

Christian Koenig / Margret Schellberg / Kristina Schreiber, Bonn

Unbundling-Regulierung im Eisenbahnsektor

Mit der Novellierung des Eisenbahnrechts wird in Deutschland eine qualitativ neue Stufe der Regulierung der Eisenbahnordnung erreicht. Neben den Vorgaben zur Schienenwegezugangs- und -entgeltregulierung verpflichtet das Gesetz Rechtsträger integrierter öffentlicher Eisenbahnen, ihr Unternehmen gem. §§ 9, 9a AEG zu entflechten. Die bisweilen recht verflochtenen Entflechtungsvorschriften lassen zwar punktuell einen hohen Detaillierungsgrad erkennen, hingegen fehlt es an anderer Stelle an der gewünschten Normenklarheit. Die vorliegende Abhandlung wird daher zunächst die Normadressaten konkretisieren (I.) und sodann auf die materiellen Vorgaben der §§ 9 und 9a AEG (II.) eingehen. Schließlich soll in einem dritten Schritt die institutionelle Ausgestaltung der Unbundling-Regulierung unter Beachtung auch der Schienenwegezugangs- und -entgeltregulierung untersucht werden (III.). Der Beitrag schließt mit einem kritischen Fazit (IV.).

I. Normadressaten der §§ 9, 9a AEG

Adressaten der Unbundling-Verpflichtungen aus §§ 9, 9a AEG sind die Rechtsträger¹⁾ integrierter Eisenbahnunternehmen. Die Normen richten sich ausschließlich an öffentliche Eisenbahnen gem. § 3 AEG.

1. Rechtsträger von öffentlichen Eisenbahnen als Normadressaten nach § 9 Abs. 1 AEG

§ 9 Abs. 1 Nr. 1 AEG adressiert zunächst solche Rechtsträger öffentlicher Eisenbahnen, die sowohl Eisenbahnverkehrs- als auch Eisenbahninfrastrukturunternehmen²⁾ in sich vereinigen und insoweit *vertikal integriert* sind. § 9 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 AEG erweitern den Adressatenkreis auf die Rechtsträger von Gruppen von Unternehmen, die *in einem Konzern* Eisenbahnverkehrs- und Infrastrukturtätigkeiten vereinen und in denen somit Eisenbahnverkehrs- und Eisenbahninfrastrukturunternehmen als Mutter- und Tochterunternehmen verbunden sind³⁾. Die Begriffe des Mutter- und Tochterunternehmens sind legaldefiniert in § 290 HGB, auf den § 9 Abs. 1 AEG Bezug nimmt⁴⁾. Entscheidend ist, dass ein konzernrechtlicher Verbund der verschiedenen Unternehmen vorliegt, sei dieser vertrag-

Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Die Autorinnen Margret Schellberg und Kristina Schreiber sind ebendort wissenschaftliche Mitarbeiterinnen.

1) Der Wortlaut der Vorschriften bezieht sich zwar meist auf das jeweilige Unternehmen selbst. Allerdings kann ein Unternehmen nicht Träger von Rechten und Pflichten sein. Pflichtenadressat ist stets der Rechtsträger des Unternehmens, da dieser das Rechtssubjekt ist, dem das Unternehmen und sein Verhalten zuzurechnen sind. Siehe allgemein hierzu nur K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Aufl. 1999, S. 78 ff., 88 ff. Zur Differenzierung zwischen dem Unternehmen und seinem Rechtsträger Koenig/Ritter, EuZW 2004, 487 (488).

2) Siehe die Begriffsbestimmungen in § 2 Abs. 1, 2 und 3 AEG.

3) § 9 Abs. 1 Nr. 2 lit. a und lit. b AEG adressiert die Rechtsträger von Eisenbahnverkehrsunternehmen bzw. -infrastrukturunternehmen, die über ein (beliebiges) Mutterunternehmen mit einem Eisenbahninfrastrukturunternehmen bzw. -verkehrsunternehmen verbunden sind. § 9 Abs. 1 Nr. 3 AEG schließlich adressiert sowohl Rechtsträger von Eisenbahnverkehrs- als auch Eisenbahninfrastrukturunternehmen, die selber Mutter- oder Tochterunternehmen im Verhältnis zu einem Eisenbahninfrastruktur- oder Eisenbahnverkehrsunternehmen sind.

4) § 290 HGB findet sich im in § 9 Abs. 1 AEG benannten Zweiten Abschnitt des Dritten Buchs des HGB. Für einen Rückgriff auf die Legaldefinition des § 290 HGB auch Gerstner, in: Hermes/Sellner (Hrsg.), Beck'scher AEG Kommentar, 1. Aufl. 2006, § 9, Rn. 50. Ob es sich bei den Unternehmen um Kapitalgesellschaften handelt, wie in § 290 HGB vorausgesetzt, ist nach § 9 Abs. 1 S. 1 3. Hs. AEG unbeachtlich.

lich, z.B. durch Beherrschungsverträge, oder faktisch begründet⁵⁾. Auch nach der Gesetzesbegründung sind Normadressaten „öffentliche Eisenbahninfrastrukturunternehmen und öffentliche Eisenbahnverkehrsunternehmen, die in irgendeiner Form miteinander verbunden sind“⁶⁾.

§ 9 Abs. 1 AEG ist in Umsetzung des Art. 6 Abs. 1 RL 91/440/EWG⁷⁾ i.d.F. der RL 2001/12/EG⁸⁾ ergangen. Hiernach muss sichergestellt sein, dass eine buchhalterische Trennung zwischen den Bereichen der „Erbringung von Verkehrsleistungen durch Eisenbahnunternehmen einerseits und [...] dem Betrieb der Infrastruktur andererseits“ erfolgt. Dem Wortlaut nach scheint die Normierung der konkreten Integrationsformen in § 9 Abs. 1 AEG anstelle der Adressierung sämtlicher Rechtsträger integrierter Unternehmen dieser Vorgabe nicht gerecht zu werden. Das buchhalterische Unbundling bezweckt die Herstellung einer größeren Transparenz zwischen den verschiedenen Wertschöpfungsstufen, um so die Herstellung und Förderung eines wirksamen Wettbewerbs auf der Schiene insbesondere durch verbesserte Kontrollmöglichkeiten, beispielsweise im Hinblick auf Quersubventionierungen, zu unterstützen. Eine Verflechtung, welche die Erhöhung der Transparenz erfordert, liegt insbesondere bei den in § 9 Abs. 1 AEG normierten Grundkonstellationen vor. Die detailscharfe Normierung dieser Konstellationen in § 9 Abs. 1 AEG ist daher gemeinschaftsrechtskonform als Normierung der Grundkonstellationen zu verstehen, die eine buchhalterische Entflechtung nach Sinn und Zweck erfordern⁹⁾.

§ 9 Abs. 1d AEG erweitert den Adressatenkreis in *horizontaler* Hinsicht: Erbringt ein Eisenbahnverkehrsunternehmen Schienenverkehrsleistungen sowohl im Eisenbahnpersonen- als auch im Eisenbahngüterverkehr, dann gilt § 9 Abs. 1a AEG in abgewandelter Form für den Bereich des Eisenbahngüterverkehrs. Diese Erweiterung ist in dem Verbot begründet, dass öffentliche Gelder für gemeinschaftliche Leistungen nicht Tätigkeitsbereichen übertragen werden dürfen, die andere Verkehrsleistungen oder sonstige Geschäfte betreffen¹⁰⁾.

2. Rechtsträger öffentlicher Betreiber der Schienenwege als Normadressaten nach § 9a AEG

§ 9a Abs. 1 S. 1 AEG adressiert Rechtsträger von öffentlichen Betreibern der Schienenwege, wenn diese mit Eisenbahnverkehrsunternehmen verbunden und insoweit *vertikal integriert* sind. Nach der Begriffsbestimmung des § 2 Abs. 3a AEG sind hiervon Betreiber von Schienenwegen in Serviceeinrichtungen ausgenommen. Demgegenüber adressieren Art. 4 Abs. 2, 14 Abs. 2 der RL

5) Vgl. auch § 18 AktG; allgemein zum Vertragskonzern und faktischen Konzern sowie dem grundlegenden Erfordernis einer organisationsrechtlichen Verbundenheit verschiedener Unternehmen, die auch auf Gleichordnungsebene bestehen kann, besteht eine einheitliche Leitung, K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 499 ff.

6) BT-Drs. 15/3280, S. 15, zu Nummer 7 Buchstabe b.

7) Richtlinie 91/440/EWG des Rates vom 29.6.1991 zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft, ABl. EWG Nr. L 237 vom 24.8.1991, S. 25.

8) Richtlinie 2001/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2001 zur Änderung der Richtlinie 91/440/EWG des Rates zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft, ABl. EG Nr. L 75 vom 15.3.2001, S. 1.

9) Anders als § 9 Abs. 1 AEG adressieren die §§ 6 bis 10 EnWG das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen. Hierunter fallen nach der Begriffsbestimmung des § 3 Nr. 38 EnWG auch Unternehmensgruppen, die i.S.d. Art. 3 Abs. 2 EG-Fusionskontrollverordnung, ABl. EG Nr. L 24 vom 29.1.2004, S. 1 miteinander verbunden sind. Anknüpfungspunkt für die Adressatenstellung ist damit das Vorliegen eines bestimmenden Einflusses i.S.d. Art. 3 Abs. 2 EG-Fusionskontrollverordnung. Diese Lösung scheint vorzugswürdig, da zum einen der Konzernbegriff rein national geprägt ist, das AEG hingegen wie auch das EnWG aus gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben resultiert. Zum anderen mag der „bestimmende Einfluss“ im Ergebnis umfassender sein als der Konzernbegriff des AEG und so in jedem Fall sämtliche „unbundling-kritischen“ Fälle erfassen. Ausführlich zu den Adressaten der §§ 6 bis 10 EnWG Koenig/Kühling/Rasbach, Energierecht, 1. Aufl. 2006, S. 120 ff.

10) So auch Gerstner, in: Hermes/Sellner (Hrsg.), Beck'scher AEG Kommentar, 1. Aufl. 2006, § 9, Rn. 21.

2001/14/EG¹¹), deren Umsetzung § 9a AEG dient, sämtliche Rechtsträger von Betreibern der Infrastruktur¹²). Allerdings fordern Art. 4 Abs. 2, 14 Abs. 2 RL 2001/14/EG von den Mitgliedstaaten nicht die Statuierung einer Unbundling-Verpflichtung im nationalen Recht, wie sie § 9a AEG enthält. Vielmehr werden an das Fehlen einer solchen Entflechtungsvorgabe andere Folgen geknüpft. Auch wenn sich der deutsche Gesetzgeber prinzipiell für die Statuierung entsprechender Entflechtungsvorgaben entschieden hat, kann er für einen Teil – hier die Betreiber von Schienenwegen in Serviceeinrichtungen – eine andere, gemeinschaftsrechtskonforme Lösung anstreben, indem er die Wahrnehmung der Kernaufgaben des Schienennetzbetriebs im Sinne der Art. 4 Abs. 2, 14 Abs. 2 RL 2001/14/EG auf eine vom Eisenbahnunternehmen unabhängige Stelle überträgt¹³).

Der Rechtsträger der öffentlichen Betreiber der Schienenwege ist als Normadressat stets Zielobjekt der Unbundling-Verpflichtungen des § 9a AEG. Ob er auch jeweils handlungspflichtiger Rechtsträger ist, entscheidet sich bei jeder einzelnen Verpflichtung gesondert danach, ob dem Rechtsträger des Betreibers der Schienenwege die erforderlichen Einflussnahmemöglichkeiten zukommen, um die einzelnen Verpflichtungen zu verwirklichen und danach, ob eine speziellere Adressierung erfolgt. Dies ist beispielsweise bei § 9a Abs. 1 S. 2 Nr. 5 AEG fraglich¹⁴).

Gem. § 9a Abs. 3 AEG sind aus diesem Adressatenkreis solche Rechtsträger öffentlicher Betreiber von Schienenwegen ipso iure ausgenommen, die abschließend örtlich begrenzte Schienenwege i.S.d. Nummern 1 bis 3 betreiben. Diese abschließend normierten Ausnahmen beziehen sich auf Rechtsträger von Unternehmen, deren Tätigkeitsfeld einen so begrenzten Umfang aufweist, dass das Diskriminierungspotential und damit der „Wettbewerbsbeeinträchtigungsfaktor“ generell unerheblich ist. Zu beachten ist jedoch die Rückausnahme des § 9a Abs. 4 AEG.

3. Befreiungsmöglichkeiten nach § 9 Abs. 1e AEG und § 9a Abs. 5 AEG

§ 9 Abs. 1e AEG und § 9a Abs. 5 AEG normieren sog. „De-minimis-Regelungen“, nach denen die Genehmigungsbehörde Eisenbahninfrastrukturunternehmen und Eisenbahninfrastruktureinrichtungen bzw. öffentliche Betreiber der Schienenwege von den Unbundling-Verpflichtungen befreien kann. Diese „De-minimis-Regelungen“ sind – anders als z.B. im Energierecht¹⁵) – nicht von einer bestimmten Nutzerzahl abhängig, sondern von dem Kriterium des zu erwartenden „Wettbewerbsbeeinträchtigungsfaktors“. Aus der Wahl des Begriffs „kann“ ergibt sich, dass die Rechtsfolge bei Vorliegen des Merkmals im Ermessen der Genehmigungsbehörde liegt. Aber auch auf Tatbestandsebene steht der Behörde ein Beurteilungsspielraum zu: Der Begriff der „Wettbewerbsbeeinträchtigung“ ist gesetzlich nicht näher definiert. Es handelt sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der eine Prognoseentscheidung der Behörde voraussetzt, ab welcher Länge und Leistung eine Wettbewerbsbeeinträchtigung tatsächlich zu befürchten ist. Dieser Beurteilungsspielraum wird allerdings durch die gemeinschaftsrechtlichen Ausnahmen von den Unbundling-Vorschriften nach Art. 2 Abs. 2 der RL 91/440/EWG

11) Richtlinie 2001/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2001 über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn, die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur und die Sicherheitsbescheinigung, ABL EG Nr. L 75 vom 15.3.2001, S. 29.

12) Nach der Begriffsbestimmung des Art. 2 lit. h RL 2001/14/EG ist keine Ausnahme für Schienenwege in Serviceeinrichtungen vorgesehen.

13) Ausführlich zur möglichen Gemeinschaftsrechtswidrigkeit *Gerstner*, in: Hermes/Sellner (Hrsg.), Beck'scher AEG Kommentar, 1. Aufl. 2006, § 9, Rn. 29 ff., § 9a, Rn. 6.

14) Ausführlich hierzu *Koenig/Spiekermann/Schellberg*, IR 2007, 53 ff.

15) Siehe zu der De-minimis-Klausel im Energierecht *Koenig/Kühling/Rasbach*, Energierecht, 1. Aufl. 2006, S. 129 f., 137.

i. d. F der RL 2002/12/EG¹⁶⁾ bzw. Art. 1 Abs. 3 RL 2001/14/EG, Art. 2 Abs. 2 RL 91/440/EWG i.d.F. der RL 2001/12/EG¹⁷⁾ in gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung eingeschränkt.

II. Materielle Unbundling-Vorgaben der §§ 9, 9a AEG

Die materiellen Unbundling-Anforderungen der §§ 9, 9a AEG lassen sich grundsätzlich in das buchhalterische (1.), organisatorische (2.), gesellschaftsrechtliche (3.) und informatorische (4.) Unbundling aufgliedern.

1. Buchhalterisches Unbundling

Das buchhalterische Unbundling erfordert eine getrennte Kontenführung in der Rechnungslegung zwischen den einzelnen Wertschöpfungsstufen der Eisenbahninfrastruktur- und Eisenbahnverkehrsdienstleistung¹⁸⁾.

a) Jahresabschluss und Lagebericht nach § 9 Abs. 1 AEG

Nach § 9 Abs. 1 S. 1 AEG haben die Rechtsträger öffentlicher Eisenbahnen einen Jahresabschluss und einen Lagebericht nach den für große Kapitalgesellschaften geltenden Bestimmungen der §§ 264 ff. HGB aufzustellen, prüfen zu lassen und offen zu legen¹⁹⁾. Diese Verpflichtung stellt kein buchhalterisches Unbundling im engeren Sinne dar, da sie nicht auf eine Separierung der Konten zwischen den verschiedenen Wertschöpfungsstufen zielt²⁰⁾. Allerdings ermöglicht diese Vorschrift vorbereitend ein sodann wirkungsvolles buchhalterisches Unbundling, indem sie die weitreichende und zu Transparenz führende Pflicht zur Aufstellung von Jahresabschluss und Lagebericht für sämtliche Rechtsträger unbundlingrelevanter Unternehmensstrukturen fordert.

b) § 9 Abs. 1a AEG als Grundnorm zum buchhalterischen Unbundling im AEG

Nach § 9 Abs. 1a S. 1 AEG müssen die Normadressaten des § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AEG in ihrer Rechnungslegung getrennte Konten für den Eisenbahnverkehrsdienstleistungs- und Eisenbahninfrastrukturbereich führen. Diese Pflicht trifft ferner die Normadressaten des § 9 Abs. 1d S. 1 AEG. Eine eindeutige direkte Zuordnung der Kosten zu den einzelnen Bereichen ist beispielsweise bei Gemeinkosten i.d.R. nicht möglich. Um dennoch den Anforderungen an das buchhalterische Unbundling gerecht zu werden, hat gem. § 9 Abs. 1a S. 3 AEG eine sachgerechte und für Dritte nachvollziehbare Schlüsselung dieser nicht zuordenbaren

16) Vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen sind örtlich begrenzt tätige Eisenbahnunternehmen. Ansonsten ist das buchhalterische Unbundling für Eisenbahnverkehrs- und Eisenbahninfrastrukturunternehmen gem. Art. 6 Abs. 1 RL 91/440/EWG i.d.F. der RL 2001/12/EG verpflichtend vorzusehen.

17) § 9a AEG ist in Umsetzung der Art. 4 Abs. 2, 14 Abs. 2 RL 2001/14/EG, Art. 6 Abs. 2 RL 91/440/EWG i.d.F. der RL 2001/12/EG ergangen. Die hiervon in den Richtlinien vorgesehenen Ausnahmemöglichkeiten sind im Wesentlichen bereits in § 9a Abs. 3 AEG normiert. Der Behörde verbleibt jedoch Spielraum in ihrer Entscheidung und somit auch ein Anwendungsbereich für Abs. 5, da die Richtlinien eine entsprechende Entflechtung nicht zwingend fordern, sondern an deren Fehlen lediglich weitere Voraussetzungen knüpfen. Wird den europäischen Vorgaben auch bei einer Befreiung nach § 9a Abs. 5 AEG entsprochen, beispielsweise da dennoch die Anforderungen des § 9 AEG, insbesondere Absatz 1c, erfüllt werden müssen, kommt eine derartige Befreiung über Abs. 3 hinaus in Betracht, so auch *Gerstner*, in: *Hermes/Sellner* (Hrsg.), *Beck'scher AEG Kommentar*, 1. Aufl. 2006, § 9a, Rn. 24, der Abs. 5 aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sowie – insoweit ähnlich der hiesigen Lösung – der über § 9 Abs. 1c AEG gewährleisteten Unabhängigkeit für gemeinschaftsrechtskonform hält.

18) Grundlegend zur Erscheinungsform des buchhalterischen Unbundling *Koenig/Kühling/Rasbach*, *Energie-recht*, 1. Aufl. 2006, S. 117, 122 ff.

19) Der Gesetzgeber hat mit dieser Norm den generellen Anwendungsbereich der §§ 264 ff. HGB zum einen auch auf in anderen Rechtsformen als der Kapitalgesellschaft betriebene Unternehmen ausgedehnt, zum anderen auf sämtliche Unternehmensgrößen und konzernrechtliche Strukturen, indem diese Vorschriften für sämtliche große Kapitalgesellschaften ohne Größenangabe für anwendbar erklärt werden und die Konzernprivilegierung der §§ 264 Abs. 3, 4, 264b HGB gem. § 9 Abs. 1 S. 2 AEG nicht anwendbar ist.

20) Ähnlich auch *Kramer*, *NVwZ* 2006, 26 (29).

Kosten zu den einzelnen Konten der verschiedenen Wertschöpfungsstufen zu erfolgen.

c) Verbot des Subventionentransfers nach § 9 Abs. 1b AEG und § 9 Abs. 1d S. 2 AEG

Öffentliche Gelder zugunsten des Eisenbahninfrastruktur- oder Eisenbahnverkehrsdienstleistungsbereiches dürfen gem. § 9 Abs. 1b S. 1 AEG nicht auf den jeweils anderen Bereich übertragen werden. Ebenso verbietet § 9 Abs. 1d S. 2 AEG, dass öffentliche Gelder für gemeinwirtschaftliche Personenverkehrsleistungen auf andere Tätigkeitsbereiche übertragen werden. Diese Verbote des Subventionentransfers sind als spezielle „Quersubventionierungsverbote“ eng mit den Vorgaben zum buchhalterischen Unbundling verknüpft: Eine Übertragung der benannten Gelder wird zum einen nur bei getrennter Rechnungslegung offensichtlich erkennbar sein. Zum anderen muss dieses Verbot gem. § 9 Abs. 1b S. 2, Abs. 1d S. 2 AEG in der Rechnungslegung der beiden Tätigkeitsbereiche zum Ausdruck kommen.

d) § 9 Abs. 3 AEG – Besonderheiten aufgrund gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen

Den Verpflichtungen des § 9 Abs. 3 AEG unterliegen die Rechtsträger öffentlicher Eisenbahnverkehrsunternehmen²¹⁾, wenn diese Unternehmen Eisenbahnverkehrsleistungen sowohl in Bereichen, in denen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegt oder vereinbart werden können, als auch in anderen Bereichen erbringen. Nur *soweit* und *solange* kumulativ beide benannten Tätigkeiten durch das jeweilige Unternehmen erbracht werden, gelten die Verpflichtungen des § 9 Abs. 3 AEG. Erforderlich ist somit eine *horizontale* Integration. Gem. § 9 Abs. 3 S. 1 AEG sind die Anforderungen des Art. 1 Abs. 5 UAbs. 2 der VO (EWG) Nr. 1191/69²²⁾ i.d.F. der VO (EWG) Nr. 1893/91²³⁾ einzuhalten. Diese Anforderungen werden durch Art. 1 Abs. 5 UAbs. 2 lit. a und lit. b VO (EWG) Nr. 1191/69 i.d.F. der VO (EWG) Nr. 1893/91 konkretisiert. Erforderlich ist eine buchhalterische Entflechtung, die ein Transferverbot für seitens der öffentlichen Hand erhaltene Zahlungen zwischen den verschiedenen Unternehmensbereichen umfasst. Der Begriff der „Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes“ in dieser Verordnung ist gleichbedeutend mit dem Begriff der „gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen“ in § 9 Abs. 3 AEG²⁴⁾. Die Normadressaten des § 9 Abs. 3 AEG sind zu einer getrennten Rechnungslegung für jeden der Tätigkeitsbereiche der gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistung sowie anderer Verkehrsleistungen verpflichtet. § 9 Abs. 3 S. 5 AEG erklärt das Verbot des Subventionentransfers des § 9 Abs. 1b AEG für entsprechend anwendbar.

2. Organisatorisches Unbundling nach §§ 9 Abs. 1c, 9a AEG

Das organisatorische Unbundling erfordert eine getrennte Verwaltung der verschiedenen Unternehmensbereiche und somit die Einrichtung getrennter Abtei-

21) § 2 Abs. 1 Alt. 1, Abs. 2 i.V.m. § 3 Abs. 1 Nr. 1 AEG.

22) Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 des Rates vom 26.6.1969 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen und Binnenschiffsverkehrs, ABl. EWG vom 28.6.1969 Nr. L 156, S. 1.

23) Verordnung (EWG) Nr. 1893/91 des Rates vom 20.6.1991 zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen und Binnenschiffsverkehrs, ABl. EG vom 29.6.1991 Nr. L 169, S. 1.

24) Es handelt sich um „marktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Mitgliedstaaten mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden“, so die treffende Definition der *Kommission*, Mitteilung vom 20.9.2000, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. EG vom 19.1.2001 Nr. C 17, S. 4 (23). Vgl. allgemein *Koenig/Kühling*, in: Streinz, EUV/EGV, 1. Aufl. 2003, Art. 16, Rn. 4.

lungen innerhalb des Unternehmens. Die detaillierte Ausgestaltung dieser organisatorischen Entflechtung schreiben die §§ 9 Abs. 1c und 9a AEG vor.

a) Getrennte Unternehmensbereiche nach § 9 Abs. 1c AEG

Zunächst sieht § 9 Abs. 1c S. 1 AEG vor, dass die Aufgaben des Eisenbahnverkehrs- und des Eisenbahninfrastrukturunternehmens in organisatorisch voneinander getrennten Unternehmensbereichen ausgeübt werden. Diese Vorgabe verlangt eine organisatorische Trennung beider Bereiche, die sich personell, räumlich und operationell niederschlagen muss. Dass diese Vorgabe nicht rein organisatorischer Natur ist, ergibt sich auch aus Satz 2 der Norm. In Umsetzung des Art. 6 Abs. 2, Abs. 3 i.V.m. Anhang II der RL 91/440/EWG i.d.F. der RL 2001/12/EG ordnet § 9 Abs. 1c S. 2 AEG konkret im Hinblick auf die organisatorische Entflechtung an, dass Entscheidungen über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur und das dafür zu entrichtende Entgelt von dem Unternehmensbereich zu treffen sind, der die Eisenbahninfrastruktur betreibt. Das Entscheidungsrecht hinsichtlich dieser zugangsrelevanten Fragen liegt danach alleine beim Netzbetreiber. Damit wird die Unabhängigkeit der zugangsrelevanten Entscheidungen bereits in § 9 AEG gefordert. Dafür spricht auch die offizielle Überschrift der Norm: „Unabhängige Entscheidung“. Der Hinweis, dass die Vorgaben des § 9a AEG davon unberührt bleiben, verdeutlicht, dass öffentliche Betreiber der Schienenwege zusätzlich die Vorgaben des § 9a AEG erfüllen müssen²⁵⁾.

b) Ausgestaltung von Verträgen mit Dritten gem. § 9a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 AEG

Gem. § 9a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 AEG müssen Verträge mit Dritten so gestaltet werden, dass die organisatorische Selbständigkeit des Betreibers der Schienenwege gewährleistet ist. Dritter im Sinne der Vorschrift ist jeder, der an den Kernaufgaben des Schienennetzbetriebs unbeteiligt ist. Dies schließt neben der Konzernmutter auch die Dienstleister ein, die mit Aufgaben des Schienennetzbetriebs lediglich betraut sind. Die Bedeutung dieser Vorschrift betrifft insbesondere Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträge, die in Konzernen üblicherweise abgeschlossen werden. Beherrschungsverträge dürfen in den Fällen, wo die organisatorische Entflechtung vorgeschrieben ist, keine praktische Bedeutung mehr haben. Dies ergibt sich im Grunde bereits aus der organisatorischen Entflechtung des § 9 Abs. 1c AEG selbst. Denn der entflochtene Schienennetzbetreiber muss hinsichtlich der Organisation und der Entscheidungsgewalt der Unternehmensleitung von den übrigen Tätigkeitsbereichen, insbesondere vom Verkehrsunternehmen, getrennt sein. Beherrschungsverträge würden dem gerade entgegenwirken. Ob davon auch Gewinnabführungsverträge betroffen sind ist fraglich. In der Energiewirtschaft geht man von der Zulässigkeit von Gewinnabführungsverträgen aus. Allerdings fehlt in der Energiewirtschaft eine ausdrücklich auf Verträge mit Dritten bezogene Norm wie § 9a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 AEG, die eine vertragliche Verbindung mit der Konzernmutter jedenfalls dann verbietet, wenn die organisatorische Selbständigkeit in Frage steht. Dies ist bei Gewinnabführungsverträgen dahingehend kritisch, dass der Schienennetzbetreiber dadurch den gesamten Gewinn an das beherrschende Unternehmen abführen muss und der Fehlbetrag auch durch das beherrschende Unternehmen ausgeglichen werden muss. Der Verdacht liegt

25) So auch *Gersdorf*, ZHR 168, 576 (590 ff.), der darauf hinweist, dass § 9 Abs. 1c AEG die allgemeinere Norm darstelle und eingreife, wenn die Ausnahmetatbestände des § 9a Abs. 3 AEG einschlägig seien. Keinesfalls ist dieser Hinweis so zu verstehen, dass das Kriterium der „Unabhängigkeit“ nur für die Betreiber der Schienenwege nach § 9a AEG Anwendung findet. Die Konsequenz eines solchen Verständnisses wäre eine lückenhafte Umsetzung: Betreiber von Schienenwegen in Serviceeinrichtungen unterlägen dieser Vorgabe dann nicht.

nahe, dass das beherrschende Unternehmen dann auch ein Interesse hat, Einfluss auf die Organisation des Schienennetzbetreibers zu nehmen²⁶⁾).

c) Personelle Einschränkung nach § 9a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AEG

Mit § 9a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AEG wird eine personelle Einschränkung getroffen, die die Unabhängigkeit des Schienenwegebetreibers bei den „Kernzugangsentscheidungen“ absichern soll. Entscheidungen über den Netzfahrplan, über die sonstigen Zuweisungen von Zugtrassen und die Wegeentgelte sollen danach ausschließlich von dem Personal des verpflichteten Betreibers der Schienenwege zu treffen sein. Dieses Personal darf keine weiteren Funktionen in Eisenbahnverkehrsunternehmen oder in mit diesen verbundenen Unternehmen ausüben. Damit wird auch personell abgesichert, dass das Entscheidungsrecht in diesen „Kernzugangsfragen“ bei dem Schienennetzbetreiber verbleibt.

d) Weisungsfreiheit nach § 9a Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AEG

§ 9a Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AEG fordert die Freiheit des Schienennetzbetreibers von Weisungen Dritter²⁷⁾. Weisungen im Sinne dieser Nummer 4 sind solche, die inhaltlich auf die „kernzugangsrelevanten“ Entscheidungen über den Netzfahrplan, die sonstige Zuweisung von Zugtrassen und die Entscheidungen über die Wegeentgelte Einfluss nehmen wollen. Die ausdrückliche inhaltliche Einschränkung dieses Weisungsverbots führt zunächst dazu, dass alle dieses Kerngeschäft des Schienenwegebetreibers nicht betreffenden Weisungen zulässig sind. Weisungen, die die Rentabilität des Schienennetzbetreibers betreffen, sind demnach möglich, sofern sie nicht beispielsweise die Entscheidung über die Wegeentgelte unmittelbar beeinflussen²⁸⁾.

e) § 9a Abs. 1 S. 2 Nr. 5 AEG – „Unternehmensinterne Regelungen“

Ähnlich wie für die „Nachbarnetzwirtschaft“ Energie in § 8 Abs. 5 EnWG geregelt, verpflichtet § 9a Abs. 1 S. 2 Nr. 5 AEG die Rechtsträger der adressierten Unternehmen (und zwar solcher gem. § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3), für die mit Tätigkeiten des Schienennetzbetriebs befassten Mitarbeiter unternehmensinterne Regelungen zur Verhinderung der Einflussnahme Dritter zu schaffen, aufrecht zu halten und zu veröffentlichen²⁹⁾. Die Einhaltung muss durch eine Person oder Stelle überwacht werden, die der zuständigen Aufsichtsbehörde auf Anfrage genannt werden muss. Nach § 9a Abs. 1 S. 2 Nr. 5 1. Hs. AEG sind „Regelungen zu schaffen, die die Einflussnahme von Dritten außerhalb des Betreibers der Schienenwege auf die Entscheidungen über den Netzfahrplan, die sonstige Zuweisung von Zugtrassen und die Entscheidungen über die Wegeentgelte unterbinden“. Damit ist der Auftrag im Vergleich zu dem des EnWG wesentlich beschränkt. Das Gleichbehandlungsprogramm richtet sich nur gegen die Einflussnahme Dritter, die diese „Kernzugangsentscheidungen“ beeinflussen könnten.

26) Vgl. LG Berlin, Urt. v. 9.8.2005, Az. 102 O 19/05 Kart, zu den Auswirkungen von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen: „Durch diese vertikale Integration von Netzbetrieb und Leistungserbringung im gleichen Unternehmen kann nicht die Vermutung aufgestellt werden, dass die Beklagte bei ihrer Unternehmensführung nicht auch die wirtschaftlichen Interessen ihrer Konzernschwestern mitberücksichtigt. Vielmehr besteht gerade die Gefahr der mittelbaren Diskriminierung von Mitbewerbern der Konzernschwestern durch die Aufstellung scheinbar neutraler Nutzungsregelungen für das Netz.“ Laut Berichten der FAZ v. 27.8.2001 schlug die Task Force „Zukunft der Schiene“ eine Beendigung der Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge vor. Dies war aber nicht das offizielle Ergebnis.

27) Siehe zu dem Begriff des „Dritten“ bereits die oben gefundene Definition.

28) Diese Einschränkung nennt *Gerstner*, in: *Hermes/Sellner* (Hrsg.), *Beck'scher AEG Kommentar*, 1. Aufl. 2006, § 9a Rn. 36, nicht.

29) Vgl. dazu ausführlich *Koenig/Spiekermann/Schellberg*, IR 2007, 53 ff.

f) Besetzung der Aufsichtsräte nach § 9a Abs. 1 S. 2 Nr. 6 AEG

Anders als im EnWG wird im AEG die Bedeutung von Aufsichtsräten³⁰⁾ für das Unbundling nicht unterschätzt: Rechtsträger von Unternehmen i.S.d. § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 AEG sind nach § 9a Abs. 1 S. 2 Nr. 6 AEG verpflichtet, die Aufsichtsräte getrennt zu besetzen. Dem Aufsichtsrat des Schienenwegbetreibers darf nach Satz 2 der Norm kein Mitglied des Aufsichtsrats von Konzernunternehmen gem. § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 AEG angehören³¹⁾.

3. Gesellschaftsrechtliches Unbundling

Gem. § 9a Abs. 1 S. 1 i.V.m. S. 2 Nr. 1 AEG sind die Rechtsträger vertikal integrierter Eisenbahnen verpflichtet, die Eisenbahnverkehrsunternehmen sowie die Betreiber der Schienenwege jeweils auf eine oder mehrere gesonderte Gesellschaften auszugliedern. Die geforderte gesellschaftsrechtliche Entflechtung stellt einen weitgehenden Eingriff in die Unternehmensorganisation dar. Sie verlangt eine vollständige gesellschaftsrechtliche Trennung der netzbetrieblichen Aktivitäten von den übrigen Eisenbahnverkehrstätigkeiten eines Eisenbahnunternehmens. Nach dieser Unbundling-Anforderung muss der Schienenwegbereich für die betroffenen Unternehmen aus dem Gesamtkonstrukt „Eisenbahnunternehmen“ herausgelöst und als eigene Einheit aufgestellt werden. Diese Einheit muss dann *selbstständig* operativ am Markt tätig werden und ihre Leistungen anbieten. Steuerliche Nachteile der Ausgliederung sind – anders als in der „Nachbarnetzwirtschaft“ Energie – gesetzlich nicht ausgeschlossen. Welche gesellschaftsrechtliche „Verkleidung“ für die neu zu gründenden Gesellschaften zu finden ist, gibt das AEG nicht vor. Allerdings sollte dabei Beachtung finden, dass nicht alle Rechtsformen die Unabhängigkeit der Gesellschaft in den Entscheidungen per se garantieren. Für die Sicherstellung der tatsächlichen Entscheidungsbefugnis lassen sich zwei Grundfälle unterscheiden (Netzübertragung und Netzüberlassung). Zunächst kann das Netzeigentum in einer separaten Netzgesellschaft liegen. Dazu bedarf es eines rechtsgeschäftlichen Übertragungsakts, wobei auf einen solchen Akt im deutschen Recht das Umwandlungsgesetz Anwendung fände. Das gesamte Netzgeschäft mit allen Sachanlagen und Mitarbeitern wird auf eine Tochter(kapital-)gesellschaft übertragen. Die übertragende Gesellschaft erhält im Gegenzug entweder den festgesetzten Kaufpreis oder Anteile an der neugegründeten Netzgesellschaft. Bei der Netzüberlassung wird das Eigentum am Netz nicht auf die Netzgesellschaft übertragen, sondern verbleibt bei der Muttergesellschaft. Die Netzgesellschaft nutzt das Netz im Rahmen einer vertraglichen Abrede, beispielsweise eines Pachtvertrags oder eines Leasingvertrags.

4. Informatorisches Unbundling

Die Vorgaben des AEG zum Unbundling sparen das informatorische Unbundling völlig aus – gerade so, als gebe es auf dem Eisenbahnsektor keine wirtschaftlich sensiblen Informationen, die im Rahmen des Schienenwegbetriebs gewonnen, an das vertikal integrierte Eisenbahnunternehmen weitergegeben und dann aufgrund daraus resultierender Wettbewerbsvorsprünge missbräuchlich verwendet werden könnten. Denn gerade auch die Informationspolitik der Unternehmen eröffnet Raum für die Diskriminierung einzelner Wettbewerber³²⁾. In der „Nachbarnetzwirtschaft“ Energie hat man die Informationsflüsse als „regulie-

30) Siehe zu einem ähnlich gelagerten Problem im Energierecht *Koenig/Schellberg/Spiekermann*, RdE 2007, 72 ff.

31) Diese Vorgaben sollen die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats in seiner Aufgabe als Kontrollorgan und als strategisches Lenkungsorgan des Schienenwegbetreibers sicherstellen. Dieses Verbot gilt ebenfalls für Angehörige der Aufsichtsräte und sonstige Beteiligungen des Mutterunternehmens.

32) Mit Blick auf das Telekommunikationsrecht vgl. *Piepenbrock*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl. 2001, § 33 Rn. 46.

rungsbedürftig“ eingestuft und in den Unbundling-Vorschriften geregelt³³). Die Vorschriften zur informationellen Entflechtung verpflichten zur getrennten Verwendung diskriminierungsrelevanter Informationen. Ziel der informationellen Entflechtung ist es, dort aus dem Betrieb der Netze resultierende Informationsvorsprünge der vertikal integrierten Unternehmen gegenüber den nicht integrierten Wettbewerbern auf den dem Netzbetrieb vor- bzw. nachgelagerten Märkten auszuschließen. Im Eisenbahnsektor geht es dabei mit Blick auf den Verkehrsmarkt etwa um ökonomisch wertvolle Kenntnisse über die Beschaffenheit der Schienenwege, die das verbundene Eisenbahnverkehrsunternehmen zu Lasten der dort ebenfalls agierenden Wettbewerber nutzbar machen könnte. Das Verbot der unternehmensinternen Weitergabe solcher Informationen an die „Wettbewerbsbereiche“ macht dabei in der Regel binnenorganisatorische Vorkehrungen, wie etwa die Errichtung sog. „chinese walls“ notwendig. Insoweit kann die informationelle Entflechtung partiell bereits eine unechte strukturelle Trennung verschiedener Bereiche des Unternehmens bewirken. Allerdings reicht es umgekehrt nicht aus, ausschließlich eine strukturelle Trennung vorzunehmen und auf eine informatorische Trennung völlig zu verzichten. Bereits aus der Gesetzesbegründung ergibt sich die ausdrückliche Absicht des Gesetzgebers, auch das informatorische Unbundling durchzusetzen³⁴). Die Verpflichtung, informatorische Vorkehrungen gesetzlich abzusichern, ergibt sich schließlich aus der RL 91/440/EWG i.d.F. der RL 2001/12/EG. Nach Art. 6 Abs. 3 i.V.m. Anhang II der Richtlinie haben die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, damit die für einen gerechten und diskriminierungsfreien Zugang zur Infrastruktur wesentlichen Funktionen an Stellen oder Unternehmen übertragen werden, die selbst keine Eisenbahnverkehrsleistung erbringen. Dieser Auftrag ist umfassend zu verstehen. Denn auch die Übertragung dieser Aufgaben führt letztlich nicht zu einem diskriminierungsfreien Zugang, wenn Informationen ungehindert an die Stellen oder Unternehmen weitergegeben werden, die selbst Eisenbahnverkehrsleistungen erbringen.

5. Zulässigkeit von „shared services“

Abgesehen von Aufsichtsratsmitgliedern gem. § 9a Abs. 1 S. 2 Nr. 6 AEG und im Hinblick auf bestimmte diskriminierungsrelevante Entscheidungen des Kernschienenwegeschäfts gem. § 9a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 verzichtet das AEG darauf, eine umfassende personelle Trennung zu normieren. Damit bestimmt § 9a AEG maßgeblich auch den Umfang der Zulässigkeit der Aufrechterhaltung von Querschnittsabteilungen, die sowohl vom Schienennetzbetreiber als auch von dem Bereich „Eisenbahnverkehr“ genutzt werden können (sog. „shared services“). Hierunter fallen Dienstleistungsabteilungen wie beispielsweise Personal, Materialwirtschaft, Finanzen/Rechnungswesen, IT-Dienstleistungen, Call Center, Immobilien o.ä. Soweit hiermit keine Übertragung von Kernzugangsentscheidungen (Netzfahrplan, Zuweisung von Zugtrassen und Wegeentgelten) verbunden ist, ist die Nutzung dieser „shared services“ durch den Schienenwegebetreiber weiterhin möglich. In den als diskriminierungsrelevant eingestuften Kernzugangsentscheidungen muss aber die Entscheidung dem Schienenwegebetreiber verbleiben. Es reicht hier nicht aus, lediglich die Funktionsherrschaft bei dem Schienenwegebetreiber zu belassen oder durch Haltepunkte in Prozessen und anderen vertraglichen Gestaltungen das „Letztentscheidungsrecht“ vorzusehen, wie es beispielsweise auf dem Energiesektor denkbar ist. Denn in § 8 Abs. 2 Nr. 1 EnWG wird die Unabhängigkeit bei der „Letzt-

33) Vgl. dazu im Überblick *Koenig/Kühling/Rasbach*, Energierecht, 1. Aufl. 2006, S. 125 ff.

34) So wird in der Gesetzesbegründung angeregt an, dass sog. „chinese walls“ – angelehnt an den Regelungen des Wertpapierrechts – zu errichten seien, vgl. BT-Drs. 15/3280.

entscheidung“ normiert³⁵⁾. Das Eisenbahnrecht schränkt den Begriff der Entscheidung im Gegensatz dazu nicht auf die Letztentscheidung ein. In Unterscheidung zum Energiesektor unterbindet das AEG gem. § 9a Abs. 1 Nr. 5 AEG auch die bloße Einflussnahme von Dritten außerhalb des Betreibers der Schienenwege auf die Entscheidungen in diesem diskriminierungsrelevanten Bereich. Eine solche Regelung schließt aus, dass auf einer vorgelagerten Ebene, also bei der *Vorbereitung* der Kernzugangsentscheidung, Dienstleister beteiligt sind³⁶⁾. Deutlich wird dies auch bei der Hinzuziehung der Gesetzesbegründung³⁷⁾ zum AEG. Dort wird gefordert, dass neben der Unabhängigkeit von dem Dritten in der Entscheidung des Schienenwegebetreibers selbst auch eine Unabhängigkeit schon in dessen Entscheidungsvorbereitung gegeben sein soll³⁸⁾. Zwar liefert die Begründung des Gesetzentwurfs nur einen schwachen Anhaltspunkt bei der Auslegung des Begriffs „Einflussnahme“. Dafür, dass dieser Begriff weit zu verstehen ist und damit auch die Entscheidungsvorbereitung umfasst, sprechen neben dem Wortlaut von § 9a Abs. 1 S. 2 Nr. 5 AEG aber auch die Regulierungsvorgaben des AEG in der Gesamtschau. Die Entgelt- und Netzzugangsregulierung des AEG ist nicht so stark ausgeprägt wie in den anderen Netzsektoren, insbesondere im Telekommunikationsrecht. Umso entscheidender ist ein starkes Verständnis des Unbundling-Regimes. Die Regulierungsinstrumente wirken insoweit komplementär: Je weitgehender und damit wirksamer die Zugangsregulierung ausgestaltet ist, desto geringere Entbündelungsvorschriften sind erforderlich – und umgekehrt³⁹⁾. Dies bedeutet nicht, dass die einer solchen Kernzugangsentscheidung folgende Nachbereitung ebenfalls ohne einen „shared service“ geschehen muss. Ist die Entscheidung einmal abschließend getroffen, kann auch ein Dritter i.S.d. § 9a Abs. 1 S. 2 Nr. 5 AEG grundsätzlich wieder involviert sein. Dafür spricht auch, dass der Gesetzgeber in seiner Begründung zum AEG nur auf die Entscheidungsfindung abstellt. Die Nachbereitung der Entscheidung darf allerdings nicht zu einer grundlegenden Änderung der Entscheidung führen. Auch der Begriff der „Entscheidung“ muss hier eng verstanden werden; keine Entscheidung in diesem Sinne ist beispielsweise der Erlass einer Entscheidungsgrundlage, z.B. die Schienennetznutzungsbedingungen.

III. Institutionelle Ausgestaltung der Unbundling-Regulierung unter Beachtung der Schienenwegezugangs- und -entgeltregulierung

Die Sicherstellung der Beachtung der Vorschriften des AEG und der auf diesem beruhenden Rechtsverordnungen obliegt gem. § 5 Abs. 1 Nr. 1 AEG der Eisenbahnaufsicht. Zuständig für diese Eisenbahnaufsicht ist auf Bundesebene gem.

35) Dort ist eine personelle Trennung im Hinblick auf Letztentscheidungen festgelegt, wenn es heißt, dass „Personen, die mit Leitungsaufgaben für den Netzbetreiber betraut sind oder die Befugnis zu Letztentscheidungen besitzen, die für die Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Netzbetriebs wesentlich sind, für die Ausübung dieser Tätigkeiten einer betrieblichen Einrichtung des Netzbetreibers angehören müssen und keine Angehörige von betrieblichen Einrichtungen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens sein dürfen, die direkt oder indirekt für den laufenden Betrieb in den Bereichen der Gewinnung, Erzeugung oder des Vertriebs von Energie an Kunden zuständig sind.“ Siehe dazu auch *Koenig/Kühling/Rasbach*, Energierecht, 1. Aufl. 2006, S. 137 f.

36) Mit Blick auf die Rechtsabteilung, *Gerstner*, in: *Hermes/Sellner* (Hrsg.), Beck'scher AEG Kommentar, 1. Aufl. 2006, § 9a Rn. 35.

37) BT-Drs. 15/3280.

38) Diese Ausweitung ist insbesondere im Hinblick auf beratende Tätigkeiten wie die einer Rechtsabteilung kritisch.

39) *Koenig/Rasbach*, DÖV 2004, 733 ff. Eine Zugangs- und Entgeltregulierung ist daher hinsichtlich ihrer Effektivität in Bezug auf die Erreichung des Ziels der Herstellung eines diskriminierungsfreien Infrastrukturzugangs nicht isoliert von den bestehenden Entbündelungsvorschriften zu betrachten und umgekehrt.

§ 5 Abs. 1a, 2 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 Nr. 2 BEVVG⁴⁰) das Eisenbahnbundesamt (EBA), soweit das AEG oder das BEVVG an anderer Stelle keine Sonderregelung treffen. Eine solche Sonderregelung enthalten insbesondere § 14b Abs. 1 AEG i.V.m. § 4 Abs. 1 BEVVG, welche die Bundesnetzagentur (BNetzA) seit dem 1. Januar 2006 für die Überwachung der Zugangs- und Entgeltregulierungsvorschriften für zuständig erklären. § 14b Abs. 1 AEG klärt in Anbetracht des präzisen und eindeutigen Wortlauts abschließend, welche Bereiche der Kompetenz der BNetzA unterfallen⁴¹). Die Unbundling-Vorschriften zählen nicht zu den die Zugangsregulierung konkretisierenden Normen der §§ 14 ff. AEG. Sie unterfallen zudem nicht den Nummern 1 bis 4 des § 14b Abs. 1 AEG⁴²). Eine Sonderregelung für die Zuständigkeit zur Überwachung der Pflichten aus §§ 9, 9a AEG hat der Gesetzgeber nicht getroffen. Die Überwachung der Unbundling-Vorschriften unterfällt daher der allgemeinen Eisenbahnaufsicht⁴³), so dass das EBA gem. § 5 Abs. 1a, 2 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 Nr. 2 BEVVG für die Unbundling-Regulierung auf Bundesebene zuständig ist⁴⁴).

Die Regulierung des Eisenbahnsektors erfolgt materiell wie auch in den „Nachbarnetzwirtschaftssektoren“ mittels verschiedener Regulierungsinstrumente (Unbundling, Zugangs- und Entgeltregulierung, gesetzlicher Sofortvollzug). In der Telekommunikationswirtschaft obliegt die Kompetenz für sämtliche dieser Regulierungsinstrumente gem. § 116 TKG der BNetzA. In der Energiewirtschaft sind gem. § 54 EnWG neben der BNetzA die Landesregulierungsbehörden zuständig⁴⁵). Der Länderausschuss bewirkt hierbei eine Abstimmung der Regulierung⁴⁶). Hingegen unterliegen im Eisenbahnsektor bereits die einzelnen Regulierungsinstrumente dem Zuständigkeitsbereich verschiedener Behörden. Die Zuständigkeit von zwei Behörden für die unterschiedlichen – aber miteinander kommunizierenden – Regulierungsinstrumente auf dem Eisenbahnsektor trägt der materiellen Vernetzung der Regulierungsinstrumente nur ungenügend Rechnung (1.). Dies gilt insbesondere, da die Vorgaben zur institutionellen Zusammenarbeit kaum effektiv durchsetzbar sind (2.).

1. Materielles Zusammenwirken der Regulierungsinstrumente

Maßgebliche sektorspezifische Regulierungsinstrumente des AEG sind neben der Infrastrukturzugangs- und Entgeltregulierung der gesetzliche Sofortvollzug sowie die Unbundling-Regulierung. Diese Regulierungsinstrumente wirken zur Erreichung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs auf der Schiene zusammen⁴⁷). Durch die Infrastrukturzugangsregulierung gem. §§ 14 ff. AEG i.V.m.

40) Gesetz über die Eisenbahnverkehrsverwaltung des Bundes, BGBl. I 1993, S. 2378, 2394, zuletzt geändert durch Art. 3 Abs. 49 des Zweiten Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 7.7.2005, BGBl. I 2005, S. 1970.

41) Ein Verständnis der Norm als nicht abschließende Aufgabenzuweisung würde zu einer parallelen Zuständigkeit der BNetzA sowie der allgemeinen Eisenbahnaufsicht in identischen Gebieten führen, was weder mit dem Gedanken der Rechtssicherheit, noch mit Rechtsschutzgedanken vereinbar wäre. Zu diesem Ergebnis kommt auch *Gerstner*, in: *Hermes/Sellner* (Hrsg.), *Beck'scher AEG Kommentar*, 1. Aufl. 2006, § 14b, Rn. 8 f.

42) Die Formulierung des § 4 Abs. 1 BEVVG führt zu §§ 14 ff. AEG, vgl. *Kühling/Ernert*, *NVwZ* 2006, 33 (38).

43) So auch *Hermes/Schweinsberg*, in: *Hermes/Sellner* (Hrsg.), *Beck'scher AEG-Kommentar*, 1. Aufl. 2006, § 5, Rn. 16.

44) Eine Zuständigkeit von Landesbehörden, insbesondere die Übertragungsmöglichkeit der Länderzuständigkeiten auf das EBA gem. § 5 Abs. 2 S. 2 AEG, bleibt vorliegend außer Betracht.

45) Die den Landesregulierungsbehörden gem. § 54 Abs. 2 EnWG zustehenden Kompetenzen sind indes durch die Begrenzung in S. 1, 2. Hs. weniger umfassend als die Zuständigkeit des EBA auf dem Eisenbahnsektor. Zudem obliegen den Landesregulierungsbehörden auch die miteinander zusammenhängenden Kompetenzen, nicht nur eine der miteinander vernetzten Kompetenzen. Eine Trennung der einzelnen Regulierungsinstrumente findet nicht statt.

46) § 8 Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, BGBl. I 2005, S. 1970, 2009 (im Folgenden: *BNetzAG*), § 60a EnWG.

47) § 1 Abs. 1 AEG nennt als Ziel dieses Gesetzes u.a. einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf der Schiene.

§§ 3 ff. EIBV wird Anbietern von Eisenbahnverkehrsleistungen ein diskriminierungsfreier Zugang zur Eisenbahninfrastruktur ermöglicht. Mittels der Entgeltregulierung gem. § 14 Abs. 4 AEG i.V.m. §§ 20 ff. EIBV⁴⁸⁾ wird dafür Sorge getragen, dass der Infrastrukturzugang zu für den Verkehrsanbieter ökonomisch sinnvollen Parametern erfolgt⁴⁹⁾. Die Durchsetzbarkeit dieser Instrumente wird durch den gesetzlichen Sofortvollzug nach § 37 AEG gestärkt⁵⁰⁾. Die komplementären Unbundling-Vorschriften der §§ 9, 9a AEG stellen schließlich durch eine Trennung der Infrastruktur- von der Verkehrsebene und den übrigen Geschäftsbereichen die notwendige Transparenz her und vermindern Diskriminierungsanreize, um eine diskriminierungsfreie Infrastrukturzugangsgewährung zu unterstützen⁵¹⁾. Sämtliche Regulierungsinstrumente sind im Hinblick auf ihre Effektivität und Eingriffsintensität zur Erreichung des in § 1 Abs. 1 AEG niedergelegten Ziels eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs auf der Schiene gemeinsam zu betrachten. Eine weite Auslegung und effiziente Durchsetzung des im AEG normierten Unbundling-Regimes verringert zum Beispiel bereits Diskriminierungs- und Missbrauchspotentiale bei der Infrastrukturzugangsgewährung seitens einer vormals gänzlich integrierten öffentlichen Eisenbahn. In Anbetracht dieser gegenseitigen Beeinflussung ist eine *enge Koordination* der Regulierungsinstrumente untereinander unerlässlich⁵²⁾. Auch das Zusammenspiel mit der Kontrolltätigkeit des Bundesrechnungshofes⁵³⁾ kann im Hinblick auf die Subventionierung der Eisenbahnen des Bundes für die Arbeit der Entgeltregulierer wesentlich sein, beispielsweise bei der Identifizierung der einzelnen Kostenpositionen.

2. Informationsfluss zwischen den Behörden

Die Überwachung der Einhaltung der Regulierungsinstrumente obliegt jedoch mit der BNetzA sowie dem EBA zwei Behörden. Da sich die insoweit institutionell aufgespaltenen, aber materiell vernetzten Tätigkeitsfelder überschneiden, enthalten § 14b Abs. 2 S. 2 bis S. 4 AEG Informations- und Stellungnahmenvorschriften. Nach Satz 2 teilen die BNetzA und das EBA einander die Informationen mit, die für die Erfüllung der jeweiligen Aufgabe von Bedeutung sein *können*. Wenn das EBA oder die BNetzA Kenntnis von der möglichen Relevanz einer Information für die Aufgabenerfüllung der jeweils anderen Behörde haben, so sind sie zu deren Mitteilung nach § 14b Abs. 2 S. 2 AEG gesetzlich verpflichtet⁵⁴⁾. Eine Konkretisierung des weit gestalteten Tatbestands, welche Informationen für eine Mitteilung in Betracht kommen, ergibt sich aus der Zuständigkeitsverteilung: Fällt beispielsweise bei der Überprüfung der Schienennetznutzungsbedingungen eine Klausel auf, die möglicherweise gegen §§ 9, 9a AEG verstößt, muss die BNetzA

48) Hierzu jüngst ausführlich *Koenig/Neumann/Schellberg*, WuW 2006, 139 ff.

49) Ein deutlich überhöhtes Entgelt würde den Infrastrukturzugang eines Eisenbahnverkehrsunternehmens schlimmstenfalls wirtschaftlich vollständig entwerten. Siehe hierzu im Rahmen der Telekommunikationsregulierung *Koenig/Loetz/Neumann*, Telekommunikationsrecht, 2004, S. 127, 141 f.

50) Die sofortige Vollziehbarkeit beispielsweise einer Anweisung zur Durchsetzung des Infrastrukturzugangs der BNetzA nach § 14c Abs. 1 AEG nimmt dem Infrastrukturbetreiber die Möglichkeit, dem Zugangspeten unter Ausnutzung langwieriger Rechtsstreitigkeiten den Zugang zu seiner Eisenbahninfrastruktur missbräuchlich zu verweigern. Vgl. zum gesetzlichen Sofortvollzug im Energiewirtschaftsrecht *Koenig/Rasbach*, Rechtsfragen zur regulatorischen Ausgestaltung des Netzzugangs bei Erdgas, 2004, S. 52 ff.

51) Hierzu für die Energiewirtschaft bereits *Koenig/Rasbach*, Rechtsfragen zur regulatorischen Ausgestaltung des Netzzugangs bei Erdgas, 2004, S. 50.

52) Siehe zur Komplementarität der Regulierungsinstrumente am Beispiel der Telekommunikations- und Energiewirtschaft bereits ausführlich *Koenig/Rasbach*, DÖV 2004, 733 ff.

53) Der Bundesrechnungshof prüft die Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes. Der Bundesrechnungshof überprüft damit auch Eisenbahnen des Bundes. In Deutschland werden insbesondere gem. § 8 BSWAG Investitionen in die Schienenwege der Eisenbahnen des Bundes – und damit de facto der DB AG – getätigt, deren Verwendung der Prüfung durch den Bundesrechnungshof bedarf.

54) Ebenso verstehen *Bartosch/Jaros*, WuW 2005, 15 (27) und *Kühling/Ernert*, NVwZ 2006, 33 (38), diese Informationsvorschrift als gesetzliche Pflicht. Denkbar ist ferner ein Ersuchen der einen an die andere Behörde um Informationsmitteilung im Wege der (informativischen) Amtshilfe, vgl. allgemein *Badura*, in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 37, Rn. 37 ff.

gem. § 14b Abs. 2 S. 2 AEG das EBA darauf hinweisen und die nötigen Informationen übermitteln. Die gesetzliche Pflicht zur Informationsmitteilung ist allerdings kaum effektiv durchsetzbar⁵⁵). Letztlich stellt die Vorschrift eine Empfehlung seitens des Gesetzgebers dar, deren Einhaltung bei den Behörden selbst liegt⁵⁶). Sowohl das EBA, als auch die BNetzA können lediglich durch Weisung seitens des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen im Wege der Fachaufsicht zur Einhaltung der Informationsvorgaben des § 14b Abs. 2 S. 2 AEG angehalten werden⁵⁷). Weitergehend *sollen* sich die Behörden gem. § 14b Abs. 2 S. 3, 4 AEG insbesondere über beabsichtigte Entscheidungen informieren, mit denen ein missbräuchliches oder diskriminierendes Verhalten von Eisenbahninfrastrukturunternehmen untersagt werden soll und einander vor Abschluss des Verfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme geben. Der Gesetzgeber hat auch an dieser Stelle eine gesetzliche Pflicht normiert, von der die Behörden jedoch in atypischen Fällen abweichen können⁵⁸). Mangels Durchsetzbarkeit ist diese Vorschrift ebenfalls als Empfehlung anzusehen⁵⁹). Denkbar ist wiederum eine Weisung des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen im Wege der Fachaufsicht⁶⁰). Selbst wenn der Adressat gegen die in dem entsprechenden Verfahren ergangene Verfügung vorgeht, begründet eine Verletzung der Pflicht aus § 14b Abs. 2 S. 3 AEG nicht die Rechtswidrigkeit der Verfügung und schon gar keine subjektive Rechtsverletzung⁶¹).

IV. Fazit

Der Gesetzgeber hat die Unbundling-Anforderungen in den §§ 9, 9a AEG detailliert ausdekliniert. Indes verliert sich in der Detailschärfe bisweilen die wünschenswerte Normenklarheit. Eine an den verschiedenen Unbundling-Formen orientierte Darstellung wie in den §§ 6 bis 10 EnWG wäre sinnvoll gewesen. Darüber hinaus wäre eine ausdrückliche Normierung des informatorischen Unbundling nicht zuletzt aus Erwägungen der Rechtssicherheit erforderlich gewesen. Ein auch das informatorische Unbundling einbeziehendes umfassendes Verständnis der Unbundling-Regelungen ist gerade in Anbetracht der Stoßrichtung des mit diesen Normen umgesetzten europäischen „Eisenbahnpakets“ unausweichlich. Das Konzept der „nachbarnetzwirtschaftlichen“ Energieregulierung zeigt, dass ein informatorisches Unbundling essentieller Teil eines umfassenden Unbundling-Konzepts ist. Die weitreichenden Unbundling-Vorgaben können

55) Eine gerichtliche Durchsetzbarkeit würde, da beide Behörden demselben Verwaltungsträger zugeordnet sind, zu einem Insiichprozeß führen. Auch wenn ein solcher nach *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 21, Rn. 28, nicht in jedem Fall ausgeschlossen ist, erscheinen hier keinerlei Befugnisse ersichtlich, die als subjektive Rechte der Behörde verstanden werden könnten, vgl. auch *Rudolf*, in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 52, Rn. 46 für den Fall eines Kompetenzkonflikts.

56) Auch *Gerstner*, in: Hermes/Sellner (Hrsg.), Beck'scher AEG Kommentar, 1. Aufl. 2006, § 14b, Rn. 30, spricht von einer „nicht formalisierten“ und „nicht zwingenden“ Informationspflicht.

57) Das EBA untersteht als Bundesoberbehörde gem. § 2 Abs. 1 BEVVG dem Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, so dass sich bereits hieraus die Weisungskompetenz des Ministeriums ergibt. Die BNetzA ist hingegen grundsätzlich nach § 1 S. 2 BNetzAG Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit. Allerdings unterliegt sie gem. § 4 Abs. 1 BEVVG hinsichtlich der Überwachung der Einhaltung der Rechtsvorschriften über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur der Fachaufsicht des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, so dass auch insofern die Weisungskompetenz vorliegt.

58) Vgl. allgemein *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 7, Rn. 11.

59) So auch wiederum *Gerstner*, in: Hermes/Sellner (Hrsg.), Beck'scher AEG Kommentar, 1. Aufl. 2006, § 14b, Rn. 31, wonach die Pflicht „nicht formalisiert“ und „nicht zwingend“ ist.

60) Die soeben gemachten Ausführungen zur Weisungskompetenz zu § 14b Abs. 2 S. 2 AEG beanspruchen auch an diesem Punkt Geltung.

61) In Betracht käme ein Verfahrensfehler der Verfügung aufgrund der Verletzung der Pflicht aus § 14b Abs. 2 S. 3, 4 AEG, zumindest wenn die Einholung der Stellungnahme gänzlich unterbleibt. Allerdings dürfte es sich lediglich um eine Ordnungsvorschrift handeln, deren Verletzung gerade nicht zu einem solchen Verfahrensfehler führt; so auch OLG Düsseldorf, MMR 2005, 542 (543) zu der in diesem Punkt vergleichbaren Vorschrift des § 48 S. 2 PostG. A.A. *Badura*, in: Gerstner/Lübbig (Hrsg.), Beck'scher PostG-Kommentar, München 2004, § 48, Rn. 10, der den Verfahrensfehler indes für i.d.R. unbeachtlich hält, § 46 VwVfG.

nach hiesigem Verständnis indes durchaus zur Herstellung eines wirksamen Wettbewerbs auf der Schiene einen wertvollen Beitrag leisten. Zweifelhaft ist jedoch, ob die §§ 9, 9a AEG die dafür dringend erforderliche Durchsetzungskraft mitbringen und sich in der Unternehmenswirklichkeit umsetzen lassen. Dies ist umso mehr zweifelhaft, als dass die divergierende Zuständigkeit der BNetzA sowie des EBA den materiellen Erkenntnissen des Zusammenwirkens der Regulierungsinstrumente entgegenstehen. Die Informations- und Stellungnahmeverpflichtungen des § 14b Abs. 2 S. 2 bis S. 4 AEG führen nicht zu einem durchsetzbaren Informationsfluss.