

che Amtspflichtverletzung kann sich grundsätzlich aus einem Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht nach § 61 BBG oder aus einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als unerlaubter Handlung i. S. von § 823 Abs. 1 BGB ergeben⁷⁷⁾. Nach der oben dargestellten Abwägung zwischen dem sich auch aus dem Persönlichkeitsrecht ergebenden Geheimhaltungsanspruch und der Verwaltungsaufgabe des Bundeskartellamts verstößt die Offenbarung der Identität des Unternehmens in einer Pressemitteilung anlässlich der Einleitung eines Verwaltungsverfahrens gegen das Persönlichkeitsrecht⁷⁸⁾. Heyser weist zu Recht darauf hin, dass bei der Verschuldensfeststellung zu berücksichtigen ist, dass das Bundeskartellamt über eine Pressestelle verfügt, von der ihrerseits erwartet werden kann, dass sie die Rechtslage hinsichtlich der hier interessierenden Fälle überprüft⁷⁹⁾. Festzustellen sind schließlich noch Schaden und haftungsausfüllende Kausalität. Hierfür spielt der Zeitpunkt der Vermögensschädigung eine wichtige Rolle. Für ab dem Zeitpunkt der öffentlichen mündlichen Verhandlung nach § 56 Abs. 3 GWB eintretende Einbußen, die dann auch auf diese zurückgehen können, ist die Amtspflichtverletzung nicht kausal geworden. Eine Verletzung des Geheimhaltungsanspruchs kann nach § 203 Abs. 2 StGB auch strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen⁸⁰⁾.

Schließlich wird im verwaltungsverfahrenlichen Schrifttum darauf hingewiesen, dass Verstöße gegen § 30 VwVfG im laufenden Verwaltungsverfahren unter zwei verschiedenen Aspekten Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeit der später getroffenen Entscheidung haben können. Zum einem kann schon der Verstoß gegen § 30 VwVfG zur Anfechtbarkeit, in Extremfällen auch zur Nichtigkeit der Untersagungsverfügung nach § 44 VwVfG führen. Das setzt voraus, dass der Verstoß gegen § 30 VwVfG mit kausal für die spätere Entscheidung wird. Dies wird sich im Einzelfall kaum feststellen lassen⁸¹⁾. Zum anderen kann eine Mitwirkung desjenigen, der entgegen § 30 VwVfG ein Geheimnis der Beteiligten offenbart hat, an der späteren Entscheidung diese wegen Verstoßes gegen die Befangenheitsvorschrift des § 21 VwVfG rechtswidrig und anfechtbar machen⁸²⁾. Die Anfechtbarkeit setzt damit voraus, dass die Offenbarung auf ein Mitglied der zuständigen Behörde zurückgeht⁸³⁾. Ein Heilung dieses Verfahrensfehlers nach § 45 VwVfG kommt nicht in Betracht. Der Aufhebungsanspruch des betroffenen Beteiligten ist auch nicht nach § 46 VwVfG ausgeschlossen⁸⁴⁾. Bei den Entscheidungen nach § 32 GWB handelt es sich um Ermessensentscheidungen. Bei solchen ist grundsätzlich nicht auszuschließen, dass die Behörde bei Beachtung des Mitwirkungsverbots des § 21 VwVfG zu einer anderen Entscheidung in der Sache hätte kommen können⁸⁵⁾. Ausnahmen, wie im Falle einer Ermessensreduzierung auf Null oder einer Wiederholung des fehlerhaften Verfahrensabschnitts, kommen im hier behandelten Fall nicht in Betracht. Die Maßstäbe sowohl für die feh-

77) Vgl. Heyser, a.a.O. (Fn. 10), S. 142 ff. m. w. N.; Auf § 30 VwVfG kann selbst nicht abgestellt werden, da diese Vorschrift die Behörde, nicht den einzelnen Beamten verpflichtet (str.).

78) Vgl. zum Parallelfall einer Offenbarung des Namens des Beschuldigten durch den Staatsanwalt im Ermittlungsverfahren: BGH v. 17.03.1994, AP 1994 S. 142 (143).

79) Heyser, a.a.O. (Fn. 10), S. 147 f.

80) Vgl. allg. nur Kopp/Ramsauer, a.a.O. (Fn. 19), § 30 Rdn. 20. Speziell für die Mitteilung der Einleitung eines Bußgeldverfahrens oder des Erlasses eines Bußgeldbescheids: Heyser, a.a.O. (Fn. 10), S. 149 ff. m. w. N.

81) Vgl. Knack-Clausen, a.a.O. (Fn. 16), § 30 Rdn. 35; Kopp/Ramsauer, a.a.O. (Fn. 19), § 30 Rdn. 18.

82) Allerdings sehr vage: Kopp/Ramsauer, a.a.O. (Fn. 19), § 30 Rdn. 18; Knack-Clausen, a.a.O. (Fn. 16), § 30 Rdn. 35; nur die bewusste Offenbarung nach *Stelkens/Bonk/Sache/Kallerhoff*, a.a.O. (Fn. 16), § 30 Rdn. 28; umfassend: Kneumeyer, a.a.O. (Fn. 10), 1. 9 ff. In Extremfällen soll wieder auch Nichtigkeit nach § 44 VwVfG möglich sein. A.A. Obermeyer, VwVfG, 2. Aufl. 1990, § 30 Rdn. 57; Befangenhheit bei Verstoß gegen § 30 VwVfG nur bei Hinzutreten weiterer Umstände.

83) Der Verstoß gegen § 30 VwVfG wird dann in Zusammenwirkung mit der die Mitteilung veröffentlichtenden Pressestelle begangen.

84) Offen gelassen bei Kneumeyer, a.a.O. (Fn. 10), 1. 11.

85) Vgl. nur Kopp/Ramsauer, a.a.O. (Fn. 19), § 46 Rdn. 32, auch zum folgenden.

lende Beeinflussung der Entscheidung in der Sache, als auch für die Offensichtlichkeit dieser, sind sehr streng⁸⁶⁾.

IV. Änderungen der Rechtslage durch die 7. GWB-Novelle?

Die 7. GWB-Novelle hat die Bekanntmachungsvorschrift des § 62 GWB auf weitere Entscheidungen der Kartellbehörden erweitert. Nach der Begründung zum Regierungsentwurf soll dadurch die Möglichkeit für die Kartellbehörde unberührt bleiben, ihre Verfügungen auf der Internetseite im vollen Wortlaut oder in gekürzter Form zu veröffentlichen⁸⁷⁾. Man könnte aus dieser Aussage den Rückschluss ziehen, die Veröffentlichung auf der Internetseite sei ohne besondere Ermächtigungsgrundlage zulässig, und hieraus weiter auf die Zulässigkeit von Pressemitteilungen über die Verfahrenseinleitung schließen. Zum einen spricht aber schon die Formulierung „im vollen Wortlaut oder in gekürzter Form“ dafür, dass auch dem Gesetzgeber die Notwendigkeit der differenzierten Betrachtung der Zulässigkeit klar war. Zum anderen würde eine Verkennung des § 30 VwVfG durch den Gesetzgeber nichts an der unter II. dargelegten Rechtslage ändern. Auch durch die 7. GWB-Novelle wurde – von den Fällen der ausdrücklichen Erweiterung des § 62 GWB abgesehen – gerade keine Befugnis kraft besonderer Rechtsvorschrift i. S. des § 30 VwVfG eingeführt. Auch nach der 7. GWB-Novelle gibt es damit keine Rechtsgrundlage für identifizierende Pressemitteilungen des Bundeskartellamts bei Verfahrenseinleitung.

V. Fazit

Die Praxis des Bundeskartellamts, in Pressemitteilungen über die Einleitung von Untersuchungsverfahren die Identität der betroffenen Unternehmen zu offenbaren, ist wegen Verletzung des Geheimhaltungsanspruchs der Beteiligten aus § 30 VwVfG rechtswidrig.

86) Kopp/Ramsauer, a.a.O. (Fn. 19), § 46 Rdn. 26 f., 37.
87) Bgr. RegE, VwV-Sonderheft 2005 S. 190.

Christian Koenig / Andreas Neumann / Margret Schellberg, Bonn

Neue Spielregeln für den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur als Voraussetzung für chancengleichen Wettbewerb auf der Schiene

Seit der Novelle des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG) vom 27. April 2005 nimmt die Regulierung der Schienenwegeentgelte erste Formen an. Damit wird erstmals auch ein sonderkartellrechtliches Instrumentarium zur Kontrolle der Bedingungen für den Zugang zu den Schienenwegen geschaffen. Auch die Nutzungsbedingungen für eine Infrastruktur werden auf diese Weise einer besonderen wettbewerbsrechtlichen Kontrolle zugeführt, die aufgrund ihrer weitreichenden Nichtduplizierbarkeit nicht bloß eine wesentliche, sondern eine unentbehrliche Einrichtung und damit gewissermaßen eine „crucial facility“ für die wettbewerbliche Betätigung auf den nachgelagerten Eisenbahnmärkten ist. Nach einer kurzen Vorstellung des Konzepts der eisenbahnrechtlichen Entgeltregulierung (I.) analysiert der folgende Beitrag den spezifisch eisenbahnrechtlichen Begriff der Entgeltgrundsätze, die der Netzbetreiber der Regulierungsbehörde zum Zwecke einer fakultativen Ex-

Prof. Dr. Christian Koenig ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Universität Bonn, Andreas Neumann und Margret Schellberg sind ebendort wissenschaftliche Mitarbeiter.

ante-Regulierung vorlegen muss (II). Auf diese Weise wird ein hoheitlicher Prüfungsmaßstab gewonnen, an dem die Entgeltgrundsätze zu messen sind, zu deren Kontrolle im Rahmen der eisenbahnrechtlichen Entgeltregulierung auch die Kontrolle der konkreten Entgelthöhen tritt (III). Für die praktische Ausgestaltung dieser Entgeltregulierung für die Schienenwegenutzung lassen sich Konzepte der energiewirtschaftsrechtlichen Methodenregulierung und die Erfahrungen aus der Telekommunikationsregulierung nutzbar machen (IV).

I. Konzept der Entgeltregulierung auf dem Eisenbahnsektor

Seit der Novelle des AEG¹⁾, in deren Folge auch eine neue Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV²⁾) erlassen wurde, werden Schienenwegeentgelte, also die Entgelte, die für die Inanspruchnahme von Schienenwegen (insbesondere durch Eisenbahnverkehrsunternehmen) dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen als Betreiber dieser Schienenwege zu entrichten sind, staatlich reguliert. Diese Entwicklung ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass nach überwiegender Einschätzung der (diskriminierungsfreie) Zugang zu den Schienenwegen bislang nicht gewährleistet war³⁾, so dass eine erweiterte staatliche Kontrolle für erforderlich erachtet wurde. Die Entgelte bilden als preisliche Bedingungen den zentralen Parameter für die Ausgestaltung des Netzgangs und damit auch ein besonderes Missbrauchspotenzial, mit dem der diskriminierungsfreie Zugang zu den Schienenwegen verhindert werden kann⁴⁾. Ihre Regulierung ist daher zur Durchsetzung des regulatorischen Zugangsziels von wesentlicher Bedeutung. Die eisenbahnrechtliche Entgeltregulierung ist nicht auf eine bloß nachträgliche Missbrauchsaufsicht⁵⁾ beschränkt. Vielmehr erhält die Regulierungsbehörde – seit dem 1. 1. 2006 also die Bundesnetzagentur⁶⁾ – nach § 14e Abs. 1 i. V. mit § 14d Satz 1 Nr. 6 AEG die Möglichkeit, Schienennetz-Benutzungsbedingungen, die Entgeltgrundsätze und die konkreten Entgelthöhen⁷⁾ vor einer Neufassung oder Änderung vorab zu überprüfen. Ähnlich wie in anderen netzwirtschaftlichen wie der Telekommunikations- und Energiewirtschaft sieht das AEG damit auch in der Schienennetzregulierung das starke Regulierungsinstrument einer Vorabprüfung der Entgelte vor.

Hinsichtlich der Entgeltgrundsätze unterscheidet sich die Eisenbahnwirtschaft jedoch wesentlich von anderen netzwirtschaftlichen: In der Energiewirtschaft führt die Regulierungsbehörde nach § 23a EnWG eine Vorabprüfung der Entgelte durch, die auf der Grundlage der Kosten einer Betriebsführung, die denen eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen (§ 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG) nach dem „Leitfaden“ der Methodenregulierung gebildet werden. In der Telekommunikationswirtschaft gibt das Gesetz selbst zwar nicht unmittelbar die Kriterien für die Bildung der Entgelte, aber den Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für die Ex-ante-Regulierung sowie die für deren Bildung relevanten Größen vor (§ 31 Abs. 1 u. 2 TKG). Demgegenüber

1) Allgemeines Eisenbahngesetz v. 27. 12. 1993, BGBl. I 1993 S. 2378 (2396), geändert durch Art. 1 des Dritten Gesetzes zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften v. 27. 4. 2005, BGBl. I 2005 S. 1138; zuletzt geändert durch Art. 1 des Vierten Gesetzes zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften v. 3. 8. 2005, BGBl. I 2005 S. 2270.

2) Verordnung über den diskriminierungsfreien Zugang zur Eisenbahninfrastruktur und über die Grundsätze zur Erhebung von Entgelt für die Benutzung der Eisenbahninfrastruktur (Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung – EIBV) v. 3. 6. 2005, BGBl. I 2005 S. 1586.

3) Jung/Schultzky, IR 2005 S. 178.

4) Vgl. für den Bereich der Telekommunikationsregulierung Klotz, in: Berliner Kommentar zum TKG (im Erscheinen), Einl. II Rdn. 146. Siehe auch Gersdorf, ZHR 168 (2004) S. 576 (605).

5) Vgl. § 14c Abs. 1 AEG und insbesondere § 14f Abs. 1 AEG, wonach Regelungen über die Höhe oder Struktur der Wegeentgelte auch nachträglich überprüft werden können.

6) Siehe § 4 Abs. 1 S. 1 des Bundeseseisenbahnverkehrsverwaltungsverordnungsgesetzes.

7) Während die Entgeltgrundsätze nach § 4 Abs. 2 S. 1 i. V. mit Anlage 2 EIBV Bestandteil der Schienennetz-Benutzungsbedingungen sind, gilt dies nach § 4 Abs. 2 S. 2 EIBV nicht für die Liste der Entgelte.

muss der Netzbetreiber in der Eisenbahnwirtschaft, also das Eisenbahninfrastrukturunternehmen, die Entgeltgrundsätze selbst formulieren. Dies ergibt sich aus § 14d Satz 1 Nr. 6 AEG, wonach der Netzbetreiber die Regulierungsbehörde über die beabsichtigte Neufassung oder Änderung von Schienennetz-Benutzungsbedingungen einschließlich der jeweils vorgesehenen Entgeltgrundsätze oder Entgelthöhen zu unterrichten hat. Das Gesetz geht somit davon aus, dass die Netzbetreiber über Entgeltgrundsätze verfügen, die sie (zumindest zunächst) frei festlegen können. Die Regulierungsbehörde hat dann nach § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG die Möglichkeit, der geplanten Neufassung oder Änderung innerhalb von vier Wochen zu widersprechen, soweit sie den Regelungen des Eisenbahnrechts über den Netzzugang nicht entsprechen – sie kann vorab regulieren⁸⁾, muss es aber nicht. Vor Ablauf der vierwöchigen Frist dürfen die neuen Entgeltgrundsätze oder Entgelthöhen nicht in Kraft treten (§ 14e Abs. 2 Nr. 2 AEG).

Anders als bei einer klassischen Ex-ante-Entgeltregulierung, bei der die Entgelte einer hoheitlichen Genehmigung i. S. eines wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Erlaubnisvorbehalts⁹⁾ bedürfen, um wirksam vertraglich vereinbart werden zu können (vgl. § 37 TKG), ist ein solcher behördlicher Mitwirkungsakt hier somit nicht konstitutiv für die Vereinbarung von Entgelten. Vielmehr ähnelt die Einräumung einer bloßen Regulierungsmöglichkeit im Vorfeld des Inkrafttretens der geplanten Maßnahme¹⁰⁾ der dilatorischen Vorlagepflicht¹¹⁾, die im Bereich der Regulierung von Zugangs- und Endnutzerentgelten mit der TKG-Novelle 2004 etabliert wurde (§ 38 Abs. 1, § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG). Wie bei dieser steht es auch hier einem späteren Eingreifen im Rahmen der nachträglichen Kontrolle nicht entgegen, wenn die Regulierungsbehörde davon absieht, von der Möglichkeit zu regulatorischen (Ex-ante-) Intervention vor Inkrafttreten der geplanten Maßnahmen Gebrauch zu machen¹²⁾. Insbesondere führt die regulatorische Inaktivität anders als in der energiewirtschaftlichen Entgeltregulierung (§ 23a Abs. 4 Satz 2 EnWG) nicht zur Fiktion einer (hier gerade nicht erforderlichen) Genehmigung¹³⁾.

Die Entgeltgrundsätze sind als Berechnungsgrundlage für die konkreten Entgelte der wesentliche Bestandteil dieser (bloß) fakultativen Ex-ante-Regulierung in der Eisenbahnwirtschaft. Im auffälligen Missverhältnis dazu steht die Konkretisierung, die dieser Begriff durch das Gesetz selbst erfährt. Den Begriff der Entgeltgrundsätze zu definieren und damit auch den hoheitlich anzulegenden Maßstab („soweit sie den Regelungen des Eisenbahnrechts über den Netzzugang nicht widersprechen“) zu konkretisieren, gelingt nur, wenn die entgeltrelevanten Normen des Eisenbahnrechts in ihrer Gesamtheit in den Blick genommen werden.

II. Konkretisierung der Entgeltgrundsätze vor dem Hintergrund der eisenbahnrechtlichen Regelungen (Richtlinie 2001/14/EG, AEG, EIBV)

Schon der Begriff selbst verdeutlicht, dass es sich bei Entgeltgrundsätzen um abstrakte Kriterien handelt, die der Bestimmung der konkreten Entgelte zugrunde gelegt werden. Dies wird systematisch durch die Gegenüberstellung von Entgeltgrundsätzen einerseits und Entgelthöhen andererseits in § 14b Abs. 1 Nr. 4,

8) Siehe auch Schmidt, N&R 2005 S. 89.

9) Koenig/Loetz/Neumann, Telekommunikationsrecht, 2004, S. 145.

10) Mit dieser sollte hier vor allem verbunden werden, dass auch bei weniger schwerwiegenden Gesetzesverstößen entsprechende regulatorische Interventionen und deshalb trotz geringem Wettbewerblichen Nutzen entsprechend erhöhte Personalmittel für die Regulierungsbehörde erforderlich werden, vgl. zu dem damals geplanten und noch auf die auf die ursprünglich geplante Trassenagentur bezogenen § 6 Abs. 1 des Bundeseseisenbahnverkehrsverwaltungsverordnungsgesetzes die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 269/04, S. 46.

11) Begriff nach Kühling/Neumann, in: Berliner Kommentar zum TKG (Fn. 4), § 39 Rdn. 4 u. 85 ff.

12) Vgl. auch zu dem damals geplanten § 6 Abs. 2 des Bundeseseisenbahnverkehrsverwaltungsverordnungsgesetzes die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 269/04, S. 46.

13) So ausdrücklich, auch die Ausführungen in der Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 269/04, S. 46.

§ 14 d Satz 1 Nr. 6 und § 14 e Abs. 2 Nr. 2 AEG bestätigt. Unter solchen Entgeltgrundsätzen kann inhaltlich jedoch nicht verstanden werden, was bereits in den eisenbahntechnischen Normen abstrakt festgelegt ist. Vielmehr müssen die Entgeltgrundsätze, die der Netzbetreiber selbst festlegt, den gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Vorgaben tatsächlich gerecht werden (§ 14 b Abs. 1 Nr. 4, § 14 e Abs. 1 Nr. 4 AEG). Eine bloße Wiederholung der im Gesetz und den Verordnungen aufgezählten Grundsätze durch den Netzbetreiber kann deshalb nicht ausreichen. Vielmehr geben diese gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Grundsätze ihrerseits den Rahmen vor, innerhalb dessen sich die Entgeltgrundsätze des Netzbetreibers bewegen müssen. Das Gesetz geht demzufolge davon aus, dass der Netzbetreiber wirkliche *Entgeltbildungskriterien* aufstellt, indem er die gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Vorgaben „mit eisenbahnwirtschaftlichem Leben“ füllt.

1. Entgeltgrundsätze in der Richtlinie 2001/14/EG

Nach Anhang I Ziff. 2 Satz 2 der Richtlinie 2001/14/EG sind zur Darlegung der Entgeltgrundsätze und der Tarife „hinreichende Einzelheiten der Entgeltregelung sowie ausreichende Informationen zu den Entgelten“ anzugeben. Unterstellt man eine Parallelität der Struktur der beiden ersten Sätze in Anhang I Ziff. 2, so beziehen sich die „hinreichenden Einzelheiten der Entgeltregelung“ auf die Entgeltgrundsätze¹⁴⁾. Wozu diese Einzelheiten hinreichen sollen, ergibt sich dabei daraus, dass Anhang I den (Mindest-) Inhalt der „Schienennetz-Nutzungsbedingungen gemäß Artikel 3“ festlegt, sich also auf die dort normierte Verpflichtung der Netzbetreiber zur Erstellung und Veröffentlichung von Schienennetz-Nutzungsbedingungen bezieht. Mit dieser Verpflichtung soll ausweislich des fünften Richtlinienerwägungsgrundes¹⁵⁾ Transparenz und ein nicht diskriminierender Netzzugang sichergestellt werden, indem „alle für die Wahrnehmung der Zugangswerte benötigten Informationen“ veröffentlicht werden. Die Entgeltgrundsätze müssen also zum einen so detailliert sein, dass sie den Zugangsberechtigten die Wahrnehmung ihrer Zugangsrechte ermöglichen. Da ein nicht diskriminierender Zugang mit der bloßen Veröffentlichung von Entgeltgrundsätzen allein nicht sichergestellt werden kann, implizieren die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben jedoch zugleich auch die Notwendigkeit, diese Grundsätze hoheitlich auf ihre Diskriminierungsfreiheit hin untersuchen zu können. Die Entgeltgrundsätze müssen es also einer Behörde oder einem Gericht auch ermöglichen, die (entgeltliche) Gleichbehandlung aller Zugangsnachfrager zu überprüfen.

Einzelne normative Vorgaben finden sich schließlich in Art. 7 der Richtlinie 2001/14/EG sowie in den Ausnahmemöglichkeiten, die durch Art. 8 eröffnet werden. Diese Vorgaben sind mit den jüngsten eisenbahnrechtlichen Gesetzes- und Verordnungsgebungsverfahren auch umgesetzt worden, so dass sich insoweit aus dem Richtlinienrecht kein dogmatischer Erkenntnismehrwert ergibt und sich die folgende Untersuchung auf das deutsche Recht beschränken kann.

2. Entgeltgrundsätze vor dem Hintergrund des § 14 Abs. 4 AEG

Abstrakte inhaltliche Anforderungen an die Bestimmung der konkreten Entgelte erhöhen und damit zugleich Vorgaben für die Ausgestaltung der Entgeltgrundsätze enthält das AEG selbst primär in § 14 Abs. 4. Aus § 14 Abs. 4 Satz 1 AEG ergibt sich, dass die Leistungen der Netzbereitstellung so zu vergüten sind, dass die für

14) Anders allerdings Anlage 2 (zu § 4 Abs. 2) Ziff. 2 Satz 1 u. 2 EIBV, wonach nur die Entgeltgrundsätze darzulegen sind, aber „Einzelheiten der Entgeltregelung sowie Informationen zu den Entgelten für die in Anlage 1 aufgeführten Leistungen enthalten sein“ müssen. Letzteres stellt auch in einem gewissen Spannungsverhältnis zur Vorgabe in § 4 Abs. 2 Satz 2 EIBV, wonach die Liste der Entgelte gerade nicht Bestandteil der Schienennetz-Benutzungsbedingungen ist.

15) Zur auslegungstheoretischen Wirkung von Erwägungsgründen vgl. EuGH, Slg. 1989 S. 2789 (2808), Tz. 31; Anweiler, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 1997, S. 255; Grundmann/Riesenhuber, JuS 2001 S. 529 (530), Kapp, DuD 1995 S. 356 (357).

die Erbringung der Pflichtleistungen insgesamt entstehenden Kosten und eine Rendite, die am Markt erzielt werden kann, erwirtschaftet werden¹⁶⁾. Es gilt somit anders als im Energiewirtschafts- und Telekommunikationsrecht insoweit kein effizienzorientierter Maßstab, sondern nur ein Maßstab der diskriminierungsfreien Kostenzuschlüsselung. Die Entgeltgrundsätze müssen demzufolge nach dem gesetzlichen Leitbild grundsätzlich etwas über die Verteilung der um die Kapitalbindungskosten erhöhten Pflichtleistungsgesamtkosten des Netzbetreibers auf die einzelnen Netzzugangsleistungen aussagen. Die diesbezüglich relevante Pflichtleistung eines Netzbetreibers wird aufgrund der ausdrücklichen Entsprechung beschränkter Verweisung in § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG festgelegt. Danach muss der Netzbetreiber die diskriminierungsfreie Benutzung der Eisenbahninfrastruktur und die diskriminierungsfreie Leistungserbringung gewährleisten. Konkretisiert werden Inhalt und Umfang der Pflichtleistungen von § 3 Abs. 1 Satz 1 EIBV. Die Kosten, die bei der Pflichtleistungserbringung insgesamt anfallen, müssen nach § 14 Abs. 4 Satz 1 AEG (zuzüglich einer marktüblichen Rendite) durch die hierfür verlangten Entgelte ausgeglichen werden. Die Entgeltgrundsätze müssen daher nicht nur etwas über die am Markt zu erzielende Rendite aussagen, sondern auch etwas darüber, wie diese Kostendeckung auf Ebene der Entgeltgestaltung erreicht werden soll, wie also die einzelnen Kostenpositionen Eingang in die Entgeltberechnung finden.

Ein Beispiel für eine solche Kostenzuschlüsselung enthalten § 14 Abs. 4 Satz 2 u. 3 AEG. Danach können die Netzbetreiber bei der Entgeltbemessung nach Satz 1 nämlich Aufschläge auf die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallenden Kosten vorsehen, die je nach Verkehrsleistungen variieren können. Hiernach kann allen innerhalb dieser Verkehrsleistungen variieren. So die Entgelte so die Gesamtkostendeckung einfach dadurch erzielt werden, dass die Entgelte auf Grundlage der Kosten der konkreten Leistungserbringung berechnet werden, die in den in Satz 3 gezogenen Grenzen einer marktüblichen Rendite um Aufschläge erhöht werden. Eine solche Vorgehensweise wäre ebenfalls in den Entgeltgrundsätzen darzulegen. Dabei bindet § 14 Abs. 4 Satz 2 AEG den Netzbetreiber, bei seinen Aufschlägen nach Verkehrsleistungen oder nach Marktsegmenten innerhalb dieser Verkehrsleistungen zu differenzieren. Ob über den Wortlaut der Norm hinaus weitere Differenzierungen möglich sind, erscheint zweifelhaft, soll diese ausdrückliche Bezugnahme auf zwei zulässige Differenzierungskriterien nicht funktionslos oder bloß klarstellender Natur sein.

3. Maßstäbe für die Entgeltgrundsätze aus der EIBV

§ 14 Abs. 4 Satz 1 AEG sagt nicht nur etwas zur Beschaffenheit der Entgelte aus, sondern verweist diesbezüglich auch auf die Regelungen in der EIBV über die Bemessung von Entgelten für Schienenwege in §§ 20 ff. EIBV¹⁸⁾. Die EIBV enthält in Umsetzung der richtlinienrechtlichen Vorgaben weitere Regelungsgegenstände, die Bestandteil von Entgeltgrundsätzen werden können bzw. müssen. Dies betrifft schon ausweislich der amtlichen Überschrift „Entgeltgrundsätze für Schienenwege“ insbesondere die Vorschrift des § 21 EIBV. Nach § 21 Abs. 1 EIBV hat der Betreiber der Schienenwege seine Entgelte für die Pflichtleistungen so zu gestalten, dass die Entgelte den Eisenbahnverkehrsunternehmen und den Schienen-

16) Dabei werden staatliche Subventionen zu berücksichtigen sein, da der Netzbetreiber nur einen Ausgleich für die Kosten bei der Erbringung der Pflichtleistungen, nicht aber die Möglichkeit erhalten soll, diese teilweise doppelt – also durch die Subventionen einerseits und die Entgelte andererseits – zu erwirtschaften. Dabei kann an dieser Stelle offen bleiben, ob dies (in Form negativer Gemeinkosten) durch eine entsprechende Reduzierung der Kosten, eine Berücksichtigung (als Gegenleistung des Staates) im Rahmen der Entgelte oder auf andere Weise, etwa im Wege einer Ausnahme gem. § 14 Abs. 4 Satz 4 Nr. 1 AEG i. V. mit § 22 Abs. 1 Nr. 1 EIBV zu erfolgen hat.

17) Der Kreis der Verkehrsleistungen ist beschränkt auf den Schienengüterverkehr, Schienenpersonennah- und Schienenpersonenerfernverkehr, vgl. § 2 Abs. 2, § 14 Abs. 4 Satz 2 AEG.

18) Vgl. überblicksartig zur EIBV Jung/Schultzky, IR 2005 S. 178.

wegeben Anreize zur Störungsverringern und zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit des Netzes bieten. Dies soll durch leistungsabhängige Bestandteile des Entgelts geschehen. Ziel ist damit eine Entgeltregelung mit positiven Anreizen und Sanktionen zwecks Erreichung sowohl einer höheren Kosteneffizienz als auch einer höheren Qualität, letztlich also einer effizienteren Nutzung der Schienenwege¹⁹. Dieses Ziel kann namentlich dadurch erreicht werden, dass Vertragsstrafen für Störungen des Netzbetriebs, eine Entschädigung für von Störungen betroffene Unternehmen²⁰ und eine Bonusregelung für Leistungen, die das geplante Leistungsniveau übersteigen, vorgesehen werden (vgl. Art. 11 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie 2001/14/EG). Nicht bloße Option für die Ausgestaltung eines solchen eisenbahnrechtlichen Anreizsystems, sondern verpflichtende Vorgabe für die Setzung von Anreizen ist die Minderung der Entgelte, die § 21 Abs. 2 EIBV für den Fall vorschreibt, dass die Schienenwege nicht in einem vertragsgemäßen Zustand sind. Dieses entgeltliche Anreizsystem ist ein typisches Beispiel für die Ausgestaltung abstrakter Regeln für die Festlegung konkreter Entgelte und damit notwendiger Bestandteil der Entgeltgrundsätze.

In § 21 Abs. 6 Satz 1 EIBV ist des Weiteren die Diskriminierungsfreiheit normiert, wonach die Entgelte gegenüber jedem Zugangsberechtigten auf die gleiche Weise zu berechnen sind. Eine Modifikation von dieser Regelung sieht die EIBV in § 23 vor. Entgeltklassen sind danach möglich, wenn Verwaltungskosten durch den Netzbetreiber eingespart werden²¹. Will der Netzbetreiber ein – notwendigerweise kostenorientiertes – Rabattsystem vorsehen, muss er es damit ebenfalls zum Bestandteil seiner Entgeltgrundsätze machen und dort im Einzelnen erläutern. Dabei muss sich aus den Ausführungen ergeben, durch welche Maßnahmen Verwaltungsgewährungen eingespart werden können und wann die Rabatte eingreifen, um eine diskriminierungsfreie Gewährung solcher Konditionen abzusichern und kontrollieren zu können.

§ 21 EIBV spricht darüber hinaus weitere mögliche Bestandteile der Netznutzungsentgelte an, denen in den Entgeltgrundsätzen Rechnung zu tragen ist, wenn der Netzbetreiber seine Entgelte auf Grundlage entsprechender Regelungen festlegen will. Das betrifft nach § 21 Abs. 2 EIBV einen Entgeltbestandteil, der den Kosten umweltbezogener Auswirkungen des Zugbetriebs Rechnung trägt. Nach § 21 Abs. 3 EIBV kann das Entgelt auch einen Teil enthalten, der die Knappheit der Schienenwegkapazität widerspiegelt. Erhöhte Kosten dürfen nach § 21 Abs. 4 EIBV nur bei der Verkehrsleistung berücksichtigt werden, die sie auch verursacht. Aus dieser Vorgabe ergibt sich die Intention des Verordnungsgebers, mit den Entgeltgrundsätzen gerade auch eine gerechte Kostenzuschlüsselung zu erreichen. § 22 EIBV enthält schließlich Ausnahmen von den Entgeltgrundsätzen bzw. eröffnet der Regulierungsbehörde die Option, entsprechende Ausnahmen zu ermöglichen. Angesichts der ausdrücklichen Bezugnahme auf bestimmte Regelungsgegenstände, die in Entgeltgrundsätzen behandelt werden können, spricht schließlich viel dafür, dass andere Regelungsgegenstände, die weder im AEG noch in §§ 20 ff. EIBV Erwähnung finden, nicht oder nur ausnahmsweise zulässiger Bestandteil von Entgeltgrundsätzen sein dürfen.

Keine Begrenzung der Entgeltgrundsätze auf die in § 21 Abs. 2 und 3, §§ 22, 23 EIBV genannten Regelungsgegenstände folgt schließlich aus Anlage 2 (zu § 4 Abs. 2) Ziff. 2 Satz 3 EIBV. Zwar legt diese Bestimmung die Vermutung nahe, dass Bestandteil der Entgeltgrundsätze nur solche Regelungen sind, die „zur Durchführung des § 21 Abs. 2 und 3 sowie der §§ 22 und 23 angewandt werden“;

19) Siehe hierzu die Begründung des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, BR-Drs. 249/05, S. 55 (zu § 21 Abs. 1 EIBV).

20) Zum Zusammenhang von Schaden und Ausgleich grundlegend Kölbl, FS Calsen, 2001, S. 205.

21) Ähnlich wie auch in der Energieentgeltregulierung gilt auch hier, dass Rabatte nur insofern diskriminierungsfrei gewährt werden können, als dass sie „auf die ... tatsächlich ... eingesparten Verwaltungskosten“ begrenzt sind, vgl. § 23 Abs. 1 Satz 1 EIBV.

da Ziff. 2 der Anlage ausdrücklich den Umfang der in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen darzulegenden „Entgeltgrundsätze“ regelt. Hieraus folgt jedoch auch zugleich, dass es sich nur um den Teil der Entgeltgrundsätze handelt, der in diesem Rahmen darzulegen ist, nicht jedoch um eine Beschreibung des Umfangs der Entgeltgrundsätze, die der Netzbetreiber seiner Entgeltfestlegung zugrunde zu legen und gegenüber der Regulierungsbehörde darzulegen hat. Dies zeigt sich schon in der gesetzlichen Vorgabe des § 14d Satz 1 Nr. 6 AEG, deren Bezugnahme auf „Schienennetz-Benutzungsbedingungen ... einschließlich der jeweils vorgesehenen Entgeltgrundsätze und Entgelthöhen“ mit dem expliziten Ausschluss der konkreten Entgelthöhen aus den Schienennetz-Benutzungsbedingungen gem. § 4 Abs. 2 Satz 2 EIBV nicht in Einklang zu bringen ist. Hierin kommen die unterschiedlichen Zielsetzungen zum Ausdruck, die einerseits hinter § 4 EIBV und andererseits hinter den gesetzlichen Vorschriften zu den Entgeltgrundsätzen stehen. Die Regelung des § 4 EIBV regelt das Verhältnis zwischen dem Netzbetreiber und den Zugangsberechtigten, während die Vorschriften der §§ 14c ff. AEG das Verhältnis zwischen dem Netzbetreiber und der Regulierungsbehörde regeln. Während es wegen ihres Charakters als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse gerechtfertigt sein kann, bestimmte besonders sensible, kosten- und leistungsrelevante Entgeltgrundsätze (vgl. etwa § 21 Abs. 1, 4 und 5 EIBV) nicht zu veröffentlichen, was nach § 4 Abs. 1 EIBV die Folge wäre, wenn sie Bestandteil der Schienennetz-Benutzungsbedingungen i. S. v. § 4 EIBV sein sollten, sind gerade diese Entgeltgrundsätze für die hoheitliche Regulierung von besonderer Bedeutung. Es besteht somit kein Gleichklang zwischen den Regelungen zu dem Verhältnis zwischen dem Netzbetreiber und den Zugangsberechtigten einerseits sowie der Regulierungsbehörde andererseits²². Anlage 2 (zu § 4 Abs. 2) Ziff. 2 Satz 3 EIBV begrenzt somit nur den Kreis der in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen darzulegenden Entgeltgrundsätze, nicht aber den Kreis der Entgeltgrundsätze im eisenbahnrechtlichen Sinne. Dies wäre letztlich auch mit der amtlichen Überschrift des § 21 EIBV kaum in Einklang zu bringen, der keine Beschränkung auf zwei Absätze dieser Vorschrift zu entnehmen ist.

III. Regulierung der Entgeltgrundsätze und der Entgelthöhen

Systematisch ist die eisenbahnrechtliche Entgeltregulierung so angelegt, dass es der Regulierungsbehörde gem. § 14b Abs. 1 Nr. 4 AEG obliegt, die Einhaltung der eisenbahnrechtlichen Zugangsvorschriften hinsichtlich der durch den Netzbetreiber formulierten Entgeltgrundsätze und der von ihm festgelegten Entgelthöhen zu überwachen. Eine solche Zugangsvorschrift ist namentlich § 14 AEG, wie sich nicht nur aus dem systematischen Zusammenhang, sondern bereits aus der amtlichen Überschrift („Zugang zur Eisenbahninfrastruktur“) ergibt. Der Prüfungsmaßstab für die Entgeltgrundsätze ergibt sich somit aus den im vorherigen Abschnitt unter Heranziehung von § 14 Abs. 4 AEG i. V. m. §§ 20 ff. EIBV entwickelten Kriterien. Die Regulierungsbehörde hat zu überprüfen, ob die Entgeltgrundsätze des Netzbetreibers den im Lichte der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben auslegenden Vorschriften des AEG und insbesondere der EIBV entsprechen.

Da es das Gesetz dem Netzbetreiber überlässt, seine Entgeltgrundsätze in Wahrnehmung seiner unternehmerischen Entscheidungsfreiheit zunächst selbst zu formulieren, wird die Regulierungsbehörde bei der Überprüfung der Entgeltgrundsätze einerseits nicht ihre Beurteilung bzw. ihr Ermessen an die Stelle der Ausgestaltungsentscheidung des Netzbetreibers setzen können²³. Andererseits

22) Dies kommt auch deutlich in § 4 Abs. 7 EIBV zum Ausdruck, dem zufolge eine Abstimmung mit den Zugangsberechtigten bei Neufassungen oder Änderungen von unwesentlicher Bedeutung nicht erforderlich ist, ohne dass dies Auswirkungen auf die Verpflichtung zur Mitteilung an die Regulierungsbehörde hätte, vgl. hierzu auch die Begründung des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, BR-Drs. 249/05, S. 38 (zu § 4 Abs. 7 EIBV).

23) Vgl. zum ähnlichen Verhältnis des unternehmerischen Gestaltungsspielraums und der behördlichen Überprüfungs-kompetenz im Bereich der Postentgeltregulierung Grün/Ostendorf, N&R 2005 S. 144 (150).

folgt aus dem gesetzlich angeordneten Kontrollvorbehalt aber auch, dass der Netzbetreiber die Entgeltgrundsätze auf eine Weise gestalten muss, die es der Regulierungsbehörde erlaubt, die jeweiligen unternehmerischen Entscheidungen nachzuvollziehen und an den gesetzlichen Vorgaben zu messen. Unschlüssige, nicht nachvollziehbare, unvollständige oder intransparente Entgeltgrundsätze werden daher schon aus diesem Grund regelmäßig nicht den gesetzlichen Vorgaben entsprechen.

Neben diese Regulierung der Entgeltgrundsätze, die in dieser Form ein netzwirtschaftsrechtliches Novum ist, tritt natürlich auch noch die aus den anderen regulierten Netzwirtschaften bekannte Regulierung der Entgelthöhen selbst. Diese sind vor allem auf die Einhaltung zweier unterschiedlicher Vorgaben hin zu überprüfen, die sich wiederum erheblich von den Vorgaben in anderen Netzwirtschaften unterscheiden. So müssen die Entgelte zunächst den Entgeltgrundsätzen entsprechen, die der Netzbetreiber (unter regulierungsbehördlicher Kontrolle) selbst formuliert hat. Daneben sind nach § 14 Abs. 4 Satz 1 AEG die Gesamtkosten der Pflichtleistungen der primäre materielle Maßstab, an dem die Entgelte des Netzbetreibers zu messen sind. Die Regulierungsbehörde kann einen etwaigen Verstoß gegen diese materielle Vorgabe freilich nur feststellen, wenn ihr die Kosten der Pflichtleistungen bekannt sind. Aus dem gesetzlichen Auftrag, die Einhaltung der Vorschriften über den Netzzugang zu überprüfen, folgt somit die (tatsächliche) Notwendigkeit, Auskunft über die Gesamtkosten der Pflichtleistungen verlangen zu können.

Gerade im Rahmen der fakultativen Ex-ante-Regulierung nach § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG bietet sich hierfür prima facie der Rückgriff auf eine eigenständige Ermächtigungsgrundlage an: Die mit der Regelung der Vorabprüfung in § 14e Abs. 1 AEG korrespondierende Unterrichtsverpflichtung nach § 14d AEG verpflichtet Netzbetreiber in Satz 3 nämlich auch, „die Übereinstimmung ihrer Entgeltfestsetzung mit § 14 Abs. 4 darzulegen“. Da sich der materielle Entgeltmaßstab gerade aus § 14 Abs. 4 AEG ergibt, läge eine Deutung dieser Verpflichtung nahe, nach der bei einer Unterrichtung nach § 14d AEG insbesondere auch die für die Erbringung der Pflichtleistungen nach § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG entstehenden Kosten dargelegt werden müssen. Allerdings bezieht der Wortlaut von § 14d Satz 3 AEG diese explizite Darlegungspflicht durch Verwendung des Wortes „dabei“ auf eine andere Verpflichtung, ohne dass dies eindeutig auf die Unterrichtsverpflichtung nach § 14d Satz 1 Nr. 1 bis 6 AEG hindeutet. Vielmehr könnte die Darlegungsverpflichtung angesichts des engeren systematischen Zusammenhangs zu Satz 2 der Vorschrift auch als Annexverpflichtung zu der dort enthaltenen Begründungsverpflichtung zu verstehen sein. Damit wäre sie aber wie diese auf beabsichtigte „Entscheidungen nach Satz 1 Nr. 1 bis 5“ beschränkt, würde also gerade die beabsichtigte Neufassung oder Änderung von Schienennetz-Benutzungsbedingungen, Entgeltgrundsätzen und Entgelthöhen nach § 14d Satz 1 Nr. 6 AEG nicht erfassen.

Sollte sich letzten Endes diese Lesart als vorzugswürdig erweisen, bliebe der Regulierungsbehörde jedoch noch der Rückgriff auf ihre allgemeinen Befugnisse nach § 14c AEG. Diese umfassen u. a. das Recht, von den öffentlichen Eisenbahninfrastrukturunternehmen, zu denen auch die (öffentlichen) Betreiber der Schienenwege gehören, alle für die Durchführung ihrer Aufgaben erforderlichen Auskünfte und Nachweise zu verlangen (§ 14c Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 u. 2 AEG). Anders als die Regelung in § 14d Satz 3 AEG ist die entsprechende Verpflichtung der Netzbetreiber einerseits nicht auf das Verfahren der fakultativen Ex-ante-Regulierung beschränkt und greift andererseits nicht automatisch ohne einzelfallbezogene Intervention der Regulierungsbehörde. Schon aus diesem Grund besteht zwischen § 14d Satz 3 AEG und § 14c Abs. 3 AEG auch kein Spezialitätsverhältnis, das letztere Vorschrift hinter erstere zurücktreten ließe.

IV. Ausgestaltung der eisenbahnrechtlichen Entgeltregulierung im Lichte der energiewirtschaftlichen Methodenregulierung und der Erfahrungen aus der Telekommunikationsregulierung

Mit der Erkenntnis, dass die Netzbetreiber verpflichtet werden können, ihre Kosten offenzulegen und nachzuweisen, ist noch nichts darüber ausgesagt, auf welche Weise dies zu geschehen hat. Auch hierzu enthält das neue Eisenbahnrecht keine detaillierten Vorgaben. Erneut ist somit maßgeblich auf Sinn und Zweck der einschlägigen Regelung abzustellen. Die folgenden Überlegungen gehen dabei von der Heranziehung der allgemeinen Befugnisse nach § 14c AEG aus, sind aber in ihren wesentlichen Punkten ohne weiteres auch auf § 14d Satz 3 AEG übertragbar.

Die Pflicht, jedenfalls auf ein entsprechendes Auskunftsersuchen die Kosten für die Pflichtleistungen mitzuteilen, soll die Regulierungsbehörde in die Lage versetzen, die Einhaltung der gesetzlichen Entgeltmaßstäbe zu überprüfen. Diese Zwecksetzung hat weitreichende Implikationen für den Umfang und Detaillierungsgrad vorzulegender Kostenunterlagen. Insbesondere müssen derartige Unterlagen geeignet sein, als nicht bloß formelle, sondern substantiierte Darlegung der behaupteten Kosten zu dienen (vgl. auch die ausdrückliche Darlegungsverpflichtung in § 14d Satz 3 AEG). Dies wird von § 14c Abs. 3 AEG nachdrücklich bestätigt, der in Nr. 2 noch über eine solche Darlegungsverpflichtung hinausgehend den Netzbetreiber zur Erbringung entsprechender Nachweise verpflichtet. Im Bereich der Kostenrechnung, die auch von betriebswirtschaftlichen Entscheidungen und Einschätzungen geprägt ist, stößt eine solche Nachweisverpflichtung naturgemäß an gewisse Grenzen, illustriert jedoch jedenfalls deutlich, dass der Verweis auf allgemeine Bilanzen und Geschäftsberichte – zur Darlegung der Kosten nicht ausreicht.

Die damit letztlich angesprochenen Fragestellungen sind dem Wettbewerbsrecht nicht fremd. Insbesondere im sektorspezifischen Wettbewerbsrecht hat sich die Darlegung der beim Netzbetrieb entstehenden Kosten in der Vergangenheit als eine zentrale Schwierigkeit der regulatorischen Praxis erwiesen²⁴). Aus diesem Grund sehen sowohl das Telekommunikations- als auch das Energiewirtschaftsrecht z. T. detaillierte Vorgaben für den Nachweis von Kosten einschließlich ihrer Zuordnung zu einzelnen Leistungen vor. Da es im Eisenbahnrecht an vergleichbaren Regelungen fehlt, bieten sich die rechtlichen Rahmenbedingungen und praktischen Erfahrungen aus den anderen Netzwirtschaften als Blaupause für die Anwendung der eisenbahnrechtlichen Kostennachweisspflicht und der Zuordnungsprinzipien an. Insbesondere wäre es verfehlt, von dem Fehlen entsprechender eisenbahnrechtlicher Bestimmungen auf die Unübertragbarkeit der den Regelungen des Telekommunikations- und Energiesektors zugrunde liegenden Kostenzuordnungsprinzipien zu schließen. So weisen auch die rechtlichen Vorgaben in der Telekommunikationswirtschaft einerseits und der Energiewirtschaft andererseits einen erheblich divergierenden Detaillierungs- und Komplexitätsgrad auf. Während das telekommunikationsrechtliche Entsprechende Vorgaben nur in einer einzigen, von Ergänzungsanordnungsbeugnissen (§ 29 TKG) flankierten Vorschrift (§ 33 TKG) vorsteht, enthalten die Netzentgeltverordnungen Gas (GasNEV²⁵) und Strom (StromNEV²⁶) eine bis ins kostenrechnerische Detail vor-

24) Siehe Groebel/Seifert, in: Berliner Kommentar zum TKG (Fn. 4), § 33 Rdn. 12. Vgl. zuletzt die Zurückweisung der als ungenügend gerügten Kostenunterlagen, die von der Deutschen Telekom AG im Rahmen eines Entgeltgenehmigungsverfahrens vorgelegt waren, durch die (damalige) RegTP, N&R 2005 S. 122 (123) (freilich aufgrund der telekommunikationsrechtsspezifischen Notwendigkeit, eine Quantifizierung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung im Rahmen der Kostennachweise zu ermöglichen, vgl. § 33 Abs. 4 TKG.)

25) Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Gasversorgungsnetzen (Gasnetzentgeltverordnung – GasNEV) v. 25. 7. 2005, BGBl. I 2005 S. 2197.

26) Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen (Stromnetzentgeltverordnung – StromNEV) v. 25. 7. 2005, BGBl. I 2005 S. 2225.

gegebene normative Ausgestaltung der Kostennachweispflicht sowie der entsprechenden Zuordnungsregeln. Nichtsdestoweniger stimmen die sich daraus ergebenden Grundanforderungen in der regulatorischen Praxis in ihren Strukturen und Prinzipien weitgehend überein. Dies zeigt, dass es sich hierbei um allgemeine Grundsätze handelt, die im Rahmen einer gesetzlich vorgeschriebenen netzwirtschaftsrechtlichen Kostenkontrolle zu beachten sind. Würde man diese Kostennachweis- und Kostenzuordnungsprinzipien negieren, so wäre eine Entgeltregulierung nicht funktionsfähig.

Grundlage der Kostendarlegung muss daher auch im Eisenbahnrecht eine allgemeine betriebswirtschaftliche Kostenrechnung sein, wie sie in §§ 4 ff. GasNEV, §§ 4 ff. StromNEV verordnungsrechtlich ausgeformt und auch im Telekommunikationsrecht auf der Grundlage von § 33 Abs. 3 TKG vorgesehen ist. Dies verweist auf die Notwendigkeit, eine Gesamtkostenschau in Form einer Kostenarten-, Kostenstellen- und Kostenträgerrechnung vorzulegen. Zwar sieht § 14 Abs. 4 Satz 1 AEG grundsätzlich nur einen Ausgleich der insgesamt für die Erbringung der Pflichtleistungen entstehenden Kosten vor, was sich von der telekommunikations- und energiewirtschaftlichen Regulierung unterscheidet, in deren Zentrum die Kosten der einzelnen Leistungen stehen. Dennoch wird eine genauere, leistungsbezogene Kostenzuschlüsselung allein schon deshalb auch im Eisenbahnsektor unumgänglich sein, um mit ihrer Hilfe überprüfen zu können, ob beim Netzbetreiber anfallende Gemeinkosten²⁷ nicht ausschließlich den Zugangspflichtleistungen, sondern auch insoweit nicht regulierten Leistungen, insbesondere den wettbewerblichen Verkehrsdiensten, zugeschlüsselt werden²⁸. Dies ist erforderlich, da sie gerade nicht nur „für die Erbringung der Pflichtleistungen“ entstehen, sondern auch anfallen, wenn die Pflichtleistungen hinweggedacht würden. Dann können sie angesichts der Vorgabe des § 14 Abs. 4 Satz 1 AEG aber auch nicht ausschließlich den Pflichtleistungen zugeordnet werden, was dem Netzbetreiber überdies erhebliches Quersubventionierungspotential und einen nicht gerechtfertigten Wettbewerbsvorsprung bei anderen Leistungen, namentlich bei den Verkehrsdiensten, eröffnen würde. Aufdecken lassen sich derartige unternehmensinterne Subventionen und damit die Einhaltung des Kostenmaßstabes nach § 14 Abs. 4 Satz 1 AEG jedoch nur durch die Vorlage umfassender Kostennachweise, die eine Zuschlüsselung der Kosten auf Einzelleistungsebene erlauben²⁹. Damit ergeben sich letztlich insoweit keine wesentlichen Unterschiede zum Umfang der Nachweis- und Zuordnungspflicht in den anderen regulierten Netzwirtschaften.

Der Netzbetreiber muss also auch – jedenfalls im Falle eines entsprechenden Auskunftsverlangens – darstellen, welche Kosten ihm bei der Erbringung der Leistungen nach § 14 Abs. 1 AEG überhaupt entstehen. Im Energiericht ist eine derartige Kostenartenrechnung in § 3 Abs. 1 Satz 1 GasNEV, § 3 Abs. 1 Satz 1 StromNEV vorgesehen. Demnach sind die Netzkosten zunächst gemäß den §§ 4 bis 11 GasNEV, §§ 4 bis 11 StromNEV zusammenzustellen. Bei dieser Kostenartenrechnung werden systematisch alle Kosten erfasst, die bei der Bereitstellung und Verwertung der Kostenträger, also bei der Erstellung der Leistungen des Netzbetreibers, entstehen. Danach sind die so ermittelten Netzkosten im Energiewirtschaftsrecht nach § 12 GasNEV bzw. § 13 StromNEV den Hauptkostenstellen im Rahmen der Kostenstellenrechnung zuzuordnen, also den Organisationseinheiten des Unternehmens, in denen die Kosten angefallen sind. Zuletzt sind dann im Rahmen der Kostenträgerrechnung (§§ 13 ff. GasNEV, §§ 15 ff. StromNEV) die Kosten denjenigen Leistungen zuzuordnen, bei deren Erbringung sie anfallen. Nach diesem Vorbild, das der in § 33

27) Zur zentralen Bedeutung der Gemeinkosten für die netzwirtschaftsrechtliche Entgeltregulierung aus Sicht der Telekommunikationsregulierung auch Groebel/Seifert (Fn. 24), § 33 Rdn. 40.

28) Vgl. aus telekommunikationsrechtlicher Perspektive auch Groebel/Seifert (Fn. 24), § 33 Rdn. 54 und Erwägungsgrund 5 der Kommissions-Empfehlung 2005/698/EG, ABI. EG 2005 L 266, 64.

29) Entsprechend auch aus Sicht des Telekommunikationsrechts mit Blick auf die diesbezügliche Vorschrift des § 33 Abs. 3 TKG Groebel/Seifert (Fn. 24), § 33 Rdn. 52 u. 54.

Abs. 2 u. 3 TKG vorgesehenen Vorgehensweise entspricht³⁰), muss die Kostenzuschlüsselung auch durch die Eisenbahnetzbetreiber vorgenommen werden. Insbesondere ist darzulegen, nach welchem Prinzip Gemeinkosten zugeschlüsselt werden. Diese Schlüssel unterliegen dem Vorbehalt der Sachgerechtigkeit und der Stetigkeit. Sie müssen für sachkundige Dritte nachvollziehbar und vollständig dokumentiert sein. Dabei wird man der Regulierungsbehörde die Möglichkeit zustehen müssen, den Detaillierungsgrad zumindest grundsätzlich vorzugeben. Jedenfalls ginge eine Darlegung der Kosten aller einzelnen Kostenpositionen ihrerseits in der Regel zu weit und würde die Prüfung unnötig verkomplizieren, stünde also dem Regelungszweck gerade entgegen. Insoweit wird eine gewisse Aggregation nicht nur zulässig, sondern grundsätzlich auch geboten sein³¹).

V. Fazit

Die Entgeltregulierung in den eisenbahnrechtlichen Vorschriften hat sich wesentlich entwickelt. Ähnlich wie in der Telekommunikations- und Energiewirtschaft ist neuerdings eine Vorabprüfung durch die Regulierungsbehörde vorgesehen, die anders als in den genannten Netzwirtschaften jedoch nur fakultativ greift. Während die Vorabprüfung in der Energiewirtschaft die konkreten, nach dem „Leitfaden“ der Methodenregulierung gebildeten Entgelte betrifft, sind nach dem novellierten AEG neben den Entgelthöhen die Entgeltgrundsätze mitzuteilen und durch die Regulierungsbehörde zu überprüfen. Zur Beantwortung der wesentlichen Frage, was inhaltlich unter diese Entgeltgrundsätze zu fassen ist und welchen Umfang diese Informationen haben, sind neben den Normen des AEG die Regelungen der Richtlinie 2001/14/EG und der EIBV heranzuziehen. Die sich daraus ergebenden Vorgaben sind schon von Gesetzes wegen einzuhalten und bilden den hoheitlichen Prüfungsmaßstab, anhand dessen die Regulierungsbehörde künftig die Entgeltgrundsätze prüfen wird. Diese Vorgaben muss der Netzbetreiber aber konkretisieren und in seinen Entgeltgrundsätzen umsetzen. Deshalb reicht es auch nicht aus, ein paar oberflächliche Anforderungen („diskriminierungsfrei“) zu formulieren oder auf die Existenz eines Trassenpreissystems hinzuweisen.

Die Kontrolle der konkreten Entgelthöhen erfolgt dann schließlic einerseits nach Maßgabe der Entgeltgrundsätze des Netzbetreibers, andererseits aber auch anhand des gesetzlich in § 14 Abs. 4 AEG vorgegebenen Entgeltmaßstabs. Dabei sieht § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG jedoch anders als das Energiewirtschafts- und das Telekommunikationsrecht keinen effizienzorientierten Entgeltmaßstab vor, sondern nur einen Ausgleich der insgesamt für die Erbringung der Pflichtleistungen entstehenden Kosten. Selbst soweit dieser Maßstab zur Anwendung gelangt, setzt das aber die Möglichkeit der Regulierungsbehörde voraus, von einem betroffenen Netzbetreiber umfassende Nachweise zu diesen Kosten und deren Zuordnung zu verlangen. Bei der Erstellung dieser Nachweise wird der Netzbetreiber grundsätzlich im Wege des Dreischritts der Kostenrechnung vorgehen, der insbesondere in der energiewirtschaftlichen Methodenregulierung normativ ausgestaltet wurde: Kostenarten-, Kostenstellen- und Kostenträgerrechnung. Nur auf diese Weise kann letztlich eine überprüfbare Darstellung der Kosten erfolgen und das gesetzlichke Ziel erreicht werden, durch die Sicherstellung eines (auch entgeltlich) nicht diskriminierenden Zugangs chancengleichen Wettbewerbs auf der Schiene zu gewährleisten. Ein besonderes Augenmerk muss dazu der Zuordnung eines angemessenen Gemeinkostenanteils auch zu den wettbewerblichen Verkehrsdiensten gelten; ordnete man die Gemeinkosten ausschließlich den Pflichtleistungen zu, wären wettbewerbsbehindernde Quersubventionen die Folge.

30) Siehe hierzu Groebel/Seifert (Fn. 24), § 33 Rdn. 57.

31) So auch für den Bereich des Telekommunikationsrechts Groebel/Seifert (Fn. 24), § 33 Rdn. 25 f.