfeldern, etwa im Personennahverkehr, im Wettbewerb mit anderen Unternehmen. Diese Mitbewerber können ihre Eigenmittel nur unter weniger günstigen Bedingungen erhöhen. Somit droht eine Wettbewerbsverfälschung.

5. Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

Entsprechend der ständigen Rechtsprechung ist eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels bereits dann gegeben, wenn der Empfänger der Beihilfe auf wettbewerbs-offenen Märkten mit anderen Unternehmen in Konkurrenz tritt.⁵⁴ Das ist bei der DB AG, die sowohl im Inland als auch in anderen EU-Mitgliedstaaten mit Wettbewerbern u.a. auf den Märkten für Personen- und Güterverkehr konkurriert, ohne Zweifel gegeben.⁵⁵

⁵¹ Urteil des EuGH vom 24. Februar 1987, Rs. 304/85, ECLI:EU:C:1987:95, Acciaierie e Ferriere Lombarde Falck v. Kommission, Rn. 24.

⁵² Urteil des EuG vom 30. April 1998, T-214/95, ECLI:EU:T:1998:77, Het Vlaamse Gewest (Flämische Region) v. Kommission, Rn. 46.

⁵³ Verordnung 1407/2013 der Kommission vom 18. Dezember 2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen.

⁵⁴ Urteil des EuG vom 19. September 2000, C-156/98, ECLI:EU:C:2000:467, Bundesrepublik Deutschland v. Kommission, Rn. 30, 33; vgl. Urteil des EuG vom 30. April 1998, T-214/95, ECLI:EU:T:1998:77, Het Vlaamse Gewest (Flämische Region) v. Kommission, Rn. 48 f.

⁵⁵ Siehe z.B. <https://ib.deutschebahn.com/ib2016/konzern-lagebericht/db-konzern/konzernstruktur-veraendert/db-konzern-im-ueberblick/>, Zugriff am 4. November 2019.

6. Zwischenergebnis

Die Kapitalerhöhung stellt eine Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV dar.

7. Keine Freistellung

Die Kapitalerhöhung erfüllt zudem nicht die notwendigen Voraussetzungen für eine Freistellung nach der Verordnung 651/2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union⁵⁶ (Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung, AGVO).

8. Rechtsfolge

Als Beihilfe ist die Kapitalerhöhung gemäß Art. 108 Abs. 3 S. 1 AEUV notifizierungspflichtig bei der Kommission.⁵⁷ Nach den oben getroffenen Feststellungen tritt diese Notifizierungspflicht spätestens mit der haushaltsrechtlichen Beschlussfassung ein.

Bis zur abschließenden positiven Entscheidung durch die Kommission darf die Kapitalerhöhung gemäß Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV nicht vorgenommen werden (sog. Durchführungsverbot).

Selbst im Falle einer später erfolgenden positiven Entscheidung durch die Kommission führte ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot dazu, dass Deutschland als Mitgliedstaat der EU von der DB AG für den Zeitraum zwischen der Gewährung der Beihilfe und deren Genehmigung durch die Kommission, Zinsen zurückfordern müsste.⁵⁸

Ausdrücklich hinweisen möchten wir zudem darauf, dass Wettbewerber der DB AG im Hinblick auf die mit der Kapitalerhöhung absehbare Beihilfe an die DB AG sowohl eine Beschwerde bei der EU-Kommission erheben, wie auch gerichtliche Ansprüche auf Unterlassung geltend machen könnten.

II. Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt

Eine Beihilfe im Sinne Art. 107 Abs. 1 AEUV kann unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt bzw. vereinbar mit dem Binnenmarkt sein. Die Kompetenz zur

⁵⁶ Verordnung 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, geändert durch die Verordnung 2017/1084 der Kommission vom 14. Juni 2017.

⁵⁷ Bereits für eine frühere finanzwirksame Leistung an die DB AG hatte die Monopolkommission die Notifizierungspflicht als Risiko dargestellt, Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 78 Absatz 1 des Eisenbahnregulierungsgesetzes, 2017, BT-Drucks. 18/13290, Kapitel 2, 2.3.2., Rn. 75.

⁵⁸ *Von Wallenberg/Schütte* in Das Recht der Europäischen Union, 67. EL Juni 2019, Art. 108 AEUV, RN. 79.

Entscheidung über die Vereinbarkeit hat dabei ausweislich Art. 108 Abs. 3 S. 2 AEUV ausschließlich die Europäische Kommission. Folglich bleibt die Notifizierungspflicht unberührt.

Ob und, falls ja, in welcher Weise Deutschland die Genehmigung (oder gar Beihilfefreiheit) einer Kapitalerhöhung nach den einschlägigen beihilferechtlichen Bestimmungen anstreben würde, ist nicht bekannt. Insoweit können zum gegenwärtigen Erkenntnisstand nur allgemeine Aussagen gemacht werden.

1. Notwendigkeit einer Zweckbestimmung

Jede theoretisch denkbare Option zur Begründung einer Beihilfefreiheit bzw. Genehmigungsfähigkeit (deren rechtliche und tatsächliche Umsetzbarkeit jeweils unterstellt) des geplanten „Zuschusses“ von EUR 11 Mrd. über 11 Jahre würde in jedem Fall voraussetzen, dass die Fördermaßnahme auf konkrete Einzelzwecke konzentriert würde. Dies ergibt sich bereits daraus, dass die DB AG in einer Mehrzahl von unterschiedlichen Geschäftsfeldern in über 130 Ländern aktiv ist. Diese Tätigkeiten würden durch eine Kapitalerhöhung zwangsläufig einheitlich erfasst (d.h. gefördert, z.B. in Form der konzernweit verbesserten Refinanzierungsmöglichkeiten aufgrund verbesserten Ratings, siehe oben), lassen sich aber zugleich nicht unter ein allumgreifendes, anerkanntes Förderziel fassen. M.a.W. ist das Tätigkeitsgebiet der DB AG zu weit, um einen allgemein gültigen Förderansatz entwickeln zu können. So ist z.B. DB Schenker auch im Bereich Luftfracht tätig, was jede Bezugnahme auf den Klimaschutz und den Gesichtspunkt einer Verkehrsverlagerung unmöglich machte.

Allein aus diesem Grund erscheint ausgeschlossen, dass die Kapitalerhöhung in der geplanten Form beihilferechtlich überhaupt genehmigungsfähig sein kann.

2. Andere Gestaltungsformen

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die Bundesregierung in jedem Fall die geplante Maßnahme (Kapitalerhöhung über 11 Jahre mit jährlich EUR 1 Mrd. bei der DB AG) umgestalten müsste. Dabei kämen verschiedene Möglichkeiten in Betracht. Zum Beispiel könnte versucht werden, die Beihilfefreiheit sicherzustellen, in dem das Investment ausschließlich in die Netzinfrastruktur erfolgt und dies durch entsprechende Maßnahmen sichergestellt wird. Des Weiteren wäre theoretisch denkbar, den Förderbetrag auf konkrete Förderzwecke zu beziehen und hierfür – soweit einschlägig – eine Genehmigung über die Eisenbahn-Mitteilung i.V.m. Art. 93 AEUV zu erreichen. Theoretisch denkbar wäre zudem der Weg über die VO 1370/2007.⁵⁹ Diese Möglichkeit wird im Folgenden nicht

⁵⁹ Diese regelt die Bedingungen, unter denen die zuständigen Behörden den Betreibern eines öffentlichen Dienstes eine Ausgleichsleistung für die ihnen durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen

weiter betrachtet, da sie u.a. einen Dienstleistungsauftrag nach den einschlägigen Bestimmungen der VO 1370/2007 voraussetzen würde.

Auch die Monopolkommission empfiehlt dem Bund in ihrem jüngsten Sektorgutachten anstelle von Kapitalerhöhungen auf Ebene der DB AG eine zweckgebundene Unterstützung einzelner Gesellschaften der DB-Gruppe vorzunehmen.⁶⁰

Dabei wären folgende Gesichtspunkte zu beachten:

a) Konzentration auf Förderung der Netzinfrastruktur

aa) Voraussetzungen

Ein erstes besonders geeignetes Mittel wäre, die geplante Förderung auf eine reine Infrastrukturförderung umzustellen. Eine solche wäre unter den Voraussetzungen der dazu bestehenden Leitlinien der Kommission⁶¹ beihilfefrei. Danach ist die Förderung des Baus von Eisenbahninfrastruktur, die potenziellen Nutzern zu gleichen und diskriminierungsfreien Bedingungen zur Verfügung gestellt wird, anders als beim Betrieb der Infrastruktur, beihilfefrei. Ausschlaggebend ist dafür, dass diese Infrastrukturen weder mit anderen Infrastrukturen derselben Art noch mit Infrastrukturen anderer Art, die in erheblichem Maße substituierbare Dienstleistungen anbieten, noch direkt mit solchen Dienstleistungen unmittelbar im Wettbewerb stehen. Ein solcher unmittelbarer Wettbewerb zwischen Infrastrukturen ist in der Regel bezüglich flächendeckender Netze ausgeschlossen, sofern sie ein natürliches Monopol darstellen, d. h. sofern ein Nachbau des Netzes unrentabel wäre.

bb) Umsetzung

Zur Umsetzung kann sich grundsätzlich eine Reihe von Maßnahmen anbieten, die jedoch im Ergebnis nicht sämtlich geeignet erscheinen.

(i) Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung

Ein einfacher Weg wäre, keine Kapitalerhöhung durchzuführen, sondern die Förderung über den Abschluss einer Leistungs- und

verursachten Kosten und/oder ausschließliche Rechte im Gegenzug für die Erfüllung solcher Verpflichtungen gewähren können, wenn sie ihnen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegen oder entsprechende Aufträge vergeben. Siehe dazu Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn gemäß § 78 ERegG, 2019, Rn. 342.

⁶⁰ Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn gemäß § 78 ERegG, 2019, Rn. 333ff.

⁶¹ Bekanntmachung der Kommission vom 19. Juli 2016 zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV, 2016/C 262/01, Rn. 211 und 219; Kommission, Infrastructure analytical grid for railway, metro and local transport infrastructure, https://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/grid_rail_metro_en.pdf, Zugriff am 4. November 2019.

Finanzierungsvereinbarung (LuFV) direkt mit den Infrastrukturunternehmen der Deutschen Bahn (DB Netz AG, DB Station & Service AG und DB Energie GmbH) umzusetzen. Gegenstand der LuFVs sind bisher Vereinbarungen zwischen dem Bund, vertreten durch das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI), und den Eisenbahninfrastrukturunternehmen des Bundes zur Regelung und Finanzierung von Ersatzinvestitionen für die Schienenwege des Bundes. Im Jahr 2020 soll die LuFV III in Kraft treten. LuFVs sind ein erprobtes und anerkanntes Mittel, das – bei richtiger Gestaltung – auch dazu dient, beihilferechtliche Risiken zu vermeiden, indem die Förderung auf den wettbewerbsfreien Bereich der Infrastruktur beschränkt bleibt und Effekte auf Wettbewerbsaktivitäten der DB vermieden werden.

Bei der Ausgestaltung zu berücksichtigen wären jedoch die Anmerkungen der Monopolkommission,⁶² insbesondere soweit die bisherige Ausgestaltung Auswirkungen auf die Trassenpreise hat.⁶³

(ii) Infrastrukturfonds

Mindestens ebenso geeignet wie die Förderung über LuFVs wäre die Schaffung eines Bahninfrastrukturfonds nach dem Vorbild der Schweiz, wie es öffentlich bereits diskutiert wird.⁶⁴ Ein Vorteil eines Infrastrukturfonds besteht darin, dass damit konkretere Vorgaben bereits auf der Ebene des Fonds festgelegt werden können. Zudem kann – je nach konkreter Ausgestaltung – im Vergleich zu den bisher bekannten Gestaltungsformen der LuFVs ein höheres Maß an Transparenz sichergestellt werden.

(iii) Zweckbestimmte Kapitalerhöhung bei der DB AG

Nicht geeignet wäre hingegen, die Kapitalerhöhung bei der DB AG mit einer Art Zweckbestimmung zu versehen, die z.B. eine konkrete Mittelverwendung im wettbewerbsfreien Infrastrukturbereich des Konzerns vorgibt. Eine solche scheitert bereits an aktienrechtlichen Bestimmungen (§§ 188 Abs. 2 S. 1 mit 37 Abs. 1 S. 1 und 36 Abs. 2 AktG).

⁶² Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn gemäß § 78 ERegG, 2019, Rn. 45ff.

⁶³ Siehe zu den Details Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn gemäß § 78 ERegG, 2019, Rn. 170ff.

⁶⁴ <https://www.handelsblatt.com/meinung/kommentare/kommentar-frisches-kapital-vom-bund-fuer-die-bahn-sollte-in-einen-schienenfonds-fliesen/25081726.html>, Zugriff am 4. November 2019.

(iv) Zweckbestimmte Zuwendung an die DB AG

Ebenfalls ungeeignet erscheint eine Mittelzuwendung (per Vertrag oder Bescheid) an die DB AG außerhalb einer Kapitalerhöhung, die mit einer konkreten Zweckbestimmung (konkrete Mittelverwendung nur im wettbewerbsfreien Infrastrukturbereich des Konzerns) versehen wird. Bei dieser Gestaltungsform wäre schon aus Praktikabilitätsgesichtspunkten fraglich, warum die Zuwendung nicht direkt an die Infrastrukturunternehmen erfolgt.

Im Übrigen bliebe bei dieser Ausgestaltung das latente Risiko einer Fehlallokation der Mittel bzw. von Fördereffekten in den Wettbewerbsbereich der DB. Um dies zu vermeiden, müsste eine klare Trennungsbuchführung durchgeführt werden, um jedes Risiko einer Quersubventionierung zu vermeiden.

(v) Kapitalerhöhung bei der DB Netz AG

Auch die Kapitalerhöhung bei der DB Netz AG mit einer Zweckbestimmung zu verbinden, erscheint ungeeignet. Hiergegen sprechen die bereits erwähnten Bedenken in Bezug auf eine zweckbestimmte Kapitalerhöhung bei der DB AG.

Gegen eine Kapitalerhöhung bei der DB Netz AG spricht des Weiteren, dass deren Tochtergesellschaften teilweise auch in Wettbewerbsbereichen tätig sind (z.B. die Deutsche Umschlagsgesellschaft Schiene-Straße). Des Weiteren ist nicht ausgeschlossen, dass die DB Netz künftig ihr Wirken in Wettbewerbsbereiche hinein entwickelt. Eine Kapitalerhöhung bei der DB Netz AG kann daher Effekte in den Wettbewerbsbereich hinein haben. Damit wäre das Ziel verfehlt, eine Beihilfefreiheit durch eine Konzentration der Fördereffekte auf den dem Wettbewerb entzogenen Infrastrukturbereich zu erreichen.

Darüber hinaus spricht vieles dafür, dass eine Eigenkapitalerhöhung bei der DB Netz AG eine indirekte Beihilfe für die DB AG darstellen würde. Die DB Netz AG hat als hundertprozentige Tochtergesellschaft der DB AG mit dieser einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag (BGV) geschlossen. Dies könnte zu indirekten wirtschaftlichen Vorteilen zugunsten der DB AG führen.

Der Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag führt dazu, dass die DB AG notwendigerweise an jedem höheren Gewinn der DB Netz partizipiert. Gleichzeitig würden wahrscheinlich durch eine

Eigenkapitalerhöhung bei der DB Netz AG höhere Gewinne entstehen, denn die Eigenkapitalerhöhung würde aufgrund der entsprechenden Mechanismen zu höheren Trassenpreisen führen.

Die Trassenpreise werden nicht frei von der DB Netz AG festgelegt, sondern sind in ihrer Höhe reguliert und unterliegen der Entscheidung der Bundesnetzagentur. Bei deren Berechnung wird u.a. der kalkulatorisch ermittelte Eigenkapitalzinssatz zugrunde gelegt.

Der Eigenkapitalzins stellt zwar auf eine kapitalmarktübliche Verzinsung ab, basiert jedoch auf der tatsächlichen Kapitalstruktur der DB Netz AG. Dies führt dazu, dass der Eigenkapitalzins nicht das tatsächliche Risiko potentieller Kapitalgeber abbildet, sondern das Risiko als zu hoch bewertet. Denn die DB Netz AG weist bereits heute mit über 40 % eine über dem wettbewerbsüblichen Niveau liegende Eigenkapitalquote auf. Das führt auch nach Ansicht der Monopolkommission zu nicht mehr wettbewerbsadäquaten, weil zu hohen, Kapitalkosten und somit einer zu hohen Kapitalverzinsung.⁶⁵

Dieser schon heute bestehende Effekt würde durch eine weitere Eigenkapitalerhöhung bei der DB Netz AG noch verstärkt. Denn in der Folge würden die Trassenpreise weiter steigen und aufgrund ihrer überhöhten Kalkulation wahrscheinlich in höheren Gewinnabführungen an die DB AG resultieren.

Dieser finanzielle Rückkopplungseffekt zugunsten der DB AG könnte eine indirekte Beihilfe an die DB AG begründen.⁶⁶ Dies ist u.a. deshalb besonders wahrscheinlich, weil die Eigenkapitalquote der DB Netz AG in Folge der Eigenkapitalerhöhung noch deutlicher über das wettbewerbsadäquate Maß hinausreichen würde, was besonders nahe legt, dass mit der Kapitalerhöhung nicht nur eine bloß sekundäre wirtschaftliche Auswirkung vorliegt, die zwangsläufig mit fast allen Beihilfemaßnahmen verbunden ist, sondern eine mittelbare Zuwendung an ein bestimmtes Unternehmen, namentlich die DB AG.⁶⁷

⁶⁵ Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn gemäß § 78 ERegG, 2019, Rn. 174.

⁶⁶ Bekanntmachung der Kommission vom 19. Juli 2016 zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV, 2016/C 262/01, Rn. 115.

⁶⁷ Vgl. Bekanntmachung der Kommission vom 19. Juli 2016 zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV, 2016/C 262/01, Rn. 116.

cc) Schlussfolgerung

Die beihilferechtliche Problematik einer Kapitalerhöhung bei der DB AG könnte auf relativ einfache Weise vermieden werden, indem die geplante Zuwendung nicht im Wege einer Kapitalerhöhung erfolgt, sondern zum Beispiel Gegenstand einer Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung (LuFV) oder eines neu aufzulegenden Infrastrukturfonds wird. So würde sichergestellt, dass die Förderung ausschließlich und direkt dem wettbewerbsfreien Infrastrukturbereich zufließt.

Dies liegt auf der Linie der Monopolkommission, die in ihrem jüngsten Sektorgutachten dem Bund empfiehlt, anstelle von Kapitalerhöhungen auf Ebene der DB AG eine zweckgebundene Unterstützung einzelner Gesellschaften der DB-Gruppe vorzunehmen.⁶⁸ Bei der Ausgestaltung der LuFV wären jedoch die Anmerkungen der Monopolkommission zur bisherigen Ausgestaltung zu berücksichtigen⁶⁹, insbesondere soweit die bisherige Ausgestaltung Auswirkungen auf die Trassenpreise hat.⁷⁰

Hingegen stellt insbesondere eine Kapitalerhöhung bei der DB Netz AG keine beihilferechtlich unbedenkliche Option dar. Denn eine Eigenkapitalerhöhung würde durch die für die Berechnung der Trassenpreise relevante und schon heute über dem wettbewerblichen Niveau liegende Eigenkapitalquote zu weiter steigenden und überhöhten Trassenpreisen führen, die letztlich im Wege der Gewinnabführung bei der DB AG in höheren Erträgen resultieren. Das würde geeignet sein, den Wettbewerb zu verzerren und somit zu beihilferechtlich relevanten Effekten führen.

b) Genehmigung über die Eisenbahn-Mitteilung i.V.m. Art. 93 AEUV

Nach Art. 93 AEUV können Beihilfen, die den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen, mit den Unionsverträgen vereinbar sein. Die Kommission hat zur Anwendung des Art. 93 AEUV die Mitteilung 2008/C 184/07 mit gemeinschaftlichen Leitlinien für staatliche Beihilfen an Eisenbahnunternehmen erlassen (Eisenbahn-Mitteilung).⁷¹

⁶⁸ Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn gemäß § 78 ERegG, 2019, Rn. 333ff.

⁶⁹ Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn gemäß § 78 ERegG, 2019, Rn. 45ff.

⁷⁰ Siehe zu den Details Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn gemäß § 78 ERegG, 2019, Rn. 170ff.

⁷¹ Mitteilung der Kommission vom 22. Juli 2008, Gemeinschaftliche Leitlinien für staatliche Beihilfen an Eisenbahnunternehmen, 2008/C 184/07.

Ausweislich der Eisenbahn-Mitteilung geht der Begriff „Koordination des Verkehrs“ über die bloße Förderung der Wirtschaftstätigkeit im Verkehrssektor hinaus. Zusätzlich ist erforderlich, dass der Staat in die Entwicklung des Verkehrssektors lenkend eingreift, um Interessen der Allgemeinheit wahrzunehmen.⁷²

Jedenfalls würde eine Genehmigung über die Eisenbahn-Mitteilung eine Notifizierung bei der Kommission voraussetzen. Eine solche ist jedoch – soweit ersichtlich – nicht geplant.

Des Weiteren müsste der Bund – wie oben dargelegt – in jedem Fall eine Umgestaltung der geplanten Investition schon deshalb vornehmen, weil mit einer reinen Kapitalerhöhung der DB AG Mittel für prinzipiell alle Tätigkeitsbereiche des Konzerns zur Verfügung gestellt werden würden (einschließlich z.B. des Bereichs Luftfracht bei DB Schenker). Jede Maßnahme des Bundes, die auf Basis der Eisenbahn-Mitteilung genehmigt werden soll, müsste demnach konkret identifiziert werden und zudem wäre sicher zu stellen, dass keine Quersubventionierungen erfolgen. Auch hier müsste daher zum Mittel der Einzelzuwendung gegriffen werden.⁷³

Dabei sind nach der Eisenbahn-Mitteilung diverse Genehmigungstatbestände möglich, die hier nicht in allen Details beleuchtet werden können. Damit eine Beihilfe den Erfordernissen entspricht, muss die Beihilfe aber in jedem Fall notwendig und im Hinblick auf das verfolgte Ziel verhältnismäßig sein, denn die damit einhergehende Wettbewerbsverzerrung darf den allgemeinen Interessen der Gemeinschaft nicht zuwiderlaufen (sog. Verhältnismäßigkeitsprinzip).⁷⁴ So heißt es in der Einleitung der Eisenbahn-Mitteilung:

„Staatliche Beihilfen im Eisenbahnsektor sind zulässig, wenn sie zur Verwirklichung eines integrierten, interoperablen und wettbewerbsorientierten Marktes in Europa beitragen und den gemeinschaftlichen Zielen einer dauerhaft umweltverträglichen Mobilität dienen. Die Kommission muss in diesem Zusammenhang sicherstellen, dass die öffentlichen Finanzhilfen keine Wettbewerbsverfälschungen verursachen, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderlaufen.“⁷⁵

⁷² Mitteilung der Kommission vom 22. Juli 2008, Gemeinschaftliche Leitlinien für staatliche Beihilfen an Eisenbahnunternehmen, 2008/C 184/07, Rn. 89.

⁷³ So auch die Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn gemäß § 78 ERegG, 2019, Rn. 333ff.

⁷⁴ Mitteilung der Kommission vom 22. Juli 2008, Gemeinschaftliche Leitlinien für staatliche Beihilfen an Eisenbahnunternehmen, 2008/C 184/07, Rn. 96.

⁷⁵ Mitteilung der Kommission vom 22. Juli 2008, Gemeinschaftliche Leitlinien für staatliche Beihilfen an Eisenbahnunternehmen, 2008/C 184/07, Rn. 14.

Dabei liegt es an den Mitgliedstaaten, nachzuweisen, dass die geplanten Maßnahmen zur Zielerreichung geeignet, notwendig und angemessen sind.⁷⁶

aa) Z.B. Beihilfen zur Koordinierung des Verkehrs

Für Beihilfen zur Koordinierung des Verkehrs wird unter anderem zum Nachweis der Geeignetheit verlangt, dass die Beihilfe tatsächlich zu einer Verkehrsverlagerung auf die Schiene führt. Dazu „muss“ eine Niederschlagung im Preis stattfinden, da dieser entscheidend sei für die Wahl des Verkehrsmittels.⁷⁷

Eine Senkung der Ticketpreise der DB aufgrund der Eigenkapitalerhöhung ist jedoch – soweit ersichtlich – nicht im Gespräch. Die im Zuge des Klimapakets verkündete Senkung der Mehrwertsteuer für Bahnfahrkarten im Fernverkehr von 19 % auf 7 %⁷⁸ ist von der Kapitalerhöhung bzw. dem damit verbundenen Investment unabhängig und somit getrennt zu betrachten.

Im Übrigen müsste geprüft werden, ob eine realistische Aussicht darauf besteht, dass es zu keiner Rückverlagerung des Verkehrs kommen wird.⁷⁹ Uns ist nicht bekannt, dass hierzu Berechnungen oder Prognosen der Bundesregierung bestehen.

Des Weiteren darf die Laufzeit jeder Beihilfe, die der Kommission zur Genehmigung nach Artikel 93 AEUV notifiziert wird, höchstens fünf Jahre betragen, damit die Kommission anhand der erreichten Resultate eine erneute Prüfung vornehmen und gegebenenfalls einer Verlängerung zustimmen kann.⁸⁰ Der geplante Investitionszeitraum von 11 Jahren wäre vor diesem Hintergrund nicht möglich.

⁷⁶ Mitteilung der Kommission vom 22. Juli 2008, Gemeinschaftliche Leitlinien für staatliche Beihilfen an Eisenbahnunternehmen, 2008/C 184/07, Rn. 20.

⁷⁷ Mitteilung der Kommission vom 22. Juli 2008, Gemeinschaftliche Leitlinien für staatliche Beihilfen an Eisenbahnunternehmen, 2008/C 184/07, Rn. 110.

⁷⁸ Beschluss des Klimakabinetts vom 20. September 2019, Eckpunkte für das Klimaschutzprogramm 2030, B. III. b. xiv., S. 12.

⁷⁹ Mitteilung der Kommission vom 22. Juli 2008, Gemeinschaftliche Leitlinien für staatliche Beihilfen an Eisenbahnunternehmen, 2008/C 184/07, 6.3.2., Rn. 111.

⁸⁰ Mitteilung der Kommission vom 22. Juli 2008, Gemeinschaftliche Leitlinien für staatliche Beihilfen an Eisenbahnunternehmen, 2008/C 184/07, Rn. 97.

bb) Z.B. Beihilfe zur Anschaffung neuer Fahrzeuge

Soweit die Förderung der Anschaffung neuer Fahrzeuge geplant sein sollte, wären ebenfalls bestimmte besondere Voraussetzungen zu beachten.⁸¹

Zunächst nehmen wir zur Kenntnis, dass die DB AG im unmittelbaren Zusammenhang mit der Pressemitteilung zu den Inhalten des Klimapakets und der damit verbundenen Eigenkapitalerhöhung, auf ihrer Internetseite am 23. September 2019 die Anschaffung von 30 zusätzlichen Zügen für den Hochgeschwindigkeitsverkehr verkündete.⁸²

Die Anschaffung solcher Fahrzeuge für den regionalen oder überregionalen Verkehr kann mit dem Binnenmarkt vereinbar sein. Damit diese jedoch unter die Genehmigungsmöglichkeit fallen, muss ein Einfluss auf die Entwicklung der betroffenen Regionen, insbesondere durch die Kontinuität des Dienstes, nachgewiesen sein. Zudem muss u.a. sichergestellt sein, dass aufgrund der Beihilfe die Marktöffnung im grenzüberschreitenden Schienenpersonenverkehr nicht beeinträchtigt wird.⁸³ Entsprechende Prognosen liegen nach unserer Information aber nicht vor.

⁸¹ Mitteilung der Kommission vom 22. Juli 2008, Gemeinschaftliche Leitlinien für staatliche Beihilfen an Eisenbahnunternehmen, 2008/C 184/07, Rn. 29, 35.

⁸² https://www.deutschebahn.com/de/presse/pressestart_zentrales_uebersicht/DB-Klimakabinett-staerkt-Bahnsektor-in-Deutschland-zusaetzlich-mit-ueber-20-Milliarden-Euro-Bahnchef-Lutz-Groesstes-Investitions-und-Wachstumsprogramm-in-der-ueber-180jaehrigen-Bahngeschichte--4459692?qli=true&subjekteFilter=&Monat=&itemsPerPage=10&pageNum=2&contentId=1204030, Zugriff am 4. November 2019.

⁸³ Mitteilung der Kommission vom 22. Juli 2008, Gemeinschaftliche Leitlinien für staatliche Beihilfen an Eisenbahnunternehmen, 2008/C 184/07, Rn. 36 lit. a).

3. Schlussfolgerung

Die eingangs dargestellte beihilferechtliche Problematik einer Kapitalerhöhung ließe sich grundsätzlich auch dadurch beheben, dass anstelle einer Kapitalerhöhung Einzelzuwendungen für die Zwecke erfolgen, die nach der Eisenbahn-Mitteilung genehmigungsfähig sind. Dies würde aber in jedem Fall eine Notifizierung bei der EU-Kommission voraussetzen. Zudem müssten die weiteren Anforderungen der Eisenbahn-Mitteilung erfüllt sein. Diese richten sich nach den jeweils konkret zu bestimmenden Förderzielen. In jedem Fall müsste sichergestellt sein, dass die Förderung nicht zu unverhältnismäßigen Wettbewerbsverzerrungen führt. Hinsichtlich der geplanten Eigenkapitalerhöhung bei der DB AG von EUR 11 Mrd. über 11 Jahre sind diese Anforderungen offensichtlich nicht erfüllt, denn es fehlt bereits eine konkrete Zweckbestimmung.

Brüssel, den 8. November 2019



CMS Hasche Sigle

Dr. Michael Bauer

Rechtsanwalt