

Bahn 2021: Wettbewerb in den Takt!

8. Sektorgutachten

Gutachten der Monopolkommission
gemäß § 78 ERegG

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	1
Kurzfassung	3
Kapitel 1	
Aktuelle Wettbewerbsentwicklungen auf den Eisenbahnmärkten	10
1.1 Entwicklung des Schienenverkehrs bis zum Ausbruch der Covid-19-Pandemie	10
1.1.1 Schienenpersonennahverkehr: Anteil der Wettbewerber weiterhin steigend	10
1.1.2 Schienenpersonenfernverkehr: Wettbewerber können Marktanteile erstmals ausbauen	11
1.1.3 Schienengüterverkehr: Wettbewerbsunternehmen weisen erstmals Anteilmehrheit auf	12
1.2 Weitgehend konstante Verteilung von Marktanteilen im intermodalen Wettbewerb	13
1.3 Starke Rückgänge des Eisenbahnverkehrsaufkommens im Jahr 2020 im Zuge der Covid-19-Pandemie	15
Kapitel 2	
Potenzielle Wettbewerbsverzerrungen aufgrund von Eigenkapitalerhöhungen vermeiden	17
2.1 Beabsichtigte Eigenkapitalerhöhungen.....	17
2.2 Wettbewerbsverzerrungen infolge von Eigenkapitalerhöhungen	19
2.2.1 Direkte intramodale Wettbewerbsverzerrungen	19
2.2.2 Indirekte intramodale Wettbewerbsverzerrungen	21
2.2.3 Eigenkapitalerhöhungen beeinflussen die Infrastrukturentgelte zulasten der Eisenbahnverkehrsunternehmen.....	21
2.3 Alternative Förderinstrumente anwenden	22
2.3.1 Schieneninfrastruktur über Investitionskostenzuschüsse fördern.....	23
2.3.2 Liquidität über eine wettbewerbsneutrale Trassenpreisförderung herstellen	24
2.3.3 Erstattung von Umsatzausfällen bei unzureichender Trassenpreisförderung	25
Kapitel 3	
Wettbewerbslichen Konflikt aufgrund der vertikalen Integration des DB-Konzerns auflösen	26
3.1 Eigentumsrechtliche Trennung ist weiterhin geboten	26
3.2 Wettbewerbsrechtliche Risiken durch die integrierte Konzernstruktur	27
3.2.1 Keine weitere Beeinträchtigung der wettbewerbslichen Chancengleichheit in historisch bedingt geschwächter Marktstruktur zulässig.....	27
3.2.2 Weitere Beeinträchtigung der Marktstruktur durch staatliche Hinnahme oder Begünstigung von Marktmachtmissbräuchen des DB-Konzerns	28
3.2.3 Aktienrechtlich abgesichertes Interesse des DB-Konzerns am Schutz seiner Marktstellung.....	30
3.2.3.1 Beherrschungs- und Ergebnisabführungsverträge.....	30
3.2.3.2 Interne Leistungsbeziehungen und deren bilanzielle Bewertung.....	31
3.2.4 Zum Konzerninteresse parallel laufendes Bundesinteresse	33
3.3 Zu schwache Ausgestaltung des Eisenbahnregulierungsgesetzes, um Einhaltung der wettbewerbsrechtlichen Vorgaben zu gewährleisten.....	36
3.3.1 Überblick: Bestehende Vorgaben des Eisenbahnregulierungsgesetzes.....	37

3.3.2	Keine Unabhängigkeit der konzernzugehörigen Betreiber von Infrastruktureinrichtungen.....	39
3.3.3	Beherrschungsverträge mit regulierungsrechtlichen Zielen grundsätzlich unvereinbar	41
3.3.4	Ergebnisabführungsverträge regulierungs- und beihilferechtlich problematisch	42
3.3.5	Unzureichende finanzielle Transparenz der Leistungsbeziehungen	43
3.3.6	Bundesinteresse erschwert regulatorische Neutralisierung von wettbewerbsinkompatiblen Konzerninteressen zusätzlich	43
3.4	Vertragliche und gesetzliche Änderungen notwendig	44
3.4.1	Beherrschungsverträge kündigen	44
3.4.2	Ergebnisabführungsverträge: Anpassung vertraglicher und gesetzlicher Regelungen zur transparenten Weiterleitung der Gewinne.....	44
3.4.3	Gefahr überhöhter Verrechnungspreise mithilfe von stärkeren Effizienzanforderungen begegnen	46
3.4.4	Vertikale Trennung als effektivste Maßnahme zur Verminderung wettbewerbsrechtlicher Risiken	46
3.4.5	Bundesnetzagentur zu außerordentlichen behördlichen Maßnahmen ermächtigen	47

Kapitel 4

Regulierungspotenziale stärker ausschöpfen	48	
4.1	Evaluierung des Eisenbahnregulierungsgesetzes.....	48
4.1.1	Zentrale Ziele des Eisenbahnregulierungsgesetzes bisher nicht erreicht	48
4.1.2	Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsgesetzes bleibt hinter den Möglichkeiten zurück.....	50
4.2	Zugangsregulierung von Schienenwegkapazitäten und Serviceeinrichtungen	53
4.2.1	Intransparenz und Planungsunsicherheiten beim Trassenzuweisungsverfahren der zweiten Anmeldeperiode abbauen	53
4.2.2	Zuweisungsproblematik bei überlasteten Schienenwegen	56
4.2.2.1	Überlastete Schienenwege bergen wettbewerbliche Risiken.....	56
4.2.2.2	Verbindliche Vorrangkriterien für die Zuweisung überlasteter Schienenwege schaffen.....	57
4.2.3	Zugangerschwernisse bei Abstellgleisen	60
4.2.3.1	Mehrjährige Nutzungsverträge erschweren den Zugang.....	60
4.2.3.2	Anzahl mehrjähriger Nutzungsverträge begrenzen und Informationsprobleme abbauen.....	63
4.3	Regulierung der Zugangsentgelte	64
4.3.1	Ausgestaltung der Zugangsentgeltregulierung	65
4.3.1.1	Trassenentgelte.....	65
4.3.1.2	Stationsentgelte	66
4.3.2	Anreize zur Effizienzsteigerung und Kostensenkung unzureichend.....	68
4.3.2.1	Finanzielle Mittel der LUFV III unterliegen keinen Effizienzanforderungen.....	70
4.3.2.2	Sektorale Produktivitätsfortschrittsrate und individuelle Effizienzvorgaben einführen	72
4.3.2.3	Ansetzbare Kapitalverzinsung der DB Netz AG anpassen	73
4.3.2.4	Stationsentgelte einer Anreizregulierung unterwerfen	74
4.3.3	Bedenken in Bezug auf eine Kosten-Preis-Schere.....	76
4.3.3.1	Entwicklung der Rechtsprechung	78
4.3.3.2	Entwicklung der behördlichen Entscheidungspraxis	79
4.3.3.3	Haftungsrisiken für den Bund	82
4.3.3.4	Empfehlungen: Genehmigung unter Vorbehalt oder Einführung einer eigenständigen gesetzlichen Prüfungskompetenz für die Bundesnetzagentur	83
4.3.4	Optimierungspotenzial der Entgeltregulierung im Bereich der Entgeltstruktur.....	83
4.3.4.1	Trassenentgelte sind im Schienenpersonenverkehr bisher frequenzabhängig	84

4.3.4.2	Frequenzabhängige Trassenentgelte bremsen höhere Bedienungsfrequenzen aus	85
4.3.4.3	Frequenzabhängigkeit der Entgelte ohne klare theoretische und rechtliche Fundierung.....	87
4.3.4.4	Zugkapazitätsbezogene Trassenentgelte könnten Chancen für mehr Verkehr auf unterausgelasteten Strecken bringen	89

Kapitel 5

Deutschlandtakt wettbewerblich gestalten.....92

5.1	Aktuelle Entwicklungen zu Planung und Finanzierung mit Blick auf den zukünftigen Wettbewerb	93
5.1.1	Zielfahrplan wettbewerbsfähig konzipieren	93
5.1.2	Infrastruktur effizient planen.....	95
5.1.3	Infrastrukturausbau langfristig finanzieren	96
5.2	Regulatorische Maßnahmen im Kontext Deutschlandtakt	97
5.2.1	Deutschlandtakt wettbewerblich erproben.....	98
5.2.1.1	Pilotprojekte transparent entwickeln	98
5.2.1.2	Modelle der Kapazitätsnutzung transparent und fair erproben	99
5.2.2	Rahmenverträge für den Takt anpassen	101
5.2.2.1	Einseitige Änderungs- und Kündigungsmöglichkeiten schränken Zugangssicherung ein	103
5.2.2.2	Konflikt zwischen Rahmenverträgen und Deutschlandtakt auflösen	104
5.2.2.3	Wettbewerbliche Risiken bei Wiederaufnahme von Rahmenverträgen verhindern	104
5.2.2.4	Neue Rahmenverträge für den Deutschlandtakt gestalten	105
5.3	Deutschlandtakt mit wirksamen Wettbewerbselementen einführen	106
5.3.1	Deutschlandtakt im gegenwärtigen Marktmodell?	107
5.3.2	Anpassungsbedarf zur Umsetzung des vorkonstruierten Zielfahrplans im gegenwärtigen Marktmodell	108
5.3.2.1	Systemtrassen definieren.....	109
5.3.2.2	Trassenanmeldungsverfahren anpassen – Vorrangregelungen für Deutschlandtakt	111
5.3.2.3	Anreize durch die Entgeltregulierung setzen	111
5.3.3	Organisatorischer Wechsel im Fernverkehr	112

Kapitel 6

Chancengleichheit für Tarifierung, Vertrieb und Fahrzeugbeschaffung schaffen115

6.1	Tarifierung im Hinblick auf effektiven Wettbewerb erweitern	115
6.2	Mehr Wettbewerb im Online-Vertriebsmarkt	118
6.2.1	Entwicklungen bei Online-Vertriebsplattformen	118
6.2.2	Wettbewerbsrisiken für Eisenbahnverkehrsunternehmen und Dritte.....	120
6.2.3	Zugang zu Echtzeitdaten diskriminierungsfrei gewähren	122
6.3	Zugang zu Rollmaterial verbessern	125

Kapitel 7

Fazit und Handlungsempfehlungen128

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1.1: Entwicklung der Wettbewerbs- und Verkehrsleistung im SPNV; 2010 bis 2019	10
Abbildung 1.2: Entwicklungen der Wettbewerbs- und Verkehrsleistung im SPNV; 2010 bis 2019	11
Abbildung 1.3: Entwicklung der Wettbewerbs- und Verkehrsleistung im SGV; 2010 bis 2019	13
Abbildung 1.4: Entwicklung der Verkehrsleistung und -verteilung im Personenverkehr; 2012 bis 2019	14
Abbildung 1.5: Entwicklung der Verkehrsleistung und -verteilung im Güterverkehr; 2012 bis 2019	15
Abbildung 1.6: Prozentuale Veränderung des Schienenverkehrsaufkommens der Quartale des Jahres 2020 verglichen mit dem Vorjahresquartalen	16
Abbildung 3.1: Aktuelles Verfahren der Dividendenabführung gemäß § 8d ERegG und der LuFV III	35
Abbildung 4.1: Entwicklung der durchschnittlichen Trassen- und Stationsentgelte des DB-Konzerns.....	69
Abbildung 6.1: Entwicklung des Online-Vertriebs der DB Fernverkehr AG von 2016 bis 2019	118
Abbildung 6.2: Anteile der Aufrufe von Internetauftritten mit Vertriebsangebot von Fernverkehrsanbietern im deutschen Schienenverkehr, Dezember 2020.....	119

Vorwort

Nach § 78 Eisenbahnregulierungsgesetz (ERegG) hat die Monopolkommission den Auftrag, alle zwei Jahre ein Gutachten zum Wettbewerb im Eisenbahnverkehr zu erstellen. In diesem Gutachten beurteilt die Monopolkommission den Stand und die absehbare Entwicklung des Wettbewerbs und die Frage, ob ein wirksamer Wettbewerb auf den Eisenbahnmärkten besteht. Darüber hinaus werden die Anwendung der Vorschriften des Eisenbahnrechts gewürdigt und zu sonstigen aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen im Zusammenhang mit dem Betrieb von Eisenbahnanlagen Stellung genommen.

Das vorliegende Sektorgutachten ist die achte Stellungnahme der Monopolkommission entsprechend ihrem gesetzlichen Auftrag gemäß § 78 ERegG. In der vorliegenden Stellungnahme befasst sich die Monopolkommission mit den Auswirkungen von Eigenkapitalerhöhungen und den Finanzströmen des DB-Konzerns auf den Wettbewerb im Eisenbahnsektor sowie mit regulatorischen Möglichkeiten, den Wettbewerb auf den Schienenverkehrsmärkten insbesondere mit Blick auf den Deutschlandtakt zu steigern und fair auszugestalten.

Zur Vorbereitung dieses Gutachtens hat die Monopolkommission in einer Anhörung am 3. Mai 2021 mit Marktteilnehmern, Aufgabenträgern und Verbänden über die Wettbewerbsentwicklung auf den Schienenverkehrsmärkten diskutiert. In der Anhörung waren vertreten:

- Bundesarbeitsgemeinschaft SPNV e. V.
- Deutsche Bahn AG
- Flixtrain GmbH
- Initiative Deutschland-Takt
- Mofair e. V.
- Netzwerk Europäischer Eisenbahnen e. V.
- Tarifverband der Bundeseigenen und Nichtbundeseigenen Eisenbahnen in Deutschland
- Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

Alle an der Anhörung Beteiligten haben ihre mündlichen Beiträge durch schriftliche Stellungnahmen ergänzt. Darüber hinaus haben weitere Marktteilnehmer sowie das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, das Bundeskartellamt und die Bundesnetzagentur schriftliche Stellungnahmen eingereicht.

Der Vizepräsident der Bundesnetzagentur, Herr Dr. Wilhelm Eschweiler, sowie weitere Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Behörde haben mit der Monopolkommission am 4. Mai 2021 Fragen zur Wettbewerbsentwicklung auf den Märkten für Eisenbahnverkehrsdienstleistungen und insbesondere Fragen zur Anwendung des Eisenbahnregulierungsgesetzes durch die Bundesnetzagentur und die Gerichte erörtert.

Weiterhin haben am 4. Mai 2021 der Präsident des Bundeskartellamtes, Herr Andreas Mundt, sowie weitere Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Bundeskartellamtes mit der Monopolkommission Fragen zur Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts im Eisenbahnsektor besprochen.

Darüber hinaus gab es vielfältige Kontakte zwischen den Mitgliedern sowie dem wissenschaftlichen Stab der Monopolkommission und Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Bundesnetzagentur, des Bundeskartellamtes, des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur, des Bundesrechnungshofs sowie der Unternehmen und Verbände. Die Monopolkommission dankt allen Beteiligten für ihre Mitwirkung.

Die Monopolkommission bedankt sich bei ihren wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen Frau Dr. Katja Greer, Frau Dr. Cornelia Gremm und Frau Kim-Ines Lindner, welche die Stellungnahme der Monopolkommission federführend betreut haben, sowie bei Herrn Dr. Thomas Weck, der bei der Abfassung mitgewirkt hat.

Bonn, im Juli 2021



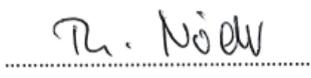
Jürgen Kühling



Pamela Knapp



Dagmar Kollmann



Thomas Nöcker



Achim Wambach

Kurzfassung

K1. Die Wettbewerbsentwicklung im Schienenverkehrsmarkt ist ambivalent. Zwar nimmt der Deutsche Bahn-Konzern weiterhin dominante Positionen ein, doch sind Fortschritte in der Wettbewerbsentwicklung zu verzeichnen. Im Güter- und Nahverkehr steigen die Marktanteile der Wettbewerber kontinuierlich an. Im Fernverkehr ist der Wettbewerb mit einem Marktanteil der DB Fernverkehr AG von über 96 Prozent allerdings weiterhin stark eingeschränkt. Dies wird sich auch mit den jüngsten Änderungen des Eisenbahnregulierungsgesetzes nicht entscheidend ändern. Darüber hinaus verzerren die Hilfsmaßnahmen zur Eindämmung der Covid-19-Pandemie, wie die geplante Eigenkapitalerhöhung des Bundes an die DB AG, den Wettbewerb zulasten der Konkurrenten der DB AG.

Potenzielle Wettbewerbsverzerrungen aufgrund von Eigenkapitalerhöhungen vermeiden

K2. Die Bundesregierung hat in den Jahren 2019 und 2020 zwei Eigenkapitalerhöhungen zugunsten des DB-Konzerns beschlossen. In dem einen Fall soll das zusätzliche Eigenkapital Investitionen in die Schieneninfrastruktur finanzieren, in dem anderen Fall dient es dem Ausgleich pandemiebedingter wirtschaftlicher Schäden. Eine Erhöhung des Eigenkapitals kann zu Wettbewerbsnachteilen für nicht-bundeseigene Eisenbahnverkehrsunternehmen führen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die konzerninterne Mittelverwendung an keine Beschränkungen, Bedingungen oder Auflagen durch den Bund geknüpft ist. In diesem Fall kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Mittel zugunsten der eigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen eingesetzt werden, etwa indem geringere Preise auf den Endkundenmärkten des Schienengüterverkehrs (SGV) und des Schienenpersonenfernverkehrs (SPFV) gefordert werden. Wettbewerbsnachteile können für die nicht-bundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen selbst dann entstehen, wenn die Mittel aus einer Eigenkapitalerhöhung in die Infrastruktur investiert werden. In der Folge steigen ceteris paribus die Abschreibungen und Kapitalkosten des Eisenbahninfrastrukturunternehmens, wodurch sich die Trassen- und Stationsentgelte für die Eisenbahnverkehrsunternehmen erhöhen. Dies kann Kostennachteile für die Eisenbahnverkehrsunternehmen im Wettbewerb mit anderen Verkehrsträgern verursachen.

K3. Die Monopolkommission empfiehlt, öffentliche Mittel primär für die Schieneninfrastruktur in Form von Investitionskostenzuschüssen einzusetzen. Zur Stärkung des Wettbewerbs auf der Schiene empfiehlt es sich während der Covid-Pandemie, wettbewerbsneutrale Branchenlösungen wie eine Trassenpreisförderung oder eine zeitlich befristete Umsatzverlusterstattung einzuführen. Sollten dennoch Eigenkapitalerhöhungen vorgenommen werden, ist es für den Erhalt des Wettbewerbs im Schienenverkehr umso wichtiger, ein geeignetes Berichts- und Kontrollinstrument einzuführen, wodurch nachvollzogen werden kann, dass die finanziellen Mittel tatsächlich für den vorgesehenen Zweck eingesetzt wurden.

Eigentumsrechtliche Trennung ist weiterhin geboten

K4. Die Eisenbahninfrastruktur des DB-Konzerns wird weiterhin zusammen mit den Eisenbahnverkehrsunternehmen in einer gemeinsamen Konzernstruktur betrieben. Dies ist aus ordnungspolitischer Perspektive problematisch, weil durch die Integration und das damit verbundene Konzerninteresse der Anreiz entsteht, den Gesamtgewinn über alle Konzernunternehmen zu maximieren. In der Folge kann es zu einem diskriminierenden Verhalten auf der Ebene der nachgelagerten Schienenverkehrsmärkte kommen. Daher wiederholt die Monopolkommission ihre Empfehlung für eine eigentumsrechtliche Trennung der Eisenbahninfrastruktur von dem restlichen DB-Konzern. Wenn dies politisch nicht angestrebt wird, empfiehlt die Monopolkommission als zweitbeste Lösung zur Einschränkung der wettbewerbsverzerrenden Fehlanreize, die organisatorische Unabhängigkeit und die wirtschaftliche Transparenz der Infrastrukturunternehmen zu stärken.

Unionsrechtliche Risiken aufgrund der integrierten Konzernstruktur reduzieren

K5. Die Gewährleistung organisatorischer Unabhängigkeit und wirtschaftlicher Transparenz der Infrastrukturunternehmen ist auch unter unionsrechtlichen Gesichtspunkten zu empfehlen. Gemäß Art. 106 Abs. 1 i. V. m. Art. 102 AEUV ist der Bund dafür verantwortlich, dass der DB-Konzern infolge seiner integrierten Konzernstruktur den Wettbewerb nicht schädigt. Die Gefahr einer Wettbewerbsschädigung besteht jedoch aufgrund der Ausrichtung aller

Konzerngesellschaften – einschließlich der konzernzugehörigen Infrastrukturbetreiber – an dem DB-Konzerninteresse. Innerhalb des DB-Konzerns wird dieses Konzerninteresse durch Beherrschungs- und Ergebnisabführungsverträge und vielfältige Leistungsbeziehungen im Konzern konkretisiert. Hinzu tritt das Eigentümerinteresse, das der Bund selbst daran hat, dass das Geschäft des DB-Konzerns in seiner Gesamtheit nach Möglichkeit den Bundeshaushalt schont und profitabel ist. Demgegenüber gibt es kein Eigeninteresse des Bundes an einer Förderung von Wettbewerb. Das gilt zumindest, sofern sich dieser zulasten des DB-Konzerns auswirken würde.

Beherrschungsverträge kündigen

K6. Die unionsrechtlichen Risiken werden durch die Beherrschungsverträge zwischen den Eisenbahninfrastrukturunternehmen des DB-Konzerns und der DB AG verstärkt. Die Beherrschungsverträge erhöhen die Gefahr, dass Entscheidungen der Eisenbahninfrastrukturunternehmen nicht wettbewerbsneutral, sondern im Sinne der DB-eigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen erfolgen. Die körperschaftssteuerrechtlichen Gründe für den Abschluss von Beherrschungsverträgen innerhalb des DB-Konzerns sind entfallen. Zugleich ist der Umstand, dass die Beherrschungsverträge zu einer verstärkten Bindung der Infrastrukturgesellschaften des DB-Konzerns an das Konzerninteresse führen, mit dem Regulierungsziel der organisatorischen Unabhängigkeit gemäß den §§ 8 ff. ERegG kaum in Einklang zu bringen. Die Monopolkommission empfiehlt daher, die Beherrschungsverträge innerhalb des DB-Konzerns zu kündigen.

Anpassung vertraglicher und gesetzlicher Regelungen zur vollständigen Weiterleitung der Gewinne

K7. Neben den Beherrschungsverträgen bergen die Ergebnisabführungsverträge im DB-Konzern die Gefahr einer Wettbewerbsschädigung, falls die abgeführten Gewinne der Betreiber der Schienenwege nicht vollständig an den Bund weitergeleitet werden, sondern auf der Ebene der DB AG verbleiben und damit auch den DB-eigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen zur Verfügung stehen. Dies wird zwar rechtlich mit dem § 8d Abs. 2 ERegG für Eisenbahnanlagen untersagt. Gleichzeitig verbleibt eine Intransparenz der abgeführten Nachsteuerergebnisse der Infrastrukturunternehmen des DB-Konzerns. Daher gilt es, die Transparenz bei der Ausweisung der Nachsteuerergebnisse der Eisenbahninfrastrukturunternehmen zu erhöhen und getrennte Dividendenverpflichtungen für die Eisenbahninfrastrukturunternehmen und die restlichen Gesellschaften des DB-Konzerns in der LuFV III festzuschreiben. Zudem sollten die gesetzlichen Gewinnabführungsregelungen des § 8 d Abs. 2 ERegG auch auf die Verwendung von Gewinnen der Betreiber von Serviceeinrichtungen und Fahrstromnetzen ausgeweitet werden. Es gibt bisher keine gesetzlichen Vorgaben dazu, wie diese ihre Gewinne verwenden müssen.

Gefahr überhöhter Verrechnungspreise mithilfe von stärkeren Effizienzanforderungen begegnen

K8. Trotz der steuerrechtlichen Vorgaben zur Bewertung von Verrechnungspreisen und der regulierungsrechtlichen Prüfung besteht die Gefahr, dass die Verrechnungspreise im Sinne des Konzerninteresses ausgestaltet werden. Die daraus resultierenden überhöhten Kosten der Eisenbahninfrastrukturunternehmen können anschließend im Rahmen des Regulierungsprozesses zu überhöhten Trassen- und Stationsentgelten führen. Aufgrund der Ergebnisabführungsverträge mit der DB AG besteht für die DB-eigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen die Möglichkeit, dass die höheren Trassen- und Stationsentgelte über die höheren Gewinne der Vorleistungsunternehmen ausgeglichen werden können. Die Regelungen des § 8d ERegG sind nicht ausreichend, um die Möglichkeit überhöhter Verrechnungspreise und einer damit einhergehenden Kostenverlagerung hin zu den Infrastrukturunternehmen auszuschließen. Die Monopolkommission empfiehlt, bei der Ausgestaltung der nationalen Regelungen über die bisherigen europarechtlichen Vorgaben zur Eisenbahnregulierung hinauszugehen. Interne Leistungen sollten vorrangig mit marktüblichen Preisen versehen und nur dann mit Produktionskosten bewertet werden, falls nachweisbar keine Marktpreise bestehen.

Gesetzliche Unabhängigkeit der Eisenbahninfrastrukturunternehmen weiter stärken

K9. Das aktuelle Eisenbahnregulierungsgesetz ist zu schwach ausgestaltet, um eine – am Maßstab des Art. 106 Abs. 1 AEUV gemessen – ausreichende organisatorische Trennung zwischen dem DB-Konzern und den gruppenzugehörigen Infrastrukturgesellschaften durchsetzen zu können. Insbesondere bestehen Lücken hinsichtlich der Sicherstellung der Unabhängigkeit des Vorstands und der Aufsichtsratsmitglieder der Infrastrukturunternehmen des DB-Konzerns. Das in dem ERegG enthaltene Verbot eines Doppelmandats schließt nicht aus, dass Aufsichtsratsmandate des Betreibers der Schienenwege auch von Vorstandsmitgliedern oder leitenden Angestellten anderer rechtlicher Einheiten eines vertikal integrierten Unternehmens – mit Ausnahme der Eisenbahnverkehrsunternehmen – übernommen werden können. Eine unabhängige Kontrolle durch die Aufsichtsratsmitglieder kann bei einer Doppelbesetzung strategisch wichtiger Ämter innerhalb des vertikalen Unternehmens nicht gewährleistet werden. Dies gilt auch dann, wenn die Aufsichtsratsmitglieder im Vorfeld des Aufsichtsratsmandats noch entscheidungsrelevante Ämter innerhalb des vertikal integrierten Konzerns innehatten. In diesen Fällen besteht die Möglichkeit, dass die Aufsichtsratsmitglieder des Schienenwegebetreibers ihre Kontrolle bewusst oder unbewusst im Sinne des Konzerns ausführen.

K10. Nach Auffassung der Monopolkommission sollten die Mitglieder des Aufsichtsrates der Infrastrukturunternehmen nicht zugleich in Führungspositionen des vertikal integrierten Unternehmens angestellt sein. Stattdessen sollten die Mitglieder des Aufsichtsrates aufgrund ihrer Unabhängigkeit, ihres Kompetenzprofils und nach Maßgabe des Public Corporate Governance Kodex gewählt werden. Zusätzlich empfiehlt die Monopolkommission, dass leitende Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, Vorstandsmitglieder und Aufsichtsratsmitglieder bei einem Wechsel von einem Infrastrukturbetreiber zu anderen Unternehmensbereichen des vertikal integrierten Konzerns und umgekehrt eine Sperrzeit einzuhalten haben. Zudem sollten sich die Unabhängigkeitsanforderungen des ERegG nicht nur auf die Betreiber der Schienenwege beschränken, sondern auch auf die Betreiber der Serviceeinrichtungen und der Fahrstromwege ausgeweitet werden.

Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsgesetzes vorantreiben

K11. Die Einführung des Eisenbahnregulierungsgesetzes (ERegG) im Jahr 2016 war ein wichtiger Schritt zur Stärkung des Wettbewerbs auf den Schienenverkehrsmärkten. Nach fast fünfjährigem Bestehen des ERegG muss jedoch festgestellt werden, dass viele der gesetzlich festgesetzten Ziele bisher nicht erreicht wurden. Aus Sicht der Monopolkommission schöpft die gegenwärtige Regulierung ihr Potenzial nicht aus, um die Weichen in Richtung einer wettbewerblichen Entwicklung der Schienenverkehrsmärkte zu stellen. Auch die jüngst in Kraft getretene Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts ist nicht ambitioniert genug, um entscheidende wettbewerbliche Impulse zu geben. Die Monopolkommission erachtet daher weitere Anpassungen am ERegG für notwendig.

Zugang zu Schienenwegen und Serviceeinrichtungen wettbewerblich gestalten

K12. In Deutschland werden Eisenbahninfrastrukturen überwiegend von Gesellschaften des DB-Konzerns bereitgestellt. Ein diskriminierungsfreier Zugang zu Schienenwegen und Serviceeinrichtungen ist daher eine essenzielle Voraussetzung für die Gewährleistung von Wettbewerb auf den Schienenverkehrsmärkten. Die bestehenden Vorschriften im geltenden Rechtsrahmen jedoch nicht sämtliche Diskriminierungspotenziale ausräumen.

K13. Die Einführung einer zweiten Anmeldephase zum jährlichen Netzfahrplanjahr birgt in ihrer jetzigen Ausgestaltung Risiken für den Wettbewerb. Die zweite Anmeldephase führt dazu, dass zwischen der Bekanntgabe des finalen Netzfahrplanentwurfs und dessen Inkrafttreten möglicherweise nur ein Monat liegt, anstatt wie bisher vier Monate. Dies verringert die Planungssicherheit der Verkehrsunternehmen. Zudem verbleiben der DB Netz AG hohe Gestaltungsspielräume bei der Koordinierung von Anträgen, weil das Zuweisungsverfahren nicht gesetzlich geregelt wird. Die Monopolkommission regt an, den Prozess der Trassenzuweisung der zweiten Anmeldeperiode nachzuschärfen. Dabei sollten klare Fristen für den zeitlichen Abstand zwischen Bekanntgabe des Netzfahrplans und dessen Inkrafttreten vorgesehen werden. Auch sollten für das Zuweisungsverfahren die gesetzlichen Koordinierungs- und Streitbeilegungsvorschriften aus der ersten Anmeldephase entsprechend gelten.

K14. Zur Sicherstellung einer chancengleichen Zuweisung von überlasteten Schienenwegen sollte der Betreiber der Schienenwege zur Anwendung allgemeingültiger Vorrangkriterien verpflichtet werden. Bisher können die Betreiber der Schienenwege selbst entscheiden, ob sie zur Zuweisung von überlasteten Schienenwegen eigene Vorrangkriterien definieren und anwenden. Die Zuweisung liegt damit in der alleinigen Verantwortung der Schienenwegebetreiber. Selbst wenn sich ein Schienenwegebetreiber zur Anwendung von Vorrangkriterien entscheidet, verbleiben ihm im Hinblick auf deren konkrete Ausgestaltung große Spielräume. Es besteht die Gefahr, dass die Infrastrukturbetreiber ihren nachgeordneten Verkehrsunternehmen bevorzugt einen Zugang zu den Trassen bereithalten. Die Monopolkommission empfiehlt daher, für den Zugang zu überlasteten Schienenwegen konkrete Vorrangkriterien im ERegG verbindlich vorzugeben.

K15. Der Zugang zu Serviceeinrichtungen hat sich aufgrund von Kapazitätsengpässen zunehmend verschlechtert. Besonders angespannt ist die Situation bei Abstellgleisen. In der Praxis zeigt sich, dass Abstellgleise häufig durch mehrjährige Nutzungsverträge an ein Eisenbahnverkehrsunternehmen vergeben werden. Der Abschluss mehrjähriger Verträge kann nicht nur den Zugang für Markteinsteiger erschweren, sondern kann auch zu Marktverschlüssen führen, wenn ein Großteil der Abstellkapazitäten langfristig dem Markt entzogen wird. Daher sollte der Anteil lang laufender Verträge auf maximal 80 Prozent der verfügbaren Kapazitäten in einer Betriebsanlage beschränkt werden. Da es zudem häufig an einer Transparenz von freien Restkapazitäten fehlt, sollte ein digitales Webportal zur Echtzeit-Darstellung der tatsächlichen Auslastung einer Betriebsanlage eingeführt werden.

Stärkere Anreize für Effizienzsteigerungen in der Entgeltregulierung setzen

K16. Die Entwicklung der Zugangsentgelte zeigt, dass diese auch seit der Einführung des ERegG im Jahr 2016 kontinuierlich ansteigen. Die Trassen- sowie vor allem die Stationsentgelte stiegen dabei deutlich stärker an als der Inputpreisindex der Eisenbahninfrastruktur, welcher als Index für die Veränderung der tatsächlichen Kosten der Eisenbahninfrastruktur dient. Nach Auffassung der Monopolkommission leidet die gegenwärtige Entgeltregulierung an einer Reihe von Schwachstellen, die dem regulatorischen Potenzial zur Effizienzsteigerung und Kostensenkung im Wege stehen und den Marktzutritt neuer Wettbewerber erschweren.

K17. Das ERegG schreibt eine Anreizregulierung im Bereich der Trassenentgelte vor. Problematisch dabei ist, dass jegliche Kosten, die im Rahmen der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung (LuFV) als qualifizierte Regulierungsvereinbarung für Instandhaltung und Ersatzinvestitionen anfallen, von der Anreizregulierung ausgenommen werden. Die Monopolkommission hält an ihrer Empfehlung fest, das ERegG im Hinblick auf qualifizierte Regulierungsvereinbarungen anzupassen. Demnach sollten jegliche Kosten der Schienenwegebetreiber entweder der Anreizregulierung unterliegen oder auf Grundlage von Kosten ermittelt werden, welche an einer effizienten Leistungsbereitstellung ausgerichtet sind. Damit könnte sichergestellt werden, dass das Ziel von wettbewerbsadäquaten Zugangsentgelten nicht dadurch konterkariert wird, dass der Betreiber der Schienenwege ineffiziente Kosten in den Bereich der LuFV verschieben kann.

K18. Darüber hinaus fehlt es der gegenwärtigen Anreizregulierung an wirksamen Anzelelementen. Die Monopolkommission empfiehlt, die Anreizregulierung an sektorspezifischen Bedingungen anzupassen. Aus diesem Grund sollte neben der gesamtwirtschaftlichen Produktivität auch die sektorspezifische Produktivität als Parameter zur Ermittlung der Trassenentgelte in die Regulierung mit aufgenommen werden.

K19. Eine weitere Gefahr überhöhter Trassenentgelte entsteht aus übermäßig hohen Kapitalkosten. Die Kapitalkosten berechnen sich u. a. aus dem unternehmerischen Wagnis der DB Netz AG. Dabei wird die Sonderstellung der DB Netz AG als bundeseigenes Unternehmen jedoch nicht adäquat abgebildet. Die Monopolkommission spricht sich für eine Adjustierung der Eigenkapitalverzinsung aus, die sich an dem tatsächlichen Risiko hypothetischer Eigenkapitalgeber der DB Netz AG orientiert. Zudem besteht der Fehlanreiz, übermäßig viel Eigenkapital einzusetzen und

damit die Kapitalkosten zusätzlich zu erhöhen. Das Eigenkapital, welches über einen Anteil von 40 Prozent hinausgeht, sollte daher mit einem risikolosen Zinssatz bewertet werden.

K20. Das ERegG schreibt für die Regulierung der Stationsentgelte in § 32 Abs. 1 ERegG eine Kostenzuschlagsregulierung vor. Diese Form der Entgeltregulierung kann dem Betreiber der Schienenwege jedoch Fehlanreize zur unangemessenen Ausdehnung der Kosten setzen. Die Monopolkommission regt an, die für Trassenentgelte vorgesehene Anreizregulierung auf die Stationsentgelte auszuweiten.

K21. Basierend auf diesen fehlenden Effizienzanforderungen sieht die Monopolkommission die Gefahr einer missbräuchlichen Kosten-Preis-Schere insbesondere im SPFV und SGV. Diese liegt dann vor, wenn mit dem DB-Konzern konkurrierende Eisenbahnverkehrsunternehmen durch Beschneidung ihrer Marge behindert werden. Aus Sicht der Monopolkommission ist die bestehende Rechtslage mit Blick auf die Überprüfung möglicher Missbräuche durch eine Kosten-Preis-Schere im Eisenbahnsektor unbefriedigend. Die Bundesnetzagentur muss zwar die Genehmigung von missbräuchlichen Trassenentgelten nach Art. 106 Abs. 1 AEUV versagen. Sie kann die nötigen Ermittlungen wegen der Zuständigkeit des Bundeskartellamts für Missbrauchsprüfungen aber nicht vollständig selbst vornehmen, sondern muss gegebenenfalls das Bundeskartellamt im Wege der Amtshilfe einbeziehen. Die Monopolkommission empfiehlt, eine Befugnis zur Prüfung von Kosten-Preis-Scheren in das Eisenbahnregulierungsgesetz aufzunehmen. Die Bundesnetzagentur sollte ferner ermächtigt werden, Genehmigungen nach § 46 ERegG lediglich vorläufig zu erteilen, sofern über eine Genehmigung im Sinne der Vorschrift wegen der erforderlichen missbrauchsrechtlichen Ermittlungen nicht fristgerecht entschieden werden kann.

Trassenentgelte nach der zugelassenen Personenbeförderungskapazität ausrichten

K22. Die Monopolkommission sieht in der Entgeltregulierung auch Optimierungspotenzial im Bereich der Entgeltstruktur. So vermindert die derzeitige Ausgestaltung der Trassenentgelte im Schienenpersonenverkehr, wonach die Entgelte pro Zug und Trassenkilometer erhoben werden, das Potenzial für mehr Verkehr auf bisher unterausgelasteten Strecken. Eine Entgeltbemessung pro Zug und Trassenkilometer setzt den Eisenbahnverkehrsunternehmen Fehlanreize, die Bedienungsfrequenz zu reduzieren und vergleichsweise lange Züge einzusetzen. Die Bedienungsfrequenz wird von Reisenden jedoch als ein bedeutendes Qualitätsmerkmal wahrgenommen, sodass eine durch die Entgeltregulierung bedingte niedrigere Bedienungsfrequenz mit Nachteilen für die Qualität und Attraktivität der Schiene verbunden ist. Jede anderweitige Ausgestaltung der Entgelte, die zu einer höheren Bedienungsfrequenz führt, könnte die gesamtwirtschaftliche Wohlfahrt gegenüber der aktuellen Entgeltsystematik verbessern. Um die aktuellen Fehlanreize zu beheben und Anreize für eine höhere Bedienungsfrequenz bei unterausgelasteten Schienenwegen zu setzen, sollten die Trassenentgelte in Abhängigkeit der zugelassenen Personenbeförderungskapazität der eingesetzten Züge erhoben werden. Dadurch könnte zudem der Weg geebnet werden, um das verkehrspolitische Ziel von mehr Verkehr auf der Schiene und eine Erhöhung der Fahrgastzahlen zu erreichen.

Deutschlandtakt wettbewerblich gestalten

K23. Mit dem Deutschlandtakt wird ein modellhafter Fahrplan eines bundesweit integralen Taktfahrplans konzipiert. Die Planungen für den Deutschlandtakt sind in den vergangenen zwei Jahren weiter vorangeschritten. So liegen seit Juni 2020 der dritte und voraussichtlich finale Gutachterentwurf zum Zielfahrplan Deutschlandtakt wie auch der Masterplan Schiene vor. Mit der Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts und dem vom Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur vorgestellten Schienenpakt werden zudem erste Anpassungen für die Erprobung des Deutschlandtaktes vorgenommen.

K24. Die aktuellen Planungen sehen Maßnahmen für einen Infrastrukturausbau auf Basis des vorkonstruierten Zielfahrplans vor. Um mit dem Deutschlandtakt den Schienenverkehr attraktiver zu gestalten und mehr Verkehr auf die Schiene zu bringen, ist es notwendig, auch den Wettbewerb innerhalb der Verkehrsmärkte zu stärken. Hierfür sollten bereits während der Infrastrukturplanung wettbewerbliche Aspekte für die Umsetzung des integralen Taktfahrplans

mitberücksichtigt werden. Durch das Abstimmen der Strecken auf die einhergehenden betrieblichen Notwendigkeiten, wie die Nutzung von Wartungseinrichtungen oder Abstellanlagen, könnte ein möglichst effizient zu bedienender Zielfahrplan erarbeitet und die Infrastruktur hierfür ausgebaut werden, ohne zusätzliche Markteintrittsbarrieren zu schaffen.

K25. Mit der Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts werden erste rechtliche Schritte zur Erprobung des Deutschlandtaktes gegangen. So ermöglicht § 52a ERegG eine Ausnahme vom bestehenden Regulierungsrecht für erste Projekte des Deutschlandtaktes, indem der Betreiber der Schienenwege auf vorab definierten Probestrecken gesonderte Kapazitätsnutzungspläne erstellen kann. Die neu geschaffene Erprobungsmöglichkeit für den Deutschlandtakt ist positiv zu bewerten. Damit die Erprobung nicht Einzelne, etwa den Betreiber eines vertikal integrierten Eisenbahnverkehrsunternehmens bevorteilt, sollte eine Mitwirkungsmöglichkeit bei den Planungen zu Erprobungsstrecken für alle Beteiligten vorgesehen werden. Auch sollte darauf geachtet werden, dass bestehende rechtliche Instrumente, beispielsweise Rahmenverträge zwischen dem Infrastrukturbetreiber und Eisenbahnverkehrsunternehmen, zur Förderung des Wettbewerbs genutzt werden und nicht bei der Einführung des Deutschlandtaktes den Markteintritt von Wettbewerbern verhindern.

K26. Für die Umsetzung des Deutschlandtaktes sind weitere gesetzliche Anpassungen notwendig. Um die mit dem Deutschlandtakt angestrebten Verbesserungen, wie Fahrzeit- und Wartezeitverkürzungen, zu erreichen, wäre es notwendig, Systemtrassen gesetzlich vorzuschreiben, Vorrangkriterien für den Deutschlandtakt einzuführen und Anreize über die Entgeltssystematik zu setzen. Für die sichere Umsetzung des geplanten Zielfahrplans empfiehlt die Monopolkommission einen Wechsel des Marktmodells im Fernverkehr hin zu einem Ausschreibungs- oder Konzessionsmodell. Durch eine wettbewerbliche Ausgestaltung mit einem neutralen Bundesaufgabenträger und der Konzession bzw. Vergabe von Streckenbündeln könnte die Bedienung der vorgesehenen Strecken abgesichert und gleichzeitig der Markteintritt von Wettbewerbern ermöglicht werden.

Weiterentwicklungen bezüglich der Tarifierung, Vertrieb und Fahrzeugbeschaffung nötig

K27. Bestehende Wettbewerbsverzerrungen bei der Tarifierung, dem Online-Vertrieb und der Fahrzeugbeschaffung erschweren insbesondere neuen Marktteilnehmern die Etablierung auf den Transportmärkten sowie auf dem Vertriebsmarkt.

K28. Hinsichtlich der Tarifierung wird mit § 12 AEG die Erstellung durchgehender Tarife unter Beteiligung mehrerer Eisenbahnverkehrsunternehmen angestrebt. Die Kooperation von Eisenbahnverkehrsunternehmen dient dazu, dass der Schienenverkehrsmarkt aus Sicht der Reisenden als einheitlicher Markt wahrgenommen wird und nicht – bedingt durch den Wettbewerb – als zerstückelt erscheint. Die Eisenbahnverkehrsunternehmen gehen der Mitwirkungspflicht zu durchgehenden Tarifen bereits nach, indem sie gemeinsame Beförderungsbedingungen und Preise für solche Fahrten gestalten, bei denen mehrere Anbieter beteiligt sind. Bisher ergibt sich im SPNV jedoch ein Ungleichgewicht aufgrund der unterschiedlichen Verhandlungspositionen der nicht-bundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen und der DB Regio AG. Einen Ausgleich könnte die neue Koordinierung der gemeinsamen Tarife über den Deutschlandtarifverbund schaffen. Im SPNV bestehen dagegen weiterhin keine Kooperationen hinsichtlich Tarifen. Ob und inwiefern die Eisenbahnverkehrsunternehmen im SPNV ihrer Mitwirkungspflicht an durchgehenden Tarifen nachkommen, sollte daher überprüft werden. Insbesondere für eine wettbewerbliche Umsetzung des angestrebten Deutschlandtaktes wäre zusätzlich zu den bestehenden Tarifen der einzelnen Eisenbahnverkehrsunternehmen ein gemeinsamer, unternehmensübergreifender Fernverkehrstarif oder eine gegenseitige Anrechnung der Fahrkarten wünschenswert.

K29. Soweit die konkurrierenden Eisenbahnverkehrsunternehmen keinen uneingeschränkten Zugang zum Online-Vertrieb der DB AG haben, sind sie wegen der starken Stellung der Portale [bahn.de](https://www.bahn.de) und [DB Navigator App](https://www.dbnavigator.de) im Wettbewerb erheblich benachteiligt. Um einen chancengleichen Wettbewerb im Online-Vertrieb zu erreichen, empfiehlt die Monopolkommission, den Zugang zu Echtzeitdaten, wie An- und Abfahrtszeiten, Daten zur Auslastung der Züge

etc., auch Dritten zu ermöglichen. Eine entsprechende Regelung könnte durch eine zeitnahe Gesetzesanpassung erzielt werden.

K30. Insbesondere für die Umsetzung des Deutschlandtaktes wird in Zukunft verstärkt die Anschaffung von neuem Fahrzeugmaterial notwendig werden. Dabei wird allerdings vor allem hinsichtlich der Fahrzeugfinanzierung eine weitere Verzerrung des Wettbewerbs deutlich. Durch die Eigentümerschaft des Bundes verfügt der DB-Konzern über Finanzierungsvorteile und somit auch über Vorteile bei der Beschaffung von neuem Fahrzeugmaterial. Um Chancengleichheit zu erzeugen, sollte eine separate Gesellschaft für die Bereitstellung von Finanzierungsmöglichkeiten für Rollmaterial eingeführt werden.

Kapitel 1

Aktuelle Wettbewerbsentwicklungen auf den Eisenbahnmärkten

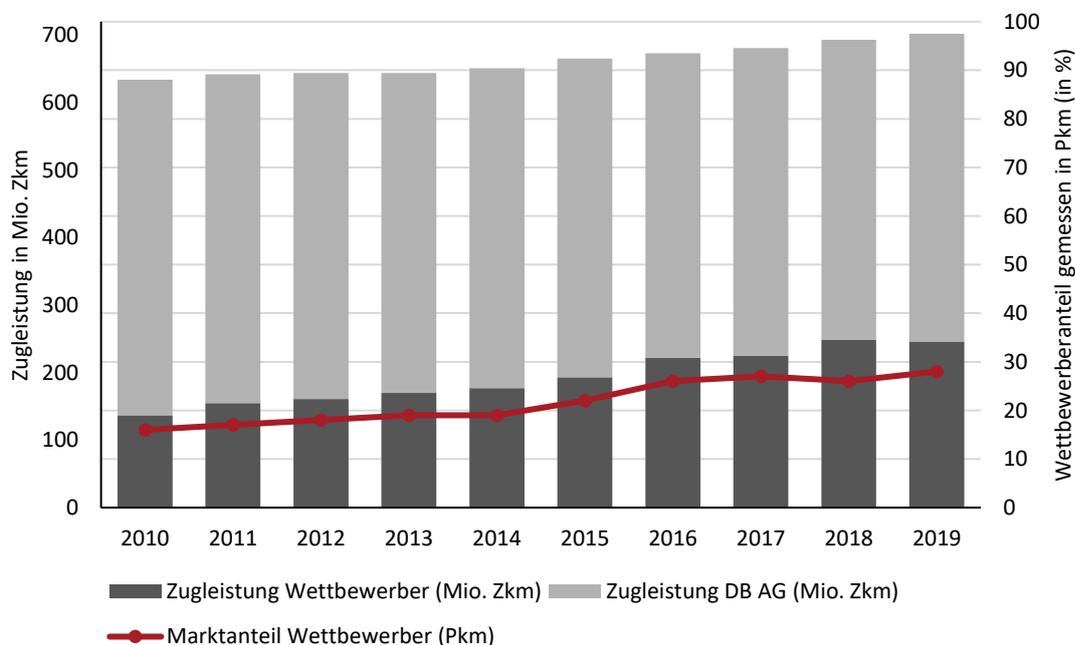
1. Bis zum Beginn der Covid-19-Pandemie im Frühjahr 2020 konnte auf den Eisenbahnmärkten zunächst eine Fortsetzung der positiven Wettbewerbsentwicklung der letzten Jahre festgestellt werden. Die Wettbewerber konnten insbesondere im Schienenpersonennahverkehr (SPNV) und im Schienengüterverkehr (SGV) Marktanteile gewinnen. Im SGV wurde 2018 die Mehrheit der Verkehrsleistung durch die Wettbewerbsunternehmen bedient. Eine positive Wettbewerbsentwicklung gibt es erstmals auch für den Schienenpersonenfernverkehr (SPFV). Dennoch dominieren die Eisenbahnverkehrsunternehmen der DB AG weiterhin die Marktsegmente des SPNV und des SPFV. Die Covid-19-Pandemie führte im Jahr 2020 zu einem starken Rückgang des Verkehrsaufkommens. Dies gilt insbesondere für die Marktsegmente des SPNV und SPFV. Die konkreten Auswirkungen der Covid-19-Pandemie auf die Wettbewerbssituation im Eisenbahnsektor können derzeit noch nicht abgeschätzt werden.

1.1 Entwicklung des Schienenverkehrs bis zum Ausbruch der Covid-19-Pandemie

1.1.1 Schienenpersonennahverkehr: Anteil der Wettbewerber weiterhin steigend

2. Im SPNV war bis zu dem Jahr 2019 weiterhin eine positive Wettbewerbsentwicklung zu beobachten. Die Wettbewerber der DB AG konnten zwischen dem Jahr 2016 und dem Jahr 2019 ihren Marktanteil gemessen an der Zugleistung (in Zkm) um 2 Prozent auf 35 Prozent erhöhen. Gemessen an den Personenkilometern (Pkm) betrug ihr Marktanteil im Jahr 2019 28 Prozent (vgl. Abbildung 1.1).¹ Dennoch hat die DB AG weiterhin ihre marktbeherrschende Stellung im SPNV beibehalten.

Abbildung 1.1: Entwicklung der Wettbewerbs- und Verkehrsleistung im SPNV; 2010 bis 2019



Quelle: BNetzA, DB AG; eigene Darstellung

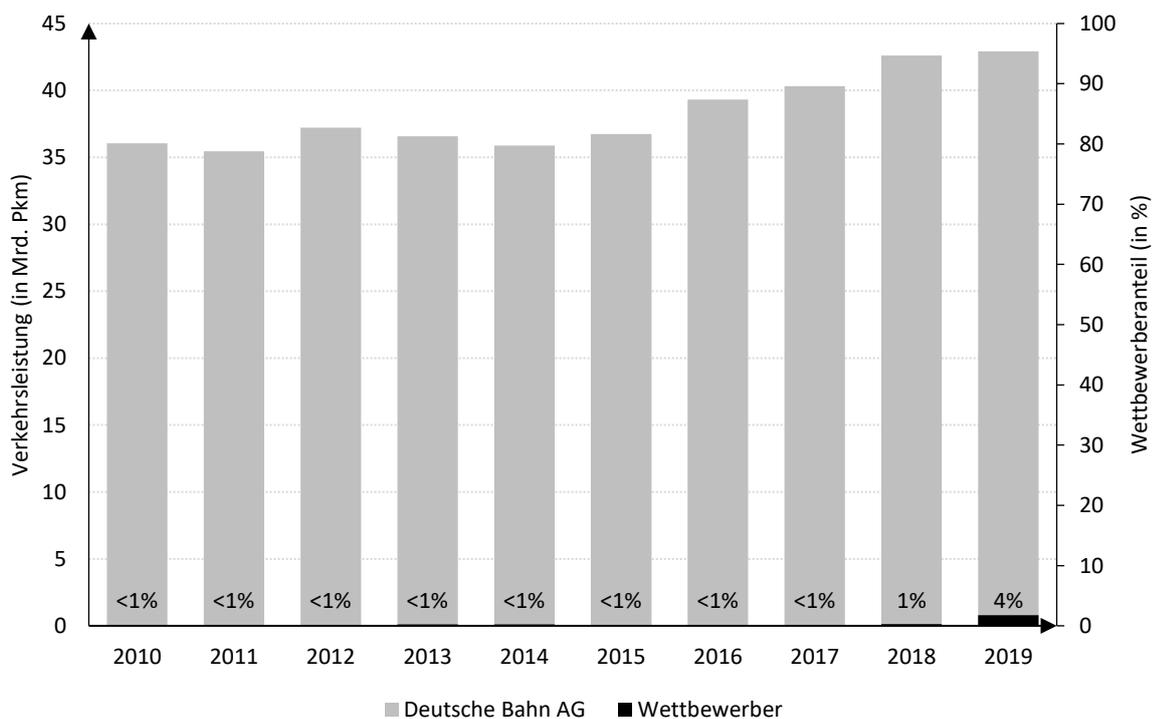
¹ Vgl. BNetzA, Marktuntersuchung Eisenbahnen 2020, Bonn, Januar 2021, S. 26, 51; BNetzA, Marktuntersuchung Eisenbahnen 2016, Bonn, Dezember 2016, S. 31. Die Tatsache, dass der Marktanteil der Wettbewerber gemessen an der Zugleistung höher ist als gemessen an dem Verkehrsaufkommen, lässt darauf schließen, dass die Wettbewerbsunternehmen eher Strecken bedienen, auf denen das Fahrgastaufkommen niedriger ist.

3. Die Wettbewerber der bundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen sind im SPNV zumeist ebenfalls Unternehmen mit öffentlichen Eigentümern. Insgesamt werden 13 Prozent der gesamten SPNV-Verkehrsleistung von der Gruppe der ausländischen Staatsbahnen erbracht. 6 Prozent der Verkehrsleistung werden von den Unternehmen der Kommunen und Ländern angeboten. Lediglich 9 Prozent der gesamten Verkehrsleistung des SPNV Marktes werden von privaten Eisenbahnverkehrsunternehmen betrieben.² Die privaten Eisenbahnverkehrsunternehmen konnten jedoch zwischen den Jahren 2018 und 2019 ihren Marktanteil zulasten der bundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen und den Eisenbahnverkehrsunternehmen der Länder und Kommunen um 3 Prozent ausbauen.³

1.1.2 Schienenpersonenfernverkehr: Wettbewerber können Marktanteile erstmals ausbauen

4. Im Schienenpersonenfernverkehr konnten die Wettbewerbsunternehmen im Jahr 2019 erstmals Marktanteile größer als 1 Prozent gewinnen. Diese betragen 4 Prozent gemessen an der Verkehrsleistung, nach lediglich 1 Prozent im Jahr 2018 (vgl. Abbildung 1.2). Ein Großteil des Wachstums ist auf das Angebot der FlixTrain-Züge des Unternehmens FlixBus, den Nightjet Nachtzügen der Österreichischen Bundesbahn (ÖBB) und der grenzüberschreitenden Verbindungen der Thalys-Züge zurückzuführen.

Abbildung 1.2: Entwicklungen der Wettbewerbs- und Verkehrsleistung im SPFV; 2010 bis 2019



Quelle: BNetzA; eigene Darstellung.

5. Seit dem Jahr 2018 bietet das Unternehmen FlixBus GmbH unter der Marke FlixTrain Streckenverbindungen im innerdeutschen Schienenpersonenfernverkehr an. Nachdem zunächst die Strecken Köln- Hamburg und Stuttgart - Berlin bedient worden waren, wurde im Jahr 2019 das Streckennetz auf die Verbindung Berlin- Köln/Aachen ausgeweitet. Im Zuge der Covid-19-Pandemie stellte FlixBus sein Bahnangebot im Jahr 2020 jedoch größtenteils

² BNetzA, Marktuntersuchung Eisenbahnen 2020, a. a. O., S. 27.

³ BNetzA, Marktuntersuchung Eisenbahnen 2019, Bonn, Dezember 2019, S. 25; BNetzA, Marktuntersuchung Eisenbahnen 2020, a. a. O., S. 27.

ein. Am 11. Mai 2021 kündigte Flixbus an, seine Bahnfahrten wiederaufzunehmen und weiter im deutschen Markt zu expandieren. Es ist geplant, ab dem Frühjahr 2021 insgesamt 40 Städte anzufahren. Darüber hinaus plant Flixbus, eine Nachtzugverbindung auf der Strecke Hamburg- Berlin- München einzurichten.⁴

6. Neben dem Angebot von Flixbus bestehen grenzüberschreitende Schienenfernverkehrsangebote von Wettbewerbern der DB AG, welche auch innerdeutsche Strecken abdecken. Diese werden vor allem vom Thalys und den Nachtzügen der ÖBB (Nightjet) angeboten. Die Nachtzüge wurden ebenfalls während der Covid-19-Pandemie eingestellt und ab Ende Mai 2021 wiederaufgenommen.⁵ In einer Kooperation mit den Staatsbahnen DB AG, ÖBB, SNCF und SBB sind für die Jahre 2021 bis 2024 weitere Nightjet-Verbindungen geplant.⁶

1.1.3 Schienengüterverkehr: Wettbewerbsunternehmen weisen erstmals Anteilsmehrheit auf

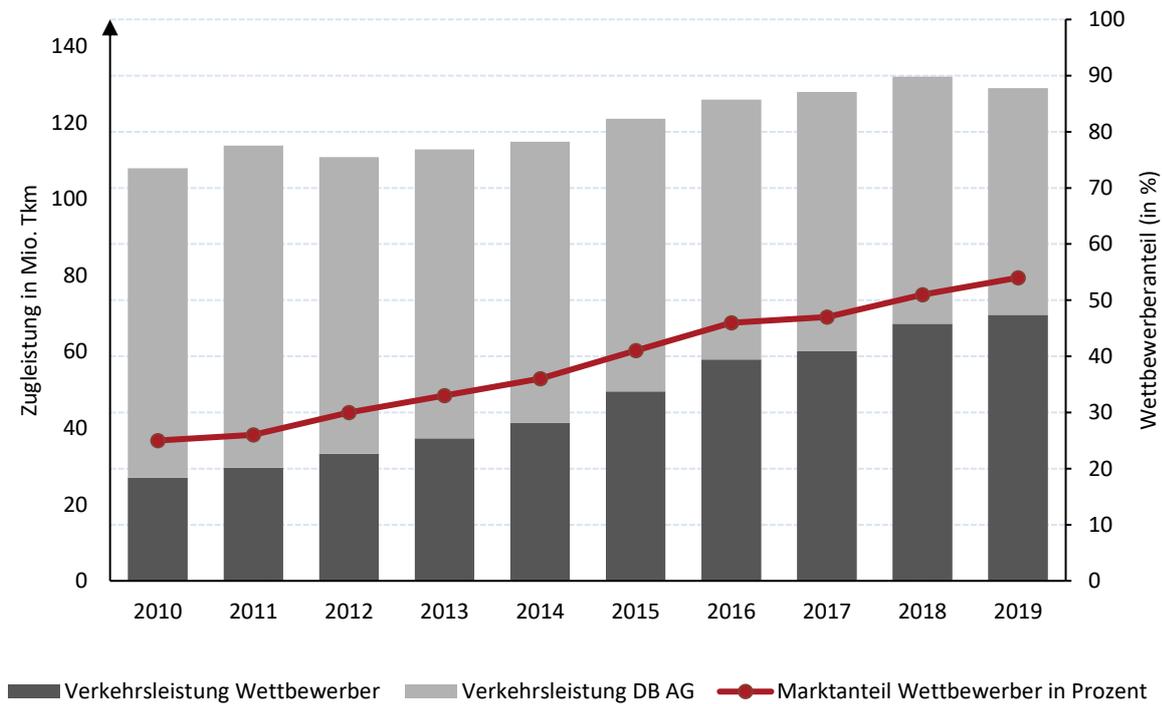
7. Im Schienengüterverkehr konnten die Wettbewerbsunternehmen der DB AG in den letzten zehn Jahren ihren Marktanteil verdoppeln. Seit dem Jahr 2018 erbringen sie erstmals die Mehrheit (51 Prozent) der inländischen Verkehrsleistung (vgl. Abbildung 1.3). Im Jahr 2019 konnte der Marktanteil auf 54 Prozent der Verkehrsleistung ausgebaut werden. Die Eigentümer der Wettbewerber waren im Jahr 2019 vor allem private inländische Eisenbahnverkehrsunternehmen (105 Unternehmen), Länder und Kommunen (35 Unternehmen), ausländische Eisenbahnverkehrsunternehmen (14 Unternehmen) und ausländische Staatsbahnen (14 Unternehmen). Insbesondere private inländische Eisenbahnverkehrsunternehmen (+2 Prozent) und ausländische Eisenbahnverkehrsunternehmen (+3 Prozent) konnten in dem Zeitraum von 2017 bis 2019 Marktanteile gewinnen. Auch die Eisenbahnverkehrsunternehmen der Länder und Kommunen (+1 Prozent) sowie ausländische Staatsbahnen (+1 Prozent) konnten ihren Marktanteil leicht steigern.⁷

⁴ FlixBus GmbH, Pressemitteilung vom 11. Mai 2021- FlixBus startet größte Expansion seit Bestehen.

⁵ Nightjet.com, <https://www.nightjet.com/de/>, Abruf am 12. Mai 2021.

⁶ Deutsche Bahn AG, https://www.deutschebahn.com/de/presse/pressestart_zentrales_uebersicht/Gemeinsam-fuer-Europa-Neue-Linien-im-Nachtzugverkehr-5759896, Abruf am 12. Mai 2021.

⁷ BNetzA, Marktuntersuchung Eisenbahnen 2018, Bonn, Dezember 2018, S. 23; BNetzA, Marktuntersuchung Eisenbahnen 2020, a. O., S. 28.

Abbildung 1.3: Entwicklung der Wettbewerbs- und Verkehrsleistung im SGV; 2010 bis 2019

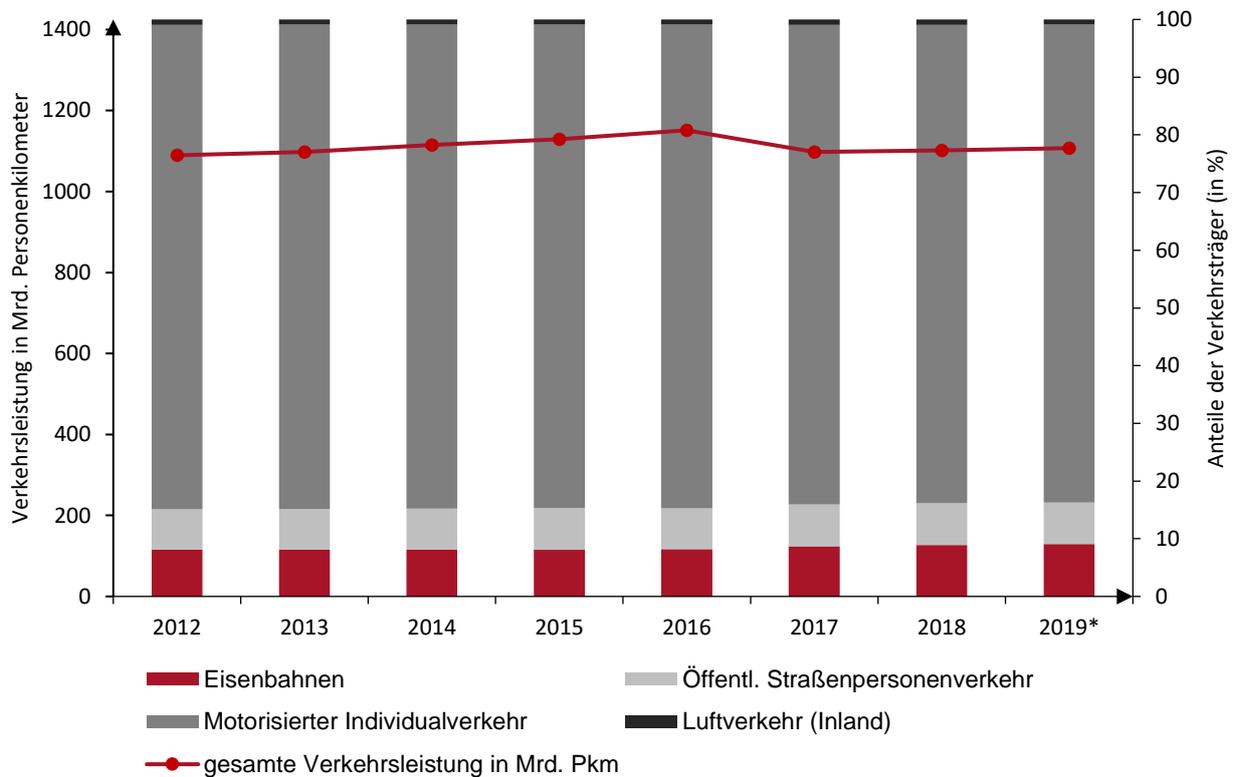
Quelle: BNetzA, eigene Darstellung.

1.2 Weitgehend konstante Verteilung von Marktanteilen im intermodalen Wettbewerb

8. Verkehrsübergreifend ist die insgesamt auf der Schiene, der Straße und in der Luft erbrachte Verkehrsleistung im Personenverkehr zwischen den Jahren 2017 und 2019 um 9 Mrd. Pkm leicht gestiegen (+ 0,8 Prozent).⁸ Dies ist insbesondere auf die Steigerung der Verkehrsleistung des Schienenpersonennahverkehrs zurückzuführen. Dieser konnte seine Verkehrsleistung um 5 Prozent steigern, wodurch sich allerdings sein intermodaler Marktanteil lediglich von 8,7 Prozent auf 9,1 Prozent erhöhte (vgl. Abbildung 1.4). Insgesamt kann in den letzten Jahren eine konstante Marktanteilsverteilung innerhalb der Verkehrsträger Schiene, Straße und Luftverkehr beobachtet werden.

⁸ Das Schätzverfahren zur Modellierung des motorisierten Individualverkehrs wurde ab dem Jahr 2017 modifiziert. Aus diesem Grund ergab sich ein Sprung der gesamten Verkehrsleistung im Vergleich zum Jahr 2016. Vgl. BMVI, Verkehr in Zahlen 2020/2021, Berlin, September 2020, S. 151, 212 ff.

Abbildung 1.4: Entwicklung der Verkehrsleistung und -verteilung im Personenverkehr; 2012 bis 2019

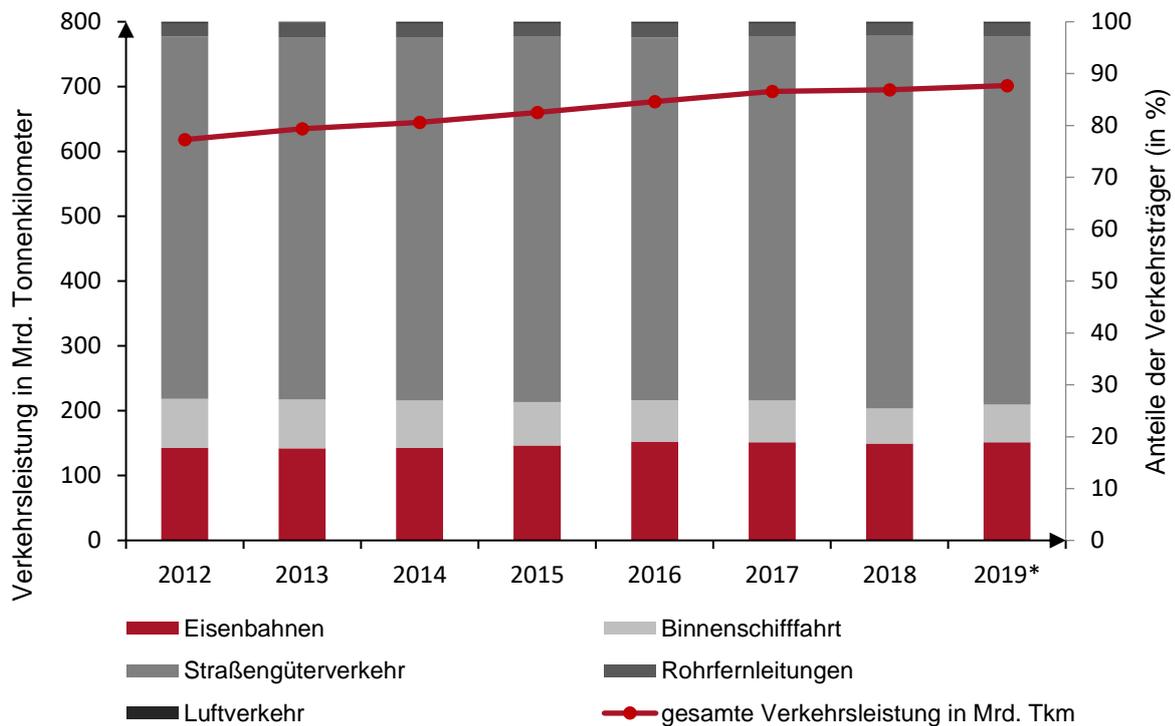


Quelle: BMVI, Verkehr in Zahlen 2020/21; eigene Darstellung.

Anmerkungen: Abgebildet sind die Anteile der Verkehrsträger an der Verkehrsleistung im Personenverkehr innerhalb Deutschlands sowie die gesamte Verkehrsleistung im deutschen Personenverkehr in Mrd. Pkm. Die Daten sind für das Jahr 2019 teils vorläufige Werte.

9. Im Schienengüterverkehr ist die insgesamt erbrachte Verkehrsleistung seit dem Jahr 2017 um 1,3 Prozent angestiegen. Der Anstieg wurde vor allem von dem Straßengüterverkehr verursacht (+ 2,4 Prozent). In der Folge konnte der Straßengüterverkehr seinen Marktanteil im intermodalen Güterverkehr um 1 Prozent erhöhen.⁹ Die Bedeutung des Schienengüterverkehrs im intermodalen Wettbewerb blieb gleich. Der Schienengüterverkehr weist seit Jahren einen stabilen Marktanteil zwischen 18 und 19 Prozent auf (vgl. Abbildung 1.5).

⁹ Vgl. BMVI, Verkehr in Zahlen 2020/21, Berlin, Stand 13.04.2021, S. 244 f.

Abbildung 1.5: Entwicklung der Verkehrsleistung und -verteilung im Güterverkehr; 2012 bis 2019

Quelle: BMVI, Verkehr in Zahlen 2020/21; eigene Darstellung.

Anmerkung: Abgebildet sind die Anteile der Verkehrsträger an der inländischen Verkehrsleistung im Güterverkehr sowie die gesamte inländische Verkehrsleistung in Mrd. Tonnenkilometern. Die Daten sind für das Jahr 2019 teils vorläufige Werte.

1.3 Starke Rückgänge des Eisenbahnverkehrsaufkommens im Jahr 2020 im Zuge der Covid-19-Pandemie

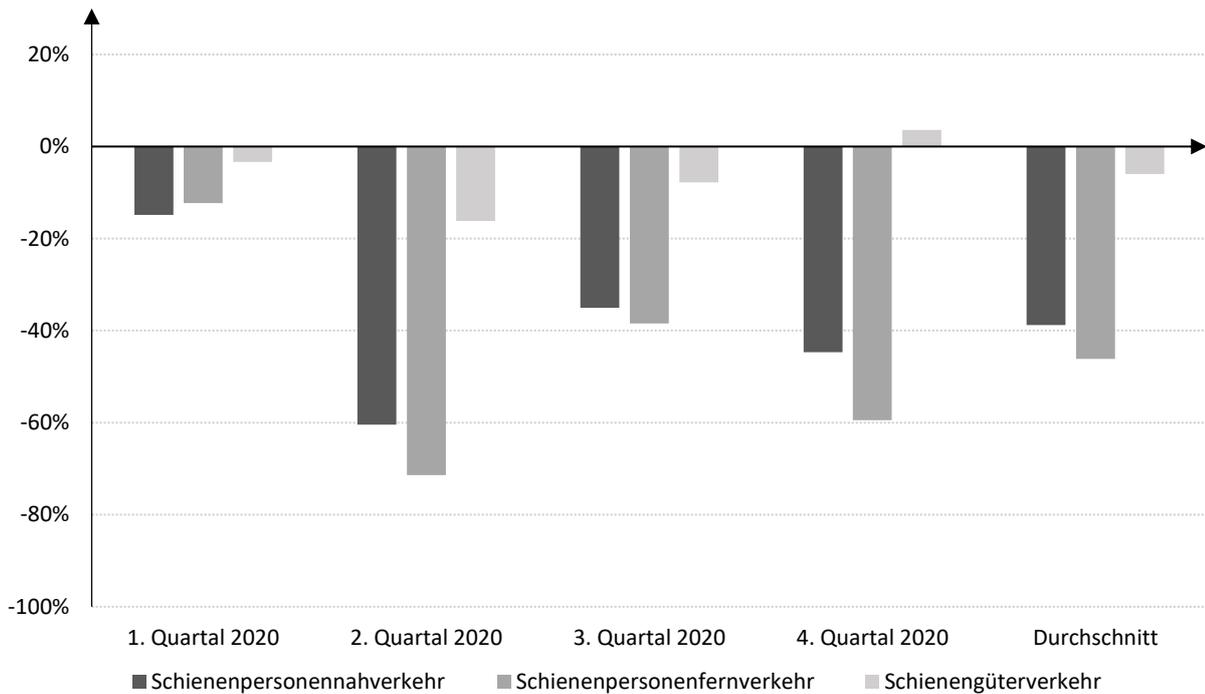
10. Im Zuge der Covid-19-Pandemie sank die Nachfrage nach Schienenverkehrsleistungen im Jahr 2020 verglichen mit dem Jahr 2019 (vgl. Abbildung 1.6). Dies betraf insbesondere den SPFV und den SPNV. So sank das Verkehrsaufkommen des SPFV im zweiten Quartal 2020 um 71 Prozent verglichen mit dem Vorjahresquartal. Der SPNV verzeichnete im zweiten Quartal 2020 60 Prozent weniger Fahrgäste als im Vorjahresquartal. Nach einem kurzzeitigen Anstieg der Fahrgäste im Sommer 2020 sank die Anzahl der Fahrgäste im vierten Quartal 2020 abermals um 59 Prozent im SPFV bzw. um 45 Prozent im SPNV, verglichen mit dem Vorjahresquartal. Dagegen konnte sich der SGV nach einem Rückgang der Nachfrage im zweiten Quartal 2020 in Höhe von 16 Prozent gegen Ende des Jahres 2020 erholen und erreichte im vierten Quartal sogar ein um 4 Prozent höheres Verkehrsaufkommen als im vierten Quartal 2019.

11. Die konkreten Folgen der Fahrgastrückgänge im SPFV und SPNV auf die jeweiligen Marktanteile sind bisher noch nicht bekannt. Zur Unterstützung der Eisenbahnverkehrsunternehmen im SPNV stellten der Bund und die Länder finanzielle Hilfen zur Verfügung. So wurden den Eisenbahnverkehrsunternehmen des SPNV im Rahmen einer branchenweiten Lösung die entgangenen Umsätze im Jahr 2020 erstattet. Für den privatwirtschaftlich betriebenen SPFV und SGV wurde von der Bundesregierung zunächst keine Branchenlösung anvisiert. Stattdessen plante der Bund ursprünglich, das Eigenkapital der DB AG um EUR 5 Mrd. zu erhöhen. Im April 2021 wurde im Zuge der Beihilfeverhandlungen mit der EU-Kommission bekannt, dass der Bund stattdessen eine rückwirkende branchenweite Trassenpreisförderung für alle Eisenbahnverkehrsunternehmen des SGV und SPFV einführen wird (vgl. Kapitel 2).

12. Die Wettbewerbsauswirkungen der finanziellen Maßnahmen des Bundes hängen insgesamt stark davon ab, ob eine Branchenlösung wie im SPNV gewählt oder eine auf die DB AG begrenzte Lösung gewählt wird, welche ursprünglich für den SPFV und SGV vorgesehen war. Je nach Lösung kann dies die künftigen intramodalen Wettbewerbsentwicklungen und damit indirekt auch die zukünftigen Entwicklungen des Wettbewerbs im Deutschlandtakt

erheblich negativ beeinflussen. Ausführlich diskutiert wird dies in dem Kapitel 2 sowie in dem Kapitel 5 dieses Gutachtens. Bisher sind im SGV wie auch im SPfV keine Marktaustritte infolge der Covid-19-Pandemie bekannt (Stand: Juni 2021). So kündigte etwa die FlixMobility GmbH, die den Betrieb vorübergehend eingestellt hatte, an, ab Mai 2021 wieder verstärkt im deutschen Schienenpersonenfernverkehrsmarkt zu expandieren.¹⁰

Abbildung 1.6: Prozentuale Veränderung des Schienenverkehrsaufkommens der Quartale des Jahres 2020 verglichen mit den Vorjahresquartalen



Quelle: Statistisches Bundesamt Verkehr aktuell 05/2021; eigene Darstellung

¹⁰ FlixMobility GmbH, Pressemitteilung vom 11. Mai 2021- FlixTrain startet größte Expansion seit Bestehen.

Kapitel 2

Potenzielle Wettbewerbsverzerrungen aufgrund von Eigenkapitalerhöhungen vermeiden

13. Die Bundesregierung hat in den Jahren 2019 und 2020 zwei Eigenkapitalerhöhungen zugunsten des DB-Konzerns beschlossen. In dem einen Fall soll das zusätzliche Eigenkapital zur Finanzierung von Investitionen in die Schieneninfrastruktur verwendet werden. In dem anderen Fall dient das zusätzliche Eigenkapital dem Ausgleich pandemiebedingter wirtschaftlicher Schäden des DB-Konzerns. Demnach ist im Rahmen der Covid-19-Pandemie das Eigenkapital der Deutsche Bahn AG stark gesunken und entsprach zum 31.12.2020 nur noch 11 Prozent der Bilanzsumme.¹¹ Die Erhöhung des Eigenkapitals ist zur Stützung eines Unternehmens insbesondere in solchen wirtschaftlich schwierigen Zeiten durch den Anteilseigner nachvollziehbar. Der Bund hat jedoch nicht nur die Funktion eines Anteilseigners, sondern auch die Funktion als wettbewerbsfördernder Gesetzgeber. Seine Entscheidungen stehen daher im Spannungsfeld dieser beiden Funktionen. Die Maßnahme einer Eigenkapitalerhöhung zugunsten des DB-Konzerns sollte daher auch vor dem Hintergrund der damit verbundenen Wettbewerbsnachteile für die übrigen Eisenbahnverkehrsunternehmen betrachtet werden. Eine Trennung von Netz und Betrieb könnte auch in diesem Fall die nachfolgend genannten potenziellen Wettbewerbsverzerrungen von Eigenkapitalerhöhungen vermeiden.

14. Eigenkapitalerhöhungen können mit intramodalen und intermodalen Wettbewerbsverzerrungen auf der Ebene der Eisenbahnmärkte verbunden sein. Intramodale Wettbewerbsverzerrungen ergeben sich, wenn die finanziellen Mittel innerhalb des DB-Konzerns frei verwendet werden und damit direkt oder indirekt den DB-eigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen zugutekommen. Zusätzlich können Eigenkapitalerhöhungen zu höheren Infrastrukturgelten führen und damit die Eisenbahnverkehrsunternehmen im Wettbewerb gegenüber anderen Verkehrsträgern benachteiligen. Im Folgenden werden die beschlossenen Eigenkapitalerhöhungen und die sich daraus ergebenden möglichen intra- und intermodalen Wettbewerbsverzerrungen im Abschnitt 2.1 und Abschnitt 2.2 näher untersucht. Anschließend werden im Abschnitt 2.3 alternative, wettbewerbsneutrale Förderinstrumente empfohlen.

2.1 Beabsichtigte Eigenkapitalerhöhungen

15. Im Oktober 2019 beschloss die Bundesregierung zum Erreichen der deutschen Klimaschutzziele¹², die Schieneninfrastruktur zu modernisieren und auszubauen.¹³ In der Folge soll der Verkehrsträger Schiene an Attraktivität gewinnen und damit mehr Verkehr auf die Schiene verlagert werden. Zur Finanzierung dieser Investitionen werden zwischen 2020 und 2030 u. a. EUR 11 Mrd. an Bundesmitteln bereitgestellt, welche je zur Hälfte in Form einer Eigenkapitalerhöhung und in Form von Baukostenzuschüssen ausgezahlt werden sollen.¹⁴ Aus den Eigenkapitalmitteln in Höhe von EUR 5,5 Mrd. sollen nicht zuschussfähige Infrastrukturmaßnahmen und Aufwendungen finanziert werden. Insgesamt werden die Investitionsbereiche „Robustes Netz“¹⁵ und „Digitalisierung des Schienennetzes“ mit jeweils

¹¹ Deutsche Bahn AG, Integrierter Bericht 2020, Berlin, 25. März 2021, Blatt 3.

¹² Im Rahmen des Pariser Klimaabkommens (2015) hat sich die deutsche Bundesregierung den UN-Klimaschutzzielen angeschlossen. Basierend auf diesem Abkommen verfolgt die deutsche Bundesregierung das Ziel, die Treibhausgasemissionen bis zum Jahr 2030 gegenüber dem Jahr 1990 um insgesamt 55 Prozent zu reduzieren. Um diese Ziele zu erreichen, wurde der Verkehrssektor verpflichtet, seine Treibhausgasemissionen bis zum Jahr 2030 um insgesamt 40 bis 42 Prozent zu reduzieren. Vgl. BMU, Klimaschutzplan 2050- Klimaschutzpolitische Grundsätze und Ziele der Bundesregierung, Berlin, November 2016, S. 25.

¹³ Bundesregierung, Klimaschutzprogramm 2030 der Bundesregierung zur Umsetzung des Klimaschutzplans 2050, 2019, S. 66.

¹⁴ BMVI, Pressemitteilung vom 3. Januar 2020- Bund und DB stärken Schiene mit weiteren 11 Milliarden Euro für aktiven Klimaschutz im Verkehr.

¹⁵ Unter „Robustes Netz“ werden Investitionen in Stellwerken, kleinere und mittlere Maßnahmen an überlasteten Schienenwegen und Investitionen zur Realisierung von Etappen des Deutschlandtaktes zusammengefasst. Außerdem beinhaltet dieser Bereich

EUR 4 Mrd. gefördert. Darüber hinaus ist geplant, Bahnhöfe und Empfangsgebäude mithilfe von EUR 1 Mrd. zu sanieren. Zusätzlich erhält der DB-Konzern EUR 2 Mrd. zur eigenwirtschaftlichen Umsetzung von Infrastrukturmaßnahmen.¹⁶ Die Auszahlung der Eigenkapitalmittel für die Jahre 2020 und 2021 stehen derzeit noch unter dem Vorbehalt der beihilferechtlichen Genehmigung durch die EU-Kommission (Stand: Juli 2021).

16. Die Entscheidung für eine weitere Erhöhung des Eigenkapitals zugunsten des DB-Konzerns erfolgte im Mai 2020 vor dem Hintergrund der Covid-19-Pandemie und den damit einhergehenden massiven Nachfragerückgängen sowie wirtschaftlichen Schäden für den DB-Konzern.¹⁷ Zur Beseitigung der Covid-19-bedingten wirtschaftlichen Schäden und zur Verbesserung der Kreditkonditionen des DB-Konzerns war ursprünglich vorgesehen, u. a. das Eigenkapital des DB-Konzerns um insgesamt EUR 5 Mrd. zu erhöhen.¹⁸ Derzeit führt die EU-Kommission eine beihilferechtliche Prüfung durch und stützt sich dabei laut Presseangaben auf Art. 107 Abs. 3 lit. b Var. 2 AEUV, also auf eine Beihilfe „zur Behebung einer erheblichen Störung des Wirtschaftslebens“. Der Vorschlag einer Eigenkapitalerhöhung in Höhe von EUR 5 Mrd. stieß jedoch bei Wettbewerbern und bei der EU-Kommission auf Kritik. Laut Presseberichten sollen nunmehr lediglich EUR 1,924 Mrd. in Form von zusätzlichem Eigenkapital ausgezahlt werden. Teilweise sollen die restlichen Mittel rückwirkend ab März 2020 für eine wettbewerbsneutrale Trassenpreisförderung eingesetzt werden. Diese gilt für alle Unternehmen des SGV bis Ende 2021 und für alle Unternehmen des SPfV bis in das Jahr 2022 und beinhaltet eine Förderung in Höhe von 98 Prozent der Trassenentgelte.¹⁹ Zudem wird die Dividende des Geschäftsjahres 2020 und ggf. auch für das Jahr 2021 in Höhe von jeweils EUR 650 Mio. ausgesetzt. Trotz der ausgefallenen Dividende zahlt der Bund diesen Betrag anschließend im Rahmen des Finanzierungskreislaufs Schiene an die Eisenbahninfrastrukturunternehmen der DB AG. Mithilfe dieser Maßnahmen kann der DB-Konzern laut Presseberichten insgesamt finanzielle Mittel in Höhe von bis zu EUR 4 Mrd. erhalten. Das Beihilfeverfahren der EU-Kommission steht laut Presseberichten kurz vor dem Abschluss (Stand: Juli 2021).²⁰

Maßnahmen zur Streckenelektrifizierung für Güterbahnen, zur Implementierung von Infrastruktur, zur Nutzung alternativer Antriebe und Investitionen in Terminals des kombinierten Verkehrs. Vgl. BMVI, Pressemitteilung vom 3. Januar 2020- Bund und DB stärken Schiene mit weiteren 11 Milliarden Euro- für aktiven Klimaschutz im Verkehr.

¹⁶ Der Einsatz dieser Mittel betrifft die Ausweitung des Engagements der DB AG. In diesem Zusammenhang wird das Engagement der DB AG für mehr Qualität und Kapazität im Rahmen der DB eigenen Strategie „Starke Schiene“ genannt. Genauere Angaben zur Mittelverwendung wurden bisher noch nicht gemacht. Vgl. Ebenda.

¹⁷ Gemäß den aktuellen Zahlen für das Geschäftsjahr 2020 hat der DB-Konzern ein negatives operatives Ergebnis (EBIT) in Höhe von EUR -4,757 Mrd. erwirtschaftet (2019: EUR 1,384 Mrd.). Die Eisenbahnverkehrsunternehmen des DB-Konzerns trugen mit EUR -2,86 Mrd. ca. 60 Prozent zu dem negativen EBIT des DB-Konzerns bei. Insbesondere die DB Fernverkehr verursachte mit EUR -1,681 Mrd. den größten Anteil des negativen EBIT (2019: EUR 485 Mio.). Die DB Regio AG wies im Jahr 2020 ein negatives operatives Ergebnis in Höhe von EUR -451 Mio. auf (2019: EUR 408 Mio.). Zudem hat die DB Cargo AG ihr negatives operatives Ergebnis in Höhe von EUR -308 Mio. im Jahr 2019 auf EUR -728 Mio. im Jahr 2020 ausgeweitet. Hohe Investitionen und die negative Ergebnisentwicklung führten zudem zu einer Erhöhung der Netto-Finanzverschuldung um EUR 5,170 Mrd. auf insgesamt EUR 29,345 Mrd. Vgl. Deutsche Bahn AG, Integrierter Bericht 2020, a. a. O., S. 184, 188.

¹⁸ Die Gesamtschäden des DB-Konzerns sollten zum einen über eine Ausgabenreduktion im Systemverbund Schiene (u. a. Personal- und Sachausgaben) in Höhe von EUR 4,1 Mrd. bis EUR 5,1 Mrd. reduziert werden. Zum anderen sollte zusätzliches Fremdkapital in Höhe von EUR 1,4 Mrd. bis EUR 1,7 Mrd. aufgenommen werden. Die dritte Säule bildete eine Eigenkapitalerhöhung in Höhe von EUR 5,5 Mrd. bis EUR 6,7 Mrd. Vgl. Bundesregierung, Bericht der Bundesregierung zum aktuellen Sachstand in Bezug auf die wirtschaftlichen Auswirkungen der Corona-Pandemie auf die Deutsche Bahn AG, Berlin, 22. Mai 2020.

¹⁹ Die Trassenpreisförderung für den SGV in Höhe von 98 Prozent für das Jahr 2021 wurden bereits im Rahmen der bestehenden Förderung von der EU-Kommission notifiziert. Vgl. Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 21. Mai 2021- State aid: Commission approves modification of existing German scheme to support rail freight operators and mitigate effects of coronavirus outbreak on the sector.

²⁰ Reuters, <https://www.reuters.com/article/deutschland-bahn-eu-idDEKBN2C71KX>, Abruf am 26. April 2021.

2.2 Wettbewerbsverzerrungen infolge von Eigenkapitalerhöhungen

2.2.1 Direkte intramodale Wettbewerbsverzerrungen

17. Die Erhöhung des Eigenkapitals zugunsten des DB-Konzerns kann vor allem dann zu Wettbewerbsnachteilen für die nicht-bundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen führen, falls die konzerninterne Mittelverwendung an keine Beschränkungen, Bedingungen oder Auflagen durch den Bund geknüpft ist. In diesem Fall kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Mittel zugunsten der eigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen eingesetzt werden, etwa indem geringere Angebotspreise auf den Endkundenmärkten des SGV und des SPFV gefordert oder indem geringere Preise im Ausschreibungswettbewerb des SPNV geboten werden. Wettbewerbsverzerrungen würden auch entstehen, wenn die finanziellen Mittel direkt oder indirekt zur Finanzierung neuer Züge oder höherer Löhne eingesetzt werden.

18. Im Fall der Eigenkapitalerhöhung zum Ausgleich von wirtschaftlichen Schäden im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie können sich Wettbewerbsverzerrungen ergeben, da die Mittel ausschließlich für den Ausgleich der wirtschaftlichen Schäden der bundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen eingesetzt werden sollen.²¹ Bezüglich der Mittelverwendung der Eigenkapitalerhöhung, welche im Oktober 2019 im Zusammenhang mit den Klimaschutzbemühungen beschlossen wurde, besteht demgegenüber zumindest die politische Absicht, die finanziellen Mittel ausschließlich in die Infrastruktur des DB-Konzerns zu investieren. Von der Modernisierung und dem Ausbau der Infrastruktur sollen anschließend alle Eisenbahnverkehrsunternehmen profitieren. Dennoch ist zu beachten, dass eine politische Absichtserklärung zur Mittelverwendung gesellschaftsrechtlich unverbindlich ist, da letztlich auch in diesem Fall der Vorstand über die Mittelverwendung frei entscheiden darf.²² Bisher sind bezüglich dieser Eigenkapitalerhöhung keinerlei Informationen in Bezug auf mögliche Berichtspflichten oder weiterer Kontrollabsichten durch die Bundesregierung oder sonstige Auflagen bekannt.²³

19. Auch wenn die Mittel aus einer Eigenkapitalerhöhung im Grundsatz wettbewerbsneutral verwendet werden, kann es aufgrund der gemeinsamen Liquiditätsbündelung auf der Ebene der DB AG zu Wettbewerbsverzerrungen

²¹ In Bezug auf die einseitige finanzielle Unterstützung zugunsten des bundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmens verweist die Bundesregierung in ihrer Stellungnahme auf den Wirtschaftsstabilitätsfonds, aus welchen nicht-bundeseigene Eisenbahnverkehrsunternehmen eine wirtschaftliche Unterstützung beantragen können. Der DB-Konzern hat dagegen mit dem 100-prozentigen Eigentümer des Bundes keine Möglichkeit, auf diesen zuzugreifen. Bezüglich des Wirtschaftsstabilitätsfonds ist jedoch nach § 16 Abs. 2 StFG zu beachten, dass für eine Förderung aus diesem Fonds in den beiden Geschäftsjahren vor der Förderung mindestens zwei der drei folgenden Kriterien erfüllt sein müssen: eine Mindestbilanzsumme von mehr als EUR 43 Mio., eine Mindestanzahl von 249 Arbeitnehmern und Umsatzerlöse von mehr als EUR 50 Mio. Verschiedene Eisenbahnverkehrsunternehmen gaben gegenüber der Monopolkommission an, diese Kriterien nicht zu erfüllen und damit keinen Zugang zum Wirtschaftsstabilitätsfonds zu erhalten. Zudem ist bisher unklar, ob die Bedingungen der Eigenkapitalerhöhung mit den Bedingungen des Wirtschaftsstabilitätsfonds vergleichbar sind. Von einer wettbewerbsneutralen Alternativlösung kann daher zunächst nicht ausgegangen werden. Vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Roman Müller-Böhm, Stephan Thomae, Grigorios Aggelidis, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP – Drucksache 19/26739 – Monopolkommission über die Deutsche Bahn, BT-Drs. 19/27142, 2. März 2021, S. 2.

²² Vgl. §§ 188 Abs. 2 S. 1 mit 37 Abs. 1 S. 1 und 36 Abs. 2 AktG.

²³ Stattdessen ist bereits bekannt, dass für die im Rahmen des Klimapakets ausgezahlten Baukostenzuschüsse die zuwendungsrechtlichen Bestimmungen gelten, nach denen die Antrags- und Verwendungsprüfung durch das Eisenbahn-Bundesamt durchgeführt wird. Vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Matthias Gastel, Sven-Christian Kindler, Lisa Badum, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Drucksache 19/17969 – Konkrete Mittelverwendung der Eigenkapitalerhöhung und des Zuschusses für Infrastrukturmaßnahmen bei der Deutschen Bahn AG, BT-Drs. 19/18842, 24. April 2020, S. 9 f.

kommen, wenn etwa die Mittel zeitverzögert investiert werden. In diesem Fall stehen die finanziellen Mittel zunächst über den gemeinsamen Cash-Pool allen Gesellschaften des DB-Konzerns zur Verfügung und könnten zur Stärkung der eigenen Marktmacht wettbewerbsschädigend eingesetzt werden.²⁴

20. Darüber hinaus steigen die intramodalen Wettbewerbsverzerrungen mit einer möglichen Überkompensation der ausgezahlten Mittel. Eine Überkompensation entsteht dann, wenn das benötigte Eigenkapital im Vorfeld höher beziffert und direkt ausgezahlt wird, als es letztlich zur Zweckerfüllung benötigt wird. Diese Überkompensation kann dadurch entstehen, dass – wie im Fall der Covid-19-Eigenkapitalerhöhung – die Schadensberechnung auf Grundlage eines Vergleichs der Prognosedaten mit den tatsächlichen Schäden entsteht. Dieser Vergleich birgt das Risiko, dass die Prognosedaten sehr optimistische Szenarien abbilden und die tatsächliche wirtschaftliche Situation besonders negativ dargestellt wird. Auf diese Weise wird der Differenzbetrag zwischen dem prognostizierten und dem tatsächlichen Ergebnis des betreffenden Jahres maximiert. Zusätzlich besteht die Gefahr einer Überkompensation, falls die finanziellen Mittel kurzfristig ausgezahlt werden und bereits Schäden enthalten, die noch nicht eingetreten sind. So bezifferte die Bundesregierung die geschätzten Covid-19-bedingten Schäden für den DB-Konzern für die Jahre 2020 bis 2024 auf EUR 11 Mrd. bis EUR 13,5 Mrd. Basierend auf diesen Schätzungen wurde u. a. beschlossen, eine Eigenkapitalerhöhung in Höhe von Mrd. 5 EUR durchzuführen, obwohl die Schäden für die Jahre 2021 bis 2024 zu diesem Zeitpunkt noch nicht eingetreten waren.²⁵ Zu einer Überkompensation der Schäden kann es im Rahmen einer Eigenkapitalerhöhung zudem kommen, wenn aufgrund der kurzfristigen Auszahlung der finanziellen Mittel in der Folge weniger Darlehen aufgenommen werden müssen, als es in der Zeit vor der Covid-19-Pandemie geplant war.²⁶

21. Intramodale Wettbewerbsverzerrungen sind während der Covid-19-Pandemie insbesondere in den Märkten des SPFV und SGV zu beobachten. Trotz des Nachfragerückgangs in Höhe von 46,1 Prozent im Jahr 2020 reduzierte die DB Fernverkehr AG ihr Bedienungsangebot lediglich um 2,7 Prozent im Jahr 2020 verglichen mit dem Jahr 2019.²⁷ Zusätzlich wurde das bestehende Preissystem der DB Fernverkehr AG trotz der Nachfragerückgänge nicht angepasst. Stattdessen wurden im September 2020 im Rahmen der Sparpreisaktion „Super Sparpreis Young“ neue Sparpreise ab 12,90 Euro ausgegeben, die sich insbesondere an die Reisenden jünger als 27 Jahre richteten, die auch die Kernkundschaft von Flixbus und FlixTrain ausmachen.²⁸ Demgegenüber sah sich der Konkurrent FlixTrain wirtschaftlich gezwungen, seine Linien sowohl im Frühjahr 2020 als auch seit dem zweiten Lockdown im November 2020 einzustellen. FlixTrain plant, erst im Mai 2021 den Betrieb wiederaufzunehmen.²⁹

22. Auch auf dem Markt für SGV wird der bereits vor der Covid-19-Pandemie bestehende Preisdruck durch die Eigenkapitalerhöhung verstärkt. Insbesondere führt die Eigenkapitalerhöhung nach Angaben einzelner Unternehmen gegenüber der Monopolkommission zu einem starken Wettbewerbsdruck und Preisverfall im Geschäft der kurzfristigen Transporte („Spot Transporte“).

23. Im Gegensatz zu den Märkten des SPFV und SGV sind die direkten intramodalen Wettbewerbsverzerrungen auf dem Markt für SPNV geringer. Dies resultiert aus dem von dem Bund und den Ländern finanzierten wettbewerbsneutralen Umsatzverlusterstattungen. Demnach erhielten alle Eisenbahnverkehrsunternehmen des SPNV im Zuge

²⁴ BRH, Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 BHO über den Sachstand zum 31. August 2020 betreffend die aktuelle Entwicklung der wirtschaftlichen Lage und des Corona-bedingten zusätzlichen Finanzierungsbedarfs des DB AG-Konzerns, Bonn, 5. Oktober 2020, S. 4.

²⁵ Bundesregierung, Bericht der Bundesregierung zum aktuellen Sachstand in Bezug auf die wirtschaftlichen Auswirkungen der Corona-Pandemie auf die Deutsche Bahn AG, a. a. O., S. 1 ff.

²⁶ BRH, Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 BHO über den Sachstand zum 31. August 2020 betreffend die aktuelle Entwicklung der wirtschaftlichen Lage und des Corona-bedingten zusätzlichen Finanzierungsbedarfs des DB AG-Konzerns, a. a. O., S. 4.

²⁷ Vgl. Deutsche Bahn AG, Integrierter Bericht 2020, a. a. O., S. 119.

²⁸ Deutsche Bahn AG, https://www.deutschebahn.com/de/presse/pressestart_zentrales_uebersicht/ICE-Fahren-zum-kleinen-Preis-Super-Sparpreis-Young-ab-12-90-Euro-5577616, Abruf am 19. April 2021.

²⁹ FlixBus GmbH, <https://www.flixbus.de/streckennetz-und-sicherheit-updates>, Abruf am 21. April 2021.

der Covid-19-Pandemie für den Zeitraum vom 1. März 2020 bis zum 31. August 2020 eine Umsatzverlusterstattung, welche einen Großteil (ca. 90 Prozent) der Umsatzverluste beglichen.³⁰

2.2.2 Indirekte intramodale Wettbewerbsverzerrungen

24. Die Zuführung von Eigenkapital ist mit weiteren Vorteilen für den DB-Konzern verbunden. So zielt die Eigenkapitalerhöhung, welche im Rahmen der Covid-19-Pandemie beschlossen wurde, explizit auf eine Verbesserung bzw. eine Stabilisierung der Kreditkonditionen des DB-Konzerns ab.³¹ Alleine der Umstand, dass der Bund dem DB-Konzern zusätzliches Eigenkapital zur Verfügung stellt, ist für die Ratingagenturen ein Signal, dass der Bund eine Insolvenz des DB-Konzerns verhindern wird. Zum anderen werden günstigere Kreditkonditionen erreicht, indem die Erhöhung des Eigenkapitals unter sonst gleichbleibenden Umständen zu einer Erhöhung der Eigenkapitalquote führt bzw. einen Rückgang der Eigenkapitalquote verhindert.³² Je höher die Eigenkapitalquote, desto höher ist die Ausfallsicherheit, da die Eigenkapitalgeber gegenüber Fremdkapitalgebern nachrangig bedient werden. Von den besseren Finanzierungskonditionen profitieren auch die Eisenbahnverkehrsgesellschaften des DB-Konzerns, da das Fremdkapital zentral über die DB Finance GmbH (Anleihenmarkt) bzw. über die DB AG (Geldmarkt) aufgenommen wird.

25. Weitere indirekte Wettbewerbsverzerrungen können aufgrund der Signalwirkung an Investoren entstehen, welche der Bund nach außen richtet. Die Ausweitung des finanziellen Engagements des Bundes zugunsten des DB-Konzerns signalisiert, dass der Bund auch zukünftig in erster Linie Eigentümerinteressen vertritt und nicht zuvorderst für gleiche Wettbewerbsbedingungen im Eisenbahnverkehrsmarkt sorgen wird. Damit erhöht sich das Unternehmensrisiko für aktive und potenzielle Investoren. Die Bereitschaft neuer oder aktueller Investoren, in den Markt einzutreten bzw. in dem Markt zu verbleiben, kann in der Folge sinken und damit den intramodalen Wettbewerb schwächen. Aufgrund der Verunsicherung von Investoren besteht die Gefahr, dass inländische Expansionspläne der Wettbewerber nicht in dem ursprünglich geplanten Maße umgesetzt werden und damit der intramodale inländische Wettbewerb nachhaltig geschädigt wird.³³ Zu beobachten ist, dass FlixTrain seine Expansionspläne in Deutschland zunächst zurückgestellt hat und stattdessen die Expansionstätigkeit ins europäische Ausland stärker vorangetrieben wurde. So begründet FlixTrain die Eröffnung einer neuen Linie zwischen Göteborg und Stockholm mit den in Schweden vorliegenden besseren Wettbewerbsbedingungen. Die Trennung von Infrastruktur und Betrieb, die geringen Trassenentgelte und die hohe Transparenz bei der Trassenbestellung machen es in Schweden neuen Anbietern einfacher, neue Angebote zu platzieren.

2.2.3 Eigenkapitalerhöhungen beeinflussen die Infrastrukturentgelte zulasten der Eisenbahnverkehrsunternehmen

26. Wettbewerbsnachteile können für die Eisenbahnverkehrsunternehmen selbst dann entstehen, wenn die Mittel aus einer Eigenkapitalerhöhung in die Infrastruktur investiert werden und damit nicht als liquide Mittel gebunden bleiben. In diesem Fall wirkt sich dies auf die Infrastrukturentgeltberechnung aus, da die Trassen- und Stationsentgelte unter ansonsten gleichen Umständen erhöht werden. Hierdurch können Kostennachteile für die Eisenbahnverkehrsunternehmen im Wettbewerb mit anderen Verkehrsträgern entstehen.

³⁰ Vgl. Tz. 41.

³¹ Bundesregierung, Bericht der Bundesregierung zum aktuellen Sachstand in Bezug auf die wirtschaftlichen Auswirkungen der Corona-Pandemie auf die Deutsche Bahn AG, a. a. O., S. 3 f.

³² Aufgrund der Umsatzausfälle und der Umwandlung von Hybridanleihen in Standardanleihen stieg die Verschuldung der Deutschen Bahn AG zum 31.12.2021 um 21,4 Prozent auf EUR 29,345 Mrd. an. Gleichzeitig sank die Eigenkapitalquote von 22,7 Prozent auf 11,1 Prozent im Jahr 2020. Vgl. Deutsche Bahn AG, Integrierter Bericht 2020, a. a. O., Blatt 2 f.

³³ Vgl. FlixMobility GmbH, Pressemitteilung vom 14. April 2021- Grüne Fernzüge starten in Schweden.

27. Höhere Trassenentgelte entstehen dann, wenn das Ausgangsniveau der Gesamtkosten steigt, welches zur Erbringung des Mindestzugangspakets erforderlich ist.³⁴ Das Ausgangskostenniveau setzt sich aus den aufwandsgleichen Kosten, den Abschreibungen und den Kapitalkosten abzüglich sonstiger Erträge und Erlöse zusammen.³⁵ Die Investition des zusätzlichen Eigenkapitals bewirkt ceteris paribus höhere Abschreibungsbeträge und höhere Kapitalkosten. Sollte im Zuge der in der Covid-19-Pandemie beschlossenen Eigenkapitalerhöhung eine rückwirkende Trassenpreisförderung für die Marktteilnehmer des SGV und SPFV in Höhe von 98 Prozent der Trassenentgelte durchgeführt werden³⁶, entstehen für den Zeitraum dieser Trassenpreisförderung, welcher bis zum Jahr 2022 reicht, die genannten intermodalen Wettbewerbsnachteile zunächst nicht. Dies ist u. a. dadurch bedingt, dass die Trassenentgelte für den genannten Zeitraum fast vollständig vom Bund finanziert werden. Zudem gilt, dass die Eigenkapitalerhöhungen der aktuellen Regulierungsperiode keine unmittelbaren Auswirkungen auf das bereits zuvor für diese Regulierungsperiode festgelegte Ausgangsniveau der Gesamtkosten haben. Stattdessen wirken die durch die Eigenkapitalerhöhung entstehenden höheren Kapitalkosten und Abschreibungen frühestens in der zweiten Regulierungsperiode (2024 bis 2028) entgelterhöhend. Sollte die Trassenpreisförderung daher nicht über das Jahr 2022 weitergeführt werden, kann die Erhöhung des Eigenkapitals weiterhin zu intermodalen Wettbewerbsnachteilen zulasten der Eisenbahnverkehrsunternehmen führen.

28. Abgesehen von den Trassenentgelten der DB Netz AG sind auch die Stationsentgelte der DB Station & Service AG von der Bundesnetzagentur zu genehmigen. Seitens der DB Station & Service AG würden sich ebenfalls die Abschreibungsbeträge und die Kapitalkosten erhöhen. Die DB Station & Service AG hat jedoch anders als die DB Netz AG eine Kosten- und Erlösprognose für ein betreffendes Jahr vorzulegen. Eigenkapitalerhöhungen der DB Station & Service AG würden aufgrund des anderen Regulierungsregimes in jedem Jahr, in dem sie anfallen, in der Kapitalbasis berücksichtigt und könnten eine Steigerung der Stationsentgelte bewirken.

29. Zusätzliche Kapital- und Abschreibungskosten des Mindestzugangspakets werden direkte Auswirkungen auf die Infrastrukturentgelte der Unternehmen des SPFV und SGV haben. Insbesondere für die Unternehmen des SPFV wird sich deren Wettbewerbsposition gegenüber anderen Verkehrsträgern verschlechtern, da die Infrastrukturkosten einem Großteil der Gesamtkosten des Betriebs entsprechen.

30. Im Markt für SPNV wurde dagegen die Steigerung der Entgelte zur Nutzung von bundeseigenen Schienenwegen und Personenbahnhöfen gemäß § 37 Abs. 2 ERegG auf maximal jährlich 1,8 Prozent begrenzt. Dies entspricht bereits der Steigerungsrate der jährlichen Regionalisierungsmittel gemäß § 5 Abs. 3 Regionalisierungsgesetz (RegG). Damit sind die Entgeltsteigerungen aufgrund von zusätzlichen Kapitalkosten und Abschreibungen nicht auf Eisenbahnverkehrsunternehmen des SPNV übertragbar. Folglich entstehen keine intermodalen Wettbewerbsverzerrungen zulasten der Eisenbahnverkehrsunternehmen des SPNV.

2.3 Alternative Förderinstrumente anwenden

31. Da Eigenkapitalerhöhungen zugunsten des DB-Konzerns mit potenziellen Wettbewerbsverzerrungen verbunden sind, empfiehlt die Monopolkommission, dass der Bund weniger wettbewerbsverzerrend wirkende alternative Förderinstrumente nutzt, die nachfolgend vorgestellt werden.

³⁴ Ein Mindestzugangspaket stellt einen von dem Infrastrukturunternehmen zu erbringenden Leistungskatalog dar, vgl. Anlage 2 Punkt 1 ERegG.

³⁵ Vgl. Anlage 4, Punkt 1.1 ERegG.

³⁶ Vgl. Tz. 16.

2.3.1 Schieneninfrastruktur über Investitionskostenzuschüsse fördern

32. Das Förderinstrument der Investitionskostenzuschüsse bietet sich als Alternative zur Eigenkapitalerhöhung an, wenn die finanziellen Mittel der Schieneninfrastruktur zugutekommen sollen und die geplanten Investitionen gemäß der Richtlinie des Eisenbahnbundesamtes zuwendungsfähig sind.³⁷

33. Basierend auf der Gewährleistungsverantwortung des Bundes gemäß § 87e Abs. 4 GG können Investitionskostenzuschüsse für Neu-, Ausbau- und Ersatzmaßnahmen des bundeseigenen Schienenwegenetzes beantragt werden.³⁸ Darüber hinaus können weitere Bundeszuschüsse auf Basis des Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetzes (GVFV) beantragt werden, welche den anteiligen Aus- und Neubau der Schieneninfrastruktur des Schienenpersonennahverkehrs fördern.³⁹ Zu den zuwendungsfähigen Vorhaben zählen beispielsweise Investitionen zur Kapazitätserhöhung, Reaktivierung oder Elektrifizierung von Schienenstrecken. Zudem ist es befristet bis zum Jahr 2030 möglich, den Bau und Ausbau von Bahnhöfen basierend auf dem GVFG über Bundeszuschüsse zu fördern (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 und 2 GVFG). Insgesamt erhielten die Eisenbahninfrastrukturunternehmen des DB-Konzerns im Jahr 2020 Investitionszuschüsse in Höhe von EUR 8,4 Mrd., wovon EUR 7,1 Mrd. vom Bund finanziert wurden.⁴⁰

34. Im Gegensatz zu einer Eigenkapitalerhöhung kann im Rahmen eines Investitionskostenzuschusses sichergestellt werden, dass die Mittel tatsächlich für die vorgesehenen Infrastrukturen eingesetzt werden. Die Kontrolle über die Vergabe von Bundeszuschüssen erfolgt durch das Eisenbahnbundesamt. Dieses beurteilt die Projekte bereits in der Phase der Antragsprüfung, also vor der Ausgabe der Baukostenzuschüsse, hinsichtlich der Notwendigkeit, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Planungs- und Projektergebnisse. Sobald die Bundeszuschüsse in Anspruch genommen wurden, erfolgt anschließend eine Verwendungsprüfung. In dieser wird überprüft, ob die Zuschüsse tatsächlich für den vorgesehenen Zweck und wirtschaftlich eingesetzt wurden.⁴¹ Sollte sich herausstellen, dass die Zuschüsse nicht wirtschaftlich oder zweckentfremdet eingesetzt wurden, werden die Zuschüsse zurückgefordert, § 21 Abs. 1 und 2 Bedarfsplanumsetzungsvereinbarung (BUV).⁴² Die Effizienz- und Verwendungsprüfung vermindert damit die Gefahr intramodaler Wettbewerbsverzerrungen.

35. Zudem wirken sich die Investitionskostenzuschüsse bzw. Aufwandszuschüsse entgeltmindernd auf die Kosten des Mindestzugangspakets bzw. der Serviceeinrichtungen aus. Die investierten Zuschüsse erhöhen damit nicht die

³⁷ Gemäß der EBA-Richtlinie sind Projekte dann förderfähig, wenn sie dem Grundsatz der diskriminierungsfreien Nutzung der bundeseigenen Schienenwege entsprechen. Gefördert werden nur Investitionen der bundeseigenen Schienenwege, die nicht dem laufenden Betrieb (Unterhaltungs- und Instandhaltungsmaßnahmen) dienen. Sie müssen aktivierungsfähig sein und von dem Abschlussprüfer im Jahresabschluss anerkannt und tatsächlich dort aktiviert werden. Vgl. Eisenbahnbundesamt, EBA-Richtlinie Handbuch zur Antrags- und Verwendungsprüfung AVP 2018, Bonn, 2018, S. 137 ff.

³⁸ Diese Gewährleistungsverantwortung wird im Bundesschienenwegeausbaugesetz (BSWAG) näher spezifiziert. Gemäß § 8 Abs. 1 BSWAG finanziert der Bund Investitionen für Bau-, Ausbau- und Ersatzmaßnahmen des bundeseigenen Schienenwegenetzes. Diese Zuschüsse werden jeweils auf Grundlage von Vereinbarungen zwischen dem Bund und der DB Netz AG, der DB Station & Service AG sowie der DB Energie GmbH getroffen. Für Neu- und Ausbauten gilt die Bedarfsplanumsetzungsvereinbarung („BUV“). Die Finanzierung von Ersatzinvestitionen wird über die dritte Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung („LuFV III“) geregelt. Zusätzlich zur BUV und zur LuFV III besteht seit dem 25. August 2020 eine gesonderte Rahmenvereinbarung für die Finanzierung und Umsetzung von Vorhaben, welche den bundeseigenen Schienenwegen zugutekommen sollen. Vgl. Gesetz über den Ausbau der Schienenwege des Bundes vom 15. November 1993, BGBl. I, S. 1874; BMVI u. a., Bedarfsplanumsetzungsvereinbarung, Berlin, 25. Juli 2017; BMVI u. a., Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung III (LuFV III) zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DB Netz AG, der DB Station & Service AG und der DB Energie GmbH sowie der Deutschen Bahn AG, Berlin, 20. Januar 2020; BMVI u. a., Rahmenvereinbarung über die Finanzierung und Durchführung von Investitionen in die Schienenwege der Eisenbahnen des Bundes, Berlin, 25. August 2020.

³⁹ Gesetz über Finanzhilfen des Bundes zur Verbesserung der Verkehrsverhältnisse der Gemeinden (Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetz) vom 18. März 1971, BGBl. I, S. 239.

⁴⁰ Deutsche Bahn AG, Integrierter Bericht 2020, a. a. O., S. 188.

⁴¹ Bezogen auf Neu- und Ausbauten geschieht dies auf Basis von § 15 Abs. 1 und § 20 BUV.

⁴² Im Gegensatz zur BUV erfolgt die Erfolgsprüfung der LuFV III nicht in Form einer Verwendungsprüfung, sondern in Form einer Prüfung von Qualitätskennzahlen. Auf Basis eines jährlichen Infrastrukturzustands- und Entwicklungsbericht prüft das Eisenbahnbundesamt, inwieweit die Zielvorgaben der Qualitätskennzahlen erreicht wurden.

regulierten Infrastrukturentgelte der Eisenbahnverkehrsunternehmen. Auf diese Weise wird der intermodale Wettbewerb der Schiene gegenüber anderen Verkehrsträgern gestärkt. Die im Rahmen des Klimaschutzpakets vorgenommene anteilige Umwidmung der ursprünglich als Eigenkapital geplanten Bundesmittel in Höhe von EUR 5,5 Mrd. in Investitionskostenzuschüsse ist daher zu begrüßen.

2.3.2 Liquidität über eine wettbewerbsneutrale Trassenpreisförderung herstellen

36. Eine Trassenpreisförderung bietet sich als Förderinstrument sowohl zur allgemeinen Stärkung der Eisenbahnverkehrsunternehmen im intermodalen Wettbewerb, zur Reduktion von Marktzutrittsbarrieren neuer Eisenbahnverkehrsunternehmen als auch zur finanziellen Unterstützung von Eisenbahnverkehrsunternehmen in Krisenzeiten an.

37. Eine Trassenpreisförderung sieht in normalen Zeiten, d. h. außerhalb der Covid-19-Pandemie, eine anteilige Subventionierung der Trassenentgelte vor, welche Eisenbahnverkehrsunternehmen an den Schieneninfrastrukturbetreiber zu zahlen haben.⁴³ Die Trassenentgelte setzen sich aus den unmittelbaren Kosten des Betriebs und einem Vollkostenaufschlag zusammen.⁴⁴ Das finanzielle Instrument der Trassenpreisförderung bezuschusst die Vollkostenaufschläge.⁴⁵ Diese variieren je nach Marktsegment und Fahrteigenschaft (bspw. Geschwindigkeiten, Region, Lasten und Uhrzeiten der Fahrt) zwischen 50 Prozent (Standard SGV) und 90 Prozent der Trassenentgelte (Metro Tag Max Express ab 160 km/h).⁴⁶ Infolge der Kostenreduktion entsteht für die Eisenbahnverkehrsunternehmen zum einen ein relativer Kostenvorteil im intermodalen Wettbewerb mit anderen Verkehrsträgern. Zum anderen werden die Eisenbahnverkehrsunternehmen entlastet, sodass deren Liquidität verbessert wird. Die Stärkung des Schienenverkehrs durch eine Trassenpreisförderung kann allerdings nur dann gelingen, wenn es keine sonstigen Engpässe (z. B. Personal, Trassen, Rollmaterial, Endkunden) gibt. Zudem hängt die Wettbewerbswirkung von der allgemeinen Kostenentwicklung ab. Beispielsweise ist zu vermeiden, dass höhere Trassenentgelte die Wirkung der Trassenpreisförderung teilweise aufheben.

38. Eine zeitlich befristete Trassenpreisförderung in Höhe von 98 Prozent, wie sie im April 2021 angekündigt wurde, zielt darauf ab, die Liquidität der Eisenbahnverkehrsunternehmen wettbewerbsneutral zu erhalten, sodass auch nach der Pandemie ein wettbewerbsfähiger Bahnmarkt gewährleistet werden kann. Um dies zu erreichen, kann die Trassenpreisförderung während der Covid-19-Pandemie weitreichender gestaltet werden. Basierend auf der EU-Verordnung 2020/1429 ist es möglich, den Infrastrukturbetreibern zu erlauben, die Entgeltzahlungen für ein Mindestzugangspaket zu ermäßigen, zu stunden oder zu erlassen. Zudem ist es aufgrund dieser Verordnung möglich, dass die Infrastrukturbetreiber keine Stornierungsentgelte für nicht in Anspruch genommene Fahrwegkapazitäten

⁴³ Eine Trassenpreisförderung wurde bereits im Rahmen des „Masterplans Schienengüterverkehr“ für den SGV in dem Zeitraum vom 1. Juli 2018 bis zum 30. Juni 2023 eingeführt. Im Rahmen dieser Trassenpreisförderung werden die Trassenentgelte der Unternehmen des SGV mit jährlich EUR 350 Mio. gefördert, soweit die Güterbeförderung auf den Eisenbahnstrecken der DB Netz AG erfolgt und die Unternehmen über eine Zugangsberechtigung nach den jeweils gültigen Schienennutzungsbedingungen verfügen. Unter der Annahme der vollständigen Ausnutzung der vorgesehenen Mittel entsprach der Fördersatz in der Fahrplanperiode 2019/20 zunächst 47 Prozent der Trassenentgelte. Aufgrund der deutlich reduzierten Betriebsleistung in Zeiten der Covid-19-Pandemie wurde der Fördersatz zum 1. Juni 2020 auf 57 Prozent angehoben. Vgl. § 1 Abs. 3 und 4, § 2 Abs. 1, § 3 Abs. 1, § 5 Abs. 1-2 Bekanntmachung Richtlinie zur Förderung des Schienengüterverkehrs über eine anteilige Finanzierung der genehmigten Trassenentgelte (af-TP) vom 10. Dezember 2018; DB Netz AG, Pressemitteilung vom 1. Juni 2020- TraFöG: Fördersatz 2020 steigt auf 57 %.

⁴⁴ Vgl. Abschnitt 4.3.1.1. Zusätzlich sind nach dem aktuellen Trassenpreissystem der DB Netz AG Zu- oder Abschläge zur Steuerung von Mehrverkehren oder Umweltbelastungen möglich, vgl. DB Netz AG, Das Trassenpreissystem 2021 der DB Netz AG, Oktober 2020.

⁴⁵ Gemäß Art. 31 Abs. 3 der Richtlinie 2012/34/EU gilt, dass die Trassenentgelte nicht geringer sein dürfen als die Kosten, die aufgrund des unmittelbaren Zugbetriebs anfallen (vgl. Richtlinie 2012/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums vom 21. November 2012, ABl. L 343, vom 14. Dezember 2012, S. 32). Eine Förderung darf daher maximal die Höhe eines Vollkostenaufschlags betragen.

⁴⁶ Eigene Berechnung basierend auf DB Netz AG, Anlage 6.2 zu den Schienennetz-Benutzungsbedingungen der DB Netz AG 2021 Liste der Entgelte gültig ab 13.12.2020, 13. Dezember 2020.

erheben und die Aufschläge auf die unmittelbaren Kosten des Zugbetriebs neu bewerten. Im Gegenzug haben die Mitgliedstaaten den Infrastrukturbetreibern einen Ausgleich für die entgangenen Entgelte zu zahlen.⁴⁷ Je nach Marktsegment entspricht der vollständige Erlass der Trassenentgelte einer Reduktion der Gesamtkosten um 11 Prozent (Schienengüterverkehr), 21 Prozent (Schienenpersonenfernverkehr) oder 32 Prozent (Schienenpersonennahverkehr) eines Eisenbahnverkehrsunternehmens.⁴⁸

39. Der Vorschlag der Bundesregierung, eine zeitlich bis zum Jahr 2022 befristete Trassenpreisförderung für die Unternehmen des SGV und SPFV einzuführen, ist zu begrüßen. Die Monopolkommission hatte dies in ihrem Policy Brief vom 17. Dezember 2020 empfohlen.⁴⁹ Allerdings ist zu kritisieren, dass diese Entscheidung erst im April 2021 erfolgte und rückwirkend ab dem 1. März 2020 gilt. Damit profitieren vor allem diejenigen Unternehmen, die trotz der geringen Nachfrage ihr Angebot unverändert beibehalten haben. Diejenigen Unternehmen, die dagegen aus wirtschaftlichen Erwägungsgründen den Betrieb zeitweise reduziert oder eingestellt haben, profitieren deutlich weniger oder gar nicht. Eine rückwirkende Trassenpreisförderung ist daher mit massiven Wettbewerbsverzerrungen verbunden. Die Monopolkommission empfiehlt daher, Trassenpreisförderungen ex ante anzukündigen, wie dies beispielsweise auch in Österreich umgesetzt wurde.

2.3.3 Erstattung von Umsatzausfällen bei unzureichender Trassenpreisförderung

40. Im Fall von Nachfragerückgängen, die dazu führen, dass die Umsätze so stark sinken, dass eine Trassenpreisförderung zur kurzfristigen Unterstützung der Liquidität der Eisenbahnverkehrsunternehmen nicht ausreicht, wäre zusätzlich zu erwägen, eine branchenweite, befristete Erstattung von Umsatzausfällen einzuführen.

41. Die Erstattung von Umsatzausfällen wurde im Zuge der Covid-19-Pandemie beispielsweise für den Leistungszeitraum vom 1. März 2020 bis 31. August 2020 für die Unternehmen des öffentlichen Personennahverkehrs einschließlich dem SPNV beschlossen und am 7. August 2020 beihilferechtlich genehmigt.⁵⁰ Insgesamt standen EUR 5 Mrd. zur Verfügung, um Verkehrsunternehmen, welche auf Basis eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags Beförderungsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr durchführen, Umsatzausfälle zu erstatten. Es wurden ausschließlich diejenigen Schäden erstattet, welche in einer direkten Verbindung zur Covid-19-Pandemie standen, soweit diese nicht durch Einnahmen aus Fahrgeldern oder Ausgleichszahlungen gedeckt wurden.⁵¹

42. Bisher wurde die Umsatzerstattung ausschließlich für den ÖPNV beschlossen. Eine ähnliche Verfahrensweise wurde seitens der Bundesregierung in Zeiten der Covid-19-Pandemie für den SPFV oder den SGV nicht in Betracht gezogen. Stattdessen wurde auf die Eigentümerverantwortung als Kapitalgeber auch in Krisenzeiten verwiesen. Die zeitlich befristete Umsatzausfallerstattung kann kurz- bis mittelfristig verhindern, dass Wettbewerber aufgrund von nicht strukturell bedingten Liquiditätsschwierigkeiten den Markt verlassen.

⁴⁷ Art. 2 Abs. 2-4 der Verordnung (EU) 2020/1429 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung von Maßnahmen für einen nachhaltigen Eisenbahnmarkt in Anbetracht des COVID-19-Ausbruchs, ABl. L 333 vom 7. Oktober 2020, S. 1.

⁴⁸ Basierend auf BNetzA, Marktuntersuchung Eisenbahnen 2020, a. a. O., S. 47 f., 78 f. und eigenen Berechnungen.

⁴⁹ Monopolkommission, 6. Policy Brief: Wettbewerb im Bahnmarkt nicht gefährden!, Dezember 2020.

⁵⁰ Vergleiche Beihilfefall SA.57675 (2020/N) – Germany, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_1463, Abruf am 2. Juni 2021; BMVI, Regelung zur vorübergehenden Gewährung von Beihilfen zum Ausgleich von Schäden im öffentlichen Personennahverkehr im Geltungsbereich der Bundesrepublik Deutschland im Zusammenhang mit dem Ausbruch von COVID-19 („Bundesrahmenregelung Beihilfen für den öffentlichen Personennahverkehr“), Berlin, 7. August 2020, § 3 Abs. 2.

⁵¹ Die ermittelten Schäden waren bis zu 100 Prozent beihilfefähig. Tatsächlich wurden jedoch je nach Bundesland ca. 90 Prozent der Schäden erstattet.

Kapitel 3

Wettbewerblichen Konflikt aufgrund der vertikalen Integration des DB-Konzerns auflösen

43. Aktuell wird die Eisenbahninfrastruktur des DB-Konzerns zusammen mit den Eisenbahnverkehrsunternehmen des DB-Konzerns in einer gemeinsamen Konzernstruktur betrieben. Die Muttergesellschaft des DB-Konzerns ist die DB AG. Sie übernimmt die Funktion einer Managementholding, indem sie für die insgesamt acht Geschäftsfelder zentrale Gruppenfunktionen ausübt (z. B. Recht, Konzernentwicklung, Finanzen). Zu diesen Geschäftsfeldern gehören sowohl die Eisenbahnverkehrsunternehmen DB Fernverkehr AG, DB Regio AG und DB Cargo AG als auch die Infrastrukturunternehmen DB Netz AG, DB Station & Service AG und DB Energie GmbH.⁵² Abgesehen von einer gemeinsamen Muttergesellschaft sind die Geschäftsfelder auch über direkte und indirekte Leistungsbeziehungen miteinander verbunden. Darüber hinaus bestehen für die einzelnen inländischen Gesellschaften des DB-Konzerns Ergebnisabführungs- und Beherrschungsverträge mit der Muttergesellschaft, der DB AG.⁵³

3.1 Eigentumsrechtliche Trennung ist weiterhin geboten

44. Aus ordnungspolitischer Perspektive sollte die Eisenbahninfrastruktur nicht von einem vertikal integrierten Unternehmen bereitgestellt werden, das gleichzeitig als Nutzer der Infrastruktur auf den Eisenbahnmärkten des SPNV, SPFV und SGV tätig ist. Von einer solchen integrierten Unternehmenskonstellation ist deshalb abzuraten, weil durch die Integration und das einhergehende verbundene Konzerninteresse der Anreiz entsteht, den Gesamtgewinn über alle zugehörigen Unternehmen zu maximieren. Um dieses Ziel zu erreichen, dürfte vor allem das Infrastrukturunternehmen den Anreiz haben, den verbundenen Verkehrsunternehmen einen Vorteil gegenüber Wettbewerbern zu ermöglichen. Dies gilt vor allem dann, wenn das Angebot der Eisenbahnverkehrsunternehmen eng mit der vorgelagerten Eisenbahninfrastruktur verflochten ist und auf der Infrastrukturebene eine marktbeherrschende Stellung vorliegt. In der Folge kann es zu einer Verzerrung des Wettbewerbs auf den nachgelagerten Schienenverkehrsmärkten kommen. Beispielsweise besteht die Gefahr, dass der marktbeherrschende Betreiber der Eisenbahninfrastruktur dritte Eisenbahnverkehrsunternehmen beim Zugang zur Infrastruktur diskriminiert oder ihnen den Zugang ganz verwehrt. Dies kann etwa durch die direkte Bevorzugung der eigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen gegenüber dritten Eisenbahnverkehrsunternehmen bei der Vergabe von Kapazitäten zur Trassennutzung oder zur Nutzung von Serviceeinrichtungen erfolgen. Zudem besteht für den Betreiber der Eisenbahninfrastruktur der Anreiz, überhöhte und diskriminierende Zugangsentgelte zu erheben und damit dritte Eisenbahnverkehrsunternehmen gegenüber konzerneigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen zu benachteiligen.⁵⁴ Zusätzlich werden die Wettbewerbsverzerrungen durch den Umstand verstärkt, dass der Bund als alleiniger Eigentümer des DB-Konzerns auftritt. Dies begünstigt die Finanzierungsmöglichkeiten und die Verhandlungspositionen des vertikal integrierten Unternehmens auf den vorgelagerten Märkten.

⁵² Der DB-Konzern besteht aus zahlreichen Gesellschaften, welche sich aus den Gesellschaften des Systemverbundes Schiene (Personenverkehrsgesellschaften, Schienengüterverkehr, Eisenbahninfrastrukturunternehmen und Gesellschaften der operativen Serviceeinheiten) und den international agierenden Gesellschaften der DB Schenker und DB Arriva zusammensetzen. Zu den acht Geschäftsfeldern zählen die DB Schenker, DB Arriva, DB Fernverkehr, DB Regio, DB Netze Fahrweg, DB Netze Personenbahnhöfe, DB Netze Energie und DB Cargo. Vgl. Deutsche Bahn AG, Jahresabschluss zum 31. Dezember 2019 und Lagebericht für das Geschäftsjahr 2019, Berlin, 13. Juli 2020, S. 4.

⁵³ Zu den Leistungsbeziehungen gehört beispielsweise die Nutzung der Trassen durch die eigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen.

⁵⁴ Das vorliegende Gutachten geht in den folgenden Kapiteln [x] und [x] auf Diskriminierungsmöglichkeiten ein, welche mit der vertikalen Integration des DB-Konzerns einhergehen können.

45. Die Monopolkommission hat in ihren letzten Sektorgutachten die Problematik der fehlenden eigentumsrechtlichen Trennung der Eisenbahninfrastruktur bereits eingehend thematisiert.⁵⁵ Wenn die first-best Lösung einer vertikalen Trennung nicht angestrebt wird, empfiehlt die Monopolkommission in diesem Sektorgutachten als second-best Lösung zur Einschränkung der wettbewerbsverzerrenden Fehlanreize, zumindest die organisatorische Unabhängigkeit des Betreibers der Schienenwege⁵⁶ zu stärken. Um darüber hinaus die Transparenz der wirtschaftlichen Zusammenarbeit zwischen den bundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen und den Eisenbahninfrastrukturunternehmen innerhalb des DB-Konzerns zu verbessern, müssten zudem konzerninterne Verrechnungen anders ermittelt werden. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die Fehlanreize durch die Art verstärkt werden können, in welcher der Bund seine Interessen als Alleinaktionär der DB AG und Eigentümer des DB-Konzerns wahrnimmt.

3.2 Wettbewerbsrechtliche Risiken durch die integrierte Konzernstruktur

46. Die Umsetzung der Empfehlungen in diesem Sektorgutachten ist daneben aus rechtlichen Gründen anzustreben. Die Monopolkommission hat in ihrem Siebten Sektorgutachten begonnen, ihre Stellungnahmen im Bahnbereich zu erweitern. Denn in manchen Fällen ist die Umsetzung ihrer regulatorischen Empfehlungen nicht nur wettbewerbspolitisch wünschenswert, sondern trägt auch dazu bei, rechtliche Risiken für den Bund nach Maßgabe der Europäischen Verträge zu reduzieren. Das ist auch mit Blick auf die integrierte Konzernstruktur anzunehmen.

3.2.1 Keine weitere Beeinträchtigung der wettbewerblichen Chancengleichheit in historisch bedingt geschwächter Marktstruktur zulässig

47. Die unionsrechtlichen Risiken folgen unmittelbar aus der Ausrichtung aller Konzerngesellschaften – einschließlich der konzernzugehörigen Infrastrukturbetreiber – an DB-Konzerninteressen. Hinzu tritt das Eigentümerinteresse, das der Bund selbst daran hat, dass das Geschäft des DB-Konzerns in seiner Gesamtheit nach Möglichkeit den Bundeshaushalt schont und profitabel ist. Demgegenüber gibt es kein Eigeninteresse des Bundes an einer Förderung von Wettbewerb. Das gilt zumindest, sofern sich dieser zulasten des DB-Konzerns auswirken würde. Der Bund ist allerdings nach Art. 106 Abs. 1 i. V. m. Art. 102 AEUV unionsrechtlich dafür verantwortlich, dass der DB-Konzern infolge seiner integrierten Konzernstruktur den Wettbewerb nicht schädigt.

48. Nach Art. 106 Abs. 1 AEUV dürfen die „Mitgliedstaaten [...] in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine den Verträgen und insbesondere den Artikeln 18 und 101 bis 109 [AEUV] widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten.“⁵⁷ Die Auslegung der Vorschrift erfolgt nach Art. 267 Abs. 1 lit. a, Abs. 3 AEUV letztverbindlich durch den Europäischen Gerichtshof. Dieser hebt in ständiger Rechtsprechung hervor, dass

„ein System unverfälschten Wettbewerbs, wie es der Vertrag [über die Arbeitsweise der Europäischen Union] vorsieht, nur gewährleistet werden kann, wenn die Chancengleichheit zwischen den einzelnen Wirtschaftsteilnehmern sichergestellt ist [...] Daraus folgt, dass wenn die Ungleichheit der Chancen von Wirtschaftsteilnehmern, also der verfälschte Wettbewerb, auf einer staatlichen Maßnahme beruht, diese Maßnahme gegen [Art. 106 Abs. 1 AEUV] in Verbindung mit [Art. 102 AEUV] verstößt“⁵⁸

⁵⁵ Monopolkommission, 4. Sektorgutachten Bahn (2013): Reform zügig umsetzen!, Baden-Baden, 2013, Tz. 30 f.; Monopolkommission, 5. Sektorgutachten Bahn (2015): Wettbewerbspolitik aus der Spur?, Baden-Baden, 2015, Tz. 21; Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn (2019): Mehr Qualität und Wettbewerb auf die Schiene, Baden-Baden, 2019, Tz. 21.

⁵⁶ Nach dem § 1 Abs. 4 ERegG i. V. m. § 2 Abs. 7 AEG werden unter dem Begriff der Betreiber von Schienenwege alle Eisenbahninfrastrukturunternehmen zusammengefasst, die für den Betrieb, die Instandhaltung, den Ausbau und die Erneuerung von Schienenwege innerhalb eines Netzes zuständig sind.

⁵⁷ Siehe hierzu auch Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn (2019), a. a. O., Tz. 34.

⁵⁸ EuGH, Urteil vom 17. Juli 2014, C-553/12 P – DEI, ECLI:EU:C:2014:2083, Rz. 43 f. unter Verweis (u. a.) auf EuGH, Urteile vom 13. Dezember 1991, 18/88 – RTT/GB-Inno-BM, Slg. 1991, S. I-5941, Rz. 23-25 und vom 22. Mai 2003, C-462/99 – Connect Austria, Slg. 2003, I-5197, ECLI:EU:C:2003:297, Rz. 83 f.

Dabei verstößt eine Beeinträchtigung der wettbewerblichen Chancengleichheit bereits als solche gegen Art. 106 Abs. 1 i. V. m. Art. 102 AEUV.⁵⁹ Eine derartige Beeinträchtigung der wettbewerblichen Chancengleichheit ist im Bereich der Bahndienstleistungen, insbesondere auf den Märkten für den SPFV bereits dadurch indiziert, dass es Wettbewerbern des DB-Konzerns trotz verschiedentlicher Vorstöße seit Jahren kaum gelingt, auf den relevanten Märkten Fuß zu fassen. Auch im SGV und auf Einzelmärkten im SPNV ist die Situation für Wettbewerber des DB-Konzerns allerdings schwierig.

49. Die Tatsache, dass ein Mitgliedstaat ein Unternehmen in beherrschender Stellung geschaffen hat, verstößt zwar als solche noch nicht gegen Art. 106 Abs. 1 i. V. m. Art. 102 AEUV.⁶⁰ Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs verletzt ein Mitgliedstaat allerdings Art. 106 Abs. 1 i. V. m. Art. 102 AEUV, wenn der betreffende Mitgliedstaat durch anderweitige eigene Maßnahmen ungleiche Wettbewerbsbedingungen zwischen den Unternehmen schafft und dadurch die „Struktur des Marktes“ beeinträchtigt.⁶¹

50. Nach der europäischen Rechtsprechung liegt die Möglichkeit einer solchen Beeinträchtigung der Marktstruktur – ungeachtet hinzukommender Maßnahmen des Mitgliedstaats – von vornherein dann nahe, wenn es sich bei dem Unternehmen, das Gegenstand mitgliedstaatlicher Maßnahmen ist, um einen früheren Monopolisten handelt und wenn mit dieser hergebrachten Stellung etwa eine hohe Präsenz auf den Märkten für bestimmte Dienstleistungen sowie ein umfangreicher Kundenbestand einhergehen. Maßgeblich ist, dass das Unternehmen sich dadurch von vornherein in einer Situation befindet, in der es veranlasst ist, potenziellen Nutzern seines Systems (auf Verbraucherseite) besonders günstige Nutzungsbedingungen anzubieten oder auf andere Weise Bedingungen zu schaffen, zu denen Wettbewerber kaum konkurrieren können.⁶²

51. Diese Gegebenheiten sind für sich genommen auch im Fall des DB-Konzerns zu bejahen. Der DB-Konzern übt auf ihn übertragene Vorzugsrechte aus, da er „den Bau, die Unterhaltung und das Betreiben von Schienenwegen“ im Sinne von Art. 87e Abs. 3 S. 2 GG übernimmt. Hiermit sind nicht nur Daseinsvorsorgeverpflichtungen verbunden, sondern auch regulierungsrechtlich abgesicherte Vorteile, beispielsweise das Recht, innerhalb der regulierungsrechtlichen Vorgaben über den Zugang von Eisenbahnverkehrsunternehmen zu der vom DB-Konzern kontrollierten Infrastruktur zu entscheiden. Als ehemals alleiniger Anbieter von Schienenverkehrsdienstleistungen ist der DB-Konzern auf den relevanten Märkten auch weiter in einem hohen Maße präsent und verfügt über einen großen Kundenbestand.

3.2.2 Weitere Beeinträchtigung der Marktstruktur durch staatliche Hinnahme oder Begünstigung von Marktmachtmissbräuchen des DB-Konzerns

52. Als Maßnahmen, die die „Struktur des Marktes“ beeinträchtigen, sind auf Basis der jeweiligen Ausgangslage alle Maßnahmen relevant, die – über die überkommene Monopolstellung hinaus – eine Situation herbeiführen, die eine der folgenden beiden Voraussetzungen erfüllt:⁶³

- Es handelt sich um eine Situation, „in der ein Unternehmen [im Sinne des Art. 106 Abs. 1 AEUV] durch die bloße Ausübung der ihm übertragenen Vorzugsrechte seine beherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzt“.

⁵⁹ EuGH, Urteil vom 22. Mai 2003, C-462/99 – Connect Austria, Slg. 2003, I-5197, ECLI:EU:C:2003:297, Rz. 87.

⁶⁰ EuGH, Urteil vom 17. Juli 2014, C-553/12 P – DEI, ECLI:EU:C:2014:2083, Rz. 45.

⁶¹ EuGH, Urteil vom 17. Juli 2014, C-553/12 P – DEI, ECLI:EU:C:2014:2083, Rz. 46.

⁶² EuGH, Urteil vom 22. Mai 2003, C-462/99 – Connect Austria, Slg. 2003, I-5197, ECLI:EU:C:2003:297, Rz. 86.

⁶³ EuGH, Urteil vom 17. Juli 2014, C-553/12 P – DEI, ECLI:EU:C:2014:2083, Rz. 41; EuGH, Urteil vom 25. Oktober 2001, C-475/99 – Ambulanz Glöckner, Slg. 2001, I-8089, ECLI:EU:C:2001:577, Rz. 39; EuGH, Urteil vom 12. September 2000, C-180/98 u. a. – Pavlov u. a., Slg. 2000, I-6451, ECLI:EU:C:2000:428, Rz. 127.

- Es handelt sich um eine Situation, in der „durch diese Rechte eine Lage geschaffen werden könnte, in der dieses Unternehmen einen solchen Missbrauch begeht“.

Die beiden Voraussetzungen unterscheiden sich darin, ob es zu einem die Marktstruktur beeinträchtigenden Verstoß des betreffenden Unternehmens gegen Art. 102 AEUV kommt.⁶⁴ Wenn es tatsächlich – im Sinne der zuerst geschilderten Situation – zu einem solchen Verstoß kommt, dann „bedarf [es] keiner Feststellung eines weiter gehenden Missbrauchs als desjenigen, der aus der durch die betreffende staatliche Maßnahme geschaffenen Situation resultiert.“⁶⁵ Für die Haftung nach Art. 106 Abs. 1 AEUV reicht es vielmehr aus, dass der Mitgliedstaat den Verstoß nicht verhindert hat.⁶⁶

Andernfalls – im Sinne der als zweites geschilderten Situation – genügt es jedoch, dass die mitgliedstaatlichen Maßnahmen es dem Unternehmen lediglich

„ermöglichen, seine beherrschende Stellung – beispielsweise durch Behinderung neuer Markteintritte – aufrechtzuerhalten oder zu stärken oder auf einen anderen Markt auszudehnen, wodurch der Wettbewerb beschränkt würde.“⁶⁷

53. Im Fall des DB-Konzerns gibt es Anhaltspunkte dafür, dass es bereits zu Verstößen gegen Art. 102 AEUV gekommen sein kann. Insbesondere gibt es Beschwerden, dass Gesellschaften des DB-Konzerns nicht gruppenzugehörigen Wettbewerbern den Zugang zu wesentlichen Einrichtungen, die vom DB-Konzern kontrolliert werden, versagen oder nur zu diskriminierenden Bedingungen gewähren.⁶⁸ Ebenso gibt es Anhaltspunkte dafür, dass der DB-Konzern eine sog. Kosten-Preis-Schere nutzt, um dem Rückgang von Marktanteilen im SPFV, möglicherweise aber auch im SGV und in Einzelfällen im SPNV, effektiv vorzubeugen.⁶⁹ Mit Blick auf Art. 106 Abs. 1 AEUV braucht an dieser Stelle allerdings nicht geklärt zu werden, ob sich der DB-Konzern überhaupt in irgendeiner Weise wettbewerbswidrig verhält.

54. Denn aus Sicht der Monopolkommission dürfte zumindest eine mit Art. 106 Abs. 1 AEUV nicht zu vereinbarende Rechts- und Sachlage zu bejahen sein, die es dem DB-Konzern ermöglicht, seine beherrschende Stellung hinsichtlich der von ihm kontrollierten Infrastruktur zu missbrauchen. Das folgt zum einen daraus, dass der DB-Konzern ein aktienrechtlich abgesichertes Konzerninteresse am Schutz seiner Marktstellung hat und dass dieses Konzerninteresse für sich genommen Anreize zu einem wettbewerbswidrigen Verhalten setzt (Abschn. 3.2.3). Hinzu kommt ein parallel laufendes Bundesinteresse (Abschn. 3.2.4). Zum anderen ist das Eisenbahnregulierungsgesetz zu schwach ausgestaltet, um die Einhaltung der wettbewerbsrechtlichen Vorgaben zu gewährleisten (Abschn. 3.3). Die Monopolkommission sieht mehrere Lösungsansätze, um die Risiken nach Art. 106 Abs. 1 AEUV zu vermindern. Die von ihr stets empfohlene vertikale Trennung bleibt allerdings die sicherste Möglichkeit, um wettbewerbsrechtliche Bedenken nach der genannten Vorschrift auszuschließen (Abschn. 3.4).

⁶⁴ Vgl. insoweit EuGH, Urteil vom 25. Oktober 2001, C-475/99 – Ambulanz Glöckner, Slg. 2001, I-8089, ECLI:EU:C:2001:577, Rz. 40, wonach es genügt, dass das betreffende Unternehmen Wettbewerber missbräuchlich behindert, indem es „sich ohne objektives Bedürfnis eine Hilfstätigkeit vorbehält, die von einem dritten Unternehmen im Rahmen seiner Tätigkeit auf einem benachbarten, aber getrennten Markt ausgeübt werden könnte, so dass jeglicher Wettbewerb seitens dieses Unternehmens ausgeschaltet zu werden droht“.

⁶⁵ EuGH, Urteil vom 17. Juli 2014, C-553/12 P – DEI, ECLI:EU:C:2014:2083, Rz. 47.

⁶⁶ EuGH, Urteil vom 10. Februar 2000, C-147/97 und C-148/97 – Deutsche Post, Slg. 2000, I-825, ECLI:EU:C:2000:74, Rz. 61 a. E.

⁶⁷ EuGH, Urteil vom 17. Juli 2014, C-553/12 P – DEI, ECLI:EU:C:2014:2083, Rz. 46.

⁶⁸ Siehe z. B. Abschnitt 4.2 und 6.2 in diesem Sektorgutachten.

⁶⁹ Hierzu EU-Kommission, Mitteilung – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 45 vom 24. Februar 2009, Tz. 80 ff.; sowie erneut EuGH, Urteil vom 25. Oktober 2001, C-475/99 – Ambulanz Glöckner, Slg. 2001, I-8089, ECLI:EU:C:2001:577, Rz. 40. Die behördliche Genehmigung von gegen Art. 102 AEUV verstoßenden Entgelten kann auch unabhängig von der in diesem Abschnitt behandelten Problematik gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV verstoßen; siehe dazu Tz. 202 in diesem Sektorgutachten.

3.2.3 Aktienrechtlich abgesichertes Interesse des DB-Konzerns am Schutz seiner Marktstellung

55. Das Konzerninteresse ist ein spezifisches Merkmal des deutschen Aktienrechts, das mit der eisenbahnrechtlichen Regulierung teilweise in einem Spannungsverhältnis steht und dadurch die Erreichung der Regulierungsziele erschwert. Als Konzerninteresse wird hier das Interesse der Konzernobergesellschaft verstanden, welches durch die DB AG als Holdinggesellschaft definiert wird.⁷⁰ Innerhalb des DB-Konzerns wird dieses Konzerninteresse durch Beherrschungs- und Ergebnisabführungsverträge und vielfältige Leistungsbeziehungen im Konzern konkretisiert. Es gibt Anhaltspunkte dafür, dass die Verfolgung von Konzerninteressen durch die Gesellschaften des DB-Konzerns zu einer Behinderung von anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen beiträgt.

3.2.3.1 Beherrschungs- und Ergebnisabführungsverträge

56. Die zwischen den inländischen Gesellschaften des DB-Konzerns und der DB AG bestehenden Beherrschungs- und Ergebnisabführungsverträge wurden abgeschlossen, weil sie bis zur Neugestaltung des Körperschaftsteuergesetzes eine notwendige Voraussetzung zur Bildung einer körperschaftsteuerlichen Organschaft innerhalb eines Konzerns waren.⁷¹ Durch diese Verträge sind die Eisenbahninfrastrukturunternehmen und die Eisenbahnverkehrsunternehmen über die DB AG miteinander verbunden. Der Abschluss eines Beherrschungsvertrags impliziert, dass konzernzugehörige Gesellschaften die Leitung ihrer Gesellschaft auf ein anderes Unternehmen (Muttergesellschaft) übertragen.⁷² Der Beherrschungsvertrag ermächtigt die Muttergesellschaft, dem Vorstand der Tochtergesellschaften Weisungen in Leitungsfragen zu erteilen. Soweit nichts anderes vereinbart ist, gilt dies auch dann, wenn die Weisungen der Muttergesellschaft nachteilig für die Tochtergesellschaften sind, soweit die Weisungen der Muttergesellschaft oder einer damit konzernverbundenen Gesellschaft dienen.⁷³ Der Abschluss eines Beherrschungsvertrags hat zur Folge, dass die Pflichten der konzernzugehörigen Gesellschaften zur Berücksichtigung des Konzerninteresses über die gesetzlichen Vorschriften hinaus verstärkt werden.⁷⁴ Daneben finden die Vorschriften über die Vermögensbindung der Einzelgesellschaften keine Anwendung mehr.⁷⁵

57. Aufgrund der Beherrschungsverträge zwischen den Infrastrukturunternehmen des DB-Konzerns und der DB AG haben die Infrastrukturunternehmen unmittelbar – d. h. gegebenenfalls auch ohne dass tatsächlich Weisungen erteilt werden – einen verstärkten Anreiz, ihre Geschäftsstrategie am Konzerninteresse auszurichten und damit das Gesamtergebnis des Konzerns zu optimieren. Inhaltlich kann sich dies sowohl auf die Ziel- und Strategieausrichtung des Infrastrukturunternehmens als auch auf Innovationsentscheidungen oder auf Personalbesetzungen der Infrastrukturunternehmen beziehen. Demgemäß ist z. B. anzunehmen, dass sich die Planungen und die Durchführung von größeren Investitionen an den Plänen des Gesamtkonzerns orientieren. Dabei stehen die Interessen der eigenen

⁷⁰ Vgl. Vetter in: Schmidt/Lutter, AktG, 4. Aufl., Köln, 2020, § 15 AktG Rz. 27.

⁷¹ Seit der Neugestaltung des Körperschaftsteuergesetzes gilt nach § 14 Abs. 1, dass wenn der gesamte Gewinn einer Gesellschaft im Rahmen eines Gewinnabführungsvertrags nach § 291 Abs. 1 AktG an ein einziges anderes Unternehmen abgeführt wird, dieses Einkommen dem Organträger zuzurechnen ist, soweit die Bedingungen des § 14 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 KStG erfüllt sind. Im Rahmen einer steuerlichen Organschaft können die Gewinne und Verluste einzelner Gesellschaften des DB-Konzerns auf der Ebene der DB AG miteinander verrechnet und anschließend gemeinsam versteuert werden. Dadurch können steuerliche Vorteile für den DB-Konzern generiert werden.

⁷² § 291 Abs. 1 AktG.

⁷³ § 308 Abs. 1 AktG.

⁷⁴ Derartige Pflichten ergeben sich grundsätzlich bereits aus den §§ 17 f., 311 ff. AktG. Das Fehlen eines Beherrschungsvertrags bedeutet lediglich, dass die Tochtergesellschaft eigenverantwortlich bleibt, da keine ausdrückliche Befolgungspflicht besteht. Vgl. hierzu Berschin, F., Zur Trennung von Netz und Betrieb der Deutschen Bahn AG aufgrund des europäischen Eisenbahnpakets, Deutsches Verwaltungsblatt DVBL, 16/2002, S. 179 ff.

⁷⁵ § 291 Abs. 3 AktG.

Eisenbahnverkehrsgesellschaften im Vordergrund, welche sich gegebenenfalls mit den Interessen der wettbewerblichen Eisenbahnverkehrsunternehmen nicht decken oder diesen sogar widersprechen.⁷⁶

58. Neben den Beherrschungsverträgen bestehen Ergebnisabführungsverträge zwischen den Infrastrukturgesellschaften des DB-Konzerns und der DB AG. Im Rahmen des Ergebnisabführungsvertrags verpflichtet sich eine Gesellschaft, ihren gesamten Jahresüberschuss an eine andere Gesellschaft abzuführen.⁷⁷ Im Gegenzug verpflichtet sich das Unternehmen, welches die Jahresüberschüsse erhält, zum Ausgleich von Jahresfehlbeträgen, soweit der Verlust nicht durch Gewinnrücklagen des beherrschten Unternehmens ausgeglichen werden kann.⁷⁸ Im Fall des DB-Konzerns wurden aufgrund der bestehenden Ergebnisabführungsverträge zwischen den Jahren 2011 und 2020 insgesamt EUR 4,081 Mrd. von den Infrastrukturgesellschaften (DB Netz AG, DB Station & Service AG, DB Energie GmbH) an die DB AG überwiesen.⁷⁹ Zugleich erhöhte die DB AG das Eigenkapital der DB Netz AG und der DB Station & Service AG in demselben Zeitraum um insgesamt EUR 1,014 Mrd.

59. Insbesondere können die bestehenden Beherrschungsverträge mit Wettbewerbsverzerrungen auf dem Markt der Eisenbahnverkehrsunternehmen einhergehen. Diese resultieren daraus, dass die Beherrschungsverträge den Unabhängigkeitsanforderungen der Eisenbahninfrastrukturunternehmen entgegenstehen können. Es besteht im Zuge dessen die Gefahr, dass die Entscheidungen der Eisenbahninfrastrukturunternehmen nicht wettbewerbsneutral, sondern im Sinne der DB-eigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen erfolgen.⁸⁰ Darüber hinaus weist die Übertragung der Nachsteuerergebnisse der Betreiber von Eisenbahnanlagen, welche vollständig an den Bund zu zahlen sind, Transparenzmängel in den Geschäftsberichten auf.

3.2.3.2 Interne Leistungsbeziehungen und deren bilanzielle Bewertung

60. Zwischen den Eisenbahninfrastrukturunternehmen und den anderen Gesellschaften des DB-Konzerns bestehen auch unabhängig von der vertraglichen Ausrichtung auf das Konzerninteresse über die Beherrschungs- und Ergebnisabführungsverträge zahlreiche interne Leistungsbeziehungen. Die internen Leistungsbeziehungen innerhalb des DB-Konzerns lassen sich in drei Gruppen einteilen:⁸¹

- Die erste Gruppe besteht aus operativen Leistungsbeziehungen zwischen den einzelnen Gesellschaften des DB-Konzerns. Beispielsweise wird die Eisenbahninfrastruktur (z. B. Trassen, Stationen) von den Eisenbahnverkehrsunternehmen als Vorleistungsprodukt genutzt. Zudem bestehen weitere Gesellschaften innerhalb des DB-Konzerns, welche Serviceleistungen an die Eisenbahnverkehrsunternehmen und Eisenbahninfrastrukturunternehmen des DB-Konzerns liefern. Diese Gesellschaften werden den operativen Serviceeinheiten zugeordnet. Zu ihnen zählen beispielsweise die DB Vertrieb GmbH, DB Fahrzeuginstandhaltung GmbH oder die DB System GmbH.
- Eine zweite Gruppe bilden diejenigen Leistungen, welche die einzelnen Gesellschaften mit der DB AG verbinden. Die DB AG ist als Managementholding strukturiert und übernimmt bestimmte Leistungen zentral. Zu diesen Leistungen gehören unter anderem die Personalgewinnung, das Management Consulting, die Immobilienverwaltung und die zentrale Beschaffung.

⁷⁶ Vgl. Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn (2019), a. a. O., Tz. 23.

⁷⁷ Vgl. § 291 Abs. 1 AktG. Im Aktiengesetz werden diese Verträge „Gewinnabführungsverträge“ genannt. Aufgrund der automatischen Verlustübernahme werden Gewinnabführungsverträge in der Praxis auch als Ergebnisabführungsverträge bezeichnet.

⁷⁸ § 302 Abs. 1 AktG.

⁷⁹ Dieser Betrag beinhaltet bereits Verlustausgleiche durch die DB AG innerhalb des betrachteten Zeitraums. Vgl. Deutsche Bahn AG, Integrierter Bericht 2020, a. a. O., S. 59.

⁸⁰ Vgl. dazu BGH, Urteil vom 22. September 2020, II ZR 399/18, Rz. 24: Ein kapitalmarktrechtlich relevanter beherrschender Einfluss (§ 35 Abs. 1 WpHG) kann im Konzern selbst im Fall einer Entherrschungsvereinbarung vorhanden sein, da jedenfalls eine „tatsächliche Ausübung“ nicht gehindert ist.

⁸¹ Deutsche Bahn AG, Integrierter Bericht 2020, a. a. O., S. 57 f.

- Die dritte Gruppe umfasst diejenigen Leistungen, die im Rahmen der Konzernfinanzierung entstehen. Die DB AG verfolgt für ihre einzelnen Gesellschaften eine gemeinsame Finanzierungsstrategie. Langfristiges Kapital wird über die Konzernfinanzierungsgesellschaft DB Finance GmbH am Kapitalmarkt aufgenommen, während kurzfristige Gelder von der DB AG im eigenen Namen aufgenommen werden. Innerhalb der DB AG besteht eine hauseigene Bank („Treasury“), mit der alle Konzerngesellschaften verbunden sind. Diese vergibt an die einzelnen Konzerngesellschaften Darlehen und stellt einen Cashpool zur Sicherung kurzfristiger Liquidität.

61. Die einzelnen Leistungen innerhalb des DB-Konzerns werden bilanziell üblicherweise mit internen Verrechnungspreisen bewertet. Verrechnungspreise sind keine Marktpreise, sondern unternehmensintern festgelegte Preise. Mithilfe dieser Preise kann seitens der DB AG eine Kontroll- und Lenkungsfunktion ausgeübt werden, wodurch indirekt die Gewinnmaximierung des Gesamtkonzerns ermöglicht wird.⁸²

62. Überhöhte interne Verrechnungspreise, welche die Eisenbahninfrastrukturunternehmen an die DB-eigenen Vorleistungsunternehmen zahlen, können wettbewerbsverzerrend sein. Die daraus resultierenden überhöhten Kosten der Eisenbahninfrastrukturunternehmen können anschließend im Rahmen des Regulierungsprozesses zu überhöhten Trassen- und Stationsentgelten führen, welche von allen Eisenbahnverkehrsunternehmen zu zahlen sind. Dadurch können sich intra- und intermodale Wettbewerbsverzerrungen ergeben.

63. Im Fall von überhöhten Trassen- und Stationsentgelten haben zunächst die DB-eigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen diese überhöhten Entgelte ebenfalls zu zahlen. Aufgrund der Ergebnisabführungsverträge mit der DB AG besteht aber die Möglichkeit, dass die höheren Trassen- und Stationsentgelte über die höheren Gewinne der Vorleistungsunternehmen ausgeglichen werden.⁸³ Die nicht-bundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen haben dagegen die höheren Trassen- und Stationsentgelte zu tragen und sind damit gegenüber den bundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen benachteiligt. Zusätzlich führen die höheren Infrastrukturkosten zu Wettbewerbsnachteilen der Schiene im intermodalen Wettbewerb mit anderen Verkehrsträgern.

64. Der Gefahr überhöhter Verrechnungspreise steht im Allgemeinen zunächst das Steuerrecht entgegen. Demnach ist eine verdeckte Übertragung von Gewinnen zwischen einzelnen Gesellschaften eines Konzerns in Form von überhöhten Verrechnungspreisen untersagt. Für eine steuerrechtliche Anerkennung der Verrechnungspreise muss die Einhaltung des Fremdvergleichsgrundsatzes („Arms’s Length Principle“) nachgewiesen werden.⁸⁴ Die Ermittlung eines Fremdvergleichspreises kann nach verschiedenen Methoden erfolgen. Da die verschiedenen zulässigen Methoden zu unterschiedlichen Verrechnungspreisen führen und der DB-Konzern ein Ermessen bei der Auswahl der Methode hat, besteht ein Spielraum, die für den Konzern jeweils günstigsten Verrechnungspreise zu ermitteln.

65. Zusätzlich prüft die Bundesnetzagentur im Rahmen der Regulierung zur Bestimmung des Ausgangskostenniveaus stichprobenartig die Verrechnungspreise.⁸⁵ Trotz der steuerrechtlichen Vorgaben zur Bewertung von Verrech-

⁸² Im Fall international agierender Konzerne können Verrechnungspreise zudem eine Lenkungsfunktion übernehmen, indem die Wechselkurs-, Inflations- und Steuerrisiken reduziert werden. Beispielsweise besteht ein Anreiz, die Verrechnungspreise so auszugestalten, dass die Gewinne in Länder mit einer geringeren Unternehmensbesteuerung verlagert werden. Vgl. Prangenberg, A./Stahl, M./Topp, J., Verrechnungspreise in Konzernen: betriebswirtschaftliche Handlungshilfen, Düsseldorf, 2011, S. 22 ff.

⁸³ Bezüglich der Ergebnisabführungsverträge siehe Kapitel 3.2.3.1.

⁸⁴ Zudem sind die abhängigen Gesellschaften eines Konzerns für den Fall, dass kein Beherrschungsvertrag vorliegt, nach § 312 AktG verpflichtet, einen Abhängigkeitsbericht zu erstellen, in dem die Rechtsgeschäfte und Maßnahmen mit verbundenen Unternehmen dargestellt werden und in dem der Vorstand eine Wertung über die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung abgeben muss.

⁸⁵ BNetzA, Beschluss vom 28. Juni 2017, BK10-17-0001_E, S. 32 ff.

nungspreisen und der regulierungsrechtlichen Prüfung verbleibt die Gefahr, dass die Verrechnungspreise im Regulierungsprozess im Sinne des Konzerninteresses ausgestaltet werden, wodurch sich intra- und intermodale Wettbewerbsverzerrungen ergeben.⁸⁶

66. Darüber hinaus können indirekte intramodale Wettbewerbsverzerrungen aufgrund von überhöhten Verrechnungspreisen im Fall von Ersatzinvestitionen entstehen, wenn diese im Rahmen der LuFV III in Form von Baukostenzuschüssen vom Bund finanziert werden. Diese Baukostenzuschüsse können im Rahmen der Regulierung zwar nicht für das Ausgangskostenniveau der DB Netz AG geltend gemacht werden und haben damit keine direkten Auswirkungen auf die Trassen- und Stationsentgelte. Dennoch besteht die Möglichkeit, den intramodalen Wettbewerb zu verzerren, da sowohl die inländischen Eisenbahnverkehrsunternehmen des DB-Konzerns als auch die inländischen Vorleistungsunternehmen des DB-Konzerns Ergebnisabführungsverträge mit der DB AG haben. Die Gewinne, welche aufgrund von überhöhten Verrechnungspreisen erwirtschaftet werden, werden daher jeweils an die DB AG abgeführt und später innerhalb des DB-Konzerns weiterverteilt. Damit können die bundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen ebenfalls von überhöhten Verrechnungspreisen profitieren. Diese Gefahr überhöhter Verrechnungspreise besteht insbesondere dann, falls die durchzuführenden Ersatzmaßnahmen mit geringen Wirtschaftlichkeitsanforderungen versehen sind. In der LuFV III wurde im § 9 Punkt 9.1 und 9.2 zwar die wirtschaftliche Verwendung dieser finanziellen Mittel des Bundes vertraglich festgehalten. Der Bundesrechnungshof kritisiert jedoch, dass die wirtschaftliche Verwendung weder vom Bund noch von einem Wirtschaftsprüfer überprüft wird. Stattdessen wird eine Ergebniskontrolle in Form des Erreichens von definierten sanktionsbewehrten Qualitätskennzahlen (u. a. theoretischer Fahrzeitverlust, Anzahl der Infrastrukturmängel) durchgeführt. Dabei wird unterstellt, dass wenn die vereinbarten Ziele bezüglich der Qualitätskennzahlen erreicht werden, die Bundesmittel innerhalb der DB Netz AG aufgrund ihres unternehmerischen Handelns gleichzeitig auch wirtschaftlich eingesetzt werden. Nach Angaben des Bundesrechnungshofs ist es dagegen durchaus möglich, diese Qualitätskennzahlen mit einem nicht wirtschaftlichen Mitteleinsatz zu erreichen.⁸⁷ Zudem hat der Bund zwar gemäß § 24 LuFV III die Möglichkeit, bei einem unwirtschaftlichen Mitteleinsatz seine Mittel zurückzufordern. Hier besteht allerdings das Problem der Nachweisbarkeit eines unwirtschaftlichen Mitteleinsatzes.⁸⁸ Zudem besteht die Möglichkeit der Rückforderung gemäß § 24 Nr. 24.1 LuFV III nur dann, wenn die Mittel vorsätzlich oder grob fahrlässig unwirtschaftlich verwendet wurden. Auch diese Formulierung bietet Spielräume, die internen Verrechnungspreise höher anzusetzen, als dies im Wettbewerb üblich wäre.

3.2.4 Zum Konzerninteresse parallel laufendes Bundesinteresse

67. Des Weiteren ist der Bund alleiniger Anteilsinhaber der DB AG als Holdinggesellschaft. Seine Einflussmöglichkeiten nimmt er über die zuständigen Bundesministerien (insb. Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur) – soweit erkennbar – mit dem Ziel wahr, die finanziellen Eigentümerlasten zu minimieren. Dies wird nach den Feststellungen des Bundesrechnungshofs in der Praxis zwar dadurch erschwert, dass es an einem übergreifenden Konzept fehlt, „das dem Bund als Richtschnur in seiner Eigentümerfunktion dienen könnte“.⁸⁹ Dem Ziel, die Eigentümerlasten zu minimieren, entspricht es jedoch, wenn der Bund nach seinen Möglichkeiten dafür sorgt, dass die Interessen des Konzerns in den Konzerngesellschaften durchgesetzt werden. Dagegen lässt sich nicht ohne Weiteres

⁸⁶ In diesem Zusammenhang stand die DB Tochtergesellschaft DB Systel GmbH in der Kritik. Sie bietet den DB-Gesellschaften Informations- und Telekommunikationsdienstleistungen an (u. a. Serverspeicherplatz und Computer-Support). Im Juli 2020 wurde berichtet, dass mehrere Tochtergesellschaften der DB AG jahrelang für einzelne Dienstleistungen bis zu 20-mal höhere Preise gezahlt hatten, als dies marktüblich sei. Die DB AG bestritt den Vorwurf und verwies auf den Preisvergleich zu Produkten von Wettbewerbern durch unabhängige Beratungsunternehmen. Vgl. tagesschau.de, <https://www.tagesschau.de/investigativ/panorama/bahn-systel-101.html>, Abruf am 24. Februar 2021.

⁸⁷ BRH, Bericht nach § 99 BHO über die Ziele des Bundes bei den Verhandlungen mit der Deutschen Bahn AG über eine dritte Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung für die bestehende Eisenbahninfrastruktur, Bonn, 7. Dezember 2018, S. 14 f.

⁸⁸ Ebenda, S. 14.

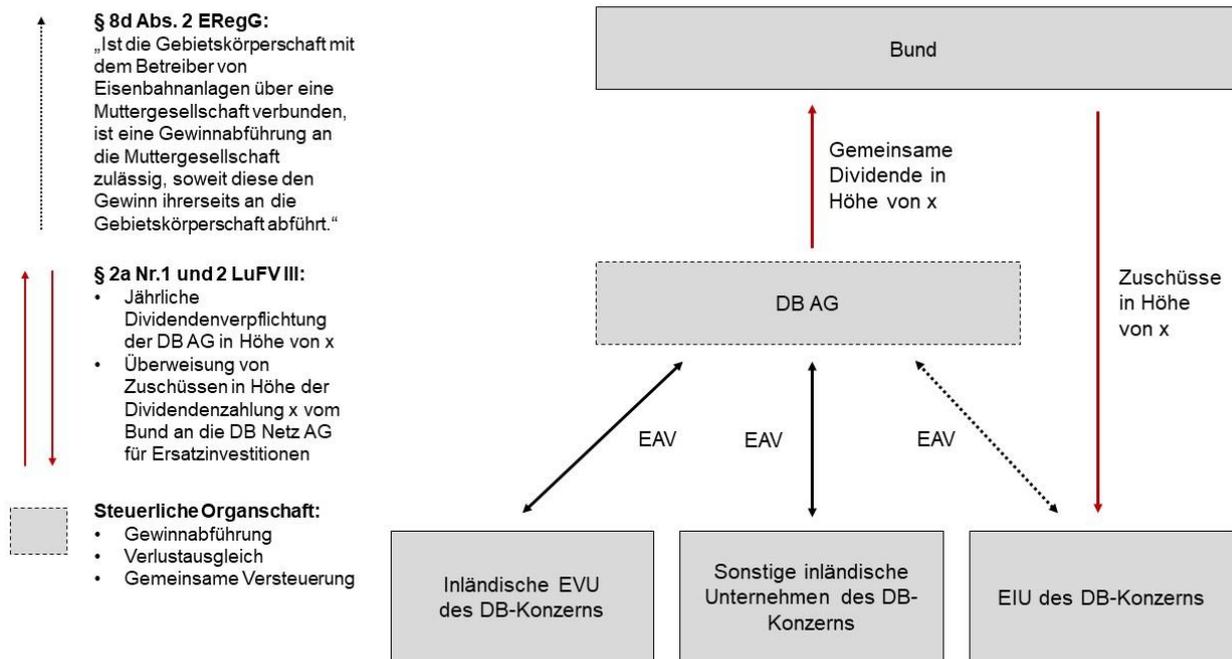
⁸⁹ BRH, Bericht nach § 99 BHO zur strukturellen Weiterentwicklung und Ausrichtung der Deutschen Bahn AG am Bundesinteresse, 17. Januar 2019, S. 18.

ein Interesse des Bundes daran annehmen, dass die Infrastrukturgesellschaften eine eigenständige Geschäftsstrategie und vom Konzerninteresse losgelöste eigene Angebote entwickeln. Denn wenn die Infrastrukturgesellschaften bspw. auch für Wettbewerber des DB-Konzerns attraktive Angebote einführen, dann profitieren zwar die Infrastrukturgesellschaften und diese Wettbewerber hiervon, aber möglicherweise geschieht das auf Kosten von anderen Gesellschaften des DB-Konzerns.

68. Ein Problem stellt insofern die immer noch intransparente Durchführung der Ergebnisabführungsverträge dar. Die Ergebnisabführungsverträge zwischen den Infrastrukturunternehmen des DB-Konzerns und der DB AG sind vor dem Hintergrund der Regelungen des ERegG und der LuFV zu sehen (vgl. Abbildung 3.1). Das ERegG ermöglicht es dem Betreiber der Schienenwege weiterhin Ergebnisabführungsverträge zu vereinbaren, solange die DB AG die Gewinne der Eisenbahninfrastrukturunternehmen wiederum an den Bund abführt.⁹⁰ Im Rahmen der LuFV III wurde zwischen dem Bund, den Infrastrukturgesellschaften des DB-Konzerns und der DB AG eine geplante jährliche Dividende festgelegt, welche die DB AG an den Bund als deren Alleingesellschafter zu leisten hat. Die Einnahmen, welche der Bund über die Dividendenzahlung von der DB AG erhält, überweist dieser wiederum als Zuschüsse für Ersatzinvestitionen in die Schieneninfrastruktur an die DB Netz AG.⁹¹ Die von der DB AG gezahlte Dividende beinhaltet nicht nur Gewinne der Infrastrukturunternehmen, sondern auch Gewinne der übrigen Gesellschaften des DB-Konzerns.

⁹⁰ § 8d Abs. 2 ERegG.

⁹¹ BMVI u. a., Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung III (LuFV III) zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DB Netz AG, der DB Station & Service AG und der DB Energie GmbH sowie der Deutschen Bahn AG, a. a. O., § 2a Nr. 1 und 2. Diese Verfahrensweise wurde mit der zweiten Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung eingeführt, da Investitionen, welche direkt aus den Gewinnen der Eisenbahninfrastrukturunternehmen finanziert werden, aktienrechtlich als Eigenkapital gelten. Auf dieses Eigenkapital ist eine Rendite zu erwirtschaften, weshalb in der Folge die Infrastrukturentgelte für die Eisenbahnverkehrsunternehmen steigen würden. Um diese steigenden Infrastrukturentgelte zu verhindern, wurde der sog. „Finanzierungskreislauf Schiene“ eingeführt.

Abbildung 3.1: Aktuelles Verfahren der Dividendenabführung gemäß § 8d ERegG und der LuFV III

Anmerkungen: EAV = Ergebnisabführungsverträge, EVU = Eisenbahnverkehrsunternehmen, EIU = Eisenbahninfrastrukturunternehmen (DB Netz AG, DB Station & Service AG, DB Energie GmbH)

Quelle: Deutsche Bahn AG Integrierter Bericht 2020, S. 59, § 8d Abs. 2 ERegG, §§ 2a.1, 2a.2 LuFV III

Die Infrastrukturunternehmen des DB-Konzerns überweisen aufgrund der bestehenden Ergebnisabführungsverträge ihre Gewinne zum Ende eines Geschäftsjahres vollständig an die DB AG. Die DB AG soll gemäß der LuFV III die Nachsteuerergebnisse der Infrastrukturunternehmen vollständig an den Bund zahlen. Zugleich sind die Nachsteuerergebnisse der Infrastrukturunternehmen wiederum Teil der gemeinsamen vertraglich festgelegten Dividende, welche die DB AG jährlich an den Bund zu zahlen hat. Mit der Einführung des § 8 d Abs. 2 ERegG im Jahr 2019 ist die DB AG verpflichtet, die Nachsteuergewinne der DB Netz AG (vollständig) an den Bund zu zahlen. Diese Regelung schließt bei konsequenter Umsetzung eine Quersubventionierung aus.

69. In der bisherigen Praxis wurde in den vergangenen Geschäftsberichten der DB AG und der DB Netz AG allerdings nicht transparent dargestellt, wie hoch die tatsächlichen Gewinne der DB Netz AG nach der Besteuerung auf der Ebene der DB AG waren. Dadurch besteht künftig trotz des grundsätzlichen Verbotes einer Quersubventionierung die Unsicherheit, ob und inwieweit diese weiterhin stattfindet. Solange die abgeführte Dividende der DB AG an den Bund größer ist, als die zuvor von den Eisenbahninfrastrukturunternehmen an die DB AG abgeführten (Vorsteuer)gewinne, kann eine Quersubventionierung ausgeschlossen werden. Problematischer sind – ungeachtet von § 8d ERegG – solche Fälle, in denen die Vorsteuergewinne der Eisenbahninfrastrukturunternehmen größer sind als die von der DB AG an den Bund gezahlte Dividende. Denn die Darstellung in den Geschäftsberichten der DB AG und der DB Netz AG hat sich nach Einführung von § 8d ERegG nicht geändert. So besteht weiterhin die Möglichkeit, dass die Nachsteuerergebnisse der Eisenbahninfrastrukturunternehmen des DB-Konzerns höher sein könnten als die letztlich zu zahlende Dividende der DB AG. Diesbezüglich ist zu beachten, dass auf der Ebene der DB AG die Ertragssteuern von den Gewinnen der Eisenbahninfrastrukturunternehmen abzuziehen sind. Es ist anhand der Geschäftsberichte des DB-Konzerns jedoch nicht ersichtlich, welcher Steuersatz dafür angesetzt wird und wie hoch die tatsächlichen Nachsteuerergebnisse der Eisenbahninfrastrukturunternehmen sind.

70. Die beschriebene Problematik erscheint praktisch durchaus relevant. Eine Situation, in der die Vorsteuergewinne der Eisenbahninfrastrukturunternehmen die an den Bund gezahlte Dividende überstiegen, bestand nämlich bereits

in den Jahren 2018 und 2019. Demnach sollte im Jahr 2018 eine Dividende in Höhe von EUR 450 Mio. und im Jahr 2019 eine Dividende in Höhe von EUR 650 Mio. für das jeweilige vorherige Geschäftsjahr gezahlt werden. Zuvor führten die Eisenbahninfrastrukturunternehmen des DB-Konzerns aufgrund der geltenden Ergebnisabführungsverträge bereits ihre Gewinne in Höhe von EUR 635 Mio. (Geschäftsjahr 2017) bzw. EUR 711 Mio. (Geschäftsjahr 2018) an die DB AG ab. Diese Beträge waren bis zu 41 Prozent höher als die gezahlte Dividende (vgl. Tabelle 3.1). Wenn die DB AG und die Eisenbahninfrastrukturunternehmen der DB AG ihre Geschäftsberichte in einer solchen Situation wie bisher üblich ausgestalten würden, wäre nicht erkennbar, dass die Gewinne der Infrastrukturunternehmen teilweise auf der Ebene der DB AG verbleiben.

Tabelle 3.1 Dividendenzahlungen der DB AG an den Bund zwischen 2013 und 2020

Geschäftsjahr	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Grunddividende	500	525	525	525	700	350	350	350	350	350
Dividenden der LuFV II und III	0	0	0	0	0	500	600	450	650	650
Gesamte geplante Dividende der DB AG	500	525	525	525	700	850	950	800	1000	1000
Betrag der Dividendenkürzung	0	0	0	325	0	0	350	350	350	350
Tatsächlich gezahlte Dividende der DB AG	500	525	525	200	700	850	600	450	650	650
Abgeführte Gewinne der EIU in dem Vorjahr	135	424	419	198	444	335	491	635	711	545
Anteil der abgeführten Gewinne der EIU des Vorjahres gemessen an der gesamten Dividende der DB AG	27%	81%	80%	99%	63%	39%	82%	141%	109%	84%

Anmerkungen: EIU = Eisenbahninfrastrukturunternehmen (DB Netz AG, DB Station & Service AG und DB Energie GmbH), die angegebenen Dividendenzahlungen beziehen sich auf die Geschäftstätigkeit des Vorjahres.

Quelle: Geschäftsberichte bzw. integrierte Berichte der Deutschen Bahn AG 2011, 2013, 2015, 2017, 2019⁹² und 1. Halbjahr 2020⁹³ Handelsblatt 2014⁹⁴ und Zeit Online⁹⁵ und BMVI Bundeshaushaltsplan 2015 Einzelplan 12⁹⁶

3.3 Zu schwache Ausgestaltung des Eisenbahnregulierungsgesetzes, um Einhaltung der wettbewerbsrechtlichen Vorgaben zu gewährleisten

71. Das Eisenbahnregulierungsgesetz ist, wenn man die eigenen Interessen des Bundes und die hergebrachten Unternehmensstrukturen des DB-Konzerns berücksichtigt, weiterhin viel zu schwach ausgestaltet, um eine – am Maßstab des Art. 106 Abs. 1 AEUV gemessen – ausreichende organisatorische Trennung zwischen dem DB-Konzern und den gruppenzugehörigen Infrastrukturgesellschaften regulatorisch durchsetzen zu können.⁹⁷ Das liegt schon deshalb nahe, weil die Umsetzung der regulierungsrechtlichen Vorgaben nicht geeignet ist, die Vermutung zu widerlegen, dass alle Teile des DB-Konzerns als „wirtschaftliche Einheit“ ein einheitliches Unternehmen im Sinne der EU-

⁹² Deutsche Bahn AG, Geschäftsbericht 2010, Berlin, 31. März 2011; Deutsche Bahn AG, Geschäftsbericht 2012, Berlin, 21. März 2013; Deutsche Bahn AG, Integrierter Bericht 2013, Berlin, 27. März 2014; Deutsche Bahn AG, Integrierter Bericht 2015, Berlin, 16. März 2016; Deutsche Bahn AG, Integrierter Bericht 2017, Berlin, 22. März 2018; Deutsche Bahn AG, Integrierter Bericht 2019, Berlin, 26. März 2020.

⁹³ Deutsche Bahn AG, Integrierter Zwischenbericht Januar- Juni 2020, Berlin, 21. Juni 2020, S. 61.

⁹⁴ Handelsblatt, <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-konsumgueter/schlechtes-ergebnis-deutsche-bahn-kuerzt-dividende/9609848.html>, Abruf am 10. Dezember 2020.

⁹⁵ Die Zeit Online, <https://www.zeit.de/mobilitaet/2016-09/deutsche-bahn-alexander-dobrindt-milliarden-investition>, Abruf am 1. März 2021.

⁹⁶ BMVI, Bundeshaushaltsplan 2015 Einzelplan 12, Berlin, S. 203.

⁹⁷ Anders BNetzA, Beschluss vom 5. März 2021, BK10-20-0353_E, S. 105 f., 111-114.

Wettbewerbsregeln (Art. 101 f., 106 AEUV) bilden.⁹⁸ Des Weiteren ist zu bedenken, dass das Eisenbahnregulierungsgesetz zwar die Richtlinie 2012/34/EU umsetzen soll und dass deren Ziele denen von Art. 106 Abs. 1 AEUV grundsätzlich entsprechen. Die Richtlinie 2012/34/EU macht aus kompetenzrechtlichen Gründen aber ihrerseits nur begrenzte regulierungsrechtliche Vorgaben und überlässt insbesondere gesellschaftsrechtliche Regelungsaspekte den Mitgliedstaaten. Hierdurch wird eine Erreichung der Regulierungsziele der Richtlinie 2012/34/EU erschwert. Das liegt daran, dass Regulierungsrecht und Konzernrecht – zumindest in Deutschland – zu wenig aufeinander abgestimmt sind, als dass eine Beeinträchtigung der Regulierungsziele der Richtlinie durch deren konzernrechtliche Umsetzung ausgeschlossen wäre.⁹⁹ Die Wahrnehmung der Interessen des Bundes wird durch das EU-Regulierungsrecht ebenfalls nicht erfasst.

3.3.1 Überblick: Bestehende Vorgaben des Eisenbahnregulierungsgesetzes

72. Die §§ 8 ff. ERegG schreiben dem Betreiber der Schienenwege eine buchhalterische, rechtliche und organisatorische Trennung von den übrigen Gesellschaften des Eisenbahnunternehmens vor.¹⁰⁰ Diese Vorgaben wurden zuletzt durch die Richtlinie 2016/2370/EU ergänzt. Im Fokus dieser Änderungen steht die Unabhängigkeit des Betreibers der Schienenwege. Mit der Umsetzung der Richtlinie in das Eisenbahnregulierungsgesetz im Juli 2019¹⁰¹ wurde erstmals die informationelle Entflechtung des Betreibers der Schienenwege von den übrigen rechtlichen Einheiten des vertikal integrierten Unternehmens eingeführt. Die informationelle Entflechtung zielt auf die Vermeidung von Informationsvorsprüngen des vertikal integrierten Eisenbahnverkehrsunternehmens gegenüber seinen Wettbewerbern. Verfügen verschiedene rechtliche Einheiten in einem vertikal integrierten Unternehmen über gemeinsame Informationssysteme, wird gemäß § 8 Abs. 5 ERegG der Zugang zu sensiblen Informationen bezüglich der wesentlichen Funktionen des Betreibers der Schienenwege auf befugtes Personal des Betreibers der Schienenwege beschränkt und die Informationen dürfen nicht an andere rechtliche Einheiten weitergegeben werden.

73. Zusätzlich wurde die Unabhängigkeit des Schienenwegebetreibers auf die Arbeitsgebiete des Verkehrsmanagements, der Instandhaltungsplanung und der Erneuerungsplanung ausgeweitet. Gemäß § 8b Abs. 1 S. 1 ERegG müssen die Aufgaben in diesen Bereichen transparent und diskriminierungsfrei durchgeführt werden. Nach § 8b Abs. 1 S. 2 ERegG gilt, dass die Entscheidungen, die in diesen Bereichen getroffen werden, nur von dem Personal des Schienenwegebetreibers getroffen werden dürfen, welches keine Funktionen in anderen Gesellschaften des vertikal integrierten Unternehmens besetzt. Im Rahmen des Verkehrsmanagements müssen die Eisenbahnverkehrsunternehmen nach § 8b Abs. 3 ERegG darüber hinaus umfassend und rechtzeitig über Störungen informiert werden und im Vorfeld von größeren Instandhaltungs- oder Erneuerungsarbeiten konsultiert werden.

74. Zudem wurde mit der Änderung des ERegG die finanzielle Unabhängigkeit der Entscheidungsträger des Betreibers der Schienenwege gestärkt. Demnach ist eine leistungsbezogene Vergütung von einer anderen rechtlichen Einheit des vertikalen Unternehmens oder Bonuszahlungen, die mit der finanziellen Leistungsfähigkeit eines Eisenbahnverkehrsunternehmens des vertikal integrierten Unternehmens zusammenhängen, gemäß § 8 Abs. 4 Nr. 1 und 2 ERegG untersagt.

75. Die geänderten Entflechtungsvorgaben des ERegG stellen einen Fortschritt bezüglich der Unabhängigkeitsanforderungen des Betreibers der Schienenwege dar. Allerdings besteht nach Ansicht der Monopolkommission weiterhin Handlungsbedarf. Insbesondere die Verfolgung von Konzerninteressen wird regulierungsrechtlich nicht neutralisiert. Das übergreifende Problem ist, dass die §§ 8 ff. ERegG lediglich vorsehen, dass keiner der anderen Konzernbereiche

⁹⁸ Siehe hierzu EuGH, Urteil vom 10. September 2009, C-97/08 P – Akzo Nobel, Slg. 2009, I-8237, ECLI:EU:C:2009:536, Rz. 60 f.; Urteil vom 11. Juli 2013, C-440/11 P – Stichting Administratiekantoor Portielje, ECLI:EU:C:2013:514, Rz. 43 f., 60-68.

⁹⁹ Siehe oben Abschnitt 3.2.3.

¹⁰⁰ § 7 Abs. 1 bis 3 ERegG, § 8 ERegG.

¹⁰¹ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/2370 vom 14. Dezember 2016 zur Änderung der Richtlinie 2012/34/EU bezüglich der Öffnung des Marktes für Schienenverkehrsdienste und der Verwaltung der Eisenbahninfrastruktur vom 8. Juli 2019, BGBl. I, S. 1040.

einen bestimmenden Einfluss auf die Entscheidungen des Betreibers der Schienenwege hinsichtlich der wesentlichen Funktionen ausüben darf. Der DB-Konzern ist aber nicht verpflichtet, durch weitergehende Maßnahmen dafür zu sorgen, dass der konzernzugehörige Betreiber der Schienenwege eigene, konzernunabhängige Gesellschaftsziele verfolgen kann. Die gesetzlichen Vorgaben für die Gesellschaften, die die Eisenbahnanlagen und Serviceeinrichtungen des DB-Konzerns betreiben, sind noch weniger weitreichend.

76. Daneben sind allerdings auch bei den Einzelregelungen der §§ 8 ff. ERegG weitere Mängel festzustellen, zu denen in den folgenden Abschnitten weiter ausgeführt wird:

- Die §§ 8 ff. ERegG schließen es insbesondere nicht aus, dass Aufsichtsratsmandate des Betreibers der Schienenwege von Vorstandsmitgliedern oder leitenden Angestellten anderer rechtlicher Einheiten des DB-Konzerns mit Ausnahme der Eisenbahnverkehrsunternehmen übernommen werden können. Sie gestatten es somit, dass Aufsichtsratsmitglieder bestellt werden, die im Rahmen ihrer Kontrollfunktionen eine Ausrichtung des Betreibers der Schienenwege auf das Konzerninteresse aktiv sicherstellen (Abschnitt 3.3.2).
- Die Beherrschungsverträge stehen der Erreichung der Ziele des ERegG entgegen, ohne dass dieses hierfür Lösungen bereitstellt. Um die Unabhängigkeit des Betreibers der Schienenwege in Bezug auf wesentliche Funktionen sicherzustellen, sieht § 8a ERegG zwar vor, dass ein Eisenbahnverkehrsunternehmen oder eine andere juristische Person (bzw. ein anderer Bereich) keinen bestimmenden Einfluss auf den Betreiber der Schienenwege hinsichtlich der wesentlichen Funktionen (bzw. in Personalfragen) ausüben darf. Es kann für die Zwecke dieses Sektorgutachtens auch unterstellt werden, dass der für die DB Netz AG geltende Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrag entsprechend angepasst wurde. Allerdings ist der Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrag als solcher nicht beendet worden, obwohl ein solcher Vertrag die Ausrichtung der einzelnen Konzerngesellschaften auf ein gemeinsames Konzerninteresse über die Regelungen der §§ 17 f. AktG hinaus absichert (Abschnitt 3.3.3).
- Die Ergebnisabführungsverträge werfen sowohl regulierungs- als auch beihilferechtliche Probleme auf. Aufgrund der Intransparenz dieser Verträge kann nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass die Eisenbahnverkehrsunternehmen des DB-Konzerns die Ergebnisse der konzernzugehörigen Infrastrukturgesellschaften quersubventionieren. (Abschnitt 3.3.4).
- Die finanzielle Transparenz der Leistungsbeziehungen innerhalb des DB-Konzerns ist unzureichend, um das Risiko überhöhter Verrechnungspreise auszuschließen. Die Begrenzung der Unabhängigkeit auf wesentliche Funktionen betrifft nach § 1 Abs. 4a ERegG lediglich die Entscheidungen über die Zuweisung von Zugtrassen und die Entscheidung über die Wegeentgelte (inkl. der Festlegung und Erhebung von Wegeentgelten). Dies schließt eine Einflussnahme lediglich in Bezug auf die operative Führung des Betreibers der Schienenwege aus, aber nicht in Bezug auf seine Finanzierungsplanung. Insoweit bleibt es dabei, dass der DB-Konzern eine einheitliche Finanzierungsstrategie verfolgt.¹⁰² Im wettbewerbsrechtlichen Kontext – und damit auch für die Zwecke des Art. 106 Abs. 1 AEUV – ist allerdings anerkannt, dass auch Finanzierungsquellen oder Entscheidungen über die Finanzplanung als Mittel zur Kontrolle fungieren können.¹⁰³ Angesichts der erheblichen Finanzflüsse zwischen den Teilen des DB-Konzerns wäre es somit zwingend notwendig, die Verrechnung der internen Leistungen transparent zu machen, um zu gewährleisten, dass die Infrastrukturgesellschaften des DB-Konzerns tatsächlich mit Blick auf wesentlichen Funktionen unabhängig sind. Das ist jedoch tatsächlich nicht gewährleistet (Abschnitt 3.3.5).
- Das Eisenbahnregulierungsgesetz enthält ferner keine Regelungen, um im Rahmen der aufsichtsbehördlichen Kontrolle sicherzustellen, dass es innerhalb des DB-Konzerns zu keiner künstlichen Aufblähung der Infrastrukturkosten kommt (Abschnitt 3.3.6).

¹⁰² Siehe oben Tz. 60 in diesem Sektorgutachten.

¹⁰³ EU-Kommission, Konsolidierte Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen, ABl. C 43 vom 21. Februar 2009, S. 10.

3.3.2 Keine Unabhängigkeit der konzernzugehörigen Betreiber von Infrastruktureinrichtungen

77. § 8 Abs. 2 und 3 ERegG regeln die Anforderungen an die Unabhängigkeit der Vorstände, der Mitglieder des Aufsichtsrates und der unmittelbar unterstellten Führungskräfte innerhalb der Gesellschaft des Schienenwegebetreibers. Diese Anforderungen gelten gegenüber allen anderen Bereichen des integrierten Unternehmens. Die Mitglieder des Aufsichtsrates und des Vorstands des Betreibers der Schienenwege sowie ihnen unmittelbar unterstellte Führungskräfte müssen diskriminierungsfrei handeln und unparteilich sein. Zudem schreibt § 8 Abs. 3 ERegG ein explizites Verbot von Doppelmandaten fest. Demnach darf eine Person nicht Mitglied des Vorstands eines Schienenwegebetreibers sein oder Entscheidungen über die wesentlichen Funktionen eines Betreibers der Schienenwege treffen und gleichzeitig Mitglied des Vorstands der Eisenbahnverkehrsunternehmen sein.¹⁰⁴ Nach § 8 Abs. 6 ERegG dürfen Entscheidungsträger anderer rechtlicher Einheiten keinen Einfluss auf die Ernennung oder Entlassung von Personen ausüben, die Entscheidungen über wesentliche Funktionen des Betreibers der Schienenwege treffen.

78. Die rechtliche Stärkung der personellen Unabhängigkeit des Betreibers der Schienenwege ist zu begrüßen. Lücken bestehen hinsichtlich der Sicherstellung der Unabhängigkeit des Vorstands und der Aufsichtsratsmitglieder. Daher hat die Monopolkommission bereits früher empfohlen, über die Vorgaben der Richtlinie 2016/2370/EU hinauszugehen.¹⁰⁵ So schließt das Verbot des Doppelmandats nicht aus, dass Aufsichtsratsmandate des Betreibers der Schienenwege auch von Vorstandsmitgliedern oder leitenden Angestellten anderer rechtlicher Einheiten eines vertikal integrierten Unternehmens – mit Ausnahme der Eisenbahnverkehrsunternehmen – übernommen werden können. Eine unabhängige Kontrolle durch die Aufsichtsratsmitglieder kann bei einer Doppelbesetzung strategisch wichtiger Ämter innerhalb des vertikalen Unternehmens nicht gewährleistet werden.¹⁰⁶ Dies gilt auch dann, wenn die Aufsichtsratsmitglieder vor dem Antritt des Aufsichtsratsmandats noch entscheidungsrelevante Ämter innerhalb des vertikal integrierten Konzerns innehatten (z. B. als Vorstand einer anderen Gesellschaft des integrierten Konzerns). In diesen Fällen kann davon ausgegangen werden, dass die Aufsichtsratsmitglieder des Schienenwegebetreibers ihre Kontrolle bewusst oder unbewusst im Sinne des Konzerns ausführen. Daher ist insbesondere die Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder des Betreibers der Schienenwege innerhalb des vertikal integrierten Unternehmens zu stärken. Zu empfehlen ist, dass die Mitglieder des Aufsichtsrates nicht zugleich in Führungspositionen des vertikal integrierten Unternehmens angestellt sein sollten. Stattdessen sollten die Mitglieder des Aufsichtsrates aufgrund ihrer Unabhängigkeit, ihres Kompetenzprofils und nach Maßgabe des Public Corporate Governance Kodex (PCGK) gewählt werden. Der PCGK enthält Standards für die Unternehmensführung an Unternehmen, an denen der Bund mehrheitlich beteiligt ist und welche nicht börsennotiert sind. Zu diesen Unternehmen zählt auch die Deutsche Bahn AG. Gemäß diesem Kodex, welcher zuletzt im September 2020 aktualisiert wurde, ist jedes Mitglied des Aufsichtsrates dem Unternehmensinteresse verpflichtet. Demnach dürfen weder persönliche noch anderweitige geschäftliche Interessen verfolgt werden. Jegliche Interessenskonflikte sollen unverzüglich offengelegt werden. Falls

¹⁰⁴ Vgl. § 8 Abs. 3 Nr. 1 und 2 ERegG. Die personelle Besetzung der Aufsichtsräte sieht außerdem vor, dass eine Person nicht zugleich Aufsichtsrat des Betreibers der Schienenwege sein darf und gleichzeitig Aufsichtsrat eines Eisenbahnverkehrsunternehmens (§ 8 Abs. 3 Nr. 3 ERegG). Außerdem ist es nicht gestattet, dass eine Person ein Mitglied des Aufsichtsrates eines vertikal integrierten Unternehmens ist, das sowohl den Eisenbahnverkehrsunternehmen als auch den Betreiber der Schienenwege kontrolliert und gleichzeitig Mitglied des Vorstands dieses Betreibers der Schienenwege ist. Vgl. § 8 Abs. 3 Nr. 4 ERegG.

¹⁰⁵ Vgl. Monopolkommission, 6. Sektorgutachten Bahn (2017): Wettbewerbspolitische Baustellen, Baden-Baden, 2017, Tz. 61 ff. und Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn (2019), a. a. O., Tz. 28.

¹⁰⁶ Dies ist auch bezüglich der aktuellen Besetzung des Aufsichtsrates der DB Netz AG zu kritisieren. Am 17. Juli 2020 wurden die insgesamt 20 Aufsichtsratsmitglieder für die DB Netz AG bekanntgegeben. Unter den zehn Anteilseignervertreterinnen und -vertretern sind unter anderem der Leiter Verkehrspolitik Deutschland der DB AG und der Konzernbeauftragte für Strategie & Transformation der DB AG vertreten. Vgl. DB Netz AG, Geschäftsbericht 2019, Berlin, März 2020, S. 42 f. und DB Netz AG, Bekanntmachung über die Bestellung und gerichtliche Bestellung der Mitglieder des Aufsichtsrates der DB Netz AG, Frankfurt am Main, 17. Juli 2020.

diese Interessenkonflikte wesentlich und nicht nur vorübergehend auftreten, sollen diese zur Beendigung des Aufsichtsratsmandates führen.¹⁰⁷ Zusätzlich empfiehlt die Monopolkommission, dass leitende Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, Vorstandsmitglieder und Aufsichtsratsmitglieder bei einem Wechsel von einem Infrastrukturbetreiber zu anderen Unternehmensbereichen des vertikal integrierten Konzerns und umgekehrt eine Sperrzeit einhalten.¹⁰⁸

79. In § 8a ERegG ist die Unabhängigkeit des Schienenwegebetreibers bei Entscheidungen über die wesentlichen Funktionen geregelt. Zu den wesentlichen Funktionen eines Schienenwegebetreibers zählen die Zuweisung von Zugtrassen und die Erhebung der Weegeentgelte. Die Unabhängigkeit soll unter anderem dadurch gewährleistet werden, dass der Betreiber der Schienenwege über eine eigene Geschäftsführung, Verwaltung und interne Kontrolle verfügt.¹⁰⁹ Zudem dürfen die Eisenbahnverkehrsunternehmen oder andere juristische Personen keinen Einfluss auf die Ernennung und Entlassung derjenigen Personen ausüben, welche die Entscheidungen im Rahmen der wesentlichen Funktionen treffen.¹¹⁰ Allerdings ist zu beachten, dass der Schienenwegebetreiber nicht nur Entscheidungen über die Trassenzuweisung und Entgelterhebung trifft, sondern auch über nicht wesentliche Funktionen im Sinne des § 8a ERegG, z. B. über Personaleinsatz, die strategische Ausrichtung oder Investitionen. Da solche Entscheidungen und die Entscheidungen über die wesentlichen Funktionen nicht immer trennscharf abgrenzbar sind, sollte die Unabhängigkeit des Schienenwegebetreibers sich nicht nur auf die wesentlichen Funktionen beziehen, sondern grundsätzlich gelten.

80. Bisher stehen vor allem die Entflechtungsvorgaben für den Betreiber der Schienenwege im Fokus des Gesetzgebers. Es ist allerdings zu beachten, dass auch die Serviceeinrichtungen¹¹¹ (u. a. Personenbahnhöfe und Abstellrichtungen) und das Fahrstromnetz jeweils wesentliche Einrichtungen für die Eisenbahnverkehrsunternehmen darstellen, ohne die ein Verkehrsbetrieb vor allem im Schienenpersonenverkehr nicht möglich ist.¹¹² Diese Bereiche sind bisher unzureichend von den anderen Bereichen des vertikal integrierten Unternehmens getrennt. Gemäß § 12 Abs. 1 und 2 ERegG müssen Serviceeinrichtungen buchhalterisch, organisatorisch und in ihren Entscheidungen unabhängig von Dritten sein, wenn ein Betreiber der Serviceeinrichtungen Teil eines vertikal integrierten Unternehmens ist, welches gleichzeitig eine marktbeherrschende Stellung aufweist.¹¹³ Um die organisatorische Trennung zu gewährleisten, reicht es danach aus, dass getrennte Geschäftsbereiche eingerichtet werden. Damit sind die Entflechtungsvorschriften für Betreiber von Serviceeinrichtungen deutlich schwächer ausgeprägt als die für die Betreiber von Schienenwegen. Zudem gelten keine Entflechtungsvorgaben, die mit den §§ 8 ff. vergleichbar wären (z. B.

¹⁰⁷ BMF, Grundsätze guter Unternehmens- und aktiver Beteiligungsführung im Bereich des Bundes, Berlin, 16. September 2020, S. 27 f.

¹⁰⁸ § 8a Abs. 3 Nr. 3 ERegG schreibt bereits vor, dass die berufliche Mobilität derjenigen Personen, die mit den wesentlichen Funktionen betraut sind, nicht zu Interessenskonflikten zwischen den Eisenbahnverkehrsunternehmen und den Betreibern von Schienenwegen führen darf. Die Einführung einer Sperrzeit könnte diese Regelung erweitern.

¹⁰⁹ § 8a Abs. 2 ERegG.

¹¹⁰ § 8a Abs. 3 Nr. 1 und 2 ERegG.

¹¹¹ Mit der Änderung des Eisenbahnregulierungsgesetzes im Jahr 2021 werden die Personenbahnsteige und Laderampen auf den Bahnhöfen als ein Bestandteil der Schienenwege und nicht wie vorher üblich den in der Anlage 2 ERegG geregelten Serviceeinrichtungen zugeordnet.

¹¹² Die Stations- und Serviceentgelte stellen mit insgesamt 8 Prozent der Gesamtkosten einen wichtigen Kostenfaktor für den Schienenpersonennahverkehr dar. Zudem konnte insbesondere im Bereich der Stationsentgelte in den vergangenen Jahren eine stetige Verteuerung beobachtet werden. Vgl. Kapitel [Entgeltregulierung Anreizsetzung zur Effizienzsteigerung und Kostensenkung unzureichend] und BNetzA, Marktuntersuchung Eisenbahnen 2020, a. a. O., S. 48.

¹¹³ Mit § 12 ERegG wurde Art. 13 Abs. 3 der Richtlinie 2012/34/EU umgesetzt. Die Unabhängigkeit der Betreiber von Serviceeinrichtungen wurde damit erstmals mit dem ERegG im Jahr 2016 in Form einer selbstständigen Regelung gesetzlich festgehalten. Der DB-Konzern geht mit der Gründung einer Aktiengesellschaft für seine Serviceeinrichtungen („DB Station & Service AG“) über die gesetzlichen Mindestanforderungen hinaus. Die fehlenden Vorschriften bezüglich der informatorischen und personellen Unabhängigkeit der Betreiber der Serviceeinrichtungen und der Fahrstromwege, wie sie für die Schienenwegebetreiber gemäß den §§ 8 ff. ERegG gelten, können sich dennoch negativ auf die Wettbewerbssituation auf dem Eisenbahnverkehrsmarkt auswirken.

Verbot eines Doppelmandats). Die gesetzlichen Entflechtungsvorschriften des Fahrstromnetzes sind nochmals geringer angelegt. Diese verlangen aktuell weder eine rechtliche noch eine organisatorische Entflechtung.¹¹⁴ Die Monopolkommission empfiehlt daher, auch in Bezug auf die organisatorische Trennung der Serviceeinrichtungen und des Fahrstromnetzes, über die Regelungen der EU Richtlinie 2016/2370/EU hinauszugehen und die personellen und informatorischen Entflechtungsvorgaben des Schienenwegebetreibers auf die Betreiber der Serviceeinrichtungen und Fahrstromnetze zu übertragen.

3.3.3 Beherrschungsverträge mit regulierungsrechtlichen Zielen grundsätzlich unvereinbar

81. Die gesetzlichen Anpassungen des ERegG aus dem Jahr 2019 sollen mit § 8b ERegG Investitionsentscheidungen, welche ausschließlich im Interesse der bundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen sind und diesen einseitig zugutekommen, entgegenwirken. Dazu müssen gemäß § 8b Abs. 1 ERegG die Planungen, welche im Rahmen von Instandhaltungs- und Erneuerungsmaßnahmen durchgeführt werden, auf transparente und diskriminierungsfreie Weise ausgeführt werden. Die Unabhängigkeit der mit den Planungen einhergehenden Entscheidungen, soll dadurch erreicht werden, dass die Entscheidungen nur von denjenigen Personen des Schienenwegebetreibers getroffen werden dürfen, die keine Funktionen bei einem Eisenbahnverkehrsunternehmen oder einem mit diesem verbundenen Unternehmen ausüben. Zudem müssen gemäß § 8b Abs. 2 ERegG die Schienenwegebetreiber sicherstellen, dass alle Eisenbahnverkehrsunternehmen einen Zugang zu einschlägigen Informationen erhalten.

82. Nach den regulierungsrechtlichen Vorgaben ist unklar, ob ein Beherrschungsvertrag innerhalb des DB-Konzerns überhaupt zulässig ist. Die §§ 8 ff. ERegG erzwingen die organisatorische Unabhängigkeit des konzernzugehörigen Betreibers der Schienenwege in Bezug auf wesentliche Funktionen und Investitionsentscheidungen. Ein uneingeschränkter Beherrschungsvertrag ist mit diesen Vorgaben nicht vereinbar und nach § 134 BGB unwirksam.¹¹⁵ Dem steht auch nicht entgegen, dass Weisungen des Vorstands der Muttergesellschaft unzulässig sind, die zu rechtswidrigem Verhalten auffordern.¹¹⁶ Denn die Unvereinbarkeit mit den §§ 8 ff. ERegG folgt nicht daraus, dass aufgrund des Beherrschungsvertrags einzelne Weisungen erteilt werden, sondern dass der Beherrschungsvertrag die Muttergesellschaft überhaupt zu Weisungen berechtigt.

83. Zugleich ist unklar, ob ein funktional begrenzter Beherrschungsvertrag, aus welchem Entscheidungen mit Relevanz für den Infrastrukturzugang aus dem Weisungsverhältnis ausgenommen werden, praktisch umsetzbar wäre, da die Entscheidungen, welche im Rahmen des Trassenzugangs und der Trassenentgelterhebung getroffen werden, eindeutig von den sonstigen Entscheidungen des Schienenwegebetreibers getrennt werden müssten.¹¹⁷ Ein solcher Vertrag könnte zudem als Scheinvertrag unwirksam sein (§ 118 BGB), weil bei einem vorgeblichen Verzicht auf Weisungen mit Relevanz für den Infrastrukturzugang der Zweck eines Beherrschungsvertrags mit den Infrastrukturbetreibern insgesamt hinfällig würde.

84. Darüber hinaus gelten für die Betreiber der Serviceeinrichtungen und Fahrstromwege deutlich geringere gesetzliche Unabhängigkeitsvorgaben. Für die DB Station & Service AG und die DB Energie GmbH besteht jeweils kein explizites Gebot zur Unabhängigkeit bei strategischen und investiven Entscheidungen.¹¹⁸ Konzerninteressen können

¹¹⁴ Die DB Energie GmbH unterliegt den Entflechtungsvorschriften des Energiewirtschaftsgesetzes, nach dem die rechtlichen und operationellen Entflechtungen an eine Mindestanzahl von 100.000 Kunden gebunden sind (§ 7 Abs. 2 Satz 1 bzw. § 7a Abs. 7 Satz 1 EnWG). Da durchschnittlich lediglich 7.000 Kunden das Bahnstromnetz der DB Energie GmbH physikalisch nutzen, liegt die DB Energie GmbH weit unterhalb der Mindestgrenze der vorgenannten Normen. Daher finden die Regelungen zur rechtlichen wie operationellen Entflechtung auf die DB Energie GmbH keine Anwendung. Eine Trennung der Stromerzeugung von dem Betrieb der Fahrstromnetze ist daher nicht erforderlich. Zudem bestehen auch keine Entflechtungsvorgaben der DB Energie GmbH im Verhältnis zu dem DB-Konzern.

¹¹⁵ Säcker in: Kühling/Otte, AEG/ERegG, 1. Aufl., München 2020, § 8 ERegG Rn. 32.

¹¹⁶ Hüffer, in: Aktiengesetz - AktG § 308 AktG Rz. 12.

¹¹⁷ Säcker in: Kühling/Otte, AEG/ERegG, a. a. O., § 8 ERegG Rn. 33; ders., IR 2018, 198 (203).

¹¹⁸ Vgl. § 12 Abs. 1 und 2 ERegG, § 7 Abs. 2 Satz 1 bzw. § 7a Abs. 7 Satz 1 EnWG und Tz. 80 dieses Gutachtens.

daher über die Weisungsrechte der Muttergesellschaft gegenüber diesen Infrastrukturbetreibern umso wirksamer durchgesetzt werden und damit zu Wettbewerbsverzerrungen auf den Eisenbahnverkehrsmärkten führen.

85. Die Monopolkommission sieht sich nicht für dazu berufen an, über die zivilrechtliche Rechtmäßigkeit der im DB-Konzern bestehenden Beherrschungsverträge zu entscheiden. Sie weist allerdings darauf hin, dass diese Verträge wettbewerbspolitisch problematisch sind, weil sie mit den Zielen des Eisenbahnregulierungsgesetzes – soweit diese mit den Zielen von Art. 106 Abs. 1 AEUV gleichlaufen – grundsätzlich unvereinbar sind.

3.3.4 Ergebnisabführungsverträge regulierungs- und beihilferechtlich problematisch

86. Die Monopolkommission hatte ferner bereits in ihrem Siebten Sektorgutachten Bahn darauf hingewiesen, dass die integrierte Struktur des DB-Konzerns unter der Kontrolle des Bundes mit Mängeln in der Aufsicht einhergeht, woraus ein Risiko von Verstößen gegen das EU-Beihilferecht folgt. Dieses Risiko besteht insbesondere aufgrund der im Konzern bestehenden Ergebnisabführungsverträge.

87. Soweit Unternehmen wie der DB-Konzern Beihilfen zum Ausgleich der Belastungen erhalten, die für sie mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verbunden sind, sind diesbezüglich die in der sog. Altmark-Rechtsprechung entwickelten Kriterien zu beachten. Dies dient dazu, eine transparente Abgrenzung zwischen der Finanzierung von Leistungen im Wettbewerb und der Finanzierung anderer Leistungen zu gewährleisten. Die Richtlinie 2012/34/EU dient in der Fassung der Richtlinie 2016/2370/EU (unter anderem) dazu, eine beihilferechtlich unzulässige Quersubventionierung der Eisenbahnverkehrsunternehmen des DB-Konzerns mit staatlichen Geldern zu verhindern und die finanzielle Transparenz der integrierten Eisenbahndienstleister unabhängig von etwaigen beihilferechtlichen Anforderungen zu verbessern.

88. Die Ergebnisabführungsverträge waren bereits Gegenstand einer Klage der Europäischen Kommission. Diese betraf unter anderem das Verbot, Übertragungen öffentlicher Gelder, die für den Betrieb der Eisenbahninfrastruktur gewährt werden, zugunsten der Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen und umgekehrt einzusetzen. Der Europäische Gerichtshof hat entschieden, dass die Bundesrepublik gegen ihre regulierungsrechtlichen Verpflichtungen verstoßen hat, weil sie nicht alle erforderlichen Maßnahmen ergriffen hat, damit durch die Art der Rechnungsführung die Einhaltung des besagten Verbots kontrolliert werden kann.¹¹⁹ Er hat diese Entscheidung unter anderem damit begründet, dass die von den Tochtergesellschaften der DB AG vereinnahmten öffentlichen Gelder nicht in den Rechnungen der Tochtergesellschaften der DB AG erscheinen. Dieses Versäumnis machte es unmöglich zu bestimmen, inwieweit die von den Infrastrukturbetreibern auf die DB AG übertragenen Gewinne solche Gelder enthalten, und dem buchhalterischen Transparenzgebot nachzukommen. Im Übrigen reichten die Darlegungen der Europäischen Kommission allerdings nicht aus, um eine rechtswidrige Übertragung öffentlicher Gelder innerhalb des DB-Konzerns nachzuweisen.¹²⁰

89. Die Bundesrepublik hat zwischenzeitlich die § 7 und § 8d ERegG zum Umgang mit öffentlichen Geldern und zur Verbesserung der erforderlichen Transparenz in integrierten Unternehmen eingeführt. Diese Vorschriften sollen die regulierungsrechtlichen Vorgaben der Richtlinien 2012/34/EU und 2016/2370/EU umsetzen. Danach ist es zwar weiterhin zulässig, dass Gewinne aufgrund von Ergebnisabführungsverträgen an die Konzernmutter des DB-Konzerns weitergeleitet und diese Gewinne dann als Dividende an den Bund ausgeschüttet werden. Soweit aber Gewinne dennoch auf der Ebene der DB AG verbleiben, ist nicht ausgeschlossen, dass dies gegen beihilferechtliche Vorschriften verstößt. Denn hierfür reicht – unabhängig von der Einhaltung regulierungsrechtlicher Vorgaben – aus, dass öffentliche Leistungen, die über zulässige Ausgleichszahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse hinausgehen, zumindest faktisch und mittelbar von den Infrastrukturbetreibern an die Eisenbahnverkehrsunternehmen des DB-Konzerns fließen. Das ist aus den im nachfolgenden Abschnitt 3.3.5 dargelegten Umständen weiterhin nicht ausgeschlossen.

¹¹⁹ EuGH, Urteil vom 28. Juni 2017, C-482/14 – Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:2017:499, Rz. 61 ff.

¹²⁰ EuGH, Urteil vom 28. Juni 2017, C-482/14 – Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:2017:499, Rz. 81 ff.

3.3.5 Unzureichende finanzielle Transparenz der Leistungsbeziehungen

90. Um die finanzielle Transparenz der Leistungsverflechtung und die finanzielle Unabhängigkeit des Schienenwegbetreibers innerhalb des vertikal integrierten Eisenbahnunternehmens zu verbessern, darf ein Betreiber der Schienenwege nach § 8d Abs. 1 EReg öffentliche Gelder ausschließlich zur Finanzierung der eigenen Geschäftstätigkeit und zur Bedienung der eigenen Darlehen verwenden. Die Darlehensgewährung, -auszahlung und -bedienung zwischen den rechtlichen Einheiten eines vertikal integrierten Unternehmens sind weiterhin möglich, wenn dies nach risikoadäquaten Marktsätzen und Marktbedingungen erfolgt, § 8d Abs. 5 ERegG. Die Darlehensgewährung zwischen der DB AG und der DB Netz AG ist damit unter Einhaltung der gesetzlichen Bedingungen weiterhin möglich. Die konzerninternen Dienstleistungen, die dem Betreiber der Schienenwege von anderen rechtlichen Einheiten des vertikal integrierten Unternehmens angeboten werden, müssen vertraglich festgehalten und nach Marktpreisen oder nach Preisen bewertet werden, die den Produktionskosten und einem angemessenen Gewinnaufschlag entsprechen.¹²¹

91. Die Möglichkeit, die Verrechnungspreise von Dienstleistungen auch zu Produktionskosten einschließlich eines Gewinnaufschlags zu kalkulieren, vermindert allerdings den Anreiz, diese Dienstleistungen zu effizienten Kosten anzubieten, so dass die Gefahr besteht, dass diese Verrechnungspreise tendenziell höher angesetzt werden, als es außerhalb des Konzerns marktüblich wäre.

92. Zudem richten sich die gesetzlichen Bestimmungen zur finanziellen Transparenz ausschließlich an den Betreiber der Schienenwege. Das gleiche Risiko überhöhter Verrechnungspreise und eines gleichzeitigen Erhalts von öffentlichen Geldern besteht auch bei den Betreibern der Serviceeinrichtungen. Für diese gelten keine vergleichbaren gesetzlichen Vorgaben der finanziellen Transparenz. Die Gefahr überhöhter Verrechnungspreise besteht gerade bei Serviceeinrichtungen, da für die Betreiber zudem deutlich geringere Entflechtungsvorschriften und damit stärkere Weisungsrechte des Mutterunternehmens gelten.¹²² Zusätzlich werden die Serviceeinrichtungen kostenorientiert reguliert, indem die Kosten der Serviceeinrichtungen inklusive eines am Eigenkapital orientierten Gewinnaufschlags für die Stationsentgelte angesetzt werden. Der Betreiber von Serviceeinrichtungen unterliegt damit keinen Effizienzanforderungen innerhalb der Regulierung, wodurch ein zusätzlicher Anreiz besteht, überhöht bepreiste Leistungen an die Eisenbahnverkehrsunternehmen weiterzugeben.¹²³

3.3.6 Bundesinteresse erschwert regulatorische Neutralisierung von wettbewerbsinkompatiblen Konzerninteressen zusätzlich

93. In Abschnitt 3.2.4 wurde dargelegt, dass der Bund alleiniger Anteilsinhaber der DB AG als Holdinggesellschaft ist und seine Einflussmöglichkeiten mit dem Ziel wahrnimmt, die finanziellen Eigentümerlasten zu minimieren. Diesem Ziel entspricht es, wenn der Bund nach seinen Möglichkeiten dafür sorgt, dass die Interessen des Konzerns in den Konzerngesellschaften durchgesetzt werden. Die insoweit gemeinsame Zielsetzung des DB-Konzerns und des Bundes – d. h. dem gemeinsamen Interesse am Schutz der Marktstellung des DB-Konzerns – begründet die Gefahr, dass es zu konzerninternen Quersubventionierungen kommt, deren Kosten dann auf die anderen Marktteilnehmer in Form höherer Trassen-, Stations- und Fahrstromnetzentgelte übertragen werden.¹²⁴ Es besteht insbesondere dann ein Anreiz, diese Spielräume auszunutzen, wenn öffentliche Mittel zur Durchführung von Ersatzinvestitionen geleistet werden, wie dies gegenüber dem DB-Konzern tatsächlich der Fall ist.¹²⁵ Hinzu kommen Anreize, möglichst viel der festgelegten Dividende mit den Gewinnen der Infrastrukturgesellschaften zu bedienen.

¹²¹ § 8d Abs. 6 Nr. 1 und 2 ERegG.

¹²² Vgl. Tz. 80.

¹²³ Siehe hierzu Abschnitt 4.3.1.2 dieses Sektorgutachtens.

¹²⁴ Die Übertragung auf die anderen Marktteilnehmer kann dabei in Form einer gegen Art. 102 AEUV verstoßenden Kosten-Preisschere erfolgen; siehe hierzu oben Tz. 53 und Tz. 187 ff. in diesem Sektorgutachten.

¹²⁵ Siehe oben Tz. 66 in diesem Sektorgutachten.

94. In diesem Zusammenhang ist zusätzlich zwar zu bedenken, dass das Unionsrecht die Eigentumsstruktur in den Mitgliedstaaten unberührt lässt.¹²⁶ Allerdings kann die Ausübung der Eigentumsrechte des Bundes am DB-Konzern gleichwohl mit den Art. 106 ff. AEUV unvereinbar sein, wenn dadurch Anreize in dem Sinne gesetzt werden, dass der DB-Konzern die ihm innerhalb der §§ 8 ff. ERegG verbleibenden Freiräume zu einem missbräuchlichen Verhalten im Sinne von Art. 102 AEUV ausnutzt, etwa indem er dritte Eisenbahnverkehrsunternehmen beim Zugang zur Infrastruktur diskriminiert oder ihnen den Zugang ganz verwehrt. Das ist nach dem zuvor Ausgeführten jedenfalls nicht auszuschließen.

3.4 Vertragliche und gesetzliche Änderungen notwendig

3.4.1 Beherrschungsverträge kündigen

95. Die körperschaftsteuerrechtlichen Gründe für den Abschluss von Beherrschungsverträgen innerhalb des DB-Konzerns sind zwischenzeitlich entfallen. Für ihren ursprünglichen Zweck in Form der Begründung einer steuerlichen Organschaft sind Beherrschungsverträge nicht mehr erforderlich. Zugleich ist der Umstand, dass die Beherrschungsverträge zu einer verstärkten Bindung der Infrastrukturgesellschaften des DB-Konzerns an das Konzerninteresse führen, mit dem Regulierungsziel der organisatorischen Unabhängigkeit gemäß den §§ 8 ff. ERegG kaum in Einklang zu bringen. Die Bindung der Infrastrukturgesellschaften an das Konzerninteresse erscheint sogar schon ohne das Vorhandensein von Beherrschungsverträgen regulierungsrechtlich problematisch.¹²⁷ Die Monopolkommission empfiehlt daher, die Beherrschungsverträge innerhalb des DB-Konzerns zu kündigen.¹²⁸

3.4.2 Ergebnisabführungsverträge: Anpassung vertraglicher und gesetzlicher Regelungen zur transparenten Weiterleitung der Gewinne

96. Zur Behebung der Intransparenz der Weiterleitung der Gewinne der Eisenbahninfrastrukturunternehmen des DB-Konzerns an den Bund sind Anpassungen insbesondere der aktuellen vertraglichen Regularien notwendig. Im Folgenden werden daher zwei Lösungsansätze vorgestellt, die jeweils darauf abzielen, getrennte Dividendenverpflichtungen für die Infrastrukturunternehmen und die restlichen Gesellschaften des DB-Konzerns und damit mehr Transparenz bei der Ausweisung der Nachsteuerergebnisse der Eisenbahninfrastrukturunternehmen zu erreichen.

97. Ein erster Lösungsansatz umfasst eine Anpassung der LuFV III dahingehend, dass § 2a Nr. 2 LuFV III angepasst wird. Der Zwang zur Zahlung einer gemeinsamen Dividende sollte aufgehoben werden. Stattdessen ist zu empfehlen, dass das Dividendenziel der Infrastrukturunternehmen separat festgelegt und nicht auf eine bestimmte Höhe fixiert wird, sondern die gesamten Nachsteuerergebnisse jährlich über die DB AG an den Bund abgeführt werden müssen. Die restlichen Gesellschaften des DB-Konzerns erhalten ein eigenes, festes Dividendenziel, für das ausschließlich sie haften. Eine Kürzung der Dividenden, welche die restlichen Gesellschaften des DB-Konzerns zu zahlen haben, beeinflusst damit nicht die zu zahlenden Nachsteuerergebnisse der Infrastrukturbetreiber. Im Rahmen dieses Lösungsansatzes verbleiben die Eisenbahninfrastrukturunternehmen weiterhin in der steuerlichen Organschaft der DB AG und können damit potenziell von niedrigeren Konzernsteuersätzen profitieren. Dieser Lösungsansatz ist vergleichsweise einfach umzusetzen und führt zu deutlich mehr Transparenz verglichen mit dem aktuellen Vorgehen. Dies gilt vor allem dann, wenn die Gewinne der Infrastrukturunternehmen im integrierten Geschäftsbericht der DB

¹²⁶ Art. 345 AEUV.

¹²⁷ Siehe unten Tz. 55, 60 ff. in diesem Sektorgutachten; außerdem Berschin, F., Zur Trennung von Netz und Betrieb der Deutschen Bahn AG aufgrund des europäischen Eisenbahnpakets, a. a. O., S. 8 ff.

¹²⁸ Die Beendigung eines Beherrschungsvertrags hat nicht automatisch den Wegfall eines Konzerns zur Folge. Ein Beherrschungsvertrag bewirkt, dass das Vorliegen eines Konzerns unwiderleglich vermutet wird. Solange ein oder mehrere Unternehmen unter der einheitlichen Leitung eines anderen Unternehmens stehen, ist, auch ohne das Bestehen eines Beherrschungsvertrags, von dem Vorliegen eines (Unterordnungs-) Konzerns auszugehen. Besteht zwischen zwei oder mehr Unternehmen ein Abhängigkeitsverhältnis, streitet eine widerlegliche Vermutung dafür, dass ein Konzern vorliegt; vgl. zum Ganzen § 18 AktG. Ein Abhängigkeitsverhältnis setzt wiederum einen beherrschenden Einfluss des Mutterunternehmens auf das Tochterunternehmen voraus. Hierfür ist aber eine – ggf. auch nur faktische – Stimmenmehrheit oder eine Kapitalmehrheit ausreichend (§ 17 AktG).

AG vor und nach der Besteuerung separat zu den Gewinnen der übrigen Gesellschaften aufgeführt werden. Allerdings kann mit der Abführung der Gewinne der Eisenbahninfrastrukturunternehmen an die DB AG weiterhin in der Praxis die Gefahr einer intransparenten Gewinnverwendung auf der Ebene der DB AG bestehen. Zudem sollten die gesetzlichen Gewinnabführungsregelungen des ERegG auch auf die Verwendung von Gewinnen der Betreiber von Serviceeinrichtungen und Fahrstromnetzen ausgeweitet werden. Diese unterliegen bisher keinen gesetzlichen Vorgaben, wie sie mit ihren Gewinnen verfahren müssen.

98. Ein zweiter Lösungsansatz, der die Intransparenz vermeiden würde, wäre der, dass zusätzlich zu den Änderungen der LuFV III die Ergebnisabführungsverträge zwischen den Eisenbahninfrastrukturunternehmen und der DB AG gekündigt werden. Eine Kündigung der Ergebnisabführungsverträge würde separate Dividendenziele der Infrastrukturunternehmen und der übrigen Gesellschaften des DB-Konzerns im Rahmen der LuFV III implizieren. Gesellschaftsrechtlich kann der Ergebnisabführungsvertrag wie auch der Beherrschungsvertrag gemäß dem Aktienrecht durch eine (zweiseitige) Aufhebung oder durch eine (einseitige) Kündigung beendet werden. Eine Beteiligung der Hauptversammlung ist dazu jeweils nicht erforderlich.¹²⁹

99. Die Nachsteuerergebnisse der Eisenbahninfrastrukturunternehmen des DB-Konzerns könnten entweder in den Infrastrukturunternehmen verbleiben oder würden aufgrund eigenständiger vertraglicher und gesetzlicher Verpflichtungen und mit Zustimmung der DB AG direkt an den Bund abgeführt. Mit der Abführung an den Bund könnten damit die Vorteile des Finanzierungskreislaufs Schiene erhalten bleiben.¹³⁰ Diesen Überlegungen einer direkten Zuführung der Gewinne der Eisenbahninfrastrukturunternehmen an den Bund steht allerdings das Aktienrecht entgegen. § 58 Abs. 3 Satz 2 AktG sieht vor, dass die Hauptversammlung, "wenn die Satzung sie hierzu ermächtigt, auch eine andere Verwendung als nach Satz 1 [= Gewinnrücklagen oder Gewinnvortrag] oder als die Verteilung unter die Aktionäre beschließen [kann]." Eine Voraussetzung für die direkte Übertragung der Nachsteuerergebnisse ist dann aber eine Ermächtigung hierzu in der Satzung der DB Netz und ein entsprechender Beschluss der Hauptversammlung (HV). Da die DB Netz im Alleineigentum der DB AG steht, verfügt letztere auch über eine HV-Mehrheit, sodass die Mittelverwendung letztlich von der Entscheidung der DB AG abhängt. Zwar steht die DB AG wiederum im Alleineigentum des Bundes; aber der Vorstand der DB AG ist – wie jeder andere Vorstand einer AG auch – weisungsfrei. Damit kann der Bund die DB AG nicht zu konkreten Entscheidungen anweisen. Anhand des § 58 AktG kann die Satzung der DB Netz die HV auch nur zu einer anderen Verwendung des Gewinns ermächtigen, sie hierzu aber nicht verpflichten.

100. Der erste Lösungsvorschlag steht im Gegensatz zum zweiten Lösungsansatz dem Gesellschaftsrecht nicht entgegen. In diesem Fall verbleibt jedoch letztlich in der Praxis die Gefahr einer anderweitigen Verwendung der Gewinne der Eisenbahninfrastrukturunternehmen auf der Ebene der DB AG. Daher empfiehlt die Monopolkommission zur vollständigen Aufhebung der Unsicherheit einer Quersubventionierung die Trennung der Eisenbahninfrastrukturunternehmen von den übrigen Gesellschaften des DB-Konzerns.

¹²⁹ Eine Aufhebung des Vertrages ist zum Ende des Geschäftsjahres oder des sonstigen Abrechnungszeitraums möglich, eine rückwirkende Aufhebung ist jedoch nicht zulässig. Eine Kündigung der Verträge durch die eine oder andere Gesellschaft ist ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist bei Vorliegen eines wichtigen Grundes (außerordentliche Kündigung) mit Wirkung für die Zukunft möglich. Zudem ist die Vereinbarung des Rechts zur Kündigung ohne wichtigen Grund (ordentliche Kündigung) in einem Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag möglich. Vgl. § 296 AktG.

¹³⁰ Im Rahmen des zweiten Lösungsvorschlags müsste das Eisenbahnregulierungsgesetz dahingehend geändert werden, als dass eine Abführung der Gewinne der Betreiber der Schienenwege über die Muttergesellschaft nicht mehr zulässig ist. Demnach müsste der § 8d Abs. 2 ERegG folgendermaßen lauten: „Ist die Gebietskörperschaft mit dem Betreiber der Schienenwege über eine Muttergesellschaft verbunden, ist eine Gewinnabführung an die Muttergesellschaft nicht zulässig.“

3.4.3 Gefahr überhöhter Verrechnungspreise mithilfe von stärkeren Effizienzanforderungen begegnen

101. Die Regelungen des § 8d ERegG sind bisher noch nicht ausreichend, um die Möglichkeit überhöhter Verrechnungspreise und einer damit einhergehenden Kostenverlagerung hin zu den Infrastrukturunternehmen zu vermeiden. Die Monopolkommission empfiehlt, über die bisherigen Vorgaben der Richtlinie 2016/2370/EU hinauszugehen und weitere gesetzliche Vorgaben in das ERegG einzuführen. Diese Vorgaben sollten nicht nur für die Betreiber der Schienenwege, sondern auch für die Betreiber der Serviceeinrichtungen gelten. Insgesamt sollten stärkere Effizienzanforderungen gesetzlich eingeführt werden. Diese können dadurch erreicht werden, dass die Wahlmöglichkeit, Dienstleistungen zu Produktionskosten oder zu Marktpreisen zu bewerten, entfällt. Stattdessen sollten die Leistungen vorrangig mit marktüblichen Preisen versehen und nur dann mit Produktionskosten bewertet werden, falls nachweisbar keine Marktpreise bestehen. Darüber hinaus sollte die Regulierung des Infrastrukturbetreibers stärker effizienzorientiert ausgestaltet werden.¹³¹

102. Zudem sollten die vertraglichen Vorgaben der LuFV III insoweit ergänzt werden, als dass die Verwendung der Bundesmittel nicht nur buchhalterisch durch einen Infrastrukturwirtschaftsprüfer, sondern auch von einer zu bestimmenden Kontrollinstanz, beispielsweise dem Eisenbahnbundesamt, auf Effizienz geprüft wird. Das Eisenbahnbundesamt prüft bereits im Zusammenhang mit Neuinvestitionen die Baukostenzuschüsse der DB Netz AG. Diese Prüfung sollte auch auf Ersatzinvestitionen ausgeweitet werden, um so die Synergieeffekte innerhalb des Eisenbahnbundesamtes zu nutzen. Die Verwendung der Bundesmittel für den Einsatz von Ersatzinvestitionen sollte in regelmäßigen Abständen mindestens stichprobenartig auf Effizienz kontrolliert werden.¹³² Zudem müssen die Möglichkeiten des Bundes nach § 24 LuFV III, bereits übertragene Zuschüsse wieder zurückzufordern, strenger ausgelegt werden. Ein Verstoß gegen die Verpflichtung zur Sparsamkeit darf nicht erst dann angenommen werden, wenn die erforderliche Sorgfalt beim Einsatz von Finanzmitteln in einem besonders schweren Maße verletzt wird.

3.4.4 Vertikale Trennung als effektivste Maßnahme zur Verminderung wettbewerbsrechtlicher Risiken

103. Die Monopolkommission empfiehlt dem Bund deshalb, Maßnahmen zu ergreifen um sicherzustellen, dass die nach Art. 106 Abs. 1 AEUV geschützte wettbewerbliche Chancengleichheit anderer Unternehmen nicht durch ein missbräuchliches Verhalten des DB-Konzerns beeinträchtigt wird. Ein Verstoß gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV dürfte sich letztlich nur dann ausschließen lassen, wenn dafür gesorgt wird, dass die Infrastrukturgesellschaften des DB-Konzerns am Markt effektiv als selbstständige wirtschaftliche Einheiten agieren.¹³³

104. In der jetzigen Situation verbleiben aufgrund der internen Verflechtungen innerhalb des DB-Konzerns weiterhin spezifische Diskriminierungspotenziale. Es gibt Anhaltspunkte dafür, dass es auch tatsächlich zu solchen Diskriminierungen kommt. Zugleich ist das Eisenbahnregulierungsgesetz zu schwach ausgestaltet, um solche Diskriminierungen auszuschließen. Für die zukünftige Legislaturperiode ist daher weiterhin zu betonen, dass die effektivste Lösung zur Verringerung wettbewerbsverzerrender Anreize eine vertikale Trennung der Eisenbahninfrastrukturunternehmen aus dem DB-Konzern ist.

105. Die Umsetzung der in diesem Sektorgutachten enthaltenen regulierungsrechtlichen Empfehlungen sowie der Empfehlung zur Beendigung der Beherrschungs- und Ergebnisabführungsverträge kann gleichwohl ein wichtiger

¹³¹ Die stärkere Effizienzausrichtung der Anreizregulierung des Schienenwegebetreibers wird im Abschnitt 4.3.2 diskutiert.

¹³² Bezüglich der Umsetzung der Baukostenzuschussprüfung durch das Eisenbahnbundesamt siehe Abschnitt 2.3.1.

¹³³ Das Konzept der wirtschaftlichen Einheit wurde in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 101 f. AEUV entwickelt; siehe hierzu eingehend Monopolkommission, Sondergutachten 72: Strafrechtliche Sanktionen bei Kartellverstößen, Baden-Baden 2015, Tz. 27 ff.

Schritt sein.¹³⁴ Wenn diese Maßnahmen nicht ausreichen sollten, müssten zusätzliche Schritte in Betracht gezogen werden.

3.4.5 Bundesnetzagentur zu außerordentlichen behördlichen Maßnahmen ermächtigen

106. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die behördlichen Zuständigkeiten zur Anwendung von Art. 106 Abs. 1 AEUV auf nationaler Ebene bislang nicht geregelt sind. Dies hat in der Vergangenheit die Durchsetzung der Vorschrift auf nationaler Ebene behindert und führt, damit einhergehend, zu einem Haftungsrisiko im Rahmen von EU-Vertragsverletzungsverfahren.¹³⁵

107. Die Bundesnetzagentur vertritt zwar die Auffassung, dass sie Art. 106 Abs. 1 AEUV auch ohne eine ausdrückliche Regelung im nationalen Recht beachten muss und nach dieser Vorschrift gehalten ist, den Gesellschaften des DB-Konzerns eine beantragte Genehmigung zu versagen, wenn diese Genehmigung einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV ermöglicht.¹³⁶ Dieser Rechtsauffassung ist auch zuzustimmen. Anschließend an das zuvor Ausgeführte ist darauf hinzuweisen, dass Genehmigungen schon dann zu versagen sein dürften, wenn diese einer nur am Konzerninteresse ausgerichteten Geschäftspolitik der Infrastrukturgesellschaften des DB-Konzerns entsprechen und wenn sie zur Folge haben, dass Wettbewerber des DB-Konzerns behindert werden oder dass ihnen ein Marktzutritt erschwert wird.¹³⁷

108. Darüber hinaus ist dem Gesetzgeber aber zu empfehlen, die Bundesnetzagentur – angelehnt bspw. an § 40 TKG – ausdrücklich zu ermächtigen, in Fällen, in denen die Regulierung innerhalb der bestehenden Strukturen zu keinem wirksamen Wettbewerb geführt hat, dem DB-Konzern im Wege außerordentlicher behördlicher Maßnahmen weitere Verpflichtungen aufzuerlegen, einschließlich weitergehender Vorgaben zur Abtrennung einzelner Geschäftsbereiche, zur Unabhängigkeit des Personals der getrennten Geschäftsbereiche sowie der entsprechenden Anreize, zur Transparenz betrieblicher Verfahren und zur Überwachung, um die Einhaltung der weitergehenden Verpflichtungen sicherzustellen (vgl. hierzu § 40 Abs. 3 TKG).¹³⁸

¹³⁴ Siehe oben Tz. 95, 96 ff., 101 ff. in diesem Sektorgutachten.

¹³⁵ Siehe schon Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn (2019): Mehr Qualität und Wettbewerb auf die Schiene, Baden-Baden, 2019, Tz. 19, 29, 34, 108, 177, 297 ff., 305, 307; 10. Sektorgutachten Post, Tz. 211, 222; Sondergutachten 75, Tz. 470; XXII. Hauptgutachten, Tz. 157; XX. Hauptgutachten, Tz. 1931 ff. zu anderen Anwendungsfällen des Art. 106 Abs. 1 AEUV.

¹³⁶ Dazu näher unten Tz. 198 ff. in diesem Sektorgutachten.

¹³⁷ Anders mag dies sein, wenn die Infrastrukturgesellschaften nachweisen können, dass die Genehmigung (auch) einem vom Konzerninteresse losgelösten Gesellschaftsinteresse entspricht.

¹³⁸ Weniger weitreichend: § 8 Abs. 2 S. 6-7 ERegG.

Kapitel 4

Regulierungspotenziale stärker ausschöpfen

4.1 Evaluierung des Eisenbahnregulierungsgesetzes

4.1.1 Zentrale Ziele des Eisenbahnregulierungsgesetzes bisher nicht erreicht

109. Zum 2. September 2016 ist das Eisenbahnregulierungsgesetz (ERegG) als Teil des Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs im Eisenbahnbereich in Kraft getreten. Es ersetzt die bis dahin geltenden Vorschriften insbesondere der §§ 14 bis 14g des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG) sowie die Eisenbahn-Benutzungsverordnung (EIBV). Hintergrund der Gesetzesinitiative waren neue unionsrechtliche Vorgaben durch die Richtlinie 2012/34/EU¹³⁹, die mit dem ERegG in nationales Recht umgesetzt wurden. Die Einführung des ERegG kann als ein wichtiger Schritt zur Anerkennung der Eisenbahnregulierung als ein eigenständiges Rechtsgebiet angesehen werden. Dieser Schritt trägt insbesondere dem Umstand Rechnung, dass der Wettbewerb im Eisenbahnsektor Vorteile für Eisenbahnverkehrsunternehmen sowie Reisende mit sich bringt, weil er leistungsfähigere und attraktivere Angebote hervorbringt, als dies in einem unregulierten natürlichen Monopol der Fall wäre.¹⁴⁰

110. Das ERegG zielt darauf ab, den Wettbewerb auf den Schienenverkehrsmärkten zu steigern, ihn fair auszugestalten und potenziellen Diskriminierungen von Eisenbahnverkehrsunternehmen vorzubeugen. Hierzu wurden in § 3 Nr. 1 bis 6 ERegG die mit der Eisenbahnregulierung im Einzelnen verfolgten Ziele näher definiert. Erstens soll der Anteil des schienengebundenen Personen- und Güterverkehrs am gesamten Verkehrsaufkommen gesteigert werden. Damit wurde dem Wortlaut der Norm zufolge erstmals die Stärkung des Schienenverkehrs im intermodalen Wettbewerb zwischen den Verkehrsträgern als ein zentrales Regulierungsziel gesetzlich verankert. Zweitens sollen die Interessen der Zugangsberechtigten bei der Förderung und Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbs in den Eisenbahnmärkten sowie die Interessen der Verbraucherinnen und Verbraucher gewahrt werden. Drittens sollen Investitionen gefördert und Innovationen unterstützt werden. Viertens soll der einheitliche europäische Eisenbahnraum gefördert, fünftens ein sicherer, leistungsfähiger und zuverlässiger Betrieb der Eisenbahninfrastruktur gewährleistet und schließlich sechstens die Reisezeiten im Schienenpersonenverkehr und Transportzeiten im Schienengüterverkehr verkürzt werden.¹⁴¹ Diese Ziele bilden die Grundlage für den gesamten Regulierungsrahmen im Eisenbahnbereich.

111. Nach fast fünfjährigem Bestehen des Eisenbahnregulierungsgesetzes muss festgestellt werden, dass viele der gesetzlich festgesetzten Ziele bisher nicht erreicht wurden. Insbesondere hat das ERegG nicht zu einer spürbaren Wettbewerbsbelebung auf den Schienenverkehrsmärkten beitragen können. Die Wettbewerbssituation ist vor allem im SPFV weiterhin äußerst unbefriedigend. Eine Marktöffnung hat hier de facto noch nicht stattgefunden, sodass es nach wie vor keinen bedeutenden Wettbewerber zu der marktdominierenden DB Fernverkehr AG gibt. In den Bereichen des SPNV und SGV ist die Wettbewerbssituation zwar insgesamt besser, allerdings dürfte der Zuwachs an

¹³⁹ Richtlinie 2012/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums vom 21. November 2012, ABl. L 343 vom 14. Dezember 2012, S. 32.

¹⁴⁰ Ein erster Schritt für die Öffnung der Schiene für den Wettbewerb wurde bereits mit der Liberalisierung des europäischen Schienenverkehrs im Jahr 1991 auf Grundlage der Richtlinie 91/440/EWG vollzogen. Die nationale Umsetzung der Richtlinie 91/440/EWG erfolgte mit der im Jahr 1994 eingeleiteten Bahnreform. Mit der Bahnreform wurden der in Deutschland vormals staatlich organisierte Eisenbahnsektor privatisiert und gesetzlich verankerte Wettbewerbselemente eingeführt. In erster Linie wurde dabei die Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Zugangs zur Eisenbahninfrastruktur für Dritte festgelegt.

¹⁴¹ Die Reihenfolge der Ziele hat der Gesetzesbegründung zufolge keine Bedeutung. Gleichwohl wird die Sicherheit des Transports von Personen und Gütern als ein übergeordneter Belang eingeordnet. Die Gesetzesbegründung findet sich in: Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs im Eisenbahnbereich, BR-Drs. 22/16 vom 15. Januar 2016, S. 253.

Marktanteilen von Wettbewerbern nicht maßgeblich auf die Einführung des ERegG, sondern vielmehr auf anderweitige Faktoren – z. B. eine in der Praxis verstärkt vorgenommene Ausschreibung von SPNV-Dienstleistungen durch die Aufgabenträger – zurückzuführen sein.

112. Auch das Ziel, den Verkehrsträger Schiene im intermodalen Wettbewerb zu stärken, wurde trotz absoluter Zugewinne (in Trassenkilometern) bei den schienengebundenen Verkehrsleistungen bislang verfehlt.¹⁴² Darüber hinaus wird vonseiten der Marktteilnehmer häufig bemängelt, dass sie in der Praxis einer Reihe von spürbaren Diskriminierungen beispielsweise beim Zugang zur Eisenbahninfrastruktur oder beim intermodalen Wettbewerb gegenüber anderen Verkehrsträgern wie dem Straßen- und Luftverkehr, ausgesetzt seien. Eine spürbare Verbesserung sei ihrer Auffassung nach durch das ERegG nicht eingetreten. Häufig wird daher ein weiterer Reformbedarf am bestehenden Regulierungssystem gesehen.¹⁴³

113. Die Monopolkommission geht weiterhin davon aus, dass die Einführung des ERegG ein wichtiger Schritt zur Stärkung des Wettbewerbs auf den Schienenverkehrsmärkten ist. So können die ausbleibende Verbesserung der Wettbewerbssituation und die bestehenden Diskriminierungen von Eisenbahnverkehrsunternehmen nicht auf ein generelles Versagen der Regulierung zurückgeführt werden. Sie liefern jedoch Hinweise darauf, dass die gegenwärtige Regulierung ihr Potenzial nicht vollständig ausschöpft, um die Weichen in Richtung einer wettbewerblichen Entwicklung der Schienenverkehrsmärkte zu stellen. Aus Sicht der Monopolkommission sollte die Eisenbahnregulierung im Hinblick auf eine stärker wettbewerbliche Ausrichtung nachgeschärft werden, um die Ziele der Eisenbahnregulierung in Zukunft besser zu erreichen.

114. Erste Vorschläge zur Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsgesetzes hat auch die Bundesnetzagentur im Rahmen ihres Evaluierungsberichts zur Eisenbahnregulierung unterbreitet. In diesem adressiert die Bundesnetzagentur gegenwärtige Problemfelder im Zuge der Rechtsanwendung des ERegG.¹⁴⁴ Ende 2018 hatte das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur – wie im aktuellen Koalitionsvertrag vereinbart – der Bundesnetzagentur einen entsprechenden Auftrag zur Evaluierung des ERegG erteilt. Mit der Evaluierung sollte das Eisenbahnregulierungsgesetz einer gesamtheitlichen Überprüfung unterzogen werden. In dem im September 2019 veröffentlichten Evaluierungsbericht untersuchte die Bundesnetzagentur, ob aufgrund ihrer bisherigen Erfahrungen seit Inkrafttreten des Gesetzes möglicherweise Änderungen angezeigt sind. In dem Bericht zeigt sie dabei eine Reihe von ausgewählten Problemen auf und stellt diesbezüglich allgemeine Lösungsansätze vor, ohne jedoch konkrete Einzelvorschläge für das ERegG zu machen. Die Bundesnetzagentur adressiert in diesem Zusammenhang neben bestehenden Problemen in der gegenwärtigen Regulierungspraxis auch jüngst in Kraft getretenes EU-Recht, an das deutsche Recht im Zuge der Eins-zu-Eins-Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben anzupassen ist, sowie jüngere Rechtsprechung des EuGH zu Personenbahnsteigen. Der Bericht sollte schließlich auch als Grundlage für das im Juni 2021 in Kraft getretene Gesetz zur Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts, das vor allem Änderungen des ERegG vorsieht, dienen.¹⁴⁵

¹⁴² Für eine detaillierte Übersicht der Entwicklungen im intramodalen sowie intermodalen Wettbewerb wird auf das Kapitel 1 dieses Sektorgutachtens verwiesen.

¹⁴³ Angaben von Marktteilnehmern gegenüber der Monopolkommission.

¹⁴⁴ BNetzA, Bericht über die Erfahrungen der Bundesnetzagentur bei der Anwendung des Eisenbahnregulierungsgesetzes (ERegG-Evaluierungsbericht), Bonn, 12. September 2019.

¹⁴⁵ Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts, BT-Drs. 19/27656 vom 17. März 2021. Dieser Gesetzentwurf ist inhaltlich weitestgehend unverändert am 18. Juni 2021 in Kraft getreten, vgl. Gesetz zur Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts vom 17. Juni 2021, BGBl. I, S. 1737.

4.1.2 Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsgesetzes bleibt hinter den Möglichkeiten zurück

115. Seit der Einführung des ERegG wurden daran bereits kleinere Anpassungen vor allem auf Grundlage neuer Rechtsetzung auf EU-Ebene vorgenommen. Unter anderem wurde mit den Vorschriften § 8a bis e ERegG Regelungen zur Unabhängigkeit und finanziellen Transparenz der Betreiber der Schienenwege aufgenommen.¹⁴⁶ Eine im Vergleich dazu umfassendere Novellierung der Regulierung im Eisenbahnsektor erfolgte mit dem im Juni 2021 in Kraft getretenen Gesetz zur Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechtes.¹⁴⁷ Damit sollten Vorschläge umgesetzt werden, die sich auf der Grundlage der Evaluierung des Eisenbahnregulierungsgesetzes durch die Bundesnetzagentur ergeben haben.¹⁴⁸ Die im Wesentlichen vorgenommenen Gesetzesänderungen werden nachfolgend skizziert.

Ausweitung der Ausnahmemöglichkeiten von der Eisenbahnregulierung (§§ 2 ff. ERegG)

116. Erstens wurde der Regulierungsumfang für kleinere Eisenbahninfrastrukturbetreiber dadurch gesenkt, dass die Ausnahme- und Befreiungsmöglichkeiten von der Eisenbahnregulierung erweitert wurden. Die Gesetzesanpassung soll insoweit dem Umstand Rechnung tragen, dass der überwiegende Teil der im Eisenbahnsektor tätigen Infrastrukturunternehmen nur eine sehr eingeschränkte Marktbedeutung besitzt und dass diese deshalb keiner umfassenden Regulierung bedürfen. Zugleich wurden im Rahmen der Novellierung die bisher in § 2 ERegG verankerten Ausnahme- und Befreiungsregelungen von Vorschriften des ERegG grundlegend überarbeitet und thematisch neu in den §§ 2, 2a und 2b sowie 2c ERegG zusammengestellt.

117. Die Monopolkommission begrüßt die generelle Ausweitung von Freistellungsmöglichkeiten, weil dadurch mehr vergleichsweise kleine Unternehmen von den regulierungsrechtlichen Belastungen befreit werden können und damit der Weg hin zu einer fokussierteren Regulierung geebnet wird. Eine wesentliche Änderung gegenüber dem bisherigen Recht besteht in der Neufassung der Voraussetzungen für Ausnahmen und Befreiungen von den Entflechtungs- sowie Entgelt- und Zuweisungsvorschriften in Bezug auf Eisenbahnanlagen, Serviceeinrichtungen und Schienennetze (§§ 2a ff. ERegG). Während nach den bisherigen Regelungen eine behördliche Befreiung von Vorschriften des ERegG möglich ist, wenn keine Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu erwarten ist, sind insbesondere Betreiber der Schienennetze nun gesetzlich von einem Großteil der Regulierung ausgenommen, wenn diese Netze keine strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes haben. Eine strategische Bedeutung liegt gemäß § 2c ERegG nicht vor, wenn die Betriebsleistung eines Netzes unter 700.000 Trassenkilometer im Jahr beträgt oder wenn das Netz von weniger als zehn Zugangsberechtigten regelmäßig genutzt wird.¹⁴⁹ Das neue Kriterium der „strategischen Bedeutung“ ist zu begrüßen. Aufgrund dessen sind fortan vorrangig die Schienennetze des DB-Konzerns der Regulierung unterworfen. Außerdem werden Netze von der Regulierung erfasst, die regelmäßig von einer größeren Anzahl von Zugangsberechtigten genutzt werden. Demgegenüber werden neu in den Markt eintretende oder kleine Betreiber der Schienenwege von den Regulierungsvorschriften befreit. Der neue Regulierungsansatz überzeugt durch die klare Kategorisierung von Ausnahme- und Befreiungsmöglichkeiten. Auch können durch die eindeutigen Formulierungen die Unternehmen selbst überprüfen, ob sie von den gesetzlichen Freistellungsregelungen erfasst werden. Es ist davon auszugehen, dass durch die veränderten Vorschriften in Zukunft nur noch die regulierungsbedürftigen Fälle von der Regulierung erfasst werden.

¹⁴⁶ Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/2370 vom 14. Dezember 2016 zur Änderung der Richtlinie 2012/34/EU bezüglich der Öffnung des Marktes für inländische Schienenpersonenverkehrsdienste und der Verwaltung, BT-Drs. 19/9738 vom 29. April 2019.

¹⁴⁷ Gesetz zur Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts vom 17. Juni 2021, BGBl. I, S. 1737.

¹⁴⁸ BNetzA, Bericht über die Erfahrungen der Bundesnetzagentur bei der Anwendung des Eisenbahnregulierungsgesetzes (ERegG-Evaluierungsbericht), a. a. O.

¹⁴⁹ Vgl. § 2c Abs. 1 ERegG, Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Verkehr und digitale Infrastruktur zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksache 19/27656 –, BT-Drs. 19/29371 vom 5. Mai 2021.

Einführung einer Erprobungsklausel für neue Fahrplankonzepte, Deutschlandtakt (§ 52a ERegG)

118. Hinter den Möglichkeiten zurück bleiben die Regelungen zum Deutschlandtakt. Im Rahmen der Gesetzesänderung werden erste Definitionen etwa für die Begriffe Deutschlandtakt und integraler Taktfahrplan eingeführt. Darüber hinaus ist mit dem neuen § 52a ERegG eine Erprobungsklausel vorgesehen. Diese soll den Betreibern der Schienenwege auf ausgewiesenen Streckenabschnitten das Ausprobieren neuer Konzepte für die Kapazitätsnutzung und Fahrplanerstellung ermöglichen. Nicht in der Weiterentwicklung des ERegG enthalten sind Regelungen zu der konkreten Ausgestaltung des Deutschlandtaktes und der hierfür notwendigen Anpassungen. Die im Juni 2020 veröffentlichten Ergebnisberichte des Zukunftsbündnis Schiene, der Masterplan Schienenverkehr und der dritte Gutachterentwurf enthielten einige Vorschläge zur Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts, die nun nicht umgesetzt worden sind.¹⁵⁰

Vereinfachung des Abschlusses von Rahmenverträgen (§§ 49, 49a ERegG)

119. Darüber hinaus wurden mit dem Gesetz zur Weiterentwicklung des ERegG Anpassungen der Regelungen zu Rahmenverträgen in § 49 ERegG vorgenommen, die den Abschluss von Rahmenverträgen wieder erleichtern sollen. Rahmenverträge hatten in der Vergangenheit mit der Durchführungsverordnung (EU) 2016/545¹⁵¹ und den einhergehenden Anforderungen an den Betreiber der Schienenwege an Attraktivität verloren. Danach hat der Betreiber der Schienenwege bei der Erstellung des Netzfahrplans zu prüfen, wie sich eine Ablehnung von Trassenanmeldungen auf die Wirtschaftlichkeit des Antragstellers auswirkt, wenn dieser einen Rahmenvertrag abgeschlossen hat und konkurrierende Trassenanmeldungen vorliegen. Aufgrund des mit der Umsetzung der Verordnung verbundenen hohen Aufwands hat die DB Netz AG beschlossen, ab dem Fahrplanwechsel zum Dezember 2016 keine Rahmenverträge mehr abzuschließen. Durch die jüngsten Anpassungen des ERegG finden die entsprechenden Anforderungen aus der Durchführungsverordnung im deutschen Recht keine Anwendung mehr. Die gesetzliche Anpassung hat dadurch das Potenzial, Rahmenverträge für die Beteiligten wieder attraktiver werden zu lassen. Darüber hinaus werden dem Betreiber der Schienenwege weitergehende Einschränkungs- und Kündigungsmöglichkeiten von Rahmenverträgen eingeräumt, wodurch in erster Linie Pilotprojekte gemäß § 52a ERegG ermöglicht werden sollen.¹⁵² Eine Vereinfachung des Abschlusses von Rahmenverträgen ist einerseits positiv zu bewerten, da hierdurch Schienenwegkapazitäten im Personen- und Güterverkehr für einen längeren Zeitraum als einem Netzfahrplanjahr abgesichert werden können und dadurch die Planungssicherheit für die Marktteilnehmer erhöht wird. Andererseits dürften die vorgenommenen Änderungs- und Kündigungsmöglichkeiten von Rahmenverträgen die Planungssicherheit wiederum insbesondere für Neueinsteiger und Wettbewerber wesentlich mindern. Mit dem neuen § 49a ERegG ist für den Abschluss und die Änderung von Rahmenverträgen eine Genehmigungspflicht durch die Regulierungsbehörde vorgesehen. Diese sollte auch für die Kündigung von Rahmenverträgen eingeführt werden, um insoweit eine zusätzliche Kontrollinstanz zu schaffen. Ferner ist zu berücksichtigen, dass Rahmenverträge im Konflikt zu der geplanten Einführung des Deutschlandtaktes stehen können, vgl. Abschnitt 5.2.2. Daher sollten Rahmenverträge, die aufgrund der Gesetzesanpassung neu abgeschlossen werden, nur bis zu der (etappenweisen) Einführung des Deutschlandtaktes gelten. Auch sollte durch eine entsprechende Anpassung der Rahmenverträge die Stärkung der Planungssicherheit angestrebt werden.

¹⁵⁰ Vgl. hierzu Kapitel 5.2 dieses Sektorgutachtens.

¹⁵¹ Durchführungsverordnung (EU) 2016/545 der Kommission vom 7. April 2016 über Verfahren und Kriterien in Bezug auf Rahmenverträge für die Zuweisung von Fahrwegkapazität, ABl. L 94 vom 8. April 2016, S. 1.

¹⁵² § 49 Abs. 4 und 4a ERegG.

Anpassungen an unionsrechtliche Rechtsetzung und Rechtsprechung

120. Schließlich adressiert das Gesetz zur Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts auch die aktuelle Rechtsetzung und Rechtsprechung auf EU-Ebene. Dies betrifft etwa die Umsetzung des EuGH-Urteils zu Personenbahnsteigen¹⁵³, wonach die Benutzung von Personenbahnsteigen als ein Teil der Eisenbahninfrastruktur unter das sog. Mindestzugangspaket fällt.¹⁵⁴ Damit soll der Zugang zu Personenbahnsteigen nicht länger über die Entrichtung eines Stationsentgelts, sondern über die eines Trassenentgelts gewährt werden. Diese Anpassung ist zu befürworten, weil dadurch der gegenwärtig von der Regulierung der Stationsentgelte ausgehende Fehlanreiz zur künstlichen Ausdehnung der Infrastrukturkosten reduziert wird. Die Monopolkommission sieht in diesem Zusammenhang jedoch weiteren regulatorischen Anpassungsbedarf, vgl. Kapitel 4.3.2.4. Darüber hinaus erfolgten rechtliche Anpassungen an den Delegierten Beschluss 2017/2075/EU der Europäischen Kommission zu Kapazitätszuweisungsvorschriften, insbesondere zum Zeitplan des Zuweisungsverfahrens von Schienenwegkapazitäten.¹⁵⁵ Das Unionsrecht sieht im Gegensatz zum bisherigen nationalen Recht eine verlängerte, zweite Anmeldephase zum Netzfahrplan bis spätestens einen Monat vor Netzfahrplanwechsel vor. Es kann davon ausgegangen werden, dass ein solch kurzfristiger Planungszeitraum wettbewerbliche Probleme für die Zugangsberechtigten mit sich bringt.¹⁵⁶

Gesetzesanpassungen sind nur ein erster Schritt

121. Die vorgenommenen Anpassungen am ERegG sind ein erster Schritt zur Schaffung eines effizienteren Regulierungsrahmens und als solche in Teilen zu begrüßen. Positiv sind die Ausweitung der Ausnahme- und Befreiungsmöglichkeiten von Vorschriften des ERegG für Betreiber der Schienenwege und Serviceeinrichtungen sowie die gesetzlich induzierte Steigerung der Attraktivität von Rahmenverträgen. Auch die Einführung von Maßnahmen zur Verfahrensbeschleunigung (z. B. in § 77a Abs. 3 ERegG) kann zu einer besseren Regulierung beitragen. Die Verkürzung des Instanzenzugs hatte die Monopolkommission in ihrem Sektorgutachten aus dem Jahr 2019 empfohlen.¹⁵⁷ Sie kann zur schnelleren Rechtssicherheit für alle Beteiligten beitragen und ist daher ausdrücklich zu begrüßen. Darüber hinaus ist die Verknüpfung der Hauptsacheentscheidung über höhere Entgelte mit einem vorherigen Eilrechtsschutzverfahren gemäß § 35 Abs. 6 bis 8 ERegG gerechtfertigt, weil der damit verbundene Schutz kleinerer Marktteilnehmer zur Sicherung des Wettbewerbs erforderlich ist. Der Gesetzgeber folgt damit einem weiteren Vorschlag der Monopolkommission.¹⁵⁸ Insgesamt bleibt das Gesetz zur Weiterentwicklung des ERegG, gemessen an den Zielen des Koalitionsvertrages und des „Masterplans Schienenverkehr“, allerdings hinter den Erwartungen zurück.¹⁵⁹ Es werden zwar viele Detailregelungen adressiert, aber keine spezifischen Maßnahmen zur Förderung des intra- sowie intermodalen Wettbewerbs getroffen. Der Masterplan Schienenverkehr empfiehlt eine umfassende Umgestaltung des Trassenpreissystems und eine Entlastung von Eisenbahnverkehrsunternehmen durch weitergehende Förderung der Trassen- und Stationsentgelte. Dem folgt das Gesetz zur Weiterentwicklung des ERegG nicht. Zudem fehlt der noch in dem vorangegangenen Referentenentwurf enthaltene umfangreiche Bußgeldkatalog für Verstöße gegen das ERegG oder Beschlüsse der Regulierungsbehörde.¹⁶⁰ Die Einführung eines solchen Sanktionsmechanismus ist zur

¹⁵³ EuGH, Urteil vom 10. Juli 2019, C-210/18 – Einbeziehung der Benützung von Personenbahnsteigen, ECLI:EU:C:2019:586.

¹⁵⁴ Das Mindestzugangspaket stellt einen vom Betreiber der Schienenwege gegen die Entrichtung eines Trassenentgelts zu erbringenden Leistungskatalog für die Nutzung der Eisenbahninfrastruktur dar.

¹⁵⁵ Delegierter Beschluss 2017/2075/EU der Kommission vom 4. September 2017 zur Ersetzung des Anhangs VII der Richtlinie 2012/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums, ABl. L 295 vom 14. November 2017, S. 69.

¹⁵⁶ Siehe Kapitel 4.2.1 dieses Sektorgutachtens.

¹⁵⁷ Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn (2019), a. a. O., Tz. 188 ff.

¹⁵⁸ Ebenda, Tz. 181 ff.

¹⁵⁹ BMVI, Masterplan Schienenverkehr, Berlin, Juni 2020; CDU/CSU und SPD, Ein neuer Aufbruch für Europa- Eine neue Dynamik für Deutschland- Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag vom 12. März 2018, S. 77 ff.

¹⁶⁰ Vgl. § 81 ERegG-E des Referentenentwurfs, Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts, Stand vom 18. November 2020, S. 124.

Ahndung von Verstößen gegen regulierungsrechtliche Vorgaben und zum Schutz betroffener Eisenbahnverkehrsunternehmen wichtig. Eine Wiederaufnahme des im Referentenentwurf vorgesehenen Bußgeldkatalogs wäre zu begrüßen. Aus Sicht der Monopolkommission sind darüber hinaus weitere Anpassungen notwendig, um den inter- und intramodalen Wettbewerb der Eisenbahnmärkte zu stärken.

4.2 Zugangsregulierung von Schienenwegkapazitäten und Serviceeinrichtungen

122. Eisenbahninfrastrukturen stellen für Eisenbahnverkehrsunternehmen ein notwendiges Vorleistungsprodukt für das Angebot von Dienstleistungen auf den nachgelagerten Transportmärkten dar. Die Eisenbahnverkehrsunternehmen sind auf den Zugang und die Nutzung der Eisenbahninfrastruktur angewiesen, da sie ohne diese ihre Dienstleistungen nicht erbringen können. Bei der Eisenbahninfrastruktur handelt es sich um ein natürliches Monopol.¹⁶¹ In Deutschland wird der überwiegende Teil der Eisenbahninfrastruktur von Gesellschaften des DB-Konzerns bereitgestellt. So werden im Hinblick auf die Schienenwege rund 85 Prozent, gemessen an der Länge, von den Netzbetreibern der DB AG betrieben. Auf diesen Schienenwegen finden zugleich mehr als 97 Prozent des gesamten Eisenbahnverkehrs statt.¹⁶² Es besteht die Gefahr, dass die aus der monopolistischen Stellung des DB-Konzerns resultierende Marktmacht in missbräuchlicher Weise gegenüber Wettbewerbern auf den Transportmärkten ausgeübt wird.¹⁶³ Es ist davon auszugehen, dass der DB-Konzern als integriertes Unternehmen ein besonderes Interesse daran hat, den Wettbewerb auf den Transportmärkten zugunsten der eigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen zu beeinflussen.

123. Für die Gewährleistung von Wettbewerb auf den Transportmärkten ist es daher zwingend erforderlich, dass alle Eisenbahnverkehrsunternehmen im Personen- und Güterverkehr einen diskriminierungsfreien Zugang zur Eisenbahninfrastruktur erhalten. Der Markterfolg und die Wirtschaftlichkeit der Eisenbahnverkehrsunternehmen hängen dabei nicht nur davon ab, ob überhaupt Kapazitäten zur Verfügung stehen, sondern auch davon, ob der Infrastrukturzugang zu dem gewünschten Zeitpunkt erlangt werden kann. Das Eisenbahnregulierungsgesetz regelt die Zuweisung von Schienenwegkapazitäten und Serviceeinrichtungen. Die bestehenden Vorschriften sind jedoch nicht geeignet, um sämtliche Diskriminierungspotenziale auszuräumen. Die Monopolkommission geht im Folgenden auf ausgewählte Problemfelder ein und spricht sich für eine Anpassung des regulatorischen Rahmens beim Trassenzuweisungsverfahren der zweiten Anmeldeperiode (Abschnitt 4.2.1), eine gesetzliche Aufstellung transparenter sowie diskriminierungsfreier Vorrangkriterien bei überlasteten Schienenwegen (Abschnitt 4.2.2) sowie für eine Begrenzung von Mehrjahresverträgen bei Abstellgleisen (Abschnitt 4.2.3) aus.

4.2.1 Intransparenz und Planungsunsicherheiten beim Trassenzuweisungsverfahren der zweiten Anmeldeperiode abbauen

124. Die Zuweisung von Schienenwegkapazitäten erfolgt durch die DB Netz AG. Unter der Zuweisung wird die faktische Zuteilung von Schienenwegkapazitäten an die jeweiligen Eisenbahnverkehrsunternehmen verstanden, die diese dann für einen bestimmten Zeitraum – typischerweise eine Netzfahrplanperiode – zur Erbringung von Verkehrsdiensten einplanen können. Die rechtlichen Vorgaben für das Zuweisungsverfahren finden sich in den §§ 44 ff. des Eisenbahnregulierungsgesetzes. Die Regelung des § 44 Abs. 1 S. 1 ERegG enthält den Grundsatz, dass der Betreiber der Schienenwege die Zuweisung von Zugtrassen angemessen, nicht-diskriminierend und transparent durchzuführen hat.

¹⁶¹ Nicht alle Eisenbahninfrastrukturen stellen ein natürliches Monopol und wesentliche Einrichtungen für die nachgelagerten Endkundenmärkte dar. Insbesondere im Bereich von Serviceeinrichtungen gibt es Ausnahmen wie z. B. im Bereich von Wartungseinrichtungen. Die nachfolgenden, allgemein gehaltenen Ausführungen beziehen sich daher nur auf die Strukturen, die die Charakteristika eines natürlichen Monopols und wesentlicher Einrichtungen erfüllen.

¹⁶² BNetzA, Tätigkeitsbericht Eisenbahnen 2017/2018, Bonn, Stand vom Mai 2019, S. 20.

¹⁶³ Art. 102 AEUV.

125. Das Zuweisungsverfahren von Schienenwegkapazitäten beginnt mit der Antragstellung durch den Zugangsberechtigten und endet mit der Erstellung des Netzfahrplanentwurfs. Hierbei hat der Betreiber der Schienenwege gemäß § 50 Abs. 1 ERegG einen bestimmten Zeitplan einzuhalten.¹⁶⁴ Demnach soll der Netzfahrplan eines Jahres am zweiten Sonntag im Dezember des Vorjahres in Kraft treten. Die Frist für die Zugangsberechtigten, Anträge auf Zuweisung von Schienenwegkapazitäten zu stellen, soll jeweils am zweiten Montag im April enden. Der Betreiber der Schienenwege hat dann innerhalb von vier Monaten einen Netzfahrplanentwurf zu erstellen. Dieser zeitliche Ablauf des Zuweisungsverfahrens wurde im September 2017 durch den unmittelbar geltenden Delegierten Beschluss (EU) 2017/2075 der Europäischen Kommission modifiziert.¹⁶⁵ Der bisher in § 50 Abs. 1 ERegG festgelegte Zeitplan wird durch den Delegierten Beschluss zwar nicht grundsätzlich geändert, er wird aber um eine zusätzliche zweite Anmeldephase zum jährlichen Netzfahrplan erweitert. Dies bedeutet, dass die Zugangsberechtigten auch nach Ende der ersten Anmeldefrist im April eines Jahres (nunmehr sog. erste Anmeldephase) weitere Anträge auf Zuweisung von Schienenwegkapazitäten stellen können. Der Betreiber der Schienenwege ist dazu verpflichtet, die Anmeldefrist der zweiten Anmeldephase so zu wählen, dass zwischen dem Ende der zweiten Anmeldefrist ein angemessener zeitlicher Abstand von jedenfalls mehr als einem Monat zum Netzfahrplanwechsel gewahrt wird.¹⁶⁶ Ein eindeutiges Fristende für die zweiten Anmeldephase ist gesetzlich nicht geregelt.¹⁶⁷ Schließlich hat der Betreiber der Schienenwege den Entwurf zum Netzfahrplan spätestens einen Monat vor dem Netzfahrplanwechsel im Dezember zu aktualisieren, um alle Zuweisungsanträge der ersten sowie zweiten Anmeldephase zu koordinieren und einzubeziehen. Erst mit der Aktualisierung des Entwurfs steht der endgültige Netzfahrplan eines Jahres fest.¹⁶⁸ Die praktische Umsetzung der neuen unionsrechtlichen Vorgaben erfolgte erstmalig zum Netzfahrplanjahr 2021.

126. Die Monopolkommission hat in ihrem Siebten Sektorgutachten darauf hingewiesen, dass bereits die bisherigen Regelungen des § 50 Abs. 1 ERegG i. V. m. Anlage 8 zum zeitlichen Ablauf der Trassenanmeldung und-vergabe wenig wettbewerbsfreundlich sind, da sie die Planungssicherheit der Eisenbahnverkehrsunternehmen erschweren.¹⁶⁹ Die unionsrechtliche Einführung einer zweiten Anmeldephase mit der Folge, dass zwischen Bekanntgabe des finalen Netzfahrplanentwurfs und dessen Inkrafttreten möglicherweise nur ein Monat liegt anstatt wie bisher vier Monate, dürfte die Planungsunsicherheit künftig weiter erhöhen. Es ist davon auszugehen, dass ein solch kurzfristiger Planungszeitraum mit erheblichen wettbewerblichen Unwägbarkeiten einhergeht. Dies gilt zum einen für die anmeldenden Eisenbahnverkehrsunternehmen der zweiten Anmeldephase, die erst kurzfristig Planungssicherheit über ihre beantragten Trassen erhalten. Zum anderen gilt dies aber auch für die Eisenbahnverkehrsunternehmen der ersten Anmeldephase, da sich für sie im Zuge der zweiten Netzfahrplanerstellung noch Änderungen bezüglich be-

¹⁶⁴ Für Verkehre außerhalb des regulären Netzfahrplans, d. h. für Gelegenheitsverkehre, sieht das ERegG in § 56 abweichende Bearbeitungsfristen vor.

¹⁶⁵ Delegierter Beschluss (EU) 2017/2075 der Kommission vom 4. September 2017 zur Ersetzung des Anhangs VII der Richtlinie 2012/34(EU) des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums, ABl. L 295 vom 14. November 2017, S. 69. Der deutsche Gesetzgeber hat mit dem Gesetz zur Weiterentwicklung des Eisenbahnregelungsrechts den § 50 Abs. 1 ERegG an den Delegierten Beschluss (EU) 2017/2075 angepasst, vgl. Gesetz zur Weiterentwicklung des Eisenbahnregelungsrechts vom 17. Juni 2021, BGBl. I, S. 1737.

¹⁶⁶ Siehe hierzu auch BNetzA, Beschluss vom 23. April 2019, BK 10-18-0164_Z, S. 2.

¹⁶⁷ Döbber in: Kühling/Otte, AEG/ERegG, 1. Aufl., München 2020, § 53a ERegG Rn. 13.

¹⁶⁸ Die DB Netz AG sieht für das Fahrplanjahr 2021 beispielsweise folgende Fristen vor: Die Zugangsberechtigten waren angehalten, bis zum 14. April 2020 einen Antrag auf Trassenzuweisung zu stellen. Daraufhin hatte die DB Netz AG eine Frist bis zum 13. August 2020, den Beteiligten einen vorläufigen Netzfahrplanentwurf vorzulegen. Für die zweite Phase der Netzfahrplanerstellung wurde eine Anmeldefrist zum 30. September 2020 gewählt. Die Bekanntgabe des endgültigen Fahrplanentwurfs hatte bis zum 6. November 2020 zu erfolgen, bevor am 13. Dezember 2020 um 24:00 Uhr der Netzfahrplanwechsel 2020/2021 vollzogen wurde. Vgl. DB Netz AG, Schienennetz-Benutzungsbedingungen (SNB 2021), Version vom 25. November 2020, S. 62.

¹⁶⁹ Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn (2019), a. a. O., Tz. 195 ff.

reits zugewiesener Trassen ergeben könnten. Auch wenn spätere Änderungen von den betroffenen Eisenbahnverkehrsunternehmen grundsätzlich zustimmungsbedürftig sind,¹⁷⁰ kann davon ausgegangen werden, dass eine Zustimmung möglicherweise auch vor dem Hintergrund zukünftiger Zuweisungsverfahren erfolgt.

127. Zwar kann mit der Einführung einer zweiten Anmeldephase einerseits die Flexibilität auf den Schienenverkehrsmärkten erhöht werden. Vor allem Neueinsteigern können hierdurch besonders kurze Planungsvorläufe ermöglicht und etwaige Markteintrittsbarrieren abgebaut werden. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass durch die späte Bekanntgabe der final zugewiesenen Trassen Nachteile für alle Eisenbahnverkehrsunternehmen im Verhältnis zu ihren Kundinnen und Kunden sowie potenziellen Investoren entstehen können. So wird es kaum möglich sein, Streckenangebote gegenüber Reisenden frühzeitig zu bewerben. Zudem könnten Investoren aufgrund der mit der Unsicherheit der Trassenvergabe verbundenen Geschäftsrisiken abgeschreckt werden. Überdies wird der kurze Zeitraum zwischen Bekanntgabe und Inkrafttreten des Netzfahrplans verstärkt dazu führen, dass sich Beschwerdeverfahren bei der Regulierungsbehörde gegen die Vergabepaxis des Betreibers der Schienenwege (vgl. § 66 Abs. 1 ERegG) weit bis in das betroffene Netzfahrplanjahr hineinziehen. Dies ist bereits unter dem bisherigen Zeitplan regelmäßig der Fall.¹⁷¹ Die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit zur Beschwerde dürfte damit faktisch wirkungslos bleiben.

128. Problematisch ist, dass für das Zuweisungsverfahren der zweiten Anmeldephase keine nennenswerten regulatorischen Vorgaben gemacht werden. Zwar ist der Betreiber der Schienenwege dazu verpflichtet, alle Anträge bestmöglich zu koordinieren und dabei auch alle später eingegangenen Anträge der zweiten Anmeldephase zu berücksichtigen.¹⁷² Hierbei finden jedoch insbesondere die Vorschriften der §§ 52, 53 ERegG zum üblichen Zuweisungsverfahren in der ersten Anmeldephase keine Anwendung. Stattdessen ist der Betreiber der Schienenwege nach dem Delegierten Beschluss (EU) 2017/2075 dazu berechtigt, über Anträge aus der zweiten Anmeldephase nach einem in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen veröffentlichten Verfahren zu entscheiden. Voraussetzung ist, dass er Änderungen hinsichtlich bereits zugewiesener Zugtrassen nur vornehmen darf, wenn dies erforderlich ist, um alle Trassenanträge bestmöglich in Einklang zu bringen, und wenn der Antragsteller, dem die Trasse bereits zugewiesen worden war, zustimmt.¹⁷³ Damit verfügt der Betreiber der Schienenwege über erhebliche Umsetzungsfreiheiten sowohl bei der Koordinierung von Anträgen als auch bei der Konstruktion von Trassen und bei den Kommunikationsabläufen.¹⁷⁴

129. Die DB Netz AG macht sich diese Umsetzungsfreiheiten zunutze, indem sie sich beispielsweise für die Koordinierung und Zuweisung konfligierender Anträge der zweiten Anmeldephase merklich größere zeitliche Konstruktionsspielräume einräumt. Ersichtlich wird dies in ihren Schienennetz-Benutzungsbedingungen. Während etwa in der ersten Anmeldephase im SPV Spielräume für die Trassenkonstruktion bzw. Trassenzuweisung von +/- 3 Minuten vorgesehen sind, betragen diese innerhalb der zweiten Anmeldephase +/- 30 Minuten. Das Ausschöpfen dieser Konstruktionsspielräume erfolgt dabei ohne Rücksprache mit den Antragstellern. Soweit darüber hinaus in der zweiten Anmeldephase beantragte Netzfahrplantrassen nicht konfliktfrei konstruiert werden können, entscheidet die DB Netz AG schließlich nach dem Zeitpunkt des Eingangs der Bestellung (Prinzip „first come, first serve“).¹⁷⁵

130. Die im Rahmen der zweiten Anmeldephase gesetzlich gewährten Umsetzungsfreiheiten bei der Trassenvergabe bergen wettbewerbliche Risiken. So können insbesondere die größeren Konstruktionsspielräume dazu führen, dass Eisenbahnverkehrsunternehmen ihre Angebote kurzfristig anpassen müssen. Kurzfristige Angebotsanpassungen

¹⁷⁰ Anhang 1 Nr. 6 des Delegierten Beschlusses (EU) 2017/2075.

¹⁷¹ Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn (2019), a. a. O., Tz. 197.

¹⁷² § 52 Abs. 3 ERegG; Anhang 1 Nr. 3 des Delegierten Beschlusses (EU) 2017/2075.

¹⁷³ Ebenda, Anhang 1 Nr. 6; Döbber in: Kühling/Otte, AEG/ERegG, a. a. O., § 53a ERegG Rn. 18 ff.

¹⁷⁴ Die Bundesnetzagentur weist in ihrem Beschluss vom 23. April 2019 bereits auf diese Problematik hin. Sie lässt dabei jedoch ausdrücklich offen, wie das Zuweisungsverfahren von Schienenwegkapazitäten zur Behandlung von Anträge aus der 2. Anmeldephase konkret ausgestaltet werden soll, vgl. BNetzA, Beschluss vom 23. April 2019, BK 10-18-0164_Z, S. 12.

¹⁷⁵ DB Netz AG, Schienennetz-Benutzungsbedingungen (SNB 2021), a. a. O., S. 62 ff.

sind jedoch häufig nur in Form von Haltestellenausfällen möglich, um etwa ein gewünschtes Grundangebot im SPNV nicht zu gefährden. Ferner besteht aufgrund der fehlenden Transparenz des Vergabeprozesses ein besonderes Risiko, dass nicht-bundeseigene Eisenbahnverkehrsunternehmen eine nachrangige Behandlung erfahren und Trassen zu wirtschaftlich weniger attraktiven Zeiten zugewiesen bekommen. Diskriminierungsmöglichkeiten entstehen zudem, wenn die Trassenkapazitäten nach dem Verfahren „first come, first serve“ vergeben werden. In diesem Fall kann nicht ausgeschlossen werden, dass Eisenbahnverkehrsunternehmen des DB-Konzerns gegenüber nicht-bundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen einen Informationsvorsprung besitzen und von noch freien Kapazitäten zuerst erfahren. Außerdem wird durch ein „first come, first serve“-Verfahren das eigentliche Ziel der zweiten Anmeldephase, den Eisenbahnverkehrsunternehmen eine möglichst späte Anmeldung zum Netzfahrplan zu ermöglichen, konterkariert. So steigt aus Sicht eines Verkehrsunternehmens mit späterer Anmeldung zunehmend das Risiko an, nicht mehr im jährlichen Netzfahrplan berücksichtigt zu werden. Die Einführung einer zweiten Anmeldephase könnte insoweit zumindest teilweise ins Leere laufen.

131. Aufgrund der fehlenden gesetzlichen Regeln für die Trassenzuweisung innerhalb der zweiten Anmeldephase und der mit dem neuen Zeitplan einhergehenden Unwägbarkeiten ergibt sich eine Reihe von Diskriminierungsmöglichkeiten. In der Realität dürfte es weder der Regulierungsbehörde noch den Zugangsberechtigten möglich sein, die Vergabep Praxis der DB Netz AG nachzuvollziehen. Die Monopolkommission hält daher gesetzliche Vorgaben zur Gewährleistung eines transparenten und diskriminierungsfreien Zuweisungsverfahrens der zweiten Anmeldephase für geboten. Sie empfiehlt, die unionsrechtlichen Vorschriften des Delegierten Beschlusses (EU) 2017/2075 zum Zuweisungsverfahren auf nationaler Ebene zu konkretisieren. Zum einen sollte vorgesehen werden, dass der zeitliche Abstand zwischen Bekanntgabe des finalen Netzfahrplanentwurfs und dessen Inkrafttreten, der nach dem Delegierten Beschluss jedenfalls mehr als einen Monat betragen muss, vom deutschen Gesetzgeber konkretisiert wird. Um die Planungssicherheit für die Eisenbahnverkehrsunternehmen zu erhöhen, sollte der Gesetzgeber hier einen längeren zeitlichen Abstand von beispielsweise zwei oder drei Monaten vorschreiben. Zum anderen sollte gesetzlich festgelegt werden, dass in Fällen von Anmeldekonflikten die Schienennetz-Benutzungsbedingungen für das Zuweisungsverfahren der zweiten Anmeldephase sowohl den Vorgaben des Delegierten Beschlusses als auch den gesetzlich vorgesehenen Koordinierungs- und Streitbeilegungsvorschriften der §§ 52, 53 ERegG aus der ersten Anmeldephase entsprechen müssen.

4.2.2 Zuweisungsproblematik bei überlasteten Schienenwegen

4.2.2.1 Überlastete Schienenwege bergen wettbewerbliche Risiken

132. Die Zuweisung von Schienenwegkapazitäten ist besonders dann schwierig, wenn konfligierende Trassenanmeldungen im Zuweisungsverfahren in Einklang gebracht werden müssen. So gingen allein für das Netzfahrplanjahr 2019/2020 bei der DB Netz AG über 72.000 Trassenanmeldungen ein.¹⁷⁶ Aufgrund der Vielzahl von Trassenanmeldungen und der zugleich begrenzten Kapazitäten treten in der Praxis daher regelmäßig Konflikte bei der Erstellung des jährlichen Netzfahrplans auf. Kommt es auch nach Koordinierung der beantragten Zugtrassen und Konsultation der betroffenen Zugangsberechtigten nach Vorgaben der §§ 52 und 53 ERegG dazu, dass der Nachfrage auf Zuweisung von Trassen während bestimmter Zeitabschnitte nicht in einem angemessenen Umfang entsprochen werden kann, wird von einer Überlastung der Schienenwege gesprochen.¹⁷⁷ Dies bedeutet, dass die verfügbaren Schienenwegkapazitäten nicht ausreichend sind, um alle Personen- oder Güterverkehre wie angemeldet durchführen zu können. Schienenverkehre können nicht in einem angemessenen Umfang durchgeführt werden, wenn der Betreiber der Schienenwege die Trassenanmeldung beispielsweise ganz ablehnt oder außerhalb eines Zeitkorridors ver-

¹⁷⁶ Deutsche Bahn AG, Pressemitteilung vom 31. August 2019- Fahrplan für 2020 steht.

¹⁷⁷ § 55 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 1 Nr. 13 ERegG.

schiebt, sodass die entsprechende Trasse für das betroffene Eisenbahnverkehrsunternehmen nicht mehr wirtschaftlich ist. Darüber hinaus gibt es eine Reihe weiterer Kriterien, z. B. starke Abweichungen von Haltezeiten oder Beförderungszeiten gegenüber der ursprünglichen Anmeldung.¹⁷⁸

133. Die DB Netz AG hat im Zeitraum von 2007 bis Dezember 2020 insgesamt 21 Strecken, Streckenabschnitte oder Knotenpunkte für überlastet erklärt. Nach Angaben der Europäischen Kommission betrug die Gesamtlänge überlasteter Schienenwege im Jahr 2018 in Deutschland insgesamt 731 Trassenkilometer. Damit liegt Deutschland im europäischen Vergleich auf Platz zwei der meist überlasteten Schienenwege.¹⁷⁹ Bisher gelang es der DB Netz AG nicht, betroffene Engpässe zu beseitigen, weshalb bisher keine Überlastungserklärung zurückgenommen werden konnte.¹⁸⁰ Es ist davon auszugehen, dass aufgrund eines weiteren Nachfrageanstiegs in Zukunft zusätzliche Schienenwege der DB Netz AG für überlastet erklärt werden.

134. In der Praxis bedeutet eine Überlastung von Schienenwegen eine Nichtverfügbarkeit einer Trasse für einige Eisenbahnverkehrsunternehmen für die gesamte Dauer der Netzfahrplanperiode. Daher geht es im Vergleich zu dem üblichen Zuweisungsverfahren ohne Überlastung nicht länger darum, ob eine Trasse zu einem gewünschten Zeitpunkt nicht erlangt werden kann. Vielmehr geht es darum, ob eine Trasse überhaupt zur Verfügung steht. Der Betreiber der Schienenwege muss eine Entscheidung treffen, welches Eisenbahnverkehrsunternehmen einen vorrangigen Zugang gegenüber einem anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen erhält, das dadurch von der Schienenwegnutzung ausgeschlossen wird. Trotz der Monopolstellung der DB Netz AG darf es nicht dazu kommen, dass die Zuweisung knapper Schienenwegkapazitäten gezielt zur Verdrängung des Wettbewerbs eingesetzt wird. Eine nicht-diskriminierende Zuweisung ist insoweit besonders wichtig, damit Zugangsberechtigte überhaupt in den Markt eintreten und sich im Wettbewerb behaupten können. Der deutsche Gesetzgeber trägt dieser wettbewerblichen Problematik bei überlasteten Schienenwegen Rechnung und hat bei der Umsetzung der Richtlinie 2012/34/EU in § 55 ERegG besondere Verfahrensregeln für das Zuweisungsverfahren eingeführt (vgl. Abschnitt 4.2.2.2). Allerdings erscheinen die gesetzlich vorgesehenen Verfahrensregeln – wie nachfolgend gezeigt wird – ergänzungsbedürftig, um in der Praxis eine nicht-diskriminierende Zuweisung von überlasteten Schienenwegen zu gewährleisten.

4.2.2.2 Verbindliche Vorrangkriterien für die Zuweisung überlasteter Schienenwege schaffen

135. Das Eisenbahnregulierungsrecht schreibt in § 55 ERegG ein gesondertes Zuweisungsverfahren für überlastete Schienenwege vor. Hierbei ist der Betreiber der Schienenwege gemäß § 55 Abs. 1 ERegG dazu verpflichtet, den betreffenden Schienenwegabschnitt gegenüber der zuständigen Eisenbahnaufsichtsbehörde und der Regulierungsbehörde als überlastet zu erklären.¹⁸¹ Diese Informationspflicht gilt ebenfalls für Schienenwege, bei denen abzusehen ist, dass ihre Kapazität in naher Zukunft nicht ausreichen wird.¹⁸² Liegen überlastete oder in Zukunft voraussichtlich

¹⁷⁸ Eine Konkretisierung des Begriffs „in angemessenen Umfang“ in § 55 Abs. 1 ERegG nimmt der Gesetzgeber nicht vor. Dieser unbestimmte Rechtsbegriff wird daher in der Verwaltungsrichtlinie von dem Eisenbahn-Bundesamt und der Bundesnetzagentur konkretisiert. Vgl. Verwaltungsrichtlinie des Eisenbahn-Bundesamtes und der Bundesnetzagentur zum „Überlasteten Schienenweg“ gemäß § 55 ERegG, Fassung vom 14. November 2016; Müller in: Kühling/Otte, AEG/ERegG, a. a. O., § 59 ERegG Rn. 41.

¹⁷⁹ Die Europäische Kommission ist gemäß Art. 15 Abs. 4 der Richtlinie 2012/34/EU dazu verpflichtet, alle zwei Jahre einen Bericht über den europäischen Eisenbahnverkehrsmarkt zu erstellen. Vgl. EU-Kommission, Commission Staff Working Document, Accompanying the document: Seventh monitoring report on the development of the rail market under Article 15(4) of Directive 2012/34/EU of the European Parliament and of the Council, SWD (2021) 1 final, 13. Januar 2021, S. 116.

¹⁸⁰ Angaben der DB Netz AG gegenüber der Monopolkommission.

¹⁸¹ Eine Überlastungserklärung hat der Betreiber der Schienenwege entsprechend § 19 Abs. 2 ERegG in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen zu veröffentlichen, vgl. § 55 Abs. 1 S. 4 ERegG.

¹⁸² § 55 Abs. 1 S. 2. Der Begriff „in naher Zukunft absehbar nicht ausreichend“ wird ebenfalls in der Verwaltungsrichtlinie vom Eisenbahn-Bundesamt und der Bundesnetzagentur konkretisiert. Eine absehbare zukünftige Überlastung liegt demnach vor, wenn der Betreiber der Schienenwege zu einer Rahmenvertragsanmeldung kein Trassenangebot abgeben kann oder wenn auf Grundlage von Machbarkeitsstudien und deren konkreter Umsetzung, zukünftig Nutzungskonflikte zu erwarten sind. Die DB Netz AG führt hierzu sog. Eisenbahnbetriebswissenschaftliche Untersuchungen (EBWU) für u. a. stark belastete Strecken durch. Im Rahmen dessen kön-

überlastete Schienenwege vor, kann der Betreiber der Schienenwege zur Steuerung und Koordinierung der Trassen nachfrage zunächst einen Knappheitszuschlag auf das reguläre Trassenentgelt nach § 35 Abs. 1 ERegG erheben.¹⁸³ Sofern – wie in der Praxis grundsätzlich üblich – kein Knappheitsentgelt erhoben wird oder dieses zu keinem befriedigenden Ergebnis führt, können bei der Zuweisung überlasteter Schienenwege gemäß § 55 Abs. 3 ERegG zusätzliche Vorrangkriterien Anwendung finden.

136. Problematisch ist, dass es dem Betreiber der Schienenwege überlassen wird, ob er vordefinierte Vorrangkriterien festlegt, nach denen er den Eisenbahnverkehrsunternehmen einen Zugang zum überlasteten Schienenweg gewährt.¹⁸⁴ So handelt es sich bei den gesetzlichen Regelungen des § 55 Abs. 3 ERegG um eine „Kann“-Regelung, die es dem Betreiber der Schienenwege ermöglicht, über das „Ob“ der Anwendung von Vorrangkriterien frei zu entscheiden. Aktuell zeigt sich, dass der Großteil der deutschen Betreiber der Schienenwege auch bei anhaltenden, bekannten Engpässen der Schienenwegkapazität kaum bis gar keine Vorrangkriterien im Sinne des § 55 Abs. 3 bis 5 ERegG aufstellt.¹⁸⁵ Auch die DB Netz AG hat als größter Schienenwegbetreiber bisher davon keinen Gebrauch gemacht.

137. Das Fehlen transparenter sowie allgemeingültiger Vorrangkriterien bringt erhebliche Diskriminierungspotenziale mit sich. So bleibt die Entscheidung und Abwägung, welches Eisenbahnverkehrsunternehmen einen vorrangigen Zugang zum überlasteten Schienenweg erhält, allein dem Betreiber der Schienenwege überlassen. Im Grunde wird dem Schienenwegbetreiber als einem gewinnorientierten Wirtschaftsunternehmen die Aufgabe übertragen, eine gemeinwohlorientierte Abwägungsentscheidung zugunsten eines Eisenbahnverkehrsunternehmens und zulasten eines anderen, das hierdurch von der Trassennutzung ausgeschlossen wird, zu treffen. Es ist nicht auszuschließen und mit Blick auf die Bindung der DB Netz AG an das Konzerninteresse sogar wahrscheinlich, dass die DB Netz AG ihren nachgeordneten Eisenbahnverkehrsunternehmen bevorzugt Zugang zu den Trassen gewährt und folglich Überlastungssituationen gezielt für die Verdrängung einzelner Wettbewerber nutzt. Eine uneinheitliche Zuweisung von überlasteten Zugtrassen, durch die einzelne Eisenbahnverkehrsunternehmen benachteiligt werden könnten, kann insoweit auch als eine wettbewerbswidrige Diskriminierung im Sinne des Art. 102 lit. c AEUV ausgefasst werden.

138. Darüber hinaus birgt das Fehlen von klar definierten Vorrangkriterien zusätzlich die Gefahr, dass aufgrund der Gewinnorientierung des Schienenwegbetreibers eine Vergabe von Trassen über das betrieblich stabile Fahrbare hinaus erfolgt. In der Folge kann dies zu betrieblichen Problemen und sich aufschaukelnden Verspätungen bei der Bereitstellung der Trasse führen. Dies ist mit Blick auf die Zukunft als besonders kritisch zu sehen, da mit der zukünftig erwarteten Verkehrssteigerung die Abwägung und ein angemessener Ausgleich zwischen den Bedürfnissen nach Schienenwegkapazitäten einerseits und dem Bedürfnis nach qualitativ robusten Fahrplänen andererseits sowie der Optimierung der Kapazitätsnutzung zunehmend an Bedeutung gewinnen werden.

139. Verfahrensrechtlich ist zu berücksichtigen, dass in § 55 Abs. 7 ERegG zwar eine gesetzliche Möglichkeit geschaffen wurde, den Betreiber der Schienenwege im Einzelfall zur Aufstellung von Vorrangkriterien zu verpflichten. Demnach kann die Regulierungsbehörde auf Antrag eines Zugangsberechtigten den Schienenwegbetreiber anweisen,

nen bereits als problematisch geltende Strecken als überlastet erklärt werden, selbst wenn es noch keine konkreten Konflikte zwischen verschiedenen Anträgen gab. Die EBWU waren bereits mehrfach für Überlastungserklärungen entscheidend. Vgl. Verwaltungsrichtlinie des Eisenbahn-Bundesamtes und der Bundesnetzagentur zum „Überlasteten Schienenweg“ gemäß § 55 ERegG, Fassung vom 14. November 2016, S. 4; Müller in: Kühling/Otte, AEG/ERegG, a. a. O., § 59 ERegG Rn. 43 f.

¹⁸³ § 55 Abs. 3 ERegG. Die Entgelterhöhung soll in diesem Fall die Knappheit der Schienenwegkapazitäten widerspiegeln. In der Praxis kommt der Erhebung eines Knappheitszuschlags eine eher nachrangige Bedeutung zu. Die DB Netz AG erhebt für das Netzfahrplanjahr 2020/2021 beispielsweise keine Knappheitszuschläge. Vgl. DB Netz AG, Schienennetz-Benutzungsbedingungen (SNB 2021), a. a. O., S. 134.

¹⁸⁴ Die anzuwendenden Vorrangkriterien wären in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen nach § 19 ERegG zu veröffentlichen, vgl. § 55 Abs. 6 ERegG.

¹⁸⁵ BNetzA, Bericht über die Erfahrungen der Bundesnetzagentur bei der Anwendung des Eisenbahnregulierungsgesetzes (ERegG-Evaluierungsbericht), a. a. O., S. 7.

in einer Frist von drei Wochen Vorrangkriterien aufzustellen und in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen zu veröffentlichen. Die Vorrangkriterien sind eine Woche nach Veröffentlichung anzuwenden. Eine solche Einzelfallregelung kann die Zuweisungsproblematik überlasteter Schienenwege jedoch nur unzureichend lösen.¹⁸⁶

140. Problematisch ist, dass selbst wenn sich ein Betreiber der Schienenwege dazu entscheidet oder im Einzelfall dazu verpflichtet wird, Vorrangkriterien aufzustellen („Ob“), im Hinblick auf die konkrete Umsetzung („Wie“) große Spielräume bestehen. So müssen die Vorrangkriterien den Maßgaben der § 55 Abs. 4 und 5 ERegG entsprechen. Zunächst sollen die Vorrangkriterien gemäß § 55 Abs. 4 ERegG dem gesellschaftlichen Nutzen des vorgelassenen Verkehrsdienstes gegenüber anderen Verkehrsdiensten, die dadurch von der Schienenwegnutzung ausgeschlossen werden, Rechnung tragen. Dabei wird dem SPNV eine besondere Bedeutung zugemessen, wenn dieser zur Sicherstellung einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsdiensten des öffentlichen Nahverkehrs zwingend erforderlich ist. Laut Gesetzesbegründung kann der gesellschaftliche Nutzen des SPNV jedenfalls dann angenommen werden.¹⁸⁷ Offen bleibt, wie der gesellschaftliche Nutzen in Bezug auf die anderen Verkehrsarten – SPFV und SGV – definiert wird. Hier wird dem Schienenwegbetreiber ein Spielraum eingeräumt, den gesellschaftlichen Nutzen eigenständig festzulegen und auf Grundlage dessen eine Koordinierung konfligierender Anträge auf Zuweisung von Schienenwegkapazitäten vorzunehmen. Darüber hinaus ist bei der Aufstellung von Vorrangkriterien gemäß § 55 Abs. 5 ERegG die Bedeutung des Güterverkehrs, insbesondere bei grenzüberschreitenden Güterverkehrsdiensten, zu berücksichtigen.

141. Aus § 55 Abs. 4 und 5 ERegG geht hervor, dass der Betreiber der Schienenwege bei der Zuweisung überlasteter Schienenwege gegenwärtig in erster Linie die Bedeutung des SGV und des SPNV berücksichtigen soll, während der SPFV außer Acht gelassen wird. Dies könnte darauf zurückzuführen sein, dass der deutsche Gesetzgeber mit dem § 55 ERegG lediglich eine wortlautgetreue Umsetzung des Art. 47 Abs. 4 und 5 der RL 2012/34/EU vorgenommen hat. Dies ist zu bedauern, weil die in Art. 47 der RL 2012/34/EU enthaltene Regelung lediglich eine Mindestvorgabe darstellt, die Raum für eine weitere Konkretisierung und eine Einbindung des Schienenpersonenfernverkehrs lassen würde. Die Bevorzugung einzelner Verkehrsarten birgt die konkrete Gefahr, dass es zu keiner optimalen Auslastung des Gesamtnetzes durch alle Verkehrsarten kommt. Zudem stellt sich die Frage, wie der angestrebte Deutschlandtakt in das gegenwärtige System einzubinden ist, wenn der SPFV, der als Grundgerüst des Deutschlandtaktes angelegt ist, eine nachrangige Behandlung erfährt.

142. Vor diesem Hintergrund empfiehlt die Monopolkommission, den Betreiber der Schienenwege generell zur Anwendung von Vorrangkriterien im Sinne des § 55 Abs. 3 bis 5 ERegG zu verpflichten. Nur sofern es klare und transparente Vorrangkriterien gibt, kann eine einheitliche sowie nicht-diskriminierende Zuweisung von überlasteten Engpässen gewährleistet werden. Dazu sollte § 55 Abs. 3 ERegG so umformuliert werden, dass der Betreiber der Schienenwege bei der Zuweisung von Schienenwegkapazität zusätzlich Vorrangkriterien nach Maßgabe der Absätze 4 und 5 nicht nur anwenden „kann“, sondern dass er diese vielmehr „anzuwenden hat“. Die einzelnen Vorrangkriterien sollten jedoch durch den deutschen Gesetzgeber und nicht – wie bisher in § 55 Abs. 3 ERegG vorgesehen – durch den Betreiber der Schienenwege definiert werden. Es ist zu empfehlen, dass die gesetzlichen Vorrangkriterien dabei Marktneulinge und kleinere Eisenbahnverkehrsunternehmen begünstigen. Dies könnte Markteintritte fördern sowie die Wettbewerbsfähigkeit von kleineren am Markt bestehenden Unternehmen stärken. Auch sollte bei der Aufstellung von Vorrangkriterien dem SPFV mit Blick auf den Deutschlandtakt eine besondere Rolle zugeordnet werden.¹⁸⁸ Ein solches Tätigwerden des Gesetzgebers erscheint auch nach Art. 47 Abs. 4 der RL 2012/34/EU zulässig.

¹⁸⁶ In der Praxis ergeben sich darüber hinaus diverse Umsetzungsschwierigkeiten, da die in § 55 Abs. 7 ERegG vorgesehene Kurzfristregelung nicht zu den sonst eher langen Fristen im ERegG passt. Dies gilt vor allem in Bezug auf die gesetzlich vorgeschriebenen Stellungnahmemöglichkeiten der Zugangsberechtigten, wonach diese einen Monat lang zu Änderungen in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen Stellung nehmen können. Dies ist unmöglich, wenn die Vorrangkriterien bereits eine Woche nach Veröffentlichung Anwendung finden. Vgl. Müller in: Kühling/Otte, AEG/ERegG, a. a. O., § 55 ERegG Rn. 92 ff.

¹⁸⁷ Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs im Eisenbahnbereich, BR-Drs. 22/16 vom 15. Januar 2016, S. 313.

¹⁸⁸ Siehe hierzu auch Tz. 264 dieses Sektorgutachtens.

Danach können „die Mitgliedstaaten [...] die erforderlichen Maßnahmen treffen“, um sicherzustellen, dass gemeinwirtschaftliche Verkehrsdienste bei der Zuweisung von Schienenwegkapazitäten Vorrang erhalten. Eine generelle Verpflichtung zur Anwendung von Vorrangkriterien könnte nicht nur eine faire Vergabe von Trassen bei Kapazitätsengpässen sicherstellen, sondern auch zu einem optimalen Ausnutzungsgrad des Schienennetzes beitragen. Die Regelung des § 55 Abs. 7 ERegG könnte entfallen.

143. Darüber hinaus sollte zur Steuerung der Nachfrage in Überlastungssituationen eine stärkere Anwendung von Knappheitsentgelten im Sinne des § 35 Abs. 1 ERegG erfolgen. Dadurch würde den externen Kosten, die durch Kapazitätsengpässe auf dem Schienennetz entstehen, Rechnung getragen.¹⁸⁹ Die Erhebung von Knappheitsentgelten würde zudem dazu führen, dass der Betreiber der Schienenwege einen Plan zur Erhöhung der Schienenwegkapazität erstellen müsste (§ 59 Abs. 1 ERegG). Dieser Plan soll u. a. eine systematische Erfassung von Überastungsgründen, zukünftige Verkehrsprognosen sowie mögliche Optionen für die Erhöhung der Schienenwegkapazität umfassen. Während die Umsetzung solcher infrastruktureller Ausbaumaßnahmen bisher – sofern überhaupt – häufig nur mit großer Zeitverzögerung erfolgte, ist seit der Änderung des ERegG im Juni 2021 in § 59 Abs. 7 ERegG eine unverzügliche Umsetzungspflicht des bundeseigenen Betreibers der Schienenwege vorgesehen, sobald eine positive Entscheidung über die Finanzierung nach dem Bundesschienenwegeausbaugesetz und den verfügbaren Bundeshaushaltsmitteln vorliegt.¹⁹⁰

4.2.3 Zugangserschwernisse bei Abstellgleisen

4.2.3.1 Mehrjährige Nutzungsverträge erschweren den Zugang

144. Die Nutzung von Serviceeinrichtungen, wie Personen- und Rangierbahnhöfen, Zugbildungseinrichtungen, Abstellgleisen und Wartungseinrichtungen, stellt für die Erbringung von Verkehrsdienstleistungen ebenso wie die Schieneninfrastruktur ein entscheidendes Vorleistungsprodukt dar.¹⁹¹ Schließlich ist die Nutzung von Trassen ohne entsprechende Serviceeinrichtungen nicht möglich. Entsprechend ist die Sicherstellung eines diskriminierungsfreien Zugangs für die Eisenbahnverkehrsunternehmen von wesentlicher Bedeutung. Regulierungsrechtlich wird jedem Zugangsberechtigten gemäß § 10 Abs. 3 ERegG ein Recht auf Zugang zu Serviceeinrichtungen zu angemessenen, nicht-diskriminierenden und transparenten Bedingungen eingeräumt.

145. In der Praxis zeigt sich, dass für Eisenbahnverkehrsunternehmen die Nutzung von Serviceeinrichtungen häufig nur unter erschwerten Bedingungen möglich ist. So beklagten in der Vergangenheit vor allem die Wettbewerber der Verkehrsunternehmen des DB-Konzerns verstärkt Probleme, insbesondere in Ballungsgebieten einen Zugang zu geeigneten Serviceeinrichtungen zu erhalten. Dieser Problematik liegt zugrunde, dass nicht nur bei Schienenwegen, sondern auch bei Serviceeinrichtungen die verfügbaren Kapazitäten im Markt zunehmend knapper werden.

146. Teilweise besonders angespannt ist die Situation beim Zugang zu Abstellgleisen. Diese werden von Eisenbahnverkehrsunternehmen sowohl im Personen- als auch im Güterverkehr benötigt, um vorübergehend nicht eingesetzte Züge vor und nach einer Zugfahrt abzustellen. Hierbei kann die Verweildauer auf dem Abstellgleis kürzer, z. B. während einer nächtlichen Betriebsruhe, oder länger, z. B. zum Parken ungenutzter Züge, sein. Zugangserschwernisse bestehen derzeit vor allem aufgrund der vorgenannten Kapazitätsengpässe, wobei insbesondere solche Abstellgleise betroffen sind, die zu einem hohen Anteil von Schienenpersonenverkehren genutzt werden. Hierzu zählen

¹⁸⁹ Siehe hierzu auch Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn (2019), a. a. O., Tz. 156 f.

¹⁹⁰ Die Entscheidung über die Finanzierung soll sich bei nicht-bundeseigenen Betreibern der Schienenwege nach dem hierfür geltenden Zuwendungsrecht richten, vgl. Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts, BT-Drs. 19/27656 vom 17. März 2021.

¹⁹¹ Der Begriff Serviceeinrichtungen umfasst gemäß § 10 Abs. 1 i. V. m. Anlage 2 Nr. 2 zum ERegG sowohl Personenbahnhöfe, Güterterminals, Rangierbahnhöfe und Zugbildungseinrichtungen als auch Abstellgleise, Wartungs- und andere technische Einrichtungen, Einrichtungen für die Brennstoffaufnahme sowie Hilfsreinrichtungen wie Verladeeinrichtungen für Autoverkehre.

insbesondere Ballungsgebiete und Knotenpunkte wie Berlin, Hamburg oder Köln. Die kapazitätsbedingten Zugangsschwernisse zeigen sich darin, dass die Anzahl von beabsichtigten Ablehnungen von Anträgen auf Zuweisung von Abstellgleisen in den vergangenen Jahren stetig angestiegen ist. So lehnte die DB Netz AG im Jahr 2020 insgesamt 33 Zuweisungsanträge ab. Im Vergleich dazu waren es im Vorjahr 2019 fünfzehn und im Jahr 2018 lediglich zehn beabsichtigte Ablehnungen.¹⁹² Auch spiegelt sich die angespannte Situation in der von der Bundesnetzagentur jährlich durchgeführten Markterhebung wider, die rund 600 Betreiber von Serviceeinrichtungen berücksichtigt. Im Rahmen dieser Markterhebung konnten die Zugangsberechtigten den Zugang zu verschiedenen Serviceeinrichtungen einschätzen und bewerten. Hierbei zeigte sich, dass die Zugangsberechtigten, während sie den Zugang z. B. zu Brennstoffaufnahmeeinrichtungen oder Personenbahnhöfen im Durchschnitt als „gut“ bis „sehr gut“ bewerteten, mit dem Zugang zu Abstellgleisen am unzufriedensten waren. Zwar beurteilten ca. 30 Prozent der Befragten den Zugang noch als „mittelmäßig“, weitere 30 Prozent jedoch mit „schlecht“ oder „ungenügend“.¹⁹³

147. Die derzeitigen Zugangsschwernisse bei Abstellgleisen werden dadurch verstärkt, dass regelmäßig ein Großteil der vorhandenen Abstellkapazitäten – vor allem in Ballungsgebieten – durch mehrjährige Nutzungsverträge an ein Eisenbahnverkehrsunternehmen gebunden ist. Mit mehrjährigen Verträgen können Eisenbahnverkehrsunternehmen Abstellkapazitäten für mehr als eine Netzfahrplanperiode absichern. So bietet die DB Netz AG etwa Verträge mit einer Vertragsdauer von bis zu fünf Jahren an. Insgesamt hat die DB Netz AG für rund 4.000 ihrer ca. 12.000 Abstellgleise lang laufende Nutzungsverträge mit Eisenbahnverkehrsunternehmen abgeschlossen. Hierbei handelte es sich in 94 Prozent der Fälle um Mehrjahresverträge zwischen der DB Netz AG und einem Eisenbahnverkehrsunternehmen aus dem DB-Konzern.¹⁹⁴ Damit ist der Anteil langfristig vergebener Abstellkapazitäten im Hinblick auf das gesamte Bundesgebiet zwar im Durchschnitt vergleichsweise gering. Allerdings ist die Verteilung mehrjähriger Verträge sehr heterogen. Während in einigen Regionen fernab von Knotenpunkten tendenziell weniger Abstellkapazitäten längerfristig gebunden sind, wurden in einigen Ballungsgebieten wie Berlin, Frankfurt oder Dortmund nahezu die gesamten Abstellkapazitäten (bis zu 96 Prozent) einer Betriebsanlage über langfristige Nutzungsverträge vergeben. Auch an anderen verkehrsbedeutenden Standorten wie Hamburg oder Stuttgart sind jeweils hohe Anteile an Abstellkapazitäten langfristig vertraglich gebunden.¹⁹⁵

148. Der Abschluss eines mehrjährigen Nutzungsvertrages führt grundsätzlich dazu, dass die vertraglich gebundene Kapazität dem restlichen Markt für die Dauer der Vertragslaufzeit nicht mehr zur Verfügung steht.¹⁹⁶ Zwar bieten lang laufende Verträge den vertragsschließenden Eisenbahnverkehrsunternehmen Planungssicherheit, weil diese sich Abstellkapazitäten über mehr als eine Netzfahrplanperiode sichern können. Gleichzeitig können die Verträge aber für andere Eisenbahnverkehrsunternehmen, vor allem für Neueinsteiger und Gelegenheitsverkehre, eine erhebliche Hürde für den Marktzutritt darstellen. Führt der Abschluss von lang laufenden Nutzungsverträgen dazu, dass über einen längeren Zeitraum ein Großteil der Kapazitäten einem Teil der Marktteilnehmer nicht zur Verfügung steht, können lang laufende Verträge sogar eine marktverschließende Wirkung entfalten.¹⁹⁷ Diese Gefahr besteht

¹⁹² Angaben der BNetzA gegenüber der Monopolkommission.

¹⁹³ BNetzA, Marktuntersuchung Eisenbahnen 2020, a. a. O., S. 93 ff.

¹⁹⁴ BRH, Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 BHO über die Sicherstellung des Infrastrukturzugangs für Eisenbahnverkehrsunternehmen, Bonn, 22. Juni 2020, S. 24 f. Für die Anzahl insgesamt verfügbarer Abstellgleise der DB Netz AG siehe Hanseatic Transport Consultancy, Gutachten zu tragfähigen Marktalternativen unter Praxisbedingungen, im Auftrag der BNetzA, Oktober 2018, S. 20.

¹⁹⁵ Die BNetzA hat beispielsweise im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen die DB Netz AG festgestellt, dass im Frankfurter Abstellbahnhof 93 Prozent der Kapazitäten, im Dortmunder Betriebsbahnhof 96 Prozent sowie in den Betriebsanlagen Berlin-Grünwald 95 Prozent und in Berlin-Rummelsburg 89 Prozent der Gleiskapazitäten durch Mehrjahresverträge vergeben waren, vgl. BNetzA, Beschluss vom 15. Mai 2020, BK10-19-0227_Z; BNetzA, Beschluss vom 12. Dezember 2019, BK10-19-0247_Z, S. 23.

¹⁹⁶ Verfügt ein Eisenbahnverkehrsunternehmen über eine vertraglich zugesicherte Kapazität, kann es diese zur sog. Nebennutzung einem anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen freigeben. Damit sind Eisenbahnverkehrsunternehmen auf eine vorherige Zustimmung des langfristigen Mieters angewiesen, um die Abstellgleise bei Nichtnutzung nutzen zu können.

¹⁹⁷ BGH, Beschluss vom 10. Februar 2009, KVR 67/07 – Gaslieferverträge, BGHZ 180, 323-344 (zit. nach juris), Rz. 35.

insbesondere im Hinblick auf die DB Netz AG, die in einigen Regionen bereits umfangreiche Abstellkapazitäten langfristig vor allem an ihre eigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen vergeben hat. Darüber hinaus führten Mehrjahresverträge in der Vergangenheit mehrfach zu Beschwerdeverfahren bei der Bundesnetzagentur, nachdem Wettbewerber aufgrund eines bereits abgeschlossenen lang laufenden Nutzungsvertrages keine Abstellgleise von der DB Netz AG zugeteilt bekommen hatten. In mehreren Fällen mussten Wettbewerber auf weiter entfernte Abstellmöglichkeiten ausweichen. Dies führt regelmäßig zu langen Leerfahrten, die häufig weder ökologisch noch ökonomisch sinnvoll sind. So beabsichtigte in einem Fall ein SPFV-Wettbewerber, für seine Nachtzüge Abstellgleise in Hamburg-Langenhofen zu nutzen. Stattdessen bot die DB Netz AG diesem Wettbewerber Abstellmöglichkeiten u. a. im rund 45 Kilometer entfernten Buchholz (Nordheide) an. In einem weiteren Fall konnte ein Wettbewerber in der Nähe von Hamburg keine Abstellgleise erhalten, weshalb er seine Züge rund 150 Kilometer entfernt in Hannover abstellen musste.¹⁹⁸ Einige Wettbewerber gaben gegenüber der Monopolkommission an, dass sie aufgrund fehlender Abstellgleise zum Teil bereits bestellte Schienenwegkapazitäten nicht nutzen konnten. Dadurch wird die Etablierung neuer Marktteilnehmer und ein Wachstum des deutschen Eisenbahnsektors erheblich erschwert.

149. Problematisch ist zudem, wenn lang laufende Nutzungsverträge zur strategischen Blockade von Abstellgleisen eingesetzt werden, wie Marktteilnehmer der Monopolkommission berichten.¹⁹⁹ Denkbar ist etwa, dass ein Eisenbahnverkehrsunternehmen Schienenwegkapazitäten im Netz verliert, der Vertrag über die Nutzung von Abstellgleisen aber fortbesteht. Es ist davon auszugehen, dass das Eisenbahnverkehrsunternehmen daraufhin ein großes Interesse daran hat, die Kapazitäten für einen etwaigen zukünftigen Bedarf weiterhin zu blockieren. Ein solch strategischer Umgang mit Mehrjahresverträgen kann die Zugangserschwernisse bei Abstellgleisen zusätzlich verschärfen. Überdies bemängeln viele Eisenbahnverkehrsunternehmen ganz allgemein eine fehlende Transparenz und Sichtbarkeit von freien Restkapazitäten. Häufig sei es unklar, ob und wie viele Abstellkapazitäten in einer betreffenden Region noch verfügbar seien. Kritisch sei dabei auch, dass Anmeldungen von Abstellkapazitäten rein gleisbezogen sind. Demnach können Eisenbahnverkehrsunternehmen nur die Verfügbarkeit eines einzelnen Abstellgleises, nicht aber die gesamten Abstellmöglichkeiten einer Betriebsanlage anfragen. Eine gesamtheitliche Betrachtung von Betriebsanlagen sowie eine Prüfung alternativer Abstellgleise erfolge in der Regel nicht.

150. Darüber hinaus ist zu konstatieren, dass die Zuweisung von Abstellgleisen, die vor allem bei Kapazitätsengpässen ein hohes Diskriminierungspotenzial bieten, nicht ausreichend reguliert wird. Der Regulierungsbehörde bleibt nur der konkrete Einzelfall, Zugangsprobleme zu überprüfen. Ihre Möglichkeiten, dabei etwaige Wettbewerbsbeschränkungen zu prüfen und zu korrigieren, sind jedoch äußerst begrenzt.²⁰⁰ Die Bundesnetzagentur hat bereits mehrere umfangreiche Beschwerdeverfahren im Hinblick auf die Kapazitätszuweisung von mehrjährig vertraglich gebundenen Abstellgleisen geführt. In daran anschließenden Gerichtsverfahren hat das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen jedoch entschieden, dass die Regulierungsbehörde nicht dazu ermächtigt ist, einem sich beschwerenden Zugangsberechtigten die beantragte Abstellkapazität zuzuweisen, wenn sie dazu in einen bereits bestehenden Nutzungsvertrag eingreifen müsste. Das Gericht stützte sich dabei auf den besonderen Vertrauensschutz aufgrund bestehender Verträge.²⁰¹

¹⁹⁸ Siehe BNetzA, Beschluss vom 12. Dezember 2019, BK10-19-0247_Z, S. 23; BRH, Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 BHO über die Sicherstellung des Infrastrukturzugangs für Eisenbahnverkehrsunternehmen, a. a. O., S. 24 f.

¹⁹⁹ Angaben, wie häufig lang laufende Nutzungsverträge zur strategischen Blockade von Abstellgleisen genutzt werden, liegen der Monopolkommission nicht vor.

²⁰⁰ Siehe § 13 Abs. 5 S. 2 ERegG, der nicht ausdrücklich einen Wettbewerbsbezug erstellt.

²⁰¹ Hintergrund des Verfahrens, welches den Konflikt eines Antrages auf Nutzung mit einer vertraglich bereits vergebenen Abstellkapazität betraf, war, dass die Bundesnetzagentur versuchte, eine vertraglich langfristig zugewiesene Kapazität zu begrenzen. Die Bundesnetzagentur stützte sich dabei auf Art. 14 der Durchführungsverordnung (EU) 2017/2177, wonach die Regulierungsbehörde nach Abwägung verschiedener Belange einen angemessenen Teil der Kapazitäten dem Zugangsberechtigten zuweisen kann. Vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 19. September 2019, 13 B 1261/19 und 13 B 1262/19, Eisenbahnregulierungsrecht – regulatorische Zuweisung von Kapazitäten in einer Serviceeinheit, ECLI:DE:OVGNRW:2019:0919.13B1261.19.00. So auch OVG

4.2.3.2 Anzahl mehrjähriger Nutzungsverträge begrenzen und Informationsprobleme abbauen

151. Durch den Abschluss von lang laufenden Nutzungsverträgen bei Abstellgleisen wird die vertraglich gebundene Kapazität für die Dauer der Vertragslaufzeit dem Markt entzogen. Dies kann unter Berücksichtigung des besonderen Interesses der Eisenbahnverkehrsunternehmen an Planungssicherheit wie auch der Vertragsfreiheit in einem gewissen Umfang hingenommen werden. Allerdings dürfen Mehrjahresverträge den Wettbewerb nicht zum Erliegen bringen. Bei der Abgrenzung, ob langfristige Nutzungsverträge eine derart weitreichende Wettbewerbsbeschränkung bewirken, sind vor allem die Laufzeit der Verträge und der Grad der Kapazitätsbindung zu berücksichtigen. Die mit dem Abschluss des Mehrjahresvertrags einhergehende Ausschlusswirkung anderer Wettbewerber ist dabei umso größer, je länger der Vertrag läuft und je größer der Anteil der vertraglich gebundenen Kapazitäten an der insgesamt verfügbaren Kapazität ist.²⁰² So ist gemäß der Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen (EU) Nr. 330/2010 der Europäischen Kommission (Vertikal-GVO) eine unzulässige Marktbeschränkung grundsätzlich anzunehmen, wenn durch einen Lieferanten, der bis zu 30 Prozent Marktanteil besitzt, 80 Prozent des Gesamtbedarfs eines konkurrierenden Abnehmers gedeckt wird und die Laufzeit der zugrunde liegenden vertraglichen Vereinbarung fünf Jahre übersteigt (Art. 3 und 5. i. V. m. Art 1 lit. d Vertikal-GVO).²⁰³ Ein weiterer Anhaltspunkt, wann ein langfristiges Vertragsverhältnis in eine Wettbewerbsbeschränkung umschlagen kann, bietet Art. 8 Abs. 2 der Durchführungsverordnung (EU) 2016/545. Demnach kann im Hinblick auf die Schienenwege eine Vergabe von Rahmenverträgen nur bis zu 70 Prozent der Gesamtkapazität innerhalb eines beliebigen Kontrollzeitraums gruppenfreigestellt sein.²⁰⁴ Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Vergabe von Schienenwegkapazitäten nicht unmittelbar mit der von Abstellgleisen vergleichbar ist. Dies gilt nicht zuletzt, da die Dynamik der Nachfrage bei Schienenwegkapazitäten etwas größer sein dürfte als diejenige bei Abstellgleisen.

152. Nach Auffassung der Monopolkommission gibt eine Schwelle von 80 Prozent der verfügbaren Gesamtkapazität eine grundsätzlich geeignete Größenordnung an, ab der ein langfristiger Nutzungsvertrag von Abstellgleisen in eine Wettbewerbsbeschränkung umschlagen kann. Sie spricht sich daher dafür aus, den Anteil lang laufender Verträge auf maximal 80 Prozent der insgesamt zur Verfügung stehenden Gleiskapazitäten in einer Betriebsanlage zu beschränken.²⁰⁵ Dadurch könnte sichergestellt werden, dass nicht fast sämtliche zur Verfügung stehenden Kapazitäten längerfristig dem Zugang Dritter entzogen werden und gegebenenfalls Anträge auf Zuweisung aufgrund dessen abgelehnt werden müssen. Einer prozentualen Begrenzung von Mehrjahresverträgen steht auch nicht entgegen, dass die DB Netz AG nach eigenen Kriterien den Abschluss lang laufender Verträge für einige wenige Betriebsstellen, wie z. B. bei Grenzbahnhöfen, bereits ausgeschlossen hat.²⁰⁶ Eine vom marktmächtigen Eisenbahninfrastrukturbetreiber

Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 30. April 2020, 13 B 354/20, Eisenbahnregulierungsrecht – Zuweisung von Abstellgleiskapazitäten durch die Bundesnetzagentur, ECLI:DE:OVGNRW:2020:0430.13B354.20.00.

²⁰² BGH, Beschluss vom 10. Februar 2009, KVR 67/07 – Gaslieferverträge, BGHZ 180, 323-344 (zit. nach juris), Rz. 37 m. w. N.

²⁰³ Verordnung (EU) 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. L 102 vom 23. April 2010, S. 1. Die Vorgaben der Vertikal-GVO können nicht unmittelbar auf die Situation der Abstellgleise übertragen werden. Bei Abstellgleisen will die DB Netz AG (mit einem Marktanteil von deutlich mehr als 30 Prozent) nicht Nachfrager an sich binden, um Anbieter vom Markt fernzuhalten. Vielmehr sind die Zugangsberechtigten als Nachfrager daran interessiert, Kapazitäten für mehr als eine Netzfahrplanperiode abzusichern und im Zuge dessen dritte Nachfrager auszuschließen. Gleichwohl gibt die Vertikal-GVO mit der Vorgabe eines Schwellenwertes von 80 Prozent der Höchstkapazität einen Anhaltspunkt dafür, wann ein Mehrjahresvertrag in eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung umschlagen kann.

²⁰⁴ Durchführungsverordnung (EU) 2016/545 der Kommission vom 7. April 2016 über Verfahren und Kriterien in Bezug auf Rahmenverträge für die Zuweisung von Fahrwegkapazitäten, ABl. L 94 vom 8. April 2016, S. 1.

²⁰⁵ So auch die Bundesnetzagentur, die anlässlich eines Beschwerdeverfahrens unter anderem die Rechtmäßigkeit von lang laufenden Nutzungsverträgen bei Abstellgleisen geprüft hat. Sie kam zu dem Ergebnis, dass lang laufende Nutzungsverträge nicht per se eisenbahnrechtswidrig sind. Allerdings liege bei einer langfristigen Kapazitätsbindung von mehr als 80 Prozent in der Betriebsstelle die Vermutung einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung nahe. Vgl. BNetzA, Beschluss vom 15. Mai 2020, BK10-19-0227_Z.

²⁰⁶ Diese Betriebsstellen sind in Anlage 3.1.d zu den Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen aufgelistet. Vgl. DB Netz AG, Nutzungsbedingungen für die Serviceeinrichtungen der DB Netz AG (NBS 2021), Anlage 3.1d: Liste SE, Angebot NV nur für eine Netzfahrplanperiode, Version vom 13. Dezember 2020.

vorgenommene Einzelfallregelung kann nicht genügen, um die generelle Wettbewerbsproblematik mehrjähriger Nutzungsverträge auszuräumen.

153. Darüber hinaus könnte durch eine stärkere Anwendung des in § 13 ERegG vorgesehenen Höchstpreisverfahrens in Regionen mit Kapazitätsengpässen eine verbesserte Bewirtschaftung vorhandener Abstellkapazitäten und eine Verringerung des strategischen Umgangs mit langfristigen Verträgen erreicht werden. Höchstpreisverfahren führen grundsätzlich dazu, dass für die Nutzung stark ausgelasteter Betriebsanlagen, bei denen mehrere Zugangsberechtigte gleichzeitig den Zugang verlangen, tendenziell höhere Entgelte zu entrichten sind. Infolgedessen werden den Zugangsberechtigten wirtschaftliche Anreize gesetzt, nur so viel Abstellkapazitäten zu blockieren, wie sie tatsächlich nutzen. Durch die Setzung wirtschaftlicher Anreize könnte ein verändertes Nutzungsverhalten erzielt und so zu einer besseren tatsächlichen Auslastung der Kapazitäten beigetragen werden. In Zusammenhang mit der Erhebung von Knappheitspreisen erscheint es zielführend, analog zu dem für Schienenwegbetreiber bereits verpflichtenden „Plan zur Erhöhung von Schienenwegkapazitäten“ (§ 59 ERegG) auch für Betreiber von Serviceeinrichtungen eine solche Verpflichtung einzuführen.

154. Die Monopolkommission empfiehlt zudem die Einführung eines digitalen Webportals zur Echtzeit-Darstellung der tatsächlichen Auslastung einzelner Abstellgleise und der damit bestehenden freien Restkapazitäten einer gesamten Betriebsanlage. Besonders wenn Abstellkapazitäten für einen längeren Zeitraum vergeben werden, haben Zugangsberechtigte ein großes Interesse daran zu erfahren, wann die Abstellgleise wieder verfügbar sind. Es erscheint nicht ausreichend, wenn sie diese Informationen nur auf eine individuelle und gleisbezogene Anfrage beim Eisenbahninfrastrukturbetreiber erhalten. Auch dann könnten die Eisenbahnverkehrsunternehmen des DB-Konzerns aufgrund interner Kommunikationswege möglicherweise einen Vorteil besitzen. Daher sollte grundsätzlich jeder Eisenbahninfrastrukturbetreiber Informationen über die tatsächliche Verfügbarkeit von Abstellkapazitäten aktuell und verlässlich auf einer neutralen, jederzeit erreichbaren elektronischen Plattform zur Verfügung stellen. Ein derartiger Gedanke findet sich bereits in Art. 6 Abs. 3 Durchführungsverordnung (EU) 2017/2177.²⁰⁷ Bisher hat der deutsche Gesetzgeber jedoch von der Möglichkeit abgesehen, Eisenbahninfrastrukturbetreiber zur transparenten und diskriminierungsfreien Darstellung von Restkapazitäten auf einem gemeinsamen Webportal zu verpflichten. Eine solche Verpflichtung könnte im Übrigen zur besseren Kapazitätsbewirtschaftung beitragen und die Zugangssituation bei Abstellgleisen insbesondere für Neueinsteiger verbessern.

4.3 Regulierung der Zugangsentgelte

155. Für Eisenbahnverkehrsunternehmen ist die Nutzung der Eisenbahninfrastruktur essenziell. In Deutschland wird ein überwiegender Teil der Eisenbahninfrastruktur von dem DB-Konzern bereitgestellt. Hierbei erfüllen insbesondere die Schienenwege und die Personenbahnhöfe die Bedingungen für ein natürliches Monopol. Die daraus resultierende Marktmacht von Betreibern der Schienenwege und Betreibern der Personenbahnhöfe kann gegenüber den Wettbewerbern auf den Schienenverkehrsmärkten in missbräuchlicher Weise eingesetzt werden. Zur Gewährleistung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs auf den Schienenverkehrsmärkten sollte daher die Regulierung für diskriminierungsfreie Zugangsbedingungen und marktkonforme Zugangsentgelte sorgen. Hierzu gehören insbesondere die Trassenentgelte für die Nutzung von Schienenwegen und die Stationsentgelte für die Nutzung von Personenbahnhöfen.

156. Aufgrund des Fehlens von Wettbewerb bei den Eisenbahninfrastrukturbetreibern ist davon auszugehen, dass die Anreize zur Verbesserung der Effizienz und Qualität der Infrastruktur geringer ausgeprägt sind. Ineffizient hohe Kosten oder eine geminderte Qualität können – ohne regulatorische Eingriffe – dann an Eisenbahnverkehrsunternehmen weitergegeben werden, da diese keine Möglichkeit haben, auf eine alternative Eisenbahninfrastruktur auszuweichen. Die Entgeltregulierung sollte dafür sorgen, dass die Zugangsentgelte auf einem Niveau liegen, das sich

²⁰⁷ Durchführungsverordnung (EU) 2017/2177 der Kommission vom 22. November 2017 über den Zugang zu Serviceeinrichtungen und schienenverkehrsbezogenen Leistungen, ABl. L 307 vom 23. November 2017, S. 1.

bei hypothetischem Wettbewerb zwischen Eisenbahninfrastrukturunternehmen einstellen würde.²⁰⁸ Zudem sollten die Entgelte regulatorisch so ausgestaltet sein, dass sie wirksame Anreize zur Effizienz- und Qualitätssteigerung bieten. Darüber hinaus ist die Ausgestaltung der Zugangsentgelte so zu wählen, dass sie aus wohlfahrtsökonomischer Perspektive zu einer Maximierung des Nutzens aus dem Gesamtsystem Schiene und damit zur Reduzierung der volkswirtschaftlichen Gesamtkosten beiträgt.

4.3.1 Ausgestaltung der Zugangsentgeltregulierung

4.3.1.1 Trassenentgelte

157. Mit dem Erlass des Eisenbahnregulierungsgesetzes im Jahr 2016 ist die grundlegende Neugestaltung der Trassenentgeltregulierung einhergegangen. Anlass für diese Reform waren unionsrechtliche Vorgaben zur Entgeltregulierung, deren Umsetzung in deutsches Recht in den §§ 25 ff. ERegG erfolgt ist.²⁰⁹ Eine zentrale Neuerung war dabei die Einführung einer Anreizregulierung für Trassenentgelte, wodurch Anreize zur Senkung der Zugangsentgelte und der Kosten für die Schienenwegbereitstellung gesetzt werden sollten.²¹⁰

158. Die Anreizsetzung erfolgt im Rahmen einer Preisobergrenzenregulierung (Price-Cap). Dabei werden gemäß §§ 25 ff. ERegG Preisobergrenzen für die Trassenentgelte in den jeweiligen Netzfahrplanjahren und einer Regulierungsperiode von insgesamt fünf Jahren festgelegt.²¹¹ Hierzu wird von der Regulierungsbehörde vor Beginn einer Regulierungsperiode das Ausgangsniveau der Gesamtkosten der Schienenwegbetreiber bestimmt. Das Ausgangsniveau der Gesamtkosten umfasst dabei sämtliche Kosten, die zur Erbringung des sog. Mindestzugangspakets anfallen.²¹² Das Mindestzugangspaket stellt einen von den Betreibern der Schienenwege im Rahmen der Schienenwegbereitstellung verpflichtend zu erbringenden Leistungskatalog dar und umfasst im engeren Sinne Zugangsrechte, welche die unmittelbare Nutzung der Schienenwege betreffen.²¹³ Auf Grundlage des ermittelten Ausgangsniveaus der Gesamtkosten legt die Regulierungsbehörde dann für jedes Netzfahrplanjahr eine Obergrenze der Entgelte fest.²¹⁴ Die Bestimmung der jährlichen Obergrenze orientiert sich an dem ökonomischen Konzept der Price-Cap-Regulierung und ergibt sich aus dem Ausgangsniveau der Gesamtkosten zuzüglich der Inflationsrate und abzüglich eines Produktivitätsfortschrittsfaktors.²¹⁵ Der Betreiber der Schienenwege hat bei der Erhebung der Entgelte die festgelegte jährliche Obergrenze zu berücksichtigen, wobei die Summe der Entgelte (gewichtet nach der Betriebsleistung) die Obergrenze nicht überschreiten darf.²¹⁶ Hierdurch sollen Anreize zum Abbau von Ineffizienzen und zur Kostensenkung geboten werden. Entsprechen beispielsweise die Trassenerlöse des Betreibers der Schienenwege genau der festgelegten Obergrenze, so wäre es diesem gestattet, die bei einer Kostensenkung unter die Obergrenze

²⁰⁸ Dadurch würde auch eine Parallele zu den kartellrechtlichen Zugangsbedingungen nach der Essential-facilities-Doktrin (§ 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB) hergestellt; vgl. EuGH, Urteil vom 16. Juli 2015, C-170/13 – Huawei Technologies, ECLI:EU:C:2015:477.

²⁰⁹ Richtlinie 2012/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums vom 21. November 2012, ABl. L 343 vom 14. Dezember 2012, S. 32.

²¹⁰ Für eine detaillierte Beschreibung der Trassenentgeltregulierung siehe Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn (2019), a. a. O., Tz. 112 ff.

²¹¹ Nach einer Übergangsphase umfasst die erste Regulierungsperiode die Netzfahrplanjahre 2019 bis 2023.

²¹² § 25 Abs. 1 ERegG.

²¹³ Der im Rahmen des Mindestzugangspakets zu erbringende Leistungskatalog ist in Anlage 2 Nr. 1 zum ERegG definiert.

²¹⁴ Die auf Basis der jährlichen Preisobergrenze ermittelten Trassenentgelte werden damit von der Regierungsbehörde ex ante genehmigt, vgl. § 26 Abs. 2 S. 1 i. V. m. §§ 45 ff. ERegG. Die von der Bundesnetzagentur für das Netzfahrplanjahr 2021 genehmigten Trassenentgelte finden sich unter BNetzA, Beschluss vom 31. März 2020, BK10-19-0178_E.

²¹⁵ § 25 Abs. 2 ERegG. In der Grundlogik soll die Preisentwicklung durch die Veränderung der Inflation (IR) und der Berücksichtigung des erwarteten sektorspezifischen Produktivitätsfortschritts (X) beschränkt werden. Formal ist die Fortschreibung der jährlichen Preisobergrenze (P_t) mit Blick auf die Preisobergrenze des Vorjahres (P_{t-1}) gegeben durch: $P_t = (IR - X) * P_{t-1}$. Vgl. hierzu auch Borrmann, J./Finsinger, J., Markt und Regulierung, 1. Aufl., München 1999, S. 415 ff.

²¹⁶ § 26 Abs. 2 S. 2 ERegG.

resultierenden Gewinne vollständig einzubehalten. Der tatsächliche Gewinn ist demnach umso höher, je effizienter der Betreiber der Schienenwege wirtschaftet; umgekehrt sind aber auch mögliche Verluste zu tragen, wenn die Kosten die festgelegte Obergrenze überschreiten.

159. Ergänzt wird die Preisobergrenzenregulierung durch eine Regulierung der Entgeltstruktur. Die regulatorische Ausgestaltung der Trassenentgelte folgt dabei vor allem den Vorgaben der §§ 31, 34 und 36 ERegG. So ist das Trassenentgelt grundsätzlich aus zwei Komponenten – den unmittelbaren Kosten des Zugbetriebs (uKZ) und einem Vollkostenaufschlag – zu bilden. Die erste Entgeltkomponente, die uKZ, umfasst die Kosten, die dem Betreiber der Schienenwege bei der Bereitstellung einer zusätzlichen Mengeneinheit, gemessen in Trassenkilometern, als Mehrkosten entstehen.²¹⁷ Die uKZ entsprechen damit den Grenzkosten des Schienennetzbetriebs. Die zweite Entgeltkomponente ist der Vollkostenaufschlag. Demnach kann der Betreiber der Schienenwege Aufschläge auf die uKZ bis zur vollständigen Deckung der mit der Erbringung des Mindestzugangspakets entstehenden Kosten erheben. Die Vollkosten stellen die fixen Kosten der Bereitstellung einer betriebsfähigen Schieneninfrastruktur dar. Bei der Zuordnung der Vollkostenaufschläge hat der Betreiber der Schienenwege nach Marktsegmenten – mindestens nach SGV, SPNV und SPFV – zu differenzieren.²¹⁸ Schließlich sind die Entgelte für das Mindestzugangspaket, bestehend aus uKZ und Vollkostenaufschlag, pro Zug und in Euro je Trassenkilometer auszuweisen.²¹⁹

4.3.1.2 Stationsentgelte

160. Das ERegG enthält zudem Regelungen zur Regulierung der Entgelte für die Serviceeinrichtungen. Dabei ist mit Blick auf die im ERegG enthaltenen Entgeltvorschriften festzustellen, dass die Regelungsdichte weit hinter den Vorgaben für die Entgelte des Betreibers der Schienenwege zurückbleibt. Neben der geringeren Regelungsdichte unterscheidet sich die Regulierung der Entgelte für Serviceeinrichtungen von der für Schienenwege zudem und vor allem darin, dass sie einen gänzlich anderen Regulierungsansatz verfolgt.

161. Unter dem Begriff der Entgelte für Serviceeinrichtungen sind jene Entgelte zu verstehen, die für den Schienenzugang innerhalb von Serviceeinrichtungen nach Anlage 2 Nr. 2 ERegG wie etwa Personenbahnhöfe, Rangierbahnhöfe oder Wartungseinrichtungen erhoben werden. Grundsätzlich wird hierbei zwischen den sog. Stationsentgelten für Betreiber der Personenbahnhöfe und den Entgelten für Betreiber sonstiger Serviceeinrichtungen unterschieden. Da die Stationsentgelte den überwiegenden und zugleich wettbewerbskritischen Teil der Entgelte für Serviceeinrichtungen ausmachen²²⁰, soll im Folgenden der Fokus darauf gerichtet werden. Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass die wesentlichen Vorschriften mit Entgeltbezug für sämtliche Betreiber von Serviceeinrichtungen gelten. Lediglich auf einfachgesetzlicher Ebene, z. B. bezüglich der Genehmigungspflicht, wird eine Unterscheidung zwischen den Betreibern der Personenbahnhöfe und Betreibern der sonstigen Serviceeinrichtungen vorgenommen.

162. Die Regulierung der Entgelte des Betreibers der Personenbahnhöfe richtet sich nach § 32 ERegG. Demnach dürfen die Entgelte für den Schienenzugang innerhalb von Serviceeinrichtungen nach Anlage 2 Nr. 2 ERegG und für die Erbringung von Leistungen in diesen Einrichtungen die Kosten für deren Erbringung, zuzüglich eines angemessenen Gewinns, nicht übersteigen. In der ökonomischen Theorie wird dabei von einer Kostenzuschlagsregulierung

²¹⁷ § 34 Abs. 3 ERegG. Die Bestimmung der uKZ ist europarechtlich durch die Durchführungsverordnung (EU) 2015/909 vorgegeben. Vgl. Durchführungsverordnung (EU) 2015/909 der Kommission vom 12. Juni 2015 über die Modalitäten für die Berechnung der Kosten, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen, ABl. L 148 vom 13. Juni 2015, S. 17.

²¹⁸ § 36 Abs. 1 und 2 ERegG.

²¹⁹ § 31 Abs. 1 ERegG.

²²⁰ Während die Stationsentgelte im SPNV und SPFV rund 18 Prozent bzw. 9 Prozent der Infrastrukturkosten der Eisenbahnverkehrsunternehmen ausmachen, belaufen sich die Entgelte für die restlichen Serviceeinrichtungen auf lediglich 2 bzw. 3 Prozent der Infrastrukturkosten. Vgl. BNetzA, Marktuntersuchung Eisenbahnen 2020, a. a. O., S. 47 f. Darüber hinaus beschränkt sich die zuvor aufgezeigte Wettbewerbsproblematik natürlicher Monopole und wesentlicher Einrichtungen grundsätzlich auf den Bereich der Personenbahnhöfe. Die Märkte sonstiger Serviceeinrichtungen, wie z. B. der Markt von Wartungseinrichtungen, sind häufig von einem stabilen bis moderaten Wettbewerb geprägt.

(Cost-Plus) gesprochen.²²¹ Bei der Kostenzuschlagsregulierung handelt sich um ein kostenbasiertes Regulierungsverfahren, das sich zur Bestimmung der Entgelte ausschließlich an den individuellen Kosten des zu regulierenden Unternehmens orientiert. Steigen die Kosten, so werden auch höhere Entgelte genehmigt. Das ERegG legt damit lediglich eine Entgeltobergrenze fest, unterhalb derer die Betreiber der Personenbahnhöfe freien Gestaltungsspielraum besitzen.²²² Aus den gesetzlichen Regelungen lassen sich dabei keine unmittelbaren Effizianzanreize ableiten. Einen ausdrücklichen Bezug, beispielsweise auf die Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung²²³ oder auf die Kosten eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers²²⁴ gibt es nicht.

163. Im Einzelnen bestimmt sich die regulatorische Obergrenze der Stationsentgelte anhand der individuellen Kosten des Betreibers der Personenbahnhöfe einerseits und anhand des angemessenen Gewinns andererseits. Bezüglich der Kosten soll es dem Betreiber der Personenbahnhöfe möglich sein, alle ihm bei der Zugangsgewährung der Personenbahnhöfe anfallenden Kosten auszugleichen. Zu den ansatzfähigen Kosten gehören dabei vor allem aufwandsgleiche Kosten, Abschreibungen sowie Kapitalkosten abzüglich sonstiger Erträge und Erlöse.²²⁵ Der angemessene Gewinn, den die Betreiber der Personenbahnhöfe erwirtschaften dürfen, ist in § 1 Abs. 9 ERegG als eine Eigenkapitalrendite definiert, die dem unternehmerischen Risiko Rechnung trägt und die von der durchschnittlichen Rendite in dem betreffenden Sektor in den Vorjahren nicht wesentlich abweicht.²²⁶ Schließlich handelt es sich bei der Obergrenze der Stationsentgelte um eine kalkulatorische Größe. Sollten sich etwa die Kosten der Betreiber der Personenbahnhöfe anders als prognostiziert entwickeln, so würden die Entgelte insoweit nicht auf den tatsächlichen, sondern auf den kalkulatorisch ermittelten Kosten basieren.

164. Eine Besonderheit ergibt sich bei der Bildung der Stationsentgelte im SPNV. Gemäß § 37 Abs. 2 ERegG unterliegen die Stationsentgelte von bundeseigenen Eisenbahninfrastrukturunternehmen einer sog. Stationspreisbremse. Dabei wird die jährliche Entwicklung der Stationsentgelte bis einschließlich dem Jahr 2031 auf 1,8 Prozent festgelegt, wobei in bestimmten Fällen davon abgewichen werden kann.²²⁷ Letztendlich sind die Stationsentgelte sowohl im SPNV als auch im SPfV durch die Regulierungsbehörde ex ante zu genehmigen.²²⁸ Besondere Verfahrensregeln zur Genehmigung der Entgelte existieren derzeit nicht. In der Praxis werden daher regelmäßig die Verfahrensregeln für die Betreiber der Schienenwege gemäß §§ 45, 46 ERegG analog angewendet.²²⁹ Eine Klarstellung des Gesetzgebers zur Anwendbarkeit dieser Vorschriften für Betreiber der Serviceeinrichtungen wäre wünschenswert.

165. Zur Erfüllung der gesetzlichen Vorgaben aus § 32 ERegG entwickelte die DB Station & Service AG als mit rund 5.400 Bahnhöfen größter Betreiber von Personenbahnhöfen eine eigene Entgeltsystematik. Dabei wird zunächst eine Kategorisierung aller Personenbahnhöfe und Haltepunkte in verschiedene Preisklassen und Aufgabenträgerge-

²²¹ Das Konzept der Kostenzuschlagsregulierung ist auch unter dem englischen Begriff der Cost-Plus-Regulierung bekannt.

²²² Siehe hierzu und im Folgenden Bühlmeier in: Kühling/Otte, AEG/ERegG, 1. Aufl., München 2020, § 32 ERegG Rn. 25 f.

²²³ Ähnlich wie im Telekommunikationssektor, vgl. § 32 TKG.

²²⁴ Ähnlich wie im Energiesektor, vgl. § 4 Abs. 1 StromNEV.

²²⁵ Das ERegG enthält keine spezifischen gesetzlichen Vorgaben zur Ermittlung der Kosten von Betreibern der Personenbahnhöfe. In der Praxis findet daher der in Anlage 4 Nr. 1.1 ERegG verankerte Grundsatz für die Kostenermittlung von Schienenwegbetreibern analog auf die Betreiber von Personenbahnhöfen Anwendung. Vgl. Bühlmeier in: Kühling/Otte, AEG/ERegG, a. a. O., § 32 ERegG Rn. 29. Zur Anwendung des Kostenbegriffs in der Praxis siehe BNetzA, Beschluss vom 14. Juni 2019, BK10-19-0045_E, S. 92 ff.

²²⁶ Zur Bestimmung der maximal zulässigen Eigenkapitalrendite und der dafür notwendigen Ermittlung des eingesetzten Eigenkapitals sowie eines adäquaten Eigenkapitalzinssatzes bedient sich die Regulierungsbehörde methodisch der CAPM-Methode (capital asset pricing model). Siehe hierzu auch BNetzA, Beschluss vom 14. Juni 2019, BK10-19-0045_E, S. 95 ff.

²²⁷ § 37 Abs. 2 ERegG i. V. m. § 5 Abs. 3 Regionalisierungsgesetz. Stationsentgelte können gemäß § 37 Abs. 3 ERegG abweichend durch einen bilateralen Vertrag zwischen Gebietskörperschaft und bundeseigenem Betreiber des Bahnhofs geregelt werden, z. B. wenn vonseiten der Gebietskörperschaft besondere Investitionen in den Bahnhöfen erfolgen sollen.

²²⁸ § 33 Abs. 1 Nr. 2 ERegG.

²²⁹ BNetzA, Beschluss vom 30. September 2019, BK10-20-0033_E, S. 24.

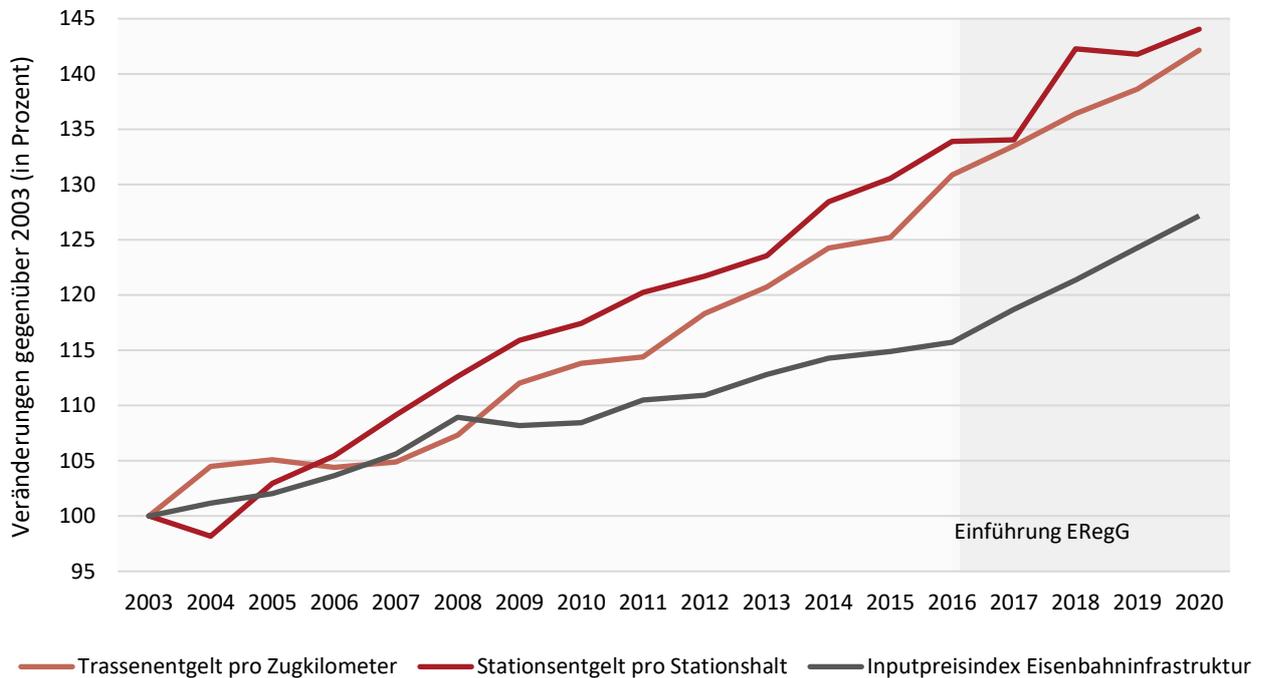
biete vorgenommen. Die Zuordnung in Preisklassen erfolgt anhand ausgewählter Kriterien, die die verkehrliche Bedeutung und Ausstattung des Bahnhofs, z. B. die Anzahl der Bahnsteigkanten oder Bahnsteiglänge, berücksichtigt. Die Stationsentgelte berechnen sich sodann aus einem bahnhofsspezifischen Entgelt multipliziert mit der Anzahl an Halten an diesem Bahnhof.²³⁰

4.3.2 Anreize zur Effizienzsteigerung und Kostensenkung unzureichend

166. Die Höhe der Entgelte zur Nutzung der Eisenbahninfrastruktur stellen für Eisenbahnverkehrsunternehmen einen bedeutenden Faktor bei der Entscheidung dar, Schienenverkehrsdienste anzubieten. Dies liegt darin begründet, dass die zu entrichtenden Zugangsentgelte für Schienenwege und Serviceeinrichtungen einen Anteil von rund 40 Prozent (2019) ihrer Gesamtkosten ausmachen.²³¹ Eisenbahnverkehrsunternehmen im Personen- und Güterverkehr sind daher nur interessiert, Verkehrsleistungen zu offerieren und sich im Wettbewerb zu positionieren, sofern die Zugangsentgelte kosteneffizient und wettbewerbskonform ausgestaltet sind. Dies rückt die Frage in den Mittelpunkt, inwieweit die gegenwärtige Regulierung der Zugangsentgelte den Eisenbahninfrastrukturbetreibern in der Praxis wirksame Anreize zu effizientem Wirtschaften bietet und dadurch wettbewerbskonforme Entgelte hervorbringt.

²³⁰ Für eine detaillierte Beschreibung des Stationsentgeltsystems siehe DB Station & Service AG, Infrastrukturbenutzungsbedingungen Personenbahnhöfe gültig ab 01.01.2021, S. 25 ff.

²³¹ BNetzA, Marktuntersuchung Eisenbahnen 2020, a. a. O., S. 48. Nach Angaben einiger Marktteilnehmer gegenüber der Monopolkommission machen die Zugangsentgelte (Summe aus Trassenentgelten, Stationsentgelten und sonstige Entgelten) teilweise sogar rund 50 Prozent der Gesamtkosten aus.

Abbildung 4.1: Entwicklung der durchschnittlichen Trassen- und Stationsentgelte des DB-Konzerns

Anmerkung: Veränderungen der Trassen- und Stationsentgelte des DB-Konzerns im Zeitraum von 2003 bis 2020 (indexiert 2003 = 100). Der Inputpreisindex Eisenbahninfrastruktur stellt die Entwicklung der realen Eisenbahninfrastrukturkosten dar.²³² Der für das Jahr 2020 berechnete Inputpreisindex basiert auf einer eigenen Schätzung.

Quellen: Geschäftsberichte der DB Netz AG und der DB Station & Service AG 2003 bis 2020; Statistisches Bundesamt; Bundesbank; WIK GmbH; eigene Darstellung und Berechnung.

167. Die Entwicklung der Zugangsentgelte (vgl. Abbildung 4.1) zeigt, dass diese seit der Einführung des Eisenbahnregulierungsgesetzes im Jahr 2016 weiter kontinuierlich ansteigen und sich inzwischen auf einem Rekordniveau befinden. So verzeichnen die von der DB Netz AG durchschnittlich erhobenen Trassenentgelte seit dem Jahr 2016 einen kontinuierlichen Anstieg von insgesamt 8,75 Prozent.²³³ Insbesondere im europäischen Vergleich nehmen die deutschen Trassenentgelte damit einen der Spitzenplätze ein. Ein Vergleich der Trassenentgelte innerhalb der EU-Mitgliedsstaaten zuzüglich der Schweiz zeigt, dass die Trassenentgelte in Deutschland im Jahr 2017 mit durchschnittlich EUR 7,61 pro Trassenkilometer erheblich über den durchschnittlichen europäischen Trassenentgelten in Höhe von EUR 4,80 lagen.²³⁴ Gleichzeitig sind auch die von der DB Station & Service AG erhobenen Stationsentgelte in

²³² Der Inputpreisindex Eisenbahninfrastruktur ist ein vom Wissenschaftlichen Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste (WIK) entwickeltes Maß. Bestandteile des Index sind der Verbraucherpreisindex, verschiedene Erzeugerpreisindizes, zwei Arbeitskostenindizes und der Index der Umlaufrendite festverzinslicher Wertpapiere. Die Faktoren ergeben sich aus den mit den unternehmensspezifischen Anteilen am Gesamtaufwand gewichteten Aufwandsstrukturen, vgl. Müller, G., Ableitung eines Inputpreisindex für den deutschen Eisenbahninfrastruktursektor, WIK Diskussionsbeitrag Nr. 327, 2009, <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/226940/1/WIK-Diskussionsbeitrag-Nr-327.pdf>, Abruf am 15. März 2021.

²³³ Die durchschnittlich erhobenen Trassenentgelte sind die von den Eisenbahnverkehrsunternehmen über alle Marktsegmente (SPNV, SPFV, SGV) hinweg im Durchschnitt gezahlten Trassenentgelte. Sie ergeben sich aus der Division der insgesamt an die DB Netz AG entrichteten Trassenentgelte und der Betriebsleistung in Zugkilometern. Eigene Berechnung auf Datengrundlage der Geschäftsberichte von der DB Netz AG aus den Jahren 2016-2020.

²³⁴ PWC GmbH, Studie zur Gestaltung und Entwicklung der Eisenbahninfrastrukturpreise in Europa, Januar 2018, S. 16.

den letzten Jahren seit der Einführung des ERegG überdurchschnittlich stark angestiegen. Im Zeitraum von 2016 bis 2020 verteuerte sich die Nutzung von Personenbahnhöfen um rund 7,89 Prozent.²³⁵

168. Die Trassen- und Stationsentgelte stiegen dabei deutlich stärker an als der Inputpreisindex der Eisenbahninfrastruktur, welcher als Index für die Veränderung der tatsächlichen Kosten der Eisenbahninfrastruktur dient. Insbesondere die Stationsentgelte wiesen höhere Steigerungsraten als der Inputpreisindex auf. Die stetige Verteuerung der Zugangsentgelte bedeutet für Eisenbahnverkehrsunternehmen einen andauernden Anstieg ihrer Infrastrukturkosten. Die stetig steigenden Zugangsentgelte stellen für Eisenbahnverkehrsunternehmen folglich eine immer höher werdende Markteintrittsbarriere dar.

169. Die im Vergleich zum Inputpreisindex überdurchschnittlichen Entgeltsteigerungen dürfen jedoch nicht auf ein generelles Versagen der Regulierung zurückgeführt werden. Insbesondere im Bereich der Trassenentgelte ist die im Jahr 2016 eingeführte Anreizsetzung in Form einer Preisobergrenzenregulierung grundsätzlich zu begrüßen. Gemäß den §§ 25 ff. ERegG soll damit die Entwicklung der Trassenentgelte durch den Inflationsausgleich und den erwarteten gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritt regulatorisch begrenzt werden. In der Folge wären positive Auswirkungen auf die Entwicklung der Trassenentgelte zu erwarten gewesen. In der Theorie vermag die Preisobergrenzenregulierung wirksame Anreize zur Effizienzsteigerung und Kostensenkung zu entfalten, weil sie es dem Betreiber der Schienenwege gestattet, durch Effizienzsteigerungen erwirtschaftete Überschussgewinne vollständig einzubehalten. In welchem Umfang sich derart vorgezeichnete Kosteneinsparungen in der Praxis einstellen, hängt jedoch maßgeblich von der Ausgestaltung der Regulierung im Detail ab. Aus Sicht der Monopolkommission leidet die eisenbahnrechtliche Anreizregulierung offenkundig an einer Reihe von Schwachstellen, was sich auch in den stetig steigenden Trassenentgelten widerspiegelt. Diese Schwachstellen stehen dem regulatorischen Potenzial zur Effizienzsteigerung und Kostensenkung auf den Eisenbahnverkehrsmärkten derzeit im Wege.

170. Gleichzeitig zeigt die überdurchschnittliche Entwicklungsdynamik der Stationsentgelte vor dem Hintergrund deutlich niedrigerer realer Inputpreise die Notwendigkeit einer effektiveren Regulierung auf. In den folgenden Abschnitten gilt es daher, das gegenwärtige Regulierungssystem der Trassenentgelte (Abschnitte 4.3.2.1 – 4.3.2.3) sowie der Stationsentgelte (Abschnitt 4.3.2.4) mit Blick auf das angestrebte Ziel einer Senkung der Infrastrukturkosten aus regulierungsökonomischer und-rechtlicher Sicht zu würdigen. Die Monopolkommission hat in den vergangenen Sektorgutachten Eisenbahn bereits ausgewählte Schwachstellen der Trassenentgeltregulierung dargestellt und Verbesserungsvorschläge unterbereitet. Mit dem jüngst in Kraft getretenen Gesetz zur Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts wurden diesbezüglich jedoch keine nennenswerten rechtlichen Änderungen vorgenommen. Aufgrund der weiterhin bestehenden Problematik werden im Folgenden die bekannten Problemfelder zusammengefasst dargestellt und Handlungsempfehlungen erneuert. Außerdem werden konkrete Vorschläge zur Weiterentwicklung des Regulierungsrahmens von Stationsentgelten gemacht.

4.3.2.1 Finanzielle Mittel der LUFV III unterliegen keinen Effizienzanforderungen

171. Im Rahmen der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung (LuFV), die eine sog. Qualifizierte Regulierungsvereinbarung im Sinn von Anlage 5 i. V. m. § 29 ERegG darstellt, wird seit dem Jahr 2009 zwischen dem Bund, der DB AG und den Infrastrukturunternehmen der DB AG u. a. die Höhe der von den Infrastrukturunternehmen durchzuführenden jährlichen Mindestinstandhaltungs- und Ersatzinvestitionen vereinbart. Die der DB Netz AG dadurch entstehenden Kosten können anschließend im Rahmen der Entgeltregulierung geltend gemacht werden. Problematisch dabei ist, dass diese regulatorisch geltend gemachten Kosten weder im Rahmen der Regulierung noch im Rahmen der LuFV ausreichenden Effizienzanforderungen unterliegen, die den feststellbaren überdurchschnittlichen Entgelt-

²³⁵ Eigene Berechnung auf Datengrundlage der Geschäftsberichte von der DB Station & Service AG vom Jahr 2016-2020. Die – wie in der Abbildung 4.1 aufgezeigte – minimale Reduzierung der Stationsentgelte vom Jahreswechsel 2018 auf 2019 ist nach Angaben der DB Station & Service AG durch einen Einmaleffekt aus der Auflösung einer Risikovorsorge für Rechtsstreitigkeiten im Vorjahr zu erklären, vgl. DB Station & Service AG, Geschäftsbericht 2019, Berlin 2019, S. 9.

steigerungen wirksam entgegenwirken. Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund kritisch zu sehen, dass die Eigenmittelverpflichtungen (Mindestinstandhaltungsmaßnahmen und Ersatzinvestitionen), welche gemäß der LuFV durchzuführen sind, einen nicht unerheblichen Teil der Obergrenze der Gesamtkosten (ca. 1/3) entsprechen. Diese können anschließend unmittelbar über die Entgelte auf die Eisenbahnverkehrsunternehmen umgelegt werden. In der Folge besteht die Gefahr, dass die Trassenentgelte ineffizient und damit überhöht sind.²³⁶

172. Das zugrunde liegende Problem liegt zum einen in den regulierungsrechtlichen Vorgaben des ERegG. § 29 Abs. 5 ERegG enthält eine Ausnahmeregelung bezüglich der Anreizregulierung für die in der LuFV vereinbarten Eigenmittelverpflichtungen. Demnach werden die Kosten, welche im Rahmen einer qualifizierten Regulierungsvereinbarung anfallen, nicht von der Anreizregulierung erfasst. Dies hat zur Folge, dass dem Betreiber der Schienenwege keine Anreize gesetzt werden, die Kosten für die in der LuFV vereinbarten Eigenmittelverpflichtungen über das in der LuFV selbst festgelegte Maß hinaus zu reduzieren. Nach § 30 ERegG hat die Regulierungsbehörde sowohl die LuFV I und LuFV II wie auch zuletzt die aktuelle LuFV III als qualifizierte Regulierungsvereinbarung anerkannt.²³⁷ Die Ausnahme dieser Kosten von der Anreizregulierung und die damit einhergehenden höheren und gegebenenfalls ineffizienten Kosten führen dazu, dass die regulatorische Obergrenze der Gesamtkosten, auf deren Basis sich die Trassenentgelte berechnen, zusätzlich erhöht werden muss. Allein die Anerkennung der LuFV I und II und damit das Ausnehmen dieser Kosten von der Anreizsetzung erhöhte beispielsweise die regulatorische Obergrenze der Gesamtkosten für das Jahr 2022 um EUR 75 Mio.²³⁸ Mit der LuFV III steigen die finanziellen Verpflichtungszusagen der Infrastrukturunternehmen der DB AG erneut. Dadurch wird künftig ein zunehmender Kostenblock der eisenbahnrechtlichen Anreizregulierung entzogen werden.

173. Die Nicht-Berücksichtigung der qualifizierten Regulierungsvereinbarung bei der Anreizregulierung wurde im ERegG unter der Annahme festgelegt, dass die qualifizierte Regulierungsvereinbarung bereits eigene und geeignete Effizienzelemente beinhaltet (§ 29 Abs. 2 und 3). Zwar sieht die LuFV III als Anreizsystem das Erreichen bestimmter Qualitätsziele (z. B. Anzahl Infrastrukturmängel) vor. Werden diese Ziele nicht erreicht, können zwar Pönalen ausgesprochen werden.²³⁹ Es ist jedoch nicht belegt, dass die definierten Qualitätsziele nur mit einem effizienten Mitteleinsatz erreicht werden können, denn eine Prüfung der wirtschaftlichen Mittelverwendung erfolgt nicht. Es kann daher ein Anreiz bestehen, einen möglichst hohen Betrag ineffizienter Kosten als Instandhaltungskosten im Rahmen der Entgeltregulierung aufzuführen und auf diesem Weg vollständig an die Eisenbahnverkehrsunternehmen weiterzugeben. Dies widerspricht dem Ziel der Regulierung, wettbewerbsadäquate Zugangsentgelte zu verlangen.²⁴⁰

174. Die Monopolkommission hält an ihrer Empfehlung fest, das ERegG im Hinblick auf qualifizierte Regulierungsvereinbarungen anzupassen.²⁴¹ Demnach sollen die Trassenentgelte entweder der Anreizregulierung unterliegen

²³⁶ Im Rahmen der Berechnung der Obergrenze der Gesamtkosten für das Jahr 2022 entsprachen EUR 1,828 Mrd. der Gesamtkosten den Eigenmittelverpflichtungen der DB Netz AG, welche auf den qualifizierten Regulierungsvereinbarungen der LuFV I, II und III basierten. Insgesamt wurde für das Jahr 2022 eine Obergrenze der Gesamtkosten in Höhe von EUR 5,495 Mrd. anerkannt. BNetzA, Beschluss vom 6. Juli 2020, BK10-20-0038_E, S. 10 f.

²³⁷ Vgl. § 30 ERegG; BNetzA, Beschluss vom 20. März 2020, BK10-20-0001_E; BNetzA, Beschluss vom 29. August 2018, BK10-18-0060_E; BNetzA, Beschluss vom 30. Januar 2019, BK10-19-0010_E.

²³⁸ Beschluss, a. a. O., S. 10 f.

²³⁹ BMVI u. a., Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung III (LuFV III) zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DB Netz AG, der DB Station & Service AG und der DB Energie GmbH sowie der Deutschen Bahn AG, a. a. O., § 13 Nr. 3 und Nr. 6, § 18 Nr. 1 i. V. m. § 8.

²⁴⁰ In Bezug auf diese Kritik geht die Bundesregierung in ihrer Stellungnahme einer kleinen Anfrage davon aus, dass wenn die Qualitätskennzahlen erreicht werden, von einem wirtschaftlichen und sparsamen Mitteleinsatz ausgegangen werden muss. Diese Annahme wird ihrer Meinung nach dadurch gestützt, dass im Fall einer unwirtschaftlichen Mittelverwendung Sanktionen zu befürchten sind. Vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Matthias Gastel, Stefan Gelbhaar, Stephan Kühn (Dresden), Daniela Wagner und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Drucksache 19/7277 – Bundesrechnungshofbericht zur Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung (LuFV) – Qualitätsmängel bei der Schieneninfrastruktur, BT-Drs. 19/7970 vom 21. Februar 2019, S. 6 f.

²⁴¹ Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn (2019), a. a. O., Tz. 144.

oder auf Grundlage von Kosten ermittelt werden, welche an einer effizienten Leistungsbereitstellung (KeL-Maßstab) ausgerichtet sind.²⁴² Eine ähnliche Regelung findet sich ebenfalls im Telekommunikations- und Postsektor.²⁴³ Die Übertragung dieser Regelung auf das Eisenbahnregulierungsgesetz bedarf einer Anpassung des § 29 Abs. 5 S. 4 ERegG wie folgt:

„Jedoch hat sich der nach Satz 1 festgestellte Betrag an den Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung zu orientieren.“

Mit dieser Änderung des ERegG könnte sichergestellt werden, dass das Ziel von wettbewerbsadäquaten Zugangsentgelten nicht dadurch konterkariert wird, dass der Betreiber der Schienenwege ineffiziente Kosten in den Bereich der LuFV zum Erreichen der Mindestbeiträge von Instandhaltungsmaßnahmen verschieben könnte. Zudem ist davon auszugehen, dass die Einführung von Effizienzkriterien in Form eines KeL-Maßstabs das Erreichen der Qualitätsziele nicht behindert.

4.3.2.2 Sektorale Produktivitätsfortschrittsrate und individuelle Effizienzvorgaben einführen

175. Das Ziel einer Anreizregulierung ist es, Anreize zur Produktivitätssteigerung zu setzen und die damit einhergehenden Produktivitätsgewinne an Trassennachfrager in Form von gesenkten Trassenentgelten weiterzugeben. Die Entwicklung der Trassenentgelte (vgl. Kapitel 4.3.2) legt jedoch nahe, dass das ERegG bisher kaum wirksame Anreize zur Effizienzsteigerung und Kostensenkung schafft. Daher sollte das ERegG künftig stärkere Anzelelemente in Form einer sektoralen Produktivitätsfortschrittsrate und individueller Effizienzvorgaben enthalten. Im Folgenden werden diese Anzelelemente näher erläutert.

176. Im Rahmen der Anreizregulierung wird die Obergrenze der Gesamtkosten auf Basis des Ausgangsniveaus der Gesamtkosten zuzüglich eines Betrags auf Grundlage der Inflationsrate und abzüglich eines Betrags auf Grundlage des Produktivitätsfortschritts bestimmt.²⁴⁴ Die Produktivitätsfortschrittsrate entspricht gemäß § 28 Abs. 2 ERegG dabei der gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsrate.²⁴⁵ Die Verwendung der gesamtwirtschaftlichen Produktivität als Produktivitätsfaktor ist jedoch kritisch zu sehen. So ist davon auszugehen, dass die Entwicklungen der Faktorpreise und Faktorproduktivität regulierter Netzsektoren wie dem Schienensektor anders verläuft als in der Gesamtwirtschaft.²⁴⁶ Eine angemessene Anreizwirkung entsteht jedoch erst dann, wenn sektorspezifische Bedingungen in den Produktivitätsfaktor miteinbezogen werden.²⁴⁷ Das tatsächliche Produktivitätssteigerungspotenzial des Eisen-

²⁴² Nach § 32 Abs. 1 TKG entsprechen die Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung „den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung und einem angemessenen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten, einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals“.

²⁴³ Für den Telekommunikationssektor siehe § 31 Abs. 1 i. V. m. §§ 32, 33 TKG. Für den Postsektor siehe § 20 Abs. 1 PostG.

²⁴⁴ § 25 Abs. 2 ERegG, § 28 Abs. 1 und 2 ERegG.

²⁴⁵ Die gesamtwirtschaftliche Produktivitätsrate wird von dem Sachverständigenrat im Rahmen des Jahresgutachtens zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung ermittelt.

²⁴⁶ Monopolkommission, 6. Sektorgutachten Bahn (2017), a. a. O., Tz. 35 und Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn (2019), a. a. O., Tz. 146.

²⁴⁷ Die aktuellen Vorgaben des ERegG weichen damit von der ökonomischen Theorie der Anreizregulierung ab. Diese besagt, dass der Produktivitätsfaktor den sektorspezifischen Produktivitätsfortschritt und die sektorspezifischen Faktorpreisentwicklung berücksichtigen sollte. Der Produktivitätsfaktor setzt sich demnach aus der Differenz der sektorspezifischen und gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritte zuzüglich der Differenz zwischen gesamtwirtschaftlicher und sektorspezifischer Faktorpreisentwicklung zusammen. Sollte der Produktivitätsfaktor insgesamt positiv sein, kann der betrachtete Sektor seine Produktivität schneller steigern als andere Sektoren bzw. die sektorspezifischen Faktorpreise steigen weniger schnell als die Preise in der Gesamtwirtschaft. Dieser Produktivitätsfortschritt sollten anschließend auch an die Endkunden weitergegeben werden. Dagegen können zu hohe Produktivitätsvorgaben zu betriebswirtschaftlichen Verlusten führen. Vgl. Bernstein, J.I., Price Cap Regulation and Productivity Growth, International Productivity Monitor, 1, 2000, 23–28, S. 24.

bahnsektors wird mit den aktuellen Vorgaben des ERegG außer Acht gelassen. Daher empfiehlt die Monopolkommission weiterhin, § 28 Abs. 2 ERegG dahingehend zu ändern, dass der Produktivitätsfaktor aus der Differenz des sektorspezifischen und des gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritts berechnet wird.²⁴⁸

177. Die Monopolkommission kritisiert darüber hinaus, dass für den Betreiber der Schienenwege bisher keine Effizienzvorgaben bestehen, wie sie bei den Energienetzen in Form einer individuellen Effizienzvorgabe bereits etabliert sind (§ 16 Abs. 1 ARegV). Demnach sind die Elektrizitäts- und Gasverteilnetzbetreiber verpflichtet, im Laufe einer Regulierungsperiode individuelle Ineffizienzen, welche im Vergleich zu anderen Netzbetreibern bestehen, abzubauen. Dazu wird ein Effizienzvergleich zwischen den einzelnen Netzbetreibern durchgeführt. Übertragen auf das deutsche Eisenbahnnetz könnte ein Vergleich mit anderen europäischen Schienenwegbetreibern durchgeführt werden. Alternativ wäre es auch möglich, mithilfe eines Kostenmodells individuelle Ineffizienzen zu ermitteln, wie dies bereits im Telekommunikationssektor erfolgt (§ 35 Abs. 1 Nr. 2 TKG).

4.3.2.3 Ansetzbare Kapitalverzinsung der DB Netz AG anpassen

178. Eine weitere Gefahr ineffizienter Trassenentgelte resultiert aus der Möglichkeit überhöhter Kapitalkosten. Dies ist vor allem vor dem Hintergrund der geplanten Eigenkapitalerhöhungen kritisch zu sehen, sollten diese finanziellen Mittel im Bereich des Mindestzugangspakets investiert und damit im Rahmen der Entgeltregulierung geltend gemacht werden. Die Monopolkommission hat die Gefahr einer Überschätzung der Kapitalkosten bereits im Siebten Sektorgutachten thematisiert.²⁴⁹ So kann davon ausgegangen werden, dass der für den Zeitraum der ersten Regulierungsperiode geltende Eigenkapitalzinssatz in Höhe von 9,5 Prozent nicht dem tatsächlichen Unternehmensrisiko der DB Netz AG entspricht.²⁵⁰ Aufgrund des Daseinsvorsorgeauftrags des Bundes und der Privatisierungssperre besteht für die DB Netz AG eine implizite Staatsgarantie.²⁵¹ Zudem kann aus § 1 BahnG für die DB Netz AG ein betriebsbezogener gesetzlicher Insolvenzschutz abgeleitet werden. Aufgrund dieser Sonderstellung als bundeseigenes Unternehmen dürfte das unternehmerische Wagnis (Beta-Wert) der DB Netz AG geringer ausfallen als das der Vergleichsunternehmen, welche im Rahmen der CAPM-Methode zur Einschätzung des Unternehmensrisikos der DB Netz AG herangezogen werden. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass ein im Vergleich zum Fremdkapitalzinssatz relativ hoher Eigenkapitalzinssatz Anreize schafft, die Eigenkapitalbasis übermäßig zu erhöhen. Dies ist auch dadurch möglich, dass der Gesetzgeber auf eine gesonderte Regelung zur Behebung dieses Fehlanreizes verzichtet hat. Demnach basiert der Gesamtkapitalzinssatz auf der tatsächlichen Kapitalstruktur.²⁵² Eine Erhöhung der Eigenkapitalbasis führt damit zu einem höheren Gesamtkapitalzinssatz (WACC) und zu höheren Gesamtkapitalkosten. Zudem ist davon auszugehen, dass die Eigenkapitalquote der DB Netz AG aufgrund der geplanten Eigenkapitalerhöhungen deutlich ansteigen wird (vgl. Kapitel 2). Um diesem Fehlanreiz entgegenzuwirken, ist eine Vereinheitlichung der rechtlichen Standards mit den Netzentgeltverordnungen des Energiesektors anzustreben. Demnach sollte der Eigenkapitalzinssatz auf maximal 40 Prozent des betriebsnotwendigen Vermögens begrenzt werden.²⁵³ Die Monopolkommission empfiehlt, Eigenkapital, welches über diese 40 Prozent hinaus geht, mit einem Zinssatz zu bewerten, welcher sich an dem risikolosen Zinssatz orientiert. Eine höhere Eigenkapitalquote dürfte auch betriebswirtschaftlich nicht sinnvoll sein und sich unter Wettbewerbsbedingungen nicht einstellen.

²⁴⁸ Siehe dazu vergleichbar die Bildung des generellen Produktivitätsfaktors für den Energiesektor § 9 Abs. 1 ARegV.

²⁴⁹ Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn (2019), a. a. O., Tz. 134.

²⁵⁰ Dieser Eigenkapitalzinssatz erscheint auch im Vergleich zu den Eigenkapitalzinssätzen anderer Netzsektoren relativ hoch. Der Eigenkapitalzinssatz im Bereich der Strom- und Gasversorgungsnetze wurde im Jahr 2019 auf 6,91 Prozent für Investitionen in Neuanlagen und auf 5,12 Prozent für Altanlagen festgelegt. Vgl. BNetzA, Pressemitteilung vom 12. Oktober 2016- Bundesnetzagentur legt Eigenkapitalrendite für Strom- und Gasnetze fest.

²⁵¹ Vgl. Art. 87 e Abs. 3 und 4 GG und Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn (2019), a. a. O., Tz. 134 ff.

²⁵² Anlage 4 Nr. 5.2 ERegG.

²⁵³ Vgl. § 7 Abs. 1 (7) Strom/Gas NEV und Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn (2019), a. a. O., Tz. 136 f.

179. Auf Grundlage aktueller Marktdaten ist zu erwarten, dass für die zweite Regulierungsperiode (2024-2028) sowohl der Eigen- als auch der Fremdkapitalzins der DB Netz AG und damit der gewichtete Gesamtkapitalzins (WACC) deutlich sinken werden. Beide Zinssätze basieren unter anderem auf dem risikolosen Zinssatz. Zur Bestimmung dieses risikolosen Zinssatzes wird eine Bundesanleihe mit einer 10-jährigen Umlaufrendite herangezogen. Im aktuellen Verfahren zur Festlegung der Entgelte der DB Station & Service AG wurde in diesem Zusammenhang eine risikolose Verzinsung in Höhe von 1,1 Prozent angesetzt, welche damit deutlich geringer ist, als die 2,6 Prozent, welche im Rahmen der Festlegung des Ausgangskostenniveaus der ersten Regulierungsperiode (2019-2023) verwendet wurde.²⁵⁴ Zudem kann basierend auf den Kapitalkostengutachten der Jahre 2019 und 2020 festgestellt werden, dass auch der für die zweite Regulierungsperiode relevante anzusetzende Beta-Wert der DB Netz AG etwas niedriger sein wird, als der Wert der ersten Regulierungsperiode.²⁵⁵ Die Bundesnetzagentur geht davon aus, dass dies unter der Annahme der gleichen Eigen- und Fremdkapitalquote wie in der ersten Regulierungsperiode zu einem aktualisierten WACC in Höhe von ca. 3,8 Prozent führen würde. Dieser Zinssatz wäre damit deutlich geringer als der WACC der ersten Regulierungsperiode in Höhe von 5,9 Prozent.

180. Die Anpassung der Eigen- und Fremdkapitalzinssätze an die aktuellen Marktentwicklungen und die daraus folgende Absenkung des WACC sind zu begrüßen. Dennoch besteht das Problem eines möglichen überschätzten Beta-Wertes weiterhin fort. Daher spricht sich die Monopolkommission weiterhin für eine Adjustierung der Eigenkapitalverzinsung an das tatsächliche Risiko hypothetischer Eigenkapitalgeber der DB Netz AG aus.

4.3.2.4 Stationsentgelte einer Anreizregulierung unterwerfen

181. Das ERegG schreibt in § 32 Abs. 1 ERegG für die Stationsentgelte eine Kostenzuschlagsregulierung fest. Die Kostenzuschlagsregulierung hat als Regulierungsinstrument bereits eine lange Tradition und stellte bis Anfang der 2000er Jahre eine der am weitesten verbreiteten Formen der Entgeltregulierung in Europa dar.²⁵⁶ Auf Grundlage bisheriger Erfahrungen weist jedoch gerade diese Form der Regulierung konzeptionelle Schwachstellen auf.²⁵⁷ Während die Regulierung eines natürlichen Monopols ganz allgemein zu einer Verhaltensanpassung des regulierten Unternehmens und hierdurch zu Effizienzverzerrungen führen kann, sind solche Verzerrungen gerade bei der Kostenzuschlagsregulierung zu befürchten. Diese kann Unternehmen sogar explizit Anreize zur Ressourcenverschwendung setzen. Im Wesentlichen wirkt die Kostenzuschlagsregulierung wie eine Rentabilitätsbeschränkung auf den Erlös. Dies bedeutet, dass mit der Kostenzuschlagsregulierung der Erlös auf einen fixen Aufschlag auf die Kosten begrenzt wird. Da die Gesamtkosten des Unternehmens als Berechnungsgrundlage für den zugelassenen Erlös dienen, hat das Unternehmen den Anreiz, seine Kosten ineffizient in die Höhe zu treiben, sofern die tatsächlich erzielten Erlöse um mehr als den zugestandenen Zuschlag über den bisherigen Kosten liegen.

182. Die Kostenzuschlagsregulierung schafft damit einen Fehlanreiz zur künstlichen Ausdehnung der Kosten. Dieser Fehlanreiz ist insbesondere auch bei der DB Station & Service AG zu befürchten. Durch die Gewinnmaximierung des regulierten Unternehmens können durch ineffizient hohe Kosten die Stationsentgelte trotz Regulierung weiterhin übermäßig ansteigen. Besonders problematisch ist dies, da im gegenwärtigen Regulierungssystem die Regulierungs-

²⁵⁴ BNetzA, Beschluss vom 30. September 2020, BK10-20-0033_E, S. 107 und BNetzA, Beschluss, a. a. O., S. 60.

²⁵⁵ Für die erste Regulierungsperiode wurde ein Beta-Wert in Höhe von 0,47 angesetzt. Die Kapitalkostengutachten aus den Jahren 2019 und 2020 geben für Eisenbahninfrastrukturunternehmen mit einem Anteil von 15 % Schienengüterverkehr einen mittleren Beta-Wert in Höhe von 0,425 (2019) bzw. 0,415 (2020) an.

²⁵⁶ In Deutschland wurde die Kostenzuschlagsregulierung beispielsweise auch zur Regulierung der Strom- und Gasnetzbetreiber in den 1990er Jahren und Anfang der 2000er Jahre angewendet.

²⁵⁷ Für die Kostenzuschlagsregulierung liegt eine Reihe theoretischer sowie empirischer Analysen vor. Siehe hierzu beispielsweise Finsinger, J./Kraft, K., Markup Pricing and Firm Decisions, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 140, 1984, S. 500-509; Borrmann, J./Finsinger, J., *Markt und Regulierung*, 1. Aufl., München 1999, S. 356 f.

behörde die Stationsentgelte nur im Hinblick auf die einzelnen, vom Bahnhofsbetreiber geltend gemachten Kostenpositionen überprüfen kann.²⁵⁸ Vor allem kann sie die einzelnen Kostenpositionen nicht in ihrer Höhe und ihrem Effizienzpotenzial kontrollieren. Ineffizient hohe Kosten können daher unmittelbar in die Stationsentgelte einfließen und so zu einem dauerhaft hohen Entgeltniveau führen.²⁵⁹

183. Durch die beschriebenen Fehlanreize besteht die Gefahr missbräuchlich überhöhter Entgelte, die den Wettbewerb auf den Verkehrsmärkten nachhaltig schädigen können. Um die Entwicklungsdynamik der Stationsentgelte einzudämmen, wird ihre Steigerung gemäß § 37 Abs. 2 ERegG im SPNV seit dem Jahr 2017 für bundeseigene Eisenbahninfrastrukturunternehmen auf jährlich 1,8 Prozent beschränkt. Allerdings wurde mit § 37 Abs. 3 ERegG zugleich eine weit gefasste gesetzliche Ausnahmeregelung von dieser Stationspreisbremse geschaffen. Demnach gilt sie nicht, sofern in einer Vereinbarung zwischen einer Gebietskörperschaft und dem Betreiber des Personenbahnhofs eine abweichende Vereinbarung zur Höhe der Entgelte getroffen ist. Diesen gesetzlichen Ausnahmetatbestand kann sich die DB Station & Service AG zunutze machen, indem sie mit Blick auf zusätzliche Investitionen höhere Stationsentgelte verhandelt.²⁶⁰ Insoweit mag die Etablierung der Stationspreisbremse zwar dazu führen, dass die Stationsentgelte zumindest in Teilen des SPNV nicht stärker als jährlich 1,8 Prozent ausgehend vom Stand im Jahr 2017 ansteigen. Gleichwohl führen die gesetzlichen Bestimmungen dazu, dass darüber hinaus gehende Steigerungen der Kosten insbesondere durch den SPFV zu tragen sind. Dies führt dazu, dass der allgemeine Trend zum Anstieg der Stationsentgelte nicht aufgehalten und zugleich die intermodale Wettbewerbsfähigkeit geschädigt wird.

184. In der Vergangenheit gab es auf nationaler Ebene bereits Bestrebungen, die Stationsentgelte einer Anreizregulierung analog zu der von Trassenentgelten zu unterwerfen. Bereits im Koalitionsvertrag aus dem Jahr 2009 wurde die Einführung einer Anreizregulierung für Betreiber der Schienenwege sowie Betreiber der Personenbahnhöfe als ein wichtiges Vorhaben zur Weiterentwicklung der Entgeltregulierung im Eisenbahnsektor aufgenommen.²⁶¹ Ein Gesetzentwurf der Bundesregierung sah vor, die Entgelte der Betreiber der Schienenwege und Personenbahnhöfe durch Preisobergrenzen zu bestimmen, welche effizienzorientierte Anreize setzen sollten.²⁶² Das Gesetz kam jedoch aufgrund fehlender Zustimmung des Bundesrats nicht zustande.²⁶³ Während in einem zweiten Anlauf im Jahr 2016 mit Inkrafttreten des ERegG schließlich eine Anreizsetzung im Bereich der Trassenentgeltregulierung durchgesetzt wurde, erfolgte dies bei den Stationsentgelten nicht, obwohl Art. 31 Abs. 7 RL 2012/34/EU Raum für eine Preisobergrenzenregulierung lässt.

185. Aus Sicht der Monopolkommission sollten die Entgelte für Betreiber der Personenbahnhöfe – wie ursprünglich vom deutschen Gesetzgeber vorgesehen – einer Anreizregulierung unterworfen werden. Eine Novellierung der Regulierung der Stationsentgelte erscheint unumgänglich, da das derzeitige System schwerwiegende konzeptionelle

²⁵⁸ Für die Bestimmung der im Rahmen der Stationsentgelte zurechenbaren Kostenpositionen werden analog die Vorgaben der Anlage 4 Nr. 1.1 ERegG für Betreiber von Schienenwegen angewendet.

²⁵⁹ BNetzA, Abschlussbericht der Bundesnetzagentur zur Einführung einer Anreizregulierung im Eisenbahnsektor, Stand Mai 2008, Bonn, S. 26.

²⁶⁰ Zwar sind nach Angaben der BNetzA die durch solche Verträge hervorgerufenen Abweichungen im SPNV zu den übrigen Entgelten der DB Station & Service AG derzeit gering, vgl. BNetzA, Stellungnahme der Bundesnetzagentur zum Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Regionalisierungsgesetzes, https://www.bundestag.de/resource/blob/676384/209682074b04f65b3ac5c9d-20b8e4b0c/19_15_309_B-data.pdf, Abruf am 15. April 2021. Allerdings hat der deutsche Gesetzgeber im Rahmen der Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts den in § 37 Abs. 3 ERegG verankerten Ausnahmetatbestand ausgeweitet, sodass die Stationspreisbremse auch bei Vereinbarungen zwischen einem „Aufgabenträger des SPNV“ und einem Betreiber der Personenbahnhofsbetreiber nicht greift, vgl. Gesetz zur Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts vom 17. Juni 2021, BGBl. I, S. 1743.

²⁶¹ CDU/CSU und FDP, Wachstum – Bildung – Zusammenhalt, Koalitionsvertrag vom 26. Oktober 2009, S. 38.

²⁶² Es handelte sich hierbei um einen ersten gesetzgeberischen Anlauf zur Einführung des Eisenbahnregulierungsgesetzes, vgl. Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Regulierung im Eisenbahnbereich, BR-Drs. 559/12 vom 21. September 2012.

²⁶³ Bundesrat, Unterrichtung zum Gesetz zur Neuordnung der Regulierung im Eisenbahnbereich – Drucksachen 17/12726, 17/13526, 17/13882, 17/14225 – Zustimmungsversagung, BT-Drs. 17/14347 vom 8. Juli 2013.

Schwächen aufweist und Gefahren missbräuchlich überhöhter Entgelte birgt. Den Betreibern der Personenbahnhöfe sollten mit Blick auf die überdurchschnittlich stark steigenden Stationsentgelte wirksame Anreize zur Effizienzsteigerung und Weiterreichung der damit verbundenen Kosten gesetzt werden. Dies könnte durch die Anpassung des ERegG mit der Einführung ähnlicher Regelungen wie bei der Festsetzung einer Preisobergrenzenregulierung für Trassenentgelte auch für Stationsentgelte erreicht werden.

186. Zu bedenken ist zudem, dass die Mitgliedstaaten der Europäischen Union auch an die Vorgaben des Art. 106 Abs. 1 AEUV gebunden sind. Diese Vorschrift gewährleistet – ebenso wie die Richtlinie 2012/34/EU – einen diskriminierungsfreien Zugang zu öffentlich betriebenen Serviceeinrichtungen.²⁶⁴ Art. 106 Abs. 1 AEUV wird verletzt, wenn die Chancengleichheit zwischen den einzelnen Wirtschaftsteilnehmern dadurch beeinträchtigt wird, dass ein marktbeherrschendes öffentliches Unternehmen (hier: der DB-Konzern) durch die Ausübung von Vorzugsrechten seine beherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzt oder dass ein solches Unternehmen zumindest die Möglichkeit zu einem solchen Missbrauch erhält.²⁶⁵ Der Missbrauch einer beherrschenden Stellung kann unter anderem durch die Forderung überhöhter Entgelte für erbrachte Leistungen oder durch die Bereitstellung weniger geeigneter Leistungen erfolgen.²⁶⁶ Die behördliche Überwachung und insbesondere die Genehmigung missbräuchlich überhöhter Entgelte kann ihrerseits Art. 106 Abs. 1 AEUV verletzen.²⁶⁷ Eine Preisobergrenzenregulierung würde einen benachteiligungsfreien Zugang für Wettbewerber zu den Serviceeinrichtungen des DB-Konzerns eher gewährleisten als die Mindestregelung in Art. 31 Abs. 7 RL 2012/34/EU. Sie dürfte dem Postulat der wettbewerblichen Chancengleichheit in Art. 106 Abs. 1 AEUV somit eher entsprechen.

4.3.3 Bedenken in Bezug auf eine Kosten-Preis-Schere

187. Die Abschnitte 4.3.2.1 bis 4.3.2.4 zeigen auf, dass die bisherigen Regelungen der Anreizsetzung zur Kostensenkung und effizienten Bereitstellung der Schienenwege noch unzureichend ausgestaltet sind. Dadurch besteht die Gefahr einer missbräuchlichen Kosten-Preis-Schere (Art. 102 S. 2 lit. a AEUV).²⁶⁸ Diese liegt dann vor, wenn die Preise der Vorleistungsprodukte, d. h. die Trassenentgelte, künstlich aufgebläht werden. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die anzusetzenden Kosten des Ausgangskostenniveaus ineffizient hoch sind oder die Produktivitätsfortschrittsrate der Obergrenze der Gesamtkosten vergleichsweise niedrig angesetzt wird. Dieser Gestaltungsspielraum kann genutzt werden, um den Wettbewerb auf der nachgelagerten Ebene zu behindern, indem die Gewinnmarge auch für Konkurrenten auf der nachgelagerten Ebene beschnitten wird (*margin squeeze*). Dadurch kann es selbst für effiziente Unternehmen auf der nachgelagerten Ebene nicht möglich sein, langfristig rentabel zu wirtschaften. Alternativ kann das Unternehmen die Preise auf einem nachgelagerten Markt, auf dem es im Wettbewerb mit anderen Unternehmen steht, künstlich absenken, sodass ihm dort keine Marge verbleibt oder es sogar eine negative Marge erwirtschaftet. Mithilfe des Preiswettbewerbs kann es in der Folge andere Unternehmen verdrängen.

188. Eine Kosten-Preis-Schere sollte auf den Eisenbahnmärkten immer dann in Betracht gezogen werden, wenn konzernfremde Eisenbahnunternehmen über keine gleichen Chancen beim Zugang zur Schieneninfrastruktur verfügen, wenn sie auf den nachgelagerten Märkten für Eisenbahnverkehrsdienstleistungen und sonstige Bahndienstleistungen mit konzern eigenen Tochtergesellschaften konkurrieren.²⁶⁹ Dabei reicht der Schutz für die Unternehmen nach Art. 102 AEUV über den Schutz durch das Regulierungsrecht hinaus:

²⁶⁴ Siehe einerseits Erwägungsgrund 27 der Richtlinie 2012/34/EU, andererseits Tz. 48 ff. in diesem Sektorgutachten.

²⁶⁵ EuGH, Urteil vom 17. Juli 2014, C-553/12 P – DEI, ECLI:EU:C:2014:2083, Rz. 41, 43 f.

²⁶⁶ EuGH, Urteil vom Urteil vom 14. Februar 1978, 27/76 – United Brands, Slg. 1978, S. 207, ECLI:EU:C:1978:22, Rz. 250 ff; EuGH, Urteil vom 12. Februar 1998, C-163/96 – Raso u. a., Slg. 1998, I-533, ECLI:EU:C:1998:54, Rz. 29-31.

²⁶⁷ Siehe Tz. 188 und Tz. 198, 202 in diesem Sektorgutachten.

²⁶⁸ EU-Kommission, Mitteilung – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 45 vom 24. Februar 2009, S. 7.

²⁶⁹ EuGH, Urteil vom 13. Dezember 1991, 18/88 – RTT/GB-Inno-BM, Slg. 1991, I-5941, ECLI:EU:C:1991:474, Rz. 25. Vgl. auch schon oben Tz. 48 zur wettbewerblichen Chancengleichheit, die der Bund nach Art. 106 Abs. 1 AEUV zu gewährleisten hat.

- Aus Art. 102 AEUV können andere Eisenbahnverkehrsunternehmen von vornherein einen Anspruch auf Zugang zu den vom DB-Konzern kontrollierten wesentlichen Einrichtungen (essential facilities) zu angemessenen und nicht-diskriminierenden Bedingungen ableiten. Die regulierten Infrastrukturen des DB-Konzerns sind wesentliche Einrichtungen. Das Eisenbahnregulierungsrecht stellt insofern also lediglich eine Konkretisierung des wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsverbots zugunsten der Zugangspetenten dar.²⁷⁰ Auch das missbrauchsrechtliche Verbot des Ausbeutungsmisbrauchs durch Preisüberhöhung wird durch das Regulierungsrecht lediglich konkretisiert.
- Eine Beeinträchtigung der wettbewerblichen Chancengleichheit auf den nachgelagerten Märkten kann nach dem eingangs Ausgeführten aber nicht nur aus unangemessenen Zugangsbedingungen – und den damit verbundenen Kosten – folgen. Sie kann stattdessen auch ein Ergebnis künstlich, z. B. aufgrund konzerninterner Quersubventionierung, reduzierter Preise der konzerneigenen Tochtergesellschaften auf den unregulierten nachgelagerten Märkten sein.²⁷¹

Ein Verstoß gegen Art. 102 AEUV durch eine Kosten-Preis-Schere wird durch das Regulierungsrecht demgemäß nicht vollständig erfasst. Er wird nicht erfasst, soweit er über andere anerkannte missbrauchsrechtliche Fallgruppen hinausgeht.

189. In diesem Zusammenhang ist rechtsmethodisch klarstellend darauf hinzuweisen, dass der Europäische Gerichtshof bei der Auslegung von Art. 102 AEUV wirtschaftlich geprägte Maßstäbe anwendet und bei der Anwendung der Vorschrift auf die tatsächlichen Marktverhältnisse abstellt. Das gilt für die Feststellung des Unternehmens als Normadressat ebenso wie für die Verhaltensvorgaben nach der Vorschrift.²⁷² Deshalb kann das Regulierungsrecht auch nicht als Konkretisierung von Art. 102 AEUV verstanden werden. Die Auslegung des Europäischen Gerichtshofs ist von deutschen Behörden und Gerichten wegen Art. 267 Abs. 1, 3 AEUV zu beachten.

190. Die Monopolkommission hat in ihrem Siebten Sektorgutachten Bahn herausgearbeitet, dass eine Kosten-Preis-Schere zum Nachteil konkurrierender Eisenbahnverkehrsunternehmen im Fernverkehr nicht ausgeschlossen werden kann.²⁷³ Die Gefahr einer Kosten-Preis-Schere besteht hier schon deshalb, weil der marktbeherrschende Betreiber der Schienenwege Teil des vertikal integrierten DB-Konzerns ist, der zugleich mit einem konzernzugehörigen Eisenbahnverkehrsunternehmen auf der nachgelagerten SPFV-Ebene aktiv ist. In diesem Fall kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Gestaltungsspielräume der überhöhten Vorleistungspreise missbräuchlich genutzt werden, um dem unternehmenseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen einen Wettbewerbsvorteil auf dem nachgelagerten Markt zu verschaffen. Anreize für ein solches Verhalten bestehen für die betreffenden Gesellschaften des DB-Konzerns insbesondere dann, wenn sowohl der Betreiber der Schienenwege als auch das Eisenbahnverkehrsunternehmen Ergebnisabführungsverträge mit der gemeinsamen Holding führen, so dass die Einnahmen der überhöhten Vorleistungen die Verluste des Eisenbahnverkehrsunternehmens ausgleichen können.

²⁷⁰ § 10 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 1 i. V. m. §§ 66 Abs. 4 Nr. 5-8, 67 Abs. 1 ERegG.

²⁷¹ Vgl. dazu EuGH, Urteil vom 17. Februar 2011, C-52/09- TeliaSonera Sverige, Slg. 2011, I-527, ECLI:EU:C:2011:83, Rz. 34: „Da sich im Übrigen die Unangemessenheit einer solchen Preispolitik im Sinne von Art. 102 AEUV aus der bloßen Tatsache einer Beschneidung der Margen [...] ergibt, bedarf es keineswegs des Nachweises, dass die [...] Vorleistungspreise [...] bereits für sich allein deshalb missbräuchlich waren, weil sie zu hoch waren bzw. Verdrängungswirkung hatten“.

²⁷² Abweichend hinsichtlich der Problematik der Kosten-Preis-Schere allerdings BNetzA, Beschluss vom 5. März 2021, BK10-20-0353_E; siehe zum Normadressaten dort S. 106 („Die strukturelle Trennung (auch) innerhalb des integrierten Konzerns bewirkt, dass dem Netzbetreiber [das Verhalten von EVU und EVU-Mutter nicht] zugerechnet werden können“), S. 112 („aus Sicht des ERegG grundsätzlich [der] höchstmöglich[e] Grad der Entflechtung“), ohne abschließende Festlegung auch S. 109 („Zurechnung von Verhalten [...] wohl nicht ohne Betrachtung des Entflechtungsregimes“); zu den missbrauchsrechtlichen Verhaltensvorgaben S. 105 („beugt das Eisenbahnregulierungsrecht [...] so effektiv vor, dass eine parallele Anwendung des PKS-Konzepts nicht mehr sinnvoll ist“), S. 106 ff. („Parallelität [...] des Verbotes aus Art. 102 AEUV“).

²⁷³ Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn (2019), a. a. O., Tz. 171-177.

191. Die Problematik einer Kosten-Preis-Schere war seit dem letzten Sektorgutachten Bahn der Monopolkommission Gegenstand mehrerer gerichtlicher oder behördlicher Verfahren. Dabei folgte die Rechtsprechung den maßgeblichen wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen (Abschnitt. 4.3.3.1), während es auf regulierungsbehördlicher Ebene zu Unsicherheiten gekommen ist (Abschnitt 4.3.3.2). Für den Bund als Eigentümer des DB-Konzerns ist die Problematik wegen des für ihn bestehenden Haftungsrisikos nach Art. 106 Abs. 1 AEUV von Bedeutung (Abschnitt 4.3.3.3).

4.3.3.1 Entwicklung der Rechtsprechung

192. Die deutschen Gerichte haben sich im Zeitraum seit dem Siebten Sektorgutachten Bahn wiederholt mit Vorwürfen überhöhter Trassenentgelte im Bahnbereich befasst. Die meisten Verfahren betrafen die von der DB Netz AG für den SPNV zum 1. Januar 2003 eingeführten „Regionalfaktoren“²⁷⁴. Die Bundesnetzagentur hatte die für die Netzfahrplanperiode 2010/2011 in Ansatz gebrachten Regionalfaktoren als diskriminierend angesehen und zunächst für ungültig erklärt. Das Verwaltungsverfahren wurde ohne abschließende rechtliche Bewertung durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag beendet.

193. Im Anschluss hatte der Bundesgerichtshof im Oktober 2019 über die Frage eines Verstoßes gegen Art. 102 AEUV zu entscheiden.²⁷⁵ In dem konkreten Fall begehrte die Klägerin eine Feststellung, dass die unter Anwendung der Regionalfaktoren geforderten Trassenentgelte der DB Netz AG ihrerseits ungültig seien und forderte darüber hinaus die Rückzahlung der überzahlten Entgelte. Der Bundesgerichtshof stellte in seinem Urteil klar, dass das Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV im Fall überhöhter Trassenentgelte ungeachtet des Umstands anwendbar blieb, dass die Bundesnetzagentur dem DB-Konzern als im Infrastrukturbereich marktbeherrschendem Unternehmen einen „Anreiz gegeben hat[te], seine Preisgestaltung beizubehalten.“²⁷⁶ Die „primärrechtlich begründeten subjektiven Rechte“ der Klägerin standen zudem „selbständig neben den Vorschriften der sektorspezifischen Entgeltkontrolle des Eisenbahnregulierungsrechts“.²⁷⁷

194. Das OLG Dresden hat in einem parallelen Fall im Januar 2021 dieselbe Rechtsposition zur Anwendbarkeit der Art. 101 f. AEUV vertreten und ebenfalls einen Marktmachtmissbrauch bejaht.²⁷⁸ In diesem Kontext hat es entschieden, dass ein Schaden für die Klägerin dadurch weder ausgeschlossen noch vermindert wurde, dass die Infrastrukturkosten auf einen Aufgabenträger der Daseinsvorsorge abgewälzt wurden. Das OLG Frankfurt hatte sich der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zuvor im September 2020 zwar angeschlossen, die Möglichkeit einer Schadensabwälzung auf die Aufgabenträger allerdings bejaht.²⁷⁹

195. In einem den SPNV betreffenden Fall hat das OLG Frankfurt ebenfalls im September 2020 zwar eine missbräuchliche Preisgestaltung durch überhöhte Trassenentgelte in den Netzfahrplanperioden 2013-2016 bejaht, aber noch Aufklärungsbedarf hinsichtlich der Schadenshöhe gesehen.²⁸⁰ Das OLG hielt in diesem Fall die missbrauchsrechtlichen Ausführungen seines anderen Urteils für im Wesentlichen übertragbar.

²⁷⁴ Berechnungsfaktor, der von der DB Netz AG für die Trassenpreisberechnung in Regionalnetzen angewendet wurde, die aus ihrer Sicht keine tragfähige Kosten-Erlös-Struktur aufwiesen.

²⁷⁵ BGH, Urteil vom 29. Oktober 2019, KZR 39/19 – Trassenentgelte.

²⁷⁶ BGH, Urteil vom 29. Oktober 2019, KZR 39/19 – Trassenentgelte, Rz. 24 f.

²⁷⁷ BGH, Urteil vom 29. Oktober 2019, KZR 39/19 – Trassenentgelte, Rz. 31, 35.

²⁷⁸ OLG Dresden, Urteil vom 18. Januar 2021, U 8/15 Kart.

²⁷⁹ OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 15. September 2020, 11 U 128/14 (Kart).

²⁸⁰ OLG Frankfurt, Teilurteil vom 17. November 2020, 11 U 60/18 (Kart).

196. Das Kammergericht hat im Dezember 2020 ein Verfahren zur zivilrechtlichen Billigkeitskontrolle von Stationsentgelten nach § 315 BGB ausgesetzt und dem Europäischen Gerichtshof Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt.²⁸¹ Die erste Frage bezog sich darauf, ob es mit den Vorgaben des Unionsrechts (Richtlinie 2001/14/EG) vereinbar ist, wenn innerstaatliche Zivilgerichte im Einzelfall und unabhängig von der Überwachung durch die Regulierungsstelle die Höhe der verlangten Entgelte nach den Maßstäben von Art. 102 AEUV und/oder des nationalen Kartellrechts überprüfen. Die zweite Frage bezog sich darauf, ob eine Missbrauchskontrolle nach Art. 102 AEUV durch die innerstaatlichen Zivilgerichte auch dann zulässig und – gegebenenfalls unter Abwarten einer behördlichen Entscheidung – geboten ist, wenn für die Eisenbahnverkehrsunternehmen die Möglichkeit besteht, eine Überprüfung der Angemessenheit gezahlter Entgelte durch die zuständige Regulierungsstelle zu erreichen.

197. Aus Sicht der Monopolkommission bestätigt die zitierte Rechtsprechung, dass die Überprüfung vonseiten der Bundesnetzagentur einen Missbrauch nach Art. 102 AEUV durch überhöhte Infrastrukturentgelte jedenfalls nicht ausschließt. Die zitierten Entscheidungen sprechen dafür, dass es zu solchen Missbräuchen durch Tochtergesellschaften des DB-Konzerns auch schon mehrfach gekommen ist. Was dies für die zivilgerichtliche Billigkeitskontrolle bedeutet, mag weiterer Klärung bedürfen, die hier letztverbindlich nur durch den Europäischen Gerichtshof erfolgen kann. Die Monopolkommission begrüßt insofern, dass der Europäische Gerichtshof zur Klärung im Wege der Vorabentscheidung angerufen wurde.²⁸² Dieser Frage muss hier jedoch nicht weiter nachgegangen werden.

4.3.3.2 Entwicklung der behördlichen Entscheidungspraxis

198. Die Bundesnetzagentur hat am 5. März 2021 den Antrag der DB Netz AG und der DB RegioNetz Infrastruktur GmbH vom 9. Oktober 2020 über die Entgelte und Entgeltgrundsätze für die Erbringung des Mindestzugangspaketes für die Netzfahrplanperiode 2020/2021 genehmigt.²⁸³ Zuvor hatte sie am 31. März 2020 bereits die entsprechenden Anträge vom 19. Oktober 2019 für die Netzfahrplanperiode 2021/2022 genehmigt.²⁸⁴ In beiden Beschlüssen hat sie unter anderem zu einem möglichen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung des DB-Konzerns Stellung genommen. Sie hat einen solchen Missbrauch in Form einer Kosten-Preis-Schere oder in Form eines Ausbeutungsmisbrauchs durch missbräuchliche Preisüberhöhung gemäß Art. 102 S. 2 lit. a AEUV abgelehnt.²⁸⁵ Die Ausführungen waren in den Beschlüssen durch das Vorbringen mehrerer Hinzugezogener veranlasst.

199. Die Bundesnetzagentur hat ihre Beschlüsse auf Art. 106 Abs. 1 i. V. m. Art. 102 AEUV gestützt. Die Beschlüsse sind unter anderem insoweit zu hinterfragen, als die Bundesnetzagentur aus den zitierten Vorschriften eine eigene Befugnis zur Prüfung der in Rede stehenden Kosten-Preis-Schere abgeleitet hat. Dabei bedarf es hier keiner Stellungnahme zu der vom Bundeskartellamt und der Bundesnetzagentur zunächst unterschiedlich beantworteten Frage, welche der beiden Behörden zur Wahrung der Einhaltung von Art. 106 Abs. 1 AEUV (bei isolierter Betrachtung) zuständig ist.²⁸⁶ Eine ausdrückliche Zuständigkeitsregelung findet sich im deutschen Recht insoweit zugunsten keiner der beiden Behörden. Die Beantwortung der Frage ändert aber nichts daran, dass jedenfalls eine Pflicht des Bundes im Außenverhältnis zu den Nutzern der Schienenwege besteht, die Vorgaben des Art. 106 Abs. 1 AEUV in

²⁸¹ KG, 12. Dezember 2020, 2 U 4/12 Kart.

²⁸² Art. 267 Abs. 1 AEUV; vgl. dazu Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, Wettbewerb 2020, Baden-Baden 2020, Tz. 416 (dort zu Art. 102 AEUV); Kühling/Geilmann/Weck, ZHR 182 (2018), 539 (565 f.); Kühling/Drechsler, NJW 2017, 2950 (2951 ff.); sowie für die Streitparteien erstellten Gutachten von Körber, Überprüfung regulierungsrechtlich gebilligter Eisenbahninfrastruktur-Nutzungsentgelte nach deutschem und europäischem Kartellrecht?, Köln 2020; Schweizer, Das Verhältnis von Eisenbahnregulierungsrecht und Kartellrecht bei der rechtlichen Beurteilung von Eisenbahninfrastrukturnutzungsentgelten, Berlin 2020.

²⁸³ BNetzA, Beschluss vom 5. März 2021, BK10-20-0353_E.

²⁸⁴ BNetzA, Beschluss vom 31. März 2020, BK10-19-0178_E.

²⁸⁵ BNetzA, Beschluss vom 5. März 2021, BK10-20-0353_E, S. 100 ff.; Beschluss vom 31. März 2020, BK10-19-0178_E, S. 94 ff.

²⁸⁶ BNetzA, Beschluss vom 31. März 2020, BK10-19-0178_E, S. 22, 96 f.

Bezug auf einen Zugang zur Schieneninfrastruktur des DB-Konzerns zu angemessenen Bedingungen und ohne ausbeutende Preisüberhöhung einzuhalten.²⁸⁷ Aus dieser Pflicht dürfte sich zumindest auch eine Befugnis der Bundesnetzagentur ableiten lassen, eine Genehmigung zu versagen, wenn der DB-Konzern diese missbräuchlich beantragt haben sollte.

200. Die eigene Bindung der Bundesnetzagentur an Art. 106 Abs. 1 AEUV bedeutet allerdings noch nicht, dass die Bundesnetzagentur im Rahmen eines Verfahrens zur Genehmigung von Trassenentgelten nach §§ 45 f. ERegG zu einer umfassenden und eigenständigen Prüfung einer Kosten-Preis-Schere des DB-Konzerns befugt wäre. Zum einen liegt die formelle Zuständigkeit zur Prüfung von Marktmachtmissbräuchen nach Art. 102 AEUV in Deutschland grundsätzlich beim Bundeskartellamt (§ 50 Abs. 1 GWB). Dieses wäre somit im Wege der Amtshilfe (§§ 4 ff. VwVfG) einzubeziehen und das Verfahren der Bundesnetzagentur bis zum Abschluss der Prüfung des Bundeskartellamts auszusetzen. Allenfalls könnte die Bundesnetzagentur eine Genehmigung unter Vorbehalt einer kartellbehördlichen Missbrauchsprüfung erteilen. Zum anderen sind in materieller Hinsicht die Vorgaben des Art. 102 lit. a AEUV getrennt von den Pflichten nach Art. 106 Abs. 1 AEUV zu sehen.

201. Insbesondere gilt auch im Kontext regulierter Trassenentgelte, dass das Regulierungsrecht im Hinblick auf eine mögliche Kosten-Preis-Schere – entgegen der Annahme der Bundesnetzagentur – keine Konkretisierung der Art. 106 Abs. 1 i. V. m. Art. 102 AEUV darstellt.²⁸⁸ Insofern ist speziell in diesem Zusammenhang von Bedeutung, dass eine Kosten-Preis-Schere auch dann nicht auszuschließen ist, wenn das EReg eingehalten wird. Dies erklärt sich dadurch, dass eine Kosten-Preis-Schere ein zweigliedriger Behinderungsmissbrauch ist. Dieser erschöpft sich nicht in der Forderung der nach §§ 45 f. EReg genehmigungspflichtigen Trassenentgelte. Die Behinderungswirkung tritt vielmehr erst auf den nachgelagerten Märkten für Schienenverkehrsdienstleistungen ein, die im Verfahren zur Genehmigung der Trassenentgelte nicht Gegenstand der Untersuchung sind. Der Europäische Gerichtshof – und ihm folgend der Bundesgerichtshof – haben entschieden, dass eine Kosten-Preis-Schere nach Art. 102 AEUV gänzlich unabhängig von der Erteilung einer regulierungsrechtlichen Genehmigung zu prüfen ist.²⁸⁹ Die Reichweite des unionsprimärrechtlichen Art. 102 AEUV ist nach alledem autonom und unabhängig vom lediglich sekundärrechtlich und national ausgestalteten Regulierungsrecht zu bestimmen.²⁹⁰

202. Dennoch dürfte die Rechtsansicht der Bundesnetzagentur zumindest insoweit zutreffen, als dass die Bundesnetzagentur eine den Bund nach Art. 106 Abs. 1 AEUV bestehende Pflicht verletzen dürfte, wenn sie Trassenentgelte bei entsprechenden Anhaltspunkten (z. B. Wettbewerberbeschwerden) ohne Entscheidung über die Frage genehmigen würde, ob diese Entgelte für eine Kosten-Preis-Schere genutzt werden.²⁹¹

- Zwar stellt die Kosten-Preis-Schere – insoweit entgegen den Annahmen der Bundesnetzagentur – ausschließlich ein unternehmerisches Verhalten dar, für das nicht der Bund nach Art. 106 Abs. 1 AEUV, sondern allein der DB-Konzern nach Art. 102 lit. a AEUV verantwortlich ist. Ein unternehmerisches Verhalten ist insbesondere nicht dadurch ausgeschlossen, dass der konzernzugehörige Betreiber der Schienenwege nach § 45 Abs. 2 Satz 1 und 2 ERegG für das Erbringen des Mindestzugangspakets keine anderen als die genehmigten Entgelte vereinbaren darf. Auf die genehmigten Entgelte kommt es bei der Prüfung von Art. 102 AEUV jedoch nicht an. Ausreichend ist insoweit vielmehr, dass der DB-Konzern einen Antrag bei der Bun-

²⁸⁷ Zu den Voraussetzungen im Einzelnen siehe Tz. 48 ff. in diesem Sektorgutachten.

²⁸⁸ Abweichend BNetzA, Beschluss vom 31. März 2020, BK10-19-0178_E, S. 98.

²⁸⁹ EuGH, Urteil vom 14. Oktober 2010, C-280/08 P- Deutsche Telekom/Kommission, Slg. 2010, I-9555, ECLI:EU:C:2010:603, Rz. 80 ff.; BGH, Urteil vom 29. Oktober 2019, KZR 39/19 – Trassenentgelte, Rz. 24; so auch Monopolkommission, Mehr Qualität und Wettbewerb auf die Schiene, Baden-Baden, 2019, Tz. 172.

²⁹⁰ Abweichend BNetzA, Beschluss vom 31. März 2020, BK10-19-0178_E, S. 97.

²⁹¹ Vgl. BNetzA, Beschluss vom 31. März 2020, BK10-19-0178_E, S. 97 (letzte beide Absätze).

desnetzagentur gestellt hat, der zur behördlichen Genehmigung und im Anschluss zu entsprechend berechneten überhöhten Vorleistungsentgelten für die Nutzung der Schienenwege und gegebenenfalls zu einer Behinderungswirkung auf den Märkten für Eisenbahnverkehrsdienstleistungen führt.²⁹²

- Allerdings kann die behördliche Genehmigung durch die Bundesnetzagentur (Hoheitsakt) auch losgelöst vom Verhalten des DB-Konzerns gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV verstoßen. Denn die Genehmigung hat aufgrund von § 45 Abs. 2 Satz 1 und 2 ERegG zur Folge, dass zukünftig ein eigenverantwortliches Verhalten des DB-Konzerns hinsichtlich der Geltendmachung der beantragten und genehmigten Entgelte ausgeschlossen wird. Der DB-Konzern kann nach einer Genehmigung also im Wettbewerb mit anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen darauf verweisen, dass die dort eintretende Margenbescheidung (*margin squeeze*) unvermeidlich ist. Mit der Genehmigung überhöhter Trassenentgelte bei gleichzeitig (wettbewerbsbedingt) geringen Margen im Geschäft mit Eisenbahnverkehrsdienstleistungen wird also für den DB-Konzern notwendigerweise eine „Lage geschaffen [...], in der dieses Unternehmen einen [...] Missbrauch begeht“.²⁹³ Der Verstoß gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV liegt folglich darin, dass die Bundesnetzagentur die Entstehung dieser Lage nicht durch die Versagung der Genehmigung verhindert.²⁹⁴

Der Bundesnetzagentur kommt auch nicht etwa ein Entscheidungsspielraum in dem Sinne zu, dass sie einen Verstoß des DB-Konzerns gegen Art. 102 AEUV im Genehmigungsverfahren nur bei Vorliegen „ausreichender Anhaltspunkte“ beachten musste.²⁹⁵ Eine solche Vorgehensweise wäre mit der Pflicht aller mitgliedstaatlichen Stellen zur effektiven Durchsetzung von Art. 102 AEUV in laufenden Verfahren unvereinbar.²⁹⁶ Sie widerspricht speziell im Kontext des eisenbahnrechtlichen Genehmigungsverfahrens auch den Anforderungen des Art. 106 Abs. 1 AEUV.²⁹⁷

203. Damit die Bundesnetzagentur für die Umsetzung der Pflicht des Bundes sorgen kann, die Vorgaben des Art. 106 Abs. 1 AEUV einzuhalten, hätte sie somit ausgehend von den Wettbewerberbeschwerden in den Verfahren zu den Mindestzugangspaketen für die Netzfahrplanperioden 2020/2021 und 2021/2022 der Frage nachgehen müssen, ob die von den Antragstellerinnen geltend gemachten Kosten künstlich überhöht sind. Sie hätte sich also nicht beschränken dürfen zu prüfen, ob diese Kosten als Vollkosten tatsächlich anfallen. Sie hätte vielmehr auch in Betracht ziehen müssen, dass der DB-Konzern die Kosten, z. B. durch eine nicht marktübliche Eigenkapitalquote und Abweichungen von einem marktüblichen Verhalten gezielt in die Höhe treibt.²⁹⁸ In Bezug auf eine Kosten-Preis-Schere des DB-Konzerns wäre außerdem zu untersuchen gewesen, ob der DB-Konzern zugleich die Entgelte für Eisenbahnverkehrsdienstleistungen künstlich so niedrig hält, dass damit keine Marge erzielt werden kann. Die nähere Untersuchung dieser Frage wäre durch das Bundeskartellamt im Wege der Amtshilfe vorzunehmen gewesen (siehe oben Tz. 200). Als mögliches Indiz hierfür kann es angesehen werden, wenn Eisenbahnverkehrsunternehmen des DB-Konzerns auf längere Zeit in nicht kostendeckender Weise betrieben werden, insbesondere wenn diese Eisenbahnverkehrsunternehmen aufgrund ihrer Marktposition eigentlich in der Lage sein müssten, kostendeckende Preise im Markt durchzusetzen. Zur Indizwirkung trägt bei, wenn andere Eisenbahnverkehrsunternehmen die verfügbaren

²⁹² EuGH, Urteil vom 6. Dezember 2012, C-457/10 P – AstraZeneca, ECLI:EU:C:2012:770, Rz. 105-109.

²⁹³ Siehe schon oben Tz. 52 und die dort zitierte EuGH-Rechtsprechung.

²⁹⁴ Vgl. insoweit auch die Auffassung des BKartA im Schreiben vom 1. März 2021, wonach „Art. 102 AEUV im Rahmen des Genehmigungsverfahrens umfassend zu berücksichtigen“ ist; BNetzA, Beschluss vom 5. März 2021, BK10-20-0353_E, S. 21.

²⁹⁵ Ebenso BKartA im Schreiben vom 1. März 2021 (Fn. 294); anders aber BNetzA, Beschluss vom 5. März 2021, BK10-20-0353_E, S. 114 f.

²⁹⁶ EuGH, Urteil vom 7. Dezember 2010, C-439/08 – VEBIC, Slg. 2010, I-12471, EU:C:2010:739, Rz. 56; siehe auch EuGH, Urteil vom 19. März 1992, C-60/91 – Batista Morais, Slg. 1992, I-2085, EU:C:1992:140, Rz. 11 (zu Art. 4 Abs. 3 EUV).

²⁹⁷ Siehe dazu erneut Tz. 48 ff.

²⁹⁸ Vgl. hierzu Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn (2019), a. a. O., Tz. 130 f., 171.

Preissetzungsspielräume grundsätzlich ausnutzen.²⁹⁹ Insofern ist im vorliegenden Zusammenhang auf die eigene Feststellung der Bundesnetzagentur in ihrem Beschluss vom 31. März 2020 zu verweisen, wonach die Gesamtumsatzrentabilität durch die fehlende Rentabilität der zum DB-Konzern gehörenden DB Cargo AG trotz dominanter Stellung „stark in den negativen Bereich (2018: -5,3 %) gezogen wird, während die nichtstaatlichen EVU mit +5,5 % in 2018 für sich genommen ein deutlich positiveres Ergebnis erzielen konnten“.³⁰⁰ Die Ausführungen im Beschluss vom 5. März 2021 sind aufgrund der Auswirkungen der Covid-19-Pandemie auf die Rentabilität weniger aussagekräftig.³⁰¹ In Bezug auf eine missbräuchliche Preisüberhöhung (Ausbeutungsmissbrauch) hinsichtlich der Trassenentgelte hätte auf eine Überprüfung der Entgelte und Margen bei den Eisenbahnverkehrsdienstleistungen im Beschluss vom 31. März 2020 freilich verzichtet werden können.³⁰²

204. Die Bundesnetzagentur hat sich in ihren Entscheidungen demzufolge nicht hinreichend mit den Vorgaben des europäischen Wettbewerbsrechts auseinandergesetzt. Zur Nichtberücksichtigung der maßgeblichen Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts trug die Wahl eines am Regulierungsrecht angelehnten Prüfungsmaßstabs bei, durch den die Bundesnetzagentur sich die Berücksichtigung einer Kosten-Preis-Schere bzw. ausbeutenden Preisüberhöhung gleichsam selbst verschlossen hat. Dem stand dann auch nicht mehr entgegen, dass durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs im Oktober 2019, die eigenen Feststellungen der Bundesnetzagentur und das Vorbringen mehrerer Hinzugezogene eigentlich Anlass für eine vertiefte Prüfung eines solchen Wettbewerbsverstoßes geboten hätten.³⁰³

4.3.3.3 Haftungsrisiken für den Bund

205. In Anbetracht der möglichen Vorbehalte gegenüber der Prüfung durch die Bundesnetzagentur ist die Frage weiter als offen zu behandeln, ob sich der DB-Konzern in Bezug auf die Trassenentgeltforderungen für die Netzfahrplanperiode 2020/2021 missbräuchlich im Sinne von Art. 102 S. 2 lit. a AEUV verhält. Des Weiteren lässt sich ein Verstoß gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV zumindest insoweit nicht ausschließen, als die Genehmigungsentscheidungen der Bundesnetzagentur dazu geführt haben, dass der Zugang zu den vom DB-Konzern kontrollierten Schienenwegen für andere Nutzer nicht zu angemessenen, d. h. insbesondere nicht-diskriminierenden Bedingungen und ohne Preisüberhöhung, gewährleistet ist. Die Frage einer möglichen Kosten-Preis-Schere durch das Verhalten des DB-Konzerns ist Gegenstand laufender Verfahren. Insofern bleibt die Entwicklung abzuwarten.

206. Außerdem ist allerdings darauf hinzuweisen, dass neben einem Verstoß gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV durch die von der Bundesnetzagentur erteilte Genehmigung der Trassenentgelte ein weiterer Verstoß gegen dieselbe Vorschrift tritt, wenn der Bund nicht einschreitet und sich die fraglichen Trassenentgeltforderungen später als missbräuchlich im Sinne von Art. 102 AEUV herausstellen sollten.³⁰⁴ Zumindest ein qualifizierter Verstoß gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV kann eine Staatshaftung des Bundes auslösen. Der Bundesnetzagentur ist somit dringend zu empfehlen, in ihren Genehmigungsverfahren das Vorbringen von Wettbewerbern zu möglichen Verstößen des DB-Konzerns gegen Art. 102 AEUV zukünftig intensiv zu prüfen.

²⁹⁹ Vgl. EuGH, Urteil vom 14. Oktober 2010, C-280/08 P – Deutsche Telekom, ECLI:EU:C:2010:603, Rz. 177: „Preispolitik, die für seine gegenwärtigen oder potenziellen ebenso effizienten Wettbewerber eine Verdrängungswirkung entfaltet [...] und damit seine Stellung stärkt, indem andere Mittel als diejenigen eines Leistungswettbewerbs herangezogen werden“. Zu beachten ist allerdings, dass Wettbewerber bei dieser Prüfung nicht aufgrund der Tatsache benachteiligt werden dürfen, dass sie effizienter als das beherrschende Unternehmen sind; vgl. insoweit EuGH, Urteil vom 17. Februar 2011, C-52/09 – TeliaSonera Sverige, Slg. 2011, I-527, ECLI:EU:C:2011:83, Rz. 33 (*As-efficient-competitor*-Test).

³⁰⁰ BNetzA, Beschluss vom 31. März 2020, BK10-19-0178_E, S. 100.

³⁰¹ BNetzA, Beschluss vom 5. März 2021, BK10-20-0353_E, S. 116 f.

³⁰² Siehe hierzu BNetzA, Beschluss vom 31. März 2020, BK10-19-0178_E, S. 100, 103 f.

³⁰³ Siehe BGH, Urteil vom 29. Oktober 2019, KZR 39/19 – Trassenentgelte, Rz. 16 f. und oben Tz. 203 zu den Feststellungen der Bundesnetzagentur.

³⁰⁴ Siehe dazu schon oben Tz. 48 ff.

4.3.3.4 Empfehlungen: Genehmigung unter Vorbehalt oder Einführung einer eigenständigen gesetzlichen Prüfungscompetenz für die Bundesnetzagentur

207. Aus Sicht der Monopolkommission ist die bestehende Rechtslage mit Blick auf die Überprüfung möglicher Missbräuche durch eine Kosten-Preis-Schere im Eisenbahnsektor unbefriedigend. Die Bundesnetzagentur muss nach dem Ausgeführten zwar die Genehmigung von missbräuchlich beantragten Trassenentgelten nach Art. 106 Abs. 1 AEUV versagen. Sie kann die nötigen Ermittlungen wegen der Zuständigkeit des Bundeskartellamts für Missbrauchsprüfungen aber nicht selbst vornehmen, sondern muss das Bundeskartellamt im Wege der Amtshilfe einbeziehen. Eine schon angesprochene Möglichkeit, das Verfahren zur Genehmigung der Trassenentgelte fristgerecht abzuschließen, ist eine Genehmigung unter dem Vorbehalt einer kartellbehördlichen Missbrauchsprüfung (vgl. § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG). Eine andere Möglichkeit wäre es, der Bundesnetzagentur eine eigene Befugnis zur Prüfung von Missbräuchen im Sinne einer Kosten-Preis-Schere zuzuweisen.

208. Der Bundesgesetzgeber hat der Bundesnetzagentur eine Befugnis zur Prüfung von Kosten-Preis-Scheren in § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG und § 20 Abs. 4 PostG zugewiesen. Die Monopolkommission empfiehlt, eine entsprechende Regelung in das Eisenbahnregulierungsgesetz aufzunehmen. Die Bundesnetzagentur sollte ferner ermächtigt werden, Genehmigungen nach § 46 ERegG lediglich vorläufig zu erteilen, sofern über eine Genehmigung im Sinne der Vorschrift wegen der erforderlichen missbrauchsrechtlichen Ermittlungen nicht fristgerecht entschieden werden kann

4.3.4 Optimierungspotenzial der Entgeltregulierung im Bereich der Entgeltstruktur

209. Die Kapazitäten der deutschen Schieneninfrastruktur sind begrenzt. Derzeit stehen den Zugangsberechtigten in Deutschland insgesamt rund 39.000 Trassenkilometer für die Erbringung von Schienenverkehrsdiensten im Personen- und Güterverkehr zur Verfügung.³⁰⁵ Dabei nimmt die Auslastung dieser verfügbaren Schienenwegkapazitäten aufgrund von Nachfragesteigerungen und einer stärkeren Verlagerung von Verkehren auf die Schiene seit Jahren zu. Ein geringer Teil der Strecken ist bereits so stark ausgelastet, dass diese von der DB Netz AG als überlastet erklärt wurden.³⁰⁶ Die Gesamtlänge überlasteter Schienenwege betrug im Jahr 2018 insgesamt 731 Trassenkilometer.³⁰⁷ Damit sind bei weniger als 2 Prozent der Trassen die Kapazitätsgrenzen erreicht. Vor diesem Hintergrund lässt sich die Problematik der Regulierung der Trassenzugangsentgelte grundsätzlich in zwei Problembereiche unterteilen: die Entgeltsetzung bei ausgelasteten und diejenige bei nicht ausgelasteten Trassen.

210. Ist eine Trasse ausgelastet und verlangen mehrere Zugangsberechtigte gleichzeitig den Zugang, entsteht ein Knappheitsproblem. Lässt sich der Konflikt nicht durch eine Koordinierung der Nutzungsanträge und Konsultation der Zugangsberechtigten auflösen, so muss geklärt werden, welcher Verkehr vorrangig den Zugang zur Trasse erhält. Sofern die Mechanismen zur Auflösung von Zugangskonflikten nicht erfolgreich waren, sieht das ERegG in § 52 Abs. 8 ERegG ein Höchstpreisverfahren vor.³⁰⁸ Entspricht die Trasse den Kriterien eines überlasteten Schienenwegs ge-

³⁰⁵ Vgl. European Commission, Commission Staff Working Document, Accompanying the document: Seventh monitoring report on the development of the rail market under Article 15(4) of Directive 2012/34/EU of the European Parliament and of the Council, a. a. O., S. 29; BNetzA, Marktuntersuchung 2019, a. a. O., S. 34.

³⁰⁶ Eine Überlastung von Schienenwege liegt vor, wenn die verfügbaren Schienenwegkapazitäten auf einem bestimmten Streckenabschnitt nicht ausreichend sind, um die angemeldeten Schienenverkehre darauf durchführen zu können, vgl. § 55 Abs. 1 i. V. m. § 1 Abs. 13 ERegG. Zur Ermittlung möglicher Überlastungen werden von dem Betreiber der Schienenwege alle für die Bereitstellung einer Trasse erforderlichen betrieblichen Infrastrukturen, wie z. B. Stellwerke, herangezogen.

³⁰⁷ Die Europäische Kommission ist gemäß Art. 15 Abs. 4 der Richtlinie 2012/34/EU dazu verpflichtet, alle zwei Jahre einen Bericht über den europäischen Eisenbahnverkehrsmarkt zu erstellen. Vgl. European Commission, Commission Staff Working Document, Accompanying the document: Seventh monitoring report on the development of the rail market under Article 15(4) of Directive 2012/34/EU of the European Parliament and of the Council, a. a. O., S. 116.

³⁰⁸ Bei Anwendung des Höchstpreisverfahrens muss der Betreiber der Schienenwege gemäß § 52 Abs. 8 ERegG die Zugangsberechtigten auffordern, innerhalb von fünf Arbeitstagen ein Entgelt anzubieten, welches über dem Entgelt liegt, das auf der Grundlage der Schienennetz-Benutzungsbedingungen zu zahlen wäre. Die Angebote dürfen dem Betreiber der Schienenwege ausschließlich über

mäß § 1 Abs. 13 ERegG, kann der Betreiber der Schienenwege stattdessen gemäß § 55 Abs. 3 ERegG einen Knappheitszuschlag auf das reguläre Trassenentgelt erheben.³⁰⁹ Die Anwendung eines Höchstpreisverfahren bzw. die Erhebung von Knappheitszuschlägen dient der Steuerung der Trassenachfrage und soll das Knappheitsproblem der Schienenwegkapazitäten in der Entgeltsetzung widerspiegeln. An dieser Stelle überschneiden sich die Bereiche der Entgeltregulierung mit dem der Zugangsregulierung.

211. Auch in dem Fall nicht ausgelasteter Schienenwege sollten die Entgelte so ausgestaltet sein, dass eine optimale Nutzung der Trassen erreicht wird. Die Frage nach einer optimalen Ausgestaltung der Trassenentgelte betrifft dabei vor allem die Berechnung von Entgelten auf Basis von Grenzkosten und Vollkostenaufschlägen. Auf dieser und der bisher wenig beleuchteten Frage, welche Rolle die Bedienungsfrequenz bei der Berechnung der Trassenentgelte spielt, soll nachfolgend das Augenmerk liegen.

4.3.4.1 Trassenentgelte sind im Schienenpersonenverkehr bisher frequenzabhängig

212. Auf Grundlage der gesetzlichen Vorschriften im ERegG stellen die Betreiber der Schienenwege den Eisenbahnverkehrsunternehmen gegen ein regulatorisch festgelegtes Trassenentgelt den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur bereit. Gemäß § 31 Abs. 1 S. 1 ERegG ist das Entgelt dabei in Euro je Trassenkilometer auszuweisen. Die Berechnung des Trassenentgelts pro Zug basiert damit vor allem auf Grundlage der zwischen dem Betreiber der Schienenwege und dem Eisenbahnverkehrsunternehmen vertraglich vereinbarten Trassenkilometer und erfolgt mittels Multiplikation des Entgelts für das Mindestzugangspaket und den Trassenkilometern.³¹⁰

213. Ein Eisenbahnverkehrsunternehmen im Schienenpersonenverkehr bedient für die Erbringung seiner Verkehrsdienste in der Praxis regelmäßig und meist mehrfach den gleichen Streckenabschnitt (vertakteter Verkehr³¹¹) und setzt hierzu mehrere Züge zeitlich versetzt ein. Damit ist die Höhe des insgesamt zu entrichtenden Trassenentgelts – gegeben das regulatorisch festgelegte Entgelt des Mindestzugangspakets und die Länge des Streckenabschnitts – von der Anzahl bzw. Häufigkeit der von einem Eisenbahnverkehrsunternehmen auf diesem Streckenabschnitt eingesetzten Züge abhängig. Das Trassenentgelt richtet sich somit grundsätzlich nur nach der Bedienungsfrequenz, wobei mit jeder zusätzlichen Bedienung des Streckenabschnitts das Trassenentgelt proportional ansteigt. Andere Faktoren, wie etwa die Wagenzuglänge oder die Anzahl der Fahrzeuge der eingesetzten Züge, sind für die Berechnung des Trassenentgelts im Schienenpersonenverkehr unerheblich.³¹² Als Folge der gesetzlichen Vorgabe aus § 31 Abs. 1 S. 1 ERegG können die Trassenentgelte als frequenzabhängige Entgelte bezeichnet werden.

214. Die frequenzabhängige Trassenentgeltregulierung bedeutet z. B. für eine exemplarisch ausgewählte Fernverkehrsverbindung Hamburg – Frankfurt, dass es keinen Unterschied macht, ob das Eisenbahnverkehrsunternehmen einen zweiteiligen oder einen vierteiligen Triebwagenzug und somit einer doppelten Sitzplatzkapazität für die Beförderung von Reisenden einsetzt.³¹³ Die Höhe des zu entrichtenden Trassenentgelts bleibe in beiden Fällen identisch.

die Regulierungsbehörde zugeleitet werden, die die übrigen Bieter nach Ablauf der Frist von fünf Arbeitstagen über die Angebote und deren Höhe informiert.

³⁰⁹ Kann der Nachfrage nach Schienenwegkapazitäten nicht in angemessenem Umfang entsprochen werden und erklärt ein Betreiber der Schienenwege diesen Streckenabschnitt daraufhin gemäß § 55 Abs. 1 ERegG für überlastet, kann er auf das reguläre Trassenentgelt einen zusätzlichen Knappheitszuschlag nach § 35 Abs. 1 ERegG erheben. Siehe hierzu auch Tz. 135 dieses Sektorgutachtens.

³¹⁰ Siehe etwa DB Netz AG, Das Trassenpreissystem 2021 der DB Netz AG, a. a. O., S. 4. Für die Berechnung des Trassenentgelts gilt: Trassenentgelt pro Zug = Entgelt für Mindestzugangspaket * Trassenkilometer.

³¹¹ § 1 Abs. 23 ERegG.

³¹² Hiervon abzugrenzen ist der Schienengüterverkehr. Im Schienengüterverkehr dient die Wagenzuglänge neben weiteren Kriterien, wie z. B. dem Wagenzuggewicht, zur Abgrenzung einzelner Marktsegmente. Vgl. DB Netz AG, Schienennetz-Benutzungsbedingungen der DB Netz AG (SNB 2021), a. a. O., S. 102 ff.

³¹³ Ein zwei- bzw. vierteiliger Triebwagenzug besteht aus zwei bzw. vier aneinander gekuppelten Triebwagen, wobei ein Triebwagen ein Triebfahrzeug mit eigenem Antrieb für die Beförderung von Reisenden oder Gütern ist. Zwei aneinander gekuppelte Triebwagen werden dabei als Doppeltraktion bezeichnet. Analog gibt es Dreifachtraktionen, Vierfachtraktionen usw.

Allein die Entscheidung, wie häufig die Strecke Hamburg – Frankfurt mit einem Zug bedient wird, ist für die Gesamthöhe des Trassenentgelts ausschlaggebend.

4.3.4.2 Frequenzabhängige Trassenentgelte bremsen höhere Bedienungsfrequenzen aus

215. Mit Blick auf die Schienenwegkapazitäten in Deutschland kann ein Potenzial für eine stärkere Auslastung und mehr Verkehr auf der Schiene gesehen werden. Auch die Bundesregierung verfolgt das verkehrspolitische Ziel, mehr Verkehr auf die Schiene zu bringen. Dazu wurde die Nachfragesteigerung nach Schienenverkehrsleistungen im Koalitionsvertrag aus dem Jahr 2018 als ein wesentlicher Aspekt im Hinblick auf das Erreichen der Klimaschutzziele im Verkehrssektor anerkannt. Angestrebt wird eine Steigerung des Anteils der Schiene am gesamten Verkehrsaufkommen und eine Verdoppelung der Fahrgastzahlen bis zum Jahr 2030.³¹⁴ Denn während in Großstädten und Ballungsgebieten die Züge bereits in einem vergleichsweise dichten Takt – in der Regel häufiger als alle 30 Minuten – verkehren, werden ländliche Regionen oder der Fernverkehr oftmals nur in einem Zwei-Stunden-Takt bedient.

216. Problematisch ist allerdings, dass die Erhebung von Trassenentgelten ausschließlich in Abhängigkeit der Bedienungshäufigkeit eines Streckenabschnitts eine Anreizwirkung zur Reduzierung ebendieser Bedienungsfrequenz entfaltet. Es ist davon auszugehen, dass ein Eisenbahnverkehrsunternehmen auf Basis des frequenzabhängigen Trassenentgelts kaum Anreize haben wird, anstelle eines langen Zugs zeitlich versetzt mehrere kurze Züge bei insgesamt gleicher Sitzplatzkapazität einzusetzen und damit die Bedienungsfrequenz für Reisende zu erhöhen.³¹⁵ Schließlich würde der Einsatz jedes zusätzlichen Zugs das zu entrichtende Trassenentgelt proportional erhöhen. Die aktuelle Ausgestaltung der Trassenentgelte setzt damit wirksame Anreize, Schienenpersonenverkehrsdienste mit einer möglichst geringen Bedienungsfrequenz und dem Einsatz vergleichsweise langer Züge anzubieten.

217. Die Bedienungsfrequenz gibt aus Sicht eines Reisenden im Schienenpersonenverkehr an, wie oft eine Haltestelle in einem bestimmten Zeitraum – in der Regel innerhalb einer Stunde – von einem Eisenbahnverkehrsunternehmen bedient wird. Sie wird von den Reisenden häufig als ein wesentlicher Bestandteil der Bedienungsqualität und damit als ein objektiv messbares Qualitätsmerkmal des Schienenpersonenverkehrs wahrgenommen. Bei der Bedienungsfrequenz handelt es sich um ein Qualitätsmerkmal der zeitlichen Bedienung, welches neben der Qualität der räumlichen Bedienung, wie z. B. der Verkehrsanbindung oder Erreichbarkeit, ein entscheidendes Merkmal der Angebotsqualität eines Eisenbahnverkehrsunternehmens darstellt.³¹⁶

218. Es ist daher davon auszugehen, dass eine Veränderung der Bedienungsfrequenz einen Einfluss auf das Nachfrageverhalten eines rationalen Reisenden hat. Sie wird die Nachfrage in der Regel so beeinflussen, dass mit steigender Bedienungsfrequenz auch die Nachfrage nach Verkehrsdienstleistungen steigt. Gegenüber der Monopolkommission gaben insbesondere die Aufgabenträger des SPNV an, dass Reisende in der Praxis positiv auf höhere Bedienungsfrequenzen reagieren. Dies legt zudem eine Reihe von Studien nahe.³¹⁷ Der zugrunde liegende Nachfrageeffekt ergibt sich aus der Wartezeitminderung. Eine höhere Bedienungsfrequenz, die zu häufigeren Abfahrtszeiten

³¹⁴ CDU/CSU und SPD, Ein neuer Aufbruch für Europa- Eine neue Dynamik für Deutschland- Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag vom 12. März 2018, S. 77; Bundesregierung, Klimaschutzprogramm 2030 der Bundesregierung zur Umsetzung des Klimaschutzplans 2050, Fassung von Oktober 2019, S. 66.

³¹⁵ Es sei darauf hingewiesen, dass eine automatische, flexible Kuppelung mehrerer Zugeinheiten bereits seit dem Jahr 1996 technisch möglich ist. Durch den Einsatz automatischer Kupplungen können Züge in Bahnhöfen leicht in einzelne Zugeinheiten getrennt und wieder vereint werden, sodass Züge der notwendigen Kapazitäten angepasst werden können. Seit der Einführung der Digitalen Automatischen Kupplung (DAK) im Jahr 2020 ist auch eine selbstständige Kupplung der deutlich schwereren Güterwagen möglich.

³¹⁶ Siehe etwa Verband Deutscher Verkehrsunternehmen, Verkehrserschließung und Verkehrsangebot im ÖPNV, VDV-Schriften Nr. 4, Juni 2001.

³¹⁷ Den positiven Einfluss von Bedienungsfrequenz und Angebotsausweitungen auf die Nachfrage verdeutlichen etwa Jansson, J. O., UNITE Case Studies: The Mohring Effect in Interurban Rail Transport Case Study of the Swedish Railways, Linköping 2001, http://www.its.leeds.ac.uk/projects/unite/downloads/CS7g_Rail-Mohring.pdf, Abruf am 6. Mai 2021; Walther, K./Thomä, F., Verkehrsaufteilung mit gewichteten Reisekomponenten: Ein Tri-Modal-Split-Modell für den städtischen Personenverkehr, 1. Aufl., Opeladen 1980; BMVI, Mobilitäts- und Angebotsstrategien in ländlichen Räumen: Planungsleitfaden für Handlungsmöglichkeiten von

an einer Haltestelle führt, reduziert die durchschnittliche Wartezeit der Reisenden auf den nächsten abfahrenden Zug und somit auch die (Zeit-)Kosten des Wartens.³¹⁸ Dies stiftet den Reisenden einen zusätzlichen Nutzen und steigert die Attraktivität des Schienenpersonenverkehrs insbesondere für diejenigen, die ihn möglicherweise aufgrund längerer Wartezeiten bisher gemieden haben. Besonders stark dürfte dieser Nachfrageeffekt in ländlichen Regionen wirken, bei denen die Bedienungshäufigkeit regelmäßig eher gering ist.

219. Modelltheoretische Überlegungen zeigen darüber hinaus auf, dass der von frequenzabhängigen Entgelten ausgehender Anreizeffekt auf einzelnen Strecken eine Abwärtsspirale aus einer Minderung der Bedienungsfrequenz und Nachfragerückgängen auslösen kann.³¹⁹ Der Grund dafür ist, dass Eisenbahnverkehrsunternehmen die Höhe der Bedienungsfrequenz üblicherweise in Abhängigkeit der Fahrgastnachfrage setzen. Wird infolge des regulatorischen Anreizeffekts die Bedienungsfrequenz reduziert und kommt es dadurch zu einem Nachfragerückgang, reagieren Verkehrsunternehmen häufig mit dem Einsatz weniger Züge und einer weiteren Verminderung der Bedienungsfrequenz. Es entstünde eine Abwärtsspirale aus Nachfragerückgängen und Bedienungsfrequenzminderungen, der die Qualität des Schienenpersonenverkehrs dauerhaft verschlechtern könnte. Keinesfalls sollte eine Frequenzerhöhung, die auch verkehrspolitisch angestrebt wird, durch eine ineffiziente Ausgestaltung der Entgeltregulierung erschwert werden.

220. An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass nicht nur das Trassenentgelt einen Einfluss auf die von den Eisenbahnverkehrsunternehmen gewählte Bedienungsfrequenz hat. So sind neben dem Trassenentgelt weitere Kostenblöcke eines Eisenbahnverkehrsunternehmens im SPNV teilweise frequenzabhängig.³²⁰ Hierzu zählt mit ungefähr 8 Prozent der Gesamtkosten das Stationsentgelt, das für jeden Halt an einem Bahnhof erhoben wird; auch Stationsentgelte lassen sich damit proportional zur geminderten Bedienungsfrequenz einsparen. Weitere Kosteneinsparungspotenziale ergeben sich bei den Personalkosten, die einen Anteil von etwa 9 Prozent an den Gesamtkosten ausmachen und sich vor allem aus den Kosten für Triebfahrzeugführer und Zugbegleiter zusammensetzen. Bei einer geminderten Bedienungsfrequenz und dem Einsatz einer Mehrfachtraktion anstatt mehrerer Einfachtraktionen muss damit lediglich ein Triebfahrzeugführer beschäftigt werden, sodass sich die Personalkosten zumindest teilweise reduzieren lassen. Kleinere Einsparungen können auch im Kostenblock Energie (Bahnstrom und Dieselkraftstoff), der einem Anteil von etwa 13 Prozent an den Gesamtkosten entspricht, realisiert werden. Da allerdings bereits die Trassenentgelte einem Anteil von bis zu 32 Prozent an den Gesamtkosten der Eisenbahnverkehrsunternehmen entsprechen³²¹, ist alleine ihre Anreizwirkung als relativ hoch einzuschätzen.

ÖPNV-Aufgabenträgern und Verkehrsunternehmen unter besonderer Berücksichtigung wirtschaftlicher Aspekte flexibler Bedienungsformen, Berlin 2016.

³¹⁸ Die Wartezeit umfasst die Zeit, die ein Reisender aufwenden muss, um an einer Haltestelle auf den nächst abfahrenden Zug zu warten. Die durchschnittliche Wartezeit entspricht der Hälfte des Zeitintervalls zwischen zwei abfahrenden Zügen und ist somit umgekehrt proportional zur Bedienungsfrequenz. Kennen die Reisenden den Fahrplan und treffen diese pünktlich zur Abfahrtszeit an der Haltestelle ein, so entstehen die mit einer geringeren Bedienungsfrequenz verbundenen Zeitkosten nicht in Form von tatsächlichen Wartekosten an der Haltestelle, sondern in Form von Zeitplanverzögerungskosten. Vgl. hierzu etwa Small, A./Verhoef, E., *The Economics of Urban Transportation*, 2. Aufl., New York 2007, S. 67.

³¹⁹ Erste Überlegungen, die Wartekosten von Reisenden im Zusammenhang mit den Bedienungsfrequenzen bei der Regulierung des öffentlichen Personenverkehrs zu berücksichtigen, gab es bereits in den 1970er Jahren. Mohring (1972) beschrieb dabei erstmals formal den Wirkungszusammenhang zwischen der mit einer höheren Bedienungsfrequenz einhergehenden Nachfragesteigerung und der (Warte-)Kostensenkung im öffentlichen Personenverkehr. In der Folge erschienen eine Reihe formaltheoretischer Modelle, welche die optimalen Bedienungsfrequenzen im Schienenpersonenverkehr unter Berücksichtigung der Wartekosten von Reisenden modelltheoretisch aufzeigen. Vgl. Mohring, H., *Optimization and Scale Economies in Urban Bus Transportation*, *American Economic Review* 62, 1972, S. 591-604; Basso, L./Jara-Díaz, S., *The Case of Subsidization of Urban Public Transport and the Mohring Effect*, *Journal of Transport Economics and Policy* 44, 2010, S. 365-372; Savage, I./Small, K., *A Comment on „Subsidization of Urban Public Transport and the Mohring Effect“*, *Journal of Transport Economics and Policy* 44, 2010, S. 373-380; Van Reeve, P., *Subsidization of Urban Public Transport and the Mohring Effect*, *Journal of Transport Economics and Policy* 42, 2008, S. 349-359.

³²⁰ Siehe hierzu und im Folgenden Holzhey, M. u. a., *Revision der Regionalisierungsmittel: Mittelbedarf der Bundesländer für den Revisionszeitraum 2015-2030*, Gutachten der KCW GmbH für die Länder-Verkehrsministerkonferenz, 15. September 2014, S. 16.

³²¹ BNetzA, *Marktuntersuchung Eisenbahnen 2020*, a. a. O., S. 48.

4.3.4.3 Frequenzabhängigkeit der Entgelte ohne klare theoretische und rechtliche Fundierung

221. Vor dem Hintergrund der verkehrsmindernden Wirkung von frequenzabhängigen Entgelten stellt sich die Frage, ob die Abhängigkeit zur Bedienfrequenz auf Grundlage der geltenden regulierungsrechtlichen Vorgaben bzw. auf Grundlage allgemeiner regulierungsökonomischer Konzepte zur Entgeltbestimmung erfolgt. Die ökonomische Theorie knüpft zur Bestimmung wohlfahrtsoptimaler Entgelte zunächst an das Grenzkostenprinzip an. Dies bedeutet, dass die Entgelte allein den Kosten entsprechen sollten, die dem Betreiber der Schienenwege bei der Bereitstellung einer zusätzlichen Mengeneinheit entstehen. Bei der Eisenbahninfrastruktur handelt es sich jedoch um ein natürliches Monopol mit hohen Fixkosten und geringen Grenzkosten. Trassenentgelte in Höhe der Grenzkosten würden deshalb zu dauerhaften Verlusten bei dem Schienenwegebetreiber führen. Im Fall der Entgeltregulierung des Schienennetzes betrifft die Fragestellung optimaler Entgelte daher die Berechnung von Grenzkosten und von Aufschlägen zur Fixkostendeckung.³²²

222. Diesem Ansatz aus Grenzkosten und Aufschlägen folgt die regulatorische Ausgestaltung der Trassenentgelte nach den Vorgaben der §§ 31, 34 und 36 ERegG (vgl. Abschnitt 4.3.1.1). Demnach setzen sich die Trassenentgelte aus den unmittelbaren Kosten des Zugbetriebs (ukZ) – in Anlehnung an die Grenzkosten – und einem Vollkostenaufschlag zusammen.³²³ Die Vollkostenaufschläge sind nach dem ökonomischen Preisbildungskonzept von Ramsey-Boiteux zu bilden.³²⁴ Dabei werden Vollkostenaufschläge in der Weise erhoben, dass Nachfrager, die weniger stark auf Preisveränderungen reagieren, einen höheren Aufschlag auf die Grenzkosten erhalten und somit einen höheren Beitrag zur Deckung der Gesamtkosten leisten. Dieses Konzept dient der wohlfahrtsmaximierenden Zuordnung von Fixkosten eines natürlichen Mehrprodukt-Monopolisten über seine einzelnen Güterpreise. Es gilt daher Fixkostenaufschläge zu finden, durch die möglichst wenig Nachfrager von der Nutzung ausgeschlossen werden.³²⁵

223. Zunächst ist zu klären, ob die Berechnung der Trassenentgelte in Abhängigkeit der Bedienungsfrequenz darin begründet liegt, dass eine höhere Bedienungsfrequenz mit einem Anstieg der Grenzkosten (ukZ) einhergeht. Nach Auffassung der DB Netz AG führt eine Zunahme der gefahrenen Trassenkilometer zu höheren Kosten des Zugbetriebs. Eine Zunahme der Trassenkilometer ist z. B. mit einer zunehmenden Anzahl von Trassenanmeldungen verbunden, wodurch mehr Trassenkonstruktionen erforderlich seien und ein Mehrbedarf an Fahrplanpersonal bestehe. Zudem sei eine höhere Bedienungsfrequenz mit einer höheren Abnutzung bzw. Belastung der Schienenwege verbunden.³²⁶ Es erscheint jedoch fraglich, inwieweit eine erhöhte Bedienungsfrequenz, die etwa dadurch erreicht wird, dass einzelne Zugeinheiten entkuppelt und zeitlich versetzt über die Schienen rollen, eine Mehrbelastung der Schienenwege verursacht. Dies gilt insbesondere, wenn es sich bei den eingesetzten Zügen um sog. Triebwagen handelt, bei denen der Antrieb unterhalb der einzelnen Zugwagen sitzt und nach der Entkopplung keine zusätzlichen Loks benötigt werden. Vielmehr ist plausibel, dass die Abnutzung vor allem durch eine Belastung der Gleisgeometrie und die Richtkräfte auf die Radsätze beeinflusst wird und verschiedene Grenzkostenansätze in Frage kommen (z. B. Gewicht, Achsen, Geschwindigkeit, Kurvenfahrverhalten der Züge bzw. Beschaffenheit der Strecke). Auch die DB Netz AG sieht die gefahrenen Trassenkilometer pro Zug lediglich als eine Behelfsgröße für die Abnutzung der Eisenbahninfrastruktur an.³²⁷

³²² Vgl. Monopolkommission, 2. Sektorgutachten Bahn (2009): Wettbewerb erfordert Weichenstellung, Baden-Baden 2009, Tz. 197 ff.; Monopolkommission, 5. Sektorgutachten Bahn (2015): Wettbewerbspolitik auf der Spur?, Baden-Baden 2015, Tz. 41.

³²³ Die ukZ bilden die Kosten ab, die dem Betreiber der Schienenwege bei Bereitstellung einer zusätzlichen Mengeneinheit, gemessen in Trassenkilometern, entstehen. Damit entsprechen die ukZ den ökonomischen Grenzkosten des Schienennetzbetriebs.

³²⁴ Baumol, W. J., Bradford, D. F., Optimal Departures from Marginal Cost Pricing, *American Economic Review* 60, 1970, S. 265-280.

³²⁵ Das Ramsey-Boiteux-Modell führt damit zu einer sog. zweitbesten Lösung. Demnach soll die effiziente Lösung geringstmöglich verzerrt, wenn sich die Preisbildung zur Deckung der Fixkosten an den Preissensitivitäten der einzelnen Nachfragegruppen orientiert.

³²⁶ DB Netz AG, Schienennetz-Benutzungsbedingungen (SNB 2021), Anlage 6.1: Beschreibung der Herleitung der Marktsegmentierung, der Herleitung der Kosten, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen und der Herleitung der Vollkostenaufschläge, Version vom 15. Dezember 2020, S. 19 f.

³²⁷ Ebenda, S. 19.

224. Unabhängig von der konkreten Bewertung der Grenzkosten bleibt zu berücksichtigen, dass diese im Vergleich zu den Fixkosten der Betreiber der Schienenwege relativ gering ausfallen. So liegen im SPNV die von der Bundesnetzagentur für das Jahr 2021 genehmigten unmittelbaren Kosten bei durchschnittlich EUR 0,733 pro Trassenkilometer; demgegenüber beträgt der Vollkostenaufschlag zur Deckung der Fixkosten durchschnittlich EUR 3,589.³²⁸ Die Trassenentgelte bestehen dabei je nach Marktsegment bis zu 90 Prozent aus Aufschlägen zur Fixkostendeckung.³²⁹ Da die Fixkosten jedoch (per Definition) unabhängig von der Anzahl bzw. Häufigkeit der auf den Schienenwegen verkehrenden Züge anfallen, kann die Erhebung frequenzabhängiger Entgelte grundsätzlich nicht mit einem entsprechenden Anstieg dieser Kosten für die Betreiber der Schienenwege begründet werden.

225. Es wäre daher zu klären, ob die heutige Festlegung der Entgelte in Abhängigkeit der Bedienungsfrequenz mit dem ökonomischen Preisbildungskonzept von Ramsey-Boiteux begründet werden kann. Das Konzept von Ramsey-Boiteux zielt darauf ab, die Fixkosten des Betreibers der Schienenwege wohlfahrtsoptimal den unterschiedlichen Nachfragern zuzuordnen. In der Praxis hat der Betreiber der Schienenwege dabei zwischen verschiedenen Marktsegmenten zu differenzieren.³³⁰ Die Vollkostenaufschläge werden dann den einzelnen Marktsegmenten in umgekehrter Proportion zur Preiselastizität der Endkundennachfrage (d. h. der marktsegmentspezifischen Nachfrageelastizität der Reisenden) zugeordnet. Im Unterschied zu diesem Vorgehen und der Unterscheidung zwischen verschiedenen Marktsegmenten und Nachfragergruppen, tritt die Frage nach der optimalen Bemessungsgrundlage der Entgelte jedoch auch innerhalb eines einzelnen Marktsegments, d. h. etwa auf einer einzelnen Verbindung des Fern- oder Nahverkehrs, auf. Die mit der Erhebung frequenzabhängiger Entgelte einhergehende Problematik wird nach dem Konzept von Ramsey-Boiteux auf den ersten Blick damit nicht adressiert.

226. In einer erweiterten Perspektive lässt sich jedoch auch die Frage nach der Frequenzabhängigkeit im Sinne der Ramsey-Boiteux-Logik abbilden. Grundsätzlich bemisst das Ramsey-Boiteux-Konzept Trassenentgelte für verschiedene Nachfrager(gruppen) nach ihren Preiselastizitäten. Dabei lassen sich sowohl das Trassenentgelt als auch die Preiselastizitäten der Reisenden auf die Bedienungsfrequenz zurückführen. Zunächst ist in Bezug auf das Trassenentgelt festzustellen, dass das Trassenentgelt für jede zusätzliche Bedienung einer Strecke die von einem Eisenbahnverkehrsunternehmen gewählte Bedienungsfrequenz beeinflussen wird. Gleichzeitig hängt die Zahlungsbereitschaft der Reisenden für die Nutzung von Schienenverkehrsdiensten entscheidend von der angebotenen Bedienungsfrequenz ab. Hierbei ist davon auszugehen, dass es einerseits Reisende gibt, die frequenzunelastisch sind, d. h., die auch bei einer geringeren Bedienungsfrequenz den Schienenpersonenverkehr nutzen, weil sie etwa keine Ausweichmöglichkeiten haben. Andererseits gibt es Reisende, die frequenzelastisch reagieren, d. h., die bei einer geringeren Bedienungsfrequenz den Schienenpersonenverkehr meiden und auf andere Verkehrsträger ausweichen. Vor diesem Hintergrund ließe sich die Zuordnung von Fixkosten nach umgekehrten (Frequenz-)Elastizitäten nach Ramsey-Boiteux durchführen. Demzufolge sollten frequenzelastische Reisende, die erst bei einer höheren Bedienungsfrequenz den Zug nutzen, für eine Erhöhung der Bedienungsfrequenz möglichst geringe Vollkostenaufschläge bezahlen. Dies impliziert im Umkehrschluss, dass das Trassenentgelt bei einer Aufteilung einzelner Zugeinheiten zur Frequenzerhöhung möglichst gering ansteigen darf. Demzufolge steht die derzeitige Erhebung von frequenzabhängigen Trassenentgelten dem Preisbildungskonzept von Ramsey-Boiteux entgegen.

227. Insgesamt lässt sich konstatieren, dass sich in den allgemeinen regulierungsökonomischen Konzepten zur Festlegung wohlfahrtsoptimaler Entgelte keine klaren Anhaltspunkte dafür finden lassen, dass die Trassenentgelte frequenzabhängig erhoben werden sollten. Das gesetzlich vorgeschlagene Preisbildungskonzept nach Ramsey-Boiteux spricht sogar explizit gegen diese Form der Entgeltbemessung. Zugleich wurde in Abschnitt 4.3.4.2 herausgearbeitet,

³²⁸ Eigene Berechnung basierend auf DB Netz AG, Schienennetz-Benutzungsbedingungen (SNB 2021), Anlage 6.2: Liste der Entgelte, Version vom 24. September 2020, S. 4.

³²⁹ Die Vollkostenaufschläge im Schienenpersonenverkehr variieren je nach Marktsegment zwischen 54 Prozent (Marktsegment Nacht) und 90 Prozent der Trassenentgelte (Metro Tag Max Express ab 160 km/h). Eigene Berechnung basierend auf DB Netz AG, Schienennetz-Benutzungsbedingungen (SNB 2021), Anlage 6.2: Liste der Entgelte, a. a. O., S. 4 ff.

³³⁰ Vgl. § 36 Abs. 2 ERegG. Eine weitere Segmentierung kann gemäß § 36 Abs. 3 ERegG nach Art der transportierten Güter oder Personenbeförderung erfolgen. Die Festlegung der Marktsegmente erfolgt durch die DB Netz AG und unterliegt der Prüfung durch die Bundesnetzagentur. Siehe auch Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn (2019), a. a. O., Tz. 121 ff.

dass die Erhebung frequenzabhängiger Entgelte und eine dadurch bedingt niedrigere Bedienungsfrequenzen mit Nachteilen für die Qualität des Schienenverkehrsangebots und die Wartekosten der Fahrgäste verbunden ist. Jede anderweitige Ausgestaltung der Entgelte, die zu einer höheren Bedienungsfrequenz führt, würde – unter der Annahme gleicher aus den Entgelten zu erzielenden Gesamterlöse für die Betreiber der Schienenwege und feststehender Fahrgastpreise – die Wohlfahrt gegenüber der aktuellen Entgeltsystematik verbessern.

4.3.4.4 Zugkapazitätsbezogene Trassenentgelte könnten Chancen für mehr Verkehr auf unterausgelasteten Strecken bringen

228. Um das Ziel von mehr Schienenpersonenverkehr auf bisher unterausgelasteten Strecken zu fördern, könnte eine mögliche Alternative zu der derzeitigen Entgeltsystematik und der Festlegung der Trassenentgelte pro Zug und Trassenkilometer darin bestehen, die Entgelte in Abhängigkeit von den zu transportierenden Reisenden und Trassenkilometern zu erheben. Zur praktischen Umsetzung müsste für die Entgelte eine Bemessungsgrundlage gewählt werden, die bestmöglich mit der Anzahl der Reisenden korreliert. Da davon auszugehen ist, dass Eisenbahnverkehrsunternehmen aus eigenem Interesse die Größe der von ihnen eingesetzten Züge an der potenziellen Beförderungsleistung ausrichten, würde die zugelassene Personenbeförderungskapazität³³¹ der jeweils eingesetzten Züge eine geeignete Bemessungsgrundlage darstellen. Nach Ansicht der Monopolkommission sollte eine entsprechende Regelung im ERegG verankert werden. So könnte § 31 Abs. 1 S. 1 ERegG wie folgt neu gefasst werden:

„Der Betreiber der Schienenwege hat das Entgelt für das Mindestzugangspaket in Euro und in Trassenkilometern sowie in Abhängigkeit der zugelassenen Personenbeförderungskapazität der eingesetzten Züge auszuweisen.“

229. Eine Berechnung von Trassenentgelten auf Basis der Personenbeförderungskapazität würde bedeuten, dass Eisenbahnverkehrsunternehmen künftig ein Trassenentgelt pro Zug und der entsprechenden Zugkapazität zu entrichten haben. Dies würde dazu führen, dass die Höhe des Trassenentgelts beim Einsatz mehrerer kurzer Züge identisch mit der beim Einsatz eines langen Zugs zur Beförderung der potenziell gleichen Anzahl von Reisenden ist. Für die Betreiber der Schienenwege würden sich die Kosten der Schienenwegbereitstellung grundsätzlich nicht ändern.³³² Bei einer Umstellung auf zugkapazitätsbezogene Entgelte würden sich diese so bemessen, dass damit weiterhin die zulässigen Kosten des Betreibers der Schienenwege gedeckt werden würden. Im Grunde verändert sich nur die Verteilung der Kosten der Schieneninfrastruktur. Während bisher die Kosten auf Basis der Trassenkilometer auf die einzelnen Züge verteilt werden, würde dies zukünftig auf Basis der Beförderungskapazitäten erfolgen.

230. Das durch die Umstellung für einen einzelnen Zug ermittelte Trassenentgelt könnte im Ergebnis grundsätzlich dem heutigen Trassenentgelt für einen solchen Zug entsprechen. Sollten Eisenbahnverkehrsunternehmen nach der Umstellung des Entgelts also nicht unmittelbar eine Veränderung ihres Verkehrsangebots vornehmen, würde sich dies nicht nachteilig für sie auswirken. Im Ergebnis bliebe das zu entrichtende Entgelt bei bisherigem Verkehrsangebot in der Regel unverändert. Insoweit können Eisenbahnverkehrsunternehmen im Einzelfall entscheiden, ob eine Frequenzsteigerung für sie betriebswirtschaftlich vorteilhaft und verkehrstechnisch umsetzbar ist.

231. Gleichzeitig entstünde für die Eisenbahnverkehrsunternehmen und Aufgabenträger aber die Möglichkeit, die Bedienung von Schienenpersonenverkehren neu zu planen. Ein zugkapazitätsbezogenes Entgelt bietet den Vorteil, dass Eisenbahnverkehrsunternehmen und Aufgabenträger ihr Verkehrsangebot sukzessive durch höhere Bedienungsfrequenzen verbessern können, ohne dass sich im Gegenzug das Trassenentgelt erhöht. Im einfachsten Fall wird eine Taktverdichtung z. B. in Nebenverkehrszeiten des Fern- und Nahverkehrs oder in ländlichen Regionen dadurch erreicht, dass einzelne Mehrfachtraktionen entkuppelt und zeitlich versetzt als Einfachtraktionen fahren. Zwar dürfte dies zu – wenn auch – vergleichsweise geringen betrieblichen Mehrkosten beispielsweise in Form von

³³¹ Die Personenbeförderungskapazität meint die in einem Zug vorhandenen Sitzplatzkapazitäten einschließlich der maximalen zulässigen Stehplatzkapazitäten für die Beförderung von Reisenden.

³³² Dies gilt unter der Annahme, dass ein Anstieg der Bedienungsfrequenz nicht mit einem Anstieg der unmittelbaren Kosten des Zugbetriebs einhergeht.

zusätzlichem Zugpersonal führen. Nicht erhöhen dürften sich in diesem Beispiel hingegen die Kosten für Rollmaterial, da bereits vorhandenes Zugmaterial zeitlich versetzt eingesetzt werden könnte, wodurch auch die Laufleistung des Zugmaterials nicht ansteigen würde. Da allerdings mit einer höheren Bedienungsfrequenz eine Nachfragesteigerung induziert werden kann, käme ein Angebot mit höheren Frequenzen dann zustande, wenn die verbleibenden Mehrkosten durch zusätzliche Fahrgasterlöse aufgefangen werden.³³³ Folglich werden mit einem zugkapazitätsbezogenen Trassenentgelt wirksame Anreize zur Frequenzsteigerung gesetzt.

232. Es ist bei einer Umstellung von frequenz- auf zugkapazitätsabhängige Trassenentgelte nicht davon auszugehen, dass diese eine merkliche Komplexitätssteigerung der Entgeltregulierung für Eisenbahnverkehrsunternehmen mit sich bringt. Zwar dürfte mit Blick auf die praktische Umsetzung vorgesehen werden, dass Eisenbahnverkehrsunternehmen bei der Anmeldung zum jährlichen Netzfahrplanjahr gegenüber dem Betreiber der Schienenwege anzugeben haben, welche Züge – einschließlich der Beförderungskapazitäten – sie einzusetzen beabsichtigen. Allerdings müssen Eisenbahnverkehrsunternehmen bereits bei der Vergabe von SPNV-Verkehren regelmäßig gegenüber ihren Aufgabenträgern darstellen, welche Sitz- sowie Stehplatzkapazitäten in den einzelnen Zügen angeboten werden. Um dennoch einen etwaigen Mehraufwand und eine Komplexitätssteigerung zu vermeiden, sollte den Eisenbahnverkehrsunternehmen ein gewisser Abweichungsspielraum, beispielsweise in Höhe von 10 Prozent, bei der Angabe von Personenbeförderungskapazitäten eingeräumt werden. Dies erscheint nicht zuletzt auch deshalb erforderlich, weil es in der Praxis aufgrund von z. B. technischen Defekten und/oder dem Einsatz von Ersatzfahrzeugen zu Abweichungen zwischen den angemeldeten und tatsächlich eingesetzten Zügen kommen kann.

233. Darüber hinaus könnte angenommen werden, dass durch die Taktverdichtung häufiger Engpasssituationen sowie gegenseitige Blockaden verschiedener Verkehre auftreten könnten. Diese Bedenken können jedoch ausgeräumt werden. Denn sofern unter den veränderten Trassenentgelten Anreize entstehen, längere Züge in mehrere kürzere Zügeinheiten aufzuteilen, können diese „zusätzlichen, neuen Verkehre“ die bisherigen Verkehre gewöhnlich nicht blockieren bzw. verdrängen. Der Grund dafür ist, dass im Fall konfligierender Trassenanmeldungen die im ERegG verankerten Mechanismen zur Auflösung solcher Zugangskonflikte greifen. So wäre bei Konflikten zwischen gleichrangigen Verkehren gemäß § 52 Abs. 8 ERegG stets dem Verkehr der Vorrang einzuräumen, bei dem das höchste Trassenentgelt zu erzielen ist. Da es sich bei der möglichen Frequenzerhöhung um die Aufteilung des Verkehrs in zusätzliche Züge mit geringerer Beförderungskapazität handelt, würde pro Zug ein im Vergleich zu bisherigeren Verkehren geringeres Trassenentgelt anfallen. Insoweit könnten die mit einer zugkapazitätsbezogenen Entgeltregulierung hervorgerufenen neuen Verkehre regelmäßig nicht realisiert werden, wenn sie zu einer Verdrängung oder Blockade des bisherigen Verkehrsangebots führten. Eine Taktverdichtung des bisherigen Verkehrsangebots dürfte daher vor allem auf bisher unterausgelasteten Streckenabschnitten zu erreichen sein.

234. Die empfohlene Änderung muss darüber hinaus in Einklang mit den unionsrechtlichen Vorgaben stehen. Der § 31 Abs. 1 S. 1 i. V. m. §§ 25 ff. ERegG dient der Umsetzung von Art. 31 Abs. 3 RL 2012/34/EU, wonach die Entgelte zur Schieneninfrastruktur „in Höhe der Kosten festzulegen [sind], die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen“. Die Durchführungsverordnung (EU) 2015/909 (D-VO) legt die Modalitäten für die Berechnung dieser Kosten fest, ohne dass § 31 Abs. 1 ERegG bisher auf Kostenaspekte oder gar die D-VO ausdrücklich Bezug nimmt. Die D-VO nennt damit lediglich Berechnungsmodalitäten für die Grenzkosten, d. h. den (kleineren) Teil der Gesamtkosten der Schieneninfrastruktur. Nach Art. 5 Abs. 2 D-VO können hierbei verschiedene Parameter, wie z. B. Zuglänge, Zugmasse oder Achsenlast, berücksichtigt werden, um dem „unterschiedlichen Verschleiß der Infrastruktur“ Rechnung zu tragen. Zwar nennt Art. 5 D-VO nicht ausdrücklich die zugelassene Personenbeförderungskapazität. Allerdings kann diese als Indikator für die in Art. 5 Abs. 2 lit. a D-VO genannte Zuglänge herangezogen werden, da dieser ebenso Rückschlüsse auf den Verschleiß der Infrastruktur gestattet. Es ist daher davon auszugehen, dass durch die Beförderungskapazität die unionsrechtlich zulässigen Parameter in Bezug auf die Grenzkosten gut abgebildet werden. Darüber hinaus trifft das Unionsrecht keine Vorgaben zu den Fixkosten, d. h. dem überwiegenden Teil der Gesamtkosten

³³³ Zwar ist davon auszugehen, dass ein bedeutender Anteil von Reisenden insbesondere im Nahverkehr Zeitkarten (z. B. Monatskarten oder Jobtickets) besitzen. Allerdings dürfte eine durch zugkapazitätsbezogene Entgelte induzierte Frequenzsteigerung nicht in Hauptverkehrszeiten, sondern vor allem in Nebenverkehrszeiten zu erreichen sein. In diesen Zeiten finden jedoch vor allem Freizeitverkehre und damit eher Einzelticketverkäufe statt.

der Infrastruktur, und der Zuordnung dieser Kosten auf die jeweiligen Trassennachfrager. Hier konnte gezeigt werden, dass gerade nach der Ramsey-Boiteux-Logik die Zuordnung der Fixkosten nicht – wie aktuell – nach der Bedienungsfrequenz, sondern nach der Zugkapazität verteilt werden sollte. Sollten dennoch unionsrechtliche Bedenken bestehen, wäre unter den zulässigen Bemessungsmöglichkeiten ein geeignetes Substitut zu wählen. Hilfsweise sollten die Trassenentgelte dann in Abhängigkeit von der Zuglänge erhoben werden.³³⁴

235. Insgesamt könnte eine Umstellung der Trassenentgeltregulierung für Aufgabenträger und Eisenbahnverkehrsunternehmen erhebliche Chancen bieten, die Qualität der zeitlichen Bedienung und die Attraktivität des Systems Schiene für Reisenden zu verbessern. Insbesondere könnte die anreizgetriebene Frequenzsteigerung dafür sorgen, dass sich die Wartezeiten und damit die Wartekosten der Reisenden an der Haltestelle reduzieren. Gleichzeitig konnte herausgearbeitet werden, dass eine Umstellung grundsätzlich nicht zu Nachteilen führt, wenn die Bedienungsfrequenzen etwa aus betriebswirtschaftlichen oder verkehrstechnischen Gründen nicht ausgeweitet werden. Es ist zu berücksichtigen, dass im aktuellen Regulierungsrahmen die Stationsentgelte ebenfalls frequenzabhängig sind. Die im Hinblick auf die Trassenentgelte empfohlene Änderung sollte daher auf die Stationsentgelte übertragen werden.

236. Abschließend ist festzuhalten, dass es weitere regulatorische Möglichkeiten gibt, um das Ziel von mehr Schienenpersonenverkehr auf bisher unterausgelasteten Strecken zu fördern. So ist beispielsweise eine verpflichtende Anwendung von Knappheitspreisen oder eine Umstellung auf mehrteilige Tarife denkbar. Bei der Erhebung von Knappheitspreisen könnten unterausgelastete Strecken einer geringeren Bepreisung unterliegen als bereits ausgelastete Strecken.³³⁵ Dadurch könnten den Eisenbahnverkehrsunternehmen Anreize gesetzt werden, das Verkehrsangebot auf unterausgelasteten Strecken auszuweiten. Knappheitspreise können einerseits positive Effizienzwirkungen hervorrufen, andererseits aber auch zu unerwünschten Verteilungseffekten führen. Bei mehrteiligen Tarifen wird neben einem geringen Entgelt je gefahrenen Trassenkilometer zusätzlich eine Grundgebühr für die Deckung der Fixkosten erhoben. Ein mehrteiliger Tarif ist mit einem Mengenrabatt verbunden, da mit steigender Nachfrage das zu entrichtende Entgelt pro Trassenkilometer abnimmt. Im Vergleich zu Knappheitspreisen und mehrteiligen Tarifen stellt die Erhebung von zugkapazitätsabhängigen Trassenentgelten eine komplementäre aber vergleichsweise einfach umsetzbare Möglichkeit dar, frequenzsteigernde Anreize zu setzen.

³³⁴ Es gilt hierbei zu bedenken, dass die Zuglänge eines eingesetzten Zugs die erwartete Beförderungsleistung nicht vollumfänglich abbilden kann und wegen Fehlanreizen nur ersatzweise gewählt werden sollte. So könnten zuglängenabhängige Entgelte den Eisenbahnverkehrsunternehmen Anreize zum vermehrten Einsatz von Doppelstockwagen und zur Reduzierung der Bedienungsfrequenzen setzen. Zwar kann der Einsatz von Doppelstockwagen in bestimmten Situationen effizient sein, um beispielsweise Trassenkapazitäten einzusparen oder eine größere Anzahl von Reisenden in Hauptverkehrszeiten zu transportieren. Allerdings sollten Doppelstockwagen nicht nur deshalb eingesetzt werden, weil dies im Hinblick auf das zu entrichtende Trassenentgelt für den gegebenen Streckenabschnitt vorteilhaft ist.

³³⁵ Zwar hat ein Betreiber der Schienenwege gemäß § 35 Abs. 1 ERegG bereits theoretisch die Möglichkeit, Knappheitszuschläge in Zeiten von Überlastungen zu erheben. In der Praxis kommt die Erhebung von Knappheitspreisen bisher jedoch kaum bis gar nicht zur Anwendung.

Kapitel 5

Deutschlandtakt wettbewerblich gestalten

237. Der Deutschlandtakt ist ein Konzept, nach dem ein bundesweit integraler Taktfahrplan erarbeitet werden soll. Hierfür wird ein modellhafter Fahrplan (Zielfahrplan) konzipiert, der Zugverbindungen im Schienenpersonenverkehr im Halb-/Stundentakt aufeinander abstimmt und somit zu Fahrzeitverkürzungen sowie verkürzten Umsteigezeiten im Schienenpersonenverkehr führen soll. Mit dem Deutschlandtakt wird im Allgemeinen angestrebt, ein schnelles, zuverlässiges und häufig verkehrendes Angebot von Anschlüssen im Schienenpersonenverkehr einzurichten und zeitgleich bedarfsgerechte Kapazitäten für den Schienengüterverkehr zur Verfügung zu stellen.³³⁶ Mit dem so ausgestalteten Modell für den Schienenverkehr sollen insbesondere die Klimaziele der Bundesregierung, die Verdoppelung der Fahrgastzahlen im Schienenpersonenverkehr und deutlich höhere Marktanteile im Schienengüterverkehr, erreicht werden.

238. Im bestehenden Marktmodell und dem Vorgehen beim Infrastrukturausbau wird bislang der Fahrplan basierend auf dem bestehenden Infrastrukturnetz erarbeitet. Im Vergleich dazu soll zukünftig – umgekehrt – die Infrastruktur anhand des vorkonzipierten Zielfahrplans ausgebaut werden. Erste Gutachterentwürfe für den Zielfahrplan Deutschlandtakt wurden im Oktober 2018 und Mai 2019 vom Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur veröffentlicht.³³⁷ Auf Basis dieser Entwürfe wurden die hierfür notwendigen Bauvorhaben im Bundesverkehrswegeplan 2030 berücksichtigt und hinsichtlich ihrer Priorität höher eingestuft.

239. In den vergangenen zwei Jahren wurden die Planungen für die Einführung des Deutschlandtaktes weiter vorangetrieben. Im Juni 2020 wurde hierzu der dritte Gutachterentwurf zum Zielfahrplan veröffentlicht.³³⁸ Nahezu zeitgleich erschien der Abschlussbericht des Zukunftsbündnisses Schiene, in dem Handlungsbedarf und Zielsetzungen für das weitere strategische Vorgehen zusammengefasst wurden.³³⁹ Der Bundesverkehrsminister sowie der Bahnbeauftragte der Bundesregierung unterzeichneten den Schienenpakt, mit welchem die Umsetzung der festgehaltenen Ziele und insbesondere die des Deutschlandtaktes startete.³⁴⁰ Im Schienenpakt sind unter anderem erste „Leuchtturmprojekte“ bezogen auf den Infrastrukturausbau bzw. deren Erweiterung zur Verwirklichung des Deutschlandtaktes festgelegt worden. Diese sollen nunmehr bis zum Jahr 2025 umgesetzt werden.³⁴¹ Darüber hinaus ergänzt das Gesetz zur Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts das ERegG unter anderem um eine Definition des Deutschlandtaktes sowie eine Erprobungsklausel für Pilotprojekte (vgl. Abschnitt 5.2). Ferner kündigte die DB AG im Dezember 2020 an, dass der Fahrplan 2021 mit dem Halbstundentakt zwischen Hamburg und Berlin sowie zusätzlichen Erweiterungen der Streckenangebote einen Auftakt zum Deutschlandtakt darstelle.³⁴²

240. Während die Vorbereitungen für den Deutschlandtakt voranschreiten, bleiben nach Einschätzung der Monopolkommission weiterhin Fragen hinsichtlich einer möglichst wettbewerblichen Ausgestaltung offen. Die angestrebte Umgestaltung des Schienenverkehrs hin zu einem integralen Taktfahrplan birgt verschiedene Risiken für den Wettbewerb im SPNV, SPFV und SGV. Sofern der Deutschlandtakt in den kommenden Jahren bzw. Jahrzehnten umgesetzt wird, ist anzuraten, die Frage nach der wettbewerblichen Gestaltung der Eisenbahnverkehrsmärkte gleichzeitig mit der Infrastrukturgestaltung und den notwendigen regulatorischen Anpassungen anzugehen. Die Monopolkommission gibt dazu die nachfolgenden Empfehlungen ab.

³³⁶ Zukunftsbündnis Schiene, Abschlussbericht der Arbeitsgruppen des Zukunftsbündnis Schiene, Berlin, Mai 2020.

³³⁷ BMVI, Zielfahrplan Deutschland-Takt Vorstellung des ersten Gutachterentwurfs im Rahmen des Zukunftsbündnisses Schiene, Berlin, 9. Oktober 2018; BMVI, Zielfahrplan Deutschland-Takt Informationen zum zweiten Gutachterentwurf, Berlin, 7. Mai 2019.

³³⁸ BMVI, Zielfahrplan Deutschlandtakt Dritter Gutachterentwurf Juni 2020 Akteurskonferenz, Berlin, 15. Juli 2020.

³³⁹ Zukunftsbündnis Schiene, Abschlussbericht der Arbeitsgruppen des Zukunftsbündnis Schiene, a. a. O.

³⁴⁰ BMVI, <https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Artikel/E/zukunftsbuendnis-schiene-uebersicht.html>, Abruf am 24. März 2021.

³⁴¹ BMVI, Deutschlandtakt: die erste große Etappe bis Mitte der 2020er-Jahre, Potentialkonzept, Berlin, Juni 2020.

³⁴² Handelsblatt, <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-konsumgueter/deutschlandtakt-berlin-hamburg-jede-halbe-stunde-was-die-bahn-im-neuen-fahrplan-aendert/26709052.html>, Abruf am 11. Dezember 2020.

5.1 Aktuelle Entwicklungen zu Planung und Finanzierung mit Blick auf den zukünftigen Wettbewerb

5.1.1 Zielfahrplan wettbewerbsfähig konzipieren

241. Um eine möglichst wettbewerbliche Ausgestaltung des Eisenbahnverkehrsmarktes mit dem Deutschlandtakt zu erreichen, ist es bereits bei der Planung des integralen Taktfahrplans und dem damit einhergehenden Ausbau der Schienenwege notwendig, Wettbewerbspotenziale im SPNV, SPFV und SGV zu berücksichtigen. Wenn Trassenführungen ohne Rücksichtnahme auf die im Wettbewerb stehenden Eisenbahnverkehrsunternehmen und deren Anforderungen zur effektiven Erbringung der angestrebten Verkehrsleistungen geplant werden, ist mit Ineffizienzen und Wettbewerbsbeschränkungen im Betrieb zu rechnen. So dürften sich Ineffizienzen beispielsweise im SPFV ergeben, wenn Strecken nicht so aufeinander abgestimmt werden, dass sie eigenwirtschaftlich betrieben werden können. Darüber hinaus könnten sich im Allgemeinen Wettbewerbsbeschränkungen ergeben, wenn bei der Planung beispielsweise nur die betrieblichen Anforderungen einiger Marktteilnehmer berücksichtigt werden und hierdurch Nachteile für weitere entstehen.

242. Für die Ausgestaltung des integralen Taktfahrplans wurde im Oktober 2018 ein erster Gutachterentwurf erstellt, welcher im Mai 2019 und daraufhin im Juli 2020 mit weiteren Entwürfen konkretisiert wurde.³⁴³ Hierbei standen die Taktplaner im Austausch mit dem Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur wie auch mit Aufgabenträgern, Eisenbahnverkehrsunternehmen und Verbänden. Dabei wurden neben Anforderungen hinsichtlich gewünschter Einbindungen von Bahnhöfen bzw. Knoten auch Anforderungen zum Betrieb und damit einhergehend zum Wettbewerb eingebracht. Dieses Vorgehen hat den Vorteil, dass absehbare wettbewerbliche Risiken bei den Überarbeitungen vermindert und somit potenzielle Probleme für den Wettbewerb im SPFV, SPNV, SGV sowie für den intermodalen Wettbewerb berücksichtigt werden konnten.

243. Die aktuelle, finale Grundlage für den Fahrplan, welcher dem Infrastrukturausbau wie auch dem Betrieb zugrunde liegt, bildet der dritte Gutachterentwurf zum Zielfahrplan Deutschlandtakt.³⁴⁴ Dieser unterscheidet sich von den bisherigen Entwürfen im Wesentlichen durch Anpassungen für das Schienengüter- und Fernverkehrsnetz. Hinsichtlich des SGV sieht der dritte Gutachterentwurf Güterverkehrsstrassen für eine Steigerung der Verkehrsleistung basierend auf der Verkehrsprognose 2030 sowie zusätzliche Flexibilitätstrassen vor, um die Störanfälligkeit zu mindern.³⁴⁵ Bei den Streckenplanungen für den Fernverkehr erfolgte im Vergleich zum zweiten Entwurf insbesondere eine Ausrichtung der Trassen auf deren Fahrzeit und Wirtschaftlichkeit. Hierfür wurde auf Basis des zweiten Entwurfs eine Grobbewertung für das Fernverkehrsnetz durchgeführt, wobei die erwartete Auslastung der Zugverbindungen ermittelt wurde. Im Vergleich zu dem zweiten Entwurf wurden daraufhin einzelne Strecken, die im zweiten Gutachterentwurf Bestandteil des Zielfahrplans sein sollten, aus dem Plan genommen, hinsichtlich der Taktung erweitert oder hinsichtlich der gefahrenen Geschwindigkeit angepasst. Unter anderem wurde auf mehreren Hauptrelationen eine Höchstgeschwindigkeit von 200 km/h und teilweise eine Geschwindigkeit von bis zu 300 km/h vorgegeben.³⁴⁶

³⁴³ BMVI, Zielfahrplan Deutschland-Takt Vorstellung des ersten Gutachterentwurfs im Rahmen des Zukunftsbündnisses Schiene, Berlin, 9. Oktober 2018; BMVI, Zielfahrplan Deutschland-Takt Informationen zum zweiten Gutachterentwurf, a. a. O.; BMVI, Zielfahrplan Deutschlandtakt Dritter Gutachterentwurf Juni 2020 Akteurskonferenz, a. a. O.

³⁴⁴ Derzeit ist davon auszugehen, dass die Bundesregierung keinen weiteren Gutachterentwurf zum Zielfahrplan Deutschlandtakt anstrebt und den dritten Entwurf als finale Version zur weiteren Erarbeitung des Zielfahrplans ansieht, vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Matthias Gastel, Stefan Gelbhaar, Oliver Krischer, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Drucksache 19/25070 – Umsetzung des dritten Gutachterentwurfs des Deutschlandtaktes, BT-Drs. 19/25574 vom 12. Januar 2021.

³⁴⁵ BMVI, Zielfahrplan Deutschland-Takt Vorstellung des ersten Gutachterentwurfs im Rahmen des Zukunftsbündnisses Schiene, Berlin, 9. Oktober 2018, S. 12.

³⁴⁶ Diese Zielsetzung erfolgte auf Basis der Handlungsempfehlung des Zukunftsbündnis Schiene, Arbeitsgruppe 1- Deutschlandtakt. Auch wurde ein größeres Potenzial für Integrationskonzepte Fern-/Nahverkehr geschaffen. Vgl. BMVI, ebenda.

244. Trotz dieser Konkretisierungen ergeben sich aus dem Entwurf potenzielle Wettbewerbsverzerrungen für den zukünftigen Betrieb im SPFV zugunsten des DB-Konzerns wie auch hinsichtlich des intermodalen Wettbewerbs. So sieht der Gutachterentwurf gerade auf besonders nachfragestarken Strecken des SPFV eine Höchstgeschwindigkeit von 300 km/h vor. Diese Geschwindigkeiten sowie Geschwindigkeiten von 250 oder auch 230 km/h dürften gemäß der vorgesehenen Taktung notwendig sein, damit die Anschlüsse in den jeweiligen Knoten erreicht werden können. Sie schränken allerdings den Materialeinsatz ein, da nicht jeder Fernverkehrszug, welcher im deutschen Schienennetz aktuell verwendet wird, diese Geschwindigkeiten leisten kann. Das Bedienen von Strecken, die Geschwindigkeiten von mindestens 230 km/h erfordern, könnte beispielsweise nur die DB Fernverkehr AG kurzfristig umsetzen, da kein anderes Eisenbahnverkehrsunternehmen über Züge für diese Geschwindigkeiten verfügt.³⁴⁷ Bei einer kurzfristigen Einführung dieser Strecken könnte sich daher eine Markteintrittsbarriere für nicht-bundeseigene Eisenbahnverkehrsunternehmen ergeben, deren eventuelle Rechtfertigung zu prüfen bliebe. Um dieser potenziellen Wettbewerbsverzerrung, welche im Fall einer kurzfristigen Einführung des Deutschlandtaktes entstünde, vorzubeugen, sollte die Planung der betrieblichen Umsetzung des Deutschlandtaktes frühzeitig gegenüber den Zugangsberechtigten kommuniziert werden. So könnten Planungen zur Anschaffung des notwendigen Fahrzeugmaterials langfristig organisiert und die potenzielle Markteintrittsbarriere, die durch kurzfristige Ankündigungen entstünde, umgangen werden.

245. Aber auch bei einer langfristigen Betrachtung sind mit dem dritten Gutachterentwurf Wettbewerbsverzerrungen im Fernverkehr nicht ausgeschlossen. Wettbewerber und potenzielle Markteintretende im SPFV, die Strecken mit Höchstgeschwindigkeiten von mindestens 230 km/h anbieten möchten, müssten zunächst neues Zugmaterial beschaffen. Im Vergleich zu der DB Fernverkehr AG, die bereits über einen solchen Fahrzeugpool verfügt und darüber hinaus Wettbewerbsvorteile bei der Beschaffung von Fernverkehrszügen hat, ergibt sich für Marktneulinge aus den Schwierigkeiten der Fahrzeugbeschaffung eine Markteintrittsbarriere. Diese besteht derzeit auch unabhängig von der Einführung des Deutschlandtaktes und könnte über erweiterte Finanzierungsmodelle gesenkt werden.³⁴⁸

246. Nicht ersichtlich ist, inwiefern weitere für den Betrieb relevante Maßnahmen bei der Trassenplanung bisher Berücksichtigung gefunden haben.³⁴⁹ Beispielsweise sollten für die Kapazitätsnutzung Schienenwege und Serviceeinrichtungen abgestimmt sein. Die mit dem Zielfahrplan angestrebten Streckenangebote können durch eine fehlende Abstimmung von Schienenwegen und Serviceeinrichtungen aus Sicht der Eisenbahnverkehrsunternehmen unattraktiv sein, obwohl die erwartete Nachfrage hoch ist. Dies zeichnet sich beispielsweise dann ab, wenn für die Bedienung einer im Zielfahrplan gewünschten Relation die notwendige Nutzung von Serviceeinrichtungen, z. B. Wartungseinrichtungen, durch fehlende ortsnahe Angebote zusätzliche Leerfahrten und somit höhere Kosten generiert. Da bereits in den vergangenen Jahren, beispielsweise durch Beschwerdeverfahren bei der Bundesnetzagentur, Schwierigkeiten von Wettbewerbern hinsichtlich des Zugangs zu Serviceeinrichtungen bekannt wurden, ist insbesondere auch im Deutschlandtakt mit wettbewerbsverzerrenden Wirkungen zu rechnen, sofern eine Abstimmung von Schienenwegen und Serviceeinrichtungen vernachlässigt werden würde.³⁵⁰ Diese könnten im ungünstigsten Fall eine unionsrechtliche Haftung des DB-Konzerns nach Art. 102 AEUV und des Bundes nach Art. 106 Abs. 1 AEUV auslösen und daneben zivilrechtliche Schadenersatzansprüche begründen. Daher sollten bei der Planung des Zielfahrplans bereits die Möglichkeiten der betrieblichen Umsetzung berücksichtigt werden.

³⁴⁷ Vgl. hierzu auch Abschnitt 6.3.

³⁴⁸ Vgl. Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn (2019), a. a. O., Tz. 223 ff. sowie für konkrete Empfehlungen Abschnitt 6.3 in diesem Gutachten. Es sei darauf hingewiesen, dass sich im Vergleich zum deutschen SPFV in anderen europäischen Ländern Wettbewerb im Fernverkehr bilden konnte. Vgl. Prange, S., Wie Wettbewerb auf der Schiene gelingen kann, Wirtschaftswoche, 14. Februar 2018.

³⁴⁹ Der Monopolkommission liegen derzeit keine Nachweise für die Berücksichtigung von Wartungseinrichtungen oder weiteren Serviceeinrichtungen für die Konzipierung des Zielfahrplans vor.

³⁵⁰ Aus den Verfahren wird ersichtlich, dass insbesondere der DB-Konzern Vorteile bei der Nutzung von Wartungseinrichtungen hat, wodurch Kapazitäten für nicht-bundeseigene Eisenbahnverkehrsunternehmen fehlen. Vgl. Ausführungen in Abschnitt 4.2.3.

247. Damit ein Ausbau der Verkehrsleistungen zur Steigerung der Schienenverkehre im intermodalen Vergleich erreicht werden kann, sind bei der Erstellung des Zielfahrplans und dem verbundenen Ausbau der Schienenwege ferner die Kapazitätssteigerungen für alle Verkehrsträger zu berücksichtigen. Für den Schienenpersonenverkehr wurde ausgehend von dem zweiten Gutachterentwurf prognostiziert, dass eine Verdoppelung der Fahrgastzahlen mit dem Deutschlandtakt möglich ist.³⁵¹ Damit würden die Ziele des Koalitionsvertrags hinsichtlich der Ausweitung der Kapazitäten im SPNV und SPFV erreicht. Im Vergleich hierzu geht aus dem dritten Gutachterentwurf hervor, dass für den Schienengüterverkehr Trassen entsprechend dem prognostizierten Verkehrszuwachs aus der dem Bundesverkehrswegeplan 2030 zugrunde liegenden Verkehrsprognose 2030 abgeleitet wurden.³⁵² Die Verkehrsprognose 2030 sieht jedoch mit 18,4 Prozent einen deutlich geringeren Zuwachs für den SGV vor als der Koalitionsvertrag mit einer Steigerung des intermodalen Marktanteils („modal split“) zugunsten des SGV auf 25 Prozent.³⁵³ Somit ist davon auszugehen, dass die angestrebten Kapazitätssteigerungen in dem dritten Gutachterentwurf unausgeglichen zwischen den Verkehrsträgern aufgeteilt sind. Hierdurch könnte es zu einer Schwächung des SGV im intermodalen Vergleich kommen.

248. Um die absehbaren Probleme zu vermeiden, sollte der Gesetzgeber eine Überarbeitung des Zielfahrplans bzw. eine dynamische Anpassung zur Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen anstreben. Um potenzielle Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern, die hinsichtlich wettbewerblicher Parameter für den Betrieb entstehen, sollten bei der Planung des Zielfahrplans Schienenwege und Serviceeinrichtungen aufeinander abgestimmt werden. Außerdem muss auch für den SGV das Ziel des Koalitionsvertrags- eine Verkehrssteigerung auf 25 Prozent – eingeplant werden. Um Wettbewerbsverzerrungen im Zusammenhang mit dem notwendigen rollenden Material zu verhindern, sollten entsprechende Lösungen gefunden werden, vgl. Abschnitt 6.3.

5.1.2 Infrastruktur effizient planen

249. Der dritte Gutachterentwurf zum Zielfahrplan Deutschlandtakt ist die Grundlage für die Infrastrukturplanung und deren Ausbau. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass darin Maßnahmen enthalten sind, für die noch keine Kosten-Nutzen-Analyse vorgenommen wurde. Eine solche ist nach dem Abschluss des dritten und voraussichtlich letzten Gutachterentwurfs in Auftrag gegeben worden und steht bisher noch aus. In diesem Zusammenhang wurde im Sommer 2020 für die Aktualisierung der Nachfrageprognose die Eisenbahnverkehrsprognose 2035 ausgeschrieben. Diese hat zum Ziel, streckenabschnittsgenaue Verkehrsbelastungszahlen des Eisenbahnnetzes für das Basisjahr 2017, den Prognosehorizont 2035 und für einen Szenarienhorizont 2050 zu bestimmen. Auf Basis der ermittelten Fahrgastströme soll der Zielfahrplan Deutschlandtakt angepasst werden.³⁵⁴ Außerdem sollen die für den Deutschlandtakt notwendigen Infrastrukturvorhaben gesamtwirtschaftlich bewertet werden, wofür zusätzlich zum geltenden Bedarfsplan abgeleitete und für den Zielfahrplan erforderliche Vorhaben vor dem Hintergrund der Eisenbahnverkehrsprognose 2035 bewertet werden sollen.³⁵⁵ Sollten sich Infrastrukturmaßnahmen des aktuellen Gutachterentwurfs als nicht wirtschaftlich erweisen, werden die Maßnahmen nicht durchgeführt. Demzufolge kann der finale

³⁵¹ BMVI, Validierung einer Verdopplung der Fahrgastzahlen im Deutschlandtakt, Berlin, Juni 2020.

³⁵² BMVI, ebenda, S. 12. Eine Begründung für die unterschiedliche Zielsetzung hinsichtlich dem Schienenpersonenverkehr und Güterverkehr liegt nicht vor.

³⁵³ In der Verkehrsprognose 2030 zum Bundesverkehrswegeplan 2030 wird hinsichtlich der Leistungen für den SGV im Vergleich zu den weiteren Verkehrsarten von 2010 bis 2030 eine Zunahme des Anteils von 17,7 auf 18,4 Prozent prognostiziert. Vgl. BMVI, Verkehrsverflechtungsprognose – Zusammenfassung Schlussbericht – Los 3, 11. Juni 2014, Berlin, S. 9.

³⁵⁴ Laut Ausschreibungsunterlagen sollen die Prognose und Empfehlungen zum Zielfahrplan am Ende des Jahres 2023 vorliegen.

³⁵⁵ Der Planfall ist ein Bestandteil der Wirkungsanalyse, die gemäß den Regelungen zum Bundesverkehrswegeplan für davon erfasste Projekte erforderlich ist. Nach den Regularien wird in der Wirkungsanalyse der Planfall (Mit-Fall) dem Bezugsfall (Ist-Zustand bzw. Ohne-Fall) gegenübergestellt. Für die Notwendigkeit einer gesamtwirtschaftlichen Prüfung des Planfalls Deutschlandtakt vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Matthias Gastel, Annalena Baerbock, Harald Ebner, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Drucksache 19/12508 – Nächste Umsetzungsschritte für den Deutschland-Takt 2030, BT-Drucksache 19/12995 vom 4. September 2019.

Zielfahrplan von dem aktuellen Gutachterentwurf abweichen. Mit der im Anschluss geplanten Aufnahme von Projektbündeln in den Bedarfsplan des Bundesschienenwegeausbaugesetzes soll erstmals eine rechtliche Verbindlichkeit der Maßnahmen für den Deutschlandtakt geschaffen werden.³⁵⁶

250. Derzeit werden unabhängig von diesem Vorgehen Planungen erster Etappierungsziele angestrebt. Dabei handelt es sich um erste Ausbaumaßnahmen, welche im Masterplan Schienenverkehr und von dem Zukunftsbündnis Schiene als prioritäre Großvorhaben eingestuft wurden und deren Ausbau zur Realisierung des Deutschlandtaktes sowie zur Beseitigung von Engpässen besonders relevant sein sollen. So hat die DB Netz AG am 25. November 2020 bereits den Planungsauftrag für die Ausbau-/Neubaustrecke Hannover-Bielefeld erhalten.³⁵⁷ Dieses wie auch weitere Einzelprojekte sind als Einzelmaßnahmen bereits Bestandteil des aktuellen Bedarfsplans. Ferner soll es für diese Ausbaumaßnahmen einen gesonderten Nachweis der Wirtschaftlichkeit durch eine Untersuchung des Großkorridors Bielefeld-Hannover-Berlin geben.³⁵⁸ Bisher ist jedoch fraglich, wie die für die Umsetzung des Deutschlandtaktes erforderliche Fahrzeitverkürzung, beispielsweise auf der genannten Strecke, ohne rechtliche Verbindlichkeit des integralen Taktfahrplans in die aktuellen Infrastrukturplanungen einbezogen werden kann.

251. Das beschriebene Vorgehen birgt Risiken hinsichtlich des Erreichens einer effizienten Infrastrukturplanung. Dies zeichnet sich insbesondere dadurch ab, dass bei den Ausbauprojekten, welche sich bereits in der Planung befinden, bisher noch die veraltete Verkehrsprognose zugrunde gelegt wurde. In Verbindung mit den derzeitigen Entwicklungen hinsichtlich internationaler Anbindungen wie auch der aktuellen Entwicklung der Nachfrage nach Verkehrsangeboten in Deutschland sollte bei der Infrastrukturplanung kontinuierlich die Nachfrageentwicklung nachgezeichnet und in der Planung berücksichtigt werden. Da eine Aktualisierung der Verkehrsprognose bereits ausgeschrieben wurde, sollten bei deren Erstellung auch die aktuell geplanten Infrastrukturprojekte berücksichtigt und die Entwicklungen bei den Ausbaumöglichkeiten in die Planung einbezogen werden. Die Nachfrageentwicklungen sollten auch nach Vergabe des Planungsauftrags berücksichtigt werden. So könnte gegebenenfalls noch während der konkreten Infrastrukturplanung nachgesteuert werden, um ineffiziente Ausbauprojekte zu verhindern.

5.1.3 Infrastrukturausbau langfristig finanzieren

252. Um die mit den Fahrzeit- und Wartezeitverkürzungen erhofften Verbesserungen für ein Mehr an Verkehr auf der Schiene zu erreichen, müssen zunächst die mit dem Zielfahrplan Deutschlandtakt einhergehenden Aus- und Neubauten umgesetzt werden. Bisher wurden für den Infrastrukturausbau erste Etappierungsziele festgelegt. Hierzu zählen beispielsweise die Strecken München-Lindau-Zürich, Hamburg-Berlin und Ulm-Lindau, welche bis Mitte der 2020er-Jahre umgesetzt werden sollen.³⁵⁹ Erste Projekte des Deutschlandtaktes sind bereits im Bedarfsplan des Bundesschienenwegeausbaugesetzes und im Bundesverkehrswegeplan 2030 berücksichtigt. Das erwartete Investitionsvolumen für den Neu- und Ausbau der Schieneninfrastruktur hinsichtlich der ersten Etappenziele beträgt laut dem Bundesverkehrswegeplan 2030 mehr als EUR 42 Mrd.³⁶⁰ Für die Umsetzung aller Baumaßnahmen auf Basis des dritten Gutachterentwurfs und für die Digitalisierung der Infrastruktur dürfte der Investitionsbedarf noch signifikant höher sein und könnte mehr als EUR 100 Mrd. umfassen.³⁶¹

³⁵⁶ Der Bedarfsplan ist als Anlage in dem Bundesschienenwegeausbaugesetz beigefügt, das den Ausbau der Schienenwege regelt.

³⁵⁷ Deutsche Bahn AG, Pressemitteilung vom 25. November 2020 – Von Bonn nach Berlin in nur vier Stunden: Deutsche Bahn plant Ausbau der Verbindung Hannover – Bielefeld.

³⁵⁸ Dieser liegt der Monopolkommission noch nicht vor und ist während der Bearbeitung dieses Sektorgutachtens noch nicht veröffentlicht.

³⁵⁹ Die weiteren sog. Leuchtturmprojekte sind Stuttgart-München, Braunschweig-Wolfsburg, Teilkorridore des Güterverkehrs und Frankfurt (Main)-Bad Vilbel. Vgl. BMVI, Deutschlandtakt: die erste große Etappe bis Mitte der 2020er-Jahre, a. a. O.

³⁶⁰ BMVI, <https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Artikel/G/BVWP/bundesverkehrswegeplan-2030-deutschlandtakt.html>, Abruf am 26. Mai 2021.

³⁶¹ Böttger, C., Eine kritische Würdigung des Masterplans Schiene, Bahn-Report 5/2020, S. 8.

253. Zur Finanzierung des Infrastrukturausbaus stehen derzeit im Bundeshaushalt rund EUR 1,5 Mrd. pro Jahr zur Verfügung. Ab dem Jahr 2023 soll sich das Volumen auf EUR 2 Mrd. pro Jahr erhöhen.³⁶² Zudem ist die Möglichkeit weiterer Förderungsmaßnahmen zur Beschleunigung des Infrastrukturausbaus gesetzlich verankert worden.³⁶³ Allerdings dürften mit diesem Finanzierungsvolumen die im Bundesverkehrswegeplan bereits benannten Projekte bis zum angestrebten Jahr 2030 nicht realisiert werden können.³⁶⁴ So verdeutlicht auch das Zukunftsbündnis Schiene die Finanzierungsthematik und macht auf die zu erwartende Unterfinanzierung aufmerksam.³⁶⁵ Auch der Bundesrechnungshof kritisiert eine Unterfinanzierung bei dem Bedarfsplan des Bundesschienenwegeausbaugesetzes.³⁶⁶

254. Eine Unterfinanzierung lässt befürchten, dass die geplanten Bauprojekte sich weiterhin verzögern und die Saniierung der Schieneninfrastruktur neben den erheblichen Baustellen auch weiterhin zu Verspätungen im Schienenpersonenverkehr wie auch im Güterverkehr führen wird. Sollte die Pünktlichkeit sich nicht durch einen effizienten Infrastrukturausbau verbessern lassen, dürfte der Schienenverkehrsmarkt aus Sicht der Reisenden nicht hinreichend an Attraktivität gewinnen. Es ist demnach fraglich, wie die angestrebten Ziele der Verlagerung des Verkehrs zugunsten der Schiene erreicht werden können. Zusätzliche Finanzierungsmittel sollten im Bundeshaushalt für den Ausbau der Schieneninfrastruktur angestrebt werden, um die Qualität auf dem Schienenverkehrsmarkt zu steigern.³⁶⁷

5.2 Regulatorische Maßnahmen im Kontext Deutschlandtakt

255. Mit der Weiterentwicklung des ERegG nimmt der Gesetzgeber erstmals Anpassungen am Regulierungsrahmen zur Einführung des Deutschlandtaktes vor. So werden zunächst bei den Begriffsbestimmungen in § 1 ERegG der Deutschlandtakt und der integrale Taktfahrplan definiert (Absätze 26, 27). Bei dem Deutschlandtakt handelt es sich demnach um ein Konzept für den Personen- und Güterverkehr auf Basis eines integralen Taktfahrplans. Er soll die Planungsgrundlage für einen bedarfsgerechten Ausbau sowie eine optimale Nutzung der Schieneninfrastruktur bilden.³⁶⁸ Der integrale Taktfahrplan zeichnet sich dadurch aus, dass vertaktete Linienfahrpläne hinsichtlich ihrer Ankunfts- und Abfahrtszeiten in definierten Knoten so aufeinander abgestimmt sind, dass in diesen Knoten optimierte Umsteigebeziehungen realisiert werden können. Hierbei wiederholen sich Anschlussbeziehungen innerhalb des Taktgefüges nach einem grundsätzlich festen Rhythmus.

256. Darüber hinaus sieht das Gesetz zur Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts mit dem neuen § 52a ERegG eine bedeutsame Änderung für den Deutschlandtakt vor. Hierbei handelt es sich im Wesentlichen um eine Erprobungsklausel, die Erkenntnisse für den Deutschlandtakt bringen und eine etappenweise Einführung ermöglichen soll, vgl. Abschnitt 5.2.1.³⁶⁹

³⁶² BMVI, Pressemitteilung vom 24. September 2020- Planung und Umsetzung weiterer Schienenprojekte kann starten.

³⁶³ So sieht beispielsweise das Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetz (GVFG) gemäß § 11 Abs. 2 Fördermöglichkeiten von bis zu 75 Prozent für Nahverkehrsvorhaben für den Deutschlandtakt vor.

³⁶⁴ Zu berücksichtigen ist auch hier, dass bisher keine rechtliche Verbindlichkeit dafür besteht, Strecken auf Basis des Zielfahrplans und somit der notwendigen Geschwindigkeiten auszubauen.

³⁶⁵ Zukunftsbündnis Schiene, Abschlussbericht der Arbeitsgruppen des Zukunftsbündnis Schiene, a. a. O., S. 18.

³⁶⁶ BRH, Bericht nach § 88 Abs. 2 BHO Vorplanung zur Schienenhinterlandanbindung der Festen Fehmarnbeltquerung, Bonn, Oktober 2019, S. 29 f.

³⁶⁷ Das Zukunftsbündnis Schiene schlägt hierfür z. B. eine Fonds-Lösung ähnlich der Schweiz vor. Bei dieser Lösung werden die für den Infrastrukturausbau vorgesehenen Bundesmittel zusammengeführt und stehen beispielsweise für die geplanten Ausbauprojekte über den Fonds zur Verfügung. Gleichzeitig werden Schulden über den Fonds verzinst und zurückgezahlt. Der Bahninfrastrukturfonds ist Bestandteil des Schweizer Ausbauprojektes FABI (Finanzierung und Ausbau der Bahninfrastruktur). Vgl. Schweizerische Eidgenossenschaft, <https://www.uvek.admin.ch/uvek/de/home/verkehr/investitionen.html>, Abruf am 2. Juni 2021.

³⁶⁸ Gesetz zur Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts vom 17. Juni 2021, BGBl. I, S. 1738.

³⁶⁹ Vgl. Ebenda, S. 27.

257. Kritisch ist zu sehen, dass die Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts zusätzliche Anpassungen vornimmt, die der Einführung des Deutschlandtaktes entgegenstehen. Hierzu zählt beispielsweise die neue Regelung zu Rahmenverträgen (Abschnitt 5.2.2). Die Monopolkommission weist darauf hin, dass die im Widerspruch stehenden Anpassungen zu Konflikten bei der Erprobung von Pilotprojekten führen können. Somit besteht die Gefahr, dass die gewonnenen Erfahrungen aus der Erprobung nur bedingt Erkenntnisse liefern, welche für die langfristige Einführung des Deutschlandtaktes und die hierfür zwangsläufig erforderliche weitere Gesetzesanpassung genutzt werden könnten.

5.2.1 Deutschlandtakt wettbewerblich erproben

258. Ein wesentlicher Bestandteil der Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts ist die Einführung des § 52a ERegG. Hierbei handelt es sich um eine Erprobungsklausel, mit der Erfahrungen über neue Modelle der Kapazitätsnutzung und der Fahrplanerstellung gesammelt werden sollen. Dabei ermöglicht § 52a nicht nur die streckenweise Erprobung von Modellen für den Deutschlandtakt, sondern auch die Erprobung von Kapazitätsnutzungsmodellen für das Projekt Redesign of the International Timetabling Process (TTR). Mit diesem Projekt soll die Kapazitätsplanung für grenzüberschreitende Verkehrsachsen, wie beispielsweise auf den internationalen Güterverkehrskorridoren, verbessert werden.³⁷⁰

259. Für die Erprobung soll gemäß § 52a Abs. 1 ERegG das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur ermächtigt werden, mit Zustimmung des Bundesrates durch Rechtsverordnung Strecken festzulegen, auf denen Pilotprojekte zur Erprobung von Kapazitätsnutzungs- und Fahrplanstellungsmodellen durchgeführt werden. Dabei kann das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur die Festlegung von Strecken an Vorgaben zur Aufstellung des Kapazitätsnutzungsplans, zu Konstruktionsparametern, zur Laufzeit sowie zur Berücksichtigung der Bedarfe und des gesellschaftlichen Nutzens binden. Hinsichtlich der Kapazitätsnutzung der vordefinierten Strecken sieht § 52a ferner vor, dass der Betreiber der Schienenwege für jedes Projekt einen Kapazitätsnutzungsplan aufstellt. Bei der Konstruktion des Plans darf der Betreiber von den Vorgaben zur Netzfahrplanerstellung (§ 52 ERegG), zu überlasteten Schienenwegen (§ 55 ERegG) und zu besonderen Schienenwegen (§ 57 ERegG) abweichen. Entsprechend dem Bedarf der einzelnen Verkehrsarten sollen in dem Kapazitätsnutzungsplan die Kapazitäten auf die einzelnen Verkehrsdienste verteilt werden. Dabei hat der Betreiber der Schienenwege darauf zu achten, dass die Festlegung der Konstruktionsparameter einem wirksamen Wettbewerb nicht entgegensteht. Sofern der Bedarf die Kapazitäten übersteigt, sieht die Regelung zusätzlich vor, dass der gesellschaftliche Nutzen der jeweiligen Verkehrsdienste bei der Verteilung zu berücksichtigen ist. Der Kapazitätsnutzungsplan gilt jeweils für die Dauer einer Netzfahrplanperiode und ist somit auf eine Laufzeit von maximal einem Jahr festgelegt. Er ist in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen zu veröffentlichen und ist demgemäß von der Bundesnetzagentur zu kontrollieren.

5.2.1.1 Pilotprojekte transparent entwickeln

260. Pilotprojekte werden gemäß § 52a Abs. 1 ERegG vom Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur definiert. Per Rechtsverordnung sollen Strecken festgelegt werden, wobei diese gemäß Satz 1 mit Vorgaben verbunden werden können. Erstens kann von dem Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur vorgegeben werden, wie das Verfahren zur Aufstellung des Kapazitätsnutzungsplans unbeschadet des § 19 Abs. 2 ERegG auszugestalten ist. Zweitens können Bedingungen an die Konstruktionsparameter, welche für die Modellierung von Stre-

³⁷⁰ Für allgemeine Informationen über das Projekt siehe <https://ttr.rne.eu/general/general-introduction/>, Abruf am 16. März 2021. Die TTR-Pilotprojekte sind Mannheim – Miranda de Ebro, München – Verona, Antwerpen – Rotterdam und die ÖBB-Infrastruktur. Darüber hinaus sieht die DB Netz AG im Kontext des TTR ein neues Modell der Kapazitätsplanung für die Strecke Mannheim – Basel mit Verlängerung der Achse nach Aachen vor. Vgl. TTR, <https://ttr.rne.eu/pilots/pilots-next-steps-contact/>, Abruf am 16. März 2021; DB Netz AG, https://www.dbnetze.com/infrastruktur-de/Kundeninformationen/2020_KW36_TTR-Pilot-Mannheim-Basel-5574124, Abruf am 16. März 2021.

cken bzw. deren Nutzung notwendig sind, gestellt werden, damit diese einem wirksamen Wettbewerb nicht entgegenstehen.³⁷¹ Zudem kann das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur Vorgaben zur Berücksichtigung der Bedarfe und des gesellschaftlichen Nutzens vorsehen. Diese Einschränkungsmöglichkeiten beziehen sich auf das Wirken und die Umsetzung des Kapazitätsnutzungsmodells des Betreibers der Schienenwege. Darüber hinaus sieht § 52a ERegG eine Festlegung der Laufzeit von Pilotprojekten vor.

261. Auffällig ist, dass das Eisenbahnregulierungsrecht für die Rechtsverordnung keine zusätzlichen Vorgaben vorschreibt, sondern nur Kann-Vorgaben hinsichtlich der Aufstellung des Kapazitätsnutzungsplans vorsieht. Weder ist definiert, ob bei der Festlegung von Strecken und der Verordnung Beteiligte oder Dritte mitwirken dürfen bzw. angehört werden, noch ist vorgesehen, auf welche Weise mögliche Vorgaben für die zu erprobenden Strecken erarbeitet werden. Auch hier stellt sich die Frage, ob und in welchem Maß beispielsweise der Betreiber der Schienenwege, die Bundesnetzagentur oder insbesondere Eisenbahnverkehrsunternehmen und Aufgabenträger bei der Gestaltung mitwirken können. Wenn eine spezielle Strecke ohne vorherige Kommunikation mit den Beteiligten für die Erprobung festgelegt wird, besteht eine erhöhte Gefahr, dass es zu Konflikten bei der Trassenvergabe in dem neuen Kapazitätsvergabemodell oder auch auf den sich anschließenden Verkehrsverbindungen kommen könnte. Beispielsweise könnte eine zu erprobende Strecke für den Fernverkehr mit der Einplanung von Ankunfts- und Abfahrtszeiten im Vergleich zu den derzeit bestehenden integralen Taktfahrplänen der Nahverkehrsunternehmen zu Differenzen führen, da diese bisher noch nicht auf die angestrebten Knoten ausgerichtet sein dürften. Somit könnte die Mitwirkung der Beteiligten zu einer besseren Abgrenzung der zu erprobenden Streckenabschnitte bzw. -netze für die Pilotprojekte führen.

262. In der Rechtsverordnung können zudem Vorgaben zur Laufzeit der Pilotprojekte angegeben werden. Sollten Laufzeiten nur ein Jahr betragen, dürften sie mit einer zusätzlichen Unsicherheit hinsichtlich der Ausgestaltung und Planung für den Betreiber der Schienenwege wie auch für die Eisenbahnverkehrsunternehmen einhergehen. Wenn sich Projekte ausschließlich auf die Erprobung eines Kapazitätsnutzungsplans beziehen und somit maximal eine Netzfahrplanperiode Gültigkeit besitzen, könnte dies gegebenenfalls zu ineffizientem, zusätzlichen Planungsaufwand führen. Zumindest dürften solch kurze Laufzeiten einer etappenweisen Einführung des Deutschlandtaktes und damit einem der Ziele des Gesetzes entgegenstehen.³⁷² Längere Laufzeiten von Pilotprojekten könnten dagegen zielgerichtete, langfristige Umstrukturierungen effizienter erscheinen lassen. Für eine Einführung des Deutschlandtaktes mit etappenweiser Umsetzung könnte das Schweizer Modell mit der gesetzlichen Vorgabe eines mehrere Jahre umfassenden Netznutzungskonzeptes und jährlichen Kapazitätsnutzungsplänen als Leitlinie dienen.³⁷³ Die Monopolkommission rät dazu, entsprechende Regelungen für eine höhere Transparenz und Weitsicht bei der Erstellung der Pilotprojekte vorzusehen.

5.2.1.2 Modelle der Kapazitätsnutzung transparent und fair erproben

263. Gemäß § 52a ERegG hat der Betreiber der Schienenwege für nach Absatz 1 festgelegte Strecken jeweils einen Kapazitätsnutzungsplan aufzustellen. Hierbei lässt die Erprobungsklausel dem Betreiber der Schienenwege freie

³⁷¹ Konstruktionsparameter zur Aufstellung von Kapazitätsnutzungsplänen beziehen sich beispielsweise auf Infrastrukturmerkmale und den Fahrplan.

³⁷² Vgl. Gesetz zur Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts vom 17. Juni 2021, BGBl. I, S. 1737 und Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts, BT-Drs. 19/27656 vom 17. März 2021. Im Gesetzentwurf wird als Ziel des Gesetzes genannt, eine etappenweise Einführung des Deutschlandtaktes zu ermöglichen. Somit wäre damit zu rechnen, dass mit Pilotprojekten einzelne Etappen des Deutschlandtaktes eingeführt werden und diese dann über einen längeren Zeitraum zu einer vollständigen Umsetzung des Deutschlandtaktes führen könnten. Entsprechend der Vorgaben des Gesetzentwurfs ist pro Jahr mit ca. drei Pilotprojekten zu rechnen. Hierdurch und durch die notwendigen Bauvorhaben dürfte die Einführung des Deutschlandtaktes mehrere Jahrzehnte andauern und in diesem Zeitraum noch weiterer rechtlicher Anpassungen bedürfen. Eine Erprobung von Strecken für ein Jahr dürfte einer etappenweisen Einführung dann zusätzlich entgegenstehen bzw. diese verhindern.

³⁷³ Vgl. Schweizerische Eidgenossenschaft, <https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/verkehrsmittel/eisenbahn/fachinformationen/netznutzungskonzept-plaene.html>, Abruf am 22. März 2021.

Hand, sodass ein umfangreiches Testverfahren für Pilotprojekte ermöglicht wird. Insbesondere lässt die Erprobungsklausel dem Betreiber der Schienenwege zusätzliche Freiheiten bei der Netzfahrplanerstellung und Kapazitätszuweisung, da er von den Vorschriften der §§ 52, 55 und 57 ERegG abweichen kann. So ist es dem Betreiber der Schienenwege möglich, unabhängig von den bisher vorgeschriebenen Regelungen zum Kapazitätszuweisungsverfahren neue Modelle auszuprobieren. Aus den Erkenntnissen zu den Pilotprojekten könnten Vorschläge zur Kapazitätsnutzung in Verbindung mit dem Deutschlandtakt abgeleitet werden. Daher erscheint es durchaus sinnvoll, dass mit § 52a ERegG keine detaillierte Vorfestlegung für die vom Betreiber der Schienenwege auszugestaltenden Kapazitätsnutzungsmodelle vorgenommen wird.

264. Zudem bietet die unvoreingenommene Erprobung von Kapazitätsnutzungsmodellen für Strecken des Deutschlandtakts Möglichkeiten, welche in dem bestehenden Regulierungsrahmen nicht ohne weiteres umgesetzt werden könnten. Dies begründet sich darin, dass die eisenbahnrechtlichen Vorgaben des AEG und ERegG in der aktuellen Fassung nicht daraufhin ausgerichtet sind, integrale Taktfahrpläne zu sichern. Beispielsweise enthält die Vorrangregelung für überlastete Schienenwege in § 55 Abs. 4 ERegG ausschließlich eine Kann-Bestimmung hinsichtlich des Vorrangs von integralen Taktfahrplänen des SPNV.³⁷⁴ Folglich besteht für die Durchführung integraler Taktfahrpläne im SPNV nach bestehender Rechtslage keine Sicherheit. Zudem wird der SPNV bei den Vorrangskriterien nicht berücksichtigt. Auch hierdurch zeichnet sich mindestens bei überlasteten Schienenwegen ein Konflikt mit der Umsetzung von Deutschlandtakttrassen ab.

265. Mit den Erprobungen könnte der rechtliche Änderungsbedarf für den Deutschlandtakt ermittelt werden und zugleich – auch unabhängig von diesem – eine Evaluation von alternativen Kapazitätsvergabeverfahren stattfinden. Die Notwendigkeit, Kapazitätsnutzungsmodelle zu verbessern, ergibt sich auch bei stark befahrenen Strecken, insbesondere überlasteten Schienenwegen. Hierbei zeichnen sich vor allem auf Strecken, auf denen alle Verkehrsarten Bedarf anmelden, immer wieder Probleme ab; so auch insbesondere auf Güterverkehrskorridoren. Zur Lösung der grenzüberschreitenden Problematik sieht die Europäische Kommission das Projekt TTR vor. Mit diesem Projekt werden auf vordefinierten Korridoren neue Kapazitätsnutzungsverfahren ausprobiert, welche vor allem die Schwierigkeiten zwischen der langfristigen Kapazitätsplanung von Schienenpersonenverkehren und der kurzfristigen Anmeldung von Güterverkehren beheben könnten. In dem Zusammenhang mit dem TTR entwickelt die DB Netz AG auf eigene Initiative einen Kapazitätsnutzungsplan für die Strecke Basel-Mannheim mit Verlängerung der Achse bis Aachen.³⁷⁵ Da auch hinsichtlich der TTR-Projekte die Erprobung neuer Kapazitätsnutzungsmodelle durch § 52a ERegG geregelt wird, dürfte die DB Netz AG hinsichtlich des angesprochenen Projektes Rechtssicherheit erhalten. Zudem könnten die Kapazitätsnutzungspläne aus den TTR-Projekten in ähnlicher Weise auf die Pilotprojekte des Deutschlandtaktes Anwendung finden.

266. Im Allgemeinen ist es sinnvoll, dass mit der Erprobungsklausel keine allzu weitgehenden Festlegungen im Vorfeld für die Kapazitätsnutzungspläne vorgesehen werden. Allerdings ergeben sich Risiken einer ineffizienten Erprobung aus den uneingeschränkten Möglichkeiten, die dem Betreiber der Schienenwege für die Ausgestaltung von Kapazitätszuweisungsverfahren übertragen werden. Beispielsweise wird der Betreiber von Schienenwegen auch bei der Berücksichtigung von Konstruktionsparametern, die gemäß § 52a Abs. 2 S. 4 ERegG einem wirksamen Wettbewerb nicht entgegenstehen dürfen, einen gewissen Spielraum haben, den er zugunsten spezifischer Eisenbahnverkehrsunternehmen nutzen kann. Besonders augenfällig erscheint dies, wenn der Bedarf die Kapazitäten übersteigt. In diesem Fall hat der Betreiber der Schienenwege zusätzlich anhand des gesellschaftlichen Nutzens der jeweiligen Verkehrsdienste zu entscheiden, wie die Kapazitäten verteilt werden sollen. Der gesellschaftliche Nutzen wird in

³⁷⁴ Vgl. Müller in: Kühling/Otte, AEG/ERegG, 1. Aufl., München 2020, § 55 ERegG. Siehe zudem Abschnitt 4.2.2.2 dieses Sektorgutachtens.

³⁷⁵ DB Netz AG, Kundeninformationsveranstaltung TTR-Pilot Mannheim-Basel, Präsentation, 21. Juli 2020.

dem Gesetz bzw. in den Begründungen zum Gesetzentwurf nicht näher definiert und dürfte unterschiedlich ausgelegt werden können.³⁷⁶

267. Um die genannte Problematik für die Erprobungsphase einzuschränken, könnte eine zusätzliche Anpassung des Gesetzestextes hilfreich sein. Dies erscheint ohnehin mit Blick auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG für Verordnungsermächtigungen sinnvoll. So könnte in § 52a Abs. 2 ERegG mit Blick auf die Aufstellung des Kapazitätsnutzungsplans eine Mitwirkungspflicht für Beteiligte, beispielsweise Aufgabenträger, Zugangsberechtigte und Eisenbahnregulierungsbehörden, vorgesehen werden. Zwar geht eine gewisse Mitwirkungsmöglichkeit für Beteiligte mit der Veröffentlichungspflicht in § 52a Abs. 3 ERegG einher, doch dürfte sich hieraus nur die Möglichkeit zur Stellungnahme zu bereits angemeldeten Kapazitätsnutzungsplänen ergeben. Um potenzielle Konflikte bereits bei der Konstruktion des Kapazitätsnutzungsplans zu verhindern, könnte die gesetzlich zu regelnde Einbeziehung von Marktteilnehmern bei dem Erstellen von Kapazitätsnutzungsplänen einen Mehrwert schaffen und zudem längere Genehmigungsverfahren für die Kapazitätsnutzungspläne bei der Regulierungsbehörde verhindern.³⁷⁷

268. Darüber hinaus ist zu betonen, dass auch mit der Erprobungsklausel keine Verbindlichkeit für die vorkonstruierten Trassen besteht. Die mit dem Kapazitätsnutzungsplan einhergehenden Trassenkonstruktionen können ausschließlich einen Empfehlungscharakter besitzen. Im besten Fall könnten sich Zugangsberechtigte ausschließlich für die Anmeldung dieser Trassen entscheiden. Da sie jedoch nicht dazu verpflichtet sind, muss damit gerechnet werden, dass Zugangsberechtigte andere Trassen anmelden werden. Dadurch könnte die Umsetzung des integralen Taktfahrplans verhindert werden. In diesem Fall dürften die mit dem Deutschlandtakt angestrebten Verbesserungen für den SPfV, SPNV und SGV ausbleiben. Da es derzeit regulierungsrechtlich keine Instrumente für ein gesichertes Trassenzuweisungsverfahren für den Deutschlandtakt gibt, besteht hier ein zusätzlicher Nachbesserungsbedarf im Hinblick auf das Eisenbahnregulierungsrecht.

269. Die mit der Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts vorgesehene Aufstellung von Kapazitätsnutzungsplänen für die Erprobung neuer Kapazitätszuweisungsverfahren sieht die Monopolkommission aus den genannten Gründen generell positiv. Doch sollten zur Vermeidung potenzieller Verzerrungen im inter- sowie intramodalen Wettbewerb auch hier Mitwirkungsbefugnisse für alle Marktbeteiligten vorgesehen werden.

5.2.2 Rahmenverträge für den Takt anpassen

270. Eine weitere Neuerung, die mit der Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts einhergeht, betrifft die Anpassung der Regelungen zu Rahmenverträgen in § 49 ERegG. In diesen Verträgen vereinbaren Eisenbahnverkehrsunternehmen mit dem Betreiber der Schienenwege Merkmale der zu beantragenden und zuzuweisenden Schienenwegkapazität für einen längeren Zeitraum als eine Netzfahrplanperiode. Dieser Zeitraum entspricht im Allgemeinen fünf Jahren mit der Option einer Verlängerung. Durch Rahmenverträge kann auf diese Weise ein längerfristiger Zugang zur Schieneninfrastruktur gesichert werden. Auch wenn konkrete Zugtrassen und Bedingungen des Zugangs nicht im Detail vertraglich festgelegt werden, kann ein Rahmenvertrag jedoch beispielsweise regeln, wie der Betreiber der Schienenwege dem Eisenbahnverkehrsunternehmen im Fall von Trassenutzungskonflikten Varianten zu den beantragten Trassen anzubieten hat.

³⁷⁶ Auch in der Begründung zum Gesetzentwurf wird der gesellschaftliche Nutzen nicht näher erläutert, Vgl. Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts, BT-Drs. 19/27656 vom 17. März 2021. Daneben werden gesellschaftliche Vorteile auch in der Verordnung (EU) 2018/1795 hervorgehoben, ohne dass diese näher definiert werden. Vgl. Verordnung (EU) 2018/1795 der Kommission vom 20. November 2018 zur Festlegung des Verfahrens und der Kriterien für die Durchführung der Prüfung des wirtschaftlichen Gleichgewichts gemäß Artikel 11 der Richtlinie 2012/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates, ABL. L 294 vom 21. November 2018, S. 5.

³⁷⁷ Eine Stellungnahme von Marktbeteiligten dürfte bei der Evaluierung der Projekte durch die Bundesnetzagentur vorgesehen sein, vgl. Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts, BT-Drs. 70/21 vom 22. Januar 2021, S. 40. Zu betonen ist, dass eine Beteiligung weder bei der Erarbeitung der Pilotprojekte noch bei der Aufstellung der Kapazitätsnutzungspläne vorgesehen zu sein scheint.

271. Die DB Netz AG hatte mit dem Fahrplanwechsel im Dezember 2016 das Angebot von Rahmenverträgen eingestellt, sodass ein Großteil der Rahmenverträge Ende des Jahres 2020 ausgelaufen ist.³⁷⁸ Zu dem Einstellen des Angebotes führte das Inkrafttreten der Durchführungsverordnung (EU) 2016/545, welche die Vorgaben der Richtlinie (EU) 2012/34 zu der Vergabe von Rahmenverträgen zur Zuweisung von Schienenwegkapazität konkretisierte. Insbesondere dehnt die Verordnung die Anforderungen an den Betreiber der Schienenwege aus. Beispielsweise muss der Betreiber der Schienenwege seither bei der Erstellung des Netzfahrplans im Fall konkurrierender Trassenanmeldungen und bei einem gleichzeitigen Bestehen von Rahmenverträgen prüfen, wie sich eine Ablehnung auf die Wirtschaftlichkeit des Antragstellers auswirken würde. Hierdurch ist seither der Aufwand für den Betreiber der Schienenwege deutlich erhöht, wodurch das Angebot von Rahmenverträgen unattraktiv ist.

272. Als Alternative zu den Rahmenverträgen bot die DB Netz AG im Jahr 2019 einmalig die sog. Fahrplankonzeptwoche an. Auf dieser Veranstaltung sollten Informationen zu mittelfristigen Trassenbedarfen und zur Kapazitätssituation aller Verkehrsarten auf hochbelasteten Strecken aufgezeigt sowie mögliche Lösungsansätze vorgestellt werden. Im Gegensatz zu den Rahmenverträgen ergab sich aus der Fahrplankonzeptwoche keine vertraglich bindende Wirkung. Da bei den Workshops der Veranstaltungen alle teilnehmenden Zugangsberechtigten gemeinsam über den Bedarf diskutieren sollten, dürfte mindestens hinsichtlich potenzieller Nebenabsprachen die Vereinbarkeit der Veranstaltung mit dem Kartellrecht zu hinterfragen sein. Im Jahr 2020 wurde die angestrebte zweite Fahrplankonzeptwoche frühzeitig abgesagt.³⁷⁹

273. Die Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts sieht nunmehr eine Anpassung des § 49 Abs. 3 ERegG vor, wodurch die Vereinbarung von Rahmenverträgen wieder an Attraktivität gewinnen soll. Im Detail sehen die Änderungen vor, dass Art. 8 Abs. 2 der Durchführungsverordnung (EU) 2016/545 nicht anzuwenden ist. Somit verzichtet das deutsche Eisenbahnregulierungsrecht auf die erhöhten Anforderungen für den Betreiber der Schienenwege. Sollte es im Zuge der ERegG-Anpassung zu einer Wiederaufnahme der Rahmenverträge kommen, dürfte dies aus Sicht der Eisenbahnverkehrsunternehmen wieder ein gewisses Maß an Sicherheit beim Zugang zur Schieneninfrastruktur geben und entsprechende Markteintrittsbarrieren senken.³⁸⁰ Beispielsweise würden mit dem Neuabschluss von Rahmenverträgen unter anderem Finanzierungsmöglichkeiten der Eisenbahnverkehrsunternehmen wieder verbessert.³⁸¹

274. Darüber hinaus sieht die Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts eine Anzahl weiterer Anpassungen in § 49 ERegG vor. Hierzu zählt zunächst die Änderung in § 49 Abs. 1 ERegG, wonach der Begriff Bandbreite entsprechend dem Wortlaut der Durchführungsverordnung (EU) 2016/545 durch den Begriff Zeitrahmen ersetzt wird. In dem Zeitrahmen müssen drei alternative Angebote durch den Betreiber der Schienenwege ermöglicht werden, wodurch sich ein Rahmen von ca. 20 Minuten ergeben dürfte. Zudem sollen Rahmenverträge gemäß § 49 Abs. 2 ERegG und § 49a ERegG von der Regulierungsbehörde kontrolliert und genehmigt werden. Darüber hinaus sollen Rahmenverträge gemäß § 49 Abs. 4 ERegG im Interesse einer besseren Nutzung des Schienennetzes geändert oder eingeschränkt werden können. In besonderen Situationen können die Verträge gekündigt werden; vgl. § 49 Abs. 4a ERegG.

275. Mit den Anpassungen in § 49 ERegG und dem neuen § 49a ERegG geht nur eine geringfügige Verbesserung der Zugangssituation für Eisenbahnverkehrsunternehmen einher. Die Wiederaufnahme von Rahmenverträgen im derzeitigen Schienenverkehrsmarkt wäre zwar wettbewerblich sinnvoll, da hierdurch die Markteintrittsbarriere bei

³⁷⁸ Laut Angaben der Bundesregierung laufen die letzten noch bestehenden Rahmenverträge bis zum Jahr 2032. Vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Torsten Herbst, Frank Sitta, Grigorios Aggelidis, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP – Drucksache 19/6474 – Beseitigung von Wettbewerbshürden im Schienenverkehr, BT-Drs. 19/7481 vom 1. Februar 2019, S. 7.

³⁷⁹ DB Netz AG, <https://fahrweg.dbnetze.com/fahrweg-de/kunden/leistungen/trassen/fahrplankonzeptwoche-3452844>, Abruf am 18. März 2021.

³⁸⁰ Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn (2019), a. a. O., Tz. 201 f.

³⁸¹ Vgl. Art. 6 Abs. 3 S. 2 a) der Durchführungsverordnung (EU) 2016/545.

dem Zugang zu Schienenwegen gesenkt wird. Dennoch dürfte die mit den Anpassungen in § 49 Abs. 3 ERegG angestrebte Wiederaufnahme der Verträge nur bedingt zu einer Verbesserung der Wettbewerbssituation führen. Dies liegt insbesondere daran, dass die Sicherheit, die mit Rahmenverträgen für Eisenbahnverkehrsunternehmen wie auch Betreiber der Schienenwege erzeugt werden soll, durch die vertraglichen Anpassungsmöglichkeiten eingeschränkt wird. Im Übrigen führt auch die Kündigungsmöglichkeit nach § 49 Abs. 4 ERegG zu einer Verringerung der zugangssichernden Wirkung. Vor allem aus Sicht der Eisenbahnverkehrsunternehmen ergibt sich hierdurch nur eine geringe Sicherheit durch neue Rahmenverträge, da jederzeit befürchtet werden muss, dass diese einhergehend mit neuen Pilotprojekten gemäß § 52a ERegG geändert oder gekündigt werden können. Hierdurch ergibt sich ein Konflikt zwischen der Einführung des Deutschlandtaktes und dem Abschluss von Rahmenverträgen. Wegen der geringen Planungssicherheit und der Probleme im Zusammenhang mit dem Deutschlandtakt rät die Monopolkommission insbesondere im Hinblick auf eine langfristige Umsetzung des Deutschlandtaktes dazu, alternative Mittel zur Senkung der Zugangsbarrieren für Eisenbahnverkehrsunternehmen vorzusehen, vgl. Abschnitt 5.2.2.2.

5.2.2.1 Einseitige Änderungs- und Kündigungsmöglichkeiten schränken Zugangssicherung ein

276. Mit den durch die Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts vorgenommenen Anpassungen in § 49 ERegG und dem neuen § 49a ERegG geht nur eine geringfügige Verbesserung der Zugangssituation für Eisenbahnverkehrsunternehmen einher. Die Wiederaufnahme von Rahmenverträgen im derzeitigen Schienenverkehrsmarkt wäre zwar wettbewerblich sinnvoll, da hierdurch die Markteintrittsbarriere bei dem Zugang zu Schienenwegen gesenkt wird. Dennoch dürfte die mit den Anpassungen in § 49 Abs. 3 ERegG angestrebte Wiederaufnahme der Verträge nur bedingt zu einer Verbesserung der Wettbewerbssituation führen. Dies liegt insbesondere daran, dass die Sicherheit, die mit Rahmenverträgen für Eisenbahnverkehrsunternehmen wie auch Betreiber der Schienenwege erzeugt werden soll, durch die vertraglichen Anpassungsmöglichkeiten eingeschränkt wird.

277. Im Übrigen führt auch die Kündigungsmöglichkeit nach § 49 Abs. 4, 4a ERegG zu einer Verringerung der zugangssichernden Wirkung. Vor allem aus Sicht der Eisenbahnverkehrsunternehmen ergibt sich hierdurch nur eine geringe Sicherheit durch neue Rahmenverträge, da jederzeit befürchtet werden muss, dass diese im Interesse einer besseren Nutzung des Schienennetzes oder einhergehend mit neuen Pilotprojekten gemäß § 52a ERegG geändert oder gekündigt werden können. Das Gesetz zur Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts differenziert zwischen Änderungs- und Kündigungsmöglichkeiten und sieht ausschließlich für Änderungen eine Genehmigung durch die Regulierungsbehörde vor. Kündigungen müssen hingegen nicht genehmigt werden, wodurch die Gefahr ungerechtfertigter Kündigungen seitens des Betreibers der Schienenwege besteht. Hierdurch dürften Rahmenverträge insbesondere für nicht-bundeseigene Eisenbahnverkehrsunternehmen eine geringere zugangssichernde Wirkung bringen als zuvor. Die Monopolkommission empfiehlt daher eine Überprüfung der Kündigungen, bei denen der Betreiber der Schienenwege als Kündigungsgrund die Absätze 4 oder 4a des § 49 ERegG anführt. Eine Überprüfung von Kündigungen könnte beispielsweise durch eine Anpassung des § 49 Abs. 2 ERegG erfolgen, etwa wie folgt:

„Rahmenverträge, ihre nachträgliche Änderung und Kündigung bedürfen der vorherigen Genehmigung der Regulierungsbehörde.“

278. Durch die Einbeziehung der Regulierungsbehörde wird eine zusätzliche Kontrollinstanz für potenzielle Kündigungen geschaffen, wodurch sichergestellt ist, dass Kündigungen nur in Ausnahmefällen genutzt werden. Die beabsichtigte Attraktivitätssteigerung von Rahmenverträgen könnte somit zumindest teilweise erreicht werden. Darüber hinaus dürfte sich ein zukünftiger Anpassungsbedarf insbesondere im Fall einer grundlegenden Umgestaltung des Schienenverkehrs, beispielsweise einhergehend mit dem Deutschlandtakt, ergeben. Unter diesem Gesichtspunkt wäre die Wiederaufnahme von Rahmenverträgen wahrscheinlich nur als Übergangslösung anzusehen.

5.2.2.2 Konflikt zwischen Rahmenverträgen und Deutschlandtakt auflösen

279. Sollten Rahmenverträge gemäß der Weiterentwicklung zu § 49 ERegG zukünftig wieder von dem Betreiber der Schienenwege angeboten und mit Eisenbahnverkehrsunternehmen abgeschlossen werden, stehen diese im Allgemeinen der Erprobung und der etappenweisen Einführung des Deutschlandtaktes entgegen.³⁸² Die Unvereinbarkeit von Rahmenverträgen mit dem Deutschlandtakt zeigt sich im Wesentlichen an der unterschiedlichen Notwendigkeit zeitlicher Vorgaben bei der Trassenvergabe. Während für den integralen Taktfahrplan feste Abfahrts- und Ankunftszeiten essenziell sind – damit die Knotenbahnhöfe für einen schnellen, unkomplizierten Umstieg der Reisenden genutzt werden können –, sind in Rahmenverträgen derzeit nur recht grobe Zeitrahmen vereinbart. Innerhalb dieser Zeitrahmen sieht das ERegG beispielsweise vor, dass der Schienenwegbetreiber dem Eisenbahnverkehrsunternehmen bei seiner Trassenanmeldung im Konfliktfall bis zu drei alternative Schienenwegangebote unterbreiten können soll.³⁸³ Derzeit sieht die Weiterentwicklung des ERegG keine verpflichtende Regelung zur Bedienung der im Zielfahrplan vorgesehenen, minutenscharfen Trassen vor. Wenn es nicht zu weiteren Anpassungen des Regulierungsrahmens kommt, könnten somit Eisenbahnverkehrsunternehmen, die über Rahmenverträge verfügen und Trassen entgegen dem Deutschlandtakt anmelden, die Umsetzung des Zielfahrplans einschränken oder schlimmstenfalls verhindern.

280. Für die Erprobung von Pilotprojekten sieht der Gesetzgeber eine Ausnahmeregelung in Bezug auf Rahmenverträge vor, wodurch die geschilderte Problematik im Zusammenhang einzelner Probestrecken abgeschwächt werden sollte. Einerseits ergibt sich diese durch die Genehmigungsvorschrift gemäß § 49a ERegG. Danach erteilt die Regulierungsbehörde die Genehmigung der Verträge nur dann, wenn die Vereinbarkeit mit Pilotprojekten gegeben ist. Andererseits sieht der neue § 49 Abs. 4a ERegG vor, dass bei der Aufstellung eines Kapazitätsnutzungsplans gemäß § 52a der Kapazitätsbedarf für bestehende Rahmenverträge auf den betreffenden Strecken zu berücksichtigen ist. Sollte eine Berücksichtigung nicht möglich sein, sieht die Vorschrift eine Möglichkeit zur Vertragsanpassung vor. Wenn der Betreiber der Schienenwege und der Rahmenvertragsinhaber keine Einigung finden, kann der Betreiber der Schienenwege von einem einseitigen Kündigungsrecht Gebrauch machen, um die Erprobung der Pilotprojekte nicht zu gefährden. Somit dürfte der Konflikt, welcher sich gerade bei der Einführung des Deutschlandtaktes im Zusammenhang mit Rahmenverträgen ergibt, für die probeweise Einführung einzelner Projekte des Deutschlandtaktes umgangen werden können. Doch dürften die hierfür vorgesehenen ergänzenden Regelungen zu einer Minderung der Sicherheitsaspekte führen, welche sich Eisenbahnverkehrsunternehmen mit Rahmenverträgen erhoffen.

5.2.2.3 Wettbewerbliche Risiken bei Wiederaufnahme von Rahmenverträgen verhindern

281. Neben dem beschriebenen Konflikt zwischen einer zukünftigen Einführung des Deutschlandtaktes und Rahmenverträgen kann sich durch eine zeitnahe Wiederaufnahme der Verträge in Verbindung mit den Regelungen des § 49 Abs. 4a ERegG auch eine zusätzliche Wettbewerbsverzerrung ergeben. So könnten sich Eisenbahnverkehrsunternehmen bereits vorab mithilfe von Rahmenverträgen etwaige Strecken des Deutschlandtaktes über mehrere Jahre sichern. Besonders problematisch erscheint dies, da hierdurch neuen Marktteilnehmern der Zugang zu Trassen des Deutschlandtaktes verwehrt werden könnte. Dabei könnten insbesondere die bundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen Vorteile gegenüber Wettbewerbern ausnutzen und nicht-bundeseigenen Eisenbahnver-

³⁸² Hier unterscheidet sich die Einschätzung der Monopolkommission von dem Evaluierungsbericht der Bundesnetzagentur, vgl. BNetzA, Bericht über die Erfahrungen der Bundesnetzagentur bei der Anwendung des Eisenbahnregulierungsgesetzes (ERegG-Evaluierungsbericht), a. a. O.

³⁸³ Nach Angaben von Marktteilnehmern handelt es sich dabei um Zeitspannen von etwas plus/minus fünf Minuten.

kehrsunternehmen die Teilnahme am Deutschlandtakt durch den frühzeitigen Abschluss von Rahmenverträgen verwehren.³⁸⁴ Die Ausnutzung solcher Informationsvorteile, um sich Kapazitäten zum Nachteil von Wettbewerbern vorzubehalten, ist aber nicht nur regulierungsökonomisch problematisch, sondern kann auch wettbewerbsrechtlich bedenklich sein (Art. 102 AEUV).³⁸⁵

282. Diese Problematik geht im Wesentlichen mit dem Wechsel von dem bestehenden System hin zu der betrieblichen Umsetzung der vorkonstruierten Angebotsplanung einher. Risiken für den Wettbewerb könnten sich vor allem für den SPFV ergeben. Denn im SPNV dürften Rahmenverträge meist auf die zu erbringenden Nahverkehrsleistungen abgestimmt sein.³⁸⁶ Da diese über Ausschreibungen festgelegt werden, ist die mit der Einführung des Deutschlandtaktes verbundene Gefahr einer Zugangseinschränkung als geringer einzuschätzen. Schwierigkeiten dürften vielmehr im SPNV bestehen, den Deutschlandtakt mit den noch laufenden Verkehrsverträgen zu vereinbaren, um einen Mehrwert aus der Abstimmung von Strecken und Fahrzeiten realisieren zu können, vgl. Abschnitt 5.3.2.1.

283. Um einen möglichen Ausschluss neuer Eisenbahnverkehrsunternehmen durch vorab geschlossene Rahmenverträge zu verhindern, sollten Verträge prinzipiell nur für die Zeit bis zum Inkrafttreten des Deutschlandtaktes abgeschlossen werden. Sollten die mit § 52a ERegG einhergehenden Pilotprojekte als Etappen zur Einführung des Deutschlandtaktes genutzt werden, so sollten bestehende Rahmenverträge zu dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der entsprechenden Trassen enden. Auf diese Weise könnten sich alle Eisenbahnverkehrsunternehmen für die neuen Trassen des Deutschlandtaktes chancengleich bewerben. Der mit dieser Maßnahme verbundene Eingriff in die Vertragsfreiheit dürfte mit dem Ziel der Einführung eines funktionsfähigen Deutschlandtaktes zu rechtfertigen sein.³⁸⁷ Zwar kann das generelle Außerkraftsetzen der Rahmenverträge bei Einführung von Trassen zum Deutschlandtakt im Übrigen die zugangssichernde Wirkung der Verträge reduzieren. Sofern jedoch die Einführung von Trassen des Deutschlandtaktes langfristig geplant und transparent kommuniziert wird, würde dieser Nachteil durch die Vorteile hinsichtlich des vereinfachten Markteintritts im Deutschlandtakt aufgewogen werden.

284. Daher rät die Monopolkommission dazu, in den rechtlichen Vorgaben zu § 49 ERegG eine Anpassung vorzusehen, die eine Vertragsdauer der Rahmenverträge bis höchstens zur Einführung von Trassen des Deutschlandtaktes, beispielsweise auch in Verbindung mit den Pilotprojekten, auf den entsprechenden Relationen erlaubt. Die Bundesnetzagentur sollte dies, ähnlich zu den Vorgaben in § 49a ERegG kontrollieren und genehmigen.

5.2.2.4 Neue Rahmenverträge für den Deutschlandtakt gestalten

285. Die bisherige Gestaltung von Rahmenverträgen steht, wie beschrieben, im Konflikt mit der minutengenauen Planung von Deutschlandtakttrassen. Dieser Konflikt ließe sich auch lösen, wenn es den Eisenbahnverkehrsunternehmen und dem Betreiber der Schienenwege ermöglicht würde, Rahmenverträge mit Blick auf für den Deutschlandtakt vorgesehene Trassen zu spezifizieren. Auf diese Weise könnte ausgeschlossen werden, dass ein Eisenbahnverkehrsunternehmen mit Bezug auf einen abgeschlossenen Rahmenvertrag eine Trasse anmeldet, welche Trassen des Deutschlandtaktes schneidet und damit die Umsetzung des integralen Taktfahrplans gefährdet.

286. Da bisher weder vordefinierte Trassen noch Anschlussbeziehungen für den Schienenpersonenverkehr im nationalen Recht wie auch im Unionsrecht vorgesehen sind, dürfte die Anpassung der Rahmenverträge eine zusätzliche

³⁸⁴ Nicht auszuschließen ist etwa, dass der DB-Konzern über Wettbewerbsvorteile verfügt und diese gegenüber Wettbewerbern missbräuchlich verwenden könnte.

³⁸⁵ EuGH, Urteil vom 13. Dezember 1991, 18/88 – RTT/GB-Inno-BM, Slg. 1991, I-5941, ECLI:EU:C:1991:474, Rz. 25; EuG, Urteil vom 10. Juli 1990, T-51/89 – Tetra Pak, Slg. 1990, II-309, ECLI:EU:T:1990:41, Rz. 23.

³⁸⁶ Der Monopolkommission liegen keine Informationen zu den Inhalten noch bestehender oder bereits abgelaufener Rahmenverträge vor. Da Rahmenverträge jedoch entweder von Eisenbahnverkehrsunternehmen oder von Aufgabenträgern mit dem Betreiber der Schienenwege abgeschlossen werden, ist es naheliegend, dass die Verträge auf die zu erfüllenden Nahverkehrsleistungen abgestimmt werden.

³⁸⁷ BVerfG, Beschluss vom 14. Mai 1985, 1 BvR 449/82 – Orthopädietechniker-Innung, 523, 700, 728/82, BVerfGE 70, 1, Rz. 26.

Definition von Systemtrassen bzw. eine Vorgabe eines Trassenkatalogs, beispielsweise durch Kapazitätsnutzungspläne und -konzepte, erfordern.³⁸⁸ Auch diese sind bisher kein Bestandteil des Eisenbahnregulierungsrechts und müssten ergänzt werden, vgl. Abschnitt 5.3.2.1. Den erforderlichen Änderungen dürfte insbesondere das Unionsrecht nicht entgegenstehen. Nach Art. 6 der Durchführungsverordnung (EU) 2016/545 hat der Infrastrukturbetreiber beim Abschluss eines neuen Rahmenvertrags oder der Ausweitung oder wesentlichen Erhöhung der Rahmenkapazität eines bestehenden Rahmenvertrags insbesondere eine optimale Nutzung der verfügbaren Fahrwegkapazität und einen möglichst diskriminierungsfreien Zugang zur Infrastruktur anzustreben und die Kapazitätsanforderungen nach den in der Vorschrift genannten Rechtsakten zu beachten.³⁸⁹ Diese Vorgaben dürften sich aber auch bei Einführung eines Deutschlandtaktes weiter erfüllen lassen. Sollte eine unionsrechtskonforme Anpassung des Eisenbahnregulierungsrechts entgegen den Annahmen dieses Sektorgutachtens nicht möglich sein, müsste die mit den Rahmenverträgen auftretende Problematik bei Umsetzung des Deutschlandtaktes mit einer Anpassung des Trassenanmeldeverfahrens und im Spezifischen der Vorrangkriterien vermieden werden, vgl. Abschnitt 5.3.2.2. Abhängig von der grundsätzlichen Ausgestaltung des Deutschlandtaktes könnten die jetzt vorgesehenen gesetzlichen Anpassungen zu Rahmenverträgen auch hinfällig werden. Hiermit müsste beispielsweise gerechnet werden, wenn im SPFV ein Wechsel des Marktmodells hin zu einem Ausschreibungswettbewerb erfolgen würde, vgl. Abschnitt 5.3.3.

5.3 Deutschlandtakt mit wirksamen Wettbewerbselementen einführen

287. Zur tatsächlichen Umsetzung des Deutschlandtaktes und den mit diesem angestrebten Zielen sollte die Bedienung der vordefinierten Strecken möglichst wettbewerblich ausgestaltet werden. Wettbewerb im Schienenverkehrsmarkt führt dazu, dass im intra- wie auch intermodalen Kontext eine Verkehrssteigerung erreicht werden kann. Inter- wie auch intramodaler Wettbewerb steigert die Qualität und kann (Endkunden-)Preise senken, sodass Schienenverkehrsleistungen attraktiver werden. So dürfte bereits die Umsetzung der Empfehlungen der Monopolkommission, beispielsweise zur Anpassung der Zugangs- und Entgeltregulierung wie auch zur Steigerung der Pünktlichkeit zu einer Verkehrssteigerung beitragen. Darüber hinaus dürfte im Vergleich zu dem bestehenden gesetzlichen Rahmen und den resultierenden Verkehrsangeboten für die geplante Verkehrssteigerung eine betriebliche Umsetzung der vorgesehenen Strecken durch Eisenbahnverkehrsunternehmen und das Bedienen der Anschlussbahnhöfe notwendig sein.³⁹⁰ Zum Erreichen der mit dem Deutschlandtakt anvisierten signifikanten Verkehrssteigerung ergibt sich daraus ein Anpassungsbedarf am regulatorischen und eisenbahnrechtlichen Rahmen, bei dem ebenso auf eine wettbewerbliche Ausgestaltung für den Betrieb geachtet werden sollte.

288. Die Anpassungen am rechtlichen Rahmen und die damit initiierte betriebliche Umsetzung des Deutschlandtaktes können unterschiedlich ausgestaltet werden. Einerseits erscheint es möglich, dass mit dem Deutschlandtakt ausschließlich der Infrastrukturausbau gemäß der Vorkonstruktion eines potenziellen Zielfahrplans verfolgt wird, da nach bisheriger Rechtslage keine Verbindlichkeit zur Umsetzung des Betriebs des Deutschlandtaktes besteht. Andererseits sieht die Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts erste Erprobungen vor, bei denen von dem bestehenden Regulierungsrahmen hinsichtlich der Kapazitätszuweisung abgewichen werden kann.³⁹¹ Somit dürften regulatorische Anpassungen zur betrieblichen Umsetzung des beabsichtigten Zielfahrplans in den kommenden Jahren ausprobiert und evaluiert werden.

289. Neben der Möglichkeit, nur die Infrastruktur gemäß dem Fahrplanentwurf auszubauen und die rechtlichen Regelungen zum Eisenbahnbetrieb beizubehalten, gibt es zwei grundlegende Möglichkeiten, wie eine Umsetzung

³⁸⁸ Das Kriterium der Anschlussbeziehungen ist weder im ERegG noch in der Durchführungsverordnung (EU) 2016/545 explizit genannt. Auch gibt es mit Ausnahme von Vordefinitionen von Trassen im Güterverkehr keine ähnliche Vorschrift zu Systemtrassen oder Anschlussbeziehungen für den Schienenpersonenverkehr, vgl. Durchführungsverordnung (EU) 913/2010.

³⁸⁹ Siehe Art. 6 Abs. 1 lit. a und d sowie lit. g, j der Durchführungsverordnung (EU) 2016/545.

³⁹⁰ Eine entsprechende Notwendigkeit leitet sich aus den bisherigen Prognosen zur Verkehrssteigerung ab, vgl. BMVI, Validierung einer Verdopplung der Fahrgastzahlen im Deutschlandtakt, Juni 2020, Berlin.

³⁹¹ Gesetz zur Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts vom 17. Juni 2021, BGBl. I, S. 1746.

des Deutschlandtaktes erfolgen könnte. Erstens könnten regulatorische Maßnahmen und insbesondere Anreizmechanismen in dem bestehenden rechtlichen Rahmen gewählt werden, die zur betrieblichen Umsetzung des Deutschlandtaktes hinführen (Abschnitt 5.3.2). Diese Alternative knüpft an die Pilotprojekte an, welche mit der Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsgesetzes ermöglicht werden, und würde auf diese aufbauen. Zweitens könnte eine Änderung des Marktmodells, insbesondere im SPFV, mit der Einführung des Deutschlandtaktes einhergehen. Eine solche wird bereits seit einiger Zeit diskutiert und sieht einen Übergang von dem freien Marktzugang im SPFV hin zu einem Ausschreibungs- oder Konzessionsmodell vor (Abschnitt 5.3.3). Im Folgenden werden die unterschiedlichen Ausgestaltungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit der zukünftigen betrieblichen Umsetzung des Deutschlandtaktes aufgegriffen und hinsichtlich ihrer wettbewerblichen Potenziale sowie dem möglichen Erreichen der politischen Ziele analysiert. Die empfohlenen gesetzlichen Anpassungen können langfristig zu einer wettbewerblichen Ausgestaltung des Deutschlandtaktes beitragen und stehen auch einer etappenweisen Einführung nicht entgegen.

5.3.1 Deutschlandtakt im gegenwärtigen Marktmodell?

290. Die Einführung des Deutschlandtaktes kann prinzipiell unter Beibehaltung der gegenwärtigen Marktmodelle im SPNV, SPFV und SGV erfolgen. So würde die Schieneninfrastruktur anhand des vordefinierten Zielfahrplans ausgebaut werden. An dem rechtlichen Rahmen der Schienenverkehre würde sich in diesem Fall nichts ändern. Durch den Ausbau der Schieneninfrastruktur ist damit zu rechnen, dass die Qualität der Transportleistungen steigt. So dürfte beispielsweise die Digitalisierung der Infrastruktur, aber auch der Ausbau überlasteter Schienenwege zu einer Kapazitätssteigerung führen. Allerdings würden ohne eine rechtliche Anpassung zur Umsetzung des Deutschlandtaktes die bestehenden wettbewerblichen Hürden in den Märkten nicht abgebaut werden. Auch birgt dieser Ansatz die Gefahr, dass durch den Ausbau der Infrastruktur nicht gleichzeitig auch die Bedienung der vorkonstruierten Trassen erfolgt. Hierzu müsste eine andere wettbewerbliche Ausgestaltung über regulatorische Anpassungen vorgenommen werden, wobei sich abhängig von den Verkehrsarten spezifischer Handlungsbedarf ergibt.

291. Im SPFV sind Verkehre bisher eigenwirtschaftlich zu erbringen. Gemäß dem hier bestehenden Open-Access-Modell entscheiden die Eisenbahnverkehrsunternehmen selbst über Strecken, Tarife sowie Ausgestaltung und melden die gewünschten Trassen bei dem Infrastrukturbetreiber an. Die frei gewählten Strecken und Fahrzeiten können sich jedoch von denen des Deutschlandtaktes unterscheiden. Weniger wirtschaftliche Strecken und Fahrzeiten werden von den Eisenbahnverkehrsunternehmen gegebenenfalls nur eingeschränkt angeboten. Der Deutschlandtakt sollte gemäß einer seiner ursprünglichen Zielsetzungen dieser Entwicklung entgegenwirken. Hierfür waren für den Fahrplan auch weniger wirtschaftliche Strecken vorgesehen. Ohne eine Anpassung des rechtlichen Rahmens im SPFV hin zu einer Stärkung der weniger attraktiven Strecken, besteht die Gefahr, dass nicht alle vorkonstruierten Trassen im Fernverkehr auch bedient werden.

292. Im SPNV besteht derzeit ein Ausschreibungswettbewerb, d. h. ein Wettbewerb „um den Markt“. Dabei definieren Aufgabenträger die zu erbringenden Leistungen bzw. Netze für den SPNV und vergeben diese auf Basis mehrjähriger Verkehrsverträge. In den Ausschreibungen werden Anforderungen an das Zugmaterial vordefiniert, Tarife werden zumeist vorgeschrieben und zur Erbringung der Leistungen werden Regionalisierungsmittel zur Verfügung gestellt. Im SPNV konnten die Wettbewerber zunehmend Marktanteile gewinnen. Der Ausschreibungswettbewerb im SPNV steht einer Anpassung an den Deutschlandtakt im Grunde nicht entgegen. Sofern Aufgabenträger die aususchreibenden Netze an den für den Deutschlandtakt vorgesehenen integralen Taktfahrplänen des Nahverkehrs anpassen, dürfte sich die Erbringung der Leistungen sogar relativ gut umsetzen lassen. Dies zeigt sich auch daran, dass der Nahverkehr in einigen Bundesländern bereits an integralen Taktfahrplänen ausgerichtet ist.³⁹²

³⁹² Beispiele sind der Baden-Württemberg-Takt, der integrale Taktfahrplan in Rheinland-Pfalz oder auch in Nordrhein-Westfalen.

293. Es ergibt sich allerdings ein Problem aufgrund der unverbindlichen Regelungen zum Vorrang vertakteter Nahverkehre.³⁹³ Fraglich ist, inwiefern sich eine zeitnahe Umsetzung des Deutschlandtaktes realisieren ließe. Da Verkehrsverträge über einen mehrjährigen Zeitraum und darüber hinaus zeitversetzt abgeschlossen werden, entstünde ohne ein Abweichen von bestehenden Verträgen gegebenenfalls ein Umsetzungszeitrahmen von mehreren Jahrzehnten.³⁹⁴ Gerade bei Anschlussbahnhöfen könnte durch die zeitversetzte Einführung die erhoffte Verkürzung von Anschlüssen und Wartezeiten für viele Jahre ausbleiben. Ohne eine Abstimmung der Nah- und Fernverkehrsangebote könnten Schwierigkeiten bei den Trassenanmeldungen entstehen, wodurch die Angebote des SPNV für den Deutschlandtakt schlimmstenfalls nicht umgesetzt werden könnten. Zudem würde ohne Abstimmung der Angebote das Ziel einer Verkürzung der Umsteigezeiten verfehlt, wodurch die Attraktivität der Deutschlandtaktanschlüsse weiter eingeschränkt würde.

294. Neben dem Zielfahrplan für den Schienenpersonenverkehr sehen die Planungen zum Deutschlandtakt eine Vorhaltung von Trassen für den SGV vor. Der SGV wird bisher in einem Open-Access-Modell betrieben. Auch auf dem Markt für SGV konnten die Wettbewerber in den letzten Jahren zunehmend Marktanteile gewinnen. Durch das Freihalten von SGV-Kapazitäten entsprechend dem prognostizierten Bedarf dürfte im Fall einer Umsetzung des Zielfahrplans eine Steigerung des Güterverkehrs auf der Schiene möglich werden. Sofern allerdings die Anmeldung der Trassen im Personenverkehr weiterhin unabhängig und ohne Verbindlichkeit für den Deutschlandtakt erfolgt, müssten die Eisenbahnverkehrsunternehmen des SGV vor allem im Gelegenheitsverkehr mit längeren Fahrzeiten rechnen.³⁹⁵ Um dieser Problematik entgegenzuwirken, dürften sie sich weiterhin gezwungen sehen, eigene zusätzliche wiederkehrende Kapazitäten im Jahresfahrplan anzumelden, auch wenn diese dann letztlich nicht gefahren werden. Ohne rechtliche Anpassung dürfte es kaum möglich sein, das Problem der Kapazitätszuordnung und effizienten Kapazitätsaufteilung zur Steigerung der Schienenverkehrsleistungen zu lösen. Somit ist es eher wenig wahrscheinlich, dass sich im gegenwärtigen Marktmodell allein durch die Infrastrukturplanung zum Deutschlandtakt eine Verbesserung der wettbewerblichen Situation des SGV einstellt.

295. Das Ausmaß der möglichen Steigerung der Fahrgastzahlen und der Güterverkehrsleistungen ist ohne weitere Anpassungen des regulatorischen Rahmens kaum in einem solchen Ausmaß möglich, dass eine Verbesserung der Wettbewerbssituation oder eine Umsetzung der vorkonstruierten Trassen mit einhergehender Stärkung des Schienenverkehrs im intermodalen Vergleich erreicht wird. Nachfolgend werden Empfehlungen für gesetzliche Anpassungen erarbeitet, die notwendig erscheinen, um eine signifikante Verkehrssteigerung durch die Einführung des Deutschlandtaktes zu erreichen.

5.3.2 Anpassungsbedarf zur Umsetzung des vorkonstruierten Zielfahrplans im gegenwärtigen Marktmodell

296. Aus den beschriebenen Problemen hinsichtlich der betrieblichen Umsetzung des Deutschlandtaktes im gegenwärtigen Marktmodell leiten sich bereits notwendige Anpassungen am Regulierungsrecht ab. So ergibt sich für alle Schienenverkehrsarten die Notwendigkeit, Systemtrassen zu definieren und beispielsweise über Kapazitätsnutzungspläne und längerfristige-konzepte möglichst verbindlich vorzuschreiben (Abschnitt 5.3.2.1). Vor allem für den Schienenpersonenverkehr sind die Anpassung bzw. Konkretisierung und rechtlich verpflichtende Vorgabe von Vorrangkriterien bei der Trassenanmeldung erforderlich, um eine Sicherung der landesweiten integralen Taktfahrpläne zu erzeugen (Abschnitt 5.3.2.2). Hinsichtlich des SPFV ergibt sich darüber hinaus die Notwendigkeit, die Anmeldung der mit dem Deutschlandtakt vorgesehenen Fernverkehrstrassen attraktiver zu gestalten (Abschnitt 5.3.2.3) oder gar vorzuschreiben (Abschnitt 5.3.3).

³⁹³ Vgl. Kapitel 4 dieses Sektorgutachtens.

³⁹⁴ Ausschreibungen des öffentlichen Nahverkehrs finden nicht bundesweit aufeinander abgestimmt statt.

³⁹⁵ Gelegenheitsverkehre werden kurzfristig angemeldet, verlaufen aber oftmals auf vorhersehbaren Relationen. Wenn die vorab definierten ungefähren Streckenverläufe durch Trassenanmeldungen im Schienenpersonenverkehr verhindert würden, müsste der Gelegenheitsverkehr über andere Strecken verlaufen, wodurch es in der Regel zu längeren Fahrzeiten kommen dürfte.

297. Bisher hat der Gesetzgeber von einer grundsätzlichen Umgestaltung des Organisationsmodells im SPFV abgesehen. Auch im Masterplan Schienenverkehr ist festgehalten, dass ein „Wettbewerb im Markt“ mit einem Systemfahrplan des Deutschlandtaktes und der flexiblen Nutzung der Taktzüge durch die Reisenden vereinbar sein sollte.³⁹⁶ Im Folgenden werden rechtliche Anpassungen analysiert, die im Wesentlichen basierend auf dem gegenwärtigen Schienenverkehrsmarkt zusätzliche regulatorische Regelungen vorsehen, ohne die grundsätzlichen ordnungspolitischen Marktmodelle in Frage zu stellen. Bei Umsetzung der nachfolgend entwickelten Empfehlungen könnte die Attraktivität der für den Deutschlandtakt vorgesehenen Trassen erhöht werden. Die Einführung vieler Strecken des Zielfahrplans für den Deutschlandtakt könnte durch die Eisenbahnverkehrsunternehmen selbst bewirkt werden. Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass eine vollständige Umsetzung des Zielfahrplans mit den empfohlenen Anpassungen nicht verpflichtend erzielt werden kann. Hierfür wären weiterreichende Maßnahmen notwendig, vgl. Abschnitt 5.3.3.

5.3.2.1 Systemtrassen definieren

298. Eine grundsätzliche Problematik, die für den SPNV, SPFV und SGV gleichermaßen mit der Umsetzung des Zielfahrplans einhergeht, ist die fehlende Verbindlichkeit der vorkonstruierten Trassen. So ist es möglich, dass Trassenanmeldungen unabhängig von den geplanten Verbindungen vorgenommen werden. Im ungünstigsten Fall stehen solche Trassenanmeldungen mit den Strecken des Deutschlandtaktes im Konflikt, was die Umsetzung des integralen Taktfahrplans verhindern würde. Um eine stärkere Verbindlichkeit für die mit dem Deutschlandtakt vorgesehenen Trassen zu schaffen, sollten beispielsweise Systemtrassen definiert und Trassen innerhalb des Trassenanmeldeverfahrens vorgegeben sein.³⁹⁷

299. Bei Systemtrassen handelt es sich um Fahrplantrassen, die der Betreiber der Schienenwege vorab und typischerweise abhängig von Erfahrungen mit dem Bedarf der Verkehrsarten konstruiert. Beispielsweise kann pro Stunde eines Netzfahrplans für einen speziellen Streckenabschnitt eine gewisse Anzahl von Fern- und Güterverkehrsfahrten neben dem geplanten Nahverkehrsangebot vorgesehen und zeitlich aufeinander abgestimmt werden. Das Besondere an dieser sog. Trassenvorkonstruktion ist, dass der Betreiber der Schienenwege den Eisenbahnverkehrsunternehmen zunächst ein Angebot vorlegt, auf welches sie bei ihrer Trassenwahl bzw. im Anmeldeverfahren eingehen können. Im Vergleich hierzu wählen die Eisenbahnverkehrsunternehmen in dem bestehenden Regulierungsrahmen ihre Streckenführungen mit Geschwindigkeiten sowie Abfahrts- und Ankunftszeiten selbst aus und melden diese dann erst beim Betreiber der Schienenwege an.³⁹⁸

300. Eine Vorab-Planung hätte den Vorteil, dass mehr Kapazität freigestellt würde und insbesondere eine bedarfsgerechte Aufteilung der Kapazitäten in Bezug auf die Bedarfe der Verkehrsarten erfolgen würde. So können abhängig von dem Bedarf einzelner Verkehrsarten und unabhängig von dem letzten Endes fahrenden Eisenbahnverkehrsunternehmen Trassen zusammengestellt und so konstruiert werden, dass das Zusammenspiel der unterschiedlich charakterisierten Trassen gelingt. Zudem sollen Systemtrassen Vorzüge durch mögliche Kapazitätssteigerungen im bestehenden Schienennetz mit sich bringen. Beispielsweise könnten durch Systemtrassen Überholungsmöglichkeiten an gewissen Streckenabschnitten eingeplant werden und durch eine Abstimmung des Betriebs eine optimierte Auslastung des Schienennetzes erzeugt werden.³⁹⁹ Besonders wünschenswert ist die Abstimmung der Bedarfe im Wege einer Vorkonstruktion für den Güterverkehr. So können durch die Vorkonstruktion auch zu erwartende Güterverkehrsleistungen vom Betreiber der Schienenwege berücksichtigt werden. Dadurch wäre auch im Güterverkehr mit

³⁹⁶ BMVI, Masterplan Schienenverkehr, a. a. O.; CDU/CSU und SPD, Ein neuer Aufbruch für Europa- Eine neue Dynamik für Deutschland - Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag vom 12. März 2018, S. 77 ff.

³⁹⁷ Diese Möglichkeiten wurden teils auch in den Stellungnahmen zur Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts aufgegriffen. Vgl. beispielsweise mofair u. a., Stellungnahme der Verbände- Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsgesetzes- Fassung in der Verbändeanhörung für den Bereich Deutschlandtakt, Berlin, März 2021.

³⁹⁸ Vgl. § 52 ERegG sowie DB Netz AG, Schienennetz-Benutzungsbedingungen (SNB 2021), a. a. O.

³⁹⁹ Vgl. BMVI, Bericht Z20/SeV/288.3/1324/LA15 2- Machbarkeitsstudie zur Prüfung eines Deutschland-Takts im Schienenverkehr, Berlin, 30. März 2015, S. 86.

kürzeren Fahrzeiten zu rechnen.⁴⁰⁰ Im Vergleich hierzu werden derzeit nach bereits erfolgter Zuweisung von Trassen um die vereinbarten wiederkehrenden Schienenpersonenverkehrsleistungen herum Streckenführungen für den Güterverkehr erarbeitet, die im Durchschnitt wesentlich längere Fahrzeiten oder Umwege aufweisen.

301. Nachteile einer Vorkonstruktion ergeben sich bei einer stärkeren Kapazitätsauslastung, wenn die Leistungserbringung – unabhängig, von wem sie verursacht wird – unpünktlich erfolgt. Sobald eine Systemtrasse nicht minutengenau umgesetzt wird, erzeugt sie im Fall einer hohen Kapazitätsnutzung Verspätungen für alle weiteren Trassen und somit für alle Verkehrsarten.⁴⁰¹ Dieses Problem könnte verringert werden, indem Fahrpläne robust geplant werden. Ein gewisses Maß an Robustheit dürfte schon mit der Vordefinition von Fahrplänen einhergehen. Da der Fahrplankonstrukteur das letztlich verwendete Fahrzeugmaterial während der Planungsphase nicht kennen kann, dürfte er jedenfalls teilweise von weniger schnellen Zügen der jeweiligen Kategorie ausgehen. Eine weitere Maßnahme könnte beispielsweise darin bestehen, Pufferzeiten für Verzögerungen einzuplanen. Hieraus ergibt sich jedoch die Schwierigkeit, dass sich ohne größere Erweiterungen der Infrastruktur Robustheit und Qualitätssteigerungen nur unter Einschränkung der Trassenangebote einstellen können. Somit dürfte beim Betreiber der Schienenwege ein Interessenskonflikt zwischen der Planung einer höheren Kapazitätsnutzung zur Verkehrssteigerung und der Einschränkung von Angeboten zugunsten der pünktlichen Umsetzung bestehen.

302. Da die im Zielfahrplan Deutschlandtakt vorgesehenen Strecken als Fahrplantrassen vorab definiert und im Zusammenspiel der Verkehrsarten aufeinander abgestimmt werden, zeichnet das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur das Angebot von Systemtrassen vor. Um die Bedienung dieser Trassen zu erreichen, liegt es daher auch nahe, dass der Betreiber der Schienenwege diese, beispielsweise in einem Katalog von Systemtrassen, den Eisenbahnverkehrsunternehmen zur Anmeldung zur Verfügung stellt.

303. Der gegenwärtige Rechtsrahmen sieht eine Vorabdefinition von Trassen im Allgemeinen jedoch nicht vor.⁴⁰² Auch der unionsrechtliche Rahmen sieht ausschließlich für den Güterverkehr Ausnahmen vor.⁴⁰³ Dabei stellt die Vorkonstruktion von Trassen im Zusammenhang mit der Erneuerung der Infrastruktur eine Grundlage für die Erarbeitung des Deutschlandtaktes dar und könnte, wie dargestellt, zu einer besseren Kapazitätsnutzung führen. Auch wurden bereits bei der Machbarkeitsstudie zum Deutschlandtakt im Jahr 2015 Systemtrassen zur Konzipierung und Umsetzung des Taktes unterstellt.⁴⁰⁴ So dürfte bei einer Gesetzesanpassung für die Einführung des Deutschlandtaktes eine Begriffsbestimmung der Systemtrasse in § 1 ERegG ohne weiteres möglich sein.

304. Nichtsdestotrotz würde aus der alleinigen Begriffsbestimmung von Systemtrassen keine Verbindlichkeit der damit verbundenen Trassen folgen. Eine Definition der anzumeldenden Trassen müsste darüber hinaus ins Eisenbahnregulierungsrecht eingebettet werden. Einerseits könnten die Systemtrassen für den Deutschlandtakt in einer zusätzlichen Anlage des Eisenbahnregulierungsrechts erfolgen. Andererseits könnte eine gesetzliche Vorschrift vorgeben, dass der Betreiber der Schienenwege entsprechende Definitionen von Trassen in die Schienennetz-Benutzungsbedingungen aufzunehmen hat. Vorteilhaft wäre gerade letztere Regelung, da hierdurch eine jährliche Anpassung der wünschenswerten Trassen, beispielsweise aufgrund einer Evaluierung und Berücksichtigung der Nachfrageentwicklung, relativ einfach umgesetzt werden könnte.

⁴⁰⁰ Obwohl viele Verkehrsleistungen des SGV Gelegenheitsverkehre darstellen, können auch für diese durch die Vorabdefinition Vorteile entstehen. Da Gelegenheitsverkehre oft vorhersehbar sind, können gerade auch für diese Verkehre Fahrzeitverkürzungen durch vorab definierte Trassen – speziell für den SGV – erreicht werden.

⁴⁰¹ Heinrici, T., Systemtrassen lösen Problem nicht, Deutsche Verkehrs-Zeitung, 19. März 2019.

⁴⁰² Vgl. Art. 38 f. der RL 2012/34/EU.

⁴⁰³ Die Ausnahme auf den europäischen Schienengüterverkehrskorridoren ergibt sich aus der Verordnung (EU) 913/2010. Gemäß Artikel 14 Abs. 3 werden vom Betreiber der Schienenwege bei Güterverkehrskorridoren „im Voraus vereinbarte grenzüberschreitende Zugtrassen für Güterzüge nach dem Verfahren gemäß Artikel 15 der Richtlinie 2001/14/EG gemeinsam festgelegt und organisiert“.

⁴⁰⁴ Vgl. BMVI, Bericht Z20/SeV/288.3/1324/LA15 2- Machbarkeitsstudie zur Prüfung eines Deutschland-Takts im Schienenverkehr, a. a. O., S. 92.

5.3.2.2 Trassenanmeldungsverfahren anpassen – Vorrangregelungen für Deutschlandtakt

305. Um Trassenanmeldungen, welche den Deutschlandtakt verhindern könnten, nach Möglichkeit vorzubeugen, müssten Anpassungen an dem bestehenden Trassenanmeldeverfahren vorgesehen werden. So dürfte, auch ohne rechtliche Verbindlichkeit der zu definierenden Deutschlandtakttrassen, eine Umsetzung des Deutschlandtaktes leichter zu erreichen sein, wenn im Trassenanmeldungsverfahren auf diese Trassen gesondert geachtet würde.

306. Zunächst erscheint es möglich, dass Deutschlandtakttrassen eine gesonderte Berücksichtigung im Eisenbahnregulierungsrecht erhalten. Dies könnte in Anlehnung an die bestehenden Regelungen zu besonderen Schienenwegen in § 57 ERegG erfolgen. So könnten die Trassen des Deutschlandtaktes als gesonderte Schienenwege ausgewiesen werden. Ähnlich zu § 57 Abs. 2 ERegG würde ihnen damit ein Vorrang für die Bedienung eingeräumt werden. Alternativ könnte auch eine Anpassung der Vorrangkriterien erfolgen. Dafür müsste einerseits in § 52 Abs. 7 ERegG betreffend die Netzfahrplanerstellung sowie andererseits in § 55 ERegG explizit ein Vorrang für die mit dem Deutschlandtakt vorgesehenen Trassen eingeführt werden. Zudem müssten die Regelungen, wie bereits in Abschnitt 4.2.2.2 beschrieben, Verbindlichkeit erhalten. Diese Regelungen sollten verpflichtend sein und für alle Schienenverkehrsleistungen und-unternehmen gleichermaßen Anwendung finden.

5.3.2.3 Anreize durch die Entgeltregulierung setzen

307. Um einen flächendeckenden Deutschlandtakt insbesondere im SPFV umsetzen zu können, könnten den Eisenbahnverkehrsunternehmen zusätzliche Anreize zur Anmeldung von Trassen im Modell des offenen Marktzugangs (Open Access) gesetzt werden.⁴⁰⁵ Ohne verbindliche Trassenvorgabe oder alternative Anreizmechanismen ist davon auszugehen, dass Eisenbahnverkehrsunternehmen gemäß dem Open Access nur solche Trassen anmelden, welche für sie besonders rentabel sind. Daher dürfte ohne jegliche Verbindlichkeit der Trassen für den Deutschlandtakt die Anmeldung von Fernverkehrsverbindungen ganz unabhängig vom Zielfahrplan erfolgen. Dies begründet sich darin, dass im Vergleich zu den Trassen des Zielfahrplans alternative Streckenführungen eigenwirtschaftlich sinnvoller erscheinen könnten. Sollten die mit dem Deutschlandtakt geplanten Trassen oder Trassenabschnitte vordefiniert werden und einen Vorrang erhalten, dürften SPFV-Unternehmen dennoch nur an den attraktiven Trassen bzw. Abschnitten Interesse haben und diese anmelden. Hierbei besteht jedoch die Gefahr, dass die für den Zielfahrplan prognostizierte signifikante Steigerung der Fahrgastzahlen nicht erzielt wird. Somit ergeben sich gleich mehrere Gründe, weshalb sich eine Umsetzung des Zielfahrplans im SPFV nicht von selbst einstellen dürfte – auch nicht unter Berücksichtigung der genannten regulatorischen Anpassungen.

308. Für die Umsetzung des Deutschlandtaktes im SPFV ergeben sich hieraus zwei mögliche Anpassungen. Einerseits sollte es attraktiver werden, die mit dem Deutschlandtakt gewünschten Trassen in ihrer vollen Länge anzumelden. Andererseits könnten zusätzliche Maßnahmen für die Bewerbung weniger attraktiver Trassenangebote notwendig sein. Die erste Zielsetzung könnte bereits mit einer Anpassung der Vorrangkriterien und Vordefinition über Systemtrassen und/oder Kapazitätsnutzungspläne erreicht werden. Hierfür müssten Systemtrassen und Vorrangregelungen nur dann gelten, wenn die Strecken in ihrer geplanten Länge und mit allen vorgesehenen Haltestationen bedient werden und nicht nur Teile davon. Für die zweite Zielsetzung, die Bedienung unattraktiverer Strecken, liegt es nahe, zusätzliche Anreizmechanismen zur Finanzierung des Betriebs dieser Trassen einzuführen. Als potenzielle Möglichkeiten kämen entweder eine Anpassung des regulatorischen Rahmens zur Entgeltbildung infrage oder eine direkte Förderung bei der Anmeldung spezifischer Trassen des Zielfahrplans.

309. Eine Trassenpreisförderung kann zum Erreichen politischer Ziele initiiert und über staatliche Beihilfen subventioniert werden.⁴⁰⁶ Ein Beispiel hierfür ist die Trassenpreissenkung im SGV. Diese trat im Jahr 2018 mit der Richtlinie

⁴⁰⁵ Eine Anreizsetzung über Trassenentgelte wird beispielsweise in einer Studie der kcw GmbH für die Bundestagsfraktion Bündnis 90/ Die Grünen im Rahmen einer Organisationsvariante für den SPFV im Deutschlandtakt vorgeschlagen, vgl. kcw, Der Deutschlandtakt - Bewertung von Organisationsvarianten zur Umsetzung eines flächendeckenden Taktfahrplans, Berlin, 29. Oktober 2019.

⁴⁰⁶ Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn (2019), a. a. O., Tz. 163.

zur Förderung des SGV über eine anteilige Finanzierung der genehmigten Trassenentgelte (af-TP) in Kraft. Die Trassenpreisförderung im SGV bezieht sich auf alle Verkehrsleistungen des Güterverkehrs auf der Schiene. Die Senkung um nahezu die Hälfte der Trassenkosten verschafft SGV-Eisenbahnverkehrsleistungen eine höhere Wirtschaftlichkeit und kann zur Steigerung des Verkehrs auf der Schiene führen. Analog zu der Förderung im SGV wäre zwar auch eine Trassenpreisförderung für den SPfV denkbar. Dazu müsste die Förderung aber grundsätzlich eng an die Umsetzung der für den Deutschlandtakt vorgesehenen Trassen geknüpft werden, um beihilferechtskonform zu sein. Im Speziellen wäre eine Einschränkung der Förderung auf solche Trassen anzustreben, die von den SPfV-Eisenbahnverkehrsunternehmen nicht bereits ohne Förderung angemeldet würden. Auf diese Weise würde der Umfang der Subventionen reduziert werden, da ein Großteil der Trassen gemäß ihrer Vorkonstruktion für den Zielfahrplan bereits eigenwirtschaftlich zu erbringen sein sollte.⁴⁰⁷

310. Eine Alternative zur Subventionierung von Trassen wäre zwar prinzipiell eine regulatorische Anpassung zur Entgeltbildung nach §§ 25 ff. ERegG.⁴⁰⁸ So könnte beispielsweise bei der Trassenpreisbildung nach Marktsegmenten ein weiteres Segment „Deutschlandtakt“ für die Entgelte im SPfV vorgesehen werden. Ein Vorteil einer Trassenpreisreduktion im Wege der Entgeltregulierung wäre die Möglichkeit, diese durch eine Umverteilung der Kosten auf die Trassenpreise in anderen Marktsegmenten zu finanzieren.⁴⁰⁹ Diese Lösung kann jedoch durch die zusätzliche Steigerung der Trassenpreise in den weiteren Segmenten zu wettbewerbsrechtlichen Risiken führen.⁴¹⁰ Zu befürchten wäre eine solche beispielsweise, wenn das Entgelt im Marktsegment „Metro“ zum Ausgleich der Verringerung eines Segmentes „Deutschlandtakt“ genutzt würde. Letzteres Segment wird hauptsächlich von der DB Fernverkehr AG verwendet. Eine zusätzliche Steigerung der Preise könnte in dem „Metro“-Segment den Eintritt von nicht-bundes-eigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen im SPfV weiterhin erschweren. Um wettbewerbliche Risiken durch die Anreizsetzung nicht zu befördern, sollte auf eine solche Ausgestaltung verzichtet werden. Somit wäre eher zu der erstgenannten Trassenpreisförderung zu tendieren.

311. Eine allgemeine Förderung aller SPfV-Trassen des Deutschlandtaktes könnte allerdings auch kritisch hinterfragt werden. Sollte weiterhin der Wettbewerberanteil im Fernverkehr gering bleiben, könnte der Eindruck entstehen, dass allein die DB Fernverkehr AG über die beschriebene Anreizsetzung eine zusätzliche Förderung erhalte. Eine Förderung der Entgelte sollte daher immer transparent und diskriminierungsfrei erfolgen. Besonders hervorzuheben ist auch, dass eine Trassenpreisförderung nicht zwingend für alle Strecken des Zielfahrplans notwendig erscheint. Da die Anreizsetzung vor allem für einen besseren Betrieb auf weniger stark nachgefragten Trassen erforderlich ist, müssten nur diese über finanzielle Mittel attraktiver gemacht werden. Eine Unterscheidung der Trassenpreisbildung bzw. Förderung zwischen attraktiven und weniger attraktiven Trassen des Zielfahrplans dürfte zu der gewünschten Wirkung führen.

5.3.3 Organisatorischer Wechsel im Fernverkehr

312. Unabhängig von den gegenwärtigen Bestrebungen einer Umsetzung des Deutschlandtaktes im bestehenden Marktmodell gibt es unterschiedliche Überlegungen und Anpassungsansätze zur Umgestaltung des Marktmodells im SPfV. Hierfür wurde in den vergangenen Jahren wiederholt über ein „Schienenpersonenfernverkehrsgesetz“ diskutiert, welches die Anpassung beispielsweise hin zu einem Ausschreibungswettbewerb für den SPfV vorsehen könnte. Die Monopolkommission ging im Zusammenhang mit der Einführung des Deutschlandtaktes bereits in ihren

⁴⁰⁷ Zu berücksichtigen wäre hierbei allerdings auch, dass eine Spezifikation der Trassen nur funktionieren kann, wenn die konkreten, zu subventionierenden Trassen bekannt sind.

⁴⁰⁸ Zu der Entgeltregulierung siehe auch Abschnitt 4.3 dieses Sektorgutachtens.

⁴⁰⁹ Beispielsweise könnte es sich anbieten, die geringeren Trassenpreise des neu zu bestimmenden Segments „Deutschlandtakt“ durch eine Erhöhung der Trassenpreise im Segment „Metro“ zu erzielen.

⁴¹⁰ Hierdurch könnten beispielsweise zusätzliche Risiken eines Marktmachtmissbrauchs entstehen. Vgl. Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn (2019), a. a. O., Tz. 170 ff.

vergangenen Sektorgutachten auf die Vor- und Nachteile einer potenziellen Umgestaltung des SPFV ein.⁴¹¹ Eine grundsätzliche Anpassung hin zu einem Wettbewerb „um den Markt“ könnte hinsichtlich der (verbindlichen) Umsetzung vorkonstruierter Trassen des Deutschlandtaktes zum Erreichen der politischen Ziele zur Verkehrssteigerung beitragen.

313. Denkbar wäre beispielsweise der Wechsel zu einem Ausschreibungswettbewerb – ähnlich der Situation im deutschen Nahverkehr – mit einem neutralen Bundesaufgabenträger. Alternativ könnte eine Umgestaltung zu einem Konzessionswettbewerb im SPFV erfolgen, wie er beispielsweise in der Schweiz praktiziert wird. Beide Umsetzungsmöglichkeiten bieten den besonderen Vorteil, dass durch den organisatorischen Wechsel eine Sicherstellung der angedachten Betriebsleistungen im SPFV geschaffen werden könnte. Hierdurch wäre mit einer Erhöhung des intermodalen Wettbewerbsdrucks durch die Schiene zu rechnen. Ein weiterer Vorteil wäre, dass mit der Vergabe von Strecken über einen längeren Zeitraum, wie beispielsweise über 10 bis 15 Jahre, die Zugangssicherheit erhöht würde. Dies könnte den Eisenbahnverkehrsunternehmen neben der Sicherheit des Infrastrukturzugangs auch Investitionssicherheit bieten. In diesem Fall könnte auf das Instrument der Rahmenverträge jedenfalls teilweise verzichtet werden, vgl. Abschnitt 5.2.2.4.

314. Abhängig von der jeweiligen Ausgestaltung ergeben sich mit der Änderung des Marktmodells allerdings auch Nachteile. Beispielsweise würde im Vergleich mit dem gegenwärtigen Open Access die Anzahl der Wettbewerbsparameter eingeschränkt. Zwar bietet eine höhere Anzahl an Wettbewerbsparametern keine Sicherheit für einen stärkeren Wettbewerb, wie die bisherige Wettbewerbsentwicklung im SPFV zeigt. Jedoch geht von dem Open-Access-Modell durch die stets gegenwärtige Möglichkeit des Markteintritts potenzieller Wettbewerber ein gewisser Wettbewerbsdruck aus, der sich positiv auf die Qualität und Effizienz des Systems auswirken dürfte. Bei einem Wettbewerb „um den Markt“ ist demgemäß durch die mit dem Marktmodell einhergehende regionale Monopolisierung ein potenzieller Qualitätsverlust zu befürchten. Diesen Nachteilen könnte jedoch – ähnlich wie im SPNV – mit einer Vorgabe von Effizienz- und Qualitätskriterien bzw. entsprechenden Anzelelementen vorgebeugt werden. Zudem könnten abhängig von der Ausgestaltung mit dem Marktmodellwechsel Subventionen für Strecken bzw. Streckenbündel – ähnlich wie im SPNV – einhergehen. Da der SPFV im Grunde eigenwirtschaftlich betrieben werden kann, ist eine Subventionierung im Vergleich zum SPNV daher nicht zwingend erforderlich. Dabei sollte berücksichtigt werden, dass mit einer gebündelten Vergabe von besonders wirtschaftlich und weniger wirtschaftlich zu bedienenden Strecken die Notwendigkeit der Subventionierung unrentabler Strecken vermindert werden könnte. Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass auch ohne eine grundlegende Anpassung des Marktmodells für die Umsetzung möglichst vieler Trassen des Deutschlandtaktes nicht auszuschließen ist, dass es einer Subventionierung über Entgeltanreize bedarf, vgl. Abschnitt 5.3.2.3.

315. Bisher lehnte die Bundesregierung eine grundsätzliche Anpassung des Open-Access-Modells im SPFV ab.⁴¹² So äußerte sie sich zuletzt zu dem Gesetzentwurf des Bundesrates zur Gestaltung des Schienenpersonenfernverkehrs im Jahr 2018 ablehnend. Eine verpflichtende Zuständigkeit des Bundes für eine Trassenvergabe im SPFV lasse sich nicht aus Art. 87e Abs. 4 GG ableiten. Der Bundestag hat sich bisher nicht abschließend mit dem Gesetzentwurf befasst, sodass eine Wiederaufnahme der Thematik nicht auszuschließen ist. Die Monopolkommission weist – ohne Positionierung zu der Frage zu den aus Art. 87e Abs. 4 GG ableitbaren verfassungsrechtlichen Pflichten des Bundes – darauf hin, dass Art. 87e Abs. 4 GG dem Bund zumindest Freiräume für eine Anpassung des ordnungspolitischen Modells im SPFV belässt. Diese könnten grundsätzlich ohne Aufgabe des Vorrangs der Eigenwirtschaftlichkeit des SPFV auch im Sinne der Einführung eines Wettbewerbs „um den Markt“ genutzt werden. Die Monopolkommission

⁴¹¹ Monopolkommission, 6. Sektorgutachten Bahn (2017), a. a. O., Tz. 235 ff. sowie Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn (2019), a. a. O., Tz. 213 ff.

⁴¹² Bundesrat, Entwurf eines Gesetzes zur Gestaltung des Schienenpersonenfernverkehrs (Schienenpersonenfernverkehrsgesetz – SPFVG), BT-Drs. 19/2074 vom 9. Mai 2018; Gesetzesantrag der Länder Rheinland-Pfalz, Brandenburg, Bremen, Saarland, Thüringen, Entwurf eines Gesetzes zur Gestaltung des Schienenpersonenfernverkehrs (Schienenpersonenfernverkehrsgesetz – SPFVG), BR-Drs. 745/16 vom 8. Dezember 2016; Bundesrat, Entwurf eines Gesetzes zur Sicherstellung von Eisenbahninfrastrukturqualität und Fernverkehrsangebot, BT-Drs. 16/9903 vom 2. Juli 2008, S. 30.

empfiehlt, die aufgezeigten Vor- und Nachteile bei einer Überarbeitung des Entwurfes eines Schienenpersonenfernverkehrsgesetzes zu berücksichtigen.

316. Im Fall eines zukünftigen Ausschreibungswettbewerbs oder Konzessionsmodells im SPFV sollte unbedingt auf eine wettbewerbliche Ausgestaltung geachtet werden. Insbesondere rät die Monopolkommission dazu, in dem genannten Fall einen neutralen Bundesaufgabenträger zu bestimmen. So könnte eine wettbewerbliche Vergabe der Strecken bzw. -bündel sichergestellt werden. Auch sollten die Vergabeanforderungen an Effizienz- und Qualitätskriterien geknüpft werden. So könnten mögliche Wettbewerbsverzerrungen und Effizienzeinschränkungen durch die auf ein Unternehmen beschränkte Bedienung verhindert werden. Mit einer Vergabe von Streckenbündeln bzw. -netzen könnte zudem verhindert werden, dass für die Erbringung einzelner, weniger wirtschaftlicher Strecken hohe Subventionen gezahlt werden müssten. Gleichzeitig könnte durch die gebündelte Vergabe auch verhindert werden, dass neue Marktteilnehmer ausschließlich weniger wirtschaftliche Strecken in dem Vergabe- oder Konzessionsmodell erhalten.⁴¹³ Mit dieser Umgestaltung des Marktmodells im SPFV könnte langfristig die Umsetzung des Deutschlandtaktes erreicht werden. Auch dürfte der Wechsel auf Ausschreibungs- bzw. Konzessionsmodelle einer etappenweisen Einführung des Deutschlandtaktes nicht entgegenstehen.

⁴¹³ Vgl. Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn (2019), a. a. O., Tz. 218 f.

Kapitel 6

Chancengleichheit für Tarifierung, Vertrieb und Fahrzeugbeschaffung schaffen

317. Wettbewerb kann nur dann funktionieren, wenn möglichst wenig Markteintrittsbarrieren für Eisenbahnverkehrsunternehmen bestehen. Das aktuelle Marktmodell des Schienenverkehrs ist jedoch durch zahlreiche Wettbewerbsverzerrungen für Eisenbahnverkehrsunternehmen im SPNV, SPFV und SGV gekennzeichnet. Neben wesentlichen Wettbewerbshindernissen, beispielsweise dem Zugang zu Schienenwegen, Serviceeinrichtungen oder der Entgeltproblematik, bestehen insbesondere bei betrieblichen Themen wie der Tarifierung, dem Vertrieb oder der Fahrzeugbeschaffung erhebliche Hemmnisse für nicht-bundeseigene Eisenbahnverkehrsunternehmen. Diese beruhen dabei teils auch auf dem Umstand, dass der DB-Konzern durch die Eigentümerschaft des Bundes Vorteile hat, wie bereits oben erläutert.⁴¹⁴ Die Hindernisse im Betrieb schränken den Wettbewerb im Schienenpersonenverkehr und somit die Effizienz des Systems Schiene ein. Zur Abwendung potenzieller wie auch nachweisbarer Wettbewerbsverzerrungen insbesondere bei Tarifen und im Vertrieb hat die Monopolkommission in ihren vergangenen Sektorgutachten bereits Stellung genommen.⁴¹⁵ Die Empfehlungen der Monopolkommission sind nach wie vor aktuell und wegen der Entwicklungen der letzten Jahre noch zu verschärfen.

318. In diesem Zusammenhang ist erneut darauf hinzuweisen, dass sich aus Art. 106 Abs. 1 AEUV wettbewerbsrechtliche Vorgaben für den Bund ergeben, die Chancengleichheit aller Wirtschaftsteilnehmer mit Blick auf die hergebrachten Vorteile des DB-Konzerns zu bewahren und insbesondere Marktmachtmissbräuchen des DB-Konzerns entgegenzutreten.⁴¹⁶ Darüber hinaus ergeben sich im Zusammenhang mit dem Deutschlandtakt und seiner Ausgestaltung weitere Empfehlungen zur regulatorischen Einschränkung von Markteintrittsbarrieren.

6.1 Tarifierung im Hinblick auf effektiven Wettbewerb erweitern

319. Die Tarifierung im Schienenpersonenverkehr beinhaltet unter anderem die Preissetzung der Eisenbahnverkehrsunternehmen für die von ihnen erbrachten Verkehrsleistungen. Hierbei wird eine gemeinsame Tarifierung für Fahrten mit Beteiligung mehrerer Eisenbahnverkehrsunternehmen angestrebt, da der Schienenverkehrsmarkt bei einer Stückelung der Tarife aus Sicht der Reisenden unattraktiver wäre.⁴¹⁷ Hierfür ist durch § 12 Abs. 1 Nr. 2 AEG für alle Eisenbahnverkehrsunternehmen im Personenverkehr eine Pflicht zur Mitwirkung an der Aufstellung durchgehender Tarife vorgesehen. Dieser Mitwirkungspflicht kommen die Unternehmen in unterschiedlichem Maße nach, wobei stets das Risiko einer Wettbewerbsverzerrung durch die Rolle des DB-Konzerns besteht.

320. Bei Tarifen im SPNV ergibt sich ein Ungleichgewicht aufgrund der unterschiedlichen Verhandlungspositionen der nicht-bundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen und der DB Regio AG bei der Bildung gemeinsamer Tarife. Im Allgemeinen sind Preise und Beförderungsbedingungen für viele Verbindungen im Nahverkehr bereits durch die Tarifsysteme, welche die Aufgabenträger in Verkehrsverträgen vorsehen, vorgeschrieben. Diese beziehen sich zu meist auf vorgesehene Verbundtarife und gelten auf Relationen innerhalb des Verbundes. Darüber hinaus gibt es teils länderspezifische Tarifsysteme. Diese finden Anwendung auf Fahrten, welche über Verbundgrenzen hinausführen, aber sich innerhalb des jeweiligen Landes befinden. Für die meisten weiteren Verbindungen haben die SPNV-Eisenbahnverkehrsunternehmen untereinander Tarifkooperationen abgeschlossen. Infolgedessen kommen sie der Mitwirkungspflicht nicht nur durch eine Verhandlung gemeinsamer Tarife nach, sondern auch durch die Aufstellung

⁴¹⁴ Zur Chancengleichheit und der Eigentümerschaft des Bundes über den DB-Konzern vgl. Tz. 47 ff. sowie die Erläuterungen in den darauffolgenden Textziffern in diesem Gutachten.

⁴¹⁵ Vgl. Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn (2019), a. a. O., Tz. 258 ff.

⁴¹⁶ Siehe auch Tz. 47 ff. dieses Sektorgutachtens.

⁴¹⁷ In der Gesetzesbegründung zu dem damaligen § 11 Abs. 1 (nunmehr § 12) AEG werden durchgehende Tarife als Mittel angesehen, um die Wahrnehmung eines einheitlichen Schienenverkehrsmarktes zu ermöglichen, vgl. Stellungnahme des Bundesrates zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Eisenbahnwesens, BT-Drs. 12/5014 vom 25. Mai 1993, S. 18 f.

und das Angebot gemeinsamer Tarife für Verbindungen mit Teilstrecken unterschiedlicher Anbieter.⁴¹⁸ Die Koordination der Tarifkooperationen findet über den Tarifverband der Bundeseigenen und Nichtbundeseigenen Eisenbahnen in Deutschland (TBNE) statt. Da auch innerhalb des Verbandes der DB-Konzern eine starke Stellung unter anderem durch seine Informations- und Größenvorteile einnimmt, handelt es sich bisher bei den gemeinsamen Tarifen meist um den DB-eigenen Tarif für den Nahverkehr (der sog. C-Tarif). Zudem sind im Rahmen der Kooperation typischerweise zusätzliche Vereinbarungen hinsichtlich weiterer DB-eigener Produkte, wie beispielsweise der Anrechnung der Bahncard oder von Sparpreisen, notwendig. Die Vereinbarungen über die Anrechnung der Bahncard wie auch weitere Nebenvereinbarungen zu Produkten der DB AG dürften zusätzlich dazu führen, dass sich der Schienenpersonenverkehr als einheitlicher Markt gegenüber Fahrgästen darstellt. Die Bedingungen des marktmächtigen und auf Einzelmärkten gegebenenfalls beherrschenden DB-Konzerns werden von den anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen im SPNV jedoch als solche zumeist akzeptiert, da die Alternative (nicht akzeptieren und keine Kooperation) nicht erstrebenswert wäre.⁴¹⁹

321. Die Vorteile des DB-Konzerns als größtem Anbieter von Eisenbahnverkehrsdienstleistungen sind grundsätzlich hinzunehmen. Problematisch kann sich mit Blick auf Art. 102, 106 Abs. 1 AEUV allerdings auch hier auswirken, dass die einzelnen Gesellschaften des DB-Konzerns gehalten sind, im Konzerninteresse zusammenzuarbeiten. Dies ermöglicht es der DB Regio AG, Tarifbedingungen auszuarbeiten, die einerseits besonders gut an die Infrastrukturverfügbarkeit vor Ort angepasst sind und sich andererseits in ein über die Verbundgrenzen hinausreichendes Gesamtkonzept einfügen. Es lässt sich nicht ausschließen, dass die DB Regio AG in diesem Kontext über Vorteile verfügt, von denen konzernfremde Unternehmen nicht profitieren und die es ihr ermöglichen, Tarifgestaltungen durchzusetzen, die die Marktstellung des DB-Konzerns gegenüber vorstoßendem Wettbewerb schützen. Auch hier besteht somit eine Lage, aufgrund derer ein missbräuchliches Verhalten des DB-Konzerns möglich ist.⁴²⁰

322. Um der ungleichen Verhandlungsposition des DB-Konzerns im Verhältnis zu den nicht-bundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen entgegenzuwirken, streben die SPNV-Eisenbahnverkehrsunternehmen einen einheitlichen gemeinsamen und bundesweit geltenden Nahverkehrstarif (Deutschlandverbundtarif) an. Im Juni 2020 wurde hierfür, unabhängig von den Bestrebungen hinsichtlich des Deutschlandtaktes, die Deutschlandtarifverbund GmbH gegründet.⁴²¹ Im Vergleich zu der Kooperation im TBNE haben in dem Deutschlandtarifverbund neben den Eisenbahnverkehrsunternehmen auch die Aufgabenträger Mitbestimmungsrechte. Dabei ist für die Stimmrechte eine Aufteilung gemäß dem Verkehrsvolumen vorgesehen, wobei Aufgabenträger wie auch Eisenbahnverkehrsunternehmen ein Mindestmitbestimmungsrecht erhalten. Durch den Verbund dürfte die Ungleichbehandlung von DB Regio AG und nicht-bundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen bei dem gemeinschaftlichen Tarif gemindert werden. Ein zeitnahes Inkrafttreten des Tarifes ist zu befürworten, da dieser voraussichtlich das bestehende Ungleichgewicht hinsichtlich der gemeinsamen Tarifierung im SPNV mindern kann. Zudem ist ein bundesweiter Tarif, welcher von alle Beteiligten in fairer Abstimmung erarbeitet wird, auch im Kontext des Deutschlandtaktes positiv zu bewerten. Die Ausarbeitung eines bundesweiten Tarifes zumindest für den integralen Taktverkehr der SPNV-Angebote kann eine positive Wirkung auf das Gesamtsystem haben und somit auch im intermodalen Vergleich zu einer besseren Wettbewerbssituation führen.⁴²²

323. Im Vergleich mit dem SPNV ist die Marktsituation hinsichtlich der Tarife im Fernverkehr derzeit grundverschieden. Eisenbahnverkehrsunternehmen des Fernverkehrs stellen gemäß ihrem eigenwirtschaftlichen Handeln eigene

⁴¹⁸ Darüber hinaus sind Tarife oftmals über die Verkehrsverträge mit den Aufgabenträgern regional vorgegeben.

⁴¹⁹ Die Verzerrung steigert das Ungleichgewicht, da durch die Anrechnung der Rabatte auch SPNV-Unternehmen geringere Einnahmen erhalten.

⁴²⁰ Siehe Tz. 50-52 dieses Sektorgutachtens.

⁴²¹ Die Deutschlandtarifverbund GmbH startet durch, Bahn Manager Magazin vom 9. Juni 2020.

⁴²² Zu berücksichtigen ist weiterhin, dass der bundesweite Tarif nur auf den Strecken gelten soll, auf denen mehrere Verkehrsunternehmen Teilstrecken erbringen und nicht bereits ein regionaler Tarif (bspw. Bundesland-Tarif oder Tarif des Nahverkehrs) Anwendung findet.

Tarife auf, welche sich ausschließlich auf die von ihnen selbst angebotenen Fahrten beziehen. Darüber hinaus gibt es weder einen gemeinsamen Fernverkehrstarif noch Gespräche zur Erarbeitung eines solchen. Die SPFV-Eisenbahnverkehrsunternehmen kommen insofern – soweit ersichtlich – der in § 12 AEG vorgeschriebenen Mitwirkungspflicht nicht nach. Kartellrechtlich sollte das Mitwirken an einem gemeinsamen Tarif im SPFV zumindest dann unbedenklich sein, wenn sich die Kooperation auf dafür unerlässliche Vereinbarungen beschränkt und letztlich den Verbraucherinnen und Verbrauchern zugute kommt.⁴²³

324. Das Fehlen eines durchgehenden Tarifs im SPFV bzw. die fehlende Umsetzung der Mitwirkungspflicht dürfte unterschiedliche Gründe haben. Einerseits dürfte der DB-Konzern durch sein umfassendes Angebot und seine marktmächtige Position im SPFV nur wenig Interesse an einem gemeinsamen Tarif mit weiteren SPFV-Eisenbahnverkehrsunternehmen haben. Andererseits dürften Wettbewerber der DB Fernverkehr AG Befürchtungen hegen, dass die DB Fernverkehr AG einen gemeinsamen Tarif vorschreiben könnte. Dabei dürfte ein gemeinsamer übergeordneter Tarif zusätzlich zu den Tickets der einzelnen Unternehmen Vorteile mit sich bringen. Ein gemeinsamer Tarif könnte – ähnlich wie im SPNV – für ein attraktiveres Angebot sorgen. Für nicht-bundeseigene Eisenbahnverkehrsunternehmen könnten durch den gemeinsamen Tarif zudem Vorteile hinsichtlich des Vertriebs entstehen. Da alle beteiligten Verkehrsunternehmen auf ihren Vertriebsplattformen auch über die gemeinsamen Zugverbindungen informieren würden, könnte die Darstellung der Angebote aller Marktteilnehmer über die bestehenden Vertriebskanäle mehr Transparenz schaffen und die Markteintrittshürde des Vertriebs für neue Marktteilnehmer senken. Darüber hinaus wäre im Hinblick auf die Einführung des Deutschlandtaktes zu einem gemeinsamen Tarif im SPFV zu raten. In einem wettbewerblich ausgestalteten Deutschlandtakt ist davon auszugehen, dass unterschiedliche Anbieter die vorabdefinierten Trassen des Fernverkehrs oder Teile davon bedienen werden. Insbesondere bei Fahrten, deren Teilstrecken von unterschiedlichen Eisenbahnverkehrsunternehmen angeboten werden oder bei denen abhängig von der Uhrzeit unterschiedliche Anbieter die Strecken bedienen, sollten Reisende die Möglichkeit haben, für die Fahrt ein einheitliches Ticket zu erwerben.

325. Denkbar wäre beispielsweise ein bundesweiter Tarif, mit welchem die Fernverkehrsangebote unabhängig vom jeweiligen Anbieter genutzt werden könnten. So wäre es möglich, Reisenden einen anbieterneutralen, flexiblen Tarif neben den eigenwirtschaftlichen, vom Anbieter abhängigen Tarifen anzubieten. Hierdurch könnten Eisenbahnverkehrsunternehmen weiterhin durch zugebundene Tickets Preise selbst gestalten und darüber hinaus Einnahmen über den gemeinsamen Tarif generieren.⁴²⁴ Alternativ könnte durch die gegenseitige Anerkennung von Tickets der Eisenbahnverkehrsunternehmen eine ähnliche Wirkung wie bei einem durchgehenden Tarif erzeugt werden. Auch könnten Kooperationen für einen gemeinsamen bundesweiten Fernverkehrstarif mit den Angeboten des Deutschlandtarifes im Nahverkehr verbunden werden, wodurch die bestehende Marktbarriere für neue Fernverkehrsunternehmen gesenkt werden könnte.

326. Ein davon getrenntes Problem ist, dass Verhandlungen über einen gemeinsamen Fernverkehrstarif aufgrund der Markt- und Verhandlungsmacht des DB-Konzerns bereits im Grunde scheitern oder zu wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen führen können oder dass es infolge von Nebenabsprachen zu Wettbewerbsverzerrungen kommt. Aus diesem Grund sollte das Bundeskartellamt das Zusammenwirken der Fernverkehrsunternehmen überwachen. Hierdurch könnten zugleich eine Wettbewerbshürde für Marktneulinge im SPFV verringert und der Deutschlandtakt gestärkt werden.

⁴²³ Vgl. Monopolkommission, 7. Sektorgutachten (2019), a. a. O., Tz. 141 ff.

⁴²⁴ Abhängig von der Ausgestaltung des zukünftigen Marktmodells für den SPFV erscheint die Erarbeitung eines gemeinsamen Tarifes für den SPFV besonders erstrebenswert, vgl. Abschnitt 5.3. Sollte für eine umfassende Einführung des Deutschlandtaktes auch im Fernverkehr ein Wettbewerb um den Markt eingeführt werden, würde sich insbesondere in der Situation, dass mehrere Unternehmen ähnliche Verkehrsangebote des Zielfahrplans bedienen, ein übergeordneter gemeinsamer Tarif anbieten. Gegebenenfalls könnte dieser ähnlich zu Angeboten im Nahverkehr in der Ausschreibung bzw. bei der Konzessionsvergabe durch den neutralen Aufgabenträger des Bundes auferlegt werden.

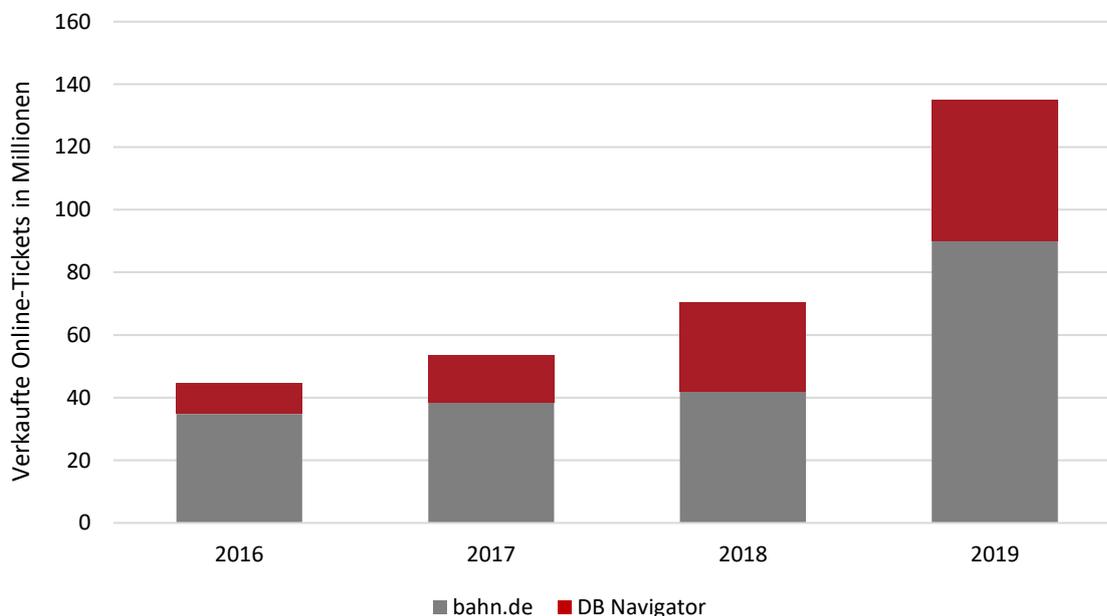
6.2 Mehr Wettbewerb im Online-Vertriebsmarkt

327. Neben der Tarifierung spielt auch der Vertrieb von Fahrkarten eine zentrale Rolle für den Betrieb im Schienenpersonenverkehr. So ist es aus Sicht der Eisenbahnverkehrsunternehmen im SPNV und SPFV relevant, dass ihre Fahrtangebote von potenziellen Reisenden wahrgenommen werden. Sofern Angebote nicht oder nur mangelhaft über Informations- und Vertriebswege aufzufinden bzw. zu buchen sind, ergibt sich hierdurch eine wesentliche Markteintrittsbarriere für Eisenbahnverkehrsunternehmen im Personenverkehr. Derzeit gehen insbesondere vom Online-Vertrieb Risiken der Wettbewerbsverzerrung für den Schienenpersonenverkehr aus. Bei der Beurteilung dieser Wettbewerbsrisiken ist in Hinblick auf die eingesetzte Vertriebsinfrastruktur (Online-Vertriebsplattformen; Abschnitte 6.2.1, 6.2.2) und die über diese Infrastruktur gesammelten und zur Verbesserung des eigenen Angebots genutzten Daten zu unterscheiden (Abschnitt 6.2.3).

6.2.1 Entwicklungen bei Online-Vertriebsplattformen

328. Zugfahrkarten werden zunehmend über Online-Vertriebsplattformen gebucht. Allein die DB AG verkaufte im Jahr 2019 rund 90 Millionen Tickets über bahn.de und zusätzlich 45 Millionen „Handytickets“ über die DB Navigator App.⁴²⁵ Die Entwicklung der Vertriebszahlen kann der Abbildung 6.1: Entwicklung des Online-Vertriebs der DB Fernverkehr AG von 2016 bis 2019 entnommen werden. Dabei decken Online-Tickets derzeit rund 40 Prozent aller Fahrkartenverkäufe ab. Werden ausschließlich Fernverkehrsfahrkarten berücksichtigt, so werden bereits rund 80 Prozent online vertrieben.⁴²⁶ Die Tendenz im SPNV ist ebenfalls steigend, weshalb auch die Online-Angebote im Nahverkehr ausgebaut werden. Beispielsweise können seit Januar 2020 rund 10 Prozent der DB-Abonnements als digitales Ticket gekauft werden. Zukünftig sollen auch Verbundabonnements der in die App integrierten 36 Verbünde online erworben werden können.⁴²⁷

Abbildung 6.1: Entwicklung des Online-Vertriebs der DB Fernverkehr AG von 2016 bis 2019



Quelle: DB AG.

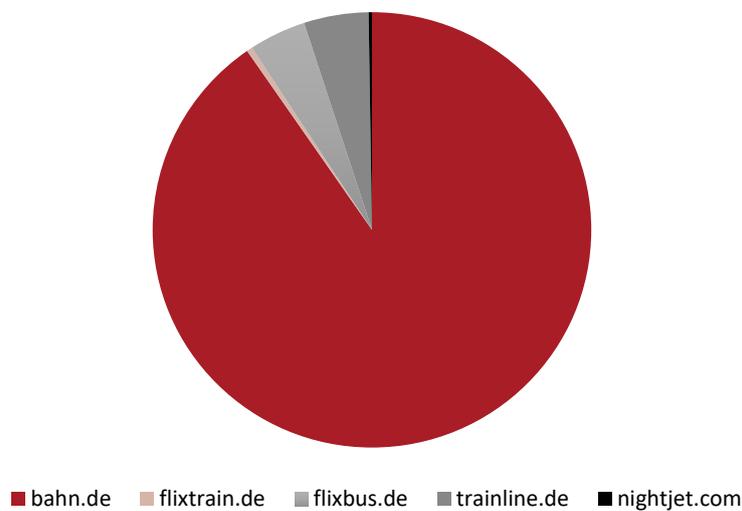
⁴²⁵ Vgl. Geschäftsberichte der DB Fernverkehr AG. Die DB Fernverkehr AG unterscheidet Handy- und Online-Tickets.

⁴²⁶ Fockenbrock, D., Buchungsplattform Trainline wirft der Deutschen Bahn Blockade des Wettbewerbs vor, Handelsblatt, 15. September 2020.

⁴²⁷ Geschäftsbericht DB Fernverkehr AG 2019.

329. Neben dem Vertrieb werden Online-Plattformen zudem verstärkt zur Reiseauskunft genutzt. Beispielsweise wurden über die Internetseite *bahn.de* im Jahr 2019 rund 379 Millionen Auskünfte erfragt. Im Vergleich hierzu waren im Jahr 2018 noch 327 Millionen Reiseauskünfte über *bahn.de* abgefragt worden.⁴²⁸ Darüber hinaus wurden im Jahr 2018 rund 812 Millionen Reiseauskünfte über die DB Navigator App abgefragt.⁴²⁹ Während die Nutzung der Vertriebs- und Informationskanäle der DB AG weiter wächst, werden die Angebote von Wettbewerbern und Dritten weit weniger frequentiert. Dies zeichnet sich beispielsweise durch die Aufrufe der Internetseiten ab. So finden im Vergleich der größeren Online-Vertriebsangebote für Fernverkehrstickets immerhin rund 90 Prozent der Aufrufe über die Internetseite *bahn.de* statt, vgl. Abbildung 6.2. Der Vergleich wie auch die absoluten Vertriebszahlen dürften Indizien für die aktuelle, marktmächtige Position der DB AG auf den Online-Vertriebsmärkten sein.

Abbildung 6.2: Anteile der Aufrufe von Internetauftritten mit Vertriebsangebot von Fernverkehrsanbietern im deutschen Schienenverkehr, Dezember 2020



Quelle: similarweb.com.

330. Dabei ist festzustellen, dass sich der Vertriebsmarkt insbesondere hinsichtlich Verkehrsarten übergreifender Angebote derzeit immens weiterentwickelt. Beispielsweise zeichnen sich Entwicklungen einer neuen Plattform der Mobility inside Holding GmbH & Co. KG (Mobility inside) ab. Mobility inside soll Angebote unterschiedlicher Verkehrsmittel, wie beispielsweise Bahn, Bus, Bike und Car Sharing, verbinden und Reisenden den Zugriff auf Fahrplannformationen, Buchung und Bezahlung über eine einzige Applikation ermöglichen.⁴³⁰ Die Plattform soll allen Verkehrsverbänden und Unternehmen, welche Verkehrsleistungen im Zusammenhang mit dem ÖPNV erbringen, als „Lösung aus der Branche für die Branche“ zur Verfügung stehen.⁴³¹ Dabei handelt es sich im Kern um ein „White Label“-Produkt, bei dem Mobility inside es ermöglicht, dass der Zugriff auf Fahrplannformationen, Vertriebsdaten sowie Buchungen auf den Internetseiten und in den Angeboten der beteiligten Verkehrsdienstleister eingebunden werden, ohne dass Mobility inside als Hersteller in Erscheinung tritt. Somit könnte sich aus Sicht von Reisenden eine Vielzahl von Vertriebsangeboten ergeben, deren Inhalte allerdings durch das „White Label“ über Mobility Inside

⁴²⁸ Vgl. Geschäftsberichte der DB Fernverkehr AG und DB Regio AG.

⁴²⁹ Die Anzahl an Reiseauskünften für die DB Navigator App liegt für das Jahr 2019 nicht vor, vgl. Geschäftsbericht DB Fernverkehr AG 2019.

⁴³⁰ Vgl. Rhein-Main-Verkehrsverbund Servicegesellschaft mbH, <https://www.rms-consult.de/news/mobility-inside-plattform-gmbh-gegruendet/>, Abruf am 19. März 2021.

⁴³¹ Mobility Inside, <https://www.mobility-inside.de/plattform-app/>, Abruf am 19. März 2021.

verwaltet und aktualisiert würden. An der Kooperation zu Informationen und Vertrieb beteiligen sich aktuell 13 Gesellschafter, welche vor allem im ÖPNV tätig sind. Unter anderem beteiligt sich der DB-Konzern an Mobility inside, wodurch auch der Vertrieb von DB Fernverkehrstickets über die App ermöglicht wird.⁴³² Unterstützt wird das Projekt finanziell durch ein Förderprogramm des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur, wodurch die digitale Vernetzung im Öffentlichen Personenverkehr vorangetrieben und die Mobilität in Deutschland allgemein vereinfacht werden soll.⁴³³

331. Eine Zunahme an Online-Vertriebsplattformen bzw. eine höhere Anzahl an Vertriebsmöglichkeiten über die Internetauftritte der Verkehrsdienstleister ist nicht ausgeschlossen. Im Gegenteil ist vielmehr damit zu rechnen, dass sich Eisenbahnverkehrsunternehmen vermehrt an der Schnittstellenlösung von Mobility Inside beteiligen dürften. Diese Annahme gründet darauf, dass die Einbindung der Vertriebs- und Informationsmöglichkeiten für die Verkehrsunternehmen wenig kostenintensiv sein dürfte. Abhängig von Größenvorteilen, welche durch die zahlreichen zusätzlichen Angebote verbunden mit den Kooperationen zu weiteren Verkehrsunternehmen entstehen, können die betreffenden Vertriebskanäle aus Sicht von Reisenden attraktiv sein. Dies ergibt sich beispielsweise dadurch, dass die Angebote des DB-Konzerns, insbesondere auch Fernverkehrstickets, über die Vertriebswege weiterer, nicht-bundeseigener Eisenbahnen vertrieben werden könnten. Vorteile dürften sich zudem dadurch abzeichnen, dass die Schnittstellenlösungen detaillierter über die verkauften Tickets informieren können. Somit könnte auch die Einnahmenaufteilung zwischen den Eisenbahnverkehrsunternehmen transparenter erfolgen, zumal Einnahmen bisher zu meist noch über manuelle Fahrgastzählungen verrechnet werden.⁴³⁴ Sofern die bei der Beteiligung an Mobility inside zu vereinbarenden Provisionen wirtschaftlich sinnvoll erscheinen, könnte sich demgemäß eine Vielzahl an zusätzlichen Vertriebsoberflächen ergeben. Hierdurch ist auch nicht ausgeschlossen, dass in Zukunft Reisende auf neue Vertriebskanäle und nicht nur auf die Angebote des DB-Konzerns zurückgreifen könnten.

332. Neben den Entwicklungen von Vertriebslösungen bei den Eisenbahnverkehrsunternehmen gibt es auch Online-Vertriebslösungen von Dritten, die sich auf den reinen Vertrieb beschränken und keine eigenen Verkehrsleistungen anbieten.⁴³⁵ In jüngster Zeit musste eine solche Plattform ihren Betrieb jedoch einstellen, was vor allem auf die pandemiebedingten Einschränkungen des Verkehrs und die damit einhergehenden Umsatzeinbußen zurückzuführen sein dürfte.⁴³⁶

6.2.2 Wettbewerbsrisiken für Eisenbahnverkehrsunternehmen und Dritte

333. Die aktuelle Situation auf dem Online-Vertriebsmarkt ist durch die marktmächtige Position des DB-Konzerns gekennzeichnet. Dies allein stellt zwar kein wettbewerbsrechtliches Problem dar. Allerdings ist zu befürchten, dass der DB-Konzern seine Wettbewerbsposition im Online-Vertriebsmarkt ausnutzen kann und zum Schutz seiner Marktposition den Wettbewerb unzulässig beeinträchtigt. Zu derartigen Wettbewerbsrisiken kann es im Schienenpersonenverkehr – auch unabhängig von etwaigen datenbezogenen Vorteilen des DB-Konzerns (siehe Abschnitt 6.2.3) – sowohl mit Blick auf den Vertrieb von Fahrkarten der Wettbewerber als auch mit Blick auf den Vertrieb eigener Fahrkarten von Eisenbahnverkehrsunternehmen des DB-Konzerns kommen.

⁴³² Derzeit sind als Gesellschafter bei Mobility Inside folgende Anbieter tätig: Aktiv Bus Flensburg, Bentheimer Eisenbahn, BOGESTRA Bochum Gelsenkirchener Straßenbahnen, Deutsche Bahn, Dortmunder Stadtwerke DSW 21, Leipziger Verkehrsbetriebe, Mainzer Verkehrsgesellschaft, NVV Nordhessischer Verkehrsverbund (voraussichtlich ab 2021), rnv Rhein-Neckar Verkehr, Albtal-Verkehrsgesellschaft (voraussichtlich ab 2021), RMV Rhein-Main-Verkehrsverbund, SWM Stadtwerke München, VAG Verkehrs-Aktiengesellschaft Nürnberg. Vgl. Hagemann, F., Vernetzungsprojekt Mobility Inside wächst um zwei neue Gesellschafter, Kinzig News, 19. Dezember 2020; DB setzt auf Plattformentwicklung für ÖPNV und übernimmt Bereiche von moovel, Bahn Manager Magazin vom 22. Oktober 2020.

⁴³³ ÖPV: BMVI fördert neue digitale Plattform „Mobility inside“, Bahn Manager Magazin vom 9. Juni 2017.

⁴³⁴ Vgl. Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn (2019), a. a. O., Tz. 302 ff.

⁴³⁵ Hierzu zählen beispielsweise multimodale Online-Vertriebsplattformen wie trainline, rome2rio und omio.

⁴³⁶ Seyerlein, C., Reise-Start-up From A to B stellt den Betrieb ein, Next Mobility, 12. Januar 2021.

334. Die Gefahr eines potenziellen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung des DB-Konzerns gegenüber seinen Wettbewerbern könnte zunächst von einer fehlenden Darstellung der Fahrtangebote und Tickets der Wettbewerber auf den DB-eigenen Vertriebswegen ausgehen. So könnte es zu Wettbewerbshindernissen für nicht-bundeseigene Eisenbahnverkehrsunternehmen kommen, soweit der DB-Konzern die Fahrtangebote der Wettbewerbsbahnen nicht über seine Vertriebswege verkaufen würde.⁴³⁷ Wenn die Angebote zudem mangels anderer Vertriebsplattformen aus Sicht der Reisenden nicht oder nur eingeschränkt sichtbar sein sollten, dürfte dies eine bedeutsame Marktzutrittsbarriere für nicht-bundeseigene Eisenbahnverkehrsunternehmen bedeuten. Innerhalb der Branche kam bereits in den vergangenen Jahren die Frage auf, ob es sich bei den DB-eigenen Vertriebskanälen um eine wesentliche Einrichtung („essential facility“) handle und ob der Zugang zu diesen Vertriebswegen nach Art. 102 AEUV bzw. § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB verpflichtend zur Verfügung gestellt werden müsse. Die Monopolkommission griff diese Problematik bereits in ihrem letzten Sektorgutachten 2019 auf.⁴³⁸ Hierbei kam sie zu dem Schluss, dass unter Berücksichtigung der hohen Innovationsdynamik innerhalb des Online-Vertriebsmarktes und der zu erwartenden Plattformentwicklungen, Wettbewerber langfristig in der Lage sein sollten, eigene Online-Vertriebsdienste zu erstellen, welche sich auf dem Markt etablieren könnten. Nach den vorliegenden Informationen und Erkenntnissen dürfte sich die Dynamik innerhalb des Marktes fortsetzen, sodass sich weiterhin grundsätzlich alternative Vertriebslösungen entwickeln lassen dürften.⁴³⁹

335. Unabhängig hiervon ist aus Gründen regulatorischer Konsistenz zu empfehlen, dass auch für den Zugang zur Vertriebsinfrastruktur des DB-Konzerns eine Gleichbehandlung zwischen konzernzugehörigen und konzernfremden Eisenbahnverkehrsunternehmen vorgesehen wird. Bei der Ausgestaltung einer entsprechenden Regelung könnte der Gesetzgeber sich beispielsweise an § 19 TKG orientieren, der mit Blick auf Zugänge bereits eine Gleichbehandlungsverpflichtung statuiert, wobei der Zugang den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen muss. Eine Übertragung dieser Regelung auf den Bahnsektor könnte dazu beitragen, dass der DB-Konzern eine chancengleiche Darstellung sowie Vertriebsmöglichkeit entweder über die DB-eigenen Vertriebsplattformen oder zumindest über die Kooperation der Mobility Inside allen Eisenbahnverkehrsunternehmen im Schienenpersonenverkehr ermöglichen würde. Damit würde zugleich das Risiko möglicher Verstöße gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV vermindert, da auch diese Vorschrift die Chancengleichheit im Wettbewerb erfordert.

336. Dessen ungeachtet bestehen für nicht-bundeseigene Eisenbahnverkehrsunternehmen schon allein deshalb wettbewerbliche Risiken, wenn der DB-Konzern Informationen zu seinen Angeboten nicht transparent darstellt. Als Eisenbahnverkehrsunternehmen hat der DB-Konzern gemäß § 12a Abs. 2 AEG die Pflicht, auf seinen Fahrplaninformationsmedien diskriminierungsfrei über Anschlussverbindungen zu informieren. Hierbei dürfte ihm ein gewisser Spielraum bei der Darstellung über die Fahrplaninformationsmedien, wie etwa auch bei den Online-Angeboten bahn.de und DB Navigator App, zuzugestehen sein. Dabei birgt jedoch eine voreingestellte Suche, beispielsweise nach schnellsten Verbindungen, Diskriminierungspotenziale gegenüber nicht-bundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen. Wenn die Informationen zu Fahrten von Wettbewerbern in viel genutzten Fahrplaninformationsmedien, wie den DB-Vertriebsportalen, nachrangig gelistet werden, kann sich hieraus eine weitere Markteintrittshürde für Wettbewerber ergeben. Zu dieser Problematik liegt derzeit eine Klage beim Landgericht Hamburg vor, deren Entscheidung nach aktuellem Stand noch aussteht.⁴⁴⁰

337. Überdies ergeben sich in der aktuellen Marktsituation zusätzliche wettbewerbliche Risiken, die sich nicht ausschließlich auf Eisenbahnverkehrsunternehmen beziehen, sondern ganz generell den Wettbewerb von Vertriebsplattformen betreffen. Hier könnte der DB-Konzern seine marktbeherrschende Rolle einerseits als größter Anbieter

⁴³⁷ Beispielsweise besteht bisher keine Vertriebskooperation zwischen der DB AG und Flixbahn.

⁴³⁸ Vgl. Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn (2019), a. a. O., Tz. 248.

⁴³⁹ Siehe aber einschränkend unten Abschnitt 6.2.3.

⁴⁴⁰ N., N., Flixbahn verklagt die Bahn, WirtschaftsWoche, 20. August 2018.

im Schienenpersonenverkehr und andererseits als marktmächtiges Unternehmen im Online-Vertriebsmarkt ausnutzen.

338. Eine Gefahr in diesem Sinne kann bestehen, wenn der DB-Konzern weiteren Vertriebsplattformen den Vertrieb seiner eigenen Fahrkarten nicht oder nur eingeschränkt gestattet.⁴⁴¹ Da der DB-Konzern durch seine marktmächtige Position im Schienenpersonenverkehr einen großen Anteil an Zugfahrten selbst durchführt, hat das Angebot dieser Zugtickets bei dritten Vertriebsplattformen einen besonders hohen Stellenwert. Dies dürfte insbesondere für die Tickets der DB Fernverkehr AG gelten, da diese nahezu alle Verkehrsleistungen im SPFV abdeckt. Durch das fehlende Angebot der DB-Tickets dürfte die Wettbewerbsposition von Vertriebsplattformen, welche unter anderem Verkehrsleistungen im deutschen SPNV und SPFV anbieten wollen, stark geschwächt werden. Ferner kann der DB-Konzern bei einer Vereinbarung über den Vertrieb seiner Tickets durch dritte Plattformen den Wettbewerb verzerren, indem er die Verkaufsmöglichkeit der Fahrkarten an einschränkende Vertriebskonditionen knüpft. Einhergehend mit den Verträgen, die den Vertrieb ermöglichen, kann der DB-Konzern den Plattformbetreibern beispielsweise unter Berufung auf Marken oder andere Schutzrechte strenge Bedingungen für die Darstellung der DB-eigenen Produkte über die Vertriebsplattformen auferlegen. Derartige Bedingungen könnten sich auf Vertriebsgestaltungen, wie beispielsweise Kombinationen von Tickets mit weiteren Anbietern, oder auch Darstellungen zum Online-Marketing der Vertriebsplattform beziehen. Die Vorgaben könnten somit zum Ausbau (=Hebelung) der marktmächtigen Position des DB-Konzerns im Online-Vertrieb beitragen. Darüber hinaus dürfte von der Höhe der Provisionen ein Risiko des Marktmachtmissbrauchs ausgehen.⁴⁴² Sollten diese in den Verträgen stark zugunsten des DB-Konzerns ausgerichtet sein, könnte hier ebenfalls ein Verstoß gegen §§ 19 ff. GWB bzw. Art. 102 AEUV in Betracht kommen.

339. Die Annahme, dass speziell bei der Vereinbarung von Vertriebsmöglichkeiten zwischen dem DB-Konzern und dritten Vertriebsplattformen Wettbewerbsrisiken mit Blick auf Fahrkarten von Eisenbahnverkehrsunternehmen des DB-Konzerns bestehen, wird durch Aussagen von Marktteilnehmern gestützt. Darüber hinaus hat das Bundeskartellamt im November 2019 ein Verfahren gegen die DB AG eingeleitet, in dem es mögliche Behinderungen von Mobilitätsplattformen untersucht.⁴⁴³ Dabei geht das Bundeskartellamt der Frage nach, ob die DB AG dritten Plattformbetreibern Beschränkungen hinsichtlich der Werbung in App Stores, auf Suchmaschinen und in sozialen Netzwerken auferlegt. Auch soll Hinweisen auf Vorgaben der DB AG nachgegangen werden, wonach Plattformen auf DB-Fahrscheine keinerlei Rabatte gewähren dürfen. Zudem soll untersucht werden, inwieweit Mobilitätsplattformen Zugang zu aktuellen Abfahrts- und Verspätungsdaten erhalten sollten. Das Verfahren ist sowohl missbrauchsrechtlich (Art. 102 AEUV, §§ 19, 20 Abs. 1 GWB) als auch mit Blick auf die wettbewerbsrechtlichen Vorgaben zu Vertikalvereinbarungen (Art. 101 AEUV, Verordnung 330/2010 und §§ 1 f. GWB) von Bedeutung. Ein Abschluss des Verfahrens bei dem Bundeskartellamt steht bisher noch aus. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die potenzielle Gefahr eines Marktmachtmissbrauchs durch die fehlende Weitergabe von Echtzeitdaten bereits durch rechtliche Anpassungen verhindert werden könnte, vgl. Abschnitt 6.2.3.

6.2.3 Zugang zu Echtzeitdaten diskriminierungsfrei gewähren

340. Hinsichtlich potenzieller Wettbewerbsverzerrungen durch den DB-Konzern nimmt die Bereitstellung von Echtzeitdaten eine besondere Rolle ein. Aktuelle Daten, beispielsweise zu Verspätungen, Störungen, Alternativrouten, Zugauslastung, Wagenreihung u. ä., liegen dem DB-Konzern als Betreiber der Schienenwege sowie als Eisenbahnverkehrsunternehmen in erheblichem Umfang vor. Zudem werden diese im Allgemeinen direkt nach ihrer Erfassung

⁴⁴¹ Der DB-Konzern ist nicht dazu gezwungen, Vertriebsplattformen generell den Vertrieb seiner Fahrkarten zu gestatten. Allerdings ist gemäß Art. 102 AEUV die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern nicht gestattet, wenn diese im Wettbewerb benachteiligt werden.

⁴⁴² Hinweise hierzu lagen der Monopolkommission vor, vgl. auch Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn (2019), a. a. O., Tz. 255.

⁴⁴³ BKartA, Pressemitteilung vom 28. November 2019.

vor allem auf den Vertriebs- und Informationsplattformen des DB-Konzerns abgebildet, ausgewertet und weiterverarbeitet.⁴⁴⁴ In Verbindung mit dem Soll-Fahrplan ermöglichen Echtzeitdaten eine pünktliche Bereitstellung und Anpassung von Fahrplaninformationen, wodurch beispielsweise Reisenden in Echtzeit kürzeste Routen für geplante Verbindungen angezeigt werden können.⁴⁴⁵ Daher wird Echtzeitdaten ein immer höherer Stellenwert beigemessen, sodass sie essenziell für das Angebot weiterer Informations- und Vertriebsdienstleistungsportale sein dürften.

341. Bisher verfügt ausschließlich der DB-Konzern über umfangreiche Echtzeitdaten und stellt diese nicht allen Interessierten zur Verfügung. So beklagen beispielsweise Eisenbahnverkehrsunternehmen, die nicht hinsichtlich Tarifen mit dem DB-Konzern kooperieren, dass sie keinen Zugang zu Echtzeitinformationen erhalten würden. Auch dürften die Angebote von reinen Dienstleistungsportalen von Reisenden bisher weniger genutzt werden, da die Plattformen keine aktuellen Anpassungen zu Reiseverläufen anbieten können.⁴⁴⁶

342. Zumindest soweit die Daten auch mit erheblichem wirtschaftlichem Aufwand nicht duplizierbar sind, könnte es sich um wesentliche Einrichtungen im Sinne der *Essential-facility*-Doktrin handeln, zu denen Wettbewerbern unter den Voraussetzungen von Art. 102 AEUV und § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB sowie hinsichtlich des spezifischen Zugangs zu Daten unter den Voraussetzungen von § 20 Abs. 1a GWB Zugang beanspruchen können. Das gilt unabhängig davon, ob der DB-Konzern sich selbst dazu entscheidet, die Daten am Markt anzubieten.⁴⁴⁷ Allerdings ist fraglich und ungeklärt, ob dieses Zugangsrecht auch einen Echtzeitzugang umfasst. Insofern ist zu bedenken, dass die Echtzeitdaten einen eigenständigen wirtschaftlichen Wert haben, der vom Wert der Daten außerhalb des Echtzeitzugangs abweicht. Allerdings dürfte die Darstellung und Verarbeitung von Echtzeitdaten über Vertriebsplattformen auch zur Erzielung von Netzwerkeffekten beitragen, weshalb – unabhängig von den Voraussetzungen der *Essential-facility*-Doktrin – eine unbillige Behinderung durch den überlegen-marktmächtigen DB-Konzern in seiner Rolle als Vertriebsplattform gemäß § 20 Abs. 3a GWB ebenfalls nicht auszuschließen ist.

343. Zur kurzfristigen Stärkung des Wettbewerbs im Online-Vertriebsmarkt hat die Monopolkommission bereits in ihrem sechsten Policy Brief dazu geraten, dass Echtzeitdaten Dritten zur Verfügung gestellt werden müssen.⁴⁴⁸ Diese Empfehlung könnte auf dem Vertriebsmarkt zu einer schnelleren Entwicklung von zusätzlichen Angeboten führen, welche sich mit den vorherrschenden Informations- und Vertriebsdienstleistungen des DB-Konzerns messen könnten. Aus der Bereitstellung von aktuellen Informationen und umfassenden Abbildungen aller Zugangebote über Mobilitätsplattformen könnten somit Wettbewerber im Schienenpersonenverkehr und gleichzeitig der Wettbewerb im Vertriebsmarkt gestärkt werden.

344. Die Öffnung der Echtzeitdaten dürfte – anders als häufig vorgetragen – zu keiner Verschlechterung der Datenqualität führen, da es sich ausschließlich um die Weitergabe der Rohdaten handelt und die Darstellung wie auch Verwendung der Daten durch die Anbieter erfolgen.⁴⁴⁹ Der Zugriff auf Rohdaten würde demgemäß weiterhin durch die Unternehmen gesteuert, während die Verwendung der Daten über die Vertriebsplattformen erfolgen könnte. Zu betonen ist auch, dass ein solcher Datenzugriff mit der Entwicklung des Datenraums Mobilität und auf Unions-Ebene mit der Schaffung nationaler Zugangspunkte bereits angestrebt wird.⁴⁵⁰ So besteht durch die Delegierte Verordnung (EU) 2017/1926 die Möglichkeit, über die nationalen Zugangspunkte auch dynamische Daten zur Verfügung

⁴⁴⁴ Ford, J., Deutsche Bahn muss ihre Daten teilen, tagesspiegel, 23. März 2021.

⁴⁴⁵ Verbraucherzentrale Bundesverband, Stellungnahme zur 71. Sitzung- Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Verkehr und digitale Infrastruktur am 6. Mai 2020, Ausschussdrucksache 19(15)352-B.

⁴⁴⁶ Beispielsweise werfen Trainline und Flixtrain der DB AG vor, den Vertriebswettbewerb zu hindern, vgl. Fockenbrock, D., Buchungsplattform Trainline wirft der Deutschen Bahn Blockade des Wettbewerbs vor, Handelsblatt, 15. September 2020.

⁴⁴⁷ EuGH, Urteil vom 29. April 2004, C-418/01 – IMS Health, Slg. 2004, S. I-5039, ECLI:EU:C:2004:257, Rz. 44.

⁴⁴⁸ Monopolkommission, 6. Policy Brief: Wettbewerb im Bahnmarkt nicht gefährden!, Dezember 2020.

⁴⁴⁹ Befürchtungen zur Verschlechterung der Datenqualität wurden gegenüber der Monopolkommission geäußert.

⁴⁵⁰ Vgl. zum Datenraum Mobilität die Informationen der Deutschen Akademie für Technikwissenschaften: <https://www.acatech.de/projekt/datenraum-mobilitaet/>, Abruf am 22. Juni 2021. Die nationalen Zugangspunkte sind durch die Verordnung (EU) 2017/1926 rechtlich verankert.

zu stellen. Bislang hat der deutsche Gesetzgeber jedoch von der Möglichkeit abgesehen, eine Pflicht zur Bereitstellung dieser Daten für den Schienenpersonenverkehr einzuführen.⁴⁵¹ Dabei wurde jüngst mit der Modernisierung des Personenbeförderungsgesetzes ein erweiterter Zugang zu dynamischen Daten, d. h. Echtzeitdaten, hinsichtlich Beförderungsdiensten mit Kraftfahrzeugen ermöglicht.⁴⁵² Da auch statische Daten zum Schienenpersonenverkehr über die „Durchgängige elektronische Fahrgastinformation“ (DELFI) und in dem nationalen Zugangspunkt eingebunden sind, könnten diese durch dynamische Daten ergänzt werden. Auch wird mit der Überarbeitung der europäischen Fahrgastrechteverordnung ein Zugang zu Echtzeitdaten angestrebt.⁴⁵³ So soll das Eisenbahninfrastrukturunternehmen zur Weitergabe der dynamischen Daten zu Ankunfts- und Abfahrtszeiten verpflichtet werden. Nach aktuellem Stand ist die Verordnung noch nicht abschließend beraten, ihr Inkrafttreten wird frühestens im Jahr 2023 erwartet.

345. Dessen ungeachtet können unabhängig von der Rechtslage auch die Entwicklungen innerhalb des Marktes zu einer verstärkten Bereitstellung von Echtzeitdaten führen. Dies zeichnet sich beispielsweise an dem Aufbau und den Teilnahmebedingungen für Verkehrsunternehmen an der Mobility inside App ab, welche die Lieferung und Verarbeitung von Echtzeitdaten voraussetzt.⁴⁵⁴ Somit könnte für Eisenbahnverkehrsunternehmen ein transparenter und wettbewerbsneutraler Zugriff auf Echtzeitdaten aller Verkehrsunternehmen möglich sein. Da sich die Eisenbahnverkehrsunternehmen neben den dynamischen Ankunfts- und Abfahrtszeiten auch über die Weitergabe zuggebundener Daten wie der Auslastung etc. verständigen könnten, wäre hierdurch ein noch umfangreicheres Angebot von dynamischen Daten (d. h. Echtzeitdaten) möglich, als es bisher rechtlich angestrebt wird.

346. Allerdings können sich auch bei dieser brancheninternen Lösung Wettbewerbsverzerrungen hinsichtlich sonstiger Dritter ergeben. Sollten reine Vertriebsplattformen keinen Zugriff auf die Daten erhalten, könnte die brancheninterne Lösung als wettbewerbsbeschränkende Absprache zu qualifizieren sein, welche die wettbewerbliche Entwicklung des Online-Vertriebsmarktes beeinträchtigt. Des Weiteren geht von der brancheninternen Lösung durch das „White Label“ die Gefahr aus, dass das wettbewerbliche Potenzial nicht ausgeschöpft wird. So würden ausschließlich bestehende Tarife bzw. Fahrtangebote über die „White Label“-Lösung abgebildet und eine Differenzierung durch zusätzliche oder andere Angebote ausgeschlossen. Somit würden auch Entwicklungen neuer, effizienter Produkte eingeschränkt.

347. Plattformbetreiber könnten die Tickets verschiedener Anbieter und Verkehrsträger kombinieren und somit neue Produkte anbieten. So könnten etwa Kombinationen von bestehenden Tarifen im Schienenpersonenverkehr angeboten oder diese mit weiteren Angeboten kombiniert werden. Aus Sicht der Eisenbahnunternehmen ist die Einbindung von Mobilitätsplattformen jedoch aus Haftungsgründen nicht uneingeschränkt positiv zu bewerten. Zwar verkaufen Mobilitätsplattformen die Verkehrsleistungen entsprechend den vom Eisenbahnverkehrsunternehmen vorgeschriebenen Beförderungsbedingungen. Dabei kann es jedoch aufseiten der Plattformnutzer leicht zu Fehlannahmen hinsichtlich der Fahrgastrechte kommen, da die Beförderungsbedingungen bei den über Dritte vertriebenen Fahrkarten nicht immer hinreichend deutlich sind. Auf die Verantwortlichen in Hinblick auf Fahrgastrechte und Haftungsregelungen, beispielsweise im Falle von Verspätungen, sollte deshalb von den Plattformbetreibern deutlicher hingewiesen werden. Zudem dürfte die auf Unions-Ebene angestrebte Haftbarkeit der Plattformbetreiber

⁴⁵¹ Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Stefan Gelbhaar, Matthias Gastel, Stephan Kühn (Dresden), Daniela Wagner und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Drucksache 19/16597 – Entwicklung neuer Mobilitätsplattformen, BT-Drs. 19/17205 vom 14. Februar 2020.

⁴⁵² Gesetz zur Modernisierung des Personenbeförderungsrechts vom 16. April 2021, BGBl. I, S. 822.

⁴⁵³ Nach aktuellem Stand (1. Lesung) ist mit Artikel 10 der neuen Verordnung ein Zugang zu Echtzeitdaten über Ankunfts- und Abfahrtszeiten des Eisenbahninfrastrukturbetreibers vorgesehen. Zudem wird mit Artikel 12 (Durchgangsfahrkarten) beabsichtigt, dass Reiseveranstalter für Durchgangsfahrkarten haftbar sind. Somit würde die Haftung für eigens zusammengestellte Fahrkarten auch auf Mobilitätsplattformen Anwendung finden. Vgl. Rat der Europäischen Union, Gesetzgebungsakte und andere Rechtsinstrumente, Betr.: Standpunkt des Rates in erster Lesung im Hinblick auf den Erlass einer Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Rechte und Pflichten der Fahrgäste im Eisenbahnverkehr (Neufassung), Interinstitutionelles Dossier 2017/0237 (COD) vom 13. Januar 2021.

⁴⁵⁴ Mobility Inside, <https://www.mobility-inside.de/plattform-app/>, Abruf am 22. März 2021.

dazu beitragen, mögliche Fehlannahmen zu Fahrgastrechten und Haftungsfragen zu vermeiden. Sollte sich die Praxis insoweit nicht durch den Wettbewerb zufriedenstellend weiterentwickeln, wären erweiterte gesetzliche Informationspflichten zu erwägen.

348. Zusätzliche Angebote der Plattformbetreiber sind davon abgesehen im Grundsatz positiv zu bewerten, da sie den Wettbewerb steigern und zur stetigen Verbesserung der Vertriebsangebote beitragen. Das gilt allerdings nur mit Einschränkungen, wenn kein chancengleicher Zugang zu den Plattformen gewährleistet ist. Aus diesem Grund ist darauf zu achten, dass auch Eisenbahnverkehrsunternehmen und Dritte, die sich nicht an Mobility Inside beteiligen können, einen diskriminierungsfreien Zugang zu allen dort verarbeiteten Echtzeitdaten (als Rohdaten) erhalten. Hierdurch könnten auch zusätzliche Angebote geschaffen werden, die Wahrnehmung von Schienenverkehrsleistungen bei Reisenden könnte verbessert werden und die Anzahl an Verkehrsleistungen im Schienenpersonenverkehr könnte steigen.

349. Die Monopolkommission empfiehlt daher eine diskriminierungsfreie Bereitstellung von Echtzeitdaten. Über eine gesetzliche Anpassung, welche zu der Erweiterung der Datenerfassung und Bereitstellung über DELFI bzw. den nationalen Zugangspunkt führt, könnte bereits zeitnah ein Zugriff auf umfangreiche dynamische Daten sichergestellt werden. Auf diese Weise könnte der Wettbewerb im Online-Vertrieb gestärkt werden.

6.3 Zugang zu Rollmaterial verbessern

350. Eine potenzielle Wettbewerbsverzerrung ergibt sich weiterhin bei der Fahrzeugbeschaffung. Dieser Thematik dürfte in Zukunft noch stärkere Bedeutung zukommen, da beispielsweise für die Umsetzung des Deutschlandtaktes zusätzliches Fahrzeugmaterial erworben werden muss. Die Schienenfuhrparks der Eisenbahnverkehrsunternehmen in Deutschland setzen sich typischerweise aus unterschiedlichen Zügen mit verschiedenen Eigenschaften zusammen. Auffällig ist insbesondere, dass nicht jedes Eisenbahnverkehrsunternehmen nach aktuellem Stand in der Lage wäre, die vordefinierten Trassen des Deutschlandtaktes zu bedienen. So verfügt beispielsweise nur die DB Fernverkehr AG über Züge, die Geschwindigkeiten von 300 km/h umsetzen können. Daher dürften vor allem nicht-bundeseigene Eisenbahnverkehrsunternehmen zur Erbringung von Leistungen im Deutschlandtakt auf zusätzliches rollendes Material angewiesen sein.

351. Darüber hinaus wäre für eine umfassende Umsetzung des Zielfahrplans aus Sicht aller Eisenbahnverkehrsunternehmen eine Erweiterung der Fuhrparks erforderlich. Diese begründet sich in der verkehrspolitisch angestrebten Verdoppelung der Fahrgastzahlen, welche im Zielfahrplan berücksichtigt wurde. Beispielsweise ist bei einer vollständigen Umsetzung des dritten Gutachterentwurfs eine Fahrzeugflotte von 166 Zügen mit Höchstgeschwindigkeit von 300 km/h und 400 m Länge erforderlich.⁴⁵⁵ Die DB AG verfügt nach aktuellem Stand über 80 Fahrzeuge mit Höchstgeschwindigkeit über 300 km/h und einer Länge von 200 m.⁴⁵⁶ Um Angebote des angestrebten Zielfahrplans umsetzen zu können, dürfte sich demgemäß ein zusätzlicher Anschaffungsbedarf hinsichtlich rollendem Material bei bundeseigenen wie auch nicht-bundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen ergeben.

352. Der Zugang zu geeignetem Zugmaterial stellt im SPFV weiterhin eine bedeutende Markteintrittsbarriere dar.⁴⁵⁷ Gründe hierfür ergeben sich einerseits aus den oftmals langen Vorlaufzeiten beim Kauf von Neuwagen und dem zeitintensiven Genehmigungsverfahren der Züge durch das Eisenbahn-Bundesamt. Beispielsweise besteht das Risiko, dass Eisenbahnverkehrsunternehmen nach erfolgreicher Trassenzuweisung und Erwerb des dafür notwendigen Rollmaterials die Durchführung der Fahrten wegen ausstehender Inbetriebnahmegenehmigung nicht zum Beginn des Netzfahrplans umsetzen können. Andererseits ergeben sich Wettbewerbsverzerrungen bei der Finanzierung neuer Züge. Im Vergleich zu neuen oder kleineren Eisenbahnverkehrsunternehmen hat die DB Fernverkehr AG eine

⁴⁵⁵ BMVI, Zielfahrplan Deutschlandtakt 3. Gutachterentwurf: Abschätzung Rollmaterialbedarf Fernverkehr – Überschlägige Einschätzung und Vergleich mit dem 2. Gutachterentwurf, Präsentation vom 30. Juni 2020, Folie 17.

⁴⁵⁶ DB AG, <https://inside.bahn.de/ice-baureihen/>, Abruf am 22. März 2021.

⁴⁵⁷ Vgl. Monopolkommission, 4. Sektorgutachten Bahn (2013), a. a. O., Tz. 216.

stärkere Verhandlungsmacht gegenüber den Herstellern, wodurch sie bessere Konditionen beim Kauf durchsetzen kann. Darüber hinaus verfügt die DB Fernverkehr AG durch die Eigentümerschaft des Bundes über ein geringeres Ausfallrisiko. Somit dürfte sie im Vergleich zu neuen Verkehrsunternehmen über günstigere Finanzierungsmöglichkeiten verfügen.⁴⁵⁸

353. Die Finanzierungsvorteile des DB-Konzerns stellen im Übrigen zwar noch kein wettbewerbsrechtliches Problem dar. Das gilt auch mit Blick auf die Eigentümerstellung des Bundes.⁴⁵⁹ Außerdem ist grundsätzlich hinzunehmen, dass der DB-Konzern als bestehendes, im Markt ansässiges Unternehmen bessere finanzielle Möglichkeiten aufweist als seine Konkurrenten. Anders wäre jedoch eine Bevorzugung von konzernzugehörigen Tochtergesellschaften im Konzerninteresse zu beurteilen, soweit es um den Zugang zu geeignetem Zugmaterial geht. Das gilt insbesondere, wenn dadurch die Versorgung mit Eisenbahnverkehrsdienstleistungen beeinträchtigt wird.⁴⁶⁰ Denn soweit ein solches Verhalten dazu geeignet ist, Konkurrenten zu verdrängen oder vom Markteintritt abzuhalten, kann es als wettbewerbswidrig angesehen werden (Art. 102 AEUV, § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB). Dasselbe würde gelten, soweit der Bund als Eigentümer eine solche Bevorzugung nicht unterbindet, weil dies seinem Interesse daran zuwiderlaufen könnte, dass das Geschäft des DB-Konzerns in seiner Gesamtheit nach Möglichkeit den Bundeshaushalt schont und profitabel ist (Art. 106 Abs. 1 AEUV).⁴⁶¹

354. Um bei der Einführung des Deutschlandtaktes die Wettbewerbssituation im Fernverkehr nicht zu verschlechtern, sondern zu verbessern, sollte der Zugang zu Fahrzeugen für Wettbewerbsunternehmen verbessert werden. In Betracht zu ziehen sind unter anderem Lösungen aus dem SPNV oder dem SGV. Im Nahverkehr bieten beispielsweise einige Aufgabenträger den Eisenbahnverkehrsunternehmen Fahrzeugpools an.⁴⁶² Für SPNV-Eisenbahnverkehrsunternehmen entfällt vor allem durch diese Lösung die Markteintrittsbarriere durch die Fahrzeugbeschaffung. Dies ermöglicht es auch neuen Anbietern, sich auf umfangreichere Ausschreibungen zu bewerben. Diese Lösung hat allerdings den Nachteil, dass sie gegenüber Alternativen, bei denen privatwirtschaftlich agierende Unternehmen die Leistung unter geeigneten Rahmenbedingungen erbringen, weniger effizient sein dürfte. Außerdem wird den Eisenbahnverkehrsunternehmen durch die vollständige Vorgabe des Fahrzeugmaterials ein Wettbewerbsparameter vorenthalten. Vorzuziehen wären daher Leasingmodelle, welche sich vor allem im SGV, aber auch teils im SPNV bereits etabliert haben. Schienenfahrzeug-Leasinggesellschaften haben den Vorteil, dass sie ähnlich den Aufgabenträgern über bessere Verhandlungspositionen beim Einkauf von Rollmaterial verfügen. Sie besitzen einen größeren Fahrzeugfuhrpark, welcher zumeist auch über einzelne Netzfahrplanperioden hinaus im Einsatz bleibt. So dürfte davon auszugehen sein, dass Leasinggesellschaften die erworbenen Fahrzeuge nach einer Netzfahrplanperiode direkt wieder zur weiteren (gegebenenfalls anderen) Nutzung Eisenbahnverkehrsunternehmen zur Verfügung stellen. Daher haben diese Gesellschaften nicht die Nachteile, welche nicht-bundeseigene Eisenbahnverkehrsunternehmen durch eingeschränkte Sicherheit beim Netzzugang hinsichtlich der Fahrzeugbeschaffung ansonsten aufweisen. Zu konstatieren ist zudem, dass sich der Markt für Leasingangebote in den vergangenen Jahren weiterentwickelt hat. So gibt es seit Juli 2020 eine erste Zusammenarbeit zwischen einem Leasingunternehmen und einem SPNV-Eisenbahnverkehrsunternehmen.⁴⁶³ Allerdings werden weiterhin in erster Linie nur Triebzüge über Leasingverträge vermietet.⁴⁶⁴

⁴⁵⁸ Vgl. Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Bahn (2019), a. a. O., Tz. 223 ff.

⁴⁵⁹ Art. 345 AEUV.

⁴⁶⁰ EuGH, Urteil vom 23. April 1991, C-41/90- Höfner und Elser/Macrotron, Slg. 1991, I-1979, ECLI:EU:C:1991:161, Rz. 29-31.

⁴⁶¹ Siehe bereits Tz. 47 dieses Sektorgutachtens.

⁴⁶² Beispielsweise verfügt die Landesnahverkehrsgesellschaft Niedersachsen mbH (LNVG) über einen Fahrzeugpool, den sie den Eisenbahnverkehrsunternehmen, welche Dienstleistungen in Niedersachsen übernehmen, zur Verfügung stellt. Vgl. auch LNVG/metro-nom: Neue TRAXX-Lokomotiven verstärken Fuhrpark, Bahn Manager Magazin vom 19. Oktober 2020. Weitere Fahrzeugpools gibt es in Hessen und Baden-Württemberg.

⁴⁶³ Vgl. Railpool, Pressemitteilung vom 24. Juli 2020- FlixTrain- Neue Partner, noch mehr Komfort.

⁴⁶⁴ Beispielsweise bieten Firmen wie Alpha Trains, Südleasing und Railpool Leasingverträge für Triebzüge an, die Geschwindigkeiten im Güterverkehr und im Personenverkehr bis zu 200 km/h erreichen können. Vgl. NordWestBahn verlängert Leasingvertrag mit Alpha

Auch dürften die Leasingunternehmen trotz ihrer besseren Position im Vergleich zu den nicht-bundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen nicht über die gleichen Verhandlungs- und Finanzierungsmöglichkeiten wie der DB-Konzern verfügen.

355. Damit auch kleinere bzw. neue Marktteilnehmer die Möglichkeit haben, Strecken des angestrebten Deutschlandtaktes im Fernverkehr anzubieten, könnte eine separate Gesellschaft für die Bereitstellung von Finanzierungsmöglichkeiten für Rollmaterial sorgen.⁴⁶⁵ Auf diese Weise könnte das Ungleichgewicht zwischen Wettbewerbern und der DB Fernverkehr AG bei der Fahrzeugbeschaffung verringert werden, da Marktteilnehmer zu ähnlichen Konditionen wie die DB Fernverkehr AG in der Lage wären, Triebwagen sowie Waggons anzumieten und zu verwenden. Auch könnte das einzuführende Fahrzeugdienstleistungsmodell die zeitliche Problematik zwischen Trassenzuweisung und Aufnahme des Betriebs verringern.

Trains, Bahn Manager Magazin vom 26. August 2019; SüdLeasing bestellt im Auftrag von SBB Cargo International 20 Lokomotiven, Bahn Manager Magazin vom 22. Juli 2019.

⁴⁶⁵ Beispielsweise könnte eine Leasinggesellschaft oder gegebenenfalls auch eine reine Finanzierungsgesellschaft hierfür infrage kommen.

Kapitel 7

Fazit und Handlungsempfehlungen

356. In dem vorliegenden Sektorgutachten hat die Monopolkommission die Wettbewerbsentwicklung des Eisenbahnmarktes analysiert. Wettbewerbspolitische wie auch regulatorische Probleme, welche die Schieneninfrastruktur betreffen, wurden ebenso aufgezeigt wie Probleme der Marktstrukturen und Wettbewerbshindernisse in den Schienenverkehrsmärkten des Personen- und Güterverkehrs. Auf Grundlage der durchgeführten Analyse ergeben sich folgende Handlungsempfehlungen.

Wettbewerbsverzerrungen aufgrund von Eigenkapitalerhöhungen vermeiden

357. Die geplanten Eigenkapitalerhöhungen zugunsten des DB-Konzerns gehen mit vielfältigen potenziellen Wettbewerbsverzerrungen einher. Die Monopolkommission empfiehlt, auf Eigenkapitalerhöhungen bei der Deutschen Bahn AG zu verzichten, zumindest soweit es dadurch zu einer Mittelzuführung kommen kann, die über Finanzierungen eines marktwirtschaftlich handelnden Investors hinausgehen.⁴⁶⁶

- Öffentliche Mittel des Bundes sollten primär der bundeseigenen Schieneninfrastruktur zugutekommen. Soweit es sich um zuwendungsfähige Kosten handelt, sollten die finanziellen Mittel nicht in Form von Eigenkapitalerhöhungen, sondern in Form von Investitionskostenzuschüssen zugeführt werden.
- In Krisen, welche aufgrund von exogenen Entwicklungen wie der Covid-19-Pandemie verursacht wurden, sollten zur Stützung der Unternehmen branchenweite Lösungen, wie beispielsweise eine Trassenpreisförderung, durchgeführt werden. Sollte eine Trassenpreisförderung nicht ausreichen, um kurzfristig die Liquidität zu sichern, kann auch erwogen werden, eine zeitlich begrenzte Umsatzverlusterstattung einzuführen.
- Sollten dennoch Eigenkapitalerhöhungen vorgenommen werden, ist es für den Erhalt des Wettbewerbs im Schienenverkehr umso wichtiger, ein geeignetes Berichts- und Kontrollinstrument einzuführen, wodurch nachvollzogen werden kann, dass die finanziellen Mittel tatsächlich für den vorgesehenen Zweck eingesetzt wurden.

Unabhängigkeit und Transparenz der Infrastrukturbetreiber fördern

358. Die Monopolkommission spricht sich weiterhin für die eigentumsrechtliche Trennung der Eisenbahninfrastruktur von dem restlichen DB-Konzern aus. Wenn die vorzugswürdige Lösung einer vertikalen Trennung politisch nicht angestrebt wird, empfiehlt die Monopolkommission als zweitbeste Lösung zur Einschränkung der wettbewerbsverzerrenden Fehlanreize, die organisatorische Unabhängigkeit und die wirtschaftliche Transparenz der Infrastrukturunternehmen zu stärken.

- Die Monopolkommission empfiehlt, bei der Besetzung des Aufsichtsrats der Infrastrukturunternehmen die berufliche Unabhängigkeit zum restlichen vertikal integrierten Konzern und die Einhaltung von Sperrzeiten als Zugangskriterium einzuführen.
- Die Unabhängigkeitsanforderungen des ERegG beschränken sich bisher auf die Betreiber der Schienenwege. Diese Anforderungen sollten auf die Betreiber der Serviceeinrichtungen und der Fahrstromwege ausgeweitet werden.
- Die Unabhängigkeitsanforderungen der Infrastrukturbetreiber sollten sich nicht nur auf die Entscheidungen, welche die wesentlichen Funktionen betreffen, beziehen, sondern auf alle Entscheidungen des Infrastrukturbetreibers. In der Folge regt die Monopolkommission an, die Beherrschungsverträge zwischen den Infrastrukturbetreibern und der Konzernmutter aufzuheben.

⁴⁶⁶ Siehe dazu EU-Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. C 262 vom 19. Juli 2021, S. 1.

359. Um darüber hinaus überhöhte interne Verrechnungspreise zwischen den bundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen und den Eisenbahninfrastrukturunternehmen des DB-Konzerns zu vermeiden, sollten diesbezüglich stärkere Effizianzanreize gesetzt werden.

- Die preisliche Bewertung interner Dienstleistungen zwischen dem Infrastrukturunternehmen und den anderen Gesellschaften des DB-Konzerns sollte vorrangig über vergleichbare Marktpreise erfolgen. Die Möglichkeit der Bewertung von Dienstleistungen in Höhe der Produktionskosten zuzüglich eines Gewinnaufschlags sollte nur in vorher definierten Ausnahmesituationen bestehen.
- Um konzernintern überhöhte Verrechnungspreise zu verhindern, sollte der Betreiber der Schienenwege einen stärkeren Effizienzdruck erfahren, indem zusätzliche Effizienzelemente (z. B. sektoralen Produktivitätsfortschrittsrate, unternehmensindividuelle Effizienzvorgaben) in der Entgeltregulierung aufgenommen werden.
- Die LuFV III sollte bezüglich ihrer Anforderungen an die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel ergänzt werden. Die Monopolkommission empfiehlt, dass das Eisenbahnbundesamt die wirtschaftliche Verwendung der finanziellen Mittel, welche für Ersatzinvestitionen eingesetzt werden, stichprobenartig prüft.

360. Das gegenwärtige Verfahren der Dividendenabführung ist derzeit bezogen auf die abzuführenden Nachsteuerergebnisse der Infrastrukturunternehmen intransparent ausgestaltet. Die Monopolkommission spricht sich daher für eine separate Festlegung von Dividendenzielen und für eine transparente Darstellung der Nachsteuerergebnisse aus.

- Die Dividendenziele der LuFV III sollten für die Infrastrukturbetreiber des DB-Konzerns und für die restlichen Gesellschaften separat festgelegt werden. Das Dividendenziel der Infrastrukturbetreiber sollte nicht als konkreter Wert fixiert werden. Stattdessen empfiehlt die Monopolkommission, sowohl im ERegG als auch in der LuFV III festzuhalten, dass die Nachsteuerergebnisse der Infrastrukturunternehmen vollständig an den Bund abzuführen sind.
- Zur Verbesserung der Transparenz sollten die Nachsteuerergebnisse der Infrastrukturbetreiber, welche an den Bund gezahlt werden, transparent und separat von den übrigen Gesellschaften des DB-Konzerns in den Geschäftsberichten der Infrastrukturbetreiber dargestellt werden

361. Die Bundesnetzagentur sollte in Anlehnung an § 40 TKG ermächtigt werden, in Fällen, in denen die Regulierung innerhalb der bestehenden Strukturen zu keinem wirksamen Wettbewerb geführt hat, dem DB-Konzern im Wege außerordentlicher behördlicher Maßnahmen weitere Verpflichtungen bezüglich der organisatorischen Trennung, der Unabhängigkeit der Entscheidungsträger und der finanziellen Transparenz auferlegen zu können.

Gesetz zur Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts nur ein erster Schritt

362. Die Anpassungen des ERegG durch das Gesetz zur Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts ist ein erster Schritt zur Schaffung eines effizienteren Regulierungsrahmens und als solcher in Teilen zu begrüßen. Insgesamt sind die vorgenommenen Gesetzesanpassungen jedoch nicht ambitioniert genug, um dem Wettbewerb auf den Schienenverkehrsmärkten entscheidende Impulse zu geben. Für eine spürbare Verbesserung der Wettbewerbssituation sind weitere Anpassungen notwendig.

Diskriminierungspotenziale beim Zugang zu Schienenwegen und Serviceeinrichtungen abbauen

363. Ein diskriminierungsfreier Zugang zu Schienenwegen und Serviceeinrichtungen ist eine essenzielle Voraussetzung für die Gewährleistung von Wettbewerb im Eisenbahnsektor. Die bestehenden Vorschriften im geltenden Rechtsrahmen sind jedoch nicht geeignet, um sämtliche Diskriminierungspotenziale auszuräumen. Diese ergeben sich beispielsweise beim Trassenzuweisungsverfahren der zweiten Anmeldephase, bei überlasteten Schienenwegen oder beim Zugang zu Abstellgleisen.

- Die zweite Anmeldephase zum Netzfahrplan ist mit Planungsunsicherheiten für Verkehrsunternehmen und hohen Gestaltungsspielräumen für die DB Netz AG verbunden. Insgesamt sollte der Prozess der Trassenzuweisung in der zweiten Anmeldephase nachgeschärft werden. Dabei sollten klare Fristen für den zeitlichen Abstand zwischen Bekanntgabe des Netzfahrplans und dessen Inkrafttreten vorgesehen werden. Auch sollte das Zuweisungsverfahren den gesetzlichen Koordinierungs- und Streitbeilegungsvorschriften der §§ 52, 53 ERegG aus der ersten Anmeldephase entsprechen.
- Zur Sicherstellung einer chancengleichen Zuweisung von überlasteten Schienenwegen sollte der Betreiber der Schienenwege zur Anwendung allgemeingültiger Vorrangkriterien verpflichtet werden. Die einzelnen Vorrangkriterien sollten dabei durch den Gesetzgeber vorgegeben werden. Zudem sollte zur Entspannung von Überlastungssituationen eine stärkere Anwendung von Knappheitsentgelten erfolgen.
- Der Abschluss mehrjähriger Nutzungsverträge bei Abstellgleisen kann Zugangsschwernisse verstärken sowie zu Marktverschließung führen, wenn durch sie ein Großteil der Abstellkapazitäten langfristig dem Markt entzogen wird. Die Monopolkommission empfiehlt, den Anteil lang laufender Verträge auf maximal 80 Prozent der verfügbaren Kapazitäten in einer Betriebsanlage zu beschränken. Zudem sollte ein digitales Portal zur Echtzeit-Darstellung der tatsächlichen Auslastung einer Betriebsanlage eingeführt werden.

Potenziale zur Effizienzsteigerung und Kostensenkung in der Entgeltregulierung ausschöpfen

364. Aus Sicht der Monopolkommission leidet die Entgeltregulierung nach dem geltenden Recht an einer Reihe von Schwachstellen, die dem regulatorischen Potenzial zur Effizienzsteigerung und Kostensenkung auf den Schienenverkehrsmärkten im Wege stehen. Der gegenwärtig stetige Anstieg der Zugangsentgelte stellt für Eisenbahnverkehrsunternehmen eine immer höher werdende Markteintrittsbarriere dar. Es sollten effektivere Anreize zur Kostensenkung gesetzt werden.

- Die Kosten, welche im Rahmen einer qualifizierten Regulierungsvereinbarung für den Betreiber der Schienenwege anfallen, sollten entweder der Anreizregulierung oder dem Maßstab einer effizienten Leistungsbereitstellung unterliegen.
- Neben der gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsfortschrittsrate sollte die sektorale Produktivitätsfortschrittsrate in die Anreizregulierung miteinbezogen werden, um die Anreizregulierung auf die sektorspezifischen Bedingungen anzupassen.
- Zusätzlich sollte eine individuelle Effizienzvorgabe in die Anreizregulierung eingeführt werden, damit unternehmensspezifische Ineffizienzen schneller abgebaut werden.
- Zur Bestimmung der Kapitalkosten sollte das zulässige mit dem Eigenkapitalzins zu bewertende betriebswirtschaftliche Vermögen bei 40 Prozent gedeckelt werden.
- Die im Rahmen der Trassenentgelte vorgesehene Anreizregulierung sollte ebenfalls auf die Stationsentgelte ausgeweitet werden.

Anreize für mehr Verkehr auf unterausgelasteten Strecken in der Entgeltregulierung schaffen

365. Nach Auffassung der Monopolkommission steht die derzeitige Ausgestaltung der Trassenentgelte im Schienenpersonenverkehr, wonach die Entgelte pro Zug und Trassenkilometer erhoben werden, dem Potenzial für mehr Verkehr auf unterausgelasteten Strecken, entgegen. Eine Entgeltbemessung pro Zug und Trassenkilometer setzt bei den Eisenbahnverkehrsunternehmen Fehlanreize zur Reduzierung der Bedienungsfrequenz. Diese wird von Reisenden jedoch als ein bedeutendes Qualitätsmerkmal wahrgenommen, sodass eine durch die Entgeltregulierung bedingte niedrigere Bedienfrequenz mit Nachteilen für die Qualität und Attraktivität des Systems Schiene verbunden ist. Um Anreize für mehr Verkehr auf unterausgelasteten Strecken zu schaffen, sollten die Trassenentgelte in Abhängigkeit der zugelassenen Personenbeförderungskapazität der eingesetzten Züge erhoben werden.

Deutschlandtakt wettbewerblich fundieren

366. Die Monopolkommission empfiehlt, bereits bei der Infrastrukturplanung für den Deutschlandtakt eine wettbewerbliche Ausgestaltung des Zielfahrplans anzustreben. Nur auf diese Weise kann der Wettbewerb auf den Eisenbahnverkehrsmärkten für die Zukunft gesichert und gestärkt werden.

- Bei der Planung des Zielfahrplans sollten verstärkt betriebliche Aspekte für die zukünftige Umsetzung des Deutschlandtaktes berücksichtigt werden. Hierzu zählen beispielsweise Wartungseinrichtungen und Abstellanlagen nahe dem geplanten Verkehrsverlauf, damit die Wirtschaftlichkeit der Strecken nicht durch zusätzliche Kosten aufgrund von Leerfahrten zu diesen Einrichtungen verringert wird.
- Für den Infrastrukturausbau fehlen bisher volkswirtschaftliche Analysen, welche Kosten und Nutzen der geplanten Projekte ausweisen. Diese sollten zeitnah durchgeführt werden, damit der Neu- und Ausbau der Infrastruktur für den Deutschlandtakt effizient erfolgen kann.
- Die Einführung des Deutschlandtaktes sollte finanziell besser abgesichert sein. Bisher droht eine Unterfinanzierung des Gesamtprojektes. Nach der bisherigen Planung sind nur zwei Drittel der Kosten für die ersten geplanten Aus- und Neubauten durch die vorgesehene Finanzierung gedeckt. Dies kann zu einer Verzögerung bei der Umsetzung des Deutschlandtaktes und intermodal zu Wettbewerbsnachteilen des Schienenverkehrsmarktes führen.

367. Positiv bewertet die Monopolkommission die mit der Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts geplante Erprobung des Deutschlandtaktes. Hierdurch besteht zukünftig die Möglichkeit, erste Projekte des Deutschlandtaktes zu testen und erste Erfahrungen – auch für die notwendigen rechtlichen Anpassungen für die Umsetzung des Deutschlandtaktes – zu sammeln.

- Für eine höhere Transparenz bei der Erstellung der Pilotprojekte ist die Mitwirkung der Beteiligten, wie beispielsweise der Marktteilnehmer und Aufgabenträger, vorzusehen.
- Kapazitätsnutzungsmodelle bzw.-konzepte sollten langfristig geplant wie auch kommuniziert werden.

368. Die Wiederaufnahme von Rahmenverträgen ist im Allgemeinen positiv zu bewerten, da diese eine zugangssichernde Wirkung für Eisenbahnverkehrsunternehmen aufweisen. Nach Auffassung der Monopolkommission birgt jedoch die mit der Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts vorgesehene Möglichkeit der Wiederaufnahme von Rahmenverträgen bei Einführung des Deutschlandtaktes Risiken, die für eine langfristige wettbewerbliche Ausrichtung des Schienenverkehrsmarktes hinderlich sind.

- Um eine potenzielle Markteintrittsbarriere durch bestehende Rahmenverträge zu verhindern, sollte die Dauer von Rahmenverträgen auf die Einführung von Strecken des Deutschlandtaktes abgestimmt werden.
- Um einen Konflikt zwischen Rahmenverträgen und den minutengenau zu erbringenden Leistungen im Deutschlandtakt zu verhindern, sollten neu abzuschließende Rahmenverträge bei Einführung des Deutschlandtaktes gezielt auf diese abgestimmt werden.

369. Für die Umsetzung des Deutschlandtaktes bedarf es in Zukunft zusätzlicher gesetzlicher Anpassungen. Insbesondere für das Erreichen einer Verkehrssteigerung auf der Schiene sollten die gesetzlichen Anpassungen so erfolgen, dass der Schienenverkehrsmarkt möglichst wettbewerblich ausgestaltet ist. Hierzu würde insbesondere eine Anpassung des Marktmodells im SPfV dienen. Die Monopolkommission empfiehlt eine Umgestaltung des SPfV hin zu einem Wettbewerb um den Markt. Mit einem Konzessionswettbewerb oder Ausschreibungswettbewerb könnte der Deutschlandtakt umfassend umgesetzt werden. Dabei sollte jeweils eine neutrale Stelle auf Bundesebene die Zuweisung der vorkonzipierten Trassen vornehmen und diese Trassen als Netze bzw. Streckenbündel anbieten.

370. Sollte in Anlehnung an die bereits gewählten Gesetzesänderungen durch die Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts keine Umstrukturierung der Marktmodelle erfolgen, sind weitere gesetzliche Anpassungen notwendig, um den geplanten integralen Taktfahrplan erreichen zu können. Insbesondere sollten

- Systemtrassen vordefiniert und vorgeschrieben,
- Vorrangkriterien für die Trassenanmeldung um eine besondere Berücksichtigung der Trassen im Deutschlandtakt ergänzt und
- zur Umsetzung der Trassen im Fernverkehr ein Anreizsystem über Trassenentgelte eingeführt werden.

Allerdings könnte eine vollständige Umsetzung des Zielfahrplans mit den empfohlenen Anpassungen nicht verpflichtend erzielt werden. Aus Sicht der Monopolkommission ist die generelle Umgestaltung des Marktmodells im SPFV vorzuziehen.

Wettbewerbsverzerrungen bei Tarifierung, Vertrieb und Fahrzeugbeschaffung vermeiden

371. Nach Auffassung der Monopolkommission kann sich der Wettbewerb im Schienenverkehrsmarkt nur dann wirksam entfalten, wenn auch den bestehenden Wettbewerbsverzerrungen entgegengewirkt wird, die sich im Zusammenhang mit dem Betrieb einstellen. Wettbewerbshindernisse ergeben sich beispielsweise bei der Tarifierung und dem Vertrieb sowie bei der Fahrzeugbeschaffung.

- Um Verzerrungen bei Tarifkooperationen zu verhindern, sollte die Entwicklung des Deutschlandtarifverbundes zielstrebig vorangetrieben werden. Auf diese Weise könnte eine faire Gestaltung gemeinsamer Tarife im SPNV erreicht werden. Darüber hinaus sollte die Mitwirkungspflicht aus § 12 Abs. 1 AEG für SPFV-Eisenbahnverkehrsunternehmen überprüft werden. Ein gemeinsamer Tarif im SPFV könnte insbesondere im Fall einer flächendeckenden Einführung des Deutschlandtaktes zu Verbesserungen der Wettbewerbssituation im SPFV führen.
- Die marktmächtige Position des DB-Konzerns führt zu Wettbewerbsverzerrungen im Online-Vertrieb. Um die Entwicklungen des Plattformwettbewerbs nicht zu begrenzen und gleichzeitig die mit dem Vertrieb einhergehende Zugangsbarriere für Marktneulinge zu mindern, sollten Echtzeitdaten zu An- und Abfahrten, aber auch zur Zugauslastung, Wagenreihung etc. bereits in naher Zukunft transparent und diskriminierungsfrei allen Mobilitätsplattformen zur Verfügung gestellt werden.

372. Um einen diskriminierungsfreien und effektiven Zugang zu Zugmaterial zu erreichen, sollten Gesellschaften zur Finanzierung von Zugmaterial etabliert werden.