

Partnerschaft
Dr. Gottfried Ilgmann & Dr. Manfred Miethner
Managementberater

Öffentliche Anhörung von Sachverständigen durch den Ausschuss für
Verkehr, Bau- und Wohnungswesen des Deutschen Bundestages

am 26. November 2001 in Berlin

zum Entwurf der Bundesregierung

**Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung
eisenbahnrechtlicher Vorschriften**

(BT Drs. 14/6929)

Schriftliche Stellungnahme zu den Fragen des Ausschusses

von

Gottfried Ilgmann

Hamburg, im November 2001

Gneisenastr. 10 • 20253 Hamburg • Tel: 040-429 111 73 • Fax: 040-429 111 74

Email: G. ilgmann@T-online.de • Homepage: G-Ilgmann.de

1. **Schwerpunkte der vorliegenden Stellungnahme**

Die beiden letzten Fragen 5 und 6 des Ausschusses, nämlich die nach der Europatauglichkeit des Gesetzentwurfes bzw. danach, ob mehr Wettbewerb entstehen würde, haben übergeordneten Charakter. Deshalb konzentriert sich die vorliegende Stellungnahme auf die Antwort zu diesen beiden Fragen. Auf die übrigen wird summarisch im letzten Kapitel eingegangen.

2. **„Europatauglichkeit“ (Frage 5 des Ausschusses)**

Die EU-Richtlinie 2001/12-14 folgt anglo-amerikanischem Verständnis von Wettbewerbsrecht. Dies läuft darauf hinaus, dass durch ein Konstrukt vertikaler Integration von Netz und Transport im DB-Konzern per se der Wettbewerb auf der Schiene behindert wird. Kein Regulierer – und sei er mit noch so hohen Eingriffsrechten ausgestattet – kann den Mangel dieser wettbewerblichen Fehlkonstruktion ausgleichen. Der Mangel besteht in einem erheblichen Anreiz für DB Netz, die DB-Transportschwestern zulasten von Wettbewerbern auf der Schiene zu bevorzugen, denn die Konzerntochter DB Netz hat zum maximalen Nutzen des Konzerns beizutragen und nicht den maximalen eigenen Nutzen¹ anzustreben. Dieser wäre aus Konzernsicht suboptimal. Deshalb sind auch im Konzernvorstand der DB die jeweiligen Bereichsvorstände (DB Regio, DB Netz etc.) eingebunden, damit das übergeordnete Interesse des Konzerns und nicht das (aus Sicht des Konzerns) suboptimale Interesse der nachgeordneten Konzerngesellschaften verfolgt wird. US-amerikanisches Wettbewerbsrecht qualifiziert von vornherein das Unterfangen ab, einen Infrastrukturbetreiber regulieren zu wollen, der institutionell mit einem Wettbewerber verbunden ist, der die Infrastruktur nutzt. Eindrucksvoll hat das höchste US-Gericht im sogenannten AT+T-Verfahren, das bekanntlich mit der Zerschlagung dieses Telekommunikationskonzerns geendet hat, konstatiert, „ ... dass Verhaltensformen ungeeignet sind, unverfälschten Wettbewerb im Zugang zum Netz zu gewährleisten, wenn es dem Inhaber des Netzes gestattet ist, an diesem Wettbewerb teilzunehmen. Die Gewährleistung kann auch nicht durch gerichtlich überwachte Verhaltensnormen gewährleistet werden (Anm.: durch eine Regulierungsbehörde).“

¹ Der maximale Eigennutz der Netzgesellschaft ist weitgehend gleichlaufend mit den Interessen der gesamten Schienenverkehrsbranche, denn je mehr Verkehr durch Wettbewerb auf die Schiene gezogen wird, desto mehr kann der Absatz der Netzgesellschaft steigen (bei relativ geringen zusätzlichen Kosten zur Beseitigung singulär auftretender Engpässe).

Etwas verständlicher formuliert: Konstrukte wie die des DB-Konzerns¹, in denen der „Schiedsrichter“ über das Netz zugleich „Spieler“ auf dem Netz ist, sind verboten, selbst wenn dieses Konstrukt reguliert würde. Unterlägen wir dem amerikanischen Kartellrecht, wäre die Zerschlagung des DB-Konzerns längst angeordnet worden.

Der DB-Konzern beteuert permanent, er wolle nicht diskriminieren, weil auch ihm Fair Play und eine bessere Netzauslastung am Herzen lägen.² Einer solchen Beteuerung Glauben zu schenken, ist hochgradig naiv. Falls sich z.B. Newcomer nicht mehr mit dem Wettbewerb nach Guts-herrenart³ (wie Mora C) zufrieden geben und sich aufmachen, DB Cargo in den „Sahnesegmenten“ des Schienenverkehrs zu konkurrenzieren, „wird Schluss mit lustig sein“. Das Diskriminierungspotential von DB Netz wird genutzt werden, sobald die Transportgesellschaften des DB-Konzerns unter heftigeren Druck geraten.

Noch hat die EU-Kommission mit ihrer Richtlinie auf die Wettbewerbswüste ‚Kontinentaleuropa‘ Rücksicht genommen, insbesondere auch auf deutschen Druck hin. Sie hat ein sogenanntes Minimalmodell kreiert (Normalfall: institutionelle Trennung). Danach dürfen zwar Netz und Transport integriert bleiben, aber zur Abwendung der schlimmsten Auswüchse des Interessenkonfliktes muss dann der Netzzugang und die Trassenpreissetzung, d.h. der Vertrieb des Netzes, an eine unabhängige Institution ausgelagert werden (i. a. R. an eine Behörde). Aber selbst dieses Minimalmodell geht dem DB-Konzern schon zu weit. In der Task Force hat deshalb Konzernchef Mehrdorn ein Modell durchgesetzt, das mit „Entherrschung“ und „Chinese Walls“ letztlich das EU-Minimalmodell noch unterlaufen soll. Einem Außenstehenden ist nur schwer begreiflich zu machen, worin sich das von Mehrdorn durchgesetzte Modell von den Minimalanforderungen der EU unterscheidet. Um den großen, aber schwer erkennbaren Unterschied deutlich zu machen, wird zum Hilfsmittel des szenischen Dialogs gegriffen (siehe Kasten)⁴. Die juristischen Grundla-

¹ mit einem monopolistischen Infrastrukturbetreiber, der sein Netz einer ganzen Branche ‚Schienen-transport‘ öffnen soll.

² Z.B. jüngst am 19. 11 2001 in einer Podiumsdiskussion der rail # tech in Dortmund durch den Bahnmanager Alexander Hedderich. Auf die Frage des Moderators, ob er dem DB-Bahnmanager glaube, antwortete der schwedische Güterbahnchef Sven Malmberg mit einem trockenen ‚Nein‘.

³ Wettbewerb dort, wo DB Cargo kein Interesse hat, will heißen, wo der Wettbewerb nur geringfügig beiträgt, einen Innovations- und Kostensenkungsschub auszulösen.

⁴ Übernommen aus: Ilgmann, G.: Entherrschung und Chinese Walls im DB-Konzern, eine Stellungnahme zu den Überlegungen der Task Force zur Trennung von Netz und Transport, Hamburg, Sept. 2001 (G-Ilgmann.de).

gen für diesen Dialog basieren auf einem Rechtsgutachten der Wettbewerbsjuristen Berschin/Dippel/Werner zu den Empfehlungen der Tank Force.¹

Kampf um das Netz - ein fiktiver Dialog -

Die Beteiligten: Kurt Bodewig, Bundesverkehrsminister
Hartmut Mehdorn, Chef des DB-Konzerns
Mario Monti, Wettbewerbskommissar der EU
Moderator, fragend und konstatierend
Ein Mitglied der Task Force

Kurt Bodewig: „Unsere Verkehrspolitik muss Wettbewerb für mehr Verkehr auf der Schiene organisieren.... Überall wo Wettbewerb auf der Schiene funktioniert, hat er zusätzlich Verkehr und Innovationen ausgelöst.... Wir haben zwar über 200 Wettbewerber auf der Schiene. Aber in den ersten zwei Monaten dieses Jahres (Anmerkung: 2001) sind beim Eisenbahn-Bundesamt bereits acht Einsprüche wegen Wettbewerbsdiskriminierung eingegangen.... Der Netzzugang muss diskriminierungsfrei möglich sein..... Die Unabhängigkeit des Netzes ist also längst keine Frage mehr des ‚ob‘, sondern eine Frage des ‚wann‘ und ‚wie‘“ (O-Ton von Kurt Bodewig auf dem Parteitag DER GRÜNEN am 10.3.2001 in Stuttgart).

Hartmut Mehdorn: Rad und Schiene sind im Konzern zusammenzuhalten (O-Ton: „Verbund Infrastruktur / Fahrzeug“), um das Gesamtsystem zu optimieren. Das Handeln der DB Netz muss sich an den Interessen des Hauptnutzers, nämlich an unseren Transportgesellschaften im Konzern (DB Regio, DB Cargo etc.), ausrichten. Von der Optimierung zwischen Netz und Hauptnutzer profitieren auch die Newcomer auf der Schiene. Sie sind sogar Trittbrettfahrer unseres Bemühens, Rad und Schiene zu optimieren.

Moderator: Der DB-Konzern ein Förderer des Wettbewerbs? Worüber streiten wir denn überhaupt?

Mario Monti: Die Netzgesellschaft soll sich an einer künftigen europäischen Wettbewerbsbranche auf der Schiene ausrichten und nicht an den Interessen der Konzernschwwestern. Deshalb soll nach EU-Recht - spätestens ab Frühjahr 2003 - das Schienennetz völlig unabhängig von den Transportgesellschaften des DB-Konzerns geführt werden.

Moderator: Was passiert, wenn nichts passiert?

Mario Monti: Dann wäre die deutsche Bundesregierung gezwungen, die Vergabe von Trassen sowie die Festsetzung der Trassenpreise einer unabhängigen Stelle, z.B. einer Behörde, zu übertragen.

¹ Berschin, F., Dippel, W., Werner, J.: Juristische Bewertung der Task Force-Ergebnisse, Berlin, Okt. 2001.

Moderator: Eine Netzgesellschaft ohne Verantwortung für ihren Absatz? Was für ein Kastrat!

Hartmut Mehdorn: Wir wollen kein kastriertes Netzunternehmen. Wir wollen der Unabhängigkeit des Netzes, die die EU fordert, in anderer Weise genügen: Aus dem Konzern soll kein Einfluss auf die Netzgesellschaft ausgeübt werden können. Wir *entherrschen* die DB Netz. Sie unterliegt dann keinerlei Weisungen mehr aus dem Konzern.

Moderator: Keine Weisungen aus dem Konzern, obwohl der Konzern voll für die Netzgesellschaft haftet? Wer sitzt dann im Aufsichtsrat der Netzgesellschaft? Mehrheitlich die Newcomer, die vom Eigner der Netzgesellschaft, dem DB-Konzern, bestellt werden? Wählen dann die Vertreter der Newcomer im Aufsichtsrat den Netzchef? Wer verhindert die Informationsflüsse zwischen den DB-Konzernkollegen?

Hartmut Mehdorn: (nur auf die letzte Frage eingehend) Wir errichten Chinese Walls (chinesische Mauern) in der Kommunikation. Damit unterbinden wir, dass sich Netzkollegen und Transportkollegen innerhalb des Konzerns zum Nachteil von Wettbewerbern auf der Schiene abstimmen.

Moderator: Dann würde doch die Abstimmung zwischen Rad und Schiene ebenso organisiert sein, als wäre die Netzgesellschaft ausgegliedert! Wo liegt dann noch der Sinn, die Netzgesellschaft im Konzern zu lassen?

Hartmut Mehdorn: In der Praxis läuft das anders.

Mario Monti: Ihre sogenannte Praxis wäre vermutlich Rechtsbruch.

Hartmut Mehdorn: Einen Rechtsbruch werden Sie mir nicht beweisen können.

Mario Monti: Ich werde Ihnen gar nichts beweisen. Herr Bodewig muss der EU-Kommission beweisen, dass das Unternehmenskonstrukt ‚Netzgesellschaft‘ unabhängig agiert.

Kurt Bodewig: Ich soll die Beweislast tragen? Das kann ich nicht!

Mario Monti: Schaffen Sie doch, Herr Bodewig, ein neues Unternehmenskonstrukt, bei dem Sie die Beweislast tragen können! Wir sind für alles offen, wenn nur die Unabhängigkeit zwischen Netz und Transport plausibel wird. Nur so können wir den Markt für Schienenverkehr europaweit öffnen.

Ein Mitglied der Task Force: Ein neuer Durchgang mit gleicher Zusammensetzung der Task Force?

Mario Monti: Ratschläge dazu stehen mir nicht zu. Jeder Mitgliedsstaat der EU ist frei, wie er seine Lösung findet. Aber, Herr Bodewig, wenn ich einen Hinweis geben darf...

Kurt Bodewig: Ja

Mario Monti: Ich verstehe Ihre Task Force als vorbereitendes Gremium, EU-Recht in nationales deutsches Recht umzusetzen. Ein solches Gremium sollte zwar die Interessen der Eisenbahnunternehmen beherzigen, aber bitte die *aller* Eisenbahnunternehmen. Der DB-Konzern ist nicht der gewählte Vertreter einer Wettbewerbsbranche. Im übrigen sollte keinem Eisenbahnunternehmen Sitz und Stimme im Gremium selbst eingeräumt werden. Es wäre im Interessenkonflikt zwischen seinem Eigeninteresse und der staatlichen Ordnungspolitik.

Ein Mitglied der Task Force: So war es ursprünglich auch gedacht.

Was sich die Task Force auf Drängen von Hartmut Mehdorn abgerungen hat, ist ein „logisches Ungeheuer“: Netz und Transport sollen im Konzern zusammenbleiben, aber innerhalb des Konzerns unabhängig voneinander agieren. Dazu müsste sogar ein spezielles Aktienrecht geschaffen werden.¹

3. „Wettbewerbsfragen“ (Frage 6 des Ausschusses)

Die 1. Teilfrage: Reicht das Gesetzespaket ... aus, um wettbewerbsneutrales Verhalten von DB Netz AG zu erzwingen und damit für mehr Wettbewerb zu sorgen? Entsprechend den Ausführungen des vorigen Kapitels zur Europatauglichkeit lautet die Antwort: Nein.

Die 2. Teilfrage: „Stehen die Vorschläge der Tank Force „Zukunft der Schiene“ oder weitergehende Vorschläge zur Trennung von Netz und Transport ... im Einklang mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf? Dem Wortlaut der Empfehlungen steht die Gesetzesvorlage nicht entgegen. Ob sie weitergehenden Vorstellungen entgegensteht, kann nur beurteilt werden, wenn diese Vorstellungen präzisiert sind.

Die 3. Teilfrage: Wie kann im Rahmen der Wettbewerbsaufsicht sichergestellt werden, dass die Mitwirkung der DB bei der Entscheidung über die Verwendung von Bundesmitteln für Ausbau- und Neubauprojekte im Bereich der Infrastruktur keine Nachteile für andere Eisenbahnunternehmen nach sich zieht? Auf diese Frage kann mit einer Gegenfrage geantwortet werden: Soll die Wettbewerbsaufsicht den gesamten Investitionsplanungs- und -entscheidungsprozess von DB Netz bis ins Detail nachvollziehen, um alle wettbewerbsverzerrenden Einflüsse offen zu legen? Dazu gehören auch so anrühliche Deals wie zwischen Baden Württemberg und dem DB-Konzern, nämlich die Realisierung von Stuttgart 21² und - im Gegenzug - ein höchst auskömmlicher zehn Jahre laufender Verkehrsvertrag im Nahverkehr ohne Ausschreibung. Soll die Wettbewerbsaufsicht etwa bei einem Schulterchluss von DB-Konzernchef und Ministerpräsident gegenhalten? Das ist naiv.

¹ Berschin, F., Dippel, W., Werner, J.: Juristische Bewertung, a.a.O. Auszug: „Ein Weisungsverbot muss deutlich im Aktienrecht normiert werden. Ein relatives Verbot („Trassenvergabe frei von Weisungen“) genügt dem geschlossenen System des Aktiengesetzes nicht“.

² Ein noch viel teureres und riskanteres Projekt als das des Lehrter Bahnhofs in Berlin.

Das Nachvollziehen von Investitionsplanungs- und -entscheidungsprozess von DB Netz bis ins Detail scheitert aber schon an der sogenannten Informationsasymetrie. Um die zu beseitigen, wäre eine hoch kompetente und extrem teure Wettbewerbsaufsicht zwingend. Auch wenn diese in Kauf genommen würde, dürfte sie daran scheitern, weil sie sich faktisch auch über die unternehmerische Risikoentscheidung des DB Netz-Vorstandes stellen müsste. Die Trennlinie zwischen Risikoentscheidung, politischem Opportunismus und Begünstigung von Konzernschwestern ist nie eindeutig. Eine Aufsichtsbehörde, die dem Verkehrsminister untersteht, kann dem geforderten Anspruch nicht genügen.

Teilfrage 3 und die Antwort darauf zeigen, dass das Diskriminierungspotential (Wilhelm Pällmann) nicht etwa beseitigt ist, wenn der Vertrieb des Netzes (Zugang, Trassenpreis) neutralisiert ist. Darüber hinaus gibt es ein erhebliches Diskriminierungspotential dadurch, dass DB Netz - eingebunden in den Konzern und dessen übergeordnete Ziele - genau dort mit Vorrang investiert, wo die Bedürfnisse der Transportschwestern, nicht aber die der gesamten Schienenverkehrsbranche, ausschlaggebend sind.

4. Schlussbemerkung

Der Gesetzesentwurf enthält viele Regelungen, die sinnvoll sind, z. B. die Zuständigkeit von Aufsichtsbehörden nach Maßgabe, wo die Infrastruktur errichtet ist, oder die Transparenz im Stilllegungsverfahren bzw. die Erleichterung der Streckenübernahme durch Dritte. Die Qualität dieser Vorschläge sollte uns aber nicht den Blick dafür verstellen, dass es sich um Fragen effizienter Gestaltung im Detail handelt. Die übergeordnete wichtige Entscheidung steht noch aus, nämlich die der institutionellen Trennung von Netz und Transport. Wenn der Bund weiterhin seine Ordnungspolitik nach den Bedürfnissen des DB-Konzerns und nicht nach den Bedürfnissen einer Wettbewerbsbranche ‚Schienenverkehr‘ ausrichtet, wird er scheitern.