

Henning Tegner

# Marktzugang im Schienenpersonennahverkehr – Eine politökonomische Analyse

*Seit fast zehn Jahren können die Länder nach dem Gesetz zur Regionalisierung des öffentlichen Personennahverkehrs Leistungen des Schienenpersonennahverkehrs im Wettbewerb vergeben. Obwohl durch öffentliche Ausschreibungen deutliche Effizienzgewinne zu erwarten sind, wenden die Länder dieses Instrument erstaunlicherweise selten an. Welche Rolle spielt hierbei die Deutsche Bahn AG? Lastet die Hoffnung auf mehr wirtschaftspolitische Vernunft ein weiteres Mal auf Brüssel?*

Mit dem Gesetz zur Regionalisierung des öffentlichen Personennahverkehrs (Regionalisierungsgesetz) hat der Bund im Zuge der Bahnreform 1996 die Zuständigkeit für Leistungen des Schienenpersonennahverkehrs (SPNV) auf die Länder übertragen. Insgesamt erhalten die Länder derzeit vom Bund pro Jahr knapp 7 Mrd. Euro, um daraus unter anderem SPNV-Leistungen zu bestellen. Der Leistungsumfang umfasst ca. 620 Mio. Zugkm mit einem Vertragsvolumen von rund 5 Mrd. Euro pro Jahr. Durch die Regionalisierung ist mithin ein Markt entstanden, der nicht nur maßgeblich zu Umsatz und Ergebnis der Deutschen Bahn AG (DB AG) beiträgt, sondern auch das Interesse nationaler wie internationaler Bahnunternehmen geweckt hat.

Obwohl die Länder mit Hilfe der so genannten Regionalisierungsmittel des Bundes seit fast zehn Jahren die Möglichkeit haben, Leistungen des Schienenpersonennahverkehrs (SPNV) im Wettbewerb zu vergeben, machen sie davon allenfalls marginalen Gebrauch. Stattdessen haben sie in den letzten zwei Jahren umfassende Verkehrsverträge mit Laufzeiten von zehn bis 15 Jahren direkt, das heißt ohne Ausschreibung, an die Deutsche Bahn AG (DB AG) vergeben. Lediglich 19% der Verkehrsleistung sind bislang im Wettbewerb vergeben worden. Diese Vergabepaxis läuft der üblichen wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnis, wonach insbesondere die Ausschreibung vernetzter wie defizitärer Verkehrsdienstleistungen erhebliche Effizienzgewinne verspricht<sup>1</sup>, derart zuwider,

dass dies einer näheren Erklärung bedarf. Die angewandte Institutionenökonomik ist in der Lage, erste Ansätze einer solchen Erklärung zu liefern.

## SPNV-Vergaben in der Praxis: Lobbydruck mit Folgen

Vor etwa drei Jahren begann sich ein verstärktes Interesse nationaler und internationaler Bahnunternehmen abzuzeichnen, sich um die Vergabe von SPNV-Leistungen in Deutschland zu bemühen. Mit ausschlaggebend für dieses Interesse war sicherlich die Ausschreibung von S-Bahn-Leistungen im Raum Rhein-Neckar, mit 6 Mio. Zugkm pro Jahr bis heute das größte Ausschreibungspaket von SPNV-Leistungen in Deutschland. Auch wenn sich letztlich die DB AG in dieser Ausschreibung durchgesetzt hat, entstand doch der Eindruck, dass in den kommenden Jahren zunehmend SPNV-Leistungen auf den Ausschreibungsmarkt gelangen würden, zumal in den meisten Ländern die langlaufenden, umfassenden und ohne Ausschreibung an die DB AG vergebenen Verkehrsverträge nach und nach ausliefen.

In dieser Situation unterzeichneten das Land Thüringen und der Bahnvorstand am 1. März 2002 recht überraschend einen nahezu flächendeckenden, zehnjährigen Verkehrsvertrag mit einem Volumen von rund 17 Mio. Zugkm. Der Vertragswert wurde auf 1,5 Mrd. Euro geschätzt. Nur wenig später schickte sich der damalige Verkehrsminister von Sachsen-Anhalt, Jürgen Heyer (SPD), an, unter Umgehung des Vergabe-

<sup>1</sup> Vgl. W.-H. Snelthage: Privatisierung durch Ausschreibungsverfahren, Berlin 2001, S. 225 ff., 552 ff.; vgl. C. Lehmann: Effiziente Koordination von Verkehrsleistungen im Öffentlichen Personennahverkehr, Göttingen 2000; vgl. M. Holzhey, H. Tegner: Wettbewerb im Schienenverkehr – Kaum gewonnen, schon zerronnen, Berlin 2004, S. 24 ff.; vgl. P. van Reeve: Competition in Scheduled Transport, Delft 2003, sowie M. Borrmann: Ausschreibungen im Schienenpersonennahverkehr: Eine ökonomische Analyse auf Basis der Vertrags- und Auktionstheorie, Göttingen 2003.

*Dr. Henning Tegner, 37, ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Technischen Universität Berlin, Fachgebiet Wirtschafts- und Infrastrukturpolitik, Forschungsprojekt „TIPP – Transport Institutions in the Policy Process“.*

rechts einen Elfjahresvertrag mit einem Volumen von rund 2 Mrd. Euro direkt an die DB AG zu vergeben.

Aus diesem Anlass beantragten die Connex-Gruppe, ein Unternehmen der damaligen Vivendi-Gruppe, sowie die Karsdorfer Eisenbahngesellschaft (KEG) unter Inkaufnahme hoher Prozesskostenrisiken ein Nachprüfungsverfahren durch die zuständige Vergabekammer Magdeburg. In einer aufsehenerregenden Entscheidung stellte die Kammer am 6. Juni 2002 fest, dass Verkehrsverträge grundsätzlich auszuschreiben sind. Darüber hinaus seien die Auftraggeber verpflichtet, bei der Definition der auszuschreibenden Teilnetzgrößen die jeweilige Aufnahmefähigkeit des Marktes zu berücksichtigen (Mittelstandsfreundlichkeit). Unzulässig sei es etwa, ausschließlich Losgrößen auszuschreiben, auf die sich nur ein Bieter – in diesem Fall die DB AG – aussichtsreich bewerben könne. Da die DB AG auf eine richterliche Überprüfung dieser Entscheidung vor dem zuständigen Oberlandesgericht (OLG Magdeburg) verzichtete, wurde der Entscheid Ende Juni 2002 rechtskräftig<sup>2</sup>.

### Polit-Marketing der Deutschen Bahn AG

Diese Situation löste einen Prozess aus, der in der Anwendung politökonomischer Erkenntnisse bislang seines Gleichen sucht:

- In einem Brief an die Landesverkehrsminister kündigte DB-Chef Mehdorn einen drastischen Abbau von Verkehrsleistungen, Investitionen und Arbeitsplätzen an, falls die Bundesländer Verkehrsleistungen nur noch im Wettbewerb vergeben<sup>3</sup>.
- Mit Hilfe ganzseitiger Zeitungsanzeigen signalisierte die DB AG auch auf breiter Front, dass eine konsequente Umsetzung der Magdeburger Entscheidung nur zur Abbestellung von Fahrzeugmaterial – in der Überschrift der Anzeige wird ein Volumen von 4,3 Mrd. Euro genannt – und zum drastischen Abbau von Arbeitsplätzen führen kann<sup>4</sup>. Der Anzeigentext erweckte den Eindruck, dass nur eine Direktvergabe von langjährigen Verkehrsverträgen an die DB AG für die notwendige Planungssicherheit Sorge. Er verschwieg, dass auch die meisten bis dahin ausgeschriebenen Verkehrsverträge eine Vertragslaufzeit von zehn Jahren aufweisen und damit dem jeweili-

gen Ausschreibungsgewinner ermöglichen, Investitionen zu tätigen und Arbeitsplätze zu schaffen.

- Die Bahnindustrie nutzte die Gunst der Stunde und kündigte die Notwendigkeit eines weiteren Abbaus von Kapazitäten an<sup>5</sup>. Allein am Standort Hennigsdorf seien 1500 Jobs in Gefahr. Zwar hatte Bombardier noch im Frühjahr 2002 dem Drängen von Bundeskanzler Schröder nachgegeben und auf die Schließung des Standorts Halle-Ammendorf vorerst verzichtet. Die Ankündigung mehrerer Bestellungen von Nahverkehrszügen durch die DB soll dabei den Ausschlag gegeben haben. Mittlerweile steht das Aus für den Standort in 2005 gleichwohl fest.
- DB-Marketing-Chef Klaus Daubertshäuser schrieb den Landesverkehrsministern am 29. Juli 2002, dass er bei der Bundesregierung ernst zu nehmende Signale sehe, eine „Klarstellung in der Vergabeverordnung“ herbeizuführen, sofern die Länder ein entsprechendes Signal an den Bund aussenden. Presseberichten zufolge legte Daubertshäuser auch gleich einen Briefentwurf der Landesverkehrsminister an die damaligen Bundeswirtschaftsminister Müller und Bundesverkehrsminister Bodewig bei<sup>6</sup>.
- Kurz vor der Bundestagswahl am 22. September 2002 zuckte schließlich die „ruhige Hand“ des Bundeskanzlers. Offenbar mit Rücksicht auf das Wählerpotential bei DB AG und Bahnindustrie beugte sich die Bundesregierung dem Lobbydruck der DB AG und brachte tatsächlich eine neue Vergabeverordnung (VgV) auf den Weg<sup>7</sup>.

Mit der Änderung der Verordnung sollten Bedingungen geschaffen werden, die einen stufenweisen Übergang in den Wettbewerb gewährleisten. Zudem sollte die Verordnung Rechtssicherheit schaffen. Hierzu wurde in § 4 (3) VgV für zulässig erklärt, längerfristige Verkehrsverträge ohne sonstige Voraussetzungen freihändig zu vergeben, „wenn ein wesentlicher Teil der durch den Vertrag bestellten Leistungen während der Vertragslaufzeit ausläuft und anschließend im Wettbewerb vergeben wird. Die Laufzeit des Vertrages soll 12 Jahre nicht überschreiten.“ Damit schien im Prinzip die

<sup>5</sup> Vgl. P. Kirnich: 1500 Jobs im Bombardier-Werk gefährdet, in: Berliner Zeitung, Nr. 181, vom 6.8.2002, S. 23.

<sup>6</sup> Vgl. o.V.: Der Hintergrund: Der DB-Marketingchef geht den Ländern mit einem Briefentwurf zur Hand, in: Die Rheinpfalz, Nr. 206, vom 5.9.2002.

<sup>7</sup> Vgl. K. Ott: Regierung will Bahn vor Konkurrenz schützen, in: Süddeutsche Zeitung, Nr. 203, vom 3.9.2002, S. 23; vgl. W. Balsen: Ausschreibungszwang für die Länder wird entfallen, in: Frankfurter Rundschau, Nr. 211, vom 11.9.2002, S. 20.

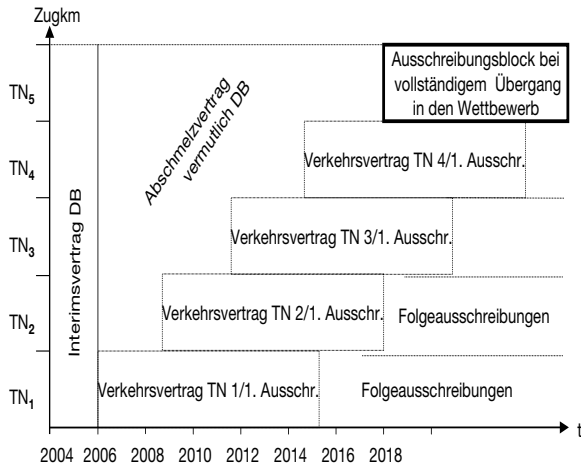
<sup>2</sup> Vgl. A. Jensen: Bahn frei für DB-Konkurrenten, in: die tageszeitung, Nr. 6783, vom 25.6.2002, S. 9.

<sup>3</sup> Vgl. A. Jensen: Bahnchef droht mit Chaos, in: die tageszeitung, Nr. 6788, vom 1.7.2002, S. 9.

<sup>4</sup> Vgl. R. Brauner, M. Sattler, H.-J. Kühlwetter: Wettbewerb im Schienenpersonennahverkehr, in: Bahn-Report, Jg. 20 (2002), H. 5, S. 6.

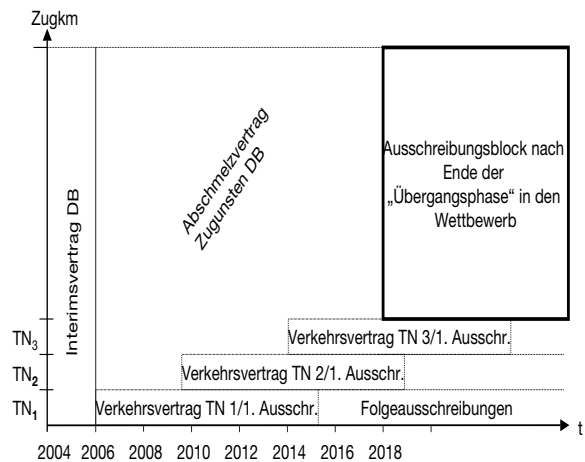
**Abbildung 1**  
**Stufenvertrag in den Wettbewerb**

Stufenweiser Übergang vom Monopol in den Wettbewerb



**Abbildung 2**  
**Holpriger Übergang in den Wettbewerb**

Übergang in den Wettbewerb nach DB-Szenario



Chance eines stufenweisen Übergangs in den Wettbewerb geschaffen, wie er in Abbildung 1 skizziert ist.

Vergabeexperten aus dem Bundeswirtschaftsministerium sowie Anwälte der DB AG hatten jedoch schnell die Definition zur Hand, dass mit einem „wesentlichen Teil“ maximal 30% der Verkehrsleistungen gemeint sein könnten<sup>8</sup>. Zahlreiche Bundesländer schienen dieser Definition gern zu folgen, so dass sich nun vielerorts das Szenario auftut, dass nach Ablauf der nächsten Vertragsgeneration wiederum ein Block von 70% der Leistungen auf einen Schlag auf den Markt gerät. Das erklärte Ziel der Verordnung, einen stufenweisen Übergang in den Wettbewerb zu schaffen, wäre damit allerdings vollkommen ab absurdum geführt, wie Abbildung 2 verdeutlichen soll.

Erschwerend kommt hinzu, dass einige Länder die werthaltigen, mit hohen Fahrgeldeinnahmen verbundenen Verkehre, wie z.B. Regionalexpress-Linien, bis zum Vertragsende von Ausschreibungen ausnehmen, und ausschließlich die wirtschaftlich unattraktiven Verkehre in den Wettbewerb geben<sup>9</sup>, aus denen heraus sich zum Beispiel keine wirtschaftlich tragfähigen Fernverkehre entwickeln lassen. Andere Länder

rechnen auch die bereits vor Inkrafttreten der neuen Vergabeverordnung ausgeschrieben Verkehre der Wettbewerbsquote zu.

Im Ergebnis führt der praktische Umgang der Länder mit der Vergabeverordnung zu einer extremen Ausschreibungslücke in den Jahren 2006-2009. Während in echten Ausschreibungsmärkten ein regelmäßiger, stetiger „Deal flow“ für eine gleichmäßige Auslastung der Vergabe- und Angebotskapazitäten sorgt, ist dies im deutschen SPNV-Markt mitnichten der Fall. Erschwerend kommt hinzu, dass die veröffentlichten Ausschreibungsfahrpläne lediglich den Charakter von Absichtserklärungen haben. Rechtlich bindend sind sie nicht, und in der Praxis zeichnen sich schon heute einige Verzögerungen in der Umsetzung ab.

**Die Rechtsprechung:**  
**OLG Brandenburg und die Folgen**

Spätestens nach Inkrafttreten der neuen Vergabeverordnung begannen die Länder nahezu flächendeckend mit dem Abschluss langfristiger, exklusiver Verkehrsverträge zugunsten der DB AG, wie die nachfolgende Tabelle zeigt.

Noch vor Inkrafttreten der neuen Vergabeverordnung legte die Connex-Gruppe Widerspruch gegen einen solchen Verkehrsvertrag ein, den das Land Brandenburg mit der DB AG geschlossen hatte. Am

<sup>8</sup> Vgl. F. Marx: Vergabe von Aufträgen im SPNV, Zur Geltung des Vergaberechts und zu den Zielen der geänderten Vergabeverordnung, in: Der Nahverkehr, 21. Jg. (2003), H. 3, S. 28 ff. Kritisch hierzu vgl. H.-P. Zirbes: SPNV-Verträge und Vergaberecht: Hoflieferantentum oder Wettbewerb?!, in: Vergaberecht, 4. Jg. (2004), H. 2, S. 157.

<sup>9</sup> Vgl. M. Holzhey, H. Tegner, a.a.O., S. 28 f. Vgl. auch H.-P. Zirbes, a.a.O., S. 159, der die Vergabeverordnung deswegen für einen verfassungswidrigen Problemfall hält.

<sup>10</sup> In dieser Beziehung folgte es der Argumentation des DB-Anwalts H.-J. Prieß, vgl. ders.: Ausschreibungspflicht für Verkehrsverträge im Schienenpersonennahverkehr, in: NZBau, 5. Jg. (2002), S. 539 ff.

<sup>11</sup> Vgl. H.-P. Zirbes, a.a.O., S. 133 ff.

**Verkehrsverträge der Länder**

Land	Ab-schluss	Zugkm/ Jahr	Vertrags-wert in Mrd. Euro	Laufzeit in Jahren	Ausschrei-bungs-quote in %
		in Mio.			
Brandenburg	12/02	35	1,9	10	50
Niedersachsen	1/03	27,8	2,5	10	30-35
Sachsen-Anhalt	3/03	16,2	2,5	12	k.A.
Hessen (RMV) <sup>1</sup>	4/03	33	4,4	11	65
Baden-Württemberg <sup>2</sup>	7/03	49	4,6	13	35
Hamburg (S-Bahn)	7/03	12,5	0,7	6	0
Rheinland-Pfalz	1/03	29,5	2,4	11	75
Nordrhein-Westfalen (VRR) <sup>3</sup>	7/04	44	6	15	50
Saarland	7/04	6,3	k.A.	14	59
Bayern	k.A. <sup>4</sup>	100	8	10	33
Berlin (S-Bahn)	k.A. <sup>4</sup>	k.A.	3	15	k.A.

<sup>1</sup> Rhein-Main-Verkehrsverbund. <sup>2</sup> Ohne Region Stuttgart. <sup>3</sup> Verkehrsverbund Rhein-Ruhr. <sup>4</sup> in Verhandlung.

2. September 2003 entschied das zuständige OLG Brandenburg, dass SPNV-Leistungen als Teil der Daseinsvorsorge nicht ausgeschlossen werden müssen, weil das Allgemeine Eisenbahnrecht solche Ausschreibungen allenfalls als eine Option vorsieht. Das Gericht ging davon aus, dass das deutsche und europäische Wettbewerbsrecht gegenüber dem Eisenbahnrecht nachrangig seien<sup>10</sup>. Bei unabhängigen juristischen Autoren sorgte die Entscheidung für Verwunderung<sup>11</sup>.

In Erwartung des Urteils hatte die Connex-Gruppe bereits am 22. August 2003 Beschwerde bei der EU-Kommission eingelegt. Hierbei beriefen sich die Connex-Anwälte insbesondere auf die Unvereinbarkeit der OLG-Entscheidung mit Europäischen Vergaberichtlinien sowie auf das Beihilferecht<sup>12</sup>. Sofern Verkehrsverträge nicht ausgeschlossen würden, so die Argumentation, bestehe die Gefahr einer Überkompensation, welche letztlich einen Beihilfetatbestand eröffnet<sup>13</sup>.

Während die Prüfung der EU-Kommission in der Beihilfesache offenbar noch anhält, ist die mögliche Missachtung Europäischen Vergaberechts durch das OLG Brandenburg mittlerweile durch die EU-Kommission gerügt worden. In einem Schreiben der

<sup>12</sup> Vgl. E. Bremer, C. Wünschmann: Die Pflicht der Aufgabenträger zur Vergabe von SPNV-Leistungen im Wettbewerb, in: *Wirtschaft und Verwaltung*, 4. Jg. (2004), H. 1, S. 58 ff.

<sup>13</sup> Im Gefolge des so genannten „Altmark Trans-Urteils“ des Europäischen Gerichtshofes vom 24.7.2003 sind mittlerweile zahlreiche Deutungen entstanden, wie man „Marktpreise“ für öffentliche Verkehrsleistungen auch ohne Ausschreibung oder das Instrument des Yardstick-Competition festlegen und damit den Verdacht der Überkompensation vermeiden kann. Kritisch hierzu vgl. H. Tegner, L. Wachinger: Die Entgeltregulierung im straßengebundenen ÖPNV, in: *Netzwirtschaften & Recht*, 1. Jg. (2004), H. 1, S. 28 f.

Generaldirektion Binnenmarkt vom 18. Februar 2004 an den deutschen EU-Botschafter werden einige Verkehrsverträge aufgelistet, die dem Vernehmen nach „meist exklusiv und geheim verhandelt“ worden sind. Nach Ansicht der EU-Kommission könne „der Rechtsansicht des OLG Brandenburg [...] aus Sicht des Gemeinschaftsrechts nicht beigepflichtet werden“. Weiter heißt es: „Wegen der offensichtlich verbreiteten inkorrekten Interpretation von Gemeinschaftsrecht muss ich Sie dringend ersuchen, die zuständigen Behörden in den deutschen Bundesländern aufzufordern, bei der Vergabe von SPNV Leistungen das europäische Vergaberecht einzuhalten. [...] Eine Beseitigung der [bestehenden Rechts-]Verletzung erfordert [...] die Beseitigung der gemeinschaftsrechtswidrig abgeschlossenen Verträge.“

Die Antwort der Bundesregierung an die EU-Kommission liegt mittlerweile im Entwurf vom 30. April 2004 vor. Darin argumentiert die Bundesregierung, dass sie erstens keinen Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht erkennen könne, dass die Verhandlungen der Länder mit der DB AG zweitens gar nicht geheim, sondern in Fachkreisen durchaus bekannt gewesen seien und dass drittens kein anderes Unternehmen als die DB AG in der Lage gewesen wäre, ohne jeden Zeitverzug großvolumige Verkehre zu übernehmen. Mit anderen Worten: Da die Vertragsbedingungen auf die DB AG zugeschnitten waren, hatten die DB-Wettbewerber kein Interesse an den Verkehrsleistungen erkennen lassen.

**Diagnose: Institutionelles Versagen**

Grundsätzlich bestehen in Deutschland exzellente Voraussetzungen, um mit Hilfe von Ausschreibungen um SPNV-Leistungen erhebliche Effizienzgewinne, Haushaltsentlastungen und Mehrleistungen in qualitativer wie quantitativer Hinsicht zu erreichen.

- Ausgestattet mit rund 5 Mrd. Euro Regionalisierungsmitteln pro Jahr ist der SPNV-Markt für deutsche und internationale Bieter potentiell sehr interessant.
- Wie eine Auswertung von 37 Vergaben zeigt, lassen sich mit SPNV-Ausschreibungen Einsparungen in Höhe von mindestens 18% erzielen. Bezieht man auch die höherwertigen Verkehre in die Berechnung mit ein, die bislang fast gar nicht ausgeschlossen worden sind, entsteht sogar ein Einsparpotential

<sup>14</sup> Vgl. M. Holzhey, H. Tegner, a.a.O., S. 33 f.

<sup>15</sup> Vgl. R. J. Brauner, M. Sattler, H.-J. Kühlwetter, a.a.O., S. 6 f. sowie H.P. Zirbes, a.a.O., S. 145 ff.

von 38%, das entspricht mehr als 1 Mrd. Euro pro Jahr<sup>14</sup>.

- Das Haushaltsrecht erzwingt nach herrschender juristischer Meinung ebenfalls eine Ausschreibung von SPNV-Leistungen<sup>15</sup>. Die Unterlassung von Ausschreibungen erfüllt deswegen sogar einen Straftatbestand.
- Die Bundesländer haben in den letzten Jahren flächendeckend Aufgabenträgerorganisationen geschaffen, die zu einem professionellen Ausschreibungsmanagement durchaus in der Lage sind und mit den wenigen Ausschreibungen zumeist gute Erfahrungen gemacht haben.
- Das geltende Recht stellt den Ländern zumindest die Möglichkeit zur Verfügung, mit Hilfe von Ausschreibungen Effizienzgewinne zu erzielen, nach weit verbreiteter juristischer Auffassung besteht sogar die Pflicht zur Ausschreibung.

Vor dem Hintergrund dieser eigentlich exzellenten Voraussetzungen muss die derzeitige Vergabepraxis als institutionelles Versagen gekennzeichnet werden.

1. Das mögliche Effizienzpotential wird nicht ansatzweise ausgeschöpft.
2. Im bisherigen deutschen Rechtsweg hat sich die ökonomische Vernunft bislang nicht zugunsten einer generellen Ausschreibungspflicht durchgesetzt.
3. Die Änderung der Vergabeverordnung hat bislang beide Ziele – den stufenweisen Übergang in den Wettbewerb wie die Schaffung von Rechtssicherheit – gründlich verfehlt.
4. Bund und Länder nehmen erhebliche europarechtliche Risiken auf sich, um ihre bisherigen, aus ökonomischer Sicht schwer nachvollziehbaren Entscheidungen zu verteidigen.

Zwar gibt es beispielsweise mit Schleswig-Holstein und Hessen einige Bundesländer, die einigermassen konsequent den Wettbewerbspfad beschreiten, jedoch führen deren positive Erfahrungen im Wettbewerbsföderalismus bislang kaum zu nachhaltigen Diffusionsprozessen.

So wundert es nicht, dass die Hoffnung auf mehr wirtschaftspolitische Vernunft im deutschen SPNV-Markt wieder einmal auf Brüssel lastet.

### **Institutionenökonomische Folgerungen**

Der bisherige Verlauf der rechtlichen und politischen Diskussion um die Vergabe von SPNV-Leistungen in Deutschland erlaubt eine Reihe institutionenökonomischer Folgerungen, welche die Regulierung des öffentlichen Unternehmens DB AG, die Problematik vergaberechtlich bedingter Transaktionskosten, den Schutz schwach organisierbarer Interessen sowie die Gestaltung EU-rechtlicher Sanktionen betreffen.

In Bezug auf die traditionell schwache Regulierung der DB AG hat sich wiederholt bestätigt, dass die vertikal integrierte Konzernstruktur (Infrastruktur+Transport) nicht nur Probleme des Infrastrukturzugangs aufwirft. Vielmehr versetzt die Struktur die DB in die Lage, die Länder mit – überwiegend durch den Bund geförderten – Infrastrukturinvestitionen zu ködern, um im Gegenzug langlaufende, umfassende Verkehrsverträge zu erhalten. Den DB-Konkurrenten steht diese Option nicht zur Verfügung.

Ferner wurde im Vorfeld der formellen DB-Privatisierung zur Aktiengesellschaft offenbar unterschätzt, dass die Rechtsform der AG das Unternehmen weitgehend vor einer „internen Regulierung“ durch die öffentlich bestellten Aufsichtsräte schützt, sofern das Regulierungsbestreben den Interessen der DB AG zuwiderläuft – was naturgemäß meist der Fall sein dürfte. Die in der ökonomischen Literatur regelmäßig aufgeführte interne Regulierungsvariante „Bereitstellung und Herstellung in einem öffentlichen Unternehmen“<sup>16</sup> scheidet deswegen im Fall der DB AG als wirksame Alternative aus. Dies wiegt umso schwerer, da bislang auch keine schlagkräftige externe Regulierungsbehörde existiert. Ob die im Zuge der anstehenden eisenbahnrechtlichen Änderungen demnächst einzurichtende Trassenagentur daran etwas ändert, darf zumindest bezweifelt werden.

Schließlich profitiert die DB AG davon, dass sie von vielen Verkehrspolitikern und Verwaltungsleuten offenbar nach wie vor als vertrauenswürdiger Hoflieferant angesehen wird, der wie selbstverständlich in alle bahntauglichen Entscheidungsgremien eingebunden ist, an Vorlagen mitwirkt usw. Da sich in derartigen Gremien mit der Zeit gemeinsame „mentale Modelle“<sup>17</sup> entwickeln, die zuweilen einem kollektiven Sich-in-Sicherheit-wiegen nahe kommen, erklären sich daraus nicht nur einige Beharrungstatbestände, sondern auch die große Überraschung, welche etwa die Entscheidung der Vergabekammer Magdeburg vom 6. Juni 2002 oder das Schreiben der EU-Kommission vom 18. Februar 2004 ausgelöst hat.

<sup>16</sup> Etwa bei H. Rodi: Effizienz im Schienenverkehr. Eine mikroökonomische Analyse unter besonderer Berücksichtigung der institutionellen Ausgestaltung des Trassenmarktes, Göttingen 1996, S. 21.

<sup>17</sup> Vgl. A.T. Denzau, D.C. North: Shared Mental Models, Ideologies and Institutions, in: Kyklos, Vol. 47 (1994), S. 3 ff.

In normativer Hinsicht wird gelegentlich gefordert, nach der Regionalisierung der Nahverkehrsmittel nunmehr auch eine Regionalisierung der Infrastrukturmittel herbeizuführen. Dies würde unter anderem dazu führen, dass die Abhängigkeit der Länder von Investitionszusagen der DB AG partiell abnimmt. Tatsächlich wird dies jedoch wohl nur eine vollständige institutionelle Trennung von Netz und Transport bewirken.

Eine weitere denkbare Forderung besteht darin, im Zuge der Corporate-Governance-Diskussion einen speziellen Verhaltenskodex für Entscheider in öffentlichen Unternehmen, insbesondere solche mit marktbeherrschendem Charakter, zu entwickeln, weil die Missbrauchsgefahr eines direkten Zusammenspiels mit der Politik und der Ausnutzung anderer Privilege aufgrund der öffentlichen Eigentümerschaft ungleich höher ist als bei privaten Unternehmen.

### **Prozesskostenrisiko nicht zu unterschätzen**

Dass die Anrufung der Vergabekammern und zuständigen Oberlandesgerichte aus Sicht von DB-Wettbewerbern mit Transaktionskosten verbunden sein kann, die prohibitiven Charakter haben und im Extremfall kleinere Unternehmen gar in die Insolvenz treiben können, wird von Ökonomen häufig unterschätzt. Nun ist der Mittelstandsschutz sicherlich keine zentrale Aufgabe des Vergaberechts, jedoch ergibt sich aufgrund des Prozesskostenrisikos im SPNV-Markt ein inverser Effekt: Je größer die Leistungspakete sind, die wettbewerbsfremd vergeben werden, umso höher ist das Kostenrisiko einer vergaberechtlichen Beschwerde. Die ausschreibungsunwilligen Länder könnten sich folglich versucht sehen, schon zur Verminderung des Klagerisikos besonders große Verträge zu schnüren und direkt an die DB zu vergeben. Hinzu kommt erschwerend, dass öffentliche Entscheidungsträger aufgrund kostspieliger rechtlicher Fehlschläge zu Lasten des Steuerzahlers in der Regel keine persönlichen Sanktionen befürchten müssen, während dies Manager eines unterlegenen (Privat-)Unternehmens durchaus zu erwarten haben.

Zudem sei vermerkt, dass es zwar Vergabekammern und Oberlandesgerichte mit anerkannter ökonomischer und wettbewerbsrechtlicher Kompetenz gibt, dass die zuständigen Vergabekammern jedoch nicht nach dem Kompetenz-, sondern nach dem Örtlichkeitsprinzip bestimmt werden. So müssen

Konkurrenten, die zum Beispiel beim OLG Düsseldorf (Kartellsenat) mit hohen Erfolgsaussichten gegen eine Direktvergabe vorgehen wollen, unter Umständen eine ganze Reihe von Direktvergaben in anderen Bundesländern erdulden, bevor sich ihnen eine reelle juristische Chance bietet. So bleibt die Optimierung des Instanzenweges zumindest zu prüfen.

Die Problematik der Direktvergaben langfristiger SPNV-Verträge unter Verzicht auf nachweisbare Effizienzgewinne wirft auch Fragen nach der Organisierbarkeit schwacher Interessen und nach der Kontrolle staatlicher Entscheidungsträger auf. Zunächst bestätigt sich die Analyse Olsons<sup>18</sup>, wonach die von den jeweiligen wirtschaftspolitischen Maßnahmen nur geringfügig Betroffenen (z.B. Steuerzahler) einen erheblichen Organisationsnachteil gegenüber den jeweils stark Betroffenen (z.B. Mitarbeiter der DB AG) haben.

Leider haben auch die Aktivitäten der bestehenden Organisationen zum Schutz der Steuerzahler, etwa der Bund der Steuerzahler, die Landesrechnungshöfe oder die Staatsanwaltschaft im Fall der SPNV-Vergaben wenig Wirksamkeit gezeitigt. Um dem Abhilfe zu schaffen, bedarf es folglich der Umsetzung bekannter Forderungen wie nach der Stärkung der Rechnungshöfe, etwa durch die Direktwahl ihrer Präsidenten, oder nach Schaffung persönlicher finanzieller Sanktionen von politischen Entscheidern, denen die Vergeudung von Steuermitteln nachgewiesen werden kann.

In der institutionellen Arbeitsteilung zwischen Bundesregierung und der EU-Kommission wird häufig auf den Vorteil verwiesen, dass der Bund unangenehme Liberalisierungsentscheidungen mit interstaatlichem Kollektivgutcharakter recht einfach nach Brüssel delegieren kann. Im Fall der SPNV-Vergaben deutet sich jedoch ein ganz anderes Politikverhalten an. Offenbar verführt die Existenz des Kontrolleurs in Brüssel dazu, dass man in Deutschland zunächst einmal hart oder jenseits der Grenze des EU-Wettbewerbsrechts operiert getreu dem Motto „wenn es rechtswidrig wäre, wird Brüssel sich schon einschalten“.

Auch hier gilt die ökonomische Forderung, dass die wissentliche Inkaufnahme von Vertragsverletzungsverfahren, die letztlich mit hohen Kosten für die Allgemeinheit verbunden sind, für den verantwortlichen politischen Ressortleiter auch mit persönlichen finanziellen Sanktionen verbunden sein sollten. Dies würde zumindest den Nachweisdruck dort ansiedeln, wo der größte Informationsvorteil zu vermuten ist bzw. zu vermuten sein sollte.

<sup>18</sup> Vgl. M. Olson: Die Logik kollektiven Handelns, Kollektivgüter und die Theorie der Gruppen, Tübingen 1968.