

## Umsetzung der Richtlinie 2016/2370/EU vom 16. Dezember 2016 in deutsches Recht (Governance-Richtlinie des IV. Eisenbahnpakets)

### Stellungnahme mofair e.V.

#### 0. Ausgangslage

Nach über dreijährigen Verhandlungen hat das Europaparlament im Dezember 2016 die so genannte „politische Säule“ des IV. Eisenbahnpakets beschlossen. Diese hat ihrerseits drei Bestandteile. Deren wichtigster, die Governance-Richtlinie 2016/2370/EU, muss bis zum 25. Dezember 2018 in nationales deutsches Recht umgesetzt werden.

Dabei plant die Bundesregierung eine 1:1-Umsetzung in deutsches Recht. Und da bei den Verhandlungen zum Eisenbahnregulierungsgesetz 2016 bereits der jeweilige Verhandlungsstand im europäischen Gesetzgebungsverfahren reflektiert worden war, sind die Umsetzungsbedarfe noch überschaubar.

#### 1. Grundsätzliches

##### *Wirksame Regulierung bei den Richtigen, Vermeidung unnötiger Bürokratie*

Aus Sicht der Wettbewerbsbahnen muss es das Ziel von Regulierung sein, marktbeherrschende Stellungen und vor allem deren Missbrauch zu vermeiden. Wir treten daher für eine strikte Regulierung ein, die eine klare Unterscheidung vornimmt: Ein Konzern dominiert die deutsche bahnpolitische Diskussion und besitzt nicht nur weit über 90 % des deutschen Gleisnetzes, sondern auch die jeweils mit weitem Abstand größten Eisenbahnverkehrsunternehmen des Schienenpersonenfernverkehrs, des Schienenpersonennahverkehrs und des Schienengüterverkehrs. Unternehmen wie die Albtalverkehrsgesellschaft oder die Niederbarnimer Eisenbahn betreiben zwar ebenfalls Schienennetze und Eisenbahnverkehrsunternehmen und sind „vertikal integrierte Konzerne“. Dennoch leuchtet unmittelbar ein, dass für sie nicht dieselben Regeln gelten können wie für die Deutsche Bahn AG. Was bei dem Staatskonzern dringend notwendige Regulierung ist, kann u.U. geeignet sein, bei anderen durch überbordende Bürokratie den wirtschaftlichen Erfolg massiv zu gefährden.

##### *„Grundsatzentscheidung“ zugunsten des integrierten Konzerns schafft hohen Regulierungsaufwand*

Die Regelungen des Gesetzentwurfs gehen z. T. sehr ins Detail. Dies ist angesichts der „Grundsatzentscheidung“ zugunsten des integrierten Konzerns auch dringend nötig. Einfacher wäre es, von dieser Entscheidung abzugehen. In einem integrierten Konzern tun sich – ob gewollt oder ungewollt – immer wieder neue Gelegenheiten auf, Interessen von Infrastruktur und Betrieb in diskriminierender Weise zu verquicken. So schnell kann die Rechtsordnung gar nicht hinterherregulieren, selbst unterstellt, dass sie von den Verquickungen überhaupt Kenntnis erhält.

### 1:1 – Umsetzung der falsche Ansatz

Die Bundesregierung möchte wie dargestellt in dem vorliegenden Entwurf eine „1:1-Umsetzung“ der Richtlinie 2017/2370/EU in deutsches Recht vornehmen, im Wesentlichen analog der Vorgehensweise, wie sie schon für das Eisenbahnregulierungsgesetz (ERegG) gewählt wurde.

Insofern dient dieser Ansatz auch dazu, das erfolgreiche Lobbying der Community of European Railways (CER, europäischer Dachverband der Staatsbahnen) sowie der Deutschen Bahn AG selbst in Brüssel auf deutscher Ebene zu sanktionieren und die weitergehende verkehrspolitische Diskussion auf Detailfragen zu lenken. Die Probleme, die sich aus dem integrierten Konzern für den Wettbewerb und die Leistungsfähigkeit der Schiene als Verkehrsträger ergeben, geraten angesichts kleinteiliger rechtstechnischer Fragen schnell aus dem Blick.

## 2. Die Bestimmungen im Einzelnen

### 2.a) Artikel 1 – Änderung des Eisenbahnregulierungsgesetzes (ERegG)

#### § 1 Gegenstand, Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen

(22a) Begriff „Hauptinfrastrukturbetreiber“, siehe unten unter § 8d (11).

(22d) Die Definition von Hochgeschwindigkeits-Personenverkehrsdiensten (mehr als 200 km Halteabstand, Durchschnitt über 250 km/h) dürfte dazu führen, dass die diesbezüglichen Bestimmungen in Deutschland leerlaufen.

(25) Die Klarstellungen sind grundsätzlich zu begrüßen. Unter Ziffer 3., zweiter Satz heißt es „vertikales Unternehmen“, gemeint ist jedoch offensichtlich ein „*vertikal integriertes Unternehmen*“.

#### § 2 Einschränkungen des Anwendungsbereichs

In der Gesetzesbegründung wird durchgängig davon berichtet, dass die Entflechtungsvorschriften auf „sechs“ Unternehmen in vollem Umfange anzuwenden seien. Auf welchem Kenntnisstand beruht diese Angabe? Welcher Art sind diese Unternehmen? Angesichts der im weiteren Verlauf der Begründung detailliert dargelegten zusätzlichen Aufwände für diese Unternehmen und die Verwaltung ist hier ein genaueres Hinsehen dringend erforderlich, um nicht die Wettbewerbsfähigkeit des Verkehrsträgers Schiene durch Überbürokratisierung zu schwächen. Das würde den Zweck des Eisenbahnregulierungsgesetzes, den *modal split* zu verbessern (§ 3 Abs. 1 ERegG) konterkarieren. Das hat die Diskussion beim Marktdialog der Bundesnetzagentur am 20. Juni 2018 in Berlin deutlich gemacht.

## § 8 Unabhängigkeit des Betreibers der Schienenwege

(1) Die Regelung, dass keine andere Einheit des integrierten Konzerns einen bestimmenden Einfluss hinsichtlich der wesentlichen Funktionen ausüben darf, wäre prinzipiell zu begrüßen. Es fragt sich aber einmal mehr, wie dieses sinnvoll und realistisch innerhalb eines integrierten Konzerns möglich ist.

Die notwendigen „unternehmensinternen Regelungen“ sollten nicht nur veröffentlicht, sondern auch von der Bundesnetzagentur *genehmigt* werden.

(3) Es ist gut, dass diese Unvereinbarkeiten definiert werden. Neben der Frage, welche Positionen eine Person zu einem bestimmten Zeitpunkt ausüben darf, ist zusätzlich die Frage der „beruflichen Mobilität“ zu betrachten: Eine Führungskraft, deren nächster Karriereschritt nach den Leitlinien des integrierten Konzerns nahezu sicher von einem Transport- zu einem Infrastrukturunternehmen oder umgekehrt führen wird, wird diesen Schritt bei aktuellen beruflichen Entscheidungen immer mitdenken. Darin liegt ein erhebliches Diskriminierungspotenzial. Bei konzernfremden Personen gibt es nichts Vergleichbares.

Auch ist offen, wie die Funktion eines Infrastruktur- und Politikvorstandes in einer Person (!) überhaupt vor diesem Hintergrund möglich sein kann. Genau genommen ist ein einziger „Politikvorstand“ für den Gesamtkonzern nicht möglich, denn die Interessen von Infrastrukturunternehmen und von Nutzern der Infrastruktur sind nicht deckungsgleich. Werden sie dennoch zusammengezwungen, hat dies zwangsläufig Diskriminierungen zur Folge.

(4) Der Ausschluss von Anreizsystemen über die Grenzen von Infrastruktur- und Transportunternehmen innerhalb eines integrierten Konzerns hinweg ist zu begrüßen. Die weiterhin möglichen Anreize im Zusammenhang mit der „Gesamtleistung des Eisenbahnsystems“ sollten unter Wahrung von Geschäftsgeheimnissen und berechtigter persönlicher Interessen durch die Bundesnetzagentur vorab genehmigt werden.

Ferner muss geprüft werden, die in Rede stehende Regelung auf alle Führungskräfte und AT-Kräfte der DB Netz AG auszudehnen. Derzeit werden diese nach einem einheitlichen konzernweiten System vergütet (BT-Drucksache 19/2346, Antwort zu Frage 18).

(5) Es muss klarer definiert werden, wie vermieden werden kann, dass „sensible“ Informationen weitergegeben werden können. Zudem sollte definiert werden – nicht abschließend – werden, welche Informationen „sensibel“ sind.

(6) Es stellt sich erneut die Frage, wie überhaupt effektiv vermieden werden kann, dass andere rechtliche Einheiten innerhalb eines vertikal integrierten Unternehmens Einfluss auf die Ernennung und Entlassung von Personen ausüben, die wesentliche Funktionen ausüben. Diese Regelung in der vorgeschlagenen Form ist eher ein Programmsatz.

## § 8a Unabhängigkeit des Betreibers der Schienenwege in Bezug auf wesentliche Funktionen

(3) 3. Die Bestimmung mit Bezug auf die „berufliche Mobilität“ (siehe auch oben) ist dem Grunde nach richtig, in der vorgeschlagenen Form aber nicht handhabbar und hat so eher einen deklaratorischen Charakter. Die im Rahmen von „Zukunft Bahn“ veränderte Karrieresystematik mit definierten Mindest- und vor allem: Höchstverweildauern auf einzelnen Positionen steht dem diametral entgegen.

Besonders in einem integrierten Konzern müsste eigentlich jeder so denken, als ob er seine derzeitige Position noch dreißig weitere Jahre innehätte. Allein durch die langfristige Perspektive würde sich zwangsläufig eine Gesamtsystemperspektive ergeben.

### **§ 8b Unabhängigkeit des Betreibers der Schienenwege hinsichtlich des Verkehrsmanagements, der Instandhaltung und der baulichen Planung**

Die vorgesehenen Regelungen sind materiell richtig. Aber erneut fragt sich, wie sie praktisch in einem integrierten Konzern durchgesetzt werden können. Immer wieder kommt es vor, dass Baustellen kurzfristig so verschoben werden, dass die Folgen im Betrieb konzern-externe statt konzerninterner Eisenbahnverkehrsunternehmen treffen – aller Konsultation im Vorfeld zum Trotz. Es steht zu hoffen, dass hier künftig eine Besserung eintritt.

Klarere Regelungen wären auch für andere „laufende Maßnahmen“ extrem sinnvoll, beispielsweise für Institutionen wie das neue „Lagezentrum Pünktlichkeit“. Bisher sind hier nur die DB-Infrastrukturunternehmen und die DB-Transportunternehmen vertreten. Was dort entwickelt und beschlossen wird, ist jedoch für die Entwicklung der Gesamtbranche von Interesse. Vertreter der Wettbewerbsbahnen werden aber hier wie bei den anderen Kreisen, die sich im Rahmen von „Zukunft Bahn“ gebildet haben, nicht einbezogen.

### **§ 8d Finanzielle Transparenz**

Grundsätzlich gilt, bei der Gestaltung der Finanzströme besondere Vorsicht und Transparenz walten zu lassen. Die launige Einlassung einer DB-Führungskraft: „Die Scheine sind ja nicht nummeriert“ bringt es auf den Punkt: Eine Übertretung der Grenzen zwischen Infrastruktur-, also Monopolbereich und dem Wettbewerbsbereich der Transportunternehmen ist schnell geschehen, wird aber oft zunächst nicht bemerkt. Dieser Sichtweise schloss sich der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat in seinem Urteil (Az. C-482/14) vom Juni 2017 an: Zwar wurde keine konkrete Zweckentfremdung von Geldern für Infrastruktur im wettbewerblichen Transportsektor gefunden. Aber der EuGH rügte, dass sich Deutschland bislang zu wenig darum bemüht habe, auch den *Anschein* einer solchen Querfinanzierung nachprüfbar zu widerlegen.

(3) Die Ausnahme aus Satz 2: „Dividenden aus Tätigkeiten ohne Rückgriff auf öffentliche Gelder oder Einnahmen aus Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur dürfen auch von Unternehmen, die Teil eines vertikal integrierten Unternehmens sind und die sowohl ein Eisenbahnunternehmen als auch diesen Betreiber der Schienenwege kontrollieren, verwendet werden.“ Das heißt, dass aus den Trassenentgelten der DB Netz AG die laufende Geschäftstätigkeit der DB AG-Mutter finanziert werden darf. Das halten wir für falsch.

(6) Hier heißt es, dass Kredite zwischen den Einheiten des integrierten Konzerns nur zu Marktbedingungen gewährt werden dürfen. Das individuelle Risikoprofil sei dabei zu berücksichtigen. Dieses dürfte aber in einem integrierten Konzern praktisch ausgeschlossen sein.

(9) Verbindlichkeiten des Betreibers der Schienenwege sollen gesondert ausgewiesen und „gesondert bedient“ werden. Der Folgesatz „Zulässig ist jedoch, dass die abschließende Begleichung der Verbindlichkeiten über ein Unternehmen, das Teil eines vertikal integrierten Unternehmens ist und das sowohl ein Eisenbahnverkehrsunternehmen als auch einen Betreiber der Schienenwege kontrolliert, oder über eine andere Einheit des Unternehmens erfolgt.“ ist zu streichen. Hilfsweise ist zumindest der letzte Halbsatz zu streichen, denn er läuft dem Transparenzgebot aus dem EuGH-Urteil massiv zuwider.

(10) Eine getrennte Rechnungsführung ist nicht nur, wie derzeit vorgeschlagen zu „ermöglichen“, sondern muss „garantiert“ und überprüft werden.

(11) Wir unterstützen eine Zusammenarbeit der Infrastrukturbetreiber innerhalb der Europäischen Union. Ob ein Netzwerk der Hauptinfrastrukturbetreiber (und nur dieser!) dazu dauerhaft das richtige Instrument ist, kann zumindest diskutiert werden. Eine angemessene Einbeziehung anderer öffentlicher und privater Infrastrukturbetreiber ist durch geeignete Mechanismen sicherzustellen.

## **§ 17 Umfang der Marktüberwachung**

(2) Hier soll die Marktüberwachung auf den Markt für Hochgeschwindigkeitspersonenverkehrsdienste ausgeweitet werden. Dies erscheint vor dem Hintergrund der extrem engen Definition des HGV (s.o.) gegenstandslos zu sein. Insofern ist unklar, welche fünf Unternehmen (siehe Begründung, Seite 51) dies sein könnten. – Sollte diese Zahl perspektivisch gemeint sein, wäre zunächst über ein grundsätzlich anderes Regime im Schienenpersonenfernverkehr zu reden.

## **§ 36 Ausgestaltung der Entgelte**

(5) Die Umstellung von einer „muss“- auf eine „kann“-Vorschrift begrüßen wir, insbesondere vor dem Hintergrund der derzeitigen Diskussion über eine mögliche beschleunigte Implementierung von ETCS. Dabei ist derzeit völlig offen, inwieweit eine Anreizsetzung über die Trassenpreise sinnvoll ist. Zumindest im SPNV sind erhebliche Vorbehalte angebracht.

## **Artikel 2 – Änderung des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG)**

### **§ 4 Sicherheitspflichten, Zuständigkeiten des Eisenbahn-Bundesamtes**

(8) Die Erfordernis an *alle* – laut Begründung des Gesetzentwurfs derzeit 149 (!) – Eisenbahnverkehrsunternehmen des Personenverkehrs, „gemäß“ Artikel 18 der EU-VO 1371/2007 „Notfallpläne“ für den Fall von Verspätungen von mehr als 60 Minuten aufzustellen, ist völlig überzogen und durch den besagten Artikel 18 „Hilfeleistung“ auch nicht gedeckt.

Der Begründungstext schreibt zu Recht, dass es sich bei den „140 NE-Bahnen in der absoluten Mehrheit um im Regionalverkehr tätige Unternehmen“ handle. „Damit dürften Verpflichtungen wie die Unterbringung von Fahrgästen in den Fällen, in denen ein Aufenthalt von einer oder mehreren Nächten notwendig oder ein zusätzlicher Aufenthalt notwendig wird, in der Praxis eine vergleichsweise geringe Rolle spielen.“ – So ist es, zumal für die

regionale Problemlösung innerhalb von Verbänden/Aufgabenträgerorganisationen des SPNV i.d.R. bereits längst Regeln existieren. Dennoch sollen diese Pläne *von jedem einzelnen Unternehmen* aufgestellt und jährlich überarbeitet werden. Hier stellt sich die Frage des Verhältnisses von Aufwand und Ertrag ganz massiv.

Durch die Struktur des deutschen Schienenpersonenverkehrsmarkts kommt noch eine Diskriminierungswirkung hinzu: Für die Einzelunternehmen des DB Konzerns erzeugt die Erstellung und regelmäßige Anpassung eines Notfallmanagements einen relativ geringeren Aufwand als für die kleineren Wettbewerbsbahnen.

Damit nicht genug: Das Eisenbahn-Bundesamt als nationale Durchsetzungsstelle Fahrgastrechte muss diese Pläne und ihre allfälligen Überarbeitungen seinerseits überprüfen. Es darf bezweifelt werden, ob die Fahrgäste von diesen bürokratischen Mehraufwänden irgendeinen erkennbaren Nutzen haben. Wir raten dringend ab, den Absatz (8) in der vorgeschlagenen Form zu beschließen.

### 3. Was fehlt

Sowohl die zugrundeliegenden EU-Richtlinie als auch der vorliegende Gesetzentwurf betrachten vorwiegend den Schienenbereich im engeren Sinne. „Infrastruktur“ ist aber deutlich mehr als das. Für die Werkstätten und andere Serviceeinrichtungen scheint sich der Wettbewerb inzwischen soweit etabliert zu haben, dass die Grundsatzentscheidung des ERegG, hier eine deutlich geringere Regulierung als im Schienenbereich vorzunehmen, sich im Wesentlichen bewährt hat.

Nach wie vor erhebliche Probleme gibt es im Bereich des Bahnstroms: Noch immer bestehen erhebliche Diskriminierungen sowohl gegenüber den Wettbewerbsbahnen als auch gegenüber den wettbewerblichen Stromlieferanten, und zwar hauptsächlich durch eine deutlich verzögerte Umstellung auf das neue Marktzugangsmodell und deutlich verzögerte Abrechnungen. De facto wurden die Wettbewerber zu „Versuchskaninchen“ bei der Umsetzung des neuen IT-gestützten Modells, während die DB-Schwesterunternehmen im Konzern über das zwar in die Jahre gekommene, aber stabil funktionierende IT-System abgerechnet wurden und werden.

Eine klarere Regulierung dieses Bereichs, in dem alle Wettbewerbsunternehmen immer vom Netzbetreiber DB Energie abhängig bleiben, ist dringend geboten. Wenn dies nicht im Rahmen der Eisenbahnregulierung geschieht, müsste zumindest das Energiewirtschaftsrechts so geändert werden, dass für den Bahnstromsektor keine de minimis-Regelung mehr greift, derzufolge ein Unbundling in Stromanbieter und Netzbetreiber unterbleiben kann. Darüber hinaus sollten für den künftigen Betrieb von Stromtankstellen für Batteriebetriebzüge von vornherein klare Regularien festgelegt werden. Diese können grundsätzlich von jedem geeigneten Energieversorger betrieben werden, keineswegs nur von der DB Energie.

Ferner fehlen nach wie vor Regelungen für Fälle jenseits des planmäßigen Betriebs: Bei Baustellen, bei der Prävention vor und bei der Entstörung nach Extremwetterereignissen werden viele Entscheidung durch den Infrastrukturbetreiber in intransparenter Weise gefällt, die im Ergebnis zu einer Benachteiligung der Wettbewerbsbahnen führen. Zumindest zu vermuten ist, dass hier betriebliche, dispositive Entscheidungen nicht am Interesse des

Gesamtsystems Bahn ausgerichtet werden, sondern an übergeordneten Konzerninteressen der Deutschen Bahn AG.

#### **4. Fazit**

Das Eisenbahnregulierungsgesetz versucht in den §§ 8 ff., und mit ihm jetzt die Umsetzung der Richtlinie 2016/2370/EU in deutsches Recht, über eine operationelle Entflechtung (Definition der „wesentlichen Funktionen des Betreibers der Schienenwege“) Diskriminierungsfreiheit zu erreichen. Dies ist nach unserer Auffassung immer das schwächere Schwert im Vergleich mit einer echten eigentumsrechtlichen Entflechtung. Operationelle Entflechtung bleibt angesichts der vielen (auch notwendigerweise!) unbestimmten Rechtsbegriffe immer schwammig und kaum handhabbar.

Wo es konkret wird, etwa in der geplanten Ergänzung des § 4 AEG um das Notfallmanagement aus der Fahrgastrechte-VO, wird es unnötig bürokratisch, geht an den Bedürfnissen der Fahrgäste vorbei und sorgt eher für eine Verteuerung der Beförderungsleistung im intermodalen Wettbewerb.

Ein möglicher Ausweg, wenn die Beibehaltung des integrierten Konzerns Deutsche Bahn AG weiterhin sakrosankt ist, könnten die Überlegungen aus dem ursprünglichen Entwurf des Vierten Eisenbahnpakets sein. Diese könnten auf die deutschen Verhältnisse angepasst werden. Auf diese Weise würden erheblich strengere Entflechtungsregelungen unter EU-Rechts-konformer Beibehaltung des integrierten Konzerns ermöglicht.

Mehr Entflechtung ist aus unserer Sicht dringend notwendig, angemessen und rechtlich zulässig.