

MONOPOLKOMMISSION

Bahn 2009:

Wettbewerb erfordert Weichenstellung

Sondergutachten gemäß § 36 AEG

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	1
Kurzfassung.....	3
1. Einleitung.....	11
1.1 Bedeutung der Bahnprivatisierung für die Wettbewerbsentwicklung.....	12
1.2 Marktuntersuchungen der Bundesnetzagentur.....	16
1.3 Auftrag und Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission.....	17
2. Wettbewerbsentwicklung und Wettbewerbshindernisse im Schienenpersonennahverkehr.....	19
2.1 Vergabe von SPNV-Verträgen.....	20
2.2 Vergabeformen und Überkompensation.....	23
2.3 Vergaben von SPNV-Aufträgen im Lichte von Vergabe- und Beihilfenrecht.....	25
2.3.1 Beihilfenrechtliche Situation.....	26
2.3.1.1 Rechtslage bis zum 2. Dezember 2009.....	26
2.3.1.2 Rechtslage ab dem 3. Dezember 2009.....	30
2.3.2 Vergaberechtliche Situation.....	31
2.4 Wettbewerbshindernisse und Motive für Direktvergaben.....	34
2.4.1 Betriebliche Vorteile des marktbeherrschenden Transportunternehmens.....	35
2.4.2 Kopplung von Transport- und Infrastruktursparte bei der Deutschen Bahn AG.....	36
2.4.3 Wettbewerbshindernisse in der Tarif- und Vertriebsstruktur.....	37
2.4.4 Politische Widerstände und Arbeitskosten.....	41
3. Wettbewerbsentwicklung und Wettbewerbshindernisse im Schienenpersonenfernverkehr.....	44
3.1 Eigenschaften des Schienenpersonenfernverkehrsmarktes.....	46
3.1.1 Marktzugang in Deutschland und Europa.....	46
3.1.2 Nachfragepräferenzen und Kostenstrukturen im Schienenpersonenfernverkehr.....	47
3.1.3 Bestehender Wettbewerbsdruck durch konkurrierende Verkehrsträger.....	50
3.1.4 Angebotsstrukturen und Netzeffekte.....	53
3.2 Mögliche Marktzutrittsstrategien.....	54
3.3 Bedarf wirtschaftspolitischer Eingriffe und weitere Entwicklung.....	59
3.3.1 Trassenunsicherheit und Rahmenverträge.....	59
3.3.2 Reaktionspotenziale des Altbetreibers bei einem Marktzutritt.....	63
3.3.3 Ausblick	65
4. Wettbewerbsentwicklung und Wettbewerbshindernisse im Schienengüterverkehr.....	67
4.1 Zugangsbedingungen zur Infrastruktur der Deutschen Bahn AG.....	68
4.1.1 Trassenvergabe und kurzfristige Disposition von Verkehrsleistungen.....	69
4.1.2 Zugang zu wichtigen Serviceeinrichtungen für den Schienengüterverkehr.....	71
4.2 Gütergruppen und Verfügbarkeit von Rollmaterial.....	72
4.2.1 Die Problemlage.....	72
4.2.2 Die Übernahme der RAG Bahn und Hafen GmbH durch die Deutsche Bahn AG.....	74
5. Entgeltregulierung.....	76

II

5.1 Grundsätzliche Überlegungen zur Entgeltregulierung im Eisenbahnsektor.....	76
5.1.1 Einfluss des intermodalen Wettbewerbs auf die Entgeltregulierung.....	76
5.1.2 Zur Beziehung zwischen Missbrauchsanreizen und Rentabilität der Eisenbahninfrastruktur.....	79
5.1.2.1 Finanzierung und Rentabilität wichtiger Anbieter von Eisenbahninfrastruktur.....	80
5.1.2.2 Missbrauchsanreize der Eisenbahninfrastrukturunternehmen.....	82
5.2 Status quo der gesetzlichen Entgeltregulierung von Schienenwegen und Serviceeinrichtungen.....	85
5.2.1 Gesetzlicher Rahmen zur Regulierung der Netzzugangsentgelte.....	85
5.2.1.1 Vollkostenansatz für die Entgeltbemessung von Schienenwegen.....	86
5.2.1.2 Abweichende Vorgaben für die Entgeltbemessung der übrigen Infrastruktur.....	87
5.2.1.3 Anreizelement und Effizienzkosten.....	88
5.2.2 Missbrauchspotenziale durch Systemschwächen des Entgeltregulierungsrechts.....	90
5.2.2.1 Inkonsistenzen des bestehenden Regulierungsrahmens.....	90
5.2.2.2 Missbrauchspotenziale in bestehenden Preissystemen für Eisenbahninfrastrukturen.....	94
5.2.2.3 Praktische Probleme der Prüfung von Preissystemen auf Diskriminierung.....	98
5.3 Perspektiven der Entgeltregulierung im Eisenbahnsektor.....	100
5.3.1 Vorschlag der Bundesnetzagentur zur Ausgestaltung einer Anreizregulierung.....	101
5.3.2 Kriterien für die Entgeltstruktur.....	104
5.3.3 Bemessung einer marktüblichen Rendite.....	106
5.4 Sonderfrage Bahnenergie.....	109
6. Handlungsempfehlungen.....	113

Verzeichnis der Abbildungen

Abbildung 1.1:	Konzernstruktur der Deutschen Bahn AG im Privatisierungsmodell vom April 2008.....	15
Abbildung 2.1:	Marktanteile der Wettbewerber im deutschen SPNV.....	19
Abbildung 2.2:	Anteil der Erstvergaben im Wettbewerb am Marktvolumen 2011.....	21
Abbildung 2.3:	Geschäftsergebnisse der DB Regio zwischen 2003 und 2007.....	24
Abbildung 2.4:	Beihilfenproblematik bei Verkehrsverträgen vor Dezember 2009.....	29
Abbildung 3.1:	Umsatzrendite der DB Fernverkehr AG.....	52
Abbildung 3.2:	Clusterung möglicher Marktzutrittsstrategien.....	55
Abbildung 4.1:	Marktanteile der Wettbewerber in deutschen SGV.....	67
Abbildung 5.1:	Mittelherkunft und Mittelverwendung der DB Netz AG.....	81
Abbildung 5.2:	Regulierung der Schienennetzzugangsentgelte nach AEG und EIBV.....	87

Verzeichnis der Tabellen

Tabelle 2.1:	Bekannte Wettbewerbsfahrpläne einzelner Bundesländer.....	22
Tabelle 3.1:	Relative Bedeutungen der Qualitätsmerkmale des Reisezeitaufwands.....	48
Tabelle 3.2:	Kosten des laufenden Betriebs.....	48
Tabelle 3.3:	Internationale Kooperationen von Staatsbahnen.....	57

Vorwort

Das vorliegende Sondergutachten ist das zweite Sondergutachten der Monopolkommission entsprechend ihrem Auftrag nach § 36 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG). Danach erstellt sie alle zwei Jahre ein Gutachten, in dem sie den Stand und die absehbare Entwicklung des Wettbewerbs und die Frage beurteilt, ob ein wirksamer und unverfälschter Wettbewerb im Sinne des § 1 AEG besteht, die Anwendung der Vorschriften des Eisenbahnrechts würdigt und zu sonstigen aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen im Zusammenhang mit dem Betrieb von Eisenbahnen Stellung nimmt.

Zur Vorbereitung dieses Gutachtens hat die Monopolkommission einen externen Gutachtauftrag erteilt. Den Auftrag „Wettbewerbsaussichten im Schienenpersonenfernverkehr“ erhielt die IGES Institut GmbH. Projektleiter war Herr Prof. Dr. Kay Mitusch vom Institut für Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsforschung der Universität Karlsruhe. Die Arbeitsergebnisse wurden mit den Autoren in der Sitzung der Monopolkommission am 23. April 2009 diskutiert.

In zwei getrennten Anhörungen hat die Monopolkommission am 20. März 2009 mit Marktteilnehmern, Aufgabenträgern, Verbänden, Sachverständigen sowie mit Vertretern der Deutschen Bahn AG über deren Einschätzung der Wettbewerbsentwicklung auf den Schienenverkehrsmärkten diskutiert. Folgende Teilnehmer waren in den Diskussionsrunden vertreten:

- Bundesarbeitsgemeinschaft der Aufgabenträger des SPNV e.V.,
- Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung,
- Deutsche Bahn AG,
- Mehr Bahnen! Vereinigung für mehr Wettbewerb im Schienenverkehr,
- mofair e.V. ,
- Netzwerk Privatbahnen e.V.,
- SBB Cargo GmbH,
- TX Logistik AG,
- Veolia Verkehr GmbH,
- Verband Deutscher Verkehrsunternehmen.

Einige der Diskussionsteilnehmer haben ihre mündlichen Beiträge durch schriftliche Stellungnahmen ergänzt. Darüber hinaus nahmen weitere Verbände und Branchensachverständige ebenfalls schriftlich Stellung.

Der Präsident der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Herr Matthias Kurth, die Vizepräsidentin, Frau Dr. Iris Henseler-Unger, sowie Mitarbeiter der Behörde haben mit der Monopolkommission am 13. Februar 2009 Fragen zur Wettbewerbsentwicklung auf den Märkten für Eisenbahnverkehrsdienstleistungen und insbesondere Fragen zur Anwendung des allgemeinen Eisenbahnrechts durch die Bundesnetzagentur und die Gerichte erörtert.

Weiterhin haben am 13. Februar 2009 der Vizepräsident des Bundeskartellamtes, Herr Dr. Peter Klocker, sowie weitere Mitarbeiter des Amtes mit der Monopolkommission Fragen zur Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts im Bahnsektor diskutiert.

Darüber hinaus gab es vielfältige Kontakte zwischen den Mitgliedern sowie Mitarbeitern der Monopolkommission und Mitarbeitern der Bundesnetzagentur, des Bundeskartellamtes, des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, der Unternehmen und der Verbände. Die Monopolkommission dankt allen Beteiligten für ihre Mitwirkung.

Die Monopolkommission bedankt sich bei ihrem wissenschaftlichen Mitarbeiter, Herrn Marc Bataille, der die Stellungnahme der Monopolkommission zur Entwicklung des Wettbewerbs im Eisenbahnbereich federführend betreut hat.

Kurzfassung

- 1.* Faire und funktionelle Rahmenbedingungen sind entscheidend für eine aktive Entwicklung des Wettbewerbs im Eisenbahnverkehr. Die Aktivität des Staates im Eisenbahnsektor sollte darauf ausgerichtet sein, möglichst kurzfristig und konsequent die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um effiziente und diskriminierungsfreie Angebotsbedingungen herzustellen.
- 2.* Von einer ganz grundsätzlichen Bedeutung für die Wettbewerbsentwicklung im Eisenbahnverkehr ist die mögliche Kapitalprivatisierung der Deutschen Bahn (DB) AG. Maßgeblich ist hierbei, dass die Kapitalprivatisierung eine klare Trennung von öffentlichen und privatwirtschaftlichen Interessen bewirken muss, um die Grundlagen für einen funktionsfähigen Wettbewerb im Sinne der Verbraucher zu legen. Eine hohe Bedeutung kommt deshalb der unterschiedlichen Behandlung von Eisenbahninfrastruktur und Eisenbahnverkehr zu. Aktiver Wettbewerb ist vor allem auf der Ebene der Verkehrsunternehmen im Schienenpersonennahverkehr (SPNV), im Schienenpersonenfernverkehr (SPFV) und im Schienengüterverkehr (SGV) möglich. Die Eisenbahninfrastruktur stellt ein notwendiges Vorleistungsprodukt für den Wettbewerb der Eisenbahnverkehrsunternehmen dar. Anreize zur gesamtwirtschaftlich optimalen Auslastung der Eisenbahninfrastruktur sind jedoch immer dann nicht gegeben, wenn der Eigentümer der Eisenbahninfrastruktur auch Eigentümer der Transportgesellschaften ist und somit ein materielles Interesse hat, den Wettbewerb auf den Verkehrsmärkten zu seinem eigenen Vorteil zu beeinflussen. Die daraus entstehenden Ineffizienzen schaden dem Verbraucher. Das öffentliche Interesse richtet sich deshalb darauf, die Eisenbahninfrastruktur allen zugangsberechtigten Verkehrsunternehmen diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen. Die Unabhängigkeit der Eisenbahninfrastruktur ist dafür ein zentraler Aspekt und entscheidend für eine aktive Wettbewerbsentwicklung im Eisenbahnsektor.
- 3.* Gegenwärtig ist eine Trennung von Eisenbahninfrastruktur- und Eisenbahnverkehrsunternehmen nicht gegeben, da die dominanten Anbieter auf den betreffenden Märkten im Konzern der Deutschen Bahn AG unter einem Dach vereint sind. Eine Privatisierung der Transportsparte der Deutschen Bahn AG würde dieses grundsätzliche strukturelle Problem im deutschen Eisenbahnverkehr lösen. Dies würde dem Wettbewerb zugute kommen und normative wie operative Regulierung könnten erheblich reduziert werden. Auch eine Teilprivatisierung der Transportsparte der Deutschen Bahn AG brächte zumindest eine Einschränkung von Anreizen und Möglichkeiten der Infrastruktursparte, die Wettbewerber auf den nachgelagerten Verkehrsmärkten zu benachteiligen. Die Privatisierung der Transportgesellschaften der Deutschen Bahn AG sollte von der Bundesregierung deshalb konsequent angegangen werden, um ein wirkliches „Mehr an Wettbewerb“ zu erreichen.
- 4.* Betrachtet man die Entwicklung des Wettbewerbs auf den einzelnen Verkehrsmärkten, so lassen sich signifikante Unterschiede in den Wettbewerbsbedingungen ausmachen. Im Schienenpersonennahverkehr hat sich die Aktivität der Wettbewerber zuletzt im Trend der vergangenen Jahre geringfügig erhöht. Insgesamt stieg der Marktanteil der Wettbewerber leicht auf 10,1 % der gefahrenen Personenkilometer bzw. auf 18,4 % der Zugkilometer. Die Wettbewerbsentwicklung ist dabei stark abhängig von der Bereitschaft der Bundesländer, Nahverkehrsstrecken auszuschreiben. Kaum eine deutsche SPNV-Verbindung lässt sich unter den gegenwärtigen Rahmenbedingungen aus sich selbst heraus rentabel bedienen, sodass regelmäßig öffentliche Verkehrsaufträge vergeben werden. Die Vergabepaxis stellt die wichtigste Determinante für den Wettbewerb im Schienenpersonennahverkehr dar. Während heute die Leistungen vermehrt ausgeschrieben werden, wurden bis vor eini-

gen Jahren zahlreiche Verkehrsaufträge noch langfristig an ein Unternehmen direkt vergeben. Profiteur der freihändigen Vergabeentscheidungen war in der Regel die Tochter der Deutschen Bahn AG, die DB Regio. Erst zwischen 2012 und 2018 wird ein erheblicher Teil der damals langfristig vergebenen Verkehrsverträge auslaufen und neu zu vergeben sein.

5.* Die bisherigen Ergebnisse mit wettbewerblichen Vergaben sind durchaus positiv. Branchenfachleute und Vertreter von Wettbewerbern der Deutschen Bahn AG haben darauf hingewiesen, dass der Übergang einzelner, direkt verbogener SPNV-Verbindungen in den Ausschreibungswettbewerb in vielen Fällen zu einer Senkung der Bestellerentgelte geführt hat. Dies hat direkte Vorteile für die Verbraucher, die somit Nahverkehrsleistungen in größerer Zahl bzw. in besserer Qualität in Anspruch nehmen können. Zukünftig sollte deshalb die Ausschreibung bei der Vergabe aller Verkehrsaufträge zum Einsatz kommen. Bundesländern, die bisher noch nicht zu diesem Vergabeverfahren übergegangen sind, ist unbedingt anzuraten, einen Zeitplan zu erstellen, nach dem sämtliche Leistungen in den Wettbewerb überführt werden.

6.* Die Vergabe von Verkehrsaufträgen im Schienenpersonennahverkehr ist auch Gegenstand einer intensiven rechtlichen Diskussion um die Anforderungen, die sich insbesondere aus den europäischen und deutschen Normen des Beihilfen- und Vergaberechts ergeben. Die Rechtslage wird auch unter Experten als komplex wahrgenommen und bietet viel Raum für juristische Auseinandersetzungen. Ein zentraler Streitgegenstand ist die Behandlung von Überkompensation durch Bestellerentgelte nach europäischem Beihilfenrecht. Noch bis zum 2. Dezember 2009 regelt die Verordnung 1191/69 die beihilfenrechtliche Behandlung der staatlichen Leistungen für SPNV-Verkehre. Strittig ist vor allem, ob solche Leistungen, die gemäß Art. 1 Abs. 4 VO 1191/69 auf der Basis von Verkehrsverträgen gezahlt wurden, auch von der Notifizierungspflicht sowie von der materiellen Beihilfenkontrolle ausgenommen sind. Im Falle eines Verkehrsvertrages, den das Land Berlin/Brandenburg langfristig an die DB Regio vergeben hatte, hat die Europäische Kommission mit der Einleitung eines Beihilfehauptverfahrens begonnen. Am 3. Dezember 2009 wird die Verordnung 1191/69 durch die neue EU-Verordnung 1370/2007 ersetzt. Die neue Verordnung sieht explizit die Möglichkeit direkter Vergaben vor, enthält aber ebenso ein Verbot vor Überkompensation. Den Aufgabenträgern im Schienenpersonennahverkehr ist deshalb auch unter Erwägung der Rechtssicherheit zu empfehlen, Verkehrsverträge im Wege eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens mit den Eisenbahnverkehrsunternehmen abzuschließen.

7.* Auch aus europäischem und deutschem Vergaberecht ergeben sich Anforderungen an die Vergabe von SPNV-Leistungen. Allerdings sind diverse Ausnahmen für den Eisenbahnsektor zu berücksichtigen. Unklar ist vor allem die Notwendigkeit, die Vorgaben der deutschen Vergabeverordnung zu berücksichtigen. Die Unsicherheit über die Beziehung verschiedener Vergabenormen hat bis heute signifikante volkswirtschaftliche Kosten durch den großen Beratungsaufwand und durch zahlreiche juristische Auseinandersetzungen nach sich gezogen. Zur eindeutigen Grenzziehung zwischen Eisenbahn- und Vergaberecht empfiehlt die Monopolkommission dem Gesetzgeber, in § 15 Abs. 2 AEG den Satz anzufügen: „*Davon unberührt bleiben solche Pflichten der Aufgabenträger, die sich aus den Normen über die Vergabe öffentlicher Aufträge ergeben*“.

8.* Betrachtet man die heutigen Wettbewerbsprozesse im Schienenpersonennahverkehr, so zeigen sich verschiedene weitere Barrieren für die Entwicklung des Wettbewerbs. Zum Teil sind diese auf Anpassungen an die liberalisierten wettbewerblichen Strukturen auf dem Markt zurückzuführen. So

mussten die Wettbewerber zunächst das entsprechende Know-how zum Betrieb größerer SPNV-Netze entwickeln. Auch wenn die Aufgabenträger in vielen Fällen bereit sind, das Ausschreibungsdesign so anzupassen, dass möglichst vielen Wettbewerbern die Teilnahme an Vergaben ermöglicht wird, existieren doch noch verschiedene Marktzutrittsschranken für kleinere Wettbewerber. Eine wichtige Rolle spielt die Beschaffung des Rollmaterials. Die Beschaffung hat eine relativ lange Vorlaufzeit, in der die Finanzierung gesichert werden muss. Wettbewerber der Deutschen Bahn AG haben bei der konventionellen Fahrzeugfinanzierung jedoch Nachteile, da sie im Vergleich zu einem Unternehmen in Staatshand mit höheren Zinssätzen kalkulieren müssen.

9.* Ein gegenwärtig zunehmend diskutiertes Problem im Zusammenhang mit der Wettbewerbssituation im Schienenpersonennahverkehr ist die Bedeutung von Tarif- und Vertriebskooperationen. Durch zunehmende Vergaben an Wettbewerber agieren heute zahlreiche Unternehmen am Markt, die komplementär aber auch parallel einzelne Nahverkehrsverbindungen bedienen. Dadurch kann es zu Nachteilen für den Kunden kommen, wenn er für jedes Unternehmen eigene Fahrscheine bei Fahrbeginn erwerben muss. Um dies zu verhindern, verpflichtet § 12 AEG die Verkehrsunternehmen, daran mitzuwirken, dass der Kunde bundesweit mit einem einzelnen Ticket die Leistungen sämtlicher Unternehmen auf der von ihm gewünschten Strecke in Anspruch nehmen kann. Durch gemeinsame Fahrscheine innerhalb regionaler Tarif- und Verkehrsverbünde ist dieses Problem örtlich zwar gelöst; allerdings decken regionale Verbundtickets nur einen Teil der Verbindungswünsche ab. Deshalb hat sich ergänzend ein Kooperationsystem entwickelt, bei dem der Nahverkehrstarif der Deutschen Bahn AG als bundesweit übergreifender Verbundtarif zur Anwendung kommt. Die Wettbewerber der Deutschen Bahn AG schließen Kooperationsverträge mit der Deutschen Bahn AG ab, deren Inhalt sie jedoch kaum beeinflussen können. Die Vertragsinhalte sind somit teils asymmetrisch ausgestaltet und enthalten verschiedene Regelungen, die der Deutschen Bahn AG zu Wettbewerbsvorteilen verhelfen. Um die Wettbewerbsbedingungen hinsichtlich der Tarif- und Vertriebskoordination anzugleichen, sollte das Verfahren, nach dem die Anbieter im Schienenpersonennahverkehr ihre Leistungen zu einem gemeinsamen, bundesweit gültigen Tarif anbieten, einer Regulierung unterzogen werden. Der gemeinsame Tarif sollte durch einen bundesweiten Tarifverbund festgelegt werden, in dem kein einzelnes Nahverkehrsunternehmen eine dominierende Stellung besitzt. Die Aufgabenträger sind in diesen Tarifverbund einzubinden.

10.* Gegen einen wettbewerbsfreundlichen Ordnungsrahmen im Schienenpersonennahverkehr regt sich gelegentlich auch Widerstand von politischer und gewerkschaftlicher Seite. Dahinter steht vor allem die Sorge, dass der Wettbewerb zu einer Abwärtsspirale bei den Löhnen der Beschäftigten der SPNV-Unternehmen führen könne. Die Monopolkommission ist nicht der Auffassung, dass die Ausschreibungspraxis einen übermäßigen Lohndruck im SPNV-Markt zur Folge hat. Generell ist davon auszugehen, dass die Arbeitgeber im Schienenpersonennahverkehr marktübliche Preise für Fachkräfte zahlen müssen und ein starker Preiskampf auf Kosten der Arbeitnehmer nicht zu erwarten ist. Dies zeigt sich auch darin, dass die meisten Wettbewerber der Deutschen Bahn AG ebenfalls ihre Mitarbeiter nach Tariflöhnen bezahlen und nur wenige Anbieter ohne Tarifvertrag operieren. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass die Arbeitnehmer im Einzelfall durch Betreiberwechsel bei SPNV-Leistungen Belastungen durch Veränderungen ausgesetzt sein können. Es ist jedoch nicht zu empfehlen, dass die Bundesregierung einen branchenweiten Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt. Dies hätte vielmehr zur Folge, dass das Lohnniveau im Schienenpersonennahverkehr einer Kontrolle durch den Wettbewerb vollkommen entzogen würde.

11.* Im Schienenpersonenfernverkehr sind nennenswerte Aktivitäten – mit Ausnahme weniger Einzelstrecken – bis heute ausgeblieben. Die Monopolkommission hat sich mit den Ursachen für diese Entwicklung auseinandergesetzt und die Marktgegebenheiten und Wettbewerbsbedingungen geprüft. Festzustellen ist, dass die rechtlichen Zugangsvoraussetzungen für private Eisenbahnverkehrsunternehmen gegeben sind. Anders als im Schienenpersonennahverkehr werden Leistungen in der Regel jedoch nicht durch die Gebietskörperschaften nachgefragt, sodass die Angebote sich dort allein aus den Fahrgasteinnahmen refinanzieren müssen. Dies hat zudem zur Folge, dass dem Druck, das Angebot gegenüber den Konsumentenpräferenzen zu optimieren, im Vergleich zum Nahverkehr noch mehr Gewicht zufällt. Der wichtigste qualitative Wettbewerbsparameter ist die Reisezeit, während weiterhin der Angebotspreis von entscheidender Bedeutung ist. Für die preisliche Konkurrenzfähigkeit von Marktneulingen sind Unterschiede in den Kostenstrukturen zwischen Alt- und Neuanbietern entscheidend. Besonders beim Einkauf von rollendem Material kann der Altanbieter, die Deutsche Bahn AG, hier Größenvorteile geltend machen und weist durch seine staatliche Eigentümerschaft Finanzierungsvorteile auf. Als Eigentümer der Infrastruktur hat er die dortige Preissetzung in der Hand. Wettbewerber müssen hier ein Diskriminierungsrisiko einpreisen. Kostenvorteile für einen Neuling werden hingegen auf Seiten der Vertriebsorganisation und bei den Overhead-Kosten vermutet. Von Bedeutung ist weiterhin das große Bestandsnetz, das der Altbetreiber im Vergleich zum Marktneuling besitzt. Die Abstimmung einer großen Zahl an Verbindungen stellt die Anbieter vor ein äußerst komplexes Optimierungsproblem. Auch wenn eine vollständige Optimierung aufgrund der zahlreichen Planungs- und Preisbildungsfaktoren nicht möglich ist, ist davon auszugehen, dass die Deutsche Bahn AG ihre Feinabstimmung einzelner Linien bereits weit entwickelt hat und somit einen zusätzlichen Nutzen aus zusätzlichen Reisekombinationen und Qualitäts- und Preisdifferenzierungsmöglichkeiten schöpfen kann. Wie groß der sich daraus ergebende Wettbewerbsvorteil für den Altbetreiber ist, lässt sich jedoch für das gesamte Netz nicht bestimmen.

12.* Neben den generellen Voraussetzungen des Marktes für Schienenpersonenfernverkehr können hier mögliche Strategien des Marktzutritts unterschieden werden. Andere europäische Staatsbahnen verfügen bereits über das notwendige rollende Material für einen potenziellen Markteintritt in den deutschen Hochgeschwindigkeitsverkehr zwischen Metropolen bzw. Ballungsräumen. Allerdings erscheint ein aktiver Wettbewerb in diesem Segment in nächster Zeit vor allem deshalb unwahrscheinlich, weil die wichtigsten Anbieter sich in den letzten Jahren durch ein Netz von internationalen Kooperationen aneinander gebunden haben. Ein aggressiver Markteintritt könnte die Ertragspotenziale aus den Kooperationen gefährden. Andere Möglichkeiten bestehen für einen Marktneuling, der mit konventionellem rollendem Material in Konkurrenz zu den ICE-Verbindungen treten könnte. Durch die Wahl konventionellen Rollmaterials ließen sich vermutlich erhebliche Kostenvorteile realisieren, während in Deutschland aus topografischen Gründen gegenüber den Hochgeschwindigkeitszügen (ICE) im Mittel nur geringe Reisezeitverluste zu erwarten sind. Haupthindernis für einen Neuling ist jedoch die Finanzierung des Angebots. Insbesondere der langfristige Zugriff auf die Trassen muss dem Neuling möglich sein. Auch das Reaktionspotenzial der Deutschen Bahn AG erhöht das Risiko und senkt die Ertragsaussichten. Andere Marktzutrittsstrategien zielen deshalb auf das konventionelle Geschwindigkeitssegment mit Reisegeschwindigkeiten von unter 200 km/h auf eintrittsfreundlichen Relationen, auf denen beispielsweise das bisherige Angebot durch die Deutsche Bahn AG ausgedünnt wurde. Relationsspezifische Angebote sind vor allem von SPNV-Anbietern möglich, die ihre bestehenden Relationen entsprechend verlängern oder ihr Ange-

bot ergänzen. Allerdings haben diese Angebote Grenzen durch den eingeschränkten Reisekomfort und die in der Regel deutlich längere Reisezeit. Neueintritte ermöglichen durch die zusätzliche Flexibilität bei der Wahl des Rollmaterials einen stärkeren Einfluss auf diese Qualitätsaspekte. Zu berücksichtigen ist dabei jedoch der weite Reaktionsspielraum des Altbetreibers.

13.* Die Monopolkommission sieht im Schienenpersonenfernverkehr schlechtere Bedingungen für den Marktzutritt neuer Anbieter gegeben als in den anderen Schienenverkehrsmärkten. Natürlicherweise fanden Marktzutritte zuerst dort statt, wo die Bedingungen es am leichtesten zuließen. Daraus erklären sich fehlende Wettbewerbsimpulse im Schienenpersonenfernverkehr gegenüber den anderen Marktsegmenten, in denen Neulinge bessere und kalkulierbarere Voraussetzungen vorfinden. Mittlerweile haben sich die Bedingungen für Marktzutritte im Schienenpersonenfernverkehr jedoch verbessert. Allerdings zeigt die Untersuchung der Monopolkommission, dass auch heute noch wesentliche Wettbewerbshindernisse vorliegen. Wichtig ist, dass ein Neuling eine langfristige Sicherheit erhält, den Verkehr, der Basis seines Geschäftsmodells ist, überhaupt anbieten zu können. Spezifische Investitionen müssen deshalb dadurch abgesichert sein, dass ein Anbieter sich der langfristigen Verfügbarkeit von Netztrassen sicher sein kann. Die bei den Wettbewerbern der Deutschen Bahn AG bestehende Unsicherheit über die Verfügbarkeit von Trassen sollte durch eine höhere Transparenz über die bestehenden Belegungspläne behoben werden. Die Betreiberin des Schienennetzes sollte dazu verpflichtet werden, freie Kapazitäten und Auslastungsgrade für alle Zugangsberechtigten durch ein elektronisch gestütztes Verfahren unmittelbar zugänglich zu machen. Notwendig ist zudem eine Änderung der Regelungen über den Abschluss von Rahmenverträgen, die einen generellen Zugang zu den Trassen einer bestimmten Relation langfristig absichern sollen. Die bestehenden Bestimmungen hinsichtlich des Abschlusses von Rahmenverträgen sind bisher äußerst unflexibel und die Wirksamkeit der Rahmenverträge bei der Trassenvergabe ist derzeit eingeschränkt. Die Netzgesellschaft der Deutschen Bahn AG hat zudem wenig Interesse an einer großzügigen Auslegung der betreffenden Normen gezeigt. Es ist deshalb unbedingt anzuraten, die Wirksamkeit des rahmenvertraglichen Instrumentariums zu verbessern, indem längere Vorlaufzeiten vorgesehen werden und der Abschluss von Rahmenverträgen von festen Perioden abgekoppelt wird. Zudem sollten Rahmenverträge ein stärkeres Gewicht im Verfahren der Trassenvergabe erhalten, wenn gleichzeitig der Abschluss von Rahmenverträgen grundsätzlich bei der Bundesnetzagentur genehmigungspflichtig wird. Voraussetzung für die Genehmigung zum Abschluss eines Rahmenvertrages sollte ein Nachweis über zu tätige spezifische Investitionen sein. Auf diesem Wege ließe sich die Trassenunsicherheit potenzieller Anbieter im Schienenpersonenfernverkehr erheblich senken.

14.* Der Schienengüterverkehr hat seit der Bahnreform die beste Wettbewerbsentwicklung gezeigt. Die Wettbewerber haben inzwischen mittlerweile Marktanteile von über 20 % erreicht. Auch die beförderte Gesamtleistung hat in den letzten Jahren zugenommen. Eine genauere Betrachtung zeigt jedoch, dass die wettbewerblichen Impulse vor allem vom Teilsegment der Ganzzugverkehre ausgehen, die logistisch weniger aufwendig sind, da sie in der Regel gänzlich ohne Zugumbildungen auskommen. Aufwendigere Logistikdienstleistungen, beispielsweise im Einzelwagenverkehr, werden bisher fast ausschließlich durch die Deutsche Bahn AG erbracht. Um überhaupt die Voraussetzungen für einen Wettbewerb in diesen Teilmärkten zu erfüllen, muss der Zugang zu den speziellen Serviceeinrichtungen wie Rangierbahnhöfen möglich sein. Zwar fallen Rangierbahnhöfe im Grundsatz unter die Zugangsregulierung des Eisenbahnrechts. Die Güterverkehrstochter der Deutschen

Bahn AG hat aber einen großen Teil der verfügbaren Kapazitäten langfristig angemietet. Der Zugriff auf Restkapazitäten wird dadurch behindert, dass der technisch stark integrierte Rangierbetrieb selbst nicht unter die Zugangsregulierung des Eisenbahnrechts fällt und von den Wettbewerbern selbst abgewickelt werden muss. Die Monopolkommission empfiehlt dem Gesetzgeber deshalb, die Prüfungsrechte der Bundesnetzagentur zu stärken, um eine strategische Anmietung freier Kapazitäten zu verhindern. Außerdem sollte der Rangierbetrieb auf den entsprechenden Bahnhöfen durch eine Ergänzung des § 2 AEG der Zugangsregulierung unterworfen werden. Ein zusätzlicher Absatz 3d könnte wie folgt aussehen: *„Die Rangierbahnhöfe umfassen entsprechende Anlagen, einschließlich des Betriebes der Rangieranlagen und der Rangierfahrzeuge.“*

15.* Grundsätzliche Restriktionen des Wettbewerbs auf allen Verkehrsmärkten gehen von der monopolistischen Infrastrukturebene des Eisenbahnverkehrs aus. Die wichtigsten Betreiber sind die Infrastrukturgesellschaften der Deutschen Bahn AG, denen der ganz überwiegende Teil des Netzes und der Bahnhöfe zugeordnet sind. Ein wettbewerbliches Regulierungskonzept sieht neben einer Regulierung des Zugangs auch eine Regulierung der Zugangsentgelte vor. Dabei kann das Argument nicht überzeugen, dass bereits der intermodale Wettbewerb die Preissetzung der Eisenbahninfrastrukturbetreiber ausreichend diszipliniert. Zwar wurden als Ergebnis einer aktuellen Studie Interdependenzen zwischen „Billigfliegern“ und dem Eisenbahnverkehr als hoch bewertet. Allerdings können andere Verkehrsträger, wie beispielsweise der Flugverkehr, zum Teil nicht die gleichen Relationen bedienen wie der Schienenverkehr. In einzelnen Teilsegmenten der Verkehrsmärkte ist eine erfreulich hohe Intensität des Wettbewerbs verschiedener Verkehrsträger aber durchaus gegeben. Letztendlich gilt dies jedoch weder für das gesamte Netz noch für einen überwiegenden Teil aller Marktsegmente. Generelle Merkmale der Entgeltregulierung im Eisenbahnverkehr lassen sich durch den intermodalen Wettbewerb nicht ersetzen.

16.* Dezidierte Vorgaben zur absoluten Höhe und Strukturierung der Zugangsentgelte wurden 2005 in die deutschen Vorschriften des Eisenbahnrechts aufgenommen. Die rechtlichen Vorgaben sind dabei schwer zu interpretieren und nicht frei von Widersprüchen. In der Regel wird von einem Vollkostenansatz für die Bemessung der Entgelte ausgegangen, bei dem die Betreiber von Infrastruktur die Kosten für ihre Pflichtleistungen einschließlich einer marktüblichen Rendite auf die Zugangspreise umlegen dürfen. Diese Grenze stellt den Entgeltmaßstab dar. Die absolute Entgeltgrenze sagt jedoch nichts über die Verteilung der Entgelte über verschiedene Zugangsleistungen aus. So kann prinzipiell der Entgeltmaßstab auch dann eingehalten werden, wenn einzelne Entgelte relativ hoch und andere dafür relativ gering angesetzt werden. Ein integrierter Anbieter von Infrastruktur und Verkehrsleistungen, wie die Deutsche Bahn AG, hat deshalb einen Anreiz, seine Kosten vor allem den Marktsegmenten zuzuschlüsseln, in denen sich die Wettbewerber etabliert haben. Für den Bereich der Schienenwege bestehen jedoch verschiedene Vorschriften, die auch die Zusammensetzung der Entgelte normativ vorstrukturieren. Dazu gehören unter anderem die Entgeltgrundsätze des Eisenbahnrechts, die in erster Linie Regeln für die Zuschlüsselung der Gemeinkosten darstellen. Das genaue Entgeltsystem ist ausgesprochen komplex und die Vielzahl der bestehenden komplementären Vorschriften erzeugt einen erheblichen Interpretationsbedarf. Festzustellen ist, dass dieses Konzept kaum geeignet ist, eine überprüfbare Gestaltung für die Zusammensetzung der Entgelte vorzugeben. Die Entgeltregulierung des Eisenbahnrechts schützt somit nur unzureichend vor Diskriminierung. Marktneulinge, die eine mögliche Diskriminierung bei einem Marktzutritt in ihrer Kalkulation berücksichtigen müssen, werden so vom Markt ferngehalten.

17.* Notwendig ist eine grundsätzliche Änderung des Entgeltregulierungsmodells im Schienenverkehr. Die Monopolkommission hält dazu den Vorschlag der Bundesnetzagentur für geeignet, die bestehende kostenbasierte Regulierung der Entgelte durch eine Anreizregulierung zu ersetzen. Diese sollte die Form einer Price-Cap-Regulierung erhalten. Im Zuge einer Price-Cap-Regulierung wird eine Obergrenze für das Durchschnittsniveau der Zugangspreise festgesetzt und in der Folge lediglich die Veränderung des Preisniveaus reguliert. Unter einem solchen Regulierungsrahmen bestehen für den Infrastrukturbetreiber Anreize, die Effizienz des Betriebs der regulierten Anlagen zu verbessern, da er mögliche Kostensenkungen seinem Gewinn zuführen darf. Nach einer bestimmten Zahl an Regulierungsperioden werden solche Kostensenkungen in einer neuen Preisobergrenze zum Vorteil der Zugangsberechtigten eingepreist. Eine Price-Cap-Regulierung für die Eisenbahninfrastruktur sollte verschiedene Obergrenzen für zu differenzierende Leistungskörbe festsetzen. Auf diese Weise kommt ein anderer wesentlicher Vorteil des Konzeptes zum Tragen, da die Differenzierung verschiedener Leistungskörbe eine diskriminierende Kostenzuschlüsselung zwischen den abzugrenzenden Körben grundsätzlich ausschließt. Für Leistungen eines Korbes bleiben preisliche Diskriminierungsmöglichkeiten jedoch auch im Rahmen einer Anreizregulierung bestehen. Der Gesetzgeber sollte deshalb auch die gesetzlichen Vorgaben zur Strukturierung der Entgelte überarbeiten und einfache Regeln aufstellen, die der Bundesnetzagentur die Überprüfung der Entgeltsysteme erleichtern.

18.* Im Rahmen der Entgeltregulierung ist zudem die Frage zu klären, welche Aufschläge ein Infrastrukturbetreiber als Verzinsung für das von ihm eingesetzte Kapital erheben darf. Das gängige Modell zur Bemessung der marktüblichen Verzinsung ist die Methode der durchschnittlichen Kapitalkosten, die auch für einen Einsatz im Eisenbahnsektor methodisch adäquat erscheint. Ein zentrales Problem bei der Berechnung dieses Modells ist die Bemessung eines Risikoaufschlages auf den risikofreien Zins. Dieser muss dem Risiko der Unternehmung angepasst sein. Im Modell der durchschnittlichen Kapitalkosten ist der Risikoaufschlag für Eigen- und Fremdkapital getrennt zu ermitteln. Besonders schwierig ist die exakte Bestimmung des Eigenkapitalkostensatzes. Verschiedene Methoden lassen hier unterschiedliche Ergebnisse erwarten, ohne dass sich ein Ansatz zeigt, der den übrigen klar überlegen wäre. Dahingehend steht zu befürchten, dass die Bestimmung der Eigenkapitalkosten für die Eisenbahninfrastruktur stark dem Einfluss politischer Interessen ausgesetzt sein wird. Die Monopolkommission spricht sich deshalb dafür aus, ein Modell zu wählen, welches möglichst einfachen und eindeutigen Kriterien unterliegt, um die Festlegung dem Einfluss externer Partikularinteressen soweit wie möglich zu entziehen.

19.* Eine eigene Frage im Zusammenhang mit der Entgeltregulierung bei der Bahn ist die Preissetzung für die notwendige Antriebsenergie. Der für den Betrieb elektrischer Eisenbahnen gelieferte Bahnstrom wird heute fast ausschließlich durch die Deutsche Bahn AG vertrieben. Zwar besteht grundsätzlich die Möglichkeit, nur den Zugang zum Leitungsnetz der Deutschen Bahn AG anzumieten und den Bahnstrom von einem anderen Versorger zu beziehen. Allerdings ist dies aufgrund der Höhe der Durchleitungsentgelte derzeit nicht effizient. Zwar unterliegt das Bahnstromfernleitungsnetz der Zugangsregulierung des Eisenbahnrechts, nicht aber der Entgeltregulierung. Eine Regulierung der Anlagen durch die Entgeltkontrolle des Energiewirtschaftsgesetzes ist strittig und wird von der Deutschen Bahn AG bisher abgelehnt. Die Eisenbahnverkehrsunternehmen sind deshalb gehalten den Bahnstrom direkt von der entsprechenden Tochter der Deutschen Bahn AG abzunehmen. Dabei sehen die Preise für Bahnstrom der Deutschen Bahn AG bestimmte Mengenrabatte

vor, die letztendlich nur von den Verkehrstöchtern der Deutschen Bahn AG voll in Anspruch genommen werden können. Nach Auffassung der Monopolkommission ist es deshalb unerlässlich, die Entgelte für den Zugang zum Bahnstromnetz zu regulieren, um somit wettbewerbliche Alternativen zum Angebot der Deutschen Bahn AG zu ermöglichen. Dafür sollte die alleinige Anwendung des Energiewirtschaftsgesetzes für die Regulierung des Bahnstromnetzes sichergestellt werden. Zu diesem Zweck sollte der Zusatz „einschließlich der Bahnstromfernleitungen“ aus der Legaldefinition von Eisenbahninfrastrukturunternehmen in § 2 Abs. 3 AEG gestrichen werden.

1. Einleitung

1. Das Marktorganisationsrecht des deutschen Bahnsektors wurde in den 1990er Jahren grundlegend reformiert. Im Jahre 1993 legte die Bahnstrukturreform den Grundstein für wettbewerbliche Angebote im Bereich des Schienenverkehrs. Kern des ökonomischen Konzeptes in der damaligen Reform war es, einen Markt für Leistungen im Eisenbahnverkehr zu entwickeln, in dem der Wettbewerb das Angebot zum Vorteil der Verbraucher koordinieren sollte. Um auf den Märkten für Eisenbahnverkehrsleistungen die Bedingungen zu schaffen, unter denen Wettbewerb zum Tragen kommen kann, hat der Gesetzgeber der Eisenbahn eine sektorspezifische Wettbewerbsordnung gegeben. Zentrale rechtliche Grundlagen enthält das Allgemeine Eisenbahngesetz (AEG), das es nichtbundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen unter anderem ermöglicht, Zugang zum Netz und anderen Infrastruktureinrichtungen der Eisenbahn zu erlangen.

2. Mit der Änderung des AEG durch das Dritte und Vierte Gesetz zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften aus dem Jahr 2005 hat die Monopolkommission nach § 36 AEG den Auftrag erhalten, alle zwei Jahre ein Sondergutachten zu Stand und absehbarer Entwicklung des Wettbewerbs sowie zu der Frage vorzulegen, ob ein wirksamer und unverfälschter Wettbewerb auf der Schiene bei dem Erbringen von Eisenbahnverkehrsleistungen und dem Betrieb von Eisenbahninfrastrukturen sichergestellt ist. Ferner soll sie die Anwendung der Vorschriften des Eisenbahnrechts würdigen und zu sonstigen aktuellen wettbewerbspolitischen Fragestellungen im Zusammenhang mit dem Eisenbahnbetrieb Stellung nehmen. Das Gutachten soll in dem Jahr abgeschlossen sein, in dem kein Hauptgutachten nach § 44 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vorgelegt wird.

3. Bei dem vorliegenden Sondergutachten handelt es sich um die zweite Expertise der Monopolkommission gemäß § 36 AEG. In ihrem ersten Sondergutachten zum Eisenbahnsektor hat die Monopolkommission bereits erläutert, wie dem gesetzlichen Auftrag nach ihrem Verständnis nachzukommen ist.¹ Der Gutachtenauftrag gemäß dem Wortlaut des § 36 AEG erstreckt sich danach auf

- eine Bestandsaufnahme und Prognose der Entwicklung des Wettbewerbs im Eisenbahnsektor, wie er sich im intramodalen Wettbewerb darstellt,
- die Würdigung der wettbewerbsrelevanten Anwendung der Vorschriften des Eisenbahnrechts mit besonderer Beachtung der Netzzugangsregeln und somit der Regulierungspraxis der Bundesnetzagentur in maßgeblichen Fällen,
- Stellungnahmen zu sonstigen aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen im Zusammenhang mit dem Betrieb von Eisenbahnen.

4. Aktiver Wettbewerb im Eisenbahnsektor ist auf der Ebene der Transportunternehmen möglich. Der aus diesem Grund von der Monopolkommission untersuchte Schienenverkehrsmarkt lässt sich grob durch zwei grundsätzliche Merkmale in verschiedene Teilmärkte segmentieren. Zum einen sind durch die Verschiedenheit der transportierten Objekte die Märkte für Schienenpersonenverkehr und Güterverkehr zu trennen, zwischen denen prinzipiell auszuschließen ist, dass die dort angebotenen Transportdienstleistungen in einer Substitutionskonkurrenz zueinander stehen. Zum anderen stellt im Personenverkehr die definitionsgemäße Eigenwirtschaftlichkeit der Fernverbindungen einen grundsätzlichen Unterschied zu den öffentlich bezuschussten Nahverkehrsleistungen dar. Die drei auf diese Weise voneinander zu unterscheidenden Segmente des Schienenverkehrsmarktes, der Schienenpersonennahverkehr (SPNV), der Schienenpersonenfernverkehr (SPFV) und der Schienengüterverkehr (SGV), werden in der bahnwirtschaftlichen Terminologie auch Verkehrsleistungen genannt.

¹ Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbs- und Regulierungsversuche im Eisenbahnverkehr, Sondergutachten 48, Baden-Baden 2007, Tz. 9.

5. Die Monopolkommission sieht für die gegenwärtige Beurteilung des Eisenbahnmarktes eine separate Betrachtung der zu unterscheidenden Teilmärkte als geboten an. Die Wettbewerbsentwicklung im Eisenbahnverkehr ist seit der Liberalisierung des Marktes zwischen den zu unterscheidenden Verkehrsleistungen nicht symmetrisch verlaufen. Dies hängt nicht zuletzt mit der unterschiedlichen Wirkung spezifischer Markteintrittsbarrieren zusammen, die sich neu hinzutretenden Eisenbahnverkehrsunternehmen auf diesen Märkten entgegenstellen. In den Kapiteln 2 bis 4 differenziert die Monopolkommission deshalb ihre Begutachtung der Wettbewerbsentwicklung zwischen den Märkten für Schienenpersonenahverkehr, Schienenpersonenfernverkehr und Schienengüterverkehr und geht bei ihrer Analyse auf spezifische Zugangsprobleme ein, die den Marktzutritt von Wettbewerbern in dem jeweiligen Segment entscheidend behindert haben. Starke Überschneidungen der Probleme bestehen hinsichtlich der Entgeltfindung für den Zugang zu den im Schienenverkehr generell wesentlichen Einrichtungen der Eisenbahninfrastruktur, die in Kapitel 5 behandelt werden. In Kapitel 6 fasst die Monopolkommission ihre politischen Handlungsempfehlungen in einem Maßnahmenpaket zusammen.

1.1 Bedeutung der Bahnprivatisierung für die Wettbewerbsentwicklung

6. Von einer ganz grundsätzlichen Bedeutung für die Wettbewerbsentwicklung im Eisenbahnverkehr ist die mögliche Kapitalprivatisierung der Deutschen Bahn AG, deren Diskussion in den vergangenen Jahren Politik und Öffentlichkeit beschäftigt hat. Das Unternehmen ist gesellschaftsrechtlich bereits seit 1994 privatisiert und firmiert seitdem als Aktiengesellschaft, deren Anteile bisher vollständig beim Bund liegen. Eine eigentumsrechtliche Privatisierung, bei der der Bund seine Anteile an private Kapitaleigner veräußert, wurde in den vergangenen Jahren in verschiedenen Modellen kontrovers diskutiert.² Das vorliegende Gutachten gibt Anlass, auf die Relevanz einer baldigen Privatisierung einzugehen. Es zeigt sich aus Sicht der Monopolkommission in der vorliegenden Studie überdeutlich, dass mit der Entscheidung für ein Konzept zur Privatisierung der Deutschen Bahn AG ganz direkte und unmittelbare Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit des gesamten Bahnsektors verbunden sind.

7. In der öffentlichen Diskussion um die Kapitalprivatisierung der Bahn wird zumeist das „Ob“ einer Privatisierung ausführlich mit Argumenten beider Seiten beleuchtet, während der Eindruck entsteht, dass die Frage nach dem „Wie“ in wesentlichen Teilen dem Diskurs der Fachwelt überlassen wird. Die Monopolkommission will im Hinblick auf die Ergebnisse dieses Gutachtens darauf hinweisen, dass die Form der Privatisierung **eine** entscheidende Frage ist, da die den Wettbewerb auf der Schiene begünstigenden Wirkungen einer Kapitalprivatisierung nur bei entsprechender eigentumsrechtlicher Ausgestaltung eintreten. Maßgeblich ist hierbei, dass die Kapitalprivatisierung eine klare Trennung von öffentlichen und privatwirtschaftlichen Interessen bewirken muss, um die Grundlagen für einen funktionierenden Wettbewerb im Sinne der Verbraucher zu legen. Die Monopolkommission hat sich deshalb dafür ausgesprochen, die Infrastruktur der Bahn **zunächst** in Staatshand zu belassen und die Transportgesellschaft so bald wie möglich in privatwirtschaftliche Kontrolle zu überführen.

8. Die Reform des Bahnwesens hatte zum Ziel, dem Teil des Eisenbahnmarktes, der auf rein privatwirtschaftlicher Basis funktionsfähig ist, neuen Raum für Wettbewerbsprozesse zu geben. Verbraucher und Unternehmen sollen davon profitieren, dass private Verkehrsgesellschaften darum konkurrieren, das bestmögliche Angebot zur Verfügung zu stellen. Gegenüber einem staatlichen Monopolangebot besteht unter Wettbewerbsbedingungen die Chance, Effizienzen des Eisenbahnverkehrs besser zu nutzen und Fahrpreise, staatliche Zuwendungen und die Qualität des Angebots zum Vorteil der Verbraucher zu beeinflussen. Aktiver Wettbewerb begrenzt sich jedoch auf das betrieb-

² Vgl. Monopolkommission, Die Privatisierung der Deutschen Bahn AG, Sondergutachten 46, Baden-Baden 2007.

liche Angebot von Eisenbahnverkehrsunternehmen auf der Schiene. Hier operiert mit den Transportgesellschaften der Deutschen Bahn AG ein internationaler Logistikkonzern in Staatshand. Diese Tätigkeit des Staates führt automatisch zu Interessenkonflikten zwischen dem Staat als demjenigen, der eine wettbewerbliche Wirtschaftsordnung schaffen soll, und dem Staat als Unternehmer, der sich dieser Ordnung unterwerfen muss. Die Tätigkeit des Staates, unter wirtschaftlichem Risiko im Wettbewerb mit privaten Unternehmen Transportleistungen anzubieten, passt deshalb nicht in die auf Markt und Wettbewerb basierende Wirtschaftsordnung Deutschlands.

9. Dabei will die Monopolkommission darauf hinweisen, dass oftmals angeführte politische Ansprüche an die Bahn – insbesondere die Sicherstellung der Versorgung in der Fläche – gerade im Wettbewerb privater Unternehmen effizient und sachgerecht erfüllt werden können. Der in der öffentlichen Diskussion nicht selten aufgezeichnete Konflikt zwischen dem Profitabilitätsbedürfnis privater Eisenbahnverkehrsunternehmen und der flächendeckenden Versorgung mit Nahverkehrsleistungen entspricht einer kontrafaktischen Wahrnehmung der Strukturen im deutschen Nahverkehr. Die grundsätzlich schlechte Profitabilität der meisten Leistungen im Schienenpersonen Nahverkehr hat zur Folge, dass bereits heute die Bewirtschaftung sämtlicher Nahverkehrsverbindungen im öffentlichen Auftrag vergeben und aus öffentlichen Mitteln finanziert wird.³ Durch Effizienzwachstum im Wettbewerb stehender SPNV-Betreiber ist zu erwarten, dass für die langfristig festgelegten öffentlichen Mittel zukünftig eher mehr bzw. qualitativ hochwertigere Nahverkehrsleistungen erbracht werden können, als dies bisher der Fall ist. Vor diesem Hintergrund sieht die Monopolkommission deshalb keinen Grund, warum die staatliche Betätigung bei den Transportgesellschaften der Deutschen Bahn AG öffentlichen Interessen dienen sollte.

10. Die hohe Bedeutung einer unterschiedlichen Behandlung von Eisenbahninfrastruktur und Eisenbahnverkehr in der Privatisierungsdebatte ergibt sich aus den wechselseitigen Wirkungen der beiden Leistungsbereiche. Die Eisenbahninfrastruktur stellt ein notwendiges Vorleistungsprodukt für die Transportangebote der Eisenbahnverkehrsunternehmen dar. Besteht ein öffentliches Interesse an einer effizienten Wettbewerbsordnung auf der Transportebene, so ergibt sich daraus zwingend die Anforderung an die Infrastrukturgesellschaften, ihr Angebot diskriminierungsfrei den Verkehrsunternehmen zur Verfügung zu stellen, um die Voraussetzungen für effizienten Wettbewerb zu schaffen. Die eigentumsrechtlichen und institutionellen Arrangements gegenüber der Bahn sind deshalb so zu gestalten, dass die Betreiber der Infrastruktur Anreize haben, optimale Kapazitätsauslastung der Netze und ein effizientes Angebot an Schienenverkehrsleistungen zu ermöglichen. Dies ist jedoch insbesondere immer dann nicht gewährleistet, wenn der Eigentümer der Eisenbahninfrastruktur auch Eigentümer der Transportgesellschaften ist. In diesem Fall kann das Unternehmen selbst ein Interesse entwickeln, durch seine Zugangspolitik die Wettbewerber auf dem Transportmarkt zu diskriminieren.⁴ Wird die Wettbewerbsentwicklung auf diese Weise eingeschränkt, kommt es zu Ineffizienzen und zu Nachteilen für die Verbraucher.

11. Dies gilt auch für den gegenwärtigen Fall, in dem der Staat selbst Eigentümer der Infrastruktur und gleichzeitig des größten deutschen Transportunternehmens ist. Die Deutsche Bahn AG hat in ihrer aktuellen Gesellschaftsstruktur vor allem Anreize, den Gewinn des Gesamtkonzerns zu steigern. Die Trennung öffentlicher und privatwirtschaftlicher Interessen ist in einem gemeinsamen Bahnkonzern deshalb nicht gegeben. Dies zeigen die Ergebnisse des vorliegenden Gutachtens sehr deutlich auf. Eine Vielzahl der erkannten Wettbewerbsprobleme in allen Verkehrsleistungen der Eisenbahn lässt sich auf die integrierte Struktur der Deutschen Bahn AG zurückführen. Beispielsweise lassen sich deutliche Anreize und Hinweise aufzeigen, dass die Deutsche Bahn AG die Zugangspreise und Nutzungsbedingungen für den Zugang zu der von ihr bewirtschafteten Eisen-

³ Vgl. Abschnitt 2.1.

⁴ Vgl. Abschnitt 5.1.2.2.

bahninfrastruktur so anpasst, dass diese für Wettbewerber von Nachteil sind. Die Erfahrungen aus der Praxis zeigen, dass sich das materielle Interesse an einer Diskriminierung von Wettbewerbern auch auf die Entscheidung über den Ausbau bestimmter Strecken, die Information der Wettbewerber über die exakte Beschaffenheit von Trassen und Anlagen, deren Auslastung oder die praktischen Abläufe an den Personen- und Güterbahnhöfen auswirken kann.

12. Um auch in einem integrierten DB-Konzern dem öffentlichen Interesse an Wettbewerb auf dem Eisenbahnmarkt nachzukommen, reguliert der Gesetzgeber die Pflichten der Deutschen Bahn AG und anderer Infrastrukturbetreiber zur Zugangsgewährung und zur Höhe der Infrastrukturentgelte. Die Kontrolle dieser Vorschriften obliegt im System der Eisenbahnregulierung zu wesentlichen Teilen der Bundesnetzagentur. In der Praxis zeigt sich jedoch, dass die Deutsche Bahn AG auch bei einem regulierten Infrastrukturzugang über zahlreiche Stellschrauben verfügt, um den Wettbewerbern ihre Aktivitäten zu erschweren. In diesem Gutachten analysiert die Monopolkommission die wesentlichen Probleme und macht Vorschläge, wie das Regulierungskonzept zielsicherer zu gestalten ist. Sie weist jedoch darauf hin, dass eine effiziente Regulierung unter den gegebenen Voraussetzungen eines integrierten Bahnkonzerns nicht zu erreichen ist. Ordnungspolitisch ist deshalb eine Trennung von öffentlichen und privatwirtschaftlichen Interessen auf dem Wege einer Trennung von Infrastruktur und Transportgesellschaften der Deutschen Bahn AG unbedingt anzustreben.

13. In den vergangenen Jahren wurden unterschiedliche Modelle der Kapitalprivatisierung der Deutschen Bahn AG diskutiert, darunter sowohl solche eines integrierten Börsenganges als auch getrennte Modelle, die nur die Privatisierung der Transportgesellschaften vorsahen.⁵ Im April 2008 beschloss die Bundesregierung, noch im selben Jahr die Beteiligung privaten Kapitals an der Deutschen Bahn AG zu ermöglichen. Umgesetzt werden sollte die Teilprivatisierung in einer veränderten Konzernstruktur. An deren Spitze sollte – zu 100 % im Bundeseigentum – die Deutsche Bahn AG als Holding-Gesellschaft stehen. Die Deutsche Bahn AG sollte einerseits zu 100 % Eigentümerin aller Infrastrukturunternehmen sein, sodass das Gleisnetz und die Bahnhöfe weiterhin vollständig im Eigentum des Bundes verbleiben. Andererseits sollten die gegenwärtigen Gesellschaften für den Güterverkehr, den Personenfernverkehr und den Regionalverkehr sowie die dazugehörigen Dienstleistungen in einer neuen Gesellschaft für die Bereiche Verkehr und Logistik – der DB Mobility Logistics AG – zusammengefasst werden, an der sich mit maximal 24,9 % privates Kapital beteiligen sollte (vgl. Abbildung 1.1). Im Oktober 2008 gab die Bundesregierung bekannt, dass der kurz bevorstehende Börsengang aufgrund des durch die gerade eingetretene Finanzkrise schwierigen Marktumfeldes jedoch auf unbestimmte Zeit ausgesetzt werden müsse.

14. Die Monopolkommission hat das zunächst geplante Modell einer Teilprivatisierung der DB Mobility Logistics AG ausdrücklich begrüßt, da sich die Kapitalbeteiligung nur auf die Transportgesellschaften der Deutschen Bahn AG erstrecken sollte und die Struktur der Wettbewerbsentwicklung zugute kommt.⁶ Bei einer Teilkapitalprivatisierung der Transportgesellschaften bleibt die Verbindung der Eisenbahninfrastruktur- und Transportgesellschaften zunächst erhalten. Die Netzgesellschaft und die Betreiberin der Bahnhöfe und anderer Serviceeinrichtungen besitzen deshalb weiterhin ein materielles Interesse, die Transportgesellschaften der Deutschen Bahn AG gegenüber ihren Wettbewerbern besserzustellen. Allerdings entfallen auch verschiedene Diskriminierungsmöglichkeiten, da es der Deutschen Bahn AG nicht mehr möglich ist, Kostenpositionen innerhalb

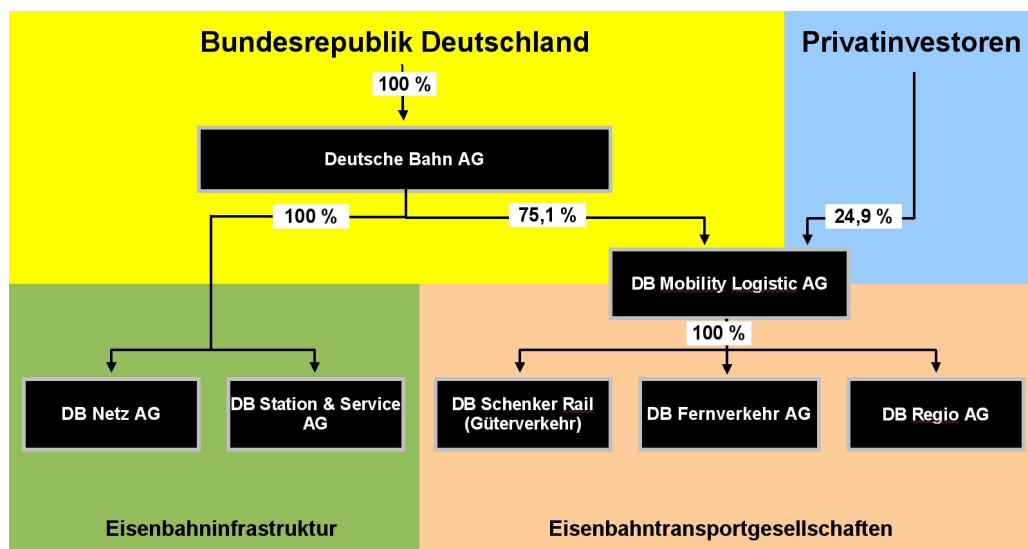
⁵ Die Diskussion verschiedener Modelle wurde vor allem durch das im Auftrag der Bundesregierung erstellte PRIMON-Gutachten systematisiert, in dem fünf Modelle einer Kapitalprivatisierung verglichen wurden. Vgl. Booz Allen Hamilton, Privatisierungsvarianten der Deutschen Bahn AG „mit und ohne Netz“ (PRIMON), Berlin 2006.

⁶ Vgl. Monopolkommission, Weniger Staat, mehr Wettbewerb, Hauptgutachten 2006/2007, Baden-Baden 2008, Tz. 1 ff.

des Konzerns beliebig zu verlagern. Bisher treffen sämtliche Kosten, die die Infrastrukturgesellschaften der Deutschen Bahn AG von den Eisenbahnverkehrsunternehmen verlangen, alleine die Wettbewerber. Denn Kosten, die bei den Transportgesellschaften der Deutschen Bahn AG für die Infrastruktur anfallen, stellen gleichzeitig Erlöse bei den konzerneigenen Infrastrukturtöchtern dar. Für die Wettbewerber handelt es sich hingegen um „echte Kostenpositionen“. Somit hat die Deutsche Bahn AG Anreize, da, wo ihr durch Regulierungslücken Möglichkeiten verbleiben – etwa beim Bahnstrom –, eher zu hohe Entgelte zu berechnen. Bereits die geplante Teilkapitalprivatisierung würde diese Anreize deutlich reduzieren. Im Beispielfall zu hoher Nutzungsentgelte wäre im beschriebenen Modell zur Teilkapitalisierung der privatwirtschaftliche Bereich alleine von den Kosten durch die Entgelte, nicht aber von den Einnahmen der staatlichen Infrastruktur berührt.

Abbildung 1.1:

Konzernstruktur der Deutschen Bahn AG im Privatisierungsmodell von April 2008¹



¹ Aus Vereinfachungsgründen begrenzt sich die Darstellung auf die wichtigsten Tochtergesellschaften der Deutschen Bahn AG.

Quelle: Eigene Darstellung

15. Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, die aufgeschobene Kapitalprivatisierung der DB Mobility Logistics AG sobald wie möglich nachzuholen. Durch das Modell einer Teilkapitalprivatisierung von 24,9 % der Transportgesellschaften der Deutschen Bahn AG wird ein erster Schritt vollzogen, um die Trennung von öffentlichen und privaten Interessen sachgerecht herzustellen. Aus den aufgezeigten Gründen ist jedoch wettbewerbspolitisch eine vollständige Privatisierung der DB Mobility Logistics AG erstrebenswert.

16. Solange der Staat keine vollständige Trennung zwischen Infrastrukturgesellschaften und Transportgesellschaften im Bahnsektor herstellt, bestehen starke Diskriminierungsanreize auf Seiten der Betreiber der Infrastruktur. Das öffentliche Interesse an aktivem Wettbewerb bei der Bahn muss deshalb durch eine entsprechende Regulierung und Kontrolle des Zugangs der Wettbewerber zur Eisenbahninfrastruktur und über die Höhe der dabei aufgerufenen Entgelte erfolgen. Bisher reagiert der Staat hierbei jedoch nicht entschlossen genug, da die bestehende Regulierung vielfach Diskriminierungspotenziale offenlässt. Um effiziente Wettbewerbsbedingungen herzustellen, ist es nach Auffassung der Monopolkommission deshalb unbedingt erforderlich, dass der Staat seine zögerli-

che Haltung aufgibt und durch eine strikte Regulierung dafür sorgt, dass die gesellschaftsrechtlich privatisierte Deutsche Bahn AG im öffentlichen Interesse handelt, um so die Tür für den Wettbewerb weiter zu öffnen. Das vorliegende Gutachten zeigt hier eine Vielzahl von Barrieren auf, die durch eine Überarbeitung der eisenbahnrechtlichen Vorgaben konsequent angegangen werden sollten.

1.2 Marktuntersuchungen der Bundesnetzagentur

17. Das öffentliche Interesse an effizienten Wettbewerbsbedingungen gebietet es, dass der Staat geeignete Instrumente der Regulierung und Kontrolle des Zugangs zur Eisenbahninfrastruktur vorsieht. Seit 2006 ist die Bundesnetzagentur die zuständige Regulierungsbehörde, die die Einhaltung der Vorschriften des Eisenbahnrechts überwacht. Ihre Befugnisse sind im Eisenbahnrecht geregelt. Insbesondere prüft sie die Nutzungsbedingungen und Entgelte für den Zugang zum Schienennetz und zu den von der Regulierung betroffenen Serviceeinrichtungen. Zur verdachtsunabhängigen Überwachung des Marktes und zur Information über die Marktlage auf dem Gebiet der Eisenbahnen führt sie regelmäßig Markterhebungen durch. Sie verschafft sich auf diese Weise einen Einblick über die bestehenden Regulierungsprobleme, um ihrer Aufgabe sachgerecht nachgehen zu können.

18. Im Jahr 2008 hatte sich die Deutsche Bahn AG entschieden, die Anfragen der Bundesnetzagentur zu allgemeinen Marktbeobachtungen nicht mehr zu beantworten. Hintergrund ist ein Verfahren zwischen der Güterverkehrtochter der Deutschen Bahn AG und der Bundesnetzagentur, in dem die Bundesnetzagentur das Unternehmen per Bescheid aufgefordert hat, Daten über seine gezahlten Trassenentgelte sowie über die von dem Unternehmen betriebenen Infrastrukturanlagen zur Verfügung zu stellen. Das Eisenbahnverkehrsunternehmen hatte gegen diesen Bescheid Widerspruch eingelegt und einen Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz gestellt. Während das Verwaltungsgericht Köln im Eilverfahren die Auskunftspflicht insoweit gegeben sah, als das Eisenbahnverkehrsunternehmen auch als Eisenbahninfrastrukturunternehmen auftritt, hob das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen diese Pflicht weitgehend durch seinen Beschluss vom 22. Februar 2008 auf. Somit ist die Möglichkeit der Bundesnetzagentur, Marktuntersuchungen durchzuführen, derzeit eingeschränkt.

19. Nach Auffassung des Oberverwaltungsgerichts sieht das gegenwärtige Regulierungsrecht keine belastbare gesetzliche Grundlage für allgemeine Marktbeobachtungen vor. Zwar ist die Bundesnetzagentur gemäß § 14c Abs. 1 AEG befugt, Maßnahmen zu treffen, die zur Beseitigung festgestellter Verstöße und zur Verhütung künftiger Verstöße gegen die Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur erforderlich sind. Aus dieser Vorschrift sei jedoch lediglich ein Eingriffsrecht bei Verstößen zu entnehmen – nicht aber die Möglichkeit der Marktbeobachtung. Zwar stimmt das Oberverwaltungsgericht darin zu, dass die umfassende Marktbeobachtung der Bundesnetzagentur Erkenntnisse über Verstöße liefern kann, die den Gegenstand der Untersuchung betreffen. Allerdings verweist das Gericht auf die ubiquitäre Anwendungsmöglichkeit dieses Arguments hinsichtlich jeglicher Art von Untersuchungen. In allgemeinen Marktbeobachtungen sieht das Oberverwaltungsgericht deshalb eine unakzeptable Überdehnung der Ermächtigung des § 14c Abs. 1 AEG. Zulässig können Marktbeobachtungen hingegen in speziellen Fällen sein, wenn die Untersuchung dazu dienen kann, Anhaltspunkte für eine bestehende oder drohende Rechtsverletzung zu liefern, und ein direkter Bezug plausibel dargestellt werden kann.

20. Die Monopolkommission sieht in Marktuntersuchungen der Bundesnetzagentur ein notwendiges Instrument, um der Behörde auch die präventive Kontrolle von Diskriminierungstatbeständen zu ermöglichen. Das vorliegende Gutachten zeigt in einer Vielzahl der Fälle, dass die Diskriminierungsmöglichkeiten im Bahnsektor nicht systematisch zu erfassen sind. Vielmehr schließen diese

ein breites Spektrum möglicher Stellschrauben ein, das sich auf sämtliche operativen Aktivitäten der Infrastrukturbetreiber erstrecken kann, die als Vorleistung für Eisenbahninfrastrukturunternehmen dienen. Auch Ausweichhandlungen als Reaktion auf die Schließung einzelner Regulierungslücken sind wahrscheinlich, sofern ein Infrastrukturbetreiber auch auf nachgelagerten Märkten aktiv ist und deshalb Diskriminierungsanreize besitzt. Um das öffentliche Interesse einer wettbewerbskonformen Zugangsgewährung auch in den Fällen zu wahren, die nicht durch eine spezielle Rechtsnorm reguliert werden, besteht ein allgemeines Diskriminierungsverbot gemäß § 14 Abs. 1 AEG. Danach sind Eisenbahninfrastrukturunternehmen verpflichtet, ihre Pflichtleistungen diskriminierungsfrei zu erbringen. Die normative Eingriffbefugnis allein führt allerdings nicht dazu, dass Diskriminierung immer eingeschränkt werden kann. Grundsätzlich ist zu bedenken, dass die Bundesnetzagentur in ihrer Informationslage über die konkreten Marktaktivitäten gegenüber den direkt beteiligten Eisenbahninfrastrukturunternehmen stets im Nachteil ist. Vielfach ist die diskriminierende Handlung für Außenstehende gar nicht transparent, sondern kann erst erkannt werden, wenn die Bundesnetzagentur die erforderlichen Informationen erhält.

21. Während das allgemeine Wettbewerbsrecht in § 32e GWB dem Bundeskartellamt die Möglichkeit von Sektoruntersuchungen explizit zubilligt, existiert eine vergleichbare Regelung für das sektorspezifische Wettbewerbsrecht der Eisenbahn nicht. Die Monopolkommission hält aus den aufgezeigten Gründen eine gesetzliche Initiative für notwendig, die es der Bundesnetzagentur erlaubt, Marktbeobachtungen auch dann durchzuführen, wenn diese nicht auf einem bereits konkreten Verdacht basieren, sondern der Informationsbeschaffung der Bundesnetzagentur dienen. In Anlehnung an § 32e GWB sollte die Bundesnetzagentur allerdings eine Vermutung geltend machen, weshalb in einem bestimmten Segment ein Diskriminierungstatbestand vorliegen könnte, zu dessen Kontrolle die Befragung dienlich ist. Dies ist auch deshalb erforderlich, um eine uferlose Belastung der Unternehmen mit Auskunftersuchen der Bundesnetzagentur bereits mit der Formulierung einer solchen Befugnis zu vermeiden. Aus diesem Grund regt die Monopolkommission zusätzlich an, Sektoruntersuchungen des Bundeskartellamtes für die Sektoren einzuschränken, für die mit der Bundesnetzagentur eine spezialisierte Behörde eine solche Befugnis erhält. Um eine Doppelbelastung der Unternehmen zu vermeiden, könnte dazu auch die Zusammenarbeit beider Behörden zum Zwecke gemeinsamer Marktbeobachtungen vorgegeben werden.

1.3 Auftrag und Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission

22. Die Monopolkommission macht darauf aufmerksam, dass ihr Auftrag über die Erstellung eines Sondergutachtens zur Eisenbahn gemäß § 36 AEG derzeit nur unvollständig geregelt ist. Wie sie bereits in ihrem ersten Sondergutachten zur Eisenbahn zum Ausdruck gebracht hat, fehlt der Monopolkommission bisher ein umfassendes Einsichtsrecht hinsichtlich der bei der Bundesnetzagentur geführten Akten. Weiterhin ist in § 36 AEG kein Adressat für das Gutachten der Monopolkommission vorgesehen.⁷

23. Die im Hinblick auf den Auftrag der Monopolkommission im Wettbewerbsrecht zur Anwendung kommenden Standards sind bisher nicht einheitlich. Die Monopolkommission besitzt bereits gemäß § 46 Abs. 2a GWB ein Akteneinsichtsrecht für die Akten des Bundeskartellamtes. Eine entsprechende Befugnis besteht gemäß § 121 Abs. 2 Satz 3 TKG gegenüber der Bundesnetzagentur zum Zwecke der Erstellung der Sondergutachten zur Telekommunikation. Für die Erstellung des Sondergutachtens zur Eisenbahn besteht eine vergleichbare Regelung bisher nicht. Eine angemessene Beurteilung der Marktverhältnisse und die sich daran anschließende Ableitung von Handlungsempfehlungen erfordert jedoch den Zugriff auf die bei der Bundesnetzagentur vorgehaltenen Informationen und Erkenntnisse über konkrete Probleme des Regulierungsrahmens. Zwar konnte

⁷ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 48, a.a.O., Tz. 245.

die Monopolkommission bisher grundsätzlich auf die Erkenntnisse der Bundesnetzagentur zurückgreifen; der Zugriff auf Vorgänge mit geheimhaltungsbedürftigen Unternehmensinformationen bleibt der Monopolkommission dagegen verwehrt. Die darin enthaltenen Informationen sind aber im Einzelfall notwendig, um eine sachgerechte Beurteilung der Marktlage und die Würdigung des Regulierungsrahmens zu ermöglichen.

24. Der Gesetzgeber, der der Monopolkommission den Auftrag erteilt hat, sollte deshalb auch die Voraussetzungen dafür schaffen, dass diese Aufgabe sachgerecht erfüllt werden kann. Die Monopolkommission schlägt deshalb erneut vor, das AEG entsprechend § 121 Abs. 2 TKG um folgende Vorschrift zu ergänzen:

„Die Monopolkommission kann Einsicht nehmen in die bei der Bundesnetzagentur geführten Akten einschließlich der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, soweit dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Für den vertraulichen Umgang mit den Akten gilt § 46 Abs. 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen entsprechend.“

25. Zudem wäre es angezeigt, dass der Gesetzgeber im Rahmen einer Änderung des AEG auch einen Empfänger des Gutachtens benennt. In Anlehnung an die bereits etablierten Vorschriften in § 62 EnWG schlägt die Monopolkommission vor, den Auftrag der Monopolkommission in § 36 AEG durch die Aufnahme eines Adressaten in einem zusätzlichen Absatz 2 zu konkretisieren.

„Die Monopolkommission leitet ihre Gutachten der Bundesregierung zu. Die Bundesregierung legt Gutachten nach Absatz 1 Satz 1 den gesetzgebenden Körperschaften unverzüglich vor und nimmt zu ihnen in angemessener Frist Stellung. Die Gutachten werden von der Monopolkommission veröffentlicht. Bei Gutachten nach Absatz 1 Satz 1 erfolgt dies zu dem Zeitpunkt, zu dem sie von der Bundesregierung der gesetzgebenden Körperschaft vorgelegt werden.“

26. In ihrer Stellungnahme zum Hauptgutachten 2006/2007 äußerte sich die Bundesregierung dahingehend, dass sie das Ziel, im Regulierungsrecht einheitliche Standards für alle regulierten Bereiche festzulegen, unterstützt. Die Bundesregierung sicherte zu, sich dafür einzusetzen, dass im Allgemeinen Eisenbahngesetz (AEG), im Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) und im Postgesetz (PostG) ein dem § 46 Abs. 2a GWB und dem § 121 Abs. 3 Satz 3 TKG entsprechendes Akteneinsichtsrecht vorgesehen wird.⁸

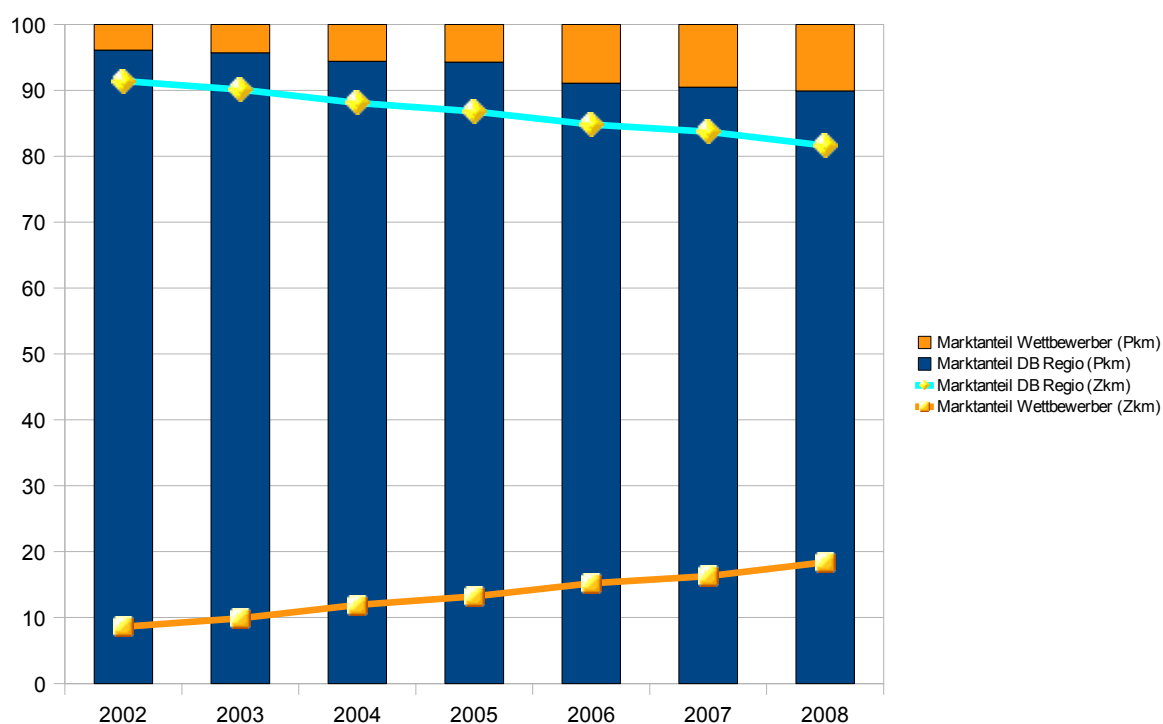
⁸ Vgl. Stellungnahme der Bundesregierung zum Siebzehnten Hauptgutachten der Monopolkommission 2006/2007, BT-Drs. 16/11558 vom 19. Dezember 2008, Tz. 14.

2. Wettbewerbsentwicklung und Wettbewerbshindernisse im Schienenpersonennahverkehr

27. Die Wettbewerbsentwicklung im Schienenpersonennahverkehr (SPNV) hat sich in den vergangenen zwei Jahren in geringem Tempo fortgesetzt. Der Marktanteil der nichtbundeseigenen Eisenbahnen wuchs dabei etwa im Trend der Jahre zuvor. Im Jahr 2008 hatten die Wettbewerber der Deutschen Bahn AG einen Marktanteil von 10,1 % an den in Personenkilometern (Pkm) gemessenen Verkehrsleistungen, die im deutschen SPNV erbracht wurden. Gegenüber 2006 beträgt die Steigerung des Marktanteils der Wettbewerber hier lediglich 1,2 Prozentpunkte. Im Gegensatz dazu bemisst sich der Marktanteil der Wettbewerber deutlich höher, wenn die Verkehrsleistung anstelle nach dem Transport von Personen über eine bestimmte Distanz nach der von Zügen zurückgelegten Zahl an Kilometern bemessen wird. Gemessen an der Verkehrsleistung in Zugkilometern (Zkm) beträgt der Marktanteil der Wettbewerber 18,4 % und liegt damit 3,2 Prozentpunkte höher als noch 2006. Dieser Unterschied legt offen, dass die Wettbewerber vermehrt Nebenstrecken mit geringerem Transportaufkommen bedienen, während die stark frequentierten Hauptstrecken bisher überwiegend durch die Nahverkehrstochter der Deutschen Bahn AG, die DB Regio AG, bewirtschaftet werden.

Abbildung 2.1:

Marktanteile der Wettbewerber im deutschen SPNV



Quellen: Wettbewerbsberichte der DB AG, Statistisches Bundesamt; eigene Darstellung

28. Ein stetiges Wachstum des Wettbewerbs im SPNV wird von der Monopolkommission nicht verkannt. In den vergangenen Jahren sind vermehrt Wettbewerber in den Markt für SPNV-Leistungen eingetreten. Neben der DB Regio sind mit der SBB (Schweiz) und Keolis (Beteiligung durch die französische SNCF) zwei ausländische Staatsbahnen als aktive Wettbewerber auf dem Markt aktiv. Hinzu kommen sechs Konzernunternehmen (Arriva, Abellio/NedRailways, BeNex/ Hochbahn, Rhenus, Transdev und Veolia Verkehr), drei Landesbahnen (AKN, HLB, SWEG/HZL) und fünf Kommunalbahnen (AVG, EiB, CVAG, Saarbahn, KVG Kassel). Obwohl die Marktstruktur

heute durch eine Reihe von Wettbewerbern gekennzeichnet ist, bleibt festzustellen, dass die DB Regio zusammen mit ihren Tochterunternehmen weiterhin das dominierende Unternehmen auf dem deutschen SPNV-Markt ist. Die Situation einer langsamen, aber stetigen Wettbewerbsentwicklung ist vor dem Hintergrund zu beurteilen, dass die Marktöffnung für Wettbewerber mit der Regionalisierung des SPNV 1996 erfolgte. Seither ist es der Deutschen Bahn AG gelungen, ihre herausragende Position auf dem Markt mit deutlich über 80 % Marktanteil zu halten.

29. Aus wettbewerbsökonomischer Perspektive kann allein anhand der absoluten Daten über die Marktstruktur noch keine belastbare Aussage über den Erfolg der Wettbewerbsentwicklung getroffen werden. Zu prüfen bleibt, auf welche Einflüsse die gegenwärtige Marktstruktur zurückzuführen ist. Um eine Einordnung der dargestellten Wettbewerbsentwicklung möglich zu machen, ist nach Auffassung der Monopolkommission nachfolgend zu untersuchen, ob auf dem Markt relevante Wettbewerbshindernisse vorliegen. Dafür sollen zunächst die Entwicklungen auf dem SPNV-Markt dargestellt werden. In der Folge befasst sich die Monopolkommission mit der Effizienz freihändiger Vergaben von Verkehrsverträgen. Die Vergabeform ist abhängig von den komplexen Vorschriften aus deutschem und europäischem Recht. Die Monopolkommission gibt dazu einen Überblick über die Rechtslage und weist auf aktuelle Probleme hin. Abschließend äußert sie sich über verbleibende Hindernisse im Bereich des SPNV, die einem effektiven Wettbewerb entgegenwirken.

2.1 Vergabe von SPNV-Verträgen

30. Auf den Märkten für Eisenbahnverkehrsleistungen wurde der Übergang zu liberalisierten Wettbewerbsmärkten in unterschiedlicher Form verwirklicht. Das für den SPNV gewählte Wettbewerbsmodell unterscheidet sich dabei grundsätzlich von denen im Schienenpersonenfernverkehr und im Schienengüterverkehr. Während bei den letzteren Verkehrsleistungen die Eisenbahnverkehrsunternehmen aus eigener Initiative Verkehre anbieten, werden im SPNV Verkehre durch staatliche Aufgabenträger bestellt. Hintergrund ist, dass sich kaum eine deutsche SPNV-Verbindung unter den gegenwärtigen Rahmenbedingungen aus sich selbst heraus rentabel bedienen lässt.⁹ Deshalb müssen im SPNV zur Versorgung der Bevölkerung mit schienengebundenen Nahverkehrsleistungen immer öffentliche Mittel aufgewendet werden. Das im Zuge der Bahnstrukturreform verabschiedete Regionalisierungsgesetz (RegG) garantierte den Ländern zu diesem Zweck Finanzmittel aus dem Mineralölsteueraufkommen des Bundes. Seit 1996 allozieren die Länder diese Regionalisierungsmittel nach eigenem Ermessen, im Wesentlichen durch die Vergabe von Verkehrsaufträgen an SPNV-Unternehmen. Daher wird im Zusammenhang mit bestellten Schienenpersonennahverkehren auch von „Bestellverkehren“, bei den für die Leistung gezahlten Entgelten von „Bestellerentgelten“ gesprochen. Auf diese Weise ist stets sichergestellt, dass der Staat auch innerhalb eines wettbewerblichen Ordnungsrahmens seine Verantwortung für ein flächendeckendes Nahverkehrsangebot wahren kann. Viele Bundesländer haben ihre Aufgabe an Zweckverbände delegiert, welche die SPNV-Leistungen mit den ihnen zugewiesenen Mitteln einkaufen.¹⁰ Ziel der Regionalisierung war es, einen Markt für Leistungen im Schienenpersonennahverkehr zu entwickeln. Bei der Vergabe von Verkehrsleistungen sollen Verkehrsverträge zukünftig mit den Unternehmen geschlossen werden, die die geforderte Leistung am günstigsten erbringen können.

31. Die Vergabe von Verkehrsaufträgen kann dabei auf unterschiedliche Art und Weise erfolgen. Das aus ökonomischen Motiven häufig geforderte Vergabekonzept ist dabei die Ausschreibung. An dieser können sich konkurrierende Verkehrsunternehmen mit Angeboten beteiligen. Wesentliche

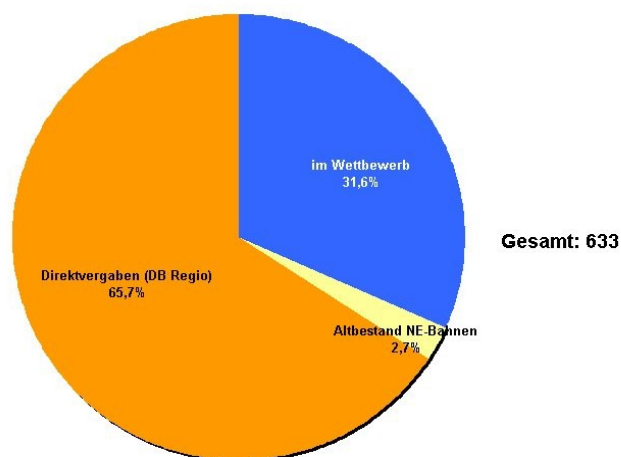
⁹ Durchschnittlich finanzieren sich die Verkehre im SPNV nur zu 40 % aus den Fahrgeldeinnahmen, sodass 60 % der Kosten aus Fördermitteln gedeckt werden müssen. Vgl. Mitusch, K. u.a., Wettbewerbsaussichten im Schienenpersonenfernverkehr. Studie der IGES Institut GmbH im Auftrag der Monopolkommission, Berlin 2009, S. 9 f.

¹⁰ Vgl. ausführlich Monopolkommission, Sondergutachten 48, a.a.O., Tz. 57 ff und 124 ff.

Wettbewerbsdeterminante sind die für die spezifizierte Leistung geforderten Bestellerentgelte. Eine andere gängige Möglichkeit ist die freihändige Vergabe der Leistungen durch die Aufgabenträger an einen bestimmten Anbieter.

Abbildung 2.2:

**Anteil der Erstvergaben im Wettbewerb am Marktvolumen 2011
(Zugkilometer)**



Quelle: Wettbewerber-Report Eisenbahn 2008/2009, S. 32, leicht modifiziert

32. Aufgrund des hohen Planungsbedarfs vor der Betriebsaufnahme von SPNV-Verkehren benötigen wettbewerbliche Vergaben einen erheblichen zeitlichen Vorlauf. Die Betriebsaufnahme zur im Dezember 2010 beginnenden Fahrplanperiode ist deshalb nur in dem Fall möglich, dass das siegreiche Unternehmen bereits jetzt feststeht. Insoweit lässt sich zum gegenwärtigen Zeitpunkt feststellen, wie hoch der Anteil des Verkehrsaufkommens 2011 (in Zugkilometern) sein wird, bei dem es mindestens einmal zu einer Ausschreibung gekommen ist. Dieser Anteil liegt bei 31,6 %.¹¹ Demgegenüber steht ein Anteil von 65,7 % der 2011 bewirtschafteten Zugkilometer, die die Deutsche Bahn AG durch Direktvergaben erhalten hat.

33. Das bis heute verhältnismäßig geringe Ausschreibungsvolumen weist nach ganz überwiegender Anschauung auf eine noch unzureichende Wettbewerbsintensität hin. Der beständig hohe Anteil an Direktvergaben an die Deutsche Bahn AG erklärt sich insbesondere aus der zweiten Generation großer Verkehrsverträge, die in den Jahren 2002 bis 2004 geschlossen wurden. Damals liefen die ersten unmittelbar nach der Liberalisierung vereinbarten Verkehrsverträge zwischen den Bundesländern und der DB Regio aus, sodass sich die Länder mit der Entscheidung konfrontiert sahen, ob sie zukünftig eine wettbewerbliche Vergabe der Nahverkehrsaufträge anstreben wollten. Einige Bundesländer entschieden sich damals dafür, den neuen Verkehrsvertrag wieder freihändig an die DB Regio zu vergeben. In der Folge wurden in diesen Jahren verschiedene Verkehrsaufträge mit sehr großen Verkehrsvolumina direkt vergeben, die regelmäßig eine Laufzeit von zehn bis zwölf Jahren aufwiesen.¹² Entsprechend einer Änderung der Vergabeordnung im Jahre 2002 waren die meisten dieser Verträge so angelegt, dass ein auf durchschnittlich 30 % taxierter „wesentlicher Teil“ der Leistungen bereits vor Ende der Vertragslaufzeit auslief und anschließend im Wettbewerb

¹¹ Angaben der Wettbewerber der Deutschen Bahn AG.

¹² Verkehrsverträge mit einer Laufzeit von zehn und mehr Jahren wurden z.B. 2002 in Thüringen, 2003 in Baden-Württemberg und 2004 in Bayern abgeschlossen. Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 48, a.a.O., Tz. 217.

vergeben werden sollte. Durch dieses Konzept sollten die Direktverträge abgeschmolzen und den Wettbewerbern – von denen viele noch kein großes Ausschreibungsvolumen bewältigen konnten – sukzessive der Marktzugang eröffnet werden.¹³

Tabelle 2.1:

Bekannte Wettbewerbsfahrpläne einzelner Bundesländer

Bundesland	Wettbewerbsfahrplan
Schleswig-Holstein	Schleswig-Holstein wird bis 2014 alle DB-Leistungen im Wettbewerb vergeben haben.
Niedersachsen	In Niedersachsen werden bis Ende 2014 alle mehrheitlich niedersächsischen Netze mindestens einmal im Wettbewerb vergeben worden sein, bis 2017 auch alle Nachbarnetze. Große Netze, die in einem wettbewerblichen Verfahren vergeben werden sollen, sind mit 8,7 Mio. Zugkilometern die S-Bahn Hannover und mit 6,9 Mio. Zugkilometern das RE-Kreuz Bremen. Die Betriebsaufnahme ist für Ende 2012 vorgesehen.
Bremen	In Bremen sollen Ende 2012 (mit dem RE-Kreuz Bremen) alle Netze im Wettbewerb vergeben sein.
Sachsen	Dresden/VVO: Ausschreibung aller Binnenverkehrsleistungen und Leistungen zum Zweckverband für den Nahverkehrsraum Leipzig (ZVNL) mit dem Ziel der Betriebsaufnahme in 2012.
Thüringen	Die Nahverkehrsservicegesellschaft Thüringen wird alle Leistungen sukzessive in offenen Verfahren ausschreiben bzw. beteiligt sein. Zwei Verfahren laufen bereits, zwei weitere werden derzeit intensiv vorbereitet. Durch die zukünftige Netzbildung bzw. Fahrzeugverfügbarkeit (NeiTech-Fahrzeuge) und Vertragslaufzeiten benachbarter Aufgabenträger wird der große Verkehrsvertrag sukzessive in den Wettbewerb überführt. Aus dem großen Verkehrsvertrag mit der DB Regio AG werden zum Fahrplanwechsel 2011/2012 bereits rund ein Drittel der Verkehrsleistungen herausgelöst.
Hessen	Hessen wird weiterhin an einem strikten Ausschreibungskurs festhalten.
Nordrhein-Westfalen	Die nordrhein-westfälischen Zweckverbände haben in einer Rahmenvereinbarung vorgesehen, neun Linien in drei Teilnetzen mit insgesamt rund 18 Mio. Zugkilometern Gesamtleistung bis 2014 im Wettbewerb zu vergeben, die ersten Ausschreibungen des Paketes erfolgten bereits 2008. Darüber hinaus haben der VRR und die DB Regio NRW in einem Eckpunktepapier vereinbart, die Laufzeit des ursprünglichen VRR-DB-Vertrages auf Ende 2016 zu verkürzen, die auslaufenden Leistungen werden ebenfalls ausgeschrieben.
Bayern	Der zweite Verkehrsdurchführungsvertrag, den der Freistaat Bayern mit DB Regio geschlossen hat und der im Jahr 2003 rund 98 Mio. Zugkilometer umfasste, läuft Ende 2013 aus. Zwischen 2003 und 2009 wurde ein Gesamtvolumen von rd. 42 Mio. Zugkilometer im Wettbewerb vergeben. Bis zum Auslaufen des Vertrages werden weitere Wettbewerbsprojekte im Umfang von rd. 14 Mio. Zugkilometern ausgeschrieben, die 2014 in Betrieb gehen sollen. Für die Zeit nach 2013 ist vorgesehen, die marktverträgliche Vergabepolitik der letzten Jahre unvermindert fortzusetzen, sodass bis Ende 2024 der gesamte SPNV in Bayern im Wettbewerb vergeben sein wird. Dieses Vorgehen setzt voraus, dass die Leistungen, die bis 2014 nicht im Wettbewerb vergeben werden können – teils auch, weil sie noch durch Vertrag gebunden sind (S-Bahn München und Nürnberg, SOB) –, von einem leistungsfähigen Unternehmen erbracht werden müssen. Dieser Dienstleistungsauftrag wurde im EU-Amtsblatt veröffentlicht und wird im sog. Fünf-Schritte-Verfahren vergeben. Der Wettbewerbsfahrplan mit den voraussichtlichen Inbetriebnahmezeitpunkten kann auf der Internetseite der BEG unter www.bayern-takt.de eingesehen werden
Baden-Württemberg	Von Baden-Württemberg sind Überlegungen bekannt, einen Wettbewerbsfahrplan aufzustellen.

Quelle: BAG-SPNV

¹³ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 48, a.a.O., Tz. 221.

34. Die relativ geringen Abschmelzraten der großen Verträge führten dazu, dass bis dato nur etwa ein Drittel der bestehenden SPNV-Verträge im Wettbewerb vergeben wurde. Für die Zukunft hat diese Vergabep Praxis zur Folge, dass zwischen 2012 und 2018 ein sehr großes Verkehrsvolumen neu auf den Markt kommt. Wie groß der Anteil der Ausschreibungen dabei genau ausfallen wird, ist heute nur teilweise abzusehen.¹⁴ Nach den bisherigen Wettbewerbsfahrplänen ist jedoch damit zu rechnen, dass der Anteil der ausgeschriebenen Verkehre deutlich zunehmen wird und dass das insgesamt jährlich ausgeschriebene Verkehrsvolumen das heutige um ein Vielfaches übersteigt (vgl. Tabelle 2.1). Das künftige Abschmelzkonzept verschiedener Länder ist jedoch noch unbekannt, sodass abzuwarten bleibt, ob bis 2018 ein signifikant hoher Anteil der Nahverkehrsverträge im Wettbewerb vergeben sein wird. Wettbewerber der Deutschen Bahn AG geben an, dass Aufgabenträger in Baden-Württemberg, Rheinland-Pfalz, NRW/Rheinland, Saarland, Sachsen/Mittelsachsen, Thüringen und Sachsen-Anhalt noch keine Angaben zu ihren Vergabeplänen gemacht haben.

2.2 Vergabeformen und Überkompensation

35. Kritik an den zahlreich erfolgten Direktvergaben an die DB Regio erfolgte stets unter der Vermutung, dass diese Vergabeform nur in geringem Maße auf Markt- und Wettbewerbsprozessen basiert und dadurch sowohl Effizienzchancen ungenutzt blieben als auch eine Überkompensation erfolgte. Die Monopolkommission verkennt nicht, dass die Abgrenzung zwischen einer effizienten und einer ineffizienten Vergabe aus theoretischer Sicht nur eingeschränkt aus der Vergabeform erfolgen kann. Obwohl die Ausschreibung in vielen Fällen ein Merkmal für eine wettbewerbliche Vergabe sein kann, kann auch sie Wettbewerbsbeschränkungen beinhalten, indem beispielsweise das Ausschreibungsdesign auf einen bestimmten Bieter zugeschnitten wird. Eine freihändige Vergabe kann im Negativbeispiel auf dem Wege einer „Hinterzimmervergabe“ erfolgen, im positiven Fall kann eine transparente Direktvergabe jedoch auch eine Verhandlungslösung darstellen. Die Direktvergabe ist deshalb theoretisch ebenfalls in der Lage, über Verhandlungen für ein effizientes Vertragsergebnis zu sorgen. Verhandlungsökonomisch ist diese Chance umso besser, je eher beide Seiten über externe Alternativen zu ihrem Verhandlungspartner verfügen, wenn also ein polypolistisch strukturierter Markt vorliegt. Unabhängig vom Verhandlungsergebnis bieten Direktvergaben möglicherweise Transaktionskostenvorteile gegenüber den im Vergleich relativ aufwendigen Ausschreibungen. Je eher eine transparente Verhandlungslösung angestrebt wird, desto eher schwinden jedoch die Transaktionskostenvorteile einer Direktvergabe. Höhere Intransparenz macht die Vergabe wiederum anfälliger gegenüber politischem Lobbyismus, Korruption und Fehlern aufgrund von Informations- und Kontrollproblemen.

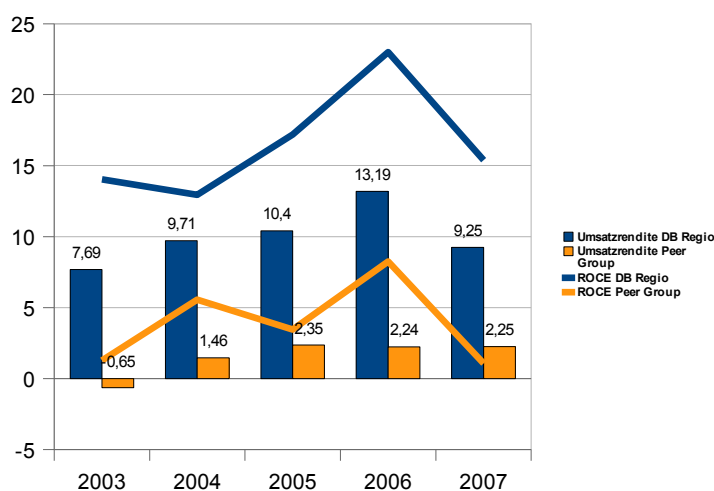
36. Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass in den meisten Fällen die Ausschreibung von SPNV-Leistungen den Anforderungen an Transparenz und Diskriminierungsfreiheit besser gerecht wird als eine freihändige Vergabe. Dafür liegen verschiedene empirische Anhaltspunkte vor, die belegen, dass Ausschreibungen bisher zu effizienteren Vertragsergebnissen geführt haben. Branchenfachleute und Vertreter von Wettbewerbern der Deutschen Bahn AG haben darauf hingewiesen, dass der Übergang einzelner direkt vergebener SPNV-Verbindungen in den Ausschreibungswettbewerb in vielen Fällen zu einer Senkung der Bestellerentgelte geführt hat. Als Beispiel hierfür soll die Strecke München-Passau dienen, die als Bestellverkehr dem Nahverkehr zuzuordnen ist. Bisher bedient DB Regio diese Strecke für 8,50 EUR je Zugkilometer auf der Basis einer Direkt-

¹⁴ Wesentliche Determinante für die insgesamt von den Aufgabenträgern bestellten Zugleistungen ist das zukünftige Volumen der Regionalisierungsmittel. Waren die Finanzmittel 2006 und 2007 leicht gekürzt worden, einigten sich Bund und Länder Ende 2007 darauf, ab 2009 die Erhöhung der Mittel um jährlich 1,5 % wieder aufzunehmen. 2014 soll dann eine erneute Überprüfung folgen. Dem stehen Preissteigerungen bei Trassen und Stationspreisen gegenüber, sodass nur von geringen Änderungen der für SPNV-Leistungen real zur Verfügung stehenden Mittel ausgegangen werden kann.

vergabe. Nach Auslaufen des Vertrages gewann die DB Regio die Ausschreibung um diese Strecke. Ab Dezember 2009 wird das Unternehmen nun die gleiche Strecke für 0,75 EUR je Zugkilometer befahren. Ein Indiz über die Ineffizienz der Direktvergaben ergibt sich auch aus den in Abschnitt 2.1.3.1 aufgeführten Verfahren, die eine Überkompensation der DB Regio zum Gegenstand hatten.¹⁵ Offenkundig wird dies vor allem anhand eines durch die EU-Kommission eingeleiteten Beihilfahauptverfahrens gegen den Verkehrsverbund Berlin-Brandenburg, der 2002 einen großen Verkehrsauftrag direkt an die DB Regio vergeben hatte.¹⁶ In ihrem Eröffnungsbeschluss hebt die Europäische Kommission die unklaren Berechnungsmethoden des Ausgleichs für die gemeinwirtschaftlichen Leistungen als Indiz für die Überkompensation hervor. Zum anderen wird angedeutet, dass auch eine überdurchschnittliche Umsatzrendite der DB Regio AG einen Hinweis auf Überkompensation darstellen kann.

Abbildung 2.3:

Geschäftsergebnisse der DB Regio zwischen 2003 und 2007



Quelle: Bureau van Dijk, „Amadeus“-Datenbank (Stand: April 2008); eigene Darstellung

37. Die Höhe der aus direkt vergebenen Verträgen erzielten Renditen stellt keinen exakten Benchmark dafür dar, dass eine Überkompensation in diesen Fällen vorliegt. Überdurchschnittlich hohe Renditen könnten zum einen auch auf eine effiziente Bewirtschaftung des Verkehrsangebots zurückgeführt werden; im Falle geringer Renditen kann die Überkompensation hingegen hinter überdurchschnittlich hohen Kosten verborgen bleiben. Dennoch lässt sich aus überdurchschnittlichen Umsatzrenditen bei Direktvergaben an das ehemalige Staatsunternehmen ein starkes Indiz für Überkompensation herleiten, da die Wahrscheinlichkeit einer konstant überlegenen Effizienz einzelner Unternehmen der Bahnbranche gering ist. Vielmehr zeigen die Erfahrungen in anderen Netzindustrien, dass der ehemalige Staatsmonopolist aufgrund von Altlasten eine geringere Kosteneffizienz aufweist. In Deutschland wurden direkt vergebene SPNV-Verträge in der Regel mit

15 Für einzelne Vergaben haben Branchenakteure der Monopolkommission außerdem Gutachten vorgelegt, in welchen die Gesamtkompensation der DB Regio im Fall eines direkt vergebenen Verkehrsvertrages einem „Marktvergleichspreis“ gegenübergestellt wurde. Danach erwirtschaftet die DB Regio durchschnittlich zu hohe Renditen.

16 Vgl. EU-Kommission, Verfahren zur Durchführung der Wettbewerbspolitik, Staatliche Beihilfe C 47/07 (ex NN 22/05) – Öffentlicher Dienstleistungsvertrag zwischen Deutsche Bahn Regio und den Ländern Berlin und Brandenburg, ABl. EU Nr. C 35 vom 8. Februar 2008, S. 13.

der DB Regio geschlossen. Die DB Regio weist deshalb einen überdurchschnittlichen Anteil von durch freihändige Vergabe erhaltenen Aufträgen in ihrem Leistungsportfolio auf. Die Abbildung 2.3 zeigt die Rendite der DB Regio in den vergangenen Jahren. Für einen Grobvergleich wurden den Geschäftsergebnissen der DB Regio außerdem die arithmetischen Mittelwerte von 59 europäischen Unternehmen der Peer-Group „passenger rail transport interurban“ der Amadeus-Unternehmensdatenbank gegenübergestellt.

2.3 Vergaben von SPNV-Aufträgen im Lichte von Vergabe- und Beihilfenrecht

38. Die Vergabe von Verkehrsaufträgen im SPNV ist Gegenstand einer intensiven rechtlichen Diskussion um die Anforderungen, die sich insbesondere aus den europäischen und deutschen Normen des Beihilfen- und Vergaberechts ergeben. Vor allem die freihändige Vergabe großer Verkehrsaufträge an die DB Regio zwischen 2002 und 2004 hat dazu geführt, dass sich die Wettbewerber im SPNV rechtlich gegen die Vergabepaxis bestimmter Aufgabenträger zur Wehr gesetzt haben. Große Aufmerksamkeit erregte dabei das Beihilfeverfahren der Europäischen Kommission gegen den Verkehrsverbund Berlin-Brandenburg und der Rechtsstreit des Verkehrsverbundes Rhein-Ruhr (VRR) mit der DB Regio. Auf die Vergabe von ab Dezember 2009 geschlossenen Verkehrsverträgen wird zudem die 2007 erlassene EG-Verordnung 1370/2007¹⁷ Einfluss nehmen.

39. Die Rechtslage wird auch unter Experten als komplex wahrgenommen. Diverse Gerichtsurteile unterschiedlicher Instanzen konnten bisher keine Klärung herbeiführen. Eine Überlagerung verschiedener rechtlicher Problemkreise hat dazu beigetragen, dass die einst durch die Modernisierung des Eisenbahnrechts intendierten Wettbewerbsziele gegenüber aufwendigen Rechtsstreitigkeiten teilweise in den Hintergrund getreten sind. Die nachfolgend dargestellte Rechtslage bietet weiterhin viel Raum für juristische Auseinandersetzungen. Vorab weist die Monopolkommission darauf hin, dass durch den Mangel an Klarheit und Kohärenz in den betroffenen Vorschriften viel wettbewerbliches Potenzial im SPNV-Markt verschenkt wird.

40. Betroffen sind insbesondere Vorgaben für SPNV-Auftragsvergaben, die sich aus Vergabe- und Beihilfenrecht ergeben. Bei der Vergabe von Nahverkehrsverträgen handelt es sich um die Nachfrage privatwirtschaftlicher Leistungen durch öffentliche Auftraggeber. Um die Gefahr einer sachwidrigen Bevorzugung bestimmter Auftragnehmer auszuschließen, sind bei der Vergabe von Dienstleistungen die Vorgaben des deutschen und europäischen Vergaberechts zu beachten. Gleichzeitig wird durch die Vergabe von Verkehrsaufträgen auch das europäische Beihilfenrecht tangiert, da die von den Aufgabenträgern gezahlten Entgelte prinzipiell geeignet sind, selektiv private Nahverkehrsunternehmen aus öffentlichen Mitteln zu begünstigen.

41. Die Darlegung der Rechtslage erfordert den Rückgriff auf die Situation für den gesamten öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) vor der teilweisen Privatisierung der Leistungen. Zu dieser Zeit war es üblich, den kommunalen Nahverkehrsunternehmen das am Ende des Jahres angelaufene Defizit pauschal auszugleichen. 1969 erließ die Europäische Gemeinschaft die für Ausgleichszahlungen im Verkehrssektor einschlägige Verordnung 1191/69¹⁸. Ziel der Verordnung war es, die Wettbewerbsbedingungen für europäische Verkehrsunternehmen einander anzugleichen. Durch die einheitliche Abgeltung gemeinwirtschaftlicher Aufgaben sollte im europäischen Raum ein „level playing field“ geschaffen werden. Zu diesem Zweck normiert die Verordnung einheitliche Berechnungsstandards für die Abgeltung bestimmter Beförderungs- und Tarifpflichten, die den Verkehrs-

¹⁷ Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates, ABl. EU Nr. L 315 vom 3. Dezember 2007, S. 1.

¹⁸ Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 Des Rates vom 26. Juni 1969 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs, ABl. EG Nr. L 156 vom 28. Juni 1969, S. 1.

unternehmen im gemeinwirtschaftlichen Interesse auferlegt wurden (Prinzip der Auferlegung).¹⁹ Gleichzeitig waren Ausgleichszahlungen auf der Basis der Verordnung 1191/69 gemäß Art. 17 Abs. 2 von der Notifizierungspflicht für Beihilfen bei der Europäischen Kommission befreit. Vom materiellen Beihilfenverbot gemäß Art. 87 Abs. 1 EGV wurden diese Leistungen zwar erfasst. Allerdings war davon auszugehen, dass Ausgleichszahlungen für Verkehrsleistungen im öffentlichen Interesse auf der Basis der Verordnung 1191/69 neben weiteren, die in der Verordnung 1107/70²⁰ aufgeführt sind, von der speziellen Bereichsausnahme für Beihilfen im Verkehrssektor des Art. 73 EGV profitierten und deshalb beihilfenrechtlich freigestellt waren.

42. Bestrebungen, den ÖPNV für den Wettbewerb zu öffnen, führten 1991 zur Aufnahme einer optionalen Möglichkeit in die Verordnung 1191/69, gemäß Art. 1 Abs. 4 gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auf der Basis von Verkehrsverträgen abzugelten (Prinzip der speziellen Entgeltlichkeit).²¹ Für den Bereich des SPNV in Deutschland wurde die Regelung mit der rechtlichen Privatisierung der Deutschen Bundesbahn und der Regionalisierung des Nahverkehrs 1996 relevant, da ab diesem Zeitpunkt die neuen regionalen Aufgabenträger Verkehrsverträge über die Erbringung der SPNV-Leistungen abschließen mussten, für die Bestellerentgelte ausgeschüttet wurden. Vor diesem Hintergrund war die Rechtslage um die Regelungen, die sich aus dem Beihilfen- und Vergaberecht für die Bestellung von SPNV-Leistungen nach Vertrag ergeben, neu zu bewerten.

2.3.1 *Beihilfenrechtliche Situation*

2.3.1.1 *Rechtslage bis zum 2. Dezember 2009*

43. Beihilfenrechtlich hängt die Rechtslage davon ab, ob alle auf der Basis der Verordnung 1191/69 geschlossenen Verkehrsverträge gemäß Art. 73 EGV vom Beihilfenverbot des Art. 87 Abs. 1 EGV ausgenommen sind. Da Leistungen im SPNV in Deutschland gemäß § 15 Abs. 1 AEG auf der Basis der Verordnung 1191/69 zu erbringen sind, stellen sie im Gegensatz zum Straßenpersonennahverkehr (ÖSPV) keine Teilbereichsausnahme von dieser Verordnung dar. 2003 hatte der Europäische Gerichtshof im Verfahren „Altmark Trans“ entschieden, dass Zuwendungen im Verkehrssektor, die aufgrund einer Teilbereichsausnahme nicht der Verordnung 1191/69 unterliegen, bestimmten Kriterien folgen müssen, um nicht als Beihilfe klassifiziert zu werden.²² Da im SPNV allerdings die Anwendbarkeit der Verordnung 1191/69 gegeben war, blieb weiterhin fraglich, inwieweit auch hier die Anwendung des europäischen Beihilfenrechts auf Zuwendungen aus Verkehrsverträgen ausgeschlossen ist. In der Folge bildeten sich zwei konträre Meinungen: Einer Auffassung nach fallen alle Zuwendungen aus Verkehrsverträgen, die auf der Basis der Verordnung 1191/69 geschlossen wurden, unter die Bereichsausnahme des Art. 73 EGV und sind damit als Ausnahme vom Beihilfenverbot zu behandeln. Dies fußt unter anderem darauf, dass der Europäische Gerichtshof die Anwendung der Altmark-Trans-Kriterien nur für die von der Verordnung 1191/69 nicht eingeschlossenen Verkehrsverträge vorgegeben hat. Zu beachten sei außerdem die explizite Befreiung von der beihilfenrechtlichen Notifizierungspflicht gemäß Art. 17 Abs. 2 der Verordnung.

19 Gemäß Art. 3 Abs. 1 VO 1191/69 waren die Mitgliedstaaten zudem gehalten, für den Fall, dass mehrere Lösungen eine ausreichende Verkehrsbedienung sicherstellen könnten, deren günstigste zu wählen. In jüngerer Zeit wurde von interessierter Seite deshalb vielfach auf eine Ausschreibungspflicht von SPNV-Leistungen auf der Basis dieser Vorschrift geschlossen, da nur so die günstigste Verkehrsbedienung sichergestellt werden könne. Zum Zeitpunkt der Einführung der Norm war die Ausschreibungspraxis jedoch nicht verbreitet und eine entsprechende Pflicht wurde mit der Verordnung nicht beabsichtigt. Teleologisch und rechtssystematisch muss deshalb davon ausgegangen werden, dass auch heute hieraus keine Ausschreibungspflicht abgeleitet werden kann.

20 Verordnung (EWG) Nr. 1107/70 des Rates vom 4. Juni 1970 über Beihilfen im Eisenbahn-, Straßen und Binnenschiffsverkehr. ABL. EG Nr. L 130 vom 15. Juni 1970, S. 1.

21 Verordnung (EWG) Nr. 1893/91 des Rates vom 20. Juni 1991 zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs, ABL. EG Nr. L 161 vom 29. Juni 1991, S. 1.

22 Vgl. EuGH, Urteil vom 24. Juli 2003, Rs. C-280/00, Altmark Trans, Rn. 87 f., Slg. 2003, I-7747.

Die Monopolkommission sieht die Rechtslage mit der konkurrierenden Ansicht jedoch weniger eindeutig. Im Fall „Altmark Trans“ bestimmte der Europäische Gerichtshof die Kriterien, unter denen Zuwendungen im Verkehrssektor keine Beihilfen im Sinne des Beihilfenverbots darstellen. Dazu schloss er unter anderem eine Überkompensation für gemeinwirtschaftliche Leistungen aus. Vor der Änderung der Verordnung 1191/69 und der Möglichkeit, gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen auch vertraglich zu bestellen, war eine Überkompensation für im Rahmen der Verordnung 1191/69 entrichteten Ausgleichszahlungen gar nicht zulässig. Somit standen die Ausgleichsmethoden der Verordnung 1191/69 mit dem Kriterium eines Verbots von Überkompensation im Einklang. Mit dem Wechsel hin zu vertraglichen Leistungen gemäß Art. 1 Abs. 4 und Art. 14 VO 1191/69 hat sich die Situation geändert. Die Ausgleichszahlung bzw. das Bestellerentgelt war im Falle vertraglicher Leistungen vor Betriebsaufnahme im Vertrag festzulegen. In seinem Urteil im Fall „Combus“ stellte das Gericht erster Instanz 2004 fest, dass Verkehrsleistungen, die durch einen Verkehrsvertrag erbracht werden, anders als auferlegte Leistungen nicht nach den gemeinsamen Methoden der Abschnitte II, III und IV dieser Verordnung berechnet werden können.²³ Dieser Auffassung folgend unterliegt die Ausgleichszahlung aus Verkehrsverträgen somit keinen standardisierten Vorgaben entsprechend dem ursprünglichen Sinn und Zweck der Verordnung 1191/69. Im Falle einer Ausschreibung vertraglicher Leistungen ist das Bestellerentgelt zwar einer Kontrolle des Marktes ausgesetzt. Dies trifft jedoch nicht auf den Fall einer freihändigen Vergabe zu. Die Monopolkommission geht deshalb davon aus, dass in diesen Fällen die Anwendung der materiell-beihilfenrechtlichen Kontrolle möglich bleibt.

44. Der Konflikt um die dargestellte Anwendung des Beihilfenrechts bei Verkehrsverträgen hat sich in zwei Verfahren niedergeschlagen, die von Branchenexperten mit hohem Interesse verfolgt wurden. Am 23. Oktober 2007 beschloss zunächst die Europäische Kommission, ein Beihilfeprozessverfahren gegen Deutschland einzuleiten.²⁴ Das Verfahren richtete sich gegen den Ende 2002 geschlossenen und bis Ende 2012 laufenden Verkehrsvertrag zwischen den Ländern Berlin und Brandenburg und der DB Regio AG, der eine Kompensation von 2,5 Mrd. EUR für die darin vereinbarten Verkehrsleistungen vorsah. Dem Verfahren war 2003 eine Beschwerde des Eisenbahnverkehrsunternehmens Connex vorausgegangen, das sich auf diese Weise rechtlich gegen die Praxis der freihändigen Vergaben großer Auftragsvolumen an den Wettbewerber DB Regio zu wehren versuchte. Infrage steht, ob es bei dem Abschluss dieses Verkehrsvertrages zu einer Überkompensation der DB Regio gekommen ist.²⁵ Die Europäische Kommission bekräftigte in ihrer Bekanntmachung über die Verfahrenseröffnung, dass sie die Kriterien des Europäischen Gerichtshofs aus dem Fall „Altmark Trans“ für anwendbar hält. Damit sei zu prüfen, ob es bei dem Verkehrsvertrag zu einer Überkompensation und damit einer Verletzung des dritten Altmark-Trans-Kriteriums gekommen sei. Das Verfahren ist bislang nicht abgeschlossen, sodass je nach Ausgang die Möglichkeit ei-

²³ Im Fall „Combus“ entschied das Gericht erster Instanz 2004, dass Beihilfen, die der dänische Staat dem Verkehrsunternehmen Combus gewährt hatte, nicht mit dem europäischen Beihilfenrecht vereinbar seien. Grundlage war, dass Combus bzw. der neue Eigentümer Arriva diese Leistungen neben vertraglichen Leistungen aus Ausschreibungen erhalten sollte. Combus war bei der Finanzierung in eine wirtschaftliche Schieflage geraten. Die Europäische Kommission hatte die Beihilfen als gemeinwirtschaftliche Leistungen im Sinne der Verordnung 1191/69 genehmigt und mit dem Beihilfenrecht für vereinbar erklärt. Im Rahmen der Entscheidung traf das Gericht zudem Aussagen über die Nichtanwendbarkeit der Berechnungsmethoden der Abschnitte II, III der IV VO 1191/69 im Falle vertraglicher Leistungen. Vgl. EuG, Urteil vom 16. März 2004, Rs. T-157/01, Combus, Rn. 80, Slg. 2004, II-917.

²⁴ Vgl. EU-Kommission, Verfahren zur Durchführung der Wettbewerbspolitik, Staatliche Beihilfe C 47/07 (ex NN 22/05) – Öffentlicher Dienstleistungsvertrag zwischen Deutsche Bahn Regio und den Ländern Berlin und Brandenburg, ABl. EU Nr. C 35 vom 8. Februar 2008, S. 13.; die Entscheidung der Europäischen Kommission über eine Klagerhebung vor dem Europäischen Gerichtshof soll nach deren Auskunft noch vor Jahresende 2009 erfolgen.

²⁵ Indizien für eine mögliche Überkompensation ergeben sich beispielsweise aus der Berechnung der Ausgleichsleistung. Diese wird auf der Grundlage eines festen Kilometersatzes berechnet, ohne Berücksichtigung der Einnahmen aus dem Fahrscheinverkauf. Dieser Kilometersatz wird ferner nicht dadurch verändert, dass während der Vertragslaufzeit bestimmte besonders unrentable Strecken aus der Vereinbarung herausfallen.

ner Rückzahlung zu viel gezahlter Entgelte durch die DB Regio besteht. Von besonderem Interesse ist hier die Frage der Bestimmung von Überkompensation. In ihrer Würdigung der Beihilfemaßnahme äußert sich die Europäische Kommission dahingehend, dass jeder Vertrag im Einzelnen auf Überkompensation zu prüfen sei. In Anlehnung an das vierte Altmark-Trans-Kriterium sei bei Nichtausschreibung der angemessene Ausgleich auf der Grundlage einer Analyse der Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens zu bestimmen, wobei ein angemessener Gewinn zu berücksichtigen sei. Konkret äußert sich die Europäische Kommission hinsichtlich der Gesamtumsatzrendite der DB Regio AG, dass „angesichts des verhältnismäßig niedrigen Betriebsrisikos aufgrund der Tatsache, dass der Großteil der Erträge aus langfristigen Verträgen mit den Ländern stammt“, ihr „ein Gewinn von 7 % angemessen“ erscheine.²⁶

45. Die Europäische Kommission stellte in ihrem Eröffnungsbeschluss auch ihre Auffassung dar, dass im Falle von Verkehrsverträgen auf der Grundlage von Art. 2 Abs. 5 VO 1191/69 die in Art. 17 Abs. 2 normierte Befreiung von der beihilfenrechtlichen Notifizierungspflicht von „Ausgleichszahlungen“ nicht anzuwenden sei. Sie verweist hierzu auf das Urteil des Gerichts erster Instanz im Fall „Combus“, in dem das Gericht die Anwendung der einheitlichen Berechnungsmethoden im Falle der oben bezeichneten Verkehrsverträge ausgeschlossen hatte. Aus diesem Urteil ergebe sich, dass der Begriff „Ausgleichszahlung“ im Sinne von Art. 17 Abs. 2 VO 1191/69 sehr eng auszulegen sei. Er decke nur Ausgleichszahlungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen ab, die einem Unternehmen gemäß Art. 2 der Verordnung einseitig auferlegt und in der in den Art. 10 bis 13 der Verordnung dargelegten Weise berechnet werden. Da dies für die Zahlungen aus öffentlichen Verkehrsverträgen nicht gelte, seien diese keine Ausgleichszahlungen im Sinne des Art. 17 Abs. 2 VO 1191/69, weshalb für solche Zahlungen die Pflicht zur beihilfenrechtlichen Anmeldung bei der Europäischen Kommission weiterhin bestehe.

46. Die Rechtsauffassung der Europäischen Kommission machte sich Ende 2007 der Verkehrsverbund Rhein-Ruhr (VRR) zu eigen, indem er eigene Verstöße gegen das Beihilfenrecht als Grund zur Zahlungsverweigerung einsetzte. Der VRR hatte 2004 rückwirkend zum Dezember 2003 einen 15 Jahre laufenden Verkehrsvertrag mit der DB Regio geschlossen, aus dem 60 % der dort vereinbarten Leistungen sukzessive bis 2015 im Wettbewerb vergeben werden sollten. Der Verkehrsverbund war jedoch sowohl mit der Qualität der von der DB Regio erbrachten Leistung als auch mit der Höhe der damals vereinbarten Vergütung unzufrieden. Nachdem die Beratungsgesellschaft KCW in einem Gutachten im Auftrag des VRR eine Überkompensation aus dem Verkehrsvertrag festgestellt hatte, kürzte der Verkehrsverbund pauschal die Leistungsentgelte um insgesamt 12 Mio. EUR jährlich. Neben Schlechtleistung²⁷ machte der VRR die mutmaßliche Überkompensation als Vertragsverstoß geltend. Mit Verweis auf das Beihilfverfahren Berlin/Brandenburg berief er sich darauf, dass die von ihm selbst mit der DB Regio ursprünglich vereinbarte Zahlung gegen die Altmark-Trans-Kriterien des europäischen Beihilfenrechts verstießen. Da der Vertrag nicht bei der Europäischen Kommission notifiziert worden sei, liege ein gemäß § 59 Abs. 1 VwVfG und § 134 BGB zur Nichtigkeit führender Verstoß gegen die Anmeldepflicht des Art. 88 Abs. 3 EGV vor. Die DB Regio klagte als Reaktion die zurückbehaltenen Entgelte ein und gewann den Rechtsstreit in erster Instanz vor dem Verwaltungsgericht Gelsenkirchen.²⁸ Das Gericht wich von der Rechtsauffassung der Europäischen Kommission ab, dass die Freistellung von der Notifizierungspflicht gemäß Art. 17 Abs. 2 VO 1191/69 nur für den Ausgleich gelte, der sich aus der Auferlegung von Verkehrsdiensten ergebe und nicht aus solchen Diensten, die auf einen Vertrag zurückzuführen seien. Entsprechend dem Urteil des Gerichts erster Instanz im Fall „Combus“ seien zwar die Ausgleichsmethoden der Verordnung im Falle von Verkehrsverträgen nicht anzuwenden. Die Freistellung von der Notifizierungspflicht bleibe jedoch auch bei Verkehrsverträgen erhalten. Über die sich

²⁶ Vgl. EU-Kommission, Verfahren zur Durchführung der Wettbewerbspolitik, a.a.O., hier: S. 14.

²⁷ Der Vertrag mit der DB Regio ließ aufgrund von Schlechtleistung nur eine Kürzung um 4 Mio. EUR jährlich zu.

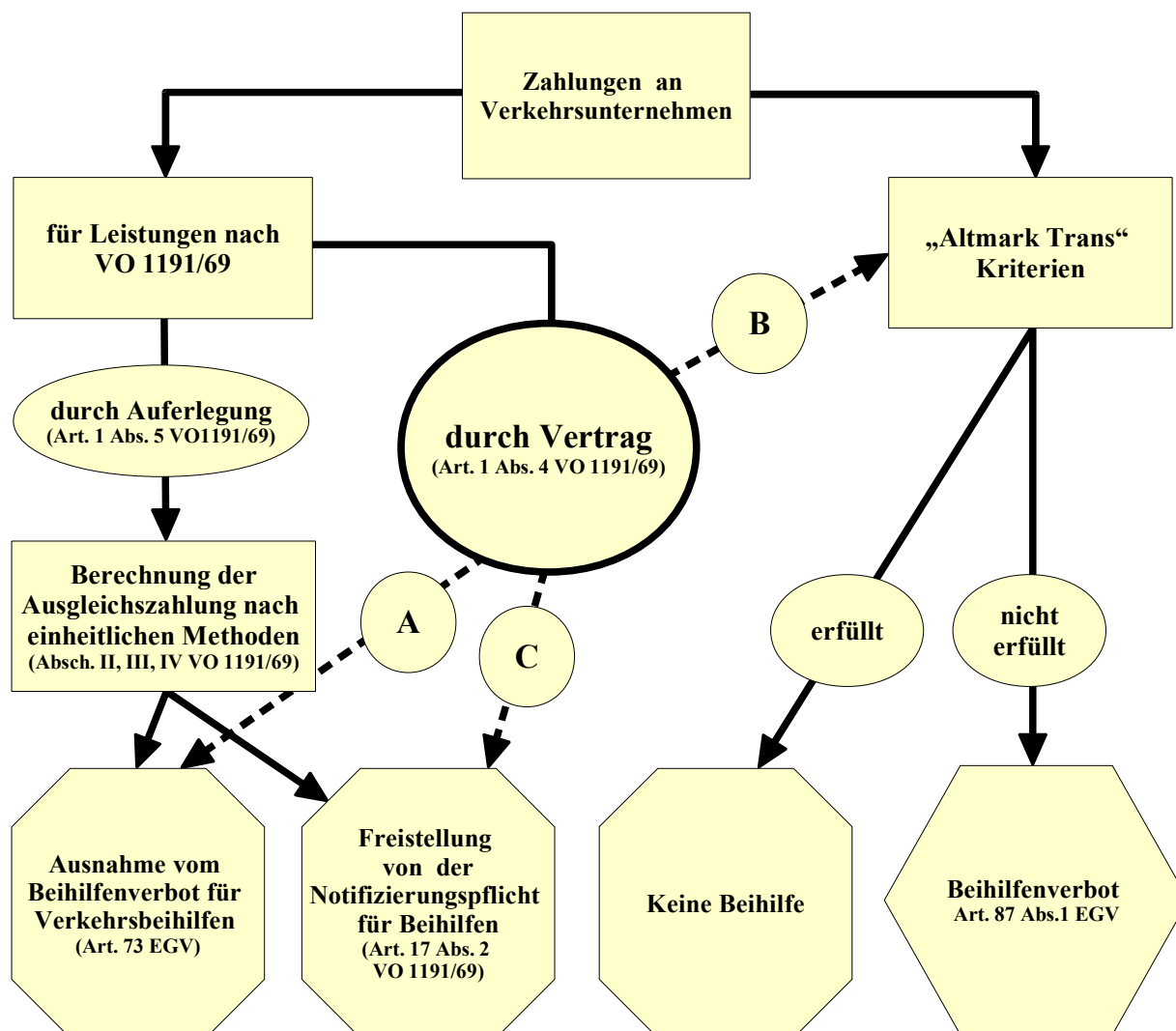
²⁸ VG Gelsenkirchen, Urteil vom 19. Dezember 2008, 14 K 2147/07.

anschließende Frage, ob die Ausgleichshöhe auch materiell-beihilfenrechtlich zu beanstanden sei, könne hingegen nur die Europäische Kommission entscheiden.

47. Der Verwaltungsrat des VRR entschied im Anschluss, gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen in die Berufung zu gehen. Derweil einigten sich beide Parteien und das Land Nordrhein-Westfalen wenige Tage danach auf ein „Eckpunktepapier zur Verbesserung des Schienenpersonenverkehrs im Bereich des VRR“, in dem zusätzliche Leistungen der DB Regio vereinbart wurden, die gemeinsam finanziert werden sollen. Verkehrsverbund und Bahn sollen über die vereinbarten Eckpunkte einen Vertrag schließen. Gegen eine Verlängerung des Vertrages zwischen dem VRR und der DB Regio hat der Interessenverband der Wettbewerber im SPNV, Mofair e.V., am 6. März 2009 Beihilfebeschwerde bei der Europäischen Kommission eingelegt.

Abbildung 2.4:

Beihilfenproblematik bei Verkehrsverträgen vor Dezember 2009¹



¹ Das Schaubild zeigt die Unklarheit über die Rechtslage bei Zahlungen aus Verkehrsverträgen. Die dargestellten Möglichkeiten (A) oder (B) schließen sich gegenseitig aus, während die Notifizierungspflicht (C) davon unabhängig infrage steht.

48. Die Monopolkommission stellt fest, dass sehr fraglich bleiben muss, ob etwaige Überkompensationen aus auf der Basis der Verordnung 1191/69 geschlossenen Verkehrsverträgen mit dem europäischen Beihilfenrecht vereinbar sind. Es ist davon auszugehen, dass das Urteil des Europäischen Gerichtshofs nach Klage der Europäischen Kommission im Beihilfverfahren um den Verkehrsvertrag Berlin/Brandenburg Aufschluss über die Anwendung des Beihilfenrechts im Falle möglicher Überkompensation bringen wird. Zu klären bleibt vor allem, ab wann eine Überkompensation vorliegt. Die Monopolkommission geht davon aus, dass bei Verkehrsverträgen, die im Rahmen einer Ausschreibung vergeben wurden, grundsätzlich keine Überkompensation anzunehmen ist. Sollte sich bei diesen Verträgen dennoch eine überdurchschnittliche Rendite erzielen lassen, so ist dies, insbesondere im Zusammenhang mit Nettoverträgen, ein Ergebnis des vom Unternehmen eingepreisten Risikos oder effizienzsteigernder Innovationen. Sind einzelne Risiken nachträglich nicht eingetroffen oder konnte das Unternehmen sein Angebot besonders kosteneffizient gestalten, so kann sich deshalb auch eine höhere Rendite ergeben, die dann jedoch marktkonform ist. Denn bei einer Kompensation, die sich als Ergebnis einer Ausschreibung ergibt, ist anzunehmen, dass das bei der Ausschreibung erfolgreiche Eisenbahnverkehrsunternehmen nur die tatsächlich vorhandenen Risiken einpreisen kann bzw. das Angebot dasjenige ist, welches die Verkehrsbedienung zu den geringsten Kosten ermöglicht. Im Falle von Direktvergaben können überdurchschnittliche Renditen hingegen nicht pauschal auf nicht eingetretene Risiken umgelegt werden. Den so vereinbarten Zahlungen wohnt deshalb eine inhärente Unsicherheit über möglicherweise beihilfenrechtlich relevante Überkompensationen bei. Mögliche Rückzahlungsverpflichtungen ergeben sich jedoch ausschließlich für das begünstigte Eisenbahnverkehrsunternehmen, sodass sich die rechtliche Unsicherheit über die Konformität von Direktvergaben und Beihilfenrecht dahingehend nur bedingt zum Nachteil der Aufgabenträger im SPNV auswirkt.

2.3.1.2 Rechtslage ab dem 3. Dezember 2009

49. Am 3. Dezember 2009 tritt die neue EU-Verordnung 1370/2007 in Kraft und ersetzt die Verordnungen 1191/69 und 1110/70. Bereits im Jahr 2000 hatte die Europäische Kommission angeregt, den aufkommenden Wettbewerbsprozessen im öffentlichen Verkehr einen neuen regulatorischen Rahmen zu geben, unter dem mögliche Ausgleichszahlungen im Nahverkehr zukünftig getätigt werden sollten. Die zu diesem Zweck nach langjährigem Ringen am 23. Oktober 2007 verabschiedete Verordnung 1370/2007 enthält keine Pflicht, die Bezuschussung der öffentlichen Personenverkehrsdienste durch Ausschreibungen zu organisieren. Auch soll für die Abgrenzung der Bereichsausnahme für Beihilfen im Verkehr gemäß Art. 73 EGV eine neue Grundlage geschaffen werden. Zwar sieht Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007 grundsätzlich ein wettbewerbliches Vergabeverfahren für Dienstleistungsaufträge im ÖPNV vor. Vergaben an rechtlich selbständige, öffentlich-rechtlich kontrollierte Eigenbetriebe (Inhouse-Vergaben) sind jedoch nach Art. 5 Abs. 2 ebenso von dieser Ausschreibungspflicht ausgenommen wie – hier von besonderer Relevanz – Dienstleistungsaufträge im Eisenbahnverkehr nach Art. 5 Abs. 6. Während Art. 4 Abs. 3 die Laufzeit von schienengebundenen Verkehrsverträgen grundsätzlich auf höchstens 15 Jahre begrenzt, gilt für Direktvergaben eine verkürzte Höchstlaufzeit von zehn Jahren. Beide Begrenzungen der Vertragslaufzeit stehen unter dem Vorbehalt verschiedener Ausnahmen, die sich aus Art. 4 Abs. 4 ergeben.

50. Verkehrsaufträge, die auf der Grundlage der Verordnung 1370/2007 geschlossen werden, unterliegen zudem verschiedenen inhaltlichen Auflagen. Diese orientieren sich unter anderem an den Kriterien, die der Europäische Gerichtshof im Fall „Altmark Trans“ aufgestellt hat. So sind unter anderem die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen in den Verkehrsaufträgen klar zu definieren (Art. 4 Abs. 1 lit. a), während die Ausgleichsleistung nach zuvor in objektiver und transparenter Weise aufgestellten Methoden zu berechnen ist (Art. 4 Abs. 1 lit. b). Dabei soll eine übermäßige Ausgleichszahlung vermieden und der Ausgleich auf die finanziellen Nettoauswirkungen beschränkt werden, um die Nettoauswirkungen auf Kosten und Einnahmen zu decken, die auf die Er-

füllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen zurückzuführen sind. Weiterhin darf ein angemessener Gewinn berücksichtigt werden.

51. Mit der neuen Verordnung 1370/2007 hat der europäische Gesetzgeber verschiedene Vorgaben in Bezug auf die Anwendung des Beihilfenrechts für Ausgleichszahlungen im Verkehr nun eindeutiger definiert. Im Gegensatz zur Verordnung 1191/69 wurde hier auf eine Unterscheidung zwischen Ausgleichsleistungen, die sich aus einseitig auferlegten Verpflichtungen ergeben, und solchen, die auf einen Verkehrsvertrag zurückzuführen sind, verzichtet. Dadurch wird klargestellt, dass sämtliche Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen unter die Ausnahme vom europäischen Beihilfenverbot gemäß Art. 73 EGV zu subsumieren sind und gemäß Art. 9 Abs. 1 VO 1370/2007 auch von der beihilfenrechtlichen Notifizierungspflicht ausgenommen werden. Darüber hinaus wird das Wahlrecht zwischen einer wettbewerblichen und einer freihändigen Vergabe von Aufträgen im SPNV nun eindeutig in der Verordnung normiert. Das Wahlrecht wird allerdings ausdrücklich unter den Vorbehalt abweichender nationaler Regelungen gestellt. Es bleibt daher eine Prüfung der Vergabebestimmungen nach nationalem Recht offen. Auch muss darauf hingewiesen werden, dass die Verordnung 1370/2007 einen beihilfenrechtlichen Ursprung hat und nur am Rande vergaberechtliche Pflichten betroffen sind.²⁹ Die Bedeutung der Verordnung 1370/2007 erstreckt sich damit nur auf die Vorschriften zum Beihilfenrecht und verhält sich weiterhin neutral zu den EU-Vergaberichtlinien oder Vergabebestimmungen aus nationalem Recht.

52. Nach Auffassung der Monopolkommission wird die beihilfenrechtliche Situation durch die neue Verordnung 1370/2007 zwar transparenter. Hinsichtlich des zunächst intendierten Ziels einer stärker wettbewerblich orientierten Vergabe von Verkehrsaufträgen werden durch die neue Verordnung jedoch keine Fortschritte erzielt. Zwar ist die Möglichkeit zur freihändigen Vergabe von SPNV-Verträgen nun explizit vorgesehen. Allerdings besteht nach wie vor Unsicherheit darüber, wie das Verbot der Überkompensation zu beurteilen ist, da weiterhin nur ein angemessener Gewinn aus Verkehrsverträgen von den Vergünstigungen der Verordnung erfasst wird. Es bleibt somit fraglich, wie ein vor Vertragsabschluss verhandeltes Bestellerentgelt zu beurteilen ist, welches im Nachhinein zu einer überdurchschnittlich hohen Umsatzrendite des Anbieters führt. Letztere kann sowohl auf Überkompensation als auch auf die Realisierung von Effizienzpotenzialen oder nicht eingetretene Risiken zurückgeführt werden. Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass hier eine strenge Auslegung erfolgen sollte, bei der eine Überkompensation so lange anzunehmen ist, wie der Nachweis nicht erbracht wurde, dass der überdurchschnittlich erzielte Gewinn auf eine besonders effiziente Betriebsorganisation zurückzuführen ist. Den Aufgabenträgern im SPNV ist deshalb auch unter Erwägung der Rechtssicherheit zu empfehlen, Verkehrsverträge im Wege eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens mit den Eisenbahnverkehrsunternehmen abzuschließen.

2.3.2 Vergaberechtliche Situation

53. Wie dargestellt, betrifft das Beihilfenrecht nur am Rande vergaberechtliche Pflichten der Aufgabenträger im SPNV und berührt damit nicht die originären Normen des Vergaberechts. Bei der Vergabe von Verkehrsaufträgen sind deshalb auch die Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge im deutschen und europäischen Recht zu prüfen.

54. Gemeinschaftsrechtlich ergeben sich Mindestanforderungen an Vergaben von SPNV-Verträgen zunächst aus dem Primärrecht. Grundlagen sind insbesondere die in Art. 49 und 43 EGV kodifizierte Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit. Hieraus abzuleiten sind die Grundsätze der

²⁹ Vgl. auch VO 1370/2007, Erwägungsgrund 20: „Insbesondere bleiben die Pflichten der Behörden, die sich aus den Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge ergeben, bei unter jene Richtlinien fallenden öffentlichen Dienstleistungsaufträgen von den Bestimmungen dieser Verordnung unberührt.“

Transparenz und Gleichbehandlung der Bieter.³⁰ Intransparente Direktvergaben benachteiligen Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten und sind deshalb nach den EU-primärrechtlichen Vorgaben unzulässig.

55. Im sekundären Gemeinschaftsrecht ist die Anwendung der Vergaberichtlinien und der Rechtsmittelrichtlinie zu prüfen. Die Sektoren- und Koordinierungsrichtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG, betreffend die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge, schließen SPNV-Leistungen ausdrücklich in ihren Geltungsbereich mit ein.³¹ Gleichwohl kommen gemäß Art. 32 RL 2004/17/EG bzw. Art. 21 RL 2004/18/EG für diese Leistungen privilegierte Verfahrensvorschriften zur Anwendung. Somit ist für die Vergabe von SPNV-Leistungen kein typisiertes Vergabeverfahren vorgeschrieben, sondern es bestehen ausschließlich Anforderungen an die technischen Spezifikationen und die Bekanntmachung der Ergebnisse der Auftragsvergabe. Die in Art. 2 RL 2004/18/EG normierten Grundsätze für die Vergabe von Aufträgen finden nach herrschender Meinung allerdings auch für die Vergabe von SPNV-Aufträgen Anwendung. Demnach ist bei der Vergabe von SPNV-Aufträgen auch entsprechend den Vergaberichtlinien die Transparenz und Diskriminierungsfreiheit des Verfahrens sicherzustellen. Durch die generelle Anwendbarkeit der Vergaberichtlinie ist auch die neue Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG³² einschlägig, mit der das Ziel verfolgt wird, die durch die Vergaberichtlinien angestrebten Garantien im Hinblick auf Transparenz und Nichtdiskriminierung zu verstärken.³³ Die Vergabe von öffentlichen SPNV-Aufträgen wird deshalb in den Rechtsschutz der Rechtsmittelrichtlinie explizit einbezogen.

56. Im deutschen Recht kommt die Anwendung der Vergabevorschriften im Allgemeinen Eisenbahngesetz (AEG) und in der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (Vergabeverordnung, VgV) in Betracht. Da es sich beim SPNV um gemeinwirtschaftliche Leistungen handelt, ist § 15 AEG in diesem Fall anwendbar. Gemäß § 15 Abs. 2 AEG können die Aufgabenträger Verkehrsverträge über SPNV-Leistungen ausschreiben. Im Umkehrschluss ergibt sich aus der Formulierung „können“ jedoch keine Ausschreibungspflicht.

Letztlich ungeklärt bleibt, ob das Eisenbahnrecht die Anwendung des deutschen Vergaberechts ausschließt oder ob auch die allgemeinen Vergabevorschriften – und damit die §§ 97 ff. GWB und die Vergabeverordnung – bei der Vergabe von SPNV-Verträgen Anwendung finden. Hier wurde in der Vergangenheit unterschiedlich geurteilt. 2002 änderte der Gesetzgeber § 4 Abs. 3 VgV und ermöglichte somit die freihändige Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im SPNV unter der Bedingung,

30 Vgl. in diesem Sinne EuGH, Urteil vom 7. Dezember 2000, Rs. C-324/98, *Telaustria und Telefonadress*, Slg. 2000, I-10745, Rn. 60; Urteil vom 21. Juli 2005, Rs. C-231/03, *Coname*, Slg. 2005, I-7287, Rn. 16; Urteil vom 13. Oktober 2005, Rs. C-458/03, *Parking Brixen*, Slg. 2005, I-8585, Rn. 46. Zum Ganzen vgl. auch die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, ABl. EU Nr. C 179 vom 1. August 2006, S. 2.

31 Richtlinie 2004/18/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. EU Nr. L 134 vom 30. April 2004, S. 114 (ersetzt die Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. EG Nr. L 209 vom 24. Juli 1992, S. 1) und Richtlinie 2004/17/EG zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. EU Nr. L 134 vom 30. April 2004, S. 1 (ersetzt die Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. EG Nr. L 199 vom 9. August 1993, S. 84) erklären für Aufträge über Dienstleistungen gemäß Anhang II Teil B bzw. Anhang XVII Teil B (hier: jeweils Kategorie 18 – Eisenbahn) nur die Anforderungen an die technischen Spezifikationen und die Bekanntmachung der Ergebnisse der Auftragsvergabe für anwendbar, Art. 21 RL 2004/18 und Art. 32 RL 2004/17.

32 Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge, ABl. EU Nr. L 335 vom 20. Dezember 2007, S. 31.

33 Vgl. ebenda, Erwägungsgrund 3.

dass bei Verträgen zwischen drei und zwölf Jahren ein wesentlicher Teil der Leistungen während der Vertragslaufzeit ausläuft und anschließend im Wettbewerb vergeben wird.³⁴

2003 entschied das Oberlandesgericht Brandenburg in einem von der Connex-Gruppe angestregten Verfahren über die freihändige Vergabe der brandenburgischen Verkehrsleistungen an die DB Regio.³⁵ Das Gericht urteilte, dass die Vergabe von Eisenbahnverkehrsleistungen nicht in den Anwendungsbereich des Vergaberechts falle. Die – vorrangige – Regelung in § 15 Abs. 2 AEG eröffne den Ländern vielmehr ein Wahlrecht darüber, ob sie die Verkehrsleistungen direkt an einen Anbieter ihrer Wahl vergeben oder diese im Wettbewerb ausschreiben.³⁶ Die Reaktionen auf das Urteil des Oberlandesgerichts Brandenburg waren uneinheitlich und die Frage nach der Anwendbarkeit des Vergaberechts war Gegenstand einiger Verfahren vor Vergabekammern³⁷ und Oberlandesgerichten³⁸, ohne jedoch abschließend geklärt zu sein.³⁹

57. Im Anschluss an die Entscheidung des Oberlandesgerichts Brandenburg eröffnete die Europäische Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland, da ihrer Auffassung nach ein offensichtliches Fehlverständnis des europäischen Rechts vorliege. Das Verfahren wurde im Jahr 2006 eingestellt, nachdem sich die Landesverkehrsminister auf einer Konferenz darüber verständigten, zukünftig Verkehrsaufträge nach einem Fünf-Punkte-Verfahren zu vergeben.⁴⁰ Die Länder müssen danach Nahverkehrsaufträge europaweit bekanntgeben, alle Interessenbekundungen überprüfen und eine faire Auswahl mehrerer Verhandlungspartner treffen. Die daran anschließenden Verhandlungen und auch die Zuschlagserteilung müssen diskriminierungsfrei verlaufen. Nach Abschluss des Verkehrsvertrages muss die Auftragsvergabe im EU-Amtsblatt veröffentlicht werden.

Dieser Kompromiss orientiert sich am vergaberechtlichen Verhandlungsverfahren. Die Regelungen führen zwar nicht zu einer Ausschreibungspflicht für SPNV-Aufträge – allerdings werden „Hinterzimmervergaben“ damit ausgeschlossen. In der Folge blieb strittig, wie weit die Vereinbarung rechtliche Bindungswirkung für die Aufgabenträger im SPNV entfaltet. Faktisch ist jedoch davon auszugehen, dass ein Verstoß gegen die Vereinbarung ein neues Verfahren durch die EU-Kommission zur Folge hätte.

34 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 48, a.a.O., Tz. 221.

35 Vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 2. September 2003, Connex/Berlin-Brandenburg, gegen eine Ausschreibungspflicht, aus formellen Gründen nicht beanstandet durch BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 6. Dezember 2006, 1 BvR 2085/03, Connex/Berlin-Brandenburg.

36 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 48, a.a.O., Tz. 223.

37 Vgl. z.B. VK Magdeburg, Beschluss vom 6. Juni 2002, Vergabe des Schienenpersonennahverkehrs für das Land Sachsen-Anhalt, 33-32571/07 VK 05/02 MD, VK für eine Ausschreibungspflicht; Beschlüsse der Vergabekammer des Landes Brandenburg vom 10. Februar 2003, VK 80/02, und vom 14. März 2003, VK 14/03, gegen eine Ausschreibungspflicht.

38 Der in der Literatur öfters als Beleg für eine abweichende spätere Rechtsprechung angeführte Beschluss des OLG Stuttgart vom 7. Juni 2004, Az. 2 Verg 4/04, erging im Eilverfahren und beanstandete die Vergabeentscheidung im Ergebnis nicht. Der Beschluss geht von einer grundsätzlichen Anwendbarkeit der vergaberechtlichen Vorschriften auf die Vergabe des SPNV-Auftrags als Dienstleistungsauftrag mit einem verringerten Prüfungsmaßstab aus. Neuerdings OLG München, Beschluss vom 21.05.2008, Verg 05/08 (im Kern aber ohne Entscheidung zur Ausschreibungspflicht).

39 Vgl. auch BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 6. Dezember 2006, 1 BvR 2085/03, Connex/Berlin-Brandenburg, Umdruck S. 19: „einer Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich nicht zugänglich“.

40 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 48, a.a.O., Tz. 224 f. In der Folge wurde jedoch dieses Verfahren wieder aufgenommen: Beihilfeverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland, Az. C 47/07 (ex NN 22/05) - Öffentlicher Dienstleistungsvertrag zwischen Deutsche Bahn Regio und den Ländern Berlin und Brandenburg, Vorwurfsschreiben vom 23. Oktober 2007 (2008/C 35/10); die Entscheidung der Europäischen Kommission über eine Klagerhebung vor dem Europäischen Gerichtshof soll nach deren Auskunft noch vor Jahresende 2009 erfolgen.

58. Zu mehr Wettbewerb auch im SPNV soll auch die nach dem Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts⁴¹ nunmehr grundsätzlich verpflichtende Vergabe von Aufträgen in (für mittelständische Unternehmen bewältigbaren) Losen gemäß § 97 Abs. 3 GWB⁴² führen. Zuletzt wurde eine solche Loseaufteilung bei der Ausschreibung von 16 Regionalexpress- und Regionalbahnstrecken des Verkehrsverbundes Berlin-Brandenburg vorgesehen. Aufsehen erregte nicht allein die Teilung des Gesamtvolumens in vier Lose, sondern Ausschreibungsbedingungen, die ausdrücklich ausschließen, dass ein einzelnes Eisenbahnverkehrsunternehmen alle vier Lose gewinnen kann. Offenbar wollte der Verkehrsverbund durch die Loslimitierung erreichen, dass ein leistungsfähiger Wettbewerber auf den betreffenden Linien entsteht. Im Juli 2009 wurde bekannt, dass die DB Regio zwei der vier Lose gewann und damit ab Dezember 2011 nur noch zwei Drittel des ausgeschriebenen Verkehrsvolumens bedient. Den Zuschlag für das übrige Drittel erhielt die Ostdeutsche Eisenbahn GmbH (ODEG), ein Gemeinschaftsunternehmen der Prignitzer Eisenbahn GmbH (PEG) und der BeNEX GmbH, die wiederum mehrheitlich zu Arriva (PEG) und zur Hamburger Hochbahn (BeNEX) gehören.

59. Die Monopolkommission stellt fest, dass die vergaberechtlichen Bestimmungen bis heute keine wirksame Pflicht zur Ausschreibung von SPNV-Leistungen enthalten und auch ein typisiertes Vergabeverfahren nicht vorgeschrieben ist. Allerdings müssen Ausschreibungen im SPNV die europäischen Vorgaben zur Transparenz und Nichtdiskriminierung beachten. Die Selbstverpflichtung der Landesverkehrsminister entspricht diesen Vorgaben. Die Vergabeverfahren unterliegen weiter auch dem Vergaberechtsschutz. Aus Sicht der Monopolkommission ist es demnach durchaus zu begrüßen, dass „Hinterzimmervergaben“ zukünftig der rechtliche Boden entzogen worden ist. Gerade im deutschen Recht verbleibt jedoch noch nach wie vor Spielraum zur Klarstellung der Rechtslage in den verschiedenen betroffenen Normen. Unklarheit besteht weiterhin über die Anwendbarkeit der Bedingungen für Direktvergaben, die sich aus § 4 Abs. 3 VgV ergeben. Die Monopolkommission weist darauf hin, dass die Unsicherheit über die Beziehung verschiedener Vergabenormen signifikante volkswirtschaftliche Kosten durch den großen Beratungsaufwand und durch die zahlreichen geführten juristischen Auseinandersetzungen nach sich gezogen hat. Zur eindeutigen Grenzziehung zwischen Eisenbahn- und Vergaberecht empfiehlt die Monopolkommission dem Gesetzgeber, in § 15 Abs. 2 AEG den Satz anzufügen:

„Davon unberührt bleiben solche Pflichten der Aufgabenträger, die sich aus den Normen über die Vergabe öffentlicher Aufträge ergeben.“

2.4 Wettbewerbshindernisse und Motive für Direktvergaben

60. Die Aufgabenträger im SPNV haben selbst ein Interesse daran, Verkehrsverträge zu möglichst günstigen Bestellerentgelten bei gleichzeitig hoher Leistungsqualität abzuschließen. Dieser Anreiz resultiert aus dem eingeschränkten Budget für Nahverkehrsleistungen, das im Regelfall durch die vom Bund zur Verfügung gestellten Regionalisierungsmittel limitiert ist. Während das Budget für die regionalen Besteller von SPNV-Verkehren nicht wesentlich verändert werden kann, besteht die Möglichkeit, durch eine wettbewerbliche Vergabe bestehende Effizienzpotenziale im Angebot von Nahverkehrsleistungen zu nutzen. Durch die mehrjährige Festlegung der Regionalisierungsmittel erhalten die Aufgabenträger die Möglichkeit, Einsparungen aus Wettbewerbsvergaben selber für ein zusätzliches Nahverkehrsangebot zu verwenden. Auf der anderen Seite besteht auch kein ersichtliches Interesse der Länder, dem Staatsunternehmen DB Regio durch intransparente Direktvergaben oder diskriminierende Ausschreibungsbedingungen zu einer Überkompensation zu verhelfen. Die Aufgabenträger für den SPNV in den Bundesländern und die Deutsche Bahn AG, deren alleiniger Eigentümer der Bund ist, sind eigentumsrechtlich nicht miteinander verbunden.

⁴¹ Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20. April 2009, BGBl. I S. 79.

⁴² Erste Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung vom 7. November 2002, BGBl. I S. 4338.

61. Dass sich die Aufgabenträger in der Vergangenheit dennoch häufig dafür entschieden haben, Direktvergaben einer Ausschreibung vorzuziehen, lässt sich nicht monokausal erklären. Ferner bestehen auch in durch Ausschreibungen organisierten Vergabeformen mehrere Barrieren für die Wettbewerber. Die Monopolkommission wird deshalb verschiedene Wettbewerbshindernisse erläutern, die gegenwärtig die Wettbewerbsentwicklung auf dem SPNV-Markt – unabhängig vom Vergabeverfahren – beeinträchtigen. Infolge der skizzierten Probleme wird die Entscheidung zugunsten eines bestimmten Unternehmens – in der Regel ist dies die DB Regio AG – begünstigt.

2.4.1 Betriebliche Vorteile des marktbeherrschenden Transportunternehmens

62. Ein Teil der in der Vergangenheit getätigten Direktvergaben an die DB Regio ist auf Anpassungen an die liberalisierten wettbewerblichen Strukturen auf dem Markt zurückzuführen. Mussten Verträge über große SPNV-Verkehrsnetze neu vergeben werden, dann standen die Bestellerorganisationen vor dem Problem, dass oft nur die DB Regio in der Lage war, das komplette Verkehrsvolumen zu bedienen. Die Ursache lag zum einen in der hohen Vorlaufzeit für die Beschaffung und Finanzierung der Fahrzeuge, zum anderen in dem benötigten Know-how zum Betrieb des gesamten Verkehrs auf großen und technisch komplexen Netzen, das vor allem in den Anfangsjahren des Wettbewerbs allein der DB Regio zur Verfügung stand. Damit war die Marktstruktur in diesen Fällen faktisch auf einen einzelnen Anbieter eingeschränkt. Die Wettbewerbsvoraussetzungen lassen sich in diesen Fällen vor allem dadurch verbessern, dass große Verkehrsaufträge in verschiedene kleinere Lose aufgeteilt werden, die für die Wettbewerber einfacher zu bedienen sind. Allerdings bringt die Losteilung wiederum sehr hohe Ausschreibungs- und Abstimmungskosten mit sich, weshalb sich einzelne Aufgabenträger in der Vergangenheit mit diesem Verfahren überfordert sahen. Demgegenüber war der durch die Ausschreibung auf einzelnen Strecken zu erwartende Finanzierungsgewinn für die Aufgabenträger in der Vergangenheit nur schwer abzusehen. Anknüpfend an die guten Erfahrungen, die bis heute mit Ausschreibungen im SPNV gemacht wurden, hat sich die Lage jedoch mittlerweile verbessert. Die Aufgabenträger im SPNV sind in vielen Fällen bereit, das Ausschreibungsdesign so anzupassen, dass möglichst vielen Wettbewerbern die Teilnahme an Vergaben ermöglicht wird. Dem stehen manchmal Folgeeffekte der mit der DB Regio langfristig geschlossenen Verträge entgegen. Zum Beispiel sind viele Aufgabenträger dazu übergegangen, größere Regionalnetze zu bilden, um Größenvorteile in ihrem Angebot zu nutzen. Um größere Teilnetze jedoch überhaupt in einem zeitlichen und sachlichen Zusammenhang vergeben zu können, erfordert dies die Abstimmung mehrerer betroffener Aufgabenträger und eine Harmonisierung der Laufzeiten entsprechender Verkehrsverträge. Innerhalb der Anpassungsphasen werden Direktvergaben an den Altbetreiber gerne genutzt, um anschließend den Übergang in den Wettbewerb zu ermöglichen.

63. Auch die Möglichkeiten der Anbieter auf dem SPNV-Markt haben sich heute deutlich verbessert. Allerdings zeigt sich, dass die technischen Anforderungen einzelner Verkehrsaufträge und speziell Probleme in der Fahrzeugbeschaffung weiterhin eine Barriere für den Markteintritt darstellen können. In den Ausschreibungsbedingungen der meisten Verkehrsverträge ist vorgesehen, dass die Fahrzeugbeschaffung durch das Eisenbahnverkehrsunternehmen erfolgt. Da Gebrauchtfahrzeuge vor allem der DB Regio zur Verfügung stehen, hat sie bei solchen Ausschreibungen einen Kostenvorteil, bei denen Gebrauchtfahrzeuge mit einem entsprechenden Re-Design zugelassen werden. Bei Neufahrzeugen ist hingegen eine langfristig gesicherte Vorabfinanzierung notwendig. Das Hauptproblem bei der Fahrzeugfinanzierung besteht darin, dass die Abschreibungsdauer von Neufahrzeugen über die gesetzlich zugelassene Höchstlaufzeit der Verkehrsverträge hinausreicht und daher ein Risiko über den Restwert der Fahrzeuge am Ende der Vertragslaufzeit besteht. Ursache ist vor allem das Weiterverwendungsrisiko, das aufgrund spezifischer Fahrzeuganforderungen und der dadurch verminderten universellen Einsetzbarkeit der Fahrzeuge entsteht. Diese Anforderungen

können vor allem dann nicht vermieden werden, wenn technische Gegebenheiten (Bahnsteighöhen), Topografie oder Kurvenradiale diese bedingen.⁴³ Die konventionelle Fahrzeugfinanzierung über Kapitalmarktdarlehen und Fahrzeugleasing gestaltet sich für einen privaten Anbieter insbesondere in diesen Fällen deutlich ungünstiger als für ein Unternehmen in Staatshand, da ein Privatunternehmen mit erheblich höheren Risikoprämien kalkulieren muss. Mit Aufkommen der Finanzkrise hat sich diese Problematik verschärft. In großen Ausschreibungen, wie der des Stadtbahnnetzes im Verkehrsverbund Berlin-Brandenburg, ist dies bereits durch einen deutlichen Schwund der Bieterzahl zu spüren. Einzelne Aufgabenträger entwickeln derweil Lösungen, um dem Finanzierungsproblem entgegenzusteuern. So werden in bestimmten Ausschreibungen Wiedereinsatzgarantien für bestimmte Fahrzeuge vergeben, um die Finanzierungsbedingungen der Eisenbahnverkehrsunternehmen zu verbessern. Eine andere Möglichkeit besteht darin, dass der Aufgabenträger künftig Fahrzeuge selbst beschafft und lediglich das Management der Verkehrsleistung ausschreibt. Um den Wettbewerbsvorteil der DB Regio bei Ausschreibungen mit Gebrauchtfahrzeugen zu egalisieren, wird zudem über Abschläge bei der Bewertung von Angeboten mit Gebrauchtfahrzeugen nachgedacht.

2.4.2 Kopplung von Transport- und Infrastruktursparte bei der Deutschen Bahn AG

64. Ein Wettbewerbsvorteil ergibt sich für die DB Regio allerdings nicht allein aus ihrer Position als etabliertes Nahverkehrsunternehmen und der staatlichen Risikominderung, sondern entsteht auch aus der konzerneigenen Verbindung zwischen Infrastruktur- und Transportsparte. Durch die integrierte Struktur der Deutschen Bahn AG sind die Wettbewerber gezwungen, verschiedene Vorleistungen – beispielsweise den Zugang zum Netz, zu Serviceeinrichtungen oder den Bahnstrom – bei ihrem Konkurrenten einzukaufen. Daraus erwachsen der Deutschen Bahn AG verschiedene Diskriminierungspotenziale, auf die in den Kapiteln 3 und 4 näher eingegangen wird.

65. Auf dem Markt für SPNV-Leistungen ermöglicht die integrierte Struktur der Deutschen Bahn AG, auch in Verhandlungen über Nahverkehrsaufträge ein zusätzliches Verhandlungs- und Drohpotenzial einzusetzen. Dies ergibt sich vor allem aus der Möglichkeit, Investitionen, insbesondere solche bei Streckennetz und Bahnhöfen, nach eigenem Ermessen zu steuern. Hierzu zählen beispielsweise der Ausbau einer Strecke für eine höhere Geschwindigkeit, ihre Elektrifizierung, die Sanierung von Bahnhöfen oder die Eröffnung von Haltestellen. Die Länder und Aufgabenträger befinden sich aus diesem Grund in einem konkreten Abhängigkeitsverhältnis gegenüber den infrastrukturellen Entscheidungen der Deutschen Bahn AG. Die Androhung, aber auch allein das Potenzial einer Verknüpfung von Investitionsentscheidungen mit der Vergabe von Verkehrsverträgen bringt die Möglichkeit mit sich, im Sinne einer Auftragsvergabe an die DB Regio Einfluss zu nehmen.⁴⁴ Gerade im Rahmen von Verhandlungsentscheidungen über Verkehrsaufträge besteht hier die Gefahr von wettbewerbsbeschränkenden Paketlösungen. Die Monopolkommission sieht diese Möglichkeit mit großer Besorgnis und weist darauf hin, dass nur eine Trennung von Infrastruktur- und Transportsparte des Unternehmens dieses Problem wirksam lösen kann.

⁴³ Ein besonders problematischer Fall technischer Anforderungen zeigt sich bei den geschlossenen S-Bahn-Systemen in Berlin und Hamburg, da beide Netze als Gleichstromnetze nur mit ganz speziellen Fahrzeugen betrieben werden können.

⁴⁴ Auch im sog. PRIMON-Gutachten zur Privatisierung der Deutschen Bahn AG wird auf die Möglichkeit hingewiesen, dass die Deutsche Bahn AG Infrastrukturmaßnahmen davon abhängig macht, ob ihre Tochter DB Regio bei einer Vergabe im SPNV berücksichtigt wird. Dort heißt es: „Wettbewerber und Vertreter der Länder bzw. Aufgabenträger nehmen etwa einen Zusammenhang zwischen den Infrastrukturinvestitionen, die die DB AG tätigt, und der Vergabe von SPNV-Verkehrsleistungen an die DB AG wahr. Dies werde als wesentliche Barriere für den intramodalen Wettbewerb im SPNV angesehen. Aus Sicht von Marktteilnehmern sei die Durchführung von Infrastrukturmaßnahmen, wie Strecken-Elektrifizierung, Strecken-Ausbau bzw. das Ausmaß der Instandhaltung oder auch Umbau/Instandhaltung von Bahnhöfen direkt daran geknüpft, ob DB Regio AG einen Verkehrsvertrag oder den Zuschlag bei einer Ausschreibung erhalte.“ Vgl. Booz Allen Hamilton, a.a.O., S. 158 f.

2.4.3 *Wettbewerbshindernisse in der Tarif- und Vertriebsstruktur*

66. Eine Vielzahl von Wettbewerbsproblemen im SPNV besteht im Bereich des Tarifsystems und erstreckt sich von dort aus auf die Vertriebsstruktur. Hintergrund der Problematik sind verschiedene im Nahverkehr etablierte Strukturen, die dazu beitragen sollen, das Angebot für den Kunden zu vereinheitlichen. Auf einem zunehmend wettbewerblichen SPNV-Markt wird die Verkehrsleistung durch unterschiedliche Unternehmen erbracht. Ein Nachteil könnte hier dann bestehen, wenn der Kunde auf Relationen, die das Angebot mehrerer Unternehmen miteinander verknüpfen, verschiedene Fahrkarten erwerben muss, er das System Bahn also nicht mehr ganzheitlich wahrnehmen kann. Um dies zu verhindern, sieht das Eisenbahnrecht in § 12 Abs. 1 Satz 3 Ziff. 1 und 2 AEG eine Verpflichtung der Eisenbahnverkehrsunternehmen vor, daran mitzuwirken „durchgehende Tarife“ und eine „direkte Abfertigung“ sicherzustellen. Es soll dem Kunden auf diese Weise ermöglicht werden, ein einzelnes Ticket für jedwede Relation zu erwerben. Im deutschen SPNV wird dies regional bereits dadurch gewährleistet, dass eine Vielzahl von Aufgabenträgern in ihren Verkehrsverträgen das Angebot zu einheitlichen Tarifen innerhalb eines Tarif- oder Verkehrsverbundes vorschreiben.

67. Die dezentrale Organisationsstruktur im deutschen SPNV hat zur Folge, dass in den räumlich abgegrenzten Verkehrs- und Tarifverbänden jeweils eigene Tarifstrukturen existieren. Um auch außerhalb der Verbände und im regelmäßigen SPNV-Verkehr über die Verbundgrenzen hinweg eine direkte Abfertigung zu ermöglichen, bedarf es jedoch zusätzlich eines bundesweiten unternehmensübergreifenden SPNV-Tarifmodells. Dies wurde in der Vergangenheit mit dem sog. Anstoßtarif durch den „Tarifverband der Bundeseigenen und Nichtbundeseigenen Eisenbahnen in Deutschland“ (TBNE) erreicht.⁴⁵ Der TBNE sollte die tarifliche Anbindung nichtbundeseigener Eisenbahnen an das Tarifsystem der Deutschen Bahn AG koordinieren. Im Rahmen der Anstoßtarifizierung wurden Eisenbahnverkehrsunternehmen in einen gemeinsamen Tarif einbezogen, indem die verschiedenen Tarife der Bahnen zu einem Gesamttarif addiert wurden. Dieses Modell ist heute in den meisten Fällen durch ein Kooperationsystem ersetzt worden, bei dem die Eisenbahnverkehrsunternehmen mit der Deutschen Bahn AG kooperieren, um gemeinsam einen bundesweiten Tarif anzubieten. Der TBNE agiert als Koordinator der Tarif- und Vertriebskooperationen und stellt Muster-Kooperationsverträge zur Verfügung. Zur Teilnahme an der Tarifkooperation zwingt die Eisenbahnverkehrsunternehmen zum einen die Mitwirkungspflicht an durchgehenden Tarifen gemäß § 12 AEG, zum anderen sehen auch oftmals die Verkehrsverträge der Aufgabenträger das Angebot eines gemeinsamen Tarifs neben den Verbundtarifen vor.

68. Der Inhalt der Kooperationsvereinbarungen wird durch die Deutsche Bahn AG aufgrund ihrer historisch starken Stellung im TBNE und durch ihre Informations- und Größenvorteile beim Tarif- und Vertriebsgeschäft entscheidend bestimmt. Die Tarifkooperationen sehen regelmäßig die Anwendung des Nahverkehrstarifs der Deutschen Bahn AG vor. Eine gleichzeitige Vertriebskooperation ist zwingend, um den bundesweiten Vertrieb des gemeinsamen Nahverkehrstarifs sicherzustellen. Die Deutsche Bahn AG ist auch nur dann bereit, eine Tarifkooperation einzugehen, wenn es auch zu einer Vertriebskooperation kommt. Inwieweit ein Wettbewerber im gemeinsamen Vertrieb allerdings auch Fahrscheine für Züge der Deutschen Bahn AG vertreiben kann, ob hier auch der Vertrieb von Fernverkehr vorgesehen ist und wie umfangreich das Eisenbahnverkehrsunternehmen Vertrieb erbringen kann, ist jedoch Verhandlungssache und daher vor Ort zu lösen. Soweit der Monopolkommission bekannt ist, beschränkt sich der Vertrieb von DB-Tickets durch Wettbewerber meist auf regionale Nahverkehrsrelationen. Die Deutsche Bahn AG übernimmt hingegen bundes-

⁴⁵ Der TBNE besteht zu 50 % aus der Deutschen Bahn AG und zu 50 % aus einzelnen beteiligten nichtbundeseigenen Eisenbahnen. Die Geschäftsführung oblag immer der Staatsbahn. Unter den nichtbundeseigenen Eisenbahnen sind nicht alle heute aktiven Wettbewerbsbahnen im TBNE vertreten. Die Aufgabenträger haben keine feste Funktion im TBNE.

weit Vertriebsleistungen, so z.B. auch für in die Region ein- und aus ihr ausbrechende Verbindungen.

69. Durch die Notwendigkeit, mit der Deutschen Bahn AG eine Tarif- und Vertriebskooperation einzugehen, zeigt sich die dominante Position der Deutschen Bahn AG in der Gestaltung der Vertragsbedingungen:

- Die Wettbewerber können Preisstruktur und Sortiment innerhalb des Tarif- und Vertriebssystems selbst kaum beeinflussen, sondern sind im Wesentlichen an die Vorgaben der Deutschen Bahn AG gebunden. Die Deutsche Bahn AG hat deshalb einen dominierenden Einfluss auf die Tarifstruktur so wie auf Preise und Konditionen besonderer Angebote. Gering ist auch der Einfluss der öffentlichen Aufgabenträger, die das Nahverkehrsangebot zu wesentlichen Teilen finanzieren und insbesondere im Rahmen von Bruttoverträgen das Einnahmerisiko aus dem Fahrscheinverkauf tragen müssen, im TBNE aber nur fakultativ über Entscheidungen zum Tarifsystem und Sortiment hinzugezogen werden.
- Auffällig sind Unterschiede in der Vertriebsprovision, die von der Deutschen Bahn AG mit Wettbewerbern für den Verkauf von Tickets der jeweils anderen Seite vereinbart werden. Wettbewerber und Aufgabenträger weisen darauf hin, dass die DB Vertrieb für Eigenverkäufe zugunsten der Wettbewerber deutlich höhere Provisionen verlangt, als sie umgekehrt den Wettbewerbern für Verkäufe zugunsten der Deutschen Bahn AG gewährt. Diese Asymmetrie in den Konditionen wird von der Deutschen Bahn AG mit ihren erhöhten Kosten für die Entwicklung und Vermarktung des Tarifsystems begründet.
- Vorteilhaft für die Deutsche Bahn AG erscheint auch ihre Position im Rahmen des Verfahrens zur Erlösaufteilung für den gemeinsamen Ticketvertrieb. Die Erlöse aus dem Verkauf gemeinsam gültiger Tickets werden zunächst stets an die DB Vertrieb gemeldet. Anders als innerhalb vieler Verkehrs- und Vertriebsverbände wird keine relative Aufteilung der gemeinsamen Einnahmen vorgenommen, sondern die Erlösaufteilung erfolgt hier nach dem Anspruchsverfahren. Danach müssen Eisenbahnverkehrsunternehmen ihre absoluten Ansprüche aus den Einnahmen aus dem gemeinsamen Vertrieb gegenüber der Deutschen Bahn AG nachweisen. Die Deutsche Bahn AG stellt mit Hinweis auf Geschäftsgeheimnisse weder Auskünfte zu den Gesamteinnahmen noch streckenbezogene Vertriebsdaten zur Verfügung. Zur Anspruchserhebung werden in einem zweijährigem Turnus Fahrgastbefragungen durchgeführt. Dass die dadurch erhobenen Fahrgastdaten tatsächlich den exakten Anteil an den Erlösen darstellen, wird von den Wettbewerbern angezweifelt. Kundengewinne und -verluste innerhalb dieses Zeitraums werden mangels Nachweisbarkeit zudem nicht den einzelnen Unternehmen gutgeschrieben. Sie werden vielmehr bei der Deutschen Bahn AG wirksam, was verzerrte Investitionsanreize der übrigen Verkehrsunternehmen zur Folge hat.⁴⁶ Die Möglichkeit der exklusiven Verwendung der weit überwiegend von ihr erhobenen streckenbezogenen Erlösdaten verschafft der Deutschen Bahn AG auch einen Vorteil in der Erlösplanung. Sie kann deshalb z.B. bei Ausschreibungen für Nettoverträge die Einnahmen aus Fahrscheinverkäufen mit eigenen Daten kalkulieren, während die Wettbewerber allein auf die von den Aufgabenträgern zur Verfügung gestellten Erlösschätzungen zurückgreifen können.

70. Nach Auffassung der Monopolkommission stellt die bestehende Situation ein Hindernis für den Wettbewerb dar. Zwar sind das Tarifsystem und die Vertriebsleistungen im SPNV grundsätzlich

⁴⁶ Die Eisenbahnverkehrsunternehmen können auch außerplanmäßige Fahrgastbefragungen beantragen, deren Kosten allerdings ihnen zur Last gelegt werden. Verschiedene Versuche, das System zu dynamisieren, laufen. Die BAG-SPNV fordert zu diesem Zweck die ergänzende Einbeziehung von Erlösdaten, die die Deutsche Bahn AG bisher nicht zur Verfügung stellt. Vgl. BAG-SPNV, Diskriminierungspotenziale durch Tarif und Vertrieb beseitigen, Positionspapier, 18. Dezember 2007.

nicht durch Markt- oder Wettbewerbsversagen gekennzeichnet, da jeder Anbieter im Nahverkehr prinzipiell in der Lage ist, ein eigenes Tarif- und Vertriebssystem aufzubauen. Dies führt allerdings zu einer heterogenen Tariflandschaft, die beim Kunden möglicherweise erhebliche Transaktionskosten hervorrufen kann. Der Gesetzgeber hat sich vor diesem Hintergrund mit seiner Vorgabe in § 12 AEG dafür entschieden, die Eisenbahnverkehrsunternehmen indirekt zur Mitwirkung an einem bundesweiten Tarifsystem zu verpflichten. Die Mitwirkungspflicht wird durch entsprechende Vorgaben einiger regionaler Aufgabenträger in den Verkehrsverträgen verstärkt. Das hat zur Folge, dass die SPNV-Unternehmen gezwungen sind zu kooperieren, um der gesetzlichen und vertraglichen Anforderung nachkommen zu können. Eine Tarifkooperation hat auch zwangsläufig eine Vertriebskooperation zur Folge, da die Kooperationspartner beide Tickets eines gemeinsamen Tarifs – also auch Tickets für die vom jeweils anderen befahrenen Teilabschnitte – verkaufen dürfen. Es bestehen somit bilaterale Verträge, welche die gegenseitigen Leistungen bei Tarif und Vertrieb regeln. Die marktbeherrschende Position der Deutschen Bahn AG hängt mit der sternförmigen Ausgestaltung des Kooperationssystems zusammen, in dessen Mittelpunkt sie selbst steht. Nur sie allein ist derzeit in der Lage, den bundesweiten Ticketvertrieb sicherzustellen und einen einheitlichen gemeinsamen Tarif vorzugeben, sodass die Kooperationen zwingend die Anbindung an ihre Tarif- und Vertriebspolitik vorsehen. Bei der Verhandlung der Vertragsinhalte kann sie deshalb ihre marktbeherrschende Position nutzen, um den Wettbewerbern die Bedingungen des gemeinsamen Tarifs und Vertriebs in wesentlichen Punkten zu diktieren. Für den Fall, dass die Wettbewerber zur Beteiligung an einer bundesweiten Tarifkooperation verpflichtet sind, kann sie die Konditionen so weit zu ihren Gunsten beeinflussen, wie es ihr durch ihre Größenvorteile kostengünstiger als den Wettbewerbern möglich ist, ein bundesweites Vertriebsnetz vorzuhalten.

71. Im Rahmen der beschriebenen Problematik hält die Monopolkommission es für wichtig, darauf hinzuweisen, dass es sich bei den Leistungen von SPNV-Unternehmen regelmäßig nicht um ein gewöhnliches Marktangebot handelt. Vielmehr wird im SPNV eine Leistung auf Bestellung der öffentlichen Aufgabenträger erbracht. Der wichtigste Wettbewerbsparameter ist der Zuschussbedarf in Form der Bestellerentgelte, während substanzielle Anteile der Preis- und Qualitätsdimension des eigentlichen Verkehrsangebots von den Aufgabenträgern allein nach politischen Anforderungen festgelegt werden. Nicht anders ist auch die Wirkung des § 12 AEG für den SPNV zu beurteilen. Mit dieser Vorgabe formuliert der Staat im Bereich des SPNV eigene Anforderungen an das von ihm finanzierte Leistungsangebot, wodurch sich Rückwirkungen auf die Freiheit der Anbieter über das Tarifsystem ergeben.⁴⁷ Die Unternehmen sind gezwungen, auch für den bundesweiten Verbund von SPNV-Unternehmen ein übergreifendes Preissystem zu entwickeln. Der Gesetzgeber hat jedoch keine Regeln für die Durchführung der Koordination der Tarife aufgestellt. In der Folge bleibt dem Staat als Besteller und Finanzierer der Nahverkehrleistungen ein substanzieller Einfluss auf das gemeinsame Tarifangebot versagt. Dem marktmächtigen Anbieter verbleiben hingegen Möglichkeiten, seine marktmächtige Stellung zu nutzen, um sich durch die Kooperation einen Vorteil zu verschaffen. Dies kann Rückwirkungen auf den wettbewerblichen Teil des SPNV-Marktes zur Folge haben.

72. Um die ineffizienten Wirkungen, die sich mit der Durchführung des § 12 AEG verbinden, zu vermeiden, hält es die Monopolkommission für notwendig, dass der Staat seine Anforderungen, die er mit der Vorgabe verbindet, konkretisiert. Dazu muss er zusätzliche Regeln für die Verfahrensweise im Bereich des SPNV aufstellen, die eine diskriminierungsfreie Durchführung der Anforderungen des § 12 AEG erlauben. Macht der Staat ein öffentliches Interesse an einem gemeinsamen Tarif geltend, so muss er dafür Sorge tragen, dass diesem Interesse effizient und gemäß seinen Anforderungen nachzukommen ist. Dies erscheint der Monopolkommission nach dem bisherigen System bilateraler Vereinbarungen nicht gewährleistet. Die Monopolkommission empfiehlt dem Ge-

⁴⁷ Die Wirkungen des § 12 AEG auf Verkehrsbereiche außerhalb des SPNV seien hier nicht betrachtet.

setzgeber, die Vorgaben für die betreffenden Unternehmen mit einer Regulierung des Verfahrens zu verknüpfen, durch das die Unternehmen den betreffenden Anforderungen nachkommen. Der öffentliche Auftrag bedingt, hier unter Umständen ein kooperatives Verfahren anzuwenden, das jedoch in seinen Entscheidungsmechanismen effizient und diskriminierungsfrei sein sollte.

73. Eine Möglichkeit, die Ziele des § 12 AEG auch außerhalb von Verbundsystemen diskriminierungsfrei zu erreichen, sieht die Monopolkommission darin, die Anwendung des heute nur noch selten verwendeten Anstoßtarifs, also der Kopplung verschiedener unternehmensbezogener Tarifsyste-me durch Addition der Einzelpreise, zwingend vorzugeben. Dies bedingt, dass jedes SPNV-Unternehmen ein individuelles Tarifmodell anzubieten hätte. Heute kommt der Anstoßtarif jedoch deshalb nicht mehr oft zur Anwendung, da er in der gegenwärtigen, durch eine zunehmende Zahl von Unternehmen geprägten SPNV-Landschaft eine Reihe von Problemen nach sich zieht. Insbesondere bedarf es bei Parallelverkehren unterschiedlicher Verkehrsunternehmen eines gemeinsamen Tarifs, um auch über die Parallelstrecken hinweg einheitliche Ticketpreise anbieten zu können. Andernfalls müsste sich der Kunde auf allen Streckenabschnitten einer Verbindung, die von mehreren Unternehmen parallel bedient werden, jeweils für ein bestimmtes Angebot entscheiden und wäre zeitlich beispielsweise bei Anschlussverbindungen unflexibel. Auch ist die Kopplung einer Vielzahl von Tarifsyste-men technisch sehr aufwendig. Der Anstoßtarif hat zudem zur Folge, dass der möglicherweise gewünschte Preisdegressionseffekt der normalerweise verwendeten Tarifmodelle verloren geht. Dieser führt dazu, dass mit zunehmender Distanz die Ticketpreise stets nur unterproportional zunehmen. Tendenziell steigen die Kosten für den Kunden deshalb umso mehr an, je mehr verschiedene Tarifsyste-me auf der von ihm gewünschten Verbindung betroffen wären.

Verschiedene Probleme des Anstoßtarifs ließen sich reduzieren, wenn anstelle von unternehmensbezogenen Tarifsyste-men auf die Kopplung der Tarife der Tarif- und Verkehrsverbünde abgestellt würde. Dies hätte auch eine verbesserte Tariftransparenz für den Kunden zur Folge, da auf das Nebeneinanderbestehen von Verbundtarifen und bundesweiten Tarifen innerhalb des SPNV zukünftig verzichtet werden könnte. Der Gesetzgeber könnte die Aufgabenträger dazu verpflichten, im SPNV ein bundesweites Tarif- und Vertriebssystem bereitzustellen, das die jeweiligen Verbundtarife aneinander koppelt. Eine wichtige Hürde für ein solches Vorgehen ist allerdings darin zu sehen, dass nicht alle SPNV-Relationen Deutschlands in Verkehrs- oder Tarifverbünde eingebunden sind. Die Anbindung solcher Anbieter, die außerhalb von Verbundgebieten operieren, führt dazu, dass die elementaren Probleme des unternehmensbezogenen Anstoßtarifs auf diese Weise nicht gänzlich überwunden werden können. Im Falle des Anstoßtarifs muss zudem weiterhin der gegenseitige Vertrieb vereinbart werden. Problematisch bleibt die Vertriebsprovision, bei der die Deutsche Bahn AG weiterhin eine asymmetrische Ausgestaltung zu ihren Gunsten durchsetzen könnte. Gibt man deshalb eine einheitliche Tarifprovision gesetzlich vor oder lässt ihre Höhe durch die Aufgabenträger bestimmen, dann ist zu erwarten, dass die Ausgleichshöhe höchstens zufällig ein effizientes Niveau erreicht.

74. Aufgrund der zahlreichen Schwierigkeiten im Falle bundesweiter Anstoßtarife sieht es die Monopolkommission als notwendig an, alternativ die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass ein bundesweiter SPNV-Tarif diskriminierungsfrei angewendet werden kann. Hierzu bietet es sich an, die Vorgaben in § 12 AEG für den SPNV wie folgt zu verändern bzw. zu ergänzen. Der Gesetzgeber sollte die betroffenen Parteien, die Aufgabenträger und alle Eisenbahnverkehrsunternehmen, die SPNV-Leistungen für die Aufgabenträger erbringen, dazu verpflichten, bis zu einem bestimmten Stichtag einen gemeinsamen Tarifverbund zu gründen, dessen Satzung dadurch gekennzeichnet ist, dass weder die Aufgabenträger noch ein einzelnes beteiligtes Unternehmen eine dominierende Stellung in einem Entscheidungsgremium besitzen. Können sich die betroffenen Parteien bis zu dem vorgesehenen Termin nicht einigen, so bestimmt der zuständige Minister die Organisations-

struktur des Tarifverbundes per Verordnung. De lege ferenda ist der Tarifverbund damit zu beauftragen, einen bundesweiten SPNV-Tarif zu entwickeln und den Vertrieb der gemeinsamen Tickets zu koordinieren. Er wird außerdem gesetzlich damit betraut, die prozentuale Tarifprovision festzulegen, die für alle SPNV-Unternehmen einheitlich ist. In der Folge können alle SPNV-Unternehmen bundesweite Vertriebsleistungen für den SPNV zu einer einheitlichen Provision erbringen. Entscheidet sich der Verbund dafür, das Tarifsystem der Deutschen Bahn AG zu übernehmen oder von ihr zusätzliche Vermarktungsleistungen in Anspruch zu nehmen, so ist der Preis für diese Leistung nicht mit einer erhöhten Vertriebsprovision abzugelten, sondern der Tarifverbund muss für diese Kosten gesondert aufkommen. Eine Zusammenführung der Interessen der Verbundbeteiligten in einem Tarifverbund, in dem kein Akteur allein eine dominierende Stellung hat, lässt erwarten, dass sich innerhalb der Grenzen, die sich durch die Vorgaben des § 12 AEG stellen, effiziente interne Regelungen einstellen. Die Mechanismen zur Erlössammlung und Aufteilung wie auch die Weitergabe von Vertriebsdaten bedarf deshalb nach Auffassung der Monopolkommission in diesem System zunächst keiner gesonderten Regulierung.

75. Beide Systeme, Anstoßtarif und Tarifverbund, haben für den Nahverkehr einen weiteren Vorteil in der diskriminierungsfreien Anbindungsmöglichkeit von Fernverkehrsunternehmen, die ein Interesse haben, mit ihren Fahrscheinen auch den Vor- und Nachlauf durch den SPNV zu ermöglichen. Derzeit erfolgt der Vertrieb von Fernverkehrsfahrscheinen und Tickets des bundesweiten SPNV-Tarifs im Verbund durch die DB Vertrieb. Im Rahmen des diskutierten Regulierungsvorschlags müssen Fernverkehrsunternehmen für den integrierten Vertrieb von Nah- und Fernverkehrstickets eine bilaterale Vereinbarung mit dem bundesweiten SPNV-Tarifverbund treffen, um die Abgeltung der SPNV-Leistungen zu ermöglichen. Die Deutsche Bahn AG, die bisher durch die interne Anpassung von Nah- und Fernverkehrstarifen Wettbewerbsvorteile generieren kann, wäre auf diese Weise mit möglichen Wettbewerbern im Fernverkehr gleichgestellt.

76. Zusammenfassend sieht die Monopolkommission die Notwendigkeit, dass der Gesetzgeber das Verfahren reguliert, durch das die Eisenbahnverkehrsunternehmen ihrer Mitwirkungsverpflichtung zu bundesweit durchgehenden Nahverkehrstarifen nachkommen. Solche Tarife sollen das System örtlicher Tarif- und Verkehrsverbünde ergänzen, sofern Fahrscheine für Verbindungen betroffen sind, die nicht durch die regionalen Verbünde oder unternehmensspezifische Tarife abgedeckt werden. Da bundesweit wirksame Anstoßtarife nach Einschätzung der Monopolkommission im Nahverkehr nicht problemlos umzusetzen sind, sollte der Gesetzgeber die Zusammenarbeit in einem Tarifverbund nach den zuvor genannten Kriterien vorschreiben. Ziel dieses regulierten Verfahrens muss sein, dass kein einzelnes Unternehmen die Möglichkeit besitzt, die Kooperationsverpflichtung durch seine Marktmacht auszunutzen. Außerdem sind auch die Aufgabenträger in den Tarifverbund einzubinden.

2.4.4 Politische Widerstände und Arbeitskosten

77. Gegen einen wettbewerbsfreundlichen Ordnungsrahmen im SPNV regt sich gelegentlich auch Widerstand von politischer und gewerkschaftlicher Seite. Neben verschiedenen individuell begründeten Ansichten werden vor allem soziale Gründe gegen eine Ausschreibung von Nahverkehrsleistungen vorgebracht. Dahinter steht vor allem die Sorge, dass der Wettbewerb zu einer Abwärtsspirale bei den Löhnen der Beschäftigten der SPNV-Unternehmen führen könne. Zutreffend ist, dass die Lohnkosten der SPNV-Anbieter nicht den einzigen, aber dennoch einen wichtigen Differenzierungsfaktor im Wettbewerb um Verkehrsverträge darstellen. Nach Auskunft der Anbieter haben die Löhne einen Anteil zwischen 10 und 30 % an den reinen Fahrbetriebskosten (ohne durchlaufende Infrastrukturkosten) der Unternehmen und stehen in Abhängigkeit zu der Zugbegleiterquote.⁴⁸ Der

⁴⁸ Angaben gegenüber der Monopolkommission.

überwiegende Teil der Eisenbahnverkehrsunternehmen ist dabei an ein tarifvertraglich festgelegtes Lohnniveau gebunden. Allerdings ist die Tariflandschaft im Schienenpersonenahverkehr nicht einheitlich. Die Eisenbahnverkehrsunternehmen sind an unterschiedliche Tarifverträge gebunden, deren Regelungen über Lohngruppen, Zulagen und Sozialleistungen sich nicht einfach miteinander vergleichen lassen. Nach Auskunft verschiedener Wettbewerber und des Verbandes der Aufgabenträger im ÖPNV bestehen jedoch im Allgemeinen keine gravierenden Unterschiede im Lohnniveau bei den Tarifbeschäftigten der Gesellschaften. Vielmehr sei es der effiziente bzw. ineffiziente Einsatz von Personal, der zu Unterschieden im Gesamtkostenniveau beitrage. Demgegenüber sieht die Deutsche Bahn AG in geringeren Löhnen der Konkurrenz einen Wettbewerbsnachteil.

Die DB Regio, so die einheitliche Auffassung, muss mit überdurchschnittlichen Gesamtkosten für ihr Personal kalkulieren. Als Reaktion hat sie in den vergangenen Jahren regionale Tochtergesellschaften gegründet, die nicht an den für die Beschäftigten der Muttergesellschaft gültigen Tarifvertrag gebunden sind. Das Tarifniveau dieser Regionalgesellschaften entspricht nicht dem der Muttergesellschaft und soll sich an dem der billigsten Wettbewerber orientieren. Zum Beispiel hatte die frühere Heidekrautbahn⁴⁹, eine solche Regionaltochter der DB Regio, zuletzt die Ausschreibung des Rhein-Sieg-Express zwischen Aachen und Siegen gewonnen und übernimmt ab Dezember 2010 die Betriebsleistung.

78. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang auch die Ausschreibung des S-Bahn-Netzes Bremen im Jahr 2008, bei der die Ausschreibungsbedingungen entsprechend dem Bremer Vergabegesetz die Zahlung von Tariflöhnen vorsahen. Die DB Regio, die Überlegungen öffentlich machte, mit der Heidekrautbahn an der Ausschreibung teilzunehmen, rief gegen die Vergabeentscheidung die Vergabekammer an und argumentierte, dass ihr die Einhaltung der Tariftreue nicht zugemutet werden könne. Anlehnend an eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zum Vergaberecht im Baubereich⁵⁰ sei es nicht zulässig, eine Erklärung über die Tariftreue in die Ausschreibungsbedingungen aufzunehmen. Nachdem die Vergabekammer zunächst im Sinne der DB Regio entschieden hatte, kam es zur Beschwerde eines Wettbewerbers vor dem Vergabesenat des Oberlandesgerichts Celle. Nachdem dieser bei der mündlichen Verhandlung seine vorläufige Rechtsauffassung andeutete, dass die Forderung einer Tariftreueerklärung mit geltendem Recht vereinbar sei, zog die DB Regio daraufhin ihren Antrag auf Nachprüfung der Vergabeentscheidung zurück. Festzuhalten ist, dass die Zulässigkeit der Voraussetzung von Sozialstandards und insbesondere Tariflöhnen in den Ausschreibungsbedingungen rechtlich umstritten ist.⁵¹ Diese Situation wird auch nicht eindeutig durch die Neufassung des § 97 Abs. 2 GWB⁵² verändert, wonach in Ausschreibungen auch soziale Anforderungen gestellt werden können, die „im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen“. Denn die Tragweite dieser an die europäischen Vergaberichtlinien⁵³ angelehnten Formulierungen ist ausweislich der Gesetzesbegründung nicht völlig klar⁵⁴, wobei insbesondere die Zulässigkeit von Ausschreibungsbedingungen hinsichtlich der Lohnhöhe offenbleibt.

79. Derweil bestehen Bestrebungen verschiedener Gewerkschaften, einen einheitlichen Branchentarifvertrag SPNV zu verabschieden, der im Anschluss entsprechend den im Tarifvertragsgesetz vorgeschriebenen Verfahren durch das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung für allge-

49 Mittlerweile umbenannt in DB Regio Rheinland GmbH.

50 EuGH, Urteil vom 3. April 2008, Rs. C-346/06, Ruffert.

51 Es ist hier auch darauf hinzuweisen, dass die neue ÖPNV-Beihilfeverordnung VO 1370/2007 (vgl. auch Abschnitt 3.2.1) in Erwägungsgrund 17 vorsieht, dass es „den zuständigen Behörden frei“ stehe, „soziale Kriterien und Qualitätskriterien festzulegen“. Als Beispiel werden die „sich aus Kollektivvereinbarungen ergebenden Verpflichtungen“ explizit genannt. Weiter heißt es: „Zur Gewährleistung transparenter und vergleichbarer Wettbewerbsbedingungen zwischen den Betreibern und um das Risiko des Sozialdumpings zu verhindern, sollten die zuständigen Behörden besondere soziale Normen und Dienstleistungsqualitätsnormen vorschreiben können.“

52 Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20. April 2009, BGBl I S. 790.

53 Vgl. Artikel 26 RL 2004/18/EG und Artikel 38 RL 2004/17/EG.

54 Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Drs. 16/10117 vom 13. August 2008, S. 16.

meinverbindlich erklärt werden soll.⁵⁵ Ziel dieses Vorgehens ist es, für alle am SPNV-Markt teilnehmenden Unternehmen ein einheitliches Lohnniveau abzusichern.⁵⁶

80. Die Monopolkommission ist nicht der Auffassung, dass die Ausschreibungspraxis einen übermäßigen Lohndruck im SPNV-Markt zur Folge hat. Generell ist davon auszugehen, dass die Arbeitgeber im SPNV marktübliche Preise für Fachkräfte zahlen müssen und ein starker Preiskampf auf Kosten der Arbeitnehmer nicht zu erwarten ist. Dies zeigt sich auch darin, dass die meisten Wettbewerber der Deutschen Bahn AG ebenfalls ihre Mitarbeiter nach Tariflöhnen bezahlen und nur wenige Anbieter ohne Tarifvertrag operieren. Die Differenzierung im Bereich der Personalkosten erfolgt hier vor allem durch die Effizienz der Betriebsstrukturen. Ohne Tarifvertrag operieren hingegen vor allem die Tochtergesellschaften der DB Regio.

81. Die Monopolkommission verkennt dabei nicht, dass die Arbeitnehmer im Einzelfall durch Betreiberwechsel bei SPNV-Leistungen Belastungen durch Veränderungen ausgesetzt sein können. Diese sind jedoch Teil einer marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung und können ohne drastische Effizienzeinbußen in keiner wettbewerblich organisierten Branche vollkommen ausgeschlossen werden. In diesem Zusammenhang sieht die Monopolkommission solche Bestrebungen der Gewerkschaften als sehr problematisch an, die darauf abzielen, einen einheitlichen Branchentarifvertrag für allgemeinverbindlich erklären zu lassen. Dies hätte zur Folge, dass das Lohnniveau im SPNV einer Kontrolle des Wettbewerbs vollkommen entzogen würde. Veränderungen des Lohnniveaus würden auf diese Weise sofort an die öffentlichen Aufgabenträger durchgereicht. In der Folge könnten die Eisenbahnverkehrsunternehmen etwaigen Lohnerhöhungen des Branchentarifvertrages zustimmen, ohne dass diesem Vorgehen Auswirkungen auf ihre Konkurrenzfähigkeit im Wettbewerb auf dem Verkehrsmarkt gegenüberstünden. Eine vollständige Abkopplung der wettbewerblichen Kontrolle über die Lohnhöhe ist nach Auffassung der Monopolkommission aus ordnungspolitischen Gründen abzulehnen.

⁵⁵ Vgl. Wettbewerb im SPNV braucht einen Branchentarifvertrag, GDBA-magazin, Juni 2009, S. 16 ff.

⁵⁶ Dieses Vorgehen steht in einer Analogie zu früheren Bestrebungen im Postsektor. Die Monopolkommission hat sich dazu in ihrem Sondergutachten zum Postmarkt geäußert. Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2007: Monopolkampf mit allen Mitteln, Sondergutachten 51, Baden-Baden 2008, insbes. Tz. 72 ff.

3. Wettbewerbsentwicklung und Wettbewerbshindernisse im Schienenpersonenfernverkehr

82. Der Markt für Schienenpersonenfernverkehr befindet sich fest in der Hand der Deutschen Bahn AG. Ihr Marktanteil beläuft sich seit Jahren auf über 99 %, der Marktanteil der Wettbewerber bewegt sich folglich im Promillebereich. Der Personenfernverkehr ist deshalb das Segment des Gesamtmarktes für Eisenbahnverkehr, in dem Wettbewerb auf der Schiene bisher kaum eine Rolle gespielt hat. Die Monopolkommission wird deshalb nachfolgend die Zugangsbedingungen für potenzielle Wettbewerber zum Fernverkehrsmarkt evaluieren und die wesentlichen Barrieren für eine Entwicklung von Konkurrenzverkehren zur Deutschen Bahn AG aufzeigen.

83. Wird von Schienenpersonenfernverkehr gesprochen, so ist zunächst zu klären, wie dieser innerhalb des Schienenpersonenverkehrs zum Nahverkehr abzugrenzen ist. Vorweg ist festzustellen, dass eine eindeutige definitorische Grenze hier nicht besteht. Das Regionalisierungsgesetz kennt gemäß § 2 in der Begriffsbestimmung für den Nahverkehr eine hilfsweise Abgrenzung nach der Reichweite der Verbindungen. Im Zweifel handele es sich um Nahverkehr, „wenn in der Mehrzahl der Beförderungsfälle eines Verkehrsmittels die gesamte Reiseweite 50 Kilometer oder die gesamte Reisezeit eine Stunde nicht übersteigt.“ De facto existiert jedoch eine Vielzahl von bestellten Nahverkehrsrelationen, die über diese Grenzen hinausreichen. Eine sachgerechte Abgrenzung zwischen Nah- und Fernverkehr liegt deshalb im gesetzlich intendierten Wettbewerbsansatz. Während Leistungen im Schienenpersonennahverkehr öffentlich gefördert und als Aufträge in einem Vergabeprozess bestellt werden,⁵⁷ erhält der Schienenpersonenfernverkehr solche Fördermittel nicht. Er muss vielmehr von den Eisenbahnverkehrsunternehmen eigenwirtschaftlich betrieben werden, weshalb im allgemeinen Begriffsgebrauch nur eigenwirtschaftliche Verkehre zum Fernverkehrsangebot gerechnet werden. Eine faktische Unterscheidung zwischen Nah- und Fernverkehr ergibt sich auch aus dem Leistungsangebot der Deutschen Bahn AG, bei dem die Produkte ICE, IC/EC usw. eigenwirtschaftliche Fernverkehrsverbindungen bedienen.

84. Die Monopolkommission stellt fest, dass bis auf wenige Ausnahmen bisher kaum aktiver Wettbewerb im Schienenpersonenfernverkehr zu beobachten ist. In den vergangenen Jahren hat es jedoch vereinzelt Versuche durch Wettbewerber der Deutschen Bahn AG gegeben, in den Markt für eigenwirtschaftlichen Schienenpersonenfernverkehr einzutreten. Nur wenige dieser Angebote konnten sich langfristig halten. Seit September 2000 betreibt die Georg Verkehrsorganisation GmbH (GVG) zusammen mit der schwedischen SJ AB den aktuell einzigen direkten Reisezug zwischen Schweden und Deutschland. Der Nachtzug zwischen Berlin und Malmö verkehrt im Sommer täglich, sonst dreimal wöchentlich, und ist aufgrund der Einstellung des Angebots durch die Deutsche Bahn AG im Jahre 1999 auf der Schiene konkurrenzlos. Die GVG hat mehrfach versucht, weitere grenzüberschreitende Fernverkehrsangebote aufzubauen. Die Versuche zwischen 1995 und 2003, eine weitere Verbindung zwischen Basel und Mailand zu betreiben, scheiterten an der italienischen Staatsbahn, die unter Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung dieses Angebot verhierte.⁵⁸ Ein Versuch der GVG, eine Verbindung zwischen Mannheim und Paris zu realisieren, misslang, da keine freien Trassenkapazitäten zur Verfügung standen.⁵⁹

Auf Inlandsverbindungen gingen die zurückliegenden Markteintritte bisher von Unternehmen aus, die bereits als Nahverkehrsdienstleister stark in Deutschland verankert sind. Dazu zählt z.B. die Vogtlandbahn, seit 2004 Teil der britischen Arriva-Gruppe, die neben einem breiten Nahverkehrs-

⁵⁷ Vgl. Abschnitt 2.1.

⁵⁸ Vgl. Entscheidung der Europäischen Kommission vom 27. August 2003 in Bezug auf ein Verfahren nach Art. 82 EG-Vertrag (COMP/37.685 GVG/FS).

⁵⁹ Die ablehnende Entscheidung der DB Netz AG wurde von der Bundesnetzagentur geprüft. Offenbar konnte die DB Netz AG jedoch nachweisen, dass eine Zuweisung von Kapazitäten nicht möglich war. Vgl. Tätigkeitsbericht der Bundesnetzagentur 2006, S. 23 f.

angebot mit dem Vogtland-Express auch eine eigenwirtschaftliche Verbindung Hof – Plauen – Berlin anbietet. Bei dieser Strecke handelt es sich um eine ehemalige Interregio-Verbindung die von der Deutschen Bahn AG 2001 aufgegeben wurde.

Auch das Unternehmen Veolia Verkehr (früher Connex Verkehr) bietet heute unter der Marke InterConnex einzelne Fernverkehrsverbindungen in Konkurrenz zur Deutschen Bahn AG an. Auf der Strecke Leipzig – Berlin – Rostock verkehrt täglich ein Zugpaar, während das Angebot auf dem Abschnitt Leipzig – Berlin 2007 um ein weiteres Zugpaar erweitert wurde. Das Potenzial dieser Verbindung, die bis 2002 auch die Strecke Gera – Leipzig einschloss, war 2002 durch das Unternehmen Connex erkannt worden. Zu diesem Zeitpunkt war die Deutsche Bahn AG hier nur mit einem relativ unattraktiven Verkehrsangebot vertreten, bei dem bei zwei Umsteigevorgängen eine Fahrzeit von 7 Stunden und 16 Minuten benötigt wurde. Das Preisniveau auf den Verbindungen des InterConnex unterscheidet sich je nachdem, zu welchem Zeitpunkt das Ticket erworben wurde. Die im Zug erhältlichen Vollpreistickets orientieren sich an den mit 50 % rabattierten Preisen der Deutschen Bahn AG für Kunden mit einer BahnCard-50.

Das Unternehmen hat in der Vergangenheit versucht, das Angebot des InterConnex um weitere Verbindungen außerhalb des Stammgebietes auszuweiten. Zwischen Juni und Oktober 2003 bestand das Angebot einer Ost-West Verbindung zwischen Neuss – Köln – Rostock. Die kurzfristige Einstellung des Angebots wurde mit mangelnder Rentabilität begründet. Gegenüber dem etwas teureren Angebot der Deutschen Bahn AG unterschied es sich vor allem durch eine deutlich längere Gesamtfahrzeit bei günstigeren Preisen.

85. Auf weiteren Strecken besteht ein Fernverkehrsangebot, das jedoch nicht vollständig das Kriterium der Eigenwirtschaftlichkeit erfüllt, da die Verbindungen mindestens auf Teilabschnitten auch als bestellter Nahverkehr aus öffentlichen Mitteln finanziert wurden. Oft handelt es sich um Relationen, die von der Deutschen Bahn AG nicht mehr versorgt werden (beispielsweise durch den Wegfall der Interregio-Züge) oder auf denen nur Umsteigeverbindungen bestehen. Eine teilweise bezuschusste Verbindung bestand auf der Strecke Zittau – Stralsund, die der InterConnex bediente. Der Abschnitt Zittau – Cottbus wurde dabei als Nahverkehr bestellt. Zwischen 2004 und 2006 wurde die Streckenführung dann auf die Verbindung Dresden – Stralsund verändert, bis das Angebot schließlich eingestellt wurde.

Auch die Vogtlandbahn (Arriva) bietet unter der Marke „alex“ (Allgäu-Express) von München Verbindungen sowohl nach Prag und Hof als auch nach Lindau und Oberstdorf an, die von der Bayerischen Eisenbahngesellschaft (BEG) und – auf dem tschechischen Streckenteil – durch das tschechische Verkehrsministerium bestellt wurden. Auf der von der Deutschen Bahn AG 2002 eingestellten Relation München – Prag fährt der alex konkurrenzlos, während die Deutsche Bahn AG auf den übrigen Verbindungen auch ein eigenes Angebot bereitstellt.

Ein weiteres staatlich bezuschusstes Angebot im Fernverkehr bietet die metronom Eisenbahngesellschaft mbH aus Uelzen, die ursprünglich 2002 als Gemeinschaftsunternehmen der Länder Bremen, Hamburg und Niedersachsen zur Angebotsverbesserung gegründet worden ist.⁶⁰ Die Gesellschaft ist der größte Anbieter im SPNV und konkurriert auf den Strecken Hamburg – Bremen, Hamburg – Hannover und Hamburg – Göttingen auch mit dem Fernverkehrsangebot der Deutschen Bahn AG. Auch hier handelt es sich um Bestellverkehre. Preisvorteilen der metronom durch die Anwendung der Nahverkehrstarife stehen Fahrzeitvorteile der Fernzüge der Deutschen Bahn AG gegenüber.

⁶⁰ Die Beteiligung der drei Länder spiegelt sich auch in den drei Anteilseignern NiedersachsenBahn GmbH, BeNEX GmbH und Bremer Straßenbahn AG wider. Den Mehrheitsanteil hält dabei die NiedersachsenBahn, die selbst mehrheitlich zur Ostthannoverschen Eisenbahnen AG gehört. Letzteres Unternehmen wird wiederum seit 2007 durch den britischen Anbieter Arriva kontrolliert.

86. Auf dem großen deutschen Gesamtmarkt des Schienenpersonenfernverkehrs zeigt das Wettbewerbsbild in diesem Segment eine äußerst schwache Entwicklung, die sich gegenüber den übrigen Verkehrsleistungen negativ abhebt. Dabei ist insbesondere der Unterschied zum Güterverkehr auffallend, da sowohl der SPFV als auch der SGV auf dem gleichen Wettbewerbsmodell eines deregulierten Marktzutritts aufbauen, im SGV aber zunehmend Wettbewerber Fuß fassen konnten. Die Monopolkommission wird daher in drei Schritten die Perspektiven für die Wettbewerbsentwicklung prüfen. Zunächst sollen die Eigenschaften des deutschen Personenfernverkehrsmarktes untersucht werden, die das wirtschaftliche Angebot in diesem Segment gegenüber anderen Märkten spezifizieren und so das Verhalten eines Neulings vor dem Markteintritt beeinflussen können. In einem zweiten Schritt werden die möglichen Formen eines Markteintritts differenziert, um relevante Markteintrittsbarrieren zu identifizieren. Drittens sollen die wichtigsten Marktzutritts Hindernisse in Verbindung mit möglichen wirtschaftspolitischen Optionen aufgezeigt werden.

3.1 Eigenschaften des Schienenpersonenfernverkehrsmarktes

3.1.1 Marktzugang in Deutschland und Europa

87. Bereits seit der Bahnreform 1994 sind wesentliche administrative Schranken für den Zutritt privater bzw. nichtbundeseigener Eisenbahnen (NE-Bahnen) im deutschen Schienenpersonenfernverkehr gefallen. Anders als beim SPNV, hielt es der Gesetzgeber damals grundsätzlich für möglich, im Markt für Schienenpersonenfernverkehr betriebswirtschaftlich rentable Verkehrsangebote bereitzustellen. Auf ein öffentlich gefördertes Fernverkehrssystem, bei dem der Staat einzelne Fernverkehrslinien bestellt, wurde im Zuge der Liberalisierung der deutschen Bahnmärkte deshalb verzichtet. Analog zum Schienengüterverkehr zielte die gesetzliche Neuordnung des Bahnmarktes in diesem Segment darauf ab, neuen Anbietern den freien Marktzutritt zu diskriminierungsfreien Bedingungen zu ermöglichen. Wettbewerbspolitisch stand dahinter die Erwartung, dass Verkehrsunternehmen in der Folge nach eigenwirtschaftlichen Kriterien Verbindungen im Fernverkehr in Konkurrenz zueinander anbieten.

88. Die deutsche Marktöffnung im SPFV ist im europäischen Vergleich bereits relativ früh vorangeschritten. Grundlegend für die Liberalisierungsprozesse in allen europäischen Schienenverkehrsmärkten war die Richtlinie 91/440/EWG.⁶¹ Während das europäische Recht zum damaligen Zeitpunkt im Wesentlichen den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur für internationale Gruppierungen forderte,⁶² ging der deutsche Gesetzgeber einen Schritt weiter, indem er gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 1 AEG jedem Eisenbahnverkehrsunternehmen mit Sitz im Inland den Zugang zur deutschen Eisenbahninfrastruktur gewährte. Der deutsche Gesetzgeber unterschied weiterhin nicht zwischen den verschiedenen Verkehrsleistungen, sodass der Schienenpersonenfernverkehr ebenfalls von der Marktöffnung profitierte. Damit besteht in Deutschland ein weitgehend liberalisierter Marktzugang für private Unternehmen auch aus dem Ausland, soweit diese eine deutsche Tochtergesellschaft gründen. Im Gegensatz zu anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union wurden in Deutschland bereits frühzeitig wichtige Marktzutrittsbarrieren in allen Segmenten des Schienenverkehrs abgebaut.

89. Von europäischer Seite erfolgten bis heute sukzessive weitere Rechtsakte, welche auf eine europaweite Öffnung der Märkte für Schienenverkehr ausgerichtet waren. Im Segment des Schienenpersonenfernverkehrs hat sich der Liberalisierungsprozess jedoch am längsten verzögert. Im Zuge eines dritten Eisenbahnpaketes, bei dem verschiedene europäische Rechtsakte für den Bereich der Eisenbahn verabschiedet wurden, erfolgte im Jahre 2007 auch eine Anpassung der Zugangsvor-

⁶¹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 48, a.a.O., Kapitel 3.

⁶² Vgl. Art. 1 der Richtlinie 91/440/EWG des Rates vom 29. Juli 1991 zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft, ABl. EG Nr. L 237 vom 24. August 1991, S. 25.

schriften für den Personenverkehr durch die Änderung der Richtlinie 91/440/EWG. Dabei gelang es jedoch nicht, eine komplette Öffnung der europäischen Eisenbahninfrastruktur zur Erbringung von Diensten im Personenfernverkehr durchzusetzen. Die Mitgliedstaaten wurden gemäß Art. 10 Abs. 3a RL 91/440/EWG⁶³ verpflichtet, ab dem 1. Januar 2010 Kabotageverkehr⁶⁴ auf grenzüberschreitenden Verbindungen zuzulassen. Art. 2 derselben Richtlinie definiert für die betreffenden grenzüberschreitenden Verkehrsdienste weiter, dass der Hauptzweck die Beförderung von Fahrgästen zwischen Bahnhöfen in verschiedenen Mitgliedstaaten sein muss. Die Monopolkommission bedauert, dass eine vollständige Öffnung der europäischen Märkte für Schienenpersonenverkehr für Kabotageverkehre somit verpasst wurde. Für den deutschen Markt ist diese Änderung jedoch weniger bedeutend. Zwar änderte der deutsche Gesetzgeber mit Wirkung vom 29. Mai 2009 die Zugangsberechtigungen gemäß § 14 Abs. 3 AEG⁶⁵ entsprechend den europäischen Vorgaben; grundsätzlich bestand aber bereits vor der Änderung ein weitgehend liberalisierter Zugang zum deutschen Personenfernverkehrsmarkt durch private bzw. nichtbundeseigene Eisenbahnen.

3.1.2 Nachfragepräferenzen und Kostenstrukturen im Schienenpersonenfernverkehr

90. Ein Anbieter auf dem Markt für Schienenpersonenfernverkehr kann seine Rentabilitätsaussichten dadurch optimieren, dass er sein Angebot den Präferenzen der Nachfrager anpasst. Hier besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Schienenpersonenfernverkehr und den anderen Segmenten des Bahnmarktes. Im Schienenpersonennahverkehr wird die Leistung zu einem erheblichen Teil durch die Bestellerentgelte finanziert, sodass sich die Verkehrsanbieter einer abgeleiteten Nachfrage durch einzelne Aufgabenträger gegenübersehen. Ebenso wie im Wagenladungsverkehr des SGV wird die Preis-Qualitäts-Dimension deshalb substanziell mit einem Nachfrager verhandelt. Demgegenüber werden im Fernverkehr die Umsätze allein durch Erlöse aus dem Ticketverkauf erzielt. Damit besteht vor allem im SPFV ein hoher Druck, das Angebot gegenüber den heterogenen Präferenzen der Fahrgäste zu optimieren. Die Forschung darüber, welche Präferenzen dabei von herausgehobener Bedeutung sind, kann bereits verschiedene Resultate vorweisen. Die meisten Studien kommen hier zu dem Ergebnis, dass neben dem Reisepreis in qualitativer Hinsicht vor allem die Reisezeit entscheidend ist.⁶⁶

91. Das Qualitätskriterium der Reisezeit wird nicht allein durch die Reisegeschwindigkeit beschrieben. Die Tabelle 3.1 zeigt verschiedene Merkmale und stellt ihre Bedeutung für den Reisenden dar. Auffällig erscheint, dass bei den Kunden eine hohe Präferenz für Direktverbindungen besteht. Demgegenüber wird die Pünktlichkeit bei Reisen im Fernverkehr geringer bewertet als im Nahverkehr.⁶⁷ Eine Segmentierung nach Kundengruppen bzw. nach Zweck einer Bahnreise zeigt, dass die Zeitkosten bei Geschäftsreisenden deutlich höher ausfallen als bei Freizeitreisenden. Ebenso weisen Pendler höhere Zeitkosten auf und bewerten die Wichtigkeit von Taktfrequenz und Pünktlichkeit höher als Freizeitreisende. Bei Letzteren besteht eine höhere Belastung durch einen Umsteige-

63 Zuletzt geändert durch die Richtlinie 2007/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007, ABl. EU Nr. L 315 vom 3. Dezember 2007, S. 44.

64 Als Kabotage wird hier die Erbringung von Transportleistungen innerhalb eines Mitgliedstaates durch ein Unternehmen eines anderen Mitgliedsstaates bezeichnet. Im Schienenpersonenverkehr bedeutet dies, dass ein ausländisches Eisenbahnverkehrsunternehmen das Recht hat, Fahrgäste in demselben Mitgliedstaat an beliebigen Bahnhöfen aufzunehmen und an anderen abzusetzen.

65 Vgl. Viertes Gesetz zur Änderung des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (4. AEGÄndG) vom 19. Mai 2009BGBI. I S. 1100, Art. 1.

66 Vgl. Mitusch, K. u.a., a.a.O., S. 17 ff.

67 Dies zeigt eine Metaanalyse über verschiedene Studien aus Großbritannien. Vgl. Wardman, M., A review of British evidence on time and service quality valuations, Transportation Research Part E: Logistics and Transportation Review 37, 2001, S. 107-128.

zwang. Menschen, die regelmäßig das Auto nutzen, schätzen wiederum besonders eine hohe Taktfrequenz der Züge.⁶⁸

Tabelle 3.1:

Relative Bedeutungen der Qualitätsmerkmale des Reisezeitaufwands

Qualitätsmerkmal	Bedeutung
Direktverbindung	31,0 %
Reisegeschwindigkeit	23,2 %
Verspätung	20,2 %
Taktfrequenz	12,8 %
Anbindung an den ÖPNV	12,8 %

Quelle: Perrey, J., Nutzenorientierte Marktsegmentierung. Ein integrativer Ansatz zum Zielgruppenmarketing im Verkehrsdienstleistungsbereich, Wiesbaden 1998, S. 181; eigene Darstellung

92. Neben der Qualität des Angebots ist für die Nachfrager im SPFV der Angebotspreis von entscheidender Bedeutung. Auf einem wettbewerblichen Markt ist der Angebotspreis eng an die Kosten geknüpft. Die Angebotsfunktion entspricht hier der abgeleiteten Kostenfunktion. Für einen Marktzutritt ist es erforderlich, dass der Neuling konkurrenzfähige Produktionskosten aufweist. Die Analyse der Kostenstruktur kann deshalb hilfreich sein, um Unterschiede zwischen Alt- und Neuanbietern zu untersuchen und Kostenrisiken des Marktzutritts abzuleiten. Im Schienenpersonenfernverkehr fehlen jedoch bisher systematische und/oder ökonomische Kostenuntersuchungen, sodass lediglich die Kostenstrukturen für einzelne Relationen bekannt sind. Es ist jedoch anzunehmen, dass ein Fernverkehrsanbieter sich vor allem den in Tabelle 3.2 dargestellten Kostenpositionen gegenüber sieht.

Tabelle 3.2:

Kosten des laufenden Betriebs

Kostenposition	Beschreibung	Kostentreiber
Infrastruktur	Kosten Trassennutzung Kosten Stationsnutzung	Zug-km Zug-Halte
Energie	Kosten Energieversorgung (Strom/Diesel)	Zug-km
Rollendes Material	Leasing-Zahlungen, andere Finanzierungskosten Kosten Wartung / Instandhaltung	Zeit Zeit/Zug-km
Lohnkosten	Betriebspersonal (Lokführer, Schaffner) Management und sonstige	Zeit Zeit
Kompensationen	Erstattungen bei Verspätung / Zugausfall	Personen-km
Vertrieb	Nutzung verschiedener Vertriebskanäle	Zeit
Overhead-Kosten	Allgemeines Management und Sonstiges (Werbung usw.)	Zeit

Quelle: Mitusch, K. u.a., Wettbewerbsaussichten im Schienenpersonenfernverkehr. Studie der IGES Institut GmbH im Auftrag der Monopolkommission, Berlin 2009, S. 20

93. Infrastrukturkosten bezeichnen den Aufwand für den Zugang zu den betriebsnotwendigen Anlagen wie Netz und Bahnhöfe. Die dafür anfallenden Zugangsentgelte werden im Wesentlichen durch die Infrastrukturgesellschaften der Deutschen Bahn AG erhoben. Beim Infrastrukturzugang beste-

⁶⁸ Vgl. ebenda.

hen verschiedene Diskriminierungsrisiken, die in Kapitel 5 näher untersucht werden. Offensichtlich diskriminierende Preise sind im Bereich des Bezugs elektrischer Antriebsenergie (Bahnstrom) zu beobachten.⁶⁹ Ein neuer Anbieter wird bestehende Diskriminierungsrisiken gegenüber der Deutschen Bahn AG als höhere Kosten einpreisen.

94. Wichtige Kostenunterschiede zwischen der Deutschen Bahn AG und potenziellen Wettbewerbern bestehen bei der Finanzierung des rollenden Materials. Die in diesem Bereich von einem Neuling zu tätigen Investitionen sind teilweise spezifisch, da das eingesetzte Kapital bei einem vorzeitigen Marktaustritt voraussichtlich zu einem erheblichen Teil abgeschrieben werden muss.⁷⁰ Eine Rolle spielt dabei, dass ein Neuling gegenüber dem Altbetreiber in der Regel keine Möglichkeiten hat, das Material anderweitig einzusetzen, wenn der Markteintritt nicht erfolgreich war. Es besteht auch kein aktiver Gebrauchtmärkte für Fernverkehrszüge, durch den das eingesetzte Kapital stets einen Marktwert erhalten könnte. Der Aufwand für rollendes Material stellt deshalb eine Marktzutrittsbarriere dar. Diese wird durch die hohen Unterschiede in den Beschaffungs- und Finanzierungskosten verstärkt, da die Deutsche Bahn AG aufgrund der staatlichen Eigentümerschaft auf günstigere Finanzierungsbedingungen zurückgreifen kann. Wesentlich dürfte im Schienenpersonenfernverkehr außerdem der Preisunterschied ins Gewicht fallen, den der Altanbieter aufgrund der Abnahmemenge realisieren kann. Im SPNV sind Preisnachlässe von bis zu 25 % in Abhängigkeit von der Abnahmemenge dokumentiert.⁷¹ Es ist davon auszugehen, dass sich das Problem im Fernverkehr noch gewichtiger darstellt, da ein neuer Anbieter vermutlich zunächst auf einzelnen Relationen in den Markt eintreten wird, während es im Nahverkehr auch zu Ausschreibungen großer Netze kommt.

Gegenüber der Deutschen Bahn AG hat ein Neuanbieter allerdings auch Kostenvorteile, da er die Auswahl geeigneten rollenden Materials bei der Anschaffung flexibel dem Einsatzzweck anpassen kann. So skalieren die Kosten stark mit der Form des Angebots.⁷² Diese Möglichkeit hat die Deutsche Bahn AG nur begrenzt, da eine steigende Vielfalt an Fahrzeugen zu einer Kostenerhöhung führt und somit geringere Flexibilitätsspielräume vorhanden sind.

95. Arbeitskosten entstehen für Fahrbetriebspersonal (Lokführer, Begleitpersonal) und sonstiges Personal (Vertrieb, Instandhaltung u.ä.). Es ist umstritten, inwieweit die Personalkosten in der Branche variieren. Neulinge auf dem Markt können vor allem dann Kostenvorteile realisieren, wenn sie ihre Betriebsabläufe effizienter gestalten als der Altbetreiber. Allerdings kann dieser durch die variableren Möglichkeiten bei der Einsatzplanung auch Größenvorteile nutzen.

Deutliche Kostenreduktionspotenziale für Neuanbieter könnten bei den Vertriebskosten bestehen, die bei der Deutschen Bahn auf AG ca. 15 bis 16 % der Gesamtkosten geschätzt werden.⁷³ Für Wettbewerber steht insbesondere die Nutzung des Internetvertriebsweges, des Verkaufs im Zug und durch Ticketautomaten im Vordergrund. Die Mitnutzung von DB-Vertriebskanälen wird von Neuanbietern aufgrund der hohen Kosten in der Regel abgelehnt. Kostenvorteilen für Neuanbieter in Höhe von möglicherweise 40 bis 50 % stehen möglicherweise auch Nachteile auf der Erlösseite gegenüber, wenn der konventionelle Beratungsvertrieb nur bedingt bedient wird.

69 Vgl. Abschnitt 5.4.

70 Vgl. Mitusch, K. u.a., a.a.O., S. 21.

71 Vgl. Laeger, J., Wettbewerb und Regionalisierung im SPNV – Ein Handbuch, Krefeld 2004, S. 147 ff.

72 Von zentraler Bedeutung ist dabei der gewählte Geschwindigkeitsbereich. Marktexperten geben folgende Richtwerte an: konventioneller Personenverkehr (bis 160 km/h): ca. 18 bis 20 Tsd. EUR/Sitzplatz, konventioneller Hochgeschwindigkeitsverkehr (bis 230 km/h): ca. 30 Tsd. EUR/Sitzplatz, Spitzen-Hochgeschwindigkeitsverkehr (bis 300 km/h): bis zu 60 Tsd. EUR/Sitzplatz. Auch bei der Instandhaltung ergeben sich erhebliche Unterschiede: Sie reichen von ca. 1,8 EUR/Zugkilometer im konventionellen Personenverkehr bis zu ca. 4,0 EUR/Zugkilometer im Spitzen-Hochgeschwindigkeitsverkehr.

73 Vgl. Mitusch, K. u.a., a.a.O., S. 23.

Weitere Reduktionspotenziale sehen Marktexperten in der Kategorie der Overhead-Kosten, die nicht eindeutig einer der übrigen Positionen zugeordnet werden können. Ein Neuling kann diese Kosten durch eine flexiblere Organisationsstruktur zumindest anfangs gering halten; allerdings sind durch erhöhte Planungskosten auch relative Nachteile zum Altbetreiber zu berücksichtigen.⁷⁴

96. Zusammenfassend ist festzustellen, dass sich relative Kostenvorteile des dominierenden Altanbieters, der Deutschen Bahn AG, einerseits aus Größenvorteilen, andererseits aus preislicher Diskriminierung ableiten. Dadurch sinken die Rentabilitätsaussichten eines wettbewerblichen Angebots. Während mit Synergien, die der Deutschen Bahn AG aufgrund ihrer Bestandsgröße entstehen, auch Wohlfahrtsgewinne verbunden sind, resultieren aus Diskriminierung oft Wohlfahrtsverluste. Gegenüber einem neuen Anbieter erkennt die Monopolkommission neben systematischen Kostenvorteilen allerdings auch Kostennachteile. Der Nettoeffekt ist anhand der überwiegend qualitativen Analyse jedoch nicht abzusehen, da die gegenläufigen Effekte äußerst vielschichtig sind. Wichtigstes Kostenrisiko eines Marktneulings ist vermutlich die Investition in das rollende Material, da hier teilweise versunkene Kosten in einem erheblichen Ausmaß vorliegen und ein Kostenvorteil oder Nachteil zur Deutschen Bahn AG im Vorfeld eines Marktzutritts nur bedingt transparent ist.

3.1.3 Bestehender Wettbewerbsdruck durch konkurrierende Verkehrsträger

97. Ein wichtiger Faktor für die Umsatzerwartung ist der Wettbewerbsdruck, dem sich ein Neuling stellen muss. Neben den möglichen Wettbewerbern auf der Schiene muss er dabei auch die Erwartung des Konkurrenzdrucks durch andere Verkehrsträger beachten. Typischerweise entwickelt sich der intramodale Wettbewerb (auf der Schiene) zuerst in den Bereichen, in denen das System Bahn die stärksten intermodalen komparativen Vorteile (gegenüber anderen Verkehrsträgern) besitzt. Bestehen für den Verkehrsträger Bahn in einem Segment wie dem Fernverkehr hingegen nur geringe Systemvorteile, so macht dies den Eintritt für einen Wettbewerber in profitable Nischen schwieriger.

98. Vor dem Hintergrund einer so geleiteten Evaluation des intermodalen Wettbewerbsdrucks könnte dieser ungünstig erscheinen, um intramodale Wettbewerbsziele zu erreichen. Um hier einem Fehlverständnis vorzubeugen, sind die unterschiedlichen Zielsetzungen von intermodalem und intramodalem Wettbewerb zunächst voneinander abzugrenzen. Durch intermodalen Wettbewerb zwischen systemisch unterschiedlichen Verkehrsträgern wird der Verkehrsmix einer Volkswirtschaft optimiert. Kann ein Verkehrsträger eine bestimmte Verbindung besser bedienen als die Eisenbahn, dann ist es volkswirtschaftlich effizient, wenn diese Verbindung durch den Anbieter bedient wird, der am Markt das beste Angebot machen kann.⁷⁵ Bereits getätigte irreversible Investitionen in die Eisenbahninfrastruktur sind in diesem Fall für das effiziente Entscheidungsverhalten ökonomisch nicht relevant. Auf den Strecken, auf denen die Eisenbahn jedoch der effiziente Verkehrsträger ist, ist intramodaler Wettbewerb wünschenswert, um das Angebot wohlfahrtsoptimal zu steuern. Die folgende Analyse zeigt Interdependenzen zwischen dem Fernverkehrsangebot der Bahn und anderen Verkehrsträgern auf, um die Situation aus intermodaler und intramodaler Perspektive zu verdeutlichen.

99. Die Monopolkommission hat sich bereits in ihrem ersten Sondergutachten zur Bahn mit der Substitutionskonkurrenz im Fernverkehr auseinandergesetzt.⁷⁶ Aus Sicht des einzelnen Nachfragers im Fernverkehr ergibt sich danach aus dem abgeleiteten Charakter der Verkehrsnachfrage unter an-

⁷⁴ Vgl. Mitusch, K. u.a., a.a.O., S. 24.

⁷⁵ Insbesondere bedingt durch heterogene Verbraucherpräferenzen kann fallweise auch das Angebot mehrerer parallel verkehrender Systeme effizient sein.

⁷⁶ Vgl. zum Folgenden auch Monopolkommission, Sondergutachten 48, a.a.O., Tz. 8 ff. sowie Eisenkopf, A., Intermodale Wettbewerbsbeziehungen im Verkehr und Wettbewerbsverzerrungen, in: Eisenkopf, A., Knorr, A. (Hrsg.), Neue Entwicklungen in der Eisenbahnpolitik, Berlin 2008, S. 9-138 und Mitusch, K. u.a., a.a.O., S. 54 ff.

derem eine Unterscheidung nach dem Zweck der Fernreise. Dabei lassen sich als wesentliche Reisezwecke Geschäftsreisen, Urlaubsreisen und Freizeitreisen identifizieren, während Pendler im Fernverkehr kaum eine Rolle spielen. Aus den Reisezwecken ergeben sich unterschiedliche Anforderungen hinsichtlich Preis und Dienstleistungsmerkmalen. Während Urlaubsreisende sehr preissensibel reagieren, legen Geschäftsreisende mehr Wert auf Merkmale wie Pünktlichkeit und Berechenbarkeit. Allerdings unterliegt die Verkehrsmittelwahl im Einzelnen auch vielen langfristigen und grundsätzlichen Wahlentscheidungen (z.B. Autokauf, Art des Autos, Kauf einer BahnCard, typische Art des Reisens) und auch habitualisierten Verhaltensmustern, die die Wirkung einzelner Preis- und Qualitätsmerkmale auf die Wahlentscheidung überlagern oder verlangsamte und abgeschwächte Verhaltensanpassungen bewirken können.

100. Aus den Determinanten für eine Verkehrsmittelwahlentscheidung lassen sich die individuellen komparativen Vorteile der Bahn gegenüber konkurrierenden Verkehrsträgern ableiten. Im Vergleich zum motorisierten Individualverkehr sprechen vor allem verschiedene Komfortaspekte, die Arbeitsmöglichkeiten und tendenziell auch der Kostenvorteil für die Bahn, während Individualität, Fahrzeitvorteile auf kürzeren Strecken und Flexibilität im motorisierten Individualverkehr höher zu bewerten sind. Entsprechend einer Unterscheidung nach dem Zweck der Reise dürfte hier vor allem auf längeren Strecken ein Vorteil der Bahn bei Geschäftsreisen liegen. Für Urlaubs- und Freizeitverkehr treten hingegen tendenziell die Vorteile des eigenen Pkw in den Vordergrund. Für Teile der Nachfrager kommt allerdings aus verschiedenen Gründen (z.B. zu geringes oder zu hohes Alter, geringes Einkommen) der Pkw als Alternative zu öffentlichen Verkehrsmitteln nicht in Betracht („captive customers“). Auch können oder wollen viele Pkw-Besitzer das Auto für Fernverkehrsreisen nicht nutzen. Die Konkurrenz der Bahn zum Luftverkehr hat mit dem Aufkommen der Billigflieger – in Deutschland erst seit etwa 2001, verstärkt seit Ende 2002 – deutlich zugenommen, da der Preisvorteil der Bahn gesunken ist. Qualitativ grenzt sich die Bahn gegenüber dem Flugzeug unter anderem durch eine langsamere Reisegeschwindigkeit (allerdings mit geringerem Zeitaufwand bei der Abwicklung), eine höhere Bedienfrequenz und zentralere Zusteigemöglichkeiten ab.⁷⁷

101. Außerhalb Deutschlands wird das allgemeine Verkehrsnetz üblicherweise durch ein Netz von Fernbusverbindungen ergänzt, die teilweise in Konkurrenz zu Eisenbahnlinien stehen. Fernbusse haben gegenüber der Bahn auf vielen Verbindungen einen Kostenvorteil⁷⁸, sind international interoperabel und verfügen systembedingt über eine größere Flexibilität. Die Eisenbahn weist ihrerseits gegenüber Fernbussen Komfort- und Geschwindigkeitsvorteile auf. Busverkehre scheinen in der Lage zu sein, einen hohen Wettbewerbsdruck auf das Angebot im Schienenpersonenfernverkehr auszuüben und es in Einzelfällen auch nutzenstiftend zu ersetzen. In Deutschland ist die Eisenbahn jedoch weitgehend vor dieser Konkurrenz geschützt. Grund ist die Reglementierung des Busverkehrs durch das Personenbeförderungsgesetz (PBefG). Gemäß § 2 Abs. 1 PBefG bedarf der Fernbusverkehr einer Genehmigung durch staatliche Behörden, die gemäß § 13 Abs. 2 PBefG versagt werden kann, wenn die öffentlichen Verkehrsinteressen beeinträchtigt werden. Hierzu führt das Gesetz explizit die Konkurrenz zur Eisenbahn auf.⁷⁹ Die Monopolkommission hat in ihrem ersten

⁷⁷ Vgl. auch Abschnitt 5.1.1.

⁷⁸ Becker u.a. kommen in einem Kostenvergleich der Verkehrsträger im Fernverkehr zu dem Ergebnis, dass Fernbusse bei gleicher Auslastung wie die DB Fernverkehr AG (44 %) Kosten im Bereich von 7,4 bis 9,1 Cent pro Personenkilometer aufweisen, während die Kosten der DB Fernverkehr AG etwa 9,95 Cent/Personenkilometer betragen. Bei einer Auslastung der Busse von 60 % fallen die Kosten sogar auf 5,4 bis 6,7 Cent/Personenkilometer. Vgl. Becker, M. et. al., Intercity-Busverkehr in Europa, Transport Economics and Other Infrastructure Working Papers WP-TR-14, September 2008.

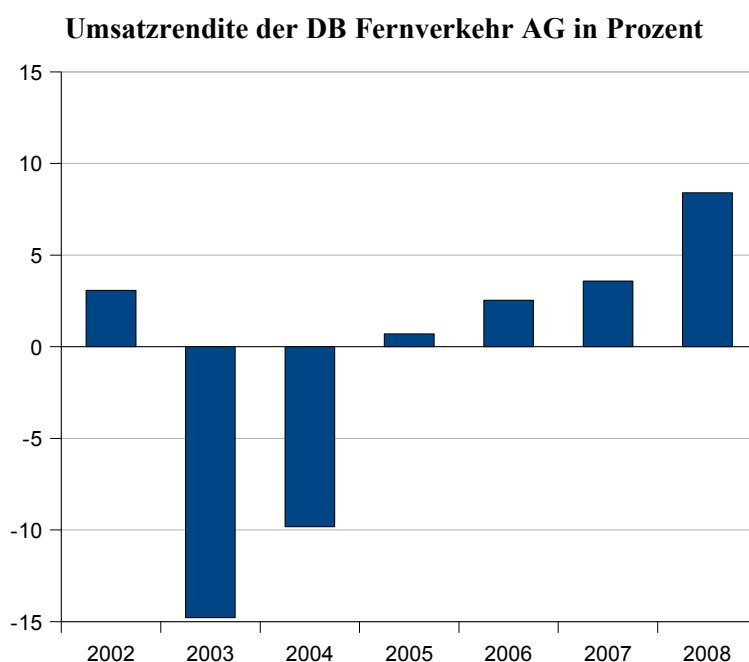
⁷⁹ Eine Genehmigung kann laut Gesetz versagt werden, wenn der beantragte Verkehr (a) „mit den vorhandenen Verkehrsmitteln befriedigend bedient werden kann“ oder (b) „ohne eine wesentliche Verbesserung der Verkehrsbedienung Verkehrsaufgaben übernehmen soll, die vorhandene Unternehmer oder Eisenbahnen bereits wahrnehmen“ oder (c) „die für die Bedienung dieses Verkehrs vorhandenen Unternehmer oder Eisenbahnen die notwendi-

Sondergutachten zur Eisenbahn auf diese staatliche Marktzutrittsschranke hingewiesen und dem Gesetzgeber nahegelegt, hier eine Deregulierung anzustreben.⁸⁰

102. Im Segment des Schienenpersonenfernverkehrs steht die Eisenbahn in einer vielfältigen Konkurrenz zu anderen Verkehrsträgern. Es zeigt sich jedoch, dass aufgrund der systemischen Unterschiede stets Bereiche verbleiben, in denen die Eigenschaften eines einzelnen Verkehrsträgers dominieren. Der intramodale Wettbewerb im SPFV könnte daher, wenn er sich entwickelte, eine härtere Konkurrenz für die DB Fernverkehr AG darstellen als allein der intermodale Wettbewerb durch Fluglinien, mobilen Individualverkehr und gegebenenfalls Fernbusverkehr. Das System Bahn verfügt nun einmal über wichtige Marktsegmente, in denen es komparative Vorteile hat. Die intermodalen Alternativen begrenzen diese bahnaffinen Marktsegmente des Fernverkehrs.

103. Dass der Schienenpersonenfernverkehr trotz intermodaler Konkurrenz unter den gegenwärtigen Voraussetzungen grundsätzlich rentabel zu betreiben ist, zeigen die Rentabilitätskennziffern der Fernverkehrstochter der Deutschen Bahn AG (vgl. Abbildung 3.1). Auffällig ist im abgebildeten Zeitraum eine relativ hohe Volatilität der Umsatzrendite, die in den Jahren 2003 und 2004 zu Ergebnissen im negativen Bereich geführt hat. Insgesamt zeichnet der Trend der vergangenen Geschäftsjahre aber eine deutlich positive Entwicklung für das marktbeherrschende deutsche Fernverkehrsunternehmen auf. Inwieweit es durch die wirtschaftlichen Folgen der Finanzkrise zu einem neuerlichen Einbruch kommt, ist bisher noch nicht abzusehen.

Abbildung 3.1:



Quellen: Bureau van Dijk, „Amadeus“-Datenbank (Stand: April 2008), Geschäftsbericht DB Fernverkehr AG 2008; eigene Berechnungen; eigene Darstellung

ge Ausgestaltung des Verkehrs innerhalb einer von der Genehmigungsbehörde festzusetzenden angemessenen Frist [...] durchzuführen bereit sind“.

80 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 48, a.a.O., Tz. 228 ff.

3.1.4 Angebotsstrukturen und Netzeffekte

104. Die Deutsche Bahn AG betreibt durch ihre Tochter DB Fernverkehr AG derzeit ein weitreichendes Netz von Fernverkehrsverbindungen, durch das sie die in Abbildung 3.1 dargestellten Ergebnisse erwirtschaften konnte. Das zuletzt positive Gesamtergebnis der DB Fernverkehr AG lässt den Schluss zu, dass innerhalb des Netzes auch einzelne, besonders rentable Verbindungen existieren. Ein neuer Anbieter könnte diese zum Marktzutritt nutzen. Er müsste sich aus Gründen des Risikos, den beschränkten Netzkapazitäten und dem noch nicht vorhandenen Know-how zunächst ohnehin auf eine vergleichsweise geringe Zahl von Verbindungen konzentrieren. Dieser Überlegung des Marktzutritts auf einzelnen Linien stehen jedoch ökonomisch relevante Vorteile – sog. Netzwerk-Skalenvorteile – entgegen, die die Deutsche Bahn AG möglicherweise aus der Größe ihres Bestandsnetzes schöpfen kann. Um diesen Punkt näher zu eruieren, sollen nachfolgend verschiedene Netzkonfigurationen und Preissetzungsspielräume betrachtet werden.

105. Die einfachste Form eines Verkehrsangebots stellt die Verbindung zwischen zwei Punkten (Orten) A und Z dar. Dies entspricht den Angeboten im inländischen Flugverkehr. Die Bewirtschaftung einer solchen Strecke unterliegt im Bahnverkehr ähnlichen Restriktionen. Durch das Spiel mit Komfort- und Preisgestaltung wird ein Anbieter versuchen, sein Einkommen aus der Verbindung zu optimieren.⁸¹ In der Regel wird es jedoch von Vorteil sein, in die Verbindung Zwischenhalte einzubauen und auf diese Weise auch komparative Vorteile der Bahn gegenüber dem Flugverkehr zu nutzen. Zwischenhalte ermöglichen es, zusätzliche, räumlich differenzierte Nachfragegruppen für denselben Zug zu mobilisieren. So werden bei einer Verbindung von A nach Z über B Nachfragegruppen für die Verbindungen von A nach Z, von A nach B und von B nach Z angesprochen. Durch zusätzliche Zwischenhalte lässt sich dieses Potenzial weiter ausschöpfen, während sich die Reisegeschwindigkeit dabei verlangsamt. Ein SPFV-Anbieter steht daher vor dem elementaren ökonomischen Trade-off zwischen einer kürzeren Reisezeit (und damit höherer Attraktivität) auf der langen Strecke einerseits und der Mobilisierung zusätzlicher Nachfragergruppen durch Zwischenhalte andererseits.⁸²

106. Bei einem Angebot verschiedener Verbindungen durch Zwischenhalte sind neben der Reisezeit noch weitere Aspekte bei einer Angebotsoptimierung zu berücksichtigen. Diese bestehen vor allem darin, dass in diesem Fall Lang- und Kurzfahrer denselben Zug nutzen, aber unterschiedliche Anforderungen aufweisen. So steigen die Ansprüche an Qualität und Service mit der Reisezeit. Insbesondere wenn ein Fernverkehrszug auch innerhalb einer bestimmten Region am dort gültigen Tarifverbund teilnehmen soll, ist auch mit Überbuchung durch Kurzfahrer und Unruhe im Zug zu rechnen, die die Attraktivität der Reise für Langfahrer beeinträchtigen können. Restriktionen ergeben sich in diesem Fall auch für die Preisbildung. Um einen ungewollten Kannibalisierungseffekt ausschließen zu können, darf das Angebot für die Teilstrecken A – B und B – Z zusammen nicht billiger sein als der Preis für die Strecke A – Z. Wenn spezielle Sparpreise auf der Gesamtstrecke unter den Preis einer Teilstrecke fallen, besteht hingegen die Gefahr, dass somit Nachfrager auf der Teilstrecke das Angebot nutzen, obwohl ihre Nachfrageelastizität eventuell geringer ist. Zusammengefasst müssen also folgende Arbitragebedingungen gelten:

$$p_{AB} + p_{BZ} \geq p_{AZ} \geq \max\{p_{AB}, p_{BZ}\}$$

81 Im Flugverkehr werden zu diesem Zweck komplexe, teils heuristische Algorithmen zur Angebotsoptimierung im Rahmen eines Revenue-Managements vorgenommen.

82 Ein interessantes Beispiel ist das Angebot Berlin – Köln durch die DB Fernverkehr AG. Durch die Zugteilung in Hamm wird es möglich, die direkte ICE-Verbindung Berlin – Köln unter Umgehung des Ruhrgebiets (aber unter Mitnahme von Hagen und Wuppertal) in einer Fahrzeit von 4 Stunden und 20 Minuten anzubieten, während gleichzeitig der andere Teil des Zuges die Orte Dortmund, Bochum, Essen, Duisburg, Düsseldorf anfährt und dafür erst nach 4 Stunden und 40 Minuten in Köln (Deutz) ankommt.

107. Lokale Zubringermöglichkeiten sind von hoher Wichtigkeit für öffentliche Fernverkehrsangebote, da sich durch sie zusätzliche Verbindungsmöglichkeiten ergeben. Ebenso wie auch komplementäre Fernverkehrsverbindungen erzeugen sie positive Netzwerkeffekte, weil sie die Attraktivität des Gesamtangebots steigern. Die Taktzeiten im Nahverkehr werden allein durch die Aufgabenträger im SPNV geplant. Gerade in Ballungszentren ist der Takt der Nahverkehrsangebote meistens relativ dicht und ermöglicht so in der Regel eine geeignete Anbindung an das Fernverkehrsangebot. Bei wichtigen Zubringerverbindungen, die nicht in kurzen Takten bedient werden, hängt die Stärke des Netzwerkeffekts auch von den Wartezeiten beim Umsteigevorgang ab. Deshalb ist es günstig, die Abfahrtszeiten im Fernverkehr so anzupassen, dass zu den Zubringerverkehren nur kurze Wartezeiten entstehen. Ähnlich verhält es sich bei Umsteigeverbindungen zwischen kreuzenden Fernverkehrszügen. Ein alternatives Konzept zur Angebotsabstimmung ist das Modell eines integralen Taktfahrplans. Dabei fahren alle Züge in verschiedene Richtungen zum gleichen Zeitpunkt in den Bahnhof ein und aus ihm ab. Zuvor müsste den Passagieren genügend Zeit zum Umsteigen in alle Richtungen gelassen werden. Dieser Ansatz erhöht allerdings die Reisezeit auf allen Verbindungen.

108. An der Vielzahl von Einflussfaktoren zeigt sich, dass der Planungsaufwand zur optimalen Abstimmung eines Verbindungsnetzes beträchtlich ist und eine gute Kenntnis der Nachfragestrukturen erfordert. Die zahlreichen Planungs- und Preisbildungsfaktoren stellen die Anbieter vor ein äußerst komplexes Optimierungsproblem, das durch die vielen zu berücksichtigenden Faktoren beispielsweise auch die Anwendung der aus dem Luftverkehr bekannten Verfahren zur Ertragsoptimierung erschwert. Selbst der Altanbieter DB Fernverkehr AG ist nicht in der Lage, hier eine Gesamtoptimierung vorzunehmen, bei der alle Linien, Zwischenhalte und Umsteigemöglichkeiten sowie die Preisbildung simultan durchgespielt werden. Die Angebotsplanung im SPNV kann man sich in einem zweistufigen Verfahren vorstellen:

- Auf der ersten Stufe wird eine Vielzahl der einzelnen Linien und der Preisstruktur geplant und soll auf dieser Planungsstufe bereits profitabel sein.
- Auf der zweiten Stufe erfolgt die Feinabstimmung der Linien zueinander, auf der einzelne Umsteigeverbindungen zeitlich, räumlich und preislich optimiert werden.

Insbesondere auf der zweiten Stufe des Planungsprozesses hat der Altanbieter, die DB Fernverkehr AG, in zweierlei Hinsicht gegenüber einem Neuling Vorteile. Zum einen kann festgestellt werden, dass mit zunehmender Größe des eigenen Netzangebots die Menge der Möglichkeiten und damit das Potenzial für die Optimierung des eigenen Angebots zunimmt. Zum anderen hat die DB Fernverkehr AG durch Nachfragestudien und Erfahrung den Feinabstimmungsprozess bereits weit entwickelt. Die größere räumliche Abdeckung eröffnet weitere Reisekombinationen und schafft mehr Möglichkeiten zu Qualitäts- und Preisdifferenzierungen. Die Ermittlung des tatsächlichen Wertes all dieser Netzwerk-Skaleneffekte ist jedoch außerordentlich schwierig; auch Überschätzungen erscheinen möglich.⁸³ Für den Altanbieter können auch Nachteile entstehen, da er durch den hohen Integrationsgrad seiner Verbindungen weniger flexibel ist, sein Angebot anzupassen und damit auf den Markteintritt von Wettbewerbern zu reagieren.

3.2 Mögliche Marktzutrittsstrategien

109. Um die Entwicklung im Markt für Schienenpersonenfernverkehr besser analysieren zu können, ist es sinnvoll, verschiedene Strategien des Marktzutritts zu unterscheiden. Auf diese Weise

⁸³ Interessant erscheinen auch die Erfahrungen aus dem internationalen Flugverkehr: Dort hat sich gezeigt, dass viele große Liniengesellschaften auf eine Hub-and-Spoke-Netzkonfiguration gesetzt haben, bei der die Verbindungen über einen zentralen Flughafen gelenkt werden. Kleinere Wettbewerber haben dieses System allerdings nicht kopiert, sondern begannen Punkt-zu-Punkt-Verbindungen anzubieten, bei denen sich Umsteigemöglichkeiten nach und nach zufällig bei kreuzenden Linien entwickelten.

lassen sich am plausibelsten Szenarien abgrenzen, mit denen kritische Barrieren, die sich potenziellen Wettbewerbern stellen, besser bestimmt und hinsichtlich ihrer Relevanz bewertet werden können.

110. Eine allgemein akzeptierte Typologie zu verschiedenen Markteintrittsstrategien liegt trotz einer Vielzahl von Arbeiten in diesem Bereich bisher nicht vor. Grundsätzlich lassen sich Markteintritte im SPFV in zahlreichen Dimensionen abgrenzen. Sinnvolle Unterscheidungen berücksichtigen den Unternehmenstyp, die Nutzung bestimmter Synergien, das Kundensegment, das Geschwindigkeitsspektrum, angestrebte Netzkonfigurationen und die räumliche Orientierung des Verkehrsangebots. Die folgende Analyse konzentriert sich auf solche Zutrittskombinationen, die sich bei Expertengesprächen für eine von der Monopolkommission in Auftrag gegebene Expertise als wichtig angegeben wurden und die einen nennenswerten Wettbewerbseffekt aufweisen können. Auf der einen Seite trennt die Analyse danach hinsichtlich des Synergiepotenzials beim Marktzutritt zwischen einer Ausdehnungs- und einer Neueintrittsstrategie. Die andere Dimension umfasst die Abgrenzung zwischen einem Markteintritt im Hochgeschwindigkeitsverkehr zwischen Ballungsräumen und dem Eintritt in das konventionelle Geschwindigkeitssegment.⁸⁴ Hieraus bilden sich die in Abbildung 3.2 dargestellten Cluster, für die die Eintrittsbedingungen individuell bestimmt werden können.

Abbildung 3.2:

Clusterung möglicher Marktzutrittsstrategien

	Hochgeschwindigkeitsverkehr zwischen Ballungszentren	Konventionelles Geschwindigkeitssegment
Ausdehnung	Szenario 1	Szenario 3
Neueintritt	Szenario 2	Szenario 4

Quelle: Eigene Darstellung

111. Eine Ausdehnungsstrategie im Hochgeschwindigkeitsverkehr (Szenario 1) kann nur von europäischen Staatsbahnen durchgeführt werden, die bereits über das notwendige rollende Material verfügen. Infrage kommen solche Staatsbahnen, die bereits internationale Verbindungen anbieten und durch die Verlängerung ihres Angebots innerhalb Deutschlands Synergieeffekte nutzen könnten. Die französische SNCF besitzt mit dem TGV einen Zug, der auch in Deutschland bereits im Hochgeschwindigkeitsverkehr eingesetzt wird. Ein temporäres Problem bei der Ausdehnung auf Verbin-

⁸⁴ Die Monopolkommission subsumiert unter Hochgeschwindigkeitsverkehr solche Schienenpersonenfernverkehre, die eine qualitativ hochwertige Wagenausstattung und einen mindestens zweistündigen Taktverkehr bei Geschwindigkeiten über 200km/h aufweisen. Verbindungen bei Reisegeschwindigkeiten unter 200 km/h werden zum konventionellen Geschwindigkeitssegment gezählt. Die Abgrenzung wurde auf der Grundlage von Angaben von Marktteilnehmern getroffen.

dungen innerhalb Deutschlands kann hier die Zulassung des vorhandenen rollenden Materials darstellen. Bislang verfügt z.B. der TGV noch über keine generelle Zulassung für das deutsche Netz. Das Eisenbahnbundesamt hat lediglich die Zulassung für Einzeltraktionszüge erteilt.⁸⁵

112. Neben technischen Hürden ist insbesondere der Anreiz ausländischer Staatsbahnen zu untersuchen, ihr Angebot in Nachbarländer zu erweitern und so gegenseitig in Wettbewerb zueinander zu treten. Internationale Verbindungen nach Deutschland bestehen beispielsweise durch die SNCF, die mit dem TGV eine Verbindung zwischen Paris und Stuttgart anbietet. Diese wird jedoch durch die Aleo GmbH, ein Joint Venture zwischen Deutscher Bahn AG und SNCF, vermarktet. Dieses Beispiel macht deutlich, wie sich die Angebotsstruktur auf den grenzüberschreitenden Verbindungen zuletzt entwickelt hat. Zu einer intensiven Koordination zwischen den europäischen Staatsbahnen bei internationalen Verkehren sind diverse Gemeinschaftsunternehmen hinzugetreten, die entsprechende Angebote verwirklichen (vgl. Tabelle 3.3). Da es den beteiligten Gesellschaften durch die bestehenden Kooperationen möglich ist, ein abgestimmtes Angebot im grenzüberschreitenden Verkehr abzugeben, können diese Kooperationsangebote Wettbewerbsvorteile nutzen, die von Dritten vermutlich nicht aufgeholt werden können.⁸⁶ Dem Zugang für Dritte zum internationalen Verkehr sind deshalb bereits Hürden gesetzt, sofern diese befürchten müssen, mit den Kooperationsangeboten der Staatsbahnen in Konkurrenz zu treten. Es ist außerdem davon auszugehen, dass es durch die Verflechtung der Unternehmen in internationalen Kooperationen auch zu Rückwirkungen auf den nationalen Märkten kommt. Ein aggressiver Markteintritt einer ausländischen Staatsbahn in den nationalen Verkehr gefährdet die Kooperation und senkt damit das Ertragspotenzial des Eintritts, was die Wahrscheinlichkeit mindert, dass die Staatsbahnen versuchen, direkt in Konkurrenz zueinander zu treten. Es muss weiterhin in Frage stehen, ob die staatlichen Eigentümer die aggressive Ausdehnungsstrategie einer Staatsbahn tolerieren würden. Vieles spricht deshalb eher für eine Gebietsaufteilung und gegen baldigen Wettbewerb der Staatsbahnen untereinander.

113. Zu berücksichtigen bleibt, dass die europäischen Nachbarstaaten ihre inländischen Märkte für Schienenpersonenfernverkehr zum Teil durch erhebliche institutionelle Marktzutrittsbarrieren vor Wettbewerb geschützt haben. Beispielsweise kann die französische SNCF deshalb davon ausgehen, bei einem Markteintritt in Deutschland nicht unmittelbar einem Gegenangriff im eigenen Land ausgesetzt zu sein. Allerdings könnte das aggressive Verhalten ausländischer Staatsbahnen in Deutschland den Druck auf andere Länder erhöhen, institutionelle Marktzutrittsschranken abzubauen. Anhand eines aktuellen Beispiels zeigt sich, dass eine Ausdehnungsstrategie europäischer Staatsbahnen im SPFV grundsätzlich nicht auszuschließen ist. So plant die private italienische Eisenbahngesellschaft Nuovo Trasporto Viaggiatori ab 2011 den Eintritt in den italienischen Fernverkehrsmarkt mit Hochgeschwindigkeitszügen.⁸⁷ Im Jahr 2008 erwarb die französische SNCF Anteile an dem Unternehmen. Pressemitteilungen zufolge hatte auch die Deutsche Bahn AG Interesse an einer Beteiligung gezeigt.⁸⁸ Gegen eine vergleichbare Situation in Deutschland sprechen allerdings verschiedene Faktoren, welche die Gewinnerwartungen bei einem Markteintritt in den deutschen Fernverkehr mit Hochgeschwindigkeitsmaterial dämpfen. Problematisch ist vor allem die geringe Eignung Deutschlands für Hochgeschwindigkeitsverkehr mit über 230 km/h, wodurch gerade auf Fernverkehrsstrecken die intermodale Konkurrenz mit dem Luftverkehr die Refinanzierung des teuren Materials gefährden könnte.

85 Derzeit werden für den TGV POS, der über eine Doppeltraktion verfügt, Zulassungstests durch die Deutsche Bahn AG im Auftrag der SNCF durchgeführt. Die Zulassung wird für 2010 angestrebt.

86 Vgl. Mitusch, K. u.a., a.a.O., S. 94, Fn. 64.

87 Das Unternehmen hat 25 Hochgeschwindigkeitszüge des Typs AGV, eines Nachfolgemodells des TGV, beim Unternehmen Alstom bestellt, vgl. http://www.de.alstom.com/pr_corp/2008/de/48215.DE.php?languageId=DE&dir=/pr_corp/2008/de/&idRubriqueCourante=15075.

88 Vgl. Manager-Magazin, http://boersen.manager-magazin.de/spo_mmo/kurse_einzelkurs_news.htm?id=27953847&r=0&u=0&p=0&k=0&seite=kurse&s=TNT&b=200&l=528&n=TNT&sektion=nachrichten&popup=0 [Stand: 12. August 2008].

Tabelle 3.3:

Internationale Kooperationen von Staatsbahnen

Bezeichnung	Kooperation
Alleo	Joint-Venture zwischen der DB AG und der SNCF (hat einige Aufgaben von Rhealys übernommen).
Elipos	Joint-Venture zwischen der SNCF und der spanischen RENFE.
Eurostar	Gemeinschaftsunternehmen von SNCF, SNCB (Belgien) und Eurostar UK Ltd., das Verbindungen zwischen UK, Belgien und Frankreich anbietet.
Railteam	Kooperation zwischen den Staatsbahnen und ihren europäischen Töchtern, Thalys (s.u.) and Eurostar. Beteiligt sind: DB AG, SNCF, Eurostar, NS Hispeed (Niederlande), ÖBB, SBB und SNCB. Im Gegensatz zu den Gemeinschaftsunternehmen Thalys und Eurostar wird diese Kooperation nicht operativ tätig, sondern dient der Abstimmung der jeweiligen Angebote. Als zentrales Ziel wird genannt, internationale Angebote zu etablieren, die konkurrenzfähig zum Flugverkehr sind.
Rhealys	Projekt-Gesellschaft der deutschen, französischen, luxemburgischen und Schweizer Bahnen (DB AG, SNCF, SBB, CFL) zur Vorbereitung des Hochgeschwindigkeitsverkehrs im Raum Süddeutschland/Luxemburg/Basel-Zürich/Großraum Paris.
TEE Rail Alliance	Kooperation zwischen DB AG, SBB und ÖBB.
TGV Lyria	Tochter der SNCF, an der auch die SBB Anteile hält.
Thalys	Gemeinschaftsunternehmen von SNCF, SNCB und DB AG (Kapitalanteile: 62 % SNCF, 28 % SNCB und 10 % DB AG), das internationale Verkehre zwischen den beteiligten Ländern sowie UK durchführt. Die Züge befinden sich im Besitz der Gesellschafter. Sie sind international einsetzbar, da sie mit mehreren Zugsicherungssystemen und teilweise (Thalys PBKA) mit mehreren Energiesystemen ausgestattet sind.

Quelle: Mitusch, K. u.a., Wettbewerbsaussichten im Schienenpersonenfernverkehr, Studie der IGES Institut GmbH im Auftrag der Monopolkommission, Berlin 2009, S. 94 f.

114. Verschiedene Gründe, vor allem die Verflechtung der Staatsbahnen durch Kooperationen, sprechen dafür, dass eine Ausdehnung anderer europäischer Staatsbahnen nach Deutschland kurzfristig eher unwahrscheinlich ist. Als eine weitere Möglichkeit ist deshalb ein entsprechender Neueintritt in den Fernverkehrsmarkt durch Start-ups oder durch Nahverkehrsunternehmen zu untersuchen (Szenario 2). Ein wesentlicher Unterschied in der Strategie eines Neulings ist darin zu sehen, dass ein Marktzutritt wahrscheinlich mit konventionellem rollendem Material durchgeführt werden würde, das lediglich Geschwindigkeiten bis 230 km/h erreicht. Hintergrund sind die erheblichen Kostenunterschiede, die zwischen dem ICE und dem konventionellen Material bestehen. Die begrenzten Möglichkeiten in Deutschland, die deutlich höheren Geschwindigkeiten einzusetzen, und der durch Zwischenhalte eventuell nur geringe Reisezeitgewinn machen den Marktzutritt mit konventionellem Zugmaterial nach Auskunft verschiedener Marktakteure zu der deutlich plausibleren Option. Neulinge könnten die Strategie verfolgen, das Angebot auf einzelnen Hauptstrecken mit einem Kostenvorteil gegenüber den Verbindungen der Deutschen Bahn AG zu realisieren. Durch die geringeren Kosten bietet es sich für einen Neuling an, sich mit einem qualitativ fast vergleichbaren Verkehrsangebot bei geringeren Preisen am Markt zu positionieren. Zu diesem Zweck wird der Anbieter versuchen, die Kostenführerschaft durch weitere Einsparpotenziale gegenüber der Deutschen Bahn AG, beispielsweise im Vertrieb, auszubauen.⁸⁹

115. Haupthindernis für diese Form des Markteintritts ist die mangelnde Transparenz über die verfügbaren Netzkapazitäten, da die profitabelsten Strecken und Stationen hoch belastet sind. Solange die Trassenverfügbarkeit aber nicht längerfristig garantiert werden kann, stellt die Finanzierung des

⁸⁹ Verschiedene Kostenvorteile bei einem Neueintritt werden in Abschnitt 3.1.2 besprochen.

rollenden Materials ein erhebliches Problem für den Marktzutritt dar, das besonders Start-ups betrifft, die in der Regel zunächst über wenig Eigenkapital verfügen. Grundsätzlich sind jedoch sämtliche Unternehmen von dieser Schwierigkeit betroffen, da bei der Investition in rollendes Material ein erheblicher Risikozuschlag kalkuliert werden muss. Mit dem gegenwärtig verfügbaren Instrument der Rahmenverträge lässt sich dieses Problem nicht lösen, da die Regelung – wie an späterer Stelle ausführlich dargelegt wird – verschiedene konzeptionelle Schwächen aufweist.

116. Gegenüber dem ICE-Angebot der Deutschen Bahn AG weisen Angebote im konventionellen Geschwindigkeitssegment (Szenario 3 und 4) einen erheblichen Qualitätsnachteil auf, da die Reisezeit hier wesentlich länger sein kann. Dies wirkt sich vor allem bei Verbindungen zwischen Metropolen aus, soweit entlang der Strecke nicht sehr viele Kunden auch für Kurzverbindungen gewonnen werden können. Es ist deshalb anzunehmen, dass sich neue Anbieter im konventionellen Geschwindigkeitssegment auf Relationen zwischen Oberzentren und Ballungsräumen konzentrieren, die von der Deutschen Bahn AG bisher durch den IC-Verkehr bedient werden. Die bestehenden Angebote von Wettbewerbern haben gezeigt, dass Markteintritte vor allem auf solchen Relationen attraktiv sind, die in der Vergangenheit durch die Deutsche Bahn AG aufgegeben oder ausgedünnt wurden. Die Praxis der Aufgabenträger, Leistungen auszuschreiben, die eigentlich Fernverkehrsleistungen sind, reduziert allerdings das Auffinden von eintrittsfreundlichen Relationen.

117. Angebote im konventionellen Geschwindigkeitssegment werden relationsspezifisch entwickelt; typischerweise dürfte aber eine generelle Niedrigpreisstrategie angestrebt werden, bei der auf eine hohe Taktfrequenz verzichtet wird und die Anbieter auch bereit sind, auf kleinere Bahnhöfe auszuweichen. Die Ausdehnungsstrategie in diesem Segment (Szenario 3) kann insbesondere von Nahverkehrsunternehmen genutzt werden, die dazu Synergieeffekte bei Vertrieb, Instandhaltung und Reinigung so wie bei der Verwendung des rollenden Materials zur Bereitstellung eines Fernverkehrsangebots ausspielen. Problematisch ist jedoch vor allem, dass Komfort und Spitzengeschwindigkeit des rollenden Materials im SPNV für längere Reisen im Fernverkehr nur begrenzt adäquat sind. Bei entsprechenden Investitionen in geeigneteres Rollmaterial nähern sich die Unternehmen jedoch schnell den Kostenstrukturen eines Neueintritts an.

118. Neueintritte im konventionellen Geschwindigkeitssegment (Szenario 4) sind mit höheren Investitionskosten verbunden, ermöglichen aber auf die jeweilige Relation angepasstes Rollmaterial und die Etablierung kostenminimaler Strukturen. Die wesentlichen Marktzutrittschancen liegen insbesondere beim Reaktionspotenzial des Altanbieters sowohl durch die Infrastruktur- als auch durch die Transportsparte. Im Bereich des konventionellen Fernverkehrs stellt die Unsicherheit über den Netzzugang und die dortige Preisentwicklung ein besonderes Problem dar, weil hier eine Reihe von Zwischenhalten einzuplanen ist und die Kosten für Strecken und Stationsnutzung bei solchen Angeboten etwa 30 % der Gesamtkosten ausmachen. Da die Entwicklung dieser Kosten allein von der Deutschen Bahn AG beeinflusst werden kann – beispielsweise im Rahmen einer grundsätzlichen Überarbeitung des Preissystems – besteht hier ein permanentes Kostenrisiko. Dem steht ein Erlösrisiko gegenüber, da auf Strecken in diesem Segment mit dem höchsten Reaktionspotenzial der DB Fernverkehr AG zu rechnen ist.⁹⁰

119. Nach Auffassung der Monopolkommission bestehen in den abgegrenzten Angebotssegmenten des SPNV differenzierbare Marktzutrittshindernisse, durch die die Entwicklung des Wettbewerbs teilweise blockiert wird. Die Analyse zeigt, dass im Hochgeschwindigkeitssegment eine kurzfristige Ausdehnungsstrategie der ausländischen Staatsbahnen aufgrund bestehender Verflechtungen unwahrscheinlich ist. Antriebsfeder für den Wettbewerb könnte jedoch der Marktzutritt eines Neulings sein, der bei geringeren Kosten Konkurrenzverkehre auf den Hauptstrecken anbieten kann.

90 Vgl. Abschnitt 3.3.2.

Hinderlich wirkt hier vor allem die begrenzte Transparenz und Sicherheit über freie Netzkapazitäten. Hier ist nachfolgend ein wirtschaftspolitischer Eingriffsbedarf zu prüfen. Im konventionellen Geschwindigkeitssegment ist das Problem der Trassenverfügbarkeit geringer einzuschätzen, da sich die Leistungen eher auf weniger stark ausgelastete Netzteile begrenzen. Wichtiger wirkt hier die fehlende Planbarkeit der von der Deutschen Bahn AG abhängigen Kosten des Infrastrukturzugangs, die z.B. durch eine effiziente Regulierung im Bereich der Entgelte beeinflusst werden können. Wesentlich ist zudem das Erlörisiko, das insbesondere durch die Möglichkeit aggressiven Wettbewerbsverhaltens der Deutschen Bahn AG erhöht wird.

3.3 Bedarf wirtschaftspolitischer Eingriffe und weitere Entwicklung

120. Durch die vorausgegangene Analyse wurden die bestehenden Möglichkeiten und Hindernisse beim Marktzugang im SPFV systematisiert. Für die zentralen Zugangsprobleme bleibt zu ermitteln, ob die bestehenden Hindernisse den Anforderungen an effiziente Wettbewerbsbedingungen widersprechen. Die Monopolkommission wird sich deshalb mit wichtigen Zugangshindernissen befassen, um wirtschaftspolitischen Eingriffsbedarf aufzuzeigen. Im Anschluss lässt sich eine Aussage über die weitere Wettbewerbsentwicklung treffen.

3.3.1 Trassenunsicherheit und Rahmenverträge

121. Der Zugang zu Schienenwegen stellt einen elementaren Produktionsfaktor im Schienenverkehr dar. Sowohl die Verfügbarkeit von Trassen als auch die Verteilung der Nutzungsrechte, die Trassenvergabe, haben daher wesentlichen Einfluss auf die Marktchancen neuer Anbieter.

122. Die Unsicherheit eines Wettbewerbers über die nachhaltige Verfügbarkeit von Trassenkapazitäten stellt sich vor dem Hintergrund spezifischer Investitionen als ein zentrales Wettbewerbsproblem dar. Zahlreiche Investitionen bei einem Markteintritt in den SPFV sind spezifisch. Investitionen in das rollende Material bilden dabei den Schwerpunkt. Da bislang nur sehr unvollkommene Gebrauchtmärkte existieren und alternative Verwendungsmöglichkeiten häufig erhebliche Umbauten erfordern, behält das bei einem Markteintritt in den SPFV investierte Kapital seinen Wert nur innerhalb des avisierten Geschäftsmodells. Bei einem vorzeitigen Austritt aus dem Markt muss der Anbieter hingegen damit rechnen, einen erheblichen Anteil des eingesetzten Kapitals abschreiben zu müssen. Notwendige Bedingung eines Marktzutritts im SPFV ist jedoch die Sicherheit eines potenziellen Anbieters, ein wirtschaftliches Angebot im Hinblick auf die Trassenverfügbarkeit überhaupt aufrechterhalten zu können. Eine 10- bis 15-jährige Planungssicherheit bezüglich der Trassenverfügbarkeit wäre dazu ideal. In diesen Zeitraum fallen typischerweise Hauptrevisionen und Umbauten beim Rollmaterial an, die eine alternative Verwendung erleichtern. Das Problem entsteht in gleicher Form, wenn das rollende Material durch Verleih- und Leasinggesellschaften beschafft werden soll. Auch in dieser Struktur stiftet das Material für die zwischengeschalteten Unternehmen nur in der Vertragsbeziehung den vollen Nutzen, für die es beschafft wurde. Deshalb ist auch hier eine langfristige Absicherung erforderlich. Zahlreiche Investoren, Banken und Leasingunternehmen koppeln daher ihre Finanzierung an die langfristige Absicherung des Infrastrukturzugangs. Eine solche Sicherheit über den Zugang müsste im Optimalfall deutlich vor Durchführung des Fahrbetriebs möglich sein, da die Bestellung von Rollmaterial gewöhnlich eine Vorlaufzeit von zwei bis drei Jahren benötigt.

123. Der regelmäßige Zugang zu Trassen in Deutschland und Europa erfolgt entweder durch die jährliche Anmeldung zum Netzfahrplan oder durch die Buchung im Rahmen des Gelegenheitsverkehrs, bei dem freie Kapazitäten auch innerhalb des Fahrplanjahres angefordert werden können. Für den SPFV ist hier insbesondere der Zugang zum Netzfahrplan relevant, der in Deutschland durch das Allgemeine Eisenbahngesetz und die Eisenbahninfrastrukturbenutzungsverordnung gere-

gelt wird. Der Netzfahrplan wird einmal im Jahr von der DB Netz AG erstellt. An jedem zweiten Samstag im Dezember um 24 Uhr erfolgt der Fahrplanwechsel. Die Frist für Trassenanmeldungen beginnt Mitte März und endet nach einem Monat. Bei konkurrierenden Trassenanmeldungen ist der Infrastrukturbetreiber aufgefordert, diese innerhalb eines Konstruktionspielraums auszugleichen. Zu einer solchen Situation kommt es bei der Planung des Jahresfahrplans regelmäßig mehrere Tausend Mal. In der Regel werden diese Nutzungskonflikte jedoch im Zuge des folgenden Koordinierungsverfahrens beigelegt, bei dem eine einvernehmliche Lösung zwischen den Beteiligten gefunden werden soll. Endet jedoch auch dies ergebnislos, kommt es zum Entscheidungsverfahren gemäß § 9 Abs. 4 EIBV, bei der die Trasse nach fest bezeichneten Vorrangregeln vergeben wird. Priorität haben danach derzeit noch Trassen des grenzüberschreitenden Verkehrs. An zweiter Stelle folgt der vertaktete oder ins Netz eingebundene Verkehr.⁹¹ Erst danach sind einzelne Zugtrassen für den Güterverkehr zu berücksichtigen. Kann nach den Vorrangkriterien kein Anmelder ermittelt werden, der zu bevorzugen ist, dann bekommt nach dem Regelentgeltverfahren gemäß § 9 Abs. 5 EIBV diejenige Trasse den Vorrang, durch die das höhere Entgelt erzielt werden kann. Da sich in den meisten Fällen kleine Unterschiede in den Regelentgelten ergeben, ist das Höchstpreisverfahren gemäß § 9 Abs. 6 EIBV von geringer praktischer Bedeutung. Letzteres Verfahren, in dem eine Trasse im Rahmen einer Auktion an den Meistbietenden vergeben wird, ist bis heute erst einmal im Jahr 2003 angewendet worden.⁹²

124. Die Bedingungen des SPFV, bei der Trassenvergabe grundsätzlich zum Zug zu kommen, sind relativ gut. Insbesondere solche Verkehre, bei denen mindestens ein Teil der Verbindung grenzüberschreitend ist, sind nach den geltenden Vorrangregeln derzeit kaum zu verdrängen. Allerdings tritt zum 1. Januar 2010 eine Änderung der EIBV in Kraft, die dazu führt, dass vertakteter Verkehr von da an vor internationalen Verbindungen berücksichtigt wird.⁹³ Auch dann sind die Chancen für SPFV-Verkehre jedoch relativ groß, da diese in der Regel als vertaktete Verkehre und als langlaufende Trassen geplant werden, die ein hohes Regelentgelt aufweisen. Ein Problem können allerdings die zulässigen Verschiebungen innerhalb eines Konstruktionspielraums darstellen, durch die eventuell minutengenaue Umsteigemöglichkeiten verloren gehen.

125. Trotz der guten Zugangsbedingungen ist insbesondere auf den Hauptstrecken nicht abzusehen, ob die gewünschte Trasse mit hinreichender Sicherheit nach dem Planungszeitraum auch zur Verfügung gestellt werden kann. Auch eine Sicherheit für den Zugang in folgenden Fahrplanperioden besteht nicht. Um dennoch die Absicherung spezifischer Investitionen neuer Anbieter zu ermöglichen, hat das Gemeinschaftsrecht mit der Option der Rahmenverträge eine weitere Regelung vorgesehen, welche die Voraussetzungen für die langfristige Absicherung der Zugangsmöglichkeit schaffen soll. Hierauf basiert die Möglichkeit im deutschen Recht, gemäß § 14a AEG Rahmenverträge über einen Zeitraum von fünf Jahren abzuschließen. Bei Nachweis vertraglicher Bindungen und besonderer Investitionen beträgt der Zeitraum zehn Jahre, bei umfangreichen und besonders langfristigen Investitionen auch länger. Rahmenverträge regeln nicht die Zuweisung einzelner Trassen, sondern sichern dem Eisenbahnverkehrsunternehmen gemäß § 13 Abs. 1 EIBV eine zeitliche Bandbreite, die so gewählt werden muss, dass theoretisch drei mögliche Zugtrassen innerhalb dieser Bandbreite konstruiert werden können. Gemäß § 13 Abs. 2 EIBV dürfen maximal 75 % der Kapazität eines Schienenweges durch Rahmenverträge gebunden werden. Die Vergabe von Rahmenverträgen erfolgt in Perioden, die eine Regellaufzeit von fünf Jahren aufweisen. Somit können im Regelfall nur alle fünf Jahre Rahmenverträge abgeschlossen werden. Die EIBV ermöglicht allerdings

91 Vertaktete Verkehre sind nach § 9 Abs. 7 EIBV Verkehrsleistungen, die grundsätzlich auf demselben Weg am selben Tag mindestens viermal und höchstens in zweistündigem Abstand grundsätzlich zur gleichen Minute durchgeführt werden. „Ins Netz eingebunden“ können theoretisch auch regelmäßige Güterverkehre sein. Die meisten Güterverkehre erfüllen dieses Kriterium allerdings nicht.

92 Das Höchstgebot lag bei diesem Fall einen Cent über dem des unterlegenen Zugangsberechtigten.

93 Vgl. Vierte Verordnung zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften vom 3. Juni 2009, BGBl. I S. 1235.

gemäß § 13 Abs. 11 auch aperiodische Rahmenverträge. Diese können eine Laufzeit bis zum Ende der Rahmenfahrplanperiode haben und es können Rahmenverträge „jederzeit über das Ende einer Rahmenfahrplanperiode hinaus geschlossen werden, wenn die vereinbarte Bandbreite und ihre zeitliche Lage für die folgenden Rahmenfahrplanperioden nicht geändert wird“.

126. Das Risiko der Trassenverfügbarkeit wird mit der bestehenden Rahmenvertragsregelung faktisch jedoch kaum reduziert. Dafür bestehen zwei Gründe:

- Hauptverantwortlich ist die schwache Wirkung der Rahmenverträge im Vergabeverfahren. Rahmenverträge wirken gemäß § 13 Abs. 1 Satz 5 EIBV bei der Netzfahrplanerstellung, indem sie das Höchstpreisverfahren verdrängen.⁹⁴ Sowohl das Koordinierungsverfahren, die Vorrangkriterien als auch das Regelentgelt haben daher Vorrang vor Rahmenverträgen. Da das Höchstpreisverfahren nur im Ausnahmefall zur Anwendung kommt, ist die Bedeutung von Rahmenverträgen als Absicherung der Trassenverfügbarkeit kaum gegeben. Die im Markt verbreitete Ansicht, langfristige Rahmenverträge könnten die Sicherheit verfügbarer Kapazitäten erhöhen, entbehrt einer soliden Grundlage, denn der Status von Rahmenverträgen bei der Trassenvergabe ist ungeklärt.
- Die fehlende zeitliche Flexibilität beim Abschluss von Rahmenverträgen führt zu einer zweiten wesentlichen Einschränkung des Instruments. Aufgrund der Vorlaufzeiten bei der Beschaffung des Rollmaterials sollten Rahmenverträge bereits zwei bis drei Jahre vor der Betriebsaufnahme geschlossen werden können, um zum Zeitpunkt der Finanzierung spezifischer Investitionen bereits vorzuliegen. Gegenwärtig beträgt der von der DB Netz AG festgelegte Vorlauf jedoch nur etwa sechs Monate. § 13 Abs. 7 EIBV enthält nur die Forderung nach „rechtzeitiger“ Vergabe. Der bereits jetzt schwelende, aber noch nicht vor Gericht ausgetragene juristische Streit lähmt den Markt. Gegenwärtig müssen nicht genutzte Kapazitäten abbestellt werden, sodass Ansprüche erlöschen; zudem muss ein Reduzierungsentgelt entrichtet werden.⁹⁵ Die DB Netz AG vertritt die Ansicht, dass Rahmenverträge mit späterem operativem Betriebsbeginn automatisch nur für verbleibende Restkapazitäten abgeschlossen werden können. Auch dominiert zurzeit eine Interpretation des § 13 Abs. 11 EIBV, nach der nur Aufgabenträger längerfristige aperiodische Rahmenverträge abschließen können.⁹⁶

127. Die Monopolkommission hält die bestehenden Regelungen über die Vergabe von Netztrassen für nicht ausreichend, um Wettbewerbsprozesse im SPFV zu begünstigen. Ein Nachbesserungsbedarf ist deshalb sowohl hinsichtlich der Transparenzverpflichtungen des Netzbetreibers über die generelle Trassenverfügbarkeit als auch bei den Regelungen über den Abschluss von Rahmenverträgen angezeigt.

128. Die Monopolkommission empfiehlt dem Gesetzgeber, die Transparenz des Vergabeprozesses für Netztrassen zu erhöhen. Es ist wichtig, hier höchstmögliche Transparenz herzustellen, damit die Eisenbahnverkehrsunternehmen sich ein möglichst umfassendes Bild über ihre Zugangsmöglichkeiten machen und freie Kapazitäten selbstständig identifizieren können. In das Eisenbahnrecht

94 So auch die Deutsche Bahn AG in ihren Schienennetznutzungsbedingungen: „Bei Abschluss eines Rahmenvertrages verpflichtet sich die DB Netz AG, dem Kunden für den Fall, dass bei der Netzfahrplanerstellung Anträge auf zeitgleiche, miteinander nicht zu vereinbarende Nutzung vorliegen, eine Trasse innerhalb der rahmenvertraglich vereinbarten Bandbreite ohne Durchführung des Höchstpreisverfahrens anzubieten.“ Vgl. DB Netz AG, Schienennetz-Benutzungsbedingungen der DB Netz AG (SNB), Stand 14. November 2008, http://www.deutschebahn.com/site/shared/de/dateianhaenge/infomaterial/snb/snb__ab_april_2006/snb2009.pdf, S 45.

95 Das Reduzierungsentgelt beträgt im ersten Jahr der Laufzeit des Rahmenvertrages 15 % des Produktes aus dem abweichenden Trassenkilometervolumen und dem durchschnittlichen Trassenkilometerpreis, der sich für die mit einem Rahmenvertrag gebundenen Kapazitäten entsprechend der jeweils gültigen Trassenpreisliste ergibt. Mit jedem weiteren Jahr der Vertragslaufzeit ermäßigt sich das Reduzierungsentgelt um einen Prozentpunkt.

96 Vgl. Mitusch, K. u.a., a.a.O., S. 76.

sollte deshalb eine Regelung aufgenommen werden, die es dem Infrastrukturbetreiber vorschreibt, Informationen über belegte und freie Kapazitäten in anonymisierter Form zur Verfügung zu stellen. Die Monopolkommission verweist in diesem Zusammenhang auf ihre Ausführungen in ihrem letzten Sondergutachten zum Bahnsektor. Darin hat sie vorgeschlagen, die Eisenbahninfrastrukturunternehmen rechtlich zu verpflichten, ihre Bildfahrpläne bzw. Zeit-Wege-Diagramme der Trassenbelegung in anonymisierter Form für einen bestimmten Adressatenkreis über eine Online-Verbindung zugänglich zu machen.⁹⁷ Ein solches Verfahren entspräche auch grundsätzlichen Überlegungen der europäischen Richtlinie 2001/14/EG⁹⁸ über die Zuweisung von Fahrwegkapazität. Darin heißt es in Erwägungsgrund 27 unter anderem: „Der Einsatz der Informationstechnologie kann das Verfahren der Netzfahrplanerstellung beschleunigen und bedarfsorientierter gestalten, [...]“. Die Monopolkommission empfiehlt außerdem, die Bundesnetzagentur stärker als bisher in die Überwachung des Prozesses der Trassenvergabe einzubinden. Sie sollte routinemäßig Informationen über Infrastruktur und Netzbelegung erhalten und über Vergabeentscheidungen frühzeitig informiert werden.

129. Bei der Regulierung von Rahmenverträgen in AEG und EIBV ist ebenfalls eine gesetzliche Initiative erforderlich. Eine Änderung des rahmenvertraglichen Instrumentariums ist jedoch nicht frei von Risiken und sollte deshalb genau bedacht werden. Eine zu starke Gewichtung von Rahmenverträgen läuft Gefahr, den Trassenvergabeprozess komplizierter und gegebenenfalls unklarer zu machen oder gar dem Marktführer eine weitere Gelegenheit für strategisches Verhalten zu geben. Letzteres könnte auch eine Marktverschlusswirkung zur Folge haben, die langfristig Marktzutritte erschwert.

Für eine effektivere Regelung über den Abschluss von Rahmenverträgen ist nach Auffassung der Monopolkommission eine Konzentration auf die praktischen Erfordernisse des Marktes vorzunehmen. Angesichts der geringen tatsächlichen Relevanz der Rahmenverträge im Vergabeverfahren bleibt zu konstatieren, dass im Markt offenbar eine kontrafaktische Wahrnehmung der gegenwärtigen Wirkung von Rahmenverträgen vorherrscht. Investoren, Banken und Leasingunternehmen binden ihre Finanzierungsbereitschaft oft an das Vorliegen von Rahmenverträgen.⁹⁹ Diese lassen sich aufgrund der oben genannten Flexibilitätsprobleme zum Finanzierungszeitpunkt jedoch nicht vorlegen. Es sollte deshalb unbedingt das Timing-Problem gelöst werden, um den Unternehmen die Möglichkeit zu geben, überhaupt zu einem nutzenstiftenden Zeitpunkt Rahmenverträge abzuschließen zu können und damit die Finanzierungsschwierigkeiten zu durchbrechen. Es ist dazu unbedingt empfehlenswert, die in § 13 Abs. 7 EIBV bisher durch den Begriff „rechtzeitig“ unbestimmt gehaltene Vorlaufzeit für Rahmenverträge zu konkretisieren, indem ein Zeitraum von mindestens zwei Jahren vorgesehen wird. Kürze Zeiträume limitieren die Wirksamkeit einer Änderung und sollten nicht angestrebt werden. Ferner sollte jährlich der Abschluss von Rahmenverträgen über die volle Laufzeit unabhängig von festen Rahmenvertragsperioden möglich sein, um Marktzutritte und Wettbewerbseffekte nicht auf bestimmte Zeiträume zu begrenzen. Es empfiehlt sich auch, die Stornierungsentgelte zu regulieren. Um einen strategischen Abschluss von Rahmenverträgen zu vermeiden, dürfen diese nicht zu niedrig ausfallen und sollten spezifisch bei der Stornierung der durch den Rahmenvertrag eingegrenzten Strecken zur Anwendung kommen, ohne durch andere Bestellungen substituiert werden zu können.

97 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 48, a.a.O., Tz. 188.

98 Richtlinie 2001/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2001 über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn, die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur und die Sicherheitsbescheinigung, ABl. EG Nr. L 75 vom 15. März 2001, S. 29.

99 Die Gründe dafür sind nicht transparent. Vielleicht steht dahinter die vage Hoffnung, dass sich Rahmenverträge im informellen Koordinierungsverfahren auswirken würden – dies sollte aber anlehndend an die Regelungen der EIBV eigentlich nicht möglich sein.

Hinsichtlich der realen Wirkung von Rahmenverträgen muss aufgrund der oben genannten Marktverschlusspotenziale eine Lösung angestrebt werden, die es erlaubt, das Instrument nur zweckgerichtet einzusetzen. Die Monopolkommission empfiehlt deshalb, die Ansprüche aus Rahmenverträgen bei der Trassenvergabe stärker zu verankern, wenn gleichzeitig die grundsätzliche Vergabe von Rahmenverträgen für SPFV-Unternehmen begrenzt wird. Sachlich sollten – neben den Aufgabenträgern – nur solche Unternehmen Rahmenverträge abschließen können, die damit nachweislich spezifische Investitionen absichern wollen. Eine entsprechende Prüfung sollte die Bundesnetzagentur durchführen. Ein ähnliches Genehmigungsverfahren wird gemäß § 15 Abs. 2 AEG bislang schon für solche Rahmenverträge umgesetzt, für die eine Laufzeit von mehr als fünf Jahren beantragt wird. Als Kriterien dienen hier Investitionsumfang und Dauer. Im Falle einer Per-se-Genehmigungspflicht sind diese Kriterien um die Anforderung der Spezifität der vorzunehmenden Investition zu ergänzen. Diese liegt dann vor, wenn das Unternehmen nachweisen kann, dass ein wesentlicher Teil des Investitionsvolumens irreversibel ist. Die Begrenzung von Rahmenverträgen für Eisenbahnverkehrsunternehmen, die spezifische Investitionen nachweisen können, hätte zur Folge, dass bereits gewachsene Unternehmen seltener die Möglichkeit hätten, Rahmenverträge abzuschließen. Es ist davon auszugehen, dass bei diesen das Problem der Spezifität nicht oder in einem deutlich geringerem Maße gegeben ist, da das rollende Material z.B. auch als Ersatzinvestition auf anderen Strecken dienen kann. Die Monopolkommission hält eine solche am ökonomischen Sinn und Zweck orientierte Rahmenvertragsregelung für geeignet, Markteintrittsbarrieren im SPFV zu senken.

3.3.2 Reaktionspotenziale des Altbetreibers bei einem Marktzutritt

130. Ein weiterer zentraler Aspekt, durch den potenziellen Wettbewerbern der Marktzugang erschwert wird, ist das Risiko über die Reaktion der Deutschen Bahn AG bei einem Markteintritt. Grundsätzlich ist zu erwarten, dass die Deutsche Bahn AG als dominierender Anbieter versuchen wird, einen Angriff auf den von ihr beherrschten Markt bereits im Vorfeld zu vermeiden. Es liegt deshalb in ihrem Interesse, den Eindruck zu erwecken, dass sie alleine bereits den Markt verschließt. Eine realistische Möglichkeit der Eintrittsabschreckung, die auch in der Literatur diskutiert wird, ist die Überinvestitionsstrategie, bei der die Deutsche Bahn AG bis zum Rande der Profitabilität ein latentes Überangebot bedient, um Marktnischen für den Eintritt von Wettbewerbern zu verschließen. Das Angebot über dem Produktionsoptimum führt zu einer Verschärfung der Trassenknappheit an den Knotenpunkten und senkt die Ertragserwartungen der Wettbewerber, während es bei der Deutschen Bahn AG zu Netzwerk-Skaleneffekten führen kann, die auch einzelne unprofitable Angebote abfedern.

131. Sollte es zu einem wettbewerblichen Vorstoß kommen und sollten Konkurrenten auf den einzelnen Relationen in den Markt eintreten, so lassen sich die Verhaltensmöglichkeiten der Deutschen Bahn AG in drei Gruppen systematisieren. Erstens besteht die Möglichkeit der Duldung des Konkurrenzangebots. Verändert die Deutsche Bahn AG ihr eigenes Angebot nicht oder nur marginal, so wird sie sich auf Marktanteilsverluste einstellen müssen. Zweitens kann die Bahn sich von der angegriffenen Relation zurückziehen, sie dazu ganz aufgeben oder das Angebot reduzieren bzw. auf bestimmte Preissegmente einschränken. Drittens kann sie einen Gegenangriff einleiten, um die Marktchancen des Konkurrenten durch eine Ausweitung des eigenen Angebots oder eine deutliche Preissenkung zu untergraben. Die Reaktion durch die Wahl im Rahmen dieser Möglichkeiten und das Verhalten im Falle des Gegenangriffs hat für potenzielle Wettbewerber erhebliche Auswirkungen auf die Ertragserwartungen.

Es ist davon auszugehen, dass nicht alle Möglichkeiten gleich wahrscheinlich sind, sondern die Bahn dazu tendieren wird, eine Möglichkeit zu wählen, die auf einer bestimmten Relation das beste

Kosten-Nutzen-Verhältnis aufweist. Vermutlich fällt das Reaktionspotenzial deshalb unterschiedlich aus, je nachdem welche Verbindung durch einen Wettbewerber angegriffen wird. Daran anknüpfend ist davon auszugehen, dass der Handlungsspielraum der Deutschen Bahn AG vor allem in ihrem Kernnetz limitiert ist. In vielen Fällen wird der Angriff eines Wettbewerbers eine Verbindung betreffen, die Teil mehrerer Verbindungen im Netz der DB Fernverkehr AG ist. Der Rückzug der DB Fernverkehr AG bei einem Angriff im Kernnetz ist unwahrscheinlich, da hiervon eine Vielzahl von Angeboten betroffen wären, für die Synergien verloren gingen. Vereinfacht kann man das mittels einer Verbindung von A nach Z über B der DB Fernverkehr AG zeigen, auf der der Wettbewerber auf dem Abschnitt A – B in den Markt eintritt. Im Angebot der Deutschen Bahn AG sind hier die Möglichkeiten für Preisreaktionen jedoch eingeschränkt, da sie für die genannte Strecke die in Abschnitt 3.1.4 dargestellten Arbitragebedingungen berücksichtigen muss. Erweitert man die Vorstellung um die Vielzahl der betroffenen Verbindungen im Kernnetz der Deutschen Bahn AG, zeigt sich ihre hohe Inflexibilität, auf einzelnen Relationen durch ihre Angebots- und Preispolitik auf den Wettbewerber zu reagieren, da sie die Preise interagierender Marktsegmente simultan aufeinander abstimmen muss. Wie hoch diese Inflexibilität tatsächlich ausfällt, ist allerdings ebenso wie die Höhe der Synergieeffekte nur bedingt zu bestimmen. Gerade bei langlaufenden Verbindungen zwischen Metropolen hat die DB Fernverkehr AG im Wettbewerb mit anderen Verkehrsträgern bereits gezeigt, dass sie durch spezielle Sparangebote (z.B. „Dauer Spezial“) den Preiskampf aufnimmt. In den Randbereichen des Netzes sind die Reaktionsmöglichkeiten der Deutschen Bahn AG noch weitaus vielfältiger. Da sich auf Strecken, die am Rande des Fernverkehrsnetzes liegen, die störenden Auswirkungen auf andere Angebote noch in Grenzen halten, besteht hier eine noch höhere Wahrscheinlichkeit, dass die Deutsche Bahn AG versucht, den Konkurrenten aus dem Markt zu verdrängen. Gerade auf solchen Randstrecken ist jedoch auch ein Rückzug vorstellbar, insbesondere wenn die Relationen bereits zuvor nur geringe oder gar negative Profitabilität aufgewiesen haben.

132. Die Prognosen zeigen verschiedene Möglichkeiten auf, wie die Deutsche Bahn AG auf einen Markteintritt der Wettbewerber reagieren könnte. Marktakteure haben vielfach die Befürchtung geäußert, dass ein Angriff auf die Deutsche Bahn AG im Fernverkehrsnetz mit einer Verdrängungsstrategie des Altbetreibers beantwortet werden könnte. Aus wettbewerbspolitischer Perspektive ist hier die Gefahr missbräuchlicher Verdrängungsangebote relevant. Dieser Unsicherheitsfaktor wird von Kapitalgebern dieser Unternehmen in die Ertragserwartungen eingepreist und kann auf diese Weise die Investitionsbereitschaft beeinträchtigen. Missbräuchliches Verhalten, z.B. in der Form von Kampfpreisen, wird zwar vom Bundeskartellamt durch die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts kontrolliert. In diesem Falle wirkt sich allerdings als Schwachpunkt aus, dass das GWB im Rahmen der Missbrauchsaufsicht keine Entscheidungsfristen kennt. Vielmehr ist gerade von Missbrauchsverfahren bekannt, dass die Prüfung des Bundeskartellamtes sich über einen verhältnismäßig langen Zeitraum hinziehen kann. Im konkreten Fall eines Start-ups im SPFV ist jedoch anzunehmen, dass die Kapitalrücklagen eher gering sind. Zum Zeitpunkt einer Verfügung der Behörde könnte ein solches Unternehmen deshalb bereits vom Markt verschwunden sein. Es wäre dem Schutz kleinerer Wettbewerber deshalb zuträglich, wenn das Bundeskartellamt Missbrauchsverfahren in kurzer Zeit abschließt. In diesem Zusammenhang ist auf die Frist von vier Monaten hinzuweisen, die in § 42 Abs. 4 TKG für die spezielle Missbrauchsaufsicht im Telekommunikationssektor vorgesehen ist.

133. Den Möglichkeiten einer missbräuchlichen Preissetzung durch die Deutsche Bahn AG gegenüber ihren Wettbewerbern steht die effektive Entscheidungsbefugnis des Bundeskartellamtes und – in Wettbewerberklagen – der Zivilgerichte in Anwendung der §§ 19 f. GWB entgegen. Zwar steht bislang eine solche Entscheidung im Bahnsektor aus, die Monopolkommission verkennt auch die Hindernisse für die Wettbewerber nicht, eine solche Entscheidung zu erwirken. Die Erfahrung lehrt

jedoch, dass die erste Entscheidung in solchen Fällen „Leuchtturmwirkung“ hat und die Marktpraktiken nachhaltig beeinflussen kann. Die Monopolkommission weist darauf hin, dass das Bundeskartellamt bereits in der Vergangenheit in konkreten vergleichbaren, jedoch einfacher gelagerten Fällen binnen kurzer Frist eine Abstellungsverfügung erlassen hat.¹⁰⁰ Die Monopolkommission vertraut insofern auf die Wirkung der Missbrauchsaufsicht durch das Bundeskartellamt und ruft Wettbewerber, die sich durch einen möglichen Preiskampf im Bahnsektor rechtswidrig behindert fühlen auf, diese Praktiken zeitnah anzuzeigen.

3.3.3 *Ausblick*

133. Markteintritte im Schienenverkehr fanden natürlicherweise zuerst dort statt, wo die Bedingungen es am leichtesten zuließen. Im SPNV und bei SGV-Ganzzugverkehren besteht eine deutlich geringere Unsicherheit über die Nachfrage und die Zugangsbedingungen sind einfacher und leichter kalkulierbar. Auch die Ertragsaussichten sind dort stabiler: Der SPNV bekam ab 1997 durch die Regionalisierungsmittel eine deutliche finanzielle Unterfütterung und der SGV profitierte von dem dramatischen Wachstum insbesondere der Container und Seehafenverkehre. Die differenzierte Wettbewerbsentwicklung in den Verkehrsleistungen spiegelt deshalb auch den aus Sicht der Wettbewerber plausiblen Ansatz wider, zunächst in wachsende und lukrative Märkte einzutreten. Hingegen war die DB Fernverkehr AG lange Zeit defizitär – kein gutes Vorzeichen für potenzielle Wettbewerber und deren potenzielle Finanzierer. Es lässt sich deshalb feststellen, dass die Bedingungen für Markteintritte im SPNV schlechter waren als im SPNV oder im SGV. Im Ergebnis der vorausgegangenen Analyse schätzt die Monopolkommission diese allerdings nicht so schlecht ein, dass Markteintritte generell unmöglich erscheinen.

134. Die Gründe, warum Marktzutritte seit der Liberalisierung ausgeblieben sind, haben sich zuletzt gewandelt. In der Anfangszeit nach der Bahnreform von 1994 gab es in allen Verkehrsbereichen starke Behinderungen der Wettbewerber durch die Infrastruktursparte der Deutschen Bahn AG, die zwischenzeitlich – auch durch das Engagement von Wettbewerbern – teilweise erheblich zurückgegangen sind. Zum damaligen Zeitpunkt war auch Rollmaterial besonders schwer zugänglich, die internationalen Leasingfirmen besaßen noch keine Erfahrung mit dem deutschen Markt und waren nicht präsent und das dichte Netz der Deutschen Bahn AG bot vor dem Wegfall der Interregio-Verkehre noch weniger Nischen für den Markteintritt. Bis heute haben sich die Voraussetzungen für einen Marktzutritt jedoch deutlich verbessert. Mehrere Gründe sprechen nach Auffassung der Monopolkommission dennoch dafür, dass es in den kommenden drei bis vier Jahren noch nicht oder nur sehr bedingt zu einer lebhaften Wettbewerbsentwicklung kommen wird. Ein Grund ist darin zu sehen, dass die inzwischen im SPNV etablierten Wettbewerber in dieser Zeit vermutlich kaum Gelegenheit finden, ein Angebot im SPNV zu entwickeln, da in den nächsten Jahren viele große Ausschreibungen bzw. Neuvergaben im SPNV auf den Markt kommen. Substanzielle Finanz- und Managementkapazitäten müssen auf dieses lukrative Geschäft konzentriert werden. Neugründungen reiner SPNV-Unternehmen geraten durch die aktuelle Wirtschaftskrise finanziierungsseitig in Schwierigkeiten, da Kreditverfügbarkeit und Konditionen sich verschlechtern. Im Falle ausländischer Staatsbahnen sind Marktzutritte deshalb im Moment noch am wahrscheinlichsten. Es besteht jedoch die Gefahr, dass Konkurrenzstrategien durch implizite Gebietskoordination mit der Deutschen Bahn AG unterminiert werden.

135. Die Monopolkommission rechnet damit, dass sich mittelfristig durch eine Abschwächung der Finanzkrise auch die Finanzierungsvoraussetzungen für private Verkehrsunternehmen verbessern und dass insbesondere heutige Nahverkehrsanbieter die Chancen, die sich im SPNV bieten, entde-

¹⁰⁰ Vgl. als Beispiel den Fall DLH/Germania; BKartA, Beschluss vom 18 Februar 2002, B9-144/01, im Wesentlichen bestätigt durch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. März 2002, Kart 7/02 (V), Flugpreisunterbietung.

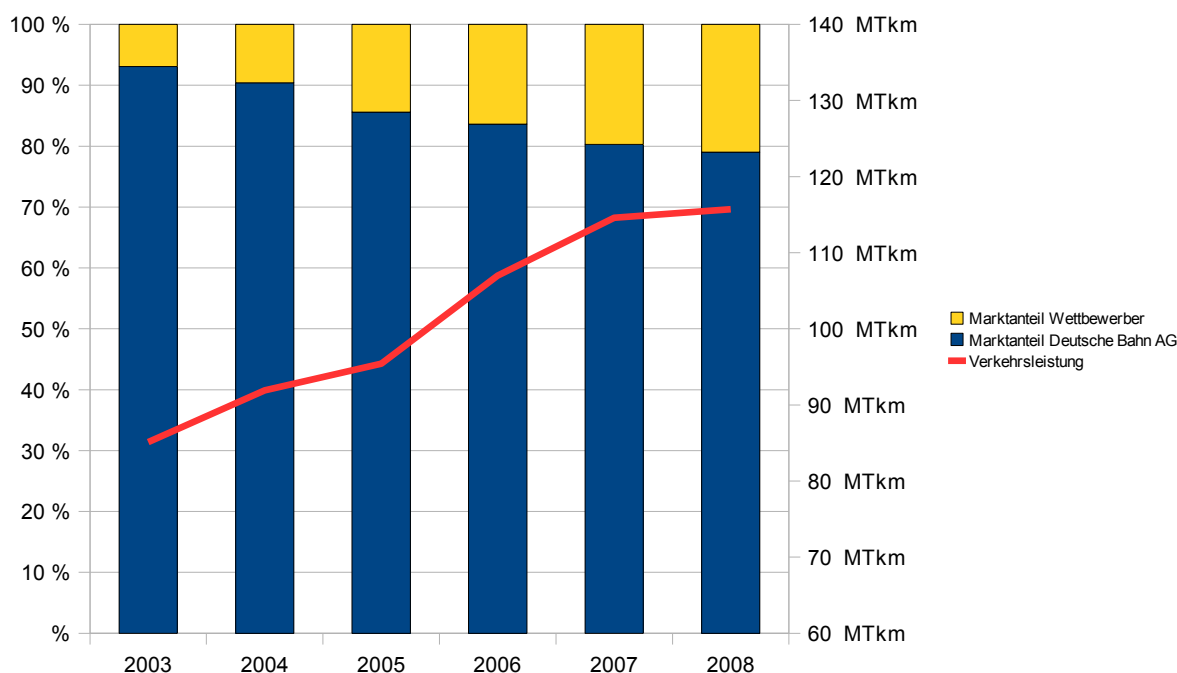
cken. Dass vermehrt Wettbewerber in den SPFV-Markt eintreten, hängt jedoch entscheidend davon ab, ob bis dahin auch die institutionellen Rahmenbedingungen verbessert werden. Die Monopolkommission verweist in diesem Zusammenhang auf ihre Empfehlungen in diesem Gutachten. Davon abhängig geht sie davon aus, dass langfristig gute Chancen für einen effizienten Wettbewerb auf dem Markt für Schienenpersonenfernverkehr bestehen. Es ist jedoch einschränkend festzustellen, dass einzelne, für den Wettbewerb relevante Probleme, heute nur bedingt eingeschätzt werden können. Dazu gehören die Auswirkungen von Netzwerk-Skaleneffekten oder die Dominanz eines großen Anbieters in Märkten für Vertrieb und rollendes Material. Nur wenn sich wider Erwarten langfristig zeigen sollte, dass die Chancen für Markteintritte im SPFV nicht gegeben sind, sollten nach Auffassung der Monopolkommission restriktivere Wettbewerbsordnungen – beispielsweise in Analogie zum SPNV – in Betracht gezogen werden. In diese Richtung tendieren auch integrierte Taktsysteme, wie sie derzeit beispielsweise unter dem Namen „Deutschland Takt“ diskutiert werden. Eine Anwendung im Fernverkehr würde das auf Angebotsfreiheit basierte aktuelle Wettbewerbsmodell in Frage stellen. Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, die bestehende Wettbewerbsordnung im SPFV nicht leichtfertig durch ein System zu ersetzen, in dem deutlich weniger Parameter durch den Wettbewerb kontrolliert werden.

4. Wettbewerbsentwicklung und Wettbewerbshindernisse im Schienengüterverkehr

136. Der Wettbewerb im Schienengüterverkehr hat sich in den vergangenen zehn Jahren relativ erfreulich entwickelt. Waren zur Jahrtausendwende nur wenige Wettbewerber zur Deutschen Bahn AG auf dem Markt vertreten, so entfallen auf sie mittlerweile über 20 % des Transportvolumens. Auch die gesamte Verkehrsleistung im Schienengüterverkehr konnte eine positive Entwicklung verzeichnen. So ist das Gesamtverkehrsaufkommen im Güterverkehr seit 2003 um etwa 36 % gewachsen. Das Wachstum entwickelte sich dabei teilweise analog zum Wachstum der Weltmärkte; die ebenfalls zunehmenden Anteile des Schienengüterverkehrs am Modal Split der Verkehrsträger zeigen jedoch, dass die Schiene hier überproportional Erfolge verzeichnen kann. Auch in den vergangenen Jahren konnten die Wettbewerber der Deutschen Bahn AG zulegen. Dabei fiel das Wachstum im vergangenen Jahr mit etwas über einem Prozentpunkt geringer aus als zuvor. Dies ist auch vor dem Hintergrund der Finanzkrise zu sehen, durch die sich die Finanzierungsbedingungen für Bahnen in privater Hand besonders erschwert haben. Mit dem Einbruch der Wirtschaftslage hat sich die Auftragslage im Güterverkehr zuletzt für die meisten Anbieter stark abgeschwächt. Welche Auswirkungen auf den Wettbewerb von dieser Entwicklung ausgehen, ist bisher noch nicht abzusehen.

Abbildung 4.1:

Marktanteile der Wettbewerber im deutschen SGV



Quellen: Wettbewerbsberichte der DB AG, Wettbewerber-Report Eisenbahn 2008/2009; eigene Darstellung (bei den Marktanteilen im Jahr 2008 handelt es sich um Schätzungen)

137. Das dominierende Unternehmen auf dem Markt für Güterverkehr ist weiterhin die DB Schenker Rail AG, die Güterverkehrssparte der Deutschen Bahn AG. Die Marktstruktur der Wettbewerber im Schienengüterverkehr ist durch viele kleinere Anbieter gekennzeichnet, die sich oftmals auf einzelne Gütergruppen, beispielsweise den Containertransport, spezialisiert haben. Einen Anteil haben auch Werks- und Hafenbahnen. Das größte kommunale Unternehmen ist hier die Häfen und Güterverkehr Köln AG. Zu den größten Wettbewerbern gehören weiter der französische Veolia-

Konzern, der 2008 die Unternehmensgruppe Rail4Chem übernommen hat. Daneben operieren mit den Schweizerischen Bundesbahnen (SBB Cargo Deutschland) und mit TX Logistik (im Mehrheitsbesitz von Trenitalia/Ferrovie dello Stato) zwei weitere Staatsbahnen auf dem SGV-Markt.

138. Auch wenn sich die Wettbewerbsentwicklung im Schienengüterverkehr erfreulich lebhafter darstellt als auf den übrigen Eisenbahnmärkten, macht die Monopolkommission darauf aufmerksam, dass verschiedene Hindernisse bisher nicht ausgeräumt wurden. Das wird besonders dann deutlich, wenn der Blick von dem Gesamtmarkt auf die Entwicklung in einzelnen Segmenten gelenkt wird, in denen die Wettbewerber bisher noch nicht Fuß fassen konnten.

Im Schienengüterverkehr können die Segmente des Ganzzugverkehrs, des kombinierten Verkehrs und des Wagenladungsverkehrs unterschieden werden. Die Wettbewerber der Deutschen Bahn AG sind dabei fast ausschließlich im Ganzzug- und im kombinierten Verkehr aktiv. Im Ganzzugverkehr wird die Transportleistung von Verladern bestellt, die große Gütermengen nach individueller Vereinbarung transportieren wollen. Er ist, ebenso wie der kombinierte Verkehr, einfacher zu organisieren als der logistisch aufwendigere Wagenladungsverkehr. Bei Letzterem werden einzelne Wagen von unterschiedlichen Verladern in einer Region gesammelt, konsolidiert und gebündelt in die Zielregionen gefahren, von wo aus sie an die Empfänger verteilt werden. In diesem Teilmarkt, der etwa 40 % des Gesamtmarktes ausmacht, hat sich bisher noch kein wirksamer Wettbewerb entwickelt. Die in diesem Verkehrssegment notwendige Netzstruktur macht es im Regelfall notwendig, dass ein Anbieter im Wagenladungsverkehr sowohl deutschlandweit aktiv ist als auch über einen geregelten Zugang zu entsprechenden Serviceeinrichtungen verfügt. Wichtig ist vor allem der Zugriff auf Rangierbahnhöfe und Zugbildungsanlagen der Deutschen Bahn AG an wichtigen Knotenpunkten. Grundsätzlich wirken sich die Informationsvorteile und Diskriminierungspotenziale in einem besonderen Maße aus, welche die Deutsche Bahn AG aus der konzerninternen Verbindung zu den Infrastrukturgesellschaften zieht.

Der Markt im Schienengüterverkehr kann ebenfalls anknüpfend an den Typ der transportierten Objekte unterschieden werden. Auffallend ist, dass die Wettbewerbsintensität in einzelnen Segmenten hinter der in anderen sich positiv entwickelnden Markt Bereichen zurückbleibt. Ursache dafür ist vor allem der Zugang zu rollendem Material. Hierauf soll in Abschnitt 4.2 eingegangen werden.

4.1 Zugangsbedingungen zur Infrastruktur der Deutschen Bahn AG

139. Die Eisenbahnverkehrsunternehmen im Güterverkehr stellen durch die häufig kurzfristige Disposition von Verkehren und die starke Nutzung verschiedener Serviceeinrichtungen besondere Anforderungen an die Eisenbahninfrastruktur. Die Unternehmen sind deshalb in mehrerer Hinsicht besonders von Vorleistungen des größten Infrastrukturbetreibers, der Deutschen Bahn AG, abhängig. Vor diesem Hintergrund ergeben sich für den Anbieter von Eisenbahninfrastruktur, der auch die nachgelagerten Gütertransportmärkte bedient, erhebliche Spielräume, unliebsame Konkurrenz im Transportgeschäft beim Zugriff auf die Infrastruktur zu diskriminieren.

140. Grundsätzliche Probleme, die auch den Güterverkehr betreffen, entstehen beispielsweise durch die Festsetzung der Entgelte, auf die in Kapitel 5 detailliert Bezug genommen wird. Ein wichtiges Wettbewerbshindernis im Güterverkehr stellt hierbei der Bezug von Bahnstrom dar. Die Güterverkehrsunternehmen waren zuletzt von starken Preiserhöhungen für den Bezug von Bahnstrom während der Nachtzeiten betroffen. Aufgrund der beschränkten Netzkapazitäten und wegen der bestehenden Vorrangregeln ist der Güterverkehr für seine Aktivitäten besonders auf die Nachtzeiten angewiesen („Nachtsprungverkehre“). Zum einen bestehen bei der Lieferung von Bahnstrom aufgrund einer verfehlten Regulierung die in Abschnitt 5.4 beschriebenen Möglichkeiten zur unmittelbaren preislichen Diskriminierung. Zum anderen führen bestimmte Belastungen, die das Energie-

versorgungsunternehmen den eigenen Tochtergesellschaften aufbürdet, lediglich zu einer Umbuchung zwischen den Konzerngesellschaften, während für die Wettbewerber tatsächlich Kosten anfallen. Dadurch hat die Deutsche Bahn AG einen Anreiz, auch allgemein eher zu hohe Kosten für die Lieferung von Bahnstrom zu berechnen.

141. Die Deutsche Bahn AG verfügt auch über weitreichende Möglichkeiten, sowohl den Ausbau als auch den Rückbau der zu einem großen Teil staatlich finanzierten Infrastruktur nach eigenem Ermessen zu gestalten. Zwar wird sie durch den Bundesverkehrswegeplan und die Vorgaben zur Stilllegung gemäß § 11 AEG teilweise eingeschränkt; dabei bleiben ihr jedoch Ermessensspielräume erhalten. Wettbewerber werfen der Deutschen Bahn AG vor, im Einzelfall wettbewerbsstrategische Überlegungen dem gezielten Ausbau von Engpässen und dem Rückbau nach individueller Wirtschaftlichkeit der Anlagen voranzustellen. Die Infrastrukturentscheidungen folgten einseitig den Interessen der Deutschen Bahn AG und negierten die Anforderungen der Wettbewerber.

142. Die Monopolkommission weist darauf hin, dass eine Lösung der in diesem Kapitel beschriebenen Probleme mit dem Ziel, einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb zu schaffen, nur durch eine Trennung von Infrastruktur und Transportsparte der Deutschen Bahn AG zu erreichen ist. Durch eine eigentumsrechtliche Trennung würde den Eisenbahninfrastrukturunternehmen das materielle Interesse an einer Diskriminierung weitgehend genommen. In der Folge wären alle Fragen des Infrastrukturzugangs einer effizienten Koordination durch den Markt unterworfen. Der unabhängige Betreiber von Netz- und Serviceeinrichtungen hätte einen Anreiz, die Kosten für zusätzlichen Service in Kauf zu nehmen, solange sich aus einem dadurch gesteigerten Absatz von Infrastrukturleistungen ein positives Kosten-Nutzen-Verhältnis ergibt.

143. Da eine eigentumsrechtliche Trennung von Infrastruktur- und Transportsparte nicht erfolgt ist, bleibt es nach Auffassung der Monopolkommission unumgänglich, die Pflichten der Eisenbahninfrastrukturunternehmen bei der Zugangsgewährung zu regulieren. Dabei ist stets auf exakte Vorgaben zu achten, da der Infrastrukturbetreiber einen Anreiz hat, Spielräume zugunsten einer Maximierung des über alle dem Konzern zugehörigen Gesellschaften erzielten Gewinns zu nutzen. Dies kann eine Diskriminierung der Wettbewerber und eine verfehlte Ressourcenallokation zur Folge haben. Es zeigt sich deshalb auch hier die Notwendigkeit, dem Infrastrukturbetreiber genaue Vorgaben zu machen. Der Gesetzgeber sollte die Diskriminierungsmöglichkeiten beschränken, indem er die Vorgaben für die Zugangsgewährung nach den Bedingungen ausrichtet, die sich bei einem unverfälschten Angebot einstellen würden. Die Monopolkommission wird für einzelne Bereiche hierzu Vorschläge machen. Dazu geht sie nachfolgend auf spezielle Wettbewerbsprobleme im Schienengüterverkehr ein, die beim Zugriff auf die Trassen und auf spezielle Serviceeinrichtungen entstehen.

4.1.1 Trassenvergabe und kurzfristige Disposition von Verkehrsleistungen

144. Im Güterverkehr werden Transportleistungen oft kurzfristig nachgefragt, sodass eine regelmäßige Anmeldung von Trassen zum Jahresfahrplan vielfach nicht infrage kommt. Die Eisenbahnverkehrsunternehmen greifen deshalb auf Gelegenheitsverkehre zurück, bei denen gemäß den Vorgaben der Eisenbahninfrastrukturbenutzungsverordnung (EIBV) insbesondere die DB Netz AG kurzfristig Trassen zur Verfügung stellt, die nicht bereits durch den Jahresfahrplan oder andere Gelegenheitsverkehre vergeben worden sind. Die Eisenbahnverkehrsunternehmen sind dabei nicht selten auf eine kurzfristige Abwicklung der Trassenvergabe durch die DB Netz AG angewiesen. Es ist davon auszugehen, dass zwischen den Gesellschaften des DB-Konzerns, dem Güterverkehrsunternehmen DB Schenker Rail AG und der Netzgesellschaft DB Netz AG, eine Zusammenarbeit im gegenseitigen Interesse erfolgt. Wettbewerber beklagen allerdings, dass die DB Netz AG dazu neige, ihre Serviceverpflichtungen nur im Rahmen der Vorgaben aus der EIBV zu erfüllen, darüber hin-

aus allerdings nur bedingt Zugeständnisse mache, da es grundsätzlich nicht in ihrem Interesse liege, Konkurrenten der eigenen Güterverkehrssparte zu einem effizienten Betriebsablauf zu verhelfen.¹⁰¹

145. Die DB Netz AG veröffentlicht auch keine exakten Angaben über die bestehende Trassenbelegung und verweist zu diesem Zweck auf ihre Kundenberatung, die für Trassenanmeldungen individuelle Auskünfte erteilt. Eisenbahnverkehrsunternehmen haben deshalb keine Möglichkeit, freie Netzkapazitäten selbstständig zu identifizieren und entsprechende Dispositionen zu veranlassen, sondern sind auf die Zusammenarbeit mit der Deutschen Bahn AG angewiesen. Die Eisenbahninfrastrukturbenutzungsverordnung macht weiterhin nur sehr grobe Vorgaben, welche Angaben zur konkreten Streckenphysik zu veröffentlichen sind. § 4 Abs. 2 EIBV in Verbindung mit Anlage 2 EIBV fordert lediglich die Aufnahme grundsätzlicher Angaben über die Art des Schienenweges in die Schienennetznutzungsbedingungen. Es ist deshalb anzunehmen, dass sich aus der fehlenden Transparenz über die Beschaffenheit der Trassen und freie Kapazitäten einerseits und dem nicht standardisierten Beratungsverfahren andererseits erhebliche Nachteile für die Auslastung des Streckennetzes ergeben. Allerdings bestreitet die Deutsche Bahn AG dies in ihrer Stellungnahme gegenüber der Monopolkommission. Die Identifikation freier Kapazitäten im Vorfeld der Trassenanmeldungen sei auch den eigenen Transporttöchtern nicht möglich. Die Bereitstellung eines Systems zur Echtzeittransparenz, durch das freie Kapazitäten im Vorfeld erkennbar wären, sei technisch und finanziell sehr aufwendig. Dafür bestehe nach ihrer Auffassung kein Marktbedarf. Dies steht im Gegensatz zu Angaben der Wettbewerber, die gegenüber der Monopolkommission ein großes Interesse zum Ausdruck gebracht haben, volle Transparenz über die Infrastruktur, physikalisch und fahrplantechnisch, zu erhalten. Nach Kenntnis der Monopolkommission wurden durch die Wettbewerber weiterhin auch keine Bedenken hinsichtlich einer Veröffentlichung von Betriebsgeheimnissen geäußert, wenn Streckenbuchungen in anonymisierter Weise allen Zugangsberechtigten zugänglich gemacht würden.

146. Die Monopolkommission sieht in den Dispositionsmöglichkeiten in Bezug auf freie Streckenkapazitäten ein erhebliches Diskriminierungspotenzial gegeben. Ebenso wie in Abschnitt 3.3.1 für den Personenfernverkehr empfohlen wurde, zeigen auch die Probleme im Schienengüterverkehr, dass eine höhere Transparenz über die Trassenbelegung unbedingt erforderlich ist. Die Monopolkommission empfiehlt deshalb auch für den Güterverkehr, das Eisenbahninfrastrukturunternehmen rechtlich zu verpflichten, die Bildfahrpläne bzw. Zeit-Wege-Diagramme der Trassenbelegung in anonymisierter Form für einen bestimmten Adressatenkreis über eine Online-Verbindung zugänglich zu machen, sodass freie Kapazitäten durch sämtliche Eisenbahnverkehrsunternehmen jederzeit identifiziert werden können. Der deutsche Gesetzgeber hat bisher jedoch auf die Verpflichtung zu einem ähnlichen Verfahren verzichtet und die Vorgaben zur Information über die Art der Schienenwege unbestimmt gehalten. Die Monopolkommission empfiehlt dem Gesetzgeber deshalb nochmals nachdrücklich, durch konkrete Transparenzpflichten für die Eisenbahninfrastrukturunternehmen die Wettbewerbsvoraussetzungen für die Eisenbahnverkehrsunternehmen zu verbessern und die Auslastung des Netzes zu erhöhen.

¹⁰¹ Als Beispiel nennt ein Verband der Wettbewerber die kurzfristigen Anmeldungen zum Gelegenheitsverkehr, die gemäß § 14 Abs. 2 EIBV „unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von fünf Arbeitstagen“ bearbeitet werden sollen. Der Normalfall, also „unverzüglich“, wird von der Deutschen Bahn AG mit „innerhalb von 48 Stunden“ ausgelegt, was die Wettbewerber für ihren Bedarf, beispielsweise bei Programmverkehren, bereits als Behinderung empfinden. Die Monopolkommission kann nicht feststellen, welche Fristen an dieser Stelle angemessen sind. Durch das zumindest partiell vorhandene materielle Interesse an einer Diskriminierung ist jedoch davon auszugehen, dass das Verhandlungsergebnis nicht dem Ergebnis auf einem unverzerrten Markt entspricht, auf dem ein unabhängiger Netzbetreiber ein Interesse an einer höchstmöglichen Auslastung der Kapazität besitzt.

4.1.2 Zugang zu wichtigen Serviceeinrichtungen für den Schienengüterverkehr

147. Die Betriebsabläufe im Güterverkehr erfordern den Zugriff auf verschiedene Serviceeinrichtungen, insbesondere auf Rangierbahnhöfe, die dortigen Zugbildungsanlagen und auf Abstellgleise. Die meisten Anlagen gehören der Deutschen Bahn AG, während ein weitaus kleinerer Teil der Einrichtungen sich auch in Besitz privater Güterverkehrsunternehmen oder von Verladern mit eigenen Gleisanschlüssen befindet. Bei Ganzzugverkehren ist es für die Eisenbahnverkehrsunternehmen oftmals ausreichend, auf die Zugbildungseinrichtungen der Verloader zurückzugreifen, während aufwendigere Logistikdienstleistungen den Zugriff auf zusätzliche Anlagen zwingend erfordern. Dazu gehört vor allem der flächendeckende Einzelwagenverkehr, den bislang ausschließlich die Deutsche Bahn AG anbietet, aber auch andere logistisch aufwendigere Lösungen, wenn beispielsweise Einzelwagen in Ganzzüge integriert werden.

148. Der Zugriff auf Zugbildungseinrichtungen der Deutschen Bahn AG an vielen strategisch wichtigen Knotenpunkten ist Wettbewerbern nur unter erschwerten Bedingungen möglich. Dafür bestehen vor allem zwei Gründe:

- Das Eisenbahnrecht ermöglicht den Eisenbahnverkehrsunternehmen – anders als bei Trassen – die mehrjährige Anmietung von Gleiskapazitäten in diesen Anlagen. Auf dieser Grundlage hat die DB Station & Service AG wesentliche Kapazitäten seit der Bahnreform durch mehrjährige Verträge an das Schwesterunternehmen DB Schenker Rail AG vergeben. Der Zugriff für Wettbewerber entsprechend dem in § 10 EIBV geregelten Verfahren ist somit immer nur in den Fällen möglich, in denen die DB Schenker Rail AG die angemieteten Kapazitäten selbst nicht benötigt. Die Wettbewerber der Deutschen Bahn AG sind daher auf die Zusammenarbeit mit der DB Schenker Rail AG angewiesen. Vor allem zu den für den Güterverkehr wichtigen Nachtzeiten gelten die Kapazitäten allerdings häufig als ausgelastet. Wettbewerber werfen der Deutschen Bahn AG vor, diesen Zustand dadurch aufrechtzuerhalten, dass sie deutlich mehr Kapazität langfristig gesichert habe, als sie selber benötigt.
- In der Verfügbarkeit von Betriebsmitteln in diesen Anlagen besteht ein weiteres Problem, das den Zugriff der Wettbewerber auf die Anlagen der Deutschen Bahn AG einschränkt. Da vor allem die Rangierloks der Deutschen Bahn AG nicht dem Infrastrukturanbieter, sondern der DB Schenker Rail AG zugeordnet sind, haben die Wettbewerber auf diese Fahrzeuge keinen Zugriff. Die Zugangsverpflichtungen in AEG und EIBV sehen hier keine Verpflichtung vor, den Wettbewerbern Zugang zu gewähren. Diese müssen demnach entsprechende Betriebsmittel selbst vorhalten. Dabei haben sie relevante Wettbewerbsnachteile zu überwinden, da die Deutsche Bahn AG die betrieblichen Abläufe beim Betrieb dieser Serviceeinrichtungen mit der DB Schenker Rail AG stark vernetzt hat. Beispielsweise sind Wettbewerber gezwungen eigene Rangierfahrzeuge vorzuhalten, die in das fremde EDV-System integriert werden müssen.

149. Die Monopolkommission sieht in der bestehenden Situation bei den Zugbildungsanlagen und Abstellgleisen einen wesentlichen Hemmschuh für den Wettbewerb um Stückguttransporte mit Einzelwagen. Die geschilderten Strukturen machen deutlich, dass beim Zugang zu wichtigen Serviceeinrichtungen Markteintrittsbarrieren bestehen, die vor allem der Deutschen Bahn AG ihre Position als einzigem bundesweiten Anbieter im Wagenladungsverkehr absichern. Dies wird daraus ersichtlich, dass der den Wettbewerbern eingeräumte Zugang zu Rangieranlagen nicht dem Verhalten eines unabhängigen Infrastrukturbetreibers entspricht. Ökonomische Gründe sprechen vielmehr dafür, dass es im Interesse eines nichtdiskriminierenden Betreibers von Rangierbahnhöfen liegt, die Rangierfahrzeuge selber vorzuhalten und deren Einsatz und Vernetzung zu organisieren. Denn es ist anzunehmen, dass bei der Nutzung der Rangierloks Größenvorteile bestehen, da die Fahrzeuge bei größerem Verkehrsaufkommen tendenziell besser ausgelastet werden können. Auch kann die

Vernetzung des Rangierbetriebs über integrierte EDV-Systeme unter geringeren Kosten organisiert werden, wenn die Fahrzeuge zentral vorgehalten werden, da auf diese Weise geringere Informations- und Abstimmungskosten anfallen. Es ist deshalb anzunehmen, dass der Betreiber eines Rangierbahnhofs den Rangierbetrieb für unterschiedliche Abnehmer kostengünstiger organisieren kann, als wenn er diese Aufgabe individuell den Nutzern überlässt. Dass der Betreiber diese Leistungen nicht zusammen mit dem regulierten Zugang zur Infrastruktur anbietet, deutet darauf hin, dass er den Zugang für Wettbewerber einschränken will. Die Deutsche Bahn AG wird durch dieses System in die Lage versetzt, ihre Monopolstellung im Wagenladungsverkehr abzusichern, da auf diese Weise Hindernisse für den Marktzugang für kleinere Drittunternehmen aufgebaut werden.

150. Die Monopolkommission empfiehlt dem Gesetzgeber deshalb, den Rangierbetrieb auf den entsprechenden Bahnhöfen in die Verantwortung des Infrastrukturbetreibers zu stellen, um ihn ebenfalls der Zugangsregulierung zu unterwerfen. Dazu schlägt sie vor, § 2 AEG um einen Absatz 3d zu ergänzen, der wie folgt lauten könnte:

„Die Rangierbahnhöfe umfassen entsprechende Anlagen, einschließlich des Betriebes der Rangieranlagen und der Rangierfahrzeuge.“

151. Weiterhin schlägt die Monopolkommission vor, verschiedene präventive Kompetenzen der Bundesnetzagentur zu stärken. Diese sollte in die Lage versetzt werden, regelmäßig zu prüfen, ob bestellte und möglicherweise stornierte Gleise in den Rangieranlagen bei integrierten Anbietern auch tatsächlich konzernintern vergütet werden. Denn nur auf diese Weise kann ausgeschlossen werden, dass ein vertikal integriertes Güterverkehrsunternehmen hier Gleise anmietet, die es tatsächlich nicht benötigt, um potenzielle Wettbewerber von den Rangieranlagen oder Abstellgleisen abzuschotten. Ist sichergestellt, dass das Unternehmen auch für zu viel bestellte Kapazitäten aufkommen muss, so belastet dies die Bilanz der Güterverkehrstochter. Auf die Bilanz des Gesamtkonzerns verhält sich die Entgeltung zu viel bestellter Kapazität allerdings neutral, da es sich konzernintern lediglich um eine Umbuchung zwischen zwei Tochtergesellschaften handelt. Der Anreiz, aus wettbewerbsstrategischen Gründen Überkapazitäten vorzuhalten, wird demnach nicht egalisiert, sondern lediglich vermindert. Die Monopolkommission weist darauf hin, dass bereits eine Teilprivatisierung der Transportsparte der Deutschen Bahn AG diese Situation verändert, da in diesem Falle die Eisenbahnverkehrsunternehmen der Deutschen Bahn AG individuell unter Rentabilitätsdruck stehen, der von privaten Kapitalgebern ausgeht.

4.2 Gütergruppen und Verfügbarkeit von Rollmaterial

4.2.1 Die Problemlage

152. Die Wettbewerbsintensität im Schienengüterverkehr differiert stark danach, auf welche Gütergruppen der Fokus gelenkt wird. Von den Wettbewerbern der Deutschen Bahn AG werden diese Unterschiede auf die Verfügbarkeit des rollenden Materials zurückgeführt. Zwar existieren mehrere Verleiher von rollendem Material, die eine breite Palette verschiedener Waggontypen in ausreichender Menge vorhalten. Für eine Reihe spezieller Waggontypen, die für den Transport bestimmter Gütergruppen benötigt werden, ist das Angebot bzw. die Verfügbarkeit von passendem Rollmaterial jedoch knapp. Hierzu gehören vor allem Waggons zum Transport von Massen- und Schüttgut der Gütergruppen Kohle und Stahl.¹⁰² In diesen Segmenten konnten sich die Wettbewerber noch nicht etablieren, wobei sich die Lage in wenigen Ausnahmen, die oft nur einzelne Relationen betreffen, deutlich besser darstellt.¹⁰³ Diese Teilmärkte werden von der DB Schenker Rail AG domi-

¹⁰² Die zum Transport dieser Güter notwendigen Waggons benötigen in der Regel spezielle Entladevorrichtungen (z.B. Schüttöffnung nach unten bei Kohlewaggons), sodass sie nicht notwendigerweise durch Waggons anderer Gütergruppen substituierbar sind.

¹⁰³ Vgl. Wettbewerber-Report Eisenbahn 2008/2009; Angaben von Wettbewerbern gegenüber den Monopolkommis-

niert, die nach Auskunft der Wettbewerber auch einen ganz überwiegenden Teil des vorhandenen Rollmaterials selbst vorhält.

153. Aus wettbewerbstheoretischer Perspektive ist das Problem der Verfügbarkeit von speziellem Rollmaterial nicht unmittelbar einsichtig. Denn Rollmaterial ist ein typisches Investitionsgut, das für den Schienengütertransport benötigt wird, demzufolge von privaten Anbietern zu beschaffen sein sollte. Insbesondere die unterschiedliche Entwicklung bei der Verfügbarkeit verschiedener Waggontypen bedarf einer näheren Betrachtung.

Wettbewerber der Deutschen Bahn AG erklären die Entwicklung mit den Auswirkungen gewachsener Strukturen auf Investitionsanreize in diesem Markt. Da nach der Liberalisierung der Schienenverkehrsmärkte das Rollmaterial zunächst in der Hand der Staatsbahnen lag, waren gebrauchte Fahrzeuge und Waggons für private Anbieter zunächst kaum verfügbar. Es stand jedoch zu erwarten, dass die Privaten sukzessive selbst in Rollmaterial investierten, um auf den bisherigen Monopolmärkten in Konkurrenz zu den Staatsbahnen zu treten. Eine solche Entwicklung war grundsätzlich auch zu beobachten, jedoch verlief sie nicht homogen für alle Gütergruppen, da sich die Kontraktstrukturen hier unterscheiden. In einigen Fällen investieren die Verlader selbst in rollendes Material bzw. mieten solches an. In diesen Fällen können private Anbieter ohne wesentliche Marktzutrittsbarrieren in den Markt eintreten, da eine Investition für sie selbst nicht mehr erforderlich ist. In anderen Branchen erwarten die Verlader jedoch, dass das beauftragte Eisenbahnverkehrsunternehmen selbst die Waggons zur Verfügung stellt. Kleinere private Schienengüterverkehrsanbieter scheuen hier in der Regel das Risiko eines kapitalintensiven Marktzutritts und leihen das rollende Material selbst von spezialisierten Verleihern. Diese haben jedoch bisher auf eine breite Investition in bestimmte Waggontypen verzichtet, bei denen eine durchgehende Weitervermietung offenbar unsicher erscheint. Dieser Fall lag beispielsweise bei Waggons für Massen- und Schüttgüter der Gütergruppen Kohle und Stahl vor. Der Hintergrund ist darin zu sehen, dass die Deutsche Bahn AG – anders als bei anderen Gütergruppen – über einen Großteil der zum Transport dieser Güter benötigten Waggons selber verfügt und damit als Mieter für die Verleihunternehmen ausscheidet. Ein Waggonverleiher wird demnach nur dann in rollendes Material investieren, wenn die Wettbewerber garantieren können, langfristig dieses Material anzumieten.¹⁰⁴ Dem steht jedoch entgegen, dass nach Angabe der Wettbewerber Güterverkehrsverträge nach gängiger Praxis Laufzeiten von unter einem Jahr aufweisen, da auch die Verlader gegenüber Bedarfsänderungen flexibel bleiben wollen.

154. Die Monopolkommission sieht in der Finanzierungsunsicherheit für spezielle Güterwaggons eine wesentliche Markteintrittsbarriere für den Transport bestimmter Gütergruppen. Allerdings ist davon auszugehen, dass hier bereits ein potenzieller Wettbewerb eine starke Wirkung entfaltet. Unter der Annahme, dass die Monopolmacht der DB Schenker Rail AG in diesen Segmenten ausreicht, um signifikant hohe Monopolrenten abzuschöpfen, wäre davon auszugehen, dass in Aussicht auf einen lukrativen Marktzutritt Finanzierungsunsicherheiten in Kauf genommen würden. Ebenfalls wäre anzunehmen, dass die Verlader mit Aussicht auf deutlich bessere Beförderungskonditionen bereit wären, selbst Rollmaterial längerfristig anzumieten oder langfristige Verträge abzuschließen. Ferner hält es die Monopolkommission für möglich, dass die DB Schenker Rail AG auf diesem Markt deshalb Wettbewerbsvorteile besitzt, weil sie im Besitz bereits abgeschriebener Waggons ist. In diesem Fall hätte sie die Möglichkeit, mit deutlich günstigeren Kapitalkosten kalkulieren zu können als die Wettbewerber. Sukzessive müssen diese Waggons jedoch ersetzt wer-

sion.

¹⁰⁴ Das Bundeskartellamt nennt hier Vertragslaufzeiten von ca. sechs Jahren; vgl. BKartA, Beschluss vom 30. September 2005, B9-50/05, S. 43.

den. Die Monopolkommission rechnet deshalb damit, dass sich die Zugangsmöglichkeiten für Wettbewerber mittelfristig verbessern.

4.2.2 Die Übernahme der RAG Bahn und Hafen GmbH durch die Deutsche Bahn AG

155. Wettbewerber führen die diskutierte Situation und die nachhaltig marktbeherrschende Stellung der Güterverkehrstochter der Deutschen Bahn AG im Bereich des Kohletransports auch auf die 2005 erfolgte Übernahme der RAG Bahn und Hafen GmbH (RBH) durch die Railion AG (heute DB Schenker Rail AG) zurück. Durch den Zusammenschluss konnte die Deutsche Bahn AG eine große Anzahl spezialisierter Kohlewaggons erwerben. Der Zusammenschluss war im September 2005 vom Bundeskartellamt ohne Auflagen freigegeben worden.¹⁰⁵ Das Kartellamt hatte in der Übernahme keine Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung erkannt. Dies war auch insofern auffällig, als die Übernahme es der im Bereich des Schienengüterverkehrs dominanten Deutschen Bahn AG ermöglichte, ihr Transportvolumen weiter auszubauen.

156. Ein zentraler Aspekt in der bezeichneten Freigabeentscheidung betrifft nach Auffassung der Monopolkommission die Behandlung von konzernintern erbrachten Leistungen. Das Bundeskartellamt rechnete die Inhouse-Verkehre, welche die RBH in ihrem Hauptgeschäft für die bisherige Muttergesellschaft RAG erbracht hatte, nicht zum relevanten Markt hinzu, weshalb die Marktanteilsaddition nur sehr gering ausfiel. Das Amt stellte fest, dass die Einrechnung dieser Leistungen seiner ständigen – von der Rechtsprechung bestätigten – Praxis widerspräche. Es berücksichtigt in diesem Zusammenhang auch, dass die Leistung nach dem Zusammenschluss nicht mehr konzernintern erbracht wird. Hinsichtlich der Marktnachfrage durch die RAG macht das Bundeskartellamt seine Auffassung deutlich, dass die Nachfragesituation vor dem Zusammenschluss nicht wettbewerbsintensiver gewesen sei, als sie nach dem Zusammenschluss sein könne. Unter der vergleichenden Annahme, dass die Situation vor dem Zusammenschluss weiter Bestand hätte, hält es das Amt für „mehr als fraglich, ob der RAG-Konzern die Durchführung des Werksverkehrs in Zukunft auch dann am Markt nachfragen würde, wenn das Unternehmen die RBH nicht veräußern würde.“¹⁰⁶ Folglich erkennt das Bundeskartellamt in der nach dem Zusammenschluss über den Markt vermittelten und dabei zunächst von der Deutschen Bahn AG bedienten Nachfrage der RAG eine neue und rein zusätzliche Nachfrage, die erst durch den Verkauf an die Deutsche Bahn AG entsteht. Der Zusammenschluss sei von daher nicht geeignet, eine marktbeherrschende Stellung der Deutschen Bahn AG zu verstärken.

157. Das Bundeskartellamt bezieht auch die durch den Zusammenschluss bewirkten Veränderungen auf der Angebotsseite in seine Überlegungen ein. Zum einen könnte durch den Zusammenschluss ein potenzieller Wettbewerber der Deutschen Bahn AG im Güterverkehr vom Markt verschwinden. Diese Möglichkeit hielt das Kartellamt jedoch für unbegründet. Der RAG-Konzern hatte nach Auffassung des Amtes keine weiteren Ambitionen, als Anbieter von Transportleistungen aufzutreten. Zum anderen war die Übernahme der Ressourcen der RBH durch die Deutsche Bahn AG zu berücksichtigen, mit der diese insgesamt ihre Möglichkeit verbessern könnte, die Marktnachfrage zu bedienen. Hinsichtlich der Bindung wettbewerbsrelevanter Ressourcen durch die Übernahme der speziellen Kohlewaggons hielt es das Bundeskartellamt jedoch für fraglich, dass die Waggons strategisch im Wettbewerb eingesetzt werden könnten. Ursache seien sowohl die beschränkte Einsatzfähigkeit als auch die spezielle Beschaffenheit eines Großteils der Waggons, durch die nach Auffassung des Amtes ein Einsatz außerhalb der bezeichneten Werksverkehre überwiegend auszuschließen sei.¹⁰⁷ Diese Ansicht wird allerdings von den Wettbewerbern der Deutschen Bahn AG in Frage gestellt.

¹⁰⁵ Vgl. BKartA, Beschluss vom 30. September 2005, B9-50/05.

¹⁰⁶ Vgl. ebenda. S. 51.

¹⁰⁷ Angeführt wurde beispielsweise die fehlende RIV-Zulassung vieler Waggons.

158. Auf der Grundlage des in der Entscheidung dargestellten Sachverhalts erscheint der Monopolkommission die Auffassung des Bundeskartellamts vertretbar, die konzerninternen Umsätze nicht zu berücksichtigen. Zwar wurde dem potenziellen Marktbeherrscher durch die Übernahme der früheren Inhouse-Umsätze zunächst eine zusätzliche Nachfrage zugeschlagen. Einen alternativen Verkauf der RBH an einen Dritten konnte das Bundeskartellamt jedoch in seine Abwägung nicht einbeziehen, da es sich in einem Verfahren der Fusionskontrolle um einen reinen Vergleich zwischen der Situation vor und nach dem Zusammenschluss handelt. Dazu ist festzustellen, dass es nicht Aufgabe der Fusionskontrolle ist, aktiv Märkte zu gestalten und beispielsweise einen Verkauf an einen Dritten zu forcieren.

Angebotsseitig stellt die Möglichkeit der Verwendung der Waggons der RBH als strategische Ressource eine zentrale Frage für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung dar. Prinzipiell erscheinen hier die Ausführungen nachvollziehbar, in denen das Bundeskartellamt ausführlich darlegt, wie es zu der Einschätzung gelangt ist, dass der strategische Einsatz der Ressourcen der RBH nicht in relevantem Umfang möglich ist. Laut seiner Entscheidung hat das Amt zur Bewertung der in diesem Zusammenhang bedeutsamen technischen Einzelheiten Fachleute hinzugezogen. Eine Bewertung der Entscheidungsgründe, die sich auf technische Sachverhalte stützen, ist der Monopolkommission nicht möglich.

5. Entgeltregulierung

159. Die Betreiber von Schienenwegen und Serviceeinrichtungen in Deutschland unterliegen einer Regulierung ihrer Zugangsentgelte, deren Systematik sich aus den Vorgaben des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG) und der Eisenbahninfrastrukturbenutzungsverordnung (EIBV) herleitet. Die Überwachung dieser Vorschriften ist gemäß § 14b AEG Aufgabe der Bundesnetzagentur.

160. Die Monopolkommission hat sich bereits in ihrem letzten Sondergutachten zur Eisenbahn mit den Vorschriften zur Entgeltregulierung beschäftigt und auf dringenden Bedarf zur Vereinfachung und Klarstellung der Regulierungssystematik hingewiesen.¹⁰⁸ Seitdem hat sich der Diskurs um Veränderungen am bestehenden System der Entgeltregulierung im deutschen Eisenbahnrecht fortgesetzt. Im Mittelpunkt der gegenwärtigen Debatte stehen die Auswirkungen einer Entwicklung von einer kostenorientierten Regulierungsform zu einer Regulierung von Preisänderungen, auch Anreizregulierung genannt. Ein wesentliches Charakteristikum dieser Form der Entgeltregulierung ist, dass von ihr Anreize für den Infrastrukturbetreiber ausgehen, Effizienzpotenziale des monopolistischen Angebots zu heben. Im Rahmen einer möglichen Umsetzung im Eisenbahnsektor rücken weitere Effekte eines solchen Ansatzes in den Vordergrund der Betrachtung. Zur Anreizregulierung im Eisenbahnsektor hat die Bundesnetzagentur einen Abschlussbericht vorgelegt, der dem Gesetzgeber den möglichen Regulierungsrahmen dezidiert erläutert. Eine Umsetzung in das deutsche Eisenbahnrecht ist bisher allerdings noch nicht erfolgt.

161. Die Entscheidung über Form und Umfang einer effizienten Entgeltregulierung setzt eine detaillierte Prüfung der intendierten Regulierungsziele voraus. In diesem Kapitel setzt sich die Monopolkommission mit der bestehenden Entgeltregulierung von Eisenbahninfrastrukturunternehmen und mit Anforderungen, gegenwärtigen Entwicklungen und Perspektiven der Entgeltregulierung im Eisenbahnsektor auseinander.

5.1 Grundsätzliche Überlegungen zur Entgeltregulierung im Eisenbahnsektor

162. Neben der Verpflichtung zur Zugangsgewährung ist die Entgeltregulierung ein wichtiges Instrument zur Regulierung natürlicher Monopole. Theoretische Grundlage für die Notwendigkeit einer solchen Regulierung stellt der Anreiz eines Monopolisten dar, seine Marktmacht durch überhöhte Preise auszunutzen und/oder durch Behinderung von Wettbewerbern seinen Einfluss auf vor- oder nachgelagerte Ebenen auszudehnen. Die Antwort auf die Frage, wie viel Regulierung der Bahnsektor benötigt, hängt insbesondere mit den Macht- und Handlungsspielräumen zusammen, die sich aufgrund des natürlichen Monopols im Bereich der Eisenbahninfrastruktur ergeben. Unklarheit über die Ausgestaltung einer Entgeltregulierung besteht jedoch hinsichtlich verschiedener Besonderheiten der Branche. Der intermodale Wettbewerb auf den Verkehrsmärkten und die möglicherweise schwache Rentabilität der Eisenbahninfrastrukturanbieter sind hier die wesentlichen Spezifika des Eisenbahnmarktes, die Einfluss auf die Missbrauchsanreize der Eisenbahninfrastrukturanbieter ausüben können. Diese Aspekte sind nachfolgend zu untersuchen, um die konkreten Anforderungen für Ansatz und Umfang der Entgeltregulierung abzuleiten.

5.1.1 Einfluss des intermodalen Wettbewerbs auf die Entgeltregulierung

163. Ein sektorspezifischer Regulierungsrahmen ist nur dann notwendig, wenn auf dem relevanten Markt kein im Grundsatz funktionsfähiger Wettbewerb herrscht und nicht zu erwarten ist, dass sich ein solcher in absehbarer Zeit entwickelt. Deshalb setzt ein regulativer Eingriff des Staates in den Markt eine genaue Kenntnis über die im Wettbewerb stehenden Anbieter und Nachfrager voraus. Auf diese Weise können Rückschlüsse auf den Verhaltensspielraum von Unternehmen gewonnen

¹⁰⁸ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 48, a.a.O., Tz. 193.

werden, um anschließend über Notwendigkeit und Umfang von Regulierung zu entscheiden. Vor dem Hintergrund der Entgeltregulierung der Eisenbahninfrastruktur ist die Frage nach dem Ausmaß intermodaler Wettbewerbsbeziehungen und ihrer disziplinierenden Wirkung auf die Höhe der Zugangsentgelte von Bedeutung. Da Eisenbahninfrastrukturanbieter eine abgeleitete Nachfrage des Endkundenmarktes bedienen, sind die Wettbewerbsbeziehungen der Eisenbahnverkehrsanbieter zu anderen Verkehrsträgern auch für sie relevant. Besteht eine ausreichende Wettbewerbsintensität zwischen den unterschiedlichen Verkehrsträgern, kann im besten Fall auf eine Entgeltregulierung vollständig verzichtet werden.

164. Die Abgrenzung der Verkehrsmärkte stellt aufgrund der sich deutlich unterscheidenden Anbietertechnologien auf der einen Seite und zahlreichen Nachfragersegmenten auf der anderen Seite ein wichtiges Problem dar. Aufgrund der grundsätzlichen Bedeutung dieser Frage hat sich die Monopolkommission in ihrem letzten Sondergutachten zum Eisenbahnmarkt ausführlich mit der Marktabgrenzung im Verkehrssektor beschäftigt.¹⁰⁹ Im Ergebnis ist festzustellen, dass zwischen Nachfragergruppen unterschieden werden muss, denen eine Verkehrsmittelwahlentscheidung offensteht, und solchen, für die die spezifischen Systemeigenschaften des Verkehrsträgers Eisenbahn nicht austauschbar sind. So ist beispielsweise für den Güterverkehr festzustellen, dass sich Netzbildungsfähigkeit, Massenleistungsfähigkeit und Geschwindigkeit der Verkehrsträger deutlich unterscheiden. Ist die Nachfrage im Einzelfall sensitiv gegenüber bestimmten Verkehrswertigkeiten – wie beispielsweise im Falle von Massen- und Schüttguttransporten gegenüber den Systemeigenschaften der Bahn – kommt für sie teilweise nur ein einziges Angebot infrage. Im Personennahverkehr, in dem die Nachfrage von staatlichen Aufgabenträgern ausgeht, sind die Bestellerorganisationen oftmals auf die Nachfrage nach Bahnverkehren beschränkt.¹¹⁰ Hier schließen institutionelle Markteintrittsbarrieren einen Marktzutritt anderer Verkehrsmittel aus. Obgleich der intermodale Wettbewerb in diesen Fällen nicht oder eingeschränkt wirksam ist, ist auch zu konstatieren, dass sich für einen erheblichen Anteil der Nachfrage im Personen- und Güterverkehr Verkehrsalternativen stellen. Die Disziplinierungswirkung, die der intermodale Wettbewerb auf die Bahn ausübt, wird von der Monopolkommission deshalb in einzelnen Marktsegmenten als groß, in anderen jedoch eher als gering eingeschätzt. Allerdings stellen die Monopolsegmente der Eisenbahn einen wesentlichen Anteil des Verkehrsmarktes dar, sodass der intermodale Wettbewerb nach Ansicht der Monopolkommission nicht als hinreichendes Substitut für intramodalen Wettbewerb dienen kann. Diese Einsicht ist auch Prämisse des Liberalisierungsprozesses im Bahnsektor, der zum Ziel hatte, gerade auch den intramodalen Wettbewerb im Verkehrsbereich der Eisenbahn zur Verbesserung der Effizienz dieses Marktes zu nutzen.

165. Für die konkrete Regulierungstätigkeit stellt sich die Frage, inwieweit die Erkenntnis über einzelne wettbewerbliche Segmente des Eisenbahnverkehrsmarktes Rückschlüsse auf die Regulierungstiefe dieser Segmente erlaubt. Hierzu bedarf es nach Möglichkeit valider Informationen über die genaue Intensität und Wirkung des Wettbewerbs auf einzelne Produktpreise. In diesem Zusammenhang ist eine neue, von der Deutschen Bahn AG in Auftrag gegebene empirische Studie von Interesse.¹¹¹ Darin wird erstmals eine systematische empirische Analyse zum intermodalen Wettbewerb im Schienenpersonenverkehr in Deutschland durchgeführt. Die Analyse basiert auf monatlichen Preis- und Passagierangaben der Deutschen Bahn AG auf 207 nationalen und internationalen Fernverkehrsstrecken für den Zeitraum von Januar 2006 bis Oktober 2007. Hinzu kommen verschiedene weitere Informationen zu den betrachteten Strecken, wie z.B. Kosten und Qualität, Ein-

¹⁰⁹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 48, a.a.O., Tz. 60 ff.

¹¹⁰ Einschränkung wirkt hier auch der § 7 RegG, wonach mit den vom Bund regelmäßig zur Verfügung gestellten Mitteln insbesondere der Schienenpersonennahverkehr zu finanzieren ist.

¹¹¹ Vgl. Friederiszick, H.W. et al., Analyzing the Perspectives for Intramodal Competition in the Railway Industry – the Case of Long-Distance Passenger Transport (Studie im Auftrag der Deutschen Bahn AG), Dezember 2008.

flussfaktoren auf die Streckennachfrage und gegebenenfalls vorhandene Konkurrenz durch sog. „Billigflieger“ (Low-Cost-Carrier). Der so zusammengestellte Paneldatensatz wird in zweierlei Hinsicht genutzt. Zum einen wird mit verschiedenen Regressionsmodellen der Einfluss von Billigfliegern auf Preise- und Passagierzahlen der Bahn geschätzt. Zum anderen werden Szenarioanalysen herangezogen, um die Eintrittswahrscheinlichkeit neuer Konkurrenten je betrachteter Strecke zu berechnen.

166. Die Studie zeigt im Ergebnis auf den untersuchten Relationen einen stark ausgeprägten intermodalen Wettbewerb zwischen Low-Cost-Flugverkehr und dem Eisenbahnverkehr. Die ökonometrischen Analysen belegen, dass Passagierzahlen und Personenkilometerleistung der Bahn bei Markteintritt eines Low-Cost-Carrieres signifikant sinken. Gleichzeitig konnte ein starker Preisdruck nachgewiesen werden. Umsatzeinbrüche der Bahn ließen sich besonders für stark frequentierte Inlandsrouten feststellen, wenn die Bahn dort in Konkurrenz zu einem Low-Cost-Carrier geriet.

167. Die präsentierten Ergebnisse erweisen sich als robust gegenüber verschiedenen Modellvariationen hinsichtlich der Auswahl und Anzahl der exogenen Kontrollvariablen sowie der verwendeten Schätzmethoden. Dennoch müssen die Ergebnisse kritisch hinterfragt werden, da bereits die Stichprobenauswahl einen starken Selektionsbias aufweist, der die Übertragbarkeit der Ergebnisse auf die aktuelle Situation erheblich einschränkt. Außer dass die Deutsche Bahn AG die Passagier- und Preisangaben zur Verfügung gestellt hat, wird keine Motivation angeführt, gerade die verwendete Zeitperiode für die Analyse heranzuziehen. Durch die Auswahl des spezifischen Beobachtungszeitraums Januar 2006 bis Oktober 2007 gehen alle spezifisch diesen Zeitraum betreffenden Einflüsse in die Modellberechnungen ein. Potenzielle saisonale Effekte können daher nur bedingt herausgerechnet werden. Dies liegt zunächst daran, dass die Monate November und Dezember in der Stichprobe unterrepräsentiert sind, wodurch eine Untergewichtung der Wintermonate vorliegt. Darüber hinaus bleibt fraglich, ob die geschätzten Effekte auch für einen längeren Beobachtungszeitraum mit veränderten Rahmenbedingungen gültig sind. Der kurze Beobachtungszeitraum sorgt gerade bei der Betrachtung von Neueintritten von Billigfliegern auf bestimmten Strecken für eine verzerrte Wahrnehmung der Wettbewerbssituation, da in diesen Fällen nur die Markteintrittsphase beobachtet wird, in der z.B. sehr niedrige Einstiegspreise zur Markterschließung angeboten werden, die jedoch mittel- bis langfristig nicht haltbar sind und somit bei längerer Betrachtung auch zu einem verminderten Konkurrenzdruck führen dürften (äußerlich z.B. durch einen Wiederaustritt der Billigflieger auf bestimmten Strecken, der ebenfalls nicht betrachtet wird). Hierfür sprechen auch die in der Studie präsentierten Ergebnisse zum Einfluss bereits bestehender Konkurrenz durch Billigflieger auf den betrachteten Strecken. Für die schon vor Januar 2006 aktiven Konkurrenten wird nur in äußerst wenigen Modellen ein signifikant von Null abweichender Effekt auf die Passagieranzahl, Preise, Personenkilometer und Einkünfte ermittelt. In Bezug auf die Preise für eine Bahnfahrt erster Klasse fallen die Effekte bestehender Konkurrenz in zwei Modellen sogar signifikant positiv aus.¹¹² Aufgrund des kurzen Beobachtungszeitraums werden darüber hinaus keine potenziellen Gegenmaßnahmen der Bahn betrachtet, die die neue Konkurrenz durch geeignete Strategiewahl zu einem späteren Zeitpunkt wieder verdrängen könnte. Auch die Konjunktur befindet sich im betrachteten Zeitraum auf einem relativ hohen Niveau mit geringer Varianz über die Zeit, so dass für konjunkturelle Effekte keine ausreichende Kontrolle möglich ist. Hinzu kommen schließlich die im Beobachtungszeitraum relativ hohen Rohstoffpreise, die den Wettbewerb der Transportmittel auf einzelnen Strecken stark beeinflussen dürften und sich heute gänzlich anders darstellen als noch vor ein oder zwei Jahren. Insgesamt ist ungeachtet der ausgeklügelten statistischen Schätzmethoden fraglich, ob die präsentierten Ergebnisse auch mit aktuelleren, einen größeren Zeitraum

112 Vgl. ebenda, S. 115, Tabelle 15, Modelle 8 und 9.

umfassenden Daten repliziert werden können. An einer Übertragbarkeit der präsentierten Ergebnisse auf die aktuelle Situation scheinen jedenfalls Zweifel angebracht.

168. Die Monopolkommission sieht in den aktuellen Forschungsergebnissen einen interessanten Anknüpfungspunkt, um zukünftige Auswirkungen auf Einzelheiten der Regulierung im Eisenbahnsektor weiter zu untersuchen. Um die präsentierten Ergebnisse für konkrete Handlungsempfehlungen zu einzelnen Teilsegmenten der Regulierung heranzuziehen, sollten diese zunächst mittels neuerer Daten überprüft werden. Eine allgemeingültige Aussage zur Notwendigkeit regulierender Eingriffe im Eisenbahnmarkt lässt sich aus den bezeichneten Ergebnissen darüber hinaus nicht ableiten. Hierzu verbleiben deutlich zu viele Unsicherheiten über die tatsächliche Wettbewerbssituation der Verkehrsträger. Einerseits wird mit der Untersuchung nur der Personenverkehr betrachtet. Monopolrenten, die sich im Güterverkehr erzielen lassen, bleiben unbeachtet. Andererseits erscheint fraglich, ob der Wettbewerb der Bahn mit „Billigfliegern“ tatsächlich in der Lage ist, flächendeckend die Preissetzung im Personenverkehr zu disziplinieren, und ob er zugleich auch flächendeckend disziplinierend auf die Preise für die Infrastruktur wirkt. Letzteres war nicht Gegenstand der Studie, sodass hier keine Aussage möglich ist. Die Monopolkommission ist jedoch skeptisch, dass die Konkurrenz durch Low-Cost-Carrier hinreichende Disziplinierungswirkung entfaltet. Letztendlich kann der Flugverkehr nicht die gleichen Relationen bedienen wie der Schienenverkehr, was die Annahme induziert, dass eine hohe Wettbewerbsintensität nicht ausgewogen für das gesamte Netz bestehen kann. Auch die Messung der Wettbewerbsintensität selbst kann irreführend sein, da die Ergebnisse für Preisreaktionen dann das Ergebnis verzerren, wenn das Preisniveau der Deutschen Bahn AG bereits vor der empirischen Kontrolle überhöht war. Dies erscheint im Rahmen der speziellen Systemeigenschaften der Bahn und ihrer daraus begründeten Affinität gegenüber bestimmten Nachfragergruppen realistisch. Die Monopolkommission geht daher davon aus, dass die Wettbewerbssituation auf dem Gesamtmarkt nicht ausreichend vom intermodalen Wettbewerb kontrolliert wird und daher Preissetzungsspielräume für die dominierenden Anbieter verbleiben.

169. Die Deutsche Bahn AG hat gegenüber der Monopolkommission die Auffassung vertreten, die Fixkostenintensität des Schienennetzes habe zur Folge, dass bereits kleine vom Wettbewerb hervorgerufene Nachfragerbewegungen zur Unwirtschaftlichkeit des Netzbetriebs führen. Somit entfalte auch der bestehende Wettbewerb in einzelnen Marktsegmenten bereits ausreichende Disziplinierungswirkung. Nach Auffassung der Monopolkommission können einzelne Nachfragerbewegungen zwar die Rentabilität der Infrastruktur grundlegend beeinflussen. Ein Argument gegen eine Entgeltregulierung ergibt sich daraus per se jedoch nicht. Denn aus diesem Zusammenhang leitet sich lediglich ab, dass der intermodale Wettbewerb die ausgewiesenen Rentabilitätskennziffern beeinflussen und ins Negative kehren kann. Es sind daher diejenigen Anreize zu preislichem Missbrauch relevant, die nachfolgend unter Berücksichtigung der Rentabilitätssituation diskutiert werden. Keinesfalls lässt sich hingegen daraus ableiten, dass der Erwartungswert für den Zugangspreis bei bedingt monopolistischer Preissetzung nicht sowohl generell als auch in einzelnen Marktsegmenten missbräuchlich hoch oder diskriminierend sein kann. Die Monopolkommission sieht daher keine ausreichende Disziplinierungswirkung durch den intermodalen Wettbewerb gegeben, die generelle Merkmale der Entgeltregulierung ersetzen könnte.

5.1.2 Zur Beziehung zwischen Missbrauchsanreizen und Rentabilität der Eisenbahninfrastruktur

170. Ein strittiger Punkt in der Diskussion um die Entgeltregulierung sind die Implikationen, die sich aus der Rentabilität der Eisenbahninfrastrukturunternehmen ergeben. Wird die langfristige Rentabilität eines wichtigen Eisenbahninfrastrukturunternehmens schwach eingeschätzt, dann könnte die Annahme bestehen, dass die Marktmacht des Infrastrukturanbieters nicht ausreicht, um

Monopolgewinne durch die Bewirtschaftung seiner Assets zu erzielen. In der Folge sei ein Preishöhenmissbrauch nicht zu erwarten, sodass die Regulierung der Entgelte letztlich entbehrlich bliebe. Diese These basiert zum einen auf der Rentabilität entsprechend den veröffentlichten Geschäftsergebnissen der großen Eisenbahninfrastrukturtochter der Deutschen Bahn AG; zum anderen wird hier ein Rückschluss dieser spezifischen Rentabilitätssituation auf Missbrauchsanreize angestellt. Die Monopolkommission wird sich nachfolgend mit der Rentabilitätssituation der großen Infrastrukturanbieter auseinandersetzen und die sich ergebenden Missbrauchsanreize untersuchen, um ihrerseits die Implikationen für die Entgeltregulierung im Bahnsektor abzuleiten.

5.1.2.1 Finanzierung und Rentabilität wichtiger Anbieter von Eisenbahninfrastruktur

171. Eisenbahninfrastruktur wird in Deutschland von mehreren hundert Unternehmen betrieben. Die Infrastrukturunternehmen der Deutschen Bahn AG sind darunter die mit Abstand größten Anbieter und nehmen auf dem Markt eine besondere Stellung ein. Zu ihnen zählen insbesondere die DB Netz AG, die als Tochter der Deutschen Bahn AG für Betrieb und Wartung von Schienenwegen und bestimmten Serviceeinrichtungen verantwortlich ist, und die DB Station & Service AG, die mit etwa 5.400 Bahnhöfen einen Großteil der Zugangsstellen zum Schienenpersonenverkehr für die Konzernmutter bewirtschaftet. Die in den Geschäftsberichten seit dem Jahr 2000 veröffentlichten Zahlen für beide Unternehmen zeigen vor allem im Falle der DB Netz AG in der überwiegenden Zahl der Jahre ausgeprägte Rentabilitätsschwierigkeiten der Gesellschaften auf.¹¹³ Im Schienennetz erwirtschaftete die DB Netz AG 2007 allerdings nach vielen Jahren des Verlustes erstmals ein positives Ergebnis und konnte dies 2008 wiederholen. Auffällig bei den jüngst vorgelegten Ergebnissen ist, dass die positive Rendite nicht mit einer Änderung des operativen Ergebnisses der Netzbewirtschaftung zusammenhängt, sondern durch eine Neuordnung des Immobilienvermögens innerhalb des DB-Konzerns zustande kam.¹¹⁴ Die Geschäftsberichte der Deutschen Bahn AG wiesen in den vergangenen zehn Jahren eine schwache Rentabilität aus. Im Falle der DB Station & Service AG muss zwischen Einnahmen unterschieden werden, die in den Bahnhöfen aus Vermietung und Verpachtung erzielt werden, und solchen, die für die Bereitstellung des Verkehrszugangs anfallen, da nur für Letztere eine Monopolstellung vorliegt.

172. Die Geschäftsberichte der Deutschen Bahn AG geben nur begrenzt Aufschluss über die Rentabilität der Eisenbahninfrastruktur, da ihnen die Rentabilität des betriebsnotwendigen Bereiches nicht isoliert zu entnehmen ist. Mit Blick auf die Situation der Eisenbahninfrastruktur in anderen EU-Mitgliedstaaten ist zwar anzunehmen, dass die Rentabilitätsaussichten der Eisenbahninfrastruktur auch in Deutschland eher schlecht sind; der Verkehrsträger Schiene kann nach verbreiteter Auf-

¹¹³ Die DB Netz AG weist in ihrem Geschäftsbericht zwischen den Jahren 2000 und 2007 nur einmal im Jahr 2007 ein positives Geschäftsergebnis aus. Die Eigenkapitalrentabilität des Unternehmens lag im Jahr des positiven Ergebnisses bei lediglich 2,23 %, während die Gesamtkapitalrentabilität mit 2,24 % nur geringfügig von diesem Ergebnis abwich. In den Jahren von 2000 und 2006 wurden hingegen laut Geschäftsbericht stets Verluste erwirtschaftet. Die zur Verfügung stehenden Daten zum Return on Capital Employed (ROCE) zeigen zwischen 2001 und 2006 lediglich negative oder geringe Kapitalverzinsungen von höchstens 0,73 %. Die DB Station & Service AG, welche alle Personenbahnhöfe der Deutschen Bahn AG bewirtschaftet, verbuchte in den Jahren 2000 bis 2007 in sechs von acht Jahren einen Überschuss. Die Eigenkapitalrentabilität des Unternehmens betrug zuletzt etwa 6 %, die Gesamtkapitalrentabilität lag bei etwa 4,34 %. Der ROCE lag im zur Verfügung stehenden Datenzeitraum 2001 bis 2005 im schlechtesten Jahr 2002 bei -9,16 %, verbesserte sich danach stetig und erreichte 2005 5,19 %. Vgl. Geschäftsberichte der DB Netz AG und DB Station & Service AG 2000 bis 2007, Bureau van Dijk, „Amadeus“-Datenbank (Stand: April 2008), eigene Berechnungen.

¹¹⁴ Die Änderung basiert auf Regelungen des Gesetzes über die Gründung einer Deutsche Bahn Aktiengesellschaft (Deutsche Bahn Gründungsgesetz, DBGrG). Die Immobilienneuordnung führte dazu, dass Miet- und Pachteinahmen stark angestiegen sind. Gegenüber 2006 hat sich das Ergebnis aus dieser Position im Jahr 2007 um 263 Mio. EUR verbessert und damit wesentlich zu dem ausgewiesenen Jahresüberschuss (vor Gewinnabführung an die Muttergesellschaft) von 146 Mio. EUR beigetragen. Vgl. Geschäftsbericht DB Netz AG 2007, S. 10.

fassung allein aus den am Markt für die Verkehrsleistung generierbaren Umsätzen nicht überleben.¹¹⁵ Bei der Frage der Rentabilität muss allerdings beachtet werden, dass eine massive Bezuschussung des deutschen Eisenbahnsektors aus öffentlichen Mitteln stattfindet. Der Eisenbahnsektor unterliegt einer Finanzierung aus mindestens drei wesentlichen Quellen: erstens aus den bei den Nachfragern zu erzielenden Entgelten, zweitens aus direkten Subventionen für die Eisenbahninfrastruktur und drittens aus der Subventionierung der Eisenbahnverkehrsunternehmen im Nahverkehr in Form der Bestellerentgelte. Aus Sicht der Eisenbahninfrastrukturunternehmen sind die Bestellerentgelte im Nahverkehr nur indirekte Subventionen, da sich aus ihnen eine Erhöhung der Nachfrage nach Infrastruktur und damit höhere Zugangsentgelte (Umsatzerlöse) ableiten. Im Falle der DB Netz AG setzten sich Grobschätzungen zufolge weniger als 60 % der gesamten Finanzierungsmittel aus Umsatzerlösen zusammen, während der übrige Bedarf durch direkte Beihilfen in die Infrastruktur – insbesondere aus Bundesmitteln – gedeckt wird (vgl. Abbildung 5.1). Der Bund kommt damit seinem Verfassungsauftrag gemäß Art. 87e Abs. 4 GG nach, wonach er dem Wohl der Allgemeinheit, insbesondere den Verkehrsbedürfnissen beim Ausbau und Erhalt des Schienennetzes, Rechnung zu tragen hat. Im Falle der DB Netz AG stellen sich Mittelherkunft und Mittelverwendung wie folgt dar:

Abbildung 5.1:

Mittelherkunft und Mittelverwendung der DB Netz AG (Grobschätzung)

Mittelherkunft	Erträge, insb. Umsatzerlöse		Zuwendungen Bestandsnetz		Zuwendungen Neu- / Ausbau
	4,7 Mrd. €		LuFV-Mittel 2,2 Mrd. €	Andere 0,7 Mrd. €	1,1 Mrd.€
Mittelverwendung	Operativer Betrieb 2,5 Mrd. €	Instandhaltung 1,5 Mrd.€	Investitionen Bestandsnetz 3,5 Mrd. €		Investitionen Neu- / Ausbau 1,2 Mrd. €

Quelle: Mitusch, K., Beckers, T., Brenck, A., Die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung (LuFV) zwischen Bund und DB AG und ihre Beziehung zur Anreizregulierung. Eine ökonomische Analyse der beiden Reformwerke zur Steuerung der Eisenbahninfrastrukturunternehmen, Berlin 2008, S. 20

¹¹⁵ Diese Annahme kann beispielsweise auch auf die Berechnung des Return on Capital Employed (ROCE) gestützt werden, welche für die Anlage „Exkurs 2“ des PRIMON-Gutachtens berechnet wurde. Die Berücksichtigung des durch Subventionen finanzierten Anteils des Kapitalstocks und die darauf entfallenden Abschreibungen (Return on Total Capital Employed, ROTCE) führt in der „Grobschätzung“ des Gutachtens zur Privatisierung der Deutschen Bahn AG zu einer Kapitalverzinsung, die seit der Bahnreform 1994 in keinem Jahr einen positiven Wert aufweist. Bei der Bewertung solcher Berechnungen muss allerdings berücksichtigt werden, dass die Preis-Absatz-Funktion der Eisenbahninfrastrukturunternehmen nur geschätzt werden kann und solche Rechnungen daher immer starken Unsicherheiten unterliegen. Vgl. Booz Allen Hamilton, a.a.O., S. 469 f.

173. Die öffentlichen Mittel zur Finanzierung des Bestandsnetzes und dessen Neu- und Ausbau verteilen sich auf verschiedene Fördertöpfe des Bundes, der Länder und der Europäischen Union. Dabei fließen sowohl Mittel in das Bestandsnetz der Eisenbahn als auch in Neu- und Ausbaumaßnahmen. Grundlage sind die Regelungen des Bundesschienenwegeausbaugesetzes (BSWAG). Gemäß § 8 Abs. 1 BSWAG finanziert der Bund Bau, Ausbau sowie Ersatzinvestitionen der Schienenwege des Bundes. Grundlage für die Wahl der finanzierten Schienenwege ist der Bundesverkehrswegeplan, der in einem fünfjährigen Turnus die fokussierten Bauprojekte vorgibt. Nach § 10 Abs. 1 BSWAG sind die Zahlungen des Bundes als (zinsloses) Darlehen zu behandeln. Nicht rückzahlungspflichtige Baukostenzuschüsse sind nur im Falle von Baumaßnahmen erlaubt, die nicht im unternehmerischen Interesse der Bahn liegen. De facto wird jedoch der wesentliche Teil der Erweiterungsinvestitionen des Schienennetzes aus Baukostenzuschüssen finanziert. Eine wichtige Finanzierungsquelle stellen zudem die pauschalen Bundesbeihilfen dar, die in Instandhaltungsaufwendungen und Ersatzinvestitionen fließen sollen. Ihre Höhe wurde jedoch erst mit Abschluss der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung (LuFV) zwischen Bund und Deutscher Bahn AG im Januar 2009 mittelfristig verstetigt. Durch den Abschluss der LuFV wird der Mittelzufluss nun zumindest teilweise auf eine nachhaltige Kalkulationsbasis gestellt, auf der betriebswirtschaftliche Entscheidungen über Investitionen kalkulierbar getroffen werden können.¹¹⁶

174. Die Ausgangslage zeigt, dass die Finanzierung der in wichtigen Teilen politisch determinierten Eisenbahninfrastruktur zahlreichen Unsicherheiten ausgesetzt ist. Auch wenn die vorliegenden Informationen bisher nicht auf eine hohe Rentabilität in Form einer signifikant hohen Rendite auf das eingesetzte Kapital hinweisen, ist doch zu berücksichtigen, dass die genaue Zurechnung von Aufwendungen und Erträgen nicht bekannt ist und eine belastbare Einschätzung einen Einblick in interne Rechnungsdaten erfordert. Die vorliegenden aggregierten Ergebniskennziffern der Infrastrukturtöchter der Deutschen Bahn AG zeigten im Bereich der Bahnhöfe zuletzt eine positive Renditeentwicklung. Auch im Bereich des Netzes hat sich die Ertragslage nach mehreren negativen Ergebnissen zuletzt verbessert. Hinzu kommt, dass die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung eine Planungsbasis darstellt, die zukünftige Erträge positiv beeinflussen könnte. Nach Ansicht der Monopolkommission ist die gegenwärtige Rentabilität der genannten Eisenbahninfrastrukturanbieter zwar derzeit noch eher gering. Über die zukünftige Rendite kann auf dieser Basis jedoch keine Aussage getroffen werden.¹¹⁷

5.1.2.2 *Missbrauchsanreize der Eisenbahninfrastrukturunternehmen*

175. Offen bleibt bisher, welche Rückschlüsse eine gegebene Rentabilitätssituation der Eisenbahninfrastrukturunternehmen für das Konzept der Entgeltregulierung zulässt. In der Produktionskette von Eisenbahnleistungen stellt der Zugang zur Eisenbahninfrastruktur das Vorprodukt für im Wettbewerb angebotene Eisenbahnverkehrsleistungen dar. Die Entgeltregulierung verfolgt das Ziel, den Handlungsspielraum bei der Preissetzung zu begrenzen, der sich für Eisenbahninfrastrukturunternehmen durch ihre Marktmacht ergibt. Aus Sicht der Monopolkommission diszipliniert der

¹¹⁶ Die rückwirkend zum 1. Januar 2009 in Kraft getretene Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung hat eine Laufzeit von fünf Jahren und muss anschließend neu verhandelt werden. Als Gegenleistung für den Infrastrukturbeitrag des Bundes von 2,5 Mrd. EUR p.a. müssen die Eisenbahninfrastrukturunternehmen der Deutschen Bahn AG bestimmte Qualitätskennziffern hinsichtlich des Netzzustands, des Zustands der Verkehrsstationen und der Versorgungssicherheit der Bahnstromversorgung einhalten. Zudem muss die Deutsche Bahn AG dem Bund ein jährliches Mindestersatzinvestitionsvolumen in Höhe seines Infrastrukturbeitrags und einen jährlichen Instandhaltungsbeitrag in Höhe von bis zu 1,25 Mrd. EUR nachweisen. Hinzu tritt ein investiver Eigenbeitrag der Deutschen Bahn AG in Höhe von 500 Mio. EUR p.a., sodass jährlich bis zu 4,25 Mrd. EUR für die Erhaltung des Schienennetzes der Eisenbahnen des Bundes zur Verfügung stehen.

¹¹⁷ Nach Presseberichten hat die Deutsche Bahn AG angekündigt, mit dem Netz 2011 mehr Gewinn erzielen zu wollen als mit allen anderen Sparten des Unternehmens. Vgl. o.V., Bahn will mit Netz Gewinne erzielen, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 24. Juli 2007, S. 13.

intermodale Wettbewerb auf den Verkehrsmärkten die Eisenbahninfrastrukturunternehmen auf den Verkehrsmärkten nicht hinreichend in ihrer Preissetzung.¹¹⁸ Der Wettbewerb auf dem nachgelagerten Verkehrsmarkt muss jedoch von der Marktmacht der Infrastrukturebene unbeeinflusst bleiben, um ein effizientes Verkehrsangebot auf der Schiene zu ermöglichen.

176. Wird auf eine Entgeltregulierung für Eisenbahninfrastrukturunternehmen verzichtet, unterliegen diese der Anreizkonstellation auf unregulierten Märkten. Der Infrastrukturanbieter erhält durch die Monopolsituation theoretisch die Möglichkeit, sämtliche Renditen, die auf dem gesamten Eisenbahnmarkt erzielt werden können, durch eine geeignete Preissetzung abzuschöpfen. Unabhängig davon, ob er selbst auch als Eisenbahnverkehrsunternehmen auftritt, hat er in dieser Situation keine eindeutigen Anreize, Wettbewerber auf der nachgelagerten Ebene zu benachteiligen, da er selbst davon profitiert, wenn effizientere Wettbewerber auf dem Verkehrsmarkt aktiv sind, sofern er sich diese Rente aneignen kann. Obwohl die dargestellte Situation ohne staatliche Regulierung theoretisch den Wettbewerbszielen auf der Verkehrsebene nicht entgegensteht und Anreize zur produktiven Effizienz vorhanden sind, geht sie doch mit Verzerrungen durch möglichen Preishöhenmissbrauch der Infrastrukturbetreiber einher. Überhöhte Entgelte mindern die Konsumentenrente der Nachfrager von Bahnverkehrsleistungen und schmälern das Verkehrsangebot. Um dennoch eine effiziente Allokation zu erreichen, ist es für einen effizienten Bahnmarkt daher unerlässlich, die erhobenen Entgelte zu regulieren.

177. Die marktmächtigen Betreiber von Eisenbahninfrastruktur unterliegen dem Anreiz zu Preishöhenmissbrauch. Um überhöhte Entgelte zu verhindern, kann einem Anbieter zunächst vorgegeben werden, Entgelte so zu erheben, dass sie eine bestimmte Gesamthöhe nicht überschreiten. Dies kann beispielsweise dadurch erreicht werden, dass die maximale Rendite der Eisenbahninfrastrukturbetreiber mittels einer Obergrenze begrenzt wird. Aus einer solchen Vorgabe für die Entgeltbestimmung ergeben sich jedoch Nebenwirkungen. So können Anreize zu produktiven Ineffizienzen bestehen, wenn dem Infrastrukturbetreiber eine zu hohe Rendite zugestanden wird, die am eingesetzten Kapital bemessen wird (Averch-Johnson-Effekt). Ein konsistenter Regulierungsrahmen muss solche Effekte aufgreifen und unerwünschte Anreizwirkungen nach Möglichkeit vermeiden, z.B. durch eine sog. Anreizregulierung.

Der empirische Befund über die Rentabilitätssituation der DB Netz AG kann nun mit der Anreizkonstellation auf dem Eisenbahnmarkt verglichen werden. Wie in den folgenden Kapiteln ausführlich diskutiert wird, besteht derzeit für das Schienennetz eine gesetzliche Renditeobergrenze. Insofern als die Summe aus öffentlichen Mitteln und Zugangsentgelten bei der DB Netz AG im Moment vermutlich nicht zu einer Ausschöpfung dieser Renditegrenze führt, soll zunächst angenommen werden, dass Anreize für das Unternehmen bestehen, sein Ergebnis zu verbessern. Eine Ergebnisverbesserung könnte über eine Absenkung der Qualität, höhere Zugangsentgelte, eine stärkere Auslastung des Netzes oder eine höhere Effizienz beim Betrieb der Infrastruktur realisiert werden. Um eine Qualitätsverschlechterung zu verhindern, enthält die jüngst geschlossene Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung Qualitätskennziffern, die das Ziel verfolgen, eine hohe Qualität zu gewährleisten. Wenn das Unternehmen derzeit darauf verzichtet, die Zugangsentgelte weiter zu erhöhen, dann könnte der Rückschluss gezogen werden, dass der gewinnmaximale Zugangstarif bereits ausgereizt ist und zur Ergebnisverbesserung primär Anreize zur effizienten Bewirtschaftung des Netzes verbleiben. Eine solche Situation ist aus volkswirtschaftlicher Perspektive durchaus positiv und könnte – solange die Rentabilität das marktübliche Maß nicht überschreitet – auf eine Effizienz des bestehenden Regulierungsrahmens hindeuten.

¹¹⁸ Vgl. dazu Abschnitt 5.1.1.

178. Das zuvor diskutierte Ergebnis trägt jedoch nicht mehr, wenn berücksichtigt wird, dass die Deutsche Bahn AG als dominierender Betreiber von Eisenbahninfrastruktur auch gleichzeitig auf den nachgelagerten Transportmärkten aktiv ist und dort mit Wettbewerbern konkurriert. Verhindern entweder eine Renditebegrenzung im Rahmen der Entgeltregulierung oder andere praktische Schwierigkeiten¹¹⁹, dass ein marktmächtiger Infrastrukturbetreiber die auf den Eisenbahnmärkten befindlichen Renten auf der Infrastrukturebene vollständig abschöpfen kann, dann verbleiben mögliche Renten auf den Transportmärkten, die alleine vom Wettbewerb kontrolliert werden. Ein vertikal integriertes Eisenbahnunternehmen wie die Deutsche Bahn AG hat daher ein materielles Interesse, die verbleibenden Marktrenten zugunsten der eigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen zu beeinflussen. Auf der Entgeltebene kann der Infrastrukturbetreiber Einfluss ausüben, indem er seine Zugangsentgelte so anpasst, dass die eigenen Transporttöchter von geringeren Entgelten betroffen sind als die Wettbewerber. Auf diese Weise kann die Renditevorgabe zur Entgeltregulierung des Infrastrukturbetreibers insgesamt eingehalten werden. Die offene Preisdiskriminierung von Wettbewerbern durch diskriminierende Zugangspreise für dieselbe Leistung ist zwar durch § 14 Abs. 1 AEG ausgeschlossen. Da es sich bei den Eisenbahninfrastrukturbetreibern um komplexe Mehrproduktunternehmen handelt, ergeben sich dennoch verschiedenste Möglichkeiten, die Preissetzung unterschiedlicher Marktsegmente zum eigenen Vorteil zu beeinflussen. Bei der Umlage von Kosten auf einzelne Produkte mittels vielschichtiger Preissysteme ist eine „richtige“ Zurechnung häufig nicht möglich oder nicht ohne weiteres zu verfolgen. Dadurch verbleiben den Infrastrukturbetreibern Spielräume, Renten in die Teilmärkte der Transportebene zu verlagern, in denen die Wettbewerber aufgrund von Marktzutrittsbarrieren noch nicht aktiv sind. Sowohl preisliche als auch nichtpreisliche Diskriminierung kann im Hinblick auf dieses Ziel zum Einsatz kommen. Inwieweit Hinweise auf Missbrauch bei der Preissetzung für den Infrastrukturzugang bestehen, soll in den folgenden Kapiteln genauer betrachtet werden.

179. Es zeigt sich, dass die vertikale Integration von Netz und Transport im Eisenbahnsektor auch die Regulierung der Zugangsentgelte erheblich beeinflusst. Die marktmächtige Stellung der Eisenbahninfrastrukturbetreiber setzt Anreize zur monopolistischen Preissetzung, während eine Regulierung der zulässigen Rendite Rückwirkungen auf Effizienz und Qualität nach sich zieht. Wird die Betrachtung um den Aspekt ausgedehnt, dass es sich bei dem dominierenden Marktakteur, der Deutschen Bahn AG, um einen integrierten Anbieter handelt, der sowohl im natürlichen Monopolbereich der Infrastruktur als auch auf dem Verkehrsmarkt als Anbieter auftritt, kann dieser seine Marktmacht durch diskriminierende Zugangspreise auch auf den Verkehrsmarkt ausdehnen. Lässt das bestehende Entgeltregulierungsregime für die Infrastruktur dem integrierten Anbieter dazu Möglichkeiten offen, dann kann er die im Markt befindlichen Renten auch im Verkehrsmarkt teilweise abschöpfen, ohne dass er damit eine hohe Rentabilität der Infrastruktur ausweisen muss. In diesem Fall stellt die gegebenenfalls schlechte Rentabilität der Infrastruktur keinen Hinweis dafür dar, dass ein effizienter Zustand bei der Entgeltregulierung bereits erreicht ist. Die Renten werden möglicherweise lediglich in nachgelagerten Märkten abgeschöpft, auf denen der Infrastrukturbetreiber oder ein Schwesterunternehmen ein Monopol besitzt, und fallen dadurch nicht mehr beim Eisenbahninfrastrukturunternehmen an.

180. Nach Auffassung der Monopolkommission ist die beste Lösung für eine effiziente Struktur des Eisenbahnmarktes nur dann zu erreichen, wenn Infrastruktur und Transport eigentumsrechtlich getrennt voneinander bewirtschaftet werden.¹²⁰ Hier kann sich die Regulierung der Zugangspreise zur Infrastruktur auf Preishöhenmissbrauch konzentrieren, weil das materielle Interesse zur Behinderung einzelner Anbieter auf der Transportebene erheblich reduziert wird. Problematisch ist zudem

¹¹⁹ Zur vollständigen Abschöpfung der Renten ist eine Preisdifferenzierung erster Ordnung nötig. Diese ist in der Realität aufgrund von Informationsproblemen kaum umsetzbar.

¹²⁰ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 46 und 48, a.a.O.

gerade im Eisenbahnsektor, dass auch die nichtpreisliche Diskriminierung von Wettbewerbern sehr schwer kontrollierbar ist. Selbst wenn die preisliche Diskriminierung perfekt abgestellt werden könnte, bleibt aus Sicht der Monopolkommission ein so erheblicher Spielraum für nichtpreisliche Diskriminierung, dass eine eigentumsrechtliche Trennung von Infrastruktur und Transport unbedingt geboten ist. Strebt der Staat allerdings an, die integrierte Struktur der Deutschen Bahn AG beizubehalten, dann bedarf es auch einer integrierten Betrachtung verschiedener Missbrauchstatbestände, unter denen der isoliert betrachtete Befund über die Rentabilität der Eisenbahninfrastrukturunternehmen nur eine begrenzte Aussagekraft besitzt. Bereits in ihrem ersten Gutachten gemäß § 36 AEG hat die Monopolkommission deshalb festgestellt, dass Diskriminierungstatbeständen beim Zugang zur Eisenbahninfrastruktur eine besondere Bedeutung zukommt.¹²¹ Nach Auffassung der Monopolkommission ist die bestehende Entgeltregulierung nachfolgend daraufhin zu prüfen, ob sie geeignet ist, die beschriebenen Wettbewerbshindernisse einzuschränken. Vergleichsweise ist die Frage zu beantworten, ob andere Möglichkeiten zur Entgeltregulierung besser in der Lage sind, die verschiedenen Regulierungsziele zu erreichen.

5.2 *Status quo der gesetzlichen Entgeltregulierung von Schienenwegen und Serviceeinrichtungen*

5.2.1 *Gesetzlicher Rahmen zur Regulierung der Netzzugangsentgelte*

181. Die europäische Richtlinie 2001/14/EG¹²² sah aufgrund der resistenten Monopolstellung der Eisenbahninfrastruktur vor, Vorgaben zur Entgeltregulierung in das nationale Eisenbahnrecht zu implementieren. Auf dieser Grundlage hat der Gesetzgeber im Jahr 2005 Vorschriften zu einer Entgeltkontrolle von Schienenwegen, Serviceeinrichtungen, Zusatz- und Nebenleistungen in die einschlägigen deutschen Rechtsnormen AEG und EIBV aufgenommen. Durch den symmetrischen Ansatz in der Eisenbahnregulierung betreffen diese alle Eisenbahninfrastrukturunternehmen gleichermaßen. Im deutschen Recht findet sich die Normierung der Entgeltregulierung in § 14 Abs. 4 AEG für Betreiber von Schienenwegen und in § 14 Abs. 5 AEG für Betreiber von Serviceeinrichtungen. In den §§ 20 bis 24 sowie Anlage 1 und 2 EIBV wird die Entgeltbestimmung zudem weiter konkretisiert.

182. Die Festsetzung der Entgelte von Eisenbahninfrastrukturunternehmen sind demnach verschiedenen Kriterien unterworfen, deren Einhaltung von der Bundesnetzagentur überwacht wird. Neufassung und Änderung der Entgelthöhen und des Entgeltsystems für das Schienennetz oder für Serviceeinrichtungen müssen gemäß § 14d Satz 1 Nr. 6 AEG der Regulierungsbehörde angezeigt werden. Nur im Fall der Schienenwege muss das Infrastrukturunternehmen auch darlegen, dass die Entgelte mit den Vorgaben des AEG übereinstimmen. Die Regulierungsbehörde überprüft daraufhin die Entgelte auf Übereinstimmung mit den eisenbahnrechtlichen Bestimmungen und hat gemäß § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG anschließend vier Wochen Zeit, Widerspruch einzulegen. Andernfalls treten die Entgelte in Kraft. Die Entgelte zur Nutzung der Eisenbahninfrastruktur sind damit ex ante reguliert, da jede Festsetzung oder Veränderung der Zustimmung der Bundesnetzagentur bedarf. Die Möglichkeit der Ex-post-Überprüfung durch die Bundesnetzagentur gemäß § 14f Abs. 1 AEG ergänzt das Regulierungsverfahren.

183. Die Ex-ante-Regulierung verleiht der Bundesnetzagentur nicht die Befugnis, die tatsächliche Höhe einzelner Zugangstarife vorzugeben. Besonders im Bereich der Schienenwege wäre eine Ex-ante-Preisgenehmigung für jede einzelne Trasse zu jeder Zeit völlig unpraktikabel und würde ex-

¹²¹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 48, a.a.O., Tz. 147.

¹²² Zuletzt geändert durch die Richtlinie 2007/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007, ABl. EU Nr. L 315 vom 3. Dezember 2007, S. 44. Zu einer überblicksartigen Betrachtung von Funktion und Inhalt der Richtlinie 2001/14/EG vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 48, a.a.O., Tz. 41.

trem hohe Transaktionskosten verursachen. Deshalb existiert für den Bereich der Schienenwege keine detaillierte Einzelpreisgenehmigung, sondern es gibt Grundsätze zur Preissetzung, die vom Betreiber einzuhalten sind. Eine Kernfrage für die Umsetzung dieses Konzeptes betrifft das Aggregationsniveau, auf dem die Preisbildung erfolgen soll. Ein hohes Aggregationsniveau entspricht einem größeren Inkrement und hat zur Folge, dass ein größerer Anteil der Kosten diesem Inkrement genau zugerechnet werden kann und somit weniger Gemeinkosten verbleiben. Theoretisch kann bei der Preissetzung z.B. eine Trasse zu einem bestimmten Zeitpunkt, eine Trasse im Jahreszeitraum, eine Gruppe von Trassen einer Verkehrsleistung oder ein beliebiges anderes Inkrement herangezogen werden. Entgeltgrundsätze geben hier verschiedene Regeln vor, die ein Infrastrukturbetreiber bei der Strukturierung seiner Entgelte zu beachten hat.

184. Die Strukturierung der Entgelte wird zunächst durch den Infrastrukturbetreiber vorgenommen, während die Bundesnetzagentur die Entgeltkontrolle durchführt. Im Falle der Schienenwege prüft die Bundesnetzagentur zum einen, ob durch die Entgelte der Entgeltmaßstab erfüllt wird, ob also der Kontrollmaßstab für die Gesamthöhe aller Entgelte eingehalten wird. Zum anderen prüft sie die Strukturierung der Entgelte und versucht im Rahmen der Entgeltkontrolle auch einer Diskriminierung einzelner Nachfrager vorzubeugen. Wie nachfolgend erläutert, ergeben sich Anforderungen an Entgeltmaßstab und Entgeltgrundsätze aus den Vorgaben des europäischen und des deutschen sektorspezifischen Regulierungsrechts. Diese Vorgaben zur Zusammensetzung und absoluten Höhe der Entgelte sind jedoch interpretationsbedürftig. Deshalb wurden im Auftrag der Bundesnetzagentur bzw. der Deutschen Bahn AG verschiedene Gutachten zur Klärung der genauen Vorgaben aus den Entgeltbestimmungen erstellt.¹²³ Nachfolgend wird die verbreitete Auffassung zur Entgeltregulierung der Eisenbahninfrastrukturbetreiber dargestellt.

5.2.1.1 Vollkostenansatz für die Entgeltbemessung von Schienenwegen

185. Die Unterscheidung zwischen Entgeltmaßstab und Entgeltgrundsätzen ist vor allem für die Entgeltbemessung bei Schienenwegen von Bedeutung. Als Entgeltmaßstab und damit absolutem Rahmen für die Höhe aller kumulierten Entgelte wird von einer Vollkostendeckung ausgegangen. Normative Grundlage des Vollkostenmaßstabs ist Art. 6 Abs. 1 RL 2001/14/EG. Demnach sollen sich die „Einnahmen des Betreibers der Infrastruktur aus Wegeentgelten, dem Gewinn aus anderen wirtschaftlichen Tätigkeiten und der staatlichen Finanzierung einerseits und den Fahrwegausgaben andererseits unter normalen geschäftlichen Umständen und über einen angemessenen Zeitraum ausgleichen.“ Für Betreiber von Schienenwegen ist § 14 Abs. 4 Satz 1 AEG die zugehörige Vorschrift im deutschen Recht. Eine Vollkostendeckung ergibt sich aus der Vorgabe, dass die „für die Erbringung der Pflichtleistungen“ entstehenden Kosten „zuzüglich einer Rendite, die am Markt erzielt werden kann“ ausgeglichen werden sollen. Die Pflichtleistungen nach deutschem Eisenbahnrecht werden in Anlage 1 Nr. 1 EIBV definiert und umfassen die operativen Aufgaben zur Erfüllung der Zugangsvoraussetzungen.

186. Während der Entgeltmaßstab Aufschluss darüber gibt, welche Kosten die regulierten Eisenbahninfrastrukturbetreiber insgesamt auf die Zugangsentgelte verteilen können, bestimmen Entgeltgrundsätze die Verteilung der Fixkosten auf die einzelnen Zugangsleistungen. Entgeltgrundsätze strukturieren im Eisenbahnrecht die Zugangsentgelte nach verschiedenen Kriterien normativ vor. Diese Vorgehensweise ersetzt eine durch Kostenrechnungsmodelle vorgegebene Kostenzuschlüsselung auf die verschiedenen Leistungen, wie sie in anderen regulierten Sektoren üblich ist. Die einschlägigen Rechtsnormen sind die §§ 21 und 22 EIBV des deutschen Eisenbahnrechts, die auf Art. 7 und 8 RL 2001/14/EG (Grundsätze und Ausnahmen) beruhen. Zulässig sind demnach ver-

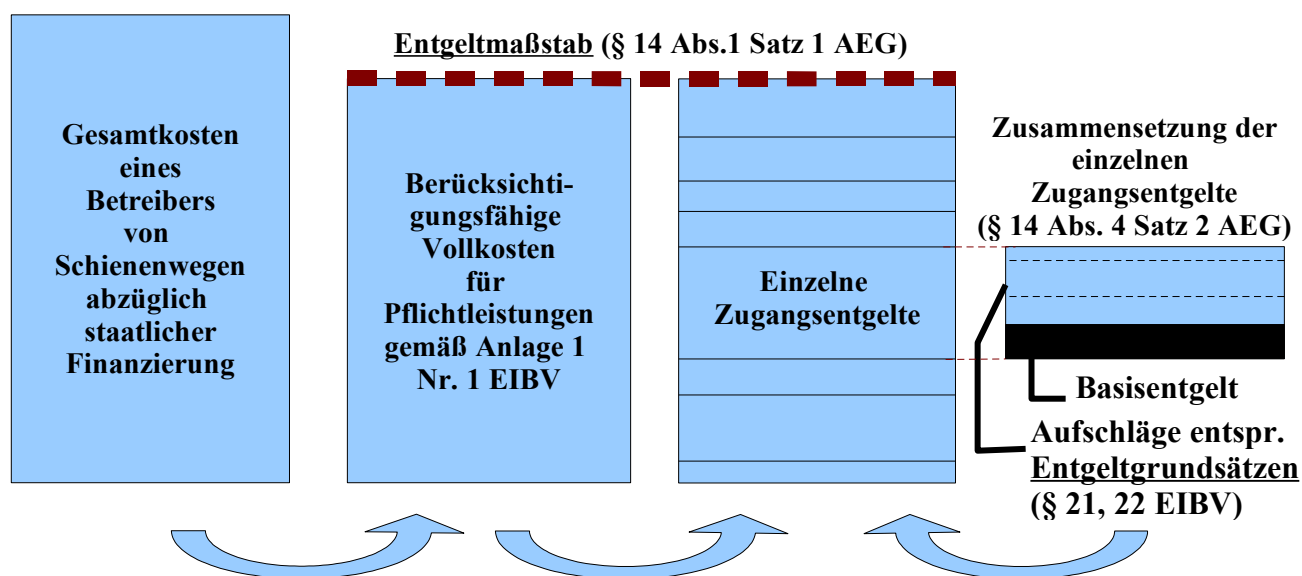
¹²³ Kühling, J., Hermeier, G., Heimeshoff, U., Gutachten zur Klärung von Entgeltfragen nach AEG und EIBV (im Auftrag der Bundesnetzagentur), 2006; Gersdorf, H., Entgeltregulierung im Eisenbahnsektor (im Auftrag der Deutschen Bahn AG), 2007.

schiedene Entgeltbestandteile – beispielsweise eine Spitzenlasttarifizierung (§ 21 Abs. 3 EIBV) und die Einpreisung umweltbezogener Auswirkungen des Zugbetriebs (§ 21 Abs. 2 EIBV) –, während die Norm dazu verpflichtet, direkt zurechenbare Kosten einer Verkehrsleistung nur in dem für sie bestimmten Entgelt zu berücksichtigen (§ 21 Abs. 4 EIBV). Gesetzlicher Rahmen für die Zusammensetzung der einzelnen Entgelte unter Berücksichtigung der Entgeltgrundsätze im deutschen Recht sind die Vorgaben zur Entgeltbestimmung in § 14 Abs. 4 AEG bzw. Art. 8 Abs. 1 Satz 1 RL 2001/14/EG. Gemäß § 14 Abs. 4 Satz 2 AEG können die Betreiber von Schienenwegen „Aufschläge auf die Kosten erheben, die unmittelbar auf Grund des Zugbetriebs anfallen“, die nach Marktsegmenten und Verkehrsarten zu differenzieren sind und die Wettbewerbsfähigkeit, insbesondere des grenzüberschreitenden Schienengüterverkehrs, nicht beeinträchtigen dürfen.

187. Nach verbreiteter Lesart ergibt sich daraus das „Baukastenprinzip“ der geltenden Entgeltregulierung für Schienenwege im Eisenbahnrecht. Ausgangspunkt sind gemäß § 14 Abs. 4 Satz 2 AEG die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallenden variablen Kostenbestandteile (Basisentgelt). Zur Fixkostendeckung werden Zuschläge entsprechend den Entgeltgrundsätzen des Eisenbahnrechts erhoben. Der Entgeltmaßstab gemäß § 14 Abs. 4 Satz 1 AEG bestimmt hingegen die berücksichtigungsfähigen Vollkosten als Obergrenze der kumulierten Zugangsentgelte.

Abbildung 5.2:

Regulierung der Schienennetzzugangsentgelte nach AEG und EIBV



Quelle: Eigene Darstellung

5.2.1.2 Abweichende Vorgaben für die Entgeltbemessung der übrigen Infrastruktur

188. Der Entgeltmaßstab des Gemeinschaftsrechts in Art. 6 Abs. 1 RL 2001/14/EG unterscheidet bei der Vorgabe des Kostenausgleichs nicht zwischen Schienenwegen und Serviceeinrichtungen, sondern bezieht sich dem Wortlaut nach allgemein auf Betreiber von Infrastruktur.¹²⁴ Daraus ist abzuleiten, dass das Gemeinschaftsrecht für Serviceeinrichtungen den gleichen Vollkostenmaßstab

¹²⁴ Hierbei muss auf Abweichungen in den Sprachfassungen hingewiesen werden. Gerade die deutsche Fassung spricht von Fahrwegkosten, während andere Sprachfassungen sich allgemein auf Infrastrukturkosten beziehen (in diesem Sinne die englische, französische, italienische und dänische Fassung).

vorgibt, der auch für Schienenwege Anwendung finden soll. Hinsichtlich der Entgeltgrundsätze schließt das Gemeinschaftsrecht gemäß Art. 7 Abs. 7 RL 2001/14/EG die für Schienenwege geltenden Grundsätze explizit aus und gibt lediglich vor, die Wettbewerbssituation im Eisenbahnverkehr zu berücksichtigen.

189. Abweichend vom Gemeinschaftsrecht unterscheidet das deutsche Eisenbahnrecht bereits bei der Festlegung des Entgeltmaßstabs zwischen Betreibern von Schienenwegen und solchen von Serviceeinrichtungen. Unter Serviceeinrichtungen werden die in § 2 Abs. 3c AEG abschließend aufgezählten Infrastruktureinrichtungen subsumiert, beispielsweise Personen- und Güterbahnhöfe oder Abstellgleise. Für Betreiber von Serviceeinrichtungen existiert im deutschen Recht kein Entgeltmaßstab in Höhe einer absoluten Vollkostenobergrenze. Sie haben gemäß § 14 Abs. 5 Satz 1 AEG ihre Entgelte so zu bemessen, dass diese keine Diskriminierung beinhalten und „die Wettbewerbsmöglichkeiten der Zugangsberechtigten nicht missbräuchlich beeinträchtigt werden“. Hieraus kann ein allgemeines Missbrauchsverbot für die Bemessung der Entgelte für Serviceeinrichtungen analog zu den Vorschriften des allgemeinen Wettbewerbsrechts entnommen werden. Ein solches Missbrauchsverbot umfasst sowohl Preishöhenmissbrauch als auch Behinderungsmissbrauch. Allerdings deutet die Formulierung von § 14 Abs. 5 Satz 2 AEG darauf hin, dass der Schwerpunkt der Bestimmung auf dem Verbot des Behinderungsmissbrauchs liegen soll. Sofern auch Preishöhenmissbrauch verboten ist, stellt die Kontrolle dieser Vorschrift durch den Regulierer jedoch ein schwer operationalisierbares Instrument zur Preisaufsicht dar, da hier anhand aufwendiger Methoden überprüft werden muss, ob der Zugangspreis einer Höhe entspricht, die sich in einer hypothetischen Wettbewerbssituation einstellt.

190. Neben Schienenwegen und Serviceeinrichtungen kennen die Vorschriften zur Entgeltregulierung zudem Zusatz- und Nebenleistungen, die in Anlage 1 Nr. 2 und 3 EIBV näher definiert sind. Sie beruhen auf Anlage II Nr. 3 und 4 RL 2001/14/EG. Dazu zählen z.B. die Versorgung mit Brennstoffen (Zusatzleistung) oder die technische Inspektion des rollenden Materials (Nebenleistung). Die Leistungen beider Gruppen können vom Eisenbahninfrastrukturbetreiber fakultativ erbracht werden. Werden sie jedoch erbracht, dann ist ein Zugangsrecht einzuräumen. Nur für Zusatzleistungen normiert das Eisenbahnrecht ein Diskriminierungsverbot gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 EIBV. Die Höhe der Zugangsentgelte unterliegt im deutschen Recht keiner Regulierung. Die Richtlinie 2001/14/EG kennt bei der Definition des Vollkostenansatzes in Art. 6 Satz 1 keine Abgrenzung von Zusatz- und Nebenleistungen, sondern bezieht den Entgeltmaßstab allgemein auf Betreiber von Infrastruktur. Mithin ist davon auszugehen, dass der Vollkostenstandard für Zusatz- und Nebenleistungen nicht angewendet werden muss, solange diese nicht notwendigerweise infrastrukturgebunden sind.

5.2.1.3 Anreizelemente und Effizienzkosten

191. Das Gemeinschaftsrecht gestattet es in Art. 6 Abs. 1 RL 2001/14/EG den Betreibern von Eisenbahninfrastruktur, alle zur Erfüllung der Zugangsleistung anfallenden Kosten einzupreisen. Der hier normierte Vollkostenmaßstab unterscheidet nicht zwischen effizienten und ineffizienten Kosten. Um ein unverhältnismäßiges „Aufblähen“ der Kosten zu verhindern, werden in anderen regulierten Industrien auch Effizienzkostenansätze angewandt, bei denen nicht alle Kosten, sondern z.B. lediglich die „Kosten der effizienten Leistungserstellung“ als Kostenmaßstab anerkannt werden. Darunter sind die Kosten zu subsumieren, die in einer hypothetischen effizienten Wettbewerbssituation anfallen. Eine konkrete Beschränkung auf effiziente Kosten gibt das Eisenbahnrecht jedoch nicht vor. Allerdings enthält Art. 6 Abs. 2 RL 2001/14/EG die Bedingung, dass den Betreibern von Infrastruktur Anreize zur Senkung der mit der Fahrwegbereitstellung verbundenen Kosten und der Zugangsentgelte zu geben sind. Den Mitgliedstaaten werden in Art. 6 Abs. 3 RL 2001/14/EG zwei

Verfahrensweisen eröffnet, um dieser Verpflichtung nachzukommen. Entweder sind solche Anreize durch eine vertragliche Vereinbarung mit einer Laufzeit von mindestens drei Jahren umzusetzen, welche die zuständige Behörde mit den Infrastrukturbetreibern schließt und welche die staatliche Finanzierung regelt; daneben besteht die Möglichkeit zur Umsetzung geeigneter aufsichtsrechtlicher Maßnahmen, zu denen angemessene Befugnisse vorgesehen sind. Während das Gemeinschaftsrecht verfahrensrechtliche Aussagen zur Entgeltbestimmung macht, lässt es jedoch offen, welche methodische Vorgehensweise gewählt werden kann, um Effizianzanreize in das nationale System zur Entgeltregulierung zu implementieren.

192. Nach Auffassung der Monopolkommission steht die Vorgabe zur Integration von Anreizelementen in einem generellen Konflikt zu einer Bemessung der Zugangspreise in Höhe der dem Monopolisten tatsächlich entstehenden Vollkosten. Während der Vollkostenansatz im Eisenbahnrecht explizit die Einpreisung aller entstehenden Kosten vorsieht und somit nicht zwischen der Effizienz einzelner Kostenpositionen unterscheidet, bestehen Effizianzanreize gerade darin, eine vollständige Einpreisung bestimmter Kosten auszuschließen. Dieser Konflikt ist nur dadurch aufzulösen, dass die Vorgaben einer Einpreisung zu Vollkosten und das Anreizelement in eine zeitliche Abfolge zu setzen sind. Zunächst sind die Vollkosten der Infrastruktur zu berücksichtigen, während in einem zweiten Schritt Anreizfaktoren einzubinden sind, zu deren Methodik das Gemeinschaftsrecht jedoch keine Aussage trifft.

193. Im deutschen Eisenbahnrecht ist die Normierung von Anreizelementen für den Infrastrukturbetreiber nicht einheitlich verwirklicht worden. Die Existenz unterschiedlicher Kostenmaßstäbe bei Schienennetz und Serviceeinrichtungen hat zur Folge, dass auch bei der Beurteilung der Umsetzung des Anreizelements differenziert werden muss. Für das Schienennetz existieren im deutschen Eisenbahnrecht keine expliziten Vorgaben, aus denen sich Anreizelemente für die Schienennetzbetreiber herleiten. Diskussionswürdig ist, ob sich aus dem Vertrag zur staatlichen Finanzierung der bundeseigenen Eisenbahninfrastruktur, der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung, mittelbar hinreichende Anreize ergeben, durch die die Vorgaben zur Senkung der Kosten und der Zugangsentgelte erfüllt werden. Aufgrund der pauschalen Höhe der Bundeszuschüsse entstehen Anreize, Ineffizienzen bei der Bewirtschaftung der Eisenbahninfrastruktur abzubauen, solange der Betreiber die ihm gesetzlich zugestandene marktübliche Rendite noch nicht erreicht hat. Darüber hinaus endet der Anreiz zur effizienten Bewirtschaftung. Bis der Entgeltmaßstab einschließlich der marktüblichen Rendite ausgeschöpft ist, hat der Infrastrukturbetreiber zudem weder Anreiz noch Verpflichtung, etwaige Kosteneinsparungen durch eine Senkung der Zugangsentgelte an die Eisenbahnverkehrsunternehmen weiterzugeben. Die gesetzliche Anforderung, durch ein Anreizelement sowohl eine Senkung der Kosten als auch der Zugangsentgelte zu erreichen, kann daher mittels der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung nicht gleichzeitig erfüllt werden.

194. Für die Entgeltregulierung der Serviceeinrichtungen ergibt sich eine andere Situation als im Falle der Schienenwege, da im deutschen Recht von der Vollkostendeckungsvorgabe des Gemeinschaftsrechts abgewichen wurde. Stattdessen hat der deutsche Gesetzgeber in § 14 Abs. 5 Satz 1 AEG ein Missbrauchsverbot für die Entgeltbestimmung bei Serviceeinrichtungen vorgesehen. Auch wenn § 14 Abs. 5 Satz 2 AEG einen Schwerpunkt des Verbots hinsichtlich Diskriminierungstatbeständen nahelegt, zeigt der Zusatz „insbesondere“, dass das Verbot grundsätzlich auch Preishöhenmissbrauch einschließt. Letzterer liegt dann vor, wenn die Preissetzung eines Unternehmens von der Preissetzung in einer hypothetischen Wettbewerbssituation abweicht. In einer Wettbewerbssituation bestehen jedoch Anreize zu einer effizienten Ressourcenverwendung. Indirekt setzt das Verbot eines Preishöhenmissbrauchs daher auch Anreize für den Betreiber von Serviceeinrichtungen, vergleichbar zu einer hypothetischen Wettbewerbssituation Effizienzgewinne zu realisieren, um einem Einschreiten des Regulierers vorzubeugen. In der Praxis zeigt allerdings die langjäh-

rige Erfahrung des Bundeskartellamtes, dass der Nachweis für Preishöhenmissbrauch nur schwer zu führen ist. Dementsprechend limitiert stellt sich auch die Wirksamkeit einer solchen Vorgabe als Anreizelement für Serviceeinrichtungen dar.

195. Insgesamt ist für den Bahnsektor festzustellen, dass sich aus dem deutschen Regulierungsrecht keine starken Anreize zur Senkung der mit der Fahrwegbereitstellung verbundenen Kosten und der Zugangsentgelte ableiten lassen. Nach Auffassung der Monopolkommission wurden die Vorgaben aus dem Gemeinschaftsrecht hinsichtlich Effizienzanreizen für den deutschen Bahnmarkt bisher nur unvollkommen umgesetzt.

5.2.2 Missbrauchspotenziale durch Systemschwächen des Entgeltregulierungsrechts

5.2.2.1 Inkonsistenzen des bestehenden Regulierungsrahmens

196. Die Systematik der Entgeltregulierung im Eisenbahnsektor ist durch erhebliche Interpretationsspielräume gekennzeichnet, welche die Wirksamkeit der einschlägigen Vorschriften limitieren. Dies wird bereits mit Blick auf die Kodifizierung des Entgeltmaßstabs deutlich, der die zentrale Vorgabe für die Bemessung der Entgelte zur Schienennetzinfrastruktur darstellt. Nach der in Abschnitt 5.2.1 dargestellten Systematik werden die Zugangsentgelte der Betreiber von Schienenwegen nach einem Vollkostenansatz reguliert. Den Regelungen zur Entgeltregulierung ist eine klare systematische Verfolgung eines Vollkostenansatzes jedoch nicht deutlich zu entnehmen. Ebenso greifen die Kriterien zur Strukturierung der Entgelte zu kurz.

Vollkosten- oder Inkrementalkostenansatz?

197. Die Monopolkommission sieht einen Ausgangspunkt für die unklare Formulierung der einschlägigen Normen in dem Konflikt zwischen Vollkosten- und Inkrementalkostenansatz. Obwohl verbreitet vom Vollkostenansatz ausgegangen wird, zieht sich auch die Orientierung an einem Inkrementalkostenansatz durch die Vorgaben aller relevanten Normtexte und steht damit im Widerspruch zu einer klaren Operationalisierung des Vollkostenansatzes. Anknüpfungspunkt ist die in allen Normtexten mehrfach verwendete Formulierung der „Kosten, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen“. Dieser Wortlaut schließt alle beschäftigungsabhängigen Kosten der Schieneninfrastruktur ein. Die so formulierte abschließende Vorgabe zur Kostenzuschlüsselung hätte zur Folge, dass lediglich die bei der Leistungserstellung entstehenden variablen Kosten auf die Entgelte umgelegt werden können. Fixe Kosten der Schieneninfrastruktur, die aufgrund der Betriebsbereitschaft eines funktionsfähigen Schienennetzes anfallen, können bei einer Reduzierung auf die variablen Kosten nicht berücksichtigt werden. Diese Zusammensetzung der Entgelte ist eng verknüpft mit einem Inkrementalkostenansatz zur Bemessung von Netzzugangspreisen in regulierten Industrien. Die Inkrementalkosten des Schienennetzbetreibers sind diejenigen Kosten, die ihm bei Abgabe einer zusätzlichen Trasse an zusätzlichen Kosten durch diesen Verkehr entstehen. Die Formulierung „unmittelbar“ in der Definition des Kostenstandards legt hier nahe, dass es sich um einen kurzfristigen Inkrementalkostenstandard handelt, bei dem in der Regel ein wesentlicher Anteil an fixen Kosten bei den Infrastrukturbetreibern verbleibt.

198. Die Forderung zur Regulierung der Zugangsentgelte nach den unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallenden Kosten ist ein Kernelement der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben der Richtlinie 2001/14/EG zur Entgeltregulierung. In Erwägungsgrund 38 wird eine solche Preissetzung zunächst für den grenzüberschreitenden Verkehr gefordert. Art. 7 Abs. 3 der Richtlinie stellt fest, dass „unbeschadet der Absätze 4 und 5 und des Artikels 8 [...] das Entgelt für das Mindestzugangspaket und den Schienenzugang zu Serviceeinrichtungen in Höhe der Kosten festzulegen“ ist, „die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen“. Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie normiert zwar die

Möglichkeit, Zuschläge zur Deckung der Infrastrukturkosten zu erheben; allerdings bestimmt auch hier Satz 3 derselben Vorschrift, dass die Höhe der Entgelte nicht „die Nutzung der Fahrwege durch Marktsegmente ausschließen“ darf, die „die Kosten, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen, sowie eine Rendite, die der Markt tragen kann, erbringen können“.

199. Im deutschen Recht leitet sich die Preissetzung zu Vollkosten für die Betreiber von Schienenwegen aus § 14 Abs. 4 Satz 1 AEG her. Vollkostenansätze schließen sämtliche Kostenarten in die Betrachtung ein. § 14 Abs. 4 Satz 2 AEG bildet die rechtliche Vorgabe für eine Festsetzung der einzelnen Entgelte je Marktsegment aus den „Kosten, die unmittelbar auf Grund des Zugbetriebs anfallen“ und einzelnen Aufschlägen bis zur Erzielung einer Vollkostendeckung. Im Widerspruch dazu scheint jedoch die Vorgabe in § 14 Abs. 4 Satz 3 AEG zu stehen, nach der die Entgelte „im Fall des Satzes 2“ bezogen auf ein Marktsegment nicht „die Kosten, die jeweils unmittelbar auf Grund des Zugbetriebs anfallen, zuzüglich einer Rendite, die am Markt erzielt werden kann, übersteigen“ dürfen. Es ist nicht einfach, das Verhältnis der Sätze 2 und 3 der Norm zu bestimmen, da Satz 2 die Zulässigkeit von Zuschlägen auf die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallenden Kosten einschließlich Rendite offenbar erlaubt, während sie in Satz 3 wieder ausgeschlossen wird. In Anlehnung an die offenbar zugrunde liegende Formulierung in Art. 8 Abs. 1 RL 2001/14/EG kann der Bezug zu § 14 Abs. 4 Satz 2 AEG („im Fall des Satzes 2“) in der Formulierung von Satz 3 allerdings so interpretiert werden, dass die Norm nur im Falle der Gewährleistung der Wettbewerbsfähigkeit zum Tragen kommt. In diesem Fall hätte der in § 14 Abs. 4 Satz 3 AEG normierte Inkrementalkostenstandard lediglich die Wirkung eines Marktausschlusstests für einzelne Verkehrssegmente und wäre daher für die grundsätzliche Preisfindung ohne Bedeutung. Die Funktion eines so gerichteten Marktausschlusstests ist jedoch ebenso fragwürdig. Da heterogene Verkehre im Regelfall unterschiedliche Grenzprodukte aufweisen, wirkt ein bestimmter Zugangspreis in der Regel nicht für alle Nachfrager gleich prohibitiv, immer aber für einzelne. Es bleibt deshalb unklar, wie viel Verkehrsreduzierung in einem Marktsegment zulässig sein soll, bevor die Norm zur Anwendung kommt. Im Falle eines Marktausschlusses sieht die Rechtsfolge außerdem einen vollständigen Wechsel des Kostenstandards zu Inkrementalkosten vor, was wenig ausgewogen erscheint.

Gemeinkostenzuschlüsselung der Infrastrukturbetreiber

200. Der sich wiederholende Bezug zu den Inkrementalkosten in den einschlägigen Vorschriften zur Entgeltregulierung ergibt sich vermutlich aus einer ökonomischen Erwägung zur Preissetzung in regulierten Infrastrukturen. Ein Inkrementalkostenansatz zur Festlegung der Zugangsentgelte zur Schieneninfrastruktur stellt die wohlfahrtsoptimale Lösung für die Höhe der Zugangsentgelte dar. Der Grund dafür ist, dass kein Zugangsberechtigter von der Nutzung der Schieneninfrastruktur ausgeschlossen wird, der bereit ist, einen Preis für die Zugangsleistung zu zahlen, der mindestens auf dem Niveau der durch ihn zusätzlich verursachten Kosten liegt. Ein solcher Preis ist ökonomisch effizient, da er dem Preis entspricht, der sich auf vollkommenen Märkten unter Wettbewerb einstellt.

201. Ein Spezifikum im Bahnsektor besteht jedoch darin, dass die Fixkosten der Eisenbahninfrastruktur den überwiegenden Anteil der Gesamtkosten ausmachen. Dies hat zur Folge, dass Inkrementalkostenpreise im Falle der Zugangsentgelte zur Schieneninfrastruktur nicht generell kostendeckend sein können. Der Fixkostenanteil für den Bau, die Erhaltung und den Betrieb der Eisenbahninfrastruktur übersteigt den tatsächlich unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallenden Kostenblock bei weitem. Eine ausschließlich an den kurzfristigen Inkrementalkosten angelehnte Festsetzung der Zugangsentgelte hätte daher eine prohibitive Wirkung auf den Betrieb der Schienennetzinfrastruktur und damit auf den gesamten Schienenverkehr. Die Bereitstellung der Schieneninfrastruktur zu wohlfahrtsoptimalen Inkrementalkostenpreisen ist deshalb nur unter der Vorausset-

zung möglich, dass die Fixkosten anderweitig finanziert werden können.¹²⁵ Folgt man der ganz überwiegenden Anschauung, dass das Eisenbahnrecht einen Vollkostenstandard normiert, so sehen die einschlägigen Normen vor, dass die Infrastrukturbetreiber bei der Festsetzung der Entgelte Aufschläge auf die Inkrementalkosten erheben können, die zu einer vollständigen Deckung aller für die Pflichtleistungen anfallenden Kosten der Eisenbahninfrastruktur führen.

202. Aus wettbewerblicher Perspektive ist die Verteilung der Aufschläge auf die Inkrementalkosten ganz besonders relevant. Obliegt es allein dem Betreiber von Eisenbahninfrastruktur, nach eigenen Kriterien eine Zuschlüsselung der Aufschläge zu finden, so hängt das Ergebnis auch davon ab, ob der Betreiber vertikal integriert und auf der nachgelagerten Transportebene selbst aktiv ist. Der rationale Infrastrukturbetreiber ohne eigene Transportgesellschaft wird eine Zuschlüsselung wählen, bei der die Zuschläge auf die kurzfristigen Inkrementalkosten bei denjenigen Nachfragern besonders hoch sind, die am wenigsten preissensibel reagieren. Zugangspreise, die nach diesem Verfahren ermittelt werden, werden auch Ramsey-Preise genannt und führen zu einem geringeren Wohlfahrtsverlust als andere Zuschlüsselungen der Aufschläge auf die Inkrementalkosten.¹²⁶ Im Falle eines vertikal integrierten Eisenbahnverkehrsunternehmens bestehen jedoch andere Anreize. Das vertikal integrierte Bahnunternehmen wird die Aufschläge auf die Inkrementalkosten unter Umständen denjenigen nachgelagerten Marktsegmenten zuschlagen, auf denen Wettbewerber aktiv sind, während Bereiche, auf denen es eine Monopolstellung besitzt, eher mit geringen Zuschlägen belastet werden. In Deutschland wie auch in Teilen des europäischen Auslands ist es typisch, dass die Infrastrukturunternehmen mit den nachgelagerten Eisenbahnverkehrsunternehmen vertikal integriert sind und somit die bezeichneten Diskriminierungsanreize wirken. Es ist daher unverzichtbar, den Entgeltmaßstab durch klare und nicht manipulierbare Kriterien der Entgeltregulierung zu ergänzen. Im deutschen Eisenbahnrecht werden bislang nur im Fall der Schienenwege die Aufschläge auf die Inkrementalkosten normativ vorstrukturiert. Dazu enthält das deutsche Eisenbahnrecht Vorgaben in § 14 Abs. 4 Satz 2 AEG und verschiedene Entgeltgrundsätze in der Eisenbahninfrastrukturbenutzungsverordnung. Betreiber von Schienennetzinfrastruktur müssen diese Vorgaben bei der Festlegung ihrer Zugangspreise beachten.

203. Von der Zuschlüsselung der Aufschläge auf die Inkrementalkosten sind vor allem solche Kosten betroffen, die als Gemeinkosten bezeichnet werden. Gemeinkosten sind Kosten, die für verschiedene Kostenträger bzw. Zugangsprodukte anfallen. Sie lassen sich nicht eindeutig einzelnen Leistungen zurechnen, sondern nur anhand grundsätzlicher Zurechnungsmethoden auf die Kostenträger verteilen. Die Entgeltgrundsätze des Art. 7 RL 2001/14/EG bzw. des § 21 EIBV sehen dazu für die Verteilung der Aufschläge bei der Schienennetzinfrastruktur beispielsweise eine Verteilung der Deckungsbeiträge nach den umweltbezogenen externen Kosten des Zugverkehrs vor bzw. verfolgen ökonomische Ansätze zur Verkehrssteuerung.

Je nachdem, wie die verschiedenen Zugangsprodukte definiert sind, fallen neben Gemeinkosten auch produktspezifische Fixkosten an, die auf die Inkrementalkosten aufgeschlagen werden müs-

¹²⁵ Um Zugangspreise auf Höhe der Inkrementalkosten zu erreichen, können auch nichtlineare Tarife eingesetzt werden. Die dadurch entstehenden Vorteile für das größte am Markt agierende Unternehmen sind jedoch für die Wettbewerbsentwicklung schädlich, da der daraus entstehende Kostenvorteil für den Etablierten die Chancen der Wettbewerber, im Markt Fuß zu fassen, reduzieren könnte. Weiterhin können die Fixkosten auch durch den Staat übernommen werden. Die bestehenden Beihilfen des Bundes decken bisher jedoch nur einen Teil der anfallenden Fixkosten. Eine höhere Deckung ist auch deshalb nicht generell erstrebenswert, da diese Beihilfen den intermodale Wettbewerb beeinflussen können. Um eine effiziente Verteilung des Verkehrs auf verschiedene Verkehrsträger zu ermöglichen, sind ihre Wettbewerbsbedingungen zu berücksichtigen. Dieses Ziel steht im Konflikt zu einer wohlfahrtsoptimalen Ausgestaltung der Zugangspreise zur Schieneninfrastruktur bei isolierter Betrachtung des Schienenverkehrs.

¹²⁶ Vgl. Baumol, W.J., Bradford, D.F., Optimal Departures from Marginal Cost Pricing, American Economic Review 60, 1970, S. 265-283.

sen.¹²⁷ Sie sind an das jeweilige Inkrement geknüpft, auf das eine bestimmte Preissetzung bezogen wird.^{128,129} Die Definition der verschiedenen Inkremente durch die Infrastrukturbetreiber kann durch die Entgeltgrundsätze beeinflusst werden, um z.B. eine zur Diskriminierung neigende Produktdefinition zu verhindern. Beispielsweise besteht die Möglichkeit, die Preissetzung nach dem Zugriff auf eine Trasse durch eine bestimmte Verkehrsleistung zu unterscheiden. In diesem Fall sind produktspezifische Fixkosten zu erwarten.¹³⁰ Darauf bezieht sich der in § 21 Abs. 4 EIBV normierte Entgeltgrundsatz. Danach dürfen erhöhte Kosten, die nur durch eine bestimmte Verkehrsleistung anfallen, auch nur für diese Verkehrsleistung berücksichtigt werden.¹³¹

204. Die normative Vorstrukturierung der Zugangsentgelte zum Schienennetz durch einzelne Entgeltgrundsätze steht allerdings im Konflikt zur grundsätzlichen Vorgabe des § 14 Abs. 4 Satz 2 AEG, die den Betreibern von Schienenwegen für die Zuschlüsselung von Gemeinkosten und produktspezifischen Fixkosten relativ große Freiheiten belässt und keinen unmittelbaren Verweis auf die Zurechnung entsprechend den Entgeltgrundsätzen enthält. So wird dem Betreiber von Schienenwegen beispielsweise gestattet, die Aufschläge auf die Inkrementalkosten nicht allein nach der Verkehrsleistung, sondern ebenfalls nach Marktsegmenten zu differenzieren. Zudem sollen die Zuschläge gemäß AEG „die Wettbewerbsfähigkeit, insbesondere des grenzüberschreitenden Schienengüterverkehrs,“ gewährleisten. De facto kann sich ein Betreiber von Eisenbahninfrastruktur deshalb darauf berufen, eine bestimmte Gewichtung von Zugangspreisen aufgrund der unscharfen Vorgaben des § 14 Abs. 4 Satz 2 AEG herbeizuführen. Es ist deshalb fraglich, ob die Entgeltgrundsätze in der jetzigen Form überhaupt etwaige Behinderungspotenziale einschränken können.

205. Nach Auffassung der Monopolkommission führt die Widersprüchlichkeit der bestehenden Normen dazu, dass das Entgeltregulierungssystem für die Eisenbahninfrastruktur nur stark eingeschränkt als operationalisierbares Werkzeug der Regulierungsbehörde zur Anwendung kommen kann. Zwar besteht durch den Entgeltsmaßstab für das Schienennetz eine Obergrenze für alle Zugangsentgelte, durch die eine Preissetzung, die eine höhere als die marktübliche Rendite erlaubt, untersagt ist. Der Entgeltsmaßstab hat jedoch nur eine unzureichende Wirkung auf eine möglicherweise diskriminierende Zuschlüsselung der Aufschläge auf die Inkrementalkosten. Die Deutsche Bahn AG als das dominierende Unternehmen auf dem Markt für Schienennetzinfrastruktur kann den Entgeltsmaßstab z.B. auch dadurch einhalten, dass es die Entgelte in den Segmenten senkt, in denen es auf der nachgelagerten Transportebene eine marktbeherrschende Stellung besitzt. Die Deckung der Vollkosten erfolgt dadurch überproportional bei den Wettbewerbern und verschafft der Deutschen Bahn AG einen Wettbewerbsvorteil. Um eine versteckte Diskriminierung von Wettbewerbern durch ein solches Vorgehen auszuschließen, bedarf es einer strikten Vorgabe zur Strukturierung der Zugangsentgelte. Da die Zurechnung der Kosten nach den individuellen Kosten der Verkehrsleistung in § 21 Abs. 4 EIBV nur unzureichend greift und weiteren Strukturierungsvorga-

127 Ob überhaupt produktspezifische Fixkosten existieren, hängt zudem vom verwendeten Inkrementalkostenstandard ab. Im Eisenbahnsektor definiert die betreffende Norm einen kurzfristigen Maßstab, sodass produktspezifische Fixkosten bestehen können, die nicht in den Inkrementalkosten enthalten sind.

128 Abhängig vom Aggregationsgrad der Preissetzung ist im Schienenverkehr ein weites Spektrum von Inkrementen denkbar. Vgl. Tz. 183.

129 Die nachfragebezogene Zuschlüsselung gemäß Ramsey beschränkt sich zunächst allein auf marginale Kosten. Durch die angebotsbezogene Zuschlüsselung der produktspezifischen Fixkosten zu den Inkrementalkosten wird nun insbesondere verhindert, dass es durch Quersubventionierung zum Erhalt ineffizienter, nicht eigenwirtschaftlicher Angebote kommt.

130 Zum Beispiel weichen die Kosten bestimmter Sicherheits- und Signaltechnik für den Personenverkehr von den Kosten im Güterverkehr ab und lassen sich somit den so definierten Kostenträgern zuordnen.

131 In § 2 Abs. 2 AEG wird der Begriff Eisenbahnverkehrsleistung mit der „Beförderung von Personen oder Gütern auf einer Eisenbahninfrastruktur“ definiert, was dafür spricht, dass zumindest zwischen Personen- und Güterverkehr zu unterscheiden ist. Aufgrund der systemischen Unterschiede liegt es nach Ansicht der Monopolkommission zudem nahe, dass im Personenverkehr weiter zwischen Nah- und Fernverkehr unterschieden werden muss und der Begriff Verkehrsleistung als Abgrenzung zwischen SPNV, SPFV und SGV zu verstehen ist.

ben nur grundsätzlicher Charakter beizumessen ist, lässt das bestehende Regulierungsrecht dem Betreiber von Schienenwegen de facto hier weitreichende Spielräume und verschafft ihm damit Möglichkeiten zu missbräuchlichem Verhalten. Gleiches gilt für die Betreiber von Serviceeinrichtungen, für die das deutsche Recht keinerlei Strukturierungsvorgaben vorsieht. Die Zugangsberechtigten zur Eisenbahninfrastruktur sind deshalb im Wesentlichen nur durch das allgemeine Diskriminierungsverbot des § 14 Abs. 1 AEG vor einer Preissetzung geschützt, die gezielt zu ihrem Nachteil erfolgt. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, bestehen bei der Anwendung dieser Vorschrift jedoch praktische Probleme.

5.2.2.2 Missbrauchspotenziale in bestehenden Preissystemen für Eisenbahninfrastrukturen

206. Die Rechtslage zur Entgeltregulierung räumt den Infrastrukturunternehmen derzeit einen weiten Spielraum für die Kalkulation ihrer Zugangspreise ein. Bei der Bewertung möglicher Missbrauchspotenziale bleibt in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass der Zugang zur Infrastruktur einen nicht beeinflussbaren Bestandteil der Kostenkalkulation von privaten Eisenbahnverkehrsunternehmen darstellt und einen sehr wesentlichen Anteil ihrer Gesamtkosten betrifft. Es ist davon auszugehen, dass durchschnittlich etwa 25 % der Kosten eines Eisenbahnverkehrsunternehmens auf die Zugangskosten zur Netzinfrastuktur entfallen, während weitere 5 % dem Zugang zu Serviceeinrichtungen und ca. 15 % den Kosten für Bahnstrom zuzurechnen sind.¹³² Bei oftmals relativ geringen Margen, die im Eisenbahnverkehrssektor erzielt werden können, wirken sich bereits kleinere Veränderungen der Inputpreise empfindlich auf die Ertragslage der Eisenbahnverkehrsunternehmen aus. Diskriminierungsmöglichkeiten bei der Preisgestaltung haben deshalb die Wirkung einer Markteintrittsbarriere: Ein möglicher Neuling auf den Eisenbahnverkehrsmärkten muss mögliche Veränderungen der Zugangspreise in sein langfristiges Investitionskalkül einfließen lassen. Bleiben einem vertikal integrierten Wettbewerber hier Reaktionsmöglichkeiten in Form einer missbräuchlichen Überhöhung der Infrastrukturpreise, so wirkt der daraufhin notwendige Risikoaufschlag bei der Renditeerwartung restriktiv gegenüber möglichen Marktzutritten. Behinderungswirkungen, die sich aus potenziellen Diskriminierungsspielräumen bei der Zugangspreisgestaltung ergeben, stellen daher eine erhebliche Belastung für die Wettbewerbsentwicklung dar.

Das Preissystem der Deutschen Bahn AG für Schienenwege

207. Größter Anbieter in allen Eisenbahninfrastrukturen ist die Deutsche Bahn AG. Im Bereich des Schienennetzes entfallen auf sie 96,8 % aller Netztrassenkilometer, die durch die Tochter DB Netz AG bewirtschaftet werden.¹³³ Gegenüber der Monopolkommission haben verschiedene private Eisenbahnverkehrsunternehmen die Befürchtung geäußert, dass durch die Zugangsentgelte zum Netz bestimmte Verkehrsleistungen systematisch benachteiligt sein könnten. Insbesondere ein vertikal integrierter und marktmächtiger Netzbetreiber wie die Deutsche Bahn AG könne seinen Spielraum bei der Preisgestaltung nutzen, um Netzkosten aus den Bereichen, in denen die Transportsparte stark vertreten ist, in solche Bereiche zu verlagern, in denen sich zunehmend Wettbewerb entwickelt. Dies stelle eine potenzielle Wettbewerbsverzerrung dar, da die Zugangsentgelte so bemessen sein könnten, dass die Wettbewerber der Deutschen Bahn AG überproportional an den Fixkosten der Eisenbahninfrastruktur beteiligt werden. Die Deutsche Bahn AG könne hingegen durch die Entlastung in den Verkehrssegmenten, in denen sie marktmächtig ist, solche Bereiche querfinanzieren, in denen sie mit anderen Unternehmen im Wettbewerb steht. Auf diese Weise ergebe sich ein Wettbewerbsvorteil für die Deutsche Bahn AG.

¹³² Angaben der Bundesnetzagentur, Stand 2006; Angaben der Eisenbahnverkehrsunternehmen gegenüber der Monopolkommission.

¹³³ Angaben der Bundesnetzagentur, Stand 2006.

208. Eine mögliche Diskriminierung bei den Zugangspreisen zum Schienennetz ist insbesondere anhand des Trassenpreissystems der DB Netz AG zu prüfen. Dieses wird jährlich zur neuen Fahrplanperiode im Dezember erneuert. Der Grundaufbau aus verschiedenen Komponenten, die gemeinsam den Trassenpreis ergeben, ist seit der Modifikation zu einem linearen Preissystem im Jahre 2001 im Grundsatz unverändert geblieben. Der Zugangspreis setzt sich aus einem Entgelt für die jeweilige Streckenkategorie und aus verschiedenen Aufschlägen bzw. Abschlägen zusammen. Dazu unterscheidet das Trassenpreissystem zwölf Streckenkategorien, zwischen denen der Kilometerpreis unterschieden werden kann.¹³⁴ Dieser Grundpreis wird anschließend um einen Multiplikator angepasst, der mit der Nutzung der Trasse durch eine bestimmte Verkehrsleistung zusammenhängt (Trassenproduktfaktor). Der sich so ergebende Kilometerpreis für eine bestimmte Trasse wird durch weitere Komponenten beeinflusst. Dazu gehören ein Lastzuschlag von 20 % (Auslastungsfaktor), ein Zuschlag für langsame Verkehre von 50 % und eine additive Komponente aus dem Anreizsystem zur Verringerung von Störungen. Außerdem wird ab einer bestimmten Zuglast im Güterverkehr ein Lastzuschlag erhoben. Insbesondere für einzeln aufgezählter regionale Netze des Schienenpersonennahverkehrs werden besondere Aufschläge erhoben (Regionalfaktoren), die nach Angabe der DB Netz dazu dienen, eine Verbesserung der Kostendeckung in diesen Netzen zu erreichen. Diese Aufschläge auf die Zugangspreise betragen zwischen 5 und 91 %.¹³⁵

209. Das aktuelle Trassenpreissystem der DB Netz AG lässt erkennen, dass die Komponenten sich strukturell an den gesetzlichen Vorgaben der Entgeltregulierung bzw. den Entgeltgrundsätzen orientieren. Zwar besteht kein Basispreis in Höhe der Inkrementalkosten, auf den verschiedene Zuschläge angelastet werden. Die Inkrementalkosten entsprechend § 14 Abs. 4 Satz 2 AEG werden insbesondere durch eine Lastkomponente und den Trassenproduktfaktor abgebildet. Die Fixkosten, welche den deutlich größeren Anteil der Gesamtkosten betreffen, werden hingegen durch die Gewichtung aller Preiskomponenten, aus denen sich der Trassenpreis errechnet, auf die verschiedenen Produkte umgelegt. Die von § 21 Abs. 4 EIBV geforderte Zurechnung von Kosten, die durch eine bestimmte Verkehrsleistung verursacht werden, kann anhand der Struktur des Preissystems nicht überprüft werden. Es lässt sich jedoch feststellen, dass grundsätzlich eine Unterscheidung der Kosten nach Verkehrsleistung existiert. Der Trassenproduktfaktor unterscheidet den Zugangspreis explizit nach Verkehrsleistung. Da die Kosten einer bestimmten Streckenkategorie auch bewirken, dass für verschiedene Verkehrsleistungen im Güter- und Personenverkehr unterschiedliche Streckentypen nachgefragt werden, führt zudem die preisliche Differenzierung der Streckenkategorie zumindest partiell auch zu einer Differenzierung der Preise der Verkehrsleistungen.¹³⁶

210. Die Zuteilung der Strecken zu den möglichen Streckenkategorien und die Festlegung der jeweiligen Gewichte eröffnet dem Netzbetreiber verschiedene Felder, auf denen er theoretisch auch Einfluss auf die Wettbewerbssituation nehmen kann. Wettbewerber verweisen gegenüber der Monopolkommission auf die hohen Kosten der Fernverkehrsstrecken der Deutschen Bahn AG, die das Trassenpreissystem nicht äquivalent abbilde. Demgegenüber seien vor allem SPNV-Strecken preislich deutlich zu hoch eingeordnet. Es stehe also zu vermuten, dass eine Verschiebung der Kosten des Fernverkehrs – in dem die Deutsche Bahn AG ein nahezu vollständiges Monopol besitzt – in den Nahverkehr stattfindet, in welchem zunehmend Wettbewerber agieren und in dem die Kosten

¹³⁴ Unter den Fernstrecken unterscheidet sich der Preis zwischen der günstigsten Streckenkategorie und der teuersten Hochgeschwindigkeitsstrecke um das 4,4-fache. Ein besonders hoher Zuschlag ergibt sich nur für die Kategorie Fplus, die Hochgeschwindigkeitsstrecken mit besonderer verkehrlicher Bedeutung kennzeichnet. Berücksichtigt man jedoch nur Fernstrecken, die bis maximal 280 km/h befahren werden dürfen, so unterscheidet sich die teuerste von der günstigsten Strecke um den Faktor 2,2.

¹³⁵ Stand Trassenpreissystem 2008, gültig vom 14. Dezember 2008 bis zum 13. Dezember 2009.

¹³⁶ Wettbewerber wandten gegenüber der Monopolkommission ein, dass die Streckenkategorie insbesondere zwischen unterschiedlicher infrastruktureller Ausstattung und verkehrlicher Bedeutung für den Personenverkehr unterscheidet. Der Güterverkehr werde lediglich durch die Streckenkategorie F5 abgebildet und müsse auf anderen Strecken die Kosten für unterschiedliche infrastrukturelle Ausrüstung des Personenverkehrs mittragen.

auch durch die Bestellerentgelte der Aufgabenträger getragen werden.¹³⁷ Neben der Möglichkeit der Verlagerung von Kosten zwischen den verschiedenen Verkehrsleistungen hat die Deutsche Bahn AG auch die Möglichkeit, gezielt solche Strecken, auf denen die Wettbewerber aktiv sind, zu verteuern. Hier kritisieren die Wettbewerber der Deutschen Bahn AG z.B. die 2003 erfolgte Einführung der Regionalfaktoren im Trassenpreissystem, die insbesondere den Zugangspreis in solchen Netzen erhöht haben, in denen sie verstärkt aktiv sind.¹³⁸ Durch die Einführung der Regionalfaktoren habe sich der Anteil der nicht beeinflussbaren Kosten der Eisenbahnverkehrsunternehmen soweit erhöht, dass im Nahverkehr in einzelnen Netzabschnitten bis zu 50 % der Gesamtkosten auf Netz und Stationen entfallen. Auffällig sei auch, dass praktisch auf alle von Wettbewerbern betriebenen Strecken im Zweistundentakt Aufschläge durch Regionalfaktoren erhoben werden, während dies für von der DB Regio betriebene Strecken nicht der Fall sei.

211. Die Regulierungsbehörde, seit 2006 die Bundesnetzagentur, kann die Preissysteme auf unerlaubte Diskriminierung im Sinne von § 14 Abs. 1 AEG überprüfen. Im Falle des Sondertrassenzuschlags der DB Netz AG ist die Regulierungsbehörde dabei erfolgreich gegen eine preisliche Diskriminierung der DB Netz AG vorgegangen. Seit dem Fahrplanwechsel am 12. Dezember 2004 hatte die DB Netz AG einen Zuschlag von 10 % auf solche Sondertrassenanmeldungen erhoben, die nicht für den Jahresfahrplan gemeldet wurden und höchstens 30-mal im Jahr genutzt wurden. Der Zuschlag betraf offenbar insbesondere Wettbewerber der Deutschen Bahn AG. Die Regulierungsbehörde¹³⁹ sah darin eine rechtswidrige Diskriminierung und verpflichtete die DB Netz AG, die Erhebung dieser Sonderzuschläge zu unterlassen. Die DB Netz AG klagte gegen die Entscheidung vor dem Verwaltungsgericht Köln und scheiterte zunächst erstinstanzlich.¹⁴⁰ Der anschließende Antrag auf Zulassung der Berufung vor dem Oberverwaltungsgericht Münster wurde am 31. August 2007 zurückgewiesen.¹⁴¹ Das Gericht stellte klar, dass das Diskriminierungsverbot des § 3 Abs. 1 EIBV 1997 (der für das Verfahren gültigen alten Rechtslage) als Beschränkungsnorm ausreiche. Die DB Netz habe nicht hinreichend dargelegt, dass ein Mehraufwand bei der Bearbeitung von Sondertrassenbestellungen vorliege. Insofern lägen keine Umstände vor, die eine Ungleichbehandlung sachlich rechtfertigen könnten. Der Senat wies zudem darauf hin, dass die beanstandeten Zuschläge bei den Trassenpreisen auch nach dem neuen Recht nicht zuschlagsfähig sein dürften.

212. Ein weiterer Fall, bei dem die Bundesnetzagentur indirekt gegen preisliche Diskriminierung von Wettbewerbern vorgegangen ist, betraf einen Rabatt von 50 % für das Abstellen von leeren Güterwagen, den die DB Netz AG kurzfristig auf einige nicht konkretisierte Abstellgleise bis zum 30. Juni 2009 befristet anbieten wollte. Als Begründung für den Rabatt hatte die DB Netz AG die anhaltende Konjunkturkrise und die damit verbundene Verringerung des Transportaufkommens, die den Bedarf an Abstellgleisen für Güterwagen ansteigen lasse, angegeben. Die Bundesnetzagentur gewann den Eindruck, dass die für den Rabatt ausgesuchten Gleise speziell auf den Bedarf der Güterverkehrstochter der Deutschen Bahn AG, der DB Schenker Rail AG, zugeschnitten waren. Die DB Netz AG hat der Bundesnetzagentur ihrerseits nicht darlegen können, dass durch die ge-

¹³⁷ Auffällig ist in diesem Zusammenhang auch der Wegfall von Preiskomponenten, welche die tatsächlichen Kosten des Zugbetriebs abbilden. Ein Beispiel ist der additive Zuschlag von 51 Cent/Trassenkilometer für Neigetechnikzüge, der mit der Fahrplanperiode 2006/2007 weggefallen ist. Neigetechnikzüge, die vornehmlich von der Deutschen Bahn AG im Fernverkehr eingesetzt werden, erlauben auf kurvenreichen Strecken höhere Geschwindigkeiten. In Gleisbögen wirken dadurch jedoch erhöhte Richtkräfte auf die vorauslaufenden Radsätze. Tendenziell erscheinen dadurch eine höhere Belastung der Gleisgeometrie und höhere Instandhaltungskosten wahrscheinlich, die seit dem Wegfall des Zuschlags im Preissystem der DB Netz AG nicht mehr abgebildet werden.

¹³⁸ Die Regionalfaktoren belasten die Wettbewerber der Deutschen Bahn AG im Regionalverkehr zwar nicht direkt, weil höhere Streckenkosten in die Bestellerentgelte eingepreist werden. Allerdings kann auf diese Weise auch ein Druck auf die Aufgabenträger erzeugt werden, eine bestimmte Strecke an die DB Regio zu vergeben, um eine Preiserhöhung über Regionalfaktoren zu verhindern. Vgl. auch Abschnitt 2.4.3.

¹³⁹ Zum damaligen Zeitpunkt lag die Zuständigkeit noch beim Eisenbahnbundesamt.

¹⁴⁰ VG Köln, Urteil vom 20. Oktober 2006, 18 K 2670/05.

¹⁴¹ OVG Münster, Beschluss vom 31. August 2007, 13 A 108/07.

plante Maßnahme keine Wettbewerber diskriminiert würden. Im März 2009 untersagte die Bundesnetzagentur den Rabatt, da er Wettbewerber der Deutschen Bahn AG benachteilige. Die DB Netz AG hat mittlerweile Widerspruch gegen die Entscheidung eingelegt.

Das Preissystem der Deutschen Bahn AG für Personenbahnhöfe

213. Gegenüber den Schienenwegen gelten für Serviceeinrichtungen, wie beispielsweise Personenbahnhöfe, eingeschränktere Vorschriften zur Entgeltregulierung. Die Bundesnetzagentur hat im Jahr 2007 eine Untersuchung der Stationspreise der DB Station & Service AG auf Übereinstimmung mit dem Entgeltmaßstab aus § 14 Abs. 5 AEG begonnen. Das bis heute nicht abgeschlossene Verfahren bezieht sich auf das aktuell gültige Stationspreissystem 2005. Vor vier Jahren hat die DB Station & Service AG das Preissystem für Personenbahnhöfe grundsätzlich erneuert und damit ein früheres System abgelöst, bei dem für jeden Bahnhof ein eigener Preis errechnet wurde. Das neue Preissystem unterscheidet sechs verschiedene Bahnhofskategorien, für die nach Bundesländern differenziert unterschiedliche Preise anfallen. Jeder Bahnhof wird nach bundesweit einheitlichen Kriterien einer Kategorie zugeordnet. Da nicht in jedem Bundesland Bahnhöfe jeder Kategorie vorhanden sind, unterscheidet das Stationspreissystem insgesamt 87 Grundpreise. Hinzu kommt ein Faktor für die Zuglänge, wobei die Differenzierung möglicher Zuglängen von vier auf zwei reduziert wurde. Eisenbahnverkehrsunternehmen beklagen, dass das neue Trassenpreissystem in vielen Fällen zu einer deutlichen Erhöhung der Preise geführt habe.

214. In einem Fall, der vor dem Landgericht Berlin verhandelt wurde, hatte sich ein Eisenbahnverkehrsunternehmen geweigert, die erhöhten Zugangspreise des Trassenpreissystems 2005 an die DB Station & Service AG zu zahlen und rechnete weiter nach dem alten Preissystem ab.¹⁴² Das Unternehmen führte als Begründung an, dass das neue Trassenpreissystem gegen das sich aus § 14 Abs. 5 AEG ableitende Diskriminierungsverbot verstoße. Die Veränderungen im Trassenpreissystem 2005 entlasteten einseitig den Personenfernverkehr, während die neuen Regelungen gleichzeitig zu einer Erhöhung der Stationspreise im Personennahverkehr geführt hätten. Die DB Station & Service AG klagte die ausstehenden Trassenentgelte vor dem Landgericht Berlin zivilrechtlich ein. Am 17. März 2009 gab das Landgericht der Klage der DB Station & Service AG in der Hauptsache statt. Es stützte seine Entscheidung unter anderem auf die Feststellung, dass es sich beim eisenbahnrechtlichen Diskriminierungsverbot des § 14 Abs. 1 AEG nicht um ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB handele. Ein Stationsnutzungsvertrag könne aus diesem Grund nicht deshalb nichtig sein, weil er auf der Basis eines gegen § 14 Abs. 1 AEG verstoßenden Preissystems geschlossen wurde.¹⁴³ Nachdem eine Einigung nicht zustande gekommen sei, müsse das Eisenbahnverkehrsunternehmen vielmehr zunächst die Bundesnetzagentur hinsichtlich eines Anschlussverfahrens gemäß § 14f Abs. 2 Nr. 3 AEG anrufen. Es bedürfe weiter einer Verfügung durch die Regulierungsbehörde, die zunächst feststellen müsse, dass das Preissystem gegen die eisenbahnrechtlichen Vorschriften verstoße.¹⁴⁴ Darüber hinaus ergäben sich die strittigen Regelungen zur Preissetzung nach Zuglänge und Stationseinordnung auch aus den Nutzungsbedingungen der DB Station & Service AG. Diese seien jedoch von der Bundesnetzagentur genehmigt worden, sodass auch nach Auffas-

¹⁴² LG Berlin, Urteil vom 17. März 2009, 98 O 25/08.

¹⁴³ Die 93. Zivilkammer des Landgerichts Berlin bestätigte diese Rechtsauffassung mit Urteil vom 14. Mai 2009, 93 O 47/08. Demgegenüber vertritt das Landgericht Frankfurt die Auffassung, § 14 Abs. 1 AEG sei ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB, sodass Vergütungsregelungen, die gegen das eisenbahnrechtliche Diskriminierungsverbot verstoßen, nichtig seien (Urteil vom 15. Dezember 2004, 3-08 O 72/04).

¹⁴⁴ Das Anschlussverfahren nach § 14f Abs. 2 AEG setzt aber voraus, dass eine Vereinbarung nach § 14 Abs. 6 AEG oder ein Rahmenvertrag nach § 14a AEG nicht zustande gekommen ist, die Vertragsverhandlungen also endgültig gescheitert sind. Die Zugangsberechtigten haben jedoch mit der DB Station & Service AG in der Regel eine solche Vereinbarung getroffen. Die Regulierungsbehörde trifft Entscheidungen nach § 14f Abs. 1 Satz 2 AEG nur mit Wirkung für die Zukunft. Darüber hinaus sieht das AEG eine Rückforderung zu viel gezahlter Entgelte nicht vor; allein über den Zivilrechtsweg wären solche Forderungen einklagbar.

sung des Bundesgerichtshofs für eine Überprüfung durch die ordentlichen Gerichte kein Raum mehr bleibe.¹⁴⁵

215. Die Entscheidung des Landgerichts Berlin und die lange Prüfdauer des Stationspreissystems durch die Bundesnetzagentur zeigen auf, wie gering die Möglichkeiten der Eisenbahnverkehrsunternehmen sind, sich unmittelbar gegen preisliche Diskriminierung zur Wehr zu setzen. Die Frist zur Vorabgenehmigung von Entgelten durch die Bundesnetzagentur reicht bei den komplexen und in den einzelnen Preisfaktoren abgebildeten Diskriminierungspotenzialen nicht aus, um diese im Rahmen der Vorabprüfung festzustellen. Deshalb ist in der Regel eine Ex-post-Überprüfung durch die Bundesnetzagentur nötig. Während eines möglicherweise mehrere Jahre umfassenden Prüfzeitraums können sich die Wettbewerber der Deutschen Bahn AG lediglich auf zivilrechtlichem Weg zur Wehr setzen. Aus einer wettbewerbspolitischen Perspektive wäre deshalb nach Auffassung der Monopolkommission zivilgerichtlicher Rechtsschutz begrüßenswert, um die Möglichkeiten zu Preisdiskriminierung auch auf diesem Wege einzudämmen und die Chancen der Wettbewerber auf faire Wettbewerbsbedingungen zu wahren. Die Erfolgsaussichten sind jedoch nach gegenwärtigem Stand unklar.

5.2.2.3 *Praktische Probleme der Prüfung von Preissystemen auf Diskriminierung*

216. Die Prüfung eines Preissystems auf preisliche Diskriminierung steht vor dem grundsätzlichen Problem, dass bestimmte Unterschiede in den Zugangspreisen sich nicht alleine auf Diskriminierung zurückführen lassen. Ursache ist, dass für eine Diskriminierung eine Ungleichbehandlung gleicher Tatbestände oder eine Gleichbehandlung ungleicher Tatbestände vorliegen muss. Die bloße Differenzierung der Preise kann sogar ökonomisch erforderlich sein. Schwierig gestaltet sich die Abgrenzung beider Konzepte, wenn der Nachweis für preisliche Diskriminierung erbracht werden soll.

217. Praktische Probleme zeigen sich besonders bei der Prüfung von Preissystemen für solche Eisenbahninfrastrukturen, die viele verschiedene Zugangsprodukte unterscheiden. Dazu gehört z.B. das Preissystem für den Zugang zu Netztrassen. Diskriminierungspotenziale bestehen dadurch, dass die Entgeltregulierung dem Infrastrukturbetreiber große Freiheiten bei der Gestaltung der Zugangsentgelte für verschiedene Leistungen lässt. Da die Entgeltgrundsätze keine scharfen Vorgaben machen, kann der Regulierer sich nicht darauf stützen, allein deren Einhaltung zu überprüfen, um Diskriminierungsmöglichkeiten einzudämmen.¹⁴⁶ Vielmehr erlaubt die Entgeltregulierung dem Infrastrukturbetreiber, insbesondere Gemeinkosten nach subjektiven Kriterien zuzuordnen. Analytisch lässt sich Diskriminierung hier nicht von anderen Zuschlüsselungsmotiven trennen, weshalb Diskriminierungspotenziale, die sich aus dieser Gewichtung ableiten, auch für einen Regulierer nur schwer festzustellen sind. Der Regulierer kann lediglich versuchen, die Strukturierung der Entgelte sachlich nachzuvollziehen, indem er selbst beispielsweise eine proportionale bzw. an der Nutzungshäufigkeit durch sämtliche Zugangsberechtigte orientierte Zurechnung von Gemeinkosten vornimmt, um daraus einen Stückkostenpreis zu entwickeln. Dies entspricht der Modellierung von Referenzzugangspreisen in einem analytischen Kostenmodell. Ein so errechneter Referenzpreis der Netzagentur muss nicht den tatsächlichen Zugangsentgelten entsprechen. Der Regulierer kann jedoch die errechneten Referenzpreise mit den tatsächlichen Zugangspreisen vergleichen. Abweichungen, die systematisch die Transportschwester eines Infrastrukturbetreibers besserstellen, deuten auf Diskriminierung hin.

¹⁴⁵ Das Landgericht Berlin verweist in seinem Urteil auf BGH, Urteil vom 24. Mai 2007, III ZR 467/04, NJW 2007, 3344.

¹⁴⁶ Vgl. Abschnitt 5.2.2.1.

218. Eine genaue Prüfung der tatsächlich entstandenen Stückkosten über alle Zugangsprodukte ist sehr aufwendig und kann durch die Regulierungsbehörde nicht geleistet werden. Praktische Relevanz hat deshalb eine heuristische Prüfung, bei der nicht der Gesamtzugangspreis, sondern einzelne Preiskomponenten auf Plausibilität untersucht werden. Die verschiedenen Komponenten, aus denen sich der Zugangspreis ergibt, sind in den betrachteten Preissystemen an Kostentreiber geknüpft. Die Bundesnetzagentur kann deshalb einzelne Komponenten isoliert darauf prüfen, ob diese sachlich durch den Kostentreiber gerechtfertigt sind bzw. ob bestimmte Verkehrsunternehmen durch sie unbillig benachteiligt werden. So ist die Behörde beispielsweise in dem zuvor genannten Fall des Sondertrassenzuschlags vorgegangen. Voraussetzung dafür, dass der gesamte Zugangspreis auf diese Weise sinnvoll überprüft werden kann, ist jedoch, dass die wichtigsten Kostentreiber sich auch in eigenen Kostenkomponenten des Preissystems widerspiegeln. Sind verschiedene Preiskomponenten nicht nach eindeutigen Kriterien mit bestimmten Kostentreibern verknüpft, so erschwert dies die Kontrolle. Wesentliche Kostentreiber für den Zugangspreis sind vor allem die Gemeinkosten einer Anlage oder Trasse, ihre Nutzungshäufigkeit als Faktor für die Fixkostendregression und weitere Einzelkostenkomponenten.

219. Anhand der Preissysteme für Schienennetz und Personenbahnhöfe der Deutschen Bahn AG zeigt sich, dass die Prüfung einzelner Kostenkomponenten bisher nur bedingt in der Lage ist, Diskriminierung in den Zugangspreisen transparent zu machen. Im Falle der Netztrassen entstehen die tatsächlichen Stückkosten insbesondere differenziert nach den Gemeinkosten einer bestimmten Trassenkategorie, nach der Zugriffsmenge auf diese Trasse und nach der infrastrukturellen Ausrüstung, die nur für bestimmte Verkehrsleistungen benötigt wird. Um die Gewichtung des Trassenpreissystems nachzuvollziehen, müssen die Kostentreiber sich in Preiskomponenten konsistent widerspiegeln. Im Trassenpreissystem der DB Netz AG sind die Kostenkomponenten jedoch nicht ausreichend an einzelne überprüfbare Kriterien geknüpft. So wird das Verkehrsaufkommen auf einer Trasse einerseits durch die Regionalfaktoren abgebildet, durch die einzelne Netze mit höheren Stückkosten preislich angehoben werden.¹⁴⁷ Regionalfaktoren existieren jedoch nur für bestimmte Netze nach intransparenten Kriterien. Die grundlegende Preiskomponente „Streckenkategorie“ lässt sich auf verschiedene Faktoren zurückführen. Offenbar differenziert sie Trassen nach der Art der Verkehrsleistung, die gewöhnlich die Trassen nutzt, berücksichtigt zudem die Gemeinkosten für die infrastrukturelle Ausstattung dieser Trasse und das Verkehrsaufkommen, das die Durchschnittskosten mindert. Exakte Kriterien nennt die Netzgesellschaft der Bahn jedoch nicht. Aufgrund der Vermischung verschiedener Kostentreiber in unscharf abgegrenzten Kategorien lässt sich eine isolierte Prüfung vieler wesentlicher Preiskomponenten des Trassenpreissystems deshalb kaum vornehmen.

220. Im Unterschied zu Schienenwegen können die Fixkosten eines Bahnhofs noch seltener einer bestimmten Verkehrsleistung zugeordnet werden. Für den Zugangspreis zu einem bestimmten Bahnhof dürften vor allem dessen individuelle Infrastrukturkosten und das Verkehrsaufkommen von Bedeutung sein. Das Stationspreissystem der DB Station & Service AG unterscheidet die Zugangspreise zu Personenbahnhöfen vor allem durch eine Zuteilung zu einer von sechs Bahnhofskategorien und zu einem Bundesland. Die Zuordnung der Bahnhöfe zu einzelnen Kategorien bemisst sich dabei allerdings sowohl aus Kriterien, die sich aus dem Verkehrsaufkommen ergeben, wie

¹⁴⁷ Dieses Argument trägt teilweise die grundsätzliche Anwendung von Regionalfaktoren. Da von den Aufgabenträgern im Nahverkehr bei den ersten Ausschreibungen nur betrieblich einfachere Nebenstrecken in den Wettbewerb entlassen wurden, steht auf diesen Trassen wahrscheinlich den Investitionskosten ein relativ geringes Verkehrsaufkommen gegenüber, das die Rentabilität der Trassen schmälert. Sollen sie dennoch betrieben werden, sind gegebenenfalls regionale Aufschläge auf die Trassenpreise nötig. Diese werden derzeit vor allem über höhere Bestellertgelte von den öffentlichen Aufgabenträgern finanziert und kommen damit der staatlichen Finanzierung des ländlichen Verkehrs gleich.

auch solchen, die von der infrastrukturellen Ausstattung abhängig sind.¹⁴⁸ Auf diese Weise besteht die Möglichkeit, dass ein Bahnhof, bei dem ein Zughalt gleiche oder geringere Kosten erzeugt als bei einem anderen, dennoch einer teureren Preiskategorie zugeschlagen wird. Das Preissystem für Bahnhöfe orientiert sich also nicht an Kategorien, die jeweils konsistent einzelne Kostentreiber wiedergeben. Dies erschwert die Überprüfung des Preissystems, da die Bundesnetzagentur hier nicht die verschiedenen Kostenkriterien einzeln prüfen kann.

221. Die Prüfung der bestehenden Preissysteme auf preisliche Diskriminierung ist aus den dargestellten Gründen sehr aufwendig und im Detail nicht zu leisten. Am Fall des Sondertrassenzuschlags zeigt sich deshalb, dass eine Diskriminierung anhand der Entgeltfestsetzung vor allem dann festgestellt werden kann, wenn es sich um eine eigene Preiskomponente des Entgeltsystems handelt, die insbesondere Wettbewerber benachteiligt und der keine ausreichende sachliche Rechtfertigung gegenübersteht. Im Falle von Preiskomponenten im Entgeltsystem, die an verschiedene nicht transparent abgegrenzte Kostentreiber geknüpft sind, lassen sich diskriminierende Wirkungen hingegen kaum nachweisen. Der Regulierer befindet sich deshalb in der Situation, dass ihm bestimmte Auswirkungen solcher Preiskomponenten auf die relative Kostenbelastung der Eisenbahnverkehrsunternehmen weniger genau bekannt sind als dem Infrastrukturbetreiber. Es muss hingegen angenommen werden, dass ein vertikal integrierter Netzbetreiber wie die Deutsche Bahn AG sehr genau kalkulieren kann, wie sich einzelne Preisparameter auf die Kosten der eigenen Verkehrsunternehmen im Verhältnis zu den Wettbewerbern auswirken. Auf diese Weise ergeben sich vom Regulierer nicht mehr zu erfassende Spielräume, durch die eigene Eisenbahnverkehrsunternehmen bevorzugt werden können.

222. Nach Auffassung der Monopolkommission bestehen sowohl Anreize als auch Möglichkeiten für die Deutsche Bahn AG als marktmächtiger Betreiberin von Eisenbahninfrastruktur, die Preise zum Nachteil der Wettbewerber festzulegen. Die dadurch den einzelnen Marktsegmenten potenziell zu viel oder zu wenig zugeordneten Kosten bewegen sich in einem erheblichen Bereich, sodass Auswirkungen auf den Wettbewerb angenommen werden können. Das hierbei bestehende Diskriminierungspotenzial schätzt die Monopolkommission als hoch ein.

5.3 Perspektiven der Entgeltregulierung im Eisenbahnsektor

223. Auch im Bereich der Entgeltregulierung wird deutlich, dass die Integration von Infrastruktur und Transport bei Eisenbahnunternehmen den Regulierungsaufwand deutlich erhöht. Aufgrund der vertikal integrierten Struktur der Deutschen Bahn AG müssen somit insbesondere Anreize zur preislichen und nichtpreislichen Diskriminierung einer regulatorischen Kontrolle unterzogen werden, um Rückwirkungen auf die Wettbewerbsentwicklung einzuschränken. Die Monopolkommission ist deshalb nach wie vor der Auffassung, dass eine möglichst weitgehende, saubere Trennung von Infrastruktur- und Transportgesellschaften der Deutschen Bahn AG angestrebt werden sollte. Die Bundesregierung könnte damit für ein wirkliches „Mehr an Wettbewerb“ im Bahnverkehr sorgen.

224. Unter der gegenwärtigen Situation einer vertikal integrierten Bahn hat die Analyse gezeigt, dass das bestehende Entgeltregulierungssystem verschiedene konzeptionelle Schwachstellen aufweist. Es muss daher diskutiert werden, welche Möglichkeiten bestehen, verschiedene Probleme der Entgeltbestimmung durch eine Veränderung der Regulierungssystematik anzugehen.

¹⁴⁸ Vgl. Allgemeine Bedingungen für die Nutzung der Infrastruktur von Personenbahnhöfen der DB Station&Service AG (ABP), Anlage II.

5.3.1 *Vorschlag der Bundesnetzagentur zur Ausgestaltung einer Anreizregulierung*

225. Im Jahr 2008 hat die Bundesnetzagentur ihren Vorschlag für eine Fortentwicklung der Entgeltregulierungsnormen im Eisenbahnverkehr vorgestellt. Ein Treiber für die vorgeschlagenen Änderungen war offenbar die Umsetzung des in Art. 6 Abs. 2 RL 2001/14/EG geforderten Anreizelements.¹⁴⁹ Nach diesem Vorschlag soll die Entgeltregulierung im Eisenbahnsektor konzeptionell zu einer Anreizregulierung weiterentwickelt werden. Kern des von der Bundesnetzagentur entwickelten Anreizsystems ist ein neu zu definierender Price-Cap-Mechanismus für die Eisenbahninfrastruktur. Anders als bei der kostenorientierten Regulierung, bei der das regulierte Unternehmen Jahr für Jahr die gesamten Kosten zuzüglich einer marktüblichen Rendite in die Zugangsentgelte einpreisen darf, wird bei einem Price Cap für eine Periode von mehreren Jahren nur einmal eine Festlegung der Preisobergrenze durch die Bundesnetzagentur vorgenommen. In den übrigen Jahren werden im Anschluss nur noch Änderungen der einmal definierten Preisobergrenze reguliert. Die Änderungen setzen sich jeweils aus der Inflationsrate und einem zusätzlichen, mit Beginn des Price Caps definierten Effizienzfaktor zusammen.¹⁵⁰ Die Festlegung einer mehrere Jahre gültigen Preisobergrenze hat den Vorteil, dass das regulierte Unternehmen Anreize erhält, die Betriebskosten möglichst weit unterhalb der vorab definierten Preisgrenze zu drücken, da es die ihm darüber hinaus verbleibenden Deckungsbeiträge seinem Gewinn zuführen kann. Der Nachfrager profitiert dadurch, dass die aufgrund der Anreize erwirtschafteten Effizienzen zur jeweils nächsten Regulierungsperiode vollständig eingepreist werden, während im Rahmen der Laufzeit bereits eine grobe Anpassung der Zugangspreise durch den Effizienzfaktor erfolgt. Für eine Price-Cap-Periode wurde von der Netzagentur fünf Jahre vorgeschlagen, um diese mit der Laufzeit der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung zwischen Bund und Deutscher Bahn AG zu synchronisieren. Während der Laufzeit der LuFV steht den Infrastrukturunternehmen der Deutschen Bahn AG damit ein fester und kalkulierbarer Förderungsbetrag zur Verfügung, der zur Ermittlung der Preisobergrenze für die Einnahmen aus Nutzungsentgelten bei den Kosten der Infrastrukturunternehmen der Deutschen Bahn AG in Abzug gebracht werden kann. Sollte der Bund seine Subventionsleistungen zu einem zukünftigen Zeitpunkt ändern wollen, etwa um auf diese Weise Ziele in der Verkehrsbedienung zu erreichen, dann wird durch die Berücksichtigung innerhalb des Price Cap sichergestellt, dass sich beispielsweise eine Erhöhung der LuFV-Mittel auch unmittelbar in geringeren Zugangsentgelten niederschlägt.

226. Während eine überwiegende Zahl der von der Monopolkommission befragten Eisenbahnverkehrsunternehmen und Wettbewerber der Deutschen Bahn AG im Transportbereich einer Anreizregulierung der Infrastruktur positiv gegenüberstehen, wird das Konzept insbesondere von der Deutschen Bahn AG abgelehnt. Offenbar erwarten alle Marktakteure, dass es durch die Anreizregulierung zu einer durch die Bundesnetzagentur administrierten Senkung der Zugangspreise kommt. Die Deutsche Bahn AG macht darauf aufmerksam, dass die Eisenbahninfrastruktur bereits heute mit den zur Verfügung stehenden Mitteln nicht rentabel zu betreiben sei und daher schon dem Abschluss der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung ein Anreiz innewohne, die Infrastruktur so kostengünstig wie möglich zu bewirtschaften. Die Deutsche Bahn AG verweist hier auf eine Anhö-

¹⁴⁹ Vgl. dazu auch Abschnitt 5.2.1.3.

¹⁵⁰ Diese Regulierungsform wird daher auch RPI-X bzw. CPI-X-Regulierung genannt, wobei RPI (Retail Price Index) bzw. CPI (Consumer Price Index) für einen Paasche-Preisindex als Inflationsindikator steht und die erlaubte Preissteigerung kennzeichnet, die mit einer geforderten Preissenkung, dem X-Faktor, verrechnet wird. Der X-Faktor führt dazu, dass Effizienzen, die im Rahmen der Anreizregulierung in der jeweiligen Netzindustrie vermutlich gehoben werden und die über die in der Inflationsrate bereits verrechneten Effizienzen hinausgehen, für eine Abschmelzung der Preisobergrenze sorgen. Es besteht auch die Möglichkeit, dass der X-Faktor positiv gewählt wird und somit zu einer Steigerung der Preisobergrenze führt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn im regulierten Sektor keine Effizienzgewinne zu erwarten sind, aber die Preissteigerungsrate für die spezifischen Input-Güter höher ausfällt als die zugrunde gelegte Inflationsrate. Eine Steigerung ist ebenfalls möglich, wenn Investitionskosten darin eingepreist werden.

zung des Ausschusses für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung am 3. Dezember 2008, in dem Sachverständige zum Abschluss der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung befragt wurden und überwiegend aussagten, dass vermutlich eine Unterfinanzierung durch den in der LuFV festgelegten Finanzierungsbetrag von 2,5 Mrd. EUR jährlich vorliege.¹⁵¹ Eine im Rahmen der Anreizregulierung vorab festgelegte Preissenkung könne nach Ansicht der Deutschen Bahn AG die bereits durch die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung entstehenden Qualitäts- und Kostenziele nicht mehr weiter verbessern.

227. Die Monopolkommission stimmt mit der Deutschen Bahn AG darin überein, dass bereits die bisherige Summe aus Netzentgelten und staatlicher Finanzierung entsprechend den in den Geschäftsberichten ausgewiesenen Zahlen keine angemessene Verzinsung des von der Deutschen Bahn AG im Infrastrukturbereich eingesetzten Kapitals erlaubt haben. Von daher geht auch die Monopolkommission davon aus, dass zumindest für das Schienennetz die Finanzierungslage der Eisenbahninfrastruktur bereits heute Anreize für eine effiziente Bewirtschaftung der Eisenbahninfrastruktur setzt, auch wenn hier Unsicherheiten verbleiben.¹⁵² Die gegenwärtige Situation hinsichtlich Effizienzanreizen ist daher nicht dazu geeignet, die Änderung der Entgeltregulierung hin zu einer Anreizregulierung ausreichend zu begründen. Dass die Rentabilität der Infrastruktur jedoch auch unter den neuen kalkulierbaren Finanzierungsbedingungen der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung langfristig konstant unterhalb eines marktüblichen Satzes bleiben wird, ist keinesfalls garantiert und könnte durch die Anreizregulierung langfristig gesichert werden. Da in dem Konzept der Anreizregulierung bisher keinerlei Informationen über die zu wählenden Trassenpreise oder den Effizienzfaktor enthalten sind, kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass eine Anreizregulierung zu einer pauschalen Senkung der Zugangsentgelte führt und somit gegenüber einem Zustand ohne Anreizregulierung Qualitätsziele gefährdet sind. Wie in Abschnitt 5.1.2 ausführlich dargestellt, ist die Rentabilitätssituation alleine zudem nicht hinreichend, um auf eine Regulierung der Infrastruktur durch die Bundesnetzagentur zu verzichten. Es ist daher nicht die Frage relevant, ob eine Anreizregulierung entbehrlich ist, sondern ob sie im Gegensatz zum bisherigen Modell der Entgeltregulierung besser in der Lage ist, die verschiedenen Regulierungsziele zu erfüllen.

228. Nach Ansicht der Monopolkommission könnte ein wichtiger Vorteil der Anreizregulierung gegenüber der bestehenden Entgeltregulierung in einem besseren Schutz vor Behinderungsmissbrauch liegen. Während der Price Cap eine Preisobergrenze für das Preisniveau aller regulierten Leistungen setzt, steht es dem regulierten Unternehmen weiterhin frei, die Preise einzelner Zugangsleistungen selber festzulegen. Das regulierte Unternehmen hat demnach unter einem Price Cap dieselben Möglichkeiten zur Differenzierung seiner Zugangspreise für verschiedene Leistungen, wie sie ihm auch ohne jegliche Regulierung zur Verfügung stehen, da lediglich das durchschnittliche Preisniveau des Warenkorbs regulierter Leistungen dem Price Cap entsprechen muss. Deshalb bleiben auch unter einem Price Cap Spielräume für einen vertikal integrierten Anbieter von Eisenbahninfrastruktur bestehen, um Kosten in die Marktsegmente zu verlagern, in denen er auf der Transportebene mit anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen im Wettbewerb steht. Dieses Missbrauchspotenzial ist innerhalb eines Price Caps weiterhin nur der Diskriminierungskontrolle unterworfen. Im Konzept der Bundesnetzagentur zur Anreizregulierung wird jedoch vorgeschlagen, verschiedene Warenkörbe zur Regulierung der Eisenbahninfrastruktur einzurichten, für die jeweils ein eigener Price Cap zu bestimmen ist. Zwischen diesen Körben wäre eine wettbewerbsbehindernde Verzerrung einzelner Zugangspreise nicht mehr möglich. Die Bundesnetzagentur sieht dazu mindestens sechs verschiedene Körbe für folgende Gruppen der Eisenbahninfrastruktur vor:¹⁵³

¹⁵¹ http://www.bundestag.de/aktuell/hib/2008/2008_329/01.html.

¹⁵² Vgl. Abschnitt 5.1.2.

¹⁵³ Die Bundesnetzagentur behält sich eine Aufteilung in weitere Körbe vor. Nach Auffassung der Monopolkommission könnte insbesondere die Unterscheidung der Preisobergrenze für Personenbahnhöfe nach Verkehrsleistung

- Trassen des Personennahverkehrs,
- Trassen des Personenfernverkehrs,
- Trassen des Güterverkehrs,
- Leistungen von Personenbahnhöfen,
- Leistungen der Serviceeinrichtungen für den Güterverkehr,
- Leistungen sonstiger Serviceeinrichtungen, soweit der Regulierung unterworfen.

229. Durch die klare und verlässliche Abgrenzung der Kosten von Eisenbahninfrastruktur zwischen den Leistungsgruppen wird dem Betreiber die Möglichkeit genommen, die Zugangspreise durch die Wahl der Kostenzuschlüsselung zu beeinflussen. Auf diese Weise werden preisliche Diskriminierungsmöglichkeiten eingeschränkt und die Eisenbahnverkehrsunternehmen erhalten eine größere Sicherheit über die zukünftig zu erwartenden Zugangspreise. Gegen eine Korbbildung wird der Einwand erhoben, dass die Verhinderung einer flexiblen Zuschlüsselung von Gemeinkosten nicht zwangsläufig ökonomisch effizient sei, da sie wohlfahrtssteigernde Ramsey-Preise zwischen den Leistungsgruppen verhindere. Dem muss entgegengehalten werden, dass das Ziel eines vertikal integrierten Eisenbahnunternehmens nicht zwangsläufig mit Ramsey-Preisen korreliert. Wie in Abschnitt 5.2.2.1 dargestellt, setzt ein heterogener Wettbewerbsdruck zwischen unterschiedlichen Marktsegmenten Anreize für ein dominierendes Eisenbahnunternehmen, die Zugangspreise auch zugunsten der eigenen Transportsparte zu bemessen, wodurch das Ramsey-Kalkül überlagert werden kann. Die gemeinschaftsrechtliche Vorgabe aus Art. 8 Abs. 1 RL 2001/14/EG, nach der bei der Gemeinkostenzuschlüsselung die Wettbewerbsfähigkeit, insbesondere des grenzüberschreitenden Güterverkehrs, zu wahren ist, kann bei der Festlegung der Price Caps durch die Bundesnetzagentur ebenfalls berücksichtigt werden. Die Monopolkommission sieht in der Korbbildung ein ausgezeichnetes Mittel, um klarere und weniger manipulierbare Vorgaben zur Entgeltfestsetzung zu erreichen, ohne dem Infrastrukturbetreiber seine unternehmerischen Freiheiten zur Entgeltgestaltung völlig zu entziehen.

230. Ein für Funktion und Wirksamkeit der Anreizregulierung zentraler Aspekt liegt in der Bemessungsmethode der Price Caps für die verschiedenen Leistungskörbe. Analog zur Feststellung von Entgeltmaßstab und Entgeltgrundsätzen im bestehenden Entgeltregulierungssystem sind bei der Festlegung einer Preisobergrenze ähnliche Vorgaben gesetzlich zu fixieren. Im Abschlussbericht der Bundesnetzagentur zur Anreizregulierung sind dazu noch keine konkreten Positionen enthalten. Um eine geeignete Preisobergrenze bestimmen zu können, muss vorab festgelegt werden, welche Kosten der Regulierer für die Bemessung der Preisobergrenze in der ersten Regulierungsperiode zu berücksichtigen hat. Nach Maßgabe des bestehenden Entgeltmaßstabs zu Vollkosten würde die Preisobergrenze in der ersten Regulierungsperiode sämtliche Kosten erfassen, die bei den Eisenbahninfrastrukturunternehmen im ersten Jahr anfallen. Zieht man die Grenze hingegen bei den Kosten, die denen eines effizienten Netzbetreibers entsprechen, wie es z.B. bei der Bestimmung einer Preisobergrenze der Netzentgelte im Energiesektor der Fall ist, dann ist der Betreiber von Eisenbahninfrastruktur von Anfang an daran gehindert, einzelne Ineffizienzen ex ante einzupreisen. Letztere Regelung ist jedoch problematisch, da der Regulierer damit eine sofortige Anpassung an ein subjektiv effizientes Kostenniveau erzwingen würde, während eine Anreizregulierung aufgrund ihrer Wirkungen auf das regulierte Unternehmen eigentlich selbst zu einer endogenen Entwicklung eines effizienten Kostenniveaus führen soll. Die Monopolkommission zieht daher im Bahnsektor eine Anpassung Schritt für Schritt gegenüber einer strikten Effizienzkostenvorgabe vor. Greift man zu diesem Zweck auf eine Vorgabe zurück, die sämtliche Vollkosten für die erste Regulierungsperiode berücksichtigt, dann setzt dies gegebenenfalls Anreize für das regulierte Eisenbahninfrastrukturunternehmen, mit der Entscheidung für die Einführung eines Price Caps die Kosten ineffizient auszuweiten, um zum Start der neuen Regulierung eine höhere Preisobergrenze zu erzwingen. Die

das Diskriminierungspotenzial weiter reduzieren.

Monopolkommission empfiehlt daher, die Preisobergrenze entsprechend der Höhe der Vollkosten eines bereits vergangenen Basisjahres, etwa 2008, anzusetzen; mögliche Umstände, die eine Erhöhung der Preisobergrenze gegenüber den damals verbuchten Kosten rechtfertigen, sollte das regulierte Unternehmen im Einzelnen nachweisen.

231. Während für eine einzelne Preisobergrenze ein Entgeltmaßstab festgesetzt werden muss, der sich vom bisherigen Regulierungssystem substanziell dadurch unterscheidet, dass er über eine Vielzahl von Perioden gültig bleibt, wird dem Regulierer mit der Trennung in verschiedene Leistungskörbe eine komplexe Aufgabe zugewiesen. Im Rahmen einer Anreizregulierung muss er die Kosten der Eisenbahninfrastruktur den unterschiedlichen Marktsegmenten zuordnen, um die jeweiligen individuellen Preisobergrenzen bestimmen zu können. Insbesondere im Falle der DB Netz AG, die den größten Anteil der Eisenbahninfrastruktur verwaltet, stellt sich dabei die Aufgabe der Gemeinkostenzuschlüsselung. Hierzu wird die Bundesnetzagentur erst noch Erfahrungen mit den hier vorliegenden Kostenstrukturen aufbauen müssen.¹⁵⁴ Ein Missbrauch durch Querfinanzierung zwischen den regulierten Marktsegmenten wird infolge einer Gemeinkostenzuschlüsselung durch den Regulierer in jedem Fall wesentlich erschwert. Im Zuge einer wie beschrieben ausgestalteten Anreizregulierung wird die Bundesnetzagentur eine tiefere Auseinandersetzung mit den Infrastrukturkosten im Bahnbereich führen müssen, als es bei der bisherigen Regulierung der Fall ist. In der Folge sollte sich das Wissen des Regulierers über die Kosten der Bahninfrastruktur deutlich erhöhen. Er wird damit tendenziell in eine bessere Lage versetzt, zukünftig auch preisliche Diskriminierungen, die innerhalb der Leistungskörbe weiterhin möglich sind, zu erkennen und somit proaktiv die Gefahr preislicher Diskriminierung zu reduzieren. Damit wird den Eisenbahnverkehrsunternehmen eine transparentere Grundlage für die Preisentwicklung angeboten. Unsicherheitsbarrieren, die Marktzutritte bisher behindert haben, werden somit abgebaut. Die Monopolkommission sieht darin einen wesentlichen Fortschritt gegenüber der bisherigen Situation im Eisenbahnsektor. Insbesondere aufgrund der Marktstruktur in Deutschland und durch die dominante Marktposition der Deutschen Bahn AG sowohl auf den Infrastruktur- als auch auf den Transportmärkten ist eine solches Regulierungsregime aus volkswirtschaftlicher und wettbewerblicher Perspektive notwendig.

232. In Abwägung der Vor- und Nachteile spricht sich die Monopolkommission dafür aus, das bestehende Regulierungssystem für Eisenbahninfrastruktur zu einer Anreizregulierung weiterzuentwickeln, durch die nach Marktsegmenten differenzierte Preisobergrenzen eingeführt werden. Das von der Bundesnetzagentur vorgeschlagene Konzept erscheint der Monopolkommission dazu im Grundsatz sehr gut geeignet. Die Monopolkommission begrüßt ausdrücklich, dass die Bundesnetzagentur einen Price Cap für die Obergrenze vorgeschlagen hat, da dieser, im Vergleich zu einem Revenue Cap, bessere Anreize zur Kapazitätsauslastung setzt. Aufgrund der Vorlaufzeit, die für ein solches Regulierungssystem notwendig ist, empfiehlt die Monopolkommission dem Gesetzgeber, möglichst kurzfristig die notwendigen Gesetzesänderungen herbeizuführen.

5.3.2 Kriterien für die Entgeltstruktur

233. Die bestehenden Entgeltgrundsätze in der EIBV sind bisher nur bedingt geeignet, durch grundsätzliche Vorgaben dem Entgeltsystem eine Struktur zu geben, die eine Diskriminierung bei den Entgelten präventiv verhindert oder der Bundesnetzagentur ihre Prüfverpflichtung erleichtert. Dies ergibt sich aus den Gestaltungsmöglichkeiten, die einem Infrastrukturbetreiber bei der Preis-

¹⁵⁴ Langfristig könnte hierzu die Entwicklung eines vereinfachten analytischen Kostenmodells angestrebt werden, welches die Aufgabe der Kostenzuschlüsselung zu den abgegrenzten Marktsegmenten unterstützen kann. Bereits seit mehreren Jahren wird in Großbritannien an analytischen Kostenmodellen zur Kalkulation aller Kosten der Eisenbahninfrastruktur unter variierender Auslastung und Nutzungsart geforscht. Das dortige Modell wird durch den Netzbetreiber (Network Rail), unterstützt durch die sektorspezifische Regulierungsbehörde ORR (Office of Rail Regulation), entwickelt. Die bisherigen Ergebnisse erscheinen vielversprechend.

setzung verbleiben. Die von der Monopolkommission empfohlene Umstellung auf eine Anreizregulierung kann eine mögliche Diskriminierung zwar einschränken; die Überprüfung zukünftiger Entgeltsysteme durch die Bundesnetzagentur bleibt jedoch unverzichtbar. Denn innerhalb der Körbe eines Price Caps besteht nach wie vor die Möglichkeit einer diskriminierenden Kostenzuschlüsselung. Die Vorgaben über die Zusammensetzung der Entgelte müssen deshalb auch darauf abzielen, dem Regulierer die Überprüfung der Entgeltsysteme zu ermöglichen.

234. Wie die Analyse der Preissysteme bei Schienenwegen und Bahnhöfen gezeigt hat, ist es für einen Regulierer außerordentlich schwierig, diese auf die Einhaltung der Vorschriften des Eisenbahnrechts zu überprüfen. Diese Schwierigkeiten lassen sich auch auf die unscharfen Vorgaben zur Strukturierung der Entgelte zurückführen.

235. Im Rahmen einer Überarbeitung der Entgeltregulierung der Eisenbahninfrastruktur sollte die Beziehung zwischen dem Entgeltmaßstab, den Vorgaben zur Strukturierung der einzelnen Entgelte und den dabei anzuwendenden Entgeltgrundsätzen klarer voneinander abgegrenzt werden. Es bietet sich dabei an, auch die Vorgaben zur Struktur der Zugangsentgelte an die wettbewerbspolitischen Anforderungen gegenüber den in der Praxis verwendeten Preissystemen anzupassen. So enthalten die Preissysteme für die Nutzung von Schienenwegen und Personenbahnhöfen verschiedene Komponenten, aus denen sich der Preis für ein individuelles Zugangsprodukt zusammensetzt. Um den Produktpreis besser auf Diskriminierung überprüfen zu können, müssen sich die Entgeltkomponenten auf materielle Kriterien zurückführen lassen. Die gegenwärtige Rechtslage stellt jedoch die Berücksichtigung von Entgeltkomponenten in das Ermessen eines Infrastrukturbetreibers, der dazu neigen könnte, eine fakultative oder aggregierte Berücksichtigung dieser Kriterien zu wählen, die von der Bundesnetzagentur wie auch von Wettbewerbern und Gerichten kaum sinnvoll überprüft werden kann. Um hier die Transparenz zu erhöhen, sollten sich die wesentlichen preisbeeinflussenden Faktoren konsistent im Entgeltsystem widerspiegeln. Dies sind zum einen der Preis für die infrastrukturelle Ausstattung einer Anlage bzw. einer Trasse und zum anderen ihre Nutzungshäufigkeit, die aufgrund von Fixkostendegression die Stückkosten beeinflusst. Durch die getrennte Aufschlüsselung dieser Faktoren und ihre Bindung an materielle Kriterien ließe sich die Transparenz des Entgeltsystems bereits verbessern. Nach Auffassung der Monopolkommission ist darauf zu achten, dass jedoch keine starren Vorgaben darüber gemacht werden, in welcher Höhe beide Komponenten zu berücksichtigen sind. Auf diese Weise verbleiben dem Infrastrukturbetreiber noch betriebswirtschaftliche Freiheiten für Mischkalkulationen und weitere Kriterien, z.B. solche, die sich aus den Entgeltgrundsätzen herleiten. Der Vorteil läge jedoch darin, dass Form und Höhe der Berücksichtigung dieser wesentlichen Kriterien in den Zugangspreisen zukünftig transparenter wären und damit Möglichkeiten versperrt blieben, die Überprüfung der Preise zu erschweren. In der Folge würde der Infrastrukturbetreiber in seinen Möglichkeiten eingeschränkt, diskriminierende Zugangspreise zu nehmen.

Eine solche Vorgabe im Eisenbahnrecht ließe sich wie folgt formulieren:

„Das Entgeltsystem für den Zugang zum Fahrweg und zu den Personenbahnhöfen muss Komponenten enthalten, welche die Kosten der individuellen infrastrukturellen Ausstattung der Anlagen und ihrer Nutzungshäufigkeit durch sämtliche Zugangsberechtigte berücksichtigen. Dabei kann der Infrastrukturbetreiber nach klaren und transparenten Kriterien mehrere Kategorien bilden. Der Infrastrukturbetreiber kann das Entgeltsystem durch weitere nichtdiskriminierende Komponenten ergänzen. Für die Entgelte zur Nutzung des Fahrweges hat das Entgeltsystem insgesamt die Entgeltgrundsätze zu berücksichtigen und sicherzustellen, dass durch die Entgelthöhe die Wettbewerbsfähigkeit, insbesondere des grenzüberschreitenden Schienengüterverkehrs, gewährleistet bleibt.“

5.3.3 Bemessung einer marktüblichen Rendite

236. Neben der Frage, wie die Kosten der Infrastrukturbewirtschaftung im Eisenbahnsektor auf die einzelnen Leistungen aufzuschlüsseln sind, ist im Rahmen der Entgeltregulierung auch zu klären, welche Aufschläge ein Infrastrukturbetreiber als Verzinsung für das von ihm eingesetzte Kapital erheben darf. Im Rahmen der bestehenden Entgeltregulierung ist es dem Betreiber von Schienenwegen und Serviceeinrichtungen gemäß § 14 Abs. 4 Satz 1 AEG bzw. § 14 Abs. 5 Satz 1 AEG gestattet, auf die Vollkosten eine Rendite aufzuschlagen, die am Markt erzielt werden kann. In der bestehenden Praxis der Kontrolle der Vorschriften durch die Bundesnetzagentur war die Renditebemessung im Eisenbahnsektor noch von geringer Bedeutung, da die wichtigen Infrastrukturunternehmen der Deutschen Bahn AG bisher ohnehin nur eine negative oder sehr geringe positive Rendite erwirtschaften konnten. Aus verschiedenen Gründen rückt die Renditefrage jedoch zukünftig vermutlich verstärkt in den Fokus der Regulierungspraxis. Zum einen konnten die großen Eisenbahninfrastrukturunternehmen der Deutschen Bahn AG ihre Rentabilität im Infrastrukturbereich zuletzt verbessern, sodass die Bestimmung eines Grenzwertes für die zulässige marktübliche Rendite als Bemessungsmaßstab in Zukunft zu einem wichtigen Faktor für die mögliche Entgelthöhe werden könnte. Zum anderen erfordert auch die Anreizregulierung mittels eines Price-Cap-Standards, dass die exakten Kosten für das von den Infrastrukturbetreibern eingesetzte Kapital bestimmt werden, damit diese Kosten für die Bemessung der Preisobergrenze herangezogen werden können.

237. Für die Bestimmung der Kapitalkosten eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens sind verschiedene Grundsatzfragen zu klären. Zunächst muss die Höhe des Kapitals ermittelt werden, welches das Eisenbahninfrastrukturunternehmen aus Eigenmitteln durch Aktiva im Unternehmen gebunden hat. Anschließend muss der Zinssatz für eine angemessene marktübliche Rendite auf den Kapitaleinsatz bestimmt werden. Das gängige Modell zur Bemessung der marktüblichen Verzinsung ist die Methode der durchschnittlichen Kapitalkosten (Weighted Average Costs of Capital, WACC). Dieses Modell erscheint auch für den Einsatz im Eisenbahnsektor methodisch adäquat. Die Verzinsung wird danach getrennt nach Fremdkapital und Eigenkapital ermittelt und zur Bestimmung der durchschnittlichen Kapitalkosten gewichtet zusammengefasst. Die Gewichtung erfolgt nach den jeweiligen Anteilen an Eigen- und Fremdkapital.

238. Der erste Schritt zur Ermittlung der Kapitalkosten ist die Bestimmung der Kapitalbasis. Die Kapitalbasis kann entweder anhand der Buchwerte aus der Bilanz ermittelt werden (Bilanzwertmethode) oder durch eine kapitalmarktübliche Bewertung der eingesetzten Vermögenswerte (Marktwertmethode). Die Marktwertmethode ist aus wohlfahrtsökonomischer Perspektive deshalb von Vorteil, da die Bemessung der Rendite am Marktwert der Aktiva zu optimalen Investitionsanreizen führt. Für die regulierten Eisenbahninfrastrukturunternehmen erscheint die Bewertung der Vermögensgegenstände nach privatwirtschaftlichen Kriterien jedoch widersinnig. Insbesondere im Falle von Gleisnetz und Bahnhöfen machen der politische Einfluss auf die Struktur und die Rentabilitätssituation der Anlagen deutlich, dass die Vermögensgegenstände der Eisenbahninfrastruktur nicht allein durch privatwirtschaftliche Kriterien determiniert wurden und eine Marktwertbetrachtung, die zukünftige Renditen in die Wertschätzung einpreist und so das Investitionsverhalten steuert, hier nicht geeignet greifen kann. Der vielmehr relevante Unterschied von Buch- und Zeitwert der einzelnen Vermögensgegenstände der Eisenbahninfrastruktur ist alleine wegen ihres spezifischen Charakters kaum ermittelbar.¹⁵⁵ Da eine angemessene Bewertungsmöglichkeit der Infrastruktur durch den Markt nicht besteht, stellt der Buchwert der Aktiva den am ehesten geeigneten Be-

¹⁵⁵ Es ist davon auszugehen, dass für viele Aktiva wegen ihrer schlechten Rentabilität gar kein Markt existiert. Im Rahmen einer Liquidation fielen viele Infrastrukturanlagen aufgrund ihres verfassungsrechtlichen Auftrags an die Bundesrepublik zurück. Der dabei zu vereinbarende Kaufpreis stellt damit auch gleichsam den Marktwert der Infrastruktur dar. Eine Orientierung an den Buchwerten erscheint hier plausibel, da kein anderer Bewertungssatz zur Verfügung steht.

wertungssatz dar. Daher sollte nach Auffassung der Monopolkommission auf die Bilanzwertmethode zurückgegriffen werden. Es ist allerdings darauf zu achten, dass nur solche Vermögenswerte berücksichtigt werden, die das Eisenbahninfrastrukturunternehmen aus Eigenmitteln finanziert hat. Insbesondere für die Aktiva der Infrastrukturtöchter der Deutschen Bahn AG existieren umfangreiche Fördersysteme der öffentlichen Hand. Auf Investitionen, die aus öffentlichen Mitteln finanziert wurden, sind keine Kapitalkosten in Anrechnung zu bringen. Insbesondere dann, wenn öffentlich geförderte Anlagen nicht aktiviert wurden,¹⁵⁶ ist ihre Behandlung bei der Ermittlung der Kapitalbasis unproblematisch. Im Falle einer Mischförderung von Investitionen durch die öffentliche Hand einerseits und Infrastrukturunternehmen andererseits müssen die Kapitalwerte differenziert betrachtet werden. Im Rahmen von Pauschalförderungen wie der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung ist diese Notwendigkeit gegeben. Die LuFV-Mittel weisen zudem die Besonderheit auf, dass sie sowohl für aktivierbare Ersatzinvestitionen als auch für lediglich erfolgsrelevante Instandhaltung verwendet werden dürfen und der Gesamtbedarf durch DB-Mittel aufgestockt wird. Es besteht ein Interesse der Deutschen Bahn AG, die LuFV-Mittel zunächst für Instandhaltung einzusetzen, um durch die Eigenmittel die langfristige Kapitalbasis zu erhöhen. Wird hierzu keine weitere Regelung getroffen, so ist darauf hinzuweisen, dass die LuFV-Mittel zwar die Kosten der Deutschen Bahn AG im Infrastrukturbereich senken, dies aber lediglich bedingt mit einer Senkung der Kapitalrendite für die Deutsche Bahn AG einhergeht.

239. Des Weiteren ist zu klären, wie hoch die marktübliche Verzinsung für die bestimmte Kapitalbasis anzusetzen ist. Eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals soll die Kapitalgeber dafür entschädigen, dass sie auf Konsum in der Gegenwart verzichten und dass sie ihre Mittel einem gewissen Risiko aussetzen. Die angemessene Zeitprämie für den Verzicht auf Konsum in der Gegenwart lässt sich aus der Verzinsung von Finanzierungstiteln ableiten, bei denen der Kapitalgeber keinem Risiko ausgesetzt ist. Schwieriger gestaltet sich die Bemessung des Risikoaufschlags. Im Rahmen einer Bestimmung der Kapitalverzinsung durch das WACC-Modell ist der Risikoaufschlag für Eigen- und Fremdkapital getrennt zu bestimmen. Die Gewichtung beider Finanzierungsvarianten lässt sich durch die Wahl der bereits für die Bestimmung der Kapitalbasis empfohlenen Methode durch die Verwendung bereinigter Bilanzdaten stark vereinfachen.

240. Für die Bestimmung der Fremdkapitalkosten ist zwischen den Unternehmen in öffentlichem Besitz und solchen in privatem Besitz zu unterscheiden. Die Unternehmen in Staatshand profitieren von den hervorragenden Finanzierungsbedingungen der öffentlichen Hand und dem daraus abzuleitenden sehr geringen Insolvenzrisiko. Ein Risikoaufschlag auf die Verzinsung des Fremdkapitals kann damit vermutlich entfallen, sodass der hier angemessene Zinssatz dem Zins auf Anlagen höchster Bonität entspricht. Die Deutsche Bahn AG hat aufgrund der Regelungen im Bundesschienenwegeausbaugesetz zudem die Möglichkeit, teilweise zinslose Darlehen zur Finanzierung der Infrastruktur in Anspruch zu nehmen. Zur Ermittlung der Fremdkapitalkosten der Eisenbahninfrastrukturunternehmen der Deutschen Bahn AG muss deshalb zwischen zinslosen Darlehen und Kapitalmarktdarlehen unterschieden und ein gewichteter durchschnittlicher Zinssatz ermittelt werden. Es steht zu erwarten, dass der Fremdkapitalzins im Falle der Unternehmen der Deutschen Bahn AG insgesamt sehr niedrig ausfällt.

241. Der Eigenkapitalkostensatz ist im Vergleich zu den Fremdkapitalkosten wesentlich schwieriger zu bestimmen, da Eigenkapitalgeber keine vertraglich vereinbarten Verzinsungsansprüche geltend machen können. Die Bewertung des Risikos für den Eigenkapitalgeber muss daher geschätzt werden. In der Regulierungspraxis wird zur Ermittlung eines Marktpreises für das Risiko einer An-

¹⁵⁶ Neubaustrecken der Deutschen Bahn AG, die aus Baukostenzuschüssen finanziert wurden, aktiviert die Deutsche Bahn AG bisher nicht. Vgl. Hellwig, M., Wie bringt man einen Verlustmacher an die Börse? Kritische Anmerkungen zur Privatisierung der DB AG, Wirtschaftsdienst 86, 2006, S. 504-509, hier: S. 506.

lage meistens auf das Capital Asset Pricing Model (CAPM) zurückgegriffen, welches verhältnismäßig wenig empirische Daten voraussetzt. Dabei handelt es sich um ein einfaches Modell des Kapitalmarktgeschehens, in welchem der Marktpreis des Risikos durch Erwartungswerte, Varianzen und Kovarianzen der Ertragsraten der Anlage bestimmt wird. Zentrale Aussage des Modells ist, dass die Bewertung des Eigenkapitals im Marktzusammenhang vorgenommen werden muss, um das systematische Risiko der Investition in Eisenbahninfrastruktur abzubilden. Das Risiko eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens würde im CAPM im Vergleich zu einem Marktportfolio gemessen werden. Hierzu wird für gewöhnlich auf Börsenwerte zurückgegriffen, um regressionsanalytisch die Rendite eines Wertpapiers durch die Rendite des Marktportfolios zu erklären.¹⁵⁷ Dabei stellt sich das Problem, dass die Eisenbahninfrastrukturunternehmen im Regelfall nicht börsennotiert sind. Daher muss hier zur Ermittlung der Marktrendite auf Vergleichsunternehmen zurückgegriffen werden, wobei es sich im Idealfall ebenfalls um regulierte Unternehmen handeln sollte, um deren spezifische Voraussetzungen bei der Ertragserwartung abzubilden. Die Auswahl geeigneter Unternehmen birgt weiterhin die Schwierigkeit, dass regulierte Infrastrukturunternehmen auch in anderen Branchen entweder nicht börsennotiert sind oder ihre individuellen Voraussetzungen sich deutlich von denen der Bahn unterscheiden. Die CAPM-Analyse alleine ist somit nur bedingt tragfähig.

Alternativ zum CAPM bestehen verschiedene weitere Möglichkeiten zur Bestimmung des Eigenkapitalkostensatzes. Hervorzuheben ist die Methode eines Rendite-Benchmarking mit Vergleichsunternehmen im Ausland. Der Kapitalkostensatz kann weiterhin im Rahmen eines Individualansatzes durch Einbeziehung qualitativer und quantitativer Überlegungen zu den jeweiligen Unternehmen ermittelt werden. Eine qualitative Evaluation der bei der Eisenbahninfrastruktur bestehenden Risiken wird dabei berücksichtigen müssen, dass bei den Unternehmen der Deutschen Bahn AG die Eigentümerschaft des Bundes durch dessen Absicherungsfunktion das Verlustrisiko reduziert. Auch die Entwertung von Investitionen durch technischen Fortschritt verläuft gegenüber dem Marktdurchschnitt bei der Eisenbahninfrastruktur voraussichtlich langsamer, sodass das Risiko einer Investitionsentwertung sinkt. Für eine hohe Risikoprämie, insbesondere beim Schienennetz, spricht allerdings, dass die Zugangsentgelte zu einem weit überdurchschnittlichen Anteil Deckungsbeiträge zur Finanzierung der Fixkosten darstellen. Schwankungen der Auslastung der Infrastruktur führen dadurch zu hohen Schwankungen der Rentabilität, da die Gesamtkosten durch eine geringere Netznutzung kaum zurückgehen.¹⁵⁸ Während die Netznutzung im Nahverkehr politisch determiniert und kaum konjunkturellen Schwankungen ausgesetzt ist, muss gerade im Güterverkehr eine starke Konjunkturabhängigkeit unterstellt werden. Die auf diese Merkmale fokussierte qualitative Betrachtung spricht nach Ansicht der Monopolkommission dafür, dass die Risikoprämie für das Eigenkapital im Falle des Schienennetzes deutlich über dem Risikoaufschlag liegen wird, der für das Fremdkapital anzusetzen ist. Bei der Bemessung der Rendite von Personenbahnhöfen sind Interdependenzen zwischen dem regulierten Verkehrsbereich und der Vermietung und Verpachtung weiterer Bahnhofflächen zu berücksichtigen, die sich auf den Eigenkapitalzins auswirken können.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Die Steigung der Regressionsgeraden ergibt dabei den sog. Beta-Faktor des CAPM.

¹⁵⁸ Durch die Anreizregulierung mittels eines Price Caps könnte dieser Effekt noch verstärkt werden, da die Eisenbahninfrastrukturunternehmen durch die Preisobergrenze nicht mehr in der Lage sind, mit Preiserhöhungen bei sinkender Nachfrage kurzfristig zusätzliche Deckungsbeiträge zu realisieren. Wählt man als Grenzwert stattdessen einen Revenue Cap, wie er im Rahmen der Anreizregulierung von Elektrizitätsnetzen in Deutschland Anwendung findet, dann bliebe den Eisenbahninfrastrukturunternehmen die Möglichkeit, auf sinkende Nachfrage mit Preiserhöhungen zu reagieren, um die Deckung der Fixkosten weiterhin in vollem Umfang zu gewährleisten. Eine steigende Nachfrage hätte jedoch umgekehrt Preissenkungen zur Folge, da zusätzliche Umsatzerlöse vom Revenue Cap gedeckelt werden. Letzterer Effekt hat daher den Nachteil, dass Anreize zur Maximierung der Netzauslastung konterkariert würden. Im Bahnsektor ist es daher sinnvoll, die Anreizregulierung durch einen Price Cap statt durch einen Revenue Cap zu realisieren und das größere Risiko möglicher Nachfrageschwankungen in der Eigenkapitalrendite einzupreisen.

¹⁵⁹ Die kommerzielle Nutzung der Bahnhofflächen durch Vermietung und Verpachtung ist nicht unmittelbar durch eine marktbeherrschende Stellung gekennzeichnet. Bei der Ermittlung des zulässigen Eigenkapitalzinssatzes für

242. Die komplexe Problematik der Bestimmung des Eigenkapitalkostensatzes zeigt, dass das Ergebnis stark von der verwendeten Bestimmungsmethode abhängt. Gleichzeitig erscheint eine Vorgehensweise, die eindeutig besonders adäquate Ergebnisse liefert, nicht erkennbar. Dahingehend steht zu befürchten, dass die Bestimmung der Eigenkapitalkosten für die Eisenbahninfrastruktur stark dem Einfluss politischer Interessen ausgesetzt sein wird. Die Monopolkommission spricht sich deshalb dafür aus, ein Modell zu wählen, welches möglichst einfachen und eindeutigen Kriterien unterliegt, um die Festlegung dem Einfluss externer Partikularinteressen soweit wie möglich zu entziehen.

5.4 Sonderfrage Bahnenergie

243. Ein eigenes Problem der Entgeltregulierung stellt die Versorgung mit Energie für den Betrieb elektrischer Eisenbahnen dar. Die notwendige Energie wird als Bahnstrom bezeichnet. Wettbewerber der Deutschen Bahn AG und Verbände haben gegenüber der Monopolkommission geäußert, dass die den Bahnstrom liefernde DB Energie GmbH die Transportunternehmen der Deutschen Bahn AG mittels der Staffelung der Vollversorgungspreise bevorzugen würde. Ein Bezug des Stroms durch alternative Anbieter auf dem Energiemarkt komme hingegen deshalb nicht in Betracht, weil hierzu Durchleitungsentgelte für die Nutzung des Bahnstromnetzes der DB Energie gezahlt werden müssten. Diese seien so unattraktiv hoch bemessen, dass – von einem an den Kosten gescheiterten Pilotversuch abgesehen – bislang kein Unternehmen Bahnstrom von einem alternativen Anbieter bezogen habe.

244. Das Potenzial für diskriminierendes Verhalten ergibt sich aus Aufbau und Regulierung der Energieversorgung im deutschen Eisenbahnnetz. Historisch bedingt hat der Bahnstrom in Deutschland eine Frequenz von 16,7 Hz bei einer Spannung von 15 kV und unterscheidet sich vom gewöhnlichen Strom mit 50-Hz-Standard-Industriefrequenz. Die elektrischen Eisenbahnen erhalten den Strom durch den Fahrdrabt und durch Stromschienen, also in erster Linie durch das Oberleitungsnetz. Die Zuführung von Energie zu diesem Netz geschieht über das sog. Bahnstromnetz. Dazu gehören einerseits Bahnstromfernleitungen, welche die Verbindung des Oberleitungsnetzes mit dem öffentlichen 50-Hz-Versorgungsnetz herstellen. Andererseits gehören dazu Schaltanlagen und Unterwerke, die für eine Transformation von Frequenz und Spannung der gewöhnlichen Versorgungsenergie in die von der Eisenbahn benötigte Form sorgen. Während das Oberleitungsnetz im Konzern der Deutschen Bahn AG der DB Netz AG zugeordnet ist, wird das Bahnstromnetz durch die DB Energie GmbH bewirtschaftet.

245. Die Nutzung des Oberleitungsnetzes wird den Eisenbahnverkehrsunternehmen mit Erwerb einer entgeltregulierten Trasse bei der DB Netz AG verschafft. Um zudem die notwendige Energie zum Betrieb der Züge zu erhalten, bieten sich einem Eisenbahnverkehrsunternehmen derzeit zwei Möglichkeiten, zwischen denen nachfolgend unterschieden wird: Zum einen kann es den benötigten Bahnstrom als fertiges Endprodukt von der DB Energie abnehmen (Bahnstrom-Vollversorgung). Zum anderen kann das Eisenbahnverkehrsunternehmen auch den Strom am Energiemarkt erwerben. Letztere Möglichkeit setzt den Zugang zum Bahnstromnetz der DB Energie voraus, um den Strom zum Oberleitungsnetz zu transferieren (Bahnstrom-Netzzugang). Sowohl das fertige Produkt als auch der Zugang zum Bahnstromnetz werden von der DB Energie angeboten. Für die

den Verkehrsbereich ist zu berücksichtigen, dass die Vermietung und Verpachtung der Bahnhofflächen von indirekten Netzwerkeffekten des Verkehrsbereichs profitiert, da eine höhere Zahl an Reisenden tendenziell höhere Miet- und Pachteinnahmen induziert. Der Bahnhofsbetreiber kann deshalb auch niedrigere Zugangsentgelte zum Verkehrsbereich verlangen, wenn sich dadurch die Einnahmen aus der kommerziellen Nutzung der Bahnhofflächen erhöhen. Die Wirkung dieses Zusammenhangs ist auch davon abhängig, wie der Kostenmaßstab für den Verkehrsbereich ermittelt wird. Problematisch ist hierbei, dass Gemeinkosten des Bahnhofs für beide Nutzungsarten anfallen. Deshalb muss entweder eine Aufteilung der Gemeinkosten erfolgen (dual-till) oder die Regulierungsrestriktion fällt auf der Basis aller Aufwendungen und Erträge des Bahnhofs an (single-till).

Antwort auf die Frage, ob sich bei der Bahnstromversorgung ein Diskriminierungsspielraum für die DB Netz AG ergibt, sind Regulierung und Verhaltensspielraum der DB Energie für beide Möglichkeiten der Energieversorgung in ihren Wirkungen zu unterscheiden.

246. Die Regulierung der genannten Leistungen steht im Spannungsfeld von Energie- und Eisenbahnrecht. Der Anwendungsbereich des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) schließt die Versorgung von Eisenbahnen mit leitungsgebundener Energie gemäß § 3a explizit mit ein, soweit im Eisenbahnrecht keine andere Regelung erfolgt ist. In der entsprechenden eisenbahnrechtlichen Kollisionsnorm in § 1 Abs. 2 Satz 3 AEG heißt es, dass das AEG auf die Versorgung von Eisenbahnen mit leitungsgebundener Energie, insbesondere Fahrstrom, keine Anwendung findet, sofern nicht durch dieses Gesetz oder aufgrund dieses Gesetzes etwas anderes bestimmt ist. Das geltende AEG trifft jedoch verschiedene weitere Regelungen. Gemäß § 2 Abs. 3 AEG werden die Bahnstromfernleitungen explizit in die Legaldefinition der Eisenbahninfrastruktur eingeschlossen. Damit fallen Bahnstromfernleitungen unter das Gebot der diskriminierungsfreien Zugangsgewährung gemäß § 14 Abs. 1 AEG. Ferner bestimmt § 4 Abs. 3 AEG die feste Zuordnung der Anlagen zur streckenbezogenen Versorgung mit Fahrstrom zum Betreiber der Schienenwege. Unter letzteren Begriff sind offenkundig das Oberleitungsnetz und die Stromschienen zu subsumieren, die gesetzestkonform gemeinsam mit dem Trassenzugang von der DB Netz bewirtschaftet werden.¹⁶⁰

247. Zusammenfassend ergibt sich aus dem deutschen Eisenbahnrecht ein Zugangsgebot und Diskriminierungsverbot für Bahnstromfernleitungen, während die Oberleitungen als Teil des Schienennetzes der Entgeltregulierung unterliegen. Für Bahnstromfernleitungen und die zugehörigen Anlagen des Bahnstromnetzes bleibt jedoch strittig, inwieweit die Anwendung des Eisenbahnrechts eine Regulierung durch das EnWG ausschließt. Im Unterschied zum EnWG, das eine Entgeltregulierung zu Effizienzkosten vorsieht, ist aus dem AEG lediglich die Pflicht zur diskriminierungsfreien Zurverfügungstellung des Netzes abzuleiten. Während die Bundesnetzagentur eine Anwendbarkeit der Vorschriften zur Entgeltregulierung durch das EnWG für das Bahnstromnetz für gegeben hält, hat die DB Energie bisher noch keinen Entgeltgenehmigungsantrag eingereicht. Ende 2008 wurde die DB Energie von der Bundesnetzagentur aufgefordert, einen Antrag auf Genehmigung ihrer Netzentgelte gemäß § 23a EnWG zu stellen. Gegen diesen Bescheid hat die DB Energie Beschwerde vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt. Das Ergebnis dieses Verfahrens steht noch aus. Bisher hat daher weder eine Kostenprüfung noch eine Entgeltgenehmigung für die Zugangsentgelte zum Bahnstromnetz stattgefunden.

248. Die Monopolkommission schließt sich der Auffassung der Bundesnetzagentur an, dass das Bahnstromnetz der Entgeltregulierung durch das EnWG unterliegen muss. Durch das AEG wird lediglich die Frage der Zugangsregulierung des Bahnstromnetzes beantwortet, nicht aber die Frage der Entgeltregulierung. Aufgrund des Fehlens einer solchen Regelung im Eisenbahnrecht muss davon ausgegangen werden, dass die Ausschlussnorm des § 3a EnWG auf die Vorgaben zur Entgeltregulierung keine Anwendung findet. Denn eine Entgeltregulierung der Zugangsentgelte ist regu-

¹⁶⁰ Diese Regelung wird konkretisiert durch § 3 Abs. 1 Satz 2 und die Anlage 1 Nr. 1 lit. b EIBV. Danach sind die Anlagen zur streckenbezogenen Versorgung den Pflichtleistungen zuzuordnen, sodass für diese die gleichen Vorgaben zur Entgeltregulierung (Vollkostenmaßstab) zutreffen wie auf das Schienennetz. Die Regelung weicht jedoch von den europäischen Vorgaben der Richtlinie 2001/14/EG ab. In Art. 5 RL 2001/14/EG in Verbindung mit Anhang II Nr. 2 lit. b wird hier „Versorgungseinrichtungen für Fahrstrom“ ein diskriminierungsfreier Zugang eingeräumt, wobei der Zugang auch abgelehnt werden kann, wenn vertretbare Alternativen unter Marktbedingungen vorhanden sind. Die systematische Aufzählung von schienennetzaffinen Serviceeinrichtungen in der Anlage II Nr. 2 spricht zwar dafür, dass mit „Versorgungseinrichtungen für Fahrstrom“ auch die streckenbezogenen Oberleitungen und nicht das Bahnstromfernleitungsnetz gemeint ist. Grundsätzlich bleibt der Geltungsbereich dieser Regelung allerdings unklar. Das Gemeinschaftsrecht sieht für Infrastruktur, zu der auch Serviceeinrichtungen gehören, gemäß Art. 6 RL 2001/14/EG eine Entgeltregulierung vor. Je nach Auslegung des Begriffs „Versorgungseinrichtungen für Fahrstrom“ ist daher entsprechend den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts das Oberleitungsnetz oder zusätzlich auch das Bahnstromfernleitungsnetz von der Entgeltregulierung des Eisenbahnrechts zu erfassen.

lierungsökonomisch unerlässlich, um diskriminierungsfreien Zugang zum natürlichen Monopol des Bahnstromnetzes zu schaffen. Das Fehlen einer Entgeltkontrolle hat zur Folge, dass der Deutschen Bahn AG die Preissetzungsmöglichkeiten eines monopolistischen Infrastrukturanbieters offenstehen.

249. Die derzeit möglicherweise überhöhten Zugangspreise zum Bahnstromnetz wirken als Markteintrittsbarriere für vor- und nachgelagerte Anbieter, da die Deutsche Bahn AG theoretisch in der Lage ist, die im Markt befindlichen Renditen durch die DB Energie stark abzuschöpfen. Zwar sind auch die Eisenbahnverkehrsunternehmen der Deutschen Bahn AG von der Preissetzung der DB Netz betroffen, jedoch stellen die gezahlten Zugangsentgelte im Bahnkonzern lediglich interne Verrechnungspreise dar und belasten somit einseitig die Wettbewerber. Die DB Energie bietet jedoch neben dem Netzzugang auch die unmittelbare Vollversorgung mit Bahnstrom an. Die Lieferung von Bahnstrom selbst unterliegt weder nach EnWG noch nach AEG regulierungsrechtlichen Anforderungen. Im Gegensatz zur Preissetzung für den Zugang zum Bahnstromnetz ist die Vollversorgung daher auch nicht von den dort normierten Diskriminierungsverboten betroffen. Nach Kenntnisstand der Monopolkommission beziehen derzeit alle Eisenbahnverkehrsunternehmen den Bahnstrom im Rahmen der Vollversorgung durch die DB Energie. Da auf die Nutzung alternativer Energieanbieter bisher völlig verzichtet wird, muss davon ausgegangen werden, dass die Preissetzung der DB Energie dazu geeignet ist, die Nachfrage gezielt in Richtung des Vollversorgungsproduktes zu lenken.

250. Die DB Energie sieht im Rahmen ihres Bahnstrom-Vollversorgungsproduktes bereits seit mehreren Jahren unterschiedliche Rabatte vor. Einmal handelt es sich um einen Laufzeitrabatt für eine vertragliche Bindung an die DB Energie bei einer Laufzeit von zwei bis zehn Jahren von jeweils 2 bis 10 %. Des Weiteren gibt die DB Energie Staffelrabatte in Abhängigkeit von der jährlichen Abnahmemenge, wobei der Höchstsatz von 4 % bei einer Menge von mindestens 500 GWh erreicht wird. Darüber hinaus gewährt die DB Energie einen Auslastungsrabatt von 5 % für Kunden mit einer Jahresabnahmemenge von mindestens 2.000 GWh auf diese Menge. Während die Eisenbahnverkehrsunternehmen der Deutschen Bahn AG die höchsten Rabattstaffeln jeweils problemlos erreichen können, ist dies den Wettbewerbern nicht möglich. So erreichen alle Wettbewerber der Deutschen Bahn AG im SPNV zusammen nur eine Abnahmemenge von 700 GWh. Die Rabattstaffelung der DB Energie wirkt daher wie eine offene Preisdiskriminierung zum Nachteil der Wettbewerber der Deutschen Bahn AG.

251. Zwar wirken auf die Bahnstromendabnehmerpreise keine Anforderungen aus dem sektorspezifischen Regulierungsrecht. Die Wirkungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts, speziell des Missbrauchs- und Diskriminierungsverbots gemäß §§ 19 und 20 GWB, bleiben davon jedoch unberührt. Naheliegend ist hier ein Vergleich mit dem Mengenrabatt im Rahmen der vor 2001 gültigen Trassenpreissysteme, welche die Verkehrsunternehmen der Deutschen Bahn AG als einzige Großabnehmer begünstigten und deshalb vom Bundeskartellamt als missbräuchlich untersagt wurden.¹⁶¹ In einer Klage zum Bahnstrom, die im Jahr 2006 vor dem Oberlandesgericht Frankfurt am Main verhandelt wurde, kürzte ein privates Eisenbahnverkehrsunternehmen den Rechnungsbetrag für die Bahnstromlieferung, da es ihn für missbräuchlich hielt.¹⁶² Nach Auffassung des Gerichts waren die zu diesem Zeitpunkt geltenden Bahnstrompreise weder unter kartellrechtlichen noch unter sonstigen rechtlichen Gesichtspunkten zu beanstanden. Die bereits im letzten Sondergutachten der Monopolkommission zum Eisenbahnmarkt¹⁶³ besprochene Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt stützt sich im Wesentlichen darauf, dass die Bevorzugung von Konzernunternehmen und anderen interessenmäßig verbundenen Unternehmen in der Regel nicht unbillig sei, weil grundsätz-

¹⁶¹ Vgl. http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/archiv/PressemeldArchiv/2000/2000_09_08.php.

¹⁶² OLG Frankfurt, Urteil vom 19. September 2006, 11 U 44/05 (Kart).

¹⁶³ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 48, a.a.O., Tz. 204 ff.

lich niemand verpflichtet sei, fremden Wettbewerb zu fördern (Konzernprivileg).¹⁶⁴ Entscheidend sei, dass die Konzernspitze auch unmittelbar die Geschäftstätigkeit des Konzernunternehmens übernehmen könne und sich die Behinderung des Drittunternehmens dann in gleicher Weise einstellen würde. Die Anwendung des Konzernprivilegs auf die Versorgung mit Bahnstrom ist allerdings umstritten, da bei der gebotenen Einzelfallbewertung zu berücksichtigen ist, dass die bestehende Abhängigkeitsbeziehung in diesem Fall nicht aus eigenen Leistungen entstanden ist. Vielmehr handelt es sich bei der Versorgung mit Bahnstrom um einen regulierten Sektor, in welchem die bestehende Marktstruktur im Zuge der Liberalisierung aus staatlichen Regelungen entstanden ist und die Annahmen, auf denen das Konzernprivileg basiert, gerade nicht zutreffen. Gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt wurde zwar beim Bundesgerichtshof Revision eingelegt, allerdings wurde die Revision im Anschluss wieder zurückgenommen, sodass eine höchstrichterliche Klärung dieser Rechtsfrage bisher noch aussteht.

252. Die Monopolkommission bewertet die derzeitige Situation um die Regulierung des Bahnstroms als äußerst misslich. Bahnstrom stellt einen Anteil von derzeit etwa 15 % der Kosten eines Eisenbahnverkehrsunternehmens dar, die von diesem nicht beeinflusst werden können.¹⁶⁵ Die gegenwärtige Diskriminierung bei den Endabnahmepreisen hat einen Kostenvorteil für die Verkehrsunternehmen der Deutschen Bahn AG gegenüber Wettbewerbern zur Folge. Um die Voraussetzungen für einen funktionierenden und effizienten Wettbewerb von Eisenbahnverkehrsunternehmen zu schaffen, ist es zwingend notwendig, die Bedingungen, zu denen die Unternehmen Bahnstrom beziehen können, wettbewerbskonform zu gestalten. Die Monopolkommission empfiehlt deshalb, das Fernleitungsnetz und die Umwandlungsanlagen für Bahnstrom der gleichen Regulierung auszusetzen wie das öffentliche Stromnetz. Auf diese Weise wird der Zugang zum Bahnstrom automatisch einer Kontrolle von Markt und Wettbewerb unterzogen. Gleichzeitig bieten sich den Eisenbahnverkehrsunternehmen dadurch Alternativen für den Bezug von Strom aus dritten Quellen. Deshalb schlägt die Monopolkommission vor, den Zusatz „einschließlich der Bahnstromfernleitungen“ aus der Legaldefinition von Eisenbahninfrastrukturunternehmen in § 2 Abs. 3 AEG zu streichen. Dadurch wird das Bahnstromfernleitungsnetz eindeutig einer regulatorischen Kontrolle von Zugang und Entgelten durch das EnWG ausgesetzt, was sachlich und systematisch angemessen ist.

253. Eine Regulierung des Bahnstromendproduktes stellt keinen Ersatz für die Regulierung der Vorleistungen dar. Prinzipiell kann nach Ansicht der Monopolkommission das Endprodukt unreguliert bleiben, sofern sich durch eine effiziente Regulierung des Bahnstromnetzes alternative Möglichkeiten zur Stromlieferung für die Eisenbahnverkehrsunternehmen unter marktkonformen Bedingungen ergeben. Denn ökonomisch ist es effizient, in einer Branche nur die Stufen der Leistungskette einer Regulierung auszusetzen, die durch eine starke natürliche und nicht angreifbare Monopolmacht gekennzeichnet sind. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass der deutsche Gesetzgeber eine Monopoltendenz beim Bahnstromendprodukt nicht gesehen hat, als er auf eine Regulierung durch das AEG verzichtete.¹⁶⁶ Solange die effiziente Entgeltregulierung des Netzzugangs nicht erfolgt ist, besteht jedoch ein faktisches Monopol der Deutschen Bahn AG hinsichtlich des Bahnstromendproduktes. In diesem Fall sollte ein Verbot der diskriminierenden Preise für das Bahnstromendprodukt im Rahmen der Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts allerdings unbedingt geprüft werden.

¹⁶⁴ Mit derselben Begründung verneinte das Oberlandesgericht Frankfurt in einem weiteren Urteil aus dem Jahr 2006 einen Verstoß der Tarife des Bahnstrompreissystems 03/04 gegen eisenbahnrechtliche, kartellrechtliche und sonstige Bestimmungen. OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 10. Oktober 2006, 11 U 3/05 (Kart).

¹⁶⁵ Angaben von Eisenbahnverkehrsunternehmen gegenüber der Monopolkommission.

¹⁶⁶ Das Gemeinschaftsrecht sieht fakultativ die Möglichkeit der Regulierung des Endproduktes sogar explizit vor. Gemäß Anhang II Nr. 3 lit. a RL 2001/14/EG kann ein Mitgliedstaat die Versorgung mit Bahnstrom als Zusatzleistung definieren, für die gemäß Art. 7 Abs. 8 eine nicht nutzungs- und kostengetriebene Preisdifferenzierung ausgeschlossen wäre. Da im Grundsatz die Regulierung des Zugangs zum Bahnstromnetz dafür Sorge tragen sollte, dass andere Anbieter als Lieferanten für Bahnstrom zur Verfügung stehen, war die Umsetzung der „Kann“-Vorgabe vermutlich nicht als notwendig gesehen worden.

6. Handlungsempfehlungen

254. Die Monopolkommission hat festgestellt, dass zahlreiche wesentliche Wettbewerbsprobleme im deutschen Bahnsektor unmittelbar auf die Anreize und Möglichkeiten der Eisenbahninfrastrukturbetreiber zurückzuführen sind, Wettbewerber auf den nachgelagerten Verkehrsmärkten zu benachteiligen. Im Eisenbahnverkehr stellt der Zugriff auf die vielen verschiedenen Leistungen der Eisenbahninfrastrukturbetreiber ein elementares Vorprodukt dar. Die gegenwärtig bestehenden Diskriminierungspotenziale lassen sich durch eine wirksame Regulierung des Zugangs und der Entgelte von Eisenbahnverkehrsunternehmen zwar verringern. Es verbleiben jedoch stets Regulierungslücken, die die Wettbewerbsaktivität zum Nachteil der Verbraucher einschränken. Die Bundesregierung kann deshalb dann für ein wirkliches „Mehr an Wettbewerb“ im Bahnverkehr sorgen, wenn sie die Unabhängigkeit der Eisenbahninfrastruktur von den Eisenbahnverkehrsunternehmen sicherstellt. Dazu ist eine Trennung von Infrastruktur- und Transportgesellschaften der Deutschen Bahn AG erforderlich.

255. Die Monopolkommission spricht sich deshalb ausdrücklich dafür aus, die Trennung von Infrastruktur und Transport herbeizuführen, indem die Privatisierung der Transportgesellschaften der Deutschen Bahn AG konsequent angegangen wird.

256. Eine aktive Wettbewerbsentwicklung im Eisenbahnsektor setzt eine effiziente Marktordnung voraus. Der gegenwärtige Regulierungsrahmen weist jedoch zahlreiche Schwachstellen auf. Unter den gegenwärtigen Bedingungen einer Integration von Infrastruktur und Transportgesellschaften ist insbesondere eine strikte Regulierung des Infrastrukturzugangs notwendig, um mögliche Missbrauchspotenziale präventiv einzudämmen. Das Konzept der Monopolkommission für den Eisenbahnsektor trägt den Anforderungen an einen effizienten Regulierungsrahmen Rechnung und gibt folgende Handlungsempfehlungen zu den relevanten Themenkomplexen.

Vergabe von SPNV-Leistungen

257. Bei der Vergabe von SPNV-Leistungen sind faire und funktionsfähige Wettbewerbsbedingungen zum Vorteil der Verbraucher anzustreben:

- Die Bundesländer bzw. die zuständigen Aufgabenträger sollten sämtliche Leistungen aus auslaufenden SPNV-Verträgen zukünftig im Rahmen eines transparenten Ausschreibungsverfahrens vergeben.
- Durch die Ausschreibung zu vergebender Verkehrsaufträge lässt sich die höchste Rechtssicherheit gegenüber den Anforderungen aus Beihilfe- und Vergaberecht herstellen.
- Der Bundesgesetzgeber sollte die Anwendbarkeit des deutschen Vergaberechts auf die Vergabe von SPNV-Leistungen durch eine Ergänzung des § 15 Abs. 2 AEG eindeutig klarstellen. Hinzuzufügen ist der Satz:

„Davon unberührt bleiben solche Pflichten der Aufgabenträger, die sich aus den Normen über die Vergabe öffentlicher Aufträge ergeben.“

Zugangsbedingungen zur Eisenbahninfrastruktur

258. Im Rahmen der Zugangsgewährung zur Eisenbahninfrastruktur sollten exakte Vorgaben gemacht werden, um Diskriminierungspotenziale zu mindern:

- Die bei Wettbewerbern der Deutschen Bahn AG bestehende Unsicherheit über die Verfügbarkeit von Trassen sollte durch eine höhere Transparenz über die bestehenden Belegungspläne behoben werden. Der Betreiber des Schienennetzes sollte dazu verpflichtet werden, freie Kapazitäten und Auslastungsgrade für alle Zugangsberechtigten durch ein elektronisch gestütztes Verfahren unmittelbar zugänglich zu machen.

- Hinsichtlich der Pflichtangaben über die Art und Beschaffenheit der Trassen sollten die allgemein formulierten Regelungen des § 4 Abs. 2 EIBV in Verbindung mit Anlage 2 EIBV durch konkrete Vorgaben über die Art der Angaben ergänzt werden. Eine höchstmögliche Transparenz über alle für die Eisenbahnverkehrsunternehmen relevanten Faktoren ist unbedingt anzustreben.
- In den Regelungen über die Möglichkeit, Rahmenverträge abzuschließen, die einen nachhaltigen Zugriff auf bestimmte Trassen ermöglichen, sollte eine Vorlaufzeit bis zum Betriebsbeginn von mindestens zwei Jahren vorgesehen werden. Zudem sollte der Abschluss von Rahmenverträgen unabhängig von festen Rahmenvertragsperioden möglich sein.
- Die Wirksamkeit von Rahmenverträgen sollte im Verfahren der Trassenvergabe stärker verankert werden, wenn gleichzeitig der Abschluss von Rahmenverträgen grundsätzlich bei der Bundesnetzagentur genehmigungspflichtig wird. Voraussetzung für die Genehmigung zum Abschluss eines Rahmenvertrages sollte ein Nachweis über zu tätige spezifische Investitionen sein.
- Der Rangierbetrieb auf den Rangierbahnhöfen sollte stärker auf den Infrastrukturbetreiber verlagert werden und zukünftig der Zugangsregulierung unterfallen. Dazu sollte der § 2 AEG um einen Absatz 3d ergänzt werden, der wie folgt lauten könnte:
„Die Rangierbahnhöfe umfassen entsprechende Anlagen, einschließlich des Betriebes der Rangieranlagen und der Rangierfahrzeuge.“

Entgeltregulierung

259. Das System zur Regulierung der Entgelte bedarf grundsätzlicher Änderungen:

- Das bestehende Entgeltregulierungssystem sollte durch eine Anreizregulierung abgelöst werden.
- Das Anreizsystem sollte durch Price Caps für differenzierte Leistungskörbe erfolgen, um Diskriminierungsmöglichkeiten einzuschränken und Wettbewerbern sowie potenziellen Marktneulingen zusätzliche Sicherheit über die Entgeltbedingungen zu geben.
- Die Vorgaben zur Strukturierung der Entgelte sollten mittelfristig überarbeitet werden. Dies bleibt auch dann notwendig, wenn eine Anreizregulierung das gegenwärtige Verfahren ersetzt. Bei der Neufassung ist darauf zu achten, dass die Vorgaben zur Struktur des Entgeltsystems geeignet sind, preisliche Diskriminierungspotenziale einzuschränken und der Bundesnetzagentur die Prüfung der Preissysteme zu erleichtern.
- Zur Bemessung der marktüblichen Rendite sollte auf die durchschnittlichen Kapitalkosten der Eisenbahninfrastrukturunternehmen abgestellt werden. Bei der Wahl eines Verfahrens zur Bemessung der Eigenkapitalrendite sollte eine möglichst einfache und transparente Methode gewählt werden, um die Bemessung politischem Einfluss zu entziehen.
- Der Gesetzgeber sollte klarstellen, dass das Bahnstromnetz der Zugangs- und Entgeltregulierung durch das Energiewirtschaftsgesetz ausgesetzt ist. Dazu ist in § 2 Abs. 3 AEG der Zusatz „einschließlich der Bahnstromfernleitungen“ aus der Legaldefinition von Eisenbahninfrastrukturunternehmen zu streichen. Kurzfristig sollte auch die Preissetzung für das Bahnstromprodukt einer Kontrolle durch die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts ausgesetzt werden.

Allgemeine Wettbewerbsbedingungen

260. In weiteren Bereichen sind die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass sich ein effizienter Wettbewerb einstellen kann:

- Das Koordinierungsverfahren, nach dem die Anbieter im Schienenpersonennahverkehr ihre Leistungen zu einem gemeinsamen, bundesweit gültigen Tarif anbieten, sollte einer Regulierung unterzogen werden. Dieser gemeinsame Tarif ergänzt das System örtlicher Tarif-

und Verkehrsverbünde in Fällen, in denen Fahrscheine für Verbindungen betroffen sind, die nicht durch die regionalen Verbünde oder unternehmensspezifische Tarife abgedeckt werden. Der gemeinsame Tarif sollte durch einen bundesweiten Tarifverbund festgelegt werden, in dem kein Nahverkehrsunternehmen eine dominierende Stellung besitzt. Die Aufgabenträger sind in den Tarifverbund einzubinden.

- Der Fernbusverkehr sollte für den Wettbewerb geöffnet werden. Der Verkehrsträger Bahn sollte dort zur Bedienung der Verkehrsnachfrage dienen, wo sein Einsatz effizient ist. Dies kann sich nur im Wettbewerb mit dem Fernbusverkehr zeigen. Der Gesetzgeber sollte dazu die Vorschrift in § 13 Abs. 2 PBefG ändern, wonach einem Betreiber von Fernbussen die Genehmigung versagt werden kann, wenn die öffentlichen Verkehrsinteressen z.B. dadurch beeinträchtigt werden, dass der beantragte Verkehr ohne eine wesentliche Verbesserung der Verkehrsbedienung Verkehrsaufgaben übernehmen soll, die vorhandene Unternehmer oder Eisenbahnen bereits wahrnehmen.
- Das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung sollte keinen Tarifvertrag der SPNV-Unternehmen für allgemeinverbindlich erklären. Dies hätte eine vollständige Abkopplung der wettbewerblichen Kontrolle über die Lohnhöhe zur Folge und hätte Folgen für die Preissetzung auf den Produktmärkten für Schienenpersonennahverkehr.

Kompetenzen von Bundesnetzagentur und Monopolkommission

261. Die Kompetenzen der Bundesnetzagentur im Eisenbahnsektor sind zu stärken, um insbesondere die Regulierung der Eisenbahninfrastrukturunternehmen einer wirksamen Kontrolle auszusetzen:

- Die Bundesnetzagentur sollte stärker als bisher in die Überwachung des Prozesses der Trassenvergabe eingebunden werden. Sie sollte routinemäßig Informationen über Infrastruktur und Netzbelegung erhalten und über Vergabeentscheidungen frühzeitig informiert werden.
- Die Bundesnetzagentur sollte formell die Möglichkeit bekommen, auch interne Leistungsabrechnungen zwischen integrierten Infrastruktur- und Transportunternehmen zu prüfen. Zudem sollte sie die personelle Ausstattung erhalten, um ihre Aufgaben wirksam wahrnehmen zu können.
- Durch eine entsprechende gesetzliche Initiative sollte der Bundesnetzagentur im Eisenbahnrecht das Recht eingeräumt werden, Marktuntersuchungen durchzuführen, die es ihr ermöglichen, ihre Informationslage zur präventiven Wahrnehmung ihrer Aufgaben zu verbessern.
- Entsprechend der Regelungen im Telekommunikationsgesetz und im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen sollte der Monopolkommission ein Einsichtsrecht für die bei der Bundesnetzagentur geführten Akten, einschließlich der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, eingeräumt werden, damit sie ihre Aufgabe zur Erstellung eines Sondergutachtens in jeder Hinsicht sachgerecht durchführen kann.

Bonn, im September 2009

Justus Haucap

Peter-Michael Preusker

Christiane zu Salm

Angelika Westerwelle

Daniel Zimmer