

Erhebung von Betriebskostenaufschlägen im System der Entgeltregulierung des deutschen Eisenbahnrechts

Andreas Neumann

IRNIK-Diskussionspapier Nr. 2

Bonn, 2008



Institut für das Recht der Netzwirtschaften,
Informations- und Kommunikationstechnologie

Die IRNIK-Diskussionspapiere berichten über ausgewählte Forschungsvorhaben des Instituts und sollen auf diese Weise zur allgemeinen Diskussion aktueller Fragen aus den verschiedenen Tätigkeitsbereichen des Instituts beitragen. Wenn die IRNIK-Diskussionspapiere auf einer drittfinanzierten Tätigkeit beruhen, wird das entsprechend ausgewiesen.

Institut für das Recht der Netzwirtschaften, Informations- und Kommunikationstechnologie (IRNIK) GbR

Hausanschrift: Rheinweg 67, 53129 Bonn
Postanschrift: Postfach 15 01 61, 53040 Bonn
Telefon: (+49)-(0)228-8-50-79-97
Telefax: (+49)-(0)228-8-50-86-62
WWW: <http://www.irnik.de>
Elektronische Post: kontakt@irnik.de

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	I
Abkürzungsverzeichnis.....	II
Zusammenfassung.....	V
Studie.....	1
A. Einleitung.....	1
B. Konkretisierungs- oder Alternativmodell.....	3
I. Grammatikalische Auslegung.....	3
II. Genetische Auslegung.....	3
1. Beschlussempfehlung des Bundestagsausschusses.....	3
2. Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung.....	5
III. Systematische Auslegung.....	7
1. Anwendungsbereich von § 14 Abs. 4 S. 2 AEG.....	7
2. Begrenzung auf eine am Markt erzielbare Rendite (§ 14 Abs. 4 S. 3 AEG)...	8
3. Verordnungsrechtliche Ausgestaltung von § 14 Abs. 4 S. 1 AEG.....	10
IV. Teleologische Auslegung.....	11
V. Gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung.....	13
VI. Ergebnis.....	14
C. Obligatorische oder fakultative Konkretisierung.....	16
I. Grammatikalische Auslegung.....	16
II. Genetische Auslegung.....	16
III. Systematische Auslegung.....	17
IV. Gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung.....	18
V. Ergebnis.....	19
Literaturverzeichnis.....	21

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere(n/r) Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz/Absätze
AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz
AG	Aktiengesellschaft
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (<i>Zeitschrift</i>)
Art.	Artikel(n)
Az.	Aktenzeichen
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
DB	Deutsche Bahn
ders.	derselbe
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (<i>Zeitschrift</i>)
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EIBV	Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung
Einf	Einführung
Erl.	Erläuterung(en)
EuGH	Europäischer Gerichtshof
evtl.	eventuell
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (<i>Zeitschrift</i>)
f./ff.	folgende
Fn.	Fußnote
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
Hrsg.	Herausgeber
i. d. R.	in der Regel

IR	InfrastrukturRecht (<i>Zeitschrift</i>)
IRNIK	Institut für das Recht der Netzwirtschaften, Informations- und Kommunikationstechnologie
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
JZ	Juristenzeitung (<i>Zeitschrift</i>)
lit.	litera
Mrd.	Milliarden
N&R	Netzwirtschaften & Recht (<i>Zeitschrift</i>)
Nr.	Nummer(n)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (<i>Zeitschrift</i>)
rd.	rund
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Satz/Sätze Seite(n)
Slg.	Sammlung
SPNV	Schienenpersonennahverkehr
u.	und
UAbs.	Unterabsatz
Urt.	Urteil
v.	vom
vgl.	vergleiche
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (<i>Zeitschrift</i>)
WWW	World Wide Web
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (<i>Zeitschrift</i>)
z. T.	zum Teil

Zusammenfassung

§ 14 Abs. 4 AEG enthält in den Sätzen 1 – 3 ein einheitliches System der Entgeltregulierung. § 14 Abs. 4 S. 2 AEG konkretisiert dabei die in § 14 Abs. 4 S. 1 AEG enthaltene Vorgabe für die Bestimmung der Entgelte durch Betreiber von Schienenwegen. Die Auffassung, der zufolge § 14 Abs. 4 S. 2 AEG eine von § 14 Abs. 4 S. 1 AEG abweichende Entgeltbemessung erlaubt, steht nicht im Einklang mit den Vorgaben des deutschen und europäischen Eisenbahnrechts.

Anders als es der Wortlaut zunächst vermuten lässt, handelt es sich bei der in § 14 Abs. 4 S. 2 AEG vorgesehenen Deckung der Kosten, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen, überdies nicht um eine fakultative Ausgestaltungsmöglichkeit. Wie sich insbesondere aus den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben ergibt, haben die Betreiber der Schienenwege ihre Entgelte vielmehr zwingend auf Grundlage der unmittelbaren Betriebskosten festzulegen. In den Grenzen der EIBV, einer evtl. Verpflichtung zur Vollkostendeckung (§ 14 Abs. 4 S. 1 AEG) und weiterer eisenbahnrechtlicher Anforderungen an die Entgeltbemessung steht es den Betreibern lediglich grundsätzlich frei, ob und inwieweit sie Aufschläge auf diese unmittelbaren Betriebskosten vorsehen wollen.

Zugleich ergibt sich aus einer Interpretation von § 14 Abs. 4 S. 2 AEG als obligatorische Konkretisierung von § 14 Abs. 4 S. 1 AEG die implizite materielle Vorgabe an die Gestaltung der Entgelte für den Schienenzugang, dass diese jenseits der verordnungsrechtlich vorgegebenen oder erlaubten Bestandteile nur Aufschläge auf die unmittelbaren Betriebskosten enthalten dürfen.

Studie

A. Einleitung

Aufgrund entsprechender Vorgaben in den Art. 6 ff. der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG¹ wurden mit der Novellierung des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG) im Jahr 2005² spezifische gesetzliche Vorgaben zur Regulierung der Entgelte für den Schienenzugang geschaffen. § 14 Abs. 4 S. 1 – 3 AEG enthalten seitdem folgende Regelung:

„Betreiber von Schienenwegen haben ihre Entgelte nach Maßgabe einer auf Grund des § 26 Abs. 1 Nr. 6 und 7 erlassenen Rechtsverordnung so zu bemessen, dass die ihnen insgesamt für die Erbringung der Pflichtleistungen im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 entstehenden Kosten zuzüglich einer Rendite, die am Markt erzielt werden kann, ausgeglichen werden. Hierbei können sie Aufschläge auf die Kosten, die unmittelbar auf Grund des Zugbetriebs anfallen, erheben, wobei sowohl je nach den Verkehrsleistungen Schienenpersonenfernverkehr, Schienenpersonennahverkehr oder Schienengüterverkehr als auch nach Marktsegmenten innerhalb dieser Verkehrsleistungen differenziert werden kann und die Wettbewerbsfähigkeit, insbesondere des grenzüberschreitenden Schienengüterverkehrs, zu gewährleisten ist. Die Höhe der Entgelte darf jedoch im Fall des Satzes 2 bezogen auf ein Marktsegment nicht die Kosten, die jeweils unmittelbar auf Grund des Zugbetriebs anfallen, zuzüglich einer Rendite, die am Markt erzielt werden kann, übersteigen.“

Diese parlamentsgesetzlichen Vorgaben werden seit der ebenfalls noch 2005 erfolgten Neufassung der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV)³ durch verordnungsrechtliche Bestimmungen flankiert und ausgestaltet (§§ 20 – 23 EIBV). Noch bevor die damit umrissene eisenbahnrechtliche Entgeltregulierung überhaupt praktische Wirksamkeit entfalten konnte, sind bereits eine Vielzahl von Auslegungsproblemen zu Tage getreten.⁴ Dabei sind insbesondere zwei Grundsatzfragen umstritten:

Zum einen geht es um die Auslegung von § 14 Abs. 4 S. 1 AEG. Hier stellt sich insbesondere die Frage, ob dieser Bestimmung eine *Verpflichtung* zu entnehmen ist, der zufolge ein Betreiber der Schienenwege eisenbahnrechtlich verpflichtet ist, die ihm insgesamt für die Erbringung der Pflichtleistungen entstehenden Kosten (zuzüglich ei-

1 Richtlinie 2001/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2001 über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn, die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur und die Sicherheitsbescheinigung, ABl. EG 2001 L 75, 29.

2 Drittes Gesetz zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften, BGBl. I 2005, 1138.

3 BGBl. I 2005, 1566.

4 Vor diesem Hintergrund wurden bereits verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich der (Un-) Bestimmtheit der in § 14 Abs. 4 AEG enthaltenen Regelungen geäußert, *Säcker*, Der Einfluss der sektorspezifischen Regulierung auf die Anwendung des deutschen und gemeinschaftlichen Kartellrechts, 2006, S. 301 f.

ner Rendite) durch die von ihm erhobenen Entgelte auszugleichen.⁵ Zum anderen geht es um die Bedeutung der sich in § 14 Abs. 4 S. 2 AEG hieran anschließenden Bestimmung. Die vorliegende Untersuchung ist aus Vorüberlegungen zu einem Auftragsgutachten hervorgegangen. Sie soll einige Aspekte dieser zweiten Frage einer Klärung zuführen, wobei sich gewisse inhaltliche Überschneidungen mit der erstgenannten Auslegungsfrage schon angesichts der engen systematischen Verbindung der beiden Vorschriften nicht vermeiden lassen. Außer Betracht bleiben im Folgenden die Regelungen über die Gewährung von Entgeltnachlässen, deren Einbeziehung nur zu einer Erhöhung der Darstellungskomplexität führen würde, ohne inhaltlichen Einfluss auf die Auslegung zu haben.

5 Hierfür etwa *Gerstner*, in: Beck'scher AEG-Kommentar, 2006, § 14 Rn. 179 f.; *Koenig/Neumann/Schellberg*, WuW 2006, 139, 143; *Kühling/Hermeier/Heimeshoff*, Entgeltregulierung im Eisenbahnrecht, 2007, S. 64 f. u. 77; *Neumann*, in: Ronellenfitsch/Schweinsberg, Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts XI, 2006, S. 155, 173; *Rother*, in: Ronellenfitsch/Schweinsberg, Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts XI, 2006, S. 179, 195; *Ruge*, AöR 131 (2006), 1, 61 f.; ders., DVBl 2005, 1405, 1411 f.; ders., IR 2005, 196, 197; *Säcker* (Fn. 4), S. 298 f., sowie (mit gewissen Effizienzkorrekturen) *Ostendorf/Grün*, IR 2005, 275, 276 f., zumindest tendenziell *Kühling/Ernert*, NVwZ 2006, 33, 45, und insbesondere auch noch *Gersdorf*, ZHR 168 (2004), 576, 611 (mit Blick auf die im Gesetzgebungsverfahren zunächst auf Verordnungsebene angesiedelte Regelung: „klar[e] Vorgabe der Erhebung eines Aufschlags zum Zwecke des Kostenausgleichs“). Offenlassend *Monopolkommission*, Wettbewerbs- und Regulierungsversuche im Eisenbahnverkehr, 2007, BR-Drs. 284/07, 70 f. (Rn. 194). A. A. *Ernert*, Zugangs- und Entgeltregulierung in der Eisenbahnwirtschaft, 2007, S. 275 (der übersieht, dass Satz 1 sich nicht auf entstehende Kosten, sondern in terminologischer Abgrenzung zu Satz 2 auf die *insgesamt* entstehenden Kosten bezieht); *Ernert/Staebe*, N&R 2007, 153, 158 f.; *Gersdorf*, Entgeltregulierung im Eisenbahnsektor, 2007, S. 20 u. 26 f.; *Staebe*, WuW 2006, 492, 498. Zutreffend die Einschätzung von *Gersdorf*, a. a. O., S. 26, dass die Verpflichtung zur Vollkostendeckung in „der Literatur ... zumeist angenommen“ werde; die empirische Grundlage der a. A. von *Ernert/Staebe*, N&R 2007, 153, 159 („In der praktischen Anwendung und in der regulierungsrechtlichen Literatur ist anerkannt, dass der Betreiber der Schienenwege nicht verpflichtet ... ist, seine Gesamtkosten zu decken.“), bleibt daher dunkel. Bislang kaum beleuchtet ist demgegenüber die Frage, ob (und aus welchen Gründen) § 14 Abs. 4 S. 1 AEG einer Entgeltbemessung entgegensteht, bei der nicht nur die insgesamt für die Erbringung der Pflichtleistungen entstehenden Kosten zuzüglich einer Rendite, die am Markt erzielt werden kann, ausgeglichen, sondern darüber hinausgehende Gewinne vereinnahmt werden. Für eine solche Funktion als Obergrenze *Ernert/Staebe*, N&R 2007, 153, 158; *Gersdorf*, a. a. O., S. 20 u. 44; *Staebe*, WuW 2006, 492, 497. So wohl auch *Kühling/Hermeier/Heimeshoff* (Fn. 5), S. 67 („Kostendeckelung“); *Kühling/Ernert*, NVwZ 2006, 33, 35, sowie *Kramer*, in: Kunz, Eisenbahnrecht, Loseblattsammlung, Stand: 21. Ergänzungslieferung (Juni 2007), A 4.1 Erl. 1 zu § 14 Abs. 4 AEG (S. 198), der jedoch davon ausgeht, dass bereits in Satz 1 nicht die Vollkosten, sondern nur die Grenzkosten des Betreibers angesprochen seien. Offenlassend *Neumann*, a. a. O., S. 173 Fn. 28.

B. Konkretisierungs- oder Alternativmodell

Bereits hinsichtlich des Regelungsansatzes von § 14 Abs. 4 S. 2 AEG werden zwei grundsätzlich divergierende Deutungen vertreten: Zum einen kann man in dieser Vorschrift eine Konkretisierung der in § 14 Abs. 4 S. 1 AEG enthaltenen Vorgabe für die Entgeltbildung sehen (Konkretisierungsmodell).⁶ Zum anderen wird in § 14 Abs. 4 S. 2 (i. V. m. S. 3) AEG aber auch ein Entgeltbemessungssystem gesehen, das alternativ zu der Vorgabe in § 14 Abs. 4 S. 1 AEG zur Anwendung kommen kann (Alternativmodell).⁷

I. Grammatikalische Auslegung

Dem Wortlaut ist keine vollständig zwingende Aussage zu entnehmen.⁸ Der Wortsinn hängt davon ab, was in § 14 Abs. 4 S. 2 AEG gemeint ist, wenn es dort heißt, dass die Betreiber „hierbei“ Aufschläge auf die Kosten, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen, erheben können. Versteht man dies als Bezugnahme auf die Bemessung der Entgelte nach Maßgabe der EIBV, könnte dem Gesetz ein Alternativmodell zugrunde liegen.⁹ Allerdings ist die Bemessung der Entgelte zwar Regelungsgegenstand von § 14 Abs. 4 S. 1 AEG. Diese Bestimmung ist aber so formuliert, dass sie sich als ganze auf den Ausgleich der insgesamt entstehenden Kosten durch die Entgelte bezieht. Das legt es bereits sprachlich näher, in dem Begriff „hierbei“ eine Bezugnahme auf den Ausgleich der Kosten nach Satz 1 zu verstehen.¹⁰ Der Wortlaut von § 14 Abs. 4 S. 2 AEG deutet daher eher auf das Konkretisierungs- als auf das Alternativmodell hin.

II. Genetische Auslegung

§ 14 Abs. 4 AEG wurde erst mit der Gesetzesnovelle im Jahr 2005 geschaffen.

1. Beschlussempfehlung des Bundestagsausschusses

Die Vorschrift geht zurück auf die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen.¹¹ Begründet wurde Satz 1 damit, dass der

6 So wohl *Gerstner* (Fn. 5), § 14 Rn. 180; *Kühling/Hermeier/Heimeshoff* (Fn. 5), S. 69 ff.; *Ruge*, AöR 131 (2006), 1, 62; ders., DVBl 2005, 1405, 1411.

7 *Gersdorf* (Fn. 5), S. 27; *Staebe*, WuW 2006, 492, 497. So wohl auch *Kramer* (Fn. 5), A 4.1 Erl. 1 u. 5 zu § 14 Abs. 4 AEG (S. 198 u. 200), wenn dieser in Satz 1 das Grenzkostenprinzip verankert sieht, daneben aber auch das Prinzip der Vollkostendeckung für eisenbahnrechtlich zulässig hält.

8 So auch *Staebe*, WuW 2006, 492, 496.

9 In diesem Sinne *Gersdorf* (Fn. 5), S. 27.

10 *Kühling/Hermeier/Heimeshoff* (Fn. 5), S. 70. So auch *Staebe*, WuW 2006, 492, 496; im Ergebnis – trotz missverständlicher Bezugnahme auf die „Erhebung des Entgelts“ – auch *Säcker* (Fn. 4), S. 299.

11 Beschlussempfehlung des Ausschusses für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, BT-Drs. 15/4419, 2, 4 (Nr. 9 lit. c).

„Betreiber der Schienenwege ... mindestens die Deckung der durch den Betrieb der Schienenwege entstehenden Kosten erreichen [muss]. Er kann darüber hinaus einen der Marktsituation angemessenen Gewinn erzielen“.¹²

Satz 2 soll der Begründung zufolge

„fest[legen], dass der Betreiber der Schienenwege für seine Leitungen¹³ je nach Marktsituation für einzelne Marktsegmente unterschiedliche Entgelte erheben darf. Damit wird seine unternehmerische Position gestärkt“.¹⁴

Die in § 14 Abs. 4 S. 3 AEG vorgesehene Vorschrift sollte schließlich

„die Höhe der Entgelte ein[regeln]. Unter der Bedingung, dass insgesamt mindestens Kostendeckung zu erzielen ist, darf der Betreiber der Schienenwege seine Preisgestaltung nicht so vornehmen, dass einzelne Marktsegmente von der Nutzung seiner Schienenwege ausgeschlossen sind“.¹⁵

Dies spricht dafür, dass mit § 14 Abs. 4 S. 1 AEG eine verbindliche Mindestvorgabe für die Entgeltbemessung geschaffen werden sollte.¹⁶ Eine solche Vorgabe wäre aber wenig sinnvoll, wenn durch § 14 Abs. 4 S. 2 AEG ein Alternativmodell etabliert würde, das eine Entgeltfestsetzung abweichend von dieser Mindestvorgabe erlauben würde. In der Begründung der Beschlussempfehlung findet sich auch kein Hinweis darauf, dass im Anwendungsbereich von Satz 2 die Vorgabe des ersten Satzes keine Geltung beanspruchen soll. Vielmehr nimmt die Begründung zu § 14 Abs. 4 S. 3 AEG den Gedanken der Mindestvorgabe explizit wieder auf („Unter der Bedingung, dass insgesamt mindestens Kostendeckung zu erzielen ist“), obwohl Satz 3 ausdrücklich nur „im Fall des Satzes 2“ gilt. Die Gesetzesmaterialien sprechen daher deutlich gegen die Annahme eines Alternativmodells.¹⁷

Zum Teil wird dagegen auf die Erwägung verwiesen, der zufolge durch die Formulierung in Satz 2 die „unternehmerische Position“ des Betreibers gestärkt¹⁸ werden soll.¹⁹ Diese zeige, dass der Gesetzgeber mit § 14 Abs. 4 S. 2 u. 3 AEG den Rahmen gesetzt habe, innerhalb dessen ein Betreiber der Schienenwege die Trassenentgelte nach unternehmerischen Grundsätzen autonom festsetzen dürfe.²⁰ Dieses Argument ist schon deshalb nicht belastbar, weil sich die zitierte Begründungspassage gerade nicht darauf bezieht, dass mit § 14 Abs. 4 S. 2 u. 3 AEG die unternehmerische Position des Betrei-

12 Bericht des Abgeordneten *Eduard Lintner*, BT-Drs. 15/4419, 9, 17 (zu Nummer 9 Buchstabe c Satz 1).

13 Gemeint sind wohl die „Leistungen“ des Betreibers der Schienenwege.

14 Bericht des Abgeordneten *Eduard Lintner*, BT-Drs. 15/4419, 9, 17 (zu Nummer 9 Buchstabe c Satz 2).

15 Bericht des Abgeordneten *Eduard Lintner*, BT-Drs. 15/4419, 9, 17 (zu Nummer 9 Buchstabe c Satz 3).

16 So auch *Staebe*, WuW 2006, 492, 497.

17 Vgl. auch *Gerstner* (Fn. 5), § 14 Rn. 180.

18 Bericht des Abgeordneten *Eduard Lintner*, BT-Drs. 15/4419, 9, 17 (zu Nummer 9 Buchstabe c Satz 2).

19 *Gersdorf* (Fn. 5), S. 28.

20 *Gersdorf* (Fn. 5), S. 28.

bers – gegenüber der Vorgabe in Satz 1 – gestärkt werden soll. Sie bezieht sich vielmehr alleine darauf, dass der Betreiber „je nach Marktsituation für einzelne Marktsegmente unterschiedliche Entgelte erheben darf“.²¹ Darüber hinaus blendet sie die ausdrückliche Bezugnahme auf die Mindestvorgabe in Satz 1 aus, die in der Begründung zu Satz 3 enthalten ist. Die Gesetzesmaterialien sprechen daher dafür, dass mit § 14 Abs. 4 S. 2 u. 3 AEG der Rahmen gesetzt werden sollte, innerhalb dessen ein Betreiber der Schienenwege die Trassenentgelte *im Einklang mit § 14 Abs. 4 S. 1 AEG* (und ggf. weiteren eisenbahnrechtlichen Vorgaben) nach unternehmerischen Grundsätzen autonom festsetzen darf.

2. Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung

Die Entstehungsgeschichte der dann mit § 14 Abs. 4 S. 1 – 3 AEG verabschiedeten Bestimmungen beginnt indes nicht mit der Beschlussempfehlung des Bundestagsausschusses. Vielmehr fanden sich ähnliche Regelungen im ursprünglichen Entwurf für eine an die Novellierung des AEG angepasste Neufassung der EIBV.²² In dieser sollte in § 21 Abs. 1 festgelegt werden, dass der

„Betreiber der Schienenwege ... das Entgelt für die Pflichtleistungen (Anlage 1 Nr. 1) grundsätzlich in Höhe der Kosten festzulegen [hat], die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen“.²³

Begründet wurde diese Regelung folgendermaßen:

„Die Höhe der Entgelte wird mit dieser Vorschrift grundsätzlich auf die Kosten festgelegt, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebes anfallen. Die Ausnahmen sind in § 22 EIBV enthalten (siehe dort). Die Grenzkosten und die Aufschläge auf Grenzkosten müssen ausgewiesen werden. Dies bedeutet nicht, dass die Kostenstruktur eines Betreibers der Schienenwege veröffentlicht werden muss. Das Eisenbahn-Bundesamt muss jedoch die Entgeltfestsetzung im Einzelfall anhand der Vorgaben der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung prüfen können. Dazu ist die interne Aufteilung in Grenzkosten und Aufschläge erforderlich.“²⁴

Neben dem für § 21 Abs. 1 EIBV vorgesehenen Grundsatz sollte jedoch in § 22 Abs. 1 S. 1 zugleich geregelt werden, dass der

„Betreiber der Schienenwege ... Aufschläge gegenüber dem Entgelt nach § 21 Abs. 1 zu erheben [hat], um mindestens seine Kosten für die Pflichtleistungen (Anlage 1 Nr. 1) insgesamt und unter Berücksichtigung der Entgeltnachlässe nach § 23 auszugleichen“.²⁵

21 Bericht des Abgeordneten *Eduard Lintner*, BT-Drs. 15/4419, 9, 17 (zu Nummer 9 Buchstabe c Satz 2).

22 BR-Drs. 891/04.

23 BR-Drs. 891/04, 19.

24 Verordnungsbegründung, BR-Drs. 891/04, 30, 53 f. (zu § 21 Abs. 1).

25 BR-Drs. 891/04, 20.

Diese Regelung wurde wie folgt begründet:

„Während § 21 Abs. 1 EIBV als Entgelt grundsätzlich die Grenzkosten festlegt, sieht diese Vorschrift die Deckung der dem Betreiber der Schienenwege entstehenden vollständigen Kosten und einen am Markt erzielbaren Gewinn vor.

*Kosten der Betreiber der Schienenwege*²⁶

Kosten der Betreiber der Schienenwege sind die gesamten, ggf. nach Berücksichtigung der Investitionen Dritter gem. § 20 Abs. 2 EIBV, verbleibenden Kosten. Diese Kosten muss der Betreiber der Schienenwege grundsätzlich über die Trassenpreise decken. Das bedeutet für die Eisenbahnen des Bundes, dass, nach Maßgabe von § 20 Abs. 2 EIBV, ggf. Kosten der vom Bund finanzierten Investitionen nicht vollständig berücksichtigt werden: Derzeit stellt der Bund die Finanzierungsmittel für Schienenwegeinvestitionen (rd. 4 Mrd. € pro Jahr) weit überwiegend (rd. 90 %) in Form von nicht rückzahlbaren Baukostenzuschüssen bereit. Eine Nichtberücksichtigung der Kosten der Bereitstellung dieser Finanzierungsmittel wirkt sich folglich im konsolidierten Jahresabschluss der DB AG stark entlastend aus.²⁷

Im Zusammenspiel der ursprünglich für § 21 Abs. 1 und § 22 Abs. 1 S. 1 EIBV vorgesehenen verordnungsrechtlichen Ausformungen wäre ein Betreiber der Schienenwege daher verpflichtet gewesen, das Entgelt für die Pflichtleistungen grundsätzlich in Höhe der Kosten festzulegen, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen. Er hätte auf diese unmittelbaren Betriebskosten aber Aufschläge erheben müssen, um mindestens seine Kosten für die Pflichtleistungen insgesamt und unter Berücksichtigung etwaiger Entgeltnachlässe auszugleichen.²⁸ Die Erhebung von Betriebskostenaufschlägen sollte dabei ausdrücklich dazu dienen, die Deckung der dem Betreiber der Schienenwege entstehenden vollständigen Kosten und einen am Markt erzielbaren Gewinn zu erreichen.²⁹ Es ging also nicht um zwei alternative Modelle der Entgeltgestaltung (freie Vollkostendeckung einerseits, Erhebung von Betriebskostenaufschlägen andererseits).

Diese ursprünglich auf Verordnungsebene vorgesehenen Regelungen bildeten angesichts der in weiten Teilen wortidentischen oder zumindest erhebliche Ähnlichkeiten aufweisenden Formulierungen den Hintergrund für die in der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen als § 14 Abs. 4 S. 1 u. 2 AEG vorgesehenen Bestimmungen. Insbesondere mit Blick auf die knappe Begründung der Beschlussempfehlung spricht auch dieser entstehungsgeschichtliche Hintergrund tendenziell für die Annahme, dass insoweit nur eine normhierarchische Aufwertung der entsprechenden Vorgaben bezweckt war, dass inhaltlich aber nicht etwa die Möglichkeit eines Alternativmodells geschaffen werden sollte. Insgesamt stützt die genetische Auslegung somit die Annahme eines Konkretisierungsmodells.³⁰

26 Hervorhebung hinzugefügt.

27 Verordnungsbegründung, BR-Drs. 891/04, 30, 55 (zu § 22 Abs. 1 S. 1 u. 2).

28 So damals auch noch die Einschätzung von *Gersdorf*, ZHR 168 (2004), 576, 611.

29 Verordnungsbegründung, BR-Drs. 891/04, 30, 55 (zu § 22 Abs. 1 S. 1 u. 2).

30 A. A. (ohne Begründung) *Staebe*, WuW 2006, 492, 496.

III. Systematische Auslegung

Auch die norminterne Systematik, bei der Satz 2 auf Satz 1 folgt und zumindest partiell inhaltlich auf ihn Bezug nimmt („hierbei“), spricht eher für das Konkretisierungsmodell, bei dem die in Satz 1 enthaltene allgemeine Vorgabe durch genauere Vorgaben in Satz 2 (und Satz 3) konkretisiert wird.

1. Anwendungsbereich von § 14 Abs. 4 S. 2 AEG

Allerdings werden für das Alternativmodell gerade auch systematische Erwägungen vorgebracht. Die durch § 14 Abs. 4 S. 2 u. 3 AEG eröffnete Möglichkeit einer Entgeltbemessung auf Grundlage einer Deckung der unmittelbaren Betriebskosten und hierauf aufsetzender Aufschläge („können“) setze voraus, dass von der in § 14 Abs. 4 S. 1 AEG vorgesehenen Entgeltbildung nach Maßgabe einer Vollkostendeckung abgewichen werden könne.³¹ Wäre ein Betreiber der Schienenwege nach § 14 Abs. 4 S. 1 AEG zwingend zur Vollkostendeckung verpflichtet, hätten § 14 Abs. 4 S. 2 u. 3 AEG keinen Anwendungsbereich.³²

Dieses Argument träfe nur zu, wenn § 14 Abs. 4 S. 2 u. 3 AEG zwingend voraussetzen würden, dass die Entgelte insgesamt unterhalb der Vollkosten festgesetzt werden können, also unterhalb der insgesamt für die Erbringung der Pflichtleistungen entstehenden Kosten. § 14 Abs. 4 S. 2 AEG erfordert seinem Wortlaut zufolge jedoch nur, dass es dem Betreiber freigestellt ist, inwieweit er *Aufschläge* auf die unmittelbaren Betriebskosten *erheben möchte* („können sie Aufschläge auf die Kosten, die unmittelbar auf Grund des Zugbetriebs anfallen, erheben“).³³ Auch wenn die Vollkosten stets oberhalb der unmittelbaren Betriebskosten (als einem Bestandteil der Vollkosten) liegen,³⁴ ist damit nicht ausgesagt, dass bei einer Entgeltbemessung nach Satz 2 eine Kostenunterdeckung zwingend möglich sein muss.

Vielmehr lässt sich § 14 Abs. 4 S. 2 AEG auch so verstehen, dass die Erhebung von Betriebskostenaufschlägen eine *Möglichkeit* zur Erfüllung der Vollkostenvorgabe aus Satz 1 ist.³⁵ § 14 Abs. 4 S. 2 AEG würde somit eine Auslegung von § 14 Abs. 4 S. 1 AEG ausschließen, der zufolge für jede einzelne Pflichtleistung das Prinzip der Vollkostendeckung verwirklicht werden muss.³⁶ § 14 Abs. 4 S. 2 AEG käme dann zumindest eine klarstellende Funktion zu. Die Vorschrift würde dabei sogar über einen eigenstän-

31 *Ernert* (Fn. 5), S. 275; *Gersdorf* (Fn. 5), S. 26; *Staebe*, WuW 2006, 492, 496.

32 *Gersdorf* (Fn. 5), S. 26 f.

33 A. A. *Gersdorf* (Fn. 5), S. 28, der das Prädikat „können“ darauf beziehen möchte, dass die zugbetriebsbedingten Kosten – mit entsprechenden Aufschlägen – zur Grundlage der Entgeltkalkulation gemacht werden „können“. Das lässt sich nur vertreten, wenn man den Begriff „hierbei“ generell auf die Entgeltbemessung bezieht, vgl. hierzu bereits oben, unter I. (S. 3).

34 *Ostendorf/Grün*, IR 2005, 275, 276. Mit Blick auf Art. 7 Abs. 3 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG ebenso *Ernert* (Fn. 5), S. 245.

35 *Ruge*, AÖR 131 (2006), 1, 62 f.; ders., DVBl 2005, 1405, 1412. Im Ergebnis ist diese Auslegung aber abzulehnen, siehe hierzu ausführlich unten, unter C. (S. 16 ff.).

36 Auch *Staebe*, WuW 2006, 492, 498, sieht diesbezüglichen Klarstellungsbedarf.

digen Anwendungsbereich verfügen, da mit der Verpflichtung zur Gewährleistung der Wettbewerbsfähigkeit und den Vorgaben in Satz 3 zugleich materielle Anforderungen an eine entsprechende Ausgestaltung des Entgeltsystems gestellt werden.

Darüber hinaus ließe sich die Vorschrift des § 14 Abs. 4 S. 2 AEG aber sogar als obligatorische Vorgabe deuten, bei der sich die Entscheidungsfreiheit („können“) nur darauf beschränkt, für welche Verkehrsleistungen bzw. Marktsegmente Betriebskostenaufschläge vorgesehen werden, mit denen die Differenz zwischen den unmittelbaren Betriebskosten und den Vollkosten gedeckt wird. § 14 Abs. 4 S. 2 AEG setzt somit gerade nicht voraus, dass die Gesamtsumme der Entgelte unterhalb der Vollkostengrenze bleiben kann.

2. Begrenzung auf eine am Markt erzielbare Rendite (§ 14 Abs. 4 S. 3 AEG)

Etwas anderes könnte sich nur aus Satz 3 ergeben. Danach darf die „Höhe der Entgelte ... im Fall des Satzes 2 bezogen auf ein Marktsegment nicht die Kosten, die jeweils unmittelbar auf Grund des Zugbetriebs anfallen, zuzüglich einer Rendite, die am Markt erzielt werden kann, übersteigen“. Dem Wortlaut nach bedingt das eine Deckelung der Betriebskostenaufschläge auf die Höhe der Rendite, die am Markt erzielt werden kann.³⁷ Bei einer Entgeltbemessung nach § 14 Abs. 4 S. 2 u. 3 AEG könnten damit insgesamt nur die unmittelbaren *Betriebskosten* zuzüglich einer marktentsprechenden Rendite erzielt werden, wohingegen nach § 14 Abs. 4 S. 1 AEG die i. d. R. erheblich höheren *Vollkosten* zuzüglich einer solchen Rendite ausgeglichen werden müssten.³⁸ Dies schliesse es aus, in § 14 Abs. 4 S. 2 u. 3 AEG eine Konkretisierung von § 14 Abs. 4 S. 1 AEG zu sehen.

Allerdings zeigt schon die genetische Auslegung, dass mit Satz 3 eine andere Zielsetzung verfolgt wird. Ausweislich der Begründung des Bundestagsausschusses soll der Betreiber der Schienenwege nach § 14 Abs. 4 S. 3 AEG unter

„der Bedingung, dass insgesamt mindestens Kostendeckung zu erzielen ist, ... seine Preisgestaltung nicht so vornehmen [dürfen], dass einzelne Marktsegmente von der Nutzung seiner Schienenwege ausgeschlossen sind“.³⁹

Die in Satz 3 formulierte Begrenzung soll daher ihrerseits unter der Bedingung stehen, dass die in Satz 1 vorgesehene Vollkostendeckung erreicht wird.⁴⁰ Mit der in Satz 3 enthaltenen Begrenzung sollte danach überdies nur sichergestellt werden, dass einzelne Marktsegmente nicht von der Nutzung der Schienenwege ausgeschlossen werden. Warum dies aber eine Begrenzung auf die unmittelbaren Betriebskosten zuzüglich ei-

³⁷ Ostendorf/Grün, IR 2005, 275, 276.

³⁸ So auch Kühling/Hermeier/Heimeshoff (Fn. 5), S. 77 f.; siehe auch Säcker (Fn. 4), S. 299 f.

³⁹ Bericht des Abgeordneten Eduard Lintner, BT-Drs. 15/4419, 9, 17 (zu Nummer 9 Buchstabe c Satz 3).

⁴⁰ Gerstner (Fn. 5), § 14 Rn. 180; Kühling/Hermeier/Heimeshoff (Fn. 5), S. 86; Säcker (Fn. 4), S. 300.

ner marktentsprechenden Rendite erforderlich machen soll, ist nicht ersichtlich.

Vor allem aber sprechen systematisch-teleologische Erwägungen dagegen, § 14 Abs. 4 S. 3 AEG als marktsegmentbezogene Entgeltobergrenze zu verstehen, die in allen Fällen des § 14 Abs. 4 S. 2 AEG zur Anwendung kommt.⁴¹ Dies hätte nämlich erhebliche Konsequenzen für die Höhe der dort vorgesehenen Betriebskostenaufschläge. Diese dürften insgesamt eine Rendite, die am Markt erzielt werden kann, nicht übersteigen. Die Aufschläge könnten mithin ausschließlich der Erwirtschaftung der Rendite dienen. Eine Deckung der Differenz zwischen den unmittelbaren Betriebskosten und den Vollkosten wäre dem Betreiber der Schienenwege grundsätzlich nicht möglich.⁴² Von der mit Satz 2 eigentlich intendierten Stärkung der unternehmerischen Position⁴³ bliebe nichts übrig. Dies könnte es zwar im Ansatzpunkt sinnvoll erscheinen lassen, § 14 Abs. 4 S. 2 u. 3 AEG als Alternativmodell zur Vollkostendeckung nach § 14 Abs. 4 S. 1 AEG anzusehen. Es würde diesem Alternativmodell aber zugleich jede Attraktivität nehmen, da es den Betreiber der Schienenwege zwingen würde, erhebliche Verluste zu erwirtschaften. Bezeichnenderweise berufen sich daher die Vertreter eines Alternativmodells für ihre Auffassung auch nicht auf § 14 Abs. 4 S. 3 AEG, sondern aus systematischer Sicht bestenfalls auf § 14 Abs. 4 S. 2 AEG.

Kann § 14 Abs. 4 S. 3 AEG nach alldem nicht so verstanden werden, dass er einer Vollkostendeckung nach § 14 Abs. 4 S. 1 AEG entgegensteht, bedarf es an dieser Stelle keiner abschließenden Klärung, wie die Vorschrift richtigerweise auszulegen ist. Ein überzeugender Ansatz bestünde darin, § 14 Abs. 4 S. 3 AEG nur die Funktion eines Marktausschlusstestes beizumessen, die ihm insbesondere auch in den Gesetzesmaterialien zugeschrieben wird. Dann stünde § 14 Abs. 4 S. 3 AEG nur einer solchen Gestaltung der Betriebskostenaufschläge entgegen, bei der einzelne Marktsegmente von der Nutzung des Schienennetzes ausgeschlossen würden, obwohl sie (mindestens) die unmittelbaren Betriebskosten zuzüglich einer marktentsprechenden Rendite tragen könnten.⁴⁴ § 14 Abs. 4 S. 3 AEG entspräche dann der Vorgabe in Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2

41 *Gerstner* (Fn. 5), § 14 Rn. 180, verweist überdies darauf, dass § 14 Abs. 4 S. 3 AEG bei einer Differenzierung nur nach Verkehrsarten und bei einem gänzlichen Verzicht auf eine Differenzierung ohnehin nicht anwendbar sei. Sollte diese Auffassung zutreffen, wäre auch aus diesem Grund aus § 14 Abs. 4 S. 3 AEG kein Argument für ein Alternativmodell ableitbar.

42 Siehe auch *Säcker* (Fn. 4), S. 299 f. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn man unter der Rendite nach § 14 Abs. 4 S. 3 AEG etwas anderes verstehen sollte als im Kontext von § 14 Abs. 4 S. 1 AEG, was zwar durch Erwägungsgrund 39 S. 2 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG nahegelegt würde, sich aber zumindest an den Grenzen der Auslegung bewegen dürfte. *Kühling/Hermeier/Heimeshoff* (Fn. 5), S. 177, sehen dementsprechend keinen Anhaltspunkt für ein abweichendes Verständnis.

43 Bericht des Abgeordneten *Eduard Lintner*, BT-Drs. 15/4419, 9, 17 (zu Nummer 9 Buchstabe c Satz 2).

44 *Gersdorf* (Fn. 5), S. 33. Noch weitergehend *Ostendorf/Grün*, IR 2005, 275, 276, die im Falle eines drohenden Marktausschlusses sogar eine zwingende Begrenzung auf die unmittelbaren Betriebskosten für geboten erachten. Enger hingegen *Kühling/Hermeier/Heimeshoff* (Fn. 5), S. 82 ff., die § 14 Abs. 4 S. 3 AEG für Aufschläge i. S. v. § 21 Abs. 2 u. 3 EIBV keine Bedeutung beimessen wollen. Kritisch *Säcker* (Fn. 4), S. 300 ff., der den Marktausschlusstest nach deutschem Recht nur für relevant hält, wenn sich die Vollkostendeckung

der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG. Methodisch ließe sich dieses Ergebnis auf zwei Wegen erreichen:

Zum einen könnte man den Begriff der „Rendite“ in § 14 Abs. 4 S. 3 AEG abweichend von § 14 Abs. 4 S. 1 AEG als Synonym für die in § 14 Abs. 4 S. 2 AEG genannten Betriebskostenaufschläge verstehen.⁴⁵ Hierfür spräche insbesondere Erwägungsgrund 39 S. 2 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG, der sich auf Art. 8 Abs. 1 der Eisenbahnzugangsrichtlinie bezieht und in dem die Möglichkeit einer Kostendeckung „durch Aufschläge bzw. eine Rendite“ angesprochen wird.⁴⁶ Die zusätzliche Bedingung „die am Markt erzielt werden kann“ würde sich dann als Marktausschlusstest i. S. v. Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG darstellen. Alternativ könnte an eine teleologische Reduktion des ansonsten zu weit geratenen Wortlautes von § 14 Abs. 4 S. 3 AEG auf die Fälle gedacht werden, in denen ansonsten der Marktausschluss droht. Da durch diese Reduktion die Entgeltgestaltungsfreiheit des Betreibers erhöht wird, stehen ihr auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken entgegen.

Bezogen auf die hier relevante Fragestellung folgt daraus, dass der Betreiber der Schienenwege nach § 14 Abs. 4 S. 2 u. 3 AEG gerade nicht die Möglichkeit haben muss, von der Vollkostendeckung nach § 14 Abs. 4 S. 1 AEG nach unten abzuweichen. Vielmehr lassen sich die dort enthaltenen Regelungen für eine betriebskostenbasierte Entgeltgestaltung als fakultative (und um materielle Anforderungen angereicherte) Ausgestaltung der Vollkostenvorgabe aus § 14 Abs. 4 S. 1 AEG oder sogar als obligatorische Konkretisierung dieser Vorgabe verstehen.

3. *Verordnungsrechtliche Ausgestaltung von § 14 Abs. 4 S. 1 AEG*

Schließlich wird aus systematischer Sicht zugunsten der Annahme eines Alternativmodells auch die Verweisung in § 14 Abs. 4 S. 1 AEG auf eine verordnungsrechtliche Ausgestaltung der dort enthaltenen Vorgabe herangezogen.⁴⁷ Die in §§ 21 ff. EIBV vorgesehenen Regelungen eigneten sich nämlich nicht zur Konkretisierung eines Modells, das auf Betriebskostenaufschlägen beruht, da die Erhebung von Aufschlägen dort nicht vorgesehen sei.⁴⁸

Selbst wenn man außer Acht lässt, dass die neue EIBV zeitlich nach der AEG-Novelle in Kraft getreten ist,⁴⁹ sich aus der konkreten Ausgestaltung der verordnungsrecht-

auch auf andere Weise erreichen lässt, hiergegen aber gemeinschaftsrechtliche Bedenken hat.

45 A. A. im Ergebnis *Kühling/Hermeier/Heimeshoff* (Fn. 5), S. 177.

46 In diese Richtung daher *Säcker* (Fn. 4), S. 296.

47 *Staebe*, WuW 2006, 492, 497.

48 *Staebe*, WuW 2006, 492, 497.

49 Da die in § 14 Abs. 4 AEG enthaltenen Regelungen ursprünglich auf Verordnungsebene umgesetzt werden sollten, vgl. dazu oben, unter II. 2. (S. 5 ff.), ließe sich ein solches Verständnis möglicherweise unter Voranstellung der Gesetzesgenese noch im Ansatz vertreten.

lichen Bestimmungen mithin angesichts ihrer normhierarchischen Unterordnung keine belastbaren Aussagen zur Auslegung des Gesetzesrechts ableiten lassen,⁵⁰ kann dies nicht überzeugen.⁵¹

So würden §§ 21 ff. EIBV einem auf Betriebskostenaufschlägen basierenden Modell nur entgegenstehen, wenn ein solches mit den verordnungsrechtlichen Regelungen nicht vereinbar wäre. Das ist aber nicht ersichtlich. Zwar sieht § 21 EIBV als verordnungsrechtliche Zentralnorm der Entgeltregulierung in der Tat keine „Aufschläge“ vor. Die dort durchgängig vorgesehenen „Bestandteile“ (§ 21 Abs. 1 S. 1 EIBV) bzw. „Entgeltbestandteil[e]“ (§ 21 Abs. 2 S. 1 u. Abs. 3 EIBV) lassen sich aber ohne weiteres in Form von Aufschlägen umsetzen.⁵² Überdies spricht bereits vom Wortlaut von § 14 Abs. 4 S. 1 u. 2 AEG ausgehend viel dafür, dass bei der Anwendung von § 14 Abs. 4 AEG die Einhaltung der verordnungsrechtlichen „Maßgabe“ vorrangig zu erfolgen hat. Nur im Rahmen dieser Maßgabe sind die Entgelte dann so zu bemessen, dass die den Betreibern insgesamt für die Erbringung der Pflichtleistungen entstehenden Kosten ausgeglichen werden. Hierbei könnten dann Aufschläge auf die unmittelbaren Betriebskosten erhoben werden. Unter Zugrundelegung eines Konkretisierungsmodells müsste daher auch bei der Erhebung von Betriebskostenaufschlägen der verordnungsrechtlichen Maßgabe Folge geleistet werden.⁵³ Sollten sich einzelne verordnungsrechtliche Vorgaben also nicht durch das in § 14 Abs. 4 S. 2 u. 3 AEG vorgesehene Modell umsetzen lassen, verbliebe der davon unberührte Bereich der Entgeltbemessung i. S. v. § 14 Abs. 4 S. 1 AEG für eine Konkretisierung nach diesem Modell. Die Bezugnahme auf eine verordnungsrechtliche Ausgestaltung in Satz 1 lässt sich daher ebenfalls nicht zugunsten eines Alternativmodells ins Feld führen.

IV. Teleologische Auslegung

Soweit sich aus teleologischer Sicht Bedenken gegen die Annahme eines Konkretisierungsmodells ergeben könnten, setzen auch diese im Kern bei der umfassenden Umsetzung eines Vollkostendeckungsprinzips an. Deren Sinnhaftigkeit wird z. T. deshalb in Zweifel gezogen, weil hierdurch der Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt nicht gefördert, sondern verhindert würde.⁵⁴ Träfe dies zu, ließe sich § 14 Abs. 4 S. 1 AEG evtl. nur als Obergrenze für die Entgeltbemessung deuten oder aber als eine Option des Betreibers der Schienenwege, zu der die Alternative in § 14 Abs. 4 S. 2 u. 3 AEG bestünde.

50 *Kühling/Hermeier/Heimeshoff* (Fn. 5), S. 71. Siehe allgemein auch BVerwG, Urt. v. 3.12.2003 – Az. 6 C 20.02, BVerwGE 119, 282, 291 – *Resale*.

51 So im Ergebnis auch *Kühling/Hermeier/Heimeshoff* (Fn. 5), S. 71.

52 Vgl. auch die Bezugnahme auf „Zuschläge“ in der Verordnungsbegründung, BR-Drs. 249/05, 32, 56 (zu § 21 Abs. 3 EIBV).

53 Die verordnungsrechtlichen Vorgaben dürfen freilich die Erhebung von Betriebskostenaufschlägen i. S. v. § 14 Abs. 4 S. 2 AEG nicht ausschließen, vgl. *Kühling/Hermeier/Heimeshoff* (Fn. 5), S. 71.

54 *Ernert/Staebe*, N&R 2007, 153, 159 Fn. 29; *Ruge*, AöR 131 (2006), 1, 62; *Staebe*, WuW 2006, 492, 497 f. Vgl. auch *Gersdorf*, ZHR 168 (2004), 576, 611.

Ein Betreiber der Schienenwege wird als wirtschaftlich arbeitendes Unternehmen aber ohnehin bestrebt sein, zumindest seine Kosten zu decken und überdies eine gewisse Rendite zu erzielen. Kostenunterdeckung wird von wirtschaftlich ausgerichteten Unternehmen i. d. R. nur kurzfristig hingenommen, wenn dies erforderlich ist, um selbst auf entsprechende Angebote von Konkurrenzunternehmen reagieren zu können, neue Produkte in den Markt einzuführen oder durch Verdrängungspreise die eigenen Marktanteile zu verteidigen bzw. auszubauen und Konkurrenten zum Marktaustritt zu zwingen.⁵⁵

Diese Konstellationen sind im Bereich des Schienennetzes, das weitgehend die Merkmale eines natürlichen Monopols aufweist,⁵⁶ nicht zu erwarten. Die Notwendigkeit einer Kostenunterdeckung könnte hier nur mit Blick auf den intermodalen Wettbewerb mit anderen Verkehrsträgern bestehen.⁵⁷ Allerdings entspricht es auch insoweit nicht der Tätigkeit eines Wirtschaftsunternehmens (vgl. Art. 87e Abs. 3 S. 1 GG), eine Kostenunterdeckung hinsichtlich der gesamten Geschäftstätigkeit hinzunehmen.⁵⁸ Vielmehr ist davon auszugehen, dass insoweit bestehende Preisinflexibilitäten genutzt werden, um für Teilbereiche eine Kostenüberdeckung zu erwirtschaften, durch die dann eine Kostenunterdeckung in den Bereichen kompensiert wird, in denen die Nachfrage preissensitiver ist. Ist es also schon wenig wahrscheinlich, dass ein Betreiber der Schienenwege eine dauerhafte Kostenunterdeckung hinnehmen wird, besteht auch kein Anlass für die Annahme, die Herstellung einer Vollkostendeckung würde den Wettbewerb auf den nachgelagerten Märkten verhindern. Dass auch bei Vollkostendeckung den Zugangsentgelten keine prohibitive Wirkung zukommt, wird ohne weiteres dadurch sichergestellt, dass öffentliche Mittel, mit denen der Erhalt und Betrieb der Schienenwege gefördert wird, als kostenmindernde Einflussgrößen die auszugleichenden Vollkosten reduzieren.⁵⁹

55 Siehe allgemein auch *Riesenkampff*, EWS 2007, 492, 497.

56 Erwägungsgrund 40 S. 1 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG; Monopolkommission (Fn. 5), BR-Drs. 284/07, 12 (Rn. 14); *Ehricke*, N&R 2006, 105; *Gersdorf* (Fn. 5), S. 10, 43 u. 51; ders., ZHR 168 (2004), 576, 595; *Hermes*, in: Beck'scher AEG-Kommentar (Fn. 5), Einf B Rn. 29; *Kühling/Hermeier/Heimeshoff* (Fn. 5), S. 16; *Kühling/Ernert*, NVwZ 2006, 33, 35.

57 Vgl. auch *Gersdorf* (Fn. 5), S. 11 u. 43 f.; *Staebe*, WuW 2006, 492, 498.

58 Vgl. *Kohl*, in: Ronellenfitsch/Schweinsberg, Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts X, 2005, S. 7, 11. Siehe auch *Ruge*, AöR 131 (2006), 1, 20 („mit einer klaren Gewinnorientierung“); ders., IR 2004, 248, 250 („Art. 87e III 1 GG enthält also einen klaren Verfassungsauftrag zu wirtschaftlichem Handeln.“); ähnlich *Freise*, in: Kunz (Fn. 5), A 1.1 Erl. 8 zu Art. 87e GG (S. 10) („Entscheidung ... für eine wettbewerbs- und gewinnorientierte kaufmännische Führung“); *Gersdorf* (Fn. 5), S. 58 („Ausrichtung der Unternehmensziele auf eine Optimierung der Unternehmensgewinne“); *Hermes* (Fn. 56), Einf D Rn. 17 („nach privatwirtschaftlichen Prinzipien und wettbewerbsorientiert mit dem Ziel der Gewinnmaximierung“).

59 *Gersdorf* (Fn. 5), S. 24; *Kühling/Hermeier/Heimeshoff* (Fn. 5), S. 65; Monopolkommission (Fn. 5), BR-Drs. 284/07, 72 (Rn. 201); *Neumann* (Fn. 5), S. 169 Fn. 26. Aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht *Kühling/Hermeier/Heimeshoff* (Fn. 5), S. 35. Eine alternative Korrekturmöglichkeit bestünde darin, die anerkennungsfähigen Vollkosten Effizienzanforderungen zu unterwerfen.

Vielmehr sprechen die Besonderheiten der Eisenbahnmärkte für die Sinnhaftigkeit eines Vollkostendeckungsprinzips. Wäre es einem Betreiber der Schienenwege nämlich möglich, seine Zugangsentgelte dauerhaft kostenunterdeckend auszugestalten, müsste er entweder aus dem Markt ausscheiden oder durch eine Erhöhung oder zumindest eine Verstetigung der öffentlichen Zuschüsse im Markt gehalten werden.⁶⁰ Angesichts des erheblichen Allgemeininteresses am Fortbestand eines flächendeckenden Schienennetzes dürfte nur die zweite Alternative praktisch werden. Ohne eine rechtliche Verpflichtung zur Vollkostendeckung hätte ein Betreiber der Schienenwege somit einen Anreiz, seine Position im intermodalen Wettbewerb auf wettbewerbsfremde Weise durch dauerhaft kostenunterdeckende Zugangsentgelte zu stärken, während sein wirtschaftlicher Fortbestand durch öffentliche Zuschüsse sichergestellt wird.⁶¹ Der Verzicht auf eine Vollkostendeckung hätte daher zu Verzerrungen des intermodalen Wettbewerbs und zu anderen finanziellen Belastungen der öffentlichen Kassen zur Folge. Nicht die öffentliche Hand würde in einem solchen Modell entscheiden können, wie stark der intermodale Wettbewerb durch öffentliche Mittel beeinflusst wird. Vielmehr wäre es faktisch der Betreiber der Schienenwege selbst, der so entscheiden könnte, in welchem Maße er sich dem intermodalen Wettbewerb stellt und so der grundgesetzlichen Privatisierungsentscheidung praktische Wirksamkeit verleiht.⁶² Auch dieser Zusammenhang spricht deutlich für die Sinnhaftigkeit einer Vollkostendeckung, die dann nicht durch ein dahinter zurückbleibendes Alternativmodell unterlaufen werden dürfte.⁶³ Die teleologische Auslegung spricht daher ebenfalls für das Konkretisierungsmodell.

V. Gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung

Den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zufolge ist das Entgelt für die Pflichtleistungen im Bereich des Schienenzugangs „in Höhe der Kosten festzulegen, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen“ (Art. 7 Abs. 3 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG). Diese unmittelbaren Betriebskosten können um einen knappheitsbe-

60 Das kommt zu kurz bei *Säcker* (Fn. 4), S. 296 f., der diese Möglichkeiten ausblendet und nur auf das eigenwirtschaftliche Interesse des Betreibers an der Erhaltung der Nachfrage nach Schienenzugangsleistungen in den Vordergrund stellt. Ein solches Interesse dürfte zumindest erheblich eingeschränkt sein, wenn diese Nachfrage nur unter Hinnahme einer dauerhaften Kostenunterdeckung sichergestellt werden kann.

61 Erfahrungen im Ausland bestätigen diese Zusammenhänge, vgl. *Böttger*, BAHN-REPORT 2/2006, 24, 24 f. Dieser Aspekt kommt zu kurz bei *Gersdorf* (Fn. 5), S. 52, der zu treffend eine Selbstbeschränkung bei der Preisbildung für ökonomisch irrational hält, dabei jedoch die Möglichkeit einer Deckung von Defiziten durch Zuschüsse der öffentlichen Hand außer Betracht lässt. Insgesamt scheint *Gersdorf* bei seiner These von der Unbedenklichkeit und Wettbewerbskonformität kostenunterdeckender Trassenpreise die besonderen (Subventions- und Preisbildungs-) Verhältnisse bei der *DB Netz AG* zu verallgemeinern und als ökonomisch zwingend zu unterstellen.

62 Vgl. zu dieser Kollision mit der verfassungsrechtlichen Vorgabe aus Art. 87e Abs. 3 GG auch *Gersdorf*, ZHR 168 (2004), 576, 606.

63 In anderem Zusammenhang, aber mit derselben argumentativen Tendenz *Kühling/Hermeier/Heimeshoff* (Fn. 5), S. 23 u. 26.

zogenen Bestandteil (Art. 7 Abs. 4 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG) erhöht und durch einen umweltbezogenen Bestandteil (Art. 7 Abs. 5 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG) geändert⁶⁴ werden. Außerdem kann ein Mitgliedstaat nach Art. 8 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG „Aufschläge auf der Grundlage effizienter, transparenter und nichtdiskriminierender Grundsätze erheben“, „um eine volle Deckung der dem Betreiber der Infrastruktur entstehenden Kosten zu erhalten“, „sofern der Markt dies tragen kann“, „wobei die bestmögliche Wettbewerbsfähigkeit zu gewährleisten ist“.

Das Gemeinschaftsrecht sieht somit nur ein einziges Modell vor, dem zufolge die unmittelbaren Betriebskosten die Grundlage der Zugangsentgelte bilden.⁶⁵ Diese können durch umweltbezogene Bestandteile modifiziert und um knappheitsbezogene Bestandteile erhöht werden. Unter bestimmten Bedingungen können außerdem weitere Aufschläge vorgesehen werden, um auf diese Weise die Differenz zwischen dem Gesamterlös und den Vollkosten zu decken. Es handelt sich somit gewissermaßen um ein Baukastensystem,⁶⁶ bei dem sich, wenn alle richtlinienrechtlichen Möglichkeiten ausgeschöpft werden, die Zugangsentgelte aus den jeweiligen Betriebskosten ergeben, die durch umweltbezogene Bestandteile modifiziert und um knappheitsbezogene sowie weitere Aufschläge bis zur Vollkostendeckung erhöht werden.

Ausweislich des Wortlautes von Art. 7 Abs. 3 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG („ist das Entgelt ... festzulegen“) sind die unmittelbaren Betriebskosten als Grundlage der Entgeltbemessung bei der Umsetzung in mitgliedstaatliches Recht auch zwingend vorzusehen. Damit sind aber auch die in Art. 8 Abs. 1 UAbs. 1 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG vorgesehenen „Ausnahmen von den Entgeltgrundsätzen“ zwingend abschließender Natur, da ansonsten die obligatorische Umsetzungsvorgabe in Art. 7 Abs. 3 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG beliebig außer Kraft gesetzt werden könnte. Mit den richtlinienrechtlichen Vorgaben stünde es somit nicht im Einklang, dem Betreiber die Schienenwege die Möglichkeit zu geben, seine Vollkosten durch eine Gestaltung seiner Zugangsentgelte zu decken, die von dem vorstehend beschriebenen Baukastensystem abweicht. Auch die richtlinienrechtliche Auslegung spricht mithin gegen die Annahme, in § 14 Abs. 4 S. 1 u. 2 AEG sei die Grundlage für zwei alternative Entgeltbemessungssysteme gelegt.⁶⁷

VI. Ergebnis

Schon der Wortlaut von § 14 Abs. 4 S. 2 AEG („hierbei“) spricht für die Annahme, dass die dort vorgesehene Möglichkeit von Aufschlägen auf die unmittelbaren Betriebskosten eine Konkretisierung eines in § 14 Abs. 4 S. 1 AEG enthaltenen Grund-

64 Angesichts der Wortlautdifferenz zwischen Art. 7 Abs. 4 u. 5 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG spricht viel dafür, dass der umweltbezogene Bestandteil auch zu einem Absinken der Zugangsentgelte unter die Betriebskosten führen kann.

65 Siehe dazu auch *Kühling/Hermeier/Heimeshoff* (Fn. 5), S. 42 f.

66 *Kühling/Hermeier/Heimeshoff* (Fn. 5), S. 42 („Baukastenprinzip“).

67 A. A. (ohne Begründung) *Staebe*, WuW 2006, 492, 496.

satzes der Vollkostendeckung ist (Konkretisierungsmodell). Dies wird durch die genetische Auslegung bestätigt, da den Materialien zufolge die Regelung in § 14 Abs. 4 S. 3 AEG, die explizit für eine Aufschlagsbildung nach Satz 2 gilt, unter der Voraussetzung der Vollkostendeckung stehen soll. Auch die norminterne Systematik, bei der die Bestimmung in Satz 2 aus Satz 1 abgeleitet wird, spricht für das Konkretisierungsmodell. Ohne Bedeutung ist demgegenüber, dass § 14 Abs. 4 S. 3 AEG die nach Satz 2 möglichen Aufschläge auf eine marktentsprechende Rendite beschränkt. Sowohl die Entstehungsgeschichte als auch die anderenfalls drohende Marginalisierung des in Satz 2 vorgesehenen Entgeltbildungsmodells sprechen dafür, dass diese Regelung im Sinne eines Marktausschluss-tests restriktiv auszulegen bzw. hierfür teleologisch zu reduzieren ist.

Auch Zweckerwägungen lassen sich nicht gegen das Konkretisierungsmodell anführen. Insbesondere würde ein Vollkostendeckungserfordernis den Wettbewerb auf der Schiene nicht verhindern. Vielmehr hätte ohne ein solches Erfordernis der Betreiber der Schienenwege die Möglichkeit, selbst über das Ausmaß der zum Betrieb der Schienenwege erforderlichen öffentlichen Mittel zu bestimmen. Vor allem aber stehen die richtlinienrechtlichen Vorgaben einer Auslegung entgegen, die es dem Betreiber erlauben würde, seine Entgelte unabhängig von dem in Satz 2 normierten Entgeltbildungssystem frei zu gestalten (Alternativmodell). Art. 7 Abs. 3 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG sieht, ergänzt um die Absätze 4 und 5 dieser Vorschrift sowie um die Ausnahmemöglichkeit nach Art. 8 Abs. 1 UAbs. 1 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG, ein verbindliches Baukastensystem vor, das jedenfalls die in § 14 Abs. 4 S. 2 u. 3 AEG normierten Anforderungen erfüllen muss. § 14 Abs. 4 S. 2 AEG enthält somit eine Konkretisierung der in § 14 Abs. 4 S. 1 AEG enthaltenen Vorgabe für die Entgeltbildung.

C. Obligatorische oder fakultative Konkretisierung

Fraglich ist des Weiteren aber, ob diese Konkretisierung fakultativ oder obligatorisch ist, ob also die Betreiber der Schienenwege die Vorgabe aus § 14 Abs. 4 S. 1 AEG durch die Deckung der ggf. um Aufschläge erhöhten unmittelbaren Betriebskosten erfüllen *müssen*⁶⁸ oder ob es sich hierbei nur um eine ihnen eröffnete Ausgestaltungsmöglichkeit handelt, die eine Umsetzung der Vorgabe aus § 14 Abs. 4 S. 1 AEG in anderer Weise nicht ausschließt⁶⁹.

I. Grammatikalische Auslegung

Nach § 14 Abs. 4 S. 2 AEG „können“ die Betreiber bei der Erfüllung der Vorgabe aus § 14 Abs. 4 S. 1 AEG „Aufschläge auf die Kosten, die unmittelbar auf Grund des Zugbetriebs anfallen, erheben“. Der Wortlaut von § 14 Abs. 4 S. 2 AEG deutet deshalb eher auf eine fakultative Konkretisierung von § 14 Abs. 4 S. 1 AEG hin.⁷⁰ Allerdings bezieht sich die den Betreibern eröffnete Möglichkeit grammatikalisch zwingend nur auf das Erheben von Aufschlägen, nicht aber auf die Bemessung der Entgelte anhand der „Kosten, die unmittelbar auf Grund des Zugbetriebs anfallen“. Der Wortlaut ist damit auch offen für ein Verständnis, dem zufolge es den Betreibern der Schienenwege zwar freisteht, nur bei manchen Verkehrsleistungen bzw. in manchen Marktsegmenten zusätzliche Aufschläge zu erheben, bei dem sie aber jedenfalls verpflichtet sind, ihre Entgelte auf Grundlage der jeweiligen unmittelbaren Betriebskosten zu berechnen.

Dies gilt unabhängig davon, ob man § 14 Abs. 4 S. 1 AEG als zwingende Vollkostendeckungsvorgabe versteht. In diesem Fall müsste die Summe aus unmittelbaren Betriebskosten und den (generell oder partiell erhobenen) Aufschlägen den Vollkosten entsprechen. Versteht man § 14 Abs. 4 S. 1 AEG nicht als zwingende Vollkostendeckungsvorgabe, müsste bei der Erhebung von Aufschlägen (oder dem Verzicht hierauf) nur die Einhaltung der verordnungsrechtlichen Maßgaben sichergestellt werden.

68 So *Werner*, in: Ronellenfitsch/Schweinsberg (Fn. 5), S. 207, 220. Ebenso wohl Monopolkommission (Fn. 5), BR-Drs. 284/07, 70 (Rn. 192); *Ernert/Staebe*, N&R 2007, 153, 158.

69 So wohl *Ruge*, AöR 131 (2006), 1, 62 f.; ders., DVBl 2005, 1405, 1412.

70 Vgl. auch *Werner* (Fn. 68), S. 219.

II. Genetische Auslegung

Die Entstehungsgeschichte von § 14 Abs. 4 AEG enthält für die Frage, ob die Entgeltbildung nach § 14 Abs. 4 S. 2 AEG verbindlich vorgegeben sein soll, keine zwingenden Hinweise. Die Aussage in der Ausschussbegründung, der zufolge durch Satz 2 die „unternehmerische Position“ des Betreibers „gestärkt“ werden soll,⁷¹ könnte allerdings für einen rein fakultativen Charakter dieser Regelung sprechen. Wäre in § 14 Abs. 4 S. 2 AEG nämlich zugleich eine Festlegung auf eine Entgeltbemessung auf Grundlage der unmittelbaren Betriebskosten enthalten, würde die unternehmerische Freiheit des Betreibers beschränkt, nicht aber gestärkt.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass sich die zitierte Passage aus den Gesetzesmaterialien auf die dort ebenfalls enthaltene Aussage bezieht, der zufolge § 14 Abs. 4 S. 2 AEG festlegen soll, „dass der Betreiber der Schienenwege für seine Leitungen je nach Marktsituation für einzelne Marktsegmente unterschiedliche Entgelte erheben darf“.⁷² „Damit“⁷³ sollte seine unternehmerische Position gestärkt werden. Dies wiederum stünde im Einklang mit einer Deutung, der zufolge aus § 14 Abs. 4 S. 2 AEG die Verpflichtung folgt, die Vorgabe aus § 14 Abs. 4 S. 1 AEG durch eine Entgeltbemessung auf Grundlage der unmittelbaren Betriebskosten zu erfüllen, und die eine (evtl. durch weitere Vorgaben beschränkte) Entscheidungsfreiheit nur hinsichtlich der Erhebung von Aufschlägen vorsieht. Hinsichtlich der einzelnen Verkehrsleistung bzw. hinsichtlich des einzelnen Marktsegments unterläge es somit grundsätzlich der unternehmerischen Dispositionsfreiheit des Betreibers, ob er Betriebskostenaufschläge erheben will (und inwieweit er hierbei Differenzierungen vornimmt), solange er nur insgesamt die Vorgaben aus § 14 Abs. 4 S. 1 AEG erfüllt, also den verordnungsrechtlichen Maßgaben nachkommt und ggf. einen Vollkostenausgleich erzielt.

Betrachtet man überdies die ursprünglich für § 21 Abs. 1 u. § 22 Abs. 1 der EIBV vorgesehenen Regelungen, vor deren Hintergrund die Beschlussempfehlung des Bundestagsausschusses zu sehen ist,⁷⁴ war dort die Erhebung von Betriebskostenaufschlägen als Mittel zur Erreichung der Vollkostendeckung verbindlich vorgesehen.⁷⁵ Wenn auch nicht ausgeschlossen werden kann, dass dieses Modell bei der Ersetzung durch § 14 Abs. 4 S. 1 u. 2 AEG geändert werden sollte, spricht dieser Aspekt der genetischen Auslegung doch zumindest tendenziell ebenfalls für die Annahme einer obligatorischen Konkretisierung.

71 Bericht des Abgeordneten *Eduard Lintner*, BT-Drs. 15/4419, 9, 17 (zu Nummer 9 Buchstabe c Satz 2).

72 Bericht des Abgeordneten *Eduard Lintner*, BT-Drs. 15/4419, 9, 17 (zu Nummer 9 Buchstabe c Satz 2).

73 A. a. O. (Hervorhebung hinzugefügt).

74 Siehe dazu bereits ausführlich oben, unter B. II. 2. (S. 5 f.).

75 Siehe dazu bereits oben, bei und in Fn. 28.

III. Systematische Auslegung

Auch der systematischen Auslegung sind keine hinreichend zwingenden Hinweise für das eine oder andere Normverständnis zu entnehmen. Tendenziell für eine obligatorische Konkretisierung spricht, dass § 14 Abs. 4 S. 2 AEG weitgehend überflüssig wäre, wenn ein Betreiber der Schienenwege seine Entgelte (unter Einhaltung der in § 14 Abs. 4 S. 1 AEG normierten Vorgaben) auch beliebig anders festlegen könnte. Allerdings ist es dem Gesetzgeber nicht verwehrt, Klarstellungen und Beispiele zu normieren. Hinzu kommt, dass an § 14 Abs. 4 S. 2 AEG mit der Gewährleistung der Wettbewerbsfähigkeit und der (inhaltlich ihrerseits auslegungsbedürftigen) Vorgabe aus Satz 3 weitere Anforderungen anknüpfen. § 14 Abs. 4 S. 2 AEG könnte eine eigenständige Funktion also auch dadurch zukommen, dass hier für eine praktisch besonders relevante Möglichkeit der Entgeltgestaltung ausdrückliche Anforderungen normiert werden.

IV. Gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung

Art. 7 Abs. 3 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG sieht zwingend vor, dass „das Entgelt“ für den Schienenzugang „in Höhe der Kosten festzulegen ist, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen“; Änderungen sind nur aufgrund eines umweltbezogenen Bestandteils sowie durch einen knappheitsbezogenen Aufschlag sowie weitere Aufschläge zur Vollkostendeckung möglich.⁷⁶ Würde man in § 14 Abs. 4 S. 2 AEG nur eine fakultative Konkretisierung von § 14 Abs. 4 S. 1 AEG sehen, bestünde aber keine Vorgabe für einen Betreiber der Schienenwege, seine Entgelte auf Grundlage der unmittelbaren Betriebskosten festzusetzen. Dies wäre mit den richtlinienrechtlichen Vorgaben nicht zu vereinbaren.⁷⁷

Darüber hinaus erlauben Art. 7 Abs. 3 – 5 i. V. m. Art. 8 Abs. 1 UAbs. 1 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG ein Abweichen von der Betriebskostengrundlage bei der Entgeltfestlegung nur in Form eines Baukastensystems, das jedenfalls jenseits eines umweltbezogenen Bestandteils nur Aufschläge auf die unmittelbaren Betriebskosten vorsehen darf. Auch insoweit wäre es mithin gemeinschaftsrechtlich ausgeschlossen, Betreibern eine andere Ausgestaltung ihrer Entgeltsysteme zu erlauben, als sie in § 14 Abs. 4 S. 2 AEG normiert ist.⁷⁸

Um ein entsprechendes Umsetzungsdefizit zu vermeiden, ist § 14 Abs. 4 S. 2 AEG daher im Sinne einer obligatorischen Vorgabe auszulegen, die einen Entscheidungsspielraum des Betreibers nur hinsichtlich der Erhebung von Aufschlägen auf die unmittelbaren Betriebskosten, nicht aber hinsichtlich der Entgeltbildung auf Basis dieser Kosten vorsieht. Dem stehen auch keine methodischen Bedenken gegenüber, da die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung solange möglich ist, wie das mitgliedstaatliche

⁷⁶ Siehe hierzu ausführlich oben, unter B. V. (S. 13 f.).

⁷⁷ Vgl. auch *Werner* (Fn. 68), S. 220.

⁷⁸ Vgl. auch *Werner* (Fn. 68), S. 220.

Recht ihr zugänglich ist.⁷⁹ Vorstehend wurde gezeigt, dass das mitgliedstaatliche Recht einer Auslegung von § 14 Abs. 4 S. 2 AEG als fakultative wie auch als obligatorische Konkretisierung zugänglich ist.⁸⁰

An dieser Stelle kann die Frage nicht vertieft werden, welche Konsequenzen sich für die mitgliedstaatliche Umsetzung aus dem Umstand ergeben, dass nach Art. 8 Abs. 1 UAbs. 1 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG der „Mitgliedstaat ... Aufschläge ... erheben“ kann, nicht aber der jeweilige Betreiber der Schienenwege.⁸¹ Angesichts des Erfordernisses eines rechtssicheren Umsetzungsaktes⁸² könnte einiges dafür sprechen, dass es mit dieser Vorgabe nicht vereinbar ist, wenn § 14 Abs. 4 S. 2 AEG die entsprechende Gestaltungsfreiheit in die Hände der Betreiber selbst legt. Dies würde indes nur die Geltendmachung solcher Aufschläge betreffen, die nicht umwelt- oder knappheitsbezogen sind. Ein solches Umsetzungsdefizit hätte außerdem insbesondere keinen Einfluss auf die hier allein relevante Frage, ob § 14 Abs. 4 S. 2 AEG nur ein fakultatives Modell für die grundsätzlich in den Grenzen von § 14 Abs. 4 S. 1 AEG freie Entgeltgestaltung oder eine obligatorische Vorgabe für die unternehmerische Entgeltfestlegung enthält.

V. Ergebnis

§ 14 Abs. 4 S. 2 AEG konkretisiert die in § 14 Abs. 4 S. 1 AEG angesprochene Entgeltbemessung durch die Normierung eines Baukastensystems, bei dem die Entgelte durch differenzierbare Aufschläge auf die unmittelbaren Betriebskosten gebildet werden. Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Systematik lassen nicht sicher erkennen, ob § 14 Abs. 4 S. 2 AEG es dem Betreiber überlässt, inwieweit er auf ein solches Baukastensystem zurückgreifen möchte. Die Vorschrift lässt sich einerseits so deuten, dass der Betreiber frei entscheiden kann, ob er seine Entgelte auf diese oder auf eine andere Weise festsetzt (fakultative Konkretisierung). § 14 Abs. 4 S. 2 AEG ist aber

79 EuGH, Urt. v. 5.10.2004 – Rs. C-397/01 bis 403/01, Slg. 2003, I-8835, 8918, Rn. 116 – Pfeiffer.

80 Siehe dazu oben, unter I. – III. (S. 16 ff.).

81 Zum Teil wird Art. 8 Abs. 1 UAbs. 1 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG jedoch so verstanden, dass die Mitgliedstaaten den Betreibern der Infrastruktur die Vollkostendeckung aufgeben können, woraufhin diese dann Aufschläge auf der Basis effizienter, transparenter und nicht diskriminierender Grundsätze erheben dürfen, siehe etwa Monopolkommission (Fn. 5), BR-Drs. 284/07, 20 (Rn. 41); *Ernert* (Fn. 5), S. 253; *Kühling/Hermeier/Heimeshoff* (Fn. 5), S. 25; *Ostendorf/Grün*, IR 2005, 275. So sinnvoll das sein mag, so wenig ist es mit dem Wortlaut der Richtlinienvorschrift vereinbar. Da dieser Wortlaut in Art. 8 Abs. 1 UAbs. 1 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG singulär die entsprechende Festlegungsbefugnis der Mitgliedstaaten in Bezug nimmt, dürfte auch einiges dafür sprechen, hierin eine Spezialregelung zu der Möglichkeit einer Delegation an die Betreiber der Schienenwege zu sehen, die durch Art. 4 Abs. 1 UAbs. 2 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG grundsätzlich eröffnet wird.

82 Die sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebende Rechtslage muss hinreichend klar und bestimmt sein, EuGH, Urt. v. 9.9.1999 – Rs. C-217/97, Slg. 1999, I-5087, 5115, Rn. 31 ff. – *Kommission/Deutschland*; *Schürnbrand*, JZ 2007, 910, 914; vgl. auch EuGH, Urt. v. 23.5.1985 – Rs. 29/84, Slg. 1985, 1661, 1673, Rn. 23 – *Kommission/Deutschland*.

auch offen für ein Verständnis, dem zufolge es einem Betreiber der Schienenwege zwar freisteht, nur bei manchen Verkehrsleistungen bzw. in manchen Marktsegmenten zusätzliche Aufschläge zu erheben, bei dem er jedoch jedenfalls verpflichtet ist, seine Entgelte auf Grundlage der jeweiligen unmittelbaren Betriebskosten zu berechnen (obligatorische Konkretisierung).

Ausschlaggebend sind insoweit letzten Endes die Vorgaben aus Art. 7 u. 8 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG. Diese schreiben verbindlich die Zugrundelegung der unmittelbaren Betriebskosten als Ausgangsbasis der Entgeltbemessung vor und erlauben Modifikationen grundsätzlich nur in Form von Aufschlägen auf diese unmittelbaren Betriebskosten. Um ein Umsetzungsdefizit zu vermeiden, ist § 14 Abs. 4 S. 2 AEG daher im Sinne einer obligatorischen Konkretisierung auszulegen.

Müssen die Betreiber von Schienenwegen die sich aus § 14 Abs. 4 S. 1 AEG ergebenden Anforderungen aber durch eine Bemessung ihrer Entgelte erfüllen, die im Einklang mit § 14 Abs. 4 S. 2 AEG steht, hat dies zugleich Konsequenzen für die Ausgestaltung ihrer Entgeltsysteme. Erweist sich das in § 14 Abs. 4 S. 2 AEG vorgegebene Baukastensystem als obligatorisch, dürfen die Entgeltsysteme der Betreiber von Schienenwegen grundsätzlich keine anderen Bestandteile vorsehen als die Betriebskosten und hierauf zu erhebende Aufschläge. Lediglich nach Maßgabe der EIBV kommen hiervon Ausnahmen in Betracht, da die entsprechende Ausgestaltungsermächtigung in § 14 Abs. 4 S. 1 AEG auch den Rahmen für die Konkretisierung der Entgeltbemessung in § 14 Abs. 4 S. 2 AEG absteckt.

Literaturverzeichnis

Beck'scher AEG-Kommentar, 2006

Böttger, Christian, Eine Vereinbarung zur Infrastrukturbewirtschaftung in Deutschland, BAHN-REPORT 2/2006, 24

Ehricke, Ulrich, Die Zuordnung von Bahnstromfernleitungen zum Infrastrukturbegriff des Allgemeinen Eisenbahngesetzes, N&R 2006, 105

Ernert, Alexander, Zugangs- und Entgeltregulierung in der Eisenbahnwirtschaft, 2007

Ernert, Alexander/Staebe, Erik, Instandhaltungsbedarf der Eisenbahnregulierung: zwei Jahre Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV), N&R 2007, 153

Gersdorf, Hubertus, Entgeltregulierung im Eisenbahnsektor, 2007

Gersdorf, Hubertus, Marktöffnung im Eisenbahnverkehr, ZHR 168 (2004), 576

Koenig, Christian/Neumann, Andreas/Schellberg, Margret, Neue Spielregeln für den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur als Voraussetzung für chancengleichen Wettbewerb auf der Schiene, WuW 2006, 139

Kohl, Thomas, 10 Jahre Bahnreform, in: Ronellenfitsch/Schweinsberg (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts X, 2005, S. 7

Kühling, Jürgen/Ernert, Alexander, Das neue Eisenbahnwirtschaftsrecht – Hochgeschwindigkeitstrasse für den Wettbewerb?, NVwZ 2006, 33

Kunz, Wolfgang (Hrsg.), Eisenbahnrecht, Loseblattsammlung, Stand: 21. Ergänzungslieferung (Juni 2007)

Monopolkommission, Wettbewerbs- und Regulierungsversuche im Eisenbahnverkehr, 2007, BR-Drs. 284/07

Neumann, Andreas, Entgeltregulierung – ein Vergleich zwischen Strom, Gas und Eisenbahn, in: Ronellenfitsch/Schweinsberg (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts XI, 2006, S. 155

Ostendorf, Patrick/Grün, Anselm, Die eisenbahnrechtliche Entgeltregulierung für den

Zugang zu den Schienenwegen nach neuem Recht, IR 2005, 275

Riesenkampff, Philipp, Quersubventionierung im Spannungsfeld des freien Wettbewerbs, EWS 2007, 492

Rother, Christoph, AEG Novelle: Chancen und Risiken für den Eisenbahnmarkt – Bewertung aus Sicht der Deutschen Bahn AG, in: Ronellenfitsch/Schweinsberg (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts XI, 2006, S. 179

Ruge, Reinhard, Die neue Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV), IR 2005, 196

Ruge, Reinhard, Diskriminierungsfreier Netzzugang im liberalisierten Eisenbahnmarkt in Deutschland, AöR 131 (2006), 1

Ruge, Reinhard, Kontinuität und Wandel im eisenbahnrechtlichen Netzzugang: Das 3. Gesetz zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften, DVBl 2005, 1405

Ruge, Reinhard, Netzzugang, Betriebspflicht und Wiederherstellung der Befahrbarkeit von Schienenwegen, IR 2004, 248

Säcker, Christopher, Der Einfluss der sektorspezifischen Regulierung auf die Anwendung des deutschen und gemeinschaftlichen Kartellrechts, 2006

Schürnbrand, Jan, Die Grenzen richtlinienkonformer Rechtsfortbildung im Privatrecht, JZ 2007, 910

Staebe, Erik, Grundfragen der Trassenpreisregulierung nach der dritten AEG-Novelle, WuW 2006, 492

Werner, Jan, AEG Novelle: Chancen für die Eisenbahn? – Bewertung aus Sicht der Wettbewerber, in: Ronellenfitsch/Schweinsberg (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts XI, 2006, S. 207