

## **Wettbewerb im Eisenbahnverkehr: Erfolge und Erfordernisse**

Gut 20 Jahre nach der Bahnreform von 1994 und zehn Jahre nach der Gründung von mofair e. V. als Interessenvertretung der im Bereich des Schienenpersonennahverkehrs (SPNV) tätigen Unternehmen bietet sich gerade im Hinblick auf den mit der Marktöffnung intendierten Wettbewerb im Eisenbahnverkehr ein Rück- und Ausblick darauf an, was in dieser Zeit erreicht wurde und was noch zu tun ist.

### **I. Die Ausgangsfrage und Ausgangslage**

Wenn Sie einen Juristen fragen: „Ist der Wettbewerb im Eisenbahnverkehr ein Erfolgsmodell?“, dann ist die typische Antwort wie auf jede derartige Frage: „Es kommt darauf an“ – und zwar z. B. darauf, wen man fragt. „Die Politik“ (wenn man das so sagen kann) und die Deutsche Bahn AG (DB AG) werden mutmaßlich mit „Ja!“ antworten, die Monopolkommission unter Verwendung von drastischen „Namen“ für ihre zweijährlich erstellten Wettbewerbsgutachten mit „Nein!“. Ihrer Auffassung nach ist eine völlige Entflechtung des DB-Konzerns nötig. So titelte sie zuletzt in diesem Jahr: „Wettbewerbspolitik aus der Spur?“ Jeder Gefragte antwortet hier eben nach seiner Aufgabe und Auffassung, und die Wahrheit liegt vermutlich irgendwo in der Mitte.

Sie haben heute offenbar (und hoffentlich) bewusst einen Juristen und Wissenschaftler gefragt, vermutlich um eine abgewogene und begründete Entscheidung zu bekommen. Wissenschaft ist laut dem Bundesverfassungsgericht „die planmäßige Suche nach der Wahrheit“. Also muss man als Wissenschaftler hier erst den Begriff „Wettbewerb“ definieren und daran die bestehende Situation messen.

Als „Wettbewerb“ bezeichnet man eine Situation, wenn sich mehrere bemühen, im Vergleich zueinander die beste Leistung zu erbringen und damit den besten Platz zu erreichen (so im Sport) bzw. den größten Marktanteil zu bekommen (so in der Wirtschaft). Das funktioniert jedoch nur, wenn alle annähernd die gleichen Chancen haben (und nicht etwa bei einem 100 m-Lauf einer eine Eisenkugel am Bein hat). Das Ziel der Bahnreform war aber nicht nur ein funktionierender intramodaler, sondern auch ein ebensolcher intermodaler Wettbewerb, also das Ziel – das oft und gerne in Reden bemüht wird –, durch attraktive Angebote mehr Verkehr etwa von der Straße auf die Schiene zu holen. Und die Kosten des Staates (etwa die Schulden der DB sowie ihr Zuschussbedarf) sollten gesenkt werden. Der Wettbewerb sollte – und das

soll er natürlich bis heute – also gerade auch das Verkehrswachstum bei der Eisenbahn fördern.

## **II. Wie hat sich der Wettbewerb entwickelt?**

Schaut man sich die Entwicklung der letzten 20 Jahre an, so fällt auf, dass zunächst nach der Marktöffnung und der Abschaffung des staatlichen Eisenbahnmonopols nicht viel passiert ist (vielleicht ist es insoweit auch ein „Beleg“, dass mofair erst zehn Jahre alt?). Dann hat sich der Markt im Schienengüterverkehr und im SPNV aber – sowohl was die Anteile der Wettbewerber zum frühen Monopolisten als auch die der Schiene gegenüber den anderen Verkehrsträgern im europäischen Vergleich angeht – ganz ordentlich entwickelt (mehr geht natürlich immer ...). Im Schienenpersonenfernverkehr sind zwar die Verkehrsanteile der Eisenbahn (bis zur Liberalisierung des Fernbusmarktes) leicht gestiegen; dabei ist dort aber faktisch nur die DB AG am Markt aktiv. Insofern hat der Wettbewerb also weitgehend versagt. Dafür gibt es sicher spezifische Erklärungen, insbesondere den hohen Investitionsbedarf bei der mangels staatlicher Zuschüsse nötigen völligen Eigenwirtschaftlichkeit der Verkehre. Ich will den Blick – natürlich auch anlassbezogen – aber noch etwas ändern und gerade auf den SPNV lenken sowie dabei fragen, warum das, was ist, erreicht wurde, aber warum eben auch nicht mehr und größere Erfolge eingetreten sind.

Der Jurist betrachtet dabei naturgemäß, bevor er sein Urteil fällt, zunächst den rechtlichen Rahmen und dann die dazu ergangenen (Behörden-/Gerichts-)Entscheidungen, die ein recht gutes Bild der Geschehnisse um und auf den Gleisen vermitteln.

## **III. Der rechtliche Rahmen**

Der Wettbewerb im Eisenbahnverkehr ist sowohl in der Verfassung als auch einfachgesetzlich vorgegeben. So bestimmt schon auf der rechtlich höchsten Ebene Art. 87e Grundgesetz nicht nur die Führung der Eisenbahnen des Bundes als Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form, sondern damit zugleich die Öffnung des zuvor vom Staat selbst dominierten Eisenbahnwesens für den Wettbewerb. Noch deutlicher macht das sodann § 1 Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG), nach dessen Abs. 1 „dieses Gesetz der Gewährleistung eines sicheren Betriebs der Eisenbahn und eines attraktiven Verkehrsangebotes auf der Schiene sowie der Sicherstellung eines wirk-

samen und unverfälschten Wettbewerbs auf der Schiene bei dem Erbringen von Eisenbahnverkehrsleistungen und dem Betrieb von Eisenbahninfrastrukturen“ dient. Nach § 1 Abs. 5 AEG haben überdies „mit dem Ziel bester Verkehrsbedienung Bundesregierung und Landesregierungen darauf hinzuwirken, dass die Wettbewerbsbedingungen der Verkehrsträger angeglichen werden, und dass durch einen lauterer Wettbewerb der Verkehrsträger eine volkswirtschaftlich sinnvolle Aufgabenteilung ermöglicht wird.“

In diese Richtung zielt erkennbar auch das geplante und – soweit es der Umsetzung des „Recast“ des Ersten Europäischen Eisenbahnpaktes dient – schon wieder längst überfällige (weil die Umsetzungsfrist dafür bereits seit Monaten abgelaufen ist; Deutschland wird hier seiner Rolle als „Musterknabe“ einmal mehr nicht gerecht, denn ungefähr zehn Mitgliedstaaten haben laut EU-Kommission schon umgesetzt), „Eisenbahnregulierungsgesetz“. Der Gesetzgeber nennt es selbst „Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs im Eisenbahnsektor“, womit er zugleich auch eingesteht, dass offenbar noch nicht alles Gold ist, was glänzt.

Gefördert werden soll die Erreichung dieses Zieles „mehr Wettbewerb“ durch verschiedene rechtliche Vorgaben, von denen nun einige kurz schlaglichtartig näher beleuchtet werden. Ich gehe dabei vom geltenden Recht aus, blicke aber, wo nötig, auch auf das kommende bzw. das künftig erforderliche Recht und differenziere hierfür nach den verschiedenen rechtlichen „Mitteln“, die den Wettbewerb stärken sollen.

#### **IV. (Mehr) Wettbewerb durch Entflechtung**

Nach § 9 und § 9a AEG müssen integrierte Unternehmen, die sowohl Infrastruktur betreiben als auch Verkehr darauf anbieten – das typische Beispiel dafür ist der DB-Konzern; erfasst werden aber auch integrierte nichtbundeseigene Eisenbahnen –, für die zum wirksamen Wettbewerb auf der Infrastruktur nötige Transparenz der Leistungs- und Finanzbeziehungen und der Trassenzuweisungsentscheidungen organisatorisch und buchhalterisch getrennt sein und die Netzzugangsentscheidungen allein vom sogar rechtlich getrennten Netzbetreiber getroffen werden („Unbundling“).

Hier gab es in den ersten Jahren unter der Geltung dieser neuen rechtlichen Vorgabe mehrere Streitfälle (insbesondere um die „Konzernjuristen“ der DB und die Besetzung ihrer Betriebsleitzentralen); mittlerweile hat sich der Wettbewerb aber an dieser Stelle gefestigt; die diesbezüglichen (Diskriminierungs-)Vorwürfe an den DB-Konzern werden merklich leiser. Die Entflechtungsaufsicht soll nun vom Eisenbahn-

Bundesamt (EBA) auf die Bundesnetzagentur übergehen, die dafür viel mehr Personal einplant als das EBA (es steht mit dem Wirtschaftsministerium auch ein anderes „Hohes Haus“ hinter ihr). Ich erlaube aber mir die leicht ketzerische Frage, ob es genug „Potenzial“ für diese Beschäftigten gibt. Soweit (eben etwa von der Monopolkommission) darüber hinaus weiterhin die völlige Entflechtung des DB-Konzerns gefordert wird, scheint mir dieser Punkt weiter denn je von seiner Realisierbarkeit entfernt zu sein.

## **V. (Mehr) Wettbewerb durch Ausschreibungen im SPNV**

Dieser Punkt ist naturgemäß sicherlich von besonderem Interesse für mofair.

Ich habe schon darauf hingewiesen, dass im eigenwirtschaftlichen Schienenpersonenfernverkehr unter anderem wegen der hohen Investitionskosten bis heute kein echter Wettbewerb unter verschiedenen Anbietern entstanden ist. Es gibt in Deutschland (im Unterschied zu anderen Ländern in Europa) dort auch keine Ausschreibungen. Interessant ist jedoch, dass die DB auf die Idee und Forderung eines Deutschlandtaktes, welchen die Politik (etwa im aktuellen Koalitionsvertrag) aufgegriffen hat, mit einem eigenen Konzept reagiert hat. Sie will vermutlich verhindern, dass es hier zu der an sich gebotenen Ausschreibung von Leistungen kommt, wie sie auch bei den mittlerweile vermehrt anzutreffenden Intercity-Leistungen als SPNV-Ergänzung (statt des leider vorschnell „beerdigten“ Interregio) zur Schaffung von Wettbewerb gefordert wird. Im Bereich des SPNV zeigt sich wegen der Bestellung der Leistungen durch staatliche Aufgabenträger ein völlig anderes Bild. Einen großen Schub gab es hier allerdings auch erst 2011 durch ein Urteil des Bundesgerichtshofes zur Ausschreibungspflicht der (großen) Verkehrsverträge der Bundesländer im SPNV, das mit tatkräftiger Unterstützung von mofair für die nötige rechtliche Klarheit gesorgt hat.

Die rechtliche Grundlage der förmlichen Vergaben bildet die europäische Verordnung 1370/2007, die ihren Anwendungsbereich auf alle grenzüberschreitenden und innerstaatlichen Personenverkehrsdienste 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, erstreckt, also auch den von den Aufgabenträgern bestellten SPNV erfasst. Geregelt wird dort im Einzelnen das formale Vorgehen, das regelmäßig mit einer europaweiten Ausschreibung der Verkehre beginnt und einen

freien Wettbewerb mit für den Staat möglichst lohnenden Angeboten zum Ziel hat. Auch wenn es in diesem Bereich immer wieder Streit um Einzelfragen und -verfahren (so zuletzt etwa um die Nürnberger S-Bahn) gibt, scheint der Rechtsrahmen seinem Ziel im Großen und Ganzen gerecht zu werden. Der Fokus der Europäischen Union liegt in diesem Kontext nun auf der Öffnung der ausländischen Märkte mit einer generellen Ausschreibungspflicht, die wir in Deutschland bereits haben, wo sich einige ausländische Anbieter aus der Sphäre der Ex-Staatsbahnen im Wettbewerb tummeln. Lediglich die Finanzierung der Verkehre durch die Aufgabenträger erweist sich hier noch öfter als ein (wettbewerbshinderndes) Problem.

Eine ganz aktuelle Streitfrage in Deutschland in diesem Kontext ist auch noch der rechtliche Umgang mit dem (Zug-)Personal nach einem Betriebsübergang in Folge einer Ausschreibung. Hier gibt es Bestrebungen unter anderem der Gewerkschaften, die bestehenden Vorgaben in § 613a Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) zu verschärfen, ohne dass allerdings schon abschließend geklärt wäre, welcher finanzielle (Spiel-) Raum dann noch für einen erfolgreichen Ausschreibungswettbewerb bleibt.

## **VI. (Mehr) Wettbewerb durch Regulierung des Netzzuganges**

Ein entscheidender Wettbewerbsfaktor ist, ob ein Unternehmen überhaupt und dann zu welchen Bedingungen Zugang zu dem knappen Gut „Schiene“ bekommt. Von Rechts wegen muss das alles diskriminierungsfrei erfolgen. Um das zu gewährleisten, wurde im Zuge der Rechtsentwicklung eine gewisse Zeit nach der Bahnreform mit der Bundesnetzagentur extra eine sektorenübergreifende Regulierungsbehörde eingerichtet und mit umfassenden Befugnissen ausgestattet, um die eisenbahnrechtlichen Netzzugangsvorschriften zu überwachen. Sie nimmt ex-ante und ex-post sowie von Amts und auf Antrag Kontrollen der zugangsrelevanten Entscheidungen vor.

Daneben war der Bahnstrom über längere Zeit ein regulatorisches Problem. Nun ist insoweit zwar sein Drittbezug auch bei der Befahrung der DB-Gleise möglich; jetzt macht aber die so genannte EEG-Umlage als neues intermodales Wettbewerbshindernis den Bahnen Sorgen, so dass offenbar die Arbeit auch für mofair nie aufhört.

Bei der Vergabe der Schienenwegkapazität ist bezüglich des „Ob“ § 14 AEG maßgeblich, der jedem Berechtigten den Anspruch auf einen diskriminierungsfreien Netz-

zugang gewährt. Näher ausgestaltet wird diese Vorgabe durch die Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung. Danach muss beispielsweise bei miteinander vereinbarten Trassenanträgen allen Wünschen stattgegeben werden, und nur bei nicht miteinander vereinbarten Trassenbestellungen kann auf Grund eines sachlichen Rechtfertigungsgrundes eine Differenzierung zwischen den verschiedenen Anträgen erfolgen. In den Anfangsjahren des Wettbewerbes gab es hier viele Streitigkeiten, und auch heute stellen sich insoweit immer noch neue Fragen wie z. B. die nach dem Lärm, der ein großes Problem auch für den Wettbewerb mit der Straße darstellt, als zulässigem Differenzierungskriterium. Die (in ihrer Sinnhaftigkeit immer wieder in Frage gestellten) „Rahmenverträge“ gaben ebenfalls wiederholt Anlass für behördliche oder gerichtliche Auseinandersetzungen (so zuletzt bei den Verkehren auf die Insel Sylt). Der Streit hat sich insoweit nach meiner Wahrnehmung allerdings von dem Netzzugang zu den klassischen Strecken mehr auf die Serviceeinrichtungen verlagert. Das schon erwähnte Eisenbahnregulierungsgesetz reagiert darauf mit neuen Vorgaben für die Werksbahnen, wobei die Frage erlaubt sei, ob die diesbezüglichen Regelungen schon der Weisheit letzter Schluss und gelungen sind. Auch die Europäische Union hat die Zugangsgewährungspflichten weiter ausgeweitet – etwa in Bezug auf den Fahrscheinverkauf, die Werkstätten und Rangierleistungen. Sie reagiert damit wohl auf zu Tage getretene Engpässe und Wettbewerbshindernisse.

Fast noch streitanfälliger war und ist das „Wie“ des Netzzuganges, insbesondere die Frage nach seinen Kosten. Hier gab und gibt es viele Verfahren etwa zu Entgelten für Umbestellungen und Stornierungen oder zu den Minderungsrechten.

Ein sich abzeichnendes Problem im geplanten Eisenbahnregulierungsgesetz ist ferner die dort vorgesehene Verknüpfung der Trassenpreise mit den vom Bund den Ländern gewährten Regionalisierungsmitteln. So schön das für den SPNV sein mag, so ist es letztlich doch ein im Recht an sich verbotener „Vertrag zu Lasten Dritter“, nämlich zu Lasten des Güter- und Fernverkehrs. Das könnte sich dann letztlich bei dessen „Wegbrechen“ sogar als klassisches „Eigentor“ der Aufgabenträger erweisen.

Gerade im Bereich des SPNV war es – angesichts der bisherigen Zurückhaltung der Bundesnetzagentur bei der Beanstandung von Trassengebühren (hier gab es erst ganz wenige Verfahren) – zudem die zivilrechtliche Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB, die wegen ihrer niedrigeren Beweisanforderungen häufig den

zahlungspflichtigen Nutzern leichter zum Erfolg verhalf. Nachdem die Anwendbarkeit der Vorschrift schließlich höchstrichterlich vom Bundesgerichtshof bestätigt worden war, droht ihr nun Ungemach durch den Gesetzgeber, der sie zu Gunsten erweiterter, in ihrer „Wirksamkeit“ aber noch ungewisser Prüfungsbefugnisse der Bundesnetzagentur aufheben will. Es stellt sich dabei allerdings schon die Frage, ob die Entgeltgenehmigung als Präventivkontrolle ausreichend ist und in ihrem Rahmen bereits alle regulatorisch relevanten Probleme erkennbar sind. Das derzeit mit Blick auf die mutmaßlich kommenden neuen Vorgaben entwickelte Trassenpreissystem 2017 der DB wird hier der erste Lackmustest sein. Ich befürchte, dass sich hier die Kostenstruktur und -zuscheidung als „black box“ erweisen werden. Als Wissenschaftler bereitet einem bereits die anstehende Kommentierung der Normen viele Probleme; wie schwer wird dann erst ihre Anwendung? Und fördern sie wirklich (wie erhofft) den Wettbewerb? Diese Fragen lassen sich vermutlich mit letzter Sicherheit erst künftig beantworten.

## **VII. (Mehr oder überhaupt) Wettbewerb um die Eisenbahninfrastruktur**

Ein letzter (kurzer) Blick mag nun noch dem Wettbewerb um die Infrastruktur dienen. Hier gab es bei der Stilllegung (vermeintlich) unrentabler Infrastruktur zunächst viele Verfahren (mein Lieblingsthema); mittlerweile scheint, was Strecken angeht, allerdings etwas Ruhe eingekehrt (und das Netz „gesund geschrumpft“) zu sein. Gekämpft wird heute – ähnlich wie beim Netzzugang – häufiger um den Erhalt von Netzteilen bzw. Serviceeinrichtungen wie Lade-, Abstell- und zum Teil auch Überholgleisen. Hier stößt der Wettbewerb bislang häufiger noch an seine rechtlichen und tatsächlichen Grenzen. Ein Gesetz zur Verschärfung der „Wettbewerbskontrolle“ in diesem Bereich, wie es bereits einmal diskutiert wurde, täte dringend Not. Leider wurde ein entsprechender Gesetzentwurf von den Ländern zu Unrecht als „lex S 21“ abqualifiziert und damit erfolgreich bekämpft. Sie sind in meinen Augen daher nun vor allem gefordert, das Eisenbahnregulierungsgesetz hier noch richtig „aufzugleisen“!

## **VIII. Zusammenfassung und Ausblick**

Bevor ich nach dieser notgedrungen nur sehr groben Skizze jetzt sozusagen zu meinem „Urteil“ komme, sei mir noch der Hinweis gestattet, dass der Wettbewerb alleine „es nicht richtet“. Es sind dafür auch ausreichende finanzielle Mittel erforderlich. Die nunmehr offenbar in größerem Umfang gewährten Regionalisierungsmittel im SPNV (die Länder stehen dabei fortan auch bei deren Verteilung und Verwendung im Wett-

bewerb) reichen allerdings nicht. Es geht auch um staatliche Gelder für die nötige Infrastruktur – auch die nichtbundeseigene und nicht nur die für den Güterverkehr!

Als Ergebnis meiner „Bestandsaufnahme“ bleibt festzuhalten, dass der Wettbewerb im Eisenbahnverkehr nicht nur im Gesetz fixiert ist; er ist auch in der Praxis angekommen und weitgehend (außer im Fernverkehr) wirksam. Er wird in absehbarer Zeit mutmaßlich sogar durch ein „Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs im Eisenbahnbereich“ gleichsam geadelt. Trotzdem gibt es immer noch einige Baustellen, auf denen gearbeitet werden muss, und auch der Inhalt des neuen Gesetzes bedarf insoweit der kritischen Prüfung, Ergänzung und seine Umsetzung der Begleitung durch Organisationen wie das „Geburtstagskind“ mofair e. V., damit er weiter wachsen bzw. überhaupt erst seine volle Kraft entfalten kann. Deswegen darf ich mit der Erkenntnis und dem Glückwunsch schließen, dass es solcher Organisationen bedarf, solange der intramodale Wettbewerb eben noch nicht so funktioniert, wie er das im Interesse aller an einer weiteren Stärkung der Schiene im intermodalen Wettbewerb tun sollte. „Vivat, floreat, crescat“ rief man bei diesem Anlass früher, heute heißt es – frecher – vielleicht: Sie mögen überflüssig werden! Aber das ist wohl noch ein langer Weg.