

BahnBeirat

Thesenpapier zum Recast der europäischen Eisenbahnregulierung 12. Oktober 2010

Erstellt durch den Ausschuss Wettbewerb und Regulierung

Prof. Dr. Dr. h. c. Gerd Aberle

Prof. Dr. Thomas Ehrmann

Hans Jochen Henke, Staatssekretär a. D.

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Peter Hommelhoff

Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. Christian Kirchner

Kernaussagen

- Der BahnBeirat begrüßt die Initiative der Europäischen Kommission zur Überarbeitung und Vereinheitlichung des Regulierungsrechts für Eisenbahnen in Europa.
- Große Disparitäten bei der Umsetzung des bestehenden europäischen Rechtsrahmens zwischen den Mitgliedstaaten verhindern bisher die Schaffung eines einheitlichen Marktes. Deutschland verfügt über einen Regulierungsrahmen sowie über Institutionen und Verfahren, die den Zielen des Ersten Europäischen Eisenbahnpakets entsprechen. Deutschland hat ferner die Intention der Europäischen Kommission, Marktöffnung und intramodalen Wettbewerb im Personen- und Güterverkehr voranzutreiben, bereits über die europäische Gesetzgebung hinaus umgesetzt.
- Ziel und Messlatte aller Änderungen sollte ihre Bedeutung für die Schaffung eines möglichst vollständig liberalisierten europäischen Eisenbahnverkehrsmarktes sein. Der Recast klammert jedoch weitere Schritte zur Liberalisierung des Schienenpersonenverkehrs aus. Dies ist als grundsätzlicher Mangel des Recast anzusehen. Der BahnBeirat bestärkt die Europäische Kommission ausdrücklich in Ihrem Ansatz der Marktöffnung und empfiehlt, die Liberalisierung des Schienenpersonenverkehrs in den Recast aufzunehmen.
- Der zweite zentrale Kritikpunkt betrifft die vorgesehene Ermächtigung der Kommission, wesentliche Aspekte der Eisenbahnpolitik und -regulierung im Wege delegierter Rechtsakte zu ändern, d. h. ohne Einbezug des Parlaments und des Rates. Dieses Verfahren wird der Bedeutung der geregelten Sachverhalte nicht gerecht und begegnet schwerwiegenden politischen und rechtlichen Bedenken. Die parlamentarische Kontrolle und die sorgfältige Rechts-

Güter- und Interessenabwägung durch den Gesetzgeber wird erheblich eingeschränkt. Der BahnBeirat fordert dazu auf, unter Beachtung des Subsidiaritätsprinzips bei wesentlichen Entscheidungen der Eisenbahnpolitik das reguläre Gesetzgebungsverfahren weiterhin anzuwenden.

- Der BahnBeirat begrüßt, dass mit dem Recast die Bedeutung der Mehrjahresverträge bei der Finanzierung von Infrastrukturprojekten gestärkt wird.
- Mit ihren Vorschlägen für eine Regulierung des Vertriebs und eine Verschärfung der Regulierung anderer Serviceeinrichtungen unabhängig davon, ob sie für den Marktzutritt erforderlich sind, dehnt die Kommission den Anwendungsbereich der Regulierung erheblich aus. Eine solche Ausdehnung verringert Anreize für Investitionen in die betroffenen Einrichtungen und begegnet verfassungsrechtlichen Bedenken. Der Fahrscheinvertrieb erfüllt eindeutig nicht die Voraussetzungen einer essential facility und bedarf daher keiner Zugangsregulierung. Der Vorschlag der verschärften Zugangsregulierung zu Serviceeinrichtungen ist zum einen mit der wettbewerbs- und kartellrechtlichen essential facilities-Doktrin nicht vereinbar. Zum anderen werden ökonomisch falsche Anreize gesetzt.

A. Recast als Chance für die EU-Eisenbahnpolitik

1. Die Europäische Kommission hat am 17. September 2010 einen Gesetzgebungsvorschlag zum „Recast“ der europäischen Eisenbahnregulierung vorgelegt. Der Recast soll den Regulierungsrahmen in Europa vereinheitlichen und weiterentwickeln. Damit soll er die Öffnung der europäischen Eisenbahnverkehrsmärkte voranbringen.
2. Seit Verabschiedung der Richtlinie 91/440 EWG vor fast 20 Jahren und der sie präzisierenden und erweiternden Vorgaben des 1. Eisenbahnpakets (insbesondere RL 2001/14 EG) haben sich die Umsetzungen der Marktöffnungs- und Regulierungsvorgaben in den EU-Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich entwickelt.
3. Während in Deutschland aufgrund der Bahnreform von 1994 wichtige Regulierungselemente wie etwa die buchhalterische und organisatorische Trennung von Netzinfrastruktur und Bahntransportbetrieb, die Öffnung des Netzes für Wettbewerb, die rechtliche Abgrenzung von Staatsverwaltung und Eisenbahn sowie die finanzielle Entschuldung von historischen Lasten bereits sehr zeitnah erfolgten, verzögerten sich die vergleichbaren Prozesse in den anderen EU-Staaten teilweise erheblich. Dies hat zu marktwirksamen Wettbewerbsdisparitäten insbesondere bei der Öffnung der Netze geführt. Auch die Einrichtung und Ausgestaltung sowie die Wirkungsmöglichkeiten der nationalen sektorspezifischen Regulierungsinstitutionen wurden zeitlich und materiellrechtlich sehr unterschiedlich vorgenommen. Beträchtliche Disparitäten in der europäischen Regulierungspraxis waren und sind die Folge.
4. Vor diesem Hintergrund bietet der Recast die Chance, die Erfahrungen der vergangenen Jahre aufzuarbeiten, um eine vergleichbare und im Sinne eines funktionsfähigen Wettbewerbs auf den EU-Eisenbahnmärkten sinnvolle Marktöffnungs- und Regulierungspraxis zu erreichen. Dies sollte auch das vorrangige Ziel eines Recast mit entsprechenden Überarbeitungen der rechtlichen EU-weiten Regulierungsvorgaben sein.
5. Ziel des Recast muss das Erreichen eines funktionsfähigen Wettbewerbs sein. Ob der vorgelegte Regulierungsansatz der EU-Kommission jedoch dazu geeignet ist, muss in zahlreichen Einzelatbeständen kritisch hinterfragt werden. Dass eine weitergehende Liberalisierung der Personenverkehrsmärkte vom Recast ausgeklammert wird, ist als grundsätzlicher Mangel zu sehen. Die wettbewerbliche Ausgestaltung der Güter- und Personenverkehrsmärkte ist als interdependent zu betrachten (Beanspruchung von Netzkapazitäten, Netzöffnungsumfang, Wettbewerb auf den Transportmärkten). Nationale Verzögerungen der Netzöffnung hemmen wettbewerbsaktive Eisenbahnunternehmen, ihre Leistungspotentiale vor allem im internationalen Wettbewerb marktwirksam zu nutzen.

B. Verhältnis EU-Regulierungsregeln und nationale Regulierungspolitik

1. Eine konsistente EU-Regulierung der Infrastruktur setzt eine Harmonisierung der nationalen Regulierungsziele und Regulierungsmaßnahmen voraus. Diese ist bislang nicht gegeben. Es divergiert der Grad der Umsetzung der EU-Vorgaben des 1. Eisenbahnpaketes in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten erheblich mit der Folge, dass in der Mehrzahl der Staaten nur begrenzte Regulierungsaktivitäten erfolgen. In den Ländern, in denen wirkungsvolle Regulierungsinstitutionen existieren und die europäischen Vorgaben vollumfänglich umgesetzt wurden, können aus diesen Disparitäten substantielle Wettbewerbsnachteile entstehen. Sie bestehen nicht nur in sehr unterschiedlichen Marktzugangsmöglichkeiten zu den nationalen Netzen mit erheblichen Diskriminierungspotentialen, sondern auch in einseitigen verschärften Regulierungsvorgaben.
2. Hiervon ist Deutschland wegen der in kaum einem anderen EU-Staat so zahlreichen nationalen Regulierungsinstitutionen (Bundesnetzagentur, Eisenbahn-Bundesamt, Bundeskartellamt, Monopolkommission, Bundesverkehrsministerium) betroffen. Hier sind Regulierungszielsetzungen und Regulierungspraxis erkennbar, die über die Vorgaben der EU-Regulierung hinausgehen. Dabei wird gern von einer nationalen „Vorreiterrolle“ gesprochen, die jedoch zu erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen, insbesondere für im internationalen Wettbewerb agierende Bahnunternehmen, führt.
3. Der Recast sollte daher auch zu einer Harmonisierung des Regulierungsrechts und der Regulierungspraxis in der EU-Eisenbahnpolitik beitragen. Es sollte sichergestellt werden, dass diese Harmonisierung nach den Vorgaben des EU-Rechts erfolgt. Dies schließt auch ein, dass nationale Verschärfungen der EU-Eisenbahnregulierung zu vermeiden sind, da durch solche nationalen Verschärfungen Diskriminierungen zulasten eines chancengleichen Wettbewerbs auftreten. Der Ansatz hat besondere Bedeutung, da in einigen Mitgliedstaaten, wie in Deutschland, das Reziprozitätsprinzip bislang nicht angewandt wird.

C. Delegierte Rechtsakte

1. Der Richtlinien-Entwurf enthält in Artt. 60-62 eine Ermächtigung an die Kommission, eine Reihe (in Art. 60 Abs. 1 fixierter) Legislativakte anstelle des Parlaments und des Rates vornehmen zu dürfen. Eine Ermächtigung nach Art. 290 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) verstößt in ihrer vorgeschlagenen Fassung doppelt gegen europäisches Primärrecht und begegnet überdies rechtspolitischen Bedenken.
2. Richtlinien-Ermächtigungen dürfen sich nach der Eingrenzung in Art. 290 Abs. 1 AEUV nur auf die Änderung bestimmter nicht wesentlicher Vorschriften der Richtlinie beziehen. Eine Vorschrift ist im Kontext dieser Einzelermächtigungen schon dann u.a. nicht mehr „nicht wesentlich“, wenn in ihr eine Entschei-

derung getroffen wird, die für rechtsunterworfenen Unternehmen von erheblicher wirtschaftlicher und politischer Tragweite ist (vgl. Hetmeier in: Lenz/Borchardt, EU Verträge, Stand 1. Dezember 2009, Art. 290 Rn. 10). Dies ist bei allen Vorschriften der Fall, zu deren Abänderung der Richtlinien-Entwurf ermächtigen will. Dem steht nicht entgegen, dass es sich um Regelungen handelt, die in Anlagen zur Richtlinie gefasst werden sollen. Für die Wesentlichkeit einer Vorschrift kann es nicht auf deren formelle Fassung ankommen, sondern allein auf ihren materiellen Gehalt. Dazu im Einzelnen:

- Annex II: Hier werden die „essential functions“ definiert, für die besondere Unabhängigkeitsvorgaben gelten. Dies hat ganz erhebliche Auswirkungen auf die Struktur und die Prozesse der Eisenbahnunternehmen.
- Annex III: Dieser Anhang regelt den Umfang des eisenbahnregulierungsrechtlichen Zugangsanspruchs und stellt damit ein zentrales Element des Regulierungsrechts dar.
- Annex IV: Hier werden detailliert die Informationen aufgeführt, die die Mitgliedstaaten im Rahmen des „Rail Market Monitoring“ an die Kommission liefern müssen. Es ist davon auszugehen, dass diese Informationen seitens der Mitgliedstaaten wiederum im Eisenbahnsektor abgefragt werden. Hierdurch kann eine erhebliche administrative Belastung entstehen und es können Geschäftsgeheimnisse gefährdet werden.
- Annex V: Dieser Anhang betrifft die finanzielle Leistungsfähigkeit, eine Voraussetzung der Zulassung als Eisenbahnunternehmen. Die Regelungen betreffen eine Vorbedingung des Infrastrukturzugangs und haben daher erhebliche Bedeutung.
- Annex VI: Dieser Anhang enthält Vorgaben zu den verpflichtenden Inhalten der Schienennetz-Benutzungsbedingungen. Diese legen die wesentlichen Bedingungen des Infrastrukturzugangs fest, so dass ihnen erhebliche Bedeutung zukommt.
- Annex VII: Hier werden Grundsätze und Inhalte der langfristigen Finanzierungsvereinbarungen geregelt. Die Ausgestaltung der Infrastrukturfinanzierung hat zentrale Bedeutung und betrifft insbesondere auch die nationale Haushaltspolitik.
- Annex VIII: Dieser Anhang legt Anforderungen an Kosten und Entgelte für die Eisenbahninfrastruktur fest. Es werden damit wesentliche Parameter der Zugangsbedingungen fixiert.
- Annex IX: Dieser Anhang betrifft den Zeitplan des Zuweisungsverfahrens und damit wesentliche Bedingungen des Infrastrukturzugangs.
- Annex X: Hier werden detaillierte Anforderungen an die der Regulierungsbehörde zu liefernden „regulatory accounts“ festgelegt. Dies stellt einen erheblichen Eingriff in die unternehmerischen Prozesse der Eisenbahninfrastrukturunternehmen dar.

3. Aber unabhängig von der Primärrechtswidrigkeit der Einzelermächtigungen verstoßen diese zusätzlich in ihrer Gesamtheit gegen die zweite und noch bedeutsamere Eingrenzung in Art. 290 AEUV; nach dessen Abs. 1 Satz 3 sind die „wesentlichen Aspekte eines Bereichs ... dem Gesetzgebungsakt vorbehalten und eine Befugnisübertragung [auf die Kommission] ... für sie deshalb ausgeschlossen.“ Die wichtigen materiellen Grundentscheidungen für einen Bereich, das ist im Richtlinien-Entwurf die Gestaltung der single european railway area, müssen die Gesetzgebungsorgane der Europäischen Union in ihrer Gesamtheit treffen (Hetmeier, a.a.O.) und dürfen sie nicht der Kommission überlassen. Anderenfalls wären die Mitgliedstaaten im europäischen Ministerrat ebenso von der Ausrichtung der künftigen Abänderungen ausgeschlossen wie von ihrer Ausgestaltung mit Gewicht; und auch das europäische Parlament wäre als Ort transparenter Rechtssetzung unter Beteiligung der Betroffenen um seine Funktion gebracht, widerstreitende Gruppen- und Regionalinteressen zum Ausgleich zu bringen. An der Gestaltung eines Bereichs in seinen wesentlichen Aspekten müssen alle Organe des europäischen Gesetzgebungsprozesses teilhaben (Partizipationsgebot).
4. Gegen dieses primärrechtliche Gebot verstoßen die Einzelermächtigungen des Richtlinien-Entwurfs ebenfalls. Sie wollen die Gestaltung des Eisenbahn-Bereichs in Europa in ihrer Fortschreibung allein der Europäischen Kommission zu wesentlichen Teilen übertragen. Denn wie oben bereits ausgeführt, betreffen die in dem Gesetzgebungsvorschlag dem delegierten Rechtsakt unterworfenen Regelungsbereiche zentrale Rahmenbedingungen des einheitlichen europäischen Eisenbahnmarktes. So setzt die Schaffung eines europäischen Eisenbahnraums den regulierungsrechtlichen Zugangsanspruch zur Eisenbahninfrastruktur voraus. Dessen Umfang sowie Entgeltbedingungen sollen der Befugnisübertragung unterliegen. Ganz wesentlichen Einfluss auf die Entwicklung des Marktes hat auch die zur Verfügung stehende Infrastruktur; deren Finanzierungsbedingungen im Rahmen langfristiger Verträge sollen ebenfalls durch delegierten Rechtsakt gestaltbar sein. Bereits diese Regelungsmaterien zeigen: Europäisches Parlament und Rat würden mit der vorgeschlagenen Ermächtigung wesentliche materielle Grundentscheidungen aus den Händen geben.
5. Darüber hinaus verstößt die im Entwurf (Art. 62 Abs. 1) vorgesehene Widerspruchsfrist von zwei Monaten sowohl für das Parlament als auch für den Rat gegen den Zweck des Art. 290 Abs. 2 Satz 1 lit.b AEUV. Bei einer so kurzen Frist, mag sie auch auf Bitten der Gesetzgebungsorgane sich um einen Monat verlängern, können weder das Parlament noch der Rat von der primärrechtlich eröffneten Einwirkungsmöglichkeit effektiv und verantwortlich Gebrauch machen. Schon die hohen Mehrheiten des Art. 290 Abs. 2 Satz 2 AEUV erfordern einen zeitaufwendigen Beratungs- und Entscheidungsprozeß. Im Ergebnis ist Art. 62 Abs. 1 des Richtlinien-Entwurfs darauf angelegt, auch wegen dieser kurzen Frist die Fortschreibung des europäischen Eisenbahnrechts allein der Kommission zu überantworten. Aus deutscher Sicht geht das aus rechtlichen und auch aus politischen Gründen nicht an: Bundestag und

Bundesrat wären entgegen den Intentionen des Integrationsverantwortungsgesetzes von der verfassungsrechtlich gebotenen Mitgestaltung des Eisenbahnwesens in Deutschland und Europa bei wesentlichen Grundentscheidungen faktisch ausgeschlossen.

6. Auch das Komitologieverfahren wäre keine geeignete Alternative zu dem Verfahren der delegierten Rechtsakte, weil zahlreiche der genannten Bedenken in ähnlicher Weise auch hier Gültigkeit haben. Insbesondere fehlt es an einer ausreichenden parlamentarischen Kontrolle. Die hohe materielle Bedeutung der in den Annexen II-X geregelten Sachverhalte bedingt, dass nur das reguläre Legislativverfahren angewandt werden darf.

D. Finanzierungsregelungen für Infrastrukturinvestitionen

1. Art. 30 Abs. 2 des Recast weitet die Mindestlaufzeit von Finanzierungsverträgen zwischen den staatlichen Finanzinstitutionen und dem Infrastrukturbetreiber auf 5 Jahre aus. Sie müssen zukünftig verpflichtend abgeschlossen werden. Bisher bestand ein Wahlrecht zwischen Finanzierungsverträgen und entsprechenden regulatorischen Maßnahmen. Diese positiv zu bewertenden Veränderungen werden jedoch durch zusätzliche Anforderungen ergänzt (Abs. 3). So wird die nationale Regulierungsbehörde in die Prüfung und Beurteilung der Finanzierungsvereinbarungen einbezogen. Dies sichert dem Regulierer sowohl einen Einfluss auf die (geplanten) Investitionsentscheidungen wie auch auf die Bewertung der Ziele und Kriterien (basic principles and parameters) der Finanzierungsverträge. Der Vorschlag verändert den Charakter des Regulierers in Richtung einer Investitionskontrollinstanz im europäischen Sinne.
2. Der neu eingeführte Annex VII, der die Vertragsziele und Kriterien auflistet, bietet der Regulierungsbehörde Möglichkeiten zur Durchsetzung ihrer Zielvorstellungen, etwa in den Bereichen der Kostenprüfung (Pos. 2) und der Anreizsetzung (Pos. 7). Dies könnte eine erhebliche Ausweitung der Rechte der Regulierungsbehörde bezüglich der Investitionspolitik der Eisenbahnunternehmen bedeuten. De facto sichert sich damit die EU-Kommission über die Vorgabe der Kriterien für die Regulierungsbehörde im Annex die Entscheidungshoheit über politisch zu verantwortende Investitionsziele. Dies kollidiert mit der Souveränität und dem Infrastrukturauftrag des nationalen Gesetzgebers.
3. In Deutschland ist mit der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung (LuFV) für die Ersatzinvestitionen eine fünfjährige Vertragsregelung realisiert worden. Die Regelung des Art. 30 des Recast könnte jedoch so ausgelegt werden, dass sie sich auf sämtliche durch Finanzierungsverträge geregelte Infrastrukturinvestitionen bezieht. Es fehlt eine Klarstellung des Bezugs auf das Bestandsnetz. Die entsprechenden Mitwirkungsrechte der Regulierungsbehörden sind anderenfalls kritisch zu hinterfragen, zumal sie auch erhebliche Verzögerungen bei Finanzierungsentscheidungen beinhalten können, verbunden mit weiterem bürokratischen Aufwand.

E. Serviceeinrichtungen und die „essential facilities“-Doktrin

1. Die nach dem Recast geplante Neuregelung des Zugangs zu Serviceeinrichtungen beachtet in verschiedenen Punkten nicht die im Kartell- und Wettbewerbsrecht herausgearbeiteten Kriterien der „essential facilities“-Doktrin (EFD). Die in Art. 13 Abs. 2 der Recast-Richtlinie vorgesehenen Regelungen zu Serviceeinrichtungen verschärfen die Zugangsregulierung weit über ein nach der EFD vertretbares Maß.
2. Nach der EFD liegt ein Missbrauch einer (markt-)beherrschenden Stellung vor, wenn ein (markt-)beherrschendes Unternehmen sich weigert, einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu den eigenen Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, und wenn es keinem anderen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des (markt-)beherrschenden Unternehmens tätig zu werden. Die Zugangsverweigerung ist dann nicht missbräuchlich, wenn eine solche aus betriebsbedingten oder sonstigen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar ist.
3. Entscheidend für die Frage einer missbräuchlichen Ausnutzung der (markt-)beherrschenden Stellung ist, ob also für das Unternehmen, das Zugang zum betreffenden Netz oder einer anderen Infrastruktureinrichtung (= wesentliche Einrichtung) begehrt, in einem adäquat abgegrenzten Markt Alternativen bestehen, die ihm den Zugang ermöglichen. Dabei kann es sich entweder um marktliche Alternativen handeln, etwa einen Wartungsvertrag mit dem Hersteller von Fahrzeugen anstelle des Zugangs zu einer Werkstatt. Oder aber das Unternehmen ist selber in der Lage, die betreffende wesentliche Einrichtung zu duplizieren, und es ist ihm wirtschaftlich auch zuzumuten.
4. Während man beim Schienennetz grundsätzlich davon auszugehen hat, dass eine Duplizierbarkeit nicht möglich ist (aus technischen, umweltpolitischen und wirtschaftlichen Gründen), sind Serviceeinrichtungen differenziert zu betrachten. Der Fahrscheinvertrieb erfüllt eindeutig nicht die Voraussetzungen einer essential facility und bedarf daher keiner Zugangsregulierung. Es existieren zahlreiche Anbieter neben der DB Vertrieb GmbH, die bereits heute Fahrscheine vertreiben oder künftig in diesen Markt eintreten könnten - flächendeckend und über alle Vertriebskanäle hinweg. Die faktischen Angebots- und Nachfragebedingungen zu einem bestimmten Zeitpunkt begründen alleine keine regulatorischen Eingriffe.
5. Der Zugang zu Serviceeinrichtungen bedeutet für den Zugangbegehrenden eine Absenkung der für den Markteintritt erforderlichen Investitionen. Es liegt jedoch häufig keine technische oder wirtschaftliche Unmöglichkeit vor, die betreffenden Einrichtungen zu duplizieren. Eine Rechtfertigung für Eingriffe des Staates in den Markt liegt nach der EFD dann nur vor, wenn eine Duplizierung unzumutbar wäre.
6. Die Mitnutzung von Serviceeinrichtungen erleichtert somit zwar dem Zugang begehrenden Unternehmen den Marktzutritt. Auf der anderen Seite bedeutet

dies einen Eingriff in das Eigentum des Inhabers der betreffenden Serviceeinrichtung.

7. Bei der Abwägung zwischen den Interessen des Inhabers der betreffenden Einrichtung und des Zugang begehrenden Unternehmens stellen die Gerichte klar, dass der Inhaber der Einrichtung grundsätzlich nicht verpflichtet ist, die Wettbewerber zu fördern. Die Zugangsgewährung ist nur dann zu gewähren, wenn andernfalls der Zutritt zu vor- oder nachgelagerten Märkten nicht möglich ist. Dies entspricht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Danach ist das schonendste Mittel zu wählen, das einen Marktzutritt ermöglicht. Ein Zugang zu Serviceeinrichtungen ist also immer zuzulassen, wenn bei Nichtzugang der Marktzutritt faktisch unmöglich würde. Eine Zugangsgewährung unter dieser Schwelle würde im Ergebnis bedeuten, dass der Inhaber der Einrichtung verpflichtet wird, den Marktzutritt von Wettbewerbern zu fördern. Das ist von der EFD nicht gedeckt.
8. Der Vorschlag des Recast bewirkt entgegen den EFD-Kriterien eine Umkehr der Beweislast zu Lasten des Betreibers der Serviceeinrichtung (Art. 13 Abs. 2 Satz 4). Nach Art. 13 Abs. 2 Satz 1 und 3 kann ein Zugang zu einer im Anhang III Ziffer 2 genannten Serviceeinrichtung nur verweigert werden, wenn vertretbare Alternativen unter Marktbedingungen vorhanden sind. Entscheidend ist, wann von einer „vertretbaren Alternative unter Marktbedingungen“ auszugehen ist. Dazu heißt es, die Marktalternative müsse die Durchführung der Transportdienstleistungen auf derselben Strecke und unter wirtschaftlich akzeptablen Bedingungen erlauben. Mit dieser ‚Präzisierung‘ wird nur ein auslegungsbedürftiger Begriff durch einen anderen ersetzt. Es geht um die Frage, wann die Bedingungen wirtschaftlich akzeptabel sein sollen. Diese Unklarheit führt zusammen mit der Beweislastumkehr zu erheblichen Unsicherheiten und Kosten für den Betreiber einer Serviceeinrichtung.
9. Der Vorschlag der verschärften Zugangsregulierung zu Serviceeinrichtungen ist zum einen mit der wettbewerbs- und kartellrechtlichen EFD nicht vereinbar. Zum anderen werden ökonomisch falsche Anreize gesetzt. Unter den Bedingungen einer derart verschärften Zugangsregulierung zu Serviceeinrichtungen wird die Bereitschaft zu Investitionen in solche Einrichtungen sinken. Hat man als Beispiel etwa Wartungs- und Reparaturbetriebe vor Augen, wird deutlich, welche erheblichen Gefahren damit geschaffen werden. Der Betreiber einer Serviceeinrichtung soll zur Vorhaltung von Kapazitäten für Dritte verpflichtet werden. Damit wird der Boden der EFD endgültig verlassen. Dem Betreiber werden Vorhaltekosten für Dritte auferlegt. Er soll verpflichtet werden, Wettbewerber zu fördern. Eine solche Regelung bürdet dem Betreiber das Auslastungsrisiko auf, während Wettbewerber flexibel disponieren könnten. Im Rahmen der EFD wird der verfassungsrechtlich bedenkliche Eingriff in das Eigentum des Betreibers der wesentlichen Einrichtung damit gerechtfertigt, der Eingriff in sein Eigentumsrecht werde durch das Nutzungsentgelt kompensiert. Bei der vorgesehenen Neuregelung der Zugangsregulierung hingegen wird dem Betreiber nicht nur der Eingriff in das existierende Eigentumsrecht auferlegt. Er soll letztlich zu Investitionen zu Gunsten Dritter ver-

pflichtet werden und das volle Investitionsrisiko tragen. Das überschreitet das verfassungsrechtlich vertretbare Maß des Eingriffs und führt zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen.

F. Kostenzuscheidungserfordernisse und die unternehmerische Unabhängigkeit der Bahnen

1. Die relevanten Kostenregulierungsüberlegungen im Recast beziehen sich auf:
 - (1) Anforderungen an Kosten und Entgelte (Anhang VIII, Ziff. 1),
 - (2) Ausnahmen von den Entgeltgrundsätzen (Anhang VIII, Ziff. 3) und
 - (3) Entgeltermäßigung bei ETCS-Ausstattung (Anhang VIII, Ziff. 5).

In Anhang VIII, Ziff. 1 wird formuliert, dass die direkten Kosten des Zugbetriebs bestimmte (indirekte, i. e. auch Gemeinkosten) Kostenpositionen nicht enthalten dürfen. Sollten die unmittelbar anfallenden Kosten des Zugbetriebes 35% der relevanten Durchschnittskosten übersteigen, muss dies gegenüber der Regulierungsbehörde detailliert ausgewiesen werden.

Zu den Ausnahmen von den Entgeltgrundsätzen legen Art. 31 und 32 in Verbindung mit Anhang VIII, Ziff. 3 dar, dass die Fahrwegnutzung durch Marktsegmente nicht ausgeschlossen werden darf, die zumindest die direkten Kosten zzgl. eines Gewinnaufschlags finanzieren. Desweiteren muss die Fähigkeit einer „Eisenbahnverkehrsleistung“ zur Zahlung von Aufschlägen nachgewiesen werden, wobei die genannten Leistungen nach einer detaillierten Vorgabe des Recast zu definieren sind. Schließlich bestimmt Anhang VIII, Ziff. 5. eine befristete Entgeltermäßigung für mit ETCS-ausgestattete Züge in festgelegter Höhe. Während in Anhang VIII Ziff. 1 ein Gemeinkostenzuschlag ausgeschlossen wird, enthält Ziff. 5 implizit – da Kostennachweise bei ETCS ausgeschlossen sind – Gemeinkostenkürzungen.

2. Mit diesem Ansatz wird die Orientierung an den Grenzkosten beibehalten. Sie basiert auf der Vorstellung perfekter Märkte im Sinne der neoklassischen Theorie. Deren wesentliche Voraussetzungen – homogene Güter, perfekte Information, Abwesenheit externer Effekte, keine versunkenen Kosten etc. – sind jedoch im europäischen Eisenbahnsektor nicht erfüllt. Die Mitgliedstaaten leisten deshalb und in Erfüllung ihrer politischen Ziele öffentliche Finanzierungsbeiträge zugunsten der Schieneninfrastruktur. Diese Beiträge sind jedoch gemäß den nationalen verkehrs- und haushaltspolitischen Prioritäten unterschiedlich ausgeprägt. Die als „Ausnahmen zu den Preisbildungsprinzipien“ gestatteten Aufschläge (Art. 32) ermöglichen dem Infrastrukturbetreiber vollständige Deckung seiner Kosten. Im Kontext der Haushaltskonsolidierung und der Diskussion um Nutzerfinanzierung wird diese Notwendigkeit noch zunehmen.
3. Definition und Nachweispflichten zu den direkten Kosten (Art. 31 und Anhang VIII, Ziff. 3) erzeugen vor diesem Hintergrund keinen Zusatznutzen im Hinblick auf die „Marktfähigkeit“ der Preise. Sie wirken sich allerdings nachteilig

auf die Höhe des Bürokratieaufwands aus und greifen unnötig in die unternehmerische Unabhängigkeit der Bahnen ein.

4. Die Kommission geht in „Anforderungen an Kosten und Entgelte“ im Anhang VIII, Ziff. 1 des Recast-Entwurfs von den tatsächlichen Daten der Kosten- und Erfolgsrechnung aus. Dieser Ansatz bietet z.B. gegenüber hypothetischen Kostenansätzen auf der Basis von Ingenieurplanungen den wichtigen Vorteil einer realen Diskussionsgrundlage für Regulierungsentscheidungen. Dem stehen jedoch auch Nachteile gegenüber: Erhöhung des administrativen Aufwandes, Eingriff in die unternehmerische Freiheit sowie die Zementierung evtl. ineffizienter Strukturen wegen der Vergangenheitsorientierung des Ansatzes.
5. Auch der Umgang mit Gemeinkosten im Recast greift in die unternehmerische Praxis ein. Gemeinkosten sind Kosten, die sich nicht unmittelbar zuordnen lassen, also Kosten, die den einzelnen Bezugsobjekten nur anteilig (i. e. geschlüsselt) aber nicht verursachungsgerecht zurechenbar sind. Minimalziel ist die Gesamtkostendeckung über das gesamte Unternehmen. In regulierten Unternehmen müssen die Regulierungsbehörden eine Zielvorgabe formulieren, in deren Kontext Gemeinkostenallokation gesetzeskonform betrieben werden kann. Bei der Bestimmung der Angemessenheit von Gemeinkostenzuschlägen muss deshalb auch auf erprobte Konventionen zurückgegriffen werden. Auf die Nutzung dieser Konventionen wird im Anhang VIII des Recast verzichtet. Stattdessen werden Pauschalwerte gesetzt.
6. Unabhängig von der Frage der Auswirkungen auf eine effiziente Unternehmenspolitik erscheinen die pauschalen Ansätze des Recast – Begrenzung der direkten Kosten auf 35 % und 1-5% ETCS-Rabatt – willkürlich. Sie entsprechen allenfalls zufällig den Gegebenheiten einer effizienten Unternehmenspolitik.
7. Auch die Festlegung der Ausnahmen von den Entgeltgrundsätzen im Anhang VIII, Ziff. 3 greift ebenfalls direkt in die unternehmerische Freiheit ein. Hier werden Vorgaben zur Definition der relevanten Eisenbahnverkehrsleistungen durch die Regulierungsbehörden gemacht. Die Festlegung von Produkten aufsteigend über Produktlinien bis hin zu Geschäftsbereichen ist jedoch Kerngeschäft des Unternehmens, nicht einer marktfernen Regulierungsbehörde. Mit dieser Vorgabe werden Chancen strategischer Neuausrichtungen der Unternehmen stark eingeschränkt.
8. Verschärfend wirkt sich aus, dass ein beweglicher Rechtsrahmen geschaffen wird, da die Regelungen im Annex jederzeit von der Europäischen Kommission geändert werden können (vgl. Abschnitt C zu delegierten Rechtsakten).

G. Fazit

1. Deutschland verfügt über einen Regulierungsrahmen sowie über Institutionen und Verfahren, die den Zielen des Ersten Europäischen Eisenbahnpakets entsprechen. Deutschland hat ferner die Intention der Europäischen Kommission, Marktöffnung und intramodalen Wettbewerb im Personen- und Güterverkehr voranzutreiben, bereits über die europäische Gesetzgebung hinaus umgesetzt. Hier sind sogar Regulierungsinstitutionen und eine Regulierungspraxis erkennbar, die über die Vorgaben der EU-Regulierung hinausgehen.
2. Regulierungsrahmen und Marktöffnung sind in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union weiterhin unterschiedlich ausgeprägt. Der Kommissionsentwurf für einen Recast des Ersten Europäischen Eisenbahnpakets ist darauf ausgerichtet, den Regulierungsrahmen zu präzisieren und zu vereinheitlichen. Diesen Ansatz der Kommission begrüßt der BahnBeirat ausdrücklich.
3. Der vorliegende Entwurf des Recast greift jedoch zu kurz, indem er die Liberalisierung im Schienenverkehr europaweit nicht zusätzlich befördert. Zugleich beinhaltet er Regelungen, die den Bürokratie- und Verwaltungsaufwand erhöhen. Ferner sind erhebliche Eingriffe in unternehmerische Bereiche vorgesehen. Der BahnBeirat empfiehlt deshalb, die Liberalisierung des Schienenpersonenverkehrs in den Recast aufzunehmen, unnötigen Verwaltungsaufwand zu vermeiden und die Regulierung streng auf die essential facilities zu beziehen.
4. Der Recast sieht die weitreichende Übertragung von Kompetenzen auf die Kommission im Wege delegierter Rechtsakte vor. Diese betreffen die zukünftige Gestaltung der Eisenbahnregulierung und die Infrastrukturpolitik der Mitgliedstaaten. Die parlamentarische Kontrolle und die sorgfältige Rechts-, Güter- und Interessenabwägung durch den Gesetzgeber wird erheblich eingeschränkt. Der BahnBeirat fordert dazu auf, unter Beachtung des Subsidiaritätsprinzips bei wesentlichen Entscheidungen der Eisenbahnpolitik das reguläre Gesetzgebungsverfahren weiterhin anzuwenden. Dies ist aus rechtlichen, wirtschaftlichen und politischen Gründen geboten.

Mitglieder des BahnBeirats:

Aberle, Prof. Dr. Dr. h. c. Gerd (Vorsitzender), Justus-Liebig-Universität Gießen; **Bissinger**, Manfred, Hoffmann und Campe Verlag GmbH; **Ehrmann**, Prof. Dr. Thomas, Westfälische Wilhelms-Universität Münster; **Felcht**, Prof. Dr. Utz-Hellmuth, Vorsitzender des Aufsichtsrates Deutsche Bahn AG und Vorsitzender des Aufsichtsrates DB Mobility Logistics AG; **Hauff**, Dr. Volker, Bundesminister a.D.; **Henke**, Hans Jochen, Rechtsanwalt, Staatssekretär a.D.; **Hommelhoff**, Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Peter, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg; **Kiep**, Dr. Walther Leisler, Minister a. D.; **Kirchner**, Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. Christian, Humboldt-Universität zu Berlin; **Klumpp**, Dr. Dieter, Geschäftsführer Alstom GmbH, Präsidium Verband der Bahnindustrie in Deutschland e.V.; **Martini**, Klaudia, Kanzlei Nörr Stiefenhofer Lutz, Staatsministerin a.D.; **Meffert**, Prof. Dr. Dr. mult. Heribert, Westfälische Wilhelms-Universität Münster; **Meyer**, Prof. Dr. Anton, Ludwig-Maximilians-Universität München; **Müller-Vogg**, Dr. Hugo, Publizist; **Radermacher**, Prof. Dr. Dr. Franz Josef, Universität Ulm; **Riccium**, Prof. Dr. Rolf, Technische Universität Berlin, Aerospace Consultant München; **Rothengatter**, Prof. Dr. Werner, Universität Karlsruhe; **Schwalbach**, Prof. Dr. Joachim, Humboldt-Universität zu Berlin; **Straube**, Prof. Dr. Frank, Technische Universität Berlin; **Straubhaar**, Prof. Dr. Thomas, Hamburgisches WeltWirtschaftsinstitut; **Struve**, Dr. Günter, ARD; **Stuchly**, Horst, Präsident Eisenbahnbundesamt a.D.; **Weber**, Dr. Jürgen, Vorsitzender des Aufsichtsrates Deutsche Lufthansa AG; **Weiß**, Ulrich, Präsidium Bundesvereinigung Mittelständischer Bauunternehmen; **Wendler**, Prof. Dr.-Ing. Ekkehard, Rheinisch-Westfälische Technische Hochschule Aachen; **Wiedeking**, Dr. Wendelin, Unternehmer