

PUBLICLAW.AT

REIHE MASTERTHESEN 4/2013

ARNO KAHL UND THOMAS MÜLLER (HRSG)

Stefan Michael Hirner

Die rechtliche Etablierung von Wettbewerbsstrukturen im Schienenverkehrssektor

Eine rechtsvergleichende Analyse der Umsetzung der unionsrechtlichen Liberalisierungsmaßnahmen in der Republik Österreich und der Bundesrepublik Deutschland

Februar 2013

|| PUBLICLAW.AT



Abstract:

Der Schienenverkehr zählt aufgrund seiner überragenden Bedeutung für den Transport von Personen und Gütern zu den volkswirtschaftlichen Schlüsselsektoren. Da das reibungslose Funktionieren des Schienenverkehrssektors von signifikanter Bedeutung ist, besteht ein legitimes öffentliches Interesse an der Regulierung des Schienenverkehrs. Daher verwundert es wenig, dass der Staat für lange Zeit sowohl die Schieneninfrastruktur bereitgestellt als auch die darauf basierenden Beförderungsdienstleistungen selbst in einer Monopolstellung erbracht hat. In den frühen 1990er Jahren fand aber ein politischer Paradigmenwechsel in Richtung Markt und Wettbewerb statt, da der Schienenverkehrssektor seit den 1970er Jahren im intermodalen Wettbewerb kontinuierlich Marktanteile an die Straße verlor und die überschuldeten öffentlichen Haushalte entlastet werden sollten.

Positivrechtlich vollzog sich dieser Wandel in mehreren Schritten. Bis dato wurden auf europäischer Ebene drei Eisenbahnpakete verabschiedet, der Vorschlag über ein viertes Eisenbahnpaket der Europäischen Kommission wird derzeit im Verkehrsausschuss des Europäischen Parlaments beraten. In Österreich wurden diese europäischen Rechtsakte auf vielfältige Weise durch das Eisenbahngesetz 1957 (EisbG) und zahlreiche Nebengesetze umgesetzt, in Deutschland durch das Allgemeine Eisenbahngesetz (AEG) sowie durch diverse Nebengesetze und die Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV).

In dieser Arbeit wird auf systematische Weise der volkswirtschaftliche Hintergrund der Liberalisierung des Schienenverkehrssektors, die dogmatische Einordnung des Regulierungsrechts in das System des Wirtschaftsrechts, die Entwicklung der Schienenverkehrsregulierung anhand der drei Eisenbahnpakete und deren Umsetzung in Österreich und Deutschland dargestellt. Die nationale Umsetzung der drei Eisenbahnpakete in diesen beiden Staaten stellt auch den Schwerpunkt der Arbeit dar, hierbei werden insbesondere die organisatorische Ausgestaltung und die Zuständigkeiten der Regulierungsbehörden, die für den Netzzugang entscheidenden Bereiche der Verkehrsgenehmigung, der Sicherheitsbescheinigung, der Trassenvergabe, der Rahmenverträge und der Benützungsentgelte sowie die Entflechtungsmaßnahmen des Infrastrukturbetreibers aus dem Eisenbahnunternehmen in Form eines Rechtsvergleiches erläutert. Zudem wird ein Ausblick auf künftige Reformmaßnahmen gegeben, indem die Eckpunkte des Vorschlages über ein viertes Eisenbahnpaket der Europäischen Kommission skizziert werden.

Schlagwörter:

Schienenverkehr, Eisenbahnrecht, Eisenbahngesetz, Regulierungsrecht, Transportrecht

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	V
1. Einleitung und allgemeine Ausführungen zu der Regulierung von Infrastruktursektoren	1
1.1. Überblick zur Liberalisierung und Regulierung des Schienenverkehrsmarktes	1
1.1.1. Forschungsfrage, Aufbau und Themeneingrenzung der Arbeit	4
1.2. Begriffsbestimmungen	5
1.3. Volkswirtschaftlicher Hintergrund der Liberalisierung und Regulierung des Schienenverkehrs	8
1.3.1. Struktur des Schienenverkehrs	9
1.3.2. Natürliches Monopol	9
1.3.3. Theorie der angreifbaren Märkte und Konzept der wesentlichen Einrichtungen	11
1.3.4. Entflechtung (Unbundling)	14
1.4. Dogmatische Einordnung des Regulierungsrechts	15
1.4.1. Regulierung als Privatisierungsfolgenrecht	17
1.4.2. Regulierung als Sonderwettbewerbsrecht	18
1.4.3. Regulierungsrecht als bloßes Provisorium?	18
1.5. Mangelhafte Berücksichtigung des intermodalen Wettbewerbs in der Regulierung des Transportbereiches	19
2. Unionsrechtliche Liberalisierungsmaßnahmen im Schienenverkehr	21
2.1. Ziele der Liberalisierung und Regulierung des Schienenverkehrs	21
2.2. Beginn der Eisenbahnliberalisierung	21
2.3. Erstes Eisenbahnpaket	24
2.4. Zweites Eisenbahnpaket	29
2.5. Drittes Eisenbahnpaket	31
2.6. Neufassung des Ersten Eisenbahnpakets („Recast“)	32
3. Umsetzung in der Republik Österreich	36
3.1. Rechtsgrundlagen	36
3.2. Organisation und Zuständigkeiten der Regulierungsbehörden	36
3.2.1. Schienen-Control GmbH (SCG)	37
3.2.2. Schienen-Control Kommission (SCK)	39
3.2.3. Kartellgericht	41
3.2.4. Bundeswettbewerbsbehörde (BWB)	42
3.2.5. Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie (BMVIT)	43
3.3. Netzzugang	43
3.3.1. Verkehrsgenehmigung für EVU gem §§ 15 – 15k EisebG	43
3.3.2. Sicherheitsbescheinigung für EVU gem §§ 37 – 37d EisebG	44
3.3.3. Trassenvergabe gem §§ 56 – 66 EisebG	45
3.3.4. Rahmenregelung gem § 64 EisebG	50
3.3.5. Festsetzung der Benützungsentgelte gem §§ 67 – 70 EisebG	51
3.4. Entflechtung	52
3.4.1. ÖBB-Holding AG	52
3.4.2. ÖBB-Personenverkehr AG	53
3.4.3. Rail Cargo Austria AG	53
3.4.4. ÖBB-Infrastruktur AG	54
3.5. Vertragsverletzungsverfahren wegen mangelhafter Umsetzung des Ersten Eisenbahnpakets	54

4.	Umsetzung in der Bundesrepublik Deutschland	58
4.1.	Rechtsgrundlagen	58
4.2.	Organisation und Zuständigkeiten der Regulierungsbehörden	58
4.2.1.	Bundesnetzagentur (BNetzA)	59
4.2.2.	Eisenbahn-Bundesamt (EBA)	60
4.2.3.	Bundeskartellamt (BKartA)	61
4.2.4.	Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS).....	61
4.3.	Netzzugang	62
4.3.1.	Betriebsgenehmigungsverfahren für EVU gem § 6 AEG	62
4.3.2.	Sicherheitsbescheinigung für EVU gem § 7a AEG	64
4.3.3.	Trassenvergabe gem §§ 4 – 19 EIBV	65
4.3.4.	Rahmenverträge gem § 13 EIBV	68
4.3.5.	Festsetzung der Benützungsentgelte gem §§ 20 – 24 EIBV	69
4.4.	Entflechtung	70
4.5.	Vertragsverletzungsverfahren wegen mangelhafter Umsetzung des Ersten Eisenbahnpakets	72
4.5.1.	Sekundärrechtlicher Rahmen	73
4.5.2.	Mangelhafte Umsetzung bei der Festsetzung der Benützungsentgelte	75
4.5.3.	Mangelhafte Anreizsetzung bei der Festsetzung der Benützungsentgelte	76
4.5.4.	Mängel bei der Ausgestaltung der Kompetenzen der Regulierungsbehörde ...	77
5.	Zusammenfassung und Rechtsvergleich	78
5.1.	Organisation und Zuständigkeiten der nationalen Regulierungsbehörden.....	78
5.1.1.	Umsetzung in Österreich	78
5.2.	Umsetzung in Deutschland.....	79
5.2.1.	Rechtsvergleichende Bewertung der Regulierungsbehörden.....	80
5.3.	Netzzugang	81
5.3.1.	Umsetzung in Österreich	81
5.3.2.	Umsetzung in Deutschland.....	83
5.3.3.	Rechtsvergleichende Bewertung des Netzzuganges	85
5.4.	Entflechtung	87
5.4.1.	Umsetzung in Österreich	87
5.4.2.	Umsetzung in Deutschland.....	88
5.4.3.	Rechtsvergleichende Bewertung der Entflechtung	88
6.	Resümee	90
	Literaturverzeichnis	92

Abkürzungsverzeichnis

ABl	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs	Absatz
AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz (Deutschland)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
aF	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
Anm	Anmerkung
Art	Artikel
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (Österreich)
BBG	Bundesbahngesetz (Österreich)
BG	Bundesgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt
BEVVG	Bundeseisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz (Deutschland)
BMJ	Bundesminister(ium) für Justiz
BMVBS	Bundesminister(ium) für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (Deutschland)
BMVIT	Bundesminister(ium) für Verkehr, Innovation und Technologie (Österreich)
BMWi	Bundesminister(ium) für Wirtschaft und Technologie (Deutschland)
BNetzA	Bundesnetzagentur (Deutschland)
B-VG	Bundesverfassungsgesetz (Österreich)
BWB	Bundeswettbewerbsbehörde (Österreich)
DB AG	Deutsche Bahn AG
dzt	derzeit
EBG	Eisenbahnbeförderungsgesetz (Österreich)
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EisbG	Eisenbahngesetz (Österreich)
EIBV	Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (Deutschland)
EIU	Eisenbahninfrastrukturunternehmen
EBZugV	Eisenbahnunternehmer-Berufszugangsverordnung (Deutschland)
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EP	Europäisches Parlament

ERA	European Railway Agency
etc	et cetera
ETCS	European Train Control System (Europäisches Zugsteuerungssystem)
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union (Lissabon-Fassung)
EVU	Eisenbahnverkehrsunternehmen
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f	folgend(e)
ff	fortfolgend(e)
GA	Generalanwalt (EuGH)
GG	Grundgesetz (Deutschland)
ggü	gegenüber
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Österreich)
grs	grundsätzlich
Hrsg	Herausgeber
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
idR	in der Regel
ieS	im engeren Sinne
insb	insbesondere
IRG-Rail	Independent Regulators' Group – Rail
iwS	im weiteren Sinne
KartellG	Kartellgesetz (Österreich)
LuFV	Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung (Deutschland)
leg cit	legis citatae
Mrd	Milliarde
Nr	Nummer
ÖBB AG	Österreichische Bundesbahnen-Holding AG
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖPNV	Öffentlicher Personennahverkehr
Pkt	Punkt
RGBI	Reichsgesetzblatt

RL	Richtlinie
Rs	Rechtssache
S	Satz
SCG	Schienen-Control GmbH
SCK	Schienen-Control Kommission
sog	sogenannt
SPNV	Schienenpersonennahverkehr
usw	und so weiter
va	vor allem
vgl	vergleiche
VO	Verordnung (unionsrechtlich)
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
WettbG	Wettbewerbsgesetz (Österreich)
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel

1. Einleitung und allgemeine Ausführungen zu der Regulierung von Infrastruktursektoren

1.1. Überblick zur Liberalisierung und Regulierung des Schienenverkehrsmarktes

Der Schienenverkehr zählt aufgrund seiner überragenden Bedeutung für den Transport von Personen und Gütern zu den **volkswirtschaftlichen Schlüsselsektoren**. Die Anbindung an das Schienennetz entscheidet maßgeblich über die wirtschaftliche Attraktivität einer Region, umweltpolitische Argumente sprechen klar für den Ausbau der Schienennutzung und die Bereitstellung von Schienenverkehrsdienstleistungen zu adäquaten Preisen hat gravierende sozialpolitische Bedeutung für die Mobilität der Bevölkerung.¹

Die Schienenverkehrsleistungen zählen somit zu den versorgungswirtschaftlichen Leistungen,² da es sich um Dienstleistungen handelt, die für die Allgemeinheit unverzichtbar sind.³ Da das reibungslose Funktionieren dieses Wirtschaftssektors in seiner Signifikanz unbestritten ist und somit ein legitimes öffentliches Interesse an der Regulierung des Schienenverkehrs besteht, verwundert es wenig, dass der Staat für lange Zeit sowohl die Schieneninfrastruktur bereitgestellt als auch die darauf basierenden Beförderungsdienstleistungen selbst in einer Monopolstellung erbracht hat.⁴ Diesbezüglich lässt sich seit den frühen 1990er Jahren aber ein **politischer Paradigmenwechsel** in Richtung Markt und Wettbewerb konstatieren,⁵ der auch mit dem Übergang von der staatlichen Erfüllungsverantwortung⁶ zur Gewährleistungsverantwortung umschrieben wird.⁷

¹ Rihs, Liberalisierung 7.

² In der Literatur wird auch häufig der Begriff der Daseinsvorsorge verwendet.

³ Wimmer/Kahl, Unternehmen 28.

⁴ Rihs, Liberalisierung 1.

⁵ Wallnöfer, Regulierungsrecht in FS Norbert Wimmer 630; Lewisch, Eisenbahnregulierungsrecht 22; Leitz, Regulierungsbehörden 8.

⁶ In der Literatur wird auch teilweise der Begriff Leistungsverantwortung verwendet.

⁷ Wimmer/Müller, Wirtschaftsrecht 540; Insb der Begriff Gewährleistungsverantwortung verdeutlicht, dass die regulierte Liberalisierung von Infrastrukturen keinen radikalen Rückzug des Staates darstellt, sondern bloß ein Übergang von der staatlichen hin zur privaten Aufgabenerfüllung vollzogen wurde, für deren Funktionieren weiterhin der Staat verantwortlich ist.

Die Hauptgründe hierfür können zum einen in der neoliberalen Strömung,⁸ zum anderen in den überschuldeten öffentlichen Haushalten erblickt werden.⁹ Im Schienenverkehrsbereich kam noch hinzu, dass der gesamte Sektor seit den 1970er Jahren kontinuierlich im intermodalen Wettbewerb Marktanteile an die Straße verlor, wobei die Hauptgründe hierfür va geringe Investitionen in das Schienennetz und Interoperabilitätsprobleme zwischen den einzelnen nationalen Schienennetzen waren.¹⁰

Da die Kommission die Schaffung von Wettbewerb als ein wesentliches Mittel zur Erhöhung der Attraktivität der Eisenbahnen anerkannte, wurde nach einigen gesetzgeberischen Maßnahmen zur Effizienzsteigerung der öffentlichen Schieneninfrastruktur die Liberalisierung der Eisenbahnen begonnen.¹¹ Dies ist positivrechtlich in **mehreren Liberalisierungsschritten** in Form von – bis dato – drei Eisenbahnpaketen erfolgt, wobei unter jedem Eisenbahnpaket ein Bündel von Rechtsakten der EU zu verstehen ist.

Die ersten Liberalisierungsmaßnahmen sind durch das **Erste Eisenbahnpaket**,¹² das eine umfassende Reform der bis dahin erfolgten Rechtsakten der EU auf dem Gebiet des Eisenbahnrechts enthält, eingeleitet worden. Der Fokus ist va auf der Schaffung eines diskriminierungsfreien Netzzuganges der Wettbewerber¹³ gelegen. Hierfür sind weiter reichende Entflechtungsmaßnahmen zwischen der Infrastruktursparte vom operativen Betrieb (Unbundling)¹⁴ und weitere Maßnahmen zur Gewährleistung der Unabhängigkeit des Infrastrukturbetreibers notwendig gewesen. Zur Überwachung des diskriminierungsfreien Netzzuganges ist die Errichtung unabhängiger Regulierungsbehörden vorgesehen worden.¹⁵ Als wesentlicher Liberalisierungsschritt sind der grenzüberschreitende Güterverkehr dem Wettbewerb geöffnet und die Strecken des Transeuropäischen Schienengüternetzes festgelegt worden.

⁸ Allerdings ist zu beachten, dass unter den Begriff Neoliberalismus durchaus heterogene wirtschaftspolitische Strömungen subsumiert werden und es sich nicht um eine stringente Theorie handelt. ZB werden dem Neoliberalismus die ordoliberale Freiburger Schule, die neoklassische Chicagoer Schule oder auch Vertreter der Österreichischen Schule wie Friedrich August von Hayek zugerechnet. Gemeinsam ist diesen verschiedenen Strömungen das Eintreten für die freie Marktwirtschaft, die auf Wettbewerb, Privateigentum und Vertragsfreiheit basiert. Wesentliche neoliberale Forderungen sind die freie Preisbildung durch den Markt, die Reduzierung der staatlichen Marktinterventionen und die Stärkung privater Selbstorganisation.

⁹ Wimmer, Dynamische Verwaltungslehre 105.

¹⁰ Borrmann/Wieser, Eisenbahnliberalisierung 10.

¹¹ Kern/Diewald/Sumbalsky, Regulierung 27.

¹² Umfasst die RL 2001/12/EG, 2001/13/EG und 2001/14/EG, teilweise wird das Erste Eisenbahnpaket auch als Infrastrukturpaket bezeichnet.

¹³ Teilweise wird der Netzzugang für dritte EVU auch mit third party access umschrieben.

¹⁴ Es werden auch die Begriffe Entflechtung, Entbündelung oder Desintegration synonym verwendet.

¹⁵ Kern/Diewald/Sumbalsky, Regulierung 29; Leitzl, Regulierungsbehörden 2.

Das **Zweite Eisenbahnpaket**¹⁶ ist als Ergänzung bzw Weiterentwicklung des ersten Pakets anzusehen. Vorrangig hat man die Vereinheitlichung der Sicherheitsbestimmungen und die Verbesserung der Interoperabilität zwischen den einzelnen nationalen Schienennetzen angestrebt, was idealiter bedeutet, dass den EVU die Benutzung von Schienennetzen anderer Mitgliedstaaten mit eigenen Fahrzeugen ohne jegliche Anpassungen möglich ist.¹⁷ Als nächster Liberalisierungsschritt ist nun auch der nationale Güterverkehr dem Wettbewerb geöffnet worden.

Im **Dritten Eisenbahnpaket**¹⁸ sind ua Fahrgastrechte, wie etwa Entschädigungen bei Verspätungen, verankert, ein einheitlicher europäischer Lokführerschein eingeführt sowie der grenzüberschreitende Personenverkehr liberalisiert worden.

Die Umsetzung der drei Eisenbahnpakete ist in **Österreich** mit der Implementierung dieser Bestimmungen via in das **Eisenbahngesetz 1957 (EisbG)**¹⁹ erfolgt, das die wichtigste Rechtsgrundlage der Schienenverkehrsregulierung in Österreich darstellt. Das **Bundesbahngesetz (BBG)**²⁰ regelt die gesellschaftsrechtliche Struktur der Österreichischen Bundesbahnen (ÖBB) und setzt die unionsrechtlichen Entflechtungsbestimmungen zwischen Transport- und Infrastrukturbereich in nationalstaatliches Recht um. Weitere nationale Rechtsquellen sind zB das Eisenbahnbeförderungsgesetz (EBG)²¹, das Privatbahngesetz,²² das Schieneninfrastrukturfinanzierungsgesetz²³ und das Hochleistungsstreckengesetz.²⁴

In **Deutschland** ist die nationale Hauptrechtsquelle für die Umsetzung der Eisenbahnrechtsakte das **Allgemeine Eisenbahngesetz (AEG)**,²⁵ das durch weitere, vielfach sehr detaillierte Gesetze und Verordnungen ergänzt wird. Die für den Netzzugang entscheidenden Fragen wie etwa Trassenvergabe, Fahrplanerstellung, Rahmenverträge oder Entgeltregulierung sind in der **Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV)**²⁶ geregelt. Die organisatorische Ausgestaltung der Regulierungsbehörden enthält das

¹⁶ Umfasst die RL 2004/49/EG, 2004/50/EG, 2004/51/EG und die VO (EG) 881/2004.

¹⁷ Resch, Verkehrsrecht 1012.

¹⁸ Umfasst die RL 2007/58/EG, RL 2007/59/EG, die VO (EG) Nr. 1370/2007 und VO (EG) Nr. 1371/2007.

¹⁹ BGBl 1957/60 idF BGBl I 2012/50.

²⁰ BGBl 1992/825 idF BGBl I 2012/35.

²¹ BGBl 1988/180 idF BGBl I 2002/32.

²² BGBl I 2004/39 idF BGBl I 2009/95.

²³ BGBl 1996/201 idF BGBl I 2010/111.

²⁴ BGBl 1989/135 idF BGBl I 2004/154.

²⁵ BGBl I S 2378 idF BGBl I S 1884.

²⁶ BGBl I S 1566 idF BGBl I S 3044.

Bundeseisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz (BEVVG).²⁷ Weitere Detailregelungen finden sich zB in der Eisenbahnunternehmer Berufszugangsverordnung (EBZugV)²⁸ oder in der Eisenbahnbetriebsleiterverordnung (EBV).²⁹

1.1.1. Forschungsfrage, Aufbau und Themeneingrenzung der Arbeit

In dieser Diplomarbeit werde ich mich nach der Erläuterung einiger wesentlicher Begriffe dem volkswirtschaftlichen Hintergrund der Liberalisierung des Schienenverkehrssektors widmen, sowie die dogmatische Einordnung des Regulierungsrechts in das System des Wirtschaftsrechts analysieren, und daran anschließend einen Überblick über die Entwicklung der Schienenverkehrsregulierung in der EU geben. Der rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Hauptteil wird auf den drei Eisenbahnpaketen liegen. Dabei werde ich darstellen, *wie die Umsetzung dieser Liberalisierungsmaßnahmen in der Republik Österreich und der Bundesrepublik Deutschland erfolgt ist, welche Parallelen und Differenzen in der Umsetzung bestehen und welche Schlüsse sich aus diesem Vergleich für die Zukunft ziehen lassen.*

Da die Berücksichtigung sämtlicher schienenverkehrsspezifischer Rechtsakte ein nahezu uferloses Betätigungsfeld darstellen würde, muss an dieser Stelle eine sinnvolle Eingrenzung vorgenommen werden.

Zunächst ist eine Abgrenzung hinsichtlich des **Schienenpersonennahverkehrs (SPNV)** geboten: Der SPNV zählt unbestreitbar zum Schienenverkehr, doch sprechen Praktikabilitätserwägungen für ein einheitliches Nahverkehrskonzept, das sowohl den straßen- als auch den schienengebundenen Öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) umfasst. IdR können Nahverkehrsstrecken nie eigenwirtschaftlich betrieben werden, da der Nah- und Regionalverkehr aufgrund mangelnder Rentabilität auf staatliche Zuschüsse angewiesen ist. Es ist daher zweckmäßig, auch auf dem schienengebundenen ÖPNV keinen Wettbewerb *auf* sondern *um* den Markt im Rahmen eines Ausschreibungswettbewerbs durchzuführen.³⁰ Somit kommt es im Bereich des SPNV zu Überlagerungen des

²⁷ BGBl I S 2378, 2394 idF BGBl I S 1884.

²⁸ BGBl I S 3203 idF BGBl I S 1305.

²⁹ BGBl I S 1023 idF BGBl I S 1305.

³⁰ Rihs, Liberalisierung 21.

schienenspezifischen Regulierungsrechts durch das Vergaberecht.³¹ In der weiteren Arbeit bleiben Fragen des SPNV daher unberücksichtigt.

Darüber hinaus ist bei der Analyse der nationalen Umsetzung der Eisenbahnpakete auch eine weitere Eingrenzung im Sinne einer Schwerpunktsetzung notwendig. Diese Schwerpunkte sind:

- Organisation und Zuständigkeiten der nationalen **Regulierungsbehörden**,
- **Netzzugang** von EVU mit den damit verknüpften Fragen der Trassenvergabe, der langfristigen Kapazitätszuweisung durch Rahmenverträge und der Engeltregulierung bzw der dem Netzzugang vorgelagerten Frage der Betriebszulassung und der Sicherheitsgenehmigung von EVU,
- **Entflechtung** von Netz- und Transportsparte der Incumbents.³²

1.2. Begriffsbestimmungen

Da in dieser Diplomarbeit zahlreiche eisenbahnspezifische Ausdrücke verwendet werden und teilweise die Terminologie etwas uneinheitlich ist, sollen an dieser Stelle die wichtigsten Begriffe erläutert werden.

Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU)

EVU sind Unternehmen, die Transportleistungen von Personen und Gütern auf der Eisenbahninfrastruktur anbieten. Jedenfalls müssen EVU Traktionsleistungen³³ anbieten.³⁴

Eisenbahninfrastrukturunternehmen (EIU)

EIU sind Unternehmen, die Bau, Betrieb und Unterhaltung der Schieneninfrastruktur zum Gegenstand haben.³⁵ EIU können noch weiter in Betreiber des Schienennetzes und in Betreiber von Serviceeinrichtungen unterschieden werden.

³¹ Fehling, Verkehr 504.

³² Mit dem englischen Begriff Incumbent, das grs Amts- oder Stelleninhaber bedeutet, wird in der Schienenverkehrsregulierung der Ex-Monopolist bezeichnet, der nach wie vor klarer Marktführer ist und häufig – wie in Österreich und in Deutschland – auch der größte Betreiber der Schieneninfrastruktur ist und somit über ein erhebliches Diskriminierungspotential verfügt.

³³ Der Begriff Traktion leitet sich vom lateinischen Verb trahere ab, das ziehen bedeutet. Gemeint ist die kraftbetriebene Fortbewegung (idR durch elektrische Energie) mit bzw von Eisenbahnfahrzeugen.

³⁴ Vgl § 2 Abs 2 AEG; § 1b EisbG.

³⁵ Vgl § 2 Abs 1 AEG; § 1a EisbG.

Infrastrukturbetreiber

Dies ist nach den europäischen Vorgaben jede öffentliche Einrichtung oder jedes Unternehmen, das für die Einrichtung und Unterhaltung der Eisenbahninfrastruktur und die Führung von Betriebsleit- und Sicherheitssystemen zuständig ist.³⁶ Allerdings ist auch in den verschiedenen RL die Terminologie nicht einheitlich, so spricht etwa RL 95/19/EG vom Fahrwegbetreiber.³⁷ Das deutsche AEG verwendet hierfür den Begriff Betreiber der Schienenwege,³⁸ das österreichische EisbG den Begriff EIU bzw für Fragen der Trassenzuweisung den Terminus Zuweisungsstelle.³⁹ Da der Betreiber der Schienenwege bzw die Zuweisungsstelle idR ein EIU ist,⁴⁰ wird in dieser Diplomarbeit der Begriff EIU synonym für Zuweisungsstelle, Betreiber der Schienenwege, Infrastrukturbetreiber und Fahrwegbetreiber verwendet.

Eisenbahnunternehmen

Im EU-Recht wird damit jedes private oder öffentlich-rechtliche Unternehmen bezeichnet, dessen Haupttätigkeit im Erbringen von Eisenbahnverkehrsleistungen zur Beförderung von Gütern und Personen besteht, wobei dieses Unternehmen auch die Traktionsleistung sicherstellen muss.⁴¹ Dies ist aber eine unglückliche Definition. Sowohl das deutsche AEG⁴² als auch das österreichische EisbG⁴³ verwenden hierfür den präziseren Begriff Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU). Der Begriff Eisenbahnunternehmen soll in dieser Diplomarbeit als Überbegriff für EVU und EIU verwendet werden.

Integrierte Eisenbahnunternehmen

ME zeigt sich am Begriff des integrierten Eisenbahnunternehmens, dass es stringenter ist, den Begriff Eisenbahnunternehmen als Überbegriff zu verwenden. Unter integrierten Eisenbahnunternehmen werden Unternehmen verstanden, die idR durch eine Holding in einem Konzern über verschiedene Tochtergesellschaften verbunden sind, und somit sowohl EVU als auch EIU sind.⁴⁴

³⁶ Vgl zB Art 3 RL 91/440/EWG.

³⁷ Vgl Art 2 lit c RL 95/19/EG.

³⁸ Vgl § 2 Abs 3a AEG. Hier sind allerdings die Schienenwege in Serviceeinrichtungen ausgenommen.

³⁹ Vgl § 62 Abs 1 EisbG.

⁴⁰ In Österreich besteht die Möglichkeit, dass ein EIU, das rechtlich, organisatorisch und in seinen Entscheidungen von einem EVU nicht unabhängig ist, seine Funktion als Zuweisungsstelle an die Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH oder an ein anderes geeignetes Unternehmen übertragen kann.

⁴¹ Vgl Art 3 RL 91/440/EWG.

⁴² Vgl § 2 Abs 1 AEG.

⁴³ Vgl § 1b EisbG.

⁴⁴ Vgl § 1c EisbG.

Gemeinwirtschaftlicher Schienenverkehr

So werden Schienenverkehrsleistungen auf Strecken mit mangelnder Rentabilität bezeichnet, die aber aufgrund des öffentlichen Interesses trotzdem betrieben werden. Diese Strecken sind von staatlichen Zuschüssen abhängig.⁴⁵ Insb Strecken des SPNV sind gemeinwirtschaftliche Schienenverkehre.

Eigenwirtschaftlicher Schienenverkehr

Eigenwirtschaftliche Verkehre können mit Gewinn betrieben werden und sind somit nicht von staatlichen Zuschüssen abhängig.⁴⁶ IdR sind der Schienenpersonenfernverkehr und der Schienengüterverkehr eigenwirtschaftlich.

Interoperabilität

Unter Interoperabilität im Schienenverkehr versteht man, dass Schienenfahrzeuge ohne technische Hürden durchgängig von einem Schienennetz in ein anderes verkehren können. Gerade in Europa haben sich historisch viele nationale Bahnsysteme entwickelt, die heterogene technische Standards vorweisen und somit die Interoperabilität erschweren bzw verunmöglichen. Die Überwindung der unterschiedlichen nationalen Bahnsysteme ist eine der wichtigsten Voraussetzungen für die Entwicklung eines europäischen Schienennetzes.⁴⁷

Intermodaler Wettbewerb

Der intermodale Wettbewerb ist der Wettbewerb zwischen den verschiedenen Verkehrsträgern, also Schienenverkehr, Straßenverkehr, Schiff- und Luftfahrt, um die Beförderung von Personen und Gütern.

Intramodaler Wettbewerb

Der intramodale Wettbewerb bezeichnet den Wettbewerb zwischen Unternehmen desselben Verkehrsträgers, also zB zwischen verschiedenen LKW-Unternehmen auf der Straße oder zwischen verschiedenen EVU auf der Schiene.

⁴⁵ *Kirchner*, Liberalisierungsindex 219.

⁴⁶ *Kirchner*, Liberalisierungsindex 219.

⁴⁷ *Weißbuch der Kommission*, Eine Strategie zur Revitalisierung der Eisenbahn in der Gemeinschaft, KOM(96) 421 endg vom 30.07.1996. Rz 65.

Serviceeinrichtungen

Das EIU hat in seiner Eigenschaft als Betreiber von Serviceeinrichtungen den EVU gewisse sonstige Leistungen diskriminierungsfrei anzubieten, die zur Erbringung von Schienenverkehrsleistungen erforderlich sind. Diese Serviceeinrichtungen umfassen ua

- Nutzung von Versorgungseinrichtungen mit Fahrstrom,
- Einrichtungen für die Brennstoffaufnahme,
- Personenbahnhöfe, deren Gebäude und sonstige Einrichtungen,
- Güterbahnhöfe und –terminals,
- Rangierbahnhöfe,
- Zugbildungseinrichtungen,
- Abstellgleise,
- Wartungseinrichtungen und andere technische Einrichtungen.⁴⁸

1.3. Volkswirtschaftlicher Hintergrund der Liberalisierung und Regulierung des Schienenverkehrs

Die überwiegende Anzahl der Eisenbahnunternehmen wies in Europa seit dem Zweiten Weltkrieg eine integrierte Konzernstruktur auf, was bedeutet, dass die Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) nicht von den Eisenbahninfrastrukturunternehmen (EIU) getrennt waren. Da das Schienennetz ein natürliches Monopol darstellt und der Schienenverkehr von vielfältigen öffentlichen Interessen geprägt ist, erfolgte die Leistungserbringung durch ein öffentliches Unternehmen, das idR eine Sonderrechtsform aufwies und ein Teil des öffentlichen Haushalts war.⁴⁹ Die daraus resultierende Unternehmensstruktur machte die Eisenbahnen allerdings zu **politischen Spielbällen**.⁵⁰

Neben der politischen Abhängigkeit waren die Eisenbahnunternehmen vom **freien Spiel der Marktkräfte** vollkommen **verschont**. Hatte die Eisenbahn keine Fahrgäste und blieben die Züge leer, hatte der Staat die daraus resultierenden Verluste zu decken, es mangelte somit an Anreizen zur Innovation, zur Kostensenkung und zur Qualitätsverbesserung.⁵¹ Es wurde eben

⁴⁸ Vgl Anhang II RL 2001/14/EG; § 2 Abs 3c AEG; § 58 EisbG.

⁴⁹ *Leitl*, Regulierungsbehörden 21.

⁵⁰ *Catharin/Gürlich*, Eisenbahngesetz 43.

⁵¹ KOM(96) 421 endg, 6.

allgemein angenommen, dass in netzgebundenen Märkten kein Wettbewerb in Hinblick auf die spezifischen netzgebundenen Leistungen möglich ist.⁵²

Doch warum wurde grosso modo Wettbewerb auf dem Schienennetz für unmöglich erachtet? Hierfür muss zunächst die Struktur des Schienenverkehrs und dann die Theorie vom natürlichen Monopol betrachtet werden.

1.3.1. Struktur des Schienenverkehrs

Der Schienenverkehr stellt ein netzgebundenes Transportsystem dar, das aus mehreren zueinander komplementären Ebenen besteht:

- Infrastrukturebene (Schienennetz und Serviceeinrichtungen)
- Verkehrsüberwachende und verkehrskordinierende Ebene (Sicherheitssysteme)
- Transportebene (eigentliche Dienstleistung, dh Personen- oder Güterbeförderung)

Die Infrastrukturebene kann von der verkehrsüberwachenden und verkehrskordinierenden Ebene nicht wirtschaftlich sinnvoll getrennt werden, womit im Ergebnis eine **Zwei-Ebenen-Struktur** erkennbar wird, nämlich Schieneninfrastruktur und Transportbereich.⁵³

1.3.2. Natürliches Monopol

Ein natürliches Monopol beschreibt eine Marktsituation, die von hohen Fixkosten geprägt ist und wo ein Unternehmen aufgrund von Größen- und Verbundvorteilen den Markt zu **niedrigeren Kosten** bedienen kann, als eine Mehrzahl von Anbietern unter Wettbewerbsbedingungen.⁵⁴

Das Vorliegen von **Größenvorteilen** („economics of scale“) bedeutet, dass eine proportionale Erhöhung des Inputs eine überproportionale Erhöhung des Outputs zur Folge hat. Daraus resultieren dann fallende Durchschnittskosten.⁵⁵

⁵² *Lewisch*, Eisenbahnregulierungsrecht 21; *Raschauer*, Wirtschaftsaufsichts- und Regulierungsrecht 188.

⁵³ *Lewisch*, Eisenbahnregulierungsrecht 23 f.

⁵⁴ *Knieps*, Wettbewerbsökonomie 21.

⁵⁵ *Knieps*, Wettbewerbsökonomie 24 f.

Verbundvorteile („economics of scope“) haben in Mehrproduktunternehmen die Konsequenz, dass es kostengünstiger ist, wenn ein Unternehmen sämtliche Produkte anbietet, als wenn verschiedene Unternehmen die Herstellung einzelner Produkte übernehmen. Diese Effizienzsteigerung kann zB auf Vorteile bei der gemeinsamen Produktion oder auf Vorteile bei der Verteilung von Produkten zurückgeführt werden.⁵⁶

Insb **netzgebundene Märkte** werden als natürliche Monopole angesehen, zB Strom, Gas, Post, Telekommunikation oder Schienenverkehr.⁵⁷ Netzgebundene Märkte werden dadurch charakterisiert, dass zur Erbringung der nachgelagerten Dienstleistung die Benützung des jeweiligen Netzes eine notwendige Voraussetzung darstellt, zB kann die Stromversorgung nur über Hochspannungsleitungen oder die Erbringung von Eisenbahntransportleistungen nur auf dem Schienennetz erfolgen.⁵⁸ Darin unterscheiden sich Infrastrukturmärkte auch gravierend von gewöhnlichen Konsumgütermärkten, die nicht von einem solchen Infrastrukturnetz direkt abhängig sind.⁵⁹

Natürliche Monopole wurden in der Vergangenheit als **Rechtfertigung monopolistischer Strukturen** auf diesen Märkten angesehen, da mit dem Markteintritt von Wettbewerbern eine volkswirtschaftlich ineffiziente Steigerung der Kosten erwartet wurde.⁶⁰

Die Folge dieser Auffassung – in Verbindung mit der nationalen Marktabschottung – waren vertikal integrierte Eisenbahnmonopole auf dem jeweiligen Territorium des Heimatstaates, die dem Wettbewerb vollkommen entzogen waren.⁶¹ Die Theorie vom natürlichen Monopol rechtfertigte zwar die Monopolstellung der Eisenbahnunternehmen, gleichzeitig war man allerdings mit hohen Ineffizienzen und dem massiven Verlust von Marktanteilen im intermodalen Wettbewerb konfrontiert. Diese unbefriedigende Situation wurde durch die Theorie der angreifbaren Märkte und das Konzept der wesentlichen Einrichtungen überwunden.

⁵⁶ *Knieps*, Wettbewerbsökonomie 26.

⁵⁷ *Knieps*, Wettbewerbsökonomie 22; *Wimmer/Müller*, Wirtschaftsrecht 540; *Wimmer/Kahl*, Unternehmen 43.

⁵⁸ *Wimmer/Müller*, Wirtschaftsrecht 541.

⁵⁹ *Nemec*, Infrastrukturliberalisierung 1.

⁶⁰ *Knieps*, Wettbewerbsökonomie 22; *Wimmer/Müller*, Wirtschaftsrecht 541; *Wimmer/Kahl*, Unternehmen 43; *Leitl*, Regulierungsbehörden 19.

⁶¹ *Lewisch*, Eisenbahnregulierungsrecht 21 f.

1.3.3. Theorie der angreifbaren Märkte und Konzept der wesentlichen Einrichtungen

Das **Konzept der angreifbaren Märkte** („contestable markets theory“) untersucht, inwiefern potentieller Wettbewerb zur Marktmachtdisziplinierung natürlicher Monopole führt.⁶² Dieses Konzept geht also davon aus, dass es grs keinen effektiven Wettbewerb auf dem jeweiligen Markt brauche, um den Monopolisten zu einem Marktverhalten wie unter Wettbewerbsbedingungen zu animieren, sofern das Drohpotential des Markteintritts eines Konkurrenten ausreichende Disziplinierungswirkung hat.⁶³ Hier wird schon ersichtlich, dass der Markteintritt eines potentiellen Konkurrenten grs möglich sein muss, damit es zu einer solchen Disziplinierungswirkung kommt. Herrschen hingegen Markteintrittsbarrieren vor, fehlen dem Monopolisten jegliche Anreize zur Innovations- und Effizienzsteigerung.

Demzufolge wird nach der Theorie der angreifbaren Märkte ein Markt dann als **angreifbar** bezeichnet, wenn keine Markteintrittsbarrieren bestehen, der Marktaustritt kostenlos ist und Bertrand-Nash-Verhalten der Konsumenten vorliegt.

Allerdings bedeutet ein hier skizzierter **freier Markteintritt** nicht, dass der Markteintritt für neue Unternehmen mit keinen Kosten verbunden oder mühelos bewältigbar ist, sondern lediglich, dass ein neu eingetretenes Unternehmen keine Kostennachteile ggü dem etablierten Unternehmen hat. Dh, dass mögliche Konkurrenten ohne Zeitverlust zum selben Preis Zugang zu den verwendeten Technologien des Monopolisten erhalten.

Kostenloser Markteintritt bedeutet die **Abwesenheit von irreversiblen Kosten** („sunk costs“), dh Wettbewerber können die für den Markteintritt notwendigen Investitionen beim Marktaustritt wieder rückgängig machen.⁶⁴

Bertrand-Nash-Verhalten liegt dann vor, wenn die Kunden schon bei geringen Änderungen der Preise zum günstigeren Anbieter wechseln. Somit haben neue Unternehmen bei Unterbietung der Preise des Incumbents große Marktchancen.⁶⁵

Daraus folgt, dass ein natürliches Monopol an sich noch keiner staatlichen Regulierung unterworfen werden muss, sofern es sich um einen angreifbaren Markt handelt.⁶⁶

⁶² *Knieps*, Wettbewerbsökonomie 28.

⁶³ *Lewis*, Eisenbahnregulierungsrecht 26.

⁶⁴ *Kern/Diewald/Sumbalsky*, Regulierung 24.

⁶⁵ *Knieps*, Wettbewerbsökonomie 29 f.

⁶⁶ *Lewis*, Eisenbahnregulierungsrecht 26.

Die entscheidende Frage ist, ob **irreversible Kosten** vorliegen. Diese sind nämlich für den Monopolisten letztlich nicht mehr von Bedeutung, für einen potentiellen Konkurrenten sind irreversible Kosten aber höchst entscheidungsrelevant. Schließlich muss ein solches Unternehmen ja gerade abwägen, ob es für den Markteintritt irreversible Kosten aufbringen möchte. Liegen also irreversible Kosten vor, stellen diese eine Markteintrittsbarriere dar – potentielle Wettbewerber werden dadurch abgehalten in den Markt einzutreten. Letztlich wird dadurch die Marktmacht des Monopolisten nicht mehr diszipliniert, der Markt ist also **nicht angreifbar**.⁶⁷

Für den Schienenverkehrsbereich muss man nun differenzieren. Im Bereich der **Schieneninfrastruktur** müsste für den Markteintritt ein Konkurrenzschienennetz aufgebaut werden. Somit ist der Markteintritt in den Schienenverkehrsmarkt im Bereich der Schieneninfrastruktur für potentielle Wettbewerber mit unwiederbringlichen Kosten verbunden. Im Ergebnis besteht also eine hohe Markteintrittsschranke, womit es sich um einen nicht angreifbaren Markt handelt. Aus dieser Überlegung wird die Regulierungswürdigkeit des Schieneninfrastruktursektors abgeleitet.⁶⁸

Im Bereich der **Transportdienstleistungen** hingegen ist wirksamer Wettbewerb durchaus möglich, da auch die Investitionen nicht mit unwiederbringlichen Kosten verknüpft sind. So können Schienenfahrzeuge und Waggons durchaus an andere EVU verkauft und von diesen eingesetzt werden.⁶⁹

Eng mit der Theorie der angreifbaren Märkte ist das **Konzept der wesentlichen Einrichtungen** verknüpft. Dieses Konzept ist für die Disziplinierung der netzspezifischen Marktmacht des Incumbents von weit reichender Bedeutung.⁷⁰ Als wesentlich wird eine Einrichtung oder Infrastruktur dann eingestuft, wenn:

- diese Einrichtung notwendig ist, um die Geschäftstätigkeit ausüben zu können,
- diese Einrichtung auf dem jeweiligen Markt nicht substituiert werden kann,
- diese Einrichtung nach wirtschaftlichen Maßstäben nicht duplizierbar ist.⁷¹

⁶⁷ *Knieps*, Wettbewerbsökonomie 32; *Lewisch*, Eisenbahnregulierungsrecht 27; *Kern/Diewald/Sumbalsky*, Regulierung 23.

⁶⁸ *Lewisch*, Eisenbahnregulierungsrecht 28.

⁶⁹ *Lewisch*, Eisenbahnregulierungsrecht 28 f.

⁷⁰ *Knieps*, Netzökonomie (2007) 165.

⁷¹ *Knieps*, Netzökonomie (2007) 165.

Das Konzept der wesentlichen Einrichtungen steht in einem sehr engen Konnex zu der **Essential-Facilities-Doktrin**, welche aus dem amerikanischen Wettbewerbsrecht stammt. Hier werden für die Bestimmung einer wesentlichen Einrichtung zwei Aspekte herangezogen: Eine Essential Facility liegt dann vor, wenn der Marktzutritt zum nachgelagerten Markt ohne Zugang zu dieser Einrichtung verunmöglicht wird und wenn diese Einrichtung mit angemessenen Mitteln nicht neu geschaffen werden kann.⁷²

Nach diesem Konzept lässt sich für den Schienenverkehr ableiten, dass das Schienennetz eine wesentliche Einrichtung darstellt, da EVU zwangsläufig Zugang zum Schienennetz benötigen um Transportleistungen anzubieten, für das Schienennetz auch kein Substitut verfügbar ist und es wirtschaftlich nicht sinnvoll wäre, ein Konkurrenzschienennetz aufzubauen.

Zusammenfassend stellt die Schieneninfrastruktur nach der Theorie der angreifbaren Märkte einen **nicht angreifbaren Markt** dar. Nach dem Konzept der wesentlichen Einrichtungen handelt es sich bei dem Schienennetz um ein **monopolistisches Bottleneck**.⁷³ In Summe lässt sich daraus die Notwendigkeit sektorspezifischer Regulierung des Betreibers der Schieneninfrastruktur ableiten, dh dass das natürliche Monopol des Schienennetzes anerkannt wird, aber eben der staatlichen Regulierung unterworfen wird. Die Transportebene (Dienstleistungsebene) stellt einen angreifbaren Markt dar, die Aufrechterhaltung eines staatlichen Monopols auf dieser Ebene lässt sich volkswirtschaftlich also nicht rechtfertigen. Effektiver Wettbewerb kann allerdings nur dann entstehen, wenn die EVU diskriminierungsfreien Zugang zur Schieneninfrastruktur erhalten.⁷⁴

Aufgrund des Diskriminierungspotentials des Infrastrukturbetreibers ist es daher notwendig, möglichen Interessenskonflikten zwischen EIU und EVU in integrierten Eisenbahnunternehmen vorzubeugen und durch verschiedene Regulierungsinstrumente⁷⁵ den diskriminierungsfreien Netzzugang dritter EVU zum Schienennetz sicherzustellen.⁷⁶

⁷² *Knieps*, Netzökonomie (2007) 165.

⁷³ Man bezeichnet in diesem Kontext die wesentliche Einrichtung auch als monopolistisches Bottleneck. Bottleneck bezeichnet grs einen Flaschenhals oder einen Engpass. Hier wird diese Bezeichnung verwendet um die Diskriminierungspotentiale bei Netzinfrastrukturen zu beschreiben und die Notwendigkeit staatlicher Regulierung zu betonen.

⁷⁴ *Leitl*, Regulierungsbehörden 67.

⁷⁵ Insb Zugangs- und Entgeltregulierung.

⁷⁶ *Leitl*, Regulierungsbehörden 20.

1.3.4. Entflechtung (Unbundling)

Durch das Unbundling soll bei integrierten Eisenbahnunternehmen eine Organisationsform gefunden werden, die Diskriminierungen, Quersubventionen und Wettbewerbsverzerrungen verhindert und die Verbundvorteile nivelliert werden.⁷⁷ Es kommen mehrere Entflechtungsstufen in Betracht, deren Vor- und Nachteile gegeneinander abgewogen werden müssen.

- **Buchhalterisches Unbundling:** Die einzelnen Unternehmenssparten werden wie eigenständige Unternehmen behandelt und werden verpflichtet, getrennt zu bilanzieren und getrennte Jahresabschlüsse zu erstellen.
- **Informatorisches Unbundling:** Das Informationsunbundling wird auch häufig mit dem Aufbau von „Chinese Walls“ umschrieben. Es soll den Missbrauch wirtschaftlich sensibler Informationen verhindern, die das Infrastrukturunternehmen aus seinem Betrieb erlangt.
- **Organisatorisches Unbundling:** Die verschiedenen Unternehmensbereiche werden getrennt geleitet, dies kann auch ein personelles Unbundling umfassen. Dh, dass Mitglieder der Geschäftsführung nicht gleichzeitig für den Netz- und Transportbereich tätig sein dürfen und auch nicht beliebig zwischen den Sparten hin- und herwechseln können.
- **Gesellschaftsrechtliches Unbundling:** Dies umfasst die vollständige rechtliche Trennung der verschiedenen Sparten, wobei die Muttergesellschaft weiterhin Eigentümerin der Tochtergesellschaften bleibt.
- **Eigentumsrechtliches Unbundling:** Das Mutterunternehmen verliert das Eigentum an der Infrastruktursparte, das Schienennetz wird auf eine eigene Gesellschaft übertragen.
- **Ownership Unbundling:** Dies ist die tiefgreifendste Entflechtungsform, da hier das ehemaligen Mutterunternehmen auch keine gesellschaftsrechtlichen Anteile an der Infrastrukturgesellschaft halten darf.⁷⁸

Letztendlich soll durch die Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Netzzuganges und dem dadurch ermöglichten Markteintritt potentieller Wettbewerber ein Preis- und Qualitätswettbewerb im Transportbereich ermöglicht werden, und die angebotenen

⁷⁷ *Schneider/Stöger*, Regulierungsrecht 33 f.

⁷⁸ *Wimmer/Müller*, Wirtschaftsrecht 547 f; *Schneider/Stöger*, Regulierungsrecht 33 f.

Transportdienstleistungen sollen den freien Marktkräften unterliegen.⁷⁹ Hierfür ist es notwendig, dass der Eisenbahninfrastrukturbereich von einer unabhängigen Regulierungsstelle kontrolliert wird, die Diskriminierungen verhindert.⁸⁰ Im Bereich der Eisenbahndienstleistungen sind nach der Regulierungstheorie keine spezifischen regulatorischen Aufgaben zu tätigen, zwischen den einzelnen EVU genügen die Bestimmungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts.

Nach diesem ökonomischen Teil möchte ich mich kurz dem Regulierungsrecht als eigenständiger rechtswissenschaftlicher Disziplin widmen. Insb soll den Fragen nachgegangen werden, in welchem Verhältnis das Regulierungsrecht zu den anderen Disziplinen des öffentlichen Wirtschaftsrechts steht und was der Hintergrund der Verselbständigung dieser jungen Disziplin ist.

1.4. Dogmatische Einordnung des Regulierungsrechts

Das Regulierungsrecht ist eine sehr junge rechtswissenschaftliche Disziplin. Es ist nach wie vor umstritten, ob man überhaupt von einer eigenen Kategorie des öffentlichen Wirtschaftsrechts sprechen kann.⁸¹ Ebenso umstritten ist der Begriff Regulierungsrecht sowohl in terminologischer als auch in inhaltlicher Hinsicht. Schließlich wird der Terminus Regulierung in verschiedensten Kontexten verwendet und umfasst somit im Grunde die gesamte Bandbreite des Rechts.

Es erscheint daher sinnvoll, zwischen Regulierung iwS und Regulierung ieS zu unterscheiden. **Regulierung iwS** bezeichnet den grs Ansatz, wie den sich ständig ändernden Problemen des Rechts-, Wirtschafts- und Sozialsystems in einer Rechtsordnung begegnet wird und gibt somit Auskunft über die historisch gewachsene Rechtskultur bzw über den politischen Grundkonsens der dieser zugrunde liegt. Im Gegensatz dazu stellt **Regulierung ieS** die konkrete Regulierung bestimmter Wirtschaftssektoren dar.⁸² Das Regulierungsrecht setzt somit gewissermaßen den Begriff der Regulierung ieS voraus.

⁷⁹ *Borrmann/Wieser*, Eisenbahnliberalisierung 17 f.

⁸⁰ *Leitl*, Regulierungsbehörden 2.

⁸¹ *Holoubek*, Wirtschaftsaufsichtsrecht 6.

⁸² *Stober/Eisenmenger*, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht 174 f.

Darauf aufbauend kann mE *Leitl* gefolgt werden, die eine Unterscheidung in formelles und materielles Regulierungsrecht vornimmt. **Formelles Regulierungsrecht** umfasst sämtliche Sektoren, in denen das Unionsrecht die Vollziehung von Regulierungsaufgaben durch eine unabhängige nationale Regulierungsbehörde zwingend vorsieht.⁸³ Das **materielle Regulierungsrecht** enthält Elemente des allgemeinen Wettbewerbsrechts, des Wirtschaftsaufsichtsrechts, des Wirtschaftslenkungsrechts und wohl auch des Wirtschaftspolizeirechts, wobei das Regulierungsrecht immer **spezifische Distinktionsmerkmale** zu all diesen Rechtsbereichen aufweist und dadurch auch mE zu Recht als neuartige Kategorie des öffentlichen Wirtschaftsrechts angesehen wird.⁸⁴

Im Gegensatz zum **allgemeinen Wettbewerbsrecht** ist das Regulierungsrecht nicht „bloß“ auf den Schutz von Wettbewerb ausgerichtet, sondern intendiert überhaupt erstmalig, in gewissem Sinne artifiziell, Wettbewerbsstrukturen in ehemals abgeschotteten Monopolmärkten zu schaffen. Darüber hinaus verfolgt das Regulierungsrecht nicht nur die Etablierung von Marktkräften, es soll auch aufgrund des Daseinsvorsorgecharakters der Netzsektoren ein gewisses Marktergebnis erreicht werden, zB flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit Strom oder Schienenverkehrsleistungen.⁸⁵ Die Etablierung von Wettbewerbern in den Infrastruktursektoren, die mit sehr hohen und zT unwiederbringlichen Kosten verbunden sind, verlangt einseitige Diskriminierungsmaßnahmen gegenüber dem Marktbeherrscher und beschränkt sich nicht auf eine bloße Missbrauchsaufsicht einer marktbeherrschenden Stellung. Das Regulierungsrecht ist in seiner Zielsetzung somit dem allgemeinen Wettbewerbsrecht vorgelagert.

Das **Wirtschaftsaufsichtsrecht** zielt auf die Kontrolle von Unternehmen, denen eine herausragende Bedeutung für das Funktionieren der Volkswirtschaft zukommt.⁸⁶ Zwar handelt es sich bei der Stromversorgung, der Telekommunikation oder dem Schienenverkehr ebenfalls um volkswirtschaftliche Schlüsselsektoren, doch das Wirtschaftsaufsichtsrecht „begnügt“ sich im Gegensatz zum Regulierungsrecht auf den Funktionsschutz von gewissen Sektoren⁸⁷ und geht von funktionierenden Marktkräften aus.⁸⁸ Es dient also nicht der aktiven

⁸³ ZB Strom, Gas, Post, Telekommunikation und Schienenverkehr.

⁸⁴ *Wimmer/Müller*, Wirtschaftsrecht 556 f; *Leitl*, Regulierungsbehörden 28.

⁸⁵ *Leitl*, Regulierungsbehörden 272 f.

⁸⁶ *Wimmer/Müller*, Wirtschaftsrecht 474; *Leitl*, Regulierungsbehörden 26.

⁸⁷ Insb unterliegen Unternehmen der Finanzwirtschaft dem Wirtschaftsaufsichtsrecht, etwa Banken, Versicherungen oder der Wertpapierhandel, aber auch der Straßen- und der Luftverkehr.

⁸⁸ *Holoubek*, Wirtschaftsaufsichtsrecht 11.

Etablierung von Wettbewerbsstrukturen.⁸⁹ Das Regulierungsrecht hingegen fungiert vielmehr als permanente Unterstützung der Marktkräfte, das Wirtschaftsaufsichtsrecht beschränkt sich auf Krisenfälle und die Prävention derselben.

Das Betätigungsfeld des **Wirtschaftslenkungsrechts** liegt in der Verwirklichung wirtschaftspolitischer Ziele,⁹⁰ die nicht durch das freie Spiel der Marktkräfte erreicht werden.⁹¹ Hierzu kann der Staat in engen Grenzen hoheitliche Anordnungen erlassen oder durch die Schaffung von Anreizen Marktkorrekturen vornehmen.⁹² Auch das Regulierungsrecht kennt direkte als auch indirekte Wirtschaftslenkungsmaßnahmen, diese dienen aber nicht der Marktkorrektur, sondern überhaupt erst der Etablierung von Marktstrukturen: „Die Regulierung unterstützt den Markt, das Lenkungsrecht tritt an seine Stelle.“⁹³

Das **Wirtschaftspolizeirecht** dient der personen- und produktbezogenen Gefahrenabwehr, die von wirtschaftlicher Tätigkeit ausgeht.⁹⁴ Auch dem Regulierungsrecht ist der Gedanke der Gefahrenabwehr nicht fremd und so überrascht es wenig, dass zB die Eisenbahnverkehrsgesetze umfangreiche Sicherheitsbestimmungen, wie etwa Betriebsgenehmigungen oder Sicherheitszertifikate für EIU und EVU, enthalten. Doch der Ansatzpunkt des Regulierungsrechts ist nicht bloß auf Sicherheitsaspekte zu beschränken, sondern umfasst darüber hinaus eine sektorspezifische Unterstützung der Marktkräfte.

Nach dieser negativen Beschreibung soll nun kurz dargestellt werden, was der Gegenstand des materiellen Regulierungsrechts ist.

1.4.1. Regulierung als Privatisierungsfolgenrecht

Das Regulierungsrecht in seiner heutigen Form gäbe es wahrscheinlich gar nicht, wenn nicht Anfang der 1990er Jahre der politische Paradigmenwechsel von der staatlichen Erfüllungshin zur Gewährleistungsverantwortung erfolgt wäre. Denn erst auf diesem politischen Umdenken basierte die Privatisierung öffentlicher Unternehmen. Infolgedessen musste ein

⁸⁹ Leitl, Regulierungsbehörden 27 f.

⁹⁰ ZB Versorgungssicherheit, Preisniveaustabilität oder Konjunkturbelebung.

⁹¹ Wimmer/Müller, Wirtschaftsrecht 506 f; Leitl, Regulierungsbehörden 27.

⁹² Holoubek, Wirtschaftsaufsichtsrecht 10.

⁹³ Wimmer/Müller, Wirtschaftsrecht 557.

⁹⁴ Wimmer/Müller, Wirtschaftsrecht 440.

rechtlicher Rahmen geschaffen werden, damit nach erfolgter Privatisierung nicht die Monopolstellung bloß in private Trägerschaft übergeführt würde, sondern sich vielmehr die freien Marktkräfte auf ehemals abgeschotteten Märkten etablieren können.⁹⁵ Das Regulierungsrecht ist eng mit der **Verwirklichung des Binnenmarktes** verknüpft, da erst diese Entwicklung hin zu Wettbewerb und einem gemeinsamen europäischen Markt ohne nationale Grenzen den nötigen Privatisierungsdruck auf die Mitgliedstaaten der EU erzeugt hat.⁹⁶

1.4.2. Regulierung als Sonderwettbewerbsrecht

Das Regulierungsrecht intendiert die proaktive Etablierung und Sicherung von **Wettbewerb in ehemaligen Monopolmärkten**, wobei der Monopolist stets ein öffentliches Unternehmen war. Da es sich bei diesen Monopolmärkten in der Regel um Leistungen der Daseinsvorsorge handelt, muss die Gewährleistung angemessener, sicherer und ausreichender Versorgung zu adäquaten Preisen sichergestellt sein. Das bedeutet im Endeffekt, dass das Regulierungsrecht Elemente der kartellrechtlichen Aufsicht sowie des Wirtschaftsaufsichtsrechts beinhaltet, darüber hinaus aber die Besonderheit hinzutritt, dass es sich bei den regulierten Märkten um Leistungen der Versorgungswirtschaft handelt, wofür den Staat eine besondere Gewährleistungsfunktion trifft.⁹⁷

1.4.3. Regulierungsrecht als bloßes Provisorium?

Es lässt sich zu diesem Zeitpunkt darlegen, dass die ursprünglich angedachte bloß temporäre Existenz des Regulierungsrechts⁹⁸ in Folge des Übergangs von Monopolmarkt über regulierten Wettbewerb hin zu freiem Wettbewerb sich als unzutreffend herausstellen wird. Das Regulierungsrecht wird kein bloßes provisorisches Übergangsrecht als Begleiterscheinung der Liberalisierung von Infrastruktursektoren sein.

Vielmehr wird die Etablierung und Sicherung von Wettbewerb in netzgebundenen Märkten aufgrund der vielfältigen Diskriminierungspotentiale des Ex-Monopolisten und der

⁹⁵ *Wimmer/Müller*, Wirtschaftsrecht 541.

⁹⁶ *Holoubek*, Wirtschaftsaufsichtsrecht 20.

⁹⁷ *Holoubek*, Wirtschaftsaufsichtsrecht 21.

⁹⁸ Aus der angloamerikanischen Literatur kommend wird auch der Begriff „phasing out“ verwendet.

Sicherstellung der Gemeinwohlverpflichtungen eine **dauerhafte und langfristige Aufgabe des Rechts** sein und bleiben.⁹⁹ Allerdings ist auch zu erwarten, dass das Regulierungsrecht eine verhältnismäßig flexible Rechtsmaterie darstellen wird, da die konkrete Ausgestaltung der sektorspezifischen Regulierung auf den Wandel der Marktverhältnisse des jeweiligen Sektors entsprechend reagieren muss.¹⁰⁰

Nach dieser generellen Beschreibung des Regulierungsrechts folgt nun ein kurzer sektorspezifischer Exkurs in den Schienen- bzw Transportbereich, der mir bei dieser dogmatischen Einteilung angebracht erscheint.

1.5. Mangelhafte Berücksichtigung des intermodalen Wettbewerbs in der Regulierung des Transportbereiches

ME ist zu konstatieren, dass das Regulierungsrecht im Transportbereich die ökonomischen Interdependenzen des intermodalen Wettbewerbs im Verkehr noch ungenügend berücksichtigt. Derzeit fokussiert das Regulierungsrecht im Schienenverkehr „bloß“ den intramodalen Wettbewerb zwischen den einzelnen EVU auf der Schiene. Das Regulierungsrecht vernachlässigt aber, dass verschiedene Verkehrsträger vielfach im selben Transportmarkt agieren und auch hier ein chancengleicher Wettbewerb ermöglicht werden muss.

Der intermodale Wettbewerb zwischen den verschiedenen Verkehrsträgern,¹⁰¹ der aufgrund des **hohen Substituierungspotentials** im Sinne einer Gesamtbetrachtung den **gesamten Transportmarkt** ausmacht, wird regulatorisch nicht in ein Gesamtkonzept gebracht. Wenn man allerdings den Blickwinkel von einzelnen Teilsegmenten hin zu dem gesamten Transportmarkt verschiebt, ergibt sich aufgrund ökologischer und wettbewerbsrechtlicher¹⁰² Aspekte die Notwendigkeit, die Wettbewerbsbedingungen der verschiedenen Verkehrsträger

⁹⁹ *Wimmer/Müller*, Wirtschaftsrecht 556.

¹⁰⁰ *Leitl*, Regulierungsbehörden 25.

¹⁰¹ Das klassische Beispiel ist der Wettbewerb zwischen Schiene und Straße sowohl im Nah- als auch im Fernverkehr sowie im Personen- als auch im Güterverkehr. Aber auch zB der Luftverkehr steht in einem Substitutionsverhältnis zum Schienen- und Straßenfernverkehr.

¹⁰² Zu denken ist hier etwa an die Externalisierung der Umweltkosten im Individualverkehr, die im intermodalen Wettbewerb den Schienenverkehr benachteiligt.

anzugleichen, um damit durch einen lauterer Wettbewerb eine volkswirtschaftlich sinnvolle Aufgabenteilung erreichen zu können.¹⁰³

So statuiert eine **Zielbestimmung des deutschen AEG**, dass die Bundesregierung als auch die Landesregierungen zum Zwecke der besten Verkehrsbedienung darauf hinwirken sollen, dass die Wettbewerbsbedingungen zwischen den Verkehrsträgern angeglichen werden.¹⁰⁴

Auch die **Kommission** hat diese Problematik erkannt. In der Neufassung des ersten Eisenbahnpakets wird die Angleichung der Wettbewerbsbedingungen zwischen den verschiedenen Verkehrsträgern insb zur umweltverträglichen Gestaltung des Verkehrs als langfristiges strategisches Schwerpunktziel angeführt. Diese Neutralisierung der Verkehrsträgerschaft im Wettbewerb soll durch eine verkehrsträgerübergreifende Internalisierung der Kosten erfolgen, so dass die erhobenen Entgelte auch die externen Kosten widerspiegeln und letztlich die Verkehrsnutzer die richtigen Preissignale erhalten.¹⁰⁵

¹⁰³ *Fehling*, Verkehr 503 f.

¹⁰⁴ Vgl § 1 Abs 5 AEG.

¹⁰⁵ Mitteilung der Kommission über die Entwicklung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums, KOM(2010) 474 endg vom 17.09.2010, 11.

2. Unionsrechtliche Liberalisierungsmaßnahmen im Schienenverkehr

2.1. Ziele der Liberalisierung und Regulierung des Schienenverkehrs

Die Liberalisierung des Schienenverkehrs bezweckt durch das Aufbrechen ehemals abgeschotteter nationaler Monopolmärkte die Schaffung eines **einheitlichen Schienenverkehrsmarktes** in der EU. Damit Hand in Hand geht die Entstehung des Regulierungsrechts, das den diskriminierungsfreien Netzzugang für dritte EVU sicherstellen und die Etablierung eines von Konkurrenzverhältnissen geprägten Marktes fördern soll.

Vorrangiges Ziel der Regulierung ist also die **Schaffung und Förderung von Wettbewerb**, um durch die daraus resultierenden Anreize zur Kostensenkung, Qualitätssteigerung und Innovation die Wiederbelebung des Eisenbahnsektors zu erreichen.¹⁰⁶ Die Schaffung von Wettbewerb ist allerdings kein Selbstzweck, vielmehr soll durch die Attraktivitätssteigerung des Schienenverkehrs der **Individualverkehr verringert** werden und durch die Effizienzsteigerung des Schienenverkehrs die **finanzielle Abhängigkeit** der Eisenbahnunternehmen vom öffentlichen Haushalt **reduziert** werden. Dabei sollen aber die Sicherheitsstandards auf demselben hohen Niveau bleiben und die flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit Schienentransportleistungen sichergestellt werden.¹⁰⁷

2.2. Beginn der Eisenbahnliberalisierung

Vor ca zwei Jahrzehnten wurde in Europa die Liberalisierung des Eisenbahnsektors nach mehrjähriger Diskussion zwischen der Kommission und dem Rat mit der **RL 91/440/EWG**¹⁰⁸ begonnen.¹⁰⁹ Wie bereits erwähnt, hat der Schienensektor in den Jahrzehnten zuvor massiv Marktanteile an den Straßenverkehr verloren und an hoher Verschuldung, großer

¹⁰⁶ *Rihs*, Liberalisierung 19 f; *Catharin/Gürtlich* Eisenbahngesetz 45.

¹⁰⁷ *Fehling*, Verkehr 505 f.

¹⁰⁸ Richtlinie 91/440/EWG des Rates vom 29.07.1991 zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft, AB1 1991 L 237/25 ff.

¹⁰⁹ *Rihs*, Liberalisierung 212.

Subventionsabhängigkeit und an dementsprechend niedrigen Investitionen gelitten, womit ein Handeln des europäischen Gesetzgebers zur Verbesserung der Situation erforderlich wurde.¹¹⁰

Trotz des großen Reformbedarfs ist die erste Eisenbahnreform aber auf ein **Untätigkeitsurteil** des EuGH aus dem Jahr 1985 zurückzuführen,¹¹¹ worin festgehalten wurde, dass es der Rat unter Verletzung des EWG-Vertrages verabsäumt hat, die Dienstleistungsfreiheit auf dem Gebiet des internationalen Verkehrs sicherzustellen.¹¹² Es bleibt also zu konstatieren, dass die Mitgliedstaaten zum damaligen Zeitpunkt die Entwicklung einer europäischen Verkehrspolitik bloß rudimentär betrieben und vor allem die heimischen Staatsbahnen vor ausländischer Konkurrenz geschützt werden sollten.¹¹³

Die RL 91/440/EG sollte diese wettbewerbsfeindlichen Strukturen aufbrechen und eine Steigerung der Effizienz auf den europäischen Schienenverkehrsmärkten bringen.¹¹⁴ Die ratio legis lag zu diesem Zeitpunkt vor allem auf der Schaffung von mehr **Transparenz, Unabhängigkeit** von der öffentlichen Hand und **Effizienz** der öffentlichen Schieneninfrastruktur- und Schienenverkehrsunternehmen – schließlich war die **finanzielle Gesundung** der hoch verschuldeten und subventionsabhängigen Eisenbahnen ein zentrales Anliegen der europäischen Verkehrspolitik Anfang der 1990er Jahre.¹¹⁵

Es wurde festgelegt, dass Vermögen, Haushaltsplan und Rechnungsführung der Eisenbahnunternehmen eigenständig aufgeführt werden müssen und nicht mit dem öffentlichen Haushalt vermengt werden dürfen.¹¹⁶ Darüber hinaus wurde die getrennte Rechnungsführung von EVU und EIU eingeführt (**buchhalterisches Unbundling**), die Entscheidung über weiter reichende organisatorische oder institutionelle Entflechtungsmaßnahmen wurde den Mitgliedstaaten überlassen.¹¹⁷ Die Eisenbahnunternehmen mussten von nun an nach betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten geführt werden und Quersubventionen zwischen EIU und EVU wurden verboten.¹¹⁸ Ein erster Vorstoß wurde auch hinsichtlich des diskriminierungsfreien Netzzuganges gesetzt, da die Höhe der Infrastrukturbenutzungsentgelte nach objektiven Parametern festgelegt werden

¹¹⁰ Kern/Diewald/Sumbalsky, Regulierung 21.

¹¹¹ Catharin/Gürtlich, Eisenbahngesetz 37.

¹¹² EuGH 22.05.1985, C-13/83, *Gemeinsame Verkehrspolitik*, Slg 1985, I-1513.

¹¹³ Catharin/Gürtlich, Eisenbahngesetz 38.

¹¹⁴ Leitzl, Regulierungsbehörden 17.

¹¹⁵ Rihs, Liberalisierung 212.

¹¹⁶ Vgl Art 4 RL 91/440/EWG.

¹¹⁷ Vgl Art 6 RL 91/440/EWG.

¹¹⁸ Vgl Art 5 Abs 1 RL 91/440/EWG.

musste.¹¹⁹ Es wurde auch klargestellt, dass es den Mitgliedstaaten freisteht, ob das EIU eine öffentliche Einrichtung ist oder der Infrastrukturbetrieb durch ein privates Unternehmen erfolgt, dh die Mitgliedstaaten können selbst entscheiden, ob sie Eigentümer des Schienennetzes bleiben wollen oder ob ein privater Infrastrukturbetrieb etabliert werden soll.¹²⁰ Ebenso normierte die RL, dass auch EVU mit dem Betrieb der Schieneninfrastruktur betraut werden können, so dass die vorherrschende integrierte Organisationsform von Eisenbahnunternehmen nicht in Frage gestellt wurde.¹²¹

In weiterer Folge wurde dieser Rechtsakt durch die beiden **RL 95/18/EG**¹²² und **95/19/EG**¹²³ ergänzt. Die RL 95/18/EG betraf die **Vereinheitlichung der Betriebsgenehmigungsverfahren** von EVU in den verschiedenen Mitgliedsstaaten. Die vom jeweiligen Mitgliedsstaat zu bestimmende Genehmigungsbehörde musste vom EVU den Nachweis erhalten, dass es die sekundärrechtlich einheitlich festgelegten Anforderungen an die **Zuverlässigkeit** und die **finanzielle Leistungsfähigkeit** erfüllt sowie die **fachliche Eignung** und die **Deckung der Haftpflicht** vorliegen.¹²⁴ Eine von einer einzelstaatlichen Behörde erteilte Genehmigung erstreckte sich dann auf das gesamte Gemeinschaftsgebiet.¹²⁵ Sollte allerdings eine Genehmigungsbehörde ernsthafte Zweifel haben, dass das EVU den sekundärrechtlichen Anforderungen nicht mehr entspricht, konnte sie dies jederzeit prüfen und entweder dem EVU selbst die Genehmigung entziehen oder – sofern diese Behörde die Genehmigung nicht selbst erteilt hat – dies der ausstellenden Behörde des jeweiligen Mitgliedstaates mitteilen, damit diese die Vorwürfe prüfen kann.¹²⁶

Komplementär dazu betraf die RL 95/19/EG den **diskriminierungsfreien Netzzugang** der EVU.¹²⁷ Das Trassenzugangsregime musste nun von einer vom Mitgliedsstaat zu bestimmenden Zuweisungsstelle koordiniert werden, welche für eine optimale und effiziente Nutzung der Schieneninfrastruktur zu sorgen hatte.¹²⁸ Die Kompetenz bzgl der Ausgestaltung

¹¹⁹ ZB geleistete Zugkilometer, Zusammensetzung des Zuges oder Dauer der Benutzung der Infrastruktur. Vgl Art 8 RL 91/440/EWG.

¹²⁰ Vgl Art 3 RL 91/440/EWG.

¹²¹ Vgl Art 7 Abs 2 RL 91/440/EWG.

¹²² RL 95/18/EG des Rates vom 19.06.1995 über die Erteilung von Genehmigungen an Eisenbahnunternehmen, ABl 1995 L 143/70 ff.

¹²³ RL 95/19/EG des Rates vom 19.06.1995 über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn und die Berechnung von Wegeentgelten, ABl 1995 L 143/75 ff.

¹²⁴ Vgl Art 5 RL 95/18/EG.

¹²⁵ Vgl Art 1 Abs 3 RL 95/18/EG.

¹²⁶ Vgl Art 11 RL 95/18/EG.

¹²⁷ Kern/Diewald/Sumbalsky, Regulierung 106.

¹²⁸ Vgl Art 3 RL 95/19/EG.

des Verfahrens zur Zuweisung der Fahrwegkapazität verblieb bei den Mitgliedstaaten.¹²⁹ Allerdings war sekundärrechtlich verankert, dass die Zuweisungsstelle über Trassenzugangsanfragen binnen zwei Monaten entscheiden und ablehnende Entscheidungen begründet werden mussten.¹³⁰ Zudem musste gegen eine ablehnende Entscheidung eine **Rechtsschutzmöglichkeit bei einer unabhängigen Stelle** bestehen, die wiederum innerhalb von zwei Monaten entscheiden musste.¹³¹ Die Zuweisungsstelle war ermächtigt, vom EVU eine **Sicherheitsbescheinigung** zu verlangen, die gewährleisten sollte, dass das ansuchende EVU den im einzelstaatlichen Recht normierten technischen und betriebsbezogenen Anforderungen des Eisenbahnverkehrs entsprach.¹³²

2.3. Erstes Eisenbahnpaket

Der nächste große Reformschritt wurde mit dem Richtlinienpaket 2001¹³³ erreicht – bestehend aus den RL 2001/12/EG¹³⁴, 2001/13/EG¹³⁵ und 2001/14/EG¹³⁶. Die wesentlichen Punkte des Ersten Eisenbahnpaketes sind:

Die **RL 2001/12/EG** verschärft die buchhalterischen Entflechtungsbestimmungen¹³⁷ und das Verbot von Quersubventionen, da staatliche Zuwendungen für gemeinwirtschaftliche Personenverkehrsleistungen separat auszuweisen sind und nicht auf andere Tätigkeitsbereiche übertragen werden dürfen.¹³⁸ Der **grenzüberschreitende Güterverkehr** wird dem Wettbewerb geöffnet¹³⁹ und die Strecken des **Transeuropäischen Schienengüternetzes** festgelegt.¹⁴⁰

¹²⁹ Vgl Art 10 Abs 1 RL 95/19/EG.

¹³⁰ Vgl Art 10 Abs 3 RL 95/19/EG.

¹³¹ Vgl Art 13 RL 95/19/EG.

¹³² Vgl Art 11 RL 95/19/EG.

¹³³ Das Richtlinienpaket 2001 wird auch als Erstes Eisenbahnpaket bezeichnet.

¹³⁴ RL 2001/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2001 zur Änderung der RL 91/440/EWG des Rates zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft, ABI 2001 L 75/1 ff.

¹³⁵ RL 2001/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2001 zur Änderung der RL 95/18/EG des Rates über die Erteilung von Genehmigungen an Eisenbahnunternehmen, ABI 2001 L 75/26 ff.

¹³⁶ RL 2001/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2001 über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn, die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur und die Sicherheitsbescheinigung, ABI 2001 L 75/29 ff.

¹³⁷ Vgl Art 4 und 6 RL 91/440/EWG idF RL 2001/12/EG.

¹³⁸ Vgl Art 9 Abs 4 RL 91/440/EWG idF RL 2001/12/EG.

¹³⁹ Vgl Art 10 RL 91/440/EWG idF RL 2001/12/EG.

¹⁴⁰ Vgl Art 10a RL 91/440/EWG idF RL 2001/12/EG.

Die **RL 2001/13/EG** legt fest, dass die Stelle, die für die **Ausstellung der Betriebsgenehmigungen** zuständig ist, nicht selbst Schienenverkehrsleistungen erbringen und auch nicht Teil eines Unternehmens sein darf, das solche Leistungen erbringt.¹⁴¹ Eine einmal erteilte Betriebsgenehmigung ist von sämtlichen anderen Mitgliedsstaaten anzuerkennen.¹⁴²

Die RL 91/440/EWG und die RL 95/19/EG verhinderten nicht, dass sich bei der Struktur und der Höhe der Weegeentgelte als auch bei der Form und Dauer der Verfahren zur Fahrwegzuweisung unbefriedigende Ergebnisse eingestellt haben. Die Kommission hat es deshalb als notwendig erachtet, mit der **RL 2001/14/EG** insb bzgl der Trassenvergabe, der Berechnung des Weegeentgelts und der Sicherheitsbescheinigung präzisere Regelungen zu erlassen.

Der Infrastrukturbetreiber ist verpflichtet, **Schiennetz-Nutzungsbedingungen** festzulegen und diese gegen Zahlung einer Gebühr zu veröffentlichen. Diese Nutzungsbedingungen müssen ua Informationen zur vorhandenen Fahrwegkapazität, zu den Entgeltgrundsätzen und zur Trassenvergabe enthalten.¹⁴³

Die Festsetzung und Berechnung der Weegeentgelte muss durch eine vom EVU rechtlich, organisatorisch und in ihren Entscheidungen unabhängigen Stelle erfolgen. Die Mitgliedsstaaten haben allerdings die Möglichkeit, die **Erhebung der Weegeentgelte** einer Stelle zu übertragen, die nicht diese Kriterien der Unabhängigkeit erfüllt.¹⁴⁴

In dieser RL sind auch die **Entgeltgrundsätze** normiert. Danach müssen die Weegeentgelte für den Netzzugang und den Zugang zu Serviceeinrichtungen in der Höhe der Kosten, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen, festgelegt werden.¹⁴⁵ Dieses Grenzkostenprinzip wurde bewusst gewählt, denn es belastet die EVU nicht mit sämtlichen Kosten der Infrastruktur und dadurch soll die Entwicklung von Wettbewerbsstrukturen auf den Schienenverkehrsmärkten gefördert werden. Die Infrastrukturkosten, die nicht über die Trassenentgelte gedeckt werden, müssen somit durch staatliche Finanzierung ausgeglichen

¹⁴¹ Vgl Art 3 RL 95/18/EG idF RL 2001/13/EG.

¹⁴² Vgl Art 4 Abs 5 RL 95/18/EG idF RL 2001/13/EG.

¹⁴³ Vgl Art 3 RL 2001/14/EG.

¹⁴⁴ Vgl Art 4 Abs 2 RL 2001/14/EG.

¹⁴⁵ Vgl Art 7 Abs 3 RL 2001/14/EG.

werden.¹⁴⁶ Allerdings wird dem Infrastrukturbetreiber die Möglichkeit gegeben, bei der Festlegung der Weagentgelte die Knappheit der Fahrwegkapazität auf einer bestimmten Strecke¹⁴⁷ und die Auswirkungen auf die Umwelt durch den jeweiligen Zugbetrieb angemessen zu berücksichtigen.¹⁴⁸

Sofern der Schienenverkehrsmarkt dies zulässt, kann ein Mitgliedsstaat in transparenter, effizienter und nichtdiskriminierender Weise **Aufschläge auf die Weagentgelte** erheben, damit der Infrastrukturbetreiber die volle Deckung seiner Kosten erhält.¹⁴⁹

Bei der Festsetzung der Zugangsentgelte sind dem Infrastrukturbetreiber **Anreize zur Optimierung der Fahrwege** und der damit verbundenen Senkung der Zugangskosten zu geben.¹⁵⁰ Dies soll dadurch erreicht werden, indem die Zugangsentgelte **leistungsabhängige Bestandteile** enthalten. Ua können Strafen und Entschädigungen für Störungen des Netzbetriebs und Bonusregelungen für Leistungen, die das geplante Leistungsniveau übersteigen, vorgesehen werden.¹⁵¹

Umgekehrt kann der Infrastrukturbetreiber **Weagentgelte** für zugewiesene Fahrwegkapazität, die aber durch das EVU **nicht genutzt wurde**, erheben. Dadurch soll den EVU ein Anreiz zur effizienten Nutzung der Fahrwegkapazität gegeben werden.

Die **Fahrwegkapazität** wird durch den Infrastrukturbetreiber zugewiesen, welcher gewährleisten muss, dass die Fahrwegkapazität auf „gerechte“ und nichtdiskriminierende Weise zugewiesen wird.¹⁵² Das antragstellende EVU ist nicht ermächtigt, zugewiesene Fahrwegkapazitäten auf ein anderes EVU zu übertragen.¹⁵³ Die konkrete Zuweisung einer Trasse darf bloß für die Dauer einer Netzfahrplanperiode erfolgen.¹⁵⁴ Die Infrastrukturbetreiber werden verpflichtet, bei der Zuweisung von Fahrwegkapazität in mehreren Netzen, insb im Rahmen des Transeuropäischen Schienengüternetzes, zusammenzuarbeiten und etwaige gemeinsame Einrichtungen zu schaffen.¹⁵⁵

¹⁴⁶ Leitl, Regulierungsbehörden 83.

¹⁴⁷ Vgl Art 7 Abs 4 RL 2001/14/EG.

¹⁴⁸ Vgl Art 7 Abs 5 RL 2001/14/EG.

¹⁴⁹ Vgl Art 8 Abs 1 RL 2001/14/EG.

¹⁵⁰ Vgl Art 6 Abs 2 RL 2001/14/EG.

¹⁵¹ Vgl Art 11 Abs 1 RL 2001/14/EG.

¹⁵² Vgl Art 14 Abs 1 RL 2001/14/EG.

¹⁵³ Vgl Art 13 Abs 1 RL 2001/14/EG.

¹⁵⁴ Vgl Art 13 Abs 2 RL 2001/14/EG.

¹⁵⁵ Vgl Art 15 Abs 1 RL 2001/14/EG.

Die längerfristige Zuweisung von Fahrwegkapazitäten über die Dauer einer Netzfahrplanperiode hinaus kann in Form eines **Rahmenvertrages** zwischen dem Infrastrukturbetreiber und dem antragstellenden EVU erfolgen.¹⁵⁶ Der Rahmenvertrag regelt aber nicht die konkrete Zuweisung von Zugtrassen, sondern stellt bloß eine gewisse Bandbreite von Fahrwegkapazität zur Verfügung, innerhalb welcher die Trassenvergabe zu erfolgen hat. Durch den Abschluss von Rahmenverträgen dürfen allerdings andere EVU vom Netzzugang nicht ausgeschlossen werden.¹⁵⁷ Überhaupt kann der Mitgliedstaat für den wirksamen Abschluss eines Rahmenvertrages die Genehmigung durch die Regulierungsstelle verlangen.¹⁵⁸ Rahmenverträge sollen grs eine Laufzeit von fünf Jahren haben, wobei längere Laufzeiten durch besondere Investitionen oder Risiken gerechtfertigt werden können.¹⁵⁹

Der Infrastrukturbetreiber wird verpflichtet, soweit wie möglich **allen Anträgen** von EVU auf Zuweisung von Fahrwegkapazität **stattzugeben** und alle Sachzwänge, denen die Antragsteller unterliegen, angemessen zu berücksichtigen.¹⁶⁰ Bei der Netzfahrplanerstellung hat der Infrastrukturbetreiber allen Beteiligten die **Möglichkeit zur Stellungnahme** zu gewähren.¹⁶¹ Liegen unvereinbare Anträge vor, so hat der Infrastrukturbetreiber im Rahmen eines Koordinierungsverfahrens auf eine einvernehmliche Lösung hinzuwirken.¹⁶² Die Mitgliedsstaaten haben für Fälle, die nicht einvernehmlich beigelegt werden können, ein Streitbeilegungssystem einzurichten.¹⁶³

Kann der Infrastrukturbetreiber im Rahmen des Koordinierungsverfahrens den Anträgen nicht in angemessenem Umfang stattgeben, so hat dieser die Strecke für **überlastet** zu erklären.¹⁶⁴ Daraufhin hat der Infrastrukturbetreiber eine **Kapazitätsanalyse** durchzuführen¹⁶⁵ und innerhalb von sechs Monaten ist ein **Plan zur Erhöhung der Fahrwegkapazität** auf dieser Strecke vorzulegen.¹⁶⁶

¹⁵⁶ Vgl Art 17 Abs 1 RL 2001/14/EG.

¹⁵⁷ Vgl Art 17 Abs 2 RL 2001/14/EG.

¹⁵⁸ Vgl Art 17 Abs 1 RL 2001/14/EG; *Leitl*, Regulierungsbehörden 45.

¹⁵⁹ Vgl Art 17 Abs 5 RL 2001/14/EG.

¹⁶⁰ Vgl Art 20 Abs 1 RL 2001/14/EG.

¹⁶¹ Vgl Art 20 Abs 3 RL 2001/14/EG.

¹⁶² Vgl Art 21 Abs 3 RL 2001/14/EG.

¹⁶³ Vgl Art 21 Abs 6 RL 2001/14/EG.

¹⁶⁴ Vgl Art 22 Abs 1 RL 2001/14/EG.

¹⁶⁵ Vgl Art 22 Abs 2 RL 2001/14/EG.

¹⁶⁶ Vgl Art 26 Abs 1 RL 2001/14/EG.

Zur Ausübung von Verkehrsdiensten müssen die EVU eine **Sicherheitsbescheinigung** vorweisen.¹⁶⁷ Die Anforderungen, die an EVU gestellt werden um eine Sicherheitsbescheinigung zu erhalten, werden von den Mitgliedstaaten festgelegt. Insb muss das Personal ausreichend ausgebildet und die Fahrzeuge für den Betrieb zugelassen sein.¹⁶⁸

Die Mitgliedstaaten werden verpflichtet eine **Regulierungsstelle** einzurichten, deren Hauptaufgabe die Sicherstellung des diskriminierungsfreien Netzzuganges ist.¹⁶⁹ Die Regulierungsstelle muss organisatorisch, finanziell, rechtlich und in ihrer Entscheidungsfindung vom Infrastrukturbetreiber, von entgelterhebenden Stellen, Zuweisungsstellen und EVU unabhängig sein.¹⁷⁰ Ein EVU kann die Regulierungsstelle als **Beschwerdeinstanz** nutzen, wenn es der Auffassung ist, dass es vom Infrastrukturanbieter bzgl der Schienennetz-Nutzungsbedingungen, des Trassenzuweisungsverfahrens, der Entgeltregelung bzw der Höhe der Wegeentgelte oder der Sicherheitsbescheinigung diskriminiert oder anderweitig in seinen Rechten verletzt worden ist.¹⁷¹ Hierfür ist die Regulierungsstelle ermächtigt, sachdienliche Informationen vom Infrastrukturbetreiber, von den Antragstellern und betroffenen Dritten einzuholen, welche unverzüglich erteilt werden müssen.¹⁷² Verhandlungen zwischen EVU und Infrastrukturbetreiber über die Höhe der Wegeentgelte sind nur zulässig, sofern diese von der Regulierungsstelle beaufsichtigt werden.¹⁷³ Die Regulierungsstelle muss über Beschwerden entscheiden, und bei Beschwerden wegen der Verweigerung der Zuweisung von Fahrwegkapazität hat diese die Möglichkeit, dem Infrastrukturbetreiber die Änderung der Entscheidung vorzuschreiben.¹⁷⁴ Gegen Entscheidungen der Regulierungsstelle müssen die Mitgliedstaaten eine Rechtsschutzmöglichkeit vorsehen.¹⁷⁵

Da die Kommission der Ansicht ist, dass zahlreiche Mitgliedstaaten wesentliche Bestimmungen des Ersten Eisenbahnpaketes nicht ausreichend in innerstaatliches Recht umgesetzt haben, hat sie im November 2010 ein **Vertragsverletzungsverfahren wegen mangelhafter Umsetzung des ersten Eisenbahnpaketes** nach Art 258 AEUV eingeleitet. Eine Entscheidung in der Sache durch den EuGH steht noch aus und wird im Frühjahr 2013

¹⁶⁷ Vgl Art 32 Abs 2 RL 2001/14/EG.

¹⁶⁸ Vgl Art 32 Abs 3 RL 2001/14/EG.

¹⁶⁹ Vgl Art 30 Abs 3 RL 2001/14/EG; *Leitl*, Regulierungsbehörden 45.

¹⁷⁰ Vgl Art 30 Abs 1 RL 2001/14/EG.

¹⁷¹ Vgl Art 30 Abs 2 RL 2001/14/EG; *Leitl*, Regulierungsbehörden 39.

¹⁷² Vgl Art 30 Abs 4 RL 2001/14/EG; *Leitl*, Regulierungsbehörden 47.

¹⁷³ Vgl Art 30 Abs 3 RL 2001/14/EG.

¹⁷⁴ Vgl Art 30 Abs 5 RL 2001/14/EG; *Leitl*, Regulierungsbehörden 39.

¹⁷⁵ Vgl Art 30 Abs 6 RL 2001/14/EG.

erwartet.¹⁷⁶ Österreich¹⁷⁷ und Deutschland¹⁷⁸ befinden sich ebenfalls unter den betroffenen Mitgliedstaaten. Die konkreten Klagepunkte und der Stand des Verfahrens werden im Anschluss an die nationale Umsetzung jeweils zu Österreich und zu Deutschland ausführlich erläutert.

In engem Konnex zum Vertragsverletzungsverfahren steht die geplante **Neufassung des ersten Eisenbahnpakets**. Die wichtigsten Punkte des RL-Vorschlags der Kommission werden in Kapitel 4.6. näher dargestellt.

2.4. Zweites Eisenbahnpaket

Das Zweite Eisenbahnpaket umfasst die RL 2004/49/EG,¹⁷⁹ 2004/50/EG,¹⁸⁰ 2004/51/EG¹⁸¹ und die VO (EG) Nr 881/2004.¹⁸²

Die **RL 2004/49/EG** soll die **Sicherheitsbestimmungen für Eisenbahnen** in den Mitgliedsstaaten verbessern, weiterentwickeln und weiter vereinheitlichen. Dies soll im Wesentlichen durch vier Maßnahmen erfolgen:

- Bestimmung einer nationalen Stelle für Eisenbahnsicherheit¹⁸³
- Festlegung gemeinsamer Sicherheitsziele und Sicherheitsmethoden¹⁸⁴
- Errichtung einer nationalen Untersuchungsstelle für Unfälle und Störungen¹⁸⁵
- Festlegung gemeinsamer Grundsätze für das Sicherheitsmanagement¹⁸⁶

¹⁷⁶ *Schienen-Control GmbH*, Tätigkeitsbericht 22.

¹⁷⁷ EuGH C-555/10.

¹⁷⁸ EuGH C-556/10.

¹⁷⁹ RL 2004/49/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über Eisenbahnsicherheit in der Gemeinschaft und zur Änderung der RL 95/18/EG des Rates über die Erteilung von Genehmigungen an Eisenbahnunternehmen und der RL 2001/14/EG über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn, die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur und die Sicherheitsbescheinigung, ABl 2004 L 220/16 ff.

¹⁸⁰ RL 2004/50/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Änderung der Richtlinie 96/48/EG des Rates über die Interoperabilität des transeuropäischen Hochgeschwindigkeitsbahnsystems und der Richtlinie 2001/16/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Interoperabilität des konventionellen transeuropäischen Eisenbahnsystems, ABl 2004 L 220/40 ff.

¹⁸¹ RL 2004/51/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Änderung der RL 91/440/EWG des Rates zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft, ABl 2004 L 220/58 ff.

¹⁸² VO (EG) Nr. 881/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Errichtung einer Europäischen Eisenbahngentur, ABl 2004 L 220/3 ff.

¹⁸³ Vgl Art 1 lit b RL 2004/49/EG.

¹⁸⁴ Vgl Art 1 lit c RL 2004/49/EG.

¹⁸⁵ Vgl Art 1 lit d RL 2004/49/EG.

¹⁸⁶ Vgl Art 1 lit e RL 2004/49/EG.

Da die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, dass die Sicherheitsvorschriften auf offene und nichtdiskriminierende Weise festgelegt, angewandt und durchgesetzt werden,¹⁸⁷ müssen die Maßnahmen zur Entwicklung und Verbesserung der Eisenbahnsicherheit auf einem **gesamteuropäischen System** beruhen.¹⁸⁸ Hierfür werden die Sicherheitsstellen der Mitgliedstaaten verpflichtet, gemeinsame Sicherheitsindikatoren (CSI) zu entwickeln.¹⁸⁹

Die Voraussetzungen, damit ein EVU eine **Sicherheitsbescheinigung** erhält, werden weiter entwickelt und weiter vereinheitlicht. Insb muss das ansuchende EVU ein Sicherheitsmanagementsystem eingeführt haben und die besonderen Anforderungen des jeweiligen Schienennetzes erfüllen.¹⁹⁰ Die Sicherheitsbescheinigung ist auf Antrag des EVU spätestens nach fünf Jahren zu erneuern.¹⁹¹

Die **nationale Sicherheitsbehörde** muss rechtlich, organisatorisch und in ihren Entscheidungen von EVU, EIU und Beschaffungsstellen unabhängig sein.¹⁹² Sie ist verpflichtet innerhalb von vier Monaten, nachdem alle angeforderten Informationen vorgelegt wurden, über Anfragen und Anträge zu entscheiden und all ihre Entscheidungen zu begründen.¹⁹³ Den Antragstellern ist eine gerichtliche Rechtsschutzmöglichkeit gegen Entscheidungen der Sicherheitsbehörde einzuräumen.¹⁹⁴

Die **RL 2004/50/EG** verfolgt das Ziel die Bedingungen festzulegen, damit die **Interoperabilität** auf dem transeuropäischen Hochgeschwindigkeitsbahnsystem verwirklicht werden kann.

Diese Bedingungen betreffen die Planung, den Bau, die Inbetriebnahme, die Umrüstung, die Erneuerung, den Betrieb und die Instandhaltung von Bestandteilen des transeuropäischen Hochgeschwindigkeitsbahnsystems, die nach dem Inkrafttreten dieser RL neu in Betrieb genommen werden.¹⁹⁵

¹⁸⁷ Vgl Art 4 Abs 1 RL 2004/49/EG.

¹⁸⁸ Vgl Art 4 Abs 2 RL 2004/49/EG.

¹⁸⁹ Vgl Art 5 Abs 1 RL 2004/49/EG.

¹⁹⁰ Vgl Art 10 Abs 2 RL 2004/49/EG.

¹⁹¹ Vgl Art 10 Abs 5 RL 2004/49/EG.

¹⁹² Vgl Art 16 Abs 1 RL 2004/49/EG.

¹⁹³ Vgl Art 17 Abs 1 RL 2004/49/EG.

¹⁹⁴ Vgl Art 17 Abs 3 RL 2004/49/EG.

¹⁹⁵ Vgl Art 1 Abs 1 RL 96/48/EG idF RL 2004/50/EG.

Die **RL 2004/51/EG** öffnet nun auch den **nationalen Güterverkehr** dem Wettbewerb.¹⁹⁶

Die **VO (EG) Nr 881/2004** sieht die Gründung einer **Europäischen Eisenbahnagentur (ERA)** vor, die 2006 ihre Tätigkeit aufgenommen hat. Sie hat eine eigene Rechtspersönlichkeit und kann Empfehlungen bzw Stellungnahmen an die Kommission bzw an die zuständigen Behörden der Mitgliedsstaaten abgeben. Sie fungiert somit als zentrale Koordinierungsstelle in Fragen der Interoperabilität und der Sicherheit des Europäischen Schienennetzes.¹⁹⁷

2.5. Drittes Eisenbahnpaket

Das Dritte Eisenbahnpaket umfasst die **RL 2007/58/EG**,¹⁹⁸ die **RL 2007/59/EG**,¹⁹⁹ die **VO Nr. (EG) 1370/2007**²⁰⁰ und die **VO Nr. (EG) 1371/2007**.²⁰¹

Die **RL 2007/58/EG** liberalisiert den **grenzüberschreitenden Schienenpersonenverkehr**.²⁰²

Durch die Öffnung des grenzüberschreitenden und des inländischen Güterverkehrs als auch des grenzüberschreitenden Personenverkehrs ist absehbar, dass der grenzüberschreitende Einsatz von Lokführern zunehmen wird. Die **RL 2007/59/EG** ist somit eine logische Folge dieser Entwicklung, indem sie die Vorschriften über die Zertifizierung von Lokführern vereinheitlicht („**Europäischer Lokführerschein**“).²⁰³

¹⁹⁶ Vgl Art 1 Abs 3 RL 91/440/EWG idF RL 2004/51/EG.

¹⁹⁷ Resch, Verkehrsrecht, in Holoubek/Potacs (Hrsg), Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts² Band II (2007) 991 (1013).

¹⁹⁸ RL 2007/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 zur Änderung der RL 91/440/EWG des Rates zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft sowie der RL 2001/14/EG über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn und die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur, AB1 2007 L 315/44 ff.

¹⁹⁹ RL 2007/59/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über die Zertifizierung von Triebfahrzeugführern, die Lokomotiven und Züge im Eisenbahnsystem in der Gemeinschaft führen, AB1 2007 L 315/51 ff.

²⁰⁰ VO (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der VO (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates, AB1 2007 L 315/1 ff.

²⁰¹ VO (EG) Nr. 1371/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über die Rechte und Pflichten der Fahrgäste im Eisenbahnverkehr, AB1 2007 L 315/14 ff.

²⁰² Vgl Art 10 Abs 3a RL 91/440/EWG idF RL 2007/58/EG.

²⁰³ Vgl Art 1 RL 2007/59/EG.

Die VO (EG) Nr. 1370/2007 reagiert auf die Problematik der **gemeinwirtschaftlichen Personenverkehrsdienste im ÖPNV**, dh Transportleistungen, die nicht kommerziell betrieben werden können und wo der Betreiber somit auf staatliche Ausgleichszahlungen und/oder ausschließliche Rechte angewiesen ist.²⁰⁴

Die VO (EG) Nr. 1371/2007 normiert **Rechte der Fahrgäste**, um die Qualität und das Verbraucherschutzniveau im Schienenpersonenverkehr zu erhöhen.²⁰⁵ Diese Fahrgastrechte umfassen insb die Verfügbarkeit von Reiseinformationen²⁰⁶ und Fahrkarten,²⁰⁷ die Fahrpreisschädigungen²⁰⁸ und Hilfeleistungspflichten bei Verspätungen²⁰⁹ sowie die Durchsetzung dieser Rechte durch eine unabhängige Schlichtungsstelle.²¹⁰

2.6. Neufassung des Ersten Eisenbahnpakets („Recast“)

Da es bei der Entwicklung eines einheitlichen europäischen Schienenverkehrsmarktes immer noch erhebliche Defizite gibt, hat die Kommission im September 2010 einen RL-Vorschlag²¹¹ für die Neufassung des Ersten Eisenbahnpakets eingebracht.²¹² Die Hauptprobleme, die die Kommission beseitigen möchte, sind die **mangelnde Finanzierung der Schieneninfrastruktur, Wettbewerbshemmnisse** beim Zugang zu den Schienenwegen als auch zu den Serviceeinrichtungen und die **unzureichende Regulierungsaufsicht**. Ebenfalls möchte die Kommission mit dem Recast den eisenbahnrechtlichen Rahmen übersichtlicher gestalten, indem das erste Eisenbahnpaket neu kodifiziert und in einem einzigen Regelwerk zusammengefasst wird. Einzelne unklare Bestimmungen, die zu Umsetzungsschwierigkeiten in den Mitgliedsstaaten geführt haben, sollen präzisiert und obsolete Bestimmungen aufgehoben bzw aktualisiert werden.²¹³

Die **Verbesserung der Rahmenbedingungen für Infrastrukturinvestitionen** ist ein zentraler Punkt der Neufassung, da die Investitionen zur Instandhaltung und Modernisierung

²⁰⁴ Vgl Art 1 Abs 1 VO (EG) 1370/2007.

²⁰⁵ Vgl Art 1 VO (EG) 1371/2007.

²⁰⁶ Vgl Art 8 VO (EG) 1371/2007.

²⁰⁷ Vgl Art 9 VO (EG) 1371/2007.

²⁰⁸ Vgl Art 17 Abs 1 VO (EG) 1371/2007.

²⁰⁹ Vgl Art 18 VO (EG) 1371/2007.

²¹⁰ Vgl Art 30 VO (EG) 1371/2007.

²¹¹ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums (Neufassung), KOM(2010) 475 endg vom 17.09.2010.

²¹² *Schienen-Control GmbH*, Tätigkeitsbericht 21.

²¹³ KOM(2010) 475 endg, 5.

der Schieneninfrastruktur ein bloß unbefriedigendes Niveau erreichen. Daher werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, **mittel- bis langfristige Strategien** für eine nachhaltige Entwicklung der Eisenbahninfrastruktur, die auf einer soliden Finanzierung basieren zu veröffentlichen.²¹⁴ Am **Grenzkostenansatz**²¹⁵ für die Berechnung der Weegeentgelte hält die Kommission fest.²¹⁶

Der Zugang zu Serviceeinrichtungen birgt nach wie vor beträchtliches Diskriminierungspotential, daher muss künftig der **Betreiber von Serviceeinrichtungen**, sofern dieser Teil eines integrierten Eisenbahnunternehmens ist, von dem EVU rechtlich, organisatorisch und in den Entscheidungen **unabhängig** sein.²¹⁷ Dies ist notwendig, um Interessenskonflikte zwischen dem etablierten Eisenbahnunternehmen und dem Betreiber von Serviceeinrichtungen zu vermeiden.

Zusätzlich wird für Serviceeinrichtungen ein **Use-it-or-lose-it-Prinzip** eingeführt. Dh, dass Serviceeinrichtungen, die für mindestens zwei aufeinander folgende Jahre nicht genutzt wurden, vom Eigentümer zur Vermietung oder zum Leasing ausgeschrieben werden müssen.²¹⁸ Durch diese Maßnahme sollen Serviceeinrichtungen stärker verfügbar werden und ein künstlicher Mangel an solchen Einrichtungen unterbunden werden.

Die **Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsstellen** von den Infrastrukturbetreibern, den Ex-Monopolisten oder dem zuständigen Ministerium, das idR Eigentumsrechte an dem Ex-Monopolisten hält, wird weiter gestärkt werden.²¹⁹ Dadurch soll das Risiko von Interessenkonflikten vermindert und die Glaubwürdigkeit der Regulierungsstellen erhöht werden. Darüber hinaus wird klargestellt, dass die Regulierungsstellen auch für die **Überwachung des Zugangs zu Serviceeinrichtungen** zuständig sind.²²⁰ Ebenso wird die **Kontrolle von Quersubventionen** zwischen EIU und EVU effektuiert, da es der Regulierungsbehörde anhand der Rechnungsführung ermöglicht werden muss, das Verbot der Übertragung öffentlicher Gelder von einem Geschäftsbereich auf einen anderen kontrollieren

²¹⁴ KOM(2010) 475 endg, Art 8 Abs 1.

²¹⁵ Der Begriff Grenzkostenansatz ist gleichbedeutend mit dem Direktkostenprinzip, dh dass nur die unmittelbar durch den Zugbetrieb anfallenden Kosten vom EIU in Rechnung gestellt werden dürfen.

²¹⁶ KOM(2010) 474 endg, 6.

²¹⁷ KOM(2010) 475 endg, Art 13 Abs 2.

²¹⁸ KOM(2010) 475 endg, Art 13 Abs 2.

²¹⁹ KOM(2010) 474 endg, 8. Insb soll festgelegt werden, dass die Regulierungsstelle vom Incumbent, vom Infrastrukturbetreiber und vom Ministerium, das die Anteilsrechte am Incumbent hält, rechtlich, organisatorisch und in ihren Entscheidungen unabhängig sein muss.

²²⁰ KOM(2010) 475 endg, Art 56 Abs 1.

zu können.²²¹ In engem Konnex hierzu stehen die geplanten **standardisierten Kostendaten**, die die Infrastrukturbetreiber den Regulierungsstellen in Form so genannter „Finanzberichte zu Aufsichtszwecken“ vorlegen müssen.²²² Insgesamt soll sowohl die Effektivität als auch die Effizienz der Aufsichtstätigkeit der nationalen Regulierungsstellen erhöht werden.

Künftig wird die Erhebung der Wegegeltel nicht mehr durch den Infrastrukturbetreiber erfolgen können, sofern dieser nicht rechtlich, organisatorisch und in seinen Entscheidungen vom EVU unabhängig ist. Die Erhebung erfolgt dann über eine **unabhängige entgelterhebende Stelle** und eine Zuweisungsstelle.²²³ Insgesamt sollen die Wegegeltel nicht mehr von Eisenbahnunternehmen mit vertikal integriertem EIU erhoben werden, da so ein zusätzlicher Anreiz für einen diskriminierungsfreien Infrastrukturbetrieb gesetzt wird.

Auch die **Zusammensetzung der Wegegeltel** wird verändert. Künftig werden die **Lärmemissionen** der Fahrzeuge in den Wegentgelten berücksichtigt, damit ein Anreiz in die Modernisierung der Schienenfahrzeuge gesetzt wird.²²⁴

Da die Überwindung von technischen Hürden aufgrund der langen Nutzungsdauer von einmal getätigten Investitionen sehr viel Zeit in Anspruch nimmt, sollen die Züge, die sowohl mit dem jeweiligen nationalen Signalsystem als auch mit dem **Europäischen Zugsteuerungssystem (ETCS)** ausgestattet sind, niedrigere Wegegeltel entrichten.²²⁵

Zudem soll der Aufbau von **spezialisierten transnationalen Schienennetzen** (Hochgeschwindigkeitsstrecken bzw Güterverkehrskorridore) vorangetrieben werden.²²⁶ Hierfür muss sichergestellt werden, dass die **nationalen Infrastrukturanbieter** für die Zuweisung von Fahrwegen und der Erstellung von Rahmenverträgen²²⁷ effizienter und friktionsloser **zusammenarbeiten** und entsprechende grenzüberschreitende Zugtrassen einrichten.²²⁸ Damit zusammenhängend müssen auch die administrativen Hürden für die antragstellenden EVU abgebaut werden, indem für die grenzüberschreitende Trassenvergabe

²²¹ KOM(2010) 475 endg, Art 6 Abs 4.

²²² KOM(2010) 475 endg, Art 56 Abs 8.

²²³ KOM(2010) 475 endg, Art 7.

²²⁴ KOM(2010) 475 endg, Art 31 Abs 5.

²²⁵ KOM(2010) 475 endg, Art 32 Abs 3.

²²⁶ KOM(2010) 474 endg, 8.

²²⁷ KOM(2010) 475 endg, Art 42.

²²⁸ KOM(2010) 475 endg, Art 40.

von Eisenbahnkorridoren ein **One-Stop-Shop-Prinzip**, zB durch eine von den Infrastrukturbetreibern gemeinsam geschaffene Einrichtung, errichtet wird.²²⁹

Da für die Errichtung der Eisenbahnkorridore nach wie vor technische Hürden bzgl Sicherheitsbestimmungen und Interoperabilität überwunden werden müssen, sollen die **Kompetenzen der Europäischen Eisenbahnagentur** weiter gestärkt werden. Sie soll in die Lage versetzt werden, eine schrittweise Angleichung nationaler Sicherheitsverfahren sowie deren allmähliche Ablösung durch ein gemeinsames Verfahren zu bewirken.²³⁰

Hiermit eng verknüpft ist die geplante **engere Zusammenarbeit zwischen den betreffenden nationalen Regulierungsstellen**, damit diskriminierungsfreie und effiziente Trassenvergabeverfahren auf den transeuropäischen Eisenbahnkorridoren auch effektiv kontrolliert werden können.²³¹

In diesem Zusammenhang ist auch das im Juni 2011 gegründete **Netzwerk der unabhängigen Eisenbahnregulierungsbehörden (IRG-Rail)** mit Sitz in Den Haag erwähnenswert, das eine bessere Kooperation zwischen den einzelnen Regulierungsbehörden schaffen soll.²³² Dies ist ein Zusammenschluss von zwanzig europäischen Regulierungsbehörden (einschließlich der österreichischen und der deutschen Regulierungsbehörde) um eine bessere zwischenstaatliche Kooperation zu ermöglichen, den Informationsaustausch zwischen den einzelnen nationalen Behörden zu verbessern und um gegenseitig von Best-Practice-Modellen zu profitieren.

Schließlich sieht der Recast die **Angleichung der Wettbewerbsbedingungen zwischen den verschiedenen Verkehrsträgern** durch die Internalisierung der externen Kosten²³³ als langfristiges strategisches Schwerpunktziel vor, da zwischen den einzelnen Verkehrsträgern im intermodalen Wettbewerb keine gleichen Wettbewerbsbedingungen vorherrschen.²³⁴

²²⁹ KOM(2010) 475 endg, Art 44.

²³⁰ KOM(2010) 474 endg, 10.

²³¹ KOM(2010) 475 endg, Art 57.

²³² *IRG-Rail*, Memorandum of Understanding 1.

²³³ Unter externen Kosten werden im Verkehrsbereich insb die Kosten für Lärm, Umweltverschmutzung und Verkehrsüberlastung verstanden. Die Internalisierung soll durch die gestaffelte Anlastung externer Kosten erfolgen und dadurch sollen Wettbewerbsverzerrungen zwischen den konkurrierenden Verkehrsträgern unterbunden werden.

²³⁴ KOM(2010) 474 endg, 11. Nähere Ausführungen zu Wettbewerbsverzerrungen im intermodalen Wettbewerb enthält Kapitel 1.5.

3. Umsetzung in der Republik Österreich

3.1. Rechtsgrundlagen

Die wichtigste österreichische Rechtsgrundlage für den Schienenverkehr ist das **Eisenbahngesetz 1957 (EisbG)**.²³⁵ Das **Bundesbahngesetz (BBG)**²³⁶ regelt die gesellschaftsrechtliche Struktur der Österreichischen Bundesbahnen (ÖBB) und setzt die unionsrechtlichen Entflechtungsbestimmungen zwischen Transport- und Infrastrukturbereich in nationalstaatliches Recht um. Das **Eisenbahnbeförderungsgesetz (EBG)**²³⁷ enthält Bestimmungen bzgl der Beförderungsbedingungen von Personen, Gepäck und Gütern und regelt die zivilrechtlichen Haftungsfolgen, die durch Verspätungen oder Entfall von Zugverbindungen, Beschädigung oder Verlust von Reisegepäck oder Gütern entstehen.²³⁸

Weitere eisenbahnrechtliche Bestimmungen finden sich ua im Privatbahngesetz,²³⁹ im Schieneninfrastrukturfinanzierungsgesetz²⁴⁰ und im Hochleistungsstreckengesetz.²⁴¹

3.2. Organisation und Zuständigkeiten der Regulierungsbehörden

Die österreichischen Regulierungsbehörden wurden nach dem Vorbild der Telekomregulierung zweistufig in Form eines beliebigen Privatrechtsträgers und einer Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag eingerichtet.²⁴² Erste Instanz ist die **Schienen-Control GmbH (SCG)** und zweite Instanz die **Schienen-Control Kommission (SCK)**. Dem **Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie (BMVIT)** steht es zur Ausübung des ministeriellen Aufsichtsrechts zu, der SCG Weisungen zu erteilen. Da das EisbG normiert, dass durch die Etablierung von Regulierungsbehörden die Zuständigkeiten des **Kartellgerichtes** im Schienenverkehrssektor unberührt bleiben, ergibt sich hier eine

²³⁵ BGBl 1957/60 idF BGBl I 2012/50.

²³⁶ BGBl 1992/825 idF BGBl I 2012/35.

²³⁷ BGBl 1988/180 idF BGBl I 2002/32.

²³⁸ Hierbei ist allerdings insb die unmittelbar geltende VO (EG) Nr. 1371/2007 zu beachten, die Fahrgastrechte normiert und das BG zur VO (EG) Nr. 1371/2007, BGBl I 2010/25.

²³⁹ BGBl I 2004/39 idF BGBl I 2009/95.

²⁴⁰ BGBl 1996/201 idF BGBl I 2010/111.

²⁴¹ BGBl 1989/135 idF BGBl I 2004/154.

²⁴² Resch, Verkehrsrecht 1096; Leitl, Regulierungsbehörden 156.

Zuständigkeitsparallelität, die SCK und die SCG haben das Antragsrecht auf Einleitung eines kartellgerichtlichen Verfahrens, der SCG kommen auch Stellungnahmerechte und Stellungnahmepflichten zu. Insb wegen dieser Zuständigkeitsparallelität kommt der **Bundeswettbewerbsbehörde (BWB)** die Aufgabe zu, gegensätzliche Entscheidungen von Regulierungsbehörden und dem Kartellgericht zu verhindern und mit der SCG und der SCK zusammenzuarbeiten.

3.2.1. Schienen-Control GmbH (SCG)

Die SCG mit Sitz in Wien ist eine nicht gewinnorientierte GmbH,²⁴³ deren Anteile zu 100 Prozent vom Bund gehalten und vom **BMVIT** verwaltet werden.²⁴⁴ Die SCG unterliegt der Aufsicht durch den BMVIT²⁴⁵, dieser kann der SCG zur Erfüllung seines Aufsichtsrechtes begründete Weisungen erteilen²⁴⁶ und diesem sind alle erforderlichen Auskünfte zu erteilen und alle entsprechenden Unterlagen zu übermitteln.²⁴⁷ Zur Anzahl der zu bestellenden Geschäftsführer fehlt eine explizite rechtliche Anordnung, womit es nach dem GmbHG²⁴⁸ im Ermessen der Gesellschafter (also des Bundes) steht, die Geschäftsführung monokratisch oder als Kollegialorgan auszugestalten.²⁴⁹ Bei Nichtbefolgung einer Weisung oder Nichterteilung einer Auskunft kann der BMVIT die Bestellung zum Geschäftsführer widerrufen.²⁵⁰

Die Kernaufgabe der SCG besteht darin, den **diskriminierungsfreien Netzzugang** von EVU sicherzustellen. Wird einem EVU vom EIU der Netzzugang²⁵¹ oder die Zurverfügungstellung von sonstigen Leistungen²⁵² trotz gültigem Vertrag oder rechtskräftigem Bescheid verweigert, ist die SCG ermächtigt, mittels Bescheid Zwangsmaßnahmen zu setzen. Kommt es im Rahmen der Trassenzuweisung zu nicht miteinander vereinbaren Anträgen, hat die Zuweisungsstelle im Rahmen eines **Koordinierungsverfahrens** auf eine einvernehmliche Lösung hinzuwirken, wobei die SCG als Beobachterin an den Verhandlungen teilnehmen

²⁴³ Das Stammkapital beträgt dzt 726.728 Euro. Im Einvernehmen mit dem BMF kann der BMVIT eine Kapitalerhöhung durchführen.

²⁴⁴ Vgl § 76 EisbG.

²⁴⁵ Vgl § 79 Abs 1 EisbG.

²⁴⁶ Vgl § 79 Abs 2 EisbG.

²⁴⁷ Vgl § 79 Abs 3 EisbG.

²⁴⁸ RGBI 1906/58 idF BGBl I 2011/53.

²⁴⁹ Vgl § 15 Abs 1 GmbHG; *Leitl*, Regulierungsbehörden 156.

²⁵⁰ Vgl § 79 Abs 4 EisbG; *Leitl*, Regulierungsbehörden 156.

²⁵¹ Vgl § 53e Abs 2 EisbG.

²⁵² Vgl § 75 Abs 2 EisbG.

kann.²⁵³ Ebenso sind Verhandlungen über die **Höhe der Benützungsentgelte** zwischen Zuweisungsstelle und zugangsberechtigten EVU nur dann zulässig, wenn sie von der SCG beaufsichtigt wurden.²⁵⁴ **Rahmenverträge** sind innerhalb eines Monats der SCG vorzulegen, und Rahmenverträge mit einer Laufzeit von über fünf Jahren sind von der Zuweisungsstelle gegenüber der SCG zu rechtfertigen.

Die SCG ist auch für die **Beobachtung** des österreichischen Schienenverkehrsmarktes²⁵⁵ und die **Kontrolle** von Bereitstellungs- und Vorlagepflichten der EIU, der EVU, der sonstigen Eisenbahnunternehmen und der Zuweisungsstellen zuständig.²⁵⁶ Darüber hinaus fungiert die SCG als **Schlichtungsstelle**²⁵⁷ und hat für den **Informationsaustausch** mit ausländischen Regulierungsstellen zu sorgen.²⁵⁸ Die SCG ist verpflichtet, jährlich einen Tätigkeitsbericht zu veröffentlichen, worin insb die Entwicklung des Schienenverkehrsmarktes dargelegt werden muss.²⁵⁹

Zusätzlich obliegt der SCG die **Geschäftsführung der SCK**.²⁶⁰ Im Rahmen dieser Geschäftsführungstätigkeit ist die SCG verpflichtet, der SCK alle vorlagepflichtigen Akten zur Kenntnis zu bringen.²⁶¹ Die SCG ist verpflichtet, sämtliche organisatorische Vorkehrungen zu treffen, damit die SCK ihre Aufgaben erfüllen kann.²⁶²

Zur Durchsetzung ihrer Aufgaben kann die SCG **mit Bescheid Anordnungen erlassen**²⁶³ und hat im Verwaltungsverfahren das **AVG**²⁶⁴ anzuwenden.²⁶⁵ Gegen Bescheide der SCG kann **Berufung an die SCK** erhoben werden.²⁶⁶ Die Organe und Mitarbeiter der SCG sind verfassungsrechtlich nach Art 20 Abs 3 B-VG zur **Verschwiegenheit** verpflichtet.²⁶⁷

²⁵³ Vgl § 65b Abs 1 EisbG.

²⁵⁴ Vgl § 68a EisbG.

²⁵⁵ Vgl § 77 Abs 1 Z 1 EisbG.

²⁵⁶ Vgl § 77 Abs 1 Z 2 EisbG.

²⁵⁷ Vgl § 77 Abs 1 Z 5 EisbG.

²⁵⁸ Vgl § 77 Abs 1 Z 4 EisbG.

²⁵⁹ Vgl § 78c EisbG.

²⁶⁰ Vgl § 77 Abs 1 Z 3 EisbG.

²⁶¹ Vgl § 77 Abs 2 EisbG.

²⁶² Vgl § 77 Abs 5 EisbG.

²⁶³ Vgl § 77 Abs 3 EisbG.

²⁶⁴ BGBl 1991/51 idgF.

²⁶⁵ Vgl § 78 Abs 1 EisbG.

²⁶⁶ Vgl § 78 Abs 2 EisbG.

²⁶⁷ Vgl § 77 Abs 6 EisbG.

Die Geschäftsführung der SCG muss wirtschaftlich, zweckmäßig und sparsam ausgeübt werden. Der hierfür notwendige Sach- und Personalaufwand ist aus den **Beiträgen der EVU** zu decken. Diese Beiträge werden jährlich von der SCG mit Bescheid vorgeschrieben und von dieser eingehoben.²⁶⁸ Die Höhe dieser Kostenbeiträge richtet sich nach der Inanspruchnahme der Schieneninfrastruktur.²⁶⁹

In ihrer Funktion als **Schlichtungsstelle** können sich Gebietskörperschaften, Interessensvertretungen und einzelne Kunden an die SCG wenden.²⁷⁰ Damit sollen Fahrgastrechte unkompliziert, schnell und kostengünstig durch die Kunden durchgesetzt werden können, die sich ansonsten an die Zivilgerichte wenden müssten. Die SCG hat dann auf eine **einvernehmliche Lösung** zwischen den Beteiligten hinzuwirken. Gelingt die Streitbeilegung nicht, hat die SCG ihre Ansicht in einer unverbindlichen Empfehlung darzulegen.²⁷¹

3.2.2. Schienen-Control Kommission (SCK)

Der Hauptzweck der SCK ist ebenso wie jener der SCG die Sicherstellung des **diskriminierungsfreien Netzzuganges** von EVU. Im Gegensatz zur SCG sind die Mitglieder der SCK in Ausübung ihres Amtes **unabhängig** und an **keine Weisungen** gebunden.²⁷² Dies war sowohl unionsrechtlich als auch verfassungsrechtlich geboten. Die SCK muss entweder als Gericht oder als Tribunal ausgestaltet sein, da zum einen Art 30 RL 2001/14/EG die Errichtung einer unabhängigen Regulierungsstelle normiert und zum anderen die SCK über einen Anspruch iSd Art 6 EMRK entscheidet.²⁷³ Der österreichische Gesetzgeber hat sich für die tribunalsförmige Ausgestaltung entschieden und die SCK als Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag iSd Art 133 Z 4 B-VG errichtet.²⁷⁴ Allerdings ist gegen Bescheide der SCK die Erhebung einer Beschwerde an den VwGH zulässig.²⁷⁵

²⁶⁸ Vgl § 80 Abs 1 EisbG.

²⁶⁹ Vgl § 80 Abs 2 EisbG.

²⁷⁰ Vgl § 78a Abs 1 EisbG.

²⁷¹ Vgl § 78a Abs 3 EisbG.

²⁷² Vgl § 83 EisbG.

²⁷³ *Wimmer/Müller*, Wirtschaftsrecht 552.

²⁷⁴ *Resch*, Verkehrsrecht 1097; *Leitl*, Regulierungsbehörden 157.

²⁷⁵ Vgl § 84 EisbG; *Leitl*, Regulierungsbehörden 157.

Die SCK besteht aus einem **Vorsitzenden** und **zwei weiteren Mitgliedern**, wobei für jedes Mitglied ein Ersatzmitglied zu bestellen ist. Der Vorsitzende und dessen Ersatzmitglied müssen Richter sein und sind vom BMJ zu bestellen. Die übrigen Mitglieder müssen über ausgewiesene Expertise des Verkehrswesens verfügen und sind auf Vorschlag des BMVIT von der Bundesregierung zu bestellen.²⁷⁶ Für gewisse Personengruppen bestehen Unvereinbarkeitsbestimmungen, nämlich für Mitglieder der Bundesregierung, der Landesregierungen oder Staatssekretäre, für Personen, die mit jenen in einem rechtlichen oder faktischen Naheverhältnis stehen, die eine Tätigkeit der SCK in Anspruch nehmen und Personen, die unwählbar zum Nationalrat sind.²⁷⁷ Die Mitglieder und Ersatzmitglieder werden für eine Amtsdauer von fünf Jahren bestellt, wobei Wiederbestellungen zulässig sind.²⁷⁸

Die SCK ist zuständig für die Erledigung von **Berufungen gegen Bescheide der SCG**²⁷⁹ und ihr obliegt von Amts wegen die **Wettbewerbsaufsicht** über den diskriminierungsfreien Netzzugang, insb bzgl der Benützungsentgelte.²⁸⁰ Zugangsberechtigte EVU können bei einer ablehnenden Entscheidung der Zuweisungsstelle oder bei Nichteinhaltung einer gesetzlichen Frist **Beschwerde bei der SCK** erheben,²⁸¹ Rahmenverträge mit einer Laufzeit von mehr als zehn Jahren²⁸² und Entgeltaufschläge für überlastete Strecken²⁸³ unterliegen der Genehmigungspflicht durch die SCK.

Da die SCG für die Geschäftsführungstätigkeit der SCK zuständig ist, steht der SCK im Rahmen ihrer Tätigkeit ein **Weisungsrecht** gegenüber dem Personal der SCG zu.²⁸⁴

Die SCK fällt Entscheidungen mit **Stimmenmehrheit**, Enthaltungen sind unzulässig.²⁸⁵ Die SCK hat bei bescheidförmiger Erledigung das AVG anzuwenden.²⁸⁶

²⁷⁶ Vgl § 82 Abs 1 EisbG.

²⁷⁷ Vgl § 82 Abs 2 EisbG.

²⁷⁸ Vgl § 82 Abs 3 EisbG.

²⁷⁹ Vgl § 81 Abs 2 EisbG.

²⁸⁰ Vgl § 74 EisbG.

²⁸¹ Vgl § 72 Abs 1 EisbG.

²⁸² Vgl § 64 Abs 5 EisbG.

²⁸³ Vgl § 65e Abs 4 EisbG.

²⁸⁴ Vgl § 81 Abs 3 EisbG.

²⁸⁵ Vgl § 83 EisbG.

²⁸⁶ Vgl § 84 EisbG.

3.2.3. Kartellgericht

Dem Kartellgericht obliegt die Entscheidung in Verfahren nach dem KartellG.²⁸⁷ In erster Instanz entscheidet für das gesamte Bundesgebiet das OLG Wien funktionell als Kartellgericht,²⁸⁸ der Rechtszug gegen Beschlüsse des Kartellgerichts geht in zweiter und letzter Instanz an den OGH als Kartellobergericht.²⁸⁹

Mangels formeller Derogation bleiben die Zuständigkeiten des Kartellgerichtes hinsichtlich der sektorspezifischen Regulierung grs unberührt, daher ist in den Bereichen, in denen sich die Kompetenzen des Kartellgerichts und der Regulierungsbehörde überschneiden, zu klären, ob der Gesetzgeber eine materielle Derogation intendiert hat.²⁹⁰

Für den Schienenverkehrssektor kann eine materielle Derogation verneint werden, da das EisbG explizit normiert, dass die Zuständigkeiten des Kartellgerichts unberührt bleiben.²⁹¹ Somit ergibt sich eine **Zuständigkeitsparallelität**, die insb in Hinblick auf die in Art 94 B-VG gebotene Trennung von Justiz und Verwaltung Probleme aufwerfen könnte. Da allerdings der Regelungszweck der schienenverkehrsrechtlichen Normen von dem des allgemeinen Wettbewerbsrechtes differiert, liegt keine Verfassungswidrigkeit vor.²⁹²

Die Regulierungsbehörden sind berechtigt im Bereich des von ihnen regulierten Marktes, auf dem sie aufgrund ihrer behördlichen Tätigkeit über besondere Kenntnisse verfügen, einen Antrag auf Einleitung eines kartellgerichtlichen Verfahrens zu stellen.²⁹³ In kartellgerichtlichen Verfahren kann die Regulierungsbehörde zu Fragen des jeweiligen regulierten Marktes Stellungnahmen abgeben (Stellungnahmerecht), umgekehrt kann auch das Kartellgericht in Verfahren, wo die Regulierungsbehörde nicht Antragsteller ist, die Regulierungsbehörde zu Stellungnahmen auffordern (Stellungnahmepflicht).²⁹⁴

Da die Schienenverkehrsregulierung im Grunde aus zwei Regulierungsbehörden besteht, stellt sich die Frage, welche der beiden nun antragsberechtigt bzw zu Stellungnahmen berechtigt

²⁸⁷ BGBl I 2005/61 idF BGBl I 2012/51.

²⁸⁸ Vgl § 58 Abs 1 KartellG.

²⁸⁹ Vgl § 58 Abs 2 KartellG.

²⁹⁰ *Leitl*, Regulierungsbehörden 276 f.

²⁹¹ Vgl § 53f Abs 2 und § 74 Abs 2 EisbG.

²⁹² *Leitl*, Regulierungsbehörden 278.

²⁹³ Vgl § 36 Abs 4 Z 2 KartellG; *Leitl*, Regulierungsbehörden 279.

²⁹⁴ Vgl § 46 KartellG.

oder verpflichtet ist. Allerdings enthält das EisbG diesbezüglich keine Angaben und da **Antrags- und Stellungnahmerechte** keine eigenständigen Regulierungsaufgaben, sondern eine Befugnis zur Wahrnehmung der Regulierungsaufgaben darstellen, hat daher sowohl die SCG als auch die SCK im Rahmen der Wahrnehmung der ihr übertragenen Aufgaben bei Vermutung eines kartellrechtlich relevanten Sachverhalts einen Antrag auf Einleitung eines kartellgerichtlichen Verfahrens zu stellen, dh die kartellrechtlichen Verfahrensrechte werden der jeweils zuständigen Behörde zugeordnet.²⁹⁵ Da die SCG für die Marktbeobachtung zuständig ist²⁹⁶ und sie somit über die notwendigen Fachkenntnisse verfügt, hat sie die Stellungnahmerechte und –pflichten wahrzunehmen.

3.2.4. Bundeswettbewerbsbehörde (BWB)

Die BWB ist eine weisungsfreie und unabhängige Behörde²⁹⁷ auf der Grundlage des WettbG,²⁹⁸ die organisatorisch dem BMWFJ zugeordnet wird.²⁹⁹ Ihre Ziele sind einen funktionierenden Wettbewerb sicherzustellen, Wettbewerbsbeschränkungen und Wettbewerbsverzerrungen entgegenzutreten³⁰⁰ und eine mit dem Unionsrecht als auch mit den Entscheidungen der Regulierungsbehörden vereinbare Anwendung des KartellG zu gewährleisten.³⁰¹ Dies verdeutlicht, dass der Gesetzgeber das Spannungsfeld zwischen Regulierungsbehörden und dem Kartellgericht aufgrund der Zuständigkeitsparallelität anerkannt hat. Der BWB kommt somit die Aufgabe zu, gegensätzliche Entscheidungen von Regulierungsbehörden und dem Kartellgericht zu verhindern.³⁰²

Hierfür sieht das WettbG die **Zusammenarbeit der BWB mit den Regulierungsbehörden** vor. Die BWB ist berechtigt, den Regulierungsbehörden sämtliche Informationen zur Kenntnis zu bringen und die Unterlagen zu übermitteln, die diese zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigen. Zudem ist sie berechtigt, die Regulierungsbehörden um Auskünfte und Stellungnahmen zu ersuchen.³⁰³

²⁹⁵ Leitl, Regulierungsbehörden 281.

²⁹⁶ Vgl § 77 Abs 1 Z 1 EisbG.

²⁹⁷ Vgl § 1 Abs 3 WettbG.

²⁹⁸ BGBl I 2002/62 idF BGBl I 2010/111.

²⁹⁹ Vgl § 1 Abs 1 WettbG.

³⁰⁰ Vgl § 1 Abs 1 lit a WettbG.

³⁰¹ Vgl § 1 Abs 1 lit b WettbG.

³⁰² Leitl, Regulierungsbehörden 282.

³⁰³ Vgl § 10 Abs 1 WettbG.

3.2.5. Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie (BMVIT)

Der BMVIT ist als Behörde zuständig für die **Verkehrsgenehmigung**³⁰⁴ und die **Sicherheitsbescheinigung**.³⁰⁵ Dem BMVIT obliegt die Verwaltung der Anteilsrechte der **SCG** für den Bund,³⁰⁶ Kapitalerhöhungen der SCG kann der BMVIT im Einvernehmen mit dem BMF durchführen³⁰⁷ und der BMVIT muss sicherstellen, dass dem Aufsichtsrat der SCG auch ein Vertreter des BMF angehört.³⁰⁸ Der BMVIT ist ggü der SCG weisungsbefugt.³⁰⁹ Ebenso ist der BMVIT im Namen des Bundes für die Verwaltung der Anteilsrechte der **ÖBB-Holding AG** zuständig, die sich vollständig im Eigentum des Bundes befindet.³¹⁰

3.3. Netzzugang

3.3.1. Verkehrsgenehmigung für EVU gem §§ 15 – 15k EisbG

Zur Ausübung von Schienenverkehrsleistungen auf dem österreichischen Schienennetz bedürften EVU einer **Verkehrsgenehmigung**,³¹¹ welche beim BMVIT beantragt werden muss.³¹² Für die Erteilung einer solchen Genehmigung muss der Antragsteller für die gesamte Dauer der Verkehrsgenehmigung³¹³ nach § 15b EisbG folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllen:

- Zuverlässigkeit,³¹⁴
- Finanzielle Leistungsfähigkeit,³¹⁵
- Fachliche Eignung,³¹⁶
- Ausreichende Deckung der Haftpflicht.³¹⁷

³⁰⁴ Vgl § 15a EisbG.

³⁰⁵ Vgl § 37a Abs 1 EisbG.

³⁰⁶ Vgl § 76 Abs 2 EisbG.

³⁰⁷ Vgl § 76 Abs 3 EisbG.

³⁰⁸ Vgl § 76 Abs 4 EisbG.

³⁰⁹ Vgl § 79 Abs 2 EisbG.

³¹⁰ Vgl § 3 BBG.

³¹¹ Vgl § 15 EisbG.

³¹² Vgl § 15a EisbG.

³¹³ Vgl § 15b Abs 2 EisbG.

³¹⁴ Vgl § 15c EisbG.

³¹⁵ Vgl § 15d EisbG.

³¹⁶ Vgl § 15e EisbG.

³¹⁷ Vgl § 15b Abs 1 Z 4 EisbG.

Das Kriterium der **Zuverlässigkeit** wird negativ umschrieben, insb wenn der Antragsteller bzw die zur Geschäftsführung vorgesehenen Personen rechtskräftig wegen einer vorsätzlichen Straftat zu einer mehr als einjährigen Freiheitsstrafe verurteilt wurden,³¹⁸ über eine dieser Personen ein Konkursverfahren eröffnet wurde³¹⁹ oder rechtskräftige schwere Verstöße gegen einschlägige eisenbahnrechtliche, zollrechtliche oder arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Vorschriften vorliegen.³²⁰

Als **finanziell leistungsfähig** ist ein EVU anzusehen, wenn dieses unter realistischen Annahmen in der Lage ist, seine finanziellen Verpflichtungen in den nächsten zwölf Monaten zu erfüllen und keine erheblichen Rückstände an Steuern oder Sozialversicherungsbeiträgen bestehen.³²¹

Die **fachliche Eignung** liegt vor, wenn das EVU über eine Betriebsorganisation verfügt und die erforderlichen Kenntnisse oder Erfahrungen für das sichere und zuverlässige Erbringen von Schienenverkehrsleistungen vorhanden sind.³²²

Das **BMVIT** hat nach Erhalt aller erforderlichen Unterlagen **innerhalb von höchstens drei Monaten** über eine Verkehrsgenehmigung zu entscheiden.³²³ In fünf-jährigen Zyklen müssen die Voraussetzungen für eine Verkehrsgenehmigung vom BMVIT neu überprüft werden.³²⁴

Das BMVIT ist verpflichtet, bei begründeten Zweifeln über das Vorliegen der Zulassungsvoraussetzungen eine amtswegige Überprüfung einzuleiten.³²⁵

Liegt eine Voraussetzung für die Erteilung der Verkehrsgenehmigung nicht mehr vor, hat das BMVIT dem EVU die Verkehrsgenehmigung zu entziehen.³²⁶

3.3.2. Sicherheitsbescheinigung für EVU gem §§ 37 – 37d EisbG

Für die Ausübung von Zugangsrechten auf das Schienennetz und die Erbringung von Schienentransportleistungen müssen EVU mit Sitz in Österreich über eine

³¹⁸ Vgl § 15c Z 1 EisbG.

³¹⁹ Vgl § 15c Z 2 EisbG.

³²⁰ Vgl § 15c Z 3 EisbG.

³²¹ Vgl § 15d EisbG.

³²² Vgl § 15e EisbG.

³²³ Vgl § 15f EisbG.

³²⁴ Vgl § 15h Abs 1 EisbG.

³²⁵ Vgl § 15h Abs 2 EisbG.

³²⁶ Vgl § 15i Abs 1 EisbG.

Sicherheitsbescheinigung Teil A und B verfügen,³²⁷ für EVU mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedsstaat genügt die Sicherheitsbescheinigung Teil B.³²⁸ Hierfür muss das EVU beim BMVIT um eine solche Genehmigung ansuchen und eine solche ist zu erteilen, wenn sichergestellt ist, dass die Sicherheitsvorkehrungen geeignet sind, einen **sicheren Betrieb von Schienenfahrzeugen** und einen **sicheren Verkehr auf dem Schienennetz** zu gewährleisten,³²⁹ insb muss das EVU ein Sicherheitsmanagementsystem etabliert haben.³³⁰

Liegen die Voraussetzungen vor, so hat der BMVIT die Sicherheitsbescheinigung mit einer Gültigkeitsdauer von **höchstens fünf Jahren** auszustellen.³³¹ Die Sicherheitsbescheinigung ist vor Ablauf der Gültigkeit **vom BMVIT durch Bescheid zu entziehen**, wenn das EVU die Sicherheitsvorkehrungen nicht einhält³³² bzw bei EVU mit ausländischem Sitz ist die Genehmigung auch dann zu entziehen, wenn das EVU innerhalb eines Jahres ab Zustellung der Sicherheitsbescheinigung keinen Zugang auf die Schieneninfrastruktur ausgeübt hat.³³³

3.3.3. Trassenvergabe gem §§ 56 – 66 EisbG

Die Zuweisungsstelle hat den zugangsberechtigten EVU auf Antrag durch Zuweisung von Zugtrassen **diskriminierungsfreien Zugang** zur Schieneninfrastruktur³³⁴ und zu Serviceeinrichtungen einzuräumen.³³⁵ Sie ist verpflichtet, jeden Antrag zu prüfen und mit dem zugangsberechtigten EVU Verhandlungen zu führen.³³⁶ Die Zuweisungsstelle ist idR das EIU.³³⁷ Das EIU muss allerdings rechtlich, organisatorisch und in ihren Entscheidungen vom EVU unabhängig sein,³³⁸ sollte dies nicht der Fall sein, müsste das EIU sämtliche Funktionen der Zuweisungsstelle an die Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH (SCHIG) oder an eine andere geeignete Stelle übertragen.³³⁹ Das Kriterium der geforderten

³²⁷ Vgl § 37 Z 1 und § 56 EisbG.

³²⁸ Vgl § 37 Z 2 und § 56 EisbG.

³²⁹ Vgl § 37a Abs 3 EisbG.

³³⁰ Vgl § 37a Abs 2 Z 1 EisbG.

³³¹ Vgl § 37b Abs 1 EisbG.

³³² Vgl § 37a Abs 6 EisbG.

³³³ Vgl § 37c Abs 1 Z 2 lit b EisbG.

³³⁴ Vgl § 56 EisbG.

³³⁵ Vgl § 58 Abs 5 EisbG.

³³⁶ Vgl § 71 Abs 1 EisbG.

³³⁷ Vgl § 62 Abs 1 EisbG.

³³⁸ Vgl § 62 Abs 2 EisbG.

³³⁹ Vgl § 62 Abs 3 EisbG.

Unabhängigkeit wird von der Infrastruktursparte der ÖBB erfüllt, somit fungiert idR die **ÖBB-Infrastruktur AG** als Zuweisungsstelle.³⁴⁰

Die Zuweisungsstelle ist verpflichtet mit **ausländischen Zuweisungsstellen zusammenzuarbeiten**,³⁴¹ insb um die effiziente Nutzung und die bestmögliche Wettbewerbsfähigkeit von Schienenverkehrsleistungen auf dem Transeuropäischen Schienengüternetz sicherzustellen.³⁴²

Zugangsberechtigt sind alle EVU mit Sitz in Österreich bzw in der EU, sofern es sich nicht um ausländische EVU handelt, die allein Personenverkehrsleistungen im SPNV erbringen.³⁴³

Allerdings besteht die Möglichkeit, den grenzüberschreitenden Personenverkehr einzuschränken. Nach den unionsrechtlichen Vorgaben sollen EVU im grenzüberschreitenden Personenverkehr das Recht haben, zwischen Ursprungs- und Zielort an inländischen Bahnhöfen zu halten und Passagiere zu- und aussteigen zu lassen. Dies kann auch zwischen rein nationalen Bahnhöfen erfolgen, der Zielpunkt einer Zugfahrt muss aber außerhalb von Österreich liegen („kleine Kabotage“).³⁴⁴ Der österreichische Gesetzgeber sieht hierin allerdings eine **potentielle Gefährdung von gemeinwirtschaftlichen Schienenverkehrsleistungen**. Das EIU als auch die Vertragsparteien des gemeinwirtschaftlichen Schienenverkehrs können bei der SCK einen Antrag auf Feststellung der Gefährdung des wirtschaftlichen Gleichgewichts stellen.³⁴⁵ Die SCK hat dann anhand einer Marktanalyse das Vorliegen einer solchen Gefährdung zu ermitteln und wenn eine solche vorliegt, mit Bescheid die Bedienung der betroffenen Bahnhöfe im grenzüberschreitenden Personenverkehr zu untersagen.³⁴⁶

Die konkrete Trassenzuweisung durch die Zuweisungsstelle hat nach den Grundsätzen der **Gleichbehandlung** und der **effizienten Nutzung** des Schienennetzes zu erfolgen.³⁴⁷ Für den Zugang zur Schieneninfrastruktur ist das EIU verpflichtet **Schienennetz-Nutzungsbedingungen** festzulegen, und diese haben die wesentlichen administrativen,

³⁴⁰ Resch, Verkehrsrecht 1099; Kirchner, Liberalisierungsindex 77. Im Grunde gibt es in Österreich dzt zwei Zuweisungsstellen: Die ÖBB-Infrastruktur AG für das Schienennetz der ÖBB AG und der Raaberbahn, die SCHIG für die Schienennetze der Graz-Köflacher Bahn, der Salzburger Lokalbahn, der Steiermärkischen Landesbahnen und der Wiener Lokalbahnen. Diesbezügliche Informationen zur SCHIG: <http://www.schig.com/zuweisungsstelle/> (02.11.2012).

³⁴¹ Vgl § 64a Abs 1 EisbG.

³⁴² Vgl § 64a Abs 2 EisbG.

³⁴³ Vgl § 57 EisbG.

³⁴⁴ Catharin/Gürtlich, Eisenbahngesetz 46.

³⁴⁵ Vgl § 57b Abs 2 EisbG.

³⁴⁶ Vgl § 57b Abs 3 EisbG.

³⁴⁷ Vgl § 63 Abs 1 EisbG.

technischen und finanziellen Modalitäten des Netzzuganges zu enthalten.³⁴⁸ Die Schienennetz-Nutzungsbedingungen müssen mindestens vier Monate vor Ablauf der Antragsfrist um Fahrwegkapazität unentgeltlich im Internet veröffentlicht werden.³⁴⁹

Das EVU, dem eine Zugtrasse durch die Zuweisungsstelle zugewiesen wurde, darf diese nicht an ein anderes EVU übertragen.³⁵⁰ Eine Zugtrasse im Rahmen des Regelverkehrs wird jeweils nur für die **Dauer einer Netzfahrplanperiode** zugewiesen.³⁵¹

Zugtrassen können aber auch kurzfristig außerhalb des Regelverkehrs durch **Ad-hoc-Begehren** beantragt werden, hier sind allerdings Anträge, die für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben notwendig sind, vorrangig zu berücksichtigen.³⁵²

Der Netzfahrplan wird für jeweils ein **Kalenderjahr** von der Zuweisungsstelle festgelegt.³⁵³ Die Antragsfrist von EVU für die Zuweisung von Zugtrassen darf höchstens zwölf Monate vor Inkrafttreten des neuen Fahrplans ausmachen. Innerhalb von höchstens vier Monaten nach Ablauf der Antragsfrist muss die Zuweisungsstelle einen Netzfahrplanentwurf zu erstellen.³⁵⁴

Die Zuweisungsstelle ist verpflichtet, allen Anträgen auf Zuweisung von Zugtrassen **soweit wie möglich zu entsprechen**³⁵⁵ und muss alle zugangsberechtigten EVU zum Netzfahrplanentwurf anhören. Die Zuweisung von Zugtrassen erfolgt dann durch Abschluss eines **schriftlichen Vertrages**, der sämtliche Bedingungen hinsichtlich der administrativen, technischen und finanziellen Modalitäten zu enthalten hat.³⁵⁶

Liegen unvereinbare Anträge von EVU vor, so hat die Zuweisungsstelle im Rahmen eines **Koordinierungsverfahrens** durch Verhandlungen auf eine einvernehmliche Lösung hinzuwirken.³⁵⁷ Hierfür hat die Zuweisungsstelle ein Streitbeilegungssystem einzurichten.³⁵⁸ Wurde dem Antrag eines zugangsberechtigten EVU nicht stattgegeben, steht diesem zudem

³⁴⁸ Vgl § 59 Abs 1 EisbG.

³⁴⁹ Vgl § 59 Abs 2 EisbG.

³⁵⁰ Vgl § 63 Abs 2 EisbG.

³⁵¹ Vgl § 63 Abs 4 EisbG.

³⁵² Vgl § 71 Abs 7 EisbG.

³⁵³ Vgl § 65 Abs 1 EisbG.

³⁵⁴ Vgl § 65 Abs 3 EisbG.

³⁵⁵ Vgl § 65 Abs 5 EisbG.

³⁵⁶ Vgl § 70a Abs 1 EisbG.

³⁵⁷ Vgl § 65b Abs 1 EisbG.

³⁵⁸ Vgl § 65b Abs 3 EisbG.

ein Stellungnahmerecht zu. Die SCG kann an diesen Anhörungen als Beobachterin teilnehmen.³⁵⁹

Die Zuweisungsstelle hat über Anträge binnen eines Monats nach Ablauf der Antragsfrist zu entscheiden, wird ein Koordinierungsverfahren durchgeführt muss die Entscheidung innerhalb von zehn Werktagen nach Abschluss des Verfahrens erfolgen.³⁶⁰

Konnte auch nach Durchführung eines Koordinierungsverfahrens den Anträgen auf Zugtrassen nicht in angemessenem Umfang stattgegeben werden, so hat die Zuweisungsstelle die betreffende Strecke als **überlastete Schieneninfrastruktur** zu erklären.³⁶¹ Daraufhin muss das EIU eine Kapazitätsanalyse durchführen³⁶² und innerhalb von sechs Monaten einen Plan zur Erhöhung der Fahrwegkapazität vorlegen.³⁶³ Auf überlasteten Strecken hat die Zuweisung von unvereinbaren Anträgen nach einem **Vorrangprinzip** zu erfolgen: Vorrangig werden die gemeinwirtschaftlichen Schienenpersonenverkehrsleistungen in den Hauptverkehrszeiten berücksichtigt und dann die Güterverkehrsleistungen, wobei hier die grenzüberschreitenden Güterverkehrsleistungen prioritär zu behandeln sind.³⁶⁴

Kommt es schließlich zu keiner einvernehmlichen Lösung im Rahmen des Koordinierungsverfahrens, so hat die Zuweisungsstelle eine ablehnende Entscheidung schriftlich zu begründen.³⁶⁵ Das EVU hat dann die Möglichkeit, innerhalb gewisser Fristen **Beschwerde** an die SCK zu erheben, worüber die SCK mit Bescheid zu entscheiden hat.³⁶⁶ Liegen die Voraussetzungen für die Zuweisung der Zugtrasse doch vor, so hat die SCK mit dem erledigenden Bescheid den Abschluss des Vertrages über die Zuweisung der Zugtrasse zu ersetzen.³⁶⁷ Diesem Bescheid kommt somit vertragsersetzende Wirkung zu, darum spricht man auch von der Rechtsfigur des **vertragsersetzenden Bescheides**.³⁶⁸

³⁵⁹ Vgl § 65 Abs 7 EisbG.

³⁶⁰ Vgl § 71 Abs 3 EisbG.

³⁶¹ Vgl § 65c Abs 1 EisbG.

³⁶² Vgl § 65d Abs 1 EisbG.

³⁶³ Vgl § 65e Abs 1 EisbG.

³⁶⁴ Vgl § 65c Abs 3 EisbG.

³⁶⁵ Vgl § 71 Abs 3 EisbG.

³⁶⁶ Vgl § 72 Abs 4 EisbG.

³⁶⁷ Vgl § 72 Abs 5 EisbG.

³⁶⁸ *Leitl*, Regulierungsbehörden 113 f.

Beim **Zugang zu Serviceeinrichtungen** differenziert § 58 EisbG: Jedenfalls muss das EIU das sog Mindestzugangspaket diskriminierungsfrei zur Verfügung stellen.³⁶⁹ Dieses umfasst

- Nutzung von Weichen und Abzweigungen,³⁷⁰
- Zugang zu Zugsteuerungssystemen,³⁷¹
- Zugang zu Leistungen der Kommunikations- und Informationssysteme ohne welche die Ausübung des Zugangsrechtes zum Schienennetz aus rechtlichen, faktischen oder wirtschaftlichen Gründen verunmöglicht würde.³⁷²

Sofern unter Marktbedingungen keine vertretbaren Alternativen bestehen, sind sowohl EIU als auch EVU verpflichtet, letztere aber nur sofern verfügbare Kapazitäten vorhanden sind und die Bereitstellung zumutbar ist, Zugangsberechtigten einen weiteren Kreis von Serviceeinrichtungen diskriminierungsfrei anzubieten. Dies umfasst zB

- Mitbenützung von Ausbildungseinrichtungen für Eisenbahnmitarbeiter,³⁷³
- Mitbenützung von Personenbahnhöfen, Güterterminals, Abstellgleisen, Wartungseinrichtungen und andern technischen Einrichtungen,³⁷⁴
- Nutzung von Versorgungseinrichtungen für Bahnstrom.³⁷⁵

Sofern ein EIU Zusatzleistungen anbietet, muss es diese allen EVU diskriminierungsfrei zur Verfügung stellen.³⁷⁶ Diese Zusatzleistungen umfassen ua

- Vorheizen von Personenzügen,³⁷⁷
- Bereitstellung von Fahrstrom,³⁷⁸

Bietet ein EVU die Zusatzleistung Vershubbetrieb an, so ist es ebenso gesetzlich verpflichtet diesbezügliche Leistungen diskriminierungsfrei bereit zu stellen.³⁷⁹

In Summe müssen Serviceeinrichtungen transparent, angemessen, wirtschaftlich realistisch und ausreichend entbündelt angeboten werden, so dass ein EVU mit den entrichteten

³⁶⁹ Vgl § 58 Abs 1 EisbG.

³⁷⁰ Vgl § 58 Abs 1 Z 1 EisbG.

³⁷¹ Vgl § 58 Abs 1 Z 2 EisbG.

³⁷² Vgl § 58 Abs 1 Z 3 EisbG.

³⁷³ Vgl § 58 Abs 2 Z 1 EisbG.

³⁷⁴ Vgl § 58 Abs 2 Z 2 EisbG.

³⁷⁵ Vgl § 58 Abs 2 Z 3 EisbG.

³⁷⁶ Vgl § 58 Abs 3 EisbG.

³⁷⁷ Vgl § 58 Abs 3 Z 1 EisbG.

³⁷⁸ Vgl § 58 Abs 3 Z 2 EisbG.

³⁷⁹ Vgl § 58 Abs 3 Z 3 EisbG.

Benützungsentgelten nicht auch für Leistungen zahlt, die für die Ausübung des Zugangsrechtes zum Schienennetz nicht notwendig sind.

3.3.4. Rahmenregelung gem § 64 EisbG

Die **längerfristige Zuweisung von Fahrwegkapazität**, die über die Dauer einer Netzfahrplanperiode hinausreicht, kann durch **Rahmenregelungen** erfolgen. Hierbei werden aber keine konkreten Zugtrassen zugewiesen, sondern bloß eine zeitliche Bandbreite festgelegt, innerhalb welcher für die Dauer des Rahmenvertrags die Trassenvergabe zu erfolgen hat.³⁸⁰

Dadurch darf anderen zugangsberechtigten EVU der Netzzugang nicht verunmöglicht werden. Damit Rahmenregelungen keine Ineffizienzen hervorrufen, müssen diese eine **Änderungsklausel** zu Gunsten der Zuweisungsstelle beinhalten. Für einen solchen Fall kann auch eine Vertragsstrafe vereinbart werden.³⁸¹

Der Abschluss von Rahmenregelungen erfolgt grs durch einen **schriftlichen Vertrag** zwischen der Zuweisungsstelle und dem ansuchenden EVU.³⁸² Eine Besonderheit besteht für integrierte Eisenbahnunternehmen, wo EVU und EIU in einem gemeinsamen Konzern agieren. Hier genügt zur Zuweisung längerfristiger Fahrwegkapazität eine **Rahmenurkunde** zwischen EVU und Zuweisungsstelle.³⁸³

Rahmenregelungen werden grs für eine Dauer von fünf Jahren abgeschlossen. Innerhalb eines Monats sind **Rahmenregelungen der SCG vorzulegen**, aber bloß Rahmenregelungen, die eine Laufzeit von fünf bis zehn Jahre haben, müssen gegenüber der SCG durch die Zuweisungsstelle gerechtfertigt werden. Rahmenregelungen mit einer Laufzeit von mehr als zehn Jahren müssen von der **SCK genehmigt** werden. Hierbei sind va umfangreiche und langfristige Investitionen und vergleichbare Risiken des EVU zu berücksichtigen.³⁸⁴

³⁸⁰ Vgl § 64 Abs 1 EisbG.

³⁸¹ Vgl § 64 Abs 4 EisbG.

³⁸² Vgl § 64 Abs 2 EisbG.

³⁸³ Vgl § 64 Abs 3 EisbG.

³⁸⁴ Vgl § 64 Abs 5 EisbG.

3.3.5. Festsetzung der Benützungsentgelte gem §§ 67 – 70 EisbG

Das Infrastrukturbenützungsentgelt beträgt grs die Kosten, die **unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen**.³⁸⁵ Ein **Knappheitsaufschlag** für besonders stark nachgefragte Strecken ist zulässig.³⁸⁶ Ebenso können Aufschläge für Strecken erhoben werden, die durch Ausbaumaßnahmen in ihrer Leistungsfähigkeit erhöht wurden, sofern diese Baumaßnahmen ohne erhöhte Benützungsentgelte nicht durchführbar wären.³⁸⁷ Sofern EVU dadurch nicht der Zugang zur Schieneninfrastruktur verunmöglicht wird, kann das EIU zur vollen Deckung der Kosten weitere Zuschläge festsetzen.³⁸⁸

Die Benützungsentgelte sind vom EIU für eine angemessene Periode, idR eine Netzfahrplanperiode, für die Art und Dauer der Schienenverkehrsleistung festzulegen, wobei die Zugangsentgelte in Relation zu den durch die Verkehrsleistungen tatsächlich verursachten Kosten stehen müssen.³⁸⁹ Insgesamt dürfen sich durch die Festsetzung der Zugangsentgelte **keine Diskriminierungen** potentieller Zugangsberechtigter ergeben.³⁹⁰

Die Zugangsentgelte müssen auch **leistungsabhängige Bestandteile** vorweisen, damit sowohl die EVU als auch das EIU Anreize vorfinden, um die Betriebsstörungen zu senken und die Effizienz des Schienennetzes zu erhöhen. Insb können Strafen für Störungen und Boni für Leistungen, die das vereinbarte Leistungsniveau übersteigen, vereinbart werden.³⁹¹

Die Zuweisungsstelle, dh idR das EIU, muss die Höhe der Zugangsentgelte für EVU festlegen³⁹² und das EVU hat die Zugangsentgelte an das EIU zu entrichten.³⁹³ Verhandlungen zwischen EVU und EIU über die Höhe der Zugangsentgelte müssen unter Aufsicht der SCG geführt werden, ansonsten sind diese Vereinbarungen unwirksam.³⁹⁴

³⁸⁵ Vgl § 67 Abs 1 EisbG.

³⁸⁶ Vgl § 67 Abs 2 EisbG.

³⁸⁷ Vgl § 67 Abs 3 EisbG.

³⁸⁸ Vgl § 67 Abs 4 EisbG.

³⁸⁹ Vgl § 65 Abs 5 EisbG.

³⁹⁰ Vgl § 67 Abs 6 EisbG.

³⁹¹ Vgl § 67 Abs 7 EisbG.

³⁹² Vgl § 68 Abs 3 EisbG.

³⁹³ Vgl § 69 Abs 1 EisbG.

³⁹⁴ Vgl § 68a EisbG.

3.4. Entflechtung

Die Österreichischen Bundesbahnen (ÖBB) hatten lange Zeit eine rechtliche Sonderstellung als selbständiger Wirtschaftskörper des Bundes. Dies hat sich mit dem Bundesbahngesetz 1992 (BBG) tiefgreifend verändert, woraus die ÖBB als ein **Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit hervorgingen**. Das BBG wurde in den letzten zwanzig Jahren praktisch jedes Jahr reformiert, woraus schon ersichtlich wird, wie dynamisch die Rechtsentwicklung im Bereich der Schienenverkehrsregulierung verlaufen ist.

Auch das EisbG enthält Entflechtungsbestimmungen, die mit den Vorgaben im BBG korrespondieren. EVU müssen in Bezug auf die Geschäftsführung, die Verwaltung und das innerbetriebliche Controlling von Gebietskörperschaften unabhängig sein, insb muss eine klare Trennung hinsichtlich des Vermögens, des Haushaltsplanes und der Rechnungsführung der Gebietskörperschaft vorliegen.³⁹⁵

Seit 2005 sind die ÖBB ein **Konzern**, bestehend aus einer **Holding mit selbständigen Tochtergesellschaften**, wobei hier va folgende drei Gesellschaften zu erwähnen sind:

- ÖBB-Personenverkehr AG (Personennah- und Personenfernverkehr)
- Rail Cargo Austria AG (Güterverkehr)
- ÖBB Infrastruktur AG (Infrastruktursparte)

3.4.1. ÖBB-Holding AG

Die ÖBB-Holding AG ist zuständig für die **strategische Gesamtausrichtung** und die Koordination des Konzerns³⁹⁶ und die Sicherstellung der Transparenz der eingesetzten öffentlichen Mittel.³⁹⁷ Darüber hinaus kann die ÖBB-Holding AG sämtliche Maßnahmen setzen, die für die Ausübung ihrer wesentlichen Aufgaben notwendig oder zweckmäßig sind.³⁹⁸

³⁹⁵ Vgl § 55 Abs 1 EisbG.

³⁹⁶ Vgl § 4 Abs 2 Z 1 BBG.

³⁹⁷ Vgl § 4 Abs 2 Z 2 BBG.

³⁹⁸ Vgl § 4 Abs 3 BBG.

Zur Ausübung ihrer wesentlichen Aufgaben ist die ÖBB-Holding AG ermächtigt, ihre **Anteilsrechte an den Tochtergesellschaften** wahrzunehmen.³⁹⁹ Der Sitz der Holding ist in Wien und sie befindet sich vollständig im **Eigentum des Bundes**.⁴⁰⁰ Die Verwaltung der Anteilsrechte erfolgt im Namen des Bundes durch den BMVIT.⁴⁰¹

3.4.2. ÖBB-Personenverkehr AG

Die ÖBB-Personenverkehr AG ist zuständig für die Erbringung von **Personenverkehrsleistungen im Nah- und Fernverkehr**.⁴⁰² Eine Tochtergesellschaft der ÖBB-Personenverkehr AG ist die **ÖBB-Postbus GmbH**.

Die Anteile an der ÖBB-Personenverkehr AG werden ausschließlich von der ÖBB-Holding AG gehalten.⁴⁰³

3.4.3. Rail Cargo Austria AG

Die Rail Cargo Austria AG ist die **Güterverkehrssparte** der ÖBB.⁴⁰⁴ Sie ist international ausgerichtet und in ca. 25 Ländern, vor allem in Zentral- und Südosteuropa, vertreten.

Die Rail Cargo Austria AG befindet sich ebenso im Alleineigentum der ÖBB-Holding AG.⁴⁰⁵

Die **ÖBB-Produktion GmbH** als auch die **ÖBB-Technische Services GmbH** werden zu jeweils 51 Prozent von der Rail Cargo Austria AG und zu 49 Prozent von der ÖBB-Personenverkehr AG gehalten.⁴⁰⁶

Die **ÖBB-Produktion GmbH** ist zuständig für die Erbringung von Traktions- und Serviceleistungen,⁴⁰⁷ die **ÖBB-Technische Services GmbH** ist zuständig für das Management von Schienenfahrzeugen.⁴⁰⁸

³⁹⁹ Vgl § 4 Abs 1 BBG.

⁴⁰⁰ Vgl § 2 Abs 1 BBG.

⁴⁰¹ Vgl § 3 BBG.

⁴⁰² Vgl § 6 BBG.

⁴⁰³ Vgl § 8 BBG.

⁴⁰⁴ Vgl § 10 BBG.

⁴⁰⁵ Vgl § 12 BBG.

⁴⁰⁶ Vgl § 13 Abs 3 und § 16 Abs 2 BBG.

⁴⁰⁷ Vgl § 14 BBG.

⁴⁰⁸ Vgl § 17 Abs 1 BBG.

3.4.4. ÖBB-Infrastruktur AG

Die ÖBB-Infrastruktur AG ist das **EIU** der ÖBB. Die Aufgaben umfassen **Erhaltung, Ausbau** und **Betrieb** einer **sicheren und bedarfsgerechten Schieneninfrastruktur**. Für die Erfüllung ihrer Aufgaben hat die ÖBB-Infrastruktur AG grs die Kosten selbst zu tragen. Solange es allerdings die Marktbedingungen nicht zulassen, dass die EVU über die Zugangsentgelte die Kosten für den Betrieb des Schienennetzes decken, ist der Bund verpflichtet, finanzielle Zuschüsse zu leisten.⁴⁰⁹ Für die Kosten der Erhaltung und den Ausbau des Schienennetzes ist der Bund unabhängig von der Marktsituation verpflichtet, finanzielle Zuschüsse zu leisten.⁴¹⁰

Die **ÖBB-Immobilienmanagement GmbH** ist eine Tochtergesellschaft der ÖBB-Infrastruktur AG, der die Aufgabe zukommt, für die bestmögliche Bewirtschaftung und Verwertung von Liegenschaften zu sorgen, die nicht für den Eisenbahnbetrieb bzw den Eisenbahnverkehr benötigt werden.⁴¹¹

Somit ist zu konstatieren, dass die Transportsparten von der Infrastruktursparte innerhalb des ÖBB-Konzerns in Form von selbständigen Gesellschaften rechtlich, organisatorisch und in ihren Entscheidungen unabhängig sind. Allerdings werden sämtliche Tochtergesellschaften unter dem Dach der ÖBB-Holding vereint. Man hat sich somit für ein **Integrationsmodell** entschieden, wo sich der Infrastrukturbetreiber unter dem Dach einer Holding befindet, welche auch EVU betreibt.

3.5. Vertragsverletzungsverfahren wegen mangelhafter Umsetzung des Ersten Eisenbahnpakets

Das Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich beschränkt sich auf einen Aspekt. Der Vorwurf der Kommission lautet, dass die **Unabhängigkeit des Infrastrukturbetreibers** iSd Art 6 Abs 3 und Anhang II RL 91/440/EWG idF RL 2001/12/EG sowie Art 4 Abs 2 und Art 14 Abs 2 RL 2001/14/EG idF RL 2004/49/EG nicht ausreichend gesichert ist.⁴¹²

⁴⁰⁹ Vgl § 42 Abs 1 BBG.

⁴¹⁰ Vgl § 42 Abs 2 BBG.

⁴¹¹ Vgl § 24 Abs 1 BBG.

⁴¹² EuGH, C-555/10.

Das Integrationsmodell wird zwar ausdrücklich für zulässig erklärt, doch das EIU muss nach Ansicht der Kommission auch **wirtschaftlich unabhängig** sein. Die ÖBB-Holding AG kann zudem die wesentlichen Funktionen des EIU kontrollieren, was unzulässig ist. Diese Situation wird noch dadurch verstärkt, dass **keine unabhängige Behörde** den Infrastrukturbetreiber überwacht und Wettbewerber bei Diskriminierungen über **keine effektive Beschwerdemöglichkeit** verfügen.

Die Kommission kann außerdem keine ausreichenden gesetzlichen oder vertraglichen Regelungen, die die Beziehungen zwischen der Holding und der Tochtergesellschaft regeln, erkennen. Ein weiterer Vorwurf lautet, dass **personelle Verflechtungen** durch Doppelfunktionen in den verschiedenen Vorständen sowohl in der Holding als auch im EIU Zweifel an der Unabhängigkeit des Infrastrukturbetreibers aufkommen lassen. Zudem ist für Führungskräfte eines Unternehmens eine Cooling-off-Phase vor der Aufnahme einer Tätigkeit in einem anderen Unternehmen des integrierten Schienenunternehmens vorzusehen. Darüber hinaus erachtet die Kommission die **informativischen Schranken** als unzulänglich.

Zunächst ist nun ein detaillierter Blick auf die besagten sekundärrechtlichen Vorschriften angebracht:

Art 6 Abs 3 RL 91/440/EWG idF RL 2001/12/EG normiert, dass die **wesentlichen Funktionen des Infrastrukturbetreibers** nicht durch eine Stelle oder ein Unternehmen erbracht werden dürfen, das selbst Schienenverkehrsleistungen erbringt. Der Anhang II präzisiert diese wesentlichen Funktionen auf folgende vier Punkte:

- Entscheidungen über Zulassung von EVU
- Entscheidungen über die Trassenzuweisung
- Entscheidungen über die Wegeentgelte
- Überwachung der Einhaltung von Gemeinwohlverpflichtungen

Art 4 Abs 2 RL 2001/14/EG idF RL 2004/49/EG legt fest, dass der Infrastrukturbetreiber **rechtlich, organisatorisch** und in seinen **Entscheidungen unabhängig** von EVU sein muss, damit dieser die **Wegeentgelte festsetzen und berechnen** darf. Die Erhebung der Wegeentgelte kann expressis verbis von einer Stelle erfolgen, die diese Kriterien der Unabhängigkeit nicht erfüllt.

Gem Art 14 Abs 2 RL 2001/14/EG idF RL 2004/49/EG muss die Stelle, die für die **Zuweisung der Zugtrassen** zuständig ist, ebenso rechtlich, organisatorisch und in ihren Entscheidungen unabhängig von EVU sein.

Im Folgenden werden nun die wesentlichen Punkte des **Schlussantrags des Generalanwalts Niilo Jääskinen**⁴¹³ analysiert und dargestellt:

Es ist unbestritten, dass der ÖBB-Infrastruktur AG als Infrastrukturbetreiber mehrere wesentliche Funktionen iSd Anhang II RL 91/440/EWG übertragen worden sind und dass der Infrastrukturbetreiber über eine Holdinggesellschaft einem Konzern angehört, der auch Eisenbahnverkehrsleistungen erbringt. Nach Ansicht der Kommission muss der Infrastrukturbetreiber über die in Art 6 Abs 3 RL 91/440/EWG implizit enthaltene Erfordernis der wirtschaftlichen Unabhängigkeit verfügen, und in einer Holdingstruktur ist eine solche wirtschaftliche Unabhängigkeit nicht gegeben, sofern der Mitgliedstaat nicht spezifische Sicherheitsmaßnahmen vorsieht.

Es ist aber festzuhalten, dass das Hauptaugenmerk dieser Entflechtungsbestimmungen auf einen nichtdiskriminierenden Zugang zum Schienennetz abzielt und keine institutionelle Trennung zwischen Infrastruktur- und Transportsparte in Art 6 Abs 3 RL 91/440/EWG vorgesehen ist.

Der von Art 4 Abs 2 RL 2001/14/EG geforderten Unabhängigkeit des Infrastrukturbetreibers in rechtlicher und organisatorischer Hinsicht sowie in Hinblick auf die Entscheidungsfreiheit wurde entsprochen. Die Tochtergesellschaft ÖBB-Infrastruktur AG ist rechtlich unabhängig, sie verfügt über eine gesonderte Rechtspersönlichkeit, eigene Beschlussfassungsorgane und eigene Personal- und Sachmittel und ist somit auch als organisatorisch unabhängig anzusehen. Die Unabhängigkeit der Entscheidungen ist in den RL 91/440/EWG und 2001/14/EG nicht präzise definiert, doch *Jääskinen* betont, dass die von der Kommission geforderten Maßnahmen⁴¹⁴ durchaus zu einer tatsächlichen Unabhängigkeit des Infrastrukturbetreibers beitragen würden, aber dass es sich hierbei um nicht rechtsverbindliche Vorschläge der Kommission handelt. Die Kommission kann nämlich eine Richtlinie und ihre Bestimmungen

⁴¹³ Schlussanträge GA *Jääskinen*, Rs C-555/10, *Europäische Kommission gegen Republik Österreich*.

⁴¹⁴ Insb ein Verbot von Doppelfunktionen, eine Karenzzeit für Führungspersonal und stärkere informatorische Schranken.

weder ersetzen noch vervollständigen. Sie kann zwar ihre Meinung zum Ausdruck bringen, doch dies hat keinen eigenständigen normativen Wert.

Zudem wäre eine Holdinggesellschaft faktisch unmöglich, wenn die Tochtergesellschaft wesentliche Funktionen des Infrastrukturbetreibers nicht wahrnehmen dürfte. Die Kommission müsste auch nachweisen, dass der Interessenskonflikt bei einer 100%-igen Kontrolle der Tochter- durch die Muttergesellschaft so groß ist, dass dieser Präventivmaßnahmen erfordert, die nicht durch die RL gedeckt sind.

Insgesamt kommt *Jääskinen* zu dem Schluss, dass die Klage abzuweisen ist. Meines Erachtens ist *Jääskinen* zu folgen, da es nicht aus den RL hervorgeht, dass tiefer greifende Entflechtungsmaßnahmen, insb eigentumsrechtlicher Natur, durchzuführen wären.

4. Umsetzung in der Bundesrepublik Deutschland

4.1. Rechtsgrundlagen

Die wichtigste Rechtsgrundlage für die Eisenbahnverkehrsverwaltung stellt das **Allgemeine Eisenbahngesetz (AEG)** dar. Die meisten sekundärrechtlichen Vorschriften der Eisenbahnliberalisierung wurden direkt in dieses Gesetz implementiert. Diesbezüglich stellt auch das Gesetz selbst klar, dass das AEG der Umsetzung oder Durchführung von Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaften im Bereich des Eisenbahnrechts dient.⁴¹⁵

Das **Bundeseisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz (BEVVG)** stellt die Rechtsgrundlage für das Eisenbahn-Bundesamt (EBA) dar, legt die Zuständigkeiten des EBA fest und normiert die Einrichtung eines Eisenbahnsicherheitsbeirates beim EBA und eines Eisenbahninfrastrukturbeirates bei der Bundesnetzagentur (BNetzA).⁴¹⁶ Die einfachgesetzlichen Details bzgl der Aufrechterhaltung der Schieneninfrastruktur enthält das Bundesschienenwegeausbaugesetz⁴¹⁷.

Weitreichende Details bzgl der für den Netzzugang entscheidenden Fragen der Trassenvergabe und die Entgeltfestsetzung enthält die **Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV)**.

Komplementäre Ausführungen enthalten zB die Eisenbahnunternehmer Berufszugangsverordnung (EBZugV), die Eisenbahnbetriebsleiterverordnung (EBV) oder die Eisenbahnhaftpflichtversicherungsverordnung (EBHaftPflV).

4.2. Organisation und Zuständigkeiten der Regulierungsbehörden

Die Eisenbahnregulierung ist in Deutschland zwischen dem **EBA** und der **BNetzA** aufgeteilt.⁴¹⁸ Grs ist das EBA für alle Fragen der Sicherheit und der Gefahrenabwehr

⁴¹⁵ Vgl § 1 Abs 1 S 2 AEG.

⁴¹⁶ Vgl §§ 2 – 5 BEVVG.

⁴¹⁷ Bundesschienenwegeausbaugesetz vom 15. November 1993 (BGBl. I S. 1874), das zuletzt durch Artikel 309 der Verordnung vom 31. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2407) geändert worden ist.

⁴¹⁸ *Fehling*, Verkehr 542.

zuständig,⁴¹⁹ die BNetzA für Fragen des Netzzugangs. Da die Zuständigkeit bzgl der Benutzung der Eisenbahninfrastruktur bundeseigener als auch nichtbundeseigener EVU dem Bund zufällt,⁴²⁰ kann durchaus von einer zentralisierten Eisenbahnregulierung gesprochen werden.⁴²¹

Das **Bundeskartellamt (BKartA)** hat hinsichtlich der Eisenbahnregulierung nicht ganz klare Zuständigkeiten, doch letztlich läuft diese Konstellation auf eine Unterstützung der BNetzA hinaus. Dem **Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS)** steht im Rahmen der ministeriellen Fachaufsicht ein unbeschränktes Weisungsrecht gegenüber dem EBA und der BNetzA zu.

4.2.1. Bundesnetzagentur (BNetzA)

Die Bundesnetzagentur mit Sitz in Bonn ist eine selbständige Bundesoberbehörde, die organisatorisch in den Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie (BMWi) fällt. Die BNetzA unterliegt aber der Fachaufsicht des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS).⁴²²

Die BNetzA übernimmt die Aufsicht über den Wettbewerb auf der Schiene und ist somit verantwortlich für die **Gewährung eines diskriminierungsfreien Zugangs zur Eisenbahninfrastruktur**. Insb hat die BNetzA folgende Punkte zu überwachen:

- Erstellung des Netzfahrplans
- Zuweisungen von Zugtrassen
- Zugang zu Serviceeinrichtungen
- Benutzungsbedingungen, Entgeltgrundsätze und Entgelthöhen
- Zugangsberechtigung im grenzüberschreitenden Personenverkehr⁴²³

Bei der BNetzA ist für Fragen des Netzzuganges ein **Eisenbahninfrastrukturbeirat** eingerichtet, der aus je neun Mitgliedern des Bundestages und neun Mitgliedern des

⁴¹⁹ Allerdings ist das EBA auch systemwidrig für die Überwachung der Entflechtungsbestimmungen zuständig. Dazu näher unter 5.2.2.

⁴²⁰ Vgl § 5 Abs 1a Z 1 lit c AEG.

⁴²¹ Der SPNV wird hingegen dezentral auf Länderebene beaufsichtigt.

⁴²² Vgl § 4 Abs 1 BEVVG.

⁴²³ Vgl § 14b Abs 1 AEG.

Bundesrates zu bilden ist, wobei letztere Mitglieder der Landesregierungen sein müssen bzw als politische Vertretung der Landesregierung fungieren müssen.⁴²⁴

4.2.2. Eisenbahn-Bundesamt (EBA)

Das EBA ist zuständig für die **Sicherheit der Eisenbahnen** in Deutschland.⁴²⁵ Es ist eine selbständige Bundesoberbehörde und unterliegt der Fachaufsicht des BMVBS. Der Hauptsitz befindet sich in Bonn.

Nach § 3 Abs 1 BEVVG hat das EBA ua folgende Zuständigkeiten:

- die Planfeststellung für Betriebsanlagen der Eisenbahnen des Bundes
- die Eisenbahnaufsicht
- die Bauaufsicht für Betriebsanlagen der Eisenbahnen des Bundes
- Erteilung und Widerruf einer Betriebsgenehmigung und der Sicherheitsbescheinigung
- die Ausübung hoheitlicher Befugnisse sowie von Aufsichts- und Mitwirkungsrechten nach Maßgabe anderer Gesetze und Verordnungen

Das EBA ist somit Aufsichtsbehörde sowohl der EIU als auch Zulassungs- und Aufsichtsbehörde der EVU mit Ausnahme der Regionalbahnen. Regionalbahnen bzw EIU, die keiner Sicherheitsgenehmigung bedürfen, werden von den Bundesländern beaufsichtigt. Diese haben allerdings die Möglichkeit, diese Aufgabe dem EBA zu übertragen.⁴²⁶

Systemwidrig erscheint allerdings, dass das EBA für die **Überwachung der Entflechtungsvorgaben** zuständig ist.⁴²⁷ Die Trennung von Netz- und Betriebssparte stellt den neuralgischen Punkt für die Wettbewerbsentwicklung dar, und es wäre mE systemkonformer, diese Zuständigkeit auf die BNetzA zu übertragen. Eben diese Zuständigkeit, rechtfertigt es mE auch das EBA funktionell als Regulierungsbehörde zu klassifizieren.

Beim EBA ist für Fragen der Eisenbahnsicherheit ein **Eisenbahnsicherheitsbeirat**

⁴²⁴ Vgl § 4 Abs 4 BEVVG.

⁴²⁵ *Fehling*, Verkehr 542.

⁴²⁶ Vgl § 5 Abs 2 AEG.

⁴²⁷ Vgl §§ 9, 9a AEG.

eingrichtet. Er besteht aus je einem Vertreter der für die Eisenbahnaufsicht zuständigen obersten Landesbehörden sowie einem Vertreter des BMVBS.⁴²⁸ Dieser dient vor der Koordinierung des EBA mit den obersten Landesbehörden.

4.2.3. Bundeskartellamt (BKartA)

Das BKartA ist eine unabhängige Wettbewerbsbehörde zum Schutz des Wettbewerbs in der deutschen Marktwirtschaft. Wie die BNetzA handelt es sich um eine selbständige Bundesoberbehörde mit Sitz in Bonn, die in den Geschäftsbereich des BMWi fällt.⁴²⁹ Das BKartA ist zuständig für die „klassischen“ Gebiete des Wettbewerbsrechts: Kartellverbot, Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle und zusätzlich dazu ist auch der Vergaberechtsschutz beim BKartA angesiedelt.

Grs ist das BKartA nicht für die Regulierung der Netzwirtschaften zuständig, sondern die BNetzA. Allerdings normiert § 14b Abs 2 AEG, dass die **Zuständigkeit der Kartellbehörden** durch das AEG **unberührt bleibt**. Die BNetzA und das BKartA sind danach zum gegenseitigen Informationsaustausch und zur Verfahrensabstimmung verpflichtet. Dies spricht für eine gewisse Zweigleisigkeit auf dem Gebiet der Netzzugangsregulierung, allerdings wird sich die ratio legis wohl darin erschöpfen, dass der Gesetzgeber die Nutzung der Expertise des BKartA hinsichtlich missbräuchlichen oder diskriminierenden Verhaltens von EIU gewährleisten wollte. Letztlich sichert diese Konstellation eine gewisse Perspektivenpluralität auf die Marktentwicklung, die idealiter die BNetzA bei der Erfüllung ihrer regulatorischen Aufgaben unterstützt.⁴³⁰

4.2.4. Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS)

Sowohl das EBA⁴³¹ als auch die BNetzA⁴³² unterliegen der ministeriellen Fachaufsicht durch das BMVBS, da dies allein schon verfassungsrechtlich zur demokratischen Legitimation der

⁴²⁸ § 5 Abs 1 BEVVG.

⁴²⁹ Vgl § 51 Abs 1 GWB.

⁴³⁰ *Fehling*, Verkehr 543.

⁴³¹ Vgl § 2 Abs 1 BEVVG.

⁴³² Vgl § 4 Abs 1 BEVVG.

Verwaltung notwendig ist. Allerdings ist auch zu bedenken, dass der Bund auch Eigentümer des Ex-Monopolisten DB AG ist. Gleichzeitig steht dem BMVBS ein unbeschränktes Weisungsrecht gegenüber den Regulierungsbehörden EBA und BNetzA zu, was zu Interessenskonflikten führen kann. Dies wird zwar durch die Veröffentlichungspflicht allgemeiner Weisungen an die BNetzA im Bundesanzeiger entschärft,⁴³³ doch grs stellt dies bloß eine Hemmschwelle und keine inhaltliche Weisungsbeschränkung dar.⁴³⁴

4.3. Netzzugang

4.3.1. Betriebsgenehmigungsverfahren für EVU gem § 6 AEG

Jedes öffentliche EVU,⁴³⁵ das Güter- oder Personentransportleistungen erbringen möchte, muss einen **Antrag auf Genehmigung** stellen. Antragsteller kann jedes Unternehmen mit Unternehmenssitz in Deutschland sein.⁴³⁶

Die zuständige Behörde ergibt sich idR nach dem Bundesland in dem der Unternehmenssitz liegt. Der Antrag auf Erteilung der Genehmigung ist an die von der Landesregierung bestimmte Behörde zu richten. Für EVU, an denen der Bund mehrheitlich beteiligt ist, ist immer das EBA zuständig. Da alle Behörden dieselben Zulassungsvoraussetzungen anzuwenden haben, sollte es zwischen den verschiedenen Stellen keine Entscheidungsdivergenzen geben.

Die Genehmigung wird dem Eisenbahnunternehmen erteilt, wenn eine **sichere Betriebsführung gewährleistet** wird. Hierfür müssen drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein:

- Der Antragsteller und die als Geschäftsführer vorgesehenen Personen müssen **zuverlässig** sein,⁴³⁷
- Der Antragsteller muss **finanziell leistungsfähig** sein,⁴³⁸

⁴³³ Vgl § 4 Abs 3 BEVVG.

⁴³⁴ *Fehling*, Verkehr 544.

⁴³⁵ EVU sind nach der Legaldefinition des § 3 Abs 1 Z 1 AEG dann öffentlich, wenn sie gewerbs- oder geschäftsmäßig betrieben werden und jedermann sie nach ihrer Zweckbestimmung zur Personen- oder Güterbeförderung benutzen kann.

⁴³⁶ Vgl § 6 Abs 5 AEG.

⁴³⁷ Vgl § 6 Abs 2 Z 1 AEG.

- Der Antragsteller und die als Geschäftsführer vorgesehenen Personen müssen die **erforderliche Fachkunde** besitzen.⁴³⁹

Was im Detail unter Zuverlässigkeit, finanzieller Leistungsfähigkeit und erforderlicher Fachkunde zu verstehen ist, präzisiert die **Eisenbahnunternehmer-Berufszugangsverordnung (EBZugV)**. Ein Antragsteller ist dann als **zuverlässig** anzusehen, wenn davon ausgegangen werden kann, dass der ordentliche Geschäftsbetrieb unter Beachtung der für die Eisenbahnen geltenden Vorschriften geführt wird und die Sicherheitsstandards eingehalten werden.⁴⁴⁰ Jedenfalls als unzuverlässig ist ein Antragsteller anzusehen, wenn er rechtskräftig wegen eines Verbrechens oder wiederholt wegen eines Vergehens verurteilt wurde⁴⁴¹ oder bei festgestellten schweren und wiederholten Verstößen gegen arbeits- oder sozialrechtliche Pflichten, die Verkehrs- und Betriebssicherheit oder den Umweltschutz betreffenden Vorschriften, das AEG bzw auf dem AEG beruhenden Verordnungen, steuer- oder zollrechtliche Pflichten.⁴⁴²

Finanzielle Leistungsfähigkeit bedeutet, dass der Antragsteller über die für die Aufnahme und die ordnungsgemäße Führung des Betriebes erforderlichen finanziellen Mittel verfügt.⁴⁴³ Die Prüfung erfolgt anhand des Jahresabschlusses oder in Ermangelung eines solchen anhand einer Vermögensübersicht. Insb gilt der Antragsteller dann nicht als finanziell leistungsfähig, wenn erhebliche Rückstände an Steuern oder Sozialversicherungsbeiträgen bestehen.⁴⁴⁴

Der Nachweis der **erforderlichen Fachkunde** des Antragstellers und der als Geschäftsführer vorgesehenen Personen erfolgt nach den Vorschriften der Eisenbahnbetriebsleiterverordnung (EBV).⁴⁴⁵ Ein Betriebsleiter verfügt somit über die erforderliche Fachkunde, wenn er zuverlässig ist und die fachliche Befähigung in einer Prüfung nach der Eisenbahnbetriebsleiter-Prüfungsverordnung nachgewiesen hat⁴⁴⁶ bzw wer in einem Fachgebiet, zu dem in erheblichem Umfang Planung, Bau und Betrieb von Eisenbahnen gehören, die große Staatsprüfung für den höheren technischen Verwaltungsdienst bestanden

⁴³⁸ Vgl § 6 Abs 2 Z 2 AEG.

⁴³⁹ Vgl § 6 Abs 2 Z 3 AEG.

⁴⁴⁰ Vgl § 1 Abs 1 EBZugV.

⁴⁴¹ Vgl § 1 Abs 2 Z 1 EBZugV.

⁴⁴² Vgl § 1 Abs 2 Z 2 EBZugV.

⁴⁴³ Vgl § 2 Abs 1 EBZugV.

⁴⁴⁴ Vgl § 2 Abs 3 EBZugV.

⁴⁴⁵ Vgl § 3 EBZugV.

⁴⁴⁶ Vgl § 2 Abs 2 EBV.

hat und mindestens drei Jahre in für die Sicherheit einer Eisenbahn wesentlichen Fachbereichen als Ingenieur tätig war.⁴⁴⁷

Zusätzlich müssen EVU gem § 7a AEG für eine Genehmigung eine **Sicherheitsbescheinigung** vorlegen und müssen gem den Vorschriften der Eisenbahnhaftpflichtversicherungsverordnung (EBHaftPflV) **versichert** sein.

Liegen die Voraussetzungen für die Erteilung einer Genehmigung vor, wird diese für eine bestimmte Geltungsdauer erteilt. Diese Geltungsdauer beträgt bei EVU höchstens 15 Jahre, bei EIU höchstens 50 Jahre.⁴⁴⁸ Die Genehmigung kann Auflagen oder Bedingungen enthalten. Diese Genehmigung berechtigt EVU dann zur **Nutzung aller öffentlichen Eisenbahninfrastrukturen** in Deutschland.

4.3.2. Sicherheitsbescheinigung für EVU gem § 7a AEG

Um sichere Schienentransportleistungen garantieren zu können, dürfen EVU ohne **Sicherheitsbescheinigung** nicht am öffentlichen Eisenbahnbetrieb teilnehmen.⁴⁴⁹ Die Sicherheitsbescheinigung erfolgt durch das EBA für die im Antrag festgelegten Eisenbahnverkehrsleistungen, sofern zwei Voraussetzungen vorliegen:

- Einrichtung eines **Sicherheitsmanagementsystems** (SMS), das mindestens den Anforderungen des Art 9 Abs 2 und Abs 3 der RL 2004/49/EG entspricht.
- Erfüllung **besonderer Voraussetzungen** für das betreffende Schienennetz.⁴⁵⁰

Verfügt ein in einem anderen EU-Mitgliedsstaat zugelassenes EVU bereits über eine Sicherheitsbescheinigung in diesem Staat, bedarf es für den Netzzugang in Deutschland noch einer **nationalen Bescheinigung**.⁴⁵¹ Hierfür muss das EVU den Nachweis über folgende drei Voraussetzungen erbringen:

- Darstellung des Sicherheitsmanagementsystems,
- Vorlage der ausländischen Sicherheitsbescheinigung,
- Erfüllung besonderer Voraussetzungen für das betreffende Schienennetz.

⁴⁴⁷ Vgl § 2 Abs 3 EBV.

⁴⁴⁸ Vgl § 6 Abs 6 AEG.

⁴⁴⁹ Vgl § 7a Abs 1 AEG.

⁴⁵⁰ Vgl § 7a Abs 2 AEG.

⁴⁵¹ Vgl § 7a Abs 4 AEG.

Das EBA ist verpflichtet über Anträge auf Erteilung einer Sicherheitsbescheinigung oder einer nationalen Bescheinigung unverzüglich, spätestens aber innerhalb von vier Monaten nach Vorlage der für die Entscheidung notwendigen Unterlagen zu entscheiden.⁴⁵²

Die Sicherheitsbescheinigung bzw die nationale Bescheinigung gelten für jeweils **fünf Jahre**.⁴⁵³ Ein Verlängerungsantrag muss spätestens sechs Monate vor Ablauf der Geltungsdauer eingebracht werden, damit die jeweilige Bescheinigung bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Verlängerungsantrag in Geltung bleibt.⁴⁵⁴ Die nationale Bescheinigung endet aber jedenfalls mit Ablauf der Geltungsdauer der in einem anderen EU-Mitgliedsstaat erteilten Sicherheitsbescheinigung.⁴⁵⁵

4.3.3. Trassenvergabe gem §§ 4 – 19 EIBV

Die EIU sind verpflichtet Schienennetz-Benutzungsbedingungen mit den wesentlichen Modalitäten des Netzzuganges festzulegen und im Einklang mit diesen Benutzungsbedingungen die Anträge auf Nutzung von Schienentrassen zu bearbeiten.⁴⁵⁶

Zugangsberechtigte EVU können jederzeit bei dem EIU einen Antrag auf Zuweisung von Zugtrassen stellen.⁴⁵⁷ Beantragt ein EVU Zugtrassen, die in den Schienennetzen verschiedener EIU liegen, soll der Antrag bei dem EIU gestellt werden, wo der überwiegende Teil der Zugtrasse liegt. Das angerufene EIU ist denn verpflichtet stellvertretend für das EVU die Zugtrassen in den anderen Schienennetzen zu beantragen.⁴⁵⁸ Zur Vereinfachung der Zuweisung derartiger Zugtrassen können EIU gemeinsame Einrichtungen schaffen.⁴⁵⁹

Ebenso sind EIU bei der Zuweisung grenzüberschreitender Zugtrassen zur Kooperation verpflichtet. Insb sollen im Rahmen des Transeuropäischen Güternetzes grenzüberschreitende Zugtrassen vereinbart werden.⁴⁶⁰

⁴⁵² Vgl § 7a Abs 6 AEG.

⁴⁵³ Vgl § 7a Abs 7 S 1 AEG.

⁴⁵⁴ Vgl § 7a Abs 7 S 2 AEG.

⁴⁵⁵ Vgl § 7a Abs 7 S 3 AEG.

⁴⁵⁶ Vgl § 4 Abs 6 EIBV.

⁴⁵⁷ Vgl § 6 Abs 1 EIBV.

⁴⁵⁸ Vgl § 6 Abs 2 EIBV.

⁴⁵⁹ Vgl § 6 Abs 3 EIBV.

⁴⁶⁰ Vgl § 7 Abs 1 EIBV.

Die EIU sind verpflichtet nach Möglichkeit allen Anträgen auf Zuweisung von Zugtrassen stattzugeben. Hierbei ist zu beachten, dass ein EIU über verschiedene Anträge ohne sachlich gerechtfertigten Grund nicht unterschiedlich entscheiden darf.⁴⁶¹ Die Trassen werden nun auf zwei Arten zugewiesen:

- Im Rahmen des **Regelverkehrs**, dh die Zugtrassen werden über den Netzfahrplan zugewiesen. Dies stellt den Regelfall dar.
- Im Rahmen des **Gelegenheitsverkehrs**, dh die Zugtrassen werden außerhalb des Netzfahrplans zugewiesen.

Der **Netzfahrplan** wird vom EIU einmal im Kalenderjahr erstellt.⁴⁶² Bei der Erstellung des Netzfahrplanes ist nach § 8 Abs 1 EIBV folgendes Verfahren einzuhalten:

1. Vorläufige grenzüberschreitende Zugtrassen sind bis spätestens elf Monate vor Inkrafttreten des Netzfahrplanes in Abstimmung mit ausländischen EIU festzulegen und zu veröffentlichen.
2. Inländische EIU müssen eine Antragsfrist für die Trassen festlegen, die mindestens einen Monat dauern muss.
3. Sind verschiedene Anträge unvereinbar, muss das EIU ein **Koordinierungsverfahren** nach § 9 EIBV durchführen. Liegen miteinander nicht vereinbare Anträge vor, hat das EIU in Verhandlungen auf eine einvernehmliche Lösung hinzuwirken. Führen diese Verhandlungen aber nicht zu einem erfolgreichen Ergebnis, muss sich das EIU an genau normierte **Vorrangregeln** orientieren.⁴⁶³ Die BNetzA ist in dieses Koordinierungsverfahren nicht direkt eingebunden, sie muss aber über alle beabsichtigten Trassenablehnungen informiert werden.⁴⁶⁴ Sie kann diese Entscheidung dann überprüfen und ihr innerhalb einer gewissen Frist auch widersprechen.⁴⁶⁵ Innerhalb dieser Frist ist die Entscheidung schwebend unwirksam. Das EIU ist dann an die Vorgaben der BNetzA gebunden.

⁴⁶¹ Vgl § 9 Abs 1 EIBV.

⁴⁶² Vgl § 8 Abs 1 EIBV. Nach § 8 Abs 2 EIBV erfolgt der Wechsel des Netzfahrplans am zweiten Samstag im Dezember um 24:00.

⁴⁶³ Nach § 9 Abs 4 EIBV ist vertakteter oder ins Netz eingebundener Verkehr prioritär, daran anschließend ist grenzüberschreitenden Trassen der Vorzug zu geben und an dritter Stelle folgen Trassen für den Güterverkehr. Greift diese Vorrangsregel aufgrund Gleichrangigkeit nicht, sind die erzielbaren Entgelte gegenüberzustellen: Nach § 9 Abs 5 EIBV ist bei einem Konflikt diejenige Zugtrasse vorrangig, durch die das höhere Entgelt erzielt werden kann.

⁴⁶⁴ Vgl § 14d AEG.

⁴⁶⁵ Die Dauer der Frist liegt nach § 14e AEG zwischen einem Arbeitstag und vier Wochen und ist davon abhängig, ob es sich zB um eine Trassenvergabe im Rahmen des Gelegenheitsverkehrs oder des Regelverkehrs oder um den Zugang zu Serviceeinrichtungen handelt.

4. Spätestens vier Monate nach Ablauf der Antragsfrist müssen die EIU einen vorläufigen Netzfahrplan erstellen.
5. Alle EVU, die einen Antrag auf Trassenzuweisung gestellt haben, haben nun mindestens einen Monat Zeit eine schriftliche Stellungnahme zu dem Netzfahrplanentwurf abzugeben.
6. Die EIU sind verpflichtet, binnen einer von den EIU festzusetzenden Frist, begründeten Beanstandungen Rechnung zu tragen.
7. Nach Ablauf dieser Frist liegt der endgültige Netzfahrplanentwurf vor und die EVU müssen über die Zuweisungsentscheidung informiert werden.

Das bedeutet, dass ein EIU dem EVU entweder ein Angebot auf Abschluss einer Trassenvereinbarung unterbreiten oder die begründete Ablehnung des Antrages mitteilen muss. Ein Angebot muss innerhalb von fünf Werktagen angenommen werden und zugewiesene Zugtrassen dürfen nicht an Dritte übertragen werden.⁴⁶⁶

Nimmt ein EVU aus Gründen, die in die Sphäre des EVU fallen, das Recht auf Trassennutzung innerhalb eines Monats nach dem vereinbarten Benutzungsbeginn ganz oder teilweise nicht wahr, so hat das EIU das Recht den Trassennutzungsvertrag mit sofortiger Wirkung zu kündigen.⁴⁶⁷

Zugtrassen werden aber auch im Rahmen des **Gelegenheitsverkehrs** vergeben, also außerhalb der Erstellung es Netzfahrplans.⁴⁶⁸ Dies bedeutet, dass ein EVU den Antrag auf kurzfristige Zuweisung einzelner Zugtrassen stellt und dieser Antrag vom EIU unverzüglich, aber maximal innerhalb von fünf Tagen, bearbeitet werden muss. Eine angebotene Zugtrasse muss das EVU innerhalb eines Tages annehmen.⁴⁶⁹ Diesbezügliche Informationen zu verfügbaren Trassen müssen allen zugangsberechtigten EVU auf Verlangen zur Verfügung gestellt werden.⁴⁷⁰

Bei **Störungen des Bahnbetriebs** auf einer Strecke ist das EIU verpflichtet, alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Bis zur Beseitigung der Störung kann das EIU den EVU die Nutzung der jeweiligen Strecke ohne Ankündigung untersagen. EVU sind darüber

⁴⁶⁶ Vgl § 11 Abs 1 EIBV.

⁴⁶⁷ Vgl § 12 EIBV.

⁴⁶⁸ Vgl § 14 Abs 1 EIBV.

⁴⁶⁹ Vgl § 14 Abs 2 EIBV.

⁴⁷⁰ Vgl § 14 Abs 3 EIBV.

hinaus auch verpflichtet, dem EIU auf dessen Antrag Hilfe zu leisten. Hierfür kann ein EVU Ersatz der dabei entstehenden Kosten verlangen, sofern nicht das EVU selbst die Störung zu vertreten hat.

Zusätzlich kann die BNetzA auch von Amts wegen oder auf Antrag **nachträglich Prüfungen und Anordnungen setzen**, zB kann sie das Zuweisungsverfahren und dessen Ergebnis überprüfen und ggf nachträglich abändern. Antragsberechtigt ist jeder Zugangsberechtigte, dessen Recht auf Zugang zur Eisenbahninfrastruktur beeinträchtigt sein kann.⁴⁷¹

4.3.4. Rahmenverträge gem § 13 EIBV

Sollen Vereinbarungen über eine **längerfristige Nutzung von Zugtrassen** getroffen werden, die also über den Zeitraum einer Netzfahrplanperiode hinausreicht, so geschieht dies in Form eines Rahmenvertrags.⁴⁷² Dies ist insb für Marktneueintritte von EVU von großer Bedeutung, da für Investoren die Abhängigkeit von der jährlichen Trassenvergabe als ein wesentliches Geschäftsrisiko eingeschätzt wird. Die Sicherstellung ausreichender Trassenkapazitäten ist daher eine entscheidende Investitionsvoraussetzung.⁴⁷³ Auf der anderen Seite soll durch Rahmenverträge der Trassenvergabeprozess nicht unnötig verkompliziert werden und dem Marktführer nicht die Möglichkeit gegeben werden, sich langfristig Zugtrassen zu sichern um damit Markteintritte neuer EVU zu verunmöglichen.⁴⁷⁴

Das öffentliche EIU hat die BNetzA über jede beabsichtigte Entscheidung über den Abschluss eines Rahmenvertrags zu informieren,⁴⁷⁵ und die BNetzA kann diese Entscheidung dann innerhalb von vier Wochen überprüfen⁴⁷⁶ und ggf dieser widersprechen.⁴⁷⁷ Beträgt die Laufzeit eines Rahmenvertrags mehr als fünf Jahre, so ist dieser Rahmenvertrag auch hinsichtlich seiner Laufzeit von der BNetzA zu genehmigen.⁴⁷⁸ Bis zur Genehmigung ist der Vertrag schwebend unwirksam.⁴⁷⁹

⁴⁷¹ Vgl § 14f Abs 2 AEG.

⁴⁷² Vgl § 14a Abs 1 AEG.

⁴⁷³ *Monopolkommission*, Sondergutachten 192.

⁴⁷⁴ *Monopolkommission*, Sondergutachten 197.

⁴⁷⁵ Vgl § 14d Z 4 AEG.

⁴⁷⁶ Vgl § 14e Abs 1 Z 3 AEG.

⁴⁷⁷ § 14e Abs 2 Z 1 AEG.

⁴⁷⁸ Vgl § 14a Abs 2 AEG.

⁴⁷⁹ *Fehling*, Verkehr 555. Vgl § 14e Abs 2 Z 1 AEG.

Allerdings darf der Rahmenvertrag nicht die Zuweisung einzelner Zugtrassen regeln. Es wird lediglich eine gewisse **Bandbreite festgelegt**, innerhalb welcher in den Jahren der Laufzeit des Rahmenvertrags die konkrete Zuweisung der Schienentrassen erfolgt. Die Bandbreite ist so zu wählen, dass unter betrieblichen Bedingungen mindestens drei Trassen zur Verfügung stehen können.⁴⁸⁰ Da Rahmenverträge den Trassenzugang anderer zugangsberechtigter EVU nicht verunmöglichen sollen, dürfen auf Basis eines Rahmenvertrages höchstens 75 Prozent der Kapazität einer Trasse gebunden werden.⁴⁸¹

Rahmenverträge werden in fünfjährigen Rahmenfahrplansperioden abgeschlossen⁴⁸² und sollen grs eine **Laufzeit von fünf Jahren** haben.⁴⁸³ Längere Laufzeiten sind allerdings möglich, sofern die BNetzA dies genehmigt.⁴⁸⁴ Zudem sollen Rahmenverträge bereits Regelungen über deren Änderung oder Kündigung vorsehen.⁴⁸⁵

4.3.5. Festsetzung der Benützungsentgelte gem §§ 20 – 24 EIBV

Der deutsche Gesetzgeber hat sich bei der Entgeltregulierung für einen **Vollkostenansatz** entschieden,⁴⁸⁶ dh der Infrastrukturbetreiber kann für die Benutzung der Eisenbahninfrastruktur die dabei entstehenden Kosten und eine marktübliche Rendite verlangen.⁴⁸⁷ Hinsichtlich der Entgeltberechnung für die Nutzung von Serviceeinrichtungen normiert § 14 Abs 5 AEG, dass die Entgeltbemessung nicht zu einer missbräuchlichen Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten der Zugangsberechtigten führen darf.⁴⁸⁸

Da es mit einem enormen Arbeitsaufwand verbunden wäre, jedes einzelne Trassenentgelt zu genehmigen, hat der Gesetzgeber ein **System von Entgeltgrundsätzen** entwickelt, an das der Infrastrukturbetreiber bei der Festsetzung der Entgelte gebunden ist.⁴⁸⁹ Als Ausgangspunkt fungiert die normative Vorgabe, **leistungsabhängige Bestandteile** in die Trassenentgelte zu

⁴⁸⁰ § 13 Abs 1 EIBV.

⁴⁸¹ § 13 Abs 2 EIBV.

⁴⁸² § 13 Abs 4 EIBV.

⁴⁸³ § 13 Abs 5 EIBV.

⁴⁸⁴ Vgl § 14a Abs 2 AEG. ZB kann ein Rahmenvertrag mit einer Laufzeit bis zu zehn Jahren abgeschlossen werden, wenn vertragliche Bindungen, besondere Investitionen oder sonstige vergleichbare Risiken nachgewiesen werden können.

⁴⁸⁵ Vgl § 13 Abs 3 EIBV.

⁴⁸⁶ Kühling/Hermeier/Heimeshoff, Gutachten 9.

⁴⁸⁷ § 14 Abs 4 AEG.

⁴⁸⁸ Dies wäre insb dann der Fall, wenn die Entgelte die Kosten für die erbrachten Leistungen unangemessen überschreiten oder einzelne Zugangsberechtigte ohne sachliche Rechtfertigung einen Vorteil erlangen.

⁴⁸⁹ Monopolkommission, Sondergutachten 52.

implementieren, damit sowohl EVU als auch die Infrastrukturbetreiber Anreize vorfinden, Störungen zu vermindern und die Leistungsfähigkeit des Schienennetzes zu erhöhen.⁴⁹⁰ Umweltbezogene Auswirkungen des Zugbetriebs⁴⁹¹ und die Knappheit der Schienenwegkapazität auf einem bestimmten Schienenwegeabschnitt⁴⁹² können in den Wegeentgelten berücksichtigt werden. Der Infrastrukturbetreiber ist verpflichtet, die Wegeentgelte gegenüber jedem Zugangsberechtigten in gleicher Weise zu berechnen. Verstößt der Infrastrukturbetreiber gegen seine vertragsgemäßen Pflichten, so ist das Entgelt zu mindern.⁴⁹³

Die BNetzA ist dafür zuständig, die Vorschriften bzgl der Entgeltgrundsätze und der Entgelthöhen zu überwachen. Änderungen der Entgeltgrundsätze bzw die Festsetzung von einem Entgelt, das über dem Entgelt auf Grundlage der Entgeltgrundsätze liegt, muss das EIU der BNetzA mitteilen⁴⁹⁴ und die BNetzA kann diese Entscheidungen für unwirksam erklären, sofern sie gegen die einschlägigen Bestimmungen des Eisenbahnrechts verstoßen⁴⁹⁵ (**ex-ante-Entgeltregulierung**). Ebenso kann die BNetzA Regelungen über die Höhe oder Struktur der Benützungsentgelte bzw Entgelte für Serviceeinrichtungen von Amts⁴⁹⁶ wegen oder auf Antrag⁴⁹⁷ nachträglich überprüfen und ggf für unwirksam erklären (**ex-post-Entgeltregulierung**).

4.4. Entflechtung

Die Deutsche Bahn AG (DB) spiegelt in ihrer Entstehung die jüngere Geschichte Deutschlands wider, da die DB 1994 basierend auf dem Eisenbahnneuordnungsgesetz⁴⁹⁸ aus der Zusammenführung der Deutschen Bundesbahn (BRD) und der Deutschen Reichsbahn (DDR) hervorging. Neben dieser Fusion zweier Unternehmen mit sehr unterschiedlicher Unternehmenskultur wurde durch die Bahnreform die gesellschaftsrechtliche Struktur massiv geändert, da die frühere Behördenorganisation durch eine unternehmerisch tätige AG mit Hauptsitz in Berlin abgelöst wurde.

⁴⁹⁰ Vgl § 21 Abs 1 EIBV.

⁴⁹¹ Vgl § 21 Abs 2 EIBV.

⁴⁹² Vgl § 21 Abs 3 EIBV.

⁴⁹³ Vgl § 21 Abs 6 EIBV.

⁴⁹⁴ Vgl § 14d Z 5 und Z 6 EIBV.

⁴⁹⁵ Vgl § 14e Abs 1 Z1 und Z 4 EIBV.

⁴⁹⁶ Vgl § 14f Abs 1 EIBV.

⁴⁹⁷ Vgl § 14f Abs 2 Z 3 EIBV.

⁴⁹⁸ Eisenbahnneuordnungsgesetz (ENeuOG) v 27.12.1993, BGBl I, S 2378.

Mit der Bahnreform wurde vor allem die Stärkung des Schienenverkehrs im intermodalen Wettbewerb und die Entlastung des öffentlichen Haushalts beabsichtigt.

Die heutige Struktur der DB AG lässt sich wie folgt skizzieren: Die Muttergesellschaft stellt die Holding DB AG dar, die direkt die Infrastruktursparte – aufgeteilt in drei selbständige Tochtergesellschaften – unterliegt.

- DB Netze Fahrweg
- DB Netze Energie
- DB Netze Personenbahnhöfe

Die Transportgesellschaften unterliegen der DB AG nur mittelbar über die Tochtergesellschaft DB Mobility Logistics AG (DB ML AG), die ebenfalls eine Holdingfunktion einnimmt. Der DB ML AG sind unter anderem folgende Transportgesellschaften zuzurechnen:

- DB Fernverkehr
- DB Regio
- DB Arriva
- DB Schenker Rail
- DB Schenker Logistics
- DB Dienstleistungen

Sämtliche Vorstände der Mutter-Holding DB AG sind in Personalunion auch im Vorstand der DB ML AG. Zur klareren Positionierung hat die DB AG **drei Kernmarken** etabliert:

- DB Bahn (Personenverkehr)
- DB Schenker (Güterverkehr)
- DB Netz (Infrastrukturbereich)

Das AEG enthält in den §§ 9 und 9a zahlreiche Entflechtungsvorgaben. Die Überwachung der Einhaltung dieser Regelungen obliegt systemwidrig dem EBA und nicht der BNetzA. Nach § 9 AEG haben integrierte Eisenbahnunternehmen getrennte Konten, getrennte Gewinn- und Verlustrechnungen und getrennte Bilanzen für den Transport- und für den

Infrastrukturbereich zu erstellen (**buchhalterisches Unbundling**).⁴⁹⁹ Ebenso muss ein getrennte Gewinn- und Verlustrechnung und eine getrennte Bilanz für den Schienengüterverkehr und für den Schienenpersonenverkehr erstellt werden.⁵⁰⁰ Ebenso dürfen öffentliche Gelder nicht von einem Bereich in einen anderen verschoben werden und dies muss auch in der Rechnungslegung der beiden Tätigkeitsbereiche zum Ausdruck kommen (**Verbot von Quersubventionen**).⁵⁰¹ Öffentliche Gelder, die zum Ausgleich für die Bedienung gemeinwirtschaftlicher Strecken bezogen wurden, müssen ebenfalls getrennt ausgewiesen werden und nicht auf einen anderen Tätigkeitsbereich übertragen werden.⁵⁰² Die beiden Tätigkeitsbereiche müssen in organisatorisch voneinander getrennten Unternehmensbereichen ausgeübt werden, Entscheidungen über den Netzzugang und die Festsetzung der Benützungsentgelte obliegen dem Infrastrukturbereich (**organisatorisches Unbundling und Unabhängigkeit der Entscheidung über den Netzzugang**).⁵⁰³

Zur Wahrung der **Unabhängigkeit des Infrastrukturbetreibers** statuiert § 9a AEG zahlreiche Regelungen. Das EIU eines integrierten Eisenbahnunternehmens ist auf eine oder mehrere gesonderte Gesellschaften auszugliedern (**gesellschaftsrechtliches Unbundling**).⁵⁰⁴ Verträge mit dritten EVU sind so zu gestalten, dass das EIU Vertragspartner wird und somit die organisatorische Selbständigkeit gewährleistet wird.⁵⁰⁵ Entscheidungen über den Netzfahrplan, die Vergabe von Zugtrassen und über die Benützungsentgelte sind nur von Mitarbeitern des EIU zulässig, sofern diese keine Funktion in einem EVU wahrnehmen und sämtliche Weisungen Dritter sind bzgl. Fragen des Netzzuganges unzulässig.⁵⁰⁶

4.5. Vertragsverletzungsverfahren wegen mangelhafter Umsetzung des Ersten Eisenbahnpakets

Das Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland umfasst vier Klagegründe:

⁴⁹⁹ Vgl. § 9 Abs. 1a AEG.

⁵⁰⁰ Vgl. § 9 Abs. 1d AEG.

⁵⁰¹ Vgl. § 9 Abs. 1b AEG.

⁵⁰² Vgl. § 9 Abs. 1d AEG.

⁵⁰³ Vgl. § 9 Abs. 1c AEG.

⁵⁰⁴ Vgl. § 9a Abs. 1 Z. 1 AEG.

⁵⁰⁵ Vgl. § 9a Abs. 1 Z. 2 AEG.

⁵⁰⁶ Vgl. § 9a Abs. 1 Z. 3 und 4 AEG.

1. **Mangelhafte Unabhängigkeit des Infrastrukturbetreibers** gem Art 6 Abs 3 und Anhang II RL 91/440/EWG idF RL 2001/12/EG sowie Art 4 Abs 2 und Art 14 Abs 2 RL 2001/14/EG idF RL 2004/49/EG,
2. **Fehlerhafte Umsetzung der Vorschriften bzgl der Benützungsentgelte** gem Art 7 Abs 3 und Art 8 Abs 1 RL 2001/14/EG idF RL 2004/49/EG,
3. **Mangelhafte Anreizsetzung bei der Festsetzung der Benützungsentgelte** gem Art 6 Abs 2 RL 2001/14/EG idF RL 2004/49/EG
4. **Mängel bei der Ausgestaltung der Kompetenzen der Regulierungsbehörde** gem Art 30 Abs 4 RL 2001/14/EG idF RL 2004/49/EG iVm Art 10 Abs 7 RL 91/440/EWG idF RL 2001/12/EG.⁵⁰⁷

Der erste Klagegrund wirft die gleichen Rechtsfragen auf, wie das Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich und wird auch von Generalanwalt Niilo Jääskinen so beurteilt.⁵⁰⁸ Auf den ersten Klagegrund wird hier nicht mehr eingegangen werden, da im Grunde bloß die Ausführungen zu Österreich wiederholt werden und GA Jääskinen zu dem Schluss kommt, die Klage zurückzuweisen.

Im Folgenden werden die relevanten sekundärrechtlichen Bestimmungen wiedergegeben und dann die Ausführungen von GA Jääskinen zusammengefasst.

4.5.1. Sekundärrechtlicher Rahmen

Die fraglichen sekundärrechtlichen Bestimmungen bzgl Benützungsentgelte:

Art 7 Abs 3 RL 2001/14/EG: *Unbeschadet der Absätze 4⁵⁰⁹ und 5⁵¹⁰ und des Artikels 8 ist das Entgelt für das Mindestzugangspaket und den Schienenzugang zu Serviceeinrichtungen in Höhe der Kosten festzulegen, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen.*

Art 8 Abs 1 RL 2001/14/EG: *Um eine volle Deckung der dem Betreiber der Infrastruktur entstehenden Kosten zu erhalten, kann ein Mitgliedstaat, sofern der Markt dies tragen kann, Aufschläge auf der Grundlage effizienter, transparenter und nichtdiskriminierender*

⁵⁰⁷ EuGH, C-556/10.

⁵⁰⁸ Schlussanträge GA Jääskinen, Rs C-556/10, *Europäische Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland*, Z 3.

⁵⁰⁹ Möglichkeit von Knappheitsaufschlägen für stark nachgefragte Strecken.

⁵¹⁰ Möglichkeit von Aufschlägen für die Auswirkungen auf die Umwelt.

Grundsätze erheben, wobei die bestmögliche Wettbewerbsfähigkeit insbesondere des grenzüberschreitenden Schienengüterverkehrs zu gewährleisten ist. Die Entgeltregelung muss dem von den Eisenbahnunternehmen erzielten Produktivitätszuwachs Rechnung tragen.

Die fraglichen sekundärrechtliche Bestimmungen bzgl Anreizsetzung:

Art 6 Abs 2 RL 2001/14/EG: Den Betreibern der Infrastruktur sind unter gebührender Berücksichtigung der Sicherheit und der Aufrechterhaltung und Verbesserung der Qualität der Fahrwegbereitstellung Anreize zur Senkung der mit der Fahrwegbereitstellung verbundenen Kosten und der Zugangsentgelte zu geben.

Die fraglichen sekundärrechtlichen Bestimmungen bzgl Regulierungsbehörde:

Art 30 Abs 4 RL 2001/14/EG: Die Regulierungsstelle ist berechtigt, sachdienliche Auskünfte von dem Betreiber der Infrastruktur, Antragstellern und betroffenen Dritten in dem betreffenden Mitgliedstaat einzuholen, die unverzüglich zu erteilen sind.

Art 10 Abs 7 RL 91/440/EWG: Unbeschadet der wettbewerbspolitischen Regelungen der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten und unbeschadet der hierfür zuständigen Einrichtungen überwacht die gemäß Artikel 30 der Richtlinie 2001/14/EG eingerichtete Regulierungsstelle oder eine andere Stelle, die über dasselbe Ausmaß an Unabhängigkeit verfügt, den Wettbewerb in den Schienenverkehrsdienstleistungsmärkten einschließlich des Eisenbahnspeditionsmarktes. Diese Stelle wird gemäß Artikel 30 Absatz 1 der vorgenannten Richtlinie eingerichtet. Jeder Antragsteller oder interessierte Beteiligte kann Beschwerde bei dieser Stelle einlegen, wenn er glaubt, ungerecht behandelt, diskriminiert oder in anderer Weise geschädigt worden zu sein. Die Regulierungsstelle entscheidet auf der Grundlage der Beschwerde oder gegebenenfalls von sich aus ehestmöglich über geeignete Maßnahmen zur Beseitigung negativer Entwicklungen auf diesen Märkten. Damit die unerlässliche Möglichkeit einer gerichtlichen Nachprüfung und die notwendige Zusammenarbeit zwischen den einzelstaatlichen Kontrollstellen gewährleistet wird, finden in diesem Zusammenhang Artikel 30 Absatz 6 und Artikel 31 der vorgenannten Richtlinie Anwendung.

4.5.2. Mangelhafte Umsetzung bei der Festsetzung der Benützungsentgelte

Zunächst sind die europäischen Vorgaben hinsichtlich der Entgeltfestsetzung zu analysieren: Grs gilt das **Direktkostenprinzip**, dh die Benützungsentgelte dürfen nur in der Höhe der Kosten festgesetzt werden, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen. Nach Art 7 Abs 4 und Abs 5 können Aufschläge für stark nachgefragte Strecken und für die Auswirkungen auf die Umwelt erhoben werden. Sofern der Markt dies tragen kann, kann das **Vollkostenprinzip** angewendet werden, dh der Betreiber kann die volle Deckung seiner Kosten verlangen. Im Rahmen von langfristigen Investitionsvorhaben können ebenso höhere Entgelte festgelegt werden und ein EIU kann für beantragte, aber nicht in Anspruch genommene Trassen angemessene Entgelte verlangen.

In Summe legt der europäische Gesetzgeber mit diesem System eine Untergrenze (die Direktkosten) als auch eine Obergrenze (die Vollkosten) fest. Diesen Punkt betont Jääskinen besonders, da seiner Ansicht nach der Vorwurf der Kommission, dass die deutsche Regelung in § 14 Abs 4 AEG unklar sei, wann das Direktkostenprinzip und wann das Vollkostenprinzip anwendbar ist auf einem fehlerhaften Verständnis des europäischen Systems der Entgeltfestsetzung beruht. Nach Ansicht der Kommission handle es sich nämlich um zwei alternative Methoden und nicht um ein **flexibles System mit Unter- und Obergrenze**. Aber nach dem zwölften Erwägungsgrund der RL 2001/14/EG soll das Entgeltsystem den EIU einen Anreiz zur möglichst effizienten Nutzung des Schienennetzes geben, was aber ohne eine gewisse Flexibilität nicht möglich ist. Zudem sind die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, konkretere oder detailliertere Regelungen als der europäische Gesetzgeber zu erlassen. Somit weist GA Jääskinen diese Rüge der Kommission zurück.⁵¹¹

⁵¹¹ Schlussanträge GA Jääskinen, Rs C-556/10, *Europäische Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland*, Z 73 - 86.

4.5.3. Mangelhafte Anreizsetzung bei der Festsetzung der Benützungsentgelte

Der Vorwurf der Kommission lautet, dass das deutsche System zur Entgeltfestsetzung dem EIU keine Anreize biete, die Kosten für die Fahrwegbereitstellung als auch die Höhe der Benützungsentgelte zu reduzieren. Deutschland vertritt den Standpunkt, dass Art 6 Abs 1 RL 2001/14/EG grs davon ausgeht, dass sich die Einnahmen des EIU aus Benützungsentgelten und der staatlichen Finanzierung und die Infrastrukturkosten ausgleichen, sekundärrechtlich wurde also **kein einseitiges Gebot zur Senkung der Benützungsentgelte** statuiert. Zudem steht das in Art 6 Abs 2 RL 2001/14/EG normierte Ziel der Kostensenkung unter dem Vorbehalt, dass die Sicherheit der Schieneninfrastruktur gewährleistet sein müsse und die Qualität der Fahrwegbereitstellung verbessert werden müsse.

Va aber hat der Bund mit EIU sog **Leistungs- und Finanzierungsvereinbarungen** (LuFV) abgeschlossen, die die Voraussetzungen einer vertraglichen Vereinbarung gem Art 6 Abs 3 RL 2001/14/EG erfüllen. Die LuFV enthalten ua die Bedingungen, dass die Qualität der Schieneninfrastruktur verbessert wird und die EIU eigene Finanzmittel für die Instandhaltung des Schienennetzes aufbringen müssen. Ebenso werden die staatlichen Zuwendungen des Bundes für Investitionen auf eine gewisse Summe pro Jahr begrenzt. In Summe stellt dies nach Ansicht Deutschlands durchaus ein wirksames Anreizsystem zur Senkung der Kosten für die Fahrwegbereitstellung dar.

Dieser Argumentation Deutschlands bzgl Senkung der Kosten zur Fahrwegbereitstellung schließt sich GA Jääskinen an, da die LuFV seiner Ansicht nach durchaus geeignet sind, den EIU Anreize zur Effizienzsteigerung zu geben.

Zudem führt Jääskinen zu der Höhe der Benützungsentgelte aus, dass der Vorwurf der Kommission nur dann Erfolg haben könnte, wenn Art 6 Abs 2 RL 2001/14/EG stets gesonderte Anreize zur Senkung der Benützungsentgelte verlangen würde. Dies sei nach den Ausführungen der Kommission selbst bei mangelnder Rentabilität der Schieneninfrastruktur der Fall. Im Kern geht es also um die Frage, inwieweit durch Effizienzsteigerungen der EIU die Subventionsabhängigkeit verringert oder die Benützungsentgelte für EVU gesenkt werden

müssen. Nach Jääskinen müssen diese **Ziele ausgewogen austariert** werden, der Auslegung der Kommission zufolge müsste ein Mitgliedsstaat auch dann staatliche Zuschüsse leisten, wenn ein EIU Überschüsse erzielt hat.⁵¹²

Im Ergebnis ist nach GA *Jääskinen* auch diese Rüge der Kommission zurückzuweisen.⁵¹³

4.5.4. Mängel bei der Ausgestaltung der Kompetenzen der Regulierungsbehörde

Die Kommission sieht in der Ausgestaltung der Kompetenzen der BNetzA einen Umsetzungsmangel, da die BNetzA unabhängig von konkreten Beschwerden von EVU oder einem konkreten Verdacht auf Verstöße gegen das Eisenbahnrecht zwar Auskunftersuchen stellen könne, aber über keine Sanktionsmöglichkeiten gegen EIU oder EVU verfüge um Antworten erzwingen zu können. Deutschland wehrt sich mit dem Argument, dass Art 30 Abs 4 RL 2001/14/EG keine Kompetenz der Regulierungsstelle auf Auskunftersuchen ohne Beschwerde oder Verdacht vorsehe. Ebenso enthalte Art 10 Abs 7 RL 91/440/EWG keine Vorschriften zur Ausstattung der Regulierungsstelle von derartigen Untersuchungs- und Sanktionsbefugnissen.

GA *Jääskinen* teilt die Ansicht Deutschlands und fügt noch hinzu, dass die Ausstattung mit solchen Befugnissen zur Einleitung sektorieller Untersuchungen ermächtigen würde. Nach der Tradition des europäischen Gesetzgebers ist das vergleichbare EU-Wettbewerbsrecht stets dem Grundsatz gefolgt, dass solche Befugnisse vom europäischen Gesetzgeber genau festgelegt werden müssen.

Im Ergebnis kommt GA *Jääskinen* zum Schluss, dass auch die vierte Rüge der Kommission zurückzuweisen ist.⁵¹⁴

⁵¹² Diese Überschüsse wären dann nicht zur Verringerung der Subventionsabhängigkeit, sondern zur Reduktion der Benützungsentgelte einzusetzen.

⁵¹³ Schlussanträge GA *Jääskinen*, Rs C-556/10, *Europäische Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland*, Z 87 - 104.

⁵¹⁴ Schlussanträge GA *Jääskinen*, Rs C-556/10, *Europäische Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland*, Z 105 – 120.

5. Zusammenfassung und Rechtsvergleich

5.1. Organisation und Zuständigkeiten der nationalen Regulierungsbehörden

5.1.1. Umsetzung in Österreich

Der **österreichische Gesetzgeber** hat die gesamten regulierungsbehördlichen Aufgaben nicht einer einheitlichen Behörde zugewiesen, sondern sektorspezifisch auf verschiedene Behörden aufgeteilt. IdR erfolgt der organisatorische Aufbau der einzelnen Regulierungsbehörde zweistufig, wobei die Regulierungsaufgaben zwischen einer weisungsgebundenen, ausgegliederten, beliehenen GmbH und einer weisungsfreien Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag nach Art 133 Z 4 B-VG aufgeteilt werden.⁵¹⁵ Da die GmbH auch die Funktion der Geschäftsstelle der Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag übernimmt, ergibt sich insgesamt eine besondere Struktur, in der eine Kapitalgesellschaft den Verwaltungsapparat für eine Behörde bildet.⁵¹⁶

Die in Art 30 Abs 1 RL 2001/14/EG geforderte Unabhängigkeit in rechtlicher, organisatorischer und finanzieller Hinsicht sowie in Hinblick auf die Entscheidungen wurde für die **SCK** verwirklicht. Als Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag ist die SCK weisungsfrei und durch die Unvereinbarkeitsbestimmungen werden Interessenskonflikte verhindert, da niemand, der in einem faktischen oder rechtlichen Naheverhältnis zu Personen steht, die von den Entscheidungen der SCK betroffen sein könnten, für die SCK bestellt werden kann.⁵¹⁷

⁵¹⁵ So eben auch im Schienenverkehrssektor, wo sich die Regulierungsaufgaben auf die SCG in der ersten Instanz und auf die SCK als zweite Instanz aufteilen.

⁵¹⁶ *Leitl*, Regulierungsbehörden 159.

⁵¹⁷ Vgl § 82 Abs 2 EisbG; *Leitl*, Regulierungsbehörden 158.

Die SCG hingegen ist weisungsgebunden⁵¹⁸ und der Bund, der Alleineigentümer der ÖBB Holding AG ist,⁵¹⁹ hält auch sämtliche Anteilsrechte an der SCG,⁵²⁰ dh dass die Anteilsrechte am Incumbent als auch an der „Regulierungsbehörde erster Instanz“ von einer Person verwaltet werden.⁵²¹ ME ist diese Konstellation nicht gänzlich unproblematisch, der mögliche Interessenskonflikt wird allerdings entscheidend dadurch entschärft, dass gegen Bescheide der SCG Berufung an die unabhängige SCK erhoben werden kann.

5.2. Umsetzung in Deutschland

Die BNetzA ist die Regulierungsbehörde der regulierten Netzindustrien in Deutschland und sie ist neben dem Schienenverkehr auch für die Bereiche Strom, Gas, Telekommunikation und Post zuständig. Im Bereich des Schienenverkehrs übernimmt die BNetzA die Aufsicht über den Wettbewerb auf der Schiene und ist somit verantwortlich für die **Gewährung eines diskriminierungsfreien Zugangs zur Eisenbahninfrastruktur**. Insb hat die BNetzA folgende Punkte zu überwachen:

- Erstellung des Netzfahrplans
- Zuweisungen von Zugtrassen
- Zugang zu Serviceeinrichtungen
- Benutzungsbedingungen, Entgeltgrundsätze und Entgelthöhen
- Zugangsberechtigung im grenzüberschreitenden Personenverkehr⁵²²

Im Gegensatz dazu ist das EBA für die **Sicherheit der Eisenbahnen** in Deutschland zuständig,⁵²³ demzufolge fallen die Betriebsgenehmigung und die Sicherheitsbescheinigung von EVU in den Tätigkeitsbereich des EBA. Im Grunde stellt das EBA auch keine Regulierungsbehörde dar. Da allerdings das EBA die Kompetenz für die **Überwachung der Entflechtungsvorgaben** hat und dies mE durchaus eine regulatorische Aufgabe im Bereich des Schienenverkehrs ist, ist es meiner Meinung nach gerechtfertigt, auch das EBA funktionell als Regulierungsbehörde einzuordnen.⁵²⁴

⁵¹⁸ Vgl § 79 Abs 2 EisbG.

⁵¹⁹ Vgl § 2 Abs 1 BBG.

⁵²⁰ Vgl § 76 Abs 1 EisbG.

⁵²¹ *Leitl*, Regulierungsbehörden 158.

⁵²² Vgl § 14b Abs 1 AEG.

⁵²³ *Fehling*, Verkehr 542.

⁵²⁴ Vgl §§ 9, 9a AEG.

5.2.1. Rechtsvergleichende Bewertung der Regulierungsbehörden

Der auffallendste Unterschied bei der Ausgestaltung der Regulierungsbehörden besteht zum einen darin, dass sich der österreichische Gesetzgeber für sektorspezifische Regulierungsbehörden entschieden und diese idR zweistufig organisiert hat. In Deutschland werden die Regulierungsaufgaben bei der BNetzA vereinigt und da die Fragestellungen häufig durchaus ähnlich sind, bringt diese Ausgestaltung wohl auch Synergieeffekte.

Allerdings ist diese Zentralisierung der regulatorischen Aufgaben auch in Deutschland nicht immer konsequent beibehalten worden, da das EBA die Aufsicht über die Einhaltung der Entflechtungsbestimmungen führt und dies mE durchaus eine regulatorische Aufgabe darstellt. Im Übrigen übernimmt das EBA auch die Aufgaben der Betriebsgenehmigung und der Sicherheitsbescheinigung von EVU, die in Österreich durch das BMVIT wahrgenommen werden.

Ansonsten sind die Kompetenzen der BNetzA und der Schienen Control durchwegs sehr vergleichbar: Beide Regulierungsbehörden können auf Antrag oder von Amts wegen das Trassenvergabeverfahren, die Entgeltfestsetzung oder die Änderung der Schienen-Nutzungsbedingungen überprüfen und uU abändern.

Meines Erachtens wäre es konsequenter, wenn die BNetzA die Kompetenz bzgl der Überwachung der Entflechtungsbestimmungen erhalten würde, da dies eben eine regulatorische Aufgabe darstellt, die systematisch besser bei der BNetzA angesiedelt wäre. Im Übrigen ist wohl die Konzentration der regulatorischen Aufgaben auf eine Behörde der effizientere Weg, da ungeachtet der technischen Unterschiede der einzelnen Sektoren viele rechtliche und ökonomische Fragen durchaus vergleichbar sind.

5.3. Netzzugang

5.3.1. Umsetzung in Österreich

Damit ein EVU Schienenverkehrsleistungen in Österreich erbringen kann, muss es für den Betrieb zugelassen sein.⁵²⁵ Dies erfolgt durch Antrag auf eine **Verkehrsgenehmigung** beim BMVIT.⁵²⁶ Hierfür muss der Antragsteller für die gesamte Dauer der Verkehrsgenehmigung⁵²⁷ nach § 15b EisbG kumulativ vier Voraussetzungen erfüllen:

- Zuverlässigkeit,
- Leistungsfähigkeit,
- Eignung,
- Deckung der Haftpflicht.

Ebenso muss ein EVU zur Ausübung des Zugangs zur Schieneninfrastruktur eine **Sicherheitsbescheinigung** beim BMVIT beantragen. Hierfür muss das EVU nachweisen, dass es Vorkehrungen für den sicheren Betrieb von Schienenfahrzeugen und den sicheren Verkehr auf dem Schienenverkehrsnetz getroffen hat.⁵²⁸ EVU mit Sitz in Österreich müssen über eine Sicherheitsbescheinigung Teil A und B⁵²⁹ und EVU mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedsstaat nur über eine Sicherheitsbescheinigung Teil B verfügen.⁵³⁰

Wurde einem EVU schließlich vom BMVIT die Verkehrsgenehmigung und die Sicherheitsbescheinigung ausgestellt, hat das EVU gegen das EIU⁵³¹ den Anspruch auf **diskriminierungsfreien Zugang** zum Schienennetz⁵³² und zu Serviceeinrichtungen.⁵³³ Das EIU ist verpflichtet Schienennetz-Nutzungsbedingungen mit den wesentlichen Modalitäten des Netzzuganges festzulegen und im Einklang mit diesen Nutzungsbedingungen die Anträge

⁵²⁵ Vgl § 15 EisbG.

⁵²⁶ Vgl § 15a EisbG.

⁵²⁷ Vgl § 15b Abs 2 EisbG.

⁵²⁸ Vgl § 37a Abs 1 EisbG.

⁵²⁹ Vgl § 37 Z 1 EisbG.

⁵³⁰ Vgl § 37 Z 2 EisbG.

⁵³¹ Bietet ein EVU die Zusatzleistung Vershubbetrieb an, ist es gem § 58 Abs 3 Z 3 EisbG zur diskriminierungsfreien Bereitstellung diesbezüglicher Leistungen verpflichtet. IdR ist der Adressat zur Einräumung des diskriminierungsfreien Zuganges zu Serviceeinrichtungen aber das EIU.

⁵³² Vgl § 56 EisbG.

⁵³³ Vgl § 58 Abs 5 EisbG.

auf Nutzung von Schienentrassen zu bearbeiten.⁵³⁴ Kann das EIU dem Antrag entsprechen, wird zwischen dem EIU und dem EVU ein **schriftlicher Vertrag** abgeschlossen.⁵³⁵ Liegen allerdings unvereinbare Anträge vor, so ist ein **Koordinierungsverfahren** vorgesehen, in welchem das EIU in Verhandlungen auf eine einvernehmliche Lösung hinwirken soll.⁵³⁶ Kommt es aber zu keiner solchen Lösung, sind die Zugtrassen nach einem gewissen Vorrangprinzip zu vergeben.⁵³⁷ Das EVU hat dann die Möglichkeit, **Beschwerde bei der SCK** zu erheben, die dann mit einem sog „vertragsersetzenden Bescheid“ entscheiden kann.⁵³⁸

Zugtrassen werden im Rahmen des Regelverkehrs immer nur für eine Netzfahrplanperiode, dh für ein Jahr, vergeben.⁵³⁹ Da EVU für ihre Investitionen aber größere Planungssicherheit hinsichtlich der Fahrwegkapazitäten benötigen, ist hierfür die Möglichkeit einer **Rahmenregelung** vorgesehen. Hierbei werden keine konkreten Zugtrassen zugewiesen, sondern bloß eine zeitliche Bandbreite festgelegt, innerhalb welcher für die Dauer des Rahmenvertrags die Trassenvergabe zu erfolgen hat.⁵⁴⁰ Grs sind Rahmenverträge für eine Dauer von fünf Jahren abzuschließen, längere Laufzeiten sind bei besonders hohen Investitionen und damit verbundenen Risiken aber möglich.⁵⁴¹

Die **Benützungsentgelte** für den Netzzugang und das Mindestzugangspaket sind vom EIU festzulegen⁵⁴² und auch von diesem einzuheben.⁵⁴³ Grs dürfen nur die Kosten veranschlagt werden, die unmittelbar durch den Zugbetrieb anfallen.⁵⁴⁴ Es gibt aber **mehrere Aufschlagsmöglichkeiten**, insb bei Strecken mit hoher Nachfrage,⁵⁴⁵ bei Strecken mit besonderen Infrastrukturinvestitionen, die die Leistungsfähigkeit signifikant erhöht haben.⁵⁴⁶ Darüber hinaus besteht eine Marktfähigkeitsklausel, dh sofern der österreichische Schienenverkehrsmarkt ohne Einschränkung des Wettbewerbs zwischen EVU volle

⁵³⁴ Vgl § 59 EisbG.

⁵³⁵ Vgl § 70a EisbG.

⁵³⁶ Vgl § 65b Abs 1 EisbG.

⁵³⁷ Gem § 65c Abs 3 EisbG werden vorrangig die gemeinwirtschaftlichen Schienenpersonenverkehrsleistungen in den Hauptverkehrszeiten berücksichtigt und dann die Güterverkehrsleistungen, wobei hier die grenzüberschreitenden Güterverkehrsleistungen prioritär zu behandeln sind.

⁵³⁸ Vgl § 72 Abs 5 EisbG.

⁵³⁹ Vgl § 65 Abs 1 EisbG.

⁵⁴⁰ Vgl § 64 Abs 1 EisbG.

⁵⁴¹ Vgl § 64 Abs 5 EisbG.

⁵⁴² Vgl § 68 Abs 3 EisbG.

⁵⁴³ Vgl § 69 Abs 1 EisbG.

⁵⁴⁴ Vgl § 67 Abs 1 EisbG.

⁵⁴⁵ Vgl § 67 Abs 2 EisbG.

⁵⁴⁶ Vgl § 67 Abs 3 EisbG.

Kostendeckung bzgl der Infrastrukturbenützung zulässt, kann das EIU auch diesbezügliche Aufschläge erheben.⁵⁴⁷ Darüber hinaus müssen die Zugangsentgelte **leistungsabhängige Bestandteile** haben, damit sowohl das EIU als auch die EVU Anreize vorfinden, die Effizienz des Schienennetzes zu erhöhen bzw Ausfälle zu vermeiden.⁵⁴⁸

5.3.2. Umsetzung in Deutschland

Damit ein EVU überhaupt Transportleistungen auf dem öffentlichen Schienennetz erbringen kann, wird eine **Betriebsgenehmigung** benötigt, die idR durch das EBA ausgestellt werden.⁵⁴⁹ Für eine solche Genehmigung muss der Antragsteller die Voraussetzungen des § 6 Abs 2 AEG erfüllen:

- Zuverlässigkeit,
- Leistungsfähigkeit,
- Fachkunde.
- Zusätzlich muss nach den Vorschriften der EBHaftPflV eine ausreichende Deckung der Haftpflicht gewährleistet sein.

Ebenso benötigen EVU mit Sitz in Deutschland eine **Sicherheitsbescheinigung** um Zugang zum Schienennetz zu erhalten, EVU mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat müssen eine nationale Bescheinigung beantragen. Die jeweilige Bescheinigung wird vom EBA für die Dauer von fünf Jahren ausgestellt, wenn im Antrag der Nachweis über folgende Voraussetzungen erbracht wurde:

- Einrichtung eines Sicherheitsmanagementsystems,⁵⁵⁰
- Erfüllung besonderer Voraussetzungen für das betreffende Schienennetz,⁵⁵¹
- EVU mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat müssen darüber hinaus noch die von diesem Staat erteilte Sicherheitsbescheinigung vorlegen.⁵⁵²

Sobald ein EVU eine Betriebsgenehmigung und eine Sicherheitsbescheinigung bzw eine nationale Bescheinigung erhalten hat, kann dieses einen **Antrag auf Zuweisung von**

⁵⁴⁷ Vgl § 67 Abs 4 EisbG.

⁵⁴⁸ Vgl § 67 Abs 7 EisbG.

⁵⁴⁹ Vgl § 6 Abs 1 AEG.

⁵⁵⁰ Vgl § 7a Abs 2 Z 1 AEG.

⁵⁵¹ Vgl § 7a Abs 2 Z 2 AEG.

⁵⁵² Vgl § 7a Abs 4 AEG.

Schienenstrassen an das EIU stellen. Das EIU ist verpflichtet Schienennetz-Benutzungsbedingungen mit den wesentlichen Modalitäten des Netzzuganges festzulegen und im Einklang mit diesen Benutzungsbedingungen die Anträge auf Nutzung von Schienenstrassen zu bearbeiten.⁵⁵³ Das EIU erstellt den Netzfahrplan für jeweils ein Kalenderjahr und ist verpflichtet alle angeforderten Strassen im Netzfahrplan zu koordinieren. Sofern dies möglich ist, hat das EIU allen Anträgen stattzugeben und es wird zwischen dem EIU und dem EVU eine **vertragliche Vereinbarung** getroffen. Liegen konfligierende Anträge vor, hat der Schienenwegbetreiber auf eine einvernehmliche Lösung hinzuwirken.⁵⁵⁴ Sollte eine solche nicht erreicht werden, müssen die Strassen in einem **Koordinierungsverfahren** nach einer genau normierten Rangordnung vergeben werden.⁵⁵⁵ Die **BNetzA** kann von Amts wegen oder auf Antrag eines EVU, dessen Recht auf Zugang zur Eisenbahninfrastruktur beeinträchtigt sein könnte, das Zuweisungsverfahren und dessen Ergebnis als auch die Festsetzung der Benützungsentgelte überprüfen und kann über die Geltung des Vertrages entscheiden.⁵⁵⁶

Da die konkrete Strassenzuweisung bloß für jeweils ein Kalenderjahr erfolgt und gerade neu in den Markt eintretende EVU von Planungssicherheit benötigen, besteht die Möglichkeit, **Rahmenverträge** zur längerfristigen Nutzung von Zugstrassen abzuschließen.⁵⁵⁷ Es werden hierbei aber keine konkreten Zugstrassen vergeben, sondern bloß eine gewisse Bandbreite festgelegt, innerhalb welcher die Zuweisung der Schienenstrassen erfolgt.⁵⁵⁸ Rahmenverträge dürfen andere zugangsberechtigte EVU vom Netzzugang nicht ausschließen, deshalb dürfen auf Basis eines Rahmenvertrages höchstens 75 Prozent der Kapazität eines Schienenweges gebunden werden.⁵⁵⁹

Die **Benützungsentgelte** werden auf der Basis des **Vollkostenansatzes** berechnet, dh das EIU kann für die Benutzung der Eisenbahninfrastruktur die dabei entstehenden Kosten und eine marktübliche Rendite verlangen.⁵⁶⁰ Die Benützungsentgelte müssen **leistungsabhängige**

⁵⁵³ Vgl § 4 Abs 6 EIBV.

⁵⁵⁴ Vgl § 9 Abs 3 EIBV.

⁵⁵⁵ Nach § 9 Abs 4 EIBV ist vertakteter oder ins Netz eingebundener Verkehr prioritär, daran anschließend ist grenzüberschreitenden Strassen der Vorzug zu geben und an dritter Stelle folgen Strassen für den Güterverkehr. Greift diese Vorrangsregel aufgrund Gleichrangigkeit nicht, sind die erzielbaren Entgelte gegenüberzustellen: Nach § 9 Abs 5 EIBV ist bei einem Konflikt diejenige Zugstrasse vorrangig, durch die das höhere Entgelt erzielt werden kann.

⁵⁵⁶ Vgl § 14f Abs 2 und Abs 3 AEG.

⁵⁵⁷ Vgl § 14a Abs 1 AEG.

⁵⁵⁸ Vgl § 13 Abs 1 EIBV.

⁵⁵⁹ Vgl § 13 Abs 2 EIBV.

⁵⁶⁰ § 14 Abs 4 AEG.

Bestandteile beinhalten, damit sowohl EVU als auch die Infrastrukturbetreiber Anreize vorfinden, Störungen zu vermindern und die Leistungsfähigkeit des Schienennetzes zu erhöhen.⁵⁶¹ Umweltbezogene Auswirkungen des Zugbetriebs⁵⁶² und die Knappheit der Schienenwegkapazität auf einem bestimmten Schienenwegeabschnitt⁵⁶³ können in den Benützungsentgelten berücksichtigt werden. Das EIU ist verpflichtet, die Benützungsentgelte ggü jedem Zugangsberechtigten in gleicher Weise zu berechnen. Verstößt der Infrastrukturbetreiber gegen seine vertragsgemäßen Pflichten, so ist das Entgelt zu mindern.⁵⁶⁴

5.3.3. Rechtsvergleichende Bewertung des Netzzuganges

Da die Erbringung von zuverlässigen und sicheren Schienenverkehrsleistungen zu den volkswirtschaftlichen Schlüsselsektoren zählt, verwundert es wenig, dass sich sowohl der österreichische als auch der deutsche Gesetzgeber für ein **präventives Verbot unter Genehmigungsvorbehalt** und nicht etwa für eine bloße Anzeigepflicht entschieden haben.⁵⁶⁵

Sowohl in Österreich als auch in Deutschland ist für die Erbringung von Schienenverkehrsleistungen eine Verkehrsgenehmigung bzw Betriebsgenehmigung als auch eine Sicherheitsbescheinigung notwendig. In Österreich ist die ausstellende Behörde das BMVIT, in Deutschland idR das EBA. Die Voraussetzungen für eine Genehmigung als auch für eine Sicherheitsbescheinigung sind praktisch ident, wobei auffallend ist, dass für die Sicherheitsbescheinigung in beiden Ländern ein sehr hoher Detaillierungsgrad verlangt wird.

Bzgl der Trassenvergabe durch EIU haben sich beide Jurisdiktionen für das Modell des **verhandelten Netzzugangs** entschieden. Dh, dass zwischen dem EIU und dem um Trassen ansuchenden EVU eine vertragliche Vereinbarung getroffen wird, wobei das EIU in seiner Vertragsfreiheit weit beschränkt ist.⁵⁶⁶ Die Zuweisungsstelle muss in beiden Ländern rechtlich, organisatorisch und in ihren Entscheidungen unabhängig von EVU sein – diese Kriterien werden sowohl von der ÖBB Infrastruktur AG als auch von der DB Netz AG erfüllt,

⁵⁶¹ Vgl § 21 Abs 1 EIBV.

⁵⁶² Vgl § 21 Abs 2 EIBV.

⁵⁶³ Vgl § 21 Abs 3 EIBV.

⁵⁶⁴ Vgl § 21 Abs 6 EIBV.

⁵⁶⁵ *Fehling*, Verkehr 521.

⁵⁶⁶ *Fehling*, Verkehr 535.

womit der Großteil der Trassenzuweisungen über die vertikal verbundene Infrastruktursparte der Incumbents erfolgt.

Es werden sowohl in Österreich als auch in Deutschland Trassen im Rahmen des Regelverkehrs über die Aufnahme der Trassen in den Netzfahrplan als auch ad hoc im Rahmen des Gelegenheitsverkehrs vergeben. Liegen unvereinbare Trassenansuchen vor, muss im Rahmen eines Koordinierungsverfahrens in Verhandlungen auf eine einvernehmliche Lösung hingewirkt werden und sofern diese Verhandlungen erfolglos bleiben, muss die Trassenvergabe über ein genau determiniertes Vorrangsystem erfolgen.

Eine Besonderheit in Österreich besteht hinsichtlich der Möglichkeit im **grenzüberschreitenden Personenverkehr** die Bedienung inländischer Bahnhöfe **einzuschränken** („kleine Kabotage“), wenn dadurch gemeinwirtschaftliche Verkehre beeinträchtigt werden, wobei hiervon bis dato noch nicht Gebrauch gemacht wurde.⁵⁶⁷ Eine diesbezügliche Einschränkungsmöglichkeit des grenzüberschreitenden Personenverkehrs existiert in Deutschland nicht.

Die Vorgaben für **Rahmenregelungen** bzw **Rahmenverträge** weisen sehr große Parallelen auf. Es handelt sich in beiden Ländern um ein Instrument zur längerfristigen Zuweisung von Fahrwegkapazität, bei dem eine zeitliche Bandbreite festgelegt wird, innerhalb welcher dann die Trassenvergabe zu erfolgen hat. Sowohl in Österreich als auch in Deutschland beträgt die Regellaufzeit für Rahmenverträge fünf Jahre, bei besonders langfristigen Investitionen bzw bei vergleichbaren Risiken besteht aber in beiden Staaten die Möglichkeit längere Laufzeiten zu vereinbaren.

Relativ große Ähnlichkeiten bestehen auch hinsichtlich der **Festsetzung der Benützungsentgelte**.

In Deutschland gilt der **Vollkostenansatz**, was bedeutet dass das EIU die volle Deckung seiner Kosten verlangen kann. In Österreich gilt grs das **Direktkostenprinzip**, dh es dürfen nur die unmittelbar durch den Zugbetrieb entstandenen Kosten verrechnet werden, doch auch das österreichische Recht kennt die Möglichkeit für Aufschläge zur Vollkostendeckung, sofern der Markt dies zulässt. Die Benützungsentgelte müssen in beiden Ländern

⁵⁶⁷ *Kirchner, Liberalisierungsindex 77.*

leistungsabhängige Bestandteile enthalten und es bestehen mehrere Aufschlagsmöglichkeiten, insb für stark nachgefragte Strecken und für Auswirkungen auf die Umwelt.

Auffallend ist allerdings, dass das deutsche Recht zwischen Entgelten für Schienenwege und Entgelten für Serviceeinrichtungen unterscheidet. Für den Betreiber der Serviceeinrichtungen besteht nämlich nach § 14 Abs 5 AEG keine absolute Vollkostenobergrenze, sondern bloß ein allgemeines Missbrauchsverbot. Ein solches Missbrauchsverbot ist für die BNetzA sehr schwer kontrollierbar, da überprüft werden muss, ob die Höhe der Entgelte einer Wettbewerbssituation entspricht.⁵⁶⁸

5.4. Entflechtung

5.4.1. Umsetzung in Österreich

Das EisbG enthält im § 55 nur eine relativ kurze Bestimmung zur Entflechtung und normiert bloß buchhalterische Entflechtungsmaßnahmen für integrierte Eisenbahnunternehmen und das Verbot von Quersubventionen. Die gesellschaftsrechtliche Struktur des Incumbents ÖBB wird im BBG sehr detailliert vorgegeben und lässt sich zusammengefasst so darstellen: Seit 2005 sind die ÖBB ein **Konzern**, bestehend aus einer **Holding mit selbständigen Tochtergesellschaften**, wobei hier va folgende drei Gesellschaften zu erwähnen sind:

- ÖBB-Personenverkehr AG (Personennah- und Personenfernverkehr),
- Rail Cargo Austria AG (Güterverkehr),
- ÖBB Infrastruktur AG (Infrastruktursparte).

Zur Ausübung ihrer wesentlichen Aufgaben ist die ÖBB-Holding AG ermächtigt, ihre **Anteilsrechte an den Tochtergesellschaften** wahrzunehmen.⁵⁶⁹ Der Sitz der Holding ist in Wien und sie befindet sich vollständig im **Eigentum des Bundes**.⁵⁷⁰ Die Verwaltung der Anteilsrechte erfolgt im Namen des Bundes durch den BMVIT.⁵⁷¹

⁵⁶⁸ *Monopolkommission*, Sondergutachten 53.

⁵⁶⁹ Vgl § 4 Abs 1 BBG.

⁵⁷⁰ Vgl § 2 Abs 1 BBG.

⁵⁷¹ Vgl § 3 BBG.

5.4.2. Umsetzung in Deutschland

Das AEG enthält in den §§ 9 und 9a zahlreiche Entflechtungsvorgaben. Die Vorgaben umfassen Maßnahmen des buchhalterischen, des organisatorischen und des gesellschaftsrechtlichen Unbundlings, das Verbot von Quersubventionen und zahlreiche Vorschriften zur Sicherstellung der Unabhängigkeit des Infrastrukturbetreibers, insb die Unabhängigkeit der Entscheidung über den Netzzugang.

Die heutige Struktur der DB AG kann wie folgt skizziert werden: Die Muttergesellschaft stellt die zu 100 Prozent im Eigentum des Bundes befindliche Holding DB AG dar, der unmittelbar die Infrastruktursparte unter der Marke DB Netz und mittelbar über die Subholding DB Mobility Logistics AG die Transportgesellschaften unter den Marken DB Schenker (Schienengüterverkehr) und DB Bahn (Personenverkehr) unterliegt.

5.4.3. Rechtsvergleichende Bewertung der Entflechtung

Beide Länder haben sich für das **Integrationsmodell** entschieden, wo sich der Infrastrukturbetreiber unter dem Dach einer Holding befindet, welche auch EVU betreibt. Die Unabhängigkeit des Infrastrukturbetreibers in diesem Modell ist Gegenstand des Vertragsverletzungsverfahrens, das dzt gegen Österreich und gegen Deutschland läuft. Die sekundärrechtlichen Vorgaben belaufen sich darauf, dass das EIU in dieser Konstellation rechtlich, organisatorisch und materiell in seinen Entscheidungen unabhängig ist. In der Sache selbst wird eine Entscheidung des EuGH in der ersten Jahreshälfte 2013 erwartet, folgt man allerdings den Schlussanträgen des mit dieser Rechtssache betrauten Generalanwalts *Niilo Jääskinen* verstößt das Integrationsmodell nicht gegen das Erste Eisenbahnpaket.

Auch in der Neufassung des Ersten Eisenbahnpakets liegt ein Hauptaugenmerk der Kommission auf der **weiteren Verschärfung der Entflechtungsbestimmungen integrierter Eisenbahnunternehmen** und dementsprechend enthält der Recast auch zahlreiche Bestimmungen mit dieser Stoßrichtung, zB zur Unabhängigkeit des EIU in seiner Eigenschaft

als Betreiber von Serviceeinrichtungen,⁵⁷² zur Effektivierung des Verbots von Quersubventionen⁵⁷³ und zu einer unabhängigen entgelterhebenden Stelle.⁵⁷⁴ Eine weitere wirtschaftliche oder eigentumsrechtliche Entflechtung scheint aber derzeit nicht weiter forciert zu werden.

Die heutige Struktur der Incumbents in beiden Ländern ist dementsprechend vergleichbar, der einzige größere Unterschied besteht in der Einrichtung der Subholding DB Mobility Logistics AG über den die DB AG ihre Anteile an den Transportgesellschaften hält. Hintergrund für diese Struktur war die geplante Veräußerung der Transportgesellschaften, die allerdings wegen der Finanzkrise auf unbestimmte Zeit verschoben wurde.

⁵⁷² KOM(2010) 475 endg, Art 13 Abs 2.

⁵⁷³ KOM(2010) 475 endg, Art 6 Abs 4.

⁵⁷⁴ KOM(2010) 475 endg, Art 7.

6. Resümee

Der Schienenverkehrsmarkt in Österreich hat sich in den vergangenen Jahren durchaus in Richtung Wettbewerb weiterentwickelt. So hat sich der Marktanteil der Privatbahnen im Güterverkehr gemessen in Tonnenkilometer von 10,7 Prozent im Jahr 2008 auf 14,4 Prozent im Jahr 2011 weiterentwickelt. Insb der Personenverkehr erlebte mit dem Markteintritt der WESTbahn Ende 2010 eine Zäsur und so erhöhte sich gemessen in Personenzugkilometer der Marktanteil von 7,5 Prozent im Jahr 2008 auf 10,9 Prozent im Jahr 2011.⁵⁷⁵ Die Markteintrittsvoraussetzungen für dritte EVU sind im europäischen Vergleich durchaus günstig, die Vergabe der Trassen erfolgt in einer transparenten Weise und unterliegen einer effektiven Aufsicht durch die Schienen Control. Insgesamt liegt Österreich damit in dem von *Kirchner* erstellten Liberalisierungsindex 2011 in der europäischen Spitzengruppe und zählt zur Kategorie Fortgeschrittene Marktöffnung.⁵⁷⁶

Ebenso hat sich die Anzahl der Wettbewerber auf dem Schienenverkehrsmarkt in Deutschland erhöht. Im Güterverkehr hat sich der Marktanteil der Wettbewerber gemessen in Tonnenkilometer von 19,7 Prozent im Jahr 2007 auf 26 Prozent im Jahr 2011 erhöht. Auch im Personenverkehr konnten die Privatbahnen Marktzuwächse verzeichnen, so betrug der Marktanteil gemessen in Personenkilometer 2007 noch 9,4 Prozent und hat sich im Jahr 2011 auf 14,1 Prozent erhöht.⁵⁷⁷ Deutschland schneidet in dem von *Kirchner* herausgegebenen Liberalisierungsindex 2011 sehr gut ab und zählt wie Österreich zu der Kategorie Fortgeschrittene Marktöffnung.⁵⁷⁸

An diesen Zahlen kann abgelesen werden, dass die regulierungsrechtlichen Maßnahmen im Schienenverkehr zwar langsam, aber durchaus stetig Wirkung zeigen. Dadurch soll aber nicht verleugnet werden, dass es durchaus Raum für weitere Verbesserungen gibt. An der Neufassung des Ersten Eisenbahnpakets kann vielfach exemplarisch abgelesen werden, wo der Reformbedarf EU-weit am höchsten ist.

Summa summarum hat sich im Rahmen dieser Diplomarbeit gezeigt, dass in der Umsetzung der Eisenbahnpakete sehr große Parallelen zwischen Österreich und Deutschland bestehen.

⁵⁷⁵ *Schienen-Control GmbH*, Tätigkeitsbericht 36 f.

⁵⁷⁶ *Kirchner*, Liberalisierungsindex 79.

⁵⁷⁷ *DB Mobility Network Logistics*, Wettbewerbsbericht 9 f.

⁵⁷⁸ *Kirchner*, Liberalisierungsindex 109.

Die Regulierungsbehörden wurden zwar etwas unterschiedlich organisiert, verfügen im Kern aber über die gleichen Kompetenzen. Das Netzzugangsregime ist in beiden Ländern sehr vergleichbar, in der Entgeltfestsetzung folgt Deutschland zwar grs dem Vollkostenprinzip und Österreich grs dem Direktkostenprinzip, im Ergebnis resultieren daraus aber keine nennenswerten Unterschiede. Beide Länder haben sich für die das Integrationsmodell bzgl der Incumbents entschieden, welches Gegenstand in dem Vertragsverletzungsverfahren ist. Folgt man den Ausführungen des Generalanwalts sollte dieses Modell aber durchaus europarechtskonform sein und es ist auch auffallend, dass die Neufassung des Ersten Eisenbahnpakets („Recast“) keine weiteren wirtschaftlichen oder eigentumsrechtlichen Entflechtungsmaßnahmen enthält. Angesichts der Tatsache, dass beide Staaten im Liberalisierungsindex sehr gut abschneiden, kann wohl davon ausgegangen werden, dass dieses Modell dem Wettbewerb auf der Schiene zumindest nicht abträglich ist.

Literaturverzeichnis

Monographien

Catharin Wolfgang/Gürtlich Gerhard, Eisenbahngesetz Kommentar samt ökonomischen und rechtlichen Grundlagen der Eisenbahnen² (2011).

Holoubek Michael, Vom Wirtschaftsaufsichtsrecht zum Regulierungsverwaltungsrecht?, 17. ÖJT Band I/1 (2009).

Kern Helmut/Diewald Beate/Sumbalsky Stefan, Regulierung in Österreich (2010).

Knieps Günter, Netzökonomie (2007).

Knieps Günter, Wettbewerbsökonomie³ (2008).

Leitl Barbara, Die Regulierungsbehörden im österreichischen Recht (2006).

Lewisich Peter, Eisenbahnregulierungsrecht (2002).

Rihs Georg, Liberalisierung von Infrastrukturnetzen (2009).

Stober Rolf/Eisenmenger Sven, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht¹⁵ (2011).

Wimmer Norbert, Dynamische Verwaltungslehre² (2010).

Wimmer Norbert/Kahl Arno, Die öffentlichen Unternehmen im freien Markt (2001).

Wimmer Norbert/Müller Thomas, Wirtschaftsrecht² (2012).

Sammelbände

Arnold Konrad/Bundschuh-Rieseneder Frederike/Kahl Arno/Müller Thomas/Wallnöfer Klaus (Hrsg), Recht Politik Wirtschaft – Dynamische Perspektiven – FS Norbert Wimmer (2008).

Dullinger Kurt/Holoubek Michael/Segalla Patrick (Hrsg), Recht und Praxis der Eisenbahnliberalisierung (2004).

Fehling Michael/Ruffert Matthias (Hrsg), Regulierungsrecht (2010).

Holoubek Michael/Potacs Michael (Hrsg), Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts² Band II (2007).

Nemec Kurt (Hrsg), Liberalisierung österreichischer Infrastrukturmärkte (2003).

Raschauer Bernhard (Hrsg), Wirtschaftsrecht³ (2010).

Beiträge

Borrmann Jörg/Wieser Robert, Eisenbahnliberalisierung aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht, in Dullinger/Holoubek/Segalla (Hrsg), Recht und Praxis der Eisenbahnliberalisierung (2004) 10.

Fehling Michael, Öffentlicher Verkehr (Bahn, ÖPNV), in Fehling/Ruffert (Hrsg), Regulierungsrecht (2010) 500.

Nemec Kurt, Ökonomische Aspekte der Infrastrukturliberalisierung, in Nemec (Hrsg), Liberalisierung österreichischer Infrastrukturmärkte (2003) 1.

Raschauer Nicolas, Wirtschaftsaufsichts- und Regulierungsrecht, in Raschauer (Hrsg), Wirtschaftsrecht³ (2010) 179.

Resch Hubert, Verkehrsrecht, in Holoubek Michael/Potacs Michael (Hrsg), Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts² Band II (2007) 991.

Wallnöfer Klaus, Regulierungsrecht – quare venis, quo vadis? in Arnold/Bundschuh-Rieseneder/Kahl/Müller/Wallnöfer (Hrsg), Recht Politik Wirtschaft – Dynamische Perspektiven – FS Norbert Wimmer (2008) 629.

Gerichtliche Entscheidungen

EuGH 22.05.1985, C-13/83, *Gemeinsame Verkehrspolitik*, Slg 1985, I-1513.

EU-Kommission

Weißbuch der Kommission, Eine Strategie zur Revitalisierung der Eisenbahn in der Gemeinschaft, KOM(96) 421 endg vom 30.07.1996.

Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums (Neufassung), KOM(2010) 475 endg vom 17.09.2010.

Internetquellen

DB Mobility Network Logistics, Wettbewerbsbericht 2012:

http://www.deutschebahn.com/file/2597932/data/wettbewerbsbericht_2012.pdf (04.11.2012)

IRG-Rail, Memorandum of Understanding:

<http://www.irk-rail.eu/app/download/5779739128/Signed+MoU+IRG-Rail.pdf> (04.11.2012)

Kirchner Christian, Liberalisierungsindex Bahn 2011 (2011):

http://www.deutschebahn.com/site/shared/de/dateianhaenge/positionspapiere/liberalisierungsindex_bahn_langfassung_2011.pdf (04.11.2012)

Kühling Jürgen/Hermeier Guido/Heimeshoff Ulrich, Gutachten zur Klärung von Entgeltfragen nach AEG und EIBV:
http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/BNetzA/Sachgebiete/Eisenbahnen/VeroeffentlichungenGutachten/GutachtenEntgeltfragenKurzId9849pdf.pdf?__blob=publicationFile (04.11.2012)

Monopolkommission, Sondergutachten Bahn 2011: Wettbewerbspolitik unter Zugzwang (2011): http://www.monopolkommission.de/sg_60/s60_volltext.pdf (04.11.2012)

Schienen-Control GmbH, Tätigkeitsbericht 2011 (2012):
http://www.schienencontrol.gv.at/files/schienen-control_taeigkeitsbericht-2011.pdf (04.11.2012)

Schneider Christian/Stöger Karl (2012), Regulierungsrecht (der Netzwirtschaften) – unter besonderer Berücksichtigung ökonomischer Aspekte:
http://www.uni-graz.at/ofreaaww_regulskriptumss2012.pdf (24.07.2012)