

gulatorischen Erfahrungen im Energiesektor die Bedeutung und ein mögliches Konzept zur Erstellung dieser unternehmensinternen Regelungen auf.

I. Bedeutung der „unternehmensinternen Regelungen“ für Unternehmen und Aufsichtsbehörde

Die Vorgabe zur Schaffung „unternehmensinterner Regelungen“ im AEG ist vergleichbar mit der im Rahmen der Unbundling-Vorgaben enthaltenen Verpflichtung vertikal integrierter Energieversorgungsunternehmen zur Erstellung eines Gleichbehandlungsprogramms nach § 8 V EnWG. Hierin haben die Unternehmen alle Maßnahmen zur Sicherstellung der diskriminierungsfreien Ausübung des Netzbetriebs einschließlich bindender Mitarbeiterpflichten zur Gewährleistung der Diskriminierungsfreiheit darzulegen. Mithilfe der ihnen von den Unternehmen bekannt gegebenen Gleichbehandlungsprogramme überwachen die Regulierungsbehörden¹ die Einhaltung der Unbundling-Vorschriften. Das Gleichbehandlungsprogramm erweist sich damit in der energiewirtschaftsrechtlichen Praxis als verbindlicher Verhaltensleitfaden für die Mitarbeiter der Netzsparte. Unternehmen und Regulierer können mithilfe des Gleichbehandlungsprogramms zudem die spezifischen Unbundling-relevanten Fragestellungen innerhalb der öffentlichen Eisenbahnen konkret erörtern.

Eine ebenso wichtige Bedeutung kommt den „unternehmensinternen Regelungen“ auf dem Eisenbahnsektor zu. Nicht zuletzt über die Festlegung von besonderen Mitarbeiterpflichten erhalten auch diese in der Praxis die notwendige Verbindlichkeit. Zwar sind die im AEG adressierten öffentlichen Eisenbahnen nicht direkt zur Bekanntgabe ihrer unternehmensinternen Regelungen gegenüber dem *Eisenbahnbundesamt (EBA)* als zuständige Aufsichtsbehörde² verpflichtet. Allerdings haben sie nach § 9a I 2 Nr. 5 AEG ihre Regelungen zu veröffentlichen. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass auch das *EBA* die unternehmensinternen Regelungen als Nachweis über die Sicherstellung von Weisungsunabhängigkeit und Entscheidungsfreiheit der Schienenwegebetreiber überprüfen und bei Unklarheiten bezüglich Inhalt und Reichweite der Regelungen mit weiteren Fragestellungen auf die Unternehmen zugehen wird.

Von der Kontrollintensität des *EBA* im Hinblick auf die Regelungen wird auch die Bedeutung der Unbundling-Vorschriften und speziell der unternehmensinternen Regelungen in der Praxis maßgeblich abhängen³. Denn je nachdrücklicher das *EBA* effiziente Regelungen und eine lückenlose Durchsetzung der Mitarbeiterpflichten einfordert und diese auch überwacht, desto mehr kann sich letztlich ein funktionsfähiger Wettbewerb um den Verkehr auf der Schiene etablieren.

II. Adressierte Unternehmen gemäß § 9 I 1 Nr. 2 und 3 AEG

Anders als das EnWG, welches das vertikal integrierte Unternehmen und/oder die Netzbetreiber explizit zur Umsetzung der Unbundling-Vorschriften verpflichtet

Die unternehmensinternen Unbundling-Regelungen öffentlicher Eisenbahnen gemäß § 9a I 2 Nr. 5 AEG

*Professor Dr. Christian Koenig, LL.M., Kristin Spiekermann und Margret Schellberg, Bonn**

Das im Frühjahr 2005 novellierte AEG schreibt die Unabhängigkeit des öffentlichen Betreibers der Schienenwege von den Eisenbahnverkehrsunternehmen vor. § 9a I 2 Nr. 1-5 AEG präzisiert die Reichweite dieser Unabhängigkeit dahingehend, dass die Einflussnahme von Dritten außerhalb des Betreibers der Schienenwege auf Entscheidungen über den Netzfahrplan, die Zuweisung von Zugtrassen und auf die Entscheidungen über die Weegeentgelte zu unterbinden ist. Unternehmen gem. § 9 I 1 Nr. 2 und 3 AEG sind verpflichtet, unternehmensinterne Regelungen zu schaffen, aufrechtzuerhalten und zu veröffentlichen, die über die Festlegung von Mitarbeiterpflichten sicherstellen sollen, dass rechtswidrige Einflussnahmen auf die Schienennetzbetriebsparte verhindert werden. Diese Verpflichtung stellt keine eisenbahnrechtsspezifische Besonderheit dar. Umfassende Anforderungen an die Entflechtung von vertikal integrierten Unternehmen stellt auch das nur wenige Monate später in Kraft getretene EnWG. In seiner Intention ist § 9a I 2 Nr. 5 AEG vergleichbar mit § 8 V EnWG, der die Festlegung eines Programms zur Sicherstellung der diskriminierungsfreien Ausübung des Netzgeschäfts vorschreibt. Der folgende Beitrag zeigt unter Rückgriff auf die re-

¹⁹ Breuer, NVwZ 2004, 520 (520 f.).

und damit unmittelbar adressiert, nimmt das AEG in § 9a I keine direkten Aufgabenzuweisungen vor. § 9a I 1 AEG verlangt die Unabhängigkeit des öffentlichen Betreibers der Schienenwege, ohne dessen Rechtsträger explizit als Handlungspflichtigen zu qualifizieren. Die Formulierung des Gesetzes macht deutlich, dass die einzelnen Pflichten in den Nrn. 1-5 vom Ergebnis her definiert werden. Der in § 9a I 1 AEG genannte öffentliche Betreiber der Schienenwege ist daher nicht als Umsetzungsverpflichteter für sämtliche in § 9a I AEG aufgelisteten Maßnahmen zu sehen.

Die Umsetzung der Zielvorgaben hat nach dem Wortlaut des § 9a I 2 AEG und nach Sinn und Zweck der Unbundling-Vorschriften von denjenigen Konzerneinheiten öffentlicher Eisenbahnen zu erfolgen, die den Vorgaben aufgrund ihrer Aufgabenzuweisung und ihrer organisatorischen Eingliederung in dem Konzern am effektivsten nachkommen können. Demnach sind die unternehmensinternen Regelungen zur Verhinderung von unzulässiger Einflussnahme auf Entscheidungen des Schienenwegbetreibers nach § 9a I 2 Nr. 5 AEG in „Unternehmen gemäß § 9 I 1 Nr. 2 und 3“ festzulegen. Hierunter fallen zum einen „öffentliche Eisenbahnen, a) die nur Eisenbahnverkehrsunternehmen sind und über ein Mutterunternehmen mit einem Eisenbahninfrastrukturunternehmen, das öffentliche Eisenbahn ist, oder b) die nur Eisenbahninfrastrukturunternehmen sind und über ein Mutterunternehmen mit einem Eisenbahnverkehrsunternehmen, das öffentliche Eisenbahn ist, verbunden sind“. Zum anderen sind hiervon öffentliche Eisenbahnen erfasst, „die als Eisenbahnverkehrs- oder Eisenbahninfrastrukturunternehmen Mutter- oder Tochterunternehmen sind im Verhältnis zu einem Eisenbahninfrastruktur- oder Eisenbahnverkehrsunternehmen“. Soweit das Gesetz Pflichten an „dem Unternehmen“ anknüpft, ist zu beachten, dass jeweils der Rechtsträger des Unternehmens adressiert ist, mithin also die Personen- oder Kapitalgesellschaft⁴.

Welche Anforderungen an den „Verbund“ zwischen den Rechtsträgern von Eisenbahnverkehrs- und Eisenbahninfrastrukturunternehmen in der Konstellation des § 9 I 1 Nr. 2 AEG zu stellen sind, wird in dem Gesetz nicht dargelegt. Im Gegensatz zu § 3 Nr. 38 EnWG, der das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen unter Bezugnahme auf die Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen⁵ legal definiert, enthält das AEG keine Verweisung auf die EG-Fusionskontrollverordnung 2004. Nach § 3 Nr. 38 EnWG ist ein Unternehmensverbund innerhalb einer Unternehmensgruppe nur dann anzunehmen, wenn die Kontroll-Voraussetzungen des Art. 3 II EG-Fusionskontrollverordnung 2004 erfüllt sind. Aus der Begründung zum Gesetzentwurf des AEG geht indes hervor, dass Eisenbahninfrastruktur- und Eisenbahnverkehrsunternehmen als öffentliche Eisenbahnen „(...) in irgendeiner Form miteinander verbunden (...)“ sein müssen⁶. Der deutsche Gesetzgeber will also den Begriff des Verbundes bewusst „untechnisch“ verstanden wissen. Ein Konflikt mit den eisen-

bahnrechtlichen Unbundling-Vorschriften, die die Unabhängigkeit des öffentlichen Betreibers der Schienenwege insbesondere im Hinblick auf schienennetzspezifische Entscheidungen bezwecken, entsteht aber gerade dann, wenn auch konzernrechtlich begründete Weisungs- und Einflussnahmemöglichkeiten der Eisenbahnverkehrssparte auf die Eisenbahninfrastruktursparte bestehen. In diesem Fall können die Separierungsvorschriften in Bezug auf die Entscheidungsfindung des Schienewegebetreibers ihren Zweck erfüllen. Diese teleologische Betrachtung präzisiert den vom AEG geforderten Unternehmensverbund folglich dahingehend, dass das Eisenbahnverkehrsunternehmen Einflussnahmemöglichkeiten – seien es rechtlich begründete direkte, indirekte oder faktische – auf das Eisenbahninfrastrukturunternehmen haben muss. § 9 I 1 Nrn. 2 und 3 AEG stellen damit im Ergebnis wie auch das EnWG auf ein vertikal integriertes Unternehmen bzw. eine vertikal integrierte Unternehmensgruppe ab.

Damit hat § 9a I 2 Nr. 5 AEG zwei verschiedene Konstellationen im Blick: Im ersten Fall werden die Eisenbahninfrastrukturgesellschaften und Eisenbahnverkehrsgesellschaften, welche Rechtsträger der jeweiligen Unternehmen sind, jeweils als Tochtergesellschaften von einer gemeinsamen Muttergesellschaft kontrolliert. In der zweiten Konstellation übt jeweils eine Gesellschaft als Muttergesellschaft die gesellschaftsrechtliche Kontrolle über die jeweils andere Gesellschaft aus und umgekehrt. Maßgeblich ist vor dem Hintergrund der Sicherstellung von Weisungsfreiheit in Bezug auf zgangsrelevante Entscheidungen in beiden Fällen, dass gegenseitige Einwirkungsmöglichkeiten bestehen, die auf die konzern- und gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen von den Eisenbahnverkehrs- und Eisenbahninfrastrukturgesellschaften zurückzuführen sind.

* Der Erstautor ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Universität Bonn, die Zweit- und Drittautorinnen sind ebendort wissenschaftliche Mitarbeiterinnen.

- 1 Zuständig für die Regulierung sind nach § 54 EnWG sowohl die *BNetzA* als auch die Landesregulierungsbehörden. Dazu näher *Koenig/Kühling/Rasbach*, Energierecht, 2006, S. 184 ff.
- 2 Die Zuständigkeit des *EBA* zur Überwachung der Einhaltung des Unbundling ergibt sich aus der fehlenden Aufgabenzuweisung in § 14b I Nr. 1-4 AEG an die *BNetzA*. Damit unterfällt die Überwachung der Unbundling-Vorschriften der allgemeinen Eisenbahnaufsicht.
- 3 Vgl. auch *Kühling/Ernert*, *NVwZ* 2006, 33 (36).
- 4 Denn der Rechts- bzw. Unternehmensträger ist das Rechtssubjekt, dem das Unternehmen und sein Verhalten zuzurechnen ist. Demgegenüber ist das Unternehmen die Funktionseinheit, die auf den jeweils sachlich relevanten Märkten entweder auf der Anbieter- oder Nachfragerseite tätig wird. Wirtschaftliche Funktionseinheiten sind aber keine rechtsfähigen Zurechnungssubjekte. Zur Differenzierung zwischen dem Unternehmen und seinem Rechtsträger *Haratsch/Koenig/Pechstein*, *Europarecht*, 2006, Rn. 1032; *Koenig/Ritter*, *EuZW* 2004, 487 (488).
- 5 ABIEG 2004 L 24/1 vom 29.1.2004, im Folgenden: EG-Fusionskontrollverordnung 2004.
- 6 BT-Dr 15/3280, 15.

§ 9 I 2 Nr. 5 AEG verlangt, dass – soweit die soeben dargestellten Verbund- bzw. Kontrollvoraussetzungen vorliegen – sowohl in der Eisenbahnverkehrsgesellschaft als auch in der Eisenbahninfrastrukturgesellschaft „unternehmensinterne Regelungen“ zu schaffen sind. Diese Forderung ist konsequent vor dem Hintergrund, dass die hierin festzulegenden Mitarbeiterpflichten an zwei Enden anknüpfen sollten: Zum einen müssen die Mitarbeiter der Eisenbahnverkehrsgesellschaft angewiesen werden, die ihnen zur Verfügung stehenden Instrumente der Einflussnahme im Hinblick auf Entscheidungen des Schienenwegebetreibers über den Netzfahrplan, die sonstige Zuweisung von Zugtrassen und über die Weegeentgelte nicht zu gebrauchen. Auf der anderen Seite müssen die Mitarbeiter des Betreibers der Schienenwege als Teil der Eisenbahninfrastrukturgesellschaft verpflichtet werden, autonome Entscheidungen, d.h. frei von der Einflussnahme von Eisenbahnverkehrsgesellschaften, zu treffen. Dies gilt umso mehr, als weder die Eisenbahnverkehrs- noch die Eisenbahninfrastrukturgesellschaft aus arbeitsrechtlicher Sicht die Möglichkeit haben, den Mitarbeitern der jeweils anderen Gesellschaft bindende Pflichten aufzuerlegen. Denn in der Regel sind die Mitarbeiter ausschließlich einer Gesellschaft fachlich und disziplinarisch zugeordnet. Da die „unternehmensinternen Regelungen“ jedoch inhaltlich aufeinander abgestimmt sein sollten, ist es sinnvoll, ein einheitliches Regelwerk zu erstellen, das sowohl Pflichten für die Mitarbeiter des Betreibers der Schienenwege enthält als auch für die Mitarbeiter von Eisenbahnverkehrsgesellschaften. Beide Gesellschaften müssen diese Regelungen aktiv mittragen und jeweils für ihre Mitarbeiter verpflichtend in Kraft setzen. Letzteres kann beispielsweise durch den Abdruck einer Broschüre erfolgen, deren Empfang von den Mitarbeitern zu quittieren ist.

III. Ausgestaltung der „unternehmensinternen Regelungen“

Der Begriff der „unternehmensinternen Regelungen“ wird im AEG nicht präzisiert. Auch aus arbeitsrechtlicher Sicht werden keine spezifischen Anforderungen an das Vorliegen „unternehmensinterner Regelungen“ gestellt. Die Frage, in welcher Form die Regelungen Eingang in die Unternehmenswirklichkeit finden sollten, ist daher vor dem Hintergrund von Sinn und Zweck des § 9a I 2 Nr. 5 AEG zu beantworten. Ziel der Schaffung von „unternehmensinternen Regelungen“ ist es, die im AEG normierten Vorgaben zur Weisungsunabhängigkeit und Entscheidungsfreiheit des Schienenwegebetreibers

zu konkretisieren und so für die Mitarbeiter verständlich zu machen. Um größtmögliche Effektivität zu erreichen, müssen die „unternehmensinternen Regelungen“ als verbindlicher Verhaltensleitfaden für die Mitarbeiter Geltung erlangen. Daher ist es ratsam, die Regelungen in Gestalt eines Code of Conduct zu erlassen⁷, der als bindende Handlungsanweisung des Arbeitgebers gegenüber den Arbeitnehmern ausgestaltet wird. Hierfür spricht auch die Tatsache, dass besondere Pflichten der Mitarbeiter zu formulieren sind.

Im Gegensatz zu den Bestimmungen in § 8 V EnWG, wonach neben den Pflichten der Mitarbeiter auch Sanktionen festzulegen sind, verpflichtet § 9a I 2 Nr. 5 AEG die Unternehmen nicht explizit, einen wirksamen Durchsetzungsmechanismus in Form von Sanktionen oder ähnlichen Maßnahmen zu etablieren. Dennoch muss auch auf dem Eisenbahnsektor die Einhaltung der Regelungen in der Praxis sichergestellt werden. Dies ist nicht zuletzt deshalb notwendig, um auch gegenüber der Aufsichtsbehörde die Effektivität der Regelungen plausibel darlegen zu können. Die in den unternehmensinternen Regelungen niedergelegten besonderen Mitarbeiterpflichten stellen eine Konkretisierung der Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis dar, bei deren Zuwiderhandlung die allgemeinen arbeitsrechtlichen Konsequenzen ausgelöst werden. Eine Verweisung auf das allgemeine arbeitsrechtliche Sanktionsinstrumentarium – ähnlich wie in vielen Gleichbehandlungsprogrammen im Energiesektor⁸ – ist damit zwar rein deklaratorisch, sollte aber auch im Eisenbahnsektor zur Verdeutlichung in die „unternehmensinternen Regelungen“ aufgenommen werden.

IV. Struktur der „unternehmensinternen Regelungen“

Im Gegensatz zu den gemeinschaftsrechtlichen und nationalen Bestimmungen zur Festsetzung eines Gleichbehandlungsprogramms im Energiesektor ist die eisenbahnrechtliche Verpflichtung zur Schaffung „unternehmensinterner Regelungen“ im AEG wenig ausdifferenziert. Das EnWG schreibt die Festlegung von verbindlichen Maßnahmen zum Ausschluss diskriminierenden Verhaltens für die mit Tätigkeiten des Netzbetriebs betrauten Mitarbeiter vor. Das energiewirtschaftsrechtliche Gleichbehandlungsprogramm deckt damit sämtliche Unbundling-Pflichten ab. Dieser umfassende Auftrag rechtfertigt es, hierin zunächst alle Maßnahmen gesellschaftsrechtlicher, organisatorischer, informatorischer und buchhalterischer Art aufzuführen, die das Unternehmen in Umsetzung des Unbundling trifft bzw. bereits getroffen hat⁹. Die inhaltliche Reichweite der im AEG geforderten „unternehmensinternen Regelungen“ beschränkt sich hingegen auf die notwendigen Vorgaben zur Unterbindung der Einflussnahme Dritter auf die gesetzlich als zugangsrelevant eingestuften Entscheidungen des Betreibers der Schienenwege (Entscheidungen über den Netzfahrplan, die sonstige Zuweisung von Zugtrassen und über die Weegeentgelte). Lediglich die Unabhängigkeit der Schienenwegebetreiber in ihren Entscheidungen von den Eisenbahnverkehrsunterneh-

7 So auch Gerstner in: *Hermes/Sellner*, Beck'scher AEG Kommentar, 2006, § 9a, Rdnr. 37.

8 Vgl. nur den Musterentwurf eines Gleichbehandlungsprogramms der Verbände, Kompendium zu Entflechtung vorgelegt von den Verbänden BGW, VDEW und VKU (Berlin und Köln 13.7.2005), S. 14.

9 Koenig/Rasbach/Stelzner, ET 2005 (Heft 4, Spezial „Energie-rechtsreform und Regulierung“), 29 (30).

men soll hierdurch in der Praxis sichergestellt werden. Soweit allerdings bereits getroffene oder noch zu treffende Maßnahmen gesellschaftsrechtlicher oder organisatorischer Art¹⁰ die Regelungen zum Ausschluss der Einflussnahme Dritter auf die Schienenwegebetreibersparte ergänzen, ist es ratsam, diese ebenfalls – in einem ersten Teil – in dem „unternehmensinternen Regelwerk“ aufzuführen. Denn konkrete organisatorische und rechtliche Vorkehrungen können bereits dazu führen, dass Einflussnahmemöglichkeiten von Dritten auf die Schienenbetreibersparte erschwert oder gar verhindert werden. Die besonderen Mitarbeiterpflichten ergänzen ihrerseits die strukturellen Unbundling-Maßnahmen des Konzerns. Die vorgelagerte Darstellung der strukturellen Unbundling-Maßnahmen und die darauf folgende Formulierung von Mitarbeiterpflichten führen zu einem besseren Verständnis der Regelungen und damit zu einer größeren Akzeptanz bei den Mitarbeitern.

Anknüpfend an die strukturellen Unbundling-Maßnahmen sind in einem zweiten Teil des Code of Conduct die besonderen Handlungspflichten der Mitarbeiter zur Verhinderung der Einflussnahme von Dritten auf die zugangsrelevanten Entscheidungen des Betreibers der Schienenwege aufzuführen. Diese Pflichten sollten so konkret wie möglich formuliert werden. Zu diesem Zweck kann auf die Geschäftsprozessmodelle in den Unternehmen zurückgegriffen werden. Das Anknüpfen an die im Tagesgeschäft relevanten operativen Prozesse zur Netzfahrplanerstellung oder zur Trassenzuweisung ermöglicht eine präzise Pflichtenformulierung und macht die Vorgaben für die Mitarbeiter verständlicher.

Die Pflichten sollten zum einen die Mitarbeiter der Eisenbahnverkehrsgesellschaft und zum anderen das Personal des Betreibers der Schienenwege selbst adressieren. Ziel ist es, die Einflussnahme von Dritten auf Entscheidungen des Schienenwegebetreibers zu unterbinden. „Dritte“ sind nach Sinn und Zweck der Norm die Mitarbeiter derjenigen Konzerneinheiten, die selbst nicht mit den originären Schienenwegebetreibertätigkeiten betraut sind, jedoch potentielle Einflussnahmemöglichkeiten auf Entscheidungen des Schienenwegebetreibers haben und damit seine Entscheidungsunabhängigkeit gefährden können. Dies können Mitarbeiter der Eisenbahnverkehrsgesellschaft sein, aber auch Mitarbeiter von Konzerneinheiten, die als shared service-Einheiten Dienstleistungen für den Schienenwegebetreiber erbringen, wie beispielsweise die Rechts-, Controlling-, oder IT-Abteilung. Soweit diese shared service Mitarbeiter arbeitsvertraglich bei den in § 9a I 2 Nr. 5 i.V.m. § 9 I 1 Nr. 2 und 3 AEG adressierten öffentlichen Eisenbahnen angestellt sind, können diese sogar unmittelbar über die Adressierung von Pflichten in dem Code of Conduct zur Sicherstellung der Entscheidungsunabhängigkeit ihres Auftraggebers verpflichtet werden. Andernfalls kann diesem Erfordernis über eine entsprechende Klausel in dem Dienstleistungsvertrag nachgekommen werden.

Inhaltlich lassen sich die Mitarbeiterpflichten in zwei Komplexe unterteilen: Zum einen muss die Unabhängigkeit in Entscheidungen über den Netzfahrplan und die sonstige Trassenzuweisung gewährleistet sein. Die Entscheidung, welches Eisenbahnverkehrsunternehmen zu welchem Zeitpunkt welche Zugtrasse des Eisenbahninfrastrukturunternehmens nutzen darf, liegt allein bei den Mitarbeitern des Schienenwegebetreibers und muss frei von Einflüssen, insbesondere von dem Personal des konzernverbundenen Eisenbahnverkehrsunternehmens, getroffen werden. Im Rahmen des Code of Conduct sind den Mitarbeitern des Eisenbahnverkehrsunternehmens entsprechende Weisungen oder der Gebrauch konzernrechtlich begründeter Steuerungsmittel konkret zu untersagen, die diesem die Durchsetzung seiner Interessen ermöglichen und ihn damit im Vergleich zu anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen besser stellen. Dies gilt sowohl im Hinblick auf die rechtliche Ausgestaltung der Schienennetzbenutzungsverträge als auch für die operative Abwicklung der Trassenzuweisung.

Zum anderen muss die Unabhängigkeit in Entscheidungen über die Weagentgelte sichergestellt sein. Diese sind ausschließlich von dem Personal des Betreibers der Schienenwege zu treffen, das nicht zugleich Funktionen innerhalb des Eisenbahnverkehrsunternehmens wahrnimmt. Hier darf das verbundene Verkehrsunternehmen insbesondere keine günstigeren Konditionen erhalten als jeder dritte Nutzer der Infrastruktur.

Der Gesetzgeber fordert in seiner Begründung zum Gesetzesentwurf mit der Unabhängigkeit in der Entscheidung des Schienenwegebetreibers auch eine Unabhängigkeit in dessen Entscheidungsvorbereitung¹¹. Hieraus zieht er die Konsequenz, dass sog. „chinese walls“ zu errichten seien. Den Mitarbeitern des Schienenwegebetreibers ist es hiernach nicht gestattet, Informationen, welche die als zugangsrelevant eingestuften Bereiche Netzfahrplan, Trassenzuweisung und Weagentgelte betreffen, an Mitarbeiter anderer Konzerngesellschaften weiterzugeben. Durch diese weite Auslegung des Begriffs der unabhängigen Entscheidungsfindung erlangt das im AEG nicht explizit geregelte informatorische Unbundling für die Schienenwegebetreiber „durch die Hintertür“ Geltung. Im Gegensatz zu § 9 EnWG, der die Vertraulichkeit sämtlicher wirtschaftlich sensibler In-

10 Das AEG sieht auch umfangreiche Unbundling-Vorgaben im Hinblick auf die gesellschaftsrechtliche und organisatorische Ausgestaltung von öffentlichen Eisenbahnen vor: Gem. § 9a I 1 i. V. m. § 9a I 2 Nr. 1 AEG sind die Rechtsträger vertikal integrierter Eisenbahnen verpflichtet, die Eisenbahnverkehrsunternehmen sowie das Betreiben der Schienenwege auf eine oder mehrere gesonderte Gesellschaften auszugliedern. Die detaillierte Ausgestaltung des organisatorischen Unbundling schreiben die §§ 9 Ic und 9a AEG vor.

11 Vgl. die Begründung zum Gesetzesentwurf BT-Dr 15/3280, 15.

formationen¹² fordert, beschränkt sich das AEG auf die Daten, die im Rahmen der Prozesse zur Erstellung des Netzfahrplans, zur Trassenzuweisung und zur Ermittlung der Weegeentgelte generiert werden. Hierunter fallen beispielsweise Informationen dritter Eisenbahnverkehrsgesellschaften über geplante Verkehrsleistungen, die diese im Rahmen ihrer Anmeldung von Rahmenverträgen über die Nutzung von Schienenwegkapazitäten dem Betreiber der Schienenwege übermitteln. Die Mitarbeiter des Schienenwegbetreibers müssen in dem Pflichtenpaket angewiesen werden, derartige Informationen vertraulich zu verwenden und diese insbesondere nicht an die konzernverbundene Eisenbahnverkehrsgesellschaft weiterzugeben.

Die Errichtung dieser „virtuellen Informationsbarrieren“ zwischen Mitarbeitern der Schienenwegbetreiber und den Mitarbeitern anderer Konzerngesellschaften ist umfassend zu verstehen. Sie muss nicht nur über die Aufstellung von besonderen Mitarbeiterpflichten erfolgen. Vielmehr müssen auch konzerninterne IT-Datenbanken, die Informationen über die im Gesetz genannten sensiblen Bereiche enthalten, im Hinblick auf Zugriffsberechtigungen überprüft werden. Um konsequent Einflussnahmemöglichkeiten auch in der Entscheidungsvorbereitung des Schienenwegbetreibers zu unterbinden, dürfen Mitarbeiter anderer Konzerngesellschaften keinen Zugriff auf diese Datenbanken haben. Die Vergabe von Berechtigungskonzepten sollte dabei durch den Schienenwegbetreiber selbst erfolgen, der aufgrund seiner Verantwortung für die Entscheidungen in den Bereichen Netzfahrplan, Trassenzuweisung und Weegeentgelte die Gefahr der Einflussnahmemöglichkeiten am besten erkennen kann. Dieser Aspekt kann zugleich im Rahmen der Darstellung der organisatorischen Maßnahmen berücksichtigt werden.

V. Überwachung der Einhaltung der „unternehmensinternen Regelungen“

Auf Verlangen des *EBA* als zuständige Aufsichtsbehörde ist schließlich nach § 9a I 2 Nr. 5 AEG ein Beauftragter zu benennen, der über die Einhaltung der Regelungen wacht. Dieser Unbundling-Beauftragte nimmt eine wichtige Funktion in dem Unternehmen ein: Er muss zum einen unternehmensintern die Einhaltung der Regelungen überwachen. Zum anderen hat er der Aufsichtsbehörde jährlich einen Bericht über die aufgetretenen

Problemfälle im Hinblick auf die Unabhängigkeit der Entscheidungsfindung des Schienennetzbetreibers vorzulegen. Darin sind die getroffenen Maßnahmen darzulegen. Der Unbundling-Beauftragte fungiert damit nicht nur als Überwachungsinstanz, sondern auch als Kommunikationsschnittstelle zwischen Unternehmen und Aufsichtsbehörde. Er hat ihr sämtliche Informationen über die effiziente Anwendung der „unternehmensinternen Regelungen“ und deren operative Umsetzung zu liefern.

Bei der Erfüllung dieser Aufgabe ist der Unbundling-Beauftragte auf die Unterstützung der Leitungsebenen der Gesellschaften, die die Regelungen in ihren Unternehmen verpflichtend in Kraft gesetzt haben, angewiesen. Ihm sollten umfassende Informations- und Einsichtsrechte in die Unbundling-relevanten Prozesse eingeräumt werden, so dass die Überwachungsfunktion plausibel dargelegt werden kann. Dies ist nicht zuletzt deshalb ratsam, weil die Erfahrungen in dem Energiesektor die Neigung der Gerichte erkennen lassen, die Darlegungs- und Beweislast im Hinblick auf die Einhaltung der Unbundling-Vorschriften zunächst bei den Unternehmen anzusiedeln.

VI. Fazit

Mit der Verpflichtung zur Schaffung „unternehmensinterner Regelungen“ hat der Gesetzgeber auf dem Eisenbahnsektor ein wichtiges Instrument zur Sicherstellung der Entscheidungsunabhängigkeit des Schienenwegbetreibers in das Gesetz eingefügt. Diese Vorgabe ist neben anderen Instrumenten ein elementarer Baustein zur Schaffung von mehr Wettbewerb auf der Schiene. Die regulatorischen Erfahrungen aus dem Energiesektor haben gezeigt, dass das Gleichbehandlungsprogramm nicht bloß eine schriftliche Fixierung des unternehmerischen Unbundling-Konzepts darstellt. Es erweist sich auch als Kommunikationsbasis für die Aufsichtsbehörde und die Unternehmen in vielen Unbundling-relevanten Fragestellungen. Daneben fördert es den innerbetrieblichen Dialog und die Sensibilisierung für Unbundling-Fragestellungen der Mitarbeiter. Dieser Aspekt ist insbesondere bei der erstmaligen Schaffung der „unternehmensinternen Regelungen“ zu berücksichtigen. Die Effizienz der Regelungen in der Praxis hängt dabei maßgeblich von der präzisen und „mitarbeiterangepassten“ Formulierung von den im Gesetz geforderten besonderen Mitarbeiterpflichten ab. Je konkreter und „greifbarer“ diese Pflichten ausgestaltet sind, desto einfacher ist es für die Mitarbeiter, den Unbundling-Anforderungen im operativen Tagesgeschäft nachzukommen. Aber auch das *EBA* ist an dieser Stelle gefordert: Als zuständige Aufsichtsbehörde ist es befugt, die Regelungen zu überprüfen und verpflichtet, die Unternehmen bei Unzulänglichkeiten zur Nachbesserung anzuweisen. Die Qualität der „unternehmensinternen Regelungen“ liegt damit auch in den Händen des *EBA*.

12 Unter die wirtschaftlich sensiblen Informationen, von denen ein Netzbetreiber in Ausübung seiner Geschäftstätigkeit Kenntnis erlangt, sind all jene Informationen zu fassen, die erstens eine Netzgesellschaft im Zusammenhang mit dem Betrieb des Netzes generiert und die einem hiervon unabhängigen Erzeugungs- oder Energievertriebsunternehmen grundsätzlich nicht zur Verfügung stehen und die zweitens, stünden sie einzelnen auf dem Erzeugungs- oder Energievertriebsmarkt tätigen Unternehmen zur Verfügung, diesen Unternehmen einen Wettbewerbsvorteil auf den dem Netzbetrieb vor- bzw. nachgelagerten Märkten der Erzeugung und des Energievertriebs verschaffen würden.