

# Rainer Wolf

## Abschied von der Staatsbahn.

### Zur Reform der institutionellen Rahmenbedingungen für die Eisenbahnen in der Europäischen Gemeinschaft

*Der Schienenverkehr zeigt ein janusköpfiges Bild von aktueller Antiquiertheit und potentieller Zukunftsfähigkeit. Sprechen viele grundsätzliche Erwägungen für die Vorteile des Schienenverkehrs und widersprechen die konkreten Erfahrungen mit der Leistungsfähigkeit der Staatsbahnen diesen allgemeinen Überlegungen, erscheint die Folgerung plausibel, dass die Defizite des Schienenverkehrs nicht lediglich technischer, logistischer oder verkehrsplanerischer Natur sein können, sondern vor allem in den institutionellen Arrangements zu suchen sind, die seinem Betrieb zugrunde liegen. Während das Automobil zum Symbol der individuellen Mobilität in der modernen Gesellschaft geworden ist, steht die Staatsbahn für ein antiquiertes Modell anstaltsstaatlicher Infrastruktur- und Daseinsvorsorge. Der Befund, das europäische Verkehrssystem gewährleiste nicht die optimale Nutzung der Verkehrsträger und sei schlecht organisiert,<sup>1</sup> führt somit zur Forderung nach einer Reform der institutionellen Rahmenbedingungen. Entsprechend wird aus der wohlklingenden Leitprämisse, in Zukunft gelte es, im Verkehrssektor weniger Beton und mehr Intelligenz einzusetzen,<sup>2</sup> die für viele bittere Schlussfolgerung gezogen, zur Revitalisierung des Schienenverkehrs sei der Abschied von der Staatsbahn und die Einführung von Wettbewerb auf der Schiene erforderlich.*

#### 1. Die Zeit der Züge und der Zug der Zeit

Der Abschied von der Staatsbahn ist nur ein Teilbereich der Strukturveränderungen, vor denen sich die Reorganisation der Rahmenbedingungen für die Mobilität in sich globalisierenden Gesellschaften gestellt sieht. Dabei erscheint es offenkundig, dass eine schlichte Deregulierung nur ein Heilmittel gegen einfache Überreglementierungen sein kann. Bei der Modernisierung des Verkehrssystems geht es jedoch um die Korrektur von Fehlregulierungen und damit um die Neujustierung der komplexen Bedingungs- und Wirkungszusammenhänge von ökonomischem und politischem System.<sup>3</sup> Es genügt daher nicht, das Korsett staats- und zentralverwaltungswirtschaftlicher Reglementierungen in einem einzigen befreienden Akt der Freisetzung der Marktkräfte zu sprengen. Die von Josef Schumpeter dem Prozess der kapitalistischen Innovation zugeschriebene »schöpferische Zerstörung«<sup>4</sup> ist mit politischen Mitteln nur um den Preis neuer Regulierungen zu erhalten. Der neue Markt bedarf einer auf

1 Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Weißbuch »Die europäische Verkehrspolitik bis 2010: Weichenstellungen für die Zukunft – Kom (2001) 370 endg., S. 8.

2 Weißbuch (Fn. 1), S. 14.

3 Vgl. dazu allgemein Kaufmann, in: Grimm (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1994, S. 15 ff.; Schuppert, in: König/Benz (Hrsg.), Privatisierung und staatliche Regulierung, 1997, S. 539 ff.

4 Vgl. dazu Schumpeter, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 1972, S. 134 ff.

seine spezifischen Bedingungen zugeschnittenen Re-Regulierung der rechtlichen und institutionellen Rahmenbedingungen. Dahinter verbirgt sich die basale staatstheoretische und wirtschaftspolitische Einsicht, dass es funktionierende Marktbeziehungen, in denen sich die »invisible hand« durchsetzen kann, nur auf der Basis der Organisation ihrer Rahmenbedingungen durch die »sichtbare Hand«<sup>5</sup> des staatlich gesetzten Rechts gibt. Es kann daher bei der Reform des Schienenverkehrs nicht um eine schlichte Privatisierung der Staatsbahn gehen, sondern um die Einführung von Elementen des Wettbewerbs zwischen den Verkehrsträgern von Schiene und Straße und innerhalb des Schienenverkehrs selbst, sie muss von einer Einbettung in neue politische und rechtliche Steuerungsebenen begleitet werden.

Dabei sind zwei analytisch trennbare, allerdings eng korrespondierende und in der Diskussion um die besonderen Bedingungen des öffentlichen Verkehrs regelmäßig vermengte Problemkreise zu berücksichtigen. Es geht zunächst um die Infrastrukturqualität und die Netzwerkbezogenheit, die insbesondere in bezug auf den Schienenverkehr eine staatstheoretisch folgenreiche Bestimmung der staatlichen Aufgaben und Funktionen im Rahmen der Einführung von marktaffin Strukturen erforderlich macht. Das Verhältnis von unternehmerischer Freiheit und Netzwerkstrukturen fokussiert sich dabei auf die Problematik der Gestaltung von Wettbewerb unter den Bedingungen von gleichsam naturwüchsigen Trassen- und Leitungsmonopolen. Hier lautet die von der Wirtschaftstheorie präferierte und im Anschluss daran vom modernen Wirtschaftsrecht übernommene Losung »Wettbewerb in Netzen«.<sup>6</sup> Er soll durch den offenen Netzzugang für Dritte gewährleistet werden.<sup>7</sup> Die Privatisierung von öffentlichen Netzwerken eröffnet damit eine primär wettbewerbsrechtlich geprägte Agenda der Verhinderung von Missbrauch von monopolähnlichen Positionen. Dies hat zur zwingenden Konsequenz, dass das Eigentum an Trassen und Leitungen als klassisches Ausschließlichkeitsrecht relativiert werden muss. In Bezug auf den zweiten Problemkreis der sozialstaatlichen Daseins- und Infrastrukturvorsorge besteht insoweit weitgehend Einvernehmen, dass sich die alte leistungsstaatliche »Erfüllungsverantwortung« unter den Bedingungen der Einführung marktaffiner Strukturen in eine politische »Gewährleistungsverantwortung« transformiere,<sup>8</sup> die sich auf die Organisation der Rahmenbedingungen, Fixierung von Qualitätsstandards und allenfalls zurückgenommenen Einstandspflichten zur Abgeltung von Leistungen beschränken solle, die der Markt nicht selbst finanzieren könne. Wie die Operationalisierung des Postulats des offenen Netzzugangs, so bleibt allerdings auch der Umfang der Konsensformel von der Gewährleistungsverantwortung für die Infrastruktur vage. Er reicht von einer allgemeinen fiskalischen Netzverantwortung über die Konzentration auf die staatliche Fixierung von Qualitätsstandards bei einer subsidiären Finanzierungsverantwortung bis hin zum »Minimalstaat mit eingebauter Offenheitspflege«.<sup>9</sup> Offenkundig ist jedoch, dass der Staat damit in eine plurale und komplexe Funktionsverantwortlichkeit eines Regulators von Wettbewerb, Verhinderers von ökologischen Externalisierungen, Organisators von infrastrukturpolitischen Rahmenbedingungen, Justierers von Leistungsstandards und Residualgaranten für sozialstaatliche Gewährleistungen genommen wird, die augenscheinlich mit dem wohlfeilen marktliberalen Leitbild der Rücknahme von staatlichen Aufgaben kontrastiert.

5 Vgl. dazu Mestmäcker, in: ders., *Recht und ökonomisches Gesetz. Über die Grenzen von Staat, Gesellschaft und Privatautonomie*, 1978, S. 104 ff.

6 Vgl. dazu Knieps, *Wettbewerb in Netzen*, 1996.

7 Vgl. dazu programmatisch die Beiträge in: Schwarze (Hrsg.), *Der Netzzugang für Dritte im Wirtschaftsrecht*, 1999; Papier, *BB* 1997, 1213 ff.; Fehling, *VerwArch* 1995, 600 ff.

8 Vgl. dazu Hermes, *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998, S. 323 ff.; Schoch, *VVDStRL* 1998, 158 ff.

9 Vgl. dazu in bezug auf die Bahn Vesting, in: Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland*, 3. Aufl., 2001, Rn. 21 ff. zu Art. 87e GG.

Der Verkehr ist das physische Medium der Vergemeinschaftung. Ohne die Mobilität von Personen und Gütern gibt es weder einen Gemeinsamen Markt für Waren und Dienstleistungen noch eine Begegnung zwischen den Bürgern in ihrem gemeinsamen Projekt der immer enger werdenden Union der Völker Europas (Art. 1 EUV). Die Harmonisierung der rechtlichen und institutionellen Rahmenbedingungen des Verkehrs bezeichnet daher ohne Zweifel eine ganz entscheidende politische Herausforderung für die Gestaltung eines gemeinsamen Europas. Der Verkehr ist dabei nicht nur Instrument, sondern auch Gegenstand der Vergemeinschaftung.<sup>10</sup> Bereits seit den Römischen Verträgen verlangt das Europäische Gemeinschaftsrecht die Entwicklung einer »gemeinsamen Politik auf dem Gebiet des Verkehrs« (Art. 3 lit. f. EGV). Allgemeines Ziel der Europäischen Gemeinschaft ist die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes mit einem beständigen, nichtinflationären und umweltverträglichen Wachstum (Art. 2 EGV). Er soll auf der Basis einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb organisiert werden (Art. 4 EGV). Die Beseitigung aller zwischenstaatlichen Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr ist dafür konstitutiv (Art. 23 ff. EGV). Die vier Grundfreiheiten werden durch die Bestimmungen zur Gewährleistung des freien Wettbewerbs zwischen den Unternehmen (Art. 81 ff. EGV) und die Vorschriften für Beihilfen der Mitgliedstaaten (Art. 87 ff. EGV) im Sinne eines dezidierten Ordoliberalismus flankiert. Das im Postulat der Entwicklung eines Gemeinsamen Marktes aufzuspürende generalisierende und egalisierende Grundmuster der Entwicklung allgemein gültiger Rahmenbedingungen unterliegt dabei allerdings in bezug auf den Verkehr insoweit einer Relativierung, als die Art. 70 ff. EGV einen Sonderrechtsbereich konstituieren. So nimmt Art. 51 EGV den Verkehr von den allgemeinen Bestimmungen der Art. 49 ff. EGV für den freien Dienstleistungsverkehr explizit aus. Sie treten danach hinter den besonderen Bestimmungen für den Verkehr zurück. Im Weiteren bestehen auch Sondervorschriften für die gemeinsame Verkehrspolitik in bezug auf die allgemeinen Vorschriften zum Wettbewerb zwischen Unternehmen und zu den staatlichen Beihilfen. Sie gehen diesen allgemeinen Regelungen vor.<sup>11</sup>

Sachliche Gegenstände der gemeinschaftlichen Verkehrspolitik sind nach Art. 80 Abs. 1 EGV die Eisenbahnen, der Straßen- und der Binnenschiffsverkehr sowie nach Maßgabe ausdrücklicher Entscheidung durch den Rat auch die Seeschifffahrt und die Luftfahrt (Art. 80 Abs. 2 EGV). Diese Kompetenz schließt die Zuständigkeit zur Regelung der Verkehrsbeziehungen mit anderen Staaten ein, die nicht Mitglied der Gemeinschaft sind.<sup>12</sup> Gegenständlich ist die Gemeinschaft dabei zum Erlass aller zweckdienlichen Vorschriften ermächtigt (Art. 71 Abs. 1 lit. d EGV). Diese weit gefasste Regelungskompetenz der Gemeinschaft umfasst in der Sache insbesondere die Marktorganisation und die Wettbewerbsbedingungen. Dazu zählen der Berufsunter und der Marktzugang, die Tarifgestaltung, die technischen Standards, die Verkehrssicherheit, die Sozialvorschriften sowie die flankierenden fiskalischen Regelungen über Steuern und Wegekosten.<sup>13</sup> Die Gemeinschaft verfügt damit über eine umfassende Regelungsbefugnis im Bereich der Verkehrswirtschaft. Für die inhaltliche Gestaltung der gemeinsamen Verkehrspolitik verweist allerdings Art. 71 Abs. 1 EGV darauf, dass die Besonderheiten des Verkehrs zu berücksichtigen sind. Dazu werden der hohe Staatsanteil, das besondere öffentliche Interesse an einer flächendeckenden

10 Frohnmeyer, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), EUV/EGV, Rn. 1 vor Art. 74.

11 Vgl. dazu EuGHE 1974, 359; 1986, 1425 – Nouvelles Frontières.

12 Vgl. dazu grundlegend EuGHE 1971, 263 – AETR – sowie EuGHE 1994, I-5267.

13 Geiger, EUV/EGV, 2000, Rn. 8 zu Art. 70.

Verkehrsbedienung, die Abhängigkeit von öffentlichen Infrastrukturen und der Bezug zu den sie umgebenden Raumstrukturen gezählt.<sup>14</sup>

Insoweit erlaubt Art. 73 EGV auch staatliche Beihilfen, die der Koordinierung des Verkehrs dienen oder zur Abgeltung von Leistungen vorgesehen sind, die »mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes« zusammenhängen. Damit kommt ein Terminus ins Spiel, der im Kontext der deutschen Rechtstradition erklärungsbedürftig ist. Gemeint ist nicht der öffentliche Dienst im Sinne der besonderen Beschäftigungsbedingungen der Mitarbeiter der öffentlichen Verwaltung, vielmehr steht der französische Referenzbegriff des »service public« für ein besonderes Verpflichtungs- und Gewährleistungsmuster von öffentlichen Leistungen,<sup>15</sup> für die im Deutschen der Parallelbegriff der »öffentlichen Daseinsvorsorge« gefunden wurde.<sup>16</sup> Obwohl das primäre Gemeinschaftsrecht die sachlichen Orientierungspunkte der Verkehrspolitik nicht im Einzelnen spezifiziert hat, erscheint damit die dem Verkehr durch das konventionelle Verständnis staatlicher Infrastruktur- und Daseinsvorsorge zugewiesene Sonderrolle als durchaus begründungsfähig. So lässt sich aus dem Wortlaut des EGV kein zwingendes Argument für die Gestaltung des Verkehrs als Wirtschaftsbereich entnehmen, der nach den Prinzipien des freien Wettbewerbs in einem Gemeinsamen Binnenmarkt auszurichten ist. Daraus wurde zunächst die These von der ausschließlichen Geltung der Art. 70 ff. EGV für die gemeinsame Verkehrspolitik abgeleitet.<sup>17</sup> Danach enthält der EGV im Wesentlichen Rechtsetzungsbefugnisse und delegiert die Gestaltungsaufgabe einer gemeinsamen Verkehrspolitik ohne strikte Zielvorgaben an die sekundärrechtliche Implementation.

Einen Markstein für die Wende der Europäischen Verkehrspolitik setzte die in der Sache selbst nicht besonders eingreifende Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs aus dem Jahr 1985, der vom Europäischen Parlament gegen die Untätigkeit des Rates in der Verkehrspolitik angerufen worden war.<sup>18</sup> Nach Ansicht des Gerichts hatte es der Rat trotz des ihm zugebilligten weiten Gestaltungsspielraumes unterlassen, »die Dienstleistungsfreiheit auf dem Gebiet des internationalen Verkehrs sicherzustellen und die Bedingungen für die Zulassung von Verkehrsunternehmen zum Verkehr innerhalb eines Mitgliedstaates, in dem sie nicht ansässig sind, festzulegen«,<sup>19</sup> und damit gegen allgemein gültige Grundprinzipien des Gemeinschaftsrechts verstoßen. Damit wurde die These von der ausschließlichen Geltung der Art. 70 ff. EGV von der These der universellen Geltung der wirtschaftspolitischen Leitvorstellungen zum Gemeinsamen Binnenmarktes abgelöst. Sie wurden durch die Rechtsprechung des EuGH zu den normativen Eckpfeilern der Verkehrspolitik erklärt. Damit wurde das Gewicht der durch Art. 71 Abs. 1 EGV anerkannten besonderen Bedingungen relativiert. In der Folge bekräftigte der EuGH seine These von der »universellen Vertragsgeltung« nicht nur für die Herstellung der Dienstleistungsfreiheit und die Gewährleistung der Niederlassungsfreiheit, sondern auch für den Wettbewerb.<sup>20</sup> Dies führte zu der heute unbestrittenen Auffassung, dass im Rahmen der von Art. 3 lit. f. EGV geforderten gemeinsamen Verkehrspolitik ein Verkehrsbinnenmarkt ohne mengenmäßige Beschränkungen angestrebt werden soll, in dem sich Preise und Leistungen unter gleichen Wettbewerbsbedingungen entwickeln.<sup>21</sup> Es ist danach zwar durch-

14 Geiger (Fn. 13), Rn. 10 zu Art. 71; Stadler, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Rn. 2 zu Art. 71.

15 Vgl. dazu allgemein Cox (Hrsg.), Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union. Zum Widerstreit zwischen freiem Wettbewerb und Allgemeininteresse, 2000.

16 Vgl. dazu grundlegend Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1937.

17 Vgl. dazu Oppermann, Europarecht, 2. Aufl., 1999, Rn. 1422.

18 EuGHE 1985, 1603 ff.; vgl. dazu Lenz, EuR 1988, 158 ff.

19 EuGHE 1985, 1603 ff. Rn. 70.

20 Vgl. zu diesen Ansatz auch EuGHE 1986, 1425 »Nouvelles Frontières«.

21 Geiger (Fn. 13), Rdn. 10 zu Art. 70.

aus zulässig, ein spezielles Dienstleistungs-, Wettbewerbs- und Beihilferecht zu schaffen, dieses ist aber gleichwohl an den Grundprämissen des Gemeinsamen Binnenmarktes auszurichten. Dabei besitzt die Gemeinschaft einen weiten Gestaltungsspielraum, wie sie diese Leitlinien in sekundäres Gemeinschaftsrecht umsetzt.<sup>22</sup> Die Entscheidung des EuGH wurde im Rahmen der Einheitlichen Europäischen Akte aufgegriffen. Auch wenn der Verkehr dort durch den 1986 neu formulierten Art. 7a EWGV ausdrücklich in den Kontext der Vollendung des Binnenmarktes gestellt wurde, war die politische Agenda zunächst auf einen rein verkehrswirtschaftlichen Ansatz der Harmonisierung der Rahmenbedingungen für die privaten Verkehrsunternehmen konzentriert. Im Vertrag von Maastricht wurden die primärrechtlichen Grundlagen erweitert. Die verkehrswirtschaftliche Agenda wurde um das eigenständige Politikfeld der Verkehrsinfrastrukturentwicklung im Rahmen der Trans-europäischen Netze (TEN) ergänzt (Art. 154 EGV). Die Tätigkeit der Gemeinschaft, so heißt es in Art. 154 Abs. 2 EGV, »zielt im Rahmen eines Systems offener und wettbewerbsorientierter Märkte auf die Förderung des Verbunds und der Interoperabilität der einzelstaatlichen Netze sowie des Zugangs zu diesen Netzen«. Gemeint ist damit nicht nur die Verkehrs-, sondern auch die Telekommunikations- und Energieinfrastruktur (vgl. Art. 153 Abs. 1 EGV).

### 3. Liberalisierung und Deregulierung durch Sekundärrecht

In der sekundärrechtlichen Ausgestaltung musste das Gemeinschaftsrecht zunächst die Fehler einer fehl gelaufenen europäischen Verkehrspolitik für den öffentlichen Verkehr zurücknehmen. Dieses Ziel verfolgt die EG-Verordnung 1893/91 vom 20.6.1991.<sup>23</sup> Sie trat an die Stelle der alten VO 1191/69.<sup>24</sup> Über diese aus dem Jahr 1969 stammende Verordnung wird schamhaft gesagt, sie sei nicht in allen Mitgliedstaaten in gleicher Weise und vollständig angewendet worden.<sup>25</sup> Dies ist ein Euphemismus. In Wirklichkeit ist das formell unmittelbar geltende Recht dieser Verordnung von allen Mitgliedstaaten ziemlich krude negiert worden. Und dies mit Recht. In der Verordnung mischte sich ein modellplatonischer Marktliberalismus mit einem staatswirtschaftlichen Hintertürchen. Zunächst wird für alle öffentlichen Verkehrsträger auf der Straße, der Schiene und den Binnenwasserstraßen proklamiert, sie seien von allen besonderen, ihnen auferlegten Lasten des »service public« zu befreien (Art. 1 Abs. 1 EG-VO 1191/69 a. F.). Diese hoch dramatische Proklamation blieb jedoch auf der Ebene der für die EG typischen Rhetorik verblasener Allgemeinheit. Dem politischen Freisetzungsvorhaben zur Entfaltung der Marktkräfte fehlte jedes Konzept einer flankierenden Justierung neuer Rahmenbedingungen. Die programmatische Befreiung von den Bindungen des »service public« schrieb weder eine Privatisierung öffentlicher Verkehrsunternehmen noch die Institutionalisierung von Wettbewerb vor. Sie gab lediglich den Verkehrsunternehmen, die es wollten, einen Anspruch auf Befreiung von den Verpflichtungen des »service public«.<sup>26</sup> Dies lag jedoch gar nicht im Interesse der Verkehrsunternehmen, die sich zu erheblichen Teilen aus öffentlichen Zuwendungen finanzierten und sich in den Reservaten ihrer Linienmonopole für alle

<sup>22</sup> Oppermann (Fn. 17), Rn. 1423.

<sup>23</sup> ABl. 1991 Nr. L 169/1.

<sup>24</sup> ABl. 1969 Nr. L 156/1.

<sup>25</sup> Vgl. etwa die Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses der EG vom Juni 1991 (KOM (89) 564 end.).

<sup>26</sup> Vgl. zur Reichweite des Anspruchs EuGHE 1998, I-5141.

Zeiten sozialen Bestandsschutz gesichert hatten. Zugleich ließ Art. 14 der Verordnung die Auferlegung von Verpflichtungen des »service public« zu, die für die Sicherstellung einer ausreichenden Versorgung unerlässlich sind. Die Ausnutzung dieser Widersprüche ließ damit sowohl einen von allen öffentlichen Bindungen freigesetzten Verkehr als auch ein völlig hoheitlich überdeterminiertes Regime zu. Und wie es nach Anatol France das Gesetz in seiner majestätischen Erhabenheit Armen und Reichen gleichermaßen verbietet, unter den Brücken zu schlafen, so nahmen es die Mitgliedstaaten für sich in Anspruch, die phrasenhaft leere Konzeption zum Ausweis der Rechtskonformität für ihre Staatsbahnen zu gebrauchen. Ähnlich erfolglos war die VO 1107/70.<sup>27</sup> Sie versuchte, Transparenz in die Rechnungslegung der Eisenbahnen zu bringen und die Eigenständigkeit ihrer kaufmännischen Führung zu fördern. Der erste politische Interventionsversuch des Gemeinschaftsrechts in die nationalen Regulationsbestände war daher im Schumpeterschen Sinne weder zerstörerisch noch schöpferisch.

Die Novelle der VO 1191/69 durch die VO 1893/91 verfolgte zwar das Ziel, alle öffentlichen Verkehrsunternehmen ebenso wie die privaten Verkehrsanbieter im öffentlichen Verkehr an marktwirtschaftliche Strukturen anzunähern, versuchte aber gleichwohl, den besonderen Bedingungen der Daseinsvorsorge im Rahmen einer netzabhängigen Infrastruktur Rechnung zu tragen. Mit ihr beginnt die zweite Stufe der Reform des öffentlichen Verkehrs durch das Gemeinschaftsrecht. Nach Art. 1 Abs. 3 dieser VO sollen die Mitgliedstaaten grundsätzlich alle auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs bestehenden Verpflichtungen des »öffentlichen Dienstes« aufheben. Allerdings dürfen auch nach Art. 1 Abs. 4 Verträge geschlossen werden, in denen als Alternative zur hoheitlichen Auferlegung Verpflichtungen des »öffentlichen Dienstes« vereinbart werden können, die unter Berücksichtigung sozialer, umweltpolitischer und landesplanerischer Faktoren und von Sondertarifen für bestimmte Gruppen eine ausreichende Verkehrsbedienung sicherstellen. Als Kompensation dafür müssen Ausgleichszahlungen geleistet werden, die am Prinzip der geringsten Kosten zu orientieren sind (Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 14 Abs. 6). Wendet man dafür als Ermittlungsverfahren die Grundsätze über das öffentlichen Auftragswesen an, sind Verkehrsleistungen bei einem Wert über 400.000 ECU grundsätzlich auszuschreiben (vgl. RL 531/90<sup>28</sup> i. d. F. der RL 22/94<sup>29</sup>). Damit wird zwar nicht ein völlig freier Wettbewerb institutionalisiert, sondern nur der Wettbewerb um die Berechtigung, als Verkehrsdienstleister am öffentlichen Verkehr mitzuwirken, der unter den Bedingungen des service public durchgeführt wird. Gleichwohl kann die Idee des *Vergabewettbewerbs* als der entscheidende innovative Leitgedanke der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für die Gestaltung des öffentlichen Verkehrs bezeichnet werden. Hätten die nationalen Verkehrspolitikern dieses Konzept ernst genommen, wären seitdem die meisten Verkehrsdienstleistungen öffentlich auszuschreiben gewesen. Dies hätte zur Folge gehabt, dass auch die monopolartigen Versorgungsstrukturen der öffentlichen Verkehrswirtschaft geschleift worden wären.

Die neue Verordnung wurde allerdings nicht nur von den Mitgliedstaaten zunächst wenig tatkräftig umgesetzt, sondern war bereits auf programmatischer Ebene notleidend. Ihre rechtlichen Vorgaben konnten die Lücke zwischen einer ordoliberalen Modellkonzeption und der Anwendungstauglichkeit auf netzabhängige Infrastruk-

27 ABl. 1970 Nr. L 130/4.

28 ABl. 1990 Nr. L 297/1.

29 ABl. 1994 Nr. L 164/3.

turen nicht schließen. Die VO 1893/91 hat die Konzeption des Vergabewettbewerbs nicht hinreichend instrumentiert. Die Schwäche des Gedankens des Vergabewettbewerbs liegt nicht nur darin, dass seine Verbindlichkeit keineswegs eindeutig ist,<sup>30</sup> sondern dass er selbst als marktsimulierendes Institut ein voraussetzungsreiches Konzept darstellt. Die Verordnung beschränkte den Vergabewettbewerb auf die Verkehre, die zur ausreichenden Verkehrsbedienung als erforderlich angesehen wurden und nicht rentabel zu betreiben waren. Dazu wäre es erforderlich gewesen, die Verfahren – etwa die Aufstellung von Verkehrsplänen – zu benennen, mit denen das Kriterium der ausreichenden Verkehrsbedienung hätte ermittelt werden können. Gleichfalls im Dunkeln blieb die Feststellung, welcher Verkehr als nicht rentabel zu qualifizieren ist. Bis auf den heutigen Tag haben es die interessierten Kreise für den ÖPNV geschafft, in § 8 PBefG die Mesalliance von sog. »gemeinwirtschaftlichen« und »eigenwirtschaftlichen« Verkehren festschreiben zu lassen, Eigenwirtschaftlichkeit trotz chronischen Subventionsbedarfs zu fingieren und damit den Vergabewettbewerb zu unterlaufen.<sup>31</sup> Schließlich ist die Organisation eines Vergabewettbewerbs zwischen Verkehrsunternehmen, die im Rahmen eines politischen Gesamtkonzepts einzelne Verkehrsleistungen zu den günstigsten Bedingungen anbieten sollen, bereits auf der Straße ein äußerst kompliziertes Unterfangen. Es verlangt nicht nur eine Konzeption darüber, was als ausreichende Verkehrsbedienung anzusehen ist, sondern auch ein elaboriertes Arrangement der Vernetzung der einzelnen Verkehrsdienstleistungen in einem übergreifenden System der Organisation des öffentlichen Verkehrs. Das Blankokonzept des Vergabewettbewerbs lässt für die Schiene völlig offen, wie dies unter den Bedingungen eines trassengebundenen, regional und überregional vernetzten sowie daher auch von erheblichem Organisationsaufwand abhängigen Eisenbahnwesens zu gestalten ist.

Die Defizite der Reform des öffentlichen Verkehrs, die zunächst ungeachtet der besonderen Bedingungen der schienengebundenen Verkehrsträger in Angriff genommen worden war, wurden durch drei bahnspezifische Richtlinien zu beheben versucht. Die Richtlinie 440/91<sup>32</sup> sowie die Richtlinien 18/95 und 19/95<sup>33</sup> richten sich speziell an den überregionalen Schienenverkehr. Mit ihnen beginnt die Bahnpolitik der Gemeinschaft. Obwohl ihnen erheblich weniger direktive Kraft als der unmittelbar geltenden VO 1191/69 zukommt, weil sie den Mitgliedstaaten Ausgestaltungsräume überlassen, wurden mit ihnen die rechtlichen Grundlagen für eine Reform der Staatsbahnen geschaffen. Zum Zweck der Verbesserung der Leistungsfähigkeit sollten die tradierte Ausrichtung der Eisenbahnen auf das nationale Territorium, das Bedienungsmonopol und die staatswirtschaftliche Organisation aufgehoben und in moderierte Formen marktaffinere Leistungserbringung überführt werden. Als Bausteine dafür wurde die Umwandlung der staatlichen Eisenbahnen in privat oder öffentlich-rechtlich geführte Dienstleistungsunternehmen, die Unabhängigkeit der Unternehmensleitungen, die Reform der Rechnungsführung, die Trennung von Infrastruktur und Verkehrsdienstleistungen sowie die Einführung von Wettbewerb auf dem Schienennetz unter Zulassung von internationalen Betreibern vorgesehen. Damit wurde zwar nicht eine völlige Unternehmensprivatisierung der Staatsbahnen vorgeschrieben, die eine höchst brisante Kollisionslage mit Art. 295 EGV aufgeworfen hätte, gleichwohl wurde jedoch eine der privaten Erwerbswirtschaft weitgehend angenä-

30 Vgl. zu den Kontroversen Barth, Nahverkehr in kommunaler Verantwortung. Der öffentliche Personennahverkehr nach der Regionalisierung, 2000, S. 146 ff.

31 Vgl. dazu auch Barth (Fn. 30), S. 236 ff.

32 ABl. 1991 Nr. L 237/25.

33 ABl. 1995 Nr. L 143/70.

herte Unternehmensführung nahe gelegt<sup>34</sup> und ein Wettbewerb zwischen verschiedenen Anbietern auf einer Trasse angestrebt. Die Richtlinien stehen damit im Zeichen einer dezidierten »Politik der geregelten Öffnung der Märkte«.<sup>35</sup>

Die Richtlinie 440/91 wendet sich zunächst an die Verkehrsunternehmen, die ihren Sitz im jeweiligen Mitgliedstaat haben. Sie fordert die finanzielle Sanierung der Eisenbahnen (Art. 9 ff.). Obwohl die Eisenbahnunternehmen in unternehmerischer Unabhängigkeit, von der Haushaltsführung des Staates getrennt und nach den Grundsätzen von Handelsgesellschaften geführt werden sollen (Art. 4 und 5), vermeidet die Richtlinie sorgsam jede rechtliche Festlegung auf eine völlige Privatisierung der Staatsbahnen. Sie verlangt als zentrales Modul der neuen Organisation des Schienenverkehrs allerdings die Trennung von Fahrweg und Betrieb (Art. 6 ff.). Dabei geht die Verordnung davon aus, dass die Eisenbahninfrastruktur grundsätzlich weiterhin bei den Mitgliedstaaten liegen wird. Im Weiteren verfolgt sie zwei unterschiedliche Ausgestaltungsvarianten. Neben der offensichtlich als Grundmodell präferierten völligen organisatorischen Trennung in Netzunternehmen und Verkehrsdienstleistern, gestattet sie auch die Beibehaltung von Netz und Betrieb unter einem Dach. Soweit keine völlige institutionelle Trennung erfolgt, müssen allerdings Infrastruktur und Betrieb »in organisch voneinander getrennten Unternehmensbereichen« und mit getrennter Rechnungslegung geführt werden (Art. 6 Abs. 2). Darin liegt der strategische Hebel für eine Öffnung der Schieneninfrastruktur zur Nutzung durch andere Schienenverkehrsunternehmen. Der Betreiber der Infrastruktur hat für die Benutzung der Schienenwege Nutzungsentgelte zu erheben (Art. 7) und muss allen Interessenten diskriminierungsfreien Zugang gewähren (Art. 8). Öffentliche Zuschüsse für die Infrastruktur sind grundsätzlich zulässig (Art. 7 Abs. 3). Damit gleiche Bedingungen für alle potentiellen Mitbewerber gewährleistet werden, ist ein Transfer von Subventionen zwischen den Unternehmensbereichen Infrastruktur und Betrieb nicht gestattet (Art. 6 Abs. 1 S. 2). Die Richtlinie öffnet schließlich den Zugang zur Infrastruktur auch für internationale Anbieter und für transnationale Verbindungen im kombinierten Verkehr (Art. 10).

Die Richtlinie 440/91 wird durch die Richtlinie 18/95 ergänzt. Sie befasst sich mit der Erteilung von Genehmigungen zum Betrieb von Eisenbahnunternehmen. Sie ist nach dem Vorbild des Luftverkehrs als klassische gewerberechtliche Genehmigung ausgestaltet,<sup>36</sup> die im Zeichen der vorbeugenden Gefahrenabwehr steht. Genehmigungsvoraussetzungen sind nach Art. 5 die Zuverlässigkeit, die fachliche Eignung und die Deckung der Haftpflicht. Damit wurde die Grundlage für eine in allen Mitgliedstaaten gültige Eisenbahnbetriebserlaubnis geschaffen. Obwohl Art. 4 Abs. 3 jedem Unternehmen, das die Genehmigungsvoraussetzungen erfüllt, einen Anspruch auf Genehmigung gewährt, ist damit allerdings über den Zugang zu den Trassen noch nicht entschieden. Dies ist Gegenstand der Richtlinie 19/95. Sie regelt die Zuweisung von Fahrwegkapazitäten und die Berechnung von Wegeentgelten für die nationalen Eisenbahnunternehmen und die internationalen Gruppierungen. Sie verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Einrichtung einer Stelle, die für die gerechte und nichtdiskriminierende Zuweisung von Fahrwegkapazität zuständig ist (Art. 3). Bevorrechtigungen sind für gemeinwirtschaftliche Verkehrsdienstleistungen, Hochgeschwindigkeits- und Güterverkehrsstrecken vorgesehen (Art. 4). Offen bleibt, ob mit der unabhängigen Stelle zwingend eine Art Regulierungsbehörde institutionalisiert werden muss oder ob die Zuweisung von Fahrwegkapazitäten auch durch den Netzbetreiber

34 Vgl. auch Fromm, DVBl. 1994, 187, 189; Magiera, in: Blümel (Hrsg.), Verkehrswegerecht im Wandel, 1994, S. 49.

35 Weißbuch (Fn. 1), S. 29.

36 Vgl. dazu Eckert, DVBl. 1997, 158 ff.

erfolgen kann. Für den Fahrweg steht dem Fahrwegbetreiber ein Wegeentgelt nach Maßgabe des Verkehrsdienstes, der Zeit, der Marktlage sowie Art und Abnutzung des Verkehrsweges zu (Art. 8). Die Erträge aus den Wegeentgelten und staatlichen Beiträgen sollen die Kosten für den Fahrweg in einem angemessenen Zeitraum ausgleichen (Art. 6). Der Betrieb der Schieneninfrastruktur wird damit auf längere Sicht als nicht kostendeckendes Unternehmen betrachtet.

Die Reform der Staatsbahnen hat nicht nur einen intramodalen, sondern auch einen intermodalen Aspekt. In den Richtlinien dokumentiert sich ein gewandeltes Leitbild der Verkehrspolitik der EG im Vergleich zur ersten Hälfte der 90er Jahre.<sup>37</sup> Das Bemühen um marktaffine Strukturen zielt insbesondere auf die Stärkung der Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit des Schienenverkehrs gegenüber anderen Verkehrsträgern. Ihm liegt die Überlegung zugrunde, der Schienenverkehr könne gegenüber dem Straßenverkehr nur bestehen, wenn er wirtschaftlich effizienter operiere. Dazu müsse »den Marktkräften ein größerer Spielraum«<sup>38</sup> eingeräumt werden. Die Erkenntnis, dass Effizienzsteigerungen die zentrale Voraussetzung für einen zukunftsorientierten Schienenverkehr sind, wird dabei als Voraussetzung für die Bewältigung der übergreifenden Herausforderungen der Verkehrspolitik verstanden, die sich um das Problem der Mobilität insgesamt gruppieren. Insbesondere wird versucht, den Auftrag des Art. 6 EGV, Umweltschutz als Querschnittsaufgabe in alle Politiken der Gemeinschaft zu integrieren, für den Verkehr umzusetzen. Es klingt paradox, dass die erste ernsthafte Operationalisierung marktaffiner Rahmenbedingungen für den Schienenverkehr entscheidende Impulse durch Überlegungen erhielt, die jenseits der Herstellung eines gemeinsamen Verkehrsmarktes liegen. In den einschlägigen Strategiekonzepten der Verkehrspolitik der EG deutet sich ein Paradigmenwandel an. Er kann in der konzeptionellen Wende von einer *Intervention in die Verkehrspolitik* zu einer *Entwicklung einer nachhaltigen Verkehrspolitik* verortet werden. Wurde die erste Phase der Verkehrspolitik von wirtschaftspolitischen Modellplatonikern betrieben, so steht die neue Verkehrspolitik im Zeichen einer Politik, die sich marktaffiner Instrumente zu bedienen versucht, um die Mobilitäts- und Umweltprobleme zu lösen. Der Wettbewerb ist nicht mehr das Selbstziel, sondern ein Instrument, den Verkehr effizienter zu gestalten, um damit Handlungsoptionen zur Bewältigung der überschießenden Herausforderungen zu gewinnen.

Grundlage des durch die drei Richtlinien verfolgten Regulationsmodelles für die Verkehrsdienstleistungen ist die Eröffnung eines beschränkten Wettbewerbs auf der Schiene, deren Ausgestaltung allerdings gerade in den entscheidenden Details bei den Mitgliedstaaten liegt. Durch die konzeptionelle Trennung von Fahrweg und Betrieb soll sich das Angebot differenzieren. Das Produkt, das die Betriebsunternehmen verkaufen, sind die Verkehrsdienstleistungen. Hier konkurrieren sie idealtypisch im inter- und intramodalen Wettbewerb um Kunden. Das Produkt der Netzunternehmen sind die Fahrplantrassen. Hier trifft das Modell des Wettbewerbs auf Schwierigkeiten. Zunächst besteht in bezug auf den Fahrweg eine monopolartige Anbieterposition. Theoretisch könnte der Wettbewerb um die Trasse nach dem Modell der Slots im Luftverkehr gestaltet werden. Demgegenüber verfolgt der Regelungszugriff des Gemeinschaftsrechts ein eher etatistisch geprägtes Konzept der Trassenvergabe und der fixierten Trassenpreise. Die Politik der »geregelten Öffnung der Märkte« mündet daher nur bedingt in eine Politik des »geregelten Wettbewerbs«. Es trifft auf mehrere Barrieren. Zunächst gibt es keinen Wettbewerb um die Trasse über den Preis.

37 Vgl. dazu Basedow, in: Das deutsche Transportrecht an der Schwelle zum Europäischen Binnenmarkt, 1993, S. 155 ff.

38 Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Eine Strategie zur Revitalisierung der Eisenbahn, Weißbuch vom 30. 7. 1996, KOM (96) endg., Tz. 4.

Die Trassenvergabe ist vielmehr strukturell von der Preisbildung entkoppelt. Wird zunächst über die Trassenvergabe entschieden und hat erst im Anschluß daran der Netzbetreiber den Preis nach den Kriterien über die Preisbildung festzulegen, verlangt dies von dem Wettbewerber, der mit einem Unternehmen konkurriert, das im Unternehmensverbund mit dem Trassenbetreiber steht, viel. Er muss detailscharfe Informationen über die Trassenkapazität besitzen, um Nischen und Lücken zu erkennen, die er für sein Unternehmen ausnutzen kann. Er benötigt sie auch, um die Entscheidung über die Trassenvergabe nachvollziehen zu können. Im Weiteren kann selbst bei vorhandener Trassenkapazität die Festlegung der Trassenpreise prohibitiv wirken. Auch hier stellt sich das Problem der Nachvollziehbarkeit. Zudem bleibt das Problem der Vernetzung und Vertaktung mit bestehenden Schienenverkehrsdienstleistungen unberücksichtigt. Das Bahnmodell geht damit konzeptionell hinter den Gedanken des Vergabewettbewerbs zurück. Es proklamiert einen Wettbewerb auf der Trasse ohne einen Wettbewerb um die Trasse. Dies kann nur zu den intendierten Ergebnissen führen, wenn der Trassenbetreiber motiviert ist, sein Netz optimal zu verwerten. Dies setzt wiederum voraus, dass er im Betrieb nicht engagiert ist.

#### 4. Die Bahnreform in der Bundesrepublik

Die Entstaatlichung der Deutschen Bundesbahn ist im Kontext der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zu sehen.<sup>39</sup> Allerdings lief die sekundärrechtliche Deregulierung des Schienenverkehrs mit einem bereits intern formierten Reformwillen in der Bundesrepublik parallel. Die Diskussion um die Reform der Bundesbahn ist so alt wie diese selbst.<sup>40</sup> 1989 wurde auch zum Jahr einer bahnpolitischen Wende. In ihm war eine Regierungskommission unter Vorsitz von Günter Sassmannshausen mit dem Ziel berufen worden, Vorschläge für eine Reform der nach bilanzrechtlichen Grundsätzen von Zahlungsunfähigkeit bedrohten Bundesbahn zu entwickeln.<sup>41</sup> Die Übernahme der völlig maroden Reichsbahn der ehemaligen DDR verschärfte den Problemdruck. Die »17. Initiative zur wirtschaftlichen Gesundung der Bundesbahn«<sup>42</sup> konnte Ideen zum Durchbruch verhelfen, die größten Teils bereits seit mehreren Jahrzehnten diskutiert worden waren, aber bis dahin am Widerstand der Politik, insbesondere an den Ländern und den Kommunen gescheitert waren. Die Regierungskommission kam zu dem Ergebnis, im Jahr 2001 werde der Gesamtschuldenstand der beiden Bahnen 180 Mrd. DM erreichen und das Eigenkapital aufgezehrt sein.<sup>43</sup> Die zur Abwendung der faktischen Insolvenz gefundene Leitformel hieß »Privatisierung der Staatsbahn«. Das Privatisierungskonzept lässt erkennen, dass das vordringliche Ziel der Reform die Staatsentlastung war.<sup>44</sup> Die Deutsche Bundesbahn sollte entschuldet und auf einer ersten Stufe in eine Aktiengesellschaft mit dem Bund als Alleinaktionär umgewandelt werden. Als Endpunkt wurde der Börsengang des Unternehmens Bahn ins Auge gefasst. Es wurde weiter vorgeschlagen, die Organisationsprivatisierung durch eine partielle Aufgabenprivatisierung mit dem Ziel zu flankieren, die unter-

39 Vgl. dazu Seitz, EuZW 1994, 33; Schulz, Das Eisenbahnwesen des Bundes und die Stellung der deutschen Bahnen auf dem Europäischen Binnenmarkt, 1995.

40 Vgl. dazu Schulz, in: Gall/Pohl (Hrsg.), Die Eisenbahn in Deutschland, 1999, S. 317 ff.

41 Vgl. zur Genese Lehmkuhl/Herr, PVS 1994, 631 ff.; Schwarz, in: Gall/Pohl (Fn. 40), S. 377 ff.

42 Schulz (Fn. 40), S. 365 f.

43 Schwarz (Fn. 41), S. 391.

44 Vgl. dazu prononciert Vesting (Fn. 9), Rn. 18 zu Art. 87c GG.

nehmerischen Funktionen von den weiterhin für erforderlich gehaltenen staatlichen Aufgaben zu trennen. Danach sollten die Planung von Trassen, der Erlass und die Überwachung von Sicherheitsstandards sowie die gewerberechtliche Zulassung von Unternehmen als hoheitliche Aufgaben beim Staat verbleiben und dieser zusätzlich in eine Gewährleistungsverantwortung für der Erhalt von Verkehrsleistungen im Rahmen der Daseinsvorsorge genommen werden.

1993 wurde die Bahnpolitik durch die im Bundeseseisenbahn-Neugliederungsgesetz (BENeuglG)<sup>45</sup> enthaltene Bahnstrukturreform auf eine neue rechtliche Grundlage gestellt,<sup>46</sup> deren verfassungsrechtliche Implikationen bereits 1986 ausgelotet worden waren.<sup>47</sup> Sie enthielt eine Änderung der Verfassung und eine gesetzliche Anschlussnovellierung, in deren Rahmen zusätzlich das Deutsche Bahn Gründungsgesetz (DBGrG), das Eisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz (EVerwG), das Allgemeine Eisenbahngesetz (AEG) und das Regionalisierungsgesetz für den ÖPNV (RegG) normiert und die Anpassung anderer Rechtsvorschriften vorgenommen wurden. Parallel dazu wurde das Schienenausbaugesetz zur Sicherstellung der Modernisierung der Trasseninfrastruktur erlassen. Durch die Änderung der Verfassung wurde der rechtliche Doppelstatus der Bundesbahn als Verkehrsunternehmen (§ 28 BBahnG) und Behörde »in bundeseigener Verwaltung mit eigenem Verwaltungsunterbau« (Art. 87 Abs. 1 GG a. F.) beseitigt. Nach Art. 87e Abs. 1 S. 1 GG wird nunmehr die Eisenbahnverkehrsverwaltung für die Eisenbahnen des Bundes in bundeseigener Verwaltung geführt. Entsprechendes regelt Art. 87e Abs. 2 GG für die nichtbundeseigenen Eisenbahnen. Die hoheitlichen Aufgaben werden danach im wesentlichen durch das Eisenbahnbundesamt wahrgenommen. Damit ist die Eisenbahnverwaltung entsprechend dem Muster der Luftverkehrs- und Wasserstraßen organisiert. Allerdings ermöglicht Art. 87e Abs. 1 S. 2 GG auch die Übertragung von Aufgaben auf die Länder. Dies ist im Rahmen der Regionalisierungsgesetzgebung geschehen. Organisation und Gewährleistung des Nahverkehrs wurden Regelungsaufgabe der Länder. Als Gegenleistung für diese kostenträchtigen Aufgaben stattete der neu geschaffene Art. 106a GG die Länder mit Finanzierungsgarantien des Bundes für den gesamten Personennahverkehr aus.

Art. 87e Abs. 3 GG verlangt nunmehr in bezug auf die unternehmerischen Aufgaben, dass die Eisenbahnen des Bundes als Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form geführt werden. Damit ist von Verfassungs wegen eine durchgreifende Organisationsprivatisierung vorgegeben, die sowohl für die Verkehrsdienstleistungen als auch für die Infrastruktur eine anstaltsstaatliche Trägerschaft ausschließt. Das Grundgesetz geht damit über das Gemeinschaftsrecht i. S. d. Art. 4 EWG-RL 440/91 hinaus. Während die Mehrheit der Anteile an den Unternehmensbereichen, die für den Bau, den Betrieb und den Unterhalt des Schienennetzes zuständig sind, beim Bund verbleiben muss (Art. 87e Abs. 3 S. 2 u. 3 GG), ist eine Veräußerung von Anteilen an den übrigen Unternehmensanteilen durch den Bund zulässig. Voraussetzung dafür ist ein Gesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf (Art. 87e Abs. 4 GG). Da die Verfassung verlangt, die Eisenbahnen des Bundes »als Unternehmen zu führen«, wird nicht nur ein formeller Wandel der Organisationsverfassung, sondern eine

45 BBl. 1993, I S. 2378.

46 Vgl. dazu Fromm, DVBl. 1994, 187 ff.; Fromm, Juristische Probleme der Reform der Eisenbahnen, Internationales Verkehrswesen 1994, 96 ff.; Fromm/Sellmann, NVwZ 1994, 547 ff.; Heinze, BayVBl. 1994, 266 ff.; Schmidt-Aßmann/Röhl, DÖV 1994, 577 ff.; Sellmann, NVwZ 1996, 857 ff.; Wegener, DÖV 1996, 305 ff.; Sellmann, NVwZ 1999, 250 ff.; Menges, Die Rechtsgrundlagen für die Strukturreform der Deutschen Bahnen, 1997; Grohn, Die Leistungsfähigkeit des deutschen Eisenbahnrechts nach der Bahnreform, 1998.

47 Schmidt-Aßmann/Fromm, Aufgaben und Organisation der Deutschen Bundesbahn in verfassungsrechtlicher Sicht, 1986.

grundlegende Neubestimmung der unternehmerischen Ausrichtung gefordert. Art. 87e Abs. 3 GG begnügt sich nicht mit der Imitation gesellschaftsrechtlicher Organisationsmuster durch einen nach wie vor staatswirtschaftlich ausgerichteten Betrieb. Die Bahn ist nicht mehr *wie* ein privatrechtlich organisiertes Unternehmen zu gestalten, was bereits § 28 Abs. 1 S. 1 BBahnG a. F. gefordert hatte, sondern auch *als* Unternehmen nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen zu führen (§ 1 DBGrG). Daraus ergeben sich zwei folgenreiche Grundorientierungen. Zunächst impliziert das vorgegebene Unternehmenskonzept eine durchgreifende Veränderung des Verantwortungsmodus. Der Funktionswandel der Leitungsstrukturen der Bahn von einer ministerialverantwortlichen Betriebsleitung in die Führung eines ertragswirtschaftlich ausgerichteten Unternehmens schließt die Trennung von Geschäftsleitung und Eigentümerstellung ein.<sup>48</sup> Der Bund als Eigentümer hat daher nach dieser Logik, die auch durch Art. 4 EWG-RL 440/91 gefordert wird, die Unabhängigkeit des Vorstandes der Bahn AG in bezug auf die Unternehmenspolitik zu respektieren, politische Interventionen zu vermeiden und sich auf seine Eigentümerfunktion zu beschränken. Zweitens ist das Leitbild für den Erfolg des Unternehmens Bahn auf Gewinn zu orientieren.<sup>49</sup> Aufgrund der Überführung in ein Wirtschaftsunternehmen ist die Bahn AG nicht mehr unmittelbar verpflichtet, Interessen des Gemeinwohls wahrzunehmen.<sup>50</sup>

Andererseits steht der Bund in einer durch die Verfassung festgeschriebenen Gewährleistungsverantwortung. Art. 87e Abs. 4 S. 1 GG verlangt, »dass dem Wohl der Allgemeinheit, insbesondere den Verkehrsbedürfnissen, beim Ausbau und Erhalt des Schienennetzes der Eisenbahnen des Bundes sowie bei deren Verkehrsangeboten auf diesem Schienennetz . . . Rechnung getragen wird«. Damit ist durch die Verfassung nicht nur die Trennung der hoheitlichen Aufgaben der staatlichen Eisenbahnverwaltung von den unternehmerischen Aufgaben der Bahn AG vorgegeben, sondern werden zusätzlich die unternehmerischen Aufgaben einer ertragswirtschaftlichen Orientierung des Unternehmens Bahn von den staatlichen Aufgaben der Daseins- und Infrastrukturvorsorge geschieden. Im Rahmen der Gewährleistungsverantwortung kann danach der Bund unter Umständen verpflichtet sein, nicht rentable, aber nach dem Gemeinwohl erforderliche Verkehre notfalls bei den Betreibern einzukaufen oder das Schienennetz zu finanzieren. Diese Verpflichtung ist als eine »objektiv bindende, vom Parlament und den Gerichten kontrollierbare, aber vom einzelnen nicht einklagbare Rechtspflicht des Bundes in Gestalt eines Staatszieles«<sup>51</sup> konstituiert. Sie beschränkt sich nach zutreffender Ansicht nicht auf eine Übergangsphase, sondern ist als eine Daueraufgabe angelegt,<sup>52</sup> deren Umfang allerdings eine ständige Überprüfung und Aktualisierung erfordert, denn ihre inhaltlichen Dimensionen sind vage geblieben. Um ihnen Konturen zu geben, ist eine in sich schlüssige moderne Infrastrukturtheorie gefordert, die an die Stelle des überkommenen Modells einer ubiquitären Daseinsvorsorge treten könnte. Normativ überzeugend erscheint es, die Gewährleistungsverpflichtungen funktional mit anderen verfassungsrechtlichen Zielen zu verknüpfen.<sup>53</sup> Dazu gehört sicherlich der Umweltschutz (Art. 20a GG). Der Umfang der Gewährleistung bemisst sich damit insbesondere an dem möglichen und

48 Vgl. dazu ausführlich Hommelhoff/Schmidt-Aßmann, ZHR 1996, 554 ff.

49 Vgl. Hommelhoff/Schmidt-Aßmann, ZHR 1996, 537 ff.; Vesting (Fn. 9), Rn. 37 zu Art. 87e.

50 Fromm, DVBl. 1994, 191; Schmidt-Aßmann/Röhl, DÖV 1994, 583; Windthorst, in: Sachs (Hrsg.), GG, 1999, Rn. 3 zu Art. 87e.

51 Windthorst (Fn. 50), Rn. 50 zu Art. 87e.

52 So auch Uerpman, in: von Münch/Kunig, GG, 3. Aufl. 1996, Rn. 17 zu Art. 87e; Jarass/Pieroth, GG, 5. Aufl. 2000, Rn. 4 zu Art. 87e; Vesting (Fn. 9), Rn. 57 zu Art. 87e; a. A. Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, 9. Aufl. 1999, Rn. 6 zu Art. 87e; Schmidt-Aßmann/Röhl, DÖV 1994, 584.

53 So auch Vesting (Fn. 9), Rn. 60 zu Art. 87e.

gewünschten Beitrag des Schienenverkehrs zur Sicherung der natürlichen Lebensgrundlagen. In diesem Zusammenhang ist auch das soziale Staatsziel des Art. 20 GG zu berücksichtigen. Es gibt dabei allerdings gute Gründe, das Sozialstaatsprinzip nicht mehr im Sinne einer konventionellen Daseinsvorsorge als Pflicht zur »flächendeckenden Grundversorgung« zu interpretieren.<sup>54</sup> Darin läge schon angesichts des von der Schiene angebotenen Rumpfprogrammes zum Güterverkehr und der Verbreitung des Pkw als Grundausstattung der meisten Haushalte eine Prämisse, die angesichts der sozialen Wirklichkeit keine normative Geltung mehr beanspruchen kann. Das Sozialstaatsprinzip verpflichtet nicht zur bedingungslosen Objektförderung. Es lässt nicht nur als Kontrastprogramm die Subjektförderung, sondern viele andere Alternativen zu.

Mit der Neufassung des Art. 87e GG scheint der ökonomietheoretische und wirtschaftspolitische Grunddiskurs, ob Infrastruktur öffentlicher Verkehrswege notwendig eine Sache des Staates sei, gleichsam verfassungsrechtlich vorab entschieden. Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat festgelegt, dass es einen Infrastrukturvorbehalt zugunsten einer staatlichen Mehrheitsbeteiligung am Trassenunternehmen geben soll. Er ist andererseits davon ausgegangen, dass die Vorstellung eines natürlichen Monopols auf der Ebene der Verkehrsdienstleistungen nicht mehr aufrechterhalten wird.<sup>55</sup> Offen bleibt allerdings, wie sich hier die grundsätzlich geforderte Gewinnorientierung des Unternehmensbereichs »Netz« mit dem Befund der Abhängigkeit von öffentlichen Zuwendungen und der Gewährleistungsverpflichtung des Bundes in ein tragfähiges Konzept einbinden lässt. Art. 87e GG beantwortet die Frage nicht, wie unternehmerische Eigentümerverantwortung und politische Gewährleistungsverantwortung im Rahmen der Bahnpolitik des Bundes zu vereinbaren sind. Sicherlich ist mit der Gewährleistungsklausel keine allfällige Legitimation der Politik zum unbeschränkten Durchgriff auf die Entscheidungen der Bahn AG verbunden,<sup>56</sup> aber ebenso gewiss ist die Absage an jede Gewährleistungsverpflichtung eine Verletzung des Verfassungsauftrages. Der Doppelstatus als Eigentümer und politischer Gewährleistungsverantwortlicher impliziert mehrere potentiell konfligierende Rollenerwartungen, denen der Bund gleichermaßen gerecht werden muss. Dies wiederum setzt voraus, dass die institutionellen Rahmenbedingungen problem- und rollengerecht justiert werden können. Dies hat der Verfassungsgesetzgeber an den nachfolgenden Prozess der Bahngesetzgebung delegiert. Die Zurückhaltung in den reformierten verfassungsrechtlichen Grundlagen weist einmal mehr darauf hin, dass es ihr vorrangliches Ziel gewesen ist, eine neue Grundordnung für die bundeseigenen Eisenbahnen zu schaffen, nicht aber ein in sich geschlossenes Konzept für den Schienenverkehr der Zukunft vorzugeben. Daher trifft der Befund zu, die Verfassung oszilliere »auf eine eher inkohärente Weise zwischen ›Markt‹ und ›Staat‹«, die sich einer »Nachrationalisierung« im Wege der textgebundenen Interpretation entziehe.<sup>57</sup> Der Verfassungsgesetzgeber hat die Grundlagen für die Organisationsprivatisierung der Bundesbahn gesetzt. Der Gesetzgeber musste ein Gesamtkonzept für den Schienenverkehr schaffen. Durch § 1 BENEuGlG wurden Bundesbahn und Reichsbahn zunächst in einem Sondervermögen zusammengeführt. Aus ihm wurde sodann die Deutsche Bahn AG als Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form ausgegliedert. Sie wird als Aktiengesellschaft geführt, die im Eigentum des Bundes steht. Um das Unternehmen Bahn handlungsfähig zu machen, hat der Bund die DB zunächst entschuldet, sie von Pensionsansprüchen freigestellt und damit Altlasten

<sup>54</sup> Vgl. dazu Windthorst (Fn. 50), Rn. 48 u. 51 zu Art. 87e.

<sup>55</sup> Vesting (Fn. 9), Rn. 47 zu Art. 87e.

<sup>56</sup> Vesting (Fn. 9), Rn. 55 zu Art. 87e.

<sup>57</sup> Vesting (Fn. 9), Rn. 18 zu Art. 87e.

in Höhe von rund 80 Mrd. DM übernommen. Die Altschulden von Bundesbahn und Reichsbahn wurden im Bundeseisenbahnvermögen belassen und müssen von ihm getilgt werden (§§ 5 u. 16 BENEuGlG). Bei ihm werden auch die Bahnbeamten als Bedienstete des Sondervermögens dienstrechtlich geführt, die an die Bahn AG »ausgeliehen« werden.<sup>58</sup> Die Bahn AG wird als Konzern in Form einer Aktiengesellschaft mit drei Transporttöchtern des Fern-, Güter- und Regionalverkehrs sowie der DB-Netz und der DB Station & Service betrieben (§ 2 Abs. 1 DBGrG). Damit hat sich der Bundesgesetzgeber gegen eine klare Trennung von Netz und Betrieb entschieden. Um die Vorgaben der EG-VO 440/91 zu erfüllen, muss diese »second-best-Lösung« insbesondere die unternehmensinterne Unabhängigkeit der Verkehrstöchter vom Infrastrukturbereich gewährleisten. Darauf fokussieren sich die Herausforderungen der gemeinschaftsrechtlichen Systemkonformität und der ökonomischen Systemrationalität der deutschen Bahnreform.

Trotz der Totalentschuldung und einer laufenden Unterstützung durch den Bund mit Zuschüssen, die zum Teil weit mehr als 20 Mrd. DM im Jahr betragen,<sup>59</sup> ist das Unternehmen inzwischen wieder in finanzielle Schwierigkeiten geraten. Ihm fällt es sogar offensichtlich schwer, die öffentlichen Mittel zum Ausbau und Erhalt der Schieneninfrastruktur termingerecht und effektiv umzusetzen. Zehn Jahre nach der Bahnreform ist der Börsengang des Unternehmens Bahn eine Chimäre geblieben. Das ursprünglich angestrebte Ziel, die verschiedenen Geschäftsbereiche als eigenständige Unternehmen bis 1999 auszugliedern, stößt auf vehemente unternehmensinterne Widerstände. Nunmehr gilt das Jahr 2004 als Ziel für die Erreichung der Kapitalmarktfähigkeit. Der politische Reformimpuls erlahmte rasch. Der gemeinschaftsrechtlich vorgegebene und durch die Bahnpolitik des Bundes angestrebte Wettbewerb auf der Schiene führt eine Nischenexistenz. Die Leitung der privatisierten Bahn durch ausgewiesene Unternehmerpersönlichkeiten setzt auf Abschottung ihres nur äußerlich marktwirtschaftlich designten Unternehmens vom Wettbewerb. Die vormalige Staatsbahn agiert nun mit der handlungspragmatisch nicht unverständlichen Attitude eines privaten Monopolisten, der seine offenkundigen Schwächen zur Petrifizierung der überkommenen Strukturen instrumentalisiert. Darin erweist sich einmal mehr, dass das von Mancur Olson mit »institutioneller Sklerose«<sup>60</sup> benannte Syndrom auf einen äußerst resistenten und wandlungsfähigen Virus zurückgeführt werden muss.

Das Schlüsselinstrument zur Stabilisierung des Monopolbetriebs sind die Verfügungsrechte über die Trasse. Trotz der Proklamation eines diskriminierungsfreien Trassenzuganges für andere nationale Verkehrsunternehmen und internationale Gruppierungen in § 14 Abs. 1 und 2 AEG sowie der Eisenbahninfrastrukturbenutzungsverordnung (EIBV) wurden konkurrierende Verkehrsunternehmen durch überhöhte Trassenpreise klein gehalten.<sup>61</sup> Grund dafür ist, dass es der Gesetzgeber unterlassen hat, den Modus der Festlegung von Trassenpreisen verbindlich zu regeln. § 14 Abs. 4 AEG überlässt zunächst das gesamte Verfahren der Vereinbarung zwischen Infrastrukturbetreiber und Verkehrsunternehmen. Erst nach Scheitern einer Vereinbarung wird eine subsidiäre Zuständigkeit für das Eisenbahnbundesamt begründet (§ 14 Abs. 5 AEG). Darin liegt eine eindeutige Missachtung der gemeinschaftsrechtlichen Organisationsvorgaben. Nicht zu Unrecht gibt sich die EG darüber verwundert, dass nach wie vor »in einigen Ländern ein und dasselbe Unternehmen Eigentümer der Infrastruktur ist, die Züge betreibt, Transitrechte für das Netz erteilt und für die

<sup>58</sup> Vgl. zu den analogen Rechtsproblemen auch Blanke/Sterzel, KJ 1993, 278 ff.

<sup>59</sup> Schulz (Fn. 39), S. 415.

<sup>60</sup> Vgl. dazu Olson, Die Logik des kollektiven Handelns, 1968, S. 50 ff.

<sup>61</sup> Vgl. dazu kritisch Eiermann, NJW 1998, 1846 ff.

Sicherheit zuständig ist.«<sup>62</sup> Unter Ausnutzung dieser bundesrechtlichen Regelungslücke konnte die Bahn AG bisher offensichtlich ihre Interessen als Netzmonopolist in der Vertragsgestaltung durchsetzen. Die Praxis der Trassenpreisgestaltung ist bereits zweimal vom Bundeskartellamt beanstandet worden: 1995 wegen prohibitiver Großkundenrabatte, die nur den eigenen Transporttöchtern der Bahn AG zugute kommen konnten, 1998 wegen Fehlern im daraufhin zweistufig angelegten Preissystem. Daher erreichen die etwa 200 Privatbahnen bisher nur einen Marktanteil von etwa 4%. Zudem kann die Bahn AG im Nahverkehr gut dotierte Bedienungsverträge mit den Ländern aushandeln, aus denen eine latente Quersubventionierung der defizitären Unternehmensbereiche bestritten werden kann. Dazu passt es, dass die Bahn AG seit 1999 ihren Geschäftsbericht nicht mehr für den Konzern und die Töchter getrennt publiziert und somit nicht nur das Transparenzgebot des § 264 HGB unterläuft, sondern auch gegen Art. 6 Abs. 1 EWG-RL 440/91 verstößt.

### 5. Wettbewerb durch Regulation

Inzwischen ist die Reform des Eisenbahnwesens durch die EG in ihre dritte Stufe eingetreten. Die dafür maßgebliche konzeptionelle Weiterentwicklung der europäischen Verkehrspolitik setzte 1995 ein. Als allgemeine politische Marktsteine dafür gelten das »Aktionsprogramm 1995–2000. Gemeinsame Verkehrspolitik«<sup>63</sup> und die Mitteilung der Kommission »Die Gemeinsame Verkehrspolitik – Auf Dauer erträgliche Mobilität: Zukunftsperspektiven« vom Dezember 1998.<sup>64</sup> Für die nächsten Jahre soll das Weißbuch »Die europäische Verkehrspolitik bis 2010: Weichstellung für die Zukunft« weitere Grundorientierungen setzen. 1995 begann auch die Neuorientierung der Konzeptionen für den öffentlichen Verkehr. Dafür steht zunächst das Grünbuch der Kommission »Das Bürgernetz – Wege zur Nutzung des Potentials des öffentlichen Personennahverkehrs«.<sup>65</sup> Ein Weißbuch der Kommission widmete sich 1997 speziell der »Revitalisierung der Eisenbahn«.<sup>66</sup> Den rechtlichen Rahmen der Bahnpolitik sollen nun nach einer »historischen Einigung zwischen Parlament und Rat«<sup>67</sup> die zeitgleich erlassenen Richtlinien 12/2001,<sup>68</sup> 13/2001<sup>69</sup> und 14/2001<sup>70</sup> vom 15. 3. 2001 schaffen. Sie waren von den Mitgliedstaaten bis zum 15. 3. 2003 in nationales Recht umzusetzen. Ihnen ist der Leitgedanke der Operationalisierung des Prinzips der Trennung von Netz und Betrieb gemeinsam. Als administrativen Hebel sehen sie dafür die Einrichtung einer Regulierungsbehörde vor. Sie stellen im Weiteren die nationale Implementation des Gemeinschaftsrechts unter eine verstärkte Aufsicht der EG.

Die Richtlinie 12/2001 EG verfolgt die Novellierung der EWG-RL 440/91. Sie verlangt zwar noch immer nicht zwingend die institutionelle Trennung von Netz und Betrieb, setzt jedoch ihrem Bestand in einem Konzern weitere Hürden. Die unternehmerische Unabhängigkeit der Bahnunternehmen wird in bezug auf Geschäftsführung, Verwaltung, Wirtschafts- und Rechnungsführung gestärkt (Art. 4

62 Weißbuch (Fn. 1), S. 31.

63 Kom (95) 302 end.

64 Kom (98) 716 end.

65 Vgl. dazu Kom (95) 601 endg.

66 Vgl. dazu Kom (97) 143 end.

67 Weißbuch (Fn. 1), S. 30.

68 Abl. Nr. L 75/1.

69 Abl. Nr. L 75/26.

70 Abl. Nr. L 75/29.

Abs. 1). Zusätzlich wird die Eigenverantwortlichkeit des Betreibers der Infrastruktur für seine Geschäftsführung betont (Art. 4 Abs. 2). Wenn Infrastruktur und Betrieb in einer Hand sind, müssen getrennte Bilanzen erstellt und veröffentlicht werden (Art. 6 Abs. 1). Öffentliche Mittel für Infrastruktur sind weiterhin grundsätzlich zulässig (Art. 7 Abs. 3), Zuwendungen für gemeinwohlorientierte Verkehrsleistungen müssen jedoch getrennt ausgewiesen werden und dürfen nicht zur Quersubventionierung anderer Verkehrsleistungen verwendet werden (Art. 9 Abs. 4). Um sicherzustellen, dass ein diskriminierungsfreier Zugang zur Infrastruktur gewährleistet ist, müssen Trassenvergabe und Preisbildung einer Institution übertragen werden, die selbst keine Eisenbahndienstleistungen erbringt (Art. 6 Abs. 3). Damit wird die Einrichtung eines »Rail-Regulators« vorgeschrieben. Die Kommission erhält hier die Aufgabe der Überwachung (Art. 10b).

Die Richtlinie 14/2001 löst die Richtlinie 19/95 ab. Sie beschäftigt sich ausführlich mit der Erhebung von Wegeentgelten (Art. 4–12), der Zuweisung von Fahrwegkapazitäten (Art. 13–29) sowie der Einrichtung einer Regulierungsstelle (Art. 30–33) und stellt im Übrigen die gesamte Umsetzung durch die Mitgliedstaaten unter die Oberaufsicht der Kommission (Art. 34–36). Sie implementiert damit die Ansätze, die bereits durch Art. 6, 10 und 10b der RL 12/2001 gesetzt sind. Nach Art. 4 Abs. 1 nimmt der Betreiber der Infrastruktur die Berechnung und Erhebung des Wegeentgelts vor. Für den Fall, dass Netz und Betrieb noch nicht organisatorisch, rechtlich und in ihrer Entscheidungsverantwortung getrennt sind, wird das Entgelt von einer unabhängigen Stelle festgesetzt (Art. 4 Abs. 2). Die Grundlagen der Entgeltermittlung sind durch die Mitgliedstaaten zu regeln (Art. 6). Dafür entwickelt die RL 14/2001 ein kompliziertes Muster von Entgeltgrundsätzen, Ausnahmeregelungen, Entgeltnachlässen, Ausgleichsregelungen und anderen Sonderregelungen (Art. 6–12), die sich an dem ökonomischen Leitbild der Grenzkosten für die Schieneninfrastruktur zu orientieren versuchen. Sie sind durch die Mitgliedstaaten noch weiter zu implementieren. Nicht weniger kompliziert ist das Verfahren der Zuweisung von Fahrwegkapazitäten ausgestaltet. Sie sind den Verkehrsunternehmen grundsätzlich auf Antrag vom Betreiber der Infrastruktur zuzuweisen (Art. 13 Abs. 1). Sind Netz und Betrieb noch nicht institutionell getrennt, liegt diese Aufgabe bei der Stelle, die auch die Entgelte festsetzt (Art. 14 Abs. 2). Grundlage für die Vergabe ist neben der Fahrwegkapazität (Art. 22 u. 25) die Abstimmung mit dem erstellten Netzplan (Art. 20). Längerfristige Rahmenverträge sind zulässig (Art. 17). Offen bleibt allerdings, wie das Postulat der diskriminierenden Zuweisung von Fahrwegkapazität im Einzelnen zu realisieren ist (Art. 14 Abs. 1).

Die Richtlinie 13/2001 ändert die EG-RL 18/95. Sie verdeutlicht nochmals das Prinzip der Trennung von hoheitlichen und unternehmerischen Aufgaben. In diesem Sinne verlangt sie folgerichtig, dass die Genehmigung nicht von einer Stelle erlassen werden darf, die selbst Eisenbahnverkehrsdienstleistungen erbringt (Art. 3). Im Übrigen führt sie die gemeinschaftsweit geltende Unternehmensgenehmigung ein (Art. 4 Abs. 5) und flankiert sie mit einem Recht der Unternehmen, die Kommission mit der Frage der Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit dem Gemeinschaftsrecht zu befassen (Art. 12 Abs. 2). Damit ist die Hoffnung verbunden, dass neue Unternehmen, die über Erfahrungen auf dem Gebiet der Logistik und der Kombination von Verkehrsträgern verfügen, in den Markt eintreten.<sup>71</sup> Diese Richtlinie dient damit insbesondere auch der Europäisierung des Schienenverkehrs. Entsprechende Ansätze finden sich auch in der RL 12/2001. Neben den Vorschriften über die Zugangs- und Transitrechte für internationale Gruppierungen (Art. 10 Abs. 1) enthält sie nun auch Regulationsan-

<sup>71</sup> Als Beispiele werden Tochtergesellschaften von BASF und IKEA genannt (Weißbuch [Fn. 1], S. 30).

sätze für ein Transeuropäisches Schienengüternetz (Art. 10a). Es beschränkt sich zunächst noch auf eine begrenzte Zahl von Verbindungen mit 50.000 km Länge, soll sich jedoch ab 2008 auf das gesamte europäische Schienennetz ausdehnen. Das einschlägige Zauberwort der europäisierten Bahnpolitik der Gemeinschaft lautet: »interoperables transeuropäisches Netzwerk«. <sup>72</sup>

Trotz des Umfangs der neuen Richtlinien ist das Konzept des regulierten Wettbewerbs um Fahrweg, der Konkurrenzen in den Preisen und der Kundenorientierung mit vielen blinden Stellen versehen. Es steht zu befürchten, dass die Implementation der Richtlinien durch die Mitgliedstaaten die allgemeinen Ziele der Bahnreform unterlaufen könnte. Die Trennung von Netz und Betrieb ist als Organisationsmuster zwar hinreichend deutlich gemacht bzw. durch die Ersatzlösung einer unabhängigen Stelle kompensiert. Das Gemeinschaftsrecht lässt jedoch weiter die folgenreiche Entkoppelung der Entscheidung über die Trassenvergabe von der Festsetzung des Entgeltes zu. Damit wird dem ordnungspolitischen Leitgedanken des Vergabewettbewerbs, der in der RL 1893/91 zur Grundlage der Vergabe von Verkehrsdienstleistungen gewählt wurde, für den Personenfern- und den Güterverkehr eine Absage erteilt. Stattdessen wird offensichtlich ein Tarifsysteem »gerechter Preise« präferiert und der diskriminierungsfreie Zugang zur Trasse einem Vergabeverfahren überantwortet, dessen administrative Rationalität die Freiheit der Verkehrsdienstleistungen auf der Schiene anstelle des Wettbewerbs gewährleisten soll. Da der Preis nicht zum maßgeblichen Kriterium des Wettbewerbs um die Trasse gemacht wird, ist nicht gesichert, dass sich im Vergabeverfahren der ökonomisch günstigste Betreiber durchsetzen kann. Vielmehr steht zu erwarten, dass der Interessent den Zuschlag erhält, der seinen Antrag als Erster gestellt hat. Der Wettbewerb auf der Schiene wird damit auf ein »rat racing« der Interessenten um den Zuschlag für die Trasse verkürzt.

Der deutsche Gesetzgeber hat die nahe liegende Option der Einrichtung einer echten Regulierungsbehörde nicht realisiert, sondern sich für ein rechtspolitisches »muddling-through« entschieden. Durch das zweite Gesetz zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften vom 21. Juni 2002 wurden die materiellen Defizite bei der Kontrolle des diskriminierungsfreien Zugangs zur Netzinfrastruktur nicht behoben, sondern die Regelungen eher prozedural verkompliziert. Durch den neu eingefügten § 14 Abs. 3a S. 1 AEG unterliegt nunmehr zwar auch die Trassenvergabe der Eisenbahnaufsicht durch das Eisenbahnbundesamt. Es wacht damit über die Eröffnung der diskriminierungsfreien Benutzung und kann bei Verstoß gegen das Trassenunternehmen vorgehen. In diesem Kontext getroffene Entscheidungen unterliegen als Verwaltungsakte dem öffentlich rechtlichen Rechtsschutz. <sup>73</sup> Gleichwohl kann das Eisenbahnbundesamt damit die Aufgabe eines »Rail-Regulators« nur partiell übernehmen. Denn nach § 14 Abs. 3a S. 2 AEG bleiben die Zuständigkeiten der Kartellbehörden nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen unberührt. Damit kommt es zu einer diffizilen kompetenzrechtlichen Schnittstellenproblematik. Gegenüber dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen hat sich das Eisenbahnbundesamt über die Gewährleistung des diskriminierungsfreien Zugangs durchzusetzen. Eisenbahnunternehmen, die den lautereren Wettbewerb verletzt sehen, steht jedoch nach wie vor der kartellrechtliche Zugang zu den ordentlichen Gerichten offen. Damit entsteht die Gefahr, dass die Wettbewerbsaufsicht unter eine doppelte Jurisdiktion gerät. Die hier möglichen Dissonanzen werden sich auch nicht dadurch auflösen lassen, dass zwischen Eisenbahnbundesamt und Kartellbehörden eine wechselseitige Verpflich-

<sup>72</sup> Vgl. dazu RL 16/2001 vom 19. 3. 2001 (ABl. 2001 Nr. L 110/1).

<sup>73</sup> Vgl. dazu OVG Koblenz, Beschl. vom 19. 9. 2002 – 7 B 11247/02 OVG; VG Koblenz, Beschl. vom 6. 12. 2002 – 3 L 3379/02.KO.

tung zur Information und Konsultation eingeführt wurde (§ 14 Abs. 3a S. 3 u. 4 AEG).

Der Abschied von der Staatsbahn erfolgt damit auf Raten und über Umwege. Solange der regulative Rahmen für den Wettbewerb auf der Schiene nicht justiert ist, wird das »Unternehmen Bahn« als Wettbewerber im inter- und intramodalen Verkehrsmarkt eine Chimäre bleiben.