

DIE UMSTRUKTURIERUNG DER ÖBB AUS DER SICHT DES WETTBEWERBSRECHTS

VORTRAG IM RAHMEN DES ARBEITSAUSSCHUSSES FÜR VERKEHRSRECHT, WIEN, 22.4.2005

Arno Kahl

ABSTRACT

Mit dem BahnstrukturG 2003 wurden die Österreichischen Bundesbahnen (ÖBB) in eine Holding umstrukturiert. Dies wurde von der damaligen großen Oppositionspartei heftig kritisiert. Keine Rolle in dieser politischen Diskussion spielten die einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen in Gestalt verschiedener Richtlinien, die auf die Liberalisierung des Eisenbahnsektors abzielten. Der Vortrag geht der Frage nach, ob die Umstrukturierung der ÖBB in eine Holding durch das Gemeinschaftsrecht gefordert war und ob die gewählte Konstruktion gemeinschaftsrechtskonform ist.

1. EINLEITUNG

Folie 1

Ich werde heute einige Aspekte der Umstrukturierung der ÖBB aus wettbewerbsrechtlicher Sicht beleuchten. Das „Recht der Eisenbahnen“ ist mittlerweile in erheblichem Ausmaß durch gemeinschaftliches Sekundärrecht geprägt. Bevor wettbewerbsrechtliche Überlegungen im Zusammenhang mit der Umstrukturierung der ÖBB angestellt werden können, ist es erforderlich, einige Bestimmungen der einschlägigen Richtlinien darzustellen, die zur zunehmenden Marktöffnung im Bereich des Schienenverkehrs führen. Dabei geht es nicht um eine umfassende Nachzeichnung der Liberalisierung, sondern um die Untersuchung spezifischer Bestimmungen, die einen Einfluss auf die Organisation und damit die Umstrukturierung der ÖBB haben bzw haben können. Es geht daher auch nicht um die Beleuchtung wettbewerbsrechtlicher Problembereiche, die mit der Umstrukturierung nicht zusammenhängen, sondern im Bereich der Eisenbahnliberalisierung sozusagen „allgemein“ zu beobachten sind. Daraus ergibt sich eine wesentliche Einschränkung des Themas.

Mit den angesprochenen Bestimmungen hängt die grundlegende Frage zusammen, ob die Umstrukturierung der ÖBB rechtlich geboten oder – wie man in die Umstrukturierung begleitenden Diskussionen auch gehört hat – ausschließlich politisch motiviert war, oder aber, ob

diese Umstrukturierung vielleicht sogar gar nicht weit genug gegangen ist.

2. DIE TRENNUNG VON INFRASTRUKTURBETRIEB UND ABSATZ

2.1. Als Voraussetzung für Wettbewerb

Die Liberalisierung der so genannten Infrastruktursektoren ist nur im Dienstebereich möglich. Der Netzbereich stellt – nicht zuletzt mangels sinnvoller Duplizierbarkeit – überwiegend jeweils ein „natürliches Monopol“ dar. Auf der Netzebene (Strom-, Gas- und Telekommunikationsleitungen, Leitungen für O-Busse, U-Bahnschienen) scheidet daher Wettbewerb – abgesehen von der Möglichkeit, den Infrastrukturbetrieb periodisch auszuschreiben – in aller Regel aus. Wettbewerb ist allerdings auf der Diensteebene, also im Rahmen der Nutzung dieser Infrastruktureinrichtungen, möglich. Dafür muss diskriminierungsfreier Netzzugang gewährt, der Monopolbereich Infrastruktur also für Wettbewerber – unter der Aufsicht entsprechender Regulierungsbehörden – geöffnet werden.

Als Voraussetzung für eine derartige Marktöffnung gilt die Trennung vom Betrieb der Infrastruktur einerseits und von der Erbringung der jeweiligen Dienstleistungen, in unserem Fall Schienenverkehrsdiensten, andererseits. Dass das europäische „Infrastruktursektoren-Liberalisierungsrecht“ regelmäßig Bestimmungen über diese Trennung enthält, zählt zum juristischen Allgemeinwissen.

Für mein Thema heute interessiert, wie diese Bestimmungen im Bereich des Schienenverkehrs ausgestaltet sind. Denn dann lässt sich die Frage beantworten, ob es auch heute noch zulässig bzw sinnvoll wäre, die ÖBB nicht als Holding, sondern als ausgegliederte, im Eigentum des Bundes stehende und vom Bundeshaushalt losgelöste Gesellschaft sui generis zu führen, mit eigener Rechtspersönlichkeit, aber ohne die Zuordnung der verschiedenen Unternehmensbereiche zu eigenen, nach außen in Form von Kapitalgesellschaften als selbstständige Organisationseinheiten in Erscheinung tretenden Einheiten, wie dies vor der Umstrukturierung der Fall war.

ownership unbundling – die wettbewerbliche Idealvorstellung.

2.2. Arten der Trennung

Folie 2

Nach deren „Tiefenwirkung“ können verschiedene Arten der Trennung von Infrastruktur- und Absatzbereich unterschieden werden, die unterschiedlich wettbewerbsintensiv sind.

- Die rechnerische Trennung setzt bei der Finanzbuchhaltung bzw der Kostenrechnung an; es erfolgt lediglich eine kostenrechnerische Unterteilung der Bereiche. Beide Bereiche sind in einem gemeinsamen Unternehmen integriert. Bei dieser Trennungsart bleibt die Gefahr der Diskriminierung Dritter beim Netzzugang beinahe vollständig bestehen. Die besondere Gefahr besteht darin, dass der Infrastrukturbetreiber Kosten der eigenen Transportsparten auf den Infrastrukturbereich überträgt und so Wettbewerbern im Ergebnis überhöhte Netzkosten angelastet werden. Dieser Gefahr der Quersubventionierung kann bei rein rechnerischer Trennung kaum entgegengewirkt werden.
- Als Mindestbedingung für die Schaffung eines diskriminierungsfreien Netzzugangs wird daher die organisatorische Trennung der Bereiche Infrastruktur und Absatz gesehen. Die organisatorische Trennung verschärft die rechnerische Trennung insoweit, als innerhalb eines Unternehmens ein eigenverantwortlicher – kosten- und ergebnisverantwortlicher – Geschäftsbereich Fahrweg eingerichtet wird. Der Infrastrukturbetreiber ist allerdings auch bei dieser Konstruktion zugleich auch als Diensteanbieter tätig, weshalb auch bei einer organisatorischen Trennung Diskriminierungen zu befürchten sind. Vor ihrer Umstrukturierung in eine Holding waren bei den ÖBB der Bereich Erbringung der Verkehrsleistung und Infrastruktur einschließlich der Funktion als Fahrwegbetreiber und Zuweisungsstelle organisatorisch und rechnerisch – innerhalb der ÖBB als Gesellschaft sui generis – voneinander getrennt. Das Schienennetz wurde vom „ÖBB-Bereich Infrastruktur“ verwaltet und betrieben (zB Trassenvergabe, Benützungsentgeltberechnung und -einhebung).
- Am besten wird eine diskriminierungsfreie Trassenvergabe durch eine institutionelle Trennung von Netz und Betrieb gewährleistet. Die Bereiche befinden sich dann in verschiedenen Unternehmen, die möglichst auch finanziell nicht miteinander verflochten sind. Dies ist – abgesehen vom so genannten, in jüngster Zeit von der Kommission im Bereich der Energieversorgung angedachten

3. WETTBEWERBSRECHTLICHE ASPEKTE DER TRENnung VON INFRASTRUKTUR UND ABSATZ UND DER EINRÄUMUNG VON ZUGANGSRECHTEN

3.1. Der Werdegang der RL 91/440/EWG

3.1.1. Stammfassung

Folie 3

Der Startschuss für die Liberalisierung fiel im Eisenbahnbereich mit der Erlassung der RL 91/440/EWG zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft. Wie erwähnt, enthielt die RL von Anfang an auch Bestimmungen über die Trennung von Infrastrukturbetrieb und Absatzbereich.

Diese Trennung beschränkte sich in der Stammfassung der Richtlinie jedoch auf eine rein rechnungsmäßige Abgrenzung. Zugangsrechte wurden nur so genannten „internationalen Gruppierungen von Eisenbahnunternehmen“ sowie Eisenbahnunternehmen, die Verkehrsleistungen im grenzüberschreitenden kombinierten Güterverkehr erbringen, eingeräumt. Einer internationalen Gruppierung, also einer Verbindungen mindestens zweier Eisenbahnunternehmen, stand der Netzzugang nur im grenzüberschreitenden Personenverkehr zwischen jenen Staaten zu, in denen die Mitglieder der Gruppierung ihren Sitz hatten.

Die Kommission hat übrigens entschieden, dass für einen Monopolisten wie im konkreten Fall die Italienischen Staatsbahnen unter bestimmten Umständen aus dem Wettbewerbsrecht auch eine Pflicht zur Bildung einer solchen internationalen Gruppierung erwachsen kann, um einem ausländischen Unternehmen einen entsprechenden Marktzugang zu ermöglichen.

In ihrer Stammfassung hat die RL jedenfalls keine bedeutende Marktöffnung bewirkt (einerseits nur rechnerische Trennung und andererseits nur sehr beschränkte Netzzugangsrechte).

Daher kam es in der Folge zur Erlassung zweier weiterer Richtlinien, die Detailfragen des Netzzugangs regeln sollten: RL 95/18/EG über die Erteilung von Genehmigungen an Eisenbahnunternehmen sowie die RL 95/19/EG über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn und die Berechnung von Wegeentgelten. Auch diese RL blieben, was die Entstehung von Wettbewerb betrifft, im Wesentlichen wirkungslos.

In der Folge liberalisierten einige Staaten – nicht zuletzt wegen Besorgnis erregender wirtschaftlicher Entwicklungen – ihren Eisenbahnsektor auf eigene Faust. Die

eingeschlagenen Wege waren dabei sehr unterschiedlich (GB, Schweden). Dies wird hier deshalb erwähnt, weil Deutschland im Zuge der dort durchgeführten Bahnreform den Schritt setzte, die DB als Holding zu konstruieren. Im DB-Konzern sind – unter anderem – die Bereiche Infrastruktur und Absatz als eigene Tochtergesellschaften organisiert. Darauf wird noch zurückgekommen.

Auch in Österreich kam es durch das EisenbahnrechtsanpassungsG 1997 und das Schienenverkehrsmarkt-RegulierungsG zur Schaffung von Zugangsrechten, die über das zum damaligen Zeitpunkt gemeinschaftsrechtlich vorgeschriebene hinausgingen. Die ÖBB war damals der beschriebene Rechtskörper sui generis. Nennenswerter Wettbewerb stellte sich in Österreich nicht ein.

3.1.2. Weiterentwicklung der Zugangsrechte im Güter- und im Personenverkehr

Folie 4

Insbesondere als Reaktion darauf, dass die Eisenbahnen in Europa im Verhältnis zum LKW und zum privaten PKW weiterhin und zunehmend ins Hintertreffen geraten sind, wurde auf europäischer Ebene das so genannte erste „Eisenbahn-Infrastrukturpaket“ geschnürt, das – unter anderem – in Form einer Novellierung der RL 91/440/EWG durch die RL 2001/12/EG im Bereich des grenzüberschreitenden Güterverkehrs den nächsten Liberalisierungsschritt setzt. Der Transport von Gütern wird – für jede Art von grenzüberschreitendem Güterverkehr – stufenweise, zuerst auf dem „Transeuropäischen Schienengüternetz“ („Transeuropean Rail Freight Freeways“), das in Österreich dem Transeuropäischen Schienennetz entspricht, und in einem weiteren Schritt zur vollständigen Marktöffnung bis zum Jahr 2006 (Beschleunigung durch das zweite Eisenbahnpaket) auf dem gesamten Netz liberalisiert. Der nicht-grenzüberschreitende Güterverkehr ist spätestens bis zum 1.1.2007 zu liberalisieren (drittes Paket; RL 2004/51/EG).

Im Personenverkehr kommt bis zur Umsetzung des dritten Eisenbahnpakets Marktzugang weiterhin nur für internationale Gruppierungen in Betracht. Auch Unternehmen, die ausschließlich Stadt-, Vororte- oder Regionalverkehr betreiben, sind derzeit noch vom Marktzugang ausgeschlossen. Für sie bestehen keine Netzzugangsrechte. Für den Güterverkehr und den Personenverkehr sind bzw werden die Märkte also in unterschiedlichem Maße geöffnet.

3.1.3. Weiterentwicklung der Trennung von Netz und Absatz

Folie 5

Getrennte Gewinn- und Verlustrechnungen:

In der Stammfassung normierte die RL 91/440/EWG lediglich das Gebot der getrennten Rechnungsführung. Die RL 2001/12/EG (erstes Eisenbahnpaket) geht diesbezüglich einen Schritt weiter. Verlangt wird nunmehr, dass getrennte Gewinn- und Verlustrechnungen sowie Vermögensübersichten bzw Bilanzen für die Erbringung von Verkehrsleistungen einerseits und für den Infrastrukturbetrieb andererseits erstellt und veröffentlicht werden (Art 6, § 55 EisbG). Solche Pflichten gelten auch für den Güterverkehr (Art 9).

Verschärft wurden auch die Beschränkungen für den Mitteltransfer zwischen den Bereichen Infrastruktur und Absatz. Dieses Quersubventionierungsverbot bezieht sich nunmehr auf sämtliche „öffentlichen Gelder“ (in § 55 EisbG „Mitteln“). Es ist aber weiterhin in das Belieben der MS gestellt, ob der Infrastruktur- und der Verkehrsbereich in getrennten Unternehmensbereichen innerhalb desselben Unternehmens ausgeübt werden oder ob eine außerhalb des Unternehmens stehende Einrichtung den Betrieb der Infrastruktur übernimmt (Art 6 Abs 2). Die institutionelle Trennung ist also weiterhin fakultativ.

Zu den sensiblen „Funktionen“:

Eine weitere für das behandelte Thema wesentliche Änderung steckt in Art 6 Abs 3 RL 91/440/EWG idF des ersten Eisenbahnpakets. Danach sind bestimmte Funktionen, die für einen gerechten und nichtdiskriminierenden Zugang zur Infrastruktur ausschlaggebend sind, auf Stellen oder Unternehmen zu übertragen, die selbst keine Eisenbahnverkehrsleistungen erbringen. Diese Funktionen betreffen den Bereich der Zulassung von Eisenbahnunternehmen, der Entscheidungen über die Trassenzuweisung und über die Wegeentgelte sowie die Überwachung der Einhaltung von Verpflichtungen zur Bereitstellung bestimmter Dienste für die Allgemeinheit.

In der Literatur wird nun aber – und damit nähern wir uns dem Kern des Themas – mit guten Gründen davon ausgegangen, dass diese Bestimmung im Lichte der Art 4 Abs 2 und 14 Abs 2 RL 2001/14/EG zu deuten ist. Danach müssen für den Fall, dass der Betreiber der Infrastruktur rechtlich, organisatorisch oder in seinen Entscheidungen nicht von Eisenbahn(verkehrs)unternehmen unabhängig ist, die Festsetzung der Entgelte und die Trassenzuweisung von einer Stelle wahrgenommen werden, die rechtlich, organisatorisch und in ihren Entscheidungen von Eisenbahnunternehmen unabhängig ist. Das heißt, dass diese Tätigkeiten nur dann durch ein Infrastrukturunternehmen wahrgenommen werden dürfen, wenn eine strikte Trennung die Unabhängigkeit von Eisenbahninfrastruktur- und Eisenbahnverkehrsunternehmen garantiert. Wenn eine solche Trennung in einem MS nicht realisiert ist, müssen diese Funktionen von einer unabhängigen „Stelle“ wahrgenommen werden.

In Österreich ist diese Problematik – für alle Eisenbahnunternehmen – in § 62 EISB G geregelt. Die Zuweisung von Zugtrassen und die Festlegung von Entgelten bleibt danach dem Grundsatz nach unternehmerische Aufgabe des Eisenbahninfrastrukturunternehmens. Ist dieses Unternehmen im beschriebenen dreifachen Sinne unabhängig, kann es die Funktionen der Zuweisungsstelle trotzdem an eine unabhängige Stelle oder ein anderes unabhängiges Infrastrukturunternehmen übertragen (eine gesetzliche Pflicht als Zuweisungsstelle zu agieren besteht also nicht). Besteht diese Unabhängigkeit nicht, ist eine solche Übertragung verpflichtend angeordnet (zB „Schieneninfrastruktur-DienstleistungsGmbH außerhalb der Holding).

→ Organigramm

Im Bereich der ÖBB ist die ÖBB Infrastruktur Betrieb AG als Zuweisungsstelle vorgesehen, die – so steht zu lesen – „nach dem BundesbahnG entsprechend unabhängig von den Eisenbahnverkehrsunternehmen organisiert ist, ohne diesbezügliche Eingriffsrechte der ÖBB Holding“. Sie weist die Trassen zu und setzt das Infrastrukturbenützungsentgelt (IBE) fest (§ 68 EISB G).

3.2. Die ÖBB Infrastruktur Betrieb AG als unabhängiges Infrastrukturunternehmen bzw unabhängige Zuweisungsstelle?

Die zentrale Frage, die sich stellt, ist nun, ob gegen die Qualifikation der ÖBB Infrastruktur Betrieb AG als Zuweisungsstelle wettbewerbsrechtliche Bedenken bestehen; im Hintergrund der entsprechenden RL-Bestimmungen steht ja das Bestreben der Verhinderung des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung auf dem Infrastrukturmarkt, also Wettbewerbsrecht. In diesem Zusammenhang lohnt ein Blick über die Grenze zur deutschen Diskussion.

3.2.1. DB-Holding

Folie 6

In Deutschland ist die DB seit der Bahnreform – ähnlich wie nunmehr die ÖBB in Österreich – als Holding konstruiert. Es bestehen mit sämtlichen Töchtern Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge. Eine Tochter ist die DB-Netz AG, die für die Trassenvergabe und die Festsetzung des Infrastrukturbenützungsentgelts zuständig ist. Gerade in diesem Zusammenhang war und ist die Frage der Unabhängigkeit der Infrastruktur umstritten. Deutschland hat daher zum Eisenbahnpaket eine – rechtlich irrelevante – Protokollnotiz abgegeben, wonach die im Paket gefundene Kompromisslösung (dreifache Unabhängigkeit des Infrastrukturunternehmens) in keiner Weise die bestehende Struktur der DB AG tangiere.

Es wurde in der deutschen Literatur mittlerweile von mehreren Autoren einlässlich und mit guten Gründen dargelegt, dass sich die Beherrschung der DB-Netz AG durch die Holding als Konzernmutter mit der gemeinschaftsrechtlich geforderten Unabhängigkeit nicht verträgt. Egal, ob diese Dominanz in einem Beherrschungsvertrag und in (möglichen) Weisungen zum Ausdruck kommt oder ob es sich um einen faktischen Konzern handelt. Auch ein Entherrschungsvertrag, dessen Zulässigkeit allerdings umstritten ist, ändert nach dieser Meinung an dieser Situation nichts. Eine rechtliche und organisatorische Unabhängigkeit des Tochterunternehmens DB Netz AG von den Interessen einer anderen Konzerntochter – zB der Verkehrstochter DB Regio – sei nicht gegeben, da sie sich dem Konzernwohl unterzuordnen habe. Dieses Konzernwohl könne aber nur in einer Gesamtoptimierungsstrategie und nicht in der Optimierung alleine der Infrastruktursparte gelegen sein; so die Meinung der angesprochenen Autoren. Verwiesen wird auch auf die Pflicht der Konzernleitung zur Optimierung der im Konzern vorhandenen Ressourcen. So lange die DB AG die Mehrheit an der Netzsparte halte, könne die DB-Netz AG nicht im erforderlichen Ausmaß frei agieren, sodass ihre Unabhängigkeit im Sinne des Gemeinschaftsrechts nicht vorliege.

Gemeinschaftsrecht:

Fest steht, dass das Gemeinschaftsrecht hinsichtlich der Art der Herstellung der Unabhängigkeit der Netzsparte keinerlei konkrete Vorgaben macht. Die Umsetzung ist Sache der MS. Gefordert wären als adäquates Mittel zur Herstellung der erforderlichen Unabhängigkeit eines Infrastrukturunternehmens im DB-Konzern gesetzliche Bestimmungen, die die Verantwortlichen der Infrastruktur AG von jedweder Einflussnahme der Holdingebene befreien. Dabei wird auch an eine (mittelbare) Steuerung bzw Beeinflussung im Wege der Ressourcen Finanzmittel und Personal gedacht.

Praxis in der Vergangenheit:

Diese Überlegungen scheinen aus rechtlicher Sicht gute Gründe für sich zu haben und wettbewerbspolitisch keinesfalls übertrieben. Als Beweis für letzteres kann die protektionistische Haltung der DB-Netz AG gerade im Zusammenhang mit der Gestaltung des Marktneulinge diskriminierenden Trassenpreissystems in den letzten zehn Jahren ins Treffen geführt werden. Mittlerweile existiert, soweit ich weiß, das vierte Trassenpreissystem (TPS), zwei wurden wegen Widerspruchs zum Kartellrecht beanstandet.

Kritischer Gesichtspunkt:

Allerdings muss auch gesehen werden, dass im Falle einer Auslagerung der entsprechenden Infrastrukturtätigkeiten weg vom Infrastrukturunternehmen nicht viel vom

Kerngeschäft der Infrastrukturgesellschaften – Stichwort: Preis- und Absatzpolitik – übrig bliebe und dass sehr viel Sachverstand aus dem Unternehmen ausgelagert werden müsste. Die Materialien zum österreichischen BahnstrukturG 2003 sprechen wohl nicht zu Unrecht von einer „administrativ und ökonomisch schwierig zu handhabenden Ausgliederung“.

Der deutsche Gesetzgeber hat jedenfalls auf die geschilderte Argumentation reagiert (Sachverständigenkommission: Pällmann-Kommission) und ein Bündel an gesetzlichen Bestimmungen zur Änderung des Allgemeinen EisenbahnG (AEG) vorgeschlagen (§ 9a), die die Unabhängigkeit der DB-Netz AG innerhalb des DB-Konzerns sicherstellen sollen – auch in einem faktischen Konzern. Die bestehenden Beherrschungsverträge wären danach etwa aufzulösen, jedwede Weisung in den beschriebenen Angelegenheiten unzulässig. Entscheidungen dürften nur von dem Personal des Infrastrukturbetreibers gefällt werden. Auch die Benennung eines eigenen Beauftragten, der über die entsprechenden Maßnahmen zu wachen hat, ist auf Wunsch der Aufsichtsbehörde zu benennen.

In der Literatur wurde hinsichtlich dieser Änderungen des AEG von einem Sondergesellschaftsrecht im Sinne einer speziellen Erscheinungsform einer AG für den Fall des Eisenbahnkonzerns gesprochen (Regulierungsbehörde hat auf der Grundlage einer besonderen Mitteilungspflicht der öffentlichen Eisenbahninfrastrukturunternehmen eine Vorabprüfung durchzuführen und auch ein Widerspruchsrecht).

3.2.2. ÖBB-Holding

Legt man diese Überlegungen auf die ÖBB-Holding um, entstehen Zweifel an der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit der Qualifizierung der ÖBB Infrastruktur Betrieb AG als Zuweisungsstelle. Ob Beherrschungsverträge zwischen der Holding und deren Töchter abgeschlossen wurden oder werden, entzieht sich ebenso meiner Kenntnis wie die Gestaltung der – für die Öffentlichkeit nicht zugänglichen – Satzungen der Gesellschaften. Skeptisch stimmt hinsichtlich der Frage der Unabhängigkeit jedoch, dass nach § 4 BBG Unternehmensgegenstand der ÖBB-Holding AG unter anderem die Wahrnehmung ihrer Anteilsrechte an den umstrukturierten Gesellschaften und sonstigen Gesellschaften mit der Zielsetzung einer einheitlichen strategischen Ausrichtung ist. Eine diesbezügliche „Abkoppelung“ des Infrastrukturbereichs ist nicht ersichtlich. Auch die Vorgabe, dass im Holdingvorstand neben einem Holding-Generaldirektor und einem Finanzvorstand auch je ein Vorstand der Tochtergesellschaften der Personen- und Güterverkehrssparte und der Infrastrukturgesellschaft vertreten sein sollen (RV 311 BlgNr 22. GP), spricht dafür,

dass die Unabhängigkeit nicht in ausreichendem Maße gegeben ist. Dies trotz der Tatsache, dass derzeit laut ÖBB-Homepage der Holding-Vorstand lediglich aus zwei Personen besteht, von denen eine allerdings „den Bereich Infrastruktur verantwortet“.

In Deutschland wurden jedenfalls genau in die entgegengesetzte Richtung weisend Inkompatibilitätsbestimmungen gesetzlich dergestalt normiert, dass bei vertikal integrierten Eisenbahnunternehmen die Aufsichtsräte der Gesellschaften getrennt voneinander zu besetzen sind. Dadurch ist es Aufsichtsratsmitgliedern eines Infrastrukturunternehmens versagt, Aufsichtsratsfunktionen in Eisenbahnverkehrsunternehmen oder in einer entsprechenden Muttergesellschaft wahrzunehmen. Durch diese Trennung wird ein Aufsichtsrat für Betreiber der Schienenwege vorgeschrieben, der sich auf Grund seiner spezifischen Unabhängigkeit besonders für eine von Konzerninteressen unbeeinflusste Zuweisung von Zugtrassen und Entscheidungen über Weegeentgelte einsetzen kann.

Die Materialien zum Bundesbahnstrukturgesetz 2003 sprechen demgegenüber lediglich davon, dass die Tochtergesellschaften der ÖBB-Holding „weitgehend“ selbstständig und eigenverantwortlich agieren sollen. Auch die in den Materialien erwähnte, allerdings nicht näher spezifizierte Gewährleistung der erforderlichen Unabhängigkeit „durch entsprechende gesellschaftsrechtliche Maßnahmen“ scheint nicht geeignet; notwendige gesetzliche Regelungen sehe ich nicht.

Hinzuweisen ist auch auf Folgendes: Nach § 42 BundesbahnG (BBG) leistet der Bund auf Ersuchen der ÖBB Infrastruktur Betrieb AG insoweit und solange einen Zuschuss, als die unter den jeweiligen Marktbedingungen von den Nutzern der Infrastruktur zu erzielenden Erlöse die anfallenden Aufwendung der Gesellschaft nicht abdecken. Dieser für die Gesellschaft notwendige Zuschuss wird vertraglich gewährt. Vertragspartner ist der BMVIT, Einvernehmen mit dem Finanzminister ist dabei herzustellen. Führt man sich vor Augen, dass die ÖBB vollständig im Bundeseigentum stehen, erscheint bei dieser Konstruktion eine vollständige Unabhängigkeit der Infrastruktur Betrieb AG im Sinne des Gemeinschaftsrechts nicht gegeben zu sein, auch wenn die genannten Minister dafür zu sorgen haben, dass der Gesellschaft die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen (§ 47 Abs 1 BBG).

In die geschilderte Richtung weisen auch Äußerungen in der österreichischen Kommentarliteratur. Bei Liebmann ist zu § 62 zu lesen, dass die Unabhängigkeit einer Zuweisungsstelle in „jeder Hinsicht gegeben sein muss, sodass insbesondere rechtliche und wirtschaftliche Einflussnahmen ausgeschlossen sind. Auf Grund der Neuordnung der ÖBB haben die Konzerngesellschaften zumindest in formeller

Hinsicht die vom Gemeinschaftsrecht geforderte Unabhängigkeit erreicht. Nach den Erläuterungen wird deshalb die ÖBB Infrastruktur Betrieb AG die Funktion als Zuweisungsstelle für die Haupt- und Nebenbahnen übernehmen“.

Auch bei dieser sehr vorsichtigen Formulierung scheinen entsprechende Zweifel hinsichtlich des ausreichenden Maßes an der Unabhängigkeit der Infrastrukturgesellschaft mitzuschwingen.

Nach alldem erscheint es fraglich, ob die ÖBB Infrastruktur Betrieb AG als Zuweisungsstelle tatsächlich den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben entspricht und die einschlägigen Richtlinienbestimmungen tatsächlich korrekt umgesetzt worden sind. Allerdings muss auch gesagt werden, dass ohne die Umwandlung der ÖBB in eine Holding wohl noch weniger bzw gar nicht die Möglichkeit bestanden hätte, eine Zuweisungsstelle innerhalb der ÖBB zu schaffen, die den aktuellen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben entsprochen hätte.

Zur Abrundung sei noch Folgendes erzählt: Nach dem ich diesen Vortrag letzte Woche ausgearbeitet habe, habe ich in der Zeitung gelesen, dass ein Mitglied des Aufsichtsrats aus der ÖBB Infrastruktur Betrieb AG ausscheiden musste. Offizielle Begründung: Mangelhafte Trennung zwischen Infrastruktur und Absatz, weil diese Person auch Mitglied des Aufsichtsrats der Holding war. Nachfolger ist nun der Kabinettschef des Verkehrsministers, der Eigentümervertreter ist. Ziel des Eigentümers müssten aber eigentlich hohe Infrastrukturbenutzungsentgelte sein, weil diese jedenfalls dem Konzern nützen, Wettbewerber aber eher abschrecken. Darin steckt nicht nur wieder ein Diskriminierungspotenzial, sondern auch eine grundsätzliche umweltpolitische Frage, nämlich die, ob Schienenmauten grundsätzlich niedrig (intermodaler Wettbewerb) oder hoch (Zuschussbedarf durch den Bund) sein sollen (starke Erhöhung des IBE geplant).

3.3. Quersubventionierung

Folie 7

Zum Wettbewerbsrecht zählt auch das Beihilfenrecht. Im Zusammenhang mit der Umstrukturierung der ÖBB zu einer Holding tritt diesbezüglich der Aspekt der Quersubventionierung zwischen den Bereichen Infrastruktur und Absatz bzw im Personenverkehr auch zwischen den Bereichen „Ausgleich für gemeinwirtschaftliche Leistungen“ und anderen Verkehrsleistungen in den Vordergrund. Es wurde bereits erwähnt, dass das Gemeinschaftsrecht ein solches Verbot der Quersubventionierung enthält. Die Gründe hierfür liegen auf der Hand.

Ein Verbot der Subventionierung anderer Unternehmensbereiche durch Mittel aus dem Infrastrukturbereich ist in § 55 Abs 2 EisbG vorgesehen.

§ 55 Abs 3 EisbG normiert die Pflicht für Eisenbahnunternehmen, im Güterverkehr Gewinn- und Verlustrechnungen sowie Bilanzen zu erstellen und zu veröffentlichen. Über diese Pflicht hinausgehend legt Art 9 Abs 4 RL 91/440/EWG in seiner aktuellen Fassung allerdings fest, dass auch Zuwendungen für gemeinwirtschaftliche Personenverkehrsleistungen in den entsprechenden Rechnungen getrennt auszuweisen sind und nicht auf Tätigkeitsbereiche übertragen werden dürfen, die andere Verkehrsleistungen oder sonstige Geschäfte betreffen. Ein solches Quersubventionierungsverbot findet sich in § 55 EisbG nicht, weshalb in der Literatur behauptet wurde, Art 9 der Richtlinie sei nicht vollständig umgesetzt worden (Liebmann 132). Allerdings – dies übersieht der zitierte Autor – verweisen die Materialien zur entsprechenden Novelle des EisbG darauf, dass „weitere spezifische Trennungserfordernisse für den Bereich der Erbringung gemeinwirtschaftlicher Leistungen schon bisher und weiterhin gesondert nach der Verordnung 1191/69/EWG vorgeschrieben sind. Tatsächlich findet sich in Art 1 Abs 5 dieser Verordnung die Pflicht der im Personenverkehr gemeinwirtschaftlich tätigen Unternehmen, diese Verkehrsdienste „in einem gesonderten Unternehmensbereich zu erbringen, der mindestens folgende Anforderungen erfüllt:

- a) getrennte Rechnungsführung für jeden dieser Tätigkeitsbereiche und entsprechende Zuordnung der Aktiva nach den geltenden Buchungsregeln;
- b) Ausgleich der Ausgaben durch die Betriebseinnahmen und durch die Zahlungen der öffentlichen Hand ohne die Möglichkeit von Transfers von oder zu anderen Unternehmensbereichen.“

Diese Verpflichtung gilt in Österreich, da es sich um eine europäische Verordnung handelt, unmittelbar und bedarf keiner Umsetzung. Damit die Pflicht nach Art 9 RL 91/440/EWG also als bereits durch die Verpflichtung nach Art 1 Abs 5 VO 1191/69/EWG erfüllt erachtet werden kann, müssten die Pflichten nach dieser Verordnung mindestens so weit gehen wie die in der RL statuierten.

Dies erscheint hinsichtlich der Pflicht zur getrennten „Ausweisung“ (RL) bzw „getrennten Rechnungsführung“ (VO) der Fall zu sein. Die RL verbietet dann allerdings eine Übertragung auf „Tätigkeitsbereiche“, die „andere Verkehrsleistungen oder sonstige Geschäfte betreffen“. Die VO gebietet einen Ausgleich der gemeinwirtschaftlichen Lasten „ohne die Möglichkeit von Transfers von oder zu anderen Unternehmensbereichen“.

Ein Verständnis, das den Begriffen „andere Verkehrsleistungen oder sonstige Geschäfte“ einen umfassenderen Gehalt zusinnt als dem der „anderen Unternehmensbereiche“ erscheint durchaus möglich, zumal es sich bei der VO 1191 zum einen um einen relativ alten Rechtsakt handelt und zumal die vom Gesetzgeber an den Tag gelegte andere Auffassung zum anderen darauf

hinausliefe, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber in der später erlassenen RL etwas regeln würde, was er ohnehin bereits Jahre zuvor geregelt hat.

Das bedeutet, dass es trotz des in den Materialien zur letzten Novelle des EisbG enthaltenen Hinweises auf die VO 1191/69/EWG fraglich erscheint, ob Art 9 RL 91/440/EWG korrekt umgesetzt ist.

Hinsichtlich des Themas meines Vortrages muss noch gesagt werden, dass die Konstruktion der ÖBB als Holding natürlich – analog zur Frage der Trennung von Infrastruktur und Betrieb – eher dazu geeignet ist, dem Quersubventionierungsverbot zum Durchbruch zu verhelfen, als dies im Falle eines „einheitlichen“ Unternehmens der Fall wäre.

Zusammenfassend lässt sich als Ergebnis festhalten, dass mir aus der Sicht des Wettbewerbsrechts die Umformung der ÖBB zu einer Holding, verbunden mit der vermehrten Trennung der Bereiche Infrastruktur und Absatz, sinnvoll erscheint, auch wenn über den einen oder anderen Punkt in der konkreten Umsetzung wohl durchaus diskutiert werden kann.

Als Schlusspunkt sei noch berichtet, dass der Chef der DB, Herr Mehdorn, laut „Handelsblatt“ neuerdings das Ziel verfolgt, angesichts gravierender wirtschaftlicher Probleme des Konzerns die Führung der operativen Bereiche im Holding-Vorstand zu konzentrieren. Künftig sollen laut Mehdorn die Sparten Personenverkehr, Transport und Logistik sowie die Infrastruktur direkt aus dem Holdingvorstand heraus gesteuert werden. Diese Bestrebungen laufen den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben freilich diametral entgegen, zeigen aber zugleich, wie groß die zu überwindenden Widerstände bei der Liberalisierung des Schienenverkehrs sind.

Über den Autor:

Univ.-Prof. Dr. Arno Kahl ist am Institut für Öffentliches Recht, Verfassungs- und Verwaltungslehre der Universität Innsbruck sowie an der Wirtschaftsuniversität Wien tätig.

Kontaktadresse:

Innrain 82, 6020 Innsbruck. Tel.: 0512/507 – 8204

E-Mail:

arno.kahl@uibk.ac.at

Vom selben Autor erschienen:

Kahl, Der öffentliche Personennahverkehr im Wettbewerb (2005);

Kahl, Rechtsfragen des Schienenpersonennahverkehrs, in: Dullinger/Holoubek/Segalla (Hrsg), Recht und Praxis der Eisenbahnliberalisierung (2004) 72;

Kahl/Weber, Allgemeines Verwaltungsrecht (2007).