

# **Die Privatisierung der Deutschen Bahn AG**

Sondergutachten der Monopolkommission  
gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB



## **Inhaltsverzeichnis**

1. Einleitung.....	1
2. Ordnungs- und wettbewerbspolitische Erwägungen.....	5
2.1 Wesentliche Aspekte der Netzökonomie.....	5
2.2 Vertikale Separierung und die Gefahr von Unterinvestitionen.....	6
2.3 Zugangsregulierung als Voraussetzung für Wettbewerb.....	8
2.4 Sequenz von Privatisierung und der Reform des institutionellen Rahmens.....	9
2.5 Trennung von privatwirtschaftlichen und öffentlichen Belangen.....	10
2.6 Wahrnehmung des öffentlichen Interesses an der Bahninfrastruktur.....	11
2.7 Die internationale Wettbewerbsfähigkeit der Deutschen Bahn AG.....	13
2.8 Ordnungspolitisches Fazit.....	14
3. Europarechtliche Aspekte.....	16
3.1 Dienstleistungsfreiheit.....	16
3.2 Das Verbot staatlicher Beihilfen.....	16
3.2.1 Der Privatisierungsvorgang als Beihilfe.....	16
3.2.2 Staatliche Finanzierung der Infrastruktur nach der Privatisierung.....	17
3.2.3 Bewirtschaftungsprivilegien als staatliche Beihilfe.....	19
3.3 Europäisches Eisenbahnrecht.....	20
3.3.1 Unabhängigkeit vom Staat.....	21
3.3.2 Unabhängigkeit von Verkehrsleistungen und Betrieb der Infrastruktur – Rechtsgrundlagen .....	22
3.3.3 Grenzen mitgliedstaatlicher Politik.....	23
3.3.4 Tatsächliche Unabhängigkeit.....	24
3.3.5 Schlussfolgerungen für die Privatisierungsmodelle.....	25
3.3.6 Verfahren der gemeinschaftsrechtlichen Überprüfung.....	26
4. Schlussbetrachtung und abschließende Empfehlungen.....	27



## 1. Einleitung

1. Die Bahnreform aus dem Jahre 1994 verfolgt im Wesentlichen drei Ziele. Das vorrangige Ziel ist es, den Anteil des Verkehrsträgers Schiene am Verkehrsaufkommen zu erhöhen. Das zweite und dritte Ziel der Reform ergaben sich aus dem immer weiter ansteigenden Verschuldungsstand der Deutschen Bundesbahn. Bis zum Jahre 1994 stieg die Summe der Schulden auf nahezu 34 Mrd. € an. Durch die Bahnreform sollte zum einen eine dauerhafte Entlastung der öffentlichen Haushalte erreicht und zum anderen eine Transformation der beiden deutschen Staatsbahnen (Deutsche Bundesbahn und Deutsche Reichsbahn) in ein wettbewerbsfähiges Unternehmen vorgenommen werden.

2. Die Bahnreform erfolgte in mehreren Verfahrensschritten, die durch das fünf Artikelgesetz<sup>1</sup> umfassende Eisenbahnneuordnungsgesetz (ENeuOG)<sup>2</sup> festgelegt wurden. Nachdem am 1. Januar 1994 die Zusammenführung von Reichs- und Bundesbahn und die Gründung der privatrechtlich organisierten Deutschen Bahn AG erfolgte, wurde am 1. Januar 1999 die Deutsche Bahn AG nach den gesetzlichen Vorgaben unter dem Dach einer gemeinsamen Holding in Einzelaktiengesellschaften aufgespalten. In einem weiteren dritten Schritt soll sowohl über die endgültige Struktur der Holding als auch über die materielle (Teil-)Privatisierung der Deutschen Bahn AG entschieden werden. Zu diesem Zweck prüft die Bundesregierung seit Mitte des Jahres 2003 die Voraussetzungen für die Kapitalmarktfähigkeit und einen möglichen Börsengang des Unternehmens Deutsche Bahn AG.

3. Im Auftrag der Bundesregierung wurden mehrere Gutachten<sup>3</sup> erstellt und Anhörungen mit Sachverständigen einberufen, um die Möglichkeiten und die Auswirkungen einer Kapitalprivatisierung der Deutschen Bahn AG zu analysieren und zu bewerten.

### *Optionen einer Bahnprivatisierung*

4. Im Wesentlichen werden bei der geplanten Privatisierung der Bahn in Bezug auf die vertikale Struktur zwei Alternativen diskutiert: auf der einen Seite die (Teil-)Privatisierung der Deutschen Bahn AG als integriertes Unternehmen, welches sowohl das Schienennetz als auch Transportunternehmen für Personen und Fracht besitzt und betreibt, und auf der anderen Seite die strikte Trennung zwischen den Betreibern der Züge und dem Netz, welches als eigenständige Gesellschaft des Bundes geführt wird und sich um Instandhaltung und Ausbau der Trassen kümmert. Beide Modelle haben ihre Befürworter: auf der einen Seite das Staatsunternehmen Deutsche Bahn AG sowie die Gewerkschaften Transnet und GDBA und auf der anderen Seite die Anhänger des Wettbewerbs auf der Schiene und die Umweltverbände, die sich durch den Wettbewerb die Ausnutzung des umweltpolitischen Potentials des Schienenverkehrs erhoffen.

---

1 Dies sind das Deutsche Bahn Gründungsgesetz (DBGrG), das Allgemeine Eisenbahngesetz (AEG), das Gesetz zur Zusammenführung und Neugliederung der Bundeseisenbahnen (BEZNG), das Gesetz über die Eisenbahnverkehrsverwaltung des Bundes (BEVVG) und das Gesetz zur Regionalisierung des öffentlichen Personennahverkehrs (Regionalisierungsgesetz - RegG).

2 Die infolge der Bahnreform erforderlich gewordenen Veränderungen anderer Gesetze und Rechtsnormen sowie die Festlegung der Übergangsbestimmungen regelten die Art. 6 bis 9 ENeuOG.

3 Vgl. Morgan Stanley, Kapitalmarktfähigkeit der Deutschen Bahn AG, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Finanzen und des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Wohnungswesen, Frankfurt 2004, sowie Booz Allen Hamilton, Privatisierungsvarianten der Deutschen Bahn AG „mit und ohne Netz“ (PRIMON), Gutachten für das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung und das Bundesministerium für Finanzen, Berlin 2006.

Zu den zwei Grundmodellen entwickelten die Verfasser des so genannten PRIMON-Gutachtens über die Zukunft der Deutschen Bahn AG drei neue Modelle, die Zwischenstufen der beiden Grundvarianten darstellen. In der politischen Diskussion standen somit zunächst fünf verschiedene Modelle, und zwar:

1. Das integrierte Modell, bei dem die Deutsche Bahn AG mitsamt des Schienennetzes an die Börse gebracht wird und das im Wesentlichen die aktuelle gesellschaftsrechtliche Struktur der Deutschen Bahn AG (Managementholding mit Infrastruktur- und Transportgesellschaften) widerspiegelt. Mit Blick auf die Holding ist gemäß Art. 87e Abs. 3 Satz 3 GG lediglich eine Teilprivatisierung (Veräußerung von maximal 49 % der Anteile) möglich.
2. Das Eigentumsmodell, welches eine Rückübertragung des privatrechtlichen Eigentums an der Infrastruktur auf den Bund vorsieht. Die Infrastruktur wird im Rahmen eines Betreibervertrags (Pachtvertrag) zur wirtschaftlichen Nutzung und zur Erhaltung von der Deutschen Bahn AG betrieben. Das Eisenbahninfrastrukturunternehmen (EIU) nimmt keine operativen Aufgaben wahr.
3. Das Eigentumsmodell in Kombination mit einem Ausgestaltungsverhältnis, in dem neben der Vermögensverwaltung auch übergeordnete Steuerungsaufgaben des Infrastrukturmanagements sowie die Trassenvergabe auf das vom Bund gehaltene EIU übergehen.
4. Das Finanzholdingmodell mit einer unmittelbaren Bundesbeteiligung an der Infrastruktur, in dem die Holding – als Aktionär der verbundenen Unternehmen – nur mehr vermögensverwaltende Aufgaben übernimmt und die Tochtergesellschaften völlig eigenständig wirtschaften.
5. Das getrennte Modell, das eine vollständige Separierung zwischen Infrastruktur und Betrieb sowie eine materielle Privatisierung der Transportunternehmen vorsieht.

Ohne auf die Einzelheiten des Gutachtens eingehen zu wollen, werden hier kurz die wesentlichen Ergebnisse der Studie ohne Kommentierung vorgestellt. Um die einzelnen Modelle bewerten zu können, entwickelten die Gutachter 27 Einzelkriterien, die in vier relevanten Bewertungsdimensionen – Schienenverkehrsmärkte/Kundeninteressen, Kapitalmarktfähigkeit/Unternehmenseffizienz, Haushaltswirkungen und institutionelle Rahmenbedingungen – zusammengefasst wurden.<sup>4</sup> Im Bereich Wettbewerb und Kundeninteressen analysiert die Studie, welche Effekte die einzelnen Modelle auf den Wettbewerb im Schienenverkehr und auf den so genannten „modal split“ (Aufteilung des Verkehrsaufkommens auf die einzelnen Verkehrsträger) haben werden. So ist zu erwarten, dass der Wettbewerb zwischen den Eisenbahnverkehrsunternehmen um so stärker belebt wird, je geringer die Möglichkeit und die Anreize des Netzbetreibers zur Diskriminierung beim Netzzugang bzw. bei der Trassenvergabe sind. Der „modal split“ wird sich, so die Resultate der Gutachter, nur im Bereich des Güterverkehrs zugunsten der Eisenbahn verschieben lassen. Dies gilt aber auch nur, wenn bei der Privatisierung die Wahl auf das Eigentumsmodell mit Gestaltungsvariante, das Finanzholdingmodell oder das getrennte Modell fällt. Allerdings hängt die Entwicklung des „modal split“ wesentlich stärker von ordnungspolitischen Faktoren wie Steuern, Mautsystemen oder der Öffnung der Eisenbahnnetze in Europa ab als von der Wahl des Strukturmodells.

Nach den Erkenntnissen des PRIMON-Gutachtens sind sämtliche Modelle kapitalmarktfähig, wobei sich aber unterschiedliche Zeitpunkte ergeben, ab wann ein Börsengang möglich

---

<sup>4</sup> Vgl. Bewertungsmatrix für den Gesamtvergleich der Privatisierungsmodelle, Booz Allen Hamilton, PRIMON-Gutachten, a.a.O., S. 42.

scheint. So sind Börsengänge in den Jahren 2007 (integriertes Modell), 2009 (Eigentumsmodell) und 2010 (Eigentumsmodell mit Ausgestaltungsvariante, Finanzholdings- und getrenntes Modell) vorstellbar. Bei der Bewertung der Haushalts- und Vermögenseffekte beziehen die Gutachter sowohl Unternehmenswerte, Dividendenwerte als auch Ersparnisse bei den Regionalisierungsmitteln in ihre Berechnungen mit ein. Aus Kapitalmarktsicht kann sich bei einer Privatisierung der Deutschen Bahn AG ein Barwerteffekt<sup>5</sup> von bis zu 23 Mrd. € ergeben, wenn man sich für das integrierte Modell oder das Eigentumsmodell entscheidet. Etwas geringer fallen die Effekte für das Eigentumsmodell in Kombination mit einem Ausgestaltungsverhältnis (bis zu 21 Mrd. €) und beim Finanzholdingmodell (bis zu 19 Mrd. €) aus. Beim getrennten Modell würden sich lediglich Effekte bis zu 17 Mrd. € einstellen.

Bei der Bewertung der Konformität der Modelle mit den institutionellen Rahmenbedingungen zeigen die Gutachter auf, dass sowohl das Eigentumsmodell mit Gestaltungsvariante als auch das getrennte Modell die europarechtlichen Vorgaben nahezu perfekt erfüllen, wogegen das integrierte Modell und das Eigentumsmodell lediglich den Minimalanforderungen des Gemeinschaftsrechts genügen. In diesen Fällen bleibt ein Restrisiko einer Beanstandung durch die EU-Kommission bestehen.

Ganz dem Auftrag entsprechend wird in dem Gutachten keine Privatisierungsvariante favorisiert. Die Abwägung der Vor- und Nachteile der einzelnen Modelle und die letztendliche Entscheidung für die eine oder andere Modellvariante obliegt der Politik.

**5.** In der politischen Diskussion ist zudem der Gedanke einer (Teil-)Privatisierung als integriertes Unternehmen mit einer vertraglich verankerten Rückholoption für das Netz in das Eigentum des Bundes aufgekommen. Demnach soll dem Bund im Rahmen der Privatisierung die Möglichkeit eingeräumt werden, das Schienennetz innerhalb oder nach einem vertraglich festgelegten Zeitraum von dem teilprivatisierten integrierten Bahnunternehmen zurückzuerwerben.

**6.** Über diese Frage der vertikalen Integration bzw. Entflechtung hinaus wäre prinzipiell auch eine stärkere horizontale Entflechtung im Rahmen einer Privatisierung möglich. So könnten gegebenenfalls mehrere vertikal integrierte Bahnunternehmen überlappende Schienennetze besitzen und betreiben.<sup>6</sup> Auch andere Formen der Aufspaltung des Schienennetzes sind denkbar, z.B. nach geographischen Grenzen oder nach Streckenarten. Insbesondere in manchen Bereichen des Regionalverkehrs wäre zudem eine Ausschreibung von gemeinsamen Aufträgen für Transportleistungen *und* Netzbetrieb denkbar.<sup>7</sup> Dies wäre dann vorteilhaft, wenn das Potential für Wettbewerb *auf* der Schiene als gering eingeschätzt wird, so dass die Vorteile der vertikalen Entflechtung dementsprechend gering sind.<sup>8</sup>

---

5 Der Barwert oder Gegenwartswert entspricht dem Wert eines oder mehrerer künftig fälliger Kapitalbeträge im Bezugszeitpunkt. Er ist der heutige Wert künftiger Ein- und Auszahlungen, der sich durch Abzinsung ergibt.

6 Vgl. OECD, Structural Reform in the Rail Industry, Paris 2005, online unter: [www.oecd.org/dataoecd/7/14/35911008.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/7/14/35911008.pdf)

7 Vgl. Bühler, S., Schmutzler, A., Railway Reforms in Europe – A Lost Cause?, Paper presented at the Annual Conference of the Swiss Society of Economics and Statistics, Neuchâtel 2002.

8 Vgl. Lijesen, M., Mulder, M., Driesen, G., Welfare Effects of Vertical Separation in the Dutch Railways, Working Paper, Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis, CPB, Den Haag 2005.

7. Die Bundesregierung hat geplant, in dieser Legislaturperiode die Kapitalprivatisierung der Deutschen Bahn AG durchzuführen.<sup>9</sup> Hierzu soll bis zum Herbst dieses Jahres eine Entscheidung über das zu realisierende Privatisierungsmodell gefällt werden. Die Monopolkommission hat sich entschieden, ein Sondergutachten zur Privatisierung der Deutschen Bahn AG zu veröffentlichen. In diesem Gutachten stellt die Monopolkommission ihre Position zu einer Bahnprivatisierung sowie den diskutierten Privatisierungsmodellen vor und weist zeitgleich auf zahlreiche Problemfelder hin, die der Gesetzgeber in seiner Entscheidung berücksichtigen sollte. Aufgrund der Vielschichtigkeit dieses Themenkomplexes kann sich die Monopolkommission bei ihren Ausführungen aber nicht nur auf wettbewerbspolitische Fragestellungen konzentrieren – auch wenn diese weiterhin den Schwerpunkt dieses Gutachtens bilden –, sondern sie muss den Bogen auch zu europarechtlichen und finanzpolitischen Aspekten spannen. Die Monopolkommission sieht es aber nicht als ihre Aufgabe an, die haushaltspolitischen, umweltpolitischen oder verkehrspolitischen Ziele der Kapitalprivatisierung der Deutschen Bahn AG, soweit diese nicht wettbewerbspolitisch relevant sind, in ihrem Gutachten zu bewerten.

8. Die Monopolkommission geht in ihrem Gutachten zunächst der grundsätzlichen Frage nach, ob aus ordnungs- und wettbewerbspolitischer Sicht eine Privatisierung der Deutschen Bahn AG zusammen mit dem Schienennetz ratsam oder ob eine Trennung der Transportgesellschaften einerseits und der Infrastruktur andererseits zu empfehlen ist. Ferner wird analysiert, welche Faktoren bei einer Privatisierung zu berücksichtigen sind. In einem zweiten Schritt prüft die Kommission, inwieweit die in der derzeitigen politischen Diskussion stehenden Strukturmodelle europarechtlich überhaupt zulässig sind und folglich bei einer Privatisierung angestrebt werden können. Das Gutachten endet mit einer Schlussbetrachtung und den abschließenden Empfehlungen der Monopolkommission.

9. Die Monopolkommission dankt ihrem ehemaligen Mitglied, Herrn Prof. Dr. h.c. mult. Martin Hellwig, für die in der Schlussphase seiner Mitgliedschaft eingebrachten Ideen zu diesem Gutachten. Ferner bedankt sie sich bei ihrem wissenschaftlichen Mitarbeiter, Herrn Dr. Andreas Arndt, der die Stellungnahme der Kommission betreut hat.

---

9 Vgl. Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD, Gemeinsam für Deutschland. Mit Mut und Menschlichkeit, 11. November 2005, S. 58.



## 2. Ordnungs- und wettbewerbspolitische Erwägungen

### 2.1 Wesentliche Aspekte der Netzökonomie

**10.** Ein nach Wertschöpfungsstufen untergliedertes Schienenverkehrsangebot im Bahnbereich differenziert zwischen

- Netzleistungen (Erstellung, Unterhaltung und Betrieb der Schieneninfrastruktur) und
- Verkehrsleistungen (Transport von Personen und Gütern)

sowie gegebenenfalls als dritter Wertschöpfungsstufe einer

- Steuerungsebene.<sup>10</sup>

Letztere ist für die Koordinierung der Netzangebote (Bereitstellung von Trassen im Sinne von zeitlich definierten Streckennutzungsrechten für Zugfahrten), die Steuerung der Nutzungsprozesse und für die Erstellung der Fahrpläne zuständig. Sie kann die Vermarktung der Trassen (Schienenslots) und die Festlegung der Preise für die Netznutzung (Trassenpreise) einbeziehen.

**11.** Die Inanspruchnahme von Netzleistungen ist unabdingbare Voraussetzung für die Produktion von Eisenbahnleistungen. Hieraus ergeben sich zentrale Abhängigkeiten der Verkehrsleistungsanbieter; auch die Steuerungsebene ist von der Qualität der Schieneninfrastruktur bei der Erstellung von Trassenangeboten abhängig. So werden die Produktionsmöglichkeiten sowie die Kosten von Eisenbahnverkehrsleistungen entscheidend durch die Verfügbarkeit, die Qualität und die Preise der Netzleistungen bestimmt. Die Netzkosten erreichen 30 bis 40 % der Gesamtkosten von Eisenbahntransporten. Andererseits ist das Netz von der Nachfrageintensität und den Zahlungsmöglichkeiten für beanspruchte Leistungen abhängig.

**12.** Bei einer disaggregierten Betrachtung fallen in erster Linie die erheblichen Größenvorteile im Bereich des Netzes auf, welche aus den hohen Fixkosten der Netzvorhaltung (Kapitalkosten, Teile der Unterhaltung, Management) resultieren. Diese führen zu einer starken Durchschnittskostendegression bei zunehmender Netzauslastung. Je nach Abgrenzungsmethodik betragen die nutzungsabhängigen Kosten (als Grenz- oder inkrementelle Kosten definiert) lediglich 5 bis 10 % der Netzgesamtkosten.<sup>11</sup> Empirische Studien weisen auf ein natürliches Monopol hin. Zudem liegen erhebliche versunkene Kosten vor. Somit ist das natürliche Monopol nicht angreifbar, da es wirtschaftlich nicht zu duplizieren ist.<sup>12</sup> Da der Zugang zum Netz unverzichtbar für alle Unternehmen ist, welche Bahntransporte durchführen wollen, handelt es sich beim Schienennetz um eine wesentliche Einrichtung.

Beim Angebot von Eisenbahnverkehrsleistungen treten indes keine wettbewerbsrelevanten Besonderheiten auf. Kostenirreversibilitäten sind kaum anzutreffen, da fast alle Fahrzeuge auf Sekundärmärkten gehandelt werden können. Ein entsprechendes Leasingangebot für Transportmittel erleichtert den Marktzugang und reduziert die Kapitalbindung entscheidend. Auf

---

<sup>10</sup> Vgl. Knieps, G., Wettbewerb in Netzen, Reformpotentiale in den Sektoren Eisenbahn und Luftverkehr, Vorträge und Aufsätze des Walter Eucken Instituts Nr. 148, Tübingen 1996, S. 14 ff.

<sup>11</sup> Vgl. High Level Group on Infrastructure Charging, Final Report, Brüssel 1999, S. 15 ff.

<sup>12</sup> Die Frage der adäquaten Abgrenzung des relevanten Marktes soll an dieser Stelle nicht vertieft werden. Das vorliegende Gutachten geht davon aus, dass Schienenverkehrsdienste einen eigenständigen relevanten Markt konstituieren.

der Absatzseite stehen Eisenbahnverkehrsleistungen in einem intensiven intermodalen Wettbewerb zu sonstigen Verkehrsträgern.

**13.** Im Rahmen volkswirtschaftlicher Analysen von Netzökonomien spielen Verbundvorteile eine nicht unwesentliche Rolle. Klassische Verbundvorteile einer gemeinsamen Produktion von Netz und Transportleistungen sind auf die folgenden Faktoren zurückzuführen: Kostenersparnisse im administrativen Bereich (wenn etwa Teilbereiche in eine Managementholding ausgegliedert werden) und bei der Koordination der Trassenpläne, effizientere Organisation der Informations- und Kommunikationssysteme, Kostenvorteile bei der Beschaffung und gemeinsamen Nutzung spezifischer Ressourcen, eine gemeinsame Nutzung so genannter „headquarter services“ etwa in den Bereichen Finanzierung oder Forschung und Entwicklung und die Möglichkeit der – insbesondere investitionsbezogenen – Koordination der jeweilig präferierten Fahrzeugtechnik mit der hierfür benötigten Schieneninfrastruktur.<sup>13</sup>

**14.** Ferner resultieren aus Verbundvorteilen Transaktionskostensparnisse. So steigen die Kosten der Abstimmung von Fahr- und Trassenplänen mit einer zunehmenden Zahl von Transportunternehmen. Zusätzlich erfordert eine vertikale Entflechtung die Erarbeitung und das Management eines Trassenpreissystems, während bei hierarchischer Koordination in einem vertikal integrierten Eisenbahnunternehmen mit internen Verrechnungspreisen gearbeitet werden kann. Allerdings zeigt diese Betrachtung auch, dass in vertikal integrierten Unternehmen – aufgrund der Komplexität des Systems Eisenbahnverkehr – erhebliche Koordinationsaufgaben mit entsprechenden internen Transaktionskosten anfallen.

**15.** Des Weiteren können sich Externalitäten sowohl zwischen Netzbetreibern und Transportunternehmen als auch zwischen verschiedenen Transportunternehmen ergeben, insbesondere in Bezug auf die Verursachung und das Management von Verspätungen. Liegen die Gründe für Verspätungen in der Infrastruktur bzw. dem Netzbetrieb, so ist fraglich, inwiefern die Kunden die Verspätung tatsächlich dem Netzbetreiber und nicht dem Transportunternehmen anlasten. In letzterem Fall erleidet das Transportunternehmen einen ungerechtfertigten Reputationsschaden. Dieselben Koordinationsprobleme und möglichen Externalitäten ergeben sich beim Management von Verspätungen von Anschluss- bzw. Zubringerzügen bei Fahrten mit Umstiegen zwischen verschiedenen Bahnverkehrsunternehmen. Die Monopolkommission erachtet dieses Problem aber als nicht so gravierend, da es sich durch ein System von Haftungsrechten und Vertragsstrafen ohne größere Schwierigkeiten lösen ließe.

## ***2.2 Vertikale Separierung und die Gefahr von Unterinvestitionen***

**16.** Als eines der Hauptargumente gegen eine vertikale Entflechtung wird in der ökonomischen Fachliteratur das Risiko angeführt, dass eine vertikale Separierung die Investitionsneigung sowohl auf Seite des Infrastrukturbetreibers als auch auf vor- und nachgelager-

---

<sup>13</sup> Als weitere Verbundvorteile werden zitiert: die Option, das Trassenpreissystem in seiner Struktur und im Niveau zu beeinflussen, die Möglichkeit, Prioritätenregelungen für die Netznutzung durchzusetzen, sowie sogar die Option, bei Netzöffnung für Dritte Informationen über Trassenutzungswünsche konkurrierender Bahnen auf formellem oder informellem Wege zu erhalten und die eigenen Transportgesellschaften zu einer schnellen Marktreaktion zu befähigen. Diese „Vorteile“ stellen aus Sicht der Monopolkommission eher Diskriminierungspotentiale des eingesessenen Anbieters dar. Sie werden durch die Nachteile des Zugangspeten aufgewogen und sind daher aus volkswirtschaftlicher Sicht keine realen Verbundvorteile.

ten Märkten reduzieren kann.<sup>14</sup> Der mögliche Rückgang der Investitionsbereitschaft bei einer vertikalen Entflechtung hat aus theoretischer Sicht drei Ursachen:

- So genannte spezifische Investitionen von Netzbetreibern und Transportunternehmen zeichnen sich dadurch aus, dass irreversible Kosten entstehen, so dass solche Investitionen, wenn sie einmal getätigt wurden, nur mit (gegebenenfalls erheblichen) Verlusten anderen als der geplanten Verwendung zugeführt werden können. Unter Umständen können Investitionen in neue Infrastruktur und neue Züge einen erheblichen Grad an Spezifität aufweisen. In einer solchen Situation besteht die Gefahr, dass sich das investierende Unternehmen nur einen Teil der durch die Investition entstehenden Rente aneignen kann, so dass tendenziell zu wenig investiert wird.
- Ferner hat der Betreiber der Infrastruktur bei vertikaler Entflechtung nur einen begrenzten Einfluss auf die Gestaltung der Endkundenpreise sowie die Vermarktung von Bahnfahrten. Die Nutzung seiner Infrastrukturleistungen und somit üblicherweise auch seine Erlöse hängen jedoch von der Gestaltung von Endkundenpreisen und Vermarktung ab. Diese Begrenzung der Einflussmöglichkeiten reduziert in der Regel die Investitionsbereitschaft.
- Investitionen erfordern gegebenenfalls Abstimmungen zwischen Netzbetreibern und Transportunternehmen (z.B. das Aufrüsten bestimmter Strecken für bestimmte Zugarten, oder die Koordination von Bahnsteiglänge und Zuglänge). Die entstehenden Koordinations- und Verhandlungskosten können ebenfalls die Investitionsanreize schmälern.

Diese Wirkungszusammenhänge können als in der ökonomisch-theoretischen Literatur relativ unbestritten gelten. Ihre Relevanz für die Frage der Privatisierung der Deutschen Bahn AG ist allerdings begrenzt.

**17.** Dass bei vertikal desintegrierten Unternehmen eine Unterinvestitionsproblematik bestehen kann, ist unstrittig, allerdings hat dieses Argument nach Auffassung der Monopolkommission für den Bahnbereich nicht die gleiche Bedeutung wie für andere Sektoren und kann daher auch nicht uneingeschränkt gelten. Von Unterinvestitionen in das deutsche Schienennetz ist nicht auszugehen, da der Bund sowohl nach Art. 87e Abs. 4 GG als auch nach Art. 7 der Richtlinie 91/440/EWG<sup>15</sup> eine Gewährleistungsverantwortung beim Ausbau und Erhalt der Eisenbahninfrastruktur hat. Unabhängig davon, ob die Deutsche Bahn AG als integriertes Unternehmen privatisiert oder ob eine vertikale Separierung vorgenommen würde, der Bund wird in keiner Weise von der potentiellen Verpflichtung befreit, auch künftig für die Erhaltung und den Ausbau des Netzes zu zahlen. Aufgrund der staatlichen Baukostenzuschüsse wird mehr in das Netz investiert, als es ein privates Unternehmen ohne diese Zuschüsse, wovon die ökonomisch-theoretische Literatur ausgeht, tun würde. Somit ist die Gefahr, dass die spezifischen Investitionen in die Infrastruktur unter dem effizienten Niveau bleiben, als gering einzuschätzen.

**18.** Darüber hinaus können durch eine adäquate Festsetzung von Netzzugangsbedingungen und, noch allgemeiner, durch die Ausgestaltung der Regulierung für einen Netzbetreiber In-

---

<sup>14</sup> Vgl. Bühler, S., Schmutzler, A., Benz, M. A., Infrastructure Quality in Deregulated Industries: Is there an Underinvestment Problem?, in: International Journal of Industrial Organization, Vol. 22, 2004, S. 253 ff.

<sup>15</sup> Richtlinie 91/440/EWG des Rates zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen in der Gemeinschaft, ABl. EG Nr. L 237 vom 29. Juli 1991, S. 25.

vestitionsanreize erhöht werden, so dass eine etwaige Unterinvestitionsproblematik, welche bei vertikaler Entflechtung *ohne* Baukostenzuschüsse eventuell entstehen könnte, beseitigt werden kann.<sup>16</sup>

### **2.3 Zugangsregulierung als Voraussetzung für Wettbewerb**

**19.** Ein vertikal integriertes Unternehmen hat einen eindeutigen Anreiz, Konkurrenten beim Netzzugang zu benachteiligen. Insofern ist die Umsetzung von ökonomisch erwünschten Preissetzungsansätzen – wie speziell Zweistufentarifen – mit einem erheblichen Diskriminierungspotential versehen.<sup>17</sup> Primäre Ursache hierfür sind leistungsunabhängige Gemeinkosten, deren Zuordnung in einer opportunistischen Weise erfolgen kann, speziell bei einer lediglich im Rahmen einer Missbrauchsaufsicht stattfindenden Kontrolle.

**20.** Neben wettbewerbsverzerrenden Preisstrategien haben vertikal integrierte Unternehmen vielfältige Möglichkeiten einer nichtpreislichen Diskriminierung, so durch technische, betriebliche, organisatorische oder kommunikative Erschwernisse. In ihrem Vierzehnten Hauptgutachten aus dem Jahre 2002 identifizierte die Monopolkommission bei der Deutschen Bahn AG folgende Tatbestände, die Möglichkeiten zur Diskriminierung von Wettbewerbern boten und teilweise immer noch bieten:<sup>18</sup>

- Es existieren Vorzugsrechte bei der Trassenvergabe aufgrund so genannter Großvaterrechte der DB-Transportgesellschaften.
- Die Fahrplankonzeption orientiert sich ausschließlich an den Wünschen der dominierenden nationalen und internationalen Bahngesellschaften.
- Es bestehen zahlreiche und gut funktionierende Informationskanäle zwischen der Netzgesellschaft und den Schwesterunternehmen im Transportmarkt, so dass z.B. bei Trassenanfragen Dritter entsprechende Informationen weitergegeben werden.
- Über die Trassenpreissysteme wird letztlich nicht in der Netzgesellschaft, sondern in der Holding nach Konzerninteressenlage entschieden.
- Die Beschaffung von (gebrauchten) Schienenfahrzeugen wird durch vertragliche Sonderklauseln der Deutschen Bahn AG gegenüber Schrotthändlern (Verbot des Verkaufs an dritte Bahnen zwecks Modernisierung und weiterem Einsatz) bzw. bei Verkauf an sonstige Bahnen durch Untersagung konkurrierender Aktivitäten gegenüber der Deutschen Bahn AG wesentlich erschwert.
- Die Struktur der Stationspreise, die neben den Trassenpreisen zu entrichten sind, kann zu erheblichen Wirtschaftlichkeitsproblemen und damit Abschreckungswirkungen führen, etwa wenn bei intensiv von Dritten genutzten Bahnhöfen die Stationspreise besonders hoch angesetzt werden. Auch wird beklagt, dass die technische Unterhaltung der vorwiegend von dritten Bahnen genutzten Strecken durch die Deutsche Bahn AG vernachlässigt wird.

---

16 So führen bestimmte Regulierungsregime wie z.B. eine Rate-of-Return-Regulierung bekanntermaßen sogar zu einer Überinvestitionsproblematik. Bühler und Schmutzler weisen zudem explizit auf den Zusammenhang von Regulierungsregime und vertikaler Entflechtung hin und schreiben: „It is important to note that underinvestment problems are not the result of vertical separation *per se*, but of vertical separation combined with an inadequate access pricing mechanism.“ Vgl. Bühler, S., Schmutzler, A., *Railway Reforms in Europe – A Lost Cause?*, a.a.O., S. 12.

17 Vgl. zu den preislichen Diskriminierungspotentialen bei Zweistufentarifen Monopolkommission, *Netzettbewerb durch Regulierung*, Hauptgutachten 2000/2001, Baden-Baden 2003, Tz. 828 ff.

18 Vgl. ebenda, Tz. 830.

- Nicht gelöst ist die Frage der Notfallhilfe bei technischen Problemen dritter Bahnen im Verkehr auf dem Netz der Deutschen Bahn AG. Der Aufbau eigener Notfalldienste (Abschleppen liegen gebliebener Züge) ist für dritte Bahnen wirtschaftlich in der Regel noch nicht möglich.
- Die technischen Spezifikationen von Strecken und damit die Anforderungen an die Fahrzeugausrüstungen werden ausschließlich von der Deutschen Bahn AG festgelegt. Sie können den Marktzugang erheblich erschweren.

**21.** Um die Ausnutzung derartiger Potentiale zu verhindern, bedarf es einer funktionsfähigen Zugangsregulierung. Allerdings zeigt die Erfahrung, dass Zugangsregulierung immer dann auf Schwierigkeiten stößt, wenn der Besitzer der betreffenden Infrastruktureinrichtung ein materielles Interesse an einer Zugangsverweigerung oder Diskriminierung hat. Ein solches Interesse besteht nicht, wenn der Besitzer der Infrastruktureinrichtung mit keinem Nutzer materiell verbunden ist. Daher hatte die Monopolkommission bereits in ihrem Vierzehnten Hauptgutachten vorgeschlagen, Netz und Betrieb bei der Bahn voneinander zu trennen. Diesen Vorschlag unterstreicht die Kommission nachdrücklich.

**22.** Sollte man von einer Trennung von Netz und Betrieb bei der Bahn absehen, so hätte dies Konsequenzen für das erforderliche Regulierungsregime. Informations- und Eingriffsrechte der Bundesnetzagentur müssten deutlich weiter gefasst werden. Die Bundesnetzagentur müsste in die Lage versetzt werden, Wettbewerbsbehinderungen des Netzbesitzers durch Zugangsverzögerung, sonstige Verschlechterung der Zugangsqualität, Quersubventionierungen usw. umfassend zu verfolgen und zu ahnden. Für jemanden, der die Kompetenzen der sektorspezifischen Regulierung eher gering halten möchte, wäre ein solches Regulierungsregime deutlich schlechter als die relativ leichte Regulierung, die bei einer Trennung von Netz und Betrieb zur Implementierung funktionsfähigen Wettbewerbs ausreichen würde.

#### ***2.4 Sequenz von Privatisierung und der Reform des institutionellen Rahmens***

**23.** Vor einer Privatisierung der Infrastruktur, die als Engpassfaktor für die Menge und Qualität des Transportangebots entscheidend ist, sollten aus ordnungspolitischer Sicht zunächst einmal verlässliche Rahmenbedingungen geschaffen werden. Dies bedeutet insbesondere, dass die zuständige Regulierungsbehörde in diesem Bereich funktionsfähig sein muss und hinreichende Rechtssicherheit über die Netzzugangsbedingungen und die Regulierung von Zugangspreisen sowie -modalitäten besteht. Diese Forderung basiert auf zwei Überlegungen. Zunächst einmal sind spätere Reformen des ordnungspolitischen Rahmens, dies zeigen die historischen Erfahrungen, politisch nur schwer durchzusetzen und rechtlich äußerst kompliziert. Dies hat zumeist zur Folge, dass wünschenswerte Korrekturen der Rahmenbedingungen zugunsten eines stärkeren Wettbewerbs unterbleiben. Zusätzlich ist ein fiskalpolitisches Argument zu berücksichtigen. Nachträgliche Korrekturen ordnungspolitischer Regelungen werden meist kostspieliger, da aufgrund der bestehenden Rechtsunsicherheit für die Marktakteure die heutigen Privatisierungserlöse geringer ausfallen.

**24.** Ferner ist zu beachten, dass in der Privatisierung der Infrastruktureinrichtung – der DB Netz AG – ökonomisch gesprochen eine so genannte Realloption besteht. Ist die Privatisierung erst einmal erfolgt, dann wird eine Umkehr der Privatisierung oder anders ausgedrückt der Rückkauf des Netzes durch den Staat nur noch schwer bzw. nur noch unter Aufwendung hoher finanzieller Mittel möglich sein. Eine gegebenenfalls später gewünschte horizontale Ent-

flechtung oder eine Ausschreibung von gemeinsamen Aufträgen für Transportleistungen und Netzbetrieb in den Bereichen des Regionalverkehrs, in welchen nur ein geringes oder gar kein Potential für Wettbewerb *auf* der Schiene besteht, wäre bei einer heutigen Privatisierung nach dem integrierten Modell kaum mehr möglich. Wertvolle Optionen für zukünftige Politikgestaltung würden so ohne Zwang heute schon vergeben. Auch zeigt die gerade von der EU-Kommission im Rahmen der so genannten Review 2006 wieder belebte Diskussion über eine mögliche Entflechtung von Festnetz und Diensten im Telekommunikationssektor, dass eine vorschnelle Privatisierung vertikal integrierter Netzbetreiber nicht ratsam ist.<sup>19</sup> Umgekehrt ist ein Abwarten und damit eine spätere Privatisierung der Infrastruktur relativ problemlos möglich. Aus ökonomischer Sicht spricht derzeit wenig für eine sofortige Privatisierung oder genauer Teilprivatisierung des Netzes.

**25.** Nach Auffassung der Monopolkommission sollte man nicht durch eine Teilprivatisierung der DB Netz AG eine Option bei der anstehenden Privatisierung (nämlich die der vollständigen Separierung) frühzeitig verschenken. Vielmehr sollte diese Option durch den Beibehalt der Infrastruktureinrichtungen in Staatseigentum offen gehalten werden, so dass zu einem späteren Zeitpunkt je nach den Gegebenheiten immer noch eine vertikale Integration der einzelnen Wertschöpfungsstufen möglich wäre, aber eben auch deren vollständige vertikale Entflechtung.

## ***2.5 Trennung von privatwirtschaftlichen und öffentlichen Belangen***

**26.** Im Falle der Privatisierung der Deutschen Bahn AG als vollständig integriertes Unternehmen läuft jegliches Arrangement, bei dem die Infrastrukturverantwortung des Bundes (vgl. Tz. 17) durch eine Beteiligung von 51 % an einer ansonsten privatisierten Gesellschaft wahrgenommen werden soll, dem Prinzip der Trennung von privaten und öffentlichen Interessen zuwider. Die Infrastrukturverantwortung des Bundes begründet ein anderes als das privatwirtschaftliche Interesse eines Eigentümers. Bei einer Beteiligung von 51 % an einer ansonsten privatisierten Gesellschaft besteht daher ein inhärenter Interessenkonflikt zwischen dem Bund als Sachwalter der öffentlichen Interessen und den privaten Investoren. Der Interessenkonflikt kann einen erheblichen Abschlag beim Emissionskurs mit sich bringen, da für die privaten Investoren die Gefahr besteht, dass der Bund seine Aktienmehrheit benutzt, um Entscheidungen durchzusetzen, die sie belasten. Rein rechtlich ergibt sich die Frage, inwiefern die Verwendung der Stellung eines Mehrheitsaktionärs zur Wahrung der grundgesetzlich gebotenen Infrastrukturverantwortung mit den aktienrechtlichen Pflichten dieses Mehrheitsaktionärs zu vereinbaren ist. Jedoch lässt sich der Konflikt gänzlich vermeiden, wenn der Bund die Unternehmensteile vollständig an die Börse bringt, die zur Wahrnehmung seiner Infrastrukturverantwortung nicht benötigt werden, und die Unternehmensteile vollständig behält, die für die Wahrnehmung seiner Infrastrukturverantwortung benötigt werden.

**27.** Auf der Ebene des Bundes selbst besteht ein Potential für Konflikte zwischen seiner Position als Aktionär, der am finanziellen Ergebnis des Unternehmens interessiert ist, und seiner hoheitlichen Funktion für die betreffenden Märkte. Konkret: Wenn der Bund ein finanzielles

---

<sup>19</sup> Vgl. Europäische Kommission, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the Review of the EU Regulatory Framework for electronic communications networks and services (COM(2006) 334 final), Impact Assessment vom 28. Juni 2006, SEC(2006) 817, S. 11, sowie Reding, V., The Review 2006 of EU Telecom Rules: Strengthening Competition and Completing the Internal Market vom 27. Juni 2006, Speech/06/422.

Interesse am Ergebnis der Deutschen Bahn AG hat, so unterliegt er der latenten Versuchung, die Regulierung des Bahnzugangs im eigenen finanziellen Interesse zu beeinflussen. Auch dieser Interessenkonflikt erübrigt sich, wenn der Bund seine Anteile an der Deutschen Bahn AG vollständig veräußert.

**28.** Besonders schwierig ist die Festlegung der Höhe der Trassenpreise. Die Erfahrung der Stromwirtschaft zeigt, dass auch bei formaler Diskriminierungsfreiheit die Höhe von Zugangs- bzw. Nutzungsentgelten de facto diskriminierend wirken und den Zutritt von Wettbewerbern zu einem nachgelagerten Markt verhindern kann. Daher braucht man klare und nicht manipulierbare Kriterien der Entgeltregulierung. Jedoch steht bei der Bahn das Kriterium der effizienten Leistungsbereitstellung nicht in derselben Weise zur Verfügung wie in anderen Wirtschaftszweigen.

Wenn man davon ausgeht, dass das Netz der Bahn seine Kosten nicht selber trägt, sondern teilweise durch Zuschüsse des Bundes finanziert wird, so wird man auch nicht verlangen, dass die Trassenentgelte den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entsprechen. Die mögliche Vorstellung, das generelle Niveau der Trassenpreise so gestalten zu können, dass das Infrastrukturunternehmen eine risikoadäquate Verzinsung des eingesetzten Kapitals erzielt, erscheint als unrealistisch, zumindest, wenn man die Baukostenzuschüsse des Bundes mit einbezieht.

Ist die Subventionierung der Infrastrukturgesellschaft durch den Bund bei der Regulierung der Zugangsentgelte in Rechnung zu stellen, so kommt es auf der Ebene des Bundes zu einem Konflikt zwischen dem Anliegen, über eine Monopolpreissetzung bei den Trassenpreisen den Subventionsbedarf zu begrenzen, und dem Anliegen, durch niedrigere Trassenpreise für mehr Wettbewerb und mehr Effizienz in der Nutzung der Infrastruktur zu sorgen.

Dieser Konflikt ist nicht zu vermeiden. Ordnungspolitisch ist aber geboten, den Umgang damit möglichst transparent zu gestalten. Zusammen mit der Festlegung der Bundeszuschüsse sollte der angestrebte Kostendeckungsgrad festgelegt werden; dieser wäre dann als Grundlage für die Regulierung des Netzzugangs anzusetzen. Im Übrigen wäre wie in anderen Sektoren auch auf die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung abzustellen.

## ***2.6 Wahrnehmung des öffentlichen Interesses an der Bahninfrastruktur***

**29.** Hinsichtlich der Schieneninfrastruktur ergibt sich das Problem, dass diese sich privatwirtschaftlich nicht trägt und auf die Zuschüsse des Bundes angewiesen ist. Damit unterliegt das Geschäftsmodell einem politischen Risiko. Um Investoren für dieses Geschäftsmodell zu gewinnen, besteht die Notwendigkeit, den Kapitalmärkten absolute Sicherheit bezüglich der Verlässlichkeit der Baukostenzuschüsse des Bundes zu geben. Daher wird derzeit diskutiert, so genannte Leistungs- und Finanzierungsvereinbarungen (LuFV) abzuschließen, die im Falle einer Beteiligung des Kapitalmarkts am Infrastruktureigentum, diesem die Garantie geben, dass die Baukostenzuschüsse des Bundes weiter fließen.<sup>20</sup> Ob und wie die LuFV in der Praxis funktionieren können, wurde allerdings noch nicht im Detail erörtert. Hingegen wurde bereits betont, dass insbesondere bei Erstinvestitionen Fehlallokationen zu vermeiden und stets auf die betrieblichen Belange der Deutschen Bahn AG abzustellen sei. Politischer Einfluss auf die

---

<sup>20</sup> Vgl. Booz Allen Hamilton, PRIMON-Gutachten, a.a.O., S. 143 ff.

Eisenbahnstruktur werde vom Kapitalmarkt grundsätzlich negativ betrachtet, wenn die Deutsche Bahn AG nicht für dadurch veranlassetes unwirtschaftliches Handeln entschädigt würde.

**30.** In dieser Diskussion wird übersehen, dass die Infrastrukturfinanzierung des Bundes selbst ein Politikum ist. Mit den Baukostenzuschüssen kommt der Bund seiner gesetzlichen Verantwortung für die Bahninfrastruktur nach. Die Entscheidung des Verfassungsgebers impliziert, dass Investitionen in die Bahninfrastruktur nicht nach rein privatwirtschaftlichen Kriterien vorgenommen werden sollen.

In Anbetracht der verfassungsrechtlichen Regelung erscheint es als problematisch, wenn die LuFV nur auf betriebswirtschaftliche Kriterien abstellen. Der Forderung, die Deutsche Bahn AG müsse grundsätzlich entschädigt werden, wenn politischer Einfluss sie zu unwirtschaftlichem Handeln zwingt, ist entgegenzuhalten, dass die Baukostenzuschüsse als solche schon eine Leistung des Steuerzahlers darstellen, für die dieser ein Eingehen des Unternehmens Deutsche Bahn AG auf allgemeine Belange erwarten kann.

Zu denken ist etwa an die Berücksichtigung regionalpolitischer Belange bei der Entscheidung über bestimmte Trassenführungen. Solche Belange sind ohne weiteres aus dem grundgesetzlichen Auftrag abzuleiten und müssten im Rahmen der Bundesfinanzierung von Infrastrukturinvestitionen durchzusetzen sein, auch wenn sie den betrieblichen Interessen des Unternehmens Deutsche Bahn AG zuwiderlaufen. Nach den derzeit diskutierten Überlegungen wäre dies nicht möglich. Diese Überlegungen würden die von der Infrastrukturplanung berührten allgemeinen Interessen dem Unternehmensinteresse der Deutschen Bahn AG unterordnen, wohl in der Hoffnung, dass die Interessen von Unternehmen und Allgemeinheit nicht allzu sehr auseinander fallen. Diese Hoffnung dürfte sich spätestens dann als unrealistisch erweisen, wenn die Deutsche Bahn AG die Lenkung der mit Bundesmitteln finanzierten Infrastrukturinvestitionen einsetzt, um beim Schienenpersonennahverkehr einem Ausschreibungswettbewerb zu entgehen und den betreffenden Auftrag direkt zu erhalten.

**31.** Der hier beschriebene Konflikt ist kaum auf befriedigende Weise zu beheben. Man kann daran denken, neben den Unternehmensinteressen der Deutschen Bahn AG auch den Interessen der Allgemeinheit in den von den LuFV zu schaffenden Institutionen Geltung zu verleihen. Aus Sicht der Kapitalmärkte würde man damit allerdings die Verlässlichkeit der staatlichen Finanzierungszusagen in Frage stellen. Wenn die Vertreter des Staates in den zu schaffenden Entscheidungsmechanismen die Möglichkeit haben sollen, ihre eigenen Belange zur Geltung zu bringen, so müssen sie auch die Möglichkeit haben, die Verwendung der Mittel für bestimmte andere Investitionen zu verweigern. Wenn diese Möglichkeit aber einmal besteht, ist die Verlässlichkeit der Mittel selbst in Frage gestellt. In diesem Fall unterliegt das Geschäftsmodell der Deutschen Bahn AG einem politischen Risiko. Dieses Risiko wird die Bereitschaft der Anleger zum Kauf von Aktien der Deutschen Bahn AG schmälern.

**32.** Selbst wenn die LuFV hinsichtlich der Kriterien für Entscheidungen über Erstinvestitionen nur auf die Unternehmensinteressen der Deutschen Bahn AG abstellen sollten, ist ein politisches Risiko für die Anleger nicht auszuschließen. Wenn nach erfolgtem Börsengang – und einer weiteren Bundestagswahl – im Jahr 2010 die Bundesregierung zu dem Schluss kommen sollte, dass sie die Baukostenzuschüsse anders eingesetzt sehen möchte, als die Deutsche Bahn AG dies vorsieht, so werden sich auch innerhalb einer scheinbar eindeutigen Vereinbarung Möglichkeiten finden lassen, um diese Absicht durchzusetzen. Die Anleger werden dies



wissen und auf jeden Fall – neben den schon erwähnten Abschlägen für Ertragsrisiken und Kontrollprämien – einen weiteren Abschlag für das politische Risiko des Umgangs mit den LuFV verlangen.

**33.** Das Governance-Problem, um das es hier geht, verschwindet bei einer Unternehmenstrennung mit Privatisierung nur der Transportgesellschaft. In diesem Fall kann der Staat als Alleineigentümer des Infrastrukturunternehmens seine Belange unmittelbar im Unternehmen geltend machen, ohne auf Minderheitsaktionäre Rücksicht nehmen zu müssen. Finanzielles Engagement und unternehmerische Betroffenheit liegen dann in einer Hand. Die Beziehungen zur Deutschen Bahn AG und zu etwaigen anderen Anbietern von Schienentransportleistungen wären unter der Ägide der sektorspezifischen Zugangsregulierung auf privatrechtlicher Basis zu regeln. Allenfalls bliebe der in Tz. 28 angesprochene Konflikt zwischen der Rolle des Staates als Regulator und der Rolle des Staates als Geldgeber für die Infrastruktur.

**34.** Aus ordnungspolitischer Sicht liegen die Vorzüge einer Privatisierung darin, dass das betreffende Unternehmen bei klar gesetzten Rahmenbedingungen in eigener Verantwortung am Markt tätig ist und daher starke Anreize hat, sich im Wettbewerb zu bewähren, neue Aufgaben zu entwickeln und durch besseren Umgang mit den verfügbaren Ressourcen Kosten zu sparen. Dies setzt allerdings voraus, dass das Unternehmen wirklich autonom und auf sich gestellt am Markt operieren kann. Ein Unternehmen, das aus eigener Kraft gar nicht überleben kann, wird verzerrte Anreize haben und Entscheidungen zu Lasten Dritter treffen. Dies spricht gegen einen Einbezug der Bahninfrastruktur in die Privatisierung.

## ***2.7 Die internationale Wettbewerbsfähigkeit der Deutschen Bahn AG***

**35.** An dieser Stelle sei der Blick noch kurz auf die Ambitionen der Deutschen Bahn AG gerichtet, im Zuge der Liberalisierung der europäischen Bahntransportmärkte als „nationaler Champion“ eine international führende Stellung zu erreichen.

**36.** Die Internationalisierungsstrategie der Deutschen Bahn AG macht eine klare Trennung von öffentlichen und privaten Belangen nur noch dringlicher. Abgesehen von der Möglichkeit, dass das integrierte Unternehmen der Internationalisierungsstrategie zu viele Ressourcen entzieht,<sup>21</sup> steht zu befürchten, dass zu viele nationale Ressourcen aufgewandt werden, um Marktpositionen aufzubauen, von denen der deutsche Steuerzahler oder der deutsche Bahnkunde nichts hat; es sei denn, er betrachte die Betitulierung der Deutschen Bahn AG als „nationaler Champion“ als angemessenen Ersatz für die realen Kosten, die ihm persönlich durch eine Privilegierung des Unternehmens in den heimischen Märkten aufgebürdet werden.

**37.** In diesem Zusammenhang sei an die Kosten vergleichbarer Expansionsstrategien anderer Exmonopolisten erinnert, beispielsweise an DHL bei der Post oder an die Überzahlungen der deutschen Stromunternehmen bei der Akquisition britischer Stromerzeuger, welche auch zu großen Teilen mit Gewinnen aus deutschen Monopolmärkten finanziert wurden. Den Kunden, die die Monopolpreise bezahlt hatten, dürfte das Wissen darum, dass ein deutsches Unternehmen in England oder den USA Marktanteile bedient, kaum als angemessene Entschädigung erscheinen.

---

<sup>21</sup> Vgl. Booz Allen Hamilton, PRIMON-Gutachten, a.a.O., S. 240 f.

**38.** Die vorstehenden Bemerkungen sind nicht als Kritik jeglicher Internationalisierungsstrategien zu verstehen. Wenn ein privates Unternehmen eine solche Strategie verfolgt, ist dies als Ausübung autonomer Entscheidungskompetenzen zu respektieren. Problematisch wird es erst, wenn das Unternehmen mit dem Argument, es verfolge nationale Interessen, einen Teil der Kosten bei anderen ablädt, bei Steuerzahlern oder bei Kunden in staatlich geschützten oder staatlich tolerierten Monopolen. Wie im Fünfzehnten Hauptgutachten der Monopolkommission gezeigt wurde, kommen die Vorteile einer Privilegierung „nationaler Champions“ durch den Staat nur selten der heimischen Volkswirtschaft und den heimischen Bürgern zugute.<sup>22</sup> Nutznießer sind zumeist die Aktionäre ausländischer Unternehmen, die ihre Aktien zu überhöhten Preisen verkaufen können, oder die Bewohner anderer Länder, die sich freuen, wenn das Eindringen eines fremden „Champions“ bei ihnen die Qualität erhöht oder die Preise senkt.

**39.** Aus deutscher Sicht wäre es fatal, wenn die Internationalisierungsstrategie der Deutschen Bahn AG zu Lasten der heimischen Infrastruktur oder des letztlich für diese Infrastruktur einstehenden Steuerzahlers ginge. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn die Aufwendungen und Risiken internationaler Akquisitionen Rückwirkungen hätten auf die Mittel, die zur Instandhaltung der Infrastruktur zur Verfügung stehen, oder gar auf die Mittel, die der Bund zuschießen muss, um seiner Gewährleistungspflicht zu genügen. Eine Trennung von Netz und Betrieb mit vollständiger Privatisierung der Transportgesellschaften hätte den Vorzug, dass dieses Problem völlig vermieden würde. Die privatisierte Transportgesellschaft wäre frei, ihre Internationalisierungsstrategie nach eigenem Gutdünken zu verfolgen – ohne Rücksicht auf öffentliche Interessen, aber auch ohne staatliche Mittel oder Privilegien.

**40.** Auch eine Unterordnung wettbewerbspolitischer Belange unter die Förderung des „nationalen Champions“ wäre verfehlt. Das Argument, man brauche die starke Position am heimischen Markt, um international wettbewerbsfähig zu sein, wird auch durch häufige Wiederholung aus machtbewusstem Mund nicht besser. Tatsächlich hat eine Politik der Wettbewerbsbeschränkung zur Steigerung der Gewinne eines „Champions“ dieselben Wirkungen wie eine Steuer auf die betreffenden Produkte in Verbindung mit einer Überweisung des Steueraufkommens an den „Champion“. Für eine derart explizite Steuer- und Subventionspolitik fände sich kaum eine Mehrheit. Die Steuer wirkt verzerrend und unfair; auch die Subvention aus dem Steueraufkommen passt nicht in eine Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, in der Einkommen auf Leistung und nicht auf staatliche Privilegien gegründet sein sollen. Jedoch ist alles, was gegen eine explizite Privilegierung durch Besteuerung der Produkte und Subventionierung in Höhe des Steueraufkommens spricht, auch gegen die implizite Privilegierung durch Schutz vor Wettbewerb in den heimischen Märkten anzuführen.

## **2.8 Ordnungspolitisches Fazit**

**41.** Aus Sicht der Monopolkommission kann eine eigentumsmäßige Separierung der Netz AG unter Ausgliederung aus dem Konzernverbund das Diskriminierungspotential der Deutschen Bahn AG am besten beschränken und eine tatsächliche Gleichbehandlung aller Eisenbahnverkehrsunternehmen erreichen. Mit einer Herauslösung aus dem Konzernverbund kann das Netz als Eisenbahninfrastrukturunternehmen (EIU) eine Reihe von umfassenden Aufgaben für den Schienenbereich wahrnehmen. Diese können strategische Aufgaben wie die Planung von

<sup>22</sup> Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, Hauptgutachten 2002/2003, Baden-Baden 2005, Tz. 78 ff.

Neu- und Ausbauvorhaben im Auftrag des Bundes, die Planung und Kontrolle der Ersatzinvestitionen und der notwendigen Unterhaltungsmaßnahmen, die Investitionskontrolle und Finanzierungsplanung sowie das strategische Marketing sein. Im operativen Bereich werden dem EIU das Management von Fahrplantrassen und Slotvergabe, die bestmögliche Auslastung des Netzes durch Zuordnung der Kapazitäten an die meistbietenden Eisenbahnverkehrsunternehmen, Unterhaltungs- und Reparaturmaßnahmen sowie der integrierte Netzbetrieb durch zentrale Zugführung im Bundesschienennetz zugeordnet.

Eine vertikale Entflechtung ist zwar mit einem Anstieg von Transaktionskosten (aufgrund des erhöhten Koordinationsbedarfs) verbunden, doch ist dieser Nachteil der vertikalen Entflechtung aus Sicht der Monopolkommission gering im Verhältnis zu den zu erwartenden positiven Impulsen für den Wettbewerb im Schienenverkehr.

Das getrennte Modell ist nach der Auffassung der Monopolkommission auch die einzige Lösung, die eine Trennung der privatwirtschaftlichen und öffentlichen Interessen des Bundes ermöglicht und zugleich sicherstellt, dass das mit der Infrastrukturfinanzierung durch den Steuerzahler verbundene öffentliche Interesse an der Bahninfrastruktur in den Entscheidungsmechanismen zur Geltung kommt.

**42.** Ferner spricht sich die Monopolkommission dafür aus, nur die Betreibergesellschaften zu privatisieren und den Infrastrukturbereich als natürliches Monopol des Eisenbahnsektors zunächst komplett im Staatseigentum zu belassen. Damit bestünde weiterhin die Option, nach einer Erprobungsphase und den dann aktuellen Gegebenheiten eine vertikale Integration der einzelnen Wertschöpfungsstufen vorzunehmen oder aber deren vertikale Separierung beizubehalten. Auch wäre eine spätere horizontale Entflechtung oder eine Ausschreibung von gemeinsamen Aufträgen für Transportleistungen *und* Netzbetrieb in solchen Bereichen des Regionalverkehrs, in denen die Perspektiven für Wettbewerb *auf* der Schiene dürftig sind, weiterhin möglich. In letzteren Fällen könnten die potentiellen Kosten der vertikalen Entflechtung dann vermieden werden. Zusätzlich schafft man sich die Möglichkeit, die gebotene Rechtssicherheit über die Netzzugangsbedingungen und die Regulierung von Zugangspreisen sowie -modalitäten zu schaffen. Dies ist notwendig, damit die Bundesnetzagentur in diesem Bereich voll funktionsfähig wird.

### 3. Europarechtliche Aspekte

#### 3.1 Dienstleistungsfreiheit

43. Die voranstehend beschriebenen Diskriminierungspotentiale besitzen, soweit sie zur Behinderung von Eisenbahnunternehmen aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union genutzt werden, auch eine gemeinschaftsrechtliche Relevanz. Gemäß Art. 49 EGV sind die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft verboten. Das Verbot schützt Angehörige von Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind. Übertragen auf den Eisenbahnverkehr bedeutet dies, dass die in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Eisenbahnunternehmen bei voller Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit berechtigt sind, Transportleistungen im grenzüberschreitenden Verkehr, aber auch im inländischen Verkehr Deutschlands zu erbringen. Deutsche Eisenbahnunternehmen haben entsprechende Rechte in anderen Mitgliedstaaten. Dieses Postulat lässt sich nur verwirklichen, wenn die Eisenbahnunternehmen anderer Mitgliedstaaten ungehinderten und diskriminierungsfreien Zugang zur vorhandenen Infrastruktur haben. Die Gemeinschaft hat seit circa 20 Jahren versucht, sekundärrechtliche Maßnahmen mit diesem Ziel zu ergreifen. Die Eisenbahnrichtlinien haben zwar gewisse Erfolge erzielt, das Endziel aber sekundärrechtlich noch nicht erreicht. Freilich ist die Dienstleistungsfreiheit wie auch andere Grundfreiheiten unmittelbar anwendbar, so dass Eisenbahnunternehmen anderer Mitgliedstaaten sich im Konfliktfalle unmittelbar auf Art. 49 EGV berufen könnten.

Daraus ergeben sich keine unmittelbaren Auswirkungen für die Frage nach dem besten Privatisierungsmodell. Indirekt lässt sich aber schlussfolgern, dass ein Modell, das dem nationalen Eisenbahnunternehmen auch nach der Privatisierung erhebliche Diskriminierungspotentiale belässt, Verstöße gegen die Verpflichtung zur Gewährleistung der Dienstleistungsfreiheit begünstigt. Das Trennungsmodell, das die genannten Diskriminierungspotentiale am stärksten reduziert, entspricht insofern dem Grundgedanken der Dienstleistungsfreiheit im Europäischen Binnenmarkt am ehesten.

#### 3.2 Das Verbot staatlicher Beihilfen

##### 3.2.1 Der Privatisierungsvorgang als Beihilfe

44. Gemäß Art. 87 Abs. 1 EGV „sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen“. Die Vorschrift verdeutlicht, dass nicht nur Subventionen oder Steuernachlässe von dem Beihilfenverbot erfasst sind, sondern Beihilfen „gleich welcher Art“. Wesentlich ist freilich, dass sie aus staatlichen Mitteln gewährt werden und bestimmte Unternehmen begünstigen, also selektiv sind. Die Privatisierung eines staatlichen Unternehmens kann diese Voraussetzungen erfüllen, wenn dem Käufer besondere Vorteile gewährt werden, wenn etwa die Schulden des Unternehmens nicht mit übertragen werden oder ein Kaufpreis verlangt wird, der dem wirklichen Unternehmenswert nicht entspricht. Es ist also bei einer Privatisierung öffentlicher Unternehmen sicherzustellen, dass für die veräußerten Unternehmensanteile ein marktgerechter Preis verlangt wird, um eine Begünstigung des Käufers auszuschließen. Nach der Praxis von Kom-

mission und Gerichtshof ist freilich davon auszugehen, dass es zu keiner solchen Begünstigung kommt, wenn die Unternehmensanteile in einem offenen, nichtdiskriminierenden und bedingungsfreien Bieterverfahren oder im Rahmen eines Börsengangs veräußert werden. Bei einem solchen Verfahren geht die Vermutung dahin, dass der Kapitalmarkt den Wert des Unternehmens korrekt bemisst und verborgene Zuwendungen des Staates an das privatisierte Unternehmen durch den Privatisierungserlös ausgeglichen werden. Wird auf ein derartiges wettbewerbliches Verfahren verzichtet, muss der Unternehmenswert in einem unabhängigen Wertgutachten ermittelt werden.

Die Privatisierung der Deutschen Bahn AG ohne Netz ist somit unproblematisch, da ein marktgerechter Preis für die Unternehmensanteile im Grundsatz durch den Börsengang gewährleistet wird. Ähnliches gilt für die Kapitalprivatisierung mit Netz. Es ist davon auszugehen, dass der Kapitalmarkt für die Bewertung des Unternehmens nicht den Buchwert, sondern den tatsächlichen Wert des Unternehmens und insbesondere auch seiner Immobilien zu Grunde legt. Der Privatisierungsvorgang als solcher wird daher im Falle eines Börsengangs unter dem Gesichtspunkt des Beihilfenverbots keine Probleme aufwerfen.

### *3.2.2 Staatliche Finanzierung der Infrastruktur nach der Privatisierung*

**45.** Nach der Privatisierung können sich aber im Vergleich zum Status quo verstärkt beihilfenrechtliche Probleme daraus ergeben, dass der Bund dem privatisierten Unternehmen Finanzmittel zum Ausbau und zur Instandhaltung der Infrastruktur zuwendet. In diesem Zusammenhang ist Art. 73 EGV von Bedeutung, der über Art. 87 Abs. 2 EGV hinaus solche Beihilfen für zulässig erklärt, „die den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen“. Zwei Entscheidungen der EU-Kommission zur staatlichen Förderung des nationalen Schienennetzes in Großbritannien weisen darauf hin, dass solche Fördermaßnahmen im Einklang mit Art. 73 EGV großzügig beurteilt werden.

**46.** Der Entscheidung der Kommission vom 19. September 2001 lag folgender Sachverhalt zugrunde.<sup>23</sup> Großbritannien hatte im Jahr 1996 das nationale Schienennetz im Wege eines Börsengangs privatisiert. In der Folge wurde das private Unternehmen Railtrack alleiniger Infrastrukturbetreiber des Netzes. Im September 2001 meldete Großbritannien ein Beihilfenprogramm bei der EU-Kommission an, auf dessen Grundlage finanzielle Leistungen für die Erneuerung der nationalen Schieneninfrastruktur gewährt werden sollten. Die staatlichen Mittel waren prinzipiell jedem Unternehmen zugänglich, das über eine Lizenz verfügte und die Gesamtheit oder Teile des Netzes betrieb. Das Beihilfenprogramm sah außerdem vor, dass die gewährten Mittel ausschließlich für das Netz verwendet werden durften.

**47.** Die EU-Kommission nahm in einem ersten Prüfungsschritt das Vorliegen einer Beihilfe i.S.d. Art. 87 Abs. 1 EGV an. Zwar stuft die EU-Kommission den Aus- und Neubau der öffentlichen Verkehrswege grundsätzlich nicht als staatliche Beihilfe ein – eine diskriminierungsfreie Nutzung durch alle Marktteilnehmer vorausgesetzt. Sie schränkt diesen Grundsatz aber dahingehend ein, dass finanzielle Zuwendungen des Staates dann am Maßstab des Beihilfenrechts zu messen sind, wenn der Infrastrukturbetreiber „wirtschaftliche Aktivitäten“ ausübt, d.h. Waren oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anbietet. Nach Mei-

<sup>23</sup> Vgl. Europäische Kommission, Entscheidung „Network Grants to Licensed Heavy Tail Infrastructure Managers“ vom 19. September 2001, N 500/2001.

nung der Kommission war Railtrack als privatwirtschaftliches Unternehmen im Markt für den Bau und den Betrieb von Bahninfrastruktur tätig. Auf diesem Markt seien ferner häufig Konsortien aktiv, die aus verschiedenen Mitgliedstaaten kommen. Dies habe zur Folge, dass jede staatliche Zuwendung an Railtrack den Wettbewerb auf dem Markt sowie den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen könne.

**48.** In einem zweiten Schritt erklärte die EU-Kommission die Beihilfe allerdings für mit dem EG-Vertrag vereinbar. Als Grundlage zog sie Art. 73 EGV heran, weil die untersuchte Beihilfe den „Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs“ entspreche, wie es Art. 73 EGV fordert. Nach der Entscheidungspraxis der EU-Kommission sind Beihilfen nach Art. 73 EGV gerechtfertigt, wenn folgende drei Voraussetzungen vorliegen:

1. Die staatliche Beihilfe zur Gesamtfinanzierung des Vorhabens ist für die Verwirklichung des jeweiligen Vorhabens oder der jeweiligen Tätigkeit im gemeinschaftlichen Interesse erforderlich.
2. Die Beihilfe wird auf nichtdiskriminierender Grundlage gewährt.
3. Die Beihilfe führt zu keiner Wettbewerbsverzerrung, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft.

Die ersten beiden Bedingungen sah die Kommission ohne weiteres als erfüllt an. In Bezug auf die zweite Bedingung schadete es auch nicht, dass Railtrack der einzige Infrastrukturbetreiber und daher alleiniger Empfänger der Beihilfe war. Entscheidend war für die Kommission, dass jedenfalls prinzipiell jeder Infrastrukturbetreiber die Beihilfe hätte erhalten können.

**49.** Auf die Frage, ob auf dem definierten Markt eine Wettbewerbsverzerrung zu befürchten sei, ging die Kommission nicht detailliert ein. Sie wies vielmehr auf die positiven Auswirkungen in Bezug auf Sicherheit, Effizienz und Ökologie hin, die mit einer Förderung der Schieneninfrastruktur verbunden sei. Abschließend stellte sie fest, dass die potentiellen Auswirkungen der Beihilfe in Form einer Wettbewerbsverzerrung durch die generellen Vorteile ausgeglichen würden, die eine Verlagerung der Verkehrsströme von der Straße auf die Schiene mit sich bringe.

**50.** Im Juli 2002 entschied die Kommission erneut über staatliche Finanzmittel für das nationale englische Schienennetz.<sup>24</sup> Die Entscheidung befasste sich mit staatlichen Finanzhilfen an Network Rail, die den Betrieb des Schienennetzes übernommen hat, nachdem Railtrack in finanzielle Schwierigkeiten gekommen war. Network Rail erhielt eine unbefristete ausschließliche Lizenz zum Betrieb des Netzes.

**51.** Die EU-Kommission prüfte die Finanzhilfen nach Art. 87 Abs. 1 EGV und kam hier zu dem Schluss, dass bereits der Beihilfentatbestand nicht erfüllt ist. Die Kommission ging zwar von einer Zuwendung aus staatlichen Mitteln sowie von der Selektivität der Maßnahme aus. Sie verneinte aber sowohl das Vorliegen einer Wettbewerbs- als auch das einer Handelsbeschränkung. Aus dem Umstand, dass die nationalen Schienennetze natürliche Monopole darstellten, folgerte die Kommission, dass ein Wettbewerb *auf* dem Markt für Bahninfrastrukturdienste nicht stattfindet. Da die Mitgliedstaaten ferner nicht verpflichtet seien, den Betrieb der Netzinfrastruktur für den Wettbewerb zu öffnen, existiere in aller Regel auch kein Wettbewerb um den Markt. Die einzige Ausnahme stelle die Privatisierung des englischen Schienen-

<sup>24</sup> Vgl. Europäische Kommission, Entscheidung „Network Rail“ vom 17. Juli 2002, N 356/2002.

netzes im Jahr 1996 dar, mit der Großbritannien einen Wettbewerb *um* den Markt ermöglicht habe. Nach dem Scheitern von Railtrack habe Großbritannien allerdings diesen Schritt wieder rückgängig gemacht und den Wettbewerb um diesen Markt ausgeschlossen, indem Network Rail eine ausschließliche Lizenz übertragen wurde. Die Kommission verneinte darüber hinaus Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel. Ihrer Ansicht nach existierten 15 national abgegrenzte räumliche Märkte, die jeweils das Gebiet eines Mitgliedstaats erfassten.

**52.** Überträgt man die beiden Fälle auf Deutschland, könnte man zu dem Schluss kommen, dass staatliche Finanzhilfen nach der Privatisierung als Beihilfe gewertet (dann allerdings nach Art. 73 EGV freigestellt) würden, während gegenwärtig möglicherweise bereits der Beihilfentatbestand abgelehnt würde. Allerdings lassen sich die beiden referierten Entscheidungen nicht ohne weiteres auf die deutschen Verhältnisse übertragen. So hat die Kommission in dem Fall Network Rail neben dem Umstand des fehlenden Wettbewerbs auch der spezifischen Unternehmensform von Network Rail ganz entscheidende Bedeutung beigemessen. Es handelt sich um eine *company limited by guarantee*, die sich dadurch auszeichnet, dass sie nicht gewinnorientiert ist und alle Überschüsse wieder reinvestiert. Die Mitglieder des Unternehmens sind nicht in der Lage, aus ihrer Mitgliedschaft wirtschaftliche Vorteile zu ziehen. Ob die EU-Kommission im Fall der DB Netz, die als Aktiengesellschaft organisiert ist, ebenfalls schon den Beihilfentatbestand verneinen würde, ist daher offen. Die deutschen Verhältnisse weichen auch von dem Sachverhalt in der Entscheidung „Network Grants“ ab, da der Bund selbst bei einer integrierten Privatisierung 51 % der Anteile am Schienennetz behalten wird. Offen ist also auch insoweit, ob die EU-Kommission dieselben Schlüsse ziehen würde wie in dem englischen Fall.

**53.** Insgesamt lässt sich feststellen, dass die EU-Kommission sich in mehreren Beihilfenentscheidungen sehr positiv gegenüber der staatlichen Finanzierung von Schieneninfrastruktur geäußert hat, sofern diese nichtdiskriminierend ausgestaltet war. Die Kommission stuft den Schienenverkehr als einen Sektor von strategischer Bedeutung ein. Die Vereinbarkeit der Beihilfen mit dem EG-Vertrag wurde jeweils auf Art. 73 EGV gestützt und damit begründet, dass die Förderung der Schieneninfrastruktur im Gemeinschaftsinteresse liege. Außerdem hat die Kommission bekundet, Beihilfen im Bereich des Schienenverkehrs auch künftig zu befürworten.<sup>25</sup> Dies gilt insbesondere auch im Hinblick auf Investitionen im Zusammenhang mit der Schieneninfrastruktur, die aufgrund der hohen Kosten ohne Kofinanzierung aus öffentlichen Mitteln nicht getätigt würden. Daher erscheint es zumindest fraglich, ob der integrierte Börsengang unter dem Gesichtspunkt der nachträglichen Infrastrukturfianzierung verstärkt beihilfenrechtliche Probleme mit sich bringen würde.

### *3.2.3 Bewirtschaftungsprivilegien als staatliche Beihilfe*

**54.** Nach einer Spielart des Eigentumsmodells, die gegenwärtig diskutiert wird, wird der Bund zwar Eigentümer der Infrastruktur bleiben, deren Bewirtschaftung aber der dann privatisierten Deutschen Bahn AG übertragen. Die Befürworter dieser Lösung wollen damit einerseits dem verfassungsrechtlichen Postulat des Art. 87e Abs. 3 Satz 3 GG Rechnung tragen, wonach die Mehrheit der Anteile am Infrastrukturunternehmen vom Bund gehalten werden muss, andererseits wollen sie der dann privatisierten Deutschen Bahn AG die Vorteile der vertikalen Integration bewahren. Unter dem Gesichtspunkt der europäischen Beihilfenkontrolle ist zu bedenken, dass dem privaten Transportunternehmen Deutsche Bahn AG mit der Dispositionsbefug-

<sup>25</sup> Vgl. Europäische Kommission, 31. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2001, Brüssel 2002, Tz. 428.

nis über die Infrastruktur des staatlichen Gleisnetzes ein vermögenswerter Vorteil gewährt wird. Da die Infrastruktur in diesem Modell im Eigentum des Staates verbleibt, stünde dem Staat als Eigentümer nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen auch das Recht der Bewirtschaftung zu. Wenn dieses Recht ohne eine marktgerechte Gegenleistung auf ein privates Unternehmen übertragen wird, wird damit ein vermögenswerter Vorteil aus staatlichen Mitteln zugewendet. Dies geschieht auch durch die Begünstigung eines bestimmten Unternehmens. Die oben angesprochenen Diskriminierungspotentiale bedeuten, dass ein solches Vorgehen im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EGV den Wettbewerb zu verfälschen droht. Die unentgeltliche Übertragung der Bewirtschaftung der Eisenbahninfrastruktur des Bundes auf die privatisierte Deutsche Bahn AG würde insofern den Tatbestand der Beihilfe erfüllen. Anders als bei den Zuschüssen zur Förderung des Schienennetzes ist eine Rechtfertigung dieser Beihilfe weder unter dem Gesichtspunkt des Art. 73 EGV noch gemäß Art. 87 Abs. 2 EGV ohne weiteres ersichtlich.

**55.** Zu welchem Zeitpunkt dieses Problem beihilfenrechtlich relevant wird, ist allerdings ungewiss. Es ist durchaus denkbar, dass die Erstvergabe des Bewirtschaftungsrechts an die Deutsche Bahn AG nicht unter das Beihilfenverbot fällt. Ähnlich wie in Tz. 44 dargelegt, könnte man argumentieren, dass bei der Privatisierung die Kapitalgeber den Wert des übertragenen Bewirtschaftungsrechts berücksichtigen und bei einem Börsengang ein marktgerechter Preis für die Unternehmensteile der Deutschen Bahn AG inklusive des Bewirtschaftungsrechts erzielt wird. Da aber gegenwärtig eine zeitliche Befristung des Bewirtschaftungsauftrags in der Diskussion steht, wird spätestens bei dessen unentgeltlicher Neuvergabe an ein Unternehmen der Tatbestand der Beihilfe erfüllt.

**56.** Die erläuterten beihilfenrechtlichen Zweifel lassen sich am ehesten durch die Verwirklichung des Trennungsmodells ausräumen. Sollte sich dagegen doch in der weiteren politischen Diskussion das Bewirtschaftungsmodell durchsetzen, tut die Bundesregierung gut daran, das Privatisierungsgesetz, in dem dieses Modell verankert wird, als Beihilfe gemäß Art. 88 Abs. 3 EGV bei der Europäischen Kommission anzumelden.

### **3.3 *Europäisches Eisenbahnrecht***

**57.** Der regulatorische Rahmen des europäischen Eisenbahnsektors wird mittlerweile zu großen Teilen durch das Gemeinschaftsrecht bestimmt und die Entscheidungsmöglichkeiten des nationalen Gesetzgebers sind äußerst begrenzt. Für den Rechtsrahmen des europäischen Eisenbahnwesens sind die bereits erwähnte Richtlinie 91/440/EWG des Rates zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen in der Gemeinschaft, die Richtlinie 95/18/EG des Rates über die Erteilung von Genehmigungen an Eisenbahnen<sup>26</sup> sowie die Richtlinie 2001/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zuweisung von Fahrwegkapazitäten der Eisenbahn, die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur und die Sicherheitsbescheinigung<sup>27</sup> von zentraler Bedeutung. Durch das so genannte zweite Eisenbahnpaket sind die Richtlinie 2004/49/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Eisenbahnsicherheit in der Gemeinschaft<sup>28</sup> und die Verordnung (EG) 881/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Errichtung einer Europäischen Eisenbahnagentur<sup>29</sup> dazugekommen.

26 ABl. EG Nr. L 143 vom 27. Juni 1995, S. 70.

27 ABl. EG Nr. L 75 vom 26. Februar 2001, S. 29.

28 ABl. EU Nr. L 220 vom 29. April 2004, S. 16.

29 Ebenda, S. 3.



In den Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts sind Vorgaben formuliert, die im Wesentlichen die Organisation der Eisenbahnunternehmen, den Netzzugang sowie die Genehmigungsverfahren und die Aufsicht über die Eisenbahnunternehmen regeln. Im Folgenden soll geprüft werden, inwieweit die diskutierten Privatisierungsmodelle mit dem geltenden Gemeinschaftsrecht vereinbar sind.

### *3.3.1 Unabhängigkeit vom Staat*

**58.** Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 91/440/EWG lautet:

„Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass Eisenbahnunternehmen in Bezug auf die Geschäftsführung, die Verwaltung und die innerbetriebliche Verwaltungs-, Wirtschafts- und Rechnungsführungskontrolle eine unabhängige Stellung haben ...“

Nach der Definition des Begriffs „Eisenbahnunternehmen“ in Art. 3 bezieht sich diese Anforderung auf Unternehmen, die Traktionsleistungen erbringen, sei es ausschließlich oder auch in Verbindung mit Netzleistungen; das Erfordernis der Unabhängigkeit besteht dagegen nicht für reine Infrastrukturunternehmen. Wenn der Bund gemäß Art. 87e Abs. 3 GG die Mehrheit der Anteile an einem Infrastrukturunternehmen behalten muss, so steht dies also nicht im Widerspruch zum europäischen Gemeinschaftsrecht, solange dieses Infrastrukturunternehmen nicht zugleich auch Traktionsleistungen anbietet. Wenn das Infrastrukturunternehmen dagegen auch Traktionsleistungen erbringt, ist es ein „Eisenbahnunternehmen“ im Sinne der Richtlinie 91/440/EWG und muss deshalb eine „unabhängige Stellung haben“.

**59.** Für alle Privatisierungsmodelle, die einem privaten Betreiber, der Eisenbahnverkehrsleistungen zur Beförderung von Gütern und/oder Personen erbringt, zugleich auch Funktionen im Netzleistungsbereich übertragen, ist damit das Erfordernis der Unabhängigkeit zu beachten. Dieses Erfordernis wird in Art. 4 Abs. 1 beispielhaft („insbesondere“) dadurch umschrieben, dass das Eisenbahnunternehmen über ein Vermögen, einen Haushaltsplan und eine Rechnungsführung verfügen muss, die von Vermögen, Haushaltsplan und Rechnungsführung des Staates getrennt sind. Dabei handelt es sich aber wie gesagt nur um Beispiele für die Unabhängigkeit; das Erfordernis der Unabhängigkeit vom Staat reicht weiter, wird aber in der Richtlinie 91/440/EWG nicht näher definiert. In der gegenwärtigen Debatte geht die Frage dahin, ob die konzernmäßige Verbindung eines „Eisenbahnunternehmens“ im Sinne der Richtlinie mit einem Unternehmen, das netzbezogene Leistungen, sei es als (Teil-)Eigentümer oder als Netzbetreiber erbringt, mit dem Erfordernis der Unabhängigkeit vereinbar ist, wenn der Staat die Mehrheit der Anteile an dem Netzunternehmen hält, wie dies von Verfassung wegen vorgeschrieben ist. Die Antwort auf diese Frage lässt sich zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht eindeutig geben, denn

1. es ist unklar, ob Art. 87e Abs. 3 GG nur das Mehrheitseigentum oder auch die Stimmrechtsmehrheit des Bundes in der Infrastrukturgesellschaft erfordert;
2. die Kriterien für die Unabhängigkeit des Eisenbahnunternehmens vom Staat gemäß Art. 4 der Richtlinie 91/440/EWG sind zur Zeit nicht abschließend erkennbar;
3. die vertragsmäßige Ausgestaltung der Konzernbeziehungen zwischen der Infrastrukturgesellschaft und einer Bahnholdinggesellschaft ist ebenfalls noch ungeklärt.

**60.** Letztlich sollte aber eine Gestaltung möglich sein, die dem Erfordernis der Unabhängigkeit des Eisenbahnunternehmens vom Staat Rechnung trägt, ohne dass die Anforderungen des Grundgesetzes in Bezug auf die Netzgesellschaft verletzt werden.

### 3.3.2 *Unabhängigkeit von Verkehrsleistungen und Betrieb der Infrastruktur – Rechtsgrundlagen*

**61.** Unter der Überschrift „Trennung zwischen dem Betrieb der Infrastruktur und der Erbringung von Dienstleistungen“ ordnet Art. 6 der Richtlinie 91/440/EWG an:

„(1) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass getrennte Gewinn- und Verlustrechnungen und Bilanzen für die Erbringung von Verkehrsleistungen durch Eisenbahnunternehmen einerseits und für den Betrieb der Infrastruktur andererseits erstellt und veröffentlicht werden. Öffentliche Gelder zugunsten eines dieser beiden Tätigkeitsbereiche dürfen nicht auf den anderen übertragen werden.

Dieses Verbot muss auch in der Rechnungsführung der beiden Geschäftsbereiche zum Ausdruck kommen.

(2) Die Mitgliedstaaten können ferner vorsehen, dass diese beiden Tätigkeiten in organisatorisch voneinander getrennten Unternehmensbereichen innerhalb desselben Unternehmens ausgeübt werden oder dass eine getrennte Einrichtung den Betrieb der Infrastruktur übernimmt.

(3) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die Funktionen nach Anhang II, die für einen gerechten und nichtdiskriminierenden Zugang zur Infrastruktur ausschlaggebend sind, an Stellen oder Unternehmen übertragen werden, die selbst keine Eisenbahnverkehrsleistungen erbringen. Ungeachtet der Organisationsstrukturen ist der Nachweis zu erbringen, dass dieses Ziel erreicht worden ist.

Die Mitgliedstaaten können jedoch Eisenbahnunternehmen oder jeder anderen Stelle die Erhebung von Entgelten und die Verantwortung für die Verwaltung der Eisenbahninfrastruktur übertragen, wozu Investitionen, Wartung und Finanzierung gehören. ...“

**62.** Anhang II der Richtlinie 91/440/EWG enthält das „Verzeichnis der wesentlichen Funktionen nach Art. 6 Abs. 3:

- Vorarbeiten und Entscheidungen über die Zulassung von Eisenbahnunternehmen, einschließlich der Gewährung einzelner Genehmigungen;
- Entscheidungen über die Trassenzuweisung einschließlich sowohl der Bestimmung als auch der Beurteilung der Verfügbarkeit und der Zuweisung von einzelnen Zugtrassen;
- Entscheidungen über die Wegeentgelte;
- Überwachung der Einhaltung von Verpflichtungen zur Bereitstellung bestimmter Dienstleistungen für die Allgemeinheit.“

**63.** Zusätzlich sind in Bezug auf die Festsetzung, Berechnung und Erhebung von Entgelten sowie die Zuweisung von Fahrwegkapazität die Art. 4 Abs. 2 und 14 Abs. 2 der Richtlinie 2001/14/EG zu beachten:

Art. 4 (2): „Ist der Betreiber der Infrastruktur rechtlich, organisatorisch oder in seinen Entscheidungen nicht von Eisenbahnunternehmen unabhängig, so werden die in diesem Kapitel dargelegten Aufgaben – außer der Erhebung von Entgelten – von einer entgelterhebenden Stelle wahrgenommen, die rechtlich, organisatorisch und in ihren Entscheidungen von Eisenbahnunternehmen unabhängig ist.“

Art. 14 (2): „Ist der Betreiber der Infrastruktur rechtlich, organisatorisch oder in seinen Entscheidungen nicht von Eisenbahnunternehmen unabhängig, so werden die in Absatz 1 genannten und in diesem Kapitel im weiteren dargelegten Aufgaben [Zuweisung von Fahrwegkapazität] von einer entgelterhebenden Stelle wahrgenommen, die rechtlich, organisatorisch und in ihren Entscheidungen von Eisenbahnunternehmen unabhängig ist.“

**64.** Aus diesen Vorschriften folgt zunächst, dass die Eisenbahnrichtlinien zwar eine rechnungsmäßige Trennung von Netz und Betrieb anordnen, dass eine organisatorische Trennung, sei es durch gesellschaftsrechtliche Aufspaltung oder auch innerhalb ein und derselben Gesellschaft, jedoch in das Ermessen der Mitgliedstaaten gestellt ist. Inwieweit eine organisatorische Trennung dann auch eine tatsächliche und kapitalmäßige Trennung nach sich zieht, inwieweit also eine konzernmäßige Verbindung zwischen verschiedenen Gesellschaften für Netz und Betrieb möglich bleibt, ist in den Richtlinien gar nicht direkt angesprochen.

### *3.3.3 Grenzen mitgliedstaatlicher Politik*

**65.** Allerdings sind der konzernmäßigen Verflechtung der Netzgesellschaft mit dem Betriebsbereich in Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie 91/440/EWG sowie in Art. 4 Abs. 2 und 14 Abs. 2 der Richtlinie 2001/14/EG Grenzen gezogen. Danach können die Mitgliedstaaten zwar eine konzernmäßige Verflechtung von Netz- und Betriebsgesellschaften vorsehen. Dies hätte aber zur Folge, dass der Betreiber der Infrastruktur nicht, wie es Art. 4 Abs. 2 und 14 Abs. 2 der Richtlinie 2001/14/EG erfordern, „rechtlich, organisatorisch oder in seinen Entscheidungen von Eisenbahnunternehmen unabhängig“ ist. Für diesen Fall schreiben die genannten Vorschriften vor, dass die Aufgaben der Festsetzung, Berechnung und Erhebung von Entgelten sowie der Zuweisung von Fahrwegtrassen von einer Stelle wahrgenommen werden, die „rechtlich, organisatorisch oder in ihren Entscheidungen von Eisenbahnunternehmen unabhängig ist“. Zwar gestattet es Art. 6 Abs. 3 Unterabs. 2 der Richtlinie 91/440/EWG ausdrücklich, dass die Mitgliedstaaten an „Eisenbahnunternehmen“ die Erhebung von Entgelten und die Verantwortung für die Verwaltung der Eisenbahninfrastruktur übertragen, wozu ausdrücklich auch Investitionen, Wartung und Finanzierung gerechnet werden. Insofern wäre ein Privatisierungsmodell denkbar, das ohne Privatisierung des Netzes einer privatisierten Deutschen Bahn AG die Erhebung von Netzentgelten überträgt. Damit wird die in Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2001/14/EG geforderte Unabhängigkeit der entgelterhebenden Stelle von Eisenbahnunternehmen in Art. 6 Abs. 3 Unterabs. 2 für die Entgelterhebung gerade wieder eingeschränkt. Allerdings gilt diese Einschränkung nur für die Erhebung von Entgelten, nicht für deren Festsetzung, die in Art. 4 der Richtlinie 2001/14/EG als eigenständige Funktion mit genannt ist. Uneingeschränkt bleibt das Erfordernis der Unabhängigkeit auch für die Vergabe von Fahrwegkapazität. Es ist danach ausgeschlossen, dass eine Stelle im Einzugsbereich der Bahnholding mit der Vergabe von Fahrwegkapazitäten betraut wird, gleich ob das Eigentum an der Infrastruktur beim Bund verbleibt oder aber teilprivatisiert wird.

**66.** Diese Schlussfolgerung kann auch nicht durch den Hinweis auf die Existenz einer Regulierungsbehörde (hier der Bundesnetzagentur) ausgeräumt werden. Die Richtlinie 2001/14/EG unterscheidet sowohl in der Diktion wie auch hinsichtlich der Funktionen deutlich zwischen der „entgelterhebenden Stelle“, von der in Art. 4 Abs. 2 und 14 Abs. 2 die Rede ist, und der Regulierungsstelle, die in Art. 30 näher ausgestaltet ist. Entgelte für die Nutzung der Fahrwege sind gemäß Art. 7 der Richtlinie 2001/14/EG in erster Linie „an den Betreiber der Infrastruktur“ zu entrichten; nur wenn dieser nicht von Eisenbahnunternehmen unabhängig ist, ist die Aufgabe einer entsprechend unabhängigen entgelterhebenden Stelle zu übertragen. Sie übernimmt dann im alltäglichen Geschäftsverkehr zwischen dem Betreiber der Infrastruktur und deren Nutzern die geschäftlichen Funktionen des Betreibers. Der Regulierungsstelle obliegt dagegen gemäß Art. 30 Abs. 2 der Richtlinie 2001/14/EG eine Missbrauchsaufsicht; gemäß Art. 30 Abs. 1 Satz 2 ist sie „organisatorisch, bei ihren Finanzierungsbeschlüssen, rechtlich und in ihrer Entscheidungsfindung von Betreibern der Infrastruktur, entgelterhebenden Stellen, Zuweisungsstellen und Antragstellern unabhängig“. Mit dieser Rechtslage wäre ein Privatisierungskonzept unvereinbar, das einer Stelle im Bereich der Bahnholding die Erhebung von Wegeentgelten und die Zuweisung von Trassen überlässt und deren Entscheidungen lediglich unter den Vorbehalt einer Überprüfung durch die Bundesnetzagentur stellt.

### *3.3.4 Tatsächliche Unabhängigkeit*

**67.** Das PRIMON-Gutachten weist mit Recht darauf hin, dass bestimmte personelle Verflechtungen zwischen dem Infrastrukturunternehmen und den Eisenbahnunternehmen der Deutschen Bahn AG im Widerspruch zu dem Ziel stehen, die Unabhängigkeit von Trassenvergabe und Bestimmung der Trassenentgelte zu sichern.<sup>30</sup> Damit könnte der Eindruck erweckt werden, als sei die Vermeidung der dort genannten personellen Verflechtungen schon ausreichend, um die angestrebte Unabhängigkeit zu gewährleisten. Dieser Eindruck wäre unzutreffend. Wie dargelegt, knüpfen Art. 4 Abs. 2 und Art. 14 Abs. 2 der Richtlinie 2001/14/EG daran an, dass der Betreiber der Infrastruktur „rechtlich, organisatorisch oder in seinen Entscheidungen nicht von Eisenbahnunternehmen unabhängig“ ist. Die Trias dieser Voraussetzungen bedeutet, dass die rechtliche und organisatorische Unabhängigkeit allein nicht ausreicht. Die Rechtsfolge der Art. 4 Abs. 2 und 14 Abs. 2, nämlich die Übertragung der Wegeentgeltbestimmung und Trassenvergabe auf neutrale Stellen, greift vielmehr auch ein, wenn der Betreiber der Infrastruktur zwar rechtlich und organisatorisch von Eisenbahnunternehmen unabhängig ist, aber seine Entscheidungen doch nicht unabhängig von ihnen treffen kann.

**68.** Entscheidend ist also jenseits aller rechtlichen und organisatorischen Vorkehrungen die tatsächliche Unabhängigkeit. Sie kann zum Beispiel auch dadurch beeinträchtigt werden, dass die Vorstandsmitglieder der Netzgesellschaft Anstellungsverträge mit relativ kurzer Laufzeit erhalten und die Vertragsverlängerung von Personen, Unternehmen oder sonstigen Stellen abhängt, die ein wirtschaftliches Interesse am Erfolg der Eisenbahnunternehmen haben. Dies lässt sich am Zusammenhang von Trassenvergabe und Fahrplanerstellung verdeutlichen: Die Deutsche Bahn AG stattet ihre Fahrpläne mit einjähriger Laufzeit aus und beginnt mit deren Planung mit erheblicher Vorlaufzeit von einem Jahr oder mehr. Da für die Verwirklichung der Fahrpläne entsprechende Trassenrechte erforderlich sind, muss die Netzgesellschaft Entscheidungen, die für das Fahrplanangebot und damit für das Geschäftsergebnis der Transportgesellschaft im Jahre 2008 relevant werden, bereits im Jahre 2006 treffen. Ein Vorstandsmitglied, dessen Anstellungsvertrag bei der Netzgesellschaft im Jahre 2008 oder 2009 verlängert

<sup>30</sup> Vgl. Booz Allen Hamilton, PRIMON-Gutachten, a.a.O., S. 268 ff.

werden soll, wird also bereits im Jahre 2006 sein Verhalten entsprechend einrichten, wenn er oder sie gewärtigen muss, dass an der Entscheidung über die Vertragsverlängerung Personen mitwirken, die an dem wirtschaftlichen Erfolg des Eisenbahnunternehmens interessiert sind. In einer solchen Situation wird man schon im Jahre 2006 nicht von einer tatsächlichen Unabhängigkeit der Trassenvergabe sprechen können, wie sie von den EG-Richtlinien gefordert wird. Weitere Beispiele für tatsächliche Interessenabhängigkeiten ließen sich ohne weiteres anfügen. Es ist kaum denkbar, dass eine durch das Privatisierungsmodell vorgegebene Interessensynchronisation von Netzgesellschaft und Eisenbahnunternehmen durch rechtliche Vorkehrungen so stark vermindert wird, dass die rechtlich vorgeschriebene Unabhängigkeit der Wegeentgeltbestimmung und Trassenvergabe gewährleistet ist.

### *3.3.5 Schlussfolgerungen für die Privatisierungsmodelle*

**69.** Die voranstehenden Überlegungen stehen im Ergebnis einer Privatisierung der Deutschen Bahn AG nach dem integrierten Modell klar entgegen. Dies gilt aber auch für die zweite von der Bundesregierung erwogene Option, das Eigentumsmodell; wenn die Deutsche Bahn AG Betreiber einer auf den Bund rückübertragenen Schieneninfrastruktur bleibt, trifft sie letztlich alle wirtschaftlichen Entscheidungen über die Verwendung dieser Infrastruktur. Wegen der damit gegebenen Abhängigkeit der Wegeentgeltbestimmung und Trassenvergabe von einem Eisenbahnunternehmen müssten die betreffenden Funktionen gemäß Art. 4 Abs. 2 und 14 Abs. 2 der Richtlinie 2001/14/EG jeweils auf Stellen übertragen werden, die „rechtlich, organisatorisch und in ihren Entscheidungen von Eisenbahnunternehmen unabhängig“ sind, die also außerhalb des DB-Konzerns stehen. Ob es Investoren gibt, die bis zu 49,9 % der Eisenbahninfrastruktur erwerben, ohne dass sie über deren wirtschaftliche Verwendung mitbestimmen können, erscheint äußerst zweifelhaft. Davon abgesehen bleibt dunkel, wie denn die geschilderten neutralen, außerhalb des DB-Konzerns stehenden Stellen ausgestaltet sein sollen, die dann die wesentlichen Entscheidungen über die Wegeentgelte und die Trassenvergabe zu treffen hätten.

**70.** Das Privatisierungsmodell der Finanzholding scheint zwar auf den ersten Blick eine größere Unabhängigkeit der Netzgesellschaft im operativen Bereich zu gewährleisten, soll doch der Vorstand der Netzgesellschaft im Stande sein, alle Managemententscheidungen selbst zu treffen. Bei näherem Hinsehen ist aber auch hier Skepsis angebracht. Erstens werden die Anstellungsverträge der Vorstände der Netzgesellschaft von Vertretern der Holdinggesellschaft abzuschließen sein, die ebenso für die Eisenbahnunternehmen des Konzerns verantwortlich und damit an deren wirtschaftlichem Erfolg interessiert sind; damit ergibt sich die oben beleuchtete Interessenverquickung, die nach Art. 4 Abs. 2 und 14 Abs. 2 der Richtlinie 2001/14/EG gerade ausgeschlossen sein soll. Zweitens stellt sich auch bei diesem Modell die Frage, mit welchem Interesse Investoren Anteile der Holding erwerben sollen, wenn sie über den wirtschaftlichen Einsatz des wichtigsten Anlagevermögens dieser Holding, nämlich das Netz, nicht mitentscheiden können. Drittens wird die Netzgesellschaft von ihrem Aufsichtsrat kontrolliert, in dem Vertreter der Finanzholding sitzen und damit das kapitalmäßige Band zu den Eisenbahnverkehrsunternehmen des Konzerns auch in der tatsächlichen Geschäftsführung verstärken. Gemäß § 111 AktG hat der Aufsichtsrat die Geschäftsführung zu überwachen. Dies bezieht sich jedenfalls auf Leitungsmaßnahmen des Vorstandes sowie wesentliche Einzelmaßnahmen des Unternehmens, beides nicht nur in einem nachträglich kontrollierenden, sondern auch präventiven Sinn. Das Modell der Finanzholding entspricht einer Unternehmenswirklichkeit, bei der die Muttergesellschaft aus freien Stücken und in ihrem eigenen In-

teresse darauf verzichtet, eigene Entscheidungen im operativen Geschäft der Tochter zu treffen. Dies ist aber nicht die Realität, wie sie der Gesetzgeber durch die Privatisierung des Bahnkonzerns nach dem Modell einer Finanzholding schaffen würde. Da die Holding letztlich gegenüber ihren Eigentümern und dem Kapitalmarkt verpflichtet wäre, das Geschäftsergebnis des Gesamtkonzerns zu optimieren, müsste sie ihren Einfluss auf die Netzgesellschaft in diesem Sinne geltend machen und, wenn sie sich davon eine Verbesserung des Geschäftsergebnisses verspricht, die Netzgesellschaft dazu drängen, die Trassenrechte in bestimmter Weise zu vergeben. Wie diese Interessenlage und ein entsprechendes Handeln, das obendrein durch das Aktiengesetz im Wesentlichen gedeckt wäre, durch gesetzgeberische Maßnahmen mit Erfolg unterbunden werden kann, ist nicht ersichtlich. Im Ergebnis lässt sich daher auch in dem Privatisierungsmodell der Finanzholding die erforderliche Unabhängigkeit der Weegeentgeltbestimmung und Trassenvergabe nicht gewährleisten.

**71.** Anders verhält es sich mit dem Trennungsmodell. Wenn die Eisenbahninfrastruktur auf den Bund oder eine bundeseigene Gesellschaft übertragen wird und lediglich die Eisenbahnunternehmen des Konzerns privatisiert werden, was dann auch zu 100 % geschehen kann, wird die Abhängigkeit der Trassenvergabe und Weegeentgeltbestimmung von den Interessen der Eisenbahnunternehmen beendet.

### *3.3.6 Verfahren der gemeinschaftsrechtlichen Überprüfung*

**72.** Gemäß Art. 34 Abs. 1 der Richtlinie 2001/14/EG können die Mitgliedstaaten der Kommission alle Fragen im Zusammenhang mit der Durchführung jener Richtlinie vorlegen. Falls dies noch nicht geschehen ist, empfiehlt es sich daher, der Kommission die Frage vorzulegen, was das Erfordernis der Unabhängigkeit von Weegeentgeltbestimmung und Trassenvergabe genau bedeutet und welche Grenzen es der Privatisierung der Deutschen Bahn AG zieht. Die Kommission wird ihre Rechtsauffassung dann in einer Entscheidung niederlegen, die ihrerseits von der europäischen Gerichtsbarkeit überprüft werden kann.

**73.** Der beschriebene Weg dürfte freilich nicht der einzige sein, auf dem die Fragen der Auslegung der Eisenbahnrichtlinien vor den Europäischen Gerichtshof gelangen können. Denkbar wäre es auch, dass das vom deutschen Gesetzgeber zu verabschiedende Privatisierungsgesetz im weiteren Verlauf einer gerichtlichen Normenkontrolle unterzogen und von dem angerufenen Gericht die Frage der Vereinbarkeit mit dem europäischen Eisenbahnrecht dem Gerichtshof vorgelegt wird. Möglich ist aber auch, dass nach Verabschiedung des Privatisierungsgesetzes und Vollzug der Privatisierung Trassenvergabeentscheidungen einer zum DB-Konzern gehörenden Stelle vor Gericht angegriffen werden; so könnten sich beispielsweise konkurrierende Eisenbahnunternehmen, die sich benachteiligt fühlen, darauf berufen, dass die Trassenvergabeentscheidung nicht von einer neutralen Einrichtung getroffen worden und deshalb unwirksam sei. Vorstellbar sind auch Zivilrechtsstreitigkeiten über die Höhe der Weegeentgelte, die von einer zum DB-Konzern gehörenden Einrichtung festgelegt wurden. In allen diesen Fällen wären die angerufenen deutschen Gerichte gemäß Art. 234 EGV befugt und als letztinstanzliche Gerichte sogar verpflichtet, Fragen zur Auslegung der EG-Richtlinien dem Europäischen Gerichtshof vorzulegen.

**74.** Die Risiken einer nachträglichen Korrektur von Privatisierungsentscheidungen durch den Europäischen Gerichtshof sollten vom deutschen Gesetzgeber berücksichtigt und im Interesse einer rechtssicheren Privatisierung auch minimiert werden.

#### 4. Schlussbetrachtung und abschließende Empfehlungen

**75.** Ein Hauptziel der Bahnreform aus dem Jahr 1994 ist es, den Anteil des Verkehrsträgers Schiene am Verkehrsaufkommen, dem so genannten „modal split“, auszubauen. Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass eine Intensivierung des Wettbewerbs auf der Schiene dazu beitragen kann, diesen „modal split“ zugunsten des Schienenverkehrs zu erhöhen. In dem vorliegenden Gutachten ist die Monopolkommission der Frage nachgegangen, in welcher Form die Deutsche Bahn AG privatisiert werden sollte, damit sich der Wettbewerb im Eisenbahnsektor soweit wie möglich entfalten kann.

**76.** Dass Gutachten kommt zu dem Ergebnis, dass die Privatisierung der Deutschen Bahn AG als vertikal integriertes Unternehmen mitsamt dem Schienennetz aus wettbewerbspolitischer Sicht ein schwer zu korrigierender Fehler wäre und zusätzlich ein nicht zu kalkulierendes Risiko für den Bund und folglich für den Steuerzahler darstellt.

**77.** Die Monopolkommission geht davon aus, dass der Wettbewerb im Bahnsektor negativ beeinflusst wird, wenn die Deutsche Bahn AG weiterhin über die Infrastruktur – als Eigentümer oder Verwalter – verfügen kann. Der Grund liegt in den zahlreichen Diskriminierungsmöglichkeiten, welche sich für die Deutsche Bahn AG ergeben würden, wenn sie weiterhin über das Netz verfügen kann. Dies gilt insbesondere, wenn die Befugnisse der Regulierungsbehörde weiterhin so eng gefasst sind.

**78.** Über diese wettbewerbspolitische Skepsis hinaus sieht die Kommission nicht nur europaa- und verfassungsrechtliche Bedenken bei einem integrierten Börsengang, sondern auch erhebliche finanzielle Risiken für den Bund im Falle einer späteren Rückholung der Schieneninfrastruktur in Staatsbesitz.

**79.** Als problematisch stuft die Monopolkommission auch die Tatsache ein, dass bei einem integrierten Börsengang aus verfassungsrechtlichen Gründen lediglich eine Teilprivatisierung der Deutschen Bahn AG von maximal 49 % möglich wäre. Dies hätte zur Folge, dass der Bund weiterhin Mehrheitsaktionär bliebe und somit die Risiken der internationalen Expansionsaktivitäten eines global agierenden Logistikkonzerns zu tragen hätte.

**80.** Die Monopolkommission spricht sich aus den dargelegten Gründen für eine eigentumsmäßige Separierung der Netz AG aus. Ferner sollte der Infrastrukturbereich als natürliches Monopol des Eisenbahnsektors zunächst komplett im Staatseigentum verbleiben und eine neutrale Infrastrukturgesellschaft mit der Verwaltung sowie Vergabe der Trassen beauftragt werden, während eine vollständige Privatisierung der Transportgesellschaften anzustreben ist.

**81.** Bei einer heutigen Privatisierung nach integriertem Modell würden wertvolle Optionen für zukünftige Politikgestaltung ohne Zwang vergeben. Eine spätere Umkehr der Integration von Netz und Transportdiensten wird nur noch schwer und unter Aufwendung hoher finanzieller Mittel möglich sein. Auch eine mögliche horizontale Entflechtung oder eine Ausschreibung von gemeinsamen Aufträgen für Transportleistungen *und* Netzbetrieb in den Bereichen des Regionalverkehrs, in welchen nur ein geringes oder gar kein Potential für Wettbewerb *auf* der Schiene besteht, wäre bei einer heutigen Privatisierung nach dem integrierten Modell kaum mehr möglich. Nach Auffassung der Monopolkommission sollte man durch eine Teilprivatisierung der DB Netz AG diese Optionen nicht frühzeitig verschenken.

Bonn, im September 2006

Jürgen Basedow

Jörn Aldag

Justus Haucap

Peter-Michael Preusker

Katharina M. Trebitsch