



Bericht

an den Haushaltsausschuss des
Deutschen Bundestages

nach

§ 88 Absatz 2 BHO

über die geplante Umsetzung der
Richtlinie 2012/34/EU durch das Ge-
setz zur Stärkung des Wettbewerbs im
Eisenbahnbereich

Dieser Bericht des Bundesrechnungshofes ist
urheberrechtlich geschützt. Er ist auf der Internetseite
des Bundesrechnungshofes veröffentlicht.
(www.bundesrechnungshof.de)

Inhaltsverzeichnis	Seite
Abkürzungsverzeichnis	4
0 Zusammenfassung	5
1 Europäische Vorgaben: Richtlinie 2012/34/EU	7
1.1 Wesentliche Inhalte der Richtlinie	7
1.2 Vertragsverletzungsverfahren	7
1.3 Viertes Eisenbahnpaket	7
2 Gesetzentwurf beabsichtigt 1:1-Umsetzung der Richtlinie	8
3 Umsetzung des Netzzugangs im Gesetzentwurf	9
3.1 Doppelstrategie Preisgenehmigung und Regulierungsvereinbarung	10
3.1.1 Preisgenehmigung und Regulierungsvereinbarungen	10
3.1.1.1 Die Grundidee der Preisgenehmigung	10
3.1.1.2 Ex-ante-Preisgenehmigung	12
3.1.1.3 Die Anreizregulierung durch aufsichtsrechtliche Maßnahmen im Gesetzentwurf	12
3.1.1.4 Ausnahmen von der Regulierung durch aufsichtsrechtliche Maßnahmen	14
3.1.2 Qualifizierte Regulierungsvereinbarungen	15
3.1.2.1 Inhalte einer qualifizierten Regulierungsvereinbarung	17
3.1.2.2 Anreize durch qualifizierte Regulierungsvereinbarungen	19
3.1.2.3 „Nachbesserung“ von qualifizierten Regulierungsvereinbarungen	21
3.1.2.4 Fazit zu den qualifizierten Regulierungsvereinbarungen	22
3.1.3 Bürokratie und unklare Regelungen	26
3.1.3.1 Ausnahmeregelungen	26
3.1.3.2 Regulierung von Wartungseinrichtungen	27
3.1.3.3 Inkrafttreten des Gesetzes	29

3.1.3.4	Keine Umsetzung / Nachträgliche Entbindung	29
3.1.3.5	Generalklausel zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen	30
3.2	Eigenmittel, LuFV-Mittel und Obergrenze der Kosten	32
3.3	Trassenpreise und Regulierung	36
3.4	Regionalisierungsmittel und Trassenpreise	40
4	Entflechtung	44
4.1	Interessengegensätze zwischen Bund und EIU	44
4.2	Interessenlage im vertikal integrierten Unternehmen	44
4.3	Begriff der Entflechtung	45
4.4	Europarechtliche Vorgaben	46
4.5	Entflechtung im Gesetzentwurf	46
4.6	Entflechtung in anderen Mitgliedstaaten der EU	48
4.7	Entflechtung auf dem Energiemarkt	49
4.8	Verfassungsrechtliche Aspekte der Entflechtung	50
5	Fazit zu den Regelungen zu Netzzugang und Entflechtung	52
6	Universaldienst	54
6.1	Begriff	54
6.2	Universaldienst Telekommunikation	54
6.3	Universaldienst Post	54
6.4	Universaldienstverpflichtung auch für Schienennetzausbau und -erhalt	55
6.4.1	Universaldienst Ausbau und Erhalt des Schienennetzes	55
6.4.2	Universaldienst Verkehrsdienstleistungen	57
7	Vorteilsabschöpfung	58
8	Erhebungsrechte des Bunderechnungshofes	61

Abkürzungsverzeichnis

AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BMVI	Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur
BNetzA	Bundesnetzagentur
BSWAG	Bundesschienenwegeausbaugesetz
BUV	Bedarfsplan-Umsetzungsvereinbarung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
DB AG	Deutsche Bahn Aktiengesellschaft
EBA	Eisenbahn-Bundesamt
EIU	Eisenbahn-Infrastrukturunternehmen
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
E-RegG-E	Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs im Eisenbahnbereich
EuGH	Europäischer Gerichtshof
GG	Grundgesetz
Haushaltsausschuss	Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages
LuFV	Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung
PostG	Postgesetz
SPNV	Schienenpersonennahverkehr
TKG	Telekommunikationsgesetz
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz

0 Zusammenfassung

- 0.1 Die europäische Richtlinie 2012/34/EU will im Eisenbahnbereich Wettbewerb schaffen und die Marktaufsicht stärken. Die Frist zur Umsetzung der Richtlinie ist bereits seit einem Jahr verstrichen. Der nun vorliegende Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs im Eisenbahnbereich beabsichtigt grundsätzlich eine „1:1-Umsetzung“ der Richtlinie. Er verfolgt insbesondere die Ziele, den Wettbewerb zu stärken und Anreize für die Senkung der Infrastrukturkosten und der Trassenentgelte zu setzen. Das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur hat diese Zielsetzung in seiner Stellungnahme zum Entwurf des vorliegenden Berichts vom 23. Juni 2016 bekräftigt. Zu den Argumenten nimmt der Bundesrechnungshof im Folgenden detailliert Stellung.
- 0.2 Das Ziel einer „1:1-Umsetzung“ verwirklicht der Gesetzentwurf nicht. Zahlreiche zusätzliche Bestimmungen und Ausnahmen von Richtlinienvorgaben führen zu einem insgesamt komplizierten Regelwerk. Unnötige Folgekosten können durch bürokratische Vorgaben, unklare Regelungen und Mehrfachzuständigkeiten entstehen.
- 0.3 Der Entwurf hat u.a. die Ziele, mehr Verkehr auf die Schiene zu leiten und mehr Wettbewerb zu schaffen. Der Wettbewerb wird in den Netzindustrien einerseits durch Bestimmungen zum Netzzugang (diskriminierungsfreier Zugang zur Infrastruktur und Anreizregulierung) und andererseits durch Entflechtung der vertikal integrierten Unternehmen gestärkt. Diese Vorgaben stehen in einem wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnis, d. h. je schärfer z. B. die Entflechtungsvorgaben sind, desto geringer ist der Kontrollaufwand beim Netzzugang. Weder die im Gesetzentwurf vorgesehenen Bestimmungen zum Netzzugang noch die Entflechtungsvorgaben werden nach Einschätzung des Bundesrechnungshofes den Wettbewerb nennenswert steigern können. Bei der Entflechtung setzt der Entwurf nur den Mindeststandard nach der Richtlinie um. Eine Begründung dafür ist dem Entwurf nicht zu entnehmen. Die Vorgaben zum Netzzugang verfehlen das Ziel, wirksame ex-ante-Anreize zur effizienten Leistungsbereitstellung zu setzen.
- 0.4 Bei der Entflechtung verzichtet der Entwurf auf Möglichkeiten, den Wettbewerb konsequent zu fördern, ohne dies zu begründen. Der Bundesrechnungshof hält es für geboten, einen solchen Verzicht zu begründen oder die Entflechtung stringen-

ter zu regeln.

- 0.5 Beim Netzzugang sieht der Bundesrechnungshof Bedarf für eine wirksame ex-ante-Anreizregulierung. Diese sollte auf der Basis einer Analyse der erreichbaren Kostensenkungen, lückenlos und allein durch die Bundesnetzagentur erfolgen. Zu einer solchen Regulierung passt nicht die Anreizsetzung durch andere Behörden in „Regulierungsvereinbarungen“ (wie z. B. der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung).
- 0.6 Der Bund hat nach dem Grundgesetz einen Gewährleistungsauftrag für den Ausbau und den Erhalt des Schienennetzes. Diesen Gewährleistungsauftrag kann er bisher nicht wirksam durchsetzen. Der Bundesrechnungshof schlägt vor, dem Bund zu ermöglichen, Ausbau- und Erhaltungsmaßnahmen selbst unmittelbar anzuordnen.
- 0.7 Die Regulierungsbehörde soll Beschwerden von Verbraucherverbänden über Rechtsverletzungen durch Unternehmen entgegennehmen. Wirksame Mittel gegen solche Rechtsverletzungen fehlen ihr bisher. Im Interesse des Verbraucherschutzes sollte sie die Möglichkeit erhalten, durch Rechtsverletzungen erlangte Vorteile der regulierten Unternehmen abzuschöpfen.
- 0.8 Das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) und die Deutsche Bahn AG (DB AG) vertreten die Auffassung, der Bundesrechnungshof habe nur eingeschränkte Erhebungsrechte bei der DB AG. Dies beeinträchtigt vor allem die dem Bundesrechnungshof übertragene Aufgabe der Beratung. Um Berichtswünsche des Parlaments auch im Hinblick auf die tatsächlichen Einsparmöglichkeiten bei der DB AG sachgerecht erfüllen zu können, regt der Bundesrechnungshof eine Änderung im Gesetz über die Gründung einer Deutsche Bahn Aktiengesellschaft (Deutsche Bahn Gründungsgesetz – DBGrG) an. Dort sollte in § 27 Absatz 2 die Formulierung „Abs. 2 S. 1“ gestrichen werden. Dies würde klarstellen, dass der Bundesrechnungshof bei der DB AG die Erhebungsmöglichkeiten hat, die ihm auch bei anderen Unternehmen zur Verfügung stehen, die Bundesmittel erhalten.

1 Europäische Vorgaben: Richtlinie 2012/34/EU

1.1 Wesentliche Inhalte der Richtlinie

Am 21. November 2012 verabschiedeten das Europäische Parlament und der Rat die Richtlinie zur Schaffung eines einheitlichen Europäischen Eisenbahnraums.¹ Eine Neufassung des sogenannten ersten Eisenbahnpakets soll durch Integration und Entwicklung des europäischen Schienenverkehrsmarkts zur Schaffung eines Binnenmarkts in der EU beitragen. Die „Richtlinie 2012/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. November 2012 zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums“ (künftig: Richtlinie) soll den Wettbewerb fördern, die Marktaufsicht stärken und die Bedingungen für Investitionen verbessern.² Sie enthält u. a. Vorgaben zur Entflechtung von Eisenbahnunternehmen, zum Zugang Dritter zur Eisenbahninfrastruktur und zu Genehmigungen für Eisenbahnverkehrsunternehmen.

1.2 Vertragsverletzungsverfahren

Die Richtlinie war bis zum 16. Juni 2015 in das deutsche Recht umzusetzen. Bis-her ist der Bund dieser Verpflichtung nicht nachgekommen. Am 22. Juli 2015 forderte die Kommission Deutschland schriftlich zur Umsetzung auf. Im Februar 2016 erneuerte sie diese Aufforderung. Gemäß Artikel 260 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union kann die Folge einer Feststellung der Vertragsverletzung durch den Europäischen Gerichtshof ein erhebliches Zwangsgeld sein.

1.3 Viertes Eisenbahnpaket

Bereits im Jahr 2013 hat die EU-Kommission einen weiteren Vorschlag zur Marktöffnung im Eisenbahnbereich vorgelegt. Ein Schwerpunkt ist die Stärkung der Unabhängigkeit der Infrastrukturbetreiber. Die Kommission will mit neuen Vorgaben zur Entflechtung erreichen, dass sie in operativer und finanzieller Hin-

¹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0475:FIN:DE:PDF>

² http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=URISERV:3203_2&from=EN&isLegisum=true

sicht vollkommen unabhängig von den Eisenbahnverkehrsunternehmen handeln. Sie sollen die Kontrolle über alle Kernbereiche des Schienennetzes erhalten, etwa die Infrastrukturplanung, die Fahrplangestaltung sowie den täglichen Betrieb und die Instandhaltung. Zumindest bei den wesentlichen Funktionen der Infrastrukturbetreiber, wie Zugtrassen zuweisen und Wegeentgelte erheben, ist eine Verschärfung der Entflechtungsvorgaben zu erwarten.³ Weitere Vorgaben betreffen die Unabhängigkeit des Personals und der Verwaltung. Zudem soll der inländische Schienenpersonenverkehr für neue Marktteilnehmer und Dienstleistungen geöffnet werden.

Das Vierte Eisenbahnpaket wurde noch nicht verabschiedet. Nach einer Einigung zwischen dem Europäischen Parlament und dem Ministerrat der Europäischen Union am 19. April 2016 wird allerdings mit einer zügigen Verabschiedung gerechnet.⁴

2 Gesetzentwurf beabsichtigt 1:1-Umsetzung der Richtlinie

Die Bundesregierung hat den Entwurf des Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs im Eisenbahnbereich vorgelegt (ERegG-E). Dieser soll die Richtlinie umsetzen. Beabsichtigt ist grundsätzlich eine „1:1-Umsetzung“ der Richtlinie.⁵ Es handelt sich bei dem Entwurf um ein Artikelgesetz. Artikel 1 bildet das neue Eisenbahnregulierungsgesetz. Die Artikel 2 bis 4 dienen der Änderung bestehender Gesetze (Artikel 2: Allgemeines Eisenbahngesetz, Artikel 3: Bundeseisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz, Artikel 4: Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahn).

Nicht beabsichtigt ist, Elemente des 4. Eisenbahnpakets bereits aufzugreifen.

Das BMVI führt in seiner Stellungnahme zum Berichtsentwurf des BRH dazu aus:

„Die Form einer Richtlinie wird dann gewählt, wenn nationale Besonderheiten zu berücksichtigen sind. Abweichungen vom europäischen Recht im Rahmen des EU-

³ Vgl. <http://www.consilium.europa.eu/de/policies/4th-railway-package/governance-market-opening-proposals/>

⁴ Vgl. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1382_de.htm

⁵ Vgl. S. 1 des Entwurfs.

rechtlich Zulässigen dürfen aus Sicht der Bundesregierung nur erfolgen, wenn nationale Besonderheiten dies erfordern, wenn ohne Ergänzung der Vollzug nicht möglich wäre oder deutlich erschwert werden würde oder um Doppelregelungen zu vermeiden, da die entsprechenden europäischen Regelungen bereits in anderen deutschen Vorschriften enthalten sind. (Beispiel ist die Regelung, dass Eisenbahnen ausreichend versichert sein müssen. Diese Vorgabe des EU-Rechts ist ohne nationale Ausgestaltung nicht vollziehbar.)“

Aus Sicht des Bundesrechnungshofes stehen diese allgemeinen Ausführungen des BMVI in keiner Weise den Feststellungen und Schlussfolgerungen in diesem Bericht entgegen.

Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich. Sie überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel (vgl. Artikel 288 AEUV). Diesen Aspekt berücksichtigt das BMVI in seinem Entwurf nicht hinreichend, wie im Folgenden dargestellt wird.

3 Umsetzung des Netzzugangs im Gesetzentwurf

Kern des Artikelgesetzes ist das Eisenbahnregulierungsgesetz. Der Begriff „Regulierung“ ist im Entwurf des Eisenbahnregulierungsgesetzes nicht definiert, obwohl er nicht eindeutig ist.⁶ Dies entspricht der Praxis des Gesetzgebers in anderen Regulierungsgesetzen: Auch in den Bereichen Telekommunikation, Energie und Post verwenden Gesetze den Begriff Regulierung, ohne ihn zu definieren. Die Literatur versteht Regulierung als hoheitliche Regelung der Voraussetzungen der Wirtschaftstätigkeit in den Sektoren der Daseinsvorsorge, die durch ein besonderes öffentliches Interesse an ausreichender Versorgung der Bevölkerung mit bestimmten Dienstleistungen gekennzeichnet ist.⁷ Häufig gilt ein natürliches Monopol wie z. B. eine Netzinfrastuktur als Voraussetzung der Regulierung.

⁶ Vgl. dazu Kühling „Regulierungsrecht als Infrastrukturrecht oder mehr?“ in Säcker, Schmidt-Preuß „Grundsatzfragen des Regulierungsrechts“, Nomos 2015, S. 44 ff.

⁷ Vgl. Vincent Brenner „Der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt im Regulierungsrecht“, Peter Lang, 2013, S. 36/37.

Die Regulierung hat ausweislich von § 3 ERegG-E die Ziele,

- den Anteil des schienengebundenen Personen- und Güterverkehrs am gesamten Verkehrsaufkommen zu steigern;
- die Interessen der Zugangsberechtigten auf dem Gebiet der Eisenbahnmärkte bei der Förderung und Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbs in den Eisenbahnmärkten zu wahren sowie die Interessen der Verbraucher zu wahren;
- Investitionen der Eisenbahninfrastruktur- und -verkehrsunternehmen zu fördern und Innovationen zu unterstützen;
- einen einheitlichen europäischen Eisenbahnmarkt zu fördern und
- einen sicheren, leistungsfähigen und zuverlässigen Betrieb der Eisenbahninfrastruktur zu gewährleisten.

3.1 Doppelstrategie Preisgenehmigung und Regulierungsvereinbarung

Die Richtlinie eröffnet den Mitgliedstaaten drei Möglichkeiten, den Infrastrukturbetreibern Anreize zu wirtschaftlichem Handeln und zu Kostensenkungen zu setzen. Sie können

1. aufsichtsrechtliche Maßnahmen vorsehen,
2. vertragliche Vereinbarungen mit den Netzbetreibern abschließen oder
3. Aufsichtsmaßnahmen und vertragliche Vereinbarungen verbinden.⁸

Der Gesetzentwurf entscheidet sich für die dritte Möglichkeit und kombiniert die ex-ante-Preisgenehmigung durch die Regulierungsbehörde mit vertraglichen Vereinbarungen (sog. Regulierungsvereinbarungen).

3.1.1 Preisgenehmigung und Regulierungsvereinbarungen

3.1.1.1 Die Grundidee der Preisgenehmigung

Das Regulierungsrecht schafft durch hoheitliche Maßnahmen Wettbewerbsstrukturen.⁹ Der Anreizregulierung netzgebundener Industrien liegen die folgenden

⁸ Vgl. Art 30 Absatz 3 der Richtlinie.

⁹ Lepsius, GewArch Beilage WiVerw Nr. 04/2011, 206-218, 207.

Überlegungen zugrunde: Netze sind ein natürliches Monopol. Denn sie sind nicht wirtschaftlich sinnvoll duplizierbar. Daher findet im Bereich der Netze kein Wettbewerb statt. Allerdings kann auf den vor- und nachgelagerten Märkten Wettbewerb geschaffen werden. So sollten Bahnkunden zwischen mehreren Transportunternehmen wählen können. Sie sollen nicht unter mehreren Schienennetzen wählen können. Denn wirtschaftlich sinnvoll ist regelmäßig nur ein Netz. Auf den vor- und nachgelagerten Märkten können Anbieter agieren, wenn sie einen diskriminierungsfreien Zugang zum Netz erhalten. Dies widerspricht regelmäßig den wirtschaftlichen Interessen vertikal integrierter Unternehmen, die das Netz und vor- bzw. nachgelagerte Märkte bedienen. Daher muss das Netzzugangsrecht durchgesetzt werden. Das Regulierungsrecht als sektorspezifisches Kartellrecht will dabei u. a.:

- Preishöhenmissbrauch verhindern, der durch eine Monopolstellung möglich wird,
- diskriminierungsfreien Zugang zum Netz für Dritte gewährleisten und
- Quersubventionierungen verhindern.

Der Preishöhenmissbrauch wird insbesondere durch eine Festsetzung oder Genehmigung der Preise für den Zugang zum Netz verhindert. Die Regulierung setzt dem Netzbetreiber Anreize, Effizienzsteigerungen im eigenen Interesse anzustreben.¹⁰

Unternehmen, die im vollkommenen Wettbewerb stehen, müssen für ihr Produkt den Marktpreis akzeptieren. Dieser entspricht theoretisch den Grenzkosten, d. h. den Kosten, die unmittelbar mit der Erstellung der Leistung anfallen. Ein Monopolist kann den Verkaufspreis gewinnmaximierend festsetzen, indem er sein Angebot reduziert. Dadurch entsteht eine Monopolrente (Menge mal Differenz zwischen Preis und Grenzkosten). Die Monopolrente kann beim Monopolisten sowohl als Teil des Gewinns als auch – bei unwirtschaftlicher Betriebsorganisation – als Verschwendung in Erscheinung treten.

Da die Monopolrente dem Monopolisten ohne Leistung zufällt, fehlt es ihm an Anreizen, sich effizient aufzustellen. Diese Anreize, die sich in anderen Märkten

¹⁰ Vgl. Bundesnetzagentur, Evaluierungsbericht nach § 33 Anreizregulierungsverordnung, Januar 2015, S. 43.
https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Allgemeines/Bundesnetzagentur/Publicationen/Berichte/2015/ARegV_Evaluierungsbericht_2015.pdf?__blob=publicationFile&v=3

aus dem Wettbewerbsdruck ergeben, sollen durch Regulierungseingriffe geschaffen werden. D. h. die Regulierung will den Betreiber der Schienenwege so stellen, als agiere er auf einem Wettbewerbsmarkt.¹¹ Die Anreize zur Senkung von Kosten und zur effizienten Leistungserbringung setzt nicht der Wettbewerbsmarkt, sondern die Regulierungsbehörde.¹²

Diesen Ansatz greift die Richtlinie in ihren Erwägungsgründen auf: Die Anreize dienen der effizienten Verwaltung der Schienenwege und der Kostensenkung (vgl. Erwägungsgrund 71 der Richtlinie). Die Wegeentgeltregelungen sollen Infrastrukturbetreibern Anreize geben, gesamtwirtschaftlich sinnvoll zu agieren (vgl. Erwägungsgrund 66 der Richtlinie). Die nationale Umsetzung dieser Anreizregulierung muss sich an diesen Maßstäben messen lassen.

3.1.1.2 Ex-ante-Preisgenehmigung

Eine wichtige Differenzierung zwischen Regulierungsmodellen kann nach dem Zeitpunkt des regulatorischen Eingriffs erfolgen. Zu unterscheiden ist insofern die ex-post und die ex-ante-Regulierung. Bei der ex-post-Regulierung bleibt es zunächst den Marktteilnehmern überlassen, die Preise und Bedingungen für den Zugang zum Netz auszuhandeln. Die Regulierungsbehörde kann im Anschluss diese Bedingungen nachträglich überprüfen und ggfs. ändern. Dieses Netzzugangsmodell wird auch als „verhandelter Netzzugang“ bezeichnet.

Bei der ex-ante-Regulierung trifft die Regulierungsbehörde bereits vor Inkrafttreten der Preise und Bedingungen für den Zugang zum Netz eine Entscheidung. Dieses Zugangsmodell wird auch als „regulierter Netzzugang“ bezeichnet.

3.1.1.3 Die Anreizregulierung durch aufsichtsrechtliche Maßnahmen im Gesetzentwurf

Die Bundesnetzagentur regulierte schon bisher die Trassenpreise der DB Netz AG. Sie orientierte sich dabei allein daran, ob bei ex-post Betrachtung alle Bestandteile der vereinbarten Pflichtleistungen (Mindestzugangspaket) erbracht

¹¹ Vgl. auch http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Allgemeines/Presse/Reden/2006/BerichtAnreizregulierungKurth060502Id5856pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=2

¹² Vgl. Heise, « Die Deutsche Bahn AG zwischen Wirtschaftlichkeit und Gemeinwohlverantwortung » Nomos 2013, S. 115.

wurden und dass die genehmigte Eigenkapitalrendite nicht überschritten wurde. Die zugrundeliegende Vollkostenbasis (außer Eigenkapitalzinsen) wurde nicht reglementiert. Der Gesetzgeber will nunmehr grundsätzlich je einen pauschalen Inflations- und Produktivitätsfaktor¹³ einsetzen, um einen Anreiz zur Kostensenkung zu geben. Die maximale Entgelthöhe ist demnach beschränkt auf das Produkt aus dem Inflationsfaktor, dem Produktivitätsfaktor und der Obergrenze der Kosten für die Erbringung der Pflichtleistungen im Basisjahr. Die Betreiber der Schienenwege müssen ihre Preise ex-ante so kalkulieren, dass sie bei gegebenen Betriebsleistungen im Basisjahr in Trassenkilometern für die einzelnen Verkehrsdienste und deren Marktsegmente die maximale Entgelthöhe nicht überschreiten:

$$(Vollkosten + Rendite) * Inflationsfaktor * Produktivitätsfaktor = Preis * Menge = Umsatzerlöse.$$

Die Grenze der Gesamtkosten für das Basisjahr wird als Jahresdurchschnitt über einen durch die Regulierungsbehörde zu bestimmenden Zeitraum vor der Regulierungsperiode berechnet, der maximal fünf Jahre betragen darf.

Das ERegG-E führt damit eine Preisbegrenzung ein. Der Gewinn ist demgegenüber nicht begrenzt. Er kann über das vorgesehene Maß (Eigenkapitalrendite) steigen, wenn es zu Mengensteigerungen im Vergleich zur ex ante-Planung kommt. Bereits in der Vergangenheit hatte die Bundesnetzagentur u. a. zu prüfen, ob die DB Netz AG die Kostenlast diskriminierungsfrei und nach sachlichen Kriterien verteilt hat. Das im Eisenbahnrecht vorgegebene Prüfungsschema ist zweigeteilt: Die Kosten, die unmittelbar durch eine Zugfahrt verursacht werden, sind entsprechend des Kostenanfalls zuzuordnen. Wenn Züge durch hohes Gewicht die Gleise vergleichsweise stark abnutzen, müssen die Eisenbahnverkehrsunternehmen entsprechend hohe Entgelte zahlen. Die darüber hinausgehenden Kosten – das sind im Wesentlichen Fixkosten – sind unter Berücksichtigung der Preisreagibilität den Verkehrsleistungen zuzuordnen. Wenn eine Verkehrsleistung oder ein Marktsegment einer Verkehrsleistung auf eine Preissteigerung mit einem relativ starken Mengenrückgang reagiert, werden nur relativ geringe Fixkostenanteile zugeordnet. Durch die gezielte anteilige Anlastung der Fixkosten je nach der relativen Preisreagibilität wird eine Steigerung der Verkehrsmenge erreicht.

¹³ § 28 Absatz 1 ERegG-E.

Die Diskriminierungsfreiheit ist ein Leitmotiv der Regulierung. Diskriminierungsfrei bedeutet, dass wesentlich gleiche Zugangsberechtigte ohne sachlichen Grund nicht unterschiedlich behandelt werden dürfen.¹⁴ Künftig wird die Bundesnetzagentur zusätzlich die ex-ante Kalkulation der Betreiber prüfen und genehmigen. Damit ist den Eisenbahnverkehrsunternehmen künftig eine zivilrechtliche Billigkeitsprüfung der Entgelte gemäß § 315 BGB nicht mehr möglich (vgl. § 45 Absatz 2 ERegG-E). Sie können allerdings vor dem Verwaltungsgericht gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörde vorgehen.

3.1.1.4 Ausnahmen von der Regulierung durch aufsichtsrechtliche Maßnahmen

Das ERegG-E begrenzt grundsätzlich die Preise ex-ante. Gleichwohl nennt das ERegG-E drei Ausnahmen, bei denen die Trassenpreise nach Prüfung durch die Regulierungsbehörde auch über die festgelegten Preise hinausgehen dürfen¹⁵:

- Änderungen einer qualifizierten Regulierungsvereinbarung im Sinne des § 29 Absatz 2 ERegG-E, die einen gegenüber dem Ausgangsniveau der Obergrenze der Gesamtkosten mehr als geringfügig veränderten Aufwand für Instandhaltung oder Ersatzinvestitionen für ein Jahr innerhalb der Regulierungsperiode verursachen.
- Erhöhung des Eigenmitteleinsatzes bei umfangreichen Ausbau- oder Neubauvorhaben innerhalb der Regulierungsperiode, der im Ausgangsniveau der Obergrenze der Gesamtkosten nicht berücksichtigt wurde.
- Erhöhung des Eigenmitteleinsatzes durch Instandsetzungen auf Grund von Schäden an der Eisenbahninfrastruktur durch schwere Unwetter, schwere Unfälle oder rechtswidrige Zerstörungen durch Dritte in erheblichem Umfang.

Das Abweichen von der ex-ante-Preisvorgabe ist ein Systembruch. Wirtschaftsunternehmen sind von nicht beeinflussbaren und unvorhergesehenen Kosten betroffen. Insofern sind in der Bemessung des Produktivitätsfaktors bereits die durchschnittlichen, unbeeinflussbaren Kosten der deutschen Wirtschaft enthal-

¹⁴ Vgl. zur Diskriminierung im Eisenbahnrecht in der BVerwG-Rechtsprechung: Stürer, DVBl 2015, S. 1502ff (1503f).

¹⁵ Vgl. §§ 25 Absatz 3, 27 Abs. 1 ERegG-E.

ten.¹⁶ Zudem können Risiken versichert werden. Außerdem hat der Bund in der Vergangenheit z. B. Hochwasserschäden übernommen.

Aus Sicht des Bundesrechnungshofes sollten im Gesetzentwurf alle Regelungen entfallen, nach denen nachträglich die Preise entgegen den grundsätzlichen Regulierungsvorgaben erhöht werden dürften.

3.1.2 Qualifizierte Regulierungsvereinbarungen

Daneben sieht der Gesetzentwurf sog. „qualifizierte Regulierungsvereinbarungen“ vor. Dies soll die Vorgaben aus der Richtlinie zu den sogenannten „vertraglichen Vereinbarungen“ umsetzen. Es ist davon auszugehen, dass damit Vereinbarungen wie die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung (LuFV¹⁷) gemeint sind. Ausdrücklich ist dies weder im Gesetzentwurf noch in der Begründung dazu erwähnt. Allerdings ist Nummer 6 der Präambel zur LuFV II zu entnehmen, dass diese „den Vorgaben der Richtlinie 2012/34/EU“ folgen will. Den Betreibern der Infrastruktur würden Anreize zur Senkung der Kosten gesetzt.

Ob die LuFV II den Vorgaben der Richtlinie überhaupt „folgen“ kann, hängt allerdings nicht vom Willen der LuFV II – Vertragspartner ab. Denn die Entscheidung, vertragliche Vereinbarungen als Alternative zur Anreizregulierung zuzulassen, trifft der Gesetzgeber (vgl. 3.1).

Der Bundesrechnungshof hält den Begriff Regulierungsvereinbarungen zudem für missverständlich. Denn Regulierung setzt nach herkömmlichem Verständnis einen hoheitlichen Eingriff voraus. Eine vertragliche Vereinbarung ist danach keine Regulierung. Der Entwurf des Regulierungsgesetzes sollte den Begriff Regulierung definieren und die vertraglichen Vereinbarungen nicht als Regulierungsvereinbarungen bezeichnen.

Hierzu nimmt BMVI wie folgt Stellung:

Im Gesetzentwurf werden vertragliche Vereinbarungen als Alternative zur Anreiz-

¹⁶ Bundesnetzagentur: Auswertung der Stellungnahme der DB zum ERegG-E vom 08.04.2015.

¹⁷ Zwischen der ersten Vereinbarung LuFV und der Folgevereinbarung LuFV II wird hier nur unterschieden, soweit dies erforderlich ist.

regulierung zugelassen. Ob eine vertragliche Vereinbarung den regulatorischen Anforderungen genügt, wird von der Bundesnetzagentur auf der Grundlage des ERegG geprüft.

Der Betreiber der Schienenwege ist nicht gezwungen, eine Vereinbarung als qualifizierte Regulierungsvereinbarung anerkennen zu lassen. Er kann einen Antrag nach § 30 ERegG-E auf Anerkennung stellen, dazu ist er aber nicht verpflichtet.

Der Begriff der Regulierungsvereinbarung wird nur im Kontext der Eisenbahnregulierung verwendet, um zu zeigen, dass eine konkrete Finanzierungsvereinbarung auch der Regulierung dient, indem sie Anreize setzt.

Abschließende Bewertung des Bundesrechnungshofes

Der Hinweis, der Betreiber sei nicht zum Antrag verpflichtet, bestärkt die Kritik des Bundesrechnungshofes. Wie die Regulierungsbehörde eingebunden ist, liegt damit im Belieben des Netzbetreibers. Dies widerspricht dem Wesen dieser Form der Eingriffsverwaltung.

Die Prüfung der Regulierungsvereinbarung bezieht sich zudem gerade nicht auf die Anreizsetzung, die die Bundesnetzagentur unterstellen muss, sobald Pönnen enthalten sind.

Der Begriff der Regulierungsvereinbarung wird nur im Kontext der Eisenbahnregulierung verwendet, weil es in keinem anderen Bereich solche Vereinbarungen gibt.

Die Ausführungen des BMVI sind widersprüchlich. An anderer Stelle trägt es vor, eine Anreizsetzung durch andere Behörden als die Bundesnetzagentur erfolge nicht. Hier trägt das BMVI vor, qualifizierte Regulierungsvereinbarungen dienen der Regulierung, indem sie Anreize setzten. Bei den qualifizierten Regulierungsvereinbarungen setzt aber gerade nicht die Bundesnetzagentur Anreize. Dass Vereinbarungen, auf deren Zustandekommen die Regulierungsbehörde keinerlei Einfluss hat, „der Regulierung dienen“ sollen, zeigt zudem, wie wenig effizient das neue Regulierungssystem sein wird.

3.1.2.1 Inhalte einer qualifizierten Regulierungsvereinbarung

Die Anlage 5 des ERegG-E beabsichtigt die Umsetzung des Anhangs 5 der Richtlinie. Dabei geht es um verpflichtende Inhalte einer „vertraglichen Vereinbarung“ im Sinne der Richtlinie. Ob z. B. die LuFV II als solche anerkannt werden kann, richtet sich damit nach den Kriterien dieser Anlage. Die deutsche Umsetzung der europäischen Vorgaben verzichtet auf die Übernahme der Kriterien

- Nummer 4 des Anhangs 5 der Richtlinie: Danach sind der mögliche Instandhaltungsrückstand und die außer Betrieb genommenen Vermögenswerte einzubeziehen.
- Nummer 8 des Anhangs 5 der Richtlinie: Diese befasst sich mit Regeln für den Umgang mit Betriebsstörungen und Notfällen.
- Nummer 9 des Anhangs 5 der Richtlinie: Danach sind Abhilfemaßnahmen für die Nichterfüllung der vertraglichen Verpflichtungen oder für außergewöhnliche Umstände vorzusehen. Dabei sind auch Neuverhandlungen und die vorzeitige Kündigung zu regeln.

Nach dem Gesetzentwurf gibt es zu Nummer 4 des Anhangs nicht notwendigerweise bei jedem Betreiber einen Instandhaltungsrückstand. Ein Mehrwert seiner ausdrücklichen Feststellung in einer Regulierungsvereinbarung sei nicht ersichtlich. Dies zu beurteilen, obliegt jedoch nach Auffassung des Bundesrechnungshofes nicht dem nationalen Gesetzgeber. Die Vorgaben der Richtlinie sind insoweit bindend.

Instandhaltungsarbeiten, die auf den Eisenbahnverkehrsunternehmen unbekannten Instandhaltungsrückständen beruhen, führen für diese zu unerwarteten Trassenpreissteigerungen. Nach dem ERegG-E können diese Preissteigerungen sogar die laufende Regulierungsperiode betreffen (vgl. 3.1.1.4). Zudem sind solche Instandhaltungsarbeiten bei vertikal integrierten Eisenbahnunternehmen ein potentielles Risiko für den Wettbewerb.¹⁸ Regulierungsvereinbarungen sollten daher auch Auskunft darüber geben, ob und in welcher Höhe ein Instandhaltungsrück-

¹⁸ Vgl. Autorité de la concurrence, Frankreich, Avis 13-A-14 du 4 octobre 2013 relatif au projet de loi portant réforme ferroviaire, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/13a14.pdf> S. 12.

stand besteht.

Zur Stilllegung verweist die Begründung zum Gesetzentwurf auf § 11 AEG (Beantragung von Stilllegungen bei der Aufsichtsbehörde). Stilllegungen können aufgrund des Wegfalls von Instandsetzungsarbeiten zu fallenden Trassenkosten führen. Diese werden erst in der nächsten Regulierungsperiode bei der Kalkulation der Trassenpreise preismindernd berücksichtigt. Wettbewerbern der DB-Eisenbahnverkehrsunternehmen sollte diese wettbewerbsrelevante Information nicht vorenthalten werden. Zudem ergibt sich aus der bloßen Möglichkeit der Stilllegung durch EIU gem. § 11 AEG nicht, welche Infrastruktur stillgelegt werden wird. Eine solche Präzisierung wäre aber mit Blick auf die Formulierung „die außer Betrieb genommenen Vermögenswerte“ in Anhang V der Richtlinie erforderlich.

Zu Nr. 8 verweist die Begründung zum Gesetzentwurf auf Sondermaßnahmen bei Störungen. Jedoch sind auch diese in der Richtlinie vorgesehen (Artikel 54 der Richtlinie). Nach dem ERegG-E sind auch Trassenpreiserhöhungen aufgrund von Notfallmaßnahmen vorgesehen (vgl. 3.1.1.4). Insofern sollte auch diese Information den Wettbewerbern der DB-Eisenbahnverkehrsunternehmen nicht vorenthalten werden.

Zu Nr. 9 ist in der Begründung zum Gesetzentwurf ausgeführt, dass allgemeine Regelungen als Umsetzung ausreichen. Dies ist nicht schlüssig, weil die Richtlinie ja gerade sektorspezifische Regelungen herbeiführen will.

Der Bundesrechnungshof ist der Auffassung, dass Anhang 5 der Richtlinie vollständig und im Wortlaut in nationales Recht umgesetzt werden muss.

Zudem hat der Bundesrechnungshof Zweifel, ob die LuFV II in der aktuellen Fassung vollständig die Anforderungen des Anhangs 5 der Richtlinie erfüllt. Dies hat der Bundesrechnungshof dem BMVI in den als Anlage 1 und 2 beigefügten Schreiben bereits mitgeteilt (Schreiben vom 13.04.2015 und vom 01.12.2015).

3.1.2.2 Anreize durch qualifizierte Regulierungsvereinbarungen

Die LuFV II deckt einen erheblichen Teil der potentiell einer Regulierung zugänglichen Tätigkeit bundeseigener Eisenbahninfrastrukturunternehmen bereits ab. Die LuFV II sieht in den Jahren 2015 bis 2019 rund 20 Mrd. € Zuwendungen für die Eisenbahninfrastrukturunternehmen vor.¹⁹ Über eine weitere Vereinbarung nach dem Vorbild der LuFV, die Bedarfsplan-Umsetzungsvereinbarung (BUV), wird derzeit verhandelt. Die bisherige, projektbezogene Finanzierung von Maßnahmen aus dem Bedarfsplan²⁰ soll durch eine Vereinbarung ersetzt werden. Sie könnte ein Volumen von mehr als einer Milliarde Euro pro Jahr haben. Die LuFV II sowie die BUV könnten als qualifizierte Regulierungsvereinbarungen im Sinne des Gesetzentwurfs zu werten sein. Möglicherweise ist die LuFV II um einzelne Merkmale zu ergänzen. Die qualifizierten Regulierungsvereinbarungen kann die Regulierungsbehörde nur ex-post genehmigen. Ein ex-ante-Eingriff der Bundesnetzagentur ist nicht vorgesehen.

Gemäß § 29 Absatz 3 des Gesetzentwurfs liegt ein Anreiz in einer Regulierungsvereinbarung vor, wenn

- dem Betreiber der Schienenwege staatliche Mittel für Instandhaltung oder Investitionen zugesagt werden und
- Vertragsstrafen für den Fall der Nichterreichung der vertraglich vereinbarten Ziele durch den Betreiber der Schienenwege vorgesehen sind.

Soweit dies der Fall ist, ist die Regulierungsbehörde nach der Formulierung des § 29 Absatz 3 ERegG-E nicht befugt zu prüfen, ob hinreichende Anreize vorhanden sind. Die Anreize sind zu unterstellen.

Die Begründung zum Gesetzentwurf führt zu den Regulierungsvereinbarungen aus (Nr. 2.3.7 im Allgemeinen Teil):

„Ein vertraglicher Anreiz zur Senkung der mit der Schienenwegbereitstellung verbundenen Kosten ist in jedem Fall dann gesetzt, wenn dem Betreiber der Schienenwege staatliche Mittel für Instandhaltung oder Investitionen zur Verfü-

¹⁹ Vgl. http://www.eba.bund.de/DE/HauptNavi/Finanzierung/LuFV/lufv_node.html

²⁰ Anlage zu § 1 Bundesschienenwegeausbaugesetz.

gung gestellt werden. Dieser Vertragsbestandteil bewirkt unmittelbar eine Senkung der vom Betreiber der Schienenwege zu deckenden Kosten. Denn der Betreiber der Schienenwege muss die Aufwendungen, die durch staatliche Mittel gedeckt werden, nicht mehr über den Trassenpreise erwirtschaften.“

Im Gesetzentwurf ist darüber hinaus auch für die von der Regulierungsvereinbarung erfassten Eigenmittel geregelt: „Besteht eine qualifizierte Regulierungsvereinbarung ist durch die Regulierungsbehörde festzustellen, in welcher Höhe das Ausgangsniveau der Gesamtkosten durch Mittel gedeckt wird, die Gegenstand dieser Vereinbarung sind. ... Auf den nach Satz 1 festgestellten Betrag ist bei der Ermittlung der Obergrenze der Gesamtkosten nach § 25 Absatz 2 weder ein Inflationsausgleich noch ein Produktivitätsfortschritt in Anrechnung zu bringen. Der durch die qualifizierte Regulierungsvereinbarung gesetzte Anreiz nach Absatz 2 und 3 ist für den Anteil der Gesamtkosten, der durch Mittel gedeckt wird, die Gegenstand einer qualifizierten Regulierungsvereinbarung sind, abschließender Anreiz im Sinne von Artikel 30 Absatz 1 der Richtlinie 2012/34/EU.“²¹

Aus Sicht des Bundesrechnungshofes setzt der Gesetzentwurf nicht die richtigen Akzente. Zwar sieht die Richtlinie die Möglichkeit vertraglicher Vereinbarungen vor. Zudem dürfte im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH formaljuristisch vertretbar sein, dass eine Vereinbarung wie die LuFV theoretisch geeignet sein kann, Anreize zu setzen.²²

Das Zusammenspiel von gesetzlichen Regelungen und Gesetzesbegründung erweckt jedoch den Eindruck, als sei eine echte Anreizsetzung bereits bei einer Bereitstellung staatlicher Mittel mit einer wie auch immer gearteten Vertragsstrafe zu unterstellen. Dies ist jedoch für sich kein Anreiz. Vielmehr kommt es darauf an, ob die qualifizierte Regulierungsvereinbarung den Netzbetreiber so zu stellen vermag, als agiere er in einem wettbewerblichen Umfeld. Es sind eine effiziente Verwaltung der Schienenwege, Kostensenkungen und wirtschaftlich sinnvolles Agieren der Infrastrukturbetreiber sicherzustellen. Die LuFV ist bisher den Beweis dafür schuldig geblieben, dass sie in der Praxis tatsächlich derartige wirksame Effizienzanreize zu setzen vermag.

²¹ § 29 Absatz 5 ERegG-E.

²² EuGH C-556/10 vom 28.02.2013, Nr. 103 ff.

Ob Vertragsstrafen in der Praxis zu Anreizen im Sinne einer Anreizregulierung führen, kann die Regulierungsbehörde nach dem Gesetzentwurf nicht überprüfen. Sie ist lediglich befugt, ex-post eine solche qualifizierte Regulierungsvereinbarung zu genehmigen. Dies ist auch ein Bruch mit dem eigentlich vorgesehenen Wechsel zu einem ex-ante-System.

Gemäß dem Entwurf sind staatliche Mittel im Gegensatz zu den Eigenmitteln nicht trassenpreiswirksam. Wenn schon im Gesetzesentwurf nicht für alle Mittel einer Regulierungsvereinbarung ein Anreiz gesetzt wird, so sollte dieser doch zumindest für die Eigenmittel bestehen. Andernfalls können mittels Regulierungsvereinbarung sämtliche Eigenmittel aus der aufsichtsrechtlichen Regulierung herausgenommen werden. Aus Sicht des Bundesrechnungshofes ist deshalb bei Eigenmitteln ein Anreiz mittels Aufsichtsmaßnahme zu schaffen.

Der Bundesrechnungshof hält es für erforderlich, wenigstens für die Eigenmittel insgesamt einen Inflationsausgleich und einen Produktivitätsfortschritt in Anrechnung zu bringen.

3.1.2.3 „Nachbesserung“ von qualifizierten Regulierungsvereinbarungen

Für bereits bestehende Regulierungsvereinbarungen sieht der Gesetzentwurf ein „Nachbesserungsverfahren“ vor. Will die Regulierungsbehörde die Anerkennung als qualifizierte Regulierungsvereinbarung verweigern, muss sie ein kompliziertes Verfahren in Gang setzen, das ihre Bedenken beseitigen soll. Dabei soll sie erneut die Anreize nicht selbst gestalten können. Ob sich dieses Verfahren nach § 80 Absatz 7 des Gesetzentwurfs in der Praxis bewähren wird, bezweifelt der Bundesrechnungshof. So wäre etwa die Neuverhandlung der LuFV II – ebenso wie die Verhandlungen über einen Zusatzvertrag dazu – voraussichtlich sehr kompliziert und zeitaufwendig. Der Erfolg solcher Verhandlungen wäre im Ergebnis abhängig von der Bereitschaft aller Vertragspartner ggf. auch für sie nachteilige Regelungen zu vereinbaren.

3.1.2.4 Fazit zu den qualifizierten Regulierungsvereinbarungen

Die Kombination aus Regulierungsvereinbarungen und ex-ante-Regulierung wird zu Verwaltungseffizienzen führen: Die Genehmigung der qualifizierten Regulierungsvereinbarung führt im Falle der LuFV II zu folgender Situation: Eine Behörde (Bundesnetzagentur, BNetzA) bewertet eine Vereinbarung, die eine andere Behörde (Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur; BMVI) mit Unterstützung einer weiteren Behörde (Eisenbahn-Bundesamt, EBA) mit einem im Eigentum des Staates stehenden Unternehmen geschlossen hat. Ggfs. sind alle Akteure in das „Nachbesserungsverfahren“ umfangreich eingebunden. Alle an diesen Verfahren beteiligten Stellen müssen umfangreiche Personal- und Sachmittel bereithalten, um die zugrundeliegenden Sachverhalte überhaupt bewerten zu können.²³

Der Bundesrechnungshof hält diese im Gesetzentwurf vorgesehene Arbeitsteilung insgesamt nicht für effizient. Sie führt dazu, dass mehrere Behörden umfassende Kompetenzen u. a. in den Bereichen Ingenieurwesen, Betriebswirtschaft und Rechtswissenschaft vorhalten müssen. Sie werden Parallelstrukturen für identische Aufgaben vorhalten müssen. Eine Arbeitsteilung etwa in dem Sinne, ausschließlich einer Behörde die Verantwortung für Anreizsetzung zuzuweisen, sieht der Gesetzentwurf nicht vor. Dabei wäre eine solche Konzentration verwaltungsökonomisch. Sie sollte bei der Stelle erfolgen, die nach den Vorgaben der Richtlinie mit der Unabhängigkeit einer Regulierungsbehörde ausgestattet wird.

Die beschränkte Genehmigungsmöglichkeit der qualifizierten Regulierungsvereinbarungen führt insgesamt zu einer faktischen Entmachtung der Regulierungsbehörde. Denn lediglich die nicht vertraglich vereinbarten Eigenmittel unterliegen ihrer Regulierung. Zudem kann sie nicht ex-ante über die wesentlichen Anreize entscheiden. Auch im Nachbesserungsverfahren gemäß § 80 Absatz 7 ERegG-E kann sie kaum gestalten. Dies hält der Bundesrechnungshof nicht für angemessen. Zudem widerspricht es dem Wesen des regulierten Netzzugangs (vgl. 3.1.1.2). Angesichts der Kapazitäten, die bei der Bundesnetzagentur aufgebaut werden sol-

²³ Die Regulierungsbehörde führt nach dem Gesetzentwurf eine Marktüberwachung durch und stellt auch der Europäischen Kommission jährlich die erforderlichen Informationen über die Nutzung der Schienennetze und die Entwicklung der Rahmenbedingungen im Eisenbahnsektor bereit. Damit erhebt sie auch umfangreich Daten, die im Zusammenhang mit den Regulierungsvereinbarungen relevant sind.

len, sollte die Regulierungsbehörde auch im Eisenbahnbereich in der Lage sein, selbst ex-ante über die wesentlichen Anreize als Kernbestand des Regulierungssystems zu entscheiden.

Der Bundesrechnungshof hält es für geboten, der Regulierungsbehörde auch eine eigene Gestaltungsmacht im Zusammenhang mit der LuFV sowie möglichen anderen Regulierungsvereinbarungen zu geben. Den Betreibern der Schienenwege des Bundes sollten echte Anreize in der LuFV oder auf andere Weise gesetzt werden können, die Mittel effizient einzusetzen.

Der Bundesrechnungshof hält es für erforderlich, die Zuständigkeiten für die Anreizsetzung bei der Bundesnetzagentur zu konzentrieren. Diese sollte kraft eigener Kompetenz ex-ante über alle wesentlichen Aspekte entscheiden können. Dies entspricht dem Geist der Richtlinie, die die Regulierungsbehörde als maßgebliche Instanz für die Regulierung ansieht und daher Regelungen für ihre Unabhängigkeit enthält.

Die Bundesnetzagentur bringt aus ihrer Tätigkeit in den anderen Netzsektoren die Kompetenz für eine effektive ex-ante-Anreizregulierung mit. Eine wesentliche Aufgabe einer Regulierungsbehörde ist es dabei, das unternehmerische Risiko zu bewerten. Im Gesetzentwurf sollte dies auch für die Regulierungsvereinbarungen ausdrücklich geregelt werden. Der Bundesrechnungshof hält eine schlanke und effiziente Anreizregulierung im Eisenbahnbereich für geboten, weil die wesentlichen Akteure dem Staat zugerechnet werden können. Der Aufbau von Mehrfachstrukturen sollte vermieden werden.

Das BMVI führt in seiner Stellungnahme (zu den Nrn. 0.5 und 3.1.2.4) aus:

Eine Anreizsetzung durch andere Behörden erfolgt nicht. Die Bundesnetzagentur setzt die gesetzlich vorgesehenen Anreize um, indem sie das Recht anwendet.

Materielle Regelung

Die Richtlinie gibt den Mitgliedstaaten in Art. 30 die Möglichkeit, die Anreize zur

Kosten- und Trassenpreissenkung entweder durch Vereinbarung oder durch sog. aufsichtsrechtliche Maßnahmen zu setzen.

Zur Umsetzung wird ein möglichst einfaches System (Ist-Kosten zuzüglich einer Inflationsrate abzüglich eines Produktivitätsfortschritts) eingeführt. Anreize können auch im Wege einer Vereinbarung erfolgen. Anreize zur Kostensenkung und Trassenpreissenkung liegen insbesondere dann vor, wenn in der Vereinbarung staatliche Mittel zugesagt werden und Vertragsstrafen vereinbart sind. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass vertraglich zugesagte staatliche Zuwendungen ein entscheidender Baustein für die Trassenpreissenkung sind. Denn dieser Vertragsbestandteil setzt nicht nur den von Artikel 30 der Richtlinie 2012/34/EU geforderten Anreiz zur Senkung der Kosten, die vom Betreiber der Schienenwege zu decken sind, und der Trassenpreise, sondern er bewirkt das Ergebnis der Anreizsetzung, also die Senkung selbst, auf direktem Wege. Denn der Betreiber der Schienenwege muss die Aufwendungen, die durch staatliche Mittel gedeckt werden, nicht mehr über den Trassenpreise erwirtschaften. Dadurch sinken die dem Betreiber entstehenden Kosten und die Trassenpreise unmittelbar.

Solche Vereinbarungen, die der Finanzierung und Qualität der Infrastruktur dienen, werden im Rahmen der Regulierung berücksichtigt (qualifizierte Regulierungsvereinbarungen). Um Doppelregelungen zu vermeiden, entfällt für diesen Bereich die sonstige Anreizsetzung.

Zuständigkeit der BNetzA

Die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur als Regulierungsbehörde ist die Rechtsanwendung, d.h. hier die Prüfung, ob die Vereinbarung eine qualifizierte Regulierungsvereinbarung darstellt. Dies ist der Fall, wenn sie Anreize setzt: In der im Gesetzentwurf in § 29 Abs. 3 Satz 1 konkret genannten Konstellation prüft die Bundesnetzagentur in Anwendung des Rechts das Vorliegen der genannten Voraussetzungen. In diesem Fall hat der Gesetzgeber bereits bewertet, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen Anreize vorliegen. In allen anderen Fällen führt die Bundesnetzagentur eine eigenständige Prüfung der Anreizwirkung der Vereinbarung durch. Bei einer Regulierungsvereinbarung handelt es sich um eine Vereinbarung zwischen der öffentlichen Hand und einem Eisenbahnunternehmen.

Durch die vom Bundesrechnungshof für geboten gehaltene eigene Gestaltungs-

macht der Regulierungsbehörde im Zusammenhang mit Regulierungsvereinbarungen, würden erst die Parallelstrukturen geschaffen, die er in seiner Stellungnahme beklagt.

Mehrfachstrukturen

Die Einhaltung der Vorgaben der LuFV wird durch das Eisenbahn-Bundesamt zusammen mit dem BMVI sowie einem Wirtschaftsprüfer überprüft. Es ist nicht Aufgabe der Regulierungsbehörde, die Einhaltung einer Finanzierungsvereinbarung zu überwachen.

Vertragliche Verpflichtungen zur Finanzierung der Infrastruktur einerseits und zur Erhaltung der Infrastruktur auf einem definierten Qualitätsniveau andererseits können grundsätzlich auch der Regulierung dienen. Ob eine derartige Vereinbarung auch zur Anreizsetzung im Bereich der Regulierung geeignet ist, entscheidet die BNetzA auf der Grundlage der Vorgaben des ERegG.

Mehrfachstrukturen existieren daher nicht. EBA und BNetzA erfüllen ihre jeweils eigenen Aufgaben ohne die Belange der anderen Behörde berücksichtigen zu müssen. Die BNetzA kann keine Vorgaben zur Gestaltung der LuFV machen. Die abgeschlossene LuFV wird von der BNetzA lediglich daraufhin geprüft, ob sie eine (qualifizierte) Vereinbarung im Sinne des ERegG und damit ein Instrument der Regulierung ist. Parallelstrukturen für identische Aufgaben werden daher nicht vorgehalten.

Abschließende Bewertung des Bundesrechnungshofes

Wenn das BMVI vorträgt, Parallelstrukturen würden erst dadurch entstehen, dass die Anreizsetzung bei der Bundesnetzagentur konzentriert wird, so ist dies unzutreffend. Der Bundesrechnungshof tritt insgesamt gegen die Vermengung von vertraglichen Vereinbarungen und Regulierung („Regulierungsvereinbarung“) ein. Die Anreizregulierung sollte nur durch eine Stelle erfolgen. Nur diese müsste dann die fachliche Kompetenz für die Anreizregulierung vorhalten. Es ist aus Sicht des Bundesrechnungshofes nicht sinnvoll, zahlreiche Stellen bei der Bundesnetzagentur zu schaffen und diese gleichzeitig im Wesentlichen ihrer Kernkompetenz – der Anreizregulierung – zu berauben.

Mehrfachstrukturen entstehen durch das Nebeneinander von Regulierung und Regulierungsvereinbarung, nicht durch die vom Bundesrechnungshof vorgeschlagene Konzentration auf eine für die Anreizregulierung zuständige Stelle.

3.1.3 Bürokratie und unklare Regelungen

Der Gesetzentwurf soll die Richtlinie grundsätzlich 1:1 umsetzen.²⁴ Tatsächlich finden sich jedoch an vielen Stellen Ausnahmen von der Richtlinie. Der Gesetzentwurf enthält zahlreiche Bestimmungen, die vermeidbare Folgekosten durch bürokratische Verfahren oder Rechtsstreitigkeiten hervorrufen könnten. Offene Fragen im Hinblick auf die Umsetzung von europäischem Recht könnten bereits durch eine Änderung des Entwurfs beantwortet werden, damit sie nicht im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens erörtert werden müssen. Im Einzelnen:

3.1.3.1 Ausnahmeregelungen

Der Gesetzentwurf sieht Ausnahmen von den Vorgaben der Richtlinie vor, die im Europarecht nicht enthalten sind. Aus Sicht des BMVI sieht die Richtlinie Ausnahmemöglichkeiten für Mitgliedstaaten insbesondere in Artikel 2 vor. Dem ist entgegen zu halten, dass die Richtlinie nicht abstrakt die Möglichkeit von Ausnahmen vorsieht. Vielmehr nennt sie bestimmte Ausnahmemöglichkeiten. Der Gesetzentwurf geht jedoch über diese Möglichkeiten hinaus.

Regelmäßig begründet der Gesetzentwurf die Abweichungen von den Vorgaben der Richtlinie mit dem „heterogenen deutschen Eisenbahnsektor“. Bedauerlich ist, dass während der Konsultationen zur europäischen Richtlinie versäumt wurde, die deutschen Interessen so einzuspeisen, dass der Richtlinienentwurf die Heterogenität von Märkten bereits berücksichtigt.

Meist obliegt es der Regulierungsbehörde, über solche Ausnahmen zu entscheiden. Betroffen sind Kernpunkte wie die Entflechtung (§§ 7 Absatz 6 E-RegG-E, § 2 Absatz 4, 5 und 9 E-RegG-E) und die Entgeltregulierung (§ 27 Absatz 1 E-RegG-E) aber auch andere Bereiche (z. B. die Darstellung des Anlagevermögens des Betreibers der Schienenwege gemäß § 24 Absatz 3 E-RegG-E oder die Regulierung von Werksbahnen gemäß § 15 E-RegG-E). Auf ausgewählte Ausnahmen

²⁴ <http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2016/0022-16.pdf>, S. 1

geht der Bundesrechnungshof nachfolgend ein.

3.1.3.2 Regulierung von Wartungseinrichtungen

Wartungseinrichtungen sollen nach § 63 des Regulierungsgesetzentwurfes grundsätzlich nicht von der Regulierung erfasst sein.²⁵ Die Ausnahmeregelungen zu den Wartungseinrichtungen in § 63 des Regulierungsgesetzentwurfes sind so in der Richtlinie nicht vorgesehen. Vielmehr gewährt die Richtlinie einen Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu Serviceeinrichtungen. Zu den Serviceeinrichtungen zählt die Richtlinie nach ihrem Anhang 2 auch Wartungseinrichtungen.

Ob die Ausnahmeregelung bestehen bleiben soll, wird der Gesetzgeber auf der Grundlage eines Berichts der Regulierungsbehörde entscheiden. Diesen muss sie bis zum 31. Dezember 2018 vorlegen. Im geltenden Recht ist noch vorgesehen, dass die Regulierungsbehörde einen solchen Bericht bis zum 30. Juni 2017 erstellt (§ 14 Absatz 10 AEG). Für bedenklich hält der Bundesrechnungshof, dass ein solcher Bericht nicht schon vor Verabschiedung einer gesetzlichen Ausnahmeregelung vorliegt. Nach den Ausführungen in der Begründung zum Gesetzentwurf sind die Stellungnahmen des Eisenbahnsektors die Grundlage dafür, Wettbewerb in diesem Bereich anzunehmen. Dies hält der Bundesrechnungshof nicht für eine hinreichende Grundlage. Eine kompetente staatliche Stelle zur Beurteilung dieser Frage ist die Monopolkommission. Diese sieht jedoch eine solche Regelung kritisch.²⁶ Bisher sind Wartungseinrichtungen von der Regulierung erfasst. Die Konformität dieser Regulierung mit Verfassungs- und Europarecht ist gerichtlich bestätigt.²⁷ Ein Entlassen der Wartungseinrichtungen aus der Regulierung sollte allenfalls auf der Grundlage einer Stellungnahme der Bundesnetzagentur erwogen werden. Eine Ausnahme sollte dann vor Inkrafttreten hinreichend mit den kompetenten Stellen, auch auf europäischer Ebene, erörtert werden.

Hierzu nimmt BMVI wie folgt Stellung:

Regulierung ist kein Selbstzweck. Insbesondere bei bestehendem Wettbewerb stellt Regulierung einen unnötigen Eingriff in einen funktionierenden Markt dar. Auf der Grundlage der Stellungnahmen des Eisenbahnsektors bedarf der Bereich der

²⁵ Gemäß § 81 ERegGE ist diese Ausnahme befristet: Die §§ 63 bis 65 sind ab dem 1. Januar 2021 nicht mehr anzuwenden.

²⁶ http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s69_volltext.pdf, S. 10.

²⁷ OVG Münster N&R 2013, 167 ff.

Wartungseinrichtungen keiner Regulierung. Daher wurden befristet Ausnahmen von den allgemeinen Regelungen für Wartungseinrichtungen vorgesehen. Die Regulierungsbehörde erstellt nach Maßgabe des § 65 zum 31. Dezember 2018 einen Bericht für die Bundesregierung zur Frage, ob auf den Märkten für Wartungseinrichtungen Verhältnisse bestehen, die einem unverfälschten Wettbewerb entsprechen.

Abschließende Bewertung des Bundesrechnungshofes

Der Bundesrechnungshof teilt die Auffassung, dass die Regulierung kein Selbstzweck ist. Er setzt sich jedoch dafür ein, dass jeder personelle und finanzielle Aufwand, der für Regulierung betrieben wird, durch die mögliche Förderung des Wettbewerbs durch die Regulierung gerechtfertigt ist. Der Gesetzentwurf geht einen anderen Weg, indem er Verwaltungsstrukturen für eine Regulierung schafft, die in der Praxis kaum Auswirkungen haben wird.

Die Richtlinie sieht grundsätzlich eine eng begrenzte Ausnahmemöglichkeit für die Regulierung vor. Demnach dürfen Anträge nur abgelehnt werden, wenn tragfähige Alternativen vorhanden sind, die es ermöglichen, den betreffenden Güter- und Personenverkehrsdienst auf denselben Strecken oder Alternativstrecken unter wirtschaftlich annehmbaren Bedingungen durchzuführen.²⁸

Nach dem Wortlaut handelt es sich insoweit um eine Einzelfall-Ausnahme. Es ist – bezogen auf den konkreten Antrag – zu prüfen und nachzuweisen, dass Alternativen bestehen. Eine gesetzliche Regelung für einen ganzen Bereich sprengt diesen Rahmen. Zudem ist gerade nicht nachgewiesen, dass Alternativen bestehen, weil die Untersuchung der Netzagentur noch nicht vorliegt und die Monopolkommission die Bestimmung kritisch sieht. Die Stellungnahme des BMVI begründet damit nicht hinreichend die Ausnahme für Wartungseinrichtungen.

„Stellungnahmen des Eisenbahnsektors“ hält der Bundesrechnungshof zudem nicht für eine ausreichende Grundlage für eine Ausnahme von der Richtlinie.

²⁸ Vgl. Art. 13 Absatz 4 der Richtlinie.

3.1.3.3 Inkrafttreten des Gesetzes

Als eine weitere Ausnahme sieht § 80 des Regulierungsgesetzesentwurfes für bestimmte Vorgaben des Gesetzes vor, dass diese erst mit Verzögerung in Krafttreten. Im Hinblick auf die bereits seit längerer Zeit bekannten Vorgaben der Richtlinie, deren 1:1-Umsetzung beabsichtigt ist, hält der Bundesrechnungshof die dort genannten Zeiträume für unangemessen lang. Es besteht die Gefahr, dass die Richtlinie erst nach Ablauf der Fristen als umgesetzt gilt.

Hierzu nimmt BMVI wie folgt Stellung:

Die Übergangsregelung soll praktische Probleme bei der Anwendbarkeit verschiedener Rechtsregimes vermeiden.

Abschließende Bewertung des Bundesrechnungshofes

Der Bundesrechnungshof hält den abstrakten Hinweis auf praktische Probleme nicht für geeignet, derartige Bestimmungen zu begründen. Das BMVI hätte insoweit darlegen müssen, welche praktischen Probleme sich nicht durch eine klare Rechtssetzung vermeiden lassen.

3.1.3.4 Keine Umsetzung / Nachträgliche Entbindung

Andere Regelungen der Richtlinie setzt der Entwurf mit Blick auf bestehendes Recht nicht um. So ist der Anhang V der Richtlinie in der Anlage 5 des Entwurfs nur unvollständig wiedergegeben (siehe oben 3.1.2.1). Die Begründung hierzu könnte Gegenstand von längeren Auseinandersetzungen mit der Europäischen Kommission sein.

In anderen Fällen kann die Regulierungsbehörde Unternehmen von der Anwendung bestimmter Vorschriften befreien (vgl. § 2 Absatz 4 ERegG-E). Auch dies ist so in der Richtlinie nicht vorgesehen.

3.1.3.5 Generalklausel zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen

Das ERegG-E betont in einer für ein Regulierungsgesetz ungewöhnlichen Weise Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der regulierten Unternehmen. § 4 ERegG-E enthält eine Art „Generalklausel“, auf die in der Folge immer wieder verwiesen wird.

Inhaltlich ist die Regelung missglückt. Aus dem Wortlaut des § 4 Absatz 2 erschließt sich nicht, welche Regelung beabsichtigt ist. Nach der Begründung zum ERegG-E soll geregelt werden, welche Unterlagen der Regulierungsbehörde zur Verfügung zu stellen sind. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut nicht.²⁹ Ebenso bleibt unklar, ob die Vorschrift Unterlagen von Verkehrsunternehmen oder auch Unterlagen von EIU betrifft.

Warum eine solche Regelung überhaupt getroffen werden soll, ist unklar. Die Begründung zum Gesetzentwurf führt aus, der Regulierungsbehörde seien regelmäßig zur Erfüllung ihrer Aufgaben auch Daten mit Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zur Verfügung zu stellen. Dennoch soll „in Ergänzung zur Richtlinie“ geregelt werden, dass dies zur Erfüllung der Aufgaben erforderlich sein muss.

Es besteht die Gefahr, dass die Unternehmen die Vorlage von Unterlagen verweigern, weil diese Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthalten. Ob sie die Unterlagen dennoch vorlegen müssen, würden in der Praxis die Gerichte – möglicherweise in mehreren Instanzen – beschäftigen. Dies kann die Regulierung über einen längeren Zeitraum blockieren.

Eine Generalklausel zur Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen durch Behörden ist im ERegG-E entbehrlich. § 30 VwVfG enthält dazu eine aus-

²⁹ § 4 Absatz 1 Satz 1 ERegG-E legt fest, dass Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu wahren sind, soweit Angaben gegenüber Dritten zu machen sind. Dritte müssen auf die Vertraulichkeit hingewiesen werden. § 4 Absatz 2 ERegG-E regelt, dass die Vorgaben des Absatz 1 nicht für die Behörden gelten, soweit für diese die Kenntnis der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse im Rahmen ihrer jeweiligen Aufgabenerfüllung erforderlich ist. Welche Regelung dieser Wortlaut beabsichtigt, ist unklar. Die in anderen Vorschriften geregelten Vorlagepflichten sind nicht Regelungsgegenstand des § 4 ERegG-E, der auf diese nur verweist.

reichende Regelung. Eine (Regulierungs)Behörde ist nicht berechtigt, Geschäftsgeheimnisse preiszugeben. Sie hat diese vertraulich zu behandeln. Eine sektorspezifische Besonderheit, die eine zusätzliche Regelung erforderlich macht, ist nicht ersichtlich. Eine solche Generalklausel ist auch anderen Regulierungsgesetzen wie dem Telekommunikationsgesetz (TKG), dem Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) oder dem Postgesetz (PostG) fremd. In diesen wird bei einzelnen Sachverhalten auf die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse verwiesen. Diese Verweise dienen insbesondere dazu, deutlich zu machen, welche Unterlagen die Regulierungsbehörde Dritten zugänglich machen darf.³⁰ Nicht vorgesehen ist, dass die Regulierungsbehörde zunächst den Beweis führen muss, dass sie angeforderte Unterlagen zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt.

Es gibt keinen Grund dafür, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Eisenbahnunternehmen intensiver zu schützen als die von Unternehmen in den anderen regulierten Sektoren. Insbesondere Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des zu 100% im Eigentum des Staates stehenden Konzerns DB AG sind nicht schützenswerter als die Betriebs und Geschäftsgeheimnisse der anderen regulierten Unternehmen z. B. in den Bereichen Energie und Telekommunikation.³¹ Zwar ist es typisch für von Regulierung betroffene Unternehmen, auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu verweisen. Oftmals dürfte dies jedoch eher als Flucht vor der Regulierung denn als Sorge um Geschäftsgeheimnisse zu werten sein. Die Regulierungsbehörde sollte kein Misstrauensvotum vom Gesetzgeber erhalten. Die Generalklausel des § 4 Absatz 2 ERegG-E (d.h. insbesondere die Formulierungen „im Rahmen der nach diesem Gesetz übertragenen Aufgaben“ sowie „so weit für diese die Kenntnis der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse im Rahmen ihrer jeweiligen Aufgabenerfüllung erforderlich ist“) ist daher ersatzlos zu streichen. Die regulierten Unternehmen sollten ausnahmslos alle Unterlagen vorlegen müssen, die die Regulierungsbehörde anfordert. Insofern ist in regulierten Bereichen üblich, dass die Regulierungsbehörde sensiblen Passagen Dritten ausschließlich mit Schwärzung zur Einsicht weitergeben darf.³²

³⁰ §§ 12 Absatz 1 S. 3, § 26, § 77a Absatz 3, § 82 Absatz 4, § 87, § 135, § 136 TKG, § 12 f EnWG.

³¹ Vgl. zum Zusammenhang natürliches Monopol – öffentliches Eigentum an einem Unternehmen und Geschäftsgeheimnis: VG Köln Urteil vom 25. Februar 2016 Az. 13 K 5017/13.

³² Vgl. § 71 EnWG.

Hierzu nimmt BMVI wie folgt Stellung:

Die Regelungen zu den Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen entsprechen den Vorgaben der Richtlinie (vgl. u.a. Art. 29 Abs. 4, 39 Abs. 2, 42 Abs. 7 und 57 Abs. 2 der Richtlinie) und sind aus Gründen der Übersichtlichkeit zentral geregelt. § 4 Absatz 2 sieht ausdrücklich vor, dass die allgemeine Regelung zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nicht für die Regulierungsbehörde für die im Rahmen ihrer jeweiligen Aufgabenerfüllung erforderlichen Daten gilt. Beeinträchtigungen der Regulierungsbehörde bei ihrer Aufgabenerfüllung werden daher nicht befürchtet.

Abschließende Bewertung des Bundesrechnungshofes

Die zitierten Artikel der Richtlinie regeln etwas anderes als die Vorlage von Unterlagen bei der Regulierungsbehörde. Es geht dort insbesondere darum, wie Unternehmen mit Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen umgehen müssen. Die Regelung im Gesetzentwurf provoziert mit den Formulierungen „im Rahmen der nach diesem Gesetz übertragenen Aufgaben“ und „soweit für diese die Kenntnis der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse im Rahmen ihrer jeweiligen Aufgabenerfüllung erforderlich ist“ Auseinandersetzungen darüber, was den Behörden vorgelegt werden muss. Die Richtlinie schützt die Unternehmen nicht davor, der Regulierungsbehörde Unterlagen vorzulegen. Das BMVI hat nicht dargelegt, welcher Bedarf für eine Prüfung besteht, ob angeforderte Unterlagen für die Aufgabenerfüllung der Bundesnetzagentur erforderlich sind. Diese Regelung sollte daher gestrichen werden.

3.2 Eigenmittel, LuFV-Mittel und Obergrenze der Kosten

Der Bund gewährleistet, dass dem Wohl der Allgemeinheit, insbesondere den Verkehrsbedürfnissen, beim Ausbau und Erhalt des Schienennetzes der Eisenbahnen des Bundes sowie bei deren Verkehrsangeboten auf diesem Schienennetz, soweit diese nicht den Schienenpersonennahverkehr (SPNV) betreffen, Rechnung getragen wird (Artikel 87e Absatz 4 Grundgesetz). Da die Erlöse der DB Netz AG nicht ausreichen, um die Gesamtkosten des Schienennetzes zu decken, muss der Bund seine Gewährleistungsverpflichtung wahrnehmen. Deshalb finanziert er Bau-, Ausbau- sowie Ersatzinvestitionen auf Grundlage des § 8 Absatz 1 Satz 1 Bundesschienenwegeausbaugesetz. Bau und Neubau erfolgen nach näherer Maß-

gabe des Bedarfsplans. Für Ersatzinvestitionen leistet der Bund gemäß der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung LuFV II einen jährlichen Infrastrukturbeitrag. Zusätzlich hat sich der Bund für den Fall verpflichtet, dass die DB AG mehr Dividenden an ihn leistet als in der LuFV II vorhergesehen, diese zusätzlichen Mittel als Baukostenzuschüsse im Rahmen der LuFV II der DB Netz AG zuzuführen. Ökonomisch wirken die Investitionen des Bundes für die DB Netz AG kostensenkend: Die Investitionen aus Mitteln des Bundes sowie aus anderen Zuschüssen aus öffentlichen Haushalten (EU und Länder) führen nicht zu Abschreibungs- und Zinskosten bei der DB Netz AG. Die öffentlichen Investitionen haben also keinen direkten Einfluss auf die Trassenpreise. Indirekt führen diese Investitionen zu einem leistungsfähigeren Netz und damit zu höheren Erlösen.

Die DB Netz AG verpflichtet sich in der LuFV II, aus Eigenmitteln Ersatzinvestitionen in bestimmter Mindesthöhe zu leisten. Zusätzlich tätigt die DB Netz AG weitere Ersatzinvestitionen aus Eigenmitteln. Die Investitionen, die mit Eigenmitteln finanziert werden, führen im Gegensatz zu den öffentlichen Zuwendungen und Zuschüssen zu Zins- und Abschreibungskosten.

Die LuFV ist hinsichtlich der geförderten Investitionen unscharf. Gemäß der Systematik der LuFV entscheidet die DB Netz AG eigenständig, wofür sie die LuFV-Mittel verwendet. Dies ermöglicht es ihr, ohne Wissen des Bundes mit diesen Bundesmitteln etwaige Kosten bei Neu- und Ausbaumaßnahmen (z. B. Stuttgart 21) zu finanzieren, die sowohl dem Bedarfsplan als auch dem durch die LuFV geregelten Bereich zuzuordnen sind. Die Qualitätskennzahlen der LuFV ermöglichen zudem keine aussagefähigen Wirtschaftlichkeitskontrollen.³³

Ein ursächlicher Wirkungszusammenhang zwischen der Höhe der Zuwendungen und dem Grad der Zielerreichung bei den Qualitätskennzahlen ist nicht nachgewiesen. Daher sieht der Bundesrechnungshof die LuFV kritisch³⁴: Die von ihr be-

³³ Bericht an den Ausschuss für Verkehr und digitale Infrastruktur des Deutschen Bundestages, den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages und den Rechnungsprüfungsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Absatz 2 BHO über die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung II zum Erhalt der Bundesschienenwege. III 3 – 2013 – 0100 vom 07.11.2014, S. 5.

³⁴ Vgl. Gemeinsamer Bericht des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung und der Bundesrechnungshofs über die Erfahrungen der ersten zwei Vertragsjahre 2009 und 2010 und Verbesserungspotentiale der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung für die Erhaltung der Bundesschienenwege.

absichtigte Steuerung durch Qualitätskennzahlen klingt vordergründig nach privatwirtschaftlichen Managementkonzepten. Tatsächlich würde aber kein Verantwortlicher in einem Wirtschaftsunternehmen mit derart intransparenten und ineffizienten Steuerungsinstrumenten arbeiten. Denn sie ermöglichen keine fundierte Aussage über den Gegenwert, den der Bund für seine Mittel erhält.³⁵

Eine weitere Besonderheit der LuFV gegenüber anderen öffentlichen Finanzquellen besteht darin, dass die DB Netz AG bis zum Zeitraum der Prüfung durch den Infrastrukturwirtschaftsprüfer im Folgejahr im Laufe des Jahres selbst bestimmen kann, welche Investitionen sie mit Mitteln der LuFV und welche sie mit Eigenmitteln tätigt. Die DB Netz AG hat dadurch die Möglichkeit

- die Höhe der Abschreibungen, die in die Obergrenze der Kosten und damit die Trassenpreise eingehen, durch Auswahl der Investitionen (Investitionen mit hoher oder niedriger Abschreibung) und
- die Höhe der Zinsbelastung, die in die Obergrenze der Kosten und damit die Trassenpreise eingeht, durch Auswahl der Investitionen (Investitionen mit langfristiger oder mittelfristiger Kapitalbindung) zu steuern.

Die trassenpreiswirksamen Investitionen betragen etwa 1/5 der LuFV-Baukostenzuschüsse (vgl. folgende Tabelle). Die Wahlmöglichkeiten der DB Netz AG erhöhen sich weiter, wenn auch noch die Mittel der BUV ihre Bindung an das einzelne Investitionsprojekt verlieren. Derzeit wird über deren Abschluss verhandelt (vgl. 3.1.2.2).

Die DB Netz AG hat tendenziell ein Interesse daran, möglichst hohe Kosten auszuweisen, da der Ausweis hoher Kosten sowohl als Rechtfertigung für eine Erhöhung der Trassenpreise als auch der staatlichen Zuwendungen notwendig war und ist. Diese Tatsache wirft grundsätzliche Zweifel auf, ob die historisch ausgewiesenen Kosten der DB-Eisenbahninfrastrukturunternehmen den effizienten Kosten entsprechen.³⁶

(<https://www.bundesrechnungshof.de/de/veroeffentlichungen/beratungsberichte/langfassungen/langfassungen-2012/2012-bericht-erfahrungen-der-ersten-zwei-vertragsjahre-2009-und-2010-und-verbesserungspotenziale-der-leistungs-und-finanzierungsvereinbarung-fuer-die-erhaltung-der-bundesschienenwege>)

³⁵ Vgl. auch <https://www.bundestag.de/blob/343842/dc552965441bce7964fe3adff6133c78/axel-zentner-data.pdf>

³⁶ Ökonomische Grundsatzfragen zur Ausgestaltung einer Anreizregulierung der Eisenbahninfrastruktur. Gutachten im Auftrag der Bundesnetzagentur. Juni 2011, S. 5.

Tabelle: Trassenpreiswirksame und nicht trassenpreiswirksame Ersatzinvestitionen³⁷

	2010	2011	2012	2013	2014
	in Mio. Euro				
LuFV-Baukostenzuschuss	2500	2500	2500	2750	2750
Andere öffentliche Finanzquellen	755	1043	725	817	706
nicht trassenpreiswirksam	3255	3543	3225	3567	3456
Zusätzliche Eigenmittel	28	47	77	46	60
LuFV-Eigenbeitrag	500	500	500	500	500
trassenpreiswirksam	528	547	577	546	560

Der Bundesrechnungshof hat zur LuFV eine Vielzahl von Verbesserungsvorschlägen unterbreitet.³⁸ Hinsichtlich des Zusammenspiels zwischen LuFV und Regulierung empfiehlt er, dem Gesetzentwurf nur zuzustimmen, wenn dieser die beschriebene Steuerung von Abschreibungen und Zinsen durch Auswahl der Investitionen ausschließt. Dazu wären alle Finanzmittel in die Regulierung einzubeziehen. Anlagen wären für die Zwecke der Regulierung mit den kompletten Anschaffungs- und Herstellungskosten ohne Abzug von öffentlichen Mitteln in die Kalkulation einzubringen. Hierdurch würden die ausgewiesenen Kosten der DB Netz AG steigen. Neben der Kostenseite würde aber auch die Einnahmenseite anwachsen, da die öffentlichen Mittel als Einnahmen neben den Entgelten zu verbuchen wären. Liquidität oder Wertigkeit des Unternehmens DB Netz AG änderte sich hierdurch nicht.

Durch eine entsprechende regulatorische Rechnungslegung würde zweierlei erreicht: Zum einen wird ein Zuwachs an Transparenz erzielt, weil die Betriebsanlagen der DB Netz AG mit ihrem vollständigen Wert ausgewiesen würden. Aktuell wird von der DB Netz AG nur der mit Eigenmitteln finanzierte Anteil der Anlagen ausgewiesen. Zum anderen werden die beschriebenen Steuerungsmöglichkeiten durch die gezielte Lenkung von Finanzströmen verhindert.

³⁷ Quelle: Infrastrukturzustands- und -entwicklungsbericht 2010, S. 33 f., 2012, S. 73 f. und 2014, S. 68 f.

³⁸ Bericht an den Ausschuss für Verkehr und digitale Infrastruktur des Deutschen Bundestages, den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages und den Rechnungsprüfungsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Absatz 2 BHO über die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung II zum Erhalt der Bundesschienenwege. III 3 – 2013 – 0100 vom 07.11.2014.

Hierzu nimmt BMVI wie folgt Stellung:

Die Art und Weise wie der Bund seinen Verpflichtungen nach dem Grundgesetz nachkommen kann, ist nicht Gegenstand der Richtlinie und damit auch nicht des Gesetzentwurfs.

Auch ist die Ausgestaltung der LuFV II oder einer Folgevereinbarung nicht Gegenstand des Gesetzentwurfs zur Stärkung des Wettbewerbs im Eisenbahnbereich, sondern in gesonderten Verfahren zu diskutieren und entscheiden.

Soweit nach einer Vereinbarung Wahlmöglichkeiten des Betreibers der Schienenwege bestehen, ist es nicht Sache des Regulierungsrechts, dies zu korrigieren. Das Regulierungsrecht setzt für die Ausgestaltung der Entgelte auf dem Ist-Zustand auf.

Abschließende Bewertung des Bundesrechnungshofes

Einer Regelung im Gesetzentwurf stehen keine rechtlichen Argumente entgegen. Ein Gesetz zur Umsetzung einer Richtlinie kann durchaus weitere Sachverhalte regeln. Dies ist auch gängige Praxis. Die LuFV ist als „qualifizierte Regulierungsvereinbarung“ auch Gegenstand des Entwurfs. Der Bundesrechnungshof begleitet die LuFV seit Jahren prüferisch. Er kritisiert an der LuFV, dass es sich um ein aufwendiges Vertragswerk handelt, das kaum Anreize für ein wirtschaftliches Verhalten des Zuwendungsempfängers gibt. Zudem hat der Bund kaum Einfluss auf die Mittelverwendung.

3.3 Trassenpreise und Regulierung

Ein Mitgliedstaat der Europäischen Union kann beschließen, Anreize zur Senkung der mit der Fahrwegbereitstellung verbundenen Kosten durch aufsichtsrechtliche Maßnahmen zu schaffen. Wenn er diese Möglichkeit wahrnimmt, hat er sich laut Richtlinie dabei auf eine Analyse der erreichbaren Kostensenkungen zu stützen.³⁹ Eine solche Analyse für die Bundesschienenwege im direkten Eigentum der DB Netz AG ist dem Bundesrechnungshof nicht bekannt. Bekannt sind die Trassenpreissteigerungen der letzten Jahre.

In der Marktuntersuchung „Eisenbahnen 2015“ der Bundesnetzagentur heißt es dazu: „Bei der Betrachtung der Entwicklung der mittleren Trassenentgelte über

³⁹ § 30 Absatz 4 der Richtlinie 2012/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. November 2012 zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums.

die letzten fünf Jahre ist ein kontinuierlicher Anstieg festzustellen. Seit 2010 verteuerte sich durchschnittlich die Nutzung von Zugtrassen im Schienenpersonenfernverkehr um mehr als 14 Prozent im Schienenpersonennahverkehr und im Schienenpersonengüterverkehr um jeweils 13 Prozent. Damit erhöhten sich die Trassenentgelte im Mittel stärker als wesentliche Vergleichsindikatoren wie der Verbraucherpreisindex und der Erzeugerpreisindex für gewerbliche Produkte. Bei diesen betrug der Anstieg lediglich sieben bzw. fünf Prozent. Die typische Kostenstruktur eines EIU kann anhand einer Kombination öffentlich verfügbarer Einzelindizes des Statistischen Bundesamtes nachgebildet werden. Dieser „EisenbahninfrastrukturunternehmenInputpreisindex“ weist im Vergleichszeitraum eine Steigerung um sechs Prozent auf und liegt damit zwischen den beiden vorgenannten Vergleichsindikatoren.“⁴⁰

Der DB-Konzern gibt die tatsächliche Rendite der DB Netz AG im Jahr 2015 mit 3 % an.⁴¹ Die Bundesnetzagentur sieht eine Verzinsung von 5,3 % für angemessen an, während die vom Bahnkonzern beauftragte Unternehmensberatung 8,4 % für gerechtfertigt halten.⁴² Die Bundesnetzagentur hat bislang noch keine Entscheidung zur zulässigen Höhe der Kapitalkosten der DB-Infrastrukturunternehmen getroffen, auch weil diese nach allen Betrachtungsweisen noch unter der zulässigen Rendite liegen.⁴³ Es kann davon ausgegangen werden, dass die Obergrenze der Kosten noch nicht voll erreicht wurde.

Die Regulierung nach dem ERegG-E begrenzt grundsätzlich (vgl. 3.1.1.3) die in die Preise einfließenden Kosten, indem sie die Obergrenze der Kosten mit dem Inflationsfaktor und dem Produktivitätsfaktor multipliziert. Der Inflationsfaktor bestimmt sich nach dem Mittelwert der vom Statistischen Bundesamt ermittelten Werte für die Veränderung des Erzeugerpreisindexes gewerblicher Produkte. Hierfür wird für jedes Jahr der Mittelwert der Erzeugerpreisindices gewerblicher Produkte aus den vorausgegangenen fünf Jahren gebildet.⁴⁴ Der Produktivitätsfak-

⁴⁰ Bundesnetzagentur: Marktuntersuchung Eisenbahnen 2015, S. 39.

⁴¹ http://www1.deutschebahn.com/ecm2-db-de/ir/db_konzern/regulatorischesumfeld/1491052/publikation.html

⁴² http://www1.deutschebahn.com/ecm2-db-de/ir/db_konzern/regulatorischesumfeld/1491052/publikation.html

⁴³ http://www1.deutschebahn.com/ecm2-db-de/ir/db_konzern/regulatorischesumfeld/1491052/publikation.html

⁴⁴ § 28 Absatz 1 ERegG-E.

tor bestimmt sich nach dem Mittelwert der vorausgegangenen fünf Jahre der vom Sachverständigenrat des Statistischen Bundesamtes ermittelten Werte für die Veränderung der Produktivität auf Stundenbasis für die volkswirtschaftliche Gesamtrechnung für Deutschland gegenüber dem jeweiligen Vorjahr.⁴⁵ In der folgenden Tabelle sind der Index der Erzeugerpreise gewerblicher Produkte und die Veränderung der Produktivität im Vergleich zum Vorjahr (Produktivitätsfaktor) aufgeführt. Zusätzlich wird jeweils der Mittelwert der vorhergehenden fünf Vorjahre ermittelt. Die Differenz der Mittelwerte gibt die jährliche, prozentuale Trassenpreissteigerung bezogen auf die Obergrenze der Kosten an, die das ERegG-E erlauben würde.⁴⁶

Tabelle: Index der Erzeugerpreise gewerblicher Produkte (Inlandsabsatz) und Veränderung der Produktivität im Vergleich zum Vorjahr⁴⁷

1	2	3	4	5	6	7
Jahr	Erzeugerpreisindex	Mittelwert des Erzeugerpreisindex der fünf Vorjahre	Änderung des Mittelwertes der fünf Vorjahre in %	Veränderung der Arbeitsproduktivität je geleisteter Erwerbstätigenstunde in %	Mittelwert der fünf Vorjahre in %	Differenz der Änderung der Mittelwerte in % (4 – 6 = 7)
2003	86			0,8		
2004	87,4			1,0		
2005	91,2			1,5		
2006	96,2			1,9		
2007	97,5			1,5		
2008	102,8	91,66		0,2	1,34	
2009	98,5	95,02	3,66572114	-2,6 ⁴⁸	1,22	2,44572114
2010	100	97,24	2,33635024	2,5	0,5	1,83635024
2011	105,3	99	1,80995475	2,0	0,7	1,10995475
2012	107	100,82	1,83838384	0,6	0,72	1,11838384
2013	106,9	102,72	1,88454672	0,4	0,54	1,34454672
2014	105,8	103,54	0,7982866	0,1	0,58	0,2182866
2015	103,9	105	1,41008306		1,12	0,29008306

Die Addition der Differenzen der Änderungen der Mittelwerte aus der Tabelle (Spalte 7) für die Jahre 2010 bis 2014 ergibt 5,6 %. Wenn die Regulierung in den

⁴⁵ § 28 Absatz 2 ERegG-E.

⁴⁶ Gewisse Unschärfen können sich noch ergeben aus der Festlegung des „Basisjahres“, also des Jahres, das die 100 % definiert.

⁴⁷ Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 18, Reihe 1.4, 2014, S. 78 (Arbeitsproduktivität je geleisteter Erwerbstätigenstunde. Statistisches Bundesamt, Index der Erzeugerpreise gewerblicher Produkte (Inlandsabsatz). Eigene Berechnungen.

⁴⁸ Die negative Veränderung der Arbeitsproduktivität im Jahr 2009 führt nicht zu einem negativen Mittelwert der fünf Vorjahre.

Jahren 2010 bis 2014 schon gegolten hätte, wäre eine Preissteigerung bezogen auf die Obergrenze der Kosten von maximal 5,6 % zulässig gewesen.

Der Vergleich von 5,6 % als rechnerische Trassenpreissteigerung nach dem ERegG-E für die Jahre 2010 bis 2014 und dem EisenbahninfrastrukturunternehmenInputpreisindex von 6 % zeigt zwar, dass der Maßstab des ERegG-E 0,4 %-Punkte weniger Preissteigerung zugelassen hätte als die Steigerung der Input-Preise rechtfertigen. Tatsächlich sind die Preise sogar um 7 bzw. 8 %-Punkte mehr gestiegen, als dies die Input-Preise rechtfertigen würden. Doch ist bei dieser Berechnung zu Gunsten der DB Netz AG zu berücksichtigen, dass sie die Obergrenze der Kosten noch nicht erreicht hat.

Gemessen am „EisenbahninfrastrukturunternehmenInputpreisindex“ ist die nach dem Regulierungsgesetz vorgesehene Preisobergrenze moderat. Gemessen an den tatsächlichen Preissteigerungen ist die nach dem Regulierungsgesetz vorgesehene Preisobergrenze sehr scharf. Auch wenn die Obergrenze der Kosten noch nicht ganz erreicht wurde, stellt sich die Frage, ob die durch das Regulierungsregime angestrebten Einsparungen tatsächlich realistisch sind.

Der Bundesrechnungshof hält es für geboten, vom Bundesministerium die in der Richtlinie in Artikel 30 Absatz 4 geforderte Analyse der erreichbaren Kostensenkungen zu fordern. So kann festgestellt werden, ob die Preisobergrenze realistisch ist und auf welchen Annahmen diese Preisobergrenze beruht.

Hierzu nimmt BMVI wie folgt Stellung:

Eine Analyse der erreichbaren Kostensenkungen kann nicht allgemein und pauschal durch BMVI erfolgen. Vielmehr kann nur im Einzelfall für einen konkreten Betreiber der Schienenwege von der Bundesnetzagentur geprüft werden, ob ein bestimmter Wert erreichbar ist. Daher erfolgte auch die Umsetzung von Art. 30 Abs. 4 im Entwurf wie in § 26 Abs. 1 Satz 1 ersichtlich.

Abschließende Bewertung des Bundesrechnungshofes

Eine scharfe Obergrenze ist unproblematisch. Die Regulierungsbehörde prüft nach Ermittlung der jährlichen Obergrenze auf Antrag des betroffenen Betreibers

der Schienenwege oder von Amts wegen, ob der errechnete Wert für den jeweiligen Betreiber tatsächlich erreichbar ist und gegebenenfalls Anpassungen vornimmt (§ 26 Abs. 1 ERegG-E). Auch wenn die Obergrenze der Kosten noch nicht ganz erreicht wurde, stellt sich die Frage, ob die durch das Regulierungsregime angestrebten Einsparungen den tatsächlichen Einsparungsmöglichkeiten entsprechen oder nicht noch höhere Einsparungen möglich wären.

3.4 Regionalisierungsmittel und Trassenpreise

Die Zuständigkeit für Planung, Organisation und Finanzierung des öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV) liegt seit dem 1. Januar 1996 bei den Ländern. Als Ausgleich für die damalige Bahnstrukturreform wurde Artikel 106a Grundgesetz geschaffen.⁴⁹ Danach stellt der Bund den Ländern für die Aufgaben des ÖPNV jährlich gesondert Bundesmittel aus dem Energiesteueraufkommen⁵⁰ zur Verfügung. Das Nähere ist im Gesetz zur Regionalisierung des öffentlichen Personennahverkehrs (RegG) geregelt.⁵¹ Mit den Regionalisierungsmitteln soll insbesondere der SPNV finanziert werden. Im Übrigen sind die Mittel auch für andere Aufgaben im ÖPNV zu verwenden.⁵² Als Gegenleistung haben die Länder (oder die von ihnen beauftragten Zweckverbände) die Aufgabe, ein ausreichendes Nahverkehrsangebot sicherzustellen.

Hinsichtlich der Höhe der Regionalisierungsmittel streben die Länder eine Volldeckung der Trassenpreissteigerungen an.⁵³ Nach dem Bund-Länder-Beschluss vom 24. September 2015 sollen die Regionalisierungsmittel im Haushaltsjahr 2016 auf 8,0 Mrd. Euro erhöht und in den Folgejahren um 1,8 % dynamisiert werden.⁵⁴ Der Presse ist zu entnehmen, dass Bund und Länder sich inzwischen auf eine Erhöhung der Mittel von 8,0 auf 8,2 Mrd. Euro geeinigt haben. Die zusätzlichen Mittel werden ebenfalls dynamisiert.⁵⁵ Zu den Trassenpreissteigerungen ist keine Vereinbarung bekannt geworden. Da das ERegG-E der Zustimmung des Bundesrates bedarf, ist eine Einigung von Bund und Ländern erforderlich.

⁴⁹ Änderung des Grundgesetzes, BGBl. Nr. 68 vom 22.12.1993.

⁵⁰ Einzelplan 60, Kapitel 6001 bis zum Haushaltsjahr 2000 im Titel 041 04, ab dem Haushaltsjahr 2001 im Titel 031 05. Haushaltsjahr 2015 Epl. 60, Kapitel 60 01 Titel 031 05 und Nachtragshaushalt Kapitel 6001, Titel 031 12.

⁵¹ Erlassen mit Artikel 4 des Eisenbahn-Neuordnungsgesetzes, BGBl. Nr. 73 vom 30.12.1993.

⁵² Vgl. BT-Drucksache 12/6280 vom 30.11.1993, Seite 9.

⁵³ Gesetzesantrag des Landes Schleswig-Holstein. Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Regionalisierungsgesetzes. BT-Drucksache 557/14 vom 13.11.2014, S. 2.

⁵⁴ Beschluss zur Asyl- und Flüchtlingspolitik.

⁵⁵ Rail Business vom 20.06.2016.

Für die Nutzung der Schieneninfrastruktur der DB AG haben die Verkehrsbetreiber Trassen- und Stationsentgelte zu zahlen. Sie erhalten im Inland neben dem Fahrgeld der Nutzer von den Ländern aus den Regionalisierungsmitteln sog. Bestellerentgelte (Erlöse unabhängig von der Zahl der Reisenden). Diese umfassen ca. 78 % der Regionalisierungsmittel. Davon entfielen für Trassen- und Stationsentgelte 29 %-Punkte an. Die absoluten und relativen Beträge zeigt folgende Tabelle.

Tabelle: Mit Bestellerentgelten finanzierte Trassen- und Stationsentgelte⁵⁶

	2010	2011	2012	2013	2014
	in Mio. Euro				
Regionalisierungsmittel	6 877	6 980	7 085	7 191	7 299
Umsätze aus SPNV	9 100	9 400	9 800	9 900	10 000
	in %				
Anteil der Bestellerentgelte der Aufgabenträger am Umsatz aus SPNV in %	59,2	58,5	57,4	56,9	56,6
	in Mio. Euro				
Bestellerentgelte absolut	5387,2	5499	5625,2	5633,1	5660,0
	in %				
Anteil der Bestellerentgelte an den Regionalisierungsmitteln	78	79	79	78	78
Anteil der Infrastrukturentgelte an den Umsätzen aus SPNV	37	37	36	37	38
	in Mio. Euro				
„Bestellerentgelte zur Finanzierung von Infrastrukturentgelten“	1993,264	2034,63	2025,072	2084,247	2150,8
	In %				
Anteil „Bestellerentgelte zur Finanzierung von Infrastrukturentgelten“ an den Regionalisierungsmitteln	29	29	29	29	29
	in Mio. Euro				
+ SPNV-Trassenentgelte	2 759,4	2 803,6	2 904,0	2 908,4	3 059,0
	In %				
Anteil der „Bestellerentgelte zur Finanzierung von Infrastrukturentgelten“ an den Trassenentgelten	72	73	70	72	70

Nur etwa 30% der Gesamtkosten der DB Netz AG sind unmittelbar durch eine Zugfahrt verursacht.⁵⁷ Daher steht die DB Netz AG bei der Preiskalkulation pri-

⁵⁶ Quelle: Bundesnetzagentur. Marktuntersuchung Eisenbahnen 2015, S. 17 (Umsätze aus SPNV), S. 20 (Anteil der Zuschüsse der Aufgabenträger am Umsatz des SPNV), S. 48 (Anteil der Infrastrukturentgelte am Umsatz der Eisenbahnverkehrsunternehmen).

⁵⁷ http://www.nahverkehrsberatung.de/downloads/Bahnreport_TPS17.pdf S. 6.

mär vor der Aufgabe, ihre gesamten einer einzelnen Nutzung nicht zurechenbaren Kosten (Gemeinkosten) auf die einzelnen Marktsegmente zu verteilen. Als Basis für die Verrechnung ermittelt die DB Netz AG zunächst die durchschnittlich in einem Marktsegment unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallenden Kosten. Im Güterverkehr sind diese Kosten tendenziell höher, z. B. weil schwere Güterzüge den Schienenoberbau stärker belasten. Auf diese Kosten wird ein Aufschlag zur Deckung der Gemeinkosten erhoben, der die Preisreagibilität der Nachfrage berücksichtigt. Der relative Zuschlag auf die Einzelkosten ist dabei umgekehrt proportional zur Preiselastizität. Führt ein geringer Aufschlag zu einem relativ großen Mengenrückgang, ist der Aufschlag auf die durchschnittlichen unmittelbaren Kosten relativ gering. Dementsprechend zahlen die Nutzer, die am schlechtesten ausweichen (verzichten oder substituieren) können, die höchsten Preise. Durch dieses Vorgehen werden bei gegebener Obergrenze der Gesamtkosten und gegebener Pflichtleistungsmenge von den Trassennutzern die maximal möglichen Einnahmen erzielt.⁵⁸

Zweifelloos führt eine Erhöhung der Trassenpreise im SPNV zu einer Erhöhung des Gewinns der Eisenbahninfrastrukturunternehmen. Eine Erhöhung der Preise im SPNV kann bei gleichbleibender Höhe der Regionalisierungsmittel eine Einschränkung der Nachfrage nach SPNV Leistungen zur Folge haben. Eine Erhöhung der Preise hat im SPNV aber nicht zwingend eine adäquate Mengenänderung zur Folge. Das liegt daran, dass die Länder aus Gründen der Daseinsvorsorge gezwungen sind, ein entsprechendes Nahverkehrsangebot bereit zu stellen. Sie haben folglich nicht in jedem Fall die Möglichkeit, auf Preissteigerungen adäquat mit Abbestellungen zu reagieren. Das Eisenbahninfrastrukturunternehmen erhält bei Trassenpreissteigerungen entweder bei weniger Leistungen die gleichen Umsatzerlöse oder bei gleichen Leistungen höhere Umsatzerlöse wie vorher. Deshalb besteht ein latenter Anreiz für das Eisenbahninfrastrukturunternehmen, die Trassenpreise für den SPNV weiter zu erhöhen. Die Trassenpreise im SPNV können z. B. erhöht werden, um die Trassenpreise im Fernverkehr oder Güterverkehr zu senken oder aber die Rendite und damit die Obergrenze der Kosten im Rahmen des gesetzlichen Spielraums zu erhöhen.

Steigerungen der Regionalisierungsmittel vermochten nicht den Anteil der Eisen-

⁵⁸ Vgl. z. B. http://files.enreg.eu/2015/15_06_12_Eisenbahnregulierungsrecht/Steinmann.pdf

bahninfrastrukturunternehmen – insbesondere der DB Netz AG – an den Regionalisierungsmitteln zu senken.⁵⁹ Letztlich führte jede Erhöhung der Regionalisierungsmittel auch zu einer Erhöhung der Trassenpreise.

Eine nicht durch Kosten- und Wirtschaftlichkeitsüberlegungen festgelegte Preisobergrenze, wie z. B. die Begrenzung anhand der zur Verfügung stehenden Regionalisierungsmittel, widerspricht dem System der Regulierung. Das Problem könnte gemildert werden, indem die Verantwortung für die Netze, die ausschließlich dem Nahverkehr dienen (z. B. S-Bahnen in Berlin und Hamburg) vom Bund auf die Länder übergeht. Dadurch wäre die Finanzierungsverantwortung für den Betrieb der Infrastruktur und die Nutzung der Infrastruktur vereint. Dann könnten die Länder selbst die Trassenpreise im Rahmen des Eisenbahnregulierungsgesetzes bestimmen.

Der Bundesrechnungshof hält es für erforderlich, dass das BMVI entsprechende Teilnetze identifiziert und mit den Ländern in Verhandlungen hinsichtlich der Übertragung eintritt.

Hierzu nimmt BMVI wie folgt Stellung:

Eine Übertragung von Teilnetzen an die Länder steht nicht im Zusammenhang mit der Umsetzung der Richtlinie 2012/34/EU und ist keine Frage des Eisenbahnregulierungsrechts. Das Eisenbahnregulierungsrecht setzt auf den tatsächlichen Gegebenheiten der Netzstruktur auf.

Abschließende Bewertung des Bundesrechnungshofes

Es ist nicht sichergestellt, dass die durch das Regulierungsregime angestrebten Einsparungen den tatsächlichen Einsparungsmöglichkeiten entsprechen oder nicht noch höhere Einsparungen möglich wären. Die Länder müssen deshalb und aufgrund bestehender Anreize befürchten, dass die Trassenpreise stärker steigen als die Regionalisierungsmittel, ohne dass sie darauf Einfluss haben. Die Übertragung des Nahverkehrsnetzes gibt den Ländern diesen Einfluss.

⁵⁹ Ökonomische Grundsatzfragen zur Ausgestaltung einer Anreizregulierung der Eisenbahninfrastruktur. Gutachten im Auftrag der Bundesnetzagentur. Juni 2011, S. 44.

4 Entflechtung

4.1 Interessengegensätze zwischen Bund und EIU

Die verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Aufgaben des Bundes betreffen ausschließlich diesen. Sie entfalten keine unmittelbare Drittwirkung in dem Sinne, dass die Eisenbahnunternehmen eine Verpflichtung träge, ihre Geschäftsinteressen hinter den Bundesinteressen oder Gemeinwohlverpflichtungen zurückzustellen. Dies führt in mehrfacher Hinsicht zu unterschiedlichen Interessen beim Bund und den Unternehmen:

BMVI / Bund	Bahn / Unternehmen
Allgemeinwohl und Gewährleistungsverantwortung	betriebswirtschaftliches Handeln, Gewinnmaximierung
langfristiger Substanzerhalt der Infrastruktur (Nachhaltigkeit)	Anreiz, das Konzernergebnis kurzfristig zu verbessern, Anreiz zu zeitweisem Substanzverzehr
wirtschaftlicher Einsatz der Zuwendungen, Optimum aus Investition und Instandhaltung	eigene (Instandhaltungs-) Mittel schonen, weitreichende Finanzierung durch Bund und Dritte anstreben
Erhalt und Ausbau eines leistungsfähigen Netzes, Kapazität für Mehrverkehr	Netzkapazität insb. für konzerneigene Verkehrsunternehmen sicherstellen
Einhaltung des Rechtsrahmens (BHO, Zuwendungsrecht, BSWAG), Projektförderung mit Anteilsfinanzierung	LuFV mit pauschalen Zuwendungen und möglichst weitreichenden unternehmerischen Entscheidungsspielräumen
Finanzierungsform: zinslose Darlehen	nicht rückzahlbare Baukostenzuschüsse

4.2 Interessenlage im vertikal integrierten Unternehmen

Schienenwege gelten – wie andere Netzstrukturen wie Telekommunikationsnetze, Strom- und Gasleitungen – als natürliches Monopol. Vertikal integrierte Unternehmen sind sowohl im Bereich des natürlichen Monopols als auch auf den vor- und nachgelagerten Märkten tätig. Dies ist z. B. bei der DB AG der Fall. Diese betreibt ein Schienennetz und bietet Verkehrsdienstleistungen auf diesem Netz an.

Bei vertikal integrierten Unternehmen besteht regelmäßig ein Interessenkonflikt: Das unternehmerische Interesse eines Netzbetreibers ist grundsätzlich darauf gerichtet, eine möglichst hohe Auslastung seines Netzes zu erreichen. Das Interesse des auf dem nachgelagerten Markt tätigen Unternehmens ist dagegen darauf gerichtet, möglichst wenig Wettbewerb ausgesetzt zu sein. Dies bedeutet, dass eine

Nutzung des Netzes durch Wettbewerber dem Interesse des Gesamtunternehmens zuwider laufen kann. Es besteht die Gefahr, dass das vertikal integrierte Unternehmen bei einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung zu dem Schluss kommt, dass Wettbewerber das Netz so wenig wie möglich nutzen sollten. Dies kann z. B. durch hohe Trassenpreise erreicht werden (vgl. 3.4); zumal Gewinne aus Trassenpreiserhöhungen derzeit letztlich dem Gesamtkonzern zu Gute kommen.

4.3 Begriff der Entflechtung

Die Grundidee der Regulierung von Netzindustrien besteht darin, auf den Märkten Wettbewerb zu schaffen, die den Netzen vor- und nachgelagert sind. Dies wird dadurch erreicht, dass die Netzbetreiber Dritten diskriminierungsfreien Zugang zum Netz gewähren müssen. Weil dies regelmäßig ihren wirtschaftlichen Interessen widerspricht, müssen flankierende staatliche Maßnahmen den Netzzugang gewährleisten. Diese flankierenden Maßnahmen betreffen nicht ausschließlich den Netzzugang selbst, sondern auch die Struktur vertikal integrierter Unternehmen. Die Entflechtung („Unbundling“) will durch eine Trennung der für Netz und nachgelagertem Markt zuständigen Unternehmensteile Quersubventionierungen und Diskriminierungen von Wettbewerbern verhindern. Die Entflechtung gilt als Grundvoraussetzung für einen funktionierenden Wettbewerb.⁶⁰ Zu unterscheiden sind dabei verschiedene Formen der Entflechtung:⁶¹

■ Die eigentumsrechtliche Entflechtung (ownership unbundling)

Die eigentumsrechtliche Entflechtung ist der schärfste Eingriff in die Struktur der Unternehmen. Sie besteht in der Auflösung der vertikal integrierten Struktur: Netze und nachgelagerte Aktivität sind dann nicht mehr in der Hand eines Eigentümers. Ein Eisenbahninfrastruktur betreibender Konzern dürfte danach keine Verkehrsdienstleistungen auf seinem Netz anbieten. Damit sind Regulierungseingriffe weder zur Verhinderung von Quersubventionierungen noch zur Unterbindung von Diskriminierungen erforderlich.

⁶⁰ https://www.bundestag.de/blob/189464/9cc91eb3a6a1b3cd17af8ce98f5bbf29/2005_10_10-data.pdf, S. 2.

⁶¹ Vgl. z. B. für den Energiesektor <https://www.repository.cam.ac.uk/bitstream/handle/1810/194717/0737%26EPRG0714.pdf?sequence=1>

■ Rechtliche Entflechtung (legal unbundling)

Die Alternative zur eigentumsrechtlichen Entflechtung besteht in einer Trennung von Interessen und Entscheidungswegen innerhalb eines bestehenden vertikal integrierten Konzerns. Dabei werden rechtliche, organisatorische, buchhalterische und den Informationsaustausch innerhalb des Konzerns beschränkende Maßnahmen getroffen.

Der Gesetzentwurf hat sich für eine rechtliche Entflechtung entschieden. An dieser Form der Entflechtung wird kritisiert, dass informelle Kontakte zwischen den formal getrennten Unternehmensbereichen kaum zu unterbinden seien. Die tatsächliche Unabhängigkeit und damit die Wirksamkeit der Entflechtung blieben daher begrenzt.⁶²

4.4 Europarechtliche Vorgaben

Die Richtlinie 2012/34/EU sieht in den Artikeln 4 ff. und 13 Vorgaben für die Entflechtung („Unbundling“) vor. Neben der getrennten Rechnungslegung (Artikel 6 Richtlinie) ist eine rechtliche und organisatorische Entflechtung vorgesehen (Artikel 7 der Richtlinie). Diese Vorgaben unterscheiden sich im Wesentlichen nicht von der bisherigen Rechtslage. Im Rahmen des sog. Vierten Eisenbahnpakets steht eine Verschärfung der Entflechtungsvorgaben allerdings wieder zur Diskussion. Langfristig könnten auf europäischer Ebene Vorgaben verabschiedet werden, die alle wesentlichen Synergieeffekte, die den Betrieb eines integrierten Unternehmens sinnvoll machen, wegfallen lassen.⁶³

4.5 Entflechtung im Gesetzentwurf

Der Gesetzentwurf gibt im Wesentlichen den Inhalt der Richtlinie wieder. Die getrennte Rechnungslegung (§ 7 ERegG-E) und die rechtliche und organisatorische Entflechtung (§ 8 ERegG-E), wird so nachgezeichnet, wie die Richtlinie dies als

⁶² Vgl. [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-13-45_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-45_en.htm), Section 2.

⁶³ Vgl. Heise, Die Deutsche Bahn AG zwischen Wirtschaftlichkeit und Gemeinwohlverantwortung, Nomos 2013, S. 116/117.

Mindestvorgabe vorsieht. Dabei orientiert sich der Entwurf in seinen Formulierungen häufig an der bisherigen Rechtslage (§§ 9, 9a AEG).

Das nationale Konzept zur Umsetzung sieht damit vor, über den Mindeststandard der Richtlinie nicht hinauszugehen. Die Begründung zum Gesetzentwurf verweist an anderer Stelle⁶⁴ auf den „bereits in der Vergangenheit verfolgten Ansatz, vorhandene Strukturen bei Eisenbahnunternehmen möglichst unangetastet zu lassen“. Dieser werde fortgeführt. Der Schwerpunkt der Regelungen zur bestmöglichen Gewährleistung eines funktionierenden Wettbewerbs bestehe „stattdessen in der umfangreichen Gewährleistung des Zugangs zur Eisenbahninfrastruktur“. Warum Deutschland den Ansatz verfolgt, vorhandene Strukturen unangetastet zu lassen, ist dem Gesetzentwurf nicht zu entnehmen. Insoweit hätte es einer Analyse der bestehenden Strukturen und einer Begründung bedurft, warum diese unangetastet bleiben. Auch zu Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen in vertikal integrierten Eisenbahnunternehmen führen weder der Gesetzentwurf noch die Begründung etwas aus. Aus Sicht des Bundesrechnungshofes müsste der Gesetzentwurf unter Einbeziehung der Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge erläutern, wie die Entflechtungsvorgaben den diskriminierungsfreien Zugang zum Netz flankieren und Quersubventionierungen verhindern. Eine solche Transparenz wäre für die anstehenden Diskussionen wünschenswert gewesen.

Hierzu nimmt BMVI wie folgt Stellung:

Der Gesetzentwurf setzt die Vorgaben der Richtlinie im Entflechtungsbereich 1:1 um und folgt damit auch in diesem Punkt dem Grundsatz der 1:1-Umsetzung. Abweichungen vom europäischen Recht im Rahmen des EU-rechtlich Zulässigen dürfen aus Sicht der Bundesregierung nur erfolgen, wenn nationale Besonderheiten dies erfordern, wenn ohne Ergänzung der Vollzug nicht möglich wäre oder deutlich erschwert werden würde oder um Doppelregelungen zu vermeiden, da die entsprechenden europäischen Regelungen bereits in anderen deutschen Vorschriften enthalten sind. Dies trifft auf die Entflechtungsvorschriften nicht zu.

Unabhängig davon werden derzeit die Entflechtungsvorgaben der hier umzusetzenden Richtlinie 2012/34/EU derzeit im Rahmen des 4. Eisenbahnpakets umge-

⁶⁴ Begründung zu § 2 ERegG-E.

staltet. Ein Aufgreifen des Themas durch die Bundesregierung im Rahmen dieses Entwurfs wäre nicht sachgerecht gewesen, da dann ggf. die Struktur und Rechnungslegung der Unternehmen zwei Mal angepasst werden müssten.

Abschließende Bewertung des Bundesrechnungshofes

Offensichtlich geht das BMVI davon aus, die Richtlinie hindere es an einer schärferen Entflechtung. Tatsächlich regelt die Richtlinie dies nicht. Mitgliedstaaten können über Vorgaben einer Richtlinie *hinausgehen*. Es ist sogar davon auszugehen, dass die Kommission als Hüterin des Gemeinschaftsrechts dies bei der Entflechtung sehr begrüßen würde. Denn sie setzt sich für eine stringenter Entflechtung ein. Zahlreiche Mitgliedstaaten haben sich dafür entschieden, über die Mindestvorgaben der Entflechtung hinauszugehen. Es entspricht der gängigen Auffassung, dass dies im Einklang mit der Richtlinie steht.

Im Übrigen zeigen die Entwicklungen auf dem Energiemarkt, dass es Alternativen zu der nun für den Bahnsektor vorgesehenen Entflechtung gibt (vgl. Nr. 4.7). Sachgerecht wäre es, unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Besonderheiten bei Staatsunternehmen (vgl. Nr. 4.8), die Möglichkeiten, Kosten und wettbewerblichen Perspektiven verschiedener Entflechtungsmodelle darzustellen. Dies hat das BMVI versäumt.

4.6 Entflechtung in anderen Mitgliedstaaten der EU

Die Europäische Kommission betont immer wieder die Bedeutung einer konsequenten Entflechtung für den Wettbewerb. Bereits im Jahr 2006 verglich sie die Unternehmensstrukturen der Eisenbahnunternehmen in den Mitgliedstaaten. Danach lag bereits in zehn Mitgliedstaaten eine vollständige rechtliche, organisatorische und institutionelle Entflechtung vor.⁶⁵ Im Jahr 2011 waren die Unternehmen bereits in zwölf Mitgliedstaaten eigentumsrechtlich und institutionell entflochten.⁶⁶ Es ist zu erwarten, dass die Kommission über den Stand der Entflechtung

⁶⁵ Annex 5 to the Communication on the implementation of the railway infrastructure package Directives ('First Railway Package'), {COM(2006) 189 final}

⁶⁶ Kurzfassung der IBM-Studie Liberalisierungsindex Bahn, S. 14. Abgerufen unter https://www.dbnetze.com/file/ecm2-db-de/1491054/7tYsquwi0OUFzs8Y29KnUsYbzsU/1488970/data/lib_index.pdf

weiter berichten und auch vor diesem Hintergrund eine stärkere Entflechtung in Deutschland nachdrücklich empfehlen wird.

4.7 Entflechtung auf dem Energiemarkt

Bei den Entflechtungsvorschriften ist ein Vergleich mit anderen Netzindustrien geboten. Auch dort soll Entflechtung einen diskriminierungsfreien Netzzugang bei Verhinderung von Quersubventionierung gewährleisten. Eine dem Bahnsektor ähnliche Entwicklung nahm dabei der Bereich Energie. Um den Wettbewerb zu fördern, hat der europäische Gesetzgeber die Vorgaben für Netzzugang und Entflechtung schrittweise verschärft. Mit den Richtlinien 98/30/EG (Gas) und 96/92/EG (Strom) wurde neben einem Netzzugang (zur Auswahl standen verhandelt oder reguliert) eine buchhalterische Trennung zwischen Netz und Betrieb vorgegeben. Im nächsten Schritt (Richtlinien 2003/55/EG und 2003/54) flankierte eine gesellschaftsrechtliche Trennung einen rein regulierten Netzzugang.

Zur weiteren Förderung des Wettbewerbs wurde eine eigentumsrechtliche Entflechtung diskutiert. Um dies abzuwehren verwiesen die betroffenen Unternehmen auf ihr Eigentumsgrundrecht. Zwar sind regulierungsrechtliche Eingriffe als Inhalts- und Schrankenbestimmungen am Maßstab des Artikels 14 Absatz 1 S. 2 Grundgesetz zu beurteilen, die Rechtfertigungshürden dafür sind regelmäßig als gering zu veranschlagen.⁶⁷ Anders ist dies jedoch im Falle einer eigentumsrechtlichen Entflechtung privatwirtschaftlicher Unternehmen zu beurteilen, bei der aufgrund des Totalentzugs eines Teils der Eigentumssubstanz ein starker Eingriff vorliegt. Weil die eigentumsrechtliche Entflechtung einen so massiven Eingriff darstellen würde, wurde sie im Energiebereich mit seinen teilweise rein privaten Unternehmen daher bisher abgelehnt. Als Kompromiss enthielten die neuen Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG neben der optionalen eigentumsrechtlichen Entflechtung die Möglichkeiten, einen unabhängigen Systembetreiber oder einen unabhängigen Transportnetzbetreiber einzurichten.⁶⁸ Umfassende weitere Vorgaben sollen dabei Diskriminierung und Quersubventionierungen verhindern. Diese betreffen u.a. die berufliche Handlungsabhängigkeit von Entscheidern der Netzsparte: So sollen z. B. nicht die Aussicht auf eine Beförderung oder Bonizahlungen mittelbar eine Diskriminierungspraxis „belohnen“ können.

⁶⁷ Lepsius GewArch Beilage WiVerw 04/2011, S. 206 ff (212).

⁶⁸ Vgl. Abegg, Brinkmann, Brunekreeft, Götz, Krancke, Müller, Schmidt in N & R Beilage 2015, Nr 01, 1-16, S. 6.

Die Unternehmen reagierten auf diese verschärften Vorgaben zur Entflechtung mit unterschiedlichen Strategien, die teilweise auch den Verkauf der Netze beinhalten.⁶⁹

4.8 Verfassungsrechtliche Aspekte der Entflechtung

Neben den geschilderten sektorübergreifenden Vorteilen einer eigentumsrechtlichen Entflechtung, sind im Bereich der Bahn sektorspezifische Aspekte zu berücksichtigen:

Ein wichtiger Unterschied ist die Ausgangslage auf Seiten des wichtigsten von der Regulierung betroffenen Unternehmens. Die DB AG befindet sich vollständig im Eigentum des Staates. Beim Konzern DB AG ist aus verfassungsrechtlicher Sicht selbst der intensivste Eingriff – eine eigentumsrechtliche Entflechtung – ohne weiteres möglich:

Juristische Personen des Privatrechts sind Träger der Grundrechte, soweit sie ihrem Wesen nach auf sie anwendbar sind, Artikel 19 Absatz 3 Grundgesetz. Das BVerfG bezieht sich insoweit auf den konstitutiven Zusammenhang mit dem individuellen Freiheitsschutz⁷⁰ und stellt auf die hinter der juristischen Person stehenden natürlichen Personen ab.⁷¹ Bei einer Enteignung eines Unternehmens wäre danach zu fragen, ob dies einer Enteignung von natürlichen Personen gleichkommt. Dies ist im Falle der DB AG gerade nicht der Fall, weil der Staat Eigentümer dieses Unternehmens ist. Eine grundrechtstypische Gefährdungslage⁷² liegt nicht vor, weil der von der Entflechtung betroffene Eigentümer – der Staat – sich nicht auf das Eigentums-Grundrecht berufen kann.⁷³ Daran ändert auch das in Artikel 87 e Absatz 3 Satz 1 Grundgesetz vorgegebene privatwirtschaftliche Funktions- und Organisationskonzept nichts, weil die Bildung und Betätigung der DB

⁶⁹ Vgl. den Überblick bei <http://b-e-r.user.jacobs-university.de/bewp/bewp16.pdf>, S. 12ff .

⁷⁰ Vgl. Lepsius, GewArch Beilage WiVerw Nr. 04/2011, 206-218, S. 213.

⁷¹ Vgl. BVerfGE 75, 192 ff.

⁷² Vgl. Staabe/Schmitt Einführung in das Eisenbahn-Regulierungsrecht, C.H. Beck, 2010, S. 31.

⁷³ Die Grundrechtsfähigkeit der Deutschen Bahn AG ist in der juristischen Literatur umstritten (Vgl. Hammer, DÖV 2011, 761 ff, Gutbrodt, RdE 2012, S. 280 ff).

AG nicht Ausdruck der freien Entfaltung natürlicher Personen ist.⁷⁴ Zudem ergibt sich die Möglichkeit der eigentumsrechtlichen Entflechtung bereits unmittelbar aus dem Grundgesetz: Dieses trifft in Artikel 87 e Grundgesetz die Entscheidung, dass ein Bundeseigentum an der Mehrheit der Anteile am für Bau, Unterhalt und Betrieb zuständigen Unternehmensteil zu halten ist. Weil das Grundgesetz dies ausdrücklich lediglich auf diese Unternehmensteile bezieht, geht es offenbar davon aus, dass der Bund die für den Eisenbahnverkehr zuständigen Unternehmensteile veräußern darf. Damit eröffnet Artikel 87 e Absatz 3 Grundgesetz die Möglichkeit, die DB AG eigentumsrechtlich zu entflechten.

Verfassungsrechtlich kann somit im Bereich der Eisenbahn die Entflechtung insoweit umfassend geregelt werden. Dennoch plant die Bundesregierung nun Entflechtungsvorgaben, die im Vergleich mit der Eingriffsintensität im Bereich Energie für die Unternehmen weniger belastend sind. Der Gesetzentwurf trifft diese Entscheidung ohne nähere Begründung. Damit fehlt es auch an einer Abwägung zwischen den Interessen des Bundes an einem funktionsfähigen Wettbewerb mit transparenten Strukturen und einer möglichst schlanken Netzzugangsregulierung einerseits und den rechtlich geschützten Interessen der von staatlichen Eingriffen betroffenen Unternehmen andererseits. Eine solche Abwägung hätte bezogen auf verschiedene sinnvolle Entflechtungsmaßnahmen erfolgen müssen.

Das BMVI führt in seiner Stellungnahme zum Entwurf dieses Berichts (zu Nr. 0.4) aus:

Der Gesetzentwurf setzt die Vorgaben der Richtlinie im Entflechtungsbereich 1:1 um und folgt damit auch in diesem Punkt dem Grundsatz der 1:1-Umsetzung. Abweichungen vom europäischen Recht im Rahmen des EU-rechtlich Zulässigen dürfen aus Sicht der Bundesregierung nur erfolgen, wenn nationale Besonderheiten dies erfordern, wenn ohne Ergänzung der Vollzug nicht möglich wäre oder deutlich erschwert werden würde oder um Doppelregelungen zu vermeiden, da die entsprechenden europäischen Regelungen bereits in anderen deutschen Vorschriften enthalten sind. Dies trifft auf die Entflechtungsvorschriften nicht zu.

Abschließende Bewertung des Bundesrechnungshofes:

Die Annahme, eine schärfere Entflechtung unterliege europarechtlichen Grenzen,

⁷⁴ OVG Münster, N&R 2013, 167 ff (168).

trifft nicht zu (s. 4.5) Der Hinweis auf die Vorgaben der Richtlinie geht daher fehl. Er ersetzt auch nicht die gebotene Auseinandersetzung mit den verschiedenen Möglichkeiten der Entflechtung. Diese hätte das BMVI im Hinblick auf Kosten und Wettbewerbsauswirkungen darstellen müssen.

5 Fazit zu den Regelungen zu Netzzugang und Entflechtung

Es entspricht der gängigen Auffassung zur Regulierung von Netzindustrien, Netzzugang und Entflechtung nicht getrennt voneinander zu betrachten. Die Trennung der Geschäftsbereiche eines (vormals) vertikal integrierten Unternehmens dient der Transparenz. Diese Transparenz soll u.a. einen nichtdiskriminierenden Netzzugang erst ermöglichen. Dies führt zu einer wechselseitigen Abhängigkeit dieser Instrumente: Je wirksamer die Netzzugangsregulierung ausgestaltet ist, desto weniger hoch sind die Anforderungen an die Entflechtung und umgekehrt.⁷⁵

Der Bundesrechnungshof hat Zweifel, ob das im Gesetzentwurf vorgesehene Zusammenspiel von Entflechtung und Netzzugang den Wettbewerb fördern kann. Wie unter Nr. 3 „Umsetzung des Netzzugangs im Gesetzentwurf“ dargelegt, weist die für den Netzzugang vorgesehene Regelung erhebliche Schwächen auf. Eine verwaltungsökonomische Förderung des Wettbewerbs wird sie nicht ermöglichen. Damit verfehlt der Entwurf sein – ohne nähere Begründung – postuliertes Ziel, statt einer scharfen Entflechtung eine umfangreiche Gewährleistung des Zugangs zur Infrastruktur zu ermöglichen. Selbst bei einer Verschärfung der Vorgaben zum Netzzugang wäre die für die Regulierung erforderliche Transparenz nur mit erheblichem Regulierungsaufwand herzustellen. Die Regulierung müsste Quersubventionierungen ausschließen. Dies kann sie nur, wenn sie umfassend Einblick in konzerninterne Finanzströme nimmt. Eine solche Kontrolle dürfte in erheblichem Umfang Personal binden. Zudem erscheinen im Hinblick auf die geplante Generalklausel zu den Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen in § 4 ERegG-E rechtliche Auseinandersetzungen darüber möglich, was der Regulierungsbehörde vorzulegen ist (s. 3.1.3.5).

Der Bundesrechnungshof hält es daher für geboten, die Optionen einer Entflech-

⁷⁵ Vgl. Koenig / Rasbach in DÖV 2004, S. 733 ff (734).

tung im Hinblick auf Aufwand und Auswirkungen auf den Wettbewerb umfassend abzuwägen und dem Parlament das Ergebnis dieser Abwägung nachvollziehbar darzustellen. Die Vorteile eines integrierten Konzernmodells sollten dabei den Wettbewerbsvorteilen einer stringenten Entflechtung gegenübergestellt werden.

Das BMVI führt in seiner Stellungnahme aus:

Ziel des Gesetzentwurfs ist die Umsetzung der Richtlinie 2012/34/EU zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraumes. Das Ziel der Richtlinie, die Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraumes, ist auch Verpflichtung für die nationale Umsetzung. Soweit folglich Themenkomplexe in der Richtlinie geregelt sind, werden sie in deutsches Recht umgesetzt. Abweichungen sind nur unter besonderen Bedingungen zulässig (s.o.). Die Sonderregelung zu den Wartungseinrichtungen ist ein Beispiel dafür.

Die Förderung des Wettbewerbs ist eines der Ziele des Gesetzentwurfs. Dazu bedarf es keiner weiteren Entflechtung, sondern der Regelung des Netzzugangs und der Entgelte auf der Grundlage der Richtlinie. Im Netzzugangsbereich konnten die bewährten deutschen Vorschriften im Wesentlichen erhalten bleiben. Im Bereich der Entgelte wird ein möglichst einfaches System (Ist-Kosten zuzüglich einer Inflationsrate abzüglich eines Produktivitätsfortschritts) eingeführt. Anreize können auch im Wege einer Vereinbarung erfolgen. Anreize zur Kostensenkung und Trassenpreissenkung liegen insbesondere dann vor, wenn in der Vereinbarung staatliche Mittel zugesagt werden und Vertragsstrafen vereinbart sind. Solche Vereinbarungen, die der Finanzierung und Qualität der Infrastruktur dienen, werden im Rahmen der Regulierung berücksichtigt (qualifizierte Regulierungsvereinbarungen). Um Doppelregelungen zu vermeiden entfällt für diesen Bereich die sonstige Anreizsetzung.

Abschließende Bewertung des Bundesrechnungshofes

Der Verzicht auf eine eigentumsrechtliche Entflechtung macht Netzzugangsbestimmungen erforderlich, die zu niedrigen Trassenpreisen und damit zu mehr Wettbewerb der Verkehrsunternehmen führen. Zwar senken staatliche Zuschüsse die Kosten der Eisenbahninfrastrukturgesellschaften. Doch können die Trassen-

preise noch geringer gehalten werden, wenn die Mittel wirtschaftlich verwandt werden. Dies stellt die LuFV nach unseren Prüfungserkenntnissen nicht sicher (s. 3.2). Das BMVI bleibt damit eine Begründung für den Verzicht auf eine behördliche Regulierung bei den LuFV-Mitteln schuldig.

6 Universaldienst

6.1 Begriff

Die regulierten netzgebundenen Industrien (z. B. Telekommunikation, Post und Eisenbahn) stellen dem Bürger Dienstleistungen zur Verfügung, die gemeinhin als essentiell betrachtet werden. Für die Bereiche Post und Telekommunikation gibt es daher umfassende Regelungen, die sicherstellen, dass niemand auf eine Grundversorgung verzichten muss. Diese Regelungen folgen aus einem verfassungsrechtlichen Gewährleistungsauftrag. Sie werden dort als „Universaldienst“ bezeichnet.

6.2 Universaldienst Telekommunikation

Im TKG ist der Universaldienst in den §§ 78 ff. festgelegt. Darin sind Mindeststandards definiert und Eingriffsmöglichkeiten der Regulierungsbehörde geregelt. Sie kann notfalls Unternehmen verpflichten, die Bürger zu versorgen. Hintergrund ist die verfassungsrechtliche Gewährleistungspflicht aus Artikel 87 f Grundgesetz. Danach hat der Bund flächendeckend angemessene und ausreichende Telekommunikationsdienstleistungen zu gewährleisten.

6.3 Universaldienst Post

Die Gewährleistungspflicht aus Artikel 87f Grundgesetz bezieht sich auch auf Postdienstleistungen. Das Postgesetz regelt in den §§ 11 ff. Universaldienstleistungen. Diese dienen der Erfüllung des verfassungsrechtlichen Gesetzgebungsauftrags zur Infrastrukturgewährleistung.⁷⁶ Sie sind damit das wesentliche Element

⁷⁶ Vgl. v. Danwitz in PostG Kommentar, C.H. Beck, 2000, §11 Rnr. 2 unter Hinweis darauf, dass der Universaldienst auch der Erfüllung europäischer Vorgaben dient.

des staatlichen Grundversorgungsauftrags.⁷⁷ Das PostG gibt der Regulierungsbehörde weitreichende Eingriffsmöglichkeiten in unternehmerische Freiheiten, um eine angemessene Versorgung zu gewährleisten. Die Post-Universaldienstleistungsverordnung gibt flankierend Qualitätsmerkmale wie die Häufigkeit der Zustellung vor. Sie dient auch der Umsetzung europäischen Rechts.

6.4 Universaldienstverpflichtung auch für Schienennetzausbau und -erhalt

6.4.1 Universaldienst Ausbau und Erhalt des Schienennetzes

Gemäß Artikel 87e Absatz 4 Satz 1 Grundgesetz gewährleistet der Bund, dass „dem Wohl der Allgemeinheit, insbesondere den Verkehrsbedürfnissen, beim Ausbau und Erhalt des Schienennetzes der Eisenbahnen des Bundes sowie bei deren Verkehrsangeboten auf diesem Schienennetz, soweit diese nicht den SPNV betreffen, Rechnung getragen wird“. Das Nähere ist gemäß Artikel 87e Absatz 4 Satz 1 Grundgesetz durch ein Bundesgesetz zu regeln.

Mit diesem Gewährleistungsauftrag soll eine umfassende – d. h. alle denkbaren Probleme einschließende und zeitlich von der Entstehung bis zur völligen Aufgabe einer Infrastruktureinrichtung reichende – Steuerung im Infrastrukturbereich ermöglicht werden.⁷⁸ Dieser grundgesetzliche Auftrag bleibt bei jeder Art von Entflechtung erhalten.

Diese Gewährleistungspflicht ist vergleichbar mit der Pflicht des Bundes, flächendeckend angemessene und ausreichende Post- und Telekommunikationsdienstleistungen zu gewährleisten (Artikel 87f Absatz 1 Grundgesetz). Anders als bei Post und Telekommunikation fehlt im Bereich der Eisenbahnen bisher⁷⁹ im einfachgesetzlichen Bundesrecht eine umfassende Regelung, wie diese Pflicht notfalls durchzusetzen ist.⁸⁰ Auch durch die LuFV wird der Bund nicht seiner Verantwortung gerecht, den Erhalt der Schienennetze selbst zu gewährleisten.

⁷⁷ BGH NJW 2013, S. 72ff.

⁷⁸ Vgl. Fehling in Beck'scher AEG Kommentar 2. Auflage, C.H. Beck 2014, Einf C Rnr. 23.

⁷⁹ Eine Gesetzesinitiative im Jahr 2001 (BR-Drs 82/01), die inhaltlich andere Schwerpunkte setzte als der vorliegende Text, blieb ohne Erfolg.

⁸⁰ Das AEG enthält zwar Pflichten für Eisenbahnunternehmen. Diese beziehen sich auf die Beförderung (§ 10) und die Gestattung des Anschlusses (§ 13) sowie die Abgabe und Stilllegung von Infrastruktureinrichtungen (§ 11). Allein die letztgenannte Pflicht betrifft einen Teilbereich des Erhalts. Allerdings hängt die behördliche Entscheidung davon ab, ob dem Unternehmen der Weiterbetrieb zugemutet werden kann.

Denn die DB Netz AG hat dort weitreichende Entscheidungsfreiheiten (vgl. 3.2.). Eine Verpflichtung, bestimmte Maßnahmen in einer bestimmten Weise zu realisieren, ist damit nicht hinreichend durchsetzbar. Zudem ist die LuFV II kein Bundesgesetz im Sinne des § 87 e Absatz 4 Satz 2 Grundgesetz. Bei den Verhandlungen zur BUV zeichnet sich ein ähnliches Bild ab: Konkrete Vorstellungen, wie eine rechtliche und praktische Umsetzung des verfassungsrechtlichen Gewährleistungsauftrags aussehen wird, fehlen bisher.

Der Bund kann nicht davon ausgehen, dass seine Gewährleistungspflicht durch die DB AG selbstständig hinreichend wahrgenommen wird. Die Führung der Eisenbahnen des Bundes als Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form soll deren kommerzielle Ausrichtung absichern und ihnen einen Bereich unternehmerischer Selbstbestimmung einräumen.⁸¹ Die Bahn als auf Leistungs- und Produktivitätssteigerungen ausgerichtetes Unternehmen ist aufgefordert, die Schienenwege als eigenes unternehmerisches Produktionsmittel wirtschaftlich optimal zu nutzen.⁸² Diese wirtschaftliche Optimierung kann in einen Konflikt mit dem staatlichen Gewährleistungsauftrag treten. Daher sollte eine Regelung gemäß Artikel 87e Absatz 4 Satz 2 Grundgesetz Eingriffe in die unternehmerische Freiheit ermöglichen. Die DB Netz AG ist nämlich – bei aller unternehmerischer Freiheit – sowohl in Bezug auf den Tätigkeitsbereich des Schienenbaus als auch hinsichtlich der Unterhaltung und des Betriebs der Schienenwege als "verlängerter Arm des Staates" zu werten. Sie ist insoweit nicht gewerblich tätig, steht zu anderen Unternehmen nicht im Wettbewerb und hat in Bezug auf das Schienennetz insgesamt eine monopolartige Stellung inne.⁸³ Es ist daher auch nicht sachgerecht, wenn sie allein und selbst über konkrete Baumaßnahmen entscheiden kann.

Der Bundesrechnungshof ist der Auffassung, dass der verfassungsrechtliche Gewährleistungsauftrag des Bundes bisher unzureichend mit einfachgesetzlichen Vorgaben flankiert ist. Der Bund muss in der Lage sein, Ausbau- und Erhaltungsmaßnahmen selbst unmittelbar anzuordnen. Wie die anderen regulierten Be-

⁸¹ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 22.11.2011, Az. 2 BvE 3/08, Juris Rnr. 29.

⁸² Vgl. BT Drucks 12/5015, S. 16.

⁸³ Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 21. April 2015 – 1 S 1949/13 –, juris Rnr. 93.

reiche zeigen, sind derartige Pflichten durchaus mit den verfassungsrechtlichen Rechten der betroffenen Unternehmen vereinbar. Der Bund sollte daher die Möglichkeit haben, Unternehmen Universaldienstleistungsverpflichtungen zum Erhalt und Ausbau der bundeseigenen Schienennetze aufzuerlegen. Wie in den Bereichen Telekommunikation und Post ist der richtige Ort für eine solche Regelung das Regulierungsgesetz.

6.4.2 Universaldienst Verkehrsdienstleistungen

Anders als beim Ausbau und Erhalt der Schienennetze des Bundes gibt es für Verkehrsdienstleistungen Regelungen, die die Verpflichtung zur Erbringung einer Art Grundversorgung ermöglichen könnten. Diese Vorgaben stammen aus unmittelbar anwendbarem europäischem Recht. Die nationale Regelung dazu beschränkt sich auf einen inzwischen fehlerhaften deklaratorischen Verweis auf dieses Recht. § 15 AEG verweist auf die Verordnung 1191/61, die nicht mehr in Kraft ist. Sie wurde ersetzt durch die Verordnung 1370/2007.

§ 15 AEG ist an die neuen europarechtlichen Vorgaben anzupassen. Den zuständigen Behörden sollte die Möglichkeit eröffnet werden, in diesem Bereich Verwaltungsakte zu erlassen.⁸⁴

Hierzu nimmt BMVI wie folgt Stellung:

Die Art und Weise wie der Bund seinen Verpflichtungen nach dem Grundgesetz nachkommen kann, ist nicht Gegenstand der Richtlinie und damit auch nicht des Gesetzentwurfs.

Abschließende Bewertung des Bundesrechnungshofes

Es handelt sich um ein Regulierungsgesetz im Bereich Netzindustrien. Ein Vergleich mit anderen Regulierungsgesetzen in Netzindustrien ist daher geboten. Bei Post und Telekommunikation gibt es eine „verwandte“ Verfassungsbestimmung – einen verfassungsrechtlichen Gewährleistungsauftrag. Dieser ist dort umgesetzt im Regulierungsgesetz. Dies ist europarechtlich auch bei der Eisenbahn möglich, zudem verfassungsrechtlich geboten und sinnvoll.

⁸⁴ Vgl. Heise, „Die Deutsche Bahn AG zwischen Wirtschaftlichkeit und Gemeinwohlverantwortung“, Nomos, Baden-Baden, 2013, Seite 277/278 zum Diskussionsstand.

7 Vorteilsabschöpfung

Die Zuständigkeiten der Regulierungsbehörde sind in § 66 ERegG-E festgelegt. U. a. nimmt sie Aufgaben des Verbraucherschutzes wahr. So können sich Verbraucherverbände an die Regulierungsbehörde wenden. Sie können die Verletzung der Rechte von Kunden durch EIU rügen. Allerdings fehlt es an wirksamen Mechanismen für die Regulierungsbehörde, die Rechte der Verbraucher geltend zu machen. Insoweit entstehen durch die Bearbeitung der Beschwerden Kosten, ohne dass ein unmittelbarer Nutzen für die Verbraucher oder den Wettbewerb deutlich würde.

Der Bundesrechnungshof sieht hier Regelungsbedarf im Hinblick auf die Rolle der Bundesnetzagentur als „Hüterin des Wettbewerbs“: Bereichert sich ein Eisenbahnunternehmen durch einen Gesetzesverstoß, erlangt es einen finanziellen Vorteil gegenüber seinen rechtmäßig handelnden Wettbewerbern. Dieser Vorteil führt also nicht nur zu einem Nachteil für die betreffenden Verbraucher, sondern auch zu einer Wettbewerbsverzerrung. Eine solche Wettbewerbsverzerrung sollte das Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs im Eisenbahnbereich wirksam bekämpfen. Rechtswidrig handelnde Unternehmen sollten nicht von ihren „Unrechtsgewinnen“ im Wettbewerb profitieren.

In Betracht kommt insoweit die Abschöpfung des zu Unrecht erhaltenen Gewinns. Eine solche Abschöpfung von Unrechtsgewinn sehen die Bereiche Telekommunikation (§ 43 TKG) und Energie (§ 33 EnWG) bereits vor. Die Regulierungsbehörde kann dort auf den wirtschaftlichen Vorteil zugreifen, der durch Gesetzesverstöße erlangt wurde.⁸⁵

Eine solche Regelung bietet sich auch für den Bereich Eisenbahn an. Sie sollte wie in den anderen Netzindustrien im Regulierungsgesetz getroffen werden. Zumindest gravierende, grob fahrlässige oder vorsätzliche Rechtsverstöße sollten er-

⁸⁵ Vgl. auch die Regelung in § 10 UWG.

fasst werden.⁸⁶ Soweit der erlangte Vorteil sich nicht ohne weiteres beziffern lässt, sollte eine Schätzung möglich sein.⁸⁷

Derartige Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung setzen sich in Europa⁸⁸ und in Deutschland⁸⁹ mehr und mehr durch.⁹⁰ Gerade in einem „Massengeschäft“ wie der Eisenbahn mit einer Vielzahl von ähnlichen Rechtsgeschäften ist es zeit- und kostensparend, die Rechtmäßigkeit unternehmerischen Handelns in einem Verfahren „stellvertretend“ für viele Kunden zu klären. Die DB AG hat sich in ihrem Verhaltenskodex zu wettbewerbsrechtlichen Regelungen bekannt.⁹¹ Soweit sie betroffen ist, dürfte eine solche Regelung daher auch im Sinne des Unternehmens sein.

Damit sich ein Rechtsbruch für regulierte Unternehmen nicht lohnt⁹², sollte daher der Regulierungsbehörde die Vorteilsabschöpfung als wirksame Handlungsmöglichkeit bei gerechtfertigten Beschwerden von Verbraucherverbänden an die Hand gegeben werden. Sie sollte dabei nicht an eine starre Obergrenze (vgl. § 67 Absatz 1 Regulierungsgesetz) gebunden sein, sondern den gesamten, durch den Rechtsverstoß erlangten Vorteil abschöpfen können.⁹³

Hierzu nimmt BMVI wie folgt Stellung:

Die Regulierungsbehörde kann nach § 67 Absatz ERegG-E gegenüber Eisenbahnen und den übrigen nach diesem Gesetz Verpflichteten die Maßnahmen treffen, die erforderlich sind, um Verstöße gegen dieses Gesetz oder unmittelbar geltende Rechtsakte der Europäischen Union im Anwendungsbereich dieses Gesetzes zu

⁸⁶ Vgl. Alexander, WRP 2012, 1190-1197 (1197) zu .

⁸⁷ Die Praxis wird zeigen müssen, ob sich diese Möglichkeit der Schätzung bewährt, vgl. dazu Teigellack/Dolff, BB 2016, S. 387-393 (390).

⁸⁸ Vgl. die Empfehlung der EU-Kommission vom 11. Juni 2013 „Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten“ (2013/396/EU).

⁸⁹ Vgl. den Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte

⁹⁰ Vgl. <http://www.economie.gouv.fr/vous-orienter/consommation/entree-en-vigueur-procedure-daction-groupe?language=fr>; Koch, WuW 2013, 1059-1070.

⁹¹

http://www.deutschebahn.com/file/de/2192404/cibNuiC72fpBG6qW4w9vfJCGxmE/2193682/data/db_verhaltenskodex.pdf

⁹² Vgl. zur Legalitätspflicht eines Vorstands und zum Zusammenhang mit dem Aktiengesetz Bicker, AG 2014, S. 8-14 (S. 13).

⁹³ Vgl. zur Regelung im EnWG: BT Drucksache. 15/3917, S. 64.

beseitigen oder zu verhüten. Vollstreckt die Regulierungsbehörde ihre Anordnungen, so beträgt die Höhe des Zwangsgeldes abweichend von § 11 Absatz 3 des Verwaltungs-Vollstreckungsgesetzes bis zu 500 000 Euro.

Die Kritik des BRH, dass durch die Bearbeitung der Beschwerden Kosten entstehen, aber kein unmittelbarer Nutzen für die Verbraucher oder den Wettbewerb erschließt sich nicht. Liegt ein Verstoß gegen die Vorschriften des Regulierungsgesetzes vor, kann die Regulierungsbehörde nach § 67 Absatz ERegG-E gegenüber Eisenbahnen und den übrigen nach diesem Gesetz Verpflichteten die Maßnahmen treffen, die erforderlich sind, um Verstöße gegen dieses Gesetz oder unmittelbar geltende Rechtsakte der Europäischen Union im Anwendungsbereich dieses Gesetzes zu beseitigen oder zu verhüten. Vollstreckt die Regulierungsbehörde ihre Anordnungen, so beträgt die Höhe des Zwangsgeldes abweichend von § 11 Absatz 3 des Verwaltungs-Vollstreckungsgesetzes bis zu 500 000 Euro. Damit fehlt es der Regulierungsbehörde keineswegs an Möglichkeiten, ihre Anordnungen durchzusetzen. Der Nutzen für die Marktteilnehmer und Verbraucher liegt darin, dass rechtswidriges Verhalten von der Regulierungsbehörde abgestellt wird.

Abschließende Bewertung des Bundesrechnungshofes

Beschwerden von Verbraucherverbänden lassen sich nicht in der vom BMVI beschriebenen Weise vollstrecken. Der unrechtmäßig erlangte Gewinn sollte auf der Grundlage einer eigenen Ermächtigungsgrundlage abgeschöpft werden. Dies gehört zu den wesentlichen Sachverhalten, die durch den Gesetzgeber zu regeln sind. Der Verweis auf die Möglichkeit der Regulierungsbehörde, Maßnahmen zu treffen, um Rechtsverstöße zu beseitigen oder zu verhindern, reicht insoweit nicht aus.

Allerdings lenkt das BMVI die Aufmerksamkeit auf einen weiteren rechtstechnischen Fehler des Entwurfs: Dort werden vollstreckungsrechtliche Zwangsgelder mit Geldbußen gleichgesetzt. Ein vollstreckungsrechtliches Zwangsgeld ist aber etwas anderes als eine Geldbuße. Zwangsmittel sind Beugemittel. Daher können auch Zwangsmittel neben einer Geldbuße angedroht werden (vgl. § 13 Absatz 6

Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz). Die anderen Netz-Regulierungsgesetze TKG, PostG und EnWG enthalten durchweg Ordnungswidrigkeitstatbestände, d.h. „echte“ Geldbußen. Diese fehlen im ERegG-E. Warum in anderen Netzindustrien Vorteilsabschöpfung und Ordnungswidrigkeitstatbestände für erforderlich gehalten werden, im Bereich Eisenbahn nicht, ergibt sich aus der Stellungnahme des BMVI nicht.

Der Bundesrechnungshof ist deshalb der Auffassung, dass der Entwurf bezüglich der weiteren Sanktionsmöglichkeiten der Regulierungsbehörde lückenhaft ist. Zwar hat sie die Möglichkeit der Vollstreckung ihrer Anordnungen. Es fehlt aber eine Regelung zu Geldbußen bzw. Sanktionen. Die Richtlinie sieht hierzu vor: *„Die Regulierungsstelle muss ihre Entscheidungen durchsetzen können und gegebenenfalls geeignete Sanktionen einschließlich Geldbußen verhängen können“*. Die Umsetzung dieser Vorgabe in § 68 Absatz 2 ERegG-E verzichtet auf Sanktionsmöglichkeiten der Regulierungsbehörde. In Umsetzung der Richtlinienvorgaben sollten auch Bußgeldtatbestände geregelt werden. Dies entspräche der Praxis in anderen deutschen Regulierungsgesetzen (vgl. § 49 PostG, § 95 EnWG, § 149 TKG).

8 Erhebungsrechte des Bunderechnungshofes

Vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Gewährleistungsauftrags des Bundes (vgl. Nr. 6) erscheint es geboten, dass der Bund umfassende Kenntnis über die Geschäftstätigkeit der DB AG besitzt. Relevant sind insofern – neben der Regulierung durch die Bundesnetzagentur – die zuwendungsrechtliche Kontrolle des Eisenbahn-Bundesamts und die externe Finanzkontrolle des Bundes.

Der Bundesrechnungshof kann allerdings nicht ohne weiteres auf die tatsächlichen Einsparmöglichkeiten bei der DB AG eingehen oder dem Parlament umfassend über die Geschäftstätigkeit der DB AG berichten. Denn das BMVI und die DB AG vertreten die Auffassung, der Bundesrechnungshof habe nur eingeschränkte Erhebungsrechte bei der DB AG. Normalerweise darf der Bundesrechnungshof bei Zuwendungsempfängern auch die sonstige Haushalts- und Wirt-

schaftsführung prüfen. Dieses Recht räumt die DB AG dem Bundesrechnungshof nicht ein. Sie begründet dies mit § 27 Absatz 2 Satz 1 des Gesetzes über die Gründung einer Deutsche Bahn Aktiengesellschaft (DBGrG). Danach hat der Bundesrechnungshof bei der Prüfung wesentlicher Leistungen des Bundes an die DB AG und ihre Tochterunternehmen die Rechte nach § 91 Absatz 2 **Satz 1** der Bundeshaushaltsordnung (BHO). Dies verstehen die DB AG und das BMVI so, dass § 91 Absatz 2 **Satz 2** BHO keine Anwendung finde.⁹⁴ Satz 2 der Vorschrift regelt das Recht, die sonstige Haushalts- und Wirtschaftsführung bei Zuwendungsempfängern zu prüfen.

Darüber hinaus interpretieren die DB AG und ihre EIU die rechtlichen Regelungen stark einschränkend. Sie sind der Ansicht, die Prüfungen des Bundesrechnungshofes dürften nicht über die Prüfungen des BMVI bzw. des EBA hinausgehen. Sie begründen dies damit, dass der Bundesrechnungshof das Verwaltungshandeln des Bundes prüfe. Zudem meinen sie, Prüfungen des Bundesrechnungshofes könnten nicht begleitend, sondern erst nach Abschluss der Verwendungsprüfung erfolgen.

Der Bundesrechnungshof hat keinen solchen rein verwaltungsakzessorischen Ansatz. Er muss auch keineswegs die Verwendungsprüfung abwarten.⁹⁵ Er prüft die Verwendung von Bundesmitteln – und dies nicht nur durch Bundesbehörden. Eine „Flucht ins Privatrecht“ vermag die Steuermittel nicht einer Kontrolle zu entziehen. Dennoch stellten die DB AG und ihre EIU mit den genannten Argumenten die Rechte des Bundesrechnungshofes immer wieder in Frage. Dadurch werden Prüfungen behindert und im schlimmsten Fall – etwa bei kurzfristigem Erhebungsbedarf – undurchführbar. Dies beeinträchtigt vor allem die dem Bundesrechnungshof übertragene Aufgabe der Beratung. Um Berichtswünsche des Parlaments auch in Zukunft sachgerecht erfüllen zu können, regt der Bundesrechnungshof eine Änderung im Gesetz über die Gründung einer Deutsche Bahn Aktiengesellschaft (Deutsche Bahn Gründungsgesetz – DBGrG) an. Dort sollte in § 27 Abs. 2 die Formulierung „Abs. 2 S. 1“ gestrichen werden. Dies würde deutlich

⁹⁴ § 91 Absatz 2 BHO hat folgenden Wortlaut: „Die Prüfung erstreckt sich auf die bestimmungsmäßige und wirtschaftliche Verwaltung und Verwendung. Bei Zuwendungen kann sie sich auch auf die sonstige Haushalts- und Wirtschaftsführung des Empfängers erstrecken, soweit es der Bundesrechnungshof für seine Prüfung für notwendig hält.“

⁹⁵ Vgl. § 94 BHO, wonach der Bundesrechnungshof Zeit und Art der Prüfung bestimmt.

machen, dass der Bundesrechnungshof bei der DB AG die Erhebungsmöglichkeiten hat, die ihm auch bei anderen Unternehmen zur Verfügung stehen, die Bundesmittel erhalten. Der Entwurf des Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs im Eisenbahnbereich ist ein Artikelgesetz, das eine Vielzahl von Gesetzen ändert. Daher kann auch diese Klarstellung im DBGrG mit dem Artikelgesetz erfolgen.

Ahrendt

Aprill

Zentner