



UNIVERSITÄT
LEIPZIG

3. Leipziger Gespräche zum Verkehrsmarktrecht am 22. November 2019

Wettbewerb und Gemeinwohl im Eisenbahnsektor

Professor Dr. Jochen Mohr

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wettbewerbsrecht,
Energierrecht, Regulierungsrecht und Arbeitsrecht

Institut für Energie- und Regulierungsrecht Berlin e.V.

GLIEDERUNG

- I. Problemstellung**
- II. Regulierungsgründe**
 - 1. Ökonomische Regulierungsgründe**
 - 2. Normative Regulierungsgründe**
- III. Normative und tatsächliche Rahmenbedingungen**
 - 1. Rechtliche Vorgaben (Überblick).**
 - 2. Stand der Marktöffnung**
- IV. 7. Sektorgutachten Bahn der Monopolkommission (2019)**
- V. Änderung des Marktmodells durch den Deutschland-Takt?**
- VI. Fazit**

I. PROBLEMSTELLUNG

- **Wettbewerb** ist das grundlegende Organisationsprinzip einer marktwirtschaftlichen Ordnung.
- Wettbewerb ist **kein an sich erstrebenswertes Ziel**, sondern soll kurz- oder mittelfristig bestimmte übergeordnete Zwecke erfüllen → Vorgaben folgen aus sog. **Wettbewerbsleitbildern**.
- Wettbewerb in den **regulierten Sektoren** ist derart intensiv und dauerhaft beeinträchtigt, dass das allgemeine Wettbewerbsrecht nicht ausreicht, um das Marktversagen durch Ex-post-Simulation einer Situation wie bei wirksamem Wettbewerb zu beheben → sektorspezifische **Ex-ante-Regulierung**
- Regulierung muss sich in Marktwirtschaft grds. am selben **Maßstab** wie das allgemeine wettbewerbsrechtliche Missbrauchsverbot gem. **Art. 102 AEUV iVm. Art. 106 AEUV** orientieren: Als-ob-Wettbewerb
- **Sektorspezifische Methoden**: Diskriminierungsfreier Netzzugang zu wettbewerbsanalogen Entgelten (effiziente Kosten zzgl. Angemessene EK-Verzinsung).

I. PROBLEMSTELLUNG

- Seit den 1990er Jahren **differenzierte Betrachtung**: vormals monopolisierte Sektoren können durch Regulierung ihre strukturelle Zugangsresistenz einbüßen.
- **Unterscheidung zwischen Marktstufen mit und ohne funktionsfähigem Wettbewerb** →
 - Abbau des Wettbewerbsversagens durch Beseitigung direkter oder indirekter Einflüsse des Staates auf die potenziell wettbewerbsfähigen Marktstufen.
 - Regulierung der nicht wettbewerbsfähigen Marktstufen (**disaggregierte Regulierung**).
- Liberalisierung konnte nicht gleichbedeutend mit pauschaler Deregulierung sein, da die Infrastruktur weiterhin natürliches Monopol bildet → zur Vermeidung eines „Marktversagens“ **(Re-)Regulierung der Netze** (Bahntrassen).
- **Formen des Wettbewerbs:**
 - Wettbewerb im Netz und/oder um das Netz (Ausschreibungswettbewerb).
 - Wettbewerb um das Netz bewirkt **Re-Monopolisierung** → grds. nur ergänzend zum Wettbewerb im Netz.

I. PROBLEMSTELLUNG

- Kernaufgabe des Staates ist u. a. die **Grundversorgung** (der Universaldienst) mit für die Lebenshaltung der Bürger notwendigen Gütern und Dienstleistungen der **Daseinsvorsorge**.
- Der Staat hat sich auch aus den regulierten Netzsektoren aus seiner Erfüllungszugunsten einer **Gewährleistungsverantwortung** zurückgezogen.
- Nach **Art. 87e Abs. 4 S. 1 GG** gewährleistet der Bund für den **Eisenbahnsektor**, dass *„dem Wohl der Allgemeinheit, insbesondere den Verkehrsbedürfnissen, beim Ausbau und Erhalt des Schienennetzes der Eisenbahnen des Bundes sowie bei deren Verkehrsangeboten auf diesem Schienennetz, soweit diese nicht den Schienenpersonennahverkehr betreffen, Rechnung getragen wird“*.
- Gem. **Art. 87e Abs. 3 GG** werden Eisenbahnen des Bundes als **Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form** geführt. Diese stehen im **Eigentum des Bundes**, soweit die Tätigkeit des Wirtschaftsunternehmens den Bau, die Unterhaltung und das Betreiben von **Schienenwegen** umfaßt.
- Grundentscheidung für **wettbewerbliche Organisation des Eisenbahnsektors unter staatlicher Gewährleistungsverantwortung**.

I. PROBLEMSTELLUNG

- **Daseinsvorsorge** und **Gewährleistungsverantwortung** beziehen sich historisch auf eine hinreichende Bereitstellung der Endleistungen eines Wirtschaftssektors.
- Es ist weder aus ökonomischer noch aus rechtlicher Sicht geboten, den gesamten Eisenbahnsektor zu regulieren, da es für das kompetitive Funktionieren – unabhängig von politischen Megazielen wie dem Umweltschutz – vornehmlich auf die **kompetitive Öffnung der Netzebene (Infrastruktur)** für Wettbewerber zu angemessenen Bedingungen ankommt.
- **Regulierungsverantwortung:** Verantwortung des Staates für eine zureichende Infrastruktur-Grundausstattung.

I. PROBLEMSTELLUNG

- Gesetzgeber kann mit der Leistungserbringung auch sonstige, über die Förderung eines chancengleichen Wettbewerbs hinausgehende **Gemeinwohlziele** verfolgen → ergänzende gemeinwohlinduzierte Regulierungsinstrumente, sofern die Leistungen nicht über den Markt erbracht werden können.
- **Sonstige Gemeinwohlregulierung** steht nicht zwingend in Zielkonflikt zur Erbringung von Leistungen über wettbewerblich organisierte Märkte.
- Beispiel der **Universaldienstregulierung**: Erbringung von Leistungen auch über den Markt.
- **Aktuelle Diskussion: Änderung des Ordnungsmodells von dezentralem Third-Party-Access zu zentraler Planung durch Deutschlandtakt?**

II. REGULIERUNGSGRÜNDE

1. Ökonomische Regulierungsgründe

(1) Wichtigster Regulierungsgrund: Natürliches Monopol

→ Infrastruktur (insb. Schienennetze und Serviceeinrichtungen).

(2) Weitere ökonomische Regulierungsgründe:

a) Strukturelle oder rechtliche Marktzutrittsschranken

→ im Eisenbahnverkehr durch Zugang zu Rollmaterial?

b) Vertikale Integration von Unternehmen auf vor- und/oder nachgelagerten Märkten

→ Entflechtung (organisatorisch oder eigentumsrechtlich?).

c) Externe Effekte

→ Fahrgäste müssen für Kosten der durch externe Effekte hervorgerufenen Verspätungen aufkommen; Umweltschäden wegen Raumbedarf der Infrastruktur; Lärmbelästigung → Internalisierung der Kosten.

II. REGULIERUNGSGRÜNDE

1. Ökonomische Regulierungsgründe

d) Direkte Netzwerkeffekte

→ im Eisenbahnverkehr zum Beispiel im Online-Vertrieb.

e) Opportunistisches Verhalten und Hold-up-Problematik

→ Bsp.: Trassenzuweisung: Netzbetreiber können ihr Angebot für Dritte zu Gunsten der eigenen Dienstsparte einschränken.

f) Asymmetrische Information

→ technische Komplexität der Infrastrukturleistungen kann zu Informationsdefiziten führen → Herstellung von Transparenz.

II. REGULIERUNGSGRÜNDE

2. Normative Regulierungsgründe

- Das Wettbewerbsrecht schützt primär vor machtbedingten Gefahren für die grundrechtlich gewährleistete, **individuelle Selbstbestimmung** der Marktteilnehmer.
- Die Einschaltung privatisierter Unternehmen in die öffentliche Aufgabenerfüllung gem. Art. 87e Abs. 3 GG führt in Kombination mit dem natürlichen Monopol der Eisenbahninfrastruktur zu einer besonders **starken und persistenten Form der Marktmacht**. Der Staat muss diesen machtbedingten Gefahren durch Gewährleistung eines diskriminierungsfreien, wettbewerbsanalogen und transparenten Netzzugangs begegnen.
- **Beachte:** Eine wettbewerbsfördernde Regulierung bedeutet weder die absolute Freiheit marktmächtiger Unternehmen zur Schädigung schwächerer Mitbewerber, noch den Schutz des ineffizienteren Mitbewerbers vor einem Unterliegen im Wettbewerb → **auch regulierte Unternehmen sind Grundrechtsträger**.

II. REGULIERUNGSRÜNDE

Wie lassen sich der Schutz der wirtschaftlichen Selbstbestimmung und das Erreichen staatlicher Gemeinwohlziele harmonisieren?

- durch **gestuftes Gemeinwohlverständnis**:
 - Indem Bürger von Freiheitsrechten Gebrauch machen, werden automatisch wichtige Gemeinwohlziele wie die bestmögliche Versorgung der Verbraucher mit Gütern und Dienstleistungen der Daseinsvorsorge, eine technische Entwicklung nach den eigenen Präferenzen und der Schutz der freiheitlich-demokratischen Grundordnung erreicht.
- Gründe:
 - negative Erfahrungen mit staatlich geschützten Monopolen;
 - Determinierung der Marktliberalisierung in den Netzwirtschaften durch unionsrechtliche Grundfreiheiten und das Wettbewerbsrecht (sowie mE durch Art. 87e Abs. 4 GG).

III. NORMATIVE UND TATSÄCHLICHE RAHMENBEDINGUNGEN

1. Rechtliche Vorgaben (Überblick)

Monopoljahre

- a) Richtigkeit eines staatlichen Monopols im Eisenbahnsektor
- b) Deutsche Bahn betrieb nahezu die gesamten Schienenwege und den darauf laufenden Verkehr
- c) Allgemeines Wettbewerbsrecht war nach § 99 GWB a.F. nicht auf die Deutsche Bahn anwendbar
- d) Die Bahn sollte aber als nach Effizienzgrundsätzen eines kaufmännischen Wirtschaftsunternehmens geführt werden. Die gemeinwirtschaftlichen Aufgaben der Bahn dominierten (§ 28 Abs.1 Satz 2 BBahnG von 1951)

Erste Entwicklungen

- a) Ende der 1980er: Liberalisierung der Märkte für alternative nationale und internationale Eisenbahnverkehrsunternehmen.
- b) RL 91/440/EG:
 - Organisatorische Trennung von Infrastruktur und Transport
 - Diskriminierungsfreie Zuweisung von Trassenkapazitäten im grenzüberschreitenden SGV

Umsetzung in Deutschland: Gem. Art. 87e GG Privatisierung der Eisenbahnunternehmen und Verpflichtung des Staates zur Gewährleistung von Ausbau/Erhalt des Schienennetzes sowie des Verkehrsangebotes

III. NORMATIVE UND TATSÄCHLICHE RAHMENBEDINGUNGEN

1. Rechtliche Vorgaben (Überblick)

Erstes Eisenbahninfrastrukturpaket im Jahr 2001

- Sicherheit und Interoperabilität des Schienenverkehrs und stärkere Integration des Eisenbahnsektors
- a) Änderungsrichtlinie 2001/14/EG
 - Aufstellung von Schienennetz-Benutzungsbedingungen
 - Umfang des Mindestzugangspakets der Eisenbahninfrastrukturunternehmen
 - Zuweisung von Fahrwegkapazitäten und Entgelt bei einer Inanspruchnahme des Mindestzugangspakets (Vollkostenansatz mit Anreizen zur Verhinderung von Störungen und zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit)
- b) Richtlinie 2001/12/EG
 - stärkere Trennung zwischen den Geschäftsbereichen vertikal integrierter Eisenbahnunternehmen (Entflechtung)
 - Mehr Transparenz hinsichtlich der Nutzungsbedingungen der Schieneninfrastruktur
- c) Umsetzung in Deutschland mit der dritten AEG-Novelle vom 30.04.2005 und der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV 2005)

III. NORMATIVE UND TATSÄCHLICHE RAHMENBEDINGUNGEN

1. Rechtliche Vorgaben (Überblick)

21.11.2012 Recast-Richtlinie 2012/34/EU

- Einheitlicher europäischer Eisenbahnraum, kompetitive Öffnung des Eisenbahnsektors und Senkung der Staatsausgaben.
 - **Art. 30 Abs. 1 RL 2012/34/EU:** *„Den Infrastrukturbetreibern sind unter gebührender Berücksichtigung der Sicherheit und der Aufrechterhaltung und Verbesserung der Qualität der Fahrwegbereitstellung Anreize zur Senkung der mit der Fahrwegbereitstellung verbundenen Kosten und der Zugangsentgelte zu geben.“*
- Wandel von der Vollkostenregulierung zur Effizienzkostenregulierung, um die allokativen und produktiven Effizienz zu fördern und dadurch die material-chancengleiche Vertragsfreiheit zu sichern.
- Umsetzung durch die §§ 23 ff. ERegG.

III. NORMATIVE UND TATSÄCHLICHE RAHMENBEDINGUNGEN

1. Rechtliche Vorgaben (Überblick)

Viertes Eisenbahninfrastrukturpaket

- Änderung der Recast-Richtlinie durch die Richtlinie 2016/2370 (außerdem Richtlinie 2016/797, Richtlinie 2016/798 Verordnung 2016/796, Verordnung 2016/2337 und Verordnung 2016/2338)
- Verschärfte Entflechtungsvorgaben
- Verbesserte Koordinierung zwischen dem Hauptinfrastrukturbetreibern und den Zugangsberechtigten insbesondere zur Erhaltung und des Ausbaus der Infrastruktur, hinsichtlich Fragen der Intermodalität und Interoperabilität sowie weiteren Bedingungen für den Zugang und die Nutzung der Infrastruktur
- Ausgestaltung der weiteren Marktöffnung im Schienenpersonenverkehr durch Veränderungen bei Zugangs- und Entgeltregulierung

III. NORMATIVE UND TATSÄCHLICHE RAHMENBEDINGUNGEN

2. Stand der Marktöffnung

a) Intermodaler Wettbewerb

- zu Transportleistungen auf der **Straße**, in der **Luft** und über **Wasser** als **Quasi-Infrastrukturwettbewerb**.
- **Intermodaler Wettbewerb** könnte gegen Ex-ante-Regulierung durch Anreize zur Effizienzerhöhung sprechen, wenn bspw. Lastkraftwagen Gütertransporte in derselben Zeit, Qualität und zu denselben Kosten durchführen könnten wie der SGV.
 - Dann würde ggf. auch allgemeine Missbrauchskontrolle (Ex-post-Regulierung) genügen.
- Nach hA bestehen weiterhin durchgreifende **Substitutionsdefizite** (str.).

III. NORMATIVE UND TATSÄCHLICHE RAHMENBEDINGUNGEN

2. Stand der Marktöffnung

b) Intramodaler Wettbewerb

- Wettbewerb in den Netzen durch **Netzzugangs- und Netzentgeltregulierung** sowie **Unbundling**.
- **Auswirkungen der Regulierung auf die Wettbewerbssituation** (Monopolkommission, 2019):
 - im **SPNV** lag der Marktanteil der DB Regio AG im Jahr 2016 nach gefahrenen Zugkilometern bei 67,1 %, nach Personenkilometern bei 74 %. Da sich in den jüngsten Vergabeverfahren einige Wettbewerber der DB Regio AG durchsetzen konnten, tendiert der Markt nach der MP zu einem steigenden Marktanteil der Wettbewerber.
 - im **SGV** steigen die Marktanteile der Wettbewerber der Deutschen Bahn AG kontinuierlich und liegen im Jahr 2017 bei 47 %
 - erhebliche Wettbewerbsprobleme im **SPFV**: Marktanteil der Wettbewerber liegt weiterhin bei unter einem Prozent (Flixbility GmbH bietet unter Namen Flixtrain Streckenverbindungen an).

IV. 7. SEKTORGUTACHTEN BAHN DER MONOPOLKOMMISSION (2019)

1. Regulierung des Netzzugangs

- **Zugangsregulierung** ist nach MP nicht hinreichend wettbewerbsfreundlich:
 - a) Zeitpunkt der Vergabe:** zwischen Bekanntgabe des Netzfahrplanentwurfs durch die DB Netz AG und Beginn des Netzfahrplanjahres liegen „lediglich“ vier Monate.
 - Nach MP keine Planungssicherheit der Eisenbahnverkehrsunternehmen; Beschwerdeverfahren gegen Vergabep Praxis der DB Netz AG zögen sich ggf. bis ins Netzfahrplanjahr hinein
 - b) Zeitraum der Vergabe:** Geboten sei deshalb Vergabe der Schienenwegekapazität im Sinne der abgeschafften Rahmenverträge für mehr als nur ein Jahr
 - c) Fehlende Transparenz** des Vergabeprozesses und **unzureichende Sanktionierungsmöglichkeiten** bei Verstößen der DB Netz AG

IV. 7. SEKTORGUTACHTEN BAHN DER MONOPOLKOMMISSION (2019)

2. Anreizregulierung

- **Preisobergrenzen** für Trassenpreise zur Begrenzung marktmachtbedingter Preissetzungsspielräume bei der Zugangsgewährung.
- **Grundlagen der Berechnung der Entgelte (§ § 25, 26 ERegG):**
 - BNetzA legt **Ausgangsniveau der Gesamtkosten (AGK)** für Bereitstellung des Mindestzugangspakets – dh. für Zugangsrechte ieS. – durch VA fest → **für Dauer RegP konstant**. Hierin liegt nach hA das **zentrale Anzeielement**.
 - BNetzA bestimmt für ein Jahr innerhalb der RP die Obergrenze der Gesamtkosten (OGK), bestehend aus AGK zuzüglich der **Inflationsrate** und abzüglich eines Faktors, der dem gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritt entspricht (**Xgen**).
 - Betreiber der Infrastruktur berechnet Entgelte (Preise) für die einzelnen Verkehrsdienste und deren Marktsegmente. Die Summe dieser Entgelte darf die Obergrenze der Gesamtkosten nicht übersteigen – **Ramsey-Preise**.
 - Die Preise für die einzelnen Marktsegmente sind von **BNetzA zu genehmigen** (keine Preissetzungsspielräume).

IV. 7. SEKTORGUTACHTEN BAHN DER MONOPOL-KOMMISSION (2019)

2. Anreizregulierung

- Nach MP steht **konkrete Ausgestaltung der Anreizregulierung** kostensenkenden Effekten auf den Eisenbahnmärkten entgegen:
 - Durch den Bezug des **Produktivitätsfaktors Xgen** auf die gesamtwirtschaftliche Entwicklung werden die unternehmensspezifischen Potenziale zur Produktivitätssteigerung nicht berücksichtigt
 - Vorschlag MP: Xgen vergleichbar § 9 StromNEV/GasNEV.
 - Aber: Xgen ist auch im Energiesektor kaum rechtssicher zu berechnen.
- Nach MP **Überschätzung der Kapitalkosten**: Bei kapitalmarktorientierter Ermittlung der Kapitalrendite sei zu beachten, dass das tatsächliche Risiko von Investitionen in die DB Netz AG wegen der Stellung als bundeseigenes Unternehmen geringer sei.
 - Vorschlag: wettbewerbsadäquate Kapitalstruktur wie im Energiesektor vergleichbar § 7 Abs. 1 S. 4 StromNEV/GasNEV (max. 40 % EK).
 - Grds. plausibel (BGH, NVwZ 2008, 1392 L = BeckRS 2008, 20434 Rn. 65).

IV. 7. SEKTORGUTACHTEN BAHN DER MONOPOLKOMMISSION (2019)

2. Anreizregulierung

- Keine Anreizregulierung für Kosten aus **qualifizierter Regulierungsvereinbarung**:
 - **LuFV II** wurde von BNetzA als qualifizierte Regulierungsvereinbarung iSv. § 29 ERegG anerkannt → Kosten von den Effizienzvorgaben ausgenommen.
 - Vorschlag MP: Kosten, die Gegenstand der LuFV sind, an den Kosten der effizienten Leistungserbringung ausrichten → **KeL-Maßstab**.
 - Plausibel: gerade staatliche Mittel sollten effizient eingesetzt werden.
- **Wettbewerb im SPFV (sog. Metro-Segmente)** leide unter **hohen Vollkostenanlastungen**:
 - § 36 Abs. 1 ERegG: Gesamtkosten für Mindestzugangspaket sind über Trassenentgelte zu decken → **Vollkostenansatz** auf Grdl. v. Art. 32 RL 2012/34/EU (Kann-Vorschrift)
 - Vorschlag MP: statt Vollkosten gem. Art. 31 Abs. 3 RL 2012/34/EZU nur **unmittelbare Kosten des Zugbetriebs**. Geringere Einnahmen könnten durch Mehrverkehre sowie selektive Preisaufschläge und ggf. Bundesmittel kompensiert werden.
 - Aber: **Wettbewerbsanalog** sind effiziente Kosten der Leistungserbringung > uKZ.

IV. 7. SEKTORGUTACHTEN BAHN DER MONOPOLKOMMISSION (2019)

2. Anreizregulierung

- Schaffung von **Bußgeldtatbeständen** zur Ahndung der Nichterfüllung der in § § 18 ff., 63 ff. ERegG niedergelegten regulierungsrechtlichen Unternehmenspflichten.
- **Anfechtung der Entscheidungen** der BNetzA über Trassenentgelte durch die DB AG führe zu Rechtsunsicherheit für die Wettbewerber.
 - Vorschlag MP: **Verkürzung des Instanzenzugs** und **vorheriger erfolgreicher Eilrechtsschutzes** analog § 35 Abs. 5 TKG.
 - Jedenfalls Verkürzung des Instanzenzugs ist grds. plausibel (vgl. den Rechtsschutz gegen Regulierungsentscheidungen der BNetzA im EnWG), allerdings mit Eingangsinstanz OVG (vgl. EnergieR: OLG Düsseldorf und BGH).
 - Demgegenüber Vorgabe eines erfolgreicher Eilrechtsschutz zweifelhaft → im einstweiligen Rechtsschutz keine Prüfung rechtlich und ökonomisch komplexer Regulierungsentscheidungen, zudem keine Vorwegnahme der Hauptsache.

IV. 7. SEKTORGUTACHTEN BAHN DER MONOPOLKOMMISSION (2019)

2. Anreizregulierung

- **Weitere Kritikpunkte** (Holznagel/Schütz, ARegR, 2. Aufl. 2019, Einf. Bahn):
 - Kein explizit determinierter **Effizienzmaßstab bei der Netzkostenermittlung** vergleichbar § 4 Abs. 1 StromNEV/GasNEV. Effizienzmaßstab aus Anl. 4 zu § 25 bis 27 ERegG Nr. 1.1: Kosten, die zur Erbringung des Mindestzugangspaktes „**erforderlich**“ sind?
 - Abstellen auf kalkulatorischen **FK-Zinssatz** gem. Anl. 4 zu § 25 bis 27 ERegG Nr. 5.2.1 anstelle tatsächlicher FK-Kosten vergleichbar § 5 Abs. 2 StromNEV/GasNEV.
 - Keine **individuellen Effizienzvorgaben**, obwohl jedenfalls Vergleich mit internationalen Infrastrukturbetreibern vergleichbar § 22 Abs. 1 ARegV möglich.
 - Keine **Effizienzboni** vergleichbar § 12a ARegV für innovative Infrastrukturbetreiber.
 - Keine hinreichende **Transparenz der Regulierungsentscheidungen** vergleichbar § 31 ARegV.

IV. 7. SEKTORGUTACHTEN BAHN DER MONOPOLKOMMISSION (2019)

3. Entflechtung

- **Unbundling von Infrastruktur und Verkehrsunternehmen soll weiter vorangetrieben werden:**
 - **Vertikale Integration der DB AG** sei nicht mit dem Ziel der Wettbewerbsförderung vereinbar. Die DB AG firmiere als Holding, unter deren Dach 579 Unternehmen im In- und Ausland zusammengeschlossen seien.
 - Vorschlag MP: Eigentum des Bundes ausschließlich an regulierten Unternehmensteilen der DB AG (Art. 87e Abs. 3 S. 2 GG) → ansonsten **Ownership-Unbundling**.
 - **Aber:** Auch im EnergieR ist ein Ownership-Unbundling der Transportnetzbetreiber nicht zwingend. Zudem kann Eigentümer weiterhin unter 50 Prozent der Geschäftsanteile halten (im Einzelnen streitig). Dies gilt auch für Unternehmen im **Staatseigentum**.

IV. 7. SEKTORGUTACHTEN BAHN DER MONOPOLKOMMISSION (2019)

4. Anreizsysteme zur Qualitätserhöhung

- **Qualitätsanreize** iSd. Art. 30 Abs. 1 RL 2012/34/EU über vertragliche Vereinbarung oder durch aufsichtsrechtliche Maßnahmen oder durch eine Kombination (Art. 30 Abs. 3 Richtlinie 2012/34/EU)
 - In Deutschland insb. durch **LuFV**.
 - Vorschlag MP: **zinslose Darlehen statt nicht rückzahlbarer Zuschüsse** für Ersatzinvestitionen → ansonsten Anreize für Betreiber der Schienenwege, auf selbst zu finanzierende Instandhaltung zu verzichten, um später fällig werdenden Ersatz aus Bundesmitteln zu finanzieren.
 - **Aber:** Darlehen ist nicht mit Zuschüssen vergleichbar, besser präziserte Zweckbindung.

IV. 7. SEKTORGUTACHTEN BAHN DER MONOPOLKOMMISSION (2019)

5. Zugang zu Rollmaterial

- Nach MP hat DB Fernverkehr AG erhebliche Vorteile gegenüber Wettbewerbern:
 - **Verhandlungsmacht gegenüber den Herstellern** und **geringes Zahlungsausfallrisiko** (Größe des bedienten Bestandsnetzes und Eigentümerschaft des Bundes).
 - Wettbewerber hätten auch wegen **kurzfristiger Trassenvergabe** hohe Marktrisiken zu tragen.
 - Vorschlag MP: **Privatwirtschaftlich organisierte Leasing-Modelle**, aber keine Bereitstellung von Fahrzeugpools durch den Staat, weil eine privatwirtschaftliche Erbringung unter Wettbewerbsbedingungen effizienter sei.
 - Ggf. andere Bewertung bei **Deutschlandtakt** → Fahrzeugfinanzierung durch Bund?
 - **Zudem**: Zählt Zugang zu Rollmaterial tatsächlich zu den Aufgaben der Regulierung?

IV. 7. SEKTORGUTACHTEN BAHN DER MONOPOLKOMMISSION (2019)

6. Online-Vertrieb

- Nach MP grds. positive Entwicklung im Vertrieb.
- Marktbeherrschende Stellung der DB AG im **Online-Vertrieb** mit den Vertriebsangeboten „bahn.de“ und „DB Navigator“.
 - „bahn.de“ gelte als *die* Informations- und Vertriebsplattform für Schienenverkehrsleistungen im Online-Vertrieb.
 - Für nicht bundeseigene Verkehrsunternehmen bestehe das Risiko, im Online-Vertrieb mit den eigenen Angeboten nur eingeschränkt wahrgenommen zu werden.

V. ÄNDERUNG DES MARKTMODELLS DURCH DEN DEUTSCHLAND-TAKT?

- **Schieneinfrastrukturplanung** soll **fahrplanbasiert** erfolgen
- Nach MP sind vor technischer Umsetzung **ordnungspolitische Grundsatzfragen** zu klären:
 - Auf der Grundlage einer **zentralen Angebotsplanung** seien Fahrplan und verfügbare Trassen für alle Marktsegmente vordefiniert → Eisenbahnverkehrsunternehmen seien nicht mehr frei in der Entscheidung über Zeit und Strecke. Dies führe zu erheblichen Einschränkungen des offenen Marktmodells.
- Vorschlag MP: **Zugang zu Verkehrsplanungen** bei stufenweiser tatsächlicher Umsetzung auch für Wettbewerber der DB AG
- Vorschlag MP: **Entwicklung von Wettbewerb im Markt zu Wettbewerb um den Markt**
 - Transparenter und diskriminierungsfreier **Ausschreibungswettbewerb** durch einen Aufgabenträger des Bundes, weil der Bund gemäß Art. 87e Abs. 4 GG einen Gewährleistungsauftrag für den SPfV habe.
 - **Aber: unionsrechtlich überhaupt zulässig?**

V. ÄNDERUNG DES MARKTMODELLS DURCH DEN DEUTSCHLAND-TAKT?

- Ausgestaltung durch **Dienstleistungskonzessionen** oder **öffentliche Dienstleistungsaufträge** (sog. Bruttoverträge)?
 - Konzessionen entsprechen dem Schweizer Vorbild und dem Primat der Wettbewerbsförderung.
 - Öffentliche Dienstleistungsaufträge entsprechen der Vergabepaxis im SPNV (Bund trägt das Erlörisiko der Eisenbahnverkehrsunternehmen).
 - Vorschlag MP: Jedenfalls **Vergabe von ähnlich rentablen Streckenbündeln** wegen unterschiedlicher Rentabilität der Strecken.
- **Problem Nutzungsdauer:**
 - Jährliche Vergabe bringe Unsicherheiten für Wettbewerber.
 - Vorschlag MP: Vergabe länger als ein Jahr.
 - Bei mehrjährigen Vergaben entstehen zeitweilige Monopole bei der Streckenbedienung.
 - Vorschlag MP: Setzen von Effizienzreizen für Kostensenkung und Qualität.
 - Aber: Sind derartige Anreize praktikabel?

VI. FAZIT

- **Wettbewerb** wird nicht um seiner selbst willen ermöglicht, sondern um mittelbar grundrechtlich geschützte und politisch weiter ausgeformte **Gemeinwohlziele** zu erreichen (Freiheit, Wohlstand, Umweltschutz etc.).
- Der **Wettbewerb auf der Schiene** ist in der Entwicklung noch nicht abgeschlossen.
 - Insbesondere im SPfV sind weitere Anstrengungen notwendig.
 - Dogmatisch ist vor allem die Anreizregulierung zu präzisieren, unter Heranziehung der Erfahrungen des Energie- und TK-Sektors.
- Die geplante Umsetzung des **Deutschland-Takts** bedeutet für den Wettbewerb auf der Schiene eine ordnungspolitische Herausforderung.
 - Wettbewerbliche(re) Gestaltung oder grundlegende Änderung des Ordnungsmodells zu Wettbewerb um die Schiene?



UNIVERSITÄT
LEIPZIG

VIELEN DANK!



Beachte:

Die vorliegenden Folien waren Grundlage eines wissenschaftlichen Vortrags, den der Verfasser am 22.11.2019 in Leipzig anlässlich der 3. Leipziger Gespräche zum Verkehrsmarktrecht gehalten hat. Sie vermitteln einen generellen Überblick über die behandelten Themen. Die Folien beinhalten weder eine individuelle rechtliche und fachliche Auskunft oder Empfehlung, noch sind sie geeignet, eine individuelle Beratung durch fachkundige Beratungspersonen unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles zu ersetzen. Der Verfasser übernimmt deshalb keine Verantwortung für Entscheidungen, die ein Adressat auf Grund der Folien und des Vortrags trifft.

Die Folien und ihre Inhalte dürfen ganz oder teilweise nur nach vorheriger schriftlicher Zustimmung des Verfassers nachgedruckt oder vervielfältigt werden.

Die Ausführungen stellen allein die persönliche und zudem vorläufige wissenschaftliche Ansicht des Verfassers zum Zeitpunkt des Vortrags dar. Sie stehen somit ausdrücklich unter dem Vorbehalt einer besseren Erkenntnis.