

## Abschrift

Orth Kluth Rechtsanwälte · Am Weidendamm 1 A · 10117 Berlin

Eisenbahnbundesamt  
- Referat 15 / Netzzugang -  
Vorgebirgsstraße 49  
53119 Bonn

Anselm Grün  
Dr. Patrick Ostendorf  
Tel.: +49 (30) 590099-613  
Fax.: +49 (30) 590099-623  
E-Mail: [anselm.gruen@orthkluth.com](mailto:anselm.gruen@orthkluth.com)  
[patrick.ostendorf@orthkluth.com](mailto:patrick.ostendorf@orthkluth.com)

Berlin, den 21. Oktober 2005  
Az. 00533-05/grü/grü

### Vertretung der DB Netz AG durch die Deutsche Bahn AG und ihre Mitarbeiter in zugangsrelevanten Angelegenheiten

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir zeigen an, dass uns das Netzwerk Privatbahnen e.V., Am Weidendamm 1 A, 10117 Berlin, beauftragt hat, Ihnen einen Verstoß der DB Netz AG gegen die Vorschrift des § 9a) AEG zur weiteren Verfolgung mitzuteilen.

#### I.

Nach Beobachtungen des Netzwerk Privatbahnen e.V. lässt sich die DB Netz AG in gerichtlichen und außergerichtlichen Rechtstreitigkeiten, in denen Entscheidungen über die Zuweisung von Zugtrassen und Wegeentgelte betroffen sind, von Mitarbeitern der Deutschen Bahn AG vertreten. Wir verweisen hinsichtlich einer entgeltrelevanten Entscheidung exemplarisch auf das von Ihnen abgeschlossene Verfahren mit dem Aktenzeichen 15 Nz 043-04, das inzwischen dem Verwaltungsgericht Köln unter dem Aktenzeichen 11 K 2670/05 zur gerichtli-

#### Rechtsanwälte Düsseldorf

Dr. Robert Orth\*\*  
Dr. Peter Kluth\*\*  
Dr. Guido Matthey\*\*<sup>1</sup>  
Dr. Gary Klaft\*\*  
Dr. Marc Henze  
Dr. Julius Böckmann  
Dr. Philipp Mels\*\*  
Dr. Ulla Kelp\*\*<sup>1</sup>  
Dr. Verena Ventsch  
Boris Körner  
Lothar Kleingers  
Dr. Lars Karsten  
Caroline Schlienkamp  
Reinhard Fischer  
Sonja Ruland  
Boxi Xie  
Dr. Karl-Heinz Mücher\*

#### Rechtsanwälte Berlin

Anselm Grün  
Jan Freigang, M.Sc. (LSE)  
Dr. Barbara Fröndhoff, LL.M. (London)  
Dr. Patrick Ostendorf, LL.M. (London)  
Dr. Nils Neumann, LL.M. (D.E.A.)

#### Rechtsanwälte München

Dr. Daniela Otten  
Nicholas Storm

#### In Zusammenarbeit mit

Hansen · Schotenroehr · Müller · Voets  
Wirtschaftsprüfer · Steuerberater

\*zugelassen nur beim OLG

\*\*zugelassen auch beim OLG

<sup>1</sup>zugleich Fachanwalt für Arbeitsrecht

chen Entscheidung vorliegt. Ein Beispiel in Bezug auf eine verwaltungsverfahrensrechtliche Vertretung in einer Zugangsentscheidung ist das von Ihnen geführten Verfahren zu Nutzungskonflikten bei der Trassenvergabe, das von dem Verwaltungsgericht Köln unter dem Aktenzeichen 11 L 882/05 im vorläufigen Rechtsschutz entschieden worden sind.

## II.

Die Vertretung oder Beratung der DB Netz AG durch die Deutsche Bahn AG oder durch angestellte Mitarbeiter der Deutschen Bahn AG in der außergerichtlichen Korrespondenz, in Verwaltungsverfahren oder in Gerichtsverfahren ist nach § 9a) Abs. 1 AEG unzulässig, sofern sich die Vertretung inhaltlich auf Entscheidungen der DB Netz AG über die Zuweisung von Zugtrassen und/oder Wegeentgelte bezieht.

### 1.

Nach § 9a) Abs. 1 Satz 1 AEG müssen öffentliche Betreiber der Schienenwege rechtlich, organisatorisch und *in ihren Entscheidungen* unabhängig sein, soweit Entscheidungen über die Zuweisung von Zugtrassen oder über Wegeentgelte betroffen sind. Zu diesem Zweck sind gemäß § 9a) Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AEG Entscheidungen über die Zuweisung von Zugtrassen und Entscheidungen über die Wegeentgelte *nur von dem Personal des Betreibers der Schienenwege zu treffen, das keine Funktion in Eisenbahnverkehrsunternehmen oder mit diesen verbundenen Unternehmen ausübt.*

### 2.

Sofern die Deutsche Bahn AG und/oder Mitarbeiter der Deutschen Bahn AG die DB Netz AG in Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren oder in der außergerichtlichen Korrespondenz vertreten oder beraten und sich diese Vertretung oder Beratung auf Entscheidungen über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur oder das dafür zu entrichtende Entgelt bezieht, verstößt diese Vertretung oder Beratung gegen § 9a) Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AEG: Die Tätigkeit der DB Netz AG hat den Betrieb, den Bau und die Unterhaltung der Schienenwege zum Gegenstand und sie ist nach § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG zum Zugang verpflichtet, so dass es sich bei ihr gemäß § 2 Abs. 3a) AEG, § 3 Abs. 1 Nr. 2 AEG um einen öffentlichen Betreiber der Schie-

nenweg i.S.d. § 9a) AEG handelt. Die Mitarbeiter der Deutschen Bahn AG sind jedoch im Gegensatz zu der in § 9a) Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AEG angeordneten Trennung Personen, die zugleich Funktionen in Eisenbahnverkehrsunternehmen oder mit diesen verbundenen Unternehmen ausüben. Denn die Deutsche Bahn AG betreibt über ihre Tochtergesellschaften Railion AG, DB Fernverkehr AG und DB Regio AG Eisenbahnverkehrsunternehmen, mit denen sie gemäß § 15 i.V.m. § 16 Aktiengesetz verbunden ist.

**3.**

Sofern die Deutsche Bahn AG und/oder ihre Mitarbeiter die DB Netz AG in der außergerichtlichen Korrespondenz, in Verwaltungsverfahren oder in Gerichtsverfahren vertreten oder beraten und sich diese Beratung oder Vertretung inhaltlich auf Entscheidungen der DB Netz AG über die Zuweisung von Zugtrassen und/oder Wegeentgelte bezieht (vgl. die unter I. benannten Beispiele), handelt es sich um eine unzulässige Mitwirkung an derartigen Entscheidungen im Sinne des § 9a) Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 3 AEG.

**a.**

Bei den „Entscheidungen“ im Sinne des §9 a) Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 3 AEG handelt es sich zunächst um die ursprünglichen Maßnahmen, mit denen der Infrastrukturbetreiber Trassenpreise und Nutzungsbedingungen festlegt, Trassenzuweisungen konkret vornimmt (auch in Form der Ablehnung) und Entgelte von den Nutzern erhebt.

**b.**

Zu den „Entscheidungen“ im Sinne der genannten Vorschrift zählen aber auch alle Maßnahmen, mit denen die soeben geschilderten ursprünglichen Maßnahmen (Trassenpreisfestlegung, Entgelterhebung, Zuweisung von Trassen, etc.) aufgehoben, modifiziert oder nach einer nachträglichen Infragestellung bestätigt werden. Denn auch in diesen Fällen ergeht ein Willensakt über zugangsrelevante Umstände. Auch derartige Entscheidungen dürfen daher nach den benannten Vorschriften allein bei der DB Netz AG getroffen werden.

Durch die Bevollmächtigung zur Einlegung von Widersprüchen gegen einschlägige Entscheidungen der Regulierungsbehörde im verwaltungsrechtlichen Vorverfahren sowie der

Möglichkeit von Anerkenntnis, Verzicht und vergleichswisen Lösungen mit Wirkung für die DB Netz AG im gerichtlichen Verfahren erhalten die Deutsche Bahn AG bzw. ihre Mitarbeiter jedoch eigenständige Entscheidungsbefugnisse im Außenverhältnis und damit unmittelbaren Einfluss auf Fortbestand oder Modifizierung zugangsrelevanter Entscheidungen der DB Netz AG. Wir verweisen exemplarisch auf eine in der Vergangenheit vorgelegte Vollmacht eines Mitarbeiters der Deutschen Bahn AG in einer entgeltrelevanten Auseinandersetzung (konkret ging es um die Auslegung der Ziffer 5.5 des Trassenpreissystems mit Stand 2004), die den benannten Mitarbeiter zur Vertretung in allen gerichtlichen und außergerichtlichen Rechtsangelegenheiten berechtigt und die die Befugnis umfasst, für die DB Netz AG in gerichtlichen Verfahren alle Prozesshandlungen vorzunehmen sowie rechtsverbindliche Erklärungen abzugeben oder entgegenzunehmen, insbesondere den Rechtsstreit durch Vergleich, Verzicht oder Anerkenntnis zu beenden (vgl. **Anlage**).

Dass derartige Mitwirkungen und daraus resultierende Interessenkollisionen nicht nur rein theoretischer Natur sind, zeigt das von uns oben unter I. aufgeführte Beispiel, in dem die DB Netz AG in einem Verwaltungsverfahren vor dem Eisenbahn-Bundesamt, in dem konfligierende Nutzungen zweier Zugangsberechtigter in Streit standen, von Mitarbeitern der Deutschen Bahn AG vertreten worden ist. Die entsprechenden Mitarbeiter haben vor dem Eisenbahn-Bundesamt zu Gunsten sowohl der DB Netz AG als auch eines zur DB-Gruppe gehörigen Eisenbahnverkehrsunternehmens und zu Lasten eines DB-unabhängigen Eisenbahnverkehrsunternehmens argumentiert.

**c.**

Gleichermaßen gegen § 9 a) Abs. 1 AEG verstößt eine Beratung der DB Netz AG durch die Deutsche Bahn AG oder ihre Mitarbeiter im Vorfeld von Entscheidungen der DB Netz AG in den genannten Bereichen Entgeltregulierung, Trassennutzung und Entscheidungen über den Netzfahrplan, da eine solche Beratung bereits die Entscheidungsfindung unmittelbar beeinflusst. Bei dem Merkmal der „Entscheidung“ im Sinne des § 9 a) Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 3 AEG ist zu unterscheiden zwischen einem formellen und einem materiellen Element. Bei der „formellen Entscheidung“ geht es um die sprachliche und körperliche Artikulation nach außen, um den Akt der Entscheidung und seinen Vollzug. Die „materielle Entscheidung“ hin-

gegen betrifft die interne Willensbildung, den zu fassenden Entschluss. Auch und gerade an der „materielle Entscheidung“ über Zugangsmaßnahmen und Entgelte dürfen nach den gesetzlichen Vorgaben keine Personen außerhalb der DB Netz AG mitwirken, die in Verbindung mit einem Eisenbahnverkehrsunternehmen stehen. Denn Sinn und Zweck der in § 9 a) Abs. 1 AEG getroffenen Regelungen ist es, zugangsrelevante Entscheidungen des öffentlichen Betreibers der Schienenwege durch entsprechende institutionalisierte Regelungen nicht durch Interessen von solchen Eisenbahnverkehrsunternehmen beeinflussen zu lassen, die gesellschaftsrechtlich mit dem Infrastrukturunternehmen verbunden sind und die im unmittelbaren Wettbewerb mit anderen Adressaten von zugangsrelevanten Entscheidungen des Infrastrukturunternehmens stehen.

### III.

Im Ergebnis ist festzustellen, dass die Beratung oder Vertretung der DB Netz AG durch die Deutsche Bahn AG oder durch angestellte Mitarbeiter der Deutschen Bahn AG in der außergerichtlichen Korrespondenz, in Verwaltungsverfahren und in Gerichtsverfahren gegen § 9 a) Abs. 1 AEG verstößt, sofern sich die Beratung oder Vertretung inhaltlich auf Entscheidungen der DB Netz AG über die Zuweisung von Zugtrassen und/oder Weegeentgelte bezieht. In der Rechtsfolge können sowohl die Eisenbahnaufsicht nach § 5a) Abs. 2 i.V.m. § 5 Abs. 1 Nr. 1 AEG (dazu unter 1.) als auch die Regulierungsbehörde (bzw. während der Übergangszeit das Referat Netzzugang des Eisenbahn-Bundesamtes) nach § 14c) Abs. 1 AEG (dazu unter 2.) entsprechende Untersagungsbescheide aussprechen.

#### 1.

Die Untersagungsbefugnis der Eisenbahnaufsicht ergibt sich aus der umfassenden Ermächtigungsnorm des § 5a) Abs. 2 AEG, nach der die Eisenbahnaufsicht alle Maßnahmen treffen kann, die zur Beseitigung von Verstößen gegen die in § 5 Abs. 1 AEG genannten Vorschriften erforderlich sind. Zu den insoweit erfassten Vorschriften zählen durch die Bezugnahme auf „dieses Gesetz“ in § 5 Abs. 1 Nr. 1 AEG auch § 9a) Abs. 1 AEG. Gemäß § 9a) Abs. 2 Satz 2 AEG sind Verträge eines öffentlichen Betreibers der Schienenwege von der Eisenbahnaufsicht zudem zwingend zu untersagen, falls sie nach dem 1. November 2005 dem in § 9a) Abs. 1 AEG normierten Trennungsgebot entgegenstehen. Es ist davon auszugehen,

dass die Vertretung der DB Netz AG durch die Deutsche Bahn AG und/oder ihre Mitarbeiter auf der Grundlage entsprechender Geschäftsbesorgungsverträge erfolgt. Diese Verträge müssen daher bis zum 1. November 2005 beendet oder durch die Eisenbahnaufsicht untersagt werden.

2.

Die Untersagungsbefugnis der Regulierungsbehörde ergibt sich aus § 14 c) Abs. 1 AEG. Danach kann die Regulierungsbehörde in Wahrnehmung ihrer Aufgaben gegenüber öffentlichen Eisenbahninfrastrukturunternehmen die Maßnahmen treffen, die zur Beseitigung festgestellter Verstöße und zur Verhütung künftiger Verstöße gegen die *Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur* erforderlich sind. Bei dem hier verletzten § 9a) Abs. 1 AEG handelt es sich um derartige Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur, da sie explizit die Entscheidungskompetenz über zugangsrelevante Entscheidungen regeln und dazu dienen, einen diskriminierungsfreien Zugang zu gewährleisten. Insofern besteht eine konkurrierende Zuständigkeit der Regulierungsbehörde und der Eisenbahnaufsicht.

Mit freundlichen Grüßen

  
Anselm Grün  
Rechtsanwalt

  
Dr. Patrick Ostendorf  
Rechtsanwalt