

Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M. (LSE), und  
Jens-Daniel Braun, Bonn\*

## Regulatorische Überwachung des eisenbahnrechtlichen Diskriminierungsverbotes

### Eine Kurzeinführung in die neue Schieneninfrastrukturregulierung

Die jüngst erfolgte grundlegende Umgestaltung des Eisenbahnrechts wurde von der Hoffnung begleitet, auch in diesem Wirtschaftssektor werde die Netzzugangs- und Entgeltregulierung ähnliche Erfolge zeitigen wie im Telekommunikationssektor. Wenige Monate nach Inkrafttreten des neuen Rechtsrahmens zeigt sich jedoch, dass in der Praxis der Weg zu einem wirksamen und unverfälschten Wettbewerb sehr steinig ist. So hat die Kontrolle der Schienennetz-Benutzungsbedingungen der Betreiber der Schienenwege durch die Regulierungsbehörde anhand der neuen Vorschriften eine Vielzahl von neuen komplexen Rechtsfragen zu Tage gefördert. Nach einer knappen Einführung in das neue Eisenbahnrecht (A.) greift der folgende Beitrag beispielhaft eine dieser Rechtsfragen auf: Kann der Betreiber der Schienenwege die Sicherungsmittel, mittels derer der Zugangspetent Sicherheit leistet, von vornherein auf einige ausgewählte Sicherungsmittel beschränken? Mit Hilfe allgemeiner zivilrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Überlegungen wird eine Lösung entwickelt, die zugleich die Reichweite des eisenbahnrechtlichen Diskriminierungsverbotes aufzeigt (B.). Einen zweiten Schwerpunkt des Beitrags bilden sodann auf die Rechtsfolgende bezogene Überlegungen zum Verhältnis der regulatorischen Instrumente der Vorabprüfung (§ 14e Abs. 1 AEG) und der nachträglichen Prüfung (§ 14f Abs. 1 AEG) durch die Regulierungsbehörde (C.).

#### A. Überblick über das neue Eisenbahnrecht

Der Gesetzgeber hat im Jahr 2005 das deutsche Eisenbahnrecht grundlegend umgestaltet<sup>1</sup>. Von besonderer Bedeutung für die „Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs“ (§ 1 Abs. 1 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes<sup>2</sup>) sind dabei die neuen Bestimmungen zur Netzzugangsregulierung<sup>3</sup>. Nach § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG sind Eisenbahn-

infrastrukturunternehmen verpflichtet, die diskriminierungsfreie Benutzung der von ihnen betriebenen Eisenbahninfrastruktur<sup>4</sup> und die diskriminierungsfreie Erbringung der von ihnen angebotenen Leistungen zu gewähren. So genannte Betreiber der Schienenwege<sup>5</sup> sind *zusätzlich* verpflichtet, einen Mindestumfang an Leistungen zu erbringen und unter anderem die von ihnen betriebenen Schienenwege zur Nutzung bereitzustellen (§ 14 Abs. 1 Satz 3 AEG). Der genaue Umfang des Netzzugangsanspruchs bestimmt sich dabei nach den Maßgaben der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV)<sup>6</sup>. Damit wird ein *originäres* Recht des Zugangspetenten begründet, die Bereitstellung bestimmter Leistungen zu verlangen, das selbstständig neben das *derivative* Recht aus § 14 Abs. 1 Satz 1 - AEG<sup>7</sup> auf diskriminierungsfreie Partizipation an den bestehenden Leistungen im Wege des Zugangs tritt<sup>8</sup>.

Betreiber der Schienenwege werden ferner durch § 4 Abs. 1 EIBV verpflichtet, Schienennetz-Benutzungsbedingungen für die Erbringung der in Anlage 1 Nr. 1 EIBV bezeichneten Pflichtleistungen zu erstellen und diese entweder im Bundesanzeiger zu veröffentlichen (Nr. 1) oder im Internet zu veröffentlichen und die Adresse im Bundesanzeiger bekannt zu machen (Nr. 2). Diese Pflichtleistungen der Betreiber der Schienenwege umfassen nach Anlage 1 Nr. 1 EIBV die Bearbeitung von Anträgen auf Zuweisung von Zugtrassen (lit. a), die Gestattung der Nutzung zugewiesener Zugtrassen und der Anlagen zur streckenbezogenen Versorgung mit Fahrstrom (lit. b), die Bedienung der für eine Zugbewegung erforderlichen Steuerungs- und Sicherungssysteme, die Koordinierung der Zugbewegungen und die Bereitstellung von Informationen über die Zugbewegungen (lit. c) sowie alle anderen Informationen, die zur Durchführung des Verkehrs, für den Kapazität zugewiesen wurde, erforderlich sind (lit. d).

Die Ratio der gesetzlichen Verpflichtung, für die Erbringung der genannten Pflichtleistungen Benutzungsbedingungen aufzustellen, liegt auf der Hand: Derartige allgemeine Nutzungsbedingungen fördern die gleichförmige Zugangsgewährung und dienen damit der Durchsetzung der Diskriminierungsfrei-

\* Der Autor Koenig ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Universität Bonn, der Autor Braun ist dort wissenschaftlicher Mitarbeiter. Der zweite Abschnitt des Aufsatzes geht auf ein Rechtsgutachten zurück, das die Autoren gemeinsam mit Kristin Hentschel und Margret Schellberg für das Eisenbahn-Bundesamt angefertigt haben. Die Autoren danken den zahlreichen Leserinnen und Lesern eines Entwurfs dieses Beitrags für ihre hilfreichen Kommentare und Anregungen. Alle WWW-Angaben befinden sich auf dem Stand vom 10.4.2006.

<sup>1</sup> Näher dazu Kramer, NVwZ 2006, 26 (26 ff.); Kühling/Ernert, NVwZ 2006, 33 (33 ff.); Lägeler, in: Sander/Scheel/Scorl (Hrsg.), Aktuelle Rechtsfragen im Spannungsfeld von Staat, Wirtschaft und Europa, 2005, S. 95 (95 ff.); Ruge, DVBl. 2005, 1405 (1405 ff.).

<sup>2</sup> Vom 27.12.1993 (BGBl. I S. 2378, 2396, 1994 I S. 2439), zuletzt geändert durch Art. 1 des Vierten Gesetzes zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften vom 3.8.2005 (BGBl. I S. 2270), im Folgenden mit AEG abgekürzt.

<sup>3</sup> Ausführlich dazu Kühling/Ernert, NVwZ 2006, 33 (33 ff.); Ostendorf/Grün, IR 2005, 275 (275 ff.). Ausführlich und grundlegend zum Begriff der Netzzugangsregulierung Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 182 ff.

<sup>4</sup> Der Begriff „Eisenbahninfrastruktur“ umfasst nach der Legaldefinition von § 2 Abs. 3 AEG „die Betriebsanlagen der Eisenbahnen einschließlich der Bahnstromfernleitungen“.

<sup>5</sup> Unter diesen Begriff fasst das Gesetz „jedes Eisenbahninfrastrukturunternehmen, das den Betrieb, den Bau und die Unterhaltung der Schienenwege der Eisenbahn zum Gegenstand hat, mit Ausnahme der Schienenwege in Serviceeinrichtungen“ (§ 2 Abs. 3a AEG).

<sup>6</sup> BGBl. 2005 I S. 1566. Die EIBV ist auf der Grundlage von § 26 Abs. 1 Nummern 3, 6, 7 und 9; Abs. 3 Satz 5 und Abs. 4 Nr. 1 AEG ergangen. Zu den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben in diesem Bereich s. Kühling/Ernert, NVwZ 2006, 33 (33 f.); Gersdorf, ZHR 2004, 576 (595 ff.).

<sup>7</sup> Vgl. ferner § 3 Abs. 1 Satz 1 EIBV.

<sup>8</sup> Kühling/Ernert, NVwZ 2006, 33 (35).

heit. Dass die Schienennetz-Benutzungsbedingungen umfassend über die Nutzungsmöglichkeit von Eisenbahninfrastrukturen informieren müssen, folgt dabei auch aus den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts. So heißt es in Erwägungsgrund 5 der Richtlinie 2001/14/EG<sup>9</sup>: „Um Transparenz und einen nicht-diskriminierenden Zugang zu den Eisenbahnfahrwegen für alle Eisenbahnunternehmen sicherzustellen, sind alle für die Wahrnehmung der Zugangsrechte benötigten Informationen in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen zu veröffentlichen“<sup>10</sup>.

Die Aufgabe, die Einhaltung der Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur zu überwachen, obliegt dabei der Regulierungsbehörde<sup>11</sup> (§ 14b Abs. 1 Nr. 4 AEG). Das Gesetz benennt als Bestandteil dieser von der Kontrollkompetenz der Regulierungsbehörde erfassten Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur beispielhaft die Bestimmungen hinsichtlich der Benutzungsbedingungen, der Entgeltgrundsätze und der Entgelthöhen. Erleichtert wird der Regulierungsbehörde ihre Aufgabe durch § 14d Satz 1 Nr. 6 AEG, nach dem „die öffentlichen Eisenbahninfrastrukturunternehmen [...] die Regulierungsbehörde zu unterrichten“ haben „über [...] die beabsichtigte Neufassung oder Änderung von Schienennetz-Benutzungsbedingungen und von Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen einschließlich der jeweils vorgesehenen Entgeltgrundsätze und Entgelthöhen“.

Gemäß § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG kann die Regulierungsbehörde nach Eingang einer solchen Mitteilung im Sinne des § 14d Satz 1 Nr. 6 AEG innerhalb von vier Wochen der beabsichtigten Neufassung oder Änderung widersprechen<sup>12</sup>, soweit die beabsichtigten Entscheidungen nicht den Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur entsprechen (*Vorabprüfung*)<sup>13</sup>. Vor Ablauf dieser vierwöchigen Frist dürfen die Schienennetz-Benutzungsbedingungen nicht in Kraft treten (§ 14e Abs. 2 Nr. 2 AEG). Übt die Regulierungsbehörde ihr Widerspruchsrecht aus, treten die Schienennetz-Benutzungsbedingungen insoweit nicht in Kraft (§ 14e Abs. 3 Nr. 2 AEG).

Das AEG kennt neben dem Instrument der *Vorabprüfung* zudem das der *nachträglichen Prüfung* durch die Regulierungsbehörde<sup>14</sup>. Nach § 14f Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AEG kann die Regulierungsbehörde etwa Schienennetz-Benutzungsbedingungen eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens von Amts wegen überprüfen. Die Regulierungsbehörde kann sodann mit Wirkung für die Zukunft das Eisenbahninfrastrukturunternehmen unter anderem zur Änderung der Bedingungen nach ihren Maßgaben verpflichten, soweit diese Bedingungen nicht den Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur entsprechen (§ 14f Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AEG).

## B. Das neue Eisenbahnrecht im Praxistest – am Beispiel der Beschränkung der statthaften Sicherungsmittel

Vor dem Hintergrund der dargestellten Neuregelungen nimmt es nicht wunder, dass die erste Prüfung der Schienennetz-Benutzungsbedingungen der Betreiber der Schienenwege durch die Regulierungsbehörde anhand der neuen Vorschriften eine Vielzahl von neuen komplexen Rechtsfragen aufgeworfen hat. So stellt sich etwa die Frage, wie detailliert die Darlegung der Entgeltgrundsätze gemäß Anlage 2 Nr. 1 EIBV sein muss, damit die Regulierungsbehörde überprüfen kann, ob die in den §§ 14 Abs. 4 AEG, 21 ff. EIBV darge-

legten Anforderungen an die Ausgestaltung der Entgelte erfüllt sind<sup>15</sup>.

Interessante rechtliche Fragen stellen sich in diesem Zusammenhang auch bei Klauseln über etwaige Sicherheitsleistungen der Zugangsnachfrager. Dass ein Betreiber der Schienenwege grundsätzlich berechtigt ist, die Stellung einer Sicherheitsleistung in angemessener Höhe im Verhältnis zum Umfang der beantragten Leistungen zu verlangen, ergibt sich bereits aus § 5 Abs. 1 EIBV<sup>16</sup>. Der Verordnungsgeber hat damit ausdrücklich das Interesse des Betreibers der Schienenwege anerkannt, sich mit Hilfe entsprechender

<sup>9</sup> Richtlinie 2001/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2001 über die Zuweisung von Fahrwegkapazitäten der Eisenbahn, die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur und die Sicherheitsbescheinigung, ABl. EG 2001 L 75/29, geändert durch die Entscheidung der Kommission 2002/844/EG vom 23. Oktober 2002 zur Änderung der Richtlinie 2001/14/EG hinsichtlich des Termins für den Wechsel des Netzfahrplans im Eisenbahnverkehr, ABl. EG 2002 L 289/30.

<sup>10</sup> Erwägungsgründe eines Gemeinschaftsrechtsakts sind nicht Teil desselben, geben aber Aufschluss über dessen Regelungszweck, s. *EuGH*, Rs. C-215/88, Slg. 1989, 2789 (2808), Tz. 31 – Casa Fleischhandels-GmbH; *Braun/Capito*, in: Koenig/Bartosch/Braun (Hrsg.), EC Competition and Telecommunications Law, 2002, S. 309 (327 f.; m. w. N. in Fußn. 95); *Koenig/Neumann*, K&R 2001, 281 (288); *Streinz*, ZEuS 2004, 387 (402).

<sup>11</sup> § 4 Abs. 1 des Bundeseseisenbahnverkehrsverwaltungsgesetzes (BEVVG) in Verbindung mit dem Zweiten Gesetz zur Neuordnung des Energiewirtschaftsrechts vom 7.7.2005 (BGBl. I S. 1970, 2017) weist die Aufgabe, die Einhaltung der Rechtsvorschriften über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur zu überwachen, ab dem 1.1.2006 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Bundesnetzagentur) zu. Gemäß § 4 Abs. 7 BEVVG wurden die der Bundesnetzagentur nach § 4 Abs. 1 BEVVG zugewiesenen Aufgaben bis zum 31.12.2005 vom Eisenbahn-Bundesamt wahrgenommen; näher dazu *Kühling/Ernert*, NVwZ 2006, 33 (38 f.).

<sup>12</sup> Die gesetzliche Verwendung des Begriffes „Widerspruch“ ist in diesem Zusammenhang irreführend (Vorbild war wohl der mittlerweile aufgehobene § 102 Abs. 1 Satz 4 GWB 1990, vgl. dazu *Becker*, Maßvolle Kreditsicherung, 1999, S. 278), da gegen einen Widerspruch im Sinne des § 14e Abs. 1 AEG nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Regeln ein Widerspruch im Sinne der §§ 68 ff. VwGO ein statthafter Rechtsbehelf ist. Ein solcher Widerspruch im Sinne der §§ 68 ff. VwGO gegen einen Widerspruch im Sinne des § 14d Abs. 1 AEG hat jedoch nach § 37 AEG keine aufschiebende Wirkung.

<sup>13</sup> Verstößt die Klausel hingegen allein gegen die §§ 305 ff. BGB, besteht kein Widerspruchsrecht der Regulierungsbehörde.

<sup>14</sup> Das Verhältnis dieser beiden Instrumente zueinander wird unter c. untersucht.

<sup>15</sup> Näher dazu *Koenig/Neumann/Schellberg*, WuW 2006, 139 (145 ff.).

<sup>16</sup> Eine entsprechende ausdrückliche Regelung findet sich für die Energiewirtschaft in § 23 Abs. 2 Satz 2 Verordnung über den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen (StromNZV) vom 25.7.2005 (BGBl. I S. 2243). Das Telekommunikationsgesetz vom 22. Juni 2004 (zuletzt geändert durch Art. 3 Abs. 2 des Zweiten Gesetzes zur Neuordnung des Energiewirtschaftsrechts vom 7.7.2005, BGBl. I S. 1970, 2017; im Folgenden: TKG) weist hingegen keine ausdrückliche Regelung auf – der mit „Sicherheitsleistungen“ überschriebene § 86 TKG regelt eine andere Konstellation, nämlich die Frage, unter welchen Voraussetzungen Anbieter von Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit, die nach § 81 TKG zur Erbringung von Universaldienstleistungen verpflichtet sind (oder das Unternehmen, das Leistungen nach § 150 Abs. 9 TKG erbringt), Universaldienstleistungen an den *Endnutzer* von einer Sicherheitsleistung abhängig machen dürfen. Die frühere Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post hat allerdings bereits in der EconoPhone-Entscheidung die Auffassung vertreten, es sei im Wirtschaftsverkehr allgemein üblich, bei Verträgen, in denen ein Vertragspartner zu einer Vorleistung verpflichtet werde, das Erbringen einer Sicherheitsleistung durch die andere Vertragspartei zu vereinbaren, s. *RegTP*, Entscheidung vom 6.5.1999, Az.: BK 4c-99-008/Z 25.02.99, MMR 1999, 430 (435). Vgl. ferner *RegTP*, Entscheidung vom 4.11.1999, Az.: BK 4c-99-053/Z 04.11.99; *RegTP*, Entscheidung vom 17.11.2000, BK 4c-00-26/Z17.11.00; *RegTP*, Entscheidung vom 18.7.2003, BK 4e-03-076/Z18.07.03; *RegTP*, Entscheidung vom 21.6.2004, BK 4c-04-025/Z21.06.04. Aus der telekommunikationsrechtlichen Rechtsprechung s. *BVerwG*, Urteil vom 25.4.2001 – 6 C 6.00, *BVerwGE* 114, 160 (192); *BVerwG*, Urteil vom 21.1.2004 – 6 C 1.03, *Entscheidungsdruck*, S. 28 u. 31; *OVG Münster*, Beschluss vom 19.11.2003 – 13 B 1955/03; *LG Köln*, Urteil vom 25.5.2001 (rechtskräftig) – 81 O (Kart) 57/01,

Klauseln in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen<sup>17</sup> gegen drohende Zahlungsausfälle einzelner Zugangspetenten zu schützen. Eine Aussage zur Art der Sicherheitsleistung enthält § 5 Abs. 1 EIBV allerdings nicht<sup>18</sup>. In Ermangelung einer abschließenden Spezialregelung in § 5 Abs. 1 EIBV ist jedoch auch insoweit das allgemeine Diskriminierungsverbot des § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG in Verbindung mit § 3 Abs. 1 Satz 1 EIBV zu beachten<sup>19</sup>.

Welche Konsequenzen dieses Diskriminierungsverbot für die Prüfung von Klauseln über Sicherheitsleistungen hat, soll im Folgenden anhand einer der Prüfungspraxis der Regulierungsbehörde entlehnten<sup>20</sup>, in der hier dargestellten Form jedoch fiktiven Klausel aufgezeigt werden.

Dazu nehmen wir an, ein Betreiber der Schienenwege legt in seinen Schienennetz-Benutzungsbedingungen fest, dass der Zugangspetent unter bestimmten, dort näher bezeichneten Voraussetzungen eine Sicherheitsleistung zu erbringen hat („Klausel 1“)<sup>21</sup>. In einer zweiten Klausel („Klausel 2“) in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen unseres fiktiven Betreibers der Schienenwege findet sich sodann folgende Regelung: „Eine Sicherheit im Sinne von Klausel 1 kann wahlweise durch selbstschuldnerische Bürgschaft oder Bankgarantie jeweils auf erstes Anfordern einer in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft ansässigen Großbank gestellt werden“.

Eine Wortlautauslegung dieser Klausel ergibt, dass Klausel 2 die Freiheit der Zugangspetenten, die gegebenenfalls nach Klausel 1 zu stellende Sicherheit durch ein beliebiges Sicherungsmittel zu leisten, auf nur zwei Möglichkeiten (selbstschuldnerische Bürgschaft oder Bankgarantie jeweils auf erstes Anfordern einer in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft ansässigen Großbank) reduziert. Das durch Klausel 2 dem Zugangspetenten eingeräumte Wahlrecht im Sinne der §§ 262 ff. BGB ermöglicht eine Wahl nur zwischen den beiden in Klausel 2 ausdrücklich bezeichneten Alternativen. Alle in § 232 Abs. 1 BGB genannten oder in der Praxis entwickelten sonstigen Sicherungsmittel – wie etwa eine harte Patronatserklärung – scheiden nach dem Wortlaut der Klausel als zulässige Sicherheit aus.

Damit liegt eine Ungleichbehandlung vor: Bezugspunkt sind insoweit alle Zugangspetenten, die potentiell eine Sicherheit stellen können<sup>22</sup>. Klausel 2 behandelt die eine Gruppe von Zugangspetenten – nämlich diejenigen, die eine Sicherheit mittels der von dem Betreiber der Schienenwege vorgegebenen Sicherungsmittel stellen möchten – *anders* als die andere Gruppe von Zugangspetenten – nämlich diejenigen Zugangspetenten, welche Sicherheit mittels eines anderen üblichen Sicherungsmittels, etwa einer harten Patronatserklärung, stellen möchten.

Gleichwohl läge keine Diskriminierung vor, wenn diese Ungleichbehandlung von einem rechtfertigenden sachlichen Grund gedeckt wäre. Es stellt sich also die Frage, ob es ein anerkennenswertes Interesse des Betreibers der Schienenwege gibt, Sicherheit nur mittels einer selbstschuldnerischen Bürgschaft oder einer Bankgarantie jeweils auf erstes Anfordern einer in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft ansässigen Großbank zu erhalten. Eine Sicherheit in der von dem Betreiber der Schienenwege in Klausel 2 geforderten Form ist jedoch nicht per se werthaltiger als andere Formen von Sicherheiten, wie beispielsweise eine harte Patronatserklärung<sup>23</sup>. Auch im Insolvenzfall sind die von dem Betreiber der Schienenwege bevorzugten Sicherungsmittel keineswegs ohne weiteres anderen Siche-

rungsformen überlegen. So vermittelt etwa eine harte Patronatserklärung dem Gläubiger jedenfalls im Falle der Insolvenz des Schuldners einen unmittelbaren (Schadensersatz-)Anspruch gegen den Patron<sup>24</sup>. Nicht zuletzt aus diesem Grund wird zumindest eine harte Patronatserklärung als ein der Bürgschaft oder Garantieerklärung vergleichbares Sicherungsmittel angesehen<sup>25</sup>.

Umgekehrt bringen die verschiedenen Sicherungsmittel für die Zugangspetenten unterschiedliche Belastungen mit sich, wobei sich diese Belastungen von Zugangspetent zu Zugangspetent wiederum unterscheiden können. So hat ein Zugangspetent, der Sicherheit mittels einer harten Patronatserklärung stellen kann, ein berechtigtes Interesse daran, den ihm von seiner Bank eingeräumten Kreditrahmen nicht durch Bürgschaftsverpflichtungen zu belasten. Überdies ist das Interesse eines derartigen Zugangsnachfragers anzuerkennen, sich die Zahlung der Avalprovision zu ersparen<sup>26</sup>. Dies gilt umso mehr, nachdem sich Avalprovisionen durch die im Vorgriff auf die so genannte Basel II-Vereinbarung<sup>27</sup> angewandten neuen Eigenkapitalregeln der bürgernden Banken

MMR 2001, 834 (835). Zur Rechtslage im Eisenbahnrecht vor Inkrafttreten der EIBV s. OVG Münster, Beschluss vom 16.2.2006 – 20 B 758/05, Entscheidungsumdruck, S. 10.

<sup>17</sup> Zur Abgrenzung von Schienennetz-Benutzungsbedingungen von in diesen enthaltenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen und zu den Konsequenzen dieser in der EIBV vorgenommenen Unterscheidung für die Einordnung etwaiger Klauseln über Sicherheitsleistungen s. *Koenig/Schellberg*, IR 2006, 84 ff.

<sup>18</sup> An dieser Stelle sei erwähnt, dass auch die auf der Grundlage des TKG ergangenen, in Fußn. 16 zitierten Entscheidungen sich nicht zu der Frage verhalten, inwieweit die Art der Sicherheitsleistung durch den Zugangspetenten beschränkt werden darf. In einigen Fällen scheint allerdings in den jeweiligen Verträgen eine Begrenzung der statthaften Arten von Sicherheitsleistungen vorgelegen zu haben, vgl. etwa den Sachverhalt in *RegTP*, Entscheidung vom 17.11.2000, BK 4c-00-26/Z17.11.00.

<sup>19</sup> In diesem Sinne ist wohl auch die Verordnungsbegründung zu verstehen, s. Bundesrat, Drucksache 249/05, S. 39.

<sup>20</sup> Vgl. den Bescheid des Eisenbahn-Bundesamtes vom 23.12.2005 – 15 Nz 050-05, S. 47 ff.

<sup>21</sup> Wir nehmen dabei an, dass Klausel 1 eine Sicherheitsleistung immer dann verlangt, wenn konkrete Zweifel an der Zahlungsfähigkeit des Zugangspetenten bestehen. Derartige konkrete Zweifel bestehen nach unserer fiktiven Klausel 1 dann, wenn sich der Zugangspetent gegenüber dem Betreiber der Schienenwege länger als einen Monat im Verzug mit einer Zahlung in Höhe von mindestens einem vollen Rechnungsbetrag befindet, wenn Zahlungsrückstände gegenüber dem Betreiber der Schienenwege bestehen, die dem durchschnittlich zu zahlenden Entgelt der letzten drei Monate gleichkommen, oder wenn bezüglich des Zugangspetentens ein Antrag auf Einleitung eines Insolvenzverfahrens gestellt wurde.

<sup>22</sup> Zur Bedeutung der Wahl des richtigen Bezugspunkts in der Prüfung einer Ungleichbehandlung s. am Beispiel des Verfassungsrechts *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 21. Aufl. 2005, Rn. 431 ff., mit einem anschaulichen Beispiel in Rn. 432.

<sup>23</sup> Entscheidend ist vielmehr immer die Sicherungskraft des jeweiligen Sicherungsmittels im Einzelfall. Ausführlich zu Inhalt und Rechtsnatur einer harten Patronatserklärung Koch, *Die Patronatserklärung*, 2005, S. 77 ff.

<sup>24</sup> *BGH*, Urteil vom 30.1.1992 – IX ZR 112/91, BGHZ 117, 127 (133); *OLG Rostock*, Urteil vom 16.12.2004 – 1 U 28/04, MDR 2005, 1277; *Allstadt-Schmitz*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost* (Hrsg.), *Handelsgesetzbuch*, 2001, Rn. IV 630630. *Larenz/Canaris*, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II/2, 13. Aufl. 1994, § 64 V 1c, S. 83, hingegen sprechen nicht von einem Schadensersatzanspruch, sondern arbeiten mit einer Auslegung des Patronatsvertrages, die aber regelmäßig zum selben Ergebnis führt.

<sup>25</sup> *BGH*, Urteil vom 30.1.1992 – IX ZR 112/91, BGHZ 117, 127 (132 f.); *BGH*, Urteil vom 8.5.2003 – IX ZR 334/01, Entscheidungsumdruck, S. 8; *Reinicke/Tiedtke*, *Kreditsicherung*, 4. Aufl. 2000, Rn. 434.

<sup>26</sup> Vgl. – in einem freilich anderen Zusammenhang – *KG*, Urteil vom 29.6.1988 – 24 U 3307/87, NJW-RR 1988, 1365 (1366).

<sup>27</sup> Ausführlich dazu etwa *Ehlers*, NJW 2005, 3256 (3256 ff.); *Koenig/Haratsch*, WM 2005, 1005 (1006 f.); *Küting/Dürr*, DB 2005, 1529 (1533); *Wambach/Kirchmer*, BB 2002, 400 (400 ff.); *Weber*, in: *Bröhmer et al.* (Hrsg.), *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte. Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag*, 2005, S. 1597 (1597 ff.).

verteuert haben und voraussichtlich noch weiter verteuern werden.

Diese Zusammenhänge sind der Grund dafür, dass auch in den Fällen, in denen bestimmte Normadressaten kraft öffentlichen Rechts Sicherheit leisten müssen, die Art der Sicherheitsleistung durch die entsprechenden Bestimmungen regelmäßig nicht beschränkt wird<sup>28</sup>. So kann beispielsweise nach § 32 Abs. 3 des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes (KrW-/AbfG)<sup>29</sup> die zuständige Behörde verlangen, dass der Inhaber einer Deponie für die Rekultivierung sowie zur Verhinderung oder Beseitigung von Beeinträchtigungen des Wohles der Allgemeinheit nach Stilllegung der Anlage „Sicherheit leistet oder ein gleichwertiges Sicherungsmittel erbringt“. § 19 Abs. 4 der Deponieverordnung (DepV)<sup>30</sup> konkretisiert diese Vorschrift näher: Nach § 19 Abs. 4 Satz 1 legt die zuständige Behörde Art, Umfang und Höhe der Sicherheit fest. Satz 2 bestimmt sodann, dass anstelle der in § 232 BGB bestimmten Sicherheitsleistungen „insbesondere die Beibringung einer Konzernbürgschaft, einer Garantie oder eines sonstigen Zahlungsverprechens eines Kreditinstitutes oder handelsrechtlich zu bildende Rückstellungen als gleichwertige Sicherheit verlangt oder zugelassen werden“ können.

Nach § 17 Abs. 4a S. 1 Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG)<sup>31</sup> kann bei Abfallentsorgungsanlagen von der zuständigen Behörde eine Sicherheitsleistung zur Erfüllung der Pflichten nach § 5 Abs. 3 BImSchG angeordnet werden. Gemäß § 14 Abs. 1 Atomgesetz (AtG)<sup>32</sup> kann die nach § 13 AtG erforderliche Deckungsvorsorge durch eine Haftpflichtversicherung (§ 14 Abs. 1 AtG) oder durch „eine sonstige finanzielle Sicherheit“ (§ 14 Abs. 2 AtG)<sup>33</sup> erbracht werden. Nach § 6 Abs. 3 S. 1 a.E. des Hessischen Naturschutzgesetzes (HENatG)<sup>34</sup> kann die Genehmigung zu einem Eingriff in Natur und Landschaft von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden. Eine Beschränkung auf bestimmte Formen von Sicherheitsleistungen findet sich allerdings in § 6 Abs. 1 der Hypothekenablöseverordnung<sup>35</sup>, nach dem Sicherheit nach den Vorschriften des Vermögensgesetzes durch Hinterlegung oder durch Beibringung einer Garantie oder eines sonstigen Zahlungsverprechens eines Kreditinstitutes geleistet werden kann<sup>36</sup>.

Auch § 241 Abgabenordnung (AO)<sup>37</sup> bietet demjenigen, der nach den Steuergesetzen Sicherheit zu leisten hat, eine große Auswahl an unterschiedlichen Sicherungsmitteln (u. a. Hinterlegung, Verpfändung von bestimmten Wertpapieren, Verpfändung von Spareinlagen, Verpfändung von bestimmten Forderungen, Bestellung von Grundpfandrechten sowie Schuldversprechen, Bürgschaft oder Wechselverpflichtungen eines tauglichen Steuerbürgen im Sinne des § 244 AO). § 245 Satz 1 AO ordnet überdies an, dass die Finanzbehörde andere als die in § 241 AO bezeichneten Sicherheiten nach ihrem Ermessen annehmen kann. Wenn der Steuerpflichtige dabei geeignete Sicherheiten anbietet, die eine ähnlich hohe Wertbeständigkeit wie die in § 241 AO genannten Sicherungsmittel aufweisen, ist die Sicherheit anzunehmen, die den Steuerpflichtigen am geringsten belastet<sup>38</sup>.

Auch verfahrensrechtliche Vorschriften begrenzen den Schuldner einer Sicherheitsleistung regelmäßig nicht in der Auswahl des Sicherungsmittels. So kann eine Behörde nach § 80 Abs. 4 S. 2 VwGO bei der Anforderung von öffentlichen Abgaben und Kosten die Vollziehung eines entsprechenden Verwaltungsaktes gegen „Sicherheit“ aussetzen<sup>39</sup>. Im Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO kann das Gericht die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung von der „Leis-

tung einer Sicherheit“ oder von anderen Auflagen abhängig machen (§ 80 Abs. 5 S. 4 VwGO)<sup>40</sup>. Nach § 108 Abs. 1 ZPO kann das Gericht in den Fällen der Bestellung einer prozessualen Sicherheit Art und Höhe nach freiem Ermessen bestimmen<sup>41</sup>.

Nun kann von derartigen gesetzlichen Bestimmungen nicht unmittelbar auf die fehlende Berechtigung des Betreibers der Schienenwege geschlossen werden, die Art der Sicherheitsleistung in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen auf bestimmte Arten von Sicherheitsleistungen einzuzugrenzen<sup>42</sup>. Gleichwohl machen diese Beispiele deutlich, dass selbst der Fiskus das berechnete Interesse desjenigen, der eine

<sup>28</sup> Aus dem Zivilrecht vgl. noch die §§ 1382 Abs. 3 BGB, 1389 BGB. Eine Beschränkung der statthaften Arten der Sicherheitsleistung findet sich allerdings in § 69 des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung (ZVG) vom 24.03.1897 (RGBl. S. 97) in der Fassung der Bekanntmachung vom 20.05.1898 (RGBl. S. 713), zuletzt geändert durch das Gesetz über die Verwendung elektronischer Kommunikationsformen in der Justiz vom 22.3.2005 (BGBl. I. S. 837).

<sup>29</sup> Vom 27.9.1994 (BGBl. I S. 2705), zuletzt geändert durch Art. 2 § 3 Abs. 3 des Gesetzes zur Neuordnung des Lebensmittel- und des Futtermittelrechts vom 1.9.2005 (BGBl. I S. 2618).

<sup>30</sup> Vom 24.7.2002 (BGBl. I S. 2803), zuletzt geändert durch Art. 2 der Verordnung zur Änderung der Versatzverordnung und zur Zweiten Änderung der Deponieverordnung vom 12.8.2004 (BGBl. I S. 2190).

<sup>31</sup> In der Fassung der Bekanntmachung vom 26.9.2002 (BGBl. I S. 3830), zuletzt geändert durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2003/105/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2003 zur Änderung der Richtlinie 96/82/EG des Rates zur Beherrschung der Gefahren bei schweren Unfällen mit gefährlichen Stoffen vom 25.6.2005 (BGBl. I S. 1865).

<sup>32</sup> Vom 23.12.1959 (BGBl. I S. 814), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Kontrolle hochradioaktiver Strahlenquellen vom 12.8.2005 (BGBl. I S. 2365).

<sup>33</sup> Dass diese – zum 27.4.2002 eingefügte – zweite Variante unter dem Gesichtspunkt des Opferschutzes nicht unproblematisch ist, kann hier nicht weiter vertieft werden. Vgl. dazu etwa *Rosenkranz*, DER SPIEGEL 23/2001, S. 42 (42 f.).

<sup>34</sup> In der Fassung der Bekanntmachung vom 16.4.1996 (GVBl. Hessen I S. 145), zuletzt geändert durch Art. 10 des Gesetzes zur Verlängerung befristeter Rechtsvorschriften und zur Änderung des Gesetzes über die Volksabstimmung vom 29.11.2005 (GVBl. Hessen I S. 769).

<sup>35</sup> Vom 10.6.1994 (BGBl. I S. 1253), zuletzt geändert durch das Vermögensrechtsbereinigungsgesetz vom 20.10.1998 (BGBl. I S. 3180, 3185).

<sup>36</sup> Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift wird durch die Verweise in § 349 Abs. 3a und § 349 Abs. 3b des Lastenausgleichsgesetzes (LAG) vom 14.8.1952 (BGBl. I S. 446), zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 14 des Gesetzes zur Novellierung des Verwaltungszustellungsgesetzes vom 12.8.2005 (BGBl. I S. 2354), erweitert.

<sup>37</sup> In der Fassung der Bekanntmachung vom 1.10.2002, zuletzt geändert durch Art. 4 Abs. 22 des Gesetzes zur Neuorganisation der Bundesfinanzverwaltung und zur Schaffung eines Refinanzierungsregisters vom 22.9.2005 (BGBl. I S. 2809).

<sup>38</sup> *U. Koenig*, in: Pahlke/Koenig (Hrsg.), Abgabenordnung, 2004, § 245, Rn. 4 m.w.N.

<sup>39</sup> Nach vorherrschender Auffassung steht der Behörde eine entsprechende Befugnis auch bei Verwaltungsakten zu, die nicht Abgaben oder Kosten betreffen, vgl. *Kopp/Schenke*, VwGO, 14. Aufl. 2005, § 80, Rn. 117 m.w.N.

<sup>40</sup> S. dazu *VGH Kassel*, Beschluss vom 19.3.1974 – V TH 35/73, DVBl. 1974, 474 (475); *OVG Berlin*, Beschluss vom 22.6.2005 – 2 S 49/05, NVwZ-RR 2005, 761 (762).

<sup>41</sup> Eine Beschränkung der Art der Sicherheitsleistung findet sich allerdings in § 108 Abs. 1 Satz 2 ZPO für den Fall, dass das Gericht eine Bestimmung nicht trifft und die Parteien ein anderes nicht schriftlich vereinbart haben. In diesem Fall ist die Sicherheitsleistung durch die schriftliche, unwiderrufliche, unbedingte und unbefristete Bürgschaft eines im Inland zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstitutes oder durch Hinterlegung von Geld oder von solchen Wertpapieren zu bewirken, die nach § 234 Abs. 1 und 3 BGB zur Sicherheitsleistung geeignet sind. Zur Möglichkeit des Austauschs einer geleisteten Sicherheit gegen eine andere Sicherheit s. § 108 Abs. 2 ZPO sowie *BGH*, Urteil vom 24.2.1994 – IX ZR 120/93, NJW 1994, 1351, 1351.

<sup>42</sup> Die meisten der vorstehend angesprochenen öffentlich-rechtlichen Vorschriften betreffen das zweipolige Verhältnis Staat-Bürger. Die Netzzugangsvorschriften des Eisenbahnrechts – wie auch die des Telekommunikationsrechts und des Energiewirtschaftsrechts – betreffen hingegen ein dreipoliges Verhältnis Staat, zugangspflichtiges Unternehmen und Zu-

Sicherheitsleistung stellen muss, anerkennt, durch diese Sicherheitsleistung nicht über Gebühr belastet zu werden und daher in aller Regel dem Betroffenen eine große Auswahl hinsichtlich der Art der Sicherheitsleistung einräumt. Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass den Betreibern der Schienenwege grundsätzlich die Möglichkeit verbleibt, etwaige Forderungsausfälle aus ihren Netznutzungsverträgen mit insolventen Zugangspetenten in ihre Netznutzungsentgelte einzupreisen, so dass die Betreiber der Schienenwege die finanzielle Belastung durch diese Forderungsausfälle wirtschaftlich ohnehin nur partiell tragen müssen. Da vor diesem Hintergrund kein spezifisches und anerkanntes Interesse des Betreibers der Schienenwege an einer Begrenzung der statthaften Arten der Sicherheitsleistung auf die in der Klausel 2 genannten Arten ersichtlich ist, liegt eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung verschiedener Zugangspetenten vor<sup>43</sup>.

### C. Das Verhältnis der regulatorischen Instrumente der Vorabprüfung (§ 14e Abs. 1 AEG) und der nachträglichen Prüfung (§ 14f Abs. 1 AEG) und die Auswirkungen dieses Verhältnisses auf die Ermessenserwägungen

Auf der Rechtsfolgenseite stellt sich die Frage, welche Optionen sich der Regulierungsbehörde bieten, wenn sie eine ihr nach § 14d Satz 1 AEG mitgeteilte Schienennetz-Benutzungsbedingung als rechtswidrig erkannt hat.

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Regulierungsbehörde nach Eingang einer Mitteilung im Sinne des § 14d S. 1 Nr. 6 AEG innerhalb von vier Wochen der beabsichtigten Neufassung oder Änderung widersprechen kann, soweit die beabsichtigten Entscheidungen nicht den Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur entsprechen (§ 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG). Der Gesetzgeber räumt damit der Regulierungsbehörde ein Entschließungsermessen ein. Davon unabhängig kann die Regulierungsbehörde mit dem Instrument der Vorabprüfung von Amts wegen Schienennetz-Benutzungsbedingungen eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens überprüfen (§ 14f Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AEG).

Für die parallele Existenz dieser beiden regulatorischen Instrumente – Vorabprüfung gemäß § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG einerseits, nachträgliche Prüfung gemäß § 14f Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AEG andererseits – gibt es gute Gründe. Die Notwendigkeit einer nachträglichen Prüfung zusätzlich zur Möglichkeit der Vorabprüfung ergibt sich bereits daraus, dass die Regulierungsbehörde im Einzelfall etwa wegen anfänglichen Fehleinschätzungen leicht ihre Widerspruchsbefugnis<sup>44</sup> nach § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG übersehen kann<sup>45</sup>. Der Gesetzgeber hat also mehrere regulatorische Instrumente hintereinander geschaltet, um Verstößen gegen die Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur wirksam begegnen zu können. Dieses Hintereinanderschalten von mehreren regulatorischen Eingriffswerkzeugen findet sich in ähnlicher Form auch im Telekommunikationsgesetz und im Energiewirtschaftsgesetz, die insoweit für die Regelung im AEG Pate standen<sup>46</sup>. Andererseits darf nicht verkannt werden, dass die Vorabprüfung das wesentlich wirksamere Regulierungsinstrument ist. Greift die Regulierungsbehörde nämlich erst nach § 14f Abs. 1 Nr. 1 AEG ein, so wird häufig<sup>47</sup> der Wettbewerb bereits beeinträchtigt sein, etwa weil der Zugangspetent wegen einer rechtswidrigen Schienennetz-Benutzungsbedingung von seinem ursprünglichen Zugangswunsch Ab-

stand genommen hat oder diesen nur zu schlechteren Konditionen realisieren konnte. Das nachträgliche Eingreifen der Regulierungsbehörde nach § 14f Abs. 1 Nr. 1 AEG kann dann nur noch eine Vertiefung der Wettbewerbsbeeinträchtigung verhindern. Bildlich gesprochen handelt es sich bei der Eingriffsmöglichkeit nach § 14f Abs. 1 AEG damit lediglich um ein Auffang- und Sicherheitsnetz<sup>48</sup>.

Diese Zusammenhänge machen deutlich, dass die Möglichkeit einer nachträglichen Prüfung nach § 14f Abs. 1 AEG im Rahmen der Ermessensausübung nach § 14e Abs. 1 AEG grundsätzlich keine Rolle spielt. Es kann also einem Eingreifen der Regulierungsbehörde nach § 14e Abs. 1 AEG nicht entgegengehalten werden, dies sei unverhältnismäßig, da es der Behörde zu einem späteren Zeitpunkt noch möglich wäre, nach § 14f Abs. 1 Nr. 1 AEG vorzugehen.

Mit dem Verhältnis der Vorabprüfung zur nachträglichen Prüfung hat sich vor kurzem das VG Köln<sup>49</sup> in einem auf einen Antrag der DB Netz AG nach § 80 Abs. 5 VwGO hin ergangenen Beschluss<sup>50</sup> auseinandergesetzt. Dabei hat das Gericht allerdings eigens im Rahmen seiner Ausführungen zu den §§ 14e, 14f AEG noch einmal auf den summarischen Charakter des Verfahrens nach § 80 Abs. 5 VwGO hingewiesen und damit deutlich gemacht, dass es sich für den Fall eines Hauptsacheverfahrens eine eingehende Prüfung vorbehält. In dem Beschluss heißt es u. a.: „Führt die [Regulierungsbehörde] eine Vorabprüfung nach § 14e AEG durch und stellt dabei Widersprüche zu Bestimmungen des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Infrastruktur fest, so dürfte – jedenfalls im Regelfall – das Ermessen dahin auszuüben

gangspetent. Grdl. zu den dadurch aufgeworfenen grundrechtlichen Fragen Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 470 ff.

<sup>43</sup> Im Sinne eines Wahlrechts des Sicherungsgebers bezüglich der Art der Sicherheit – bezogen auf den Anwendungsbereich des TKG – wohl auch Piepenbrock, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl. 2001, § 33 Rn. 60 a.E.

<sup>44</sup> Das Gesetz spricht in § 14e Abs. 3 AEG statt von einer „Widerspruchsbefugnis“ von einem „Widerspruchsrecht“ der Regulierungsbehörde. Zur Grundsatzfrage, ob man in Bezug auf eine dem Staat verliehene Rechtsmacht von einem „Recht“ des Staates oder vielmehr von „Befugnis“ oder „Kompetenz“ sprechen sollte, s. einerseits Kopp/Schenke, VwGO, 14. Aufl. 2005, § 43, Rn. 11 m.w.N., und andererseits Pietzner/Ronellenfitsch, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 11. Aufl. 2005, § 14, Rn. 3 m.w.N.

<sup>45</sup> So auch Kühling/Ernert, NVwZ 2006, 33 (38), bezüglich der ex post-Befugnisse der Regulierungsbehörde nach § 14f Abs. 2 AEG. Diese Überlegung lässt sich jedoch ohne weiteres auf § 14f Abs. 1 AEG übertragen.

<sup>46</sup> Vgl. § 31 TKG und § 38 Abs. 2 bis 4 TKG (s. dazu Mielke, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, 2006, § 38, Rdnr. 56 ff.) sowie § 23a EnWG und § 31 Abs. 1 EnWG.

<sup>47</sup> Eine Ausnahme bildet insoweit der zumindest theoretisch denkbare Fall, in dem eine Schienennetz-Benutzungsbedingung ursprünglich nicht zu beanstanden war, durch Veränderungen der äußeren Umstände jedoch zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr den Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur entspricht. Insoweit stellen sich ähnliche Probleme wie bei ursprünglich verfassungsmäßigen Gesetzen, die wegen einer Veränderung der äußeren Umstände zu einem späteren Zeitpunkt verfassungswidrig werden (Bestimmung des genauen Zeitpunkts etc.), s. als Beispiel BVerfG, Urteil vom 14.3.2000 – 1 BvR 284/96 u. 1 BvR 1659/96, BVerfGE 102, 41 (58 ff.).

<sup>48</sup> Das Bild des Auffang- und Sicherheitsnetzes findet sich in einem anderen Zusammenhang bei Hoffmann-Riem, in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 261 (276).

<sup>49</sup> Die örtliche Zuständigkeit des VG Köln in zugangsregulierungsrechtlichen Streitigkeiten ergibt sich aus § 52 Nr. 2 VwGO, s. VG Köln, Beschluss vom 20.6.2005 – 11 L 882/05, N&R 2005, 167 (168); Ruge, N&R 2005, 170 (171). Innerhalb des VG Köln ist seit Jahresbeginn die 18. Kammer zuständig (vgl. den unter <http://www.vg-koeln.nrw.de/> abrufbaren Geschäftsverteilungsplan in Rechtssachen für das Jahr 2006).

<sup>50</sup> VG Köln, Beschluss vom 13.1.2006 – 18 L 49/06.

sein, dass der Widerspruch erfolgt. Das Ermessen der [Regulierungsbehörde] dürfte sich deshalb in erster Linie auf die Frage beziehen, welche Form der Überprüfung – nämlich nach § 14e AEG oder nach § 14f AEG – gewählt wird<sup>51</sup>.

Dem ersten der beiden zitierten Sätze ist grundsätzlich zuzustimmen. Für eine derartige Auslegung spricht schon die Überlegung, dass als eine der inneren Grenzen der Ermessensausübung der Gesetzeszweck zu beachten ist<sup>52</sup>. Das AEG dient nach § 1 Abs. 1 AEG unter anderem der „Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs<sup>53</sup> auf der Schiene bei dem Erbringen von Eisenbahnverkehrsleistungen und dem Betrieb von Eisenbahninfrastrukturen“. Vor diesem Hintergrund wird die Regulierungsbehörde nur ausnahmsweise sehenden Auges eine fehlende Vereinbarkeit von Schienennetz-Benutzungsbedingungen mit Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur hinnehmen können<sup>54</sup>.

Nicht unproblematisch ist hingegen der zweite zitierte Satz des VG Köln. In betont vorsichtiger Formulierung („dürfte“) erwägt das VG Köln, dass sich das Ermessen der Regulierungsbehörde „in erster Linie“ auf die Frage bezieht, „welche Form der Überprüfung“ – Vorabprüfung oder nachträgliche Prüfung – „gewählt wird“<sup>55</sup>. Sofern dieser Wendung die Vorstellung zugrunde liegt, die Regulierungsbehörde könne frei entscheiden, ob sie eine Vorabprüfung nach § 14e Abs. 1 AEG vornimmt oder aber stattdessen zu einem späteren Zeitpunkt eine nachträgliche Prüfung nach § 14f Abs. 1 AEG durchführt, ist dies unzutreffend. Vielmehr ist die Regulierungsbehörde nach Eingang einer Mitteilung nach § 14d AEG verpflichtet, eine Vorabprüfung vorzunehmen<sup>56</sup>. Das der Regulierungsbehörde in § 14e Abs. 1 AEG eingeräumte Entschließungsermessen bezieht sich hingegen allein auf die Frage, ob die Regulierungsbehörde Schienennetz-Benutzungsbedingungen widerspricht, soweit diese nicht den Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur entsprechen. Dieses darauf bezogene Entschließungsermessen kann die Regulierungsbehörde jedoch nur dann ausüben, wenn sie zuvor eine Vorabprüfung vorgenommen hat.

#### D. Zusammenfassung der wichtigsten Erkenntnisse

Eine Klausel in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen eines Betreibers der Schienenwege, nach der eine Sicherheit nur durch selbstschuldnerische Bürgschaft oder Bankgarantie jeweils auf erstes Anfordern einer in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft ansässigen Großbank gestellt werden kann, verstößt gegen das allgemeine Diskriminierungsverbot des § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG in Verbindung mit § 3 Abs. 1 Satz 1 EIBV. Das der Regulierungsbehörde durch § 14e Abs. 1 AEG eingeräumte Entschließungsermessen wird mit Blick auf den Gesetzeszweck der Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs in aller Regel dahingehend auszuüben sein, dass die Regulierungsbehörde einer solchen Klausel widerspricht. Die Möglichkeit einer nachträglichen Prüfung gemäß § 14f Abs. 1 AEG spielt im Rahmen der Ermessensausübung nach § 14e Abs. 1 AEG grundsätzlich keine Rolle. Es kann also einem Eingreifen der Regulierungsbehörde nach § 14e Abs. 1 AEG nicht entgegengehalten werden, dies sei unverhältnismäßig, da es der Behörde zu einem späteren Zeitpunkt noch möglich wäre, nach § 14f Abs. 1 Nr. 1 AEG vorzugehen.