

update

Europäisches Eisenbahnrecht in Deutschland nicht ordnungsgemäß umgesetzt

Mai 2006

Netzwerk Privatbahnen beschwert sich bei der Europäischen Kommission

Das Europäische Recht verlangt die Trennung von Eisenbahninfrastruktur und Eisenbahnverkehr. Dahinter steht die Überlegung, dass ein diskriminierungsfreier Zugang zum Schienennetz für Wettbewerber nur dann sichergestellt ist, wenn der Netzbetreiber selbst keinen Eisenbahnverkehr anbietet. In Deutschland wurden diese europäischen Vorgaben nur unzureichend im Allgemeinen Eisenbahngesetz berücksichtigt. Das Netzwerk Privatbahnen hat daher Beschwerde bei der Europäischen Kommission wegen fehlerhafter Umsetzung der europäischen Richtlinien eingelegt.

I. Europarechtlicher Hintergrund

Kern des ersten Eisenbahnpakets, mit dem der europäische Gesetzgeber die "Wiederbelebung der Eisenbahnen" bezweckt, ist die Sicherstellung eines diskriminierungsfreien Zugangs zur Schieneninfrastruktur. Um diesen Zugang zu gewährleisten, enthalten die Richtlinien 2001/12/EG und 2001/14/EG (ABl. EG 2001, Nr. L 75, S. 1ff. und 29ff.) das Gebot, die Bereiche Eisenbahnverkehr und Eisenbahninfrastruktur zu trennen. Danach darf ein Unternehmen, das den Eisenbahnverkehrsunternehmen Trassen zuweist und Trassenpreise festsetzt, selbst keine Eisenbahnverkehrsleistungen erbringen. Konkret heißt es in den Richtlinien, dass dann, wenn der Netzbetreiber von Eisenbahnverkehrsunternehmen nicht unabhängig ist, Trassenzuweisung und Trassenpreisfestsetzung von Stellen wahrgenommen werden müssen, die "rechtlich,

organisatorisch und in ihren Entscheidungen von Eisenbahnunternehmen unabhängig“ sind. Die Richtlinien eröffnen dem nationalen Gesetzgeber damit ein Wahlrecht: Die Trennung kann einerseits durch eine vollständige, institutionelle Herauslösung der Eisenbahninfrastruktur aus dem integrierten Eisenbahnunternehmen erreicht werden. Möchte der Mitgliedstaat dagegen an der Struktur eines vertikal integrierten Unternehmens festhalten, das sowohl Eisenbahnverkehrsleistungen anbietet als auch die entsprechende Infrastruktur betreibt, so muss er jedenfalls die Bereiche Trassenzuweisung und Trassenpreisbestimmung auf unabhängige Stellen übertragen.

II. Fehlerhafte Umsetzung des Trennungsgebots im deutschen Recht

Die geltenden Vorschriften des deutschen Eisenbahnrechts missachten dieses Trennungsgebot und ebnen damit den Weg für eine Konzernstruktur des ehemaligen staatlichen Monopolunternehmens, die der Entwicklung eines offenen Eisenbahnmarktes entgegensteht.

§ 9a des deutschen Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG), der die Unabhängigkeit des Netzbetreibers sicherstellen soll, sieht nicht vor, dass Eisenbahnverkehr und Eisenbahninfrastruktur institutionell zu trennen sind. Er bestimmt aber auch nicht, dass Trassenzuweisung und Trassenpreisfindung auf unabhängige, d.h. konzernexterne Stellen übertragen werden müssen.

Der deutsche Gesetzgeber hat sich statt dessen für einen dritten Weg entschieden: Er versucht, die europarechtlich geforderte Unabhängigkeit des Schienennetzbetreibers herzustellen, indem er vertikal integrierten Eisenbahnunternehmen wie der Deutschen Bahn AG einerseits vorschreibt, die Eisenbahninfrastruktur auf eine gesonderte (Konzern-)gesellschaft auszugliedern. Andererseits bestimmt § 9a Abs. 1 AEG, dass unternehmensinterne sog. “Chinese Walls” errichtet werden, durch die personelle Überschneidungen und Weisungsrechte Dritter in den für den Netzzugang wesentlichen Bereichen verhindert werden sollen. So muss in Verträgen des Netzbetreibers mit Dritten die organisatorische Selbständigkeit des Schienennetzbetreibers sichergestellt sein. Außerdem ist vorgesehen, dass der Netzbetreiber bei Entscheidungen über Netzfahrplan, Trassenzuweisung und Trassenpreise keiner Weisung Dritter unterliegt; die Entscheidungen dürfen ausdrücklich nur von Personen getroffen werden, die keine Funktionen in Eisenbahnverkehrsunternehmen oder mit diesen verbundenen Unternehmen ausüben. Um die Unabhängigkeit des Netzbetreibers sicherzustellen, sollen unternehmensinterne Regelungen geschaffen und veröffentlicht werden, die die Pflichten der Mitarbeiter konkretisieren. Schließlich bestimmt § 9a Abs. 1 AEG, dass die Aufsichtsräte der in einem Konzern miteinander verbundenen Eisenbahninfrastruktur- und Eisenbahnverkehrsunternehmen getrennt zu besetzen sind.

III. Mit dieser Umsetzung wird der deutsche Gesetzgeber den Anforderungen der europäischen Richtlinien nicht gerecht

Die im AEG zur Sicherstellung einer unabhängigen Trassenzuweisung und Trassenpreisfindung vorgesehenen Maßnahmen gewährleisten den von den Richtlinien bezweckten diskriminierungsfreien Zugang zum Schienennetz nicht. Die Unabhängigkeit des Netzbetreibers - "rechtlich, organisatorisch und in seinen Entscheidungen" - ist durch die Regelungen des § 9a AEG nicht sichergestellt.

Im Einzelnen:

*** Das AEG verwendet unpräzise Rechtsbegriffe.**

So ist z.B. unklar, ob das deutsche Eisenbahnrecht eine "Entherrschung" der DB Netz AG von ihrer Konzernmutter durch sog. Entherrschungsverträge verlangt. § 9a Abs. 1 Nr. 2 AEG verlangt, dass Verträge mit "Dritten" so zu gestalten sind, dass die "organisatorische Selbständigkeit" des Netzbetreibers gewährleistet ist. Ob die Konzernmutter in diesem Sinne als "Dritte" bezeichnet werden kann, ist aber zweifelhaft. Folgt man der von der DB AG vertretenen Ansicht, dass Konzerngesellschaften eine wettbewerbsrechtliche Einheit darstellen und sich daher nicht als Dritte gegenüberstehen, müssten bestehende Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträge nicht aufgehoben werden. Die Konzernmutter könnte dann weiterhin die Geschäftspolitik des Netzbetreibers festlegen und beispielsweise Vorgaben zu dessen Rentabilität machen sowie die konkreten Investitionsentscheidungen beeinflussen. Eine unternehmerische Selbständigkeit des Netzbetreibers ist dadurch gefährdet.

Wer als "Dritter" bezeichnet werden kann, ist auch in Bezug auf die Weisungsfreiheit von "Dritten" fraglich: Das Weisungsverbot könnte auch die Konzernholding und die Eisenbahnverkehrsunternehmen als Konzernschwestern umfassen - zwingend ist diese Auslegung allerdings nicht.

Der Wortlaut von § 9a AEG lässt außerdem zu, dass ein Aufsichtsratsmitglied des Infrastrukturbetreibers zugleich Vorstandsmitglied der Muttergesellschaft ist bzw. dass eine Person in beiden Unternehmen dem Vorstand angehört. Die dadurch möglichen personellen Überschneidungen verhindern eine effektive Trennung der Bereiche Schiene und Eisenbahnverkehr. Wesentliche, das Tagesgeschäft betreffende Entscheidungen können so zwischen dem Netzstrukturbetreiber und der Holding im Interesse der mit dieser verbundenen Eisenbahnverkehrsunternehmen abgestimmt werden.

*** Die im AEG vorgesehenen Regelungen zur Trennung des Netzbetreibers von Eisenbahnverkehrsunternehmen beschränken sich unzulässig auf das Schienennetz "außerhalb von Serviceeinrichtungen".**

Die in § 9a AEG vorgesehenen Maßnahmen zur Trennung des Schienennetzes vom Eisenbahnverkehr betreffen nur "öffentliche Betreiber der Schienenwege". Ausdrücklich nicht erfasst sind Schienenwege "in Serviceeinrichtungen". Dazu zählen beispielsweise Güter-, Personen- und Rangierbahnhöfe sowie Einrichtungen für die Brennstoffaufnahme, Abstellgleise und Wartungseinrichtungen. Eine derartige

Differenzierung und Ausklammerung wesentlicher Netzbereiche aus den Trennungsmaßnahmen verstößt gegen Europarecht.

- * **Das AEG enthält keine effektiven Instrumentarien zur Durchsetzung des Trennungsgebotes und Sicherstellung eines diskriminierungsfreien Zugangs zum Schienennetz.**

Das deutsche Eisenbahnrecht sieht keine ausreichenden Instrumentarien vor, um die Trennung von Schienennetz und Eisenbahnverkehr und damit verbunden einen diskriminierungsfreien Zugang zum Schienennetz auch gegen den Willen der Eisenbahnunternehmen durchzusetzen. Das AEG bestimmt lediglich, dass die zuständigen Behörden im Falle eines Verstoßes gegen die Vorschriften des Eisenbahnrechts einschreiten "können"; d.h. zugleich, dass sie nicht dazu verpflichtet sind, die erforderlichen Maßnahmen zur Beseitigung und Verhütung von Verstößen zu treffen. Private Wettbewerber haben also keinen rechtlich durchsetzbaren Anspruch darauf, dass die Behörden tätig werden. Eine effektive Durchsetzung der gesetzlichen Bestimmungen wird außerdem dadurch erschwert, dass die Überwachung des Trennungsgebots zwischen unterschiedlichen Behörden aufgeteilt ist - dem Eisenbahn-Bundesamt und der Bundesnetzagentur.

IV. Fehlerhafte Umsetzung der europarechtlichen Entgeltgrundsätze

Der deutsche Gesetzgeber hat außerdem die im Europäischen Recht enthaltenen Entgeltgrundsätze fehlerhaft umgesetzt: Die Richtlinien bestimmen insoweit, dass das Entgelt für die Schienennutzung grundsätzlich in Höhe der Kosten festzusetzen ist, die beim Zugbetrieb unmittelbar anfallen, sog. Grenzkosten. Nur ausnahmsweise sollen über diese Betriebs- und Instandhaltungskosten hinaus Aufschläge erhoben werden können, mit denen der Netzbetreiber die Kosten für die Errichtung des Schienennetzes berücksichtigt, um so eine volle Kostendeckung zu erreichen, sog. Vollkosten. Das AEG verkehrt dieses Regel-Ausnahme-Prinzip in sein Gegenteil: Gemäß § 14 Abs. 4 AEG müssen Netzbetreiber ihre Entgelte so bemessen, dass die ihnen "insgesamt" für die Erbringung der Schienenleistungen entstehenden Kosten ausgeglichen werden. Damit sollen im Regelfall auch die Kosten für den Bau des Schienennetzes umgelegt werden können. Zugleich ist nicht sichergestellt, dass bei der Festsetzung der "insgesamt" entstehenden Kosten des Netzbetreibers auch staatliche Infrastruktursubventionen berücksichtigt werden. Die für den Bau des Schienennetzes anfallenden Kosten können so "doppelt" erwirtschaftet werden: einerseits durch staatliche Subventionen und andererseits durch Berücksichtigung bei den Schienenwegeentgelten.

V. Fehlerhafte Umsetzung der Richtlinien eröffnet Diskriminierungspotential

Die fehlerhafte Umsetzung der europäischen Richtlinien eröffnet ein erhebliches Diskriminierungspotential für vertikal integrierter Eisenbahnunternehmen. Weil die Trennung von Schieneninfrastruktur und Eisenbahnverkehr nur unzureichend gewährleistet ist, kann

die Konzernmutter eines vertikal integrierten Eisenbahnunternehmens weiterhin erheblichen Einfluss auf die Geschäftspolitik des Netzstrukturbetreibers ausüben. Davon sind insbesondere Entscheidungen über Investitionen im Schienennetz betroffen.

Faktisch hat der integrierte Konzern einen kaum kontrollierbaren Ermessensspielraum bei der Entscheidung über den Einsatz öffentlicher Infrastrukturmittel. Die Erfahrung der vergangenen Jahre zeigt, dass diese "Priorisierungsmacht" gegenüber den Ländern bei der wettbewerbsfreien Akquisition von Verkehrsverträgen im öffentlichen Nahverkehr genutzt wird. Die wettbewerbsfreie Zuwendung von Nachverkehrsaufträgen geschieht typischerweise im Austausch gegen Zusagen des vertikal integrierten Bahnunternehmens, bestimmte Investitionsprojekte in dem jeweiligen Bundesland durchzuführen. Diese Praxis der Direktvergabe gekoppelt mit infrastrukturellen Zusagen verstößt gegen Europarecht, weswegen die Europäische Kommission auch bereits ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland eingeleitet hat.

VI. Ergebnis

Der deutsche Gesetzgeber hat das europäische erste Eisenbahnpaket nicht ordnungsgemäß umgesetzt. Eine effektive Trennung von Eisenbahninfrastruktur und Eisenbahnverkehr ist durch das geltende Allgemeine Eisenbahngesetz nicht gewährleistet. Der "effet utile", d.h. die praktische Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts ist daher gefährdet. Damit diese europarechtswidrige Lage, die ein erhebliches Diskriminierungspotential in sich birgt, nicht durch einen integrierten Börsengang der DB AG mit Netz zementiert wird, ist ein Tätigwerden der Europäischen Kommission erforderlich. Nur so kann im deutschen Eisenbahnmarkt ein diskriminierungsfreier Zugang zur Infrastruktur sichergestellt werden.

Die Informationen in diesem Update sind nicht auf konkrete Sachverhaltsgestaltungen übertragbar und ersetzen nicht die anwaltliche Beratung im Einzelfall.

Hogan & Hartson Raue LLP ist das Deutschlandbüro der internationalen Rechtsanwaltssozietät Hogan & Hartson LLP. Hogan & Hartson hat seinen Hauptsitz in Washington D.C. Spezialgebiet der Sozietät ist die Beratung von Unternehmen "at the intersection between government and business" Im Update informiert Hogan & Hartson Raue LLP über neueste Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung.

Für weitere Informationen wenden Sie sich bitte an:



Dr. Eckhard Bremer

+49 (0)30 726 115 - 353

EBremer@hhlaw.com

(Jahrgang 1957), ist Partner der Sozietät Hogan & Hartson Raue. Er gehört zu den gefragten Experten zum Wettbewerb auf den Schienen- und Nahverkehrsmärkten, mit Schwerpunkt im Kartellrecht, Vergaberecht, Beihilferecht, Eisenbahn- und Personenbeförderungsrecht. Dr. Bremer war nach dem Studium in Freiburg i.Br., Göttingen und an der Harvard Universität (LL.M. 1987) zunächst als wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg tätig. Dort arbeitete er als Assistent von Prof. Dr. Ernst-Joachim Mestmäcker, dem früheren Vorsitzenden der Monopolkommission. In der Forschungsgruppe "Law & Economics of International Telecommunication" sammelte er Erfahrungen in anderen regulierten Industrien, in denen er heute anwaltlich berät (Medien, Telekommunikation, Energie, Banken).