

Zu den Vorgaben des Unionsrechts in Bezug auf die Trennung der Erbringung von Verkehrsdienstleistungen und des Betriebs der Infrastruktur

Astrid Epiney

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Zu den Vorgaben des Unionsrechts in Bezug auf die Trennung der Erbringung von Verkehrsdienstleistungen und des Betriebs der Infrastruktur, FS Manfred A. Dausen, München 2014, 101-112. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

I. Einleitung

Ein Kernelement schon der RL 91/440¹ – deren Erlass den entscheidenden Beginn der Eisenbahnpolitik der Union markierte – in ihrer ursprünglichen Fassung und sodann der verschiedenen Bahnpakete in der EU² ist der Grundsatz, dass nur eine Trennung der Erbringung von Verkehrsdienstleistungen einerseits und des Betriebs der Infrastruktur andererseits eine Öffnung der nationalen Schienenverkehrsmärkte und damit Liberalisierung des Marktzugangs ermöglicht.³ Dieser Grundsatz wurde bereits 1991 in der RL 91/440 verankert, sodann aber in den verschiedenen Bahnpaketen bzw. weiteren Rechtsakten (insbesondere in der RL 2001/14⁴) weiter präzisiert und ausdifferenziert.⁵ Diese Ausdifferenzierung betrifft insbesondere die Anforderungen an die diskriminierungsfreie Vergabe von Fahrwegkapazität, unter Einschluss entsprechender organisatorischer Vorgaben,

¹ RL 91/440 des Rates zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft, ABl. 1991 L 237/25.

² Bis heute sind drei solche Pakete zu verzeichnen, ein viertes ist in Vorbereitung. Vgl. zu den drei Bahnpaketen sowie dem geplanten vierten Paket *Astrid Epiney/Jennifer Heuck/Yvonne Schleiss*, Verkehrsrecht, in: Manfred Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts (Stand 2013, im Erscheinen), L, Rn. 395.

³ Vgl. Präambel RL 91/440 sowie *Alain Alexis*, Transports ferroviaires et concurrence. Les principaux apports de la Directive 91/440, European Transport Law 1993, 499 (500).

⁴ RL 2001/14 über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn, die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur, ABl. 2001 L 75/29. Zu dieser Richtlinie z.B. *Oliver Bucher*, Open Access im Schienenverkehr. Eine Auslegung der rechtlichen Rahmenbedingungen der Schweiz mit einem Überblick über die Regelung in der EU, 2006, 84 ff.

⁵ Zur großen Bedeutung dieses Grundsatzes *Corinna Burmeister*, Der Wettbewerb der Eisenbahnen im europäischen Binnenmarkt, 2001, 451 ff., die auch auf verschiedene Modelle der Trennung eingeht.

sowie den Grundsatz der Trennung von Infrastruktur und Verkehrsleistung. Allerdings wirft die genaue Tragweite dieser rechtlichen Vorgaben verschiedene Fragen auf, deren Beantwortung auch Rückwirkungen auf den Handlungsspielraum in Bezug auf die Organisation von Bahnunternehmen entfaltet.

Der Gerichtshof hatte sich jüngst in der Rs. C-556/10⁶ im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen Deutschland mit dieser Problematik auseinanderzusetzen, wobei er die unionsrechtlichen Vorgaben insgesamt weniger „streng“ auslegte als die Kommission und die Klage im Ergebnis abweist. Im Folgenden geht es darum, unter Berücksichtigung dieses Urteils die wesentlichen Vorgaben des geltenden Unionsrechts in Bezug auf die Trennung der Erbringung von Verkehrsdienstleistungen und des Betriebs der Infrastruktur zu analysieren, wobei zwischen den Grundlagen (II.) sowie spezifisch der Reichweite des Unabhängigkeitskriteriums (III.) unterschieden werden kann. Der Beitrag schliesst mit einem kurzen Ausblick (IV.).⁷

In Bezug auf die Rechtsgrundlagen ist zu bemerken, dass die RL 91/440 inzwischen durch die RL 2012/34 zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums⁸ neu gefasst wurde; die RL 2012/34 integrierte im Übrigen die RL 95/18⁹ sowie die RL 2001/14, so dass die RL 91/440, die RL 95/18 und die RL 2001/14 mit Wirkung vom 15.12.2012 aufgehoben wurden. Allerdings handelte es sich um ein sog. *Recast*, so dass mit diesen Modifikationen nur wenige materielle Änderungen einhergingen und das erwähnte Urteil des EuGH somit auch unter der neuen Rechtslage von Bedeutung ist; die für dieses relevanten Bestimmungen erfuhren in der RL 2012/34 keine Modifikationen.

II. Grundlagen: „Trennungsgrundsatz“ und diskriminierungsfreier Zugang

Die RL 2012/34 geht – auf der Grundlage der nach Art. 4 RL 2012/34 zu gewährleistenden eigenständigen Stellung der Eisenbahnunternehmen und Infrastrukturbetreiber im Bereich der Geschäftsführung¹⁰ – von der grundsätzlichen Trennung der Bereiche Fahrwegbetrieb und

⁶ EuGH, Rs. C-556/10 (Kommission/Deutschland), Urt. v. 28.2.2013. S. auch EuGH, Rs. C-555/10 (Kommission/Österreich), Urt. v. 28.2.2013.

⁷ S. in diesem Zusammenhang auch schon die Ausführungen bei *Astrid Epiney*, Die Trennung der Erbringung von Verkehrsdienstleistungen und des Betriebs der Infrastruktur in Bezug auf die Zuteilung von Fahrwegkapazität in der EU, 2011, 24 ff., wobei die nachfolgenden Erwägungen teilweise auf diese bereits durchgeführte Untersuchung zurückgreifen.

⁸ RL 2012/34 zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums (Recast), ABl. 2012 L 343/32.

⁹ RL 95/18 über die Erteilung von Genehmigungen an Eisenbahnunternehmen, ABl. 1995 L 143/70.

¹⁰ Auf diese Weise soll die staatliche Einflussnahme auf die Schienenverkehrsmärkte möglichst weitgehend zurückgedrängt werden. Diese Autonomie muss insbesondere die Geschäftsführung, Verwaltung und

Dienstleistungserbringung aus. Allerdings hat diese Trennung des Infrastrukturbetriebs vom Dienstleistungsbereich nicht zwingend vollumfänglich zu erfolgen, sondern muss sich (nur, aber immerhin) in der Rechnungsführung niederschlagen: Diese muss allerdings so transparent sein, dass sie eine Kontrolle des Verbots von Quersubventionen zwischen beiden Bereichen ermöglicht; im Einzelnen werden insbesondere getrennte Gewinn- und Verlustrechnungen und Bilanzen verlangt; auch das Verbot, öffentliche Gelder von einem der beiden Tätigkeitsbereiche auf den anderen zu übertragen, ist zu beachten (Art. 6 Abs. 1, 3, 4 RL 2012/34). Eine weitergehende organisatorische Trennung oder gar eine institutionelle Verselbständigung beider Unternehmensbereiche stellt die Richtlinie hingegen in das freie Ermessen des nationalen Gesetzgebers, wie Art. 6 Abs. 2 RL 2012/34 ausdrücklich klarstellt. Jedenfalls steht damit eine organisatorische Struktur, wonach Infrastruktur und Verkehrsdienstleistungen Teil desselben Unternehmens sind, allerdings in getrennten „Abteilungen“ erfolgen oder durch eine Holdingstruktur miteinander verbunden sind, mit diesen Vorgaben in Einklang.¹¹

Allerdings gibt Art. 7 Abs. 1 RL 2012/34 den Mitgliedstaaten auf, die für einen gerechten und nichtdiskriminierenden Infrastrukturzugang als ausschlaggebend anzusehenden Funktionen zu entflechten; diese „Entscheidungsbefugnisse“ sind auf „Stellen oder Unternehmen“ zu übertragen, die selbst keine Eisenbahndienstleistungen erbringen, dies mit dem Ziel der Verhinderung von Interessenkollisionen im Falle der Wahrnehmung dieser Funktionen durch integrierte Schienenverkehrsunternehmen. Unter diese Bestimmung fallen gemäß Art. 7 Abs. 1 RL 2012/34 jene Entscheidungsbefugnisse, die sich auf die Überwachung der Dienstleistungserbringung im gemeinwirtschaftlichen Interesse, die Trassenzuweisung¹², die Festlegung von Wegeentgelten sowie die Zulassung von Eisenbahnunternehmen beziehen. Diese Vorgabe impliziert allerdings nicht zwingend auch eine (funktionsübergreifende) organisatorische Trennung der beiden Unternehmensbereiche, worauf noch im Einzelnen einzugehen sein wird.¹³ Im Übrigen können die Mitgliedstaaten auch Eisenbahnunternehmen

innerbetriebliche Kontrolle, wobei der Autonomiebereich für die Eisenbahnunternehmen etwas pointierter formuliert ist, umfassen.

¹¹ Zumindest missverständlich daher *Burmeister*, Wettbewerb der Eisenbahnen (Fn. 5), 72f. Wie hier etwa *Bucher*, Open Access im Schienenverkehr (Fn. 4), 69; *Astrid Epiney/Reto Gruber*, Verkehrsrecht in der EU, 2001, 221. Vgl. zur Unvereinbarkeit des Erfordernisses einer staatlichen Genehmigung in Bezug auf den Erwerb oder die Veräußerung von Geschäftsanteilen durch ein öffentliches Eisenbahnunternehmen EuGH, Rs. C-557/10 (Kommission/Portugal), Urt. v. 25.10.2012.

¹² Vieles spricht hier dafür, dass damit nicht nur die Trassenzuweisung i.e.S., sondern auch sonstige Vorgänge, die sich auf die Verfügbarkeit von Trassen und damit ihre Zuweisung auswirken können, erfasst sind. Vgl. im Einzelnen *Epiney*, Trennung der Erbringung von Verkehrsdienstleistungen (Fn. 7), 41 f.

¹³ Unten III.

(oder jeder anderen Stelle) die „Erhebung von Entgelten und die Verantwortung für die Verwaltung der Eisenbahninfrastruktur“ übertragen; zu letzterer gehören Investitionen, Wartung und Finanzierung (Art. 7 Abs. 1 RL 2012/34). M.a.W. können (nur) diese Funktionen dann doch (wieder) von Eisenbahnunternehmen wahrgenommen werden.

Art. 10 ff. RL 2012/34 betreffen die eigentliche Marktzugangsregelung für die miteinander in Konkurrenz tretenden Dienstleistungsanbieter: Danach steht den Eisenbahnunternehmen für die Erbringung aller Arten von Schienenfrachtverkehr das gesamte europäische Schienennetz offen (Art. 10 Abs. 1 RL 2012/34).¹⁴ Auch im Bereich der grenzüberschreitenden Personenverkehrsdienste ist der freie Marktzugang grundsätzlich gewährleistet (Art. 10 Abs. 2 RL 2012/34). Die Mitgliedstaaten haben jedoch die Möglichkeit, den Marktzugang auf Strecken einzuschränken, für die Verträge über die öffentliche Verkehrsdienstleistung vereinbart wurden, vorausgesetzt, dass deren wirtschaftliches Gleichgewicht gefährdet würde (Art. 11 RL 2012/34).

Die Inanspruchnahme der gewährleisteten Zugangsrechte muss auf der Grundlage des Abschlusses einer entsprechenden Vereinbarung mit dem Infrastrukturbetreiber erfolgen bzw. hängt von einem solchen ab (Art. 28 RL 2012/34). Darin sind neben Fragen der Verkehrssicherheit insbesondere solche der Verkehrsregelung – etwa in Bezug auf die Vergabe der Trassen – zu klären, wobei die festgelegten Modalitäten nicht diskriminierend wirken dürfen. Die hierbei zu beachtenden Vorgaben ergeben sich ebenfalls aus der RL 2012/34.¹⁵ Leitlinie ist jedenfalls der Grundsatz der Nichtdiskriminierung, der sowohl in Bezug auf den Zugang zur Infrastruktur als auch die Festsetzung des Wegeentgelts zu beachten ist.¹⁶

¹⁴ Nach Art. 12 RL 2012/34 können die Mitgliedstaaten – unbeschadet des Art. 11 Abs. 2 RL 2012/34 – die Behörden ermächtigen, eine Abgabe für die Nutzung der Infrastruktur zu erheben, wobei diese nicht diskriminierend ausgestaltet sein muss. Diese Abgabe dient als Ausgleichsleistung für die öffentlichen Dienstleistungsverpflichtungen und darf nicht höher sein als die für die Deckung dieser Dienste anfallenden Kosten.

¹⁵ Vorher waren sie in der RL 2001/14 festgelegt. Vgl. zu Einzelheiten auf der Grundlage der RL 2001/14 *Epiney*, Trennung der Erbringung von Verkehrsdienstleistungen (Fn. 7), 27 ff.; s. auf der Grundlage der RL 2012/34 *Epiney/Heuck/Schleiss*, in: Dausen, Hb. EU-Wirtschaftsrecht (Fn. 2), L, Rn. 407 ff. Neu durch die RL 2012/34 eingeführt wurden Präzisierungen in Bezug auf den Umfang der vom Infrastrukturbetreiber zu erbringenden Leistungen: So haben die Eisenbahnunternehmen nach Art. 13 Abs. 1 RL 2012/34 Anspruch auf ein Mindestzugangspaket, das neben dem Recht zur Nutzung zugewiesener Fahrwegkapazitäten u. a. auch die Inanspruchnahme von Diensten der Zugsteuerung sowie von weiteren Informationen, die für den Betrieb des Verkehrsdienstes erforderlich sind, umfasst. Darüber hinaus müssen die Eisenbahnunternehmen auch uneingeschränkt Zugang zu Serviceeinrichtungen – wie z. B. Bahnhofsgebäuden, Abstellgleisen, Versorgungs-, Wartungs- oder Zugsbildungseinrichtungen – erhalten, wobei eine Zugangsverweigerung zulässig ist, wenn vertretbare Alternativen vorhanden sind.

¹⁶ S. schon die die allgemeine Formulierung in Art. 7 Abs. 1 RL 2012/34. S. sodann in Bezug auf die Festsetzung des Entgelts Art. 29 Abs. 2, 3 RL 2012/34, wonach die Anwendung der Entgeltregelung auf dem gesamten Schienennetz auf den gleichen Grundsätzen beruht und keine Diskriminierung der Eisenbahnunternehmer untereinander erfolgt. S. ansonsten zu den bei der Entgeltfestsetzung zu beachten

In Bezug auf den von der Richtlinie in diesem Zusammenhang zugrunde gelegten Begriff der „Diskriminierung“ spricht Vieles dafür, das Diskriminierungsverbot nicht nur als ein Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit anzusehen (womit lediglich direkte oder indirekte Diskriminierungen von im Ausland ansässigen Eisenbahnunternehmen erfasst wären), sondern hier eine umfassendere Sichtweise in dem Sinn zugrunde zu legen, dass die Berechnung der Weegeentgelte und die Zuteilung von Fahrwegkapazitäten nach sachgerechten, objektiven Kriterien erfolgen muss. Denn die genannten Vorschriften nehmen teilweise auch auf eine „gerechte“ Behandlung Bezug (vgl. etwa Art. 7 Abs. 1, Art. 39 Abs. 1 RL 2012/34), erwähnen die Gleichbehandlung der Eisenbahnunternehmen untereinander (ohne zwischen solchen im Inland und solchen im Ausland ansässigen zu differenzieren), so dass es um die Frage nach der sachlichen Berechtigung der zu treffenden Entscheidungen geht.

Im Zentrum der genannten Bestimmungen steht daher das Anliegen, dass Weegeentgelte und Fahrwegkapazität so berechnet bzw. zugeteilt werden, dass nicht bestimmte Eisenbahnunternehmen im Vergleich zu anderen bevorzugt werden. Damit ist – unabhängig von der Organisationsform und über die diesbezüglichen Vorgaben hinaus – jedenfalls zu gewährleisten, dass im Ergebnis nicht aufgrund der Heranziehung sachfremder Kriterien bestimmte Eisenbahnunternehmen bevorzugt bzw. benachteiligt werden. Deutlich wird damit aber auch, dass eine Diskriminierung in diesem Sinn nur dann anzunehmen ist, wenn es um Differenzierungen geht, die sachlich nicht gerechtfertigt sind bzw. auf sachfremden Kriterien beruhen, impliziert doch letztlich jede Entscheidung, etwa für die Trassenzuweisung an ein Eisenbahnunternehmen, eine „Benachteiligung“ eines anderen, ohne dass dies jedoch als Diskriminierung im Sinne der einschlägigen Bestimmungen der Richtlinie anzusehen ist, wenn hierfür sachliche Gründe bzw. Kriterien – wozu insbesondere die sich aus den Richtlinien selbst ergebenden bzw. dort beispielhaft aufgeführten zählen – bestehen.

III. Insbesondere: zur Reichweite der Unabhängigkeit des Infrastrukturbetreibers

Wie bereits erwähnt, gibt die RL 2012/34 die Trennung von Eisenbahnunternehmen und Infrastrukturbetreiber vor, ohne jedoch eine bestimmte Organisationsform vorzuschreiben oder auszuschließen. Allerdings sind der Richtlinie diesbezüglich einige spezifische Kriterien zu entnehmen, und die gewählte Organisationsform muss jedenfalls sicherstellen, dass keine

Grundsätze Art. 30 ff. RL 2012/34 (s. hier insbesondere Art. 39 Abs. 1 in Bezug auf die Vorgabe einer gerechten und nichtdiskriminierenden Zuweisung von Fahrwegkapazität).

Diskriminierung im genannten Sinn erfolgt. Diese materiell-rechtliche Pflicht der nichtdiskriminierenden Ausgestaltung der Weegeentgelte und der Zuteilung von Fahrwegkapazität impliziert somit auch allgemein (d.h. ggf. über die in den Richtlinien präzise formulierten Anforderungen hinaus) die Pflicht dafür zu sorgen, dass organisatorische Maßnahmen oder Regelungen nicht die Gefahr einer Diskriminierung mit sich bringen. Aufgeworfen wird damit die Frage, welche Folgerungen hier in Bezug auf die organisatorische Implementierung der Trennung von Eisenbahnunternehmen und Infrastrukturbetreiber zu ziehen sind, insbesondere, ob sog. integrierte Eisenbahnunternehmen – also solche, die unter einem (Holding-) Dach sowohl die Erbringung von Verkehrsdienstleistungen als auch die Infrastruktur vereinigen – mit den Vorgaben der Richtlinie in Einklang stehen (können). Im Übrigen könnten einige weitere Vorgaben der RL 2012/34 die Annahme weitergehender Anforderungen an die Reichweite der Unabhängigkeit der Infrastrukturbetreiber nahelegen.

Ausgangspunkt der hier anzustellenden Überlegungen ist der Umstand, dass der hier zentrale Art. 7 Abs. 1 RL 2012/34 vorsieht, dass die für einen gerechten und nichtdiskriminierenden Infrastrukturzugang als ausschlaggebend anzusehenden Funktionen zu entflechten sind; diese „Entscheidungsbefugnisse“ sind auf „Stellen oder Unternehmen“ zu übertragen, die selbst keine Eisenbahndienstleistungen erbringen.¹⁷ Diese Formulierung lässt m.E. klar erkennen, dass die Trennung von Infrastruktur und Verkehrsdienstleistungen auch innerhalb desselben Unternehmens durch voneinander getrennte Unternehmensbereiche durchgeführt werden kann, so dass die RL 2012/34 gerade nicht grundsätzlich verlangt, dass die Bereiche Verkehrsdienstleistungen und Infrastruktur in jeder Hinsicht zu trennen sind. Damit stehen integrierte Schienenverkehrsunternehmen grundsätzlich mit den Anforderungen der RL 2012/34 in Einklang, auch soweit innerhalb eines solchen Unternehmens die Infrastrukturbetreiberin die wesentlichen Funktionen nach Art. 7 Abs. 1 RL 2012/34 wahrnimmt.

Allerdings könnte Art. 7 Abs. 2 RL 2012/34, wonach der Infrastrukturbetreiber bzw. eine entgelterhebende bzw. trassenvergebende Stelle rechtlich, organisatorisch und in ihren Entscheidungen von einem Eisenbahnunternehmen unabhängig sein muss, dafür angeführt werden, dass auch in rechtlicher Hinsicht eine vollumfängliche Trennung zwischen Eisenbahnunternehmen und Infrastrukturbetreiber sichergestellt werden muss. Denn „rechtliche“ Unabhängigkeit könnte so ausgelegt werden, dass etwa eine Holdingstruktur

¹⁷ Vgl. insoweit auch schon oben II.

dieser Vorgabe nicht entspräche, geht es hier doch um ein Unternehmen. Allerdings ist diese Bestimmung im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 1 RL 2012/34 zu sehen: Während Art. 7 Abs. 1 RL 2012/34 die Unabhängigkeit der Infrastrukturbetreiber in Bezug auf die Wahrnehmung der wesentlichen Funktionen regelt, bezieht sich Art. 7 Abs. 2 RL 2012/34 gerade auf diejenige Konstellation, in der diese Unabhängigkeit des Infrastrukturbetreibers vom Eisenbahnunternehmen nicht den Anforderungen des Art. 7 Abs. 1 RL 2012/34 entspricht und sieht für diesen Fall vor, dass die in Art. 29 ff. RL 2012/34 genannten Aufgaben von einer anderen Stelle wahrzunehmen sind, die unabhängig vom Eisenbahnunternehmen ist. Dieses Verständnis des Zusammenhangs beider Absätze erscheint auch deshalb zwingend, weil sich sowohl Art. 7 Abs. 1 als auch Art. 7 Abs. 2 RL 2012/34 auf dieselben Aufgaben beziehen. Vor diesem Hintergrund ist bei der Auslegung des Begriffs der Unabhängigkeit in Art. 7 Abs. 2 RL 2012/34 die Grundsatzregelung in Art. 7 Abs. 1 RL 2012/34 zu berücksichtigen. Diese sieht aber gerade vor, dass die „wesentlichen Funktionen“ der Infrastrukturbetreiber „Stellen oder Unternehmen“ zu übertragen sind, die selbst keine Eisenbahndienstleistungen erbringen, woraus zu schließen ist, dass es sich gerade nicht um auch rechtlich in jeder Hinsicht selbständige Unternehmen handeln muss. Dieser Schluss wird noch durch Art. 7 Abs. 1 S. 2 RL 2012/34 bestätigt, wonach der Nachweis der Erreichung des Ziels der Sicherstellung eines gerechten und nichtdiskriminierenden Zugangs zur Infrastruktur ungeachtet der Organisationsstruktur zu erbringen ist, lässt diese Formulierung doch auf eine gewisse Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Organisationsstruktur schließen. Ganz abgesehen davon macht dieser Hinweis nur Sinn, wenn man davon ausgeht, dass nicht zwingend eine vollständige Trennung zwischen Verkehr und Infrastruktur sichergestellt sein muss, wäre diesfalls der Nachweis der Zielerreichung doch nicht notwendig (da das Ziel ja bereits aufgrund der vollständigen Trennung erreicht wäre). Ebenso ist in Art. 6 Abs. 2 RL 2012/34 im Zusammenhang mit der Trennung der Rechnungsführung davon die Rede, dass mit Blick auf diese Trennung innerhalb desselben Unternehmens voneinander getrennte Unternehmensbereiche eingerichtet oder dass der Infrastrukturbetrieb und der Verkehrsbetrieb von eigenständigen Stellen geführt werden. Auch hieraus wird man schließen können, dass integrierte Bahnunternehmen durchaus mit den Vorgaben der Richtlinie in Einklang stehen können.

Vor diesem Hintergrund ist der Begriff der Unabhängigkeit im Sinne des Art. 7 Abs. 2 RL 2012/34 so auszulegen, dass hieraus in Bezug auf die genannten Bestimmungen keine weitergehenden „Unabhängigkeitsanforderungen“ abgeleitet werden können. Leitete man aus Art. 7 Abs. 2 RL 2012/34 ein allgemeines Unabhängigkeitserfordernis als

„Organisationsmerkmal“ ab, würde die von den genannten anderen Bestimmungen implizierte grundsätzliche Möglichkeit der Mitgliedstaaten, integrierte Schienenverkehrsunternehmen vorzusehen, im Rahmen derselben eben auch die Infrastrukturbetreiber (unter noch zu präzisierenden Voraussetzungen) die wesentlichen Funktionen im Sinne des Art. 7 Abs. 1 RL 2912/34 ausüben, *ad absurdum* geführt, ganz abgesehen davon, dass eine solche Auslegung in Anbetracht des dargelegten systematischen Zusammenhangs inkohärent wäre.¹⁸

Vor diesem Hintergrund drängt sich angesichts der erwähnten Formulierungen¹⁹ in der RL 2012/34 der Schluss auf, dass im Hinblick auf bestimmte Zielsetzungen Entflechtungen erreicht werden sollen, die Art und Weise ihrer Verwirklichung aber im Wesentlichen den Mitgliedstaaten überlassen werden soll, ein Ansatz, der auch dem Charakter der Richtlinie sowie den Zielsetzungen des Art. 7 Abs. 1 RL 2012/34 entspricht: Denn diese Bestimmung soll im Hinblick auf die Sicherstellung des nichtdiskriminierenden Zugangs zur Infrastruktur eine von einem Eisenbahnverkehrsleistungen anbietenden Unternehmen getrennte Wahrnehmung der „wesentlichen Funktionen“ gewährleisten, so dass diese Bestimmung – wofür auch die Bezugnahme auf die Zielsetzung in Art. 7 Abs. 1 Uabs. 1 S. 2 RL 2012/34 spricht – letztlich von einer funktionalen Sicht ausgehen dürfte. Dann aber reicht es aus, dass die Trennung sich auf diese Tätigkeiten bzw. Funktionen bezieht, während eine weitergehende umfassende Aufspaltung von Infrastruktur und Verkehr hierfür nicht notwendig ist, so dass dieser Ansatz auch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Art. 5 Abs. 4 EUV) entspricht. Insofern ist die in Art. 7 Abs. 1 RL 2012/34 vorgesehene Entflechtung als Tätigkeitsqualifikation und nicht als Organisationsmerkmal im Sinne einer umfassenden Unabhängigkeit zu verstehen.²⁰

¹⁸ Hinzuweisen ist im Übrigen darauf, dass die genaue Reichweite der Ausgestaltung der Unabhängigkeit im Gesetzgebungsverfahren (im Vorfeld des Erlasses der entsprechenden Bestimmungen der RL 91/440 und der RL 2001/14, die durch die RL 2012/34 „übernommen“ wurden) sehr umstritten war und weitergehende Vorschläge nach einer umfassenden Trennung von Verkehr und Infrastruktur gerade nicht aufgenommen wurden, so dass es widersprüchlich erschiene, eine solche umfassende Trennung „auf dem Umweg“ über die Auslegung der Unabhängigkeitserfordernisse einzuführen. Vgl. zur Entstehungsgeschichte und den hier zu Tage getretenen Meinungsverschiedenheiten etwa *Georg Hermes*, Gemeinschaftsrecht, „neutrale“ Entscheidungsträger und Demokratieprinzip, FS Manfred Zuleeg, 2005, 410 (412 f.); dies soll sich allerdings nach den Vorstellungen der Kommission im Rahmen des sog. vierten Bahnpakets ändern, vgl. noch die Hinweise unter IV.

¹⁹ Wobei auch andere Sprachfassungen keinen anderen Ansatz nahe legen.

²⁰ Ebenso mit in dieselbe Richtung gehenden Argumenten *Holst*, in: Frohnmeyer/Mückenhausen (Hrsg.), EG-Verkehrsrecht, Kommentar, 21, Rn. 17; *Michael Ronellenfötsch*, Die Umsetzung des Eisenbahninfrastrukturpakets, DVBl. 2002, 657 (666 f.); *Bucher*, Open Access im Schienenverkehr (Fn. 4), 70; *Patrick Segalla*, Offener Netzzugang im Schienenverkehr, 2002, 19; *Karsten Amann*, Die funktionelle Trennung von Infrastruktur und Betrieb im Eisenbahnwesen, 2008, 72; wohl auch *Martina Maier/Jan Hendrik Dopheide*, Europäischer Schienengüterverkehr nach dem Ersten EU-Eisenbahnpaket, EuZW 2003, 456 (460). A.A., ohne jedoch auf die hier erörterten Gesichtspunkte einzugehen, etwa *Georg Zellhofer*, Der Wettbewerb auf den europäischen Schienenverkehrsmärkten. Eine Analyse der Liberalisierungsrichtlinien und der wettbewerbsrechtlichen Entscheidungspraxis der EG im

Die Präzisierungen in Art. 7 Abs. 2 RL 2012/34 (Unabhängigkeit in rechtlicher, organisatorischer Hinsicht und in Bezug auf die getroffenen Entscheidungen) sind denn auch in diesem Sinn zu verstehen, so dass aus ihnen nur – aber immerhin – abzuleiten ist, dass die getrennte Wahrnehmung der Aufgaben rechtlich zu verankern ist, organisatorische Vorkehrungen zu treffen sind, damit verschiedene Stellen (wenn auch innerhalb eines Unternehmens) tätig werden, und alle sonstigen notwendigen Maßnahmen zu ergreifen sind, damit die Entscheidungsautonomie bei der Wahrnehmung der wesentlichen Funktionen nicht beeinträchtigt wird.

Vor diesem Hintergrund kann die rechtliche Tragweite der sich aus Art. 7 Abs. 1 Uabs. 1 S. 1 RL 2012/34 ergebenden Verpflichtung, die dort genannten wesentlichen Funktionen einer Stelle zu übertragen, die selbst keine Eisenbahnverkehrsdienstleistungen erbringt, im Lichte des Art. 7 Abs. 2 RL 2012/34 sowie der Zielsetzung der Sicherstellung eines nichtdiskriminierenden Infrastrukturzugangs wie folgt präzisiert werden:

- Erstens dürfte die schon in Art. 7 Abs. 1 Uabs. 1 S. 1 RL 2012/34 verlangte Trennung – auch in Anknüpfung an Art. 7 Abs. 2 RL 2012/34, wo u.a. eine „rechtliche Unabhängigkeit“ verlangt wird – auch eine entsprechende rechtliche Verankerung implizieren. Denn von einer effektiv durchgeführten Trennung derjenigen Stellen, die Eisenbahndienstleistungen anbietet, von denjenigen, die die besagten „sensiblen“ Aufgaben wahrnehmen, kann wohl nur dann ausgegangen werden, wenn diese Trennung auch rechtlich abgesichert ist, so dass rein tatsächliche Verhältnisse jedenfalls nicht ausreichen.²¹
- Eine rechtliche Verankerung dieser Trennung dürfte jedoch nicht zwingend implizieren, dass die Eisenbahndienstleistungen anbietende Stelle und die Infrastrukturbetreiberin auch eigene juristische Personen sein müssen. Vielmehr dürfte die erwähnte, insbesondere in Art. 7 Abs. 1 RL 2012/34 zum Ausdruck gekommene

Schieneverkehr, 2003, 76. Nicht ganz klar *Hermes*, FS Zuleeg (Fn. 18), 410 (412 ff.); *Felix Berschin*, Zur Trennung von Netz und Betrieb der Deutschen Bahn AG aufgrund des europäischen Eisenbahnpakets, DVBl. 2002, 1079 (1081), die einerseits darauf hinweisen, dass das auf einem Kompromiss beruhende Sekundärrecht im Eisenbahnsektor integrierte Unternehmen grundsätzlich zulässt, andererseits auf das Erfordernis einer rechtlichen, organisatorischen und in den Entscheidungen gegebene Unabhängigkeit verweisen.

²¹ Dieser Ansatz dürfte auch vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH zu den Anforderungen an die Umsetzung von Richtlinien zwingend sein: Der Gerichtshof geht nämlich in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die Umsetzung klar sein müsse, was grundsätzlich eine ausdrückliche Umsetzung impliziert, so dass eine reine Verwaltungspraxis nicht ausreicht. Vgl. etwa EuGH, Rs. C-361/88 (Kommission/Deutschland), Slg. 1991, I-2567; EuGH, Rs. C-441/02 (Kommission/Deutschland), Slg. 2006, I-3449; EuGH, Rs. C-217/97 (Kommission/Deutschland), Slg. 1999, I-5087; EuGH, Rs. C-233/00 (Kommission/Frankreich), Slg. 2003, I-13909; EuGH, Rs. C-32/05 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2006, I-11323.

Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten durchaus auch die Möglichkeit offen lassen, innerhalb desselben Unternehmens eben zwei getrennte „Stellen“ einzurichten, wobei die Trennung allerdings – wie erwähnt – in rechtlich verbindlicher Weise vorzusehen ist. Zuzugeben ist allerdings, dass gerade auch die organisatorische Trennung und die Unabhängigkeit der beiden Unternehmensbereiche in aller Regel eher durch die Schaffung einer eigenen Rechtsperson, die (auch) die wesentlichen Funktionen wahrnimmt, gewährleistet ist, wobei das integrierte Schienenverkehrsunternehmen, das unter einem einheitlichen (Holding-) Dach sowohl Verkehrsdienstleistungen als auch Infrastrukturbetrieb vereinigt, dies allerdings in rechtlich selbständigen juristischen Personen organisiert, im Vordergrund steht.

- Sodann ist die organisatorische Trennung der beiden Unternehmensbereiche sicherzustellen (kann doch nur unter dieser Voraussetzung von zwei verschiedenen „Stellen“ gesprochen werden).
- Weiter ist unternehmensintern die Unabhängigkeit der vorgesehenen Stelle, die die wesentlichen Funktionen im Sinne des Art. 7 Abs. 1 RL 2012/34 wahrnimmt, von demjenigen Unternehmensteil, der Verkehrsdienstleistungen erbringt, sicherzustellen, dies zumindest soweit diese Entscheidungen betroffen sind. Denn nur unter dieser Voraussetzung kann das in Art. 7 Abs. 1 Uabs. 1 S. 1 RL 2012/34 formulierte Ziel, einen nichtdiskriminierenden Zugang zur Infrastruktur sicherzustellen, erreicht werden. M.a.W. sind mit hinreichender Klarheit und rechtlich abgesichert alle Vorkehrungen zu treffen, damit der Bereich Infrastruktur zumindest in Bezug auf die wesentlichen Funktionen tatsächlich unabhängig vom Bereich Verkehrsdienstleistungen operieren und entscheiden kann (s. auch Art. 7 Abs. 2 RL 2012/34, wo die Entscheidungsunabhängigkeit betont wird). Will man die dargelegten grundsätzlichen Weichenstellungen in der RL 2012/34 nicht in Frage stellen, impliziert jedoch allein der Umstand, dass die Bereiche Infrastruktur einerseits und Verkehrsdienstleistung andererseits unter demselben „Unternehmensdach“ (sei dies nun jeweils als rechtlich unabhängige juristische Personen oder nicht) in einer (Holding-) Struktur „vereinigt“ sind, für sich allein noch nicht die Gefahr gegenseitiger Einflussnahme. Jedoch sind gerade in einer solchen Struktur geeignete Maßnahmen zu treffen, um die *a priori* bestehende Einflussmöglichkeit zu vermeiden. Diese Maßnahmen können etwa in einer ausdrücklichen Verankerung der Unabhängigkeit des Infrastrukturbereichs in Bezug auf die zu treffenden Entscheidungen, in der (ggf. damit verbundenen) fehlenden diesbezüglichen Weisungsbefugnis der obersten Konzernleitung oder / und in der

Verankerung einer unabhängigen (also konzernexternen) Kontrolle dieser Stelle bestehen. Zu bemerken ist weiter, dass das Erfordernis der Unabhängigkeit in den Entscheidungen grundsätzlicher Natur ist, so dass es nicht darauf ankommt, ob tatsächlich den Anforderungen an einen gerechten und nichtdiskriminierenden Zugang zur Infrastruktur entsprochen wird oder nicht. Ebensowenig ist es notwendig, dass es (in konkreten Fällen) tatsächlich zu Einflussnahmen kommt. Vielmehr reicht es aus, dass eine Einflussnahme möglich erscheint, und die Konzeption der RL 2012/34 geht eben gerade dahin, dass diesfalls ein Diskriminierungspotential besteht und damit die Vorgaben der Richtlinie nicht erfüllt sind. Hingegen ist allein die abstrakte und mittelbare Gefahr der Beeinträchtigung der Unabhängigkeit der die wesentlichen Funktionen wahrnehmenden Stelle aufgrund ihrer Integration in eine Holding oder ein Gesamtunternehmen nicht ausreichend, würde doch ansonsten die konzeptionelle Grundentscheidung der RL 2012/34, wonach die Unabhängigkeit (auch) in der Entscheidungsfindung funktional zu verstehen ist, unterlaufen. Damit ist entscheidend darauf abzustellen, ob die Entscheidungsfindung und die Organisation in Bezug auf die wesentlichen Funktionen so ausgestaltet sind, dass diese – in den Worten der RL 2012/34 – rechtlich, organisatorisch und in Bezug auf den Entscheidungsinhalt unabhängig und eigenständig sind, also insbesondere weder durch die Holdingleitung noch durch andere Unternehmensteile wie den Verkehrsleistungssektor beeinflusst werden. Massgeblich ist hierbei, dass die funktionsbezogene Trennung so durchgeführt wird, dass ein gerechter und nichtdiskriminierender Zugang zur Infrastruktur verwirklicht werden kann.²²

Insgesamt stehen damit integrierte Schienenverkehrsunternehmen – also solche, die unter einem (Holding-) Dach sowohl die Erbringung von Verkehrsdienstleistungen als auch die Infrastruktur vereinigen – durchaus grundsätzlich mit den Vorgaben der RL 2012/34 in Einklang, wobei bei ihrer internen Organisation den skizzierten Anforderungen Rechnung zu tragen ist.

Diesen Ansatz legt grundsätzlich auch der Gerichtshof in der eingangs erwähnten Rs. C-556/10²³ zugrunde: In Bezug auf die Frage ob der Infrastrukturbetreiber in Deutschland („DB Netz“) die Anforderungen der RL 91/440 und der RL 2001/14 – die in Art. 7 RL 2012/34 aufgegriffen wurden – erfüllt, stellt der Gerichtshof entscheidend darauf ab, dass der

²² Vgl. in Bezug auf sich hier stellende Detailfragen in Bezug auf die Regelung der Unabhängigkeit *Epiney*, Trennung der Erbringung von Verkehrsdienstleistungen (Fn. 7), 54 ff.

²³ EuGH, Rs. C-556/10 (Kommission/Deutschland), Urt. v. 28.2.2013; s. auch das parallele Urteil in Bezug auf die Umsetzung in Österreich bei EuGH, Rs. C-555/10 (Kommission/Österreich), Urt. v. 28.2.2013.

Infrastrukturbetreiber in Bezug auf die Modalitäten der Entscheidungsfindung unabhängig sein müsse. Allein der Umstand, dass die DB Netz als Betreiber der Eisenbahninfrastruktur in das Unternehmen DB AG integriert ist, das als Holding auch Eisenbahnunternehmen umfasst, führt also nicht dazu, dass den Anforderungen der Richtlinie an die Unabhängigkeit nicht entsprochen wird. Der Gerichtshof weist in diesem Zusammenhang auch darauf hin, dass es unstrittig sei, dass die DB Netz über eine von der DB AG gesonderte Rechtspersönlichkeit und zum anderen über eigene Organe und Mittel, die sich von denjenigen der DB AG unterscheiden, verfüge.²⁴

Nicht ganz klar wird aus diesen Formulierungen, ob eine eigene Rechtspersönlichkeit und – damit in engem Zusammenhang stehend – eigene Organe zwingend notwendig sind, um die Unabhängigkeit zu gewährleisten. M.E. impliziert diese Passage des Urteils gerade keine Stellungnahme zu dieser Frage, sondern ihre Bedeutung ist vielmehr darin zu sehen, dass jedenfalls im Falle einer solchen eigenen Rechtspersönlichkeit und eigener Organe eine rechtliche und organisatorische Unabhängigkeit im Sinne der Richtlinie vorliegt, was nicht zwingend bedeutet, dass diese Kriterien als solche unabdingbare Voraussetzungen hier wären. Vielmehr sprechen – wie ausgeführt – die besseren Gründe gegen einen solchen Ansatz, wenn auch nicht zu verkennen ist, dass sich eine derartige Konstruktion angesichts der Vorgaben der Richtlinie durchaus aufdrängen kann. Damit ist rechtlich und organisatorisch unabhängig – wie ausgeführt – in dem Sinn zu verstehen, dass die Unabhängigkeit rechtlich verankert ist und organisatorisch auf geeignete Weise sicherzustellen ist. Nur dieser Ansatz entspricht denn auch dem durch die RL 2012/34 zugrundegelegten funktionalen Ansatz.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass das rein formale Abstellen auf eine eigene Rechtspersönlichkeit und eigene Organe als solche noch keine Unabhängigkeit zu gewährleisten vermag. So ist es z.B. denkbar, dass Eisenbahnunternehmen selbst eine juristische Person gründen und diese dann auch kontrollieren, womit zwar die Rechtspersönlichkeit zu bejahen ist und auch eigene Organe bestehen, jedoch aufgrund der Kontrolle dieser eigenen juristischen Person durch Eisenbahnunternehmen wohl keine Unabhängigkeit gegeben ist, da auch eine unabhängige Entscheidungsfindung zu gewährleisten ist.

IV. Schluss

²⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-556/10 (Kommission/Deutschland), Urt. v. 28.2.2013, Rn. 58 f.

Damit stehen auf der Grundlage des geltenden Rechts auch sog. integrierte Schienenverkehrsunternehmen mit den Vorgaben der RL 2012/34 in Einklang, wenn hier auch noch nicht alle Einzelfragen abschließend geklärt sind. Allerdings soll das sog. vierte Eisenbahnpaket²⁵ nach den Vorstellungen der Kommission insbesondere eine vollständige Trennung zwischen der Erbringung von Verkehrsdienstleistungen und dem Betrieb der Infrastruktur bringen. Die Verabschiedung entsprechender Vorschläge der Kommission steht offenbar kurz bevor.²⁶ Allerdings ist aus einigen Mitgliedstaaten – so auch aus Deutschland – mit beträchtlichem politischem Widerstand zu rechnen, so dass derzeit nicht absehbar ist, wann dieses vierte Paket tatsächlich beschlossen werden wird.

Zu berücksichtigen ist in diesem Rahmen wohl auch, dass der Nachweis, dass im Falle integrierter Eisenbahn- und Infrastrukturunternehmen tatsächlich substantiell schlechtere Dienstleistungen im Bahnverkehr (sei dies nun im Hinblick auf die Qualität oder im Hinblick auf den Preis) erbracht werden als im Falle einer vollständigen Trennung der beiden Bereiche bzw. dass die Qualität der Bahndienstleistungen und ihr Preis sozusagen „automatisch“ mit einer immer vollständigeren Trennung steigt, offenbar keineswegs erbracht ist bzw. sehr gewichtige Argumente gegen diese Annahme sprechen, zumindest in ihrer Allgemeinheit. Dann aber erscheint es jedenfalls politisch, möglicherweise aber auch – angesichts des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – rechtlich, bedenklich, in der von der Kommission in Aussicht gestellten „Absolutheit“ auf diese Trennung und die „perfekte“ Verwirklichung des vollumfänglichen Wettbewerbs auch im Schienenverkehr zu setzen.

²⁵ Dieses Paket umfasst Vorschläge für Anpassungen folgender Rechtsakte: RL 2012/34, hier namentlich zur Frage der Trennung von Verkehr und Infrastruktur, KOM (2013) 29/2; VO 1370/2007, hier namentlich Liberalisierung des nationalen Personenverkehrs und Ausschreibungspflicht im Regionalverkehr auf der Schiene, KOM (2013) 28/2; VO 881/2004, hier namentlich neue Aufgaben der Europäischen Eisenbahnagentur im Bereich der Zulassung von Rollmaterial und Infrastrukturkomponenten sowie eine stärkere Aufsicht über die nationalen Sicherheitsbehörden, KOM (2013) 26/2; RL 2004/49, KOM (2013) 31; RL 2008/57, KOM (2013) 30. Die VO 1192/69 soll aufgehoben werden.

²⁶ Vgl. Agence Europe No. 10760 vom 10. Januar 2013. S. auch Mitteilung der Kommission über die Entwicklung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums, KOM (2010) 474 endg.