

Berlin, 4. Juli 2016

## Textänderungsvorschläge zum Entwurf des „Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs im Eisenbahnbereich“

Vorbemerkung: die folgende Übersicht bündelt die Vorschläge des Netzwerks Europäischer Eisenbahnen (NEE) e.V. aus der Stellungnahme vom 30. Mai und der vom Verband in Auftrag gegebenen Ausarbeitung der Kanzlei Orth Kluth zum Rechtsschutz in § 78 f vom 16. Juni und ergänzt dies um zwei zusätzliche Textvorschläge (Trassenpreisbremse und ETCS-Incentivierung), die in den vorherigen Stellungnahmen nur in allgemeiner Form vorgeschlagen worden waren. Textänderungsvorschläge sind grau hinterlegt. Die Reihenfolge entspricht der politischen Bedeutung aus NEE-Sicht:

### 1) Nur eine einheitlich wirkende Trassenpreisbremse einführen

Das Netzwerk vertritt die Auffassung, dass eine gesetzliche Trassenpreisbremse zusätzlich zum vorgeschlagenen Anreizsystem zur - notwendigen – Begrenzung des Trassenpreisanstiegs nur für alle Verkehrsarten einheitlich und nicht alleine für den SPNV eingeführt werden sollte.

Dementsprechend müsste § 37 des Entwurfes ersatzlos gestrichen werden, ebenso müssten in § 36 Abs. 2 die (hier folgenden) Sätze 4 und 5 entfallen

~~Aufschläge müssen so gewählt werden, dass die Verkehrsdienste Güterverkehrsdienst und Personenverkehrsdienst die dem Betreiber der Schienenwege insgesamt entstehenden Kosten decken. Soweit innerhalb des Verkehrs dienstes Personenverkehrsdienste Marktsegmente gebildet werden, müssen diese weiteren Marktsegmente insgesamt die dem Verkehrsdienst Personenverkehrsdienst nach Satz 4 zugeordneten Kosten decken. Das Gleiche gilt für den Verkehrsdienst Güterverkehrsdienste und innerhalb dessen gebildeter Marktsegmente.~~

und durch die folgenden Sätze ersetzt werden:

„Unbeschadet der individuellen Prüfung der Markttragfähigkeit aller Verkehrsdienste oder Marktsegmente darf die Festsetzung von Aufschlägen in keinem Fall die Steigerung der Bundesmittel nach Paragraph 5 Absatz 3 des Regionalisierungsgesetzes vom 15. Dezember 2015 prozentual überschreiten. Im Falle einer sich daraus

ergebenden Unterdeckung der Kosten des Infrastrukturbetreibers wird die Umlage der vollen Kosten gemäß Absatz 1 insofern ausgeschlossen.“

Wegen der weitreichenden politischen und unternehmerischen Konsequenzen jeglicher Regelung sollte ein intensives Monitoring speziell zu dieser marktlichen Frage durch eine hohe Frequenz der Berichterstattung durch die Bundesnetzagentur begleitet werden. Aus diesem Grund sollte dann § 71 ERegG um den folgenden Satz 2 ergänzt werden.

„Abweichend von Satz 1 legt die Regulierungsbehörde ab 2018 den gesetzgebenden Körperschaften jährlich einen Bericht zur Entwicklung der regulierten Trassenentgelte und insbesondere den Erfahrungen mit der Anreizsetzung nach § 25 bis 39 dieses Gesetzes vor.“

## 2) Effektiven Rechtsschutz bei der Genehmigung der Trassenentgelte gewährleisten

Der ERegG-Entwurf regelt den Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörde überhaupt nicht. Da es sich bei den Entscheidungen der Regulierungsbehörde in den Beschlusskammerverfahren um Verwaltungsakte handelt (§ 77 Abs. 1 Satz 3 ERegG-E), wären dagegen gerichtete Klagen als Anfechtungsklagen und auf Herbeiführung von derartiger Entscheidung gerichtete Klagen als Verpflichtungsklagen vor den Verwaltungsgerichten statthaft. Sachgerechter wäre allerdings das - im Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) vorgesehene – Regelungsmodell eines Rechtsschutzes, der sich als „sektorspezifisches Kartellrecht“ an dem Rechtsschutz gegen GWB-Kartellverfahren orientiert.

Dieser sieht in der ersten Instanz eine Rechtsbeschwerde zum Oberlandesgericht (OLG) am Sitz der Kartellbehörde bzw. der Regulierungsbehörde vor. In beiden Fällen (Bundeskartellamt bzw. Bundesnetzagentur) handelt es sich dabei um das OLG Düsseldorf; zuständig dort sind die Kartellsenate. In der zweiten Instanz ist die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof (BGH) statthaft. Auch dort ist der Kartellsenat zuständig.

Da der Infrastrukturzugangsanspruch des GWB-Kartellrechts für eine ausdifferenzierte Netzzugangsregulierung als zu grobmaschig bewertet wurde, hat der Gesetzgeber das Netzzugangsrecht einschließlich des Rechts der Netzzugangsentgelte und des Unbundling aus dem Kartellrecht herausgelöst und mit dem EnWG in einem eigenen Regulierungsgesetz geregelt. Die Rechtsfragen, etwa zur wettbewerblichen Wirkung von Netzzugangshemmnissen oder Entgelten, sind jedoch weiterhin spezifisch kartellrechtlich. Aus diesem Grund sollte mit der Parallelität der Rechtswege die besondere Kompetenz der kartellrechtlichen Obergerichte auch für die Netzzugangsfragen genutzt werden. Gleichzeitig führt die Verkürzung des Rechtswegs auf zwei Instanzen (OLG, BGH) schneller zu Rechtssicherheit. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit hingegen sieht drei Instanzen vor; auch ist bei den Verwaltungsgerichten keine spezifische Kompetenz für wettbewerbsrechtliche Fragen angesiedelt.

Aus diesen Gründen sollte der nach Artikel 56 (10) der RiL 2012/34/EU gebotene Rechtsschutz ausdrücklich und wie folgt geregelt werden:

### „§ 78 (neu) Beschwerde

(1) Gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörde ist die Beschwerde zulässig. Sie kann auch auf neue Tatsachen und Beweismittel gestützt werden.

(2) Die Beschwerde steht den am Verfahren vor der Regulierungsbehörde Beteiligten zu.

(3) Die Beschwerde ist auch gegen die Unterlassung einer beantragten Entscheidung der Regulierungsbehörde zulässig, auf deren Erlass der Antragsteller einen Rechtsanspruch geltend macht. Als Unterlassung gilt es auch,

wenn die Regulierungsbehörde den Antrag auf Erlass der Entscheidung ohne zureichenden Grund in angemessener Frist nicht beschieden hat. Die Unterlassung ist dann einer Ablehnung gleich zu achten.

(4) Über die Beschwerde entscheidet ausschließlich das für den Sitz der Regulierungsbehörde zuständige Oberlandesgericht.

(5) Für das Verfahren gelten die Vorschriften der § 75 bis 83 und § 89 bis 93 und § 106 des Energiewirtschaftsgesetzes entsprechend.

### **§ 79 (neu) Rechtsbeschwerde**

(1) Gegen die in der Hauptsache erlassenen Beschlüsse der Oberlandesgerichte findet die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof statt, wenn das Oberlandesgericht die Rechtsbeschwerde zugelassen hat.

(2) Für die Rechtsbeschwerde gelten die Vorschriften der § 86 bis § 93 und § 107 Abs. 1 Nr. 1 des Energiewirtschaftsgesetzes entsprechend.“

Gestrichen werden muss in der Folge § 68 (4) ERegG-E:

~~Widerspruch und Anfechtungsklage gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörde haben keine aufschiebende Wirkung. In den Fällen, in denen die Regulierungsbehörde durch eine Beschlusskammer entscheidet, findet ein Vorverfahren nicht statt. Satz 2 gilt auch, soweit der Vorsitzende anstelle der Beschlusskammer entscheidet.~~

### **3) Unabhängigkeit des Netzbetreibers wirklich gewährleisten**

Die notwendige Unabhängigkeit des Netzbetreibers in § 8 ERegG-E erreicht nicht das von der EU geforderte Mindestniveau, da nur die Doppelfunktion in beiden Aufsichtsräten ausgeschlossen sowie lediglich Trassenzuweisung und Entgeltgestaltung geschützt werden sollen. So wäre eine faktische Einflussnahme durch den Konzernvorstand auch künftig nicht wirksam ausgeschlossen bzw. es wird nicht die in Artikel 7 Abs. 2 der Richtlinie 2012/34/EU für den Fall fehlender Entscheidungsfreiheit vorgesehene Übertragung der Aufgaben der Investitionsentscheidung und der Finanzierung auf eine andere Stelle vorgeschrieben. Unabhängig getroffen werden müssen auch die Entscheidungen zur Infrastrukturentwicklung sowie zu Investitionen in Neubau und Ersatz.

§ 8 (4) Satz 1 ERegG-E sollte daher wie folgt ergänzt werden:

„In integrierten Unternehmen sind unternehmensinterne Regelungen zu schaffen, aufrechtzuerhalten und zu veröffentlichen, die die Einflussnahme von Dritten auf die Entscheidungen über den Netzfahrplan, ~~und~~ die sonstige Zuweisung von Zugtrassen, ~~und~~ Entscheidungen über die Weegeentgelte, Entscheidungen zur Infrastrukturentwicklung sowie zu Investitionen in Neubau und Ersatz unterbinden.“

In der Begründung des Gesetzes sollte darüber hinaus klargestellt werden, dass „Dritte“ im Sinne des Gesetzes auch Angehörige anderer Unternehmen, die gesellschaftsrechtlich zur Muttergesellschaft des Infrastrukturbetreibers gehören oder mit ihr verbunden sind, sein können.

Weiterhin sollte § 8 (5) Satz 2 ERegG-E wie folgt ergänzt werden:

„Dem Aufsichtsrat des Betreibers der Schienenwege dürfen keine Mitglieder der Aufsichtsräte, **Vorstände oder Geschäftsführungen** von integrierten Unternehmen und ihren Tochtergesellschaften sowie deren Angehörige angehören.“

#### 4) Umgang mit Baumaßnahmen im Fahrplan für die EVU verbessern

Um die intensive Bautätigkeit im Bestandsnetz und den Umgang mit knappen Fahrwegkapazitäten bei Baumaßnahmen durch den Infrastrukturbetreiber sachgerecht im Interesse eines qualitativ möglichst hochwertigen Eisenbahnverkehrs für Reisende und Transportkunden zu gestalten, müssen in § 44 ERegG zusätzliche Anforderungen konkret formuliert werden, die durch die Schienennetznutzungsbedingungen und betriebliche Prozesse umzusetzen sind.

§ 44 (1) Satz 4 ERegG-E sollte daher wie folgt ergänzt werden:

„Es **muss auf der Basis der tatsächlichen durchschnittlichen Regel- und Gelegenheitsverkehre aus einem mindestens einjährigen zurückliegenden Zeitabschnitt** Kriterien für die Bewertung der Umleitungsfähigkeit der Verkehrsarten beinhalten, **die nach vorheriger Absprache mit benachbarten Infrastrukturbetreibern ermittelt wurden, weiterhin sicherstellen, dass benannte Umleitungsstrecken ihrerseits durchgehend frei von zeitweisen Einschränkungen sind, sicherstellen, dass die Erreichbarkeit von Ver- und Entladern mit Gleisanschluss auch während der Bauphase im Bedarfsfall mindestens zweimal binnen 24 Stunden gewährleistet ist,** und eine Veröffentlichung der eingeschränkten Schienenwegekapazität auf die einzelnen Verkehrsarten durch den Betreiber der Schienenwege vorsehen **sowie grundsätzlich berücksichtigen, dass das Bauverfahren angewandt wird, das die geringsten Behinderungen für den laufenden Verkehr verursacht.**“

In § 44 (2) ERegG-E sollte der folgende Satz ergänzt werden:

„Flexible Umleitertrassen sollen als Beitrag des Infrastrukturbetreibers zu den Betriebserschwerungskosten der beeinträchtigten Trassennutzer sowie zur Entzerrung der Umleiterverkehre über die Als-ob-Bepreisung hinaus finanziell incentiviert werden.“

#### 5) Fahrzeugausrüstung in die ETCS-Incentivierung einbeziehen

Auch die kostenintensive - und somit die schnelle Etablierung von ETCS hemmende - Ausrüstung von Fahrzeugen sollte seitens des Infrastrukturbetreibers oder der Bundesregierung finanziell unterstützt werden. Dazu sollte in § 36 Abs. 5 ERegG-E folgender Satz 3 neu eingefügt werden – der Rest der Bestimmung bliebe unberührt.

„Ein Anreiz soll neben der Differenzierung der Entgeltgestaltung auch eine direkte Förderung der Ausrüstung von Triebfahrzeugen mit On-Board-Units durch Zuschüsse des Infrastrukturbetreibers oder einer staatlichen Stelle beinhalten.“

## 6) Ausbau überlasteter Strecken samt Finanzierung gewährleisten

Der Vorschlag, der Bundesregierung, in § 59 Absatz 5 ERegG-E durch die Ergänzung einer Möglichkeit für die Aufsichtsbehörde zur Festsetzung eines Zwangsgeldes von bis zu 500.000 Euro zur Durchsetzung von Anordnungen zum pflichtgemäßen Abschluss des Überlastungsverfahrens vorzusehen, ist zielführend und sinnvoll und sollte daher in das Gesetz aufgenommen werden.

Auch diese Maßnahme klärt jedoch nicht die Finanzierung der jeweiligen Maßnahme. Es sollte daher das Scheitern der Umsetzung alleine an den abweichenden Planungszeiträumen des im Gesetz nur erwähnten Bundesschienenwegeausbaugesetzes durch den folgenden Zusatz in § 59 (3) Satz 2 ERegG-E vermieden werden:

„Die Entscheidung über die Finanzierung von Maßnahmen richtet sich, sofern die Maßnahmen durch den Betreiber der Schienenwege nicht ausschließlich selbst finanziert werden, bei Eisenbahnen des Bundes nach dem Bundesschienenwegeausbaugesetz, das hierfür spezielle Mittel vorsehen muss, und den verfügbaren Bundeshaushaltsmitteln, bei nichtbundeseigenen Eisenbahnen nach Landesrecht und den verfügbaren Landeshaushaltsmitteln.“

Die jetzt in § 58 (3) ERegG-E vorgesehene Frist für die Kapazitätsanalyse ist mit „sechs“ Monaten unnötig lang und sollte auf „drei“ Monate verkürzt werden, da die relevanten Daten bereits bei der davor liegenden Erklärung zum „überlasteten“ Schienenweg erhoben wurden und demnach beim Infrastrukturbetreiber und der Behörde vorliegen.

## 7) Ausnahmen von der Anreizsetzung eng fassen

Der Vorschlag des Bundesrates unter der laufenden Nummer 14, in § 27 ERegG die Anforderungen an eine Befreiung von der Anreizsetzung auf „unvorhergesehene“ Einflüsse zu begrenzen, wird vom Netzwerk unterstützt.

In § 27 ERegG-E Absatz 1 Satz 1 sind die Wörter „besondere oder“ zu streichen und in § Satz 2 sind die Wörter „Besondere oder“ sowie die Wörter „im Rahmen von außergewöhnlichen Neu- und Ausbaumaßnahmen und“ ebenfalls zu streichen.

## 8) Mindesthaftpflichtversicherungssumme nicht weiter erhöhen

Die in § 14b AEG vorgesehene preissteigerungsbasierte Anpassung der Mindesthaftpflichtsumme auf (zweimal je Versicherungsperiode) 14 Mio. Euro je EVU ist nachvollziehbar und angemessen und sollte nicht verändert werden, da eine weitere Steigerung nicht erforderlich ist und als Hindernis vor allem für kleinere Unternehmen wirkt.

## 9) Ziele der Regulierung anders strukturieren und erweitern

Die Regulierungstätigkeit kann den Marktanteil der Schiene nicht direkt steigern. Daher sollte in der Formulierung der Ziele der Regulierung (§ 3 ERegG-E) der derzeitige Pkt. 1 der Aufzählung „vor die Klammer gezogen“ und mit der Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit verknüpft und wie folgt formuliert werden:

„Ziel der Regulierung des Eisenbahnsektors ist die Steigerung des Anteils schienengebundener Personen- und Güterverkehre an Verkehrsaufkommen und –leistung durch eine höhere intra- wie intermodale Wettbewerbsfähigkeit, insbesondere durch... (weiter ab Pkt. 2 des Gesetzentwurfs)“

In Nr. 5 sollte das Wort „umweltfreundlichen“ ergänzt werden.

## 10) Prioritäten für die Netzfahrplanerstellung in der Entwurfsbegründung präzisieren

Sollte die im Entwurf enthaltene und akzeptable Regelung anders als vom Bundesrat beibehalten werden, sollte in der Begründung zu § 52 Abs. 7 ERegG-E jedoch mindestens klargestellt werden, dass auch Güterverkehre „vertaktet“ (im Sinne von § 1 Abs. 23 des Gesetzentwurfs) und/oder „ins Netz eingebunden“ sein können.

## 11) Datenerhebung nur unter Vorbehalt des Nachweises vermiedener Doppelerhebung

Die in § 17 ERegG-E vorgesehene Befugnis zur Daten-Erhebung sollte zur Minimierung des Gesamtaufwandes auf noch nicht an anderer Stelle erhobene Daten beschränkt werden. Der § 17 (1) ERegG-E sollte daher wie folgt beginnen:

**„Soweit Daten nicht bereits bei anderen Behörden des Bundes oder der Länder oder der Europäischen Union vorliegen, führt die Regulierungsbehörde zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben...“**

In § 17 (2) Nr. 2 ERegG-E sollte der Buchstabe i) mit dem folgenden Text ergänzt werden:

**„den Energieverbrauch, den Umfang der Durchleitung von Bahnstrom, die Zugehörigkeit von Triebfahrzeugen und Wagen zu Emissionsklassen.“**

Als neuer Absatz 4 sollte der folgende Text eingefügt werden:

**„Sämtliche Erhebungsergebnisse werden unter Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zeitnah nach Abschluss der Erhebung öffentlich durch die Regulierungsbehörde publiziert.“**

## 12) Transparenz des Geschäftsplans des Infrastrukturbetreibers erhöhen

Die Regelungen zum Geschäftsplan der Infrastrukturbetreiber (§ 9 ERegG-E) sollten entsprechend des europarechtlichen Auftrages auch eine Darstellung der Mittelherkunft (Öffentliche Hand, Unternehmen, Haushalte, Programme) verpflichtend vorgeben. Art. 8 (3) der Ril 2012/34/EU sieht vor, dass sich die Zugangsberechtigten auch zur „Art, Bereitstellung und dem Ausbau der Infrastruktur“ äußern können sollen, so dass diese Informationen wesentlich sind.

§ 9 Satz 1 ERegG-E sollte daher wie folgt gefasst werden:

„Jeder Betreiber der Schienenwege hat einen Geschäftsplan zu beschließen, der auch die geplanten Investitions- und Finanzierungsprogramme sowie die Herkunft der hierfür geplanten Mittel enthält.“

### 13) Erteilung der Unternehmensgenehmigung beschleunigen

In § 6 (4) AEG sollte die Frist für die Entscheidung der Genehmigungsbehörde zur Unternehmensgenehmigung von „drei“ auf „einen“ Monat verkürzt werden, da dies nach der vorgesehenen notwendigen „Vorlage aller erforderlichen Unterlagen“ ausreichend ist.

Mit freundlichen Grüßen



Peter Westenberger  
Geschäftsführer