
Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts (BT-Drs. 19/27656) aus Anlass der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Verkehr und digitale Infrastruktur des Deutschen Bundestages

Die Revision des Regulierungsrechtes für den Sektor Eisenbahnen wird von der Branche auf der Grundlage der mittlerweile vorliegenden Erfahrungen auf diesem Rechtsgebiet als überfällig betrachtet. Wir begrüßen daher, dass der Gesetzgeber diesen für regulierte Unternehmen wie für Zugangsberechtigte wichtigen Gesetzentwurf nun auf den Weg bringt.

Der VDV steht in engem Austausch mit seinen über 200 Mitgliedsunternehmen im Eisenbahnbereich, um seine fachlichen Einschätzungen aus den praktischen Erfahrungen betroffener Unternehmen auf Seiten der Infrastrukturunternehmen wie der Zugangsberechtigten abzuleiten. Auf dieser Grundlage hat sich der Verband wiederholt zu verschiedenen Aspekten der Eisenbahnregulierung unter besonderer Berücksichtigung der Perspektive kleinerer und mittlerer Unternehmen geäußert. Bei unseren Beurteilungen geht es um eine angemessene Abwägung zwischen der ökonomisch gebotenen Regulierung marktmächtiger Unternehmen und einer auch im verkehrspolitischen Kontext kontraproduktiven Überforderung kleinerer und mittlerer Unternehmen ohne oder mit lediglich geringer Marktmacht.

Daher begrüßen wir ausdrücklich die Absicht des Gesetzgebers, Betreiber der Schienenwege mit einem Schienennetz von höchstens 1.000 Kilometer Streckenlänge von den Anforderungen der §§ 24 bis 30 ERegG zu entlasten (§ 2a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 ERegG-E; „Anreizregulierung“).

Darüber hinaus regen wir an, die im Folgenden dargelegten Gesichtspunkte zu berücksichtigen.

Zu § 2c Abs. 1 Satz 2 ERegG-E (Ausnahmen für Schienennetze ohne strategische Bedeutung)

Die Nutzung einer Infrastruktur durch Verkehre im Auftrag der öffentlichen Hand ist kein geeignetes Kriterium für die strategische Bedeutung. Ein geeignetes Kriterium wäre – neben der Trassennachfrage – alternativ die Anzahl regelmäßiger Nutzer.

Grundsätzlich begrüßen wir die Absicht des Gesetzgebers, anstelle einer relativ aufwendigen Befreiung im Rahmen des § 2 Abs. 7 ERegG eine gesetzliche Ausnahmeregelung zu treffen. Eine gesetzliche Regelung hätte allerdings zur Folge, dass dem regulierten Unternehmen – anders als heute im Falle der Ablehnung eines Befreiungsantrags – Rechtsmittel verwehrt blieben. Umso mehr kommt es also darauf an, die zugrunde zu legenden Kriterien sachgerecht auszutarieren.

Vor diesem Hintergrund sehen wir bereits die aktuelle Praxis der Regulierungsbehörde, bei Nutzung der fraglichen Infrastruktur durch öffentlich finanzierte Personennahverkehre auf eine strategische Bedeutung zu schließen, außerordentlich kritisch. Es handelt sich, erst recht bei einer gesetzlichen Regelung ohne Ermessensspielraum und Rechtsmittel, um ein untaugliches Kriterium. So würden z. B. bereits SPNV-Angebote, die lediglich zu besonderen Anlässen (z. B. saisonale Angebote, Wochenendbedienung) in Auftrag gegeben werden, der jeweiligen Infrastruktur zwingend „strategische Bedeutung“ zumessen, was in keinerlei Hinsicht sachgerecht wäre. Auch ein geringfügiger Probebetrieb in Reaktivierungsprojekten

fürte zu dieser Rechtsfolge. Und schließlich ist nicht nachvollziehbar, warum lediglich eine einzelne Verkehrsart über die strategische Bedeutung der Infrastruktur entscheiden sollte.

Als sachgerechtes Kriterium zur Beurteilung der strategischen Bedeutung sähen wir neben der Nachfrage nach Trassen alternativ die Zahl der Nutzer an. Lediglich eine Infrastruktur, die regelmäßig bei einer größeren Anzahl Zugangsberechtigter auf Interesse stößt, bedarf der Regulierung. Wir regen daher an, wie folgt zu formulieren:

„Eine strategische Bedeutung liegt dann nicht vor, wenn die Betriebsleistung des Netzes 700.000 Trassenkilometer im Jahr nicht übersteigt oder das Netz von weniger als zehn Zugangsberechtigten regelmäßig genutzt wird.“

Zu § 52a ERegG-E (Pilotprojekte zur Erprobung neuer Modelle ...)

An Pilotprojekten u. a. zur Umsetzung des Deutschlandtaktes ist die Branche, insbesondere Zugangsberechtigte und ihre Verbände, von Anfang an zu beteiligen. Neben den Strecken müssen jeweils die relevanten Knoten betrachtet werden.

Mit Einführung einer „Experimentierklausel“ im Sinne von Pilotprojekten zur Erprobung neuer Konzepte der Kapazitätsnutzung und Fahrplanerstellung sowie des Deutschlandtaktes soll die Chance eröffnet werden, alternative Verfahren der Trassenvergabe zu testen. Der VDV wertet den Deutschlandtakt als einen wichtigen Baustein auf dem Weg zur Vollendung der Verkehrswende. Insofern begrüßen wir grundsätzlich, dass der Gesetzgeber begonnen hat, die für die Umsetzung des Deutschlandtaktes notwendigen Anpassungen des Regulierungsrechtes vorzunehmen.

Der Gesetzentwurf bleibt jedoch weit hinter den in der Branche erwarteten und für erforderlich gehaltenen Festlegungen zurück. Auch der Verweis auf eine Rechtsverordnung zur Auswahl der Pilotprojekte bleibt vage und wenig transparent. Dies ist umso nachteiliger, als der sukzessive Übergang auf ein mit den Zielen des Deutschlandtaktes kompatibles Nutzungskonzept weitreichende Konsequenzen für alle Zugangsberechtigten, ggf. auch für die Betreiber anderer Infrastruktur als der des Bundes, haben wird.

Wir regen daher dringend an, die Branche – insbesondere Zugangsberechtigte und ihre Verbände – möglichst frühzeitig zu beteiligen. Diese Beteiligung ist bereits bei Auswahl und Konzept der Pilotprojekte geboten. Außerdem halten wir die Begrenzung auf Strecken für nicht hinreichend. Nicht nur die tägliche Praxis des Eisenbahnbetriebs, sondern auch das Konzept des Deutschlandtaktes zeigen deutlich, dass mindestens in den stark frequentierten Abschnitten die jeweiligen Knoten mit in den Blick zu nehmen sind.

Gemeinsam mit anderen Verbänden der Branche schlagen wir daher vor, § 52a Abs. 1 und 2 wie folgt zu fassen:

„(1) Das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur wird ermächtigt, mit Zustimmung des Bundesrates durch Rechtsverordnung Strecken einschließlich relevanter Knoten festzulegen, auf denen Pilotprojekte zur Erprobung verschiedener neuer Modelle der Kapazitätsnutzung und der Fahrplanerstellung durchgeführt werden. Die Zugangsberechtigten der Bundeschienenwege und deren Verbände sind zu beteiligen. Dies dient insbesondere der Erprobung von Modellen im Hinblick auf den geplanten Deutschlandtakt sowie auf europäischer Ebene der Ermöglichung von Projekten im Rahmen des Projektes Redesign of the International Timetabling Process. Die Festlegung gemäß Satz 1 kann mit Vorgaben verbunden werden, insbesondere

- 1. wie das Verfahren zur Aufstellung des Kapazitätsnutzungsplans unbeschadet des § 19 nach Absatz 2 auszugestaltet ist, und*
- 2. wie für die ausgewählten Strecken und Knoten eine Mittelfristperspektive im Sinne eines Kapazitätsnutzungskonzeptes aussehen kann und*
- 3. welchen Bedingungen die Konstruktionsparameter unbeschadet des Absatzes 2 Satz 6 zu genügen haben.*

In der Verordnung können auch Vorgaben zur Laufzeit der Pilotprojekte sowie zur Berücksichtigung der Bedarfe und des gesellschaftlichen Nutzens der jeweiligen Verkehrsdienste gemäß Absatz 2 getroffen werden.

(2) Für nach Absatz 1 festgelegte Strecken hat der Betreiber der Schienenwege jeweils einen Kapazitätsnutzungsplan aufzustellen. Der Betreiber der Schienenwege darf dabei von den Vorgaben der §§ 52, 55 und 57 abweichen. In dem Kapazitätsnutzungsplan sind die Kapazitäten auf die einzelnen Verkehrsdienste entsprechend ihren Bedarfen zu verteilen. Übersteigen die Bedarfe die Kapazitäten, ist bei der Kapazitätsverteilung zusätzlich der gesellschaftliche Nutzen der jeweiligen Verkehrsdienste zu berücksichtigen. § 56 Absatz 3 bleibt unberührt. Der Betreiber der Schienenwege hat bei der Festlegung der Konstruktionsparameter darauf zu achten, dass diese einem wirksamen Wettbewerb nicht entgegenstehen. In dem Kapazitätsnutzungsplan sind ferner unter Berücksichtigung der Ziele des § 3 die im Rahmen der Erstellung des Netzfahrplans maßgeblichen Einzelheiten des Koordinierungs- und Streitbeilegungsverfahrens zu regeln.“

§ 39 ERegG (Besondere Entgeltregelungen, leistungsabhängige Entgeltregelung ...)

hier: Streichung des so genannten Anreizsystems für Betreiber von Serviceeinrichtungen

Der VDV spricht sich für eine Streichung des sogenannten Anreizsystems für Betreiber von Serviceeinrichtungen (§ 39 Abs. 4 ERegG) aus.

Der für Betreiber der Schienenwege konzipierte § 39 Abs. 2 ERegG sieht vor, dass die Entgeltregelungen für die Schienenwegnutzung durch leistungsabhängige Bestandteile den Eisenbahnverkehrsunternehmen und dem jeweiligen Betreiber der Schienenwege Anreize zur Minimierung von Störungen und zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit des Schienennetzes bieten müssen. Gemäß § 39 Abs. 4 ERegG gilt dies für Betreiber von Serviceeinrichtungen entsprechend.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass es im Bereich von Serviceeinrichtungen an marktrelevanten Störungen fehlt, denen ein solcher regulatorischer Eingriff und vor allem den damit verbundenen Aufwand auf Seiten der Unternehmen abhelfen könnte. Die Vorhaltung eines belastbaren Erfassungssystems auf Seiten des Betreibers einer Serviceeinrichtung und dazu korrespondierender Kontrollmechanismen auf Seiten der Nutzer stehen bei der ganz überwiegenden Mehrzahl der verschiedenartigen Serviceeinrichtungen außerhalb der Verhältnismäßigkeit. Die Regelung war von Anfang an umstritten, weil ein Anreizsystem in Serviceeinrichtungen regelmäßig nur wenig zur Effizienzsteigerung beitragen kann und den Betreibern der Serviceeinrichtungen hierfür keine vernünftigen Parameter zur Verfügung stehen.

Aus Sicht der Marktteilnehmer – Betreiber der Serviceeinrichtung und Zugangsberechtigte gleichermaßen – ist entscheidend, dass durch ein Anreizsystem ein messbarer Vorteil entsteht. Hinreichend substanzvoll nennenswerte Vorteile würden dann – und erst dann – den regulatorischen Eingriff rechtfertigen können. Solche Vorteile sehen wir nicht.

Hinzu kommt, dass das Anreizsystem für Betreiber von Serviceeinrichtungen auch mehr als vier Jahre nach dem Inkrafttreten des Eisenbahnregulierungsgesetzes nicht gelebt wird. Nach den Feststellungen der Bundesnetzagentur ist ein Anreizsystem, das den Anforderungen des § 39 Abs. 2 ERegG vollständig entspricht, „bislang nur in den Nutzungsbedingungen weniger Serviceeinrichtungsbetreiber vorhanden. In den meisten Fällen sind – wenn überhaupt – nur minimale Anzelelemente erkennbar“ (Schreiben der Bundesnetzagentur vom 23.02.2021 an den VDV). Der VDV hat bis heute weder aus seinen Gremien noch unmittelbar aus Mitgliedsunternehmen – namentlich aus Eisenbahnverkehrsunternehmen – Hinweise darauf erhalten, dass ein solches Anreizsystem vermisst worden wäre. Eine Regelung aber, für die kein praktisches Bedürfnis besteht, ist entbehrlich.

In diesem Zusammenhang rufen wir in Erinnerung, dass – aus gutem Grund – auch europarechtlich ein solches Anreizsystem mit leistungsabhängigen Bestandteilen nur für Betreiber der Schienenwege, nicht aber für Betreiber von Serviceeinrichtungen vorgesehen ist (vgl. Artikel 35 der Richtlinie 2012/34/EU).

Der bundesdeutsche Gesetzgeber, der ansonsten stets auf eine strikte 1:1-Umsetzung europarechtlicher Vorgaben Wert legt, ging hier deutlich über die europäischen Maßgaben hinaus. Nationale Regelungen aber sollten nach unserem Dafürhalten den europäischen Rechtsrahmen nur im Ausnahmefall und vor allem nur dann verlassen, wenn zuvor breite Akzeptanz im Sektor festgestellt wurde. Letzteres ist hier nicht der Fall. Nach Auffassung des VDV ist von einem Anreizsystem mit leistungsabhängigen Bestandteilen im Bereich von Serviceeinrichtungen jedenfalls so lange abzusehen, wie nicht auf europäischer Ebene ein konsensfähiges Modell hierzu entwickelt und eingeführt wurde. Nur auf diese Weise ist eine Gleichbehandlung der Eisenbahnen in den Mitgliedstaaten gewährleistet. Wir haben allerdings nicht den geringsten Hinweis darauf, dass der europäische Gesetzgeber ein Anreizsystem mit leistungsabhängigen Bestandteilen für den Bereich von Serviceeinrichtungen auch nur in Erwägung zieht.

Wir rufen weiter in Erinnerung, dass bereits der seinerzeitige Gesetzentwurf der Bundesregierung ein Anreizsystem lediglich noch für Betreiber eines Personenbahnhofs vorsah (vgl. dazu BT-Drs. 18/8334, Seite 28, 201). Der Ausschuss für Verkehr und digitale Infrastruktur hingegen votierte in der 15. Legislaturperiode für eine Ausdehnung des Anreizsystems auf sämtliche Betreiber von Serviceeinrichtungen. Aus fachlicher Sicht war diese Entscheidung nicht nachvollziehbar (vgl. BT-Drs. 18/9099, Seite 8, 24).

Im Übrigen zeigt selbst die Praxis in Bezug auf die Betreiber der Schienenwege, dass die Effektivität eines solchen Systems zwischen regulatorischem Anspruch, praktischer Handhabbarkeit und messbarer Effekte an seine Grenzen stößt – und zwar obwohl die Implementierung leistungsabhängiger Entgelte dort durch einen vermeintlich klaren Bezug zur Pünktlichkeit ungleich einfacher gestaltet- und umsetzbar ist. So hat der VDV in den letzten Monaten von seinen Mitgliedsunternehmen mit Eisenbahnpersonenverkehr mehrere Hinweise auf den teils erheblichen Erfassungs- bzw. Bearbeitungsaufwand erhalten, der vor allem in Relation zum tatsächlichen Anreizeffekt sehr kritisch bewertet wird. Wenig effizient scheint auch die Implementierung leistungsfähiger Entgelte bei kleineren Betreibern der Schienenwege, deren Infrastruktur teilweise lediglich von einem Nutzer regelmäßig befahren wird (zweiseitiges Monopol).

Zu § 77a ERegG-E (Gerichtliches Verfahren)

Auf die Verkürzung des Instanzenzuges sollte zum jetzigen Zeitpunkt verzichtet werden.

Mit § 77a Abs. 3 ERegG-E soll im Wesentlichen der derzeit dreistufige Instanzenzug durch den Entfall der Berufung gegen verwaltungsgerichtliche Urteile auf zwei Instanzen beschränkt werden. Obgleich damit ein Zeitgewinn einhergeht und auch der Harmonisierungsfunktion der Mittelinstanz hier keine große Bedeutung zukommt, sehen wir dies aus zwei Gründen gleichwohl kritisch:

1. Aus Sicht der Unternehmen führt § 77a ERegG-E zu einer nachteiligen Verkürzung des Rechtsweges. Gerade entscheidungsrelevante Tatsachen können sowohl in Zugangsangelegenheiten als auch im Rahmen der Entgeltregulierung überaus komplex sein. Hier hat eine zweite Tatsacheninstanz durchaus ihre Berechtigung.
2. Das ERegG hat in den vergangenen Jahren zu einer verhältnismäßig hohen Anzahl an Rechtsstreitigkeiten geführt. Viele Verfahren sind noch anhängig. Daraus kann geschlossen werden, dass sich noch (lange) kein gefestigtes und gemeinsames Verständnis der teils schwer nachvollziehbaren Vorschriften des Eisenbahnregulierungsgesetzes und seiner europarechtlichen Bezüge entwickelt hat. Bislang ganz wesentlich zum Rechtsverständnis beigetragen hat nach unseren Beobachtungen die stete Auseinandersetzung der höchstrichterlichen Rechtsprechung mit den Sichtweisen, Auslegungen und Argumenten der Mittelinstanz. Nach unserer Einschätzung würde die Fortentwicklung eines gemeinsamen Rechtsverständnisses spürbar leiden, wenn auf die Erkenntnisquelle Mittelinstanz jetzt ohne Not verzichtet würde. Ein etwaiger prozessualer Zeitgewinn könnte diesen Verlust an Expertise nicht aufwiegen.

Vor diesem Hintergrund regen wir an, einstweilen auf § 77a Abs. 3 ERegG-E zu verzichten und die Vorschrift zu streichen. Über eine Verkürzung des Instanzenzuges sollte zu einem späteren Zeitpunkt erneut nachgedacht werden, frühestens jedoch zehn Jahre nach dem Inkrafttreten des Eisenbahnregulierungsgesetzes.