

Schriften zum Öffentlichen Recht

---

Band 1287

# Entgeltregulierung im Eisenbahnsektor

Bestandsaufnahme und  
systemgerechte Fortentwicklung

Von

Hubertus Gersdorf



Duncker & Humblot · Berlin

HUBERTUS GERSDORF

Entgeltregulierung im Eisenbahnsektor

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1287

# Entgeltregulierung im Eisenbahnsektor

Bestandsaufnahme und  
systemgerechte Fortentwicklung

Von

Hubertus Gersdorf



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2015 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Konrad Tritsch GmbH, Ochsenfurt

Druck: Buch Bücher de GmbH, Birkach

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 978-3-428-14567-6 (Print)

ISBN 978-3-428-54567-4 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84567-5 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## **Vorwort**

Im Recht der Netzwirtschaften ist die Entgeltregulierung ein Eckpfeiler der Regulierung. Sie dient der diskriminierungsfreien Nutzung der Infrastruktur. Überhöhte oder prohibitiv wirkende Entgelte können die Ausübung der gesetzlich verankerten Zugangsrechte wesentlich erschweren oder sogar vereiteln. Um dies zu verhindern, hat der Gesetzgeber im Jahr 2005 auch im Eisenbahnsektor die für die Nutzung der Eisenbahninfrastruktur erhobenen Zugangsentgelte einer umfassenden Regulierung unterworfen. Trotz der Regulierungstätigkeit der Bundesnetzagentur und der Aktivitäten der Europäischen Kommission sowie der zuständigen Gerichte steckt die Eisenbahntgeltregulierung nach wie vor in manchen Bereichen „in den Kinderschuhen“. Pionierarbeit tut zum Teil noch immer Not. Die vorliegende Untersuchung im Auftrag der Deutschen Bahn AG (DB AG) knüpft an den bisherigen Stand der Eisenbahntgeltregulierung an, zeigt die wesentlichen Entwicklungen auf nationaler und europäischer Ebene auf und unterbreitet Vorschläge für eine Weiterentwicklung des Entgeltregulierungsregimes. Den Besonderheiten des Eisenbahnsektors wird hierbei Beachtung geschenkt.

Rostock/Berlin, im November 2014

*Hubertus Gersdorf*



# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einleitung und Gang der Untersuchung</b> .....	11
<b>B. Bestandsaufnahme</b> .....	14
I. Vorgaben zur Entgeltregulierung nach AEG, EIBV und dem vormaligen Richtlinienrecht .....	15
1. Trassenentgelte .....	15
a) (Grob-)Struktur des Regulierungsrahmens .....	15
b) Differenzierung zwischen Entgeltmaßstab und Entgeltgrundsätzen sowie Kodifizierung eines „Baukastensystems“ im Eisenbahnrecht? .....	18
c) Keine Implementierung eines Effizienzsteigerungsanreizes zum Zweck der Senkung der Trassenpreise .....	24
2. Entgelte für den Zugang zu Serviceeinrichtungen .....	30
II. Verwaltungs- und Gerichtsverfahren .....	30
1. Trassenpreissystem .....	31
2. Regionalfaktoren .....	31
3. Stornierungs- und Änderungsentgelte .....	32
4. Auslastungsfaktor .....	33
5. Entgeltminderung .....	33
6. Stationspreissystem .....	34
7. Fazit .....	35
III. Zivilgerichtliche Billigkeitskontrolle von Infrastrukturnutzungsentgelten .....	35
IV. Rechtsentwicklung auf nationaler Ebene .....	38
1. Bericht über die Einführung einer Anreizregulierung .....	38
2. Entgelte für Serviceeinrichtungen (§ 14 Abs. 5 AEG) .....	39
3. Entwurf für ein Eisenbahnregulierungsgesetz .....	40
4. Fazit .....	41
V. Rechtsentwicklung auf europäischer Ebene .....	41
1. Vertragsverletzungsverfahren zum Ersten Eisenbahnpaket .....	41
a) Vereinbarkeit der Holdingstruktur mit Art. 4 Abs. 2 und Art. 14 Abs. 2 Richtlinie 2001/14/EG .....	42
b) Unabhängigkeit des Infrastrukturbetreibers vom Staat bei der Berechnung der Wegeentgelte (Art. 4 Richtlinie 2001/14/EG) .....	43



c) Verhältnis zwischen Direktkosten- und Vollkostenprinzip (Art. 7 Abs. 3 und Art. 8 Abs. 1 Richtlinie 2001/14/EG) .....	46
d) Markttragfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 Richtlinie 2001/14/EG) .....	48
e) Anreize zur Reduzierung der Kosten und Entgelte (Art. 6 Abs. 2 und 3 Richtlinie 2001/14/EG) .....	49
f) Anreizregime zur Reduzierung von Störungen (Art. 11 Richtlinie 2001/14/EG) .....	52
g) Ausgleich von Einnahmen und Ausgaben (Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 2001/14/EG) .....	52
2. Richtlinie 2012/34/EU zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums (sog. „Recast“-Richtlinie) .....	53
VI. Finanzierung des Eisenbahnsektors .....	54
1. Finanzierung der Eisenbahninfrastruktur .....	55
2. Finanzierung des Schienenpersonennahverkehrs (SPNV) .....	58
<b>C. Die Entgeltregulierung nach der Richtlinie 2012/34/EU und Umsetzungserfordernisse</b> .....	60
I. Bezugsgegenstand der Entgeltregulierung .....	63
1. Direktive des Art. 29 Abs. 2 Richtlinie 2012/34/EU: „Gesamtes Netz“ als Bezugsgegenstand der Entgeltregulierung .....	64
2. Nationales Recht .....	69
3. Fazit .....	71
II. Fahrwegnutzungsentgelte .....	73
1. Vollkosten als Obergrenze, Grenzkosten als Untergrenze – keine Kodifizierung eines „Baukastensystems“ .....	73
a) Fortschreibung der bisherigen Rechtslage .....	73
b) Zur Bedeutung des Art. 31 Abs. 3 UAbs. 2 Satz 1 Richtlinie 2012/34/EU ..	77
2. Erfordernis der Anreizsetzung .....	80
3. Grenzen des Gestaltungsspielraums .....	85
a) Fakultative und obligatorische Vorgaben .....	85
b) Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der Eisenbahnverkehrsmärkte (Marktausschlussstest) .....	87
III. Entgelte für den Zugang zu Serviceeinrichtungen und für Zusatz- und Nebenleistungen .....	90
1. Grundsätzliches .....	90
2. „Angemessener Gewinn“ .....	91
3. (Zwischen-)Fazit .....	92
IV. Fazit: Partieller Umsetzungsbedarf .....	92

<b>D. Rechtspolitischer Reformbedarf</b> .....	95
I. Unions- und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen: Rechtsstellung der Infrastrukturbetreiber/Eisenbahninfrastrukturunternehmen .....	98
1. Rechtsstellung der Eisenbahnunternehmen/ Eisenbahnverkehrsunternehmen: Unabhängigkeit vom Staat und Führung als Wirtschaftsunternehmen .....	99
2. Rechtsstellung der Infrastrukturbetreiber/ Eisenbahninfrastrukturunternehmen .	102
a) Unionsrechtliches Gebot der Trennung von wesentlichen Funktionen der Infrastruktur und der Eisenbahnunternehmen .....	103
b) Unabhängigkeit vom Staat .....	103
aa) Unionsrecht .....	103
bb) Verfassungsrecht (Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG) .....	108
c) Führung als Wirtschaftsunternehmen .....	111
aa) Unionsrecht .....	111
bb) Verfassungsrecht (Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG) .....	112
II. Zivilgerichtliche Billigkeitskontrolle von Infrastrukturnutzungsentgelten nach § 315 BGB .....	116
1. Stand der Rechtsprechung und Literatur zu § 315 BGB .....	116
2. Unionsrechtliche Problematik .....	118
3. Defizit der bisherigen Diskussion: Ausblendung des Bezugsgegenstandes der eisenbahnrechtlichen Entgeltregulierung .....	120
a) Bezugsgegenstand der eisenbahnrechtlichen Entgeltregulierung: Das gesamte Netz bzw. ein hinreichend großes Teilnetz .....	121
b) Bezugsgegenstand für die Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB: Die konkrete, vertragliche Einzelleistung .....	122
c) Auflösung des Konflikts: Vorrang des Bezugsgegenstandes der eisenbahnrechtlichen Entgeltregulierung .....	123
d) Unanwendbarkeit der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB auf Infrastrukturnutzungsentgelte .....	125
e) Fazit: Unionsrechtswidrigkeit der Billigkeitskontrolle von Infrastrukturnutzungsentgelten nach § 315 BGB .....	125
4. Reformbedarf: Notwendigkeit einer gesetzlichen Klarstellung des Vorrangs der eisenbahnrechtlichen Entgeltkontrolle gegenüber einer zivilgerichtlichen Billigkeitskontrolle .....	126
III. Weiterentwicklung der in der LuFV beinhalteten Anreizelemente zugunsten des Bundes und der Eisenbahnverkehrsunternehmen und zeitliche sowie inhaltliche Synchronisierung mit RegG und GVFG .....	128
1. Gesetzgeberische Entscheidung: Wem gebührt der Effizienzgewinn? .....	128
2. Folgenabschätzung einer hoheitlichen Anreizregulierung: Waterbed Effect mit Bumerang-Wirkung für Eisenbahnverkehrsmärkte .....	131
3. Hoheitliches oder vertragliches Modell? – Vertrag als Steuerungsinstrument für die Senkung der Trassen- und Stationspreise .....	135

4. Integriertes Modell: Einheitlicher Vertrag („LuFV 2.0“) als Mittel der Verteilung des Effizienzgewinns zwischen Bund und Eisenbahnverkehrsunternehmen	138
5. Elemente eines Systems der „LuFV 2.0“	139
a) Vereinbarkeit des integrierten Modells mit der Richtlinie 2012/34/EU	139
b) Bezugsgegenstand der Anreizsetzung: Eigene Mittel der Eisenbahninfrastrukturunternehmen	140
c) Festlegung einer Verteilungsquote	142
d) Anhörung der BNetzA	142
e) Erfordernis einer Subsidiaritätsregelung zugunsten einer hoheitlichen Anreizregulierung für den Fall der Nichteinigung?	142
f) Erfordernis einer gesetzlichen Regelung	143
g) Zeitliche Abstimmung mit RegG und GVFG	144
IV. Entflechtung durch Separierung der Finanzströme	144
1. Nachteile einer vertikalen Desintegration	149
a) Effizienzverluste bei hoher Zugdichte	149
b) Effizienzverlust durch Rückfall der Eisenbahninfrastrukturunternehmen in die Rationalität eines Verwaltungsvermögens	152
c) Kein Verlustausgleich und keine Investitionen in die Infrastruktur durch Holding	153
d) Pluralität der Organisationsformen	154
2. Separierung der Finanzströme durch Bildung eines Finanzierungskreislaufes Eisenbahninfrastruktur	155
<b>E. Zusammenfassung in Leitsätzen</b>	159
I. Bestandsaufnahme	159
II. Die Entgeltregulierung nach der Richtlinie 2012/34/EU und Umsetzungserfordernisse	160
III. Rechtspolitischer Reformbedarf	163
<b>Literaturverzeichnis</b>	166
<b>Sachverzeichnis</b>	172

## A. Einleitung und Gang der Untersuchung

Die Zugangsregulierung ist in allen Bereichen der Netzwirtschaften das Herzstück des Regulierungsregimes. Für den Eisenbahnsektor gilt im Grundsatz nichts anderes. Schienenwege und Bahnhöfe sind natürliche Monopole. Auch wenn sich Eisenbahninfrastrukturunternehmen kraft des intermodalen Wettbewerbs mit anderen Verkehrsträgern nicht wie (andere) natürliche Monopolisten verhalten können, besteht gleichwohl auf den vorgelagerten Zugangsmärkten Regulierungsbedarf. Nicht nur der Zugang als solcher, sondern auch die hierfür erhobenen Nutzungsentgelte bedürfen einer sektorspezifischen Regulierung, um die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auf den nachgelagerten Eisenbahnverkehrsmärkten sicherzustellen. Im Gegensatz zum früheren Eisenbahnrecht, das nur punktuelle Vorgaben für die Nutzungsentgelte enthielt, sind diese seit der Dritten AEG-Novelle im Jahr 2005 einer Regulierung unterworfen. Die maßgeblichen Bestimmungen des AEG und der EIBV werfen eine Reihe von Auslegungsfragen auf, die zum Teil bis heute nicht verbindlich geklärt sind. Zur Erhellung trägt auch das Eisenbahnrecht der Europäischen Union wenig bei, deren Richtlinienrecht eher zusätzliche Probleme aufwirft als solche löst.

Trotz der Regulierungstätigkeit der Bundesnetzagentur und der Aktivitäten der Europäischen Kommission und der zuständigen Gerichte steckt die Eisenbahntgeltregulierung nach wie vor in manchen Bereichen „in den Kinderschuhen“. Pionierarbeit tut zum Teil noch immer Not. Einen ersten Anfang haben die im Jahr 2007 im Auftrag der BNetzA<sup>1</sup> und der DB AG<sup>2</sup> erstellten Rechtsgutachten zur Entgeltregulierung im Eisenbahnsektor gemacht. Wichtige Klärungen haben kürzlich die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs in den Vertragsverletzungsverfahren zur Umsetzung des Ersten Eisenbahnpakets gebracht. Die vorliegende Studie knüpft an den bisherigen Stand der Eisenbahntgeltregulierung an, zeigt die wesentlichen Entwicklungen auf nationaler und europäischer Ebene auf und unternimmt dann in einem weiteren Schritt den Versuch, Vorschläge für eine Weiterentwicklung des Entgeltregulierungsregimes aufzuzeigen. Hierbei wird den für den Eisenbahnsektor maßgeblichen Besonderheiten besondere Beachtung geschenkt.

Die nachstehende Untersuchung vollzieht sich in folgenden Schritten. Im Rahmen einer Bestandsaufnahme [siehe B.] wird zunächst der Blick auf das geltende Eisenbahntgeltregulierungsregime gerichtet. Hierbei wird insbesondere auf die Problemfelder eingegangen, die in der Vergangenheit zu lebhaften Diskussionen

---

<sup>1</sup> Kühling/Hermeier/Heimeshoff, Entgeltregulierung im Eisenbahnrecht.

<sup>2</sup> Gersdorf, Entgeltregulierung im Eisenbahnsektor.

geführt haben [siehe B. I.]. Danach werden die wesentlichen von der BNetzA gegen die Infrastrukturunternehmen des DB-Konzerns durchgeführten Verwaltungsverfahren [siehe B. II.] und die von Zivilgerichten auf der Grundlage des § 315 BGB vorgenommenen Billigkeitskontrolle von Infrastrukturnutzungsentgelten [siehe B. III.] dargestellt. Sodann wird die Rechtsentwicklung auf nationaler [siehe B. IV.] und auf europäischer Ebene nachgezeichnet, die ihren vorläufigen Schlusspunkt im Erlass der Richtlinie 2012/34/EU zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums vom 21. November 2012 (sog. „Recast“-Richtlinie) gefunden hat. Zusätzlich wird die aktuelle Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zum Eisenbahnrecht dargelegt [siehe B. V.]. Obwohl die vorliegenden Urteile zu den Vorschriften des Ersten Eisenbahnpakets ergangen sind, bleiben die maßgeblichen Feststellungen auch für die Auslegung der – im Kern unverändert übernommenen bzw. fortgeschrieben – Bestimmungen der Richtlinie 2012/34/EU maßgeblich. Den letzten Punkt innerhalb der Bestandsaufnahme nimmt die Darstellung der Finanzierungsmodalitäten des Eisenbahnsektors ein. Aus diesen Rahmenbedingungen für den Eisenbahnbereich ergeben sich Besonderheiten, die vom Gesetzgeber bei der Entwicklung eines „passgenauen“ Entgeltregulierungsregimes zu beachten sind [siehe B. VI.].

Der weitere Abschnitt [siehe C.] widmet sich der Richtlinie 2012/34/EU und den sich hieraus für den Gesetzgeber ergebenden Umsetzungserfordernissen. Die Darstellung der relevanten Bestimmungen der Richtlinie reicht von dem maßgeblichen Bezugsgegenstand der Entgeltregulierung [siehe C. I.] über die Fahrwegnutzungsentgelte [siehe C. II.] bis zu den Entgelten für den Zugang zu Serviceeinrichtungen und für Zusatz- und Nebenleistungen [siehe C. III.]. Die Analyse bestätigt, dass die Richtlinie 2012/34/EU das bisherige Richtlinienrecht im Kern fortschreibt und nur wenige Änderungen vornimmt, denen ein entsprechender Umsetzungsbedarf korrespondiert [siehe C. IV.].

Im letzten Abschnitt [siehe D.] geht es um rechtspolitische Reformüberlegungen. Der den Eisenbahnsektor ausgestaltende Gesetzgeber muss die für Eisenbahninfrastrukturunternehmen geltenden unionsrechtlichen und (nationalen) verfassungsrechtlichen Vorgaben beachten [siehe D. I.]. Besonderer Regelungsbedarf besteht im Hinblick auf die Frage, ob die bereits der sektorspezifischen Eisenbahnregulierung unterfallenden Nutzungsentgelte zusätzlich einer Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB unterworfen werden dürfen. Die Billigkeitskontrolle von Infrastrukturnutzungsentgelten nach § 315 BGB ist mit der Richtlinie 2012/34/EU unvereinbar. Der Gesetzgeber sollte klarstellen, dass die durch das sektorspezifische Eisenbahnrecht regulierten Nutzungsentgelte keiner zusätzlichen Billigkeitskontrolle durch die Zivilgerichte unterliegen [siehe D. II.]. Der auf der Monopolstellung der Eisenbahninfrastrukturunternehmen beruhenden Gefahr eines Preishöhenmissbrauchs sollte nicht durch eine Anreizregulierung durch die Regulierungsbehörde begegnet werden, weil dieses Regulierungsinstrument letztlich ungeeignet ist, eine dem Gesamtsystem dienende Steuerungswirkung zu entfalten. Vielmehr sollte eine etwaige Preishöhenregulierung durch eine Weiterentwicklung des Steuerungsinstruments der

Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung (LuFV) erfolgen. Nutznießer entsprechender, nach Unionsrecht erforderlicher Effizienzgewinne sollten neben dem Bund auch die Eisenbahnverkehrsunternehmen sein. Zur Verwirklichung dieser Regulierungsziele sollten aber nicht die beiden Steuerungsinstrumente der vertraglichen Vereinbarung und der hoheitlichen Anreizregulierung nebeneinander zur Anwendung kommen. Zu groß ist die Gefahr inkonsistenter und wenig „passgenauer“ Ergebnisse. Schon wegen des korrelativen Zusammenhangs der beiden Finanzierungsquellen der Eisenbahninfrastruktur – den öffentlichen Mitteln und den Nutzungsentgelten – ist es notwendig, die Verteilung des Effizienzgewinns auf den Bund bzw. auf die Eisenbahnverkehrsunternehmen in einem und demselben Regelwerk festzulegen. Als Handlungsform ist die vertragliche Vereinbarung zu wählen. Die BNetzA sollte vor Vertragsschluss in geeigneter Weise beteiligt werden. Schließlich bedarf es einer zeitlichen und inhaltlichen Abstimmung mit dem RegG und dem GVFG [siehe D. III.]. Zur Verhinderung der mit der vertikalen Integration der DB AG verbundenen Diskriminierungsgefahr darf nicht das schärfste Schwert der Zerschlagung des vertikal integrierten Konzerns ergriffen werden. Vielmehr erweist sich eine Entflechtung bzw. Separierung der Finanzströme als weniger einschneidendes, ebenso wirksames Mittel, das zugleich die mit dem integrierten Konzern verbundenen Effizienzvorteile wahrt [siehe D. IV.].