

**Gutachten zur Klärung von Entgeltfragen
nach AEG und EIBV**

Z 25-5 / B 2570

LANGFASSUNG

erstellt von

Univ.-Prof. Dr. iur. Jürgen Kühling, LL.M.
Leiter des Zentrums für Angewandte Rechtswissenschaft (ZAR)
Universität Karlsruhe

Ref. iur. Guido Hermeier
Wissenschaftlicher Mitarbeiter am ZAR

und

Dipl.-Kfm. Ulrich Heimeshoff
Wissenschaftlicher Mitarbeiter
am Lehrstuhl für Wirtschaftspolitik, insb. Wettbewerbstheorie und -politik der Ruhr-
Universität Bochum

im Auftrag der Bundesnetzagentur

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	8
A. Begriffsbestimmungen.....	10
I. Differenzierung von Entgeltgrundsätzen, Entgeltmaßstab und Prüfungsmethode.....	10
1. Entgeltgrundsätze.....	10
2. Entgeltmaßstab.....	11
3. Methode der Prüfung der Einhaltung des Entgeltmaßstabs.....	12
II. Kostenbegriffe.....	13
1. Variable vs. fixe Kosten.....	13
2. Einzel- und Grenz- vs. Gemeinkosten	13
3. Inkrementelle Kosten (oder: Zusatzkosten).....	14
III. Zwischenergebnis	14
B. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben in Bezug auf Entgeltmaßstab und Entgeltgrundsätze	17
I. Entgeltmaßstab	17
1. Entgeltmaßstab für die Bemessung der Entgelte für den Zugang zu Schienenwegen	18
a. Wortlaut der RL 2001/14 EG	18
aa. Effektive Nutzung der Fahrwegkapazität gemäß Art. 1 Abs. 1 UAbs. 2	18
bb. Kostenausgleichspflicht nach Art. 6 Abs. 1	18
cc. Anreize zur Kostensenkung nach Art. 6 Abs. 2.....	20
dd. Zwischenergebnis Wortlaut	22
b. Systematik	22
aa. Verhältnis von Kostendeckungspflicht und Anreizelementen..	22
bb. Gemeinschaftsrechtliche Entgeltgrundsätze	23
c. Genesis	24
d. Teleologische Auslegung	24
e. Zwischenergebnis zum Entgeltmaßstab beim Zugang zu Schienenwegen	25
2. Entgeltmaßstab für die Bemessung der Entgelte für den Zugang zu Serviceeinrichtungen.....	26
a. Wortlaut.....	26
b. Systematik	27
c. Genesis	29
d. Teleologische Auslegung	30
e. Zwischenergebnis zum Entgeltmaßstab beim Zugang zu Serviceeinrichtungen	30
3. Abzug der Subventionen/Zwischenergebnis.....	30
4. Entgeltmaßstab für Zusatz- und Nebenleistungen	30
a. Anwendung des Entgeltmaßstabs aus Art. 6 Abs. 1?.....	30

aa.	Wortlaut	30
bb.	Systematik	31
cc.	Genesis	31
dd.	Teleologische Auslegung	31
ee.	Zwischenergebnis zum Entgeltmaßstab für Zusatz- und Nebenleistungen	32
b.	Entgeltmaßstab aus Art. 7 Abs. 8	32
aa.	Vorgaben aus Art. 7 Abs. 8	32
bb.	Zwischenergebnis zum Entgeltmaßstab für Zusatz- und Nebenleistungen	34
II.	Entgeltgrundsätze	34
1.	Zusammenhang zwischen Entgeltmaßstab und Entgeltgrundsätzen	34
2.	Entgeltgrundsätze für das Zugangsentgelt für Schienenwege	34
a.	Das „Baukastenprinzip“	34
b.	Entgeltgrundsätze und Kostendeckungspflicht	35
aa.	Vollkostenaufschlag in Art. 8 Abs. 1	36
bb.	Deckelung des Vollkostenaufschlags in Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 (Marktausschluss-Test)	36
cc.	Keine Deckelung der übrigen Aufschläge	37
dd.	Vollkostendeckung und Deckelung des Vollkostenaufschlags	39
c.	Mittelung nach Art. 7 Abs. 6	39
3.	Entgeltgrundsatz für den Zugang zu Serviceeinrichtungen	40
a.	Keine Entgeltgrundsätze aus Art. 7 - 9	40
b.	Gehalt des Entgeltgrundsatzes nach Art. 7 Abs. 7 RL 2001/14/EG	41
4.	Entgeltgrundsatz für die Erbringung von Zusatz- und Nebenleistungen	41
III.	Zusammenhang von Entgeltmaßstab, Entgeltgrundsätzen und Rendite	41
IV.	Zwischenergebnis zu den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zu Entgeltmaßstab, Entgeltgrundsatz und Rendite	44
C.	Entgeltmaßstab und Entgeltgrundsätze aus AEG und EIBV	48
I.	Entgeltmaßstab für die Bemessung der Entgelte für den Zugang zu Schienenwegen	48
1.	Wortlaut des § 14 Abs. 4 AEG in Bezug auf Entgeltmaßstab und Entgeltgrundsatz	49
a.	Kostenausgleichspflicht nach § 14 Abs. 4 S. 1 AEG als Entgeltmaßstab	49
b.	Zuzüglich einer Rendite, § 14 Abs. 4 S. 1 AEG	51
c.	Entgeltgrundsätze nach § 14 Abs. 4 S. 2 AEG i.V.m. EIBV	51
aa.	Gemeinschaftsrechtlich vorgegebenes Baukastenprinzip: „Einzelkosten + Aufschläge“	51
bb.	Wahrung des Kostendeckungsprinzips / Möglichkeit eines Vollkostendeckungsaufschlags	52
cc.	Differenzierung nach Verkehrsleistungen	54
dd.	Differenzierung nach Marktsegmenten und innerhalb von Marktsegmenten	55

ee.	Grenze der Wettbewerbsfähigkeit der Verkehrsleistung aus § 14 Abs. 4 S. 2 AEG.....	56
d.	Entgeltgrundsatz der Entgeltobergrenze nach § 14 Abs. 4 S. 3 AEG	56
e.	Zwischenergebnis Wortlaut: Widerspruch zwischen Entgeltmaßstab und Entgeltgrundsatz	57
2.	Systematik.....	57
a.	Innere Systematik des § 14 Abs. 4 AEG	57
b.	§ 14 Abs. 4 AEG in der Gesamtsystematik des Zugangs zu Schienenwegen	59
c.	Zusammenschau von innerer und äußerer Systematik des § 14 Abs. 4 AEG	60
3.	Genesis.....	61
4.	Teleologische Auslegung.....	63
5.	Umsetzungsdefizit und gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung	63
a.	Keine Umsetzung des Art. 6 Abs. 3 RL 2001/14/EG.....	64
b.	Gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung?	64
c.	Keine unmittelbare Wirkung	65
6.	Zwischenergebnis zum Kostenmaßstab	66
II.	Entgeltgrundsätze für die Berechnung der Entgelte für den Zugang zu Schienenwegen.....	66
1.	Bisherige Ergebnisse zu den Entgeltgrundsätzen	66
2.	Kontrollvorgaben aus den Entgeltgrundsätzen	68
3.	Abgrenzung von Marktsegmenten nach § 14 Abs. 4 S. 2 und 3 AEG	69
a.	Grundstruktur und Anwendungsbereich der §§ 14 Abs. 4 S. 2 und 3 AEG	69
b.	Marktsegment als Markt im kartellrechtlichen Sinne	70
c.	Funktionale Anpassung der allgemeinen kartellrechtlichen Marktabgrenzung.....	71
aa.	Sachlich und räumlich relevanter Markt/Zusammenhang	71
bb.	Denkbare Märkte bzw. Marktsegmente innerhalb der Verkehrsleistungen.....	73
d.	Zwischenergebnis zur Abgrenzung von Marktsegmenten nach § 14 Abs. 4 S. 2 und 3 AEG	75
III.	Entgeltmaßstab und Entgeltberechnungsmethode für die Bemessung der Entgelte für den Zugang zu Serviceeinrichtungen.....	76
1.	Identifizierung eines Entgeltmaßstabs in § 14 Abs. 5 AEG durch Auslegung	76
a.	Wortlaut.....	76
b.	Systematik	77
aa.	Verdrängung der allgemeineren Norm?.....	78
bb.	Strukturelle Vergleichbarkeit von § 19 GWB und § 14 Abs. 5 AEG	78
c.	Genesis	79
d.	Teleologische Auslegung	80

e.	Zwischenergebnis	82
2.	Konkretisierung des Missbrauchsverbots im Hinblick auf die Kontrolle der Entgelthöhe	82
a.	Der Kostenmaßstab bei wirksamem Wettbewerb	83
b.	Sektorspezifischer Missbrauchsmaßstab	83
c.	Feststellung eines Preishöhenmissbrauchs	84
aa.	Kartellrechtliche Bestimmung eines Preishöhenmissbrauchs... ..	84
(1.)	Grundkonzept des Vergleichsmarktverfahrens	85
(2.)	Korrekturauf- und Abschläge auf den ermittelten Vergleichsmarktpreis	86
(3.)	Anwendung eines Erheblichkeitszuschlages?	87
(4.)	Grenzen des Vergleichsmarktverfahrens und methodische Alternativen, insbesondere Prüfung der Kostenzuschlüsselung	88
bb.	Übertragbarkeit dieser Ansätze mit Blick auf das AEG	89
(1.)	Durchführung eines Vergleichsmarktverfahrens	90
(a.)	Grundstruktur des Vergleichsverfahrens	90
(b.)	Inländische Vergleichsmärkte bei kleineren Bahnhöfen	91
(c.)	Ausländische Vergleichsmärkte	92
(d.)	Erheblichkeitszuschlag bei einer Vergleichsmarktbetrachtung	93
(2.)	Erstellung eines analytischen Kostenmodells und Einzelkostenprüfung – die Erfahrungen in Großbritannien	94
(3.)	Kombination der verschiedenen Methoden	96
3.	Zwischenergebnis zum Maßstab für die Bemessung der Entgelte für den Zugang zu Serviceeinrichtungen nach § 14 Abs. 5 AEG	96
IV.	Entgeltgrundsätze für die Berechnung der Zugangsentgelte für den Zugang zu Serviceeinrichtungen / Zwischenergebnis	98
V.	Entgeltmaßstab und Entgeltgrundsätze für Zusatz- und Nebenleistungen...	99
1.	Ausgestaltung des „Ob“ des Zugangs	99
2.	Weitere Vorgaben für das „Wie“ des Zugangs	99
3.	Zwischenergebnis	100
D.	Kostenrechnerische Einzelfragen	101
I.	Auswirkung von § 21 Abs. 4 und 5 EIBV auf die Ermittlung anrechenbarer Kosten	101
1.	Berücksichtigung erhöhter Kosten einer Verkehrsleistung nach § 21 Abs. 4 EIBV	101
2.	Mittelung der Entgelte über einen angemessenen Zeitraum nach § 21 Abs. 5 EIBV	102
a.	Grundsätze	102
b.	Zeitliche Perspektive	103
c.	Reichweite: Umwelt- und Knappheitsaufschlag	103

II.	Berücksichtigungsfähigkeit einer Konzernumlage	104
1.	Grundsatz: Abhängigkeit vom Entgeltmaßstab	104
2.	Schienenwegebene	105
a.	Grund und Grenzen der Berücksichtigungsfähigkeit	105
b.	Zuschlüsselungsgrundsätze	105
3.	Serviceeinrichtungen.....	106
III.	Berücksichtigung kostenmindernder Erlöse.....	107
IV.	Berücksichtigung öffentlicher Zuschüsse und Subventionen.....	108
1.	Allgemeine und spezifische Subventionen und Zuschüsse	108
a.	Unterscheidung zwischen allgemeinen und spezifischen Subventionen und Zuschüssen	108
b.	Behandlung allgemeiner Subventionen und Zuschüsse	109
c.	Behandlung spezifischer Subventionen und Zuschüsse	109
d.	Nichtberücksichtigung bei einer Renditeberechnung.....	111
2.	Überblick über die gegenwärtige Mittelvergabe / Intransparenz.....	111
V.	Kalkulatorische Abschreibungen und kalkulatorische Zinsen.....	113
1.	Normative Vorgaben für kalkulatorische Abschreibungen	113
a.	Grundsätzliche Zulässigkeit kalkulatorischer Abschreibungen	113
b.	Zugrunde zu legender Zeitraum	114
c.	Auswirkung einer langfristigen Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung	114
2.	Regulatorische Kapitalbasis und Abschreibungsmethodik.....	114
3.	Kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung	116
VI.	Berücksichtigung von Personalreserven	116
VII.	Zwischenergebnis	117
E.	Rendite	121
I.	Rendite im Rahmen der Entgeltregulierung von Fahrwegen nach § 14 Abs. 4 AEG.....	121
1.	Möglichkeit einer kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung.....	121
a.	Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben.....	121
b.	Auslegung des § 14 Abs. 4 S. 1 AEG.....	123
2.	Höhe der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung.....	124
a.	„Angemessenheit“ als relevanter Maßstab	124
b.	Funktionsadäquatheit der Methode bei der Ermittlung einer angemessenen Rendite.....	127
aa.	Grundlegende rechtliche Vorgaben	127
bb.	Wirtschaftswissenschaftliche Hinweise zur Ermittlung der Kapitalkosten	128
(1.)	Vorgehensweise zur Bestimmung der Kapitalkosten....	128
(2.)	Schätzung der Eigenkapitalkosten.....	129
(a.)	Marktorientierte Bewertungsmethoden.....	130
(b.)	Methoden auf der Basis von Buchwerten	132

(c.) Renditebestimmung in der Praxis der Eisenbahnregulierung Großbritanniens.....	133
3. Relevante Kapitalbasis.....	135
4. Empfehlungen für die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur	136
III. Berücksichtigung einer Rendite im Rahmen der Regulierung der Serviceeinrichtungen nach § 14 Abs. 5 AEG	137
IV. Zwischenergebnis	137
F. Anreizregulierung.....	141
I. Keine Anreizregulierung aus § 21 Abs. 1 EIBV und § 24 Abs. 1 EIBV	141
II. Umsetzungsdefizit im Bereich der Zugangsentgelte für Schienenwege	141
III. Anreizelemente im Bereich der Zugangsentgelte für Serviceeinrichtungen	141
IV. Zwischenergebnis	142
G. Kostennachweispflichten.....	143
I. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben	143
II. Kostennachweispflichten aus § 14c Abs. 3 S. 1 Nr. 2 AEG.....	144
1. Anwendbarkeit des § 14c Abs. 2 und 3 AEG im Rahmen der vorläufigen und nachträglichen Regulierung nach §§ 14 e und 14 f AEG	145
2. Keine Spezialität des § 14c Abs. 2 AEG gegenüber § 14c Abs. 3 S. 1 Nr. 2 AEG	145
3. Gegenstand der Nachweispflichten aus § 14 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 AEG.....	147
4. Grenze: Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.....	148
a. Kontrollgegenstand und Erforderlichkeit	148
b. Erforderlichkeit/Verhältnismäßigkeit und abgestufte Vorgehensweise.....	148
5. Grenze: Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.....	149
III. Anordnungsmöglichkeit in Bezug auf bestimmte Kostenrechnungsmethoden aus § 14 c Abs. 1 AEG	149
1. Keine Spezialität von § 14 e und 14 f AEG gegenüber § 14c Abs. 1 AEG	149
2. Anordnungen auf der Basis von § 14 c Abs. 1 AEG	150
IV. Zwischenergebnis	152
Anhang: Zusammenstellung der Zwischenergebnisse.....	154

Vorwort

Die Entgeltregulierung ist Kern jeglicher Zugangsregulierung und damit auch das wichtigste Instrument zur Stimulierung des Wettbewerbs. Im Gegensatz zum alten Eisenbahnrecht, das die Regulierung der Vorleistungsentgelte nur rudimentär normierte und im Wesentlichen den von den Eisenbahninfrastrukturunternehmen auszuarbeitenden Schienennetz-Benutzungsbedingungen überließ, beinhalten AEG und EIBV nach der Novellierung eine Reihe von Bestimmungen zur Entgeltregulierung. Deren genauer Inhalt und die daraus resultierenden gesetzlichen Vorgaben zur Entgeltfestsetzung sind jedoch aufgrund einer wenig eindeutigen Formulierung des Normtextes verglichen mit der Telekommunikations- oder Energieordnung äußerst unklar. Daraus entstehen sowohl auf Seiten der Zugangsverpflichteten als auch auf Seiten der Zugangsberechtigten erhebliche Rechtsunsicherheiten hinsichtlich einer rechtskonformen Ausgestaltung der Zugangsentgelte. Erste Stellungnahmen in der Literatur haben das erhebliche Konfliktpotenzial bereits offenbart.

Hinsichtlich der Zugangsentgelte für Schienenwege ist es § 14 Abs. 4 AEG, der als grundlegende Norm auf den ersten Blick erhebliche Interpretationsspielräume eröffnet. Für den Bereich der Zugangsentgelte für Serviceeinrichtungen ist § 14 Abs. 5 AEG die einschlägige, jedoch ebenso interpretationsbedürftige Norm. Hinzu treten die Vorgaben der EIBV, die zum Teil nicht hinreichend abgestimmt auf das AEG sind, wie der Widerspruch zwischen § 14 Abs. 4 S. 2 AEG und § 21 Abs. 4 EIBV exemplarisch offenbart.

Zudem verwendet die Eisenbahnregulierung Ansätze aber auch Begriffe, die so in den übrigen Netzwirtschaften nicht auftauchen. Dies gilt insbesondere für den Begriff des Entgeltgrundsatzes. Vor diesem Hintergrund haben die Verfasser eine begriffliche Analyse an die Spitze der Untersuchung gestellt (dazu A.). Als Erschwernis für das Verständnis und die Auslegung hat es sich im Übrigen erwiesen, dass nur einzelne Versatzstücke eines äußerst komplexen Entgeltregulierungssystems auf der gemeinschaftsrechtlichen Ebene Eingang in die entsprechende Regelung auf nationaler Ebene gefunden haben und dadurch Inkohärenzen in der nationalen Regulierungssystematik entstehen. Vor diesem Hintergrund war eine an den Anfang gestellte geschlossene Klärung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben erforderlich (dazu B.).

Die sich aus den Normen ergebenden Unklarheiten beziehen sich auf sämtliche relevanten Stufen der Entgeltbemessung. Im Vordergrund steht dabei die grundlegende Frage des einschlägigen Entgeltmaßstabs. Denn je nachdem ob einerseits ein Vollkostenansatz, der die tat-

sächlich entstehenden Kosten zugrunde legt, oder andererseits ein Effizienzkostenansatz¹ der gesetzlichen Normierung zugrunde liegt, erhalten auch Folgefragen eine andere Determinierung. Die Klärung der grundsätzlichen Frage des Entgeltmaßstabs ist damit von herausragender Bedeutung. Sie erfolgt zugleich im Kontext mit einer Analyse der Entgeltgrundsätze, die sich gerade im Schienenwegbereich als komplexes System darstellen. Insoweit beschränkt sich die Darstellung des gemeinschaftsrechtlichen Teils einerseits sowie des umfangreichen Teils C. zum AEG und zur EIBV andererseits auf die Frage des Entgeltmaßstabs und der Entgeltgrundsätze. Erst aus der Beantwortung dieser Frage heraus lassen sich die daran anschließenden kostenrechnerischen Einzelfragen beantworten (dazu D.). Gleiches gilt für die Frage nach der Bestimmung einer angemessenen Rendite (dazu E.). Fragen einer möglichen Anreizregulierung werden im Rahmen der Ausführungen zum Kostenmaßstab und zur Methodik zu deren Überprüfung weitest gehend abgehandelt. Die anschließenden Ausführungen zu diesem im Rahmen der Ausschreibung angesprochenen Punkt können sich daher auf eine entsprechende Zusammenfassung beschränken (dazu F.). Schließlich ist zu prüfen, welche Kostenachweispflichten zur Kontrolle des Entgeltmaßstabs und der Entgeltgrundsätze bestehen (dazu G.).

Die Entgeltregulierung ist Ausdruck einer Missbrauchskontrolle. Daher muss eine systematische Beantwortung der aufgeworfenen Fragen dieser Charakteristik Rechnung tragen. Sie muss auch die übrigen gesetzlichen Missbrauchs- und Diskriminierungsverbote bei der Auslegung beachten. Denn insoweit stellt die Regulierung der Entgelte einen überaus komplexen Vorgang dar, der eine isolierte Betrachtung von Einzelaspekten ausschließt. Innerhalb der erforderlichen Gesetzesinterpretation hat also im Bereich der systematischen Auslegung eine Einordnung in die gesetzliche Gesamtsystematik der Entgeltregulierung zu erfolgen. Hilfreich und erforderlich ist insoweit auch ein Vergleich mit den Regulierungsansätzen in den übrigen Netzwirtschaften, insbesondere dem Telekommunikations- und Energiebereich. Allerdings hat sich gezeigt, dass angesichts erheblicher Unterschiede in Bezug auf den Entgeltmaßstab und v.a. angesichts der Besonderheiten der Entgeltgrundsätze eine Übertragung nur mit äußerster Zurückhaltung erfolgen kann.

¹ In unterschiedlich denkbaren, teils im Ergebnis kaum voneinander abweichenden Variationen wie „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“ bzw. einer „Orientierung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“, einem Ansatz „Vollkosten minus Anreiz“ oder etwa einem Preishöhenmissbrauchsmaßstab.

A. Begriffsbestimmungen

Die bisherige Diskussion um die normativen Vorgaben der Entgeltregulierung in der Eisenbahnwirtschaft hat gezeigt, dass eine eindeutige Begriffsbildung für eine klare Analyse unabdingbar ist. Daher soll diese der weiteren Untersuchung vorangestellt werden.

I. Differenzierung von Entgeltgrundsätzen, Entgeltmaßstab und Prüfungsmethode

1. Entgeltgrundsätze

So sind vor allem die Begriffe „Entgeltgrundsatz“ und „Entgeltmaßstab“ streng voneinander zu unterscheiden. Unter Entgeltgrundsätzen sind die Vorgaben für die Art und Weise der Berechnung der Entgelte zu verstehen. Dabei verwendet sowohl die RL 2001/14/EG als auch das nationale Recht den Begriff des Entgeltgrundsatzes in einem doppelten Verständnis, was zu begrifflichen Verwirrungen führt. Insoweit lässt sich zwischen „normativen“ und „betrieblichen“ Entgeltgrundsätzen unterscheiden.

Bei den normativen Entgeltgrundsätzen handelt es sich um normative Vorgaben in Bezug auf die Entgeltberechnung, wie sie insbesondere in Art. 7 und 8 (Ausnahmen) RL 2001/14/EG und § 14 Abs. 4 S. 2 und 3 AEG sowie §§ 20 – 24 EIBV geregelt sind. Es wird sich dabei zeigen, dass im Eisenbahnrecht lediglich für den Schienenbereich differenzierte normative Entgeltgrundsätze formuliert wurden. Der Begriff der Entgeltgrundsätze wird darüber hinaus sowohl in Anhang I Punkt 2 RL 2001/14/EG als auch in Anlage 2 Punkt 2 EIBV als verpflichtender Inhalt der Schienennetz-Nutzungsbedingungen aufgeführt. Der Betreiber der Infrastruktur ist danach verpflichtet, die Entgeltgrundsätze darzulegen. Nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift kann es jedoch nicht darum gehen, die normierten Entgeltgrundsätze rein textmäßig in die Schienennetz-Nutzungsbedingungen aufzunehmen. Vielmehr soll der Nachfrager nach Infrastruktur im Voraus erkennen können, auf welche Art und Weise sich das von ihm zu zahlende Entgelt berechnet. Folglich hat der Betreiber der Infrastruktur in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen die von ihm verwendete Entgeltberechnungsmethode und damit sein Entgeltberechnungsmodell darzulegen. Der Gegenstand dieser ebenfalls – und damit potenziell irreführend – mit dem Begriff „Entgeltgrundsätze“ benannten Darlegung kann insofern als „betriebliche Entgeltgrundsätze“ bezeichnet werden.²

² Diese Unterscheidung verwenden im Ergebnis auch *Koenig/Neumann/Schellberg*, WuW 2006, 139 (140 ff.). *Neumann*, in: Ronellenfitsch/Schweinsberg (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts IX, 2006, S. 155 (164 ff.), unterscheidet zwischen gesetzlichen Entgeltbildungsvorgaben und Entgeltgrundsätzen.

Der Zusammenhang zwischen normativen und betrieblichen Entgeltgrundsätzen besteht also darin, dass es sich bei den betrieblichen Entgeltgrundsätzen um die vom Betreiber der Infrastruktur vorgenommene modellhafte Umsetzung der normativen Entgeltgrundsätze handelt. Aufgrund der derzeitigen irreführenden Begriffsverwendung im Gesetzestext wird de lege ferenda eine begriffliche Klarstellung angeregt. Hier bietet es sich an, durch die Aufnahme der Attribute „normativ“ und „betrieblich“ eine Differenzierung vorzunehmen. Alternativ kann anstatt von betrieblichen Entgeltgrundsätzen auch von einem Entgeltberechnungsmodell gesprochen werden. Im Gutachten wird zur Klarstellung von betrieblichen Entgeltgrundsätzen gesprochen, sofern nicht die (normativen) Entgeltgrundsätze gemeint sind, die primärer Gegenstand dieses Gutachtens sind.

Entgeltgrundsätze stellen in dieser Form eine sektorspezifische Besonderheit der Regulierung der Entgelte im Eisenbahnsektor dar. Denn die anderen Netzwirtschaften kennen Entgeltgrundsätze in dieser Form nicht. Dort erfolgt die Entgeltberechnung vielmehr ausschließlich anhand einer Kostenzuschlüsselung auf die einzelnen Leistungen. Auch die Entgelte im Eisenbahnsektor bedienen sich grundsätzlich einer solchen Zuschlüsselung, allerdings wird diese durch die Entgeltgrundsätze und die darin enthaltene Aufspaltung verschiedener Entgeltbestandteile normativ vorstrukturiert und insoweit überlagert.

2. Entgeltmaßstab

Der Entgeltmaßstab ist der Kontrollmaßstab für die Überprüfung der berechneten Entgelthöhe, wie er in Art. 6 Abs. 1 und 2 RL 2001/14/EG und in § 14 Abs. 4 S. 1 und Abs. 5 AEG normiert ist. Er bezieht sich also nicht auf die Art und Weise der Berechnung des Entgeltes, sondern nur auf die Kontrolle der Entgelthöhe. Extreme Pole eines Entgeltmaßstabs sind der „laxe“ Maßstab einer Vollkostendeckung [+ Rendite] auf der einen und der strenge Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung [+ Rendite] (= KeL-Maßstab) auf der anderen Seite. Dazwischen sind eine ganze Reihe von weiteren Maßstäben denkbar. So tendiert beispielsweise der im allgemeinen Kartellrecht verwandte Entgeltmaßstab eines Verbots des Preishöhenmissbrauchs zum KeL-Maßstab. Jeglicher Maßstab „Vollkosten minus Effizienzsteigerungsanreiz“ oszilliert zwischen den beiden Polen, wobei die genaue Fixierung davon abhängt, wie stark der Effizienzsteigerungsanreiz gesetzt wird. Bei einer strengen Anwendung eines Effizienzsteigerungsanreizes, welche die Ausnutzung der jeweils möglichen Effizienzsteigerungen verlangt, kann der Maßstab „Vollkosten minus Effizienzsteigerungsanreiz“ mit einem „KeL-Maßstab“ unter der Prämisse gleich gesetzt werden, dass der Begriff der „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“ so verstanden wird, dass innerhalb einer bestimmten

Regulierungsperiode ausgehend von einer bestimmten Ausgangssituation eine maximale Effizienzsteigerung erfolgt.³

Der Entgeltmaßstab bezieht sich dabei immer auf die insgesamt im Rahmen der Entgeltberechnung berücksichtigungsfähigen Kosten. Ihm liegt eine summenmäßige Betrachtung zugrunde. So kann etwa beim KeL-Maßstab die Summe der bei einer effizienten Leistungsbereitstellung entstehenden Kosten auf die jeweils einzelnen Entgelte zugeschlüsselt werden. Die Summe der Entgelte darf also die Summe der bei einer effizienten Leistungsbereitstellung entstehenden Kosten nicht übersteigen. Gleichmaßen darf bei einem Vollkostenmaßstab die Summe der Entgelte die Summe der Vollkosten nicht übersteigen.

Der Entgeltmaßstab bestimmt damit die insgesamt berücksichtigungsfähigen Kosten während die Entgeltgrundsätze sich darauf beziehen, wie diese Kosten der Höhe nach auf die einzelnen Entgelte verteilt werden.

Für die regulatorische Kontrolle der Entgelte ergibt sich aus Entgeltmaßstab und Entgeltgrundsätzen ein logischer Zweischritt: Zunächst sind die gemäß dem Entgeltmaßstab insgesamt berücksichtigungsfähigen Kosten zu ermitteln. Anschließend ist zu prüfen, ob diese Kosten entsprechend der Entgeltgrundsätze auf die einzelnen Entgelte verteilt wurden.

3. Methode der Prüfung der Einhaltung des Entgeltmaßstabs

Vom Begriff des Entgeltmaßstabs wiederum streng zu trennen ist die Methode, mit der geprüft wird, ob der Entgeltmaßstab eingehalten worden ist. Diese Methode wird im Folgenden verkürzt als Prüfungsmethode bezeichnet. Hauptmethode beim Vollkostenansatz ist die Prüfung der Kostennachweise des Unternehmens, wobei insbesondere die Richtigkeit der Kostenzuschlüsselung überwacht wird. Bei Effizienzkostenansätzen in den verschiedenen angedeuteten Spielarten gibt es unterschiedliche Erkenntnismethoden, die vom Vergleichsmarktverfahren über analytische Kostenmodelle bis hin zu einer effizienzorientierten Einzelkostenprüfung reichen.

³ In diesem Fall referenziert der Begriff der „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“ also nicht auf ein hypothetisches vollkommen effizientes Vergleichsunternehmen.

II. Kostenbegriffe

1. Variable vs. fixe Kosten

Fixe Kosten sind dadurch gekennzeichnet, dass sie unabhängig von der Beschäftigung bzw. der Ausbringung in konstanter Höhe anfallen und lediglich kapazitätsabhängig sind. Sie dienen der Aufrechterhaltung von Betriebs- und Leistungsbereitschaft. Im Zusammenhang mit Kapazitätsgrenzen treten *intervallfixe* Kosten auf, die innerhalb bestimmter Beschäftigungsgrenzen konstant sind, aber bei Überschreiten dieser Grenzen sprunghaft ansteigen. Dieses Phänomen wird damit begründet, dass Anlagen und Betriebsmittel nicht beliebig teilbar sind, sondern nur in ganzen Einheiten verändert werden können.⁴ *Variable* Kosten verändern sich grundsätzlich in Abhängigkeit von der Produktion, wobei der Grad der Abhängigkeit differiert. Der Anteil variabler Kosten ist im Bereich der Bahninfrastruktur im Vergleich zu anderen Industrien verhältnismäßig niedrig, da ein großer Teil der Kosten über ein breites Kapazitätsintervall gleich bleibt. Ein Beispiel für variable Kosten im Netzbereich der Bahn können Kosten durch Abnutzung sein, die bestimmte Wartungsmaßnahmen bedingen und vom Umfang des auf der Trasse vorhandenen Verkehrs abhängen.

Im Bereich der Bahn spielen die fixen Kosten eine überragende Rolle, da insbesondere im Bereich der Infrastruktur ein großer Teil der Anlagen bis zu einem gewissen Grad von der Höhe der Produktion bzw. des Verkehrs unabhängig ist. Dabei kann es sich natürlich auch um intervallfixe Kosten handeln, da ab einer bestimmten Verkehrsmenge die Kapazität etwa von Trassen nicht mehr ausreicht und somit eine Erhöhung der Kapazitäten notwendig ist, die zu einem sprunghaften Anstieg der fixen Kosten führt. Die variablen Kosten machen im Bahnbereich naturgemäß den geringeren Anteil der Kosten aus.

2. Einzel- und Grenz- vs. Gemeinkosten

Einzelkosten stellen in der Kostenrechnung Kosten dar, die eindeutig einem Kostenträger zugeordnet werden können. Einzelkosten werden in der Regel als weitgehend identisch mit den variablen Kosten betrachtet, wobei dieser Ansicht das Verursachungsprinzip zu Grunde liegt.⁵ Beispiele für Einzelkosten sind Materialkosten oder der Fertigungslohn. Mit dem Begriff der variablen Kosten eng verwandt ist der *Grenzkostenbegriff*. Unter Grenzkosten (oder marginalen Kosten) versteht man die zusätzlichen Kosten, welche entstehen, wenn die Produktions-

⁴ Coenenberg, Kostenrechnung und Kostenanalyse, 2003, S. 35.

⁵ Wird stattdessen das Beanspruchungsprinzip verwendet, ist auch ein Teil der Fixkosten den Einzelkosten zuzurechnen.

menge um eine zusätzliche Einheit gesteigert wird.⁶ Die Durchsicht der relevanten Literatur im Bahnsektor zeigte, dass hier die Begriffe Einzel- und Grenzkosten weitestgehend synonym verwendet werden. Sie werden deshalb auch in diesem Gutachten synonym gebraucht.

Demgegenüber sind *Gemeinkosten* solche Kosten, die der einzelnen Leistungseinheit nicht unmittelbar zugeordnet werden können. Prinzipiell bestehen die Gemeinkosten überwiegend aus fixen Kosten.⁷ Im Bahnsektor kann man davon ausgehen, dass der Gemeinkostenanteil ebenso wie der Anteil der Fixkosten vergleichsweise hoch ist.

3. Inkrementelle Kosten (oder: Zusatzkosten)

Als *inkrementelle* Kosten eines Produktes werden die zusätzlichen Kosten bezeichnet, die anfallen, falls alle übrigen Produkte eines Unternehmens ohnehin angeboten werden. Es handelt sich also um Kosten, die durch das zusätzliche Angebot eines Produktes oder einer Dienstleistung (bzw. Inkrements) anfallen.⁸ Es ist wichtig, darauf hinzuweisen, dass inkrementelle Kosten durchaus sowohl fixen als auch variablen Charakter aufweisen können und darüber hinaus sowohl aus Einzel- als auch aus Gemeinkosten bestehen können.⁹ Das Konzept inkrementeller Kosten wird aufgrund existierender Unteilbarkeiten genutzt. Man kann nicht eine Einheit eines Telefonats anbieten, sondern nur den kompletten Service „Möglichkeit eines Telefongesprächs“ einführen.

III. Zwischenergebnis

Der **Entgeltmaßstab** ist der Kontrollmaßstab für die Überprüfung der berechneten Entgelthöhe. Der Entgeltmaßstab gibt also vor, in welcher Höhe Kosten berücksichtigt werden dürfen. Dies sind beim **Effizienzkostenansatz** als Entgeltmaßstab nur solche Kosten, die bei einer (hypothetischen) effizienten Leistungsbereitstellung entstehen würden. Beim **Vollkostenansatz** sind es hingegen solche, die bei der Leistungserbringung tatsächlich entstehen. Das **Verbot des Preishöhenmissbrauchs** tendiert als Entgeltmaßstab in Richtung Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung. Die Einzelheiten hängen insoweit von seinem konkreten Verwendungskontext ab.

⁶ Eichberger, Grundzüge der Mikroökonomik, 2004, S. 126-130; Ewert/Wagenhofer, Interne Unternehmensrechnung, 2005, S. 141-142.

⁷ In der betriebswirtschaftlichen Literatur wird allerdings betont, dass die Begriffspaare fixe Kosten/Gemeinkosten und variable Kosten/Einzelkosten keineswegs immer deckungsgleich sind, siehe nur Plinke/Rese, Industrielle Kostenrechnung, 2002, 36.

⁸ Knieps, Wettbewerbsökonomie, 2005, S. 27.

⁹ Knieps, Wettbewerbsökonomie, 2005, S. 4-5.

Unter **Entgeltgrundsätzen** sind die Vorgaben für die Verteilung der berücksichtigungsfähigen Kosten auf die verschiedenen Benutzungsentgelte zu verstehen. Bei den normativen Entgeltgrundsätzen handelt es sich um normierte Vorgaben in Bezug auf die Entgeltberechnung, wie sie insbesondere in Art. 7 und 8 (Ausnahmen) RL 2001/14/EG und § 14 Abs. 4 S. 2 und 3 AEG sowie §§ 20 – 24 EIBV geregelt sind. Bei den betrieblichen Entgeltgrundsätzen im Sinne von Anhang I Punkt 2 RL 2001/14/EG und von Anlage 2 Punkt 2 EIBV geht es um diejenigen Angaben, die der Schienennetzbetreiber als verpflichtenden Inhalt der Schienennetznutzungsbedingungen anführen muss und die erkennen lassen müssen, auf welche Art und Weise sich das von ihm zu zahlende Entgelt berechnet. Im Gutachten wird zur Klarstellung ausnahmsweise von betrieblichen Entgeltgrundsätzen gesprochen, wenn diese und nicht die (normativen) Entgeltgrundsätze gemeint sind, die primär Gegenstand des Gutachtens sind.

Entgeltgrundsätze stellen eine **sektorspezifische Besonderheit** der Regulierung der Entgelte im Eisenbahnsektor dar. In den anderen Netzwirtschaften erfolgt die Entgeltberechnung ausschließlich anhand einer Kostenzuschlüsselung auf die einzelnen Leistungen. Im Eisenbahnsektor wird eine solche Zuschlüsselung durch die Entgeltgrundsätze und die darin enthaltene Aufspaltung verschiedener Entgeltbestandteile normativ vorstrukturiert und insoweit überlagert.

Für die regulatorische Kontrolle der Entgelte ergibt sich aus Entgeltmaßstab und Entgeltgrundsätzen ein **logischer Zwischschritt**: Zunächst sind die gemäß dem Entgeltmaßstab berücksichtigungsfähigen Kosten zu ermitteln, bevor zu prüfen ist, ob diese Kosten entsprechend der Entgeltgrundsätze auf die einzelnen Entgelte verteilt wurden.

Vom Begriff des Entgeltmaßstabs wiederum streng zu trennen ist die Methode, mit der geprüft wird, ob der Entgeltmaßstab eingehalten worden ist (**Entgeltprüfungsmethode**). Hauptmethode beim Vollkostenansatz ist die Prüfung der Kostennachweise des Unternehmens. Bei Effizienzkostenansätzen reichen die Entgeltprüfungsmethoden vom Vergleichsmarktverfahren über analytische Kostenmodelle bis hin zu einer effizienzorientierten Einzelkostenprüfung.

Einzelkosten stellen in der Kostenrechnung Kosten dar, die eindeutig einem Kostenträger zugeordnet werden können. Einzelkosten werden i.d.R. als weitgehend identisch mit den variablen Kosten betrachtet. Der Begriff der Einzelkosten wird in der Eisenbahnregulierung darüber hinaus weitgehend synonym mit dem Begriff der **Grenzkosten** verwendet.

Demgegenüber sind **Gemeinkosten** solche Kosten, die der einzelnen Leistungseinheit nicht unmittelbar zugeordnet werden können. Prinzipiell bestehen die Gemeinkosten überwiegend aus fixen Kosten. Der Gemeinkostenanteil ist im Bahnsektor – wie in anderen Netzwirtschaften auch – sehr hoch.

Inkrementelle Kosten eines Produktes sind solche zusätzlichen Kosten, die für ein neues Produkt bzw. eine neue Dienstleistung anfallen, falls alle übrigen Produkte eines Unternehmens ohnehin angeboten werden.

B. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben in Bezug auf Entgeltmaßstab und Entgeltgrundsätze

Die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zur Erhebung von Wegeentgelten im Eisenbahnverkehr sind maßgeblich in der RL 2001/14/EG¹⁰ enthalten.

I. Entgeltmaßstab

Nach Art. 1 Abs. 1 RL 2001/14/EG¹¹ sind Gegenstand der Richtlinie die Grundsätze und Verfahren für die Festlegung und Berechnung von Wegeentgelten im Eisenbahnverkehr. Daran gemessen muss die Richtlinie auch die grundsätzliche Frage beantworten, welcher Entgeltmaßstab bei der Überprüfung der mittels der Entgeltgrundsätze berechneten Entgelthöhe anzulegen ist. Eine explizite Definition eines Entgeltmaßstabs enthält die Richtlinie allerdings nicht. Folglich ist durch Auslegung zu ermitteln, welche Vorgaben sich der Richtlinie zur Beantwortung dieser Frage entnehmen lassen. Als gängige Entgeltmaßstäbe werden in der Regulierungsökonomie und in der Regulierungspraxis der Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung („KeL“) sowie der Vollkostenansatz herangezogen.¹² Beide Ansätze prägen auch die Diskussion um den Maßstab der Bemessung der Entgelte für den Zugang zu Schienenwegen¹³ und den Zugang zu Serviceeinrichtungen. Während bei den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung die Entgelthöhe an den Kosten gemessen wird, die bei einer effizienten Leistungsbereitstellung anfallen würden, können bei einem Vollkostenansatz alle tatsächlich anfallenden Kosten unter Zugrundelegung einer entsprechenden Kostenzuschlüsselung berücksichtigt werden. Es ist allerdings keinesfalls zwingend, dass der Gesetzgeber den einen oder den anderen Ansatz wählt.

Da der deutsche Gesetzgeber hinsichtlich der Entgelte für den Zugang zu Schienenwegen in § 14 Abs. 4 AEG und hinsichtlich der Entgelte für den Zugang zu Serviceeinrichtungen in § 14 Abs. 5 AEG die Kontrolle der jeweiligen Entgelte – zumindest dem Wortlaut nach – unterschiedlich normiert hat und insoweit ein sich daraus ergebender unterschiedlicher Entgelt-

¹⁰ 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. L 75/29.

¹¹ Soweit in diesem Abschnitt Artikel nicht näher bezeichnet werden, handelt es sich um solche der RL 2001/14/EG.

¹² Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 289 f.

¹³ Für einen Effizienzkostenansatz Ostendorf/Grün, IR 2005, 275 (275 f.). Für einen Vollkostenansatz Gerstner, in: Hermes/Sellner (Hrsg.), Beck'scher AEG-Kommentar, 2006, § 14 Rn. 179; Koenig/Neumann/Schellberg, WuW 2006, 139 (142 f.); Kühling/Ernert, NVwZ 2006, 33 (35 f.); Rother, in: Ronellenfitsch/Schweinsberg (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts IX, 2006, S. 155 (164 ff.); Ruge, AöR 2006, 1 (61); Staebe, WuW 2006, 492 (495).

maßstab nicht ausgeschlossen werden kann, soll untersucht werden, ob dieser unterschiedliche Ansatz auch dem Gemeinschaftsrecht zugrunde liegt. Demzufolge ist für die Entgelte für den Zugang zu Schienenwegen und die Entgelte für den Zugang zu Serviceeinrichtungen der Entgeltmaßstab auch auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene jeweils getrennt zu bestimmen.

1. Entgeltmaßstab für die Bemessung der Entgelte für den Zugang zu Schienenwegen

a. Wortlaut der RL 2001/14 EG

Aufgrund der fehlenden ausdrücklichen Definition des Entgeltmaßstabs ist zu untersuchen, ob sich dem Wortlaut der Richtlinie ein implizit vorgeschriebener Entgeltmaßstab entnehmen lässt.

aa. Effektive Nutzung der Fahrwegkapazität gemäß Art. 1 Abs. 1 UAbs. 2

Ein Ansatzpunkt für einen Effizienzkostenmaßstab könnte Art. 1 Abs. 1 UAbs. 2 darstellen. Gemäß dieser Norm sollen die durch die Richtlinie aufgestellten Grundsätze es dem Betreiber der Infrastruktur „ermöglichen, die verfügbare Fahrwegkapazität zu vermarkten und so effektiv wie möglich zu nutzen“. Damit wird auf eine effektive und nicht auf eine effiziente Nutzung abgestellt, ohne dass jedoch hinreichend bestimmt wird, was unter einer effektiven Nutzung der Fahrwegkapazität zu verstehen ist. Denkbar wäre es insoweit zunächst auch, darin einen Ansatz für einen Effizienzkostenmaßstab zu erblicken.

Vor dem Hintergrund, dass die Fahrwegkapazität im – weitgehend – natürlichen Monopol des Schienennetzes knapp ist, muss zur Verringerung der Knappheit eine optimale Auslastung der vorhandenen Kapazitäten erreicht werden. In diesem Sinne ist auch der Verweis auf die effektive Nutzung der Fahrwegkapazität zu verstehen. Denn Art. 1 bestimmt den Anwendungsbe- reich der Richtlinie, der sich über die Grundsätze der Entgeltbemessung hinaus auch auf die Kapazitätszuweisung erstreckt. Aus dem Zusammenhang zur Zuweisung der Fahrwegkapazität wird deutlich, dass zunächst unabhängig davon, ob die Bereitstellung der Fahrwegkapazität kostentechnisch effizient erfolgt, jedenfalls eine weitest mögliche Nutzung der vorhandenen Kapazität erreicht werden soll. Ein Ansatzpunkt für die Normierung eines Entgeltmaßstabs ist darin jedoch nicht zu sehen.

bb. Kostenausgleichspflicht nach Art. 6 Abs. 1

Nach Art. 6 Abs. 1 legt der Mitgliedstaat die Bedingungen fest, um sicherzustellen, „dass sich die Einnahmen eines Betreibers der Infrastruktur aus Wegeentgelten, dem Gewinn aus anderen wirtschaftlichen Tätigkeiten und der staatlichen Finanzierung einerseits und die Fahrwegausgaben andererseits unter normalen geschäftlichen Umständen und über einen angemessenen Zeitraum zumindest ausgleichen“. Damit stellt die Richtlinie dem Wortlaut nach einen

Grundsatz der Kostendeckung auf, der eine dauerhafte Kostenunterdeckung ausschließt. Dabei werden auf der Einnahmenseite jedoch nicht nur Wegeentgelte, sondern auch Gewinne aus sonstigen wirtschaftlichen Tätigkeiten¹⁴ sowie staatliche Finanzierungen berücksichtigt. Danach muss die Kostendeckung der Richtlinie nach nicht ausschließlich durch Wegeentgelte erfolgen. Allerdings räumt Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 den Mitgliedstaaten ausdrücklich die Möglichkeit ein, die Infrastrukturbetreiber zu verpflichten, eine Kostendeckung auch ohne staatliche Mittel herbeizuführen. Einnahmequellen sind in diesem Fall nur die Wegeentgelte sowie die Gewinne aus sonstigen wirtschaftlichen Tätigkeiten. Muss aber auch unter diesen Umständen eine Kostendeckung herbeigeführt werden, erfordert das die Anlegung eines Vollkostenmaßstabs bei der Bemessung der Wegeentgelte und den Ausschluss eines Effizienzkostenansatzes. Denn der Effizienzkostenansatz führt zumindest für den Zeitraum bis zu einer effizienten Leistungserbringung zu einer Kostenunterdeckung.

Dem könnte jedoch entgegenstehen, dass Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 dem Wortlaut nach ausdrücklich darauf abstellt, dass eine Kostendeckung „unter normalen geschäftlichen Umständen und über einen angemessenen Zeitraum“ erfolgen muss. Fraglich ist also, ob mit dem Kriterium der „normalen geschäftlichen Umstände“ auf eine Wettbewerbssituation abgestellt wird. Eine solche Wortlautinterpretation würde für die Möglichkeit der Anwendung eines Effizienzkostenmaßstabs sprechen, da der sich in einem Wettbewerb befindende Anbieter gezwungen ist, eine effiziente Leistungsbereitstellung zu gewährleisten. Das Merkmal der normalen geschäftlichen Umstände spricht jedoch gegen eine solche Interpretation. Denn die normalen geschäftlichen Umstände eines natürlichen Monopols wie dem des Schienennetzes bestehen gerade nicht in einer Wettbewerbssituation. Der Wortlaut der „normalen geschäftlichen Umstände“ („normal business conditions“; „dans des conditions normales d’activité“) legt stattdessen eine andere Interpretation nahe. Danach ist diese Vorgabe nicht zuletzt angesichts des Zusammenhangs mit dem Verweis auf einen angemessenen Zeitraum so zu verstehen, dass auf den unter normalen Umständen innerhalb eines angemessenen Zeitraums berechneten Geschäftsbetrieb abzustellen ist. Vor diesem Hintergrund dürfen sowohl außergewöhnliche Einnahme- als auch Ausgabenereignisse nicht als Maßstab für die (aktuelle) Entgeltbemessung herangezogen werden. Es ist davon auszugehen, dass außergewöhnliche Umstände allenfalls langfristig entsprechend eingepreist werden müssen. Konkrete Vorgaben für den Entgeltmaßstab und insbesondere für einen Effizienzkostenansatz ergeben sich daraus nicht.

¹⁴ Gewinne aus sonstigen wirtschaftlichen Tätigkeiten sind in diesem Zusammenhang Erlöse, die mit dem Betrieb der Infrastruktur in Zusammenhang stehen, ohne Entgelte darzustellen. Diese Einschränkung ergibt sich sachlogisch aus dem Zurechnungserfordernis der Kosten auf der Ausgabenseite. Denn müssten grundsätzlich alle Gewinne aus sonstigen wirtschaftlichen Tätigkeiten berücksichtigt werden, müssten auch eventuelle Verluste aus sonstigen wirtschaftlichen Tätigkeiten als auszugleichende Ausgaben angesehen werden. Das ist jedoch weder im Wortlaut angelegt noch teleologisch sinnvoll.

Der Wortlaut steht der Anwendung eines Effizienzkostenmaßstabs und der damit zumindest vorübergehend verbundenen Kostenunterdeckung im Übrigen noch in einer weiteren Hinsicht entgegen. Denn das schon erwähnte Kriterium, dass eine Kostendeckung „über einen angemessenen Zeitraum“ erfolgen muss, müsste insofern als Frist interpretiert werden können, innerhalb derer eine Kostendeckung zu erreichen ist. Der Wortlaut spricht jedoch gegen eine solche Interpretation. Denn insoweit hätte der Wortlaut eher darauf abstellen müssen, dass eine Kostendeckung „innerhalb“ eines angemessenen Zeitraums erreicht werden muss. Das Abstellen auf eine Kostendeckung „über“ einen angemessenen Zeitraum deutet vielmehr auf eine Deckung der innerhalb eines bestimmbaren Zeitraums durchschnittlich angefallenen Kosten hin. Legt der Mitgliedstaat dem Infrastrukturbetreiber dann die Kostendeckung ohne staatliche Finanzierung auf, ist bei einer konsequenten Anwendung der Effizienzkostenansatz zumindest dann ausgeschlossen, wenn der Infrastrukturbetreiber die dadurch entstehende Kostenunterdeckung nicht durch Gewinne aus sonstigen wirtschaftlichen Tätigkeiten ausgleichen kann.

Der Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 bringt insoweit eine unter normalen geschäftlichen Umständen geltende dauerhafte Kostendeckungspflicht zum Ausdruck, die nicht unter die einschränkende Bedingung einer effizienten Leistungsbereitstellung gestellt ist. Vielmehr muss eine Deckung der tatsächlich anfallenden Kosten des Regelnetzbetriebs erfolgen. Insoweit spricht der Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 dafür, einen Vollkostenansatz anzulegen.

cc. Anreize zur Kostensenkung nach Art. 6 Abs. 2

Nach Art. 6 Abs. 2 sind den Betreibern der Infrastruktur „unter gebührender Berücksichtigung der Sicherheit und der Aufrechterhaltung und Verbesserung der Qualität der Fahrwegbereitstellung Anreize zur Senkung der mit der Fahrwegbereitstellung verbundenen Kosten und der Zugangsentgelte zu geben“. Durch den Verweis auf die Senkung der mit der Fahrwegbereitstellung verbundenen Kosten wird hinreichend deutlich, dass den Betreibern der Infrastruktur Anreize gesetzt werden sollen, die langfristig zu einer effizienteren Bereitstellung der Leistungen führen sollen. Die Formulierung „sind [...] zu geben“¹⁵ weist insoweit eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten aus. Die Adressierung der Verpflichtung an die Mitgliedstaaten ergibt sich aus dem hinsichtlich der Richtlinie bestehenden Umsetzungserfordernis und der Umsetzungsverpflichtung der Mitgliedstaaten. Die Mitgliedstaaten sind folglich dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 2 zufolge verpflichtet, den Betreibern der Infrastruktur Anreize zu setzen, die Effizienz der Leistungsbereitstellung zu steigern.

¹⁵ In der französischen Fassung ergibt sich das erst aus dem Zusammenhang mit dem Hinweis auf (zwangsläufig externe) Anreizmechanismen („est [...] encouragé par des mesures d’incitation“). In der englischen Sprachfassung folgt dies gleichfalls aus der passiven Formulierung „shall [...] be provided with incentives“.

Offen lässt Art. 6 Abs. 2 jedoch, in welcher Form der Mitgliedstaat diese Anreize setzen kann oder setzen muss. Die Anlegung eines Effizienzkostenmaßstabs bei der Entgeltbemessung ist ein geeigneter methodischer Ansatz, um die Betreiber der Infrastruktur zu einer effizienteren Leistungsbereitstellung zu zwingen, da er seine Kosten nur bis zu dieser Höhe in Form von Entgelten den Eisenbahnverkehrsunternehmen in Rechnung stellen kann. Bei einer ineffizienten Leistungsbereitstellung führt der Effizienzkostenansatz zu einer Kostenunterdeckung. Allerdings lässt sich dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 2 keine konkrete methodische Vorgabe entnehmen. Da die Ausgestaltung von Anreizelementen zudem vielschichtig erfolgen kann, ist insoweit auch aus der Verpflichtung zur Setzung von Anreizen zur Kostensenkung noch keine zwingende Anlegung eines Effizienzkostenmaßstabs zu entnehmen. Der Wortlaut bringt insoweit lediglich zum Ausdruck, dass die Effizienz der Leistungsbereitstellung im Sinne einer Entwicklungsperspektive steigen soll und der Mitgliedstaat mittels Anreizelementen darauf hinzuwirken hat.

Konkretere Verfahrenshinweise in Bezug auf die Ausgestaltung der Anreizelemente enthält jedoch Art. 6 Abs. 3. Darin werden den Mitgliedstaaten zwei verschiedene abstrakt formulierte Verfahrensweisen zur Wahl gestellt. Danach sorgen die Mitgliedstaaten dafür, „dass Absatz 2 entweder durch eine vertragliche Vereinbarung zwischen der zuständigen Behörde und dem Betreiber der Infrastruktur, die eine Laufzeit von mindestens drei Jahren hat und die staatliche Finanzierung regelt, oder durch geeignete aufsichtsrechtliche Maßnahmen, in deren Rahmen angemessene Befugnisse vorgesehen sind, umgesetzt wird“. Verkürzt lässt sich die erste Alternative als „vertraglicher Ansatz“ und die zweite Alternative als „regulatorischer Ansatz“ bezeichnen, der sich insoweit auf das regulatorische Verfahren der Entgeltfestsetzung¹⁶ bezieht.

Allerdings lassen sich aus dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 3 keine konkreteren Rückschlüsse auf die Ausgestaltung der einzelnen Anreizelemente ziehen. Er gibt mit dem vertraglichen und dem regulatorischen Ansatz vielmehr lediglich zwei abstrakte Verfahrensansätze vor, die keine Spezifizierung hinsichtlich bestimmter anzuwendender Anreizinstrumente enthalten. Dem Wortlaut lässt sich insoweit kein Hinweis darauf entnehmen, dass gerade der Effizienzkostenmaßstab als Entgeltmaßstab das verpflichtend anzulegende spezifische Anreizinstrument darstellt. Der Wortlaut lässt dem nationalen Gesetzgeber bei der Umsetzung der Verpflichtung zur Setzung von Anreizen hinsichtlich der Anreizinstrumente vielmehr eine sehr weit reichende Wahlfreiheit. Die bloße Geeignetheit eines Instruments, Anreize zu setzen, führt insoweit lediglich dazu, dass es sich als ein mögliches Instrument anbietet.

¹⁶ Allgemeiner Überblick zu den diesbezüglichen Ausgestaltungsmöglichkeiten bei *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 327 ff.

Insoweit ist jedenfalls die Anwendung eines reinen Vollkostenmaßstabs durch die Verpflichtung zur Setzung von Anreizen zur Kostensenkung ausgeschlossen. Denn ein Anreiz zur Kostensenkung liegt nur dann vor, wenn sich die Einnahmen des Unternehmens reduzieren und insoweit keine Kostendeckung mehr vorliegt. Das ist jedoch bei einem reinen Vollkostenmaßstab – zumindest bezogen auf die Entgelte – nicht der Fall. Vielmehr garantiert der reine Vollkostenmaßstab eine dauerhafte Kostendeckung, unabhängig vom Grad der Effizienz der Leistungsbereitstellung.

dd. Zwischenergebnis Wortlaut

Demnach liefert die Wortlautbetrachtung folgendes Bild: Während die Kostendeckungspflicht nach Art. 6 Abs. 1, die sich dem Wortlaut nach auf eine Deckung der real anfallenden Kosten bezieht, für einen Vollkostendeckungsansatz und gegen die Anlegung eines Effizienzkostenansatzes spricht, schließt die Verpflichtung zur Setzung von Anreizen nach Art. 6 Abs. 2-4 einen reinen Vollkostenansatz aus. Das Wortlautergebnis deutet insoweit darauf hin, dass weder ein reiner Effizienzkostenansatz noch ein reiner Vollkostenansatz den gemeinschaftsrechtlich vorgesehenen Entgeltmaßstab darstellen, sondern ein Vollkostenansatz in Kombination mit einem effizienzsteigernden Anzeilelement.

b. Systematik

Fraglich ist insoweit, ob sich dieses Ergebnis der Wortlautauslegung auch unter systematischen Gesichtspunkten erhärtet.

aa. Verhältnis von Kostendeckungspflicht und Anzeilelementen

Bereits im Rahmen der Wortlautanalyse wurde darauf hingewiesen, dass das Setzen von Anzeilelementen der Anlegung eines reinen Vollkostenansatzes widerspricht. Denn regulierungsökonomische Anzeilelemente setzen gerade voraus, dass keine Vollkostendeckung erfolgt. Ebenso widerspricht die Normierung einer Kostendeckungspflicht der Anwendung eines Effizienzkostenansatzes.

Diese gegenläufigen Vorgaben lösen sich nicht dadurch auf, dass die Kostendeckungspflicht in Art. 6 Abs. 1 als Einnahmen auf Wegeentgelte, Erlöse aus sonstigen wirtschaftlichen Tätigkeiten und staatliche Finanzierung abstellt, die Anzeilelemente jedoch allein zu einer Reduzierung der Entgelte führen sollen. Denn insoweit wäre die Folge, dass zur Erfüllung der Kostendeckungspflicht die Erlöse aus sonstigen wirtschaftlichen Tätigkeiten gesteigert oder die staatlichen Finanzierungsleistungen erhöht werden müssten. Da Erlöse aus sonstigen wirtschaftlichen Tätigkeiten dem Grunde nach schon überhaupt gar nicht vorliegen müssen, wäre letztlich eine noch stärkere Subventionierung der Infrastrukturbetreiber die Folge. Das widerspricht jedoch eindeutig dem Wortlaut und dem Ziel der Richtlinie. Denn ausweislich Art. 6

Abs. 2 sollen „die Infrastrukturkosten bei allen Verkehrsträgern durch deren Nutzer auf der Grundlage eines gerechten und nichtdiskriminierenden Wettbewerbs der Verkehrsträger gedeckt werden“. Langfristiges Ziel ist also statt der Erhöhung vielmehr die Verringerung der staatlichen Finanzierung, um auf diese Weise langfristig zu einem funktionsfähigen intermodalen Wettbewerb zu gelangen. Aufgrund des expliziten Ausgangspunkts einer Kostendeckung in Art. 6 Abs. 1 und der nicht näher spezifizierten Verpflichtung zur Setzung von Kostensenkungsanreizen in Art. 6 Abs. 2 kann den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben auch kein „KeL“-Maßstab¹⁷ zwingend entnommen werden. Die Fixierung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung als Orientierungspunkt einer Entgeltregulierung ist vielmehr nur eine denkbare Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben. Jegliche Normierung, die nicht auch die historischen Ausgangskosten im Rahmen der Regulierung berücksichtigt, ist hingegen ausgeschlossen. Das bedeutet, dass ein „reiner Effizienzkostenansatz“ unzulässig wäre, der vom regulierten Unternehmen „ad hoc“ eine vollständige Effizienz insoweit verlangt, als nur die Kosten berücksichtigungsfähig sind, die bei einer idealen effizienten Produktion entstünden. Es kann hier dahinstehen, inwiefern ein solcher Ansatz bislang in der Regulierung der Netzwirtschaften überhaupt angewandt worden ist bzw. inwiefern seine Anwendung sinnvoll wäre.

Aus dem Wortlautergebnis sowie den systematischen Erwägungen kann jedenfalls auf die Anlegung eines um Anreizelemente modifizierten Vollkostenmaßstabs geschlossen werden. In diesem Fall ist als Bemessungsmaßstab der Entgelte von den tatsächlich anfallenden Kosten des Unternehmens abzüglich eines Anreizfaktors auszugehen.

Auf den Punkt gebracht rechtfertigt sich die Bezeichnung dieses Maßstabs als „Vollkosten minus Anreiz“-Maßstab. Denn bei der Ermittlung der berücksichtigungsfähigen Kosten ist in einem ersten Schritt von – im Zweifel „ineffizienten“ - Ist-Kosten auszugehen, die aber nicht in voller Höhe anerkannt werden, sondern in einem zweiten Schritt reduziert werden um ein entsprechendes Anreizelement.

bb. Gemeinschaftsrechtliche Entgeltgrundsätze

Dieses Ergebnis lässt sich in systematischer Hinsicht auch mit Hilfe der noch näher zu erläuternden¹⁸ Entgeltgrundsätze stützen, wie schon eine kursorische Betrachtung zeigt. Denn die Entgeltgrundsätze bauen nach Art. 7 Abs. 3 auf einem Basisentgelt auf, das sich auf der

¹⁷ „KeL“ im Sinne des oben (A.I.2.) erläuterten Verständnisses einer vollständigen Ausnutzung vorhandener Kostensenkungspotentiale.

¹⁸ Dazu sogleich unter B.II.

Grundlage der Grenzkosten des Zugbetriebs berechnet.¹⁹ Insoweit wird also auf tatsächlich entstehende Kosten abgestellt. Neben verschiedenen Aufschlägen kann ein Mitgliedstaat dem Betreiber der Infrastruktur gemäß Art. 8 Abs. 1 zudem erlauben, unter gewissen Einschränkungen einen Vollkostenaufschlag²⁰ zu erheben, um auf diese Weise eine vollständige Deckung der entstehenden Kosten zu erhalten. Allerdings führen die Einschränkungen unter Umständen wiederum dazu, dass trotz der Erhebung des Vollkostenaufschlags keine Vollkostendeckung erreicht wird. Insoweit liegt dann jedoch eine Kostenunterdeckung und damit ein möglicher Ansatzpunkt für ein Anzelelement vor.²¹

c. *Genesis*

Der Genese der Richtlinie lassen sich kaum weiterführende Hinweise entnehmen. Immerhin wird in Bezug auf die Möglichkeit der Erhebung eines Aufschlags zur Vollkostendeckung nach Art. 8 Abs. 1 ausdrücklich darauf abgestellt, dass dieser denjenigen Mitgliedstaaten dienen soll, die eine vollständige Deckung der Infrastrukturkosten wünschen.²² Dies deutet tendenziell auf die Vollkosten zumindest als Ausgangspunkt hin.

d. *Teleologische Auslegung*

Die teleologische Auslegung stützt den so ermittelten Entgeltmaßstab der „Vollkosten minus Anreiz“. Denn die Etablierung eines intermodalen Wettbewerbs setzt zugleich einen Prozess der Anpassung der Preise des natürlichen Monopols an diejenigen eines („simulierten“) Wettbewerbs voraus. Dabei muss bewusst von einem Prozess gesprochen werden, da es realitätsfern wäre, vom ehemaligen (unregulierten) Monopolisten zu verlangen, dass dieser seine Kostenstrukturen ad hoc an diejenigen der Kosten einer effizienten Leistungserbringung anpasst. Stattdessen kann nach dem der Richtlinie zugrunde liegenden Konzept vielmehr eine sinnvolle Begleitung dieses Umstrukturierungsprozesses erfolgen. Denn zum einen werden massive Kostenunterdeckungen verhindert, die entweder noch stärker als bisher den staatlichen Subventionsgeber auf den Plan rufen oder aber sich drastisch auf die Qualität und die Sicherheit

¹⁹ Arbeitsunterlage der Kommission, KOM(1998)480endg., S. 75 f.

²⁰ Zum Inhalt des Vollkostenaufschlags vgl. B.II.2.b.aa.

²¹ Näher zu dem Spannungsverhältnis von Vollkostenausgleich und der nach den normativen Entgeltgrundsätzen möglichen Kostenunterdeckung unter B.II.2.b.dd.

²² Punkt III.1, 2. Spiegelstrich der Begründung des Rates zum Gemeinsamen Standpunkt (EG) Nr. 28/2000, vom Rat festgelegt am 28. März 2000, ABl. C 178/28. So weist auch die Kommission in ihrer Arbeitsunterlage zu ihrem ursprünglichen Richtlinienentwurf, KOM(1998)480endg., S. 26 f., darauf hin, dass innerhalb der Gemeinschaft sehr unterschiedliche Grade der Infrastrukturkostendeckung vorliegen und insoweit ein Harmonisierungsbedarf besteht. Die ausdrückliche Möglichkeit eines Vollkostenaufschlags räumt die Kommission den Mitgliedstaaten in ihrem ursprünglichen Kommissionsentwurf jedoch nicht ein.

des Netzes auswirken. Gleichzeitig kann über die wirksame Setzung von Anreizelementen auf eine zunehmend effizientere Erbringung des Schienenzugangs hingewirkt werden.²³

Diese teleologischen Erwägungen finden sich in ähnlicher Form auch in den Begründungserwägungen 39 und 40 der Richtlinie wieder, die einerseits in Erwägungsgrund 39 stärker auf den Aspekt der Kostendeckung und in Erwägungsgrund 40 auf Anreize zur Kostensenkung abstellen. Auch den Begründungserwägungen lässt sich damit keinesfalls ein „reiner Effizienzkostenmaßstab“ bzw. ein (reiner) „KeL“-Maßstab entnehmen, sondern eine Kombination aus den Vollkosten als Ausgangspunkt und Anreizen zur Kostensenkung.

e. Zwischenergebnis zum Entgeltmaßstab beim Zugang zu Schienenwegen

Damit kann als eindeutiges Zwischenergebnis festgehalten werden, dass für den Zugang zu Schienenwegen als gemeinschaftsrechtlicher Entgeltmaßstab die Vorgabe einer „Vollkostendeckung minus Effizienzsteigerungsanreiz“ greift. Nähere Vorgaben, in welchem Umfang entsprechende Anreize gesetzt werden sollen, lassen sich dem Gemeinschaftsrecht nicht entnehmen. Insofern verfügen die Mitgliedstaaten über einen weiten Umsetzungsspielraum, der lediglich anhand der allgemeinen Regulierungsvorgaben und hier insbesondere durch das Ziel der Schaffung von Wettbewerb beschränkt wird. Ausgeschlossen ist damit jedenfalls ein reiner Vollkostenansatz ohne Anreizelemente. Ebenso ausgeschlossen ist ein Entgeltmaßstab, der nicht von den Ist-Kosten des Unternehmens ausgeht, sondern stattdessen auf ein idealeffizientes Vergleichsunternehmen abstellt. Gleichwohl ist keinesfalls der Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung²⁴ zwingend vorgegeben. Vielmehr haben die Mitgliedstaaten einen erheblichen Spielraum, wie sie das Anreizelement sowohl im Rahmen der Fixierung des Maßstabs als auch bei der methodischen Prüfung der Einhaltung dieses Maßstabs zur Geltung bringen wollen.

Denkbar ist in diesem Zusammenhang insbesondere, dass zur Umsetzung des Entgeltmaßstabs „Vollkosten minus Anreiz“ eine *Orientierung* an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung verlangt wird. Denn eine solche Orientierung bezieht sich auf die Ausgestaltung des Anreizelements, ohne dass von dem Ausgangspunkt der Vollkosten abgewichen wird. Da es vorliegend um die Frage der Auslegung des nationalen Rechts *de lege lata* geht, sind damit die Vorgaben für eine (denkbare) gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung geklärt. Die Frage, ob der Umsetzungsgesetzgeber einen über die Vorgaben „Vollkosten minus Anreiz“ hinausgehenden reinen „KeL“-Maßstab²⁵ umsetzen dürfte, ist vorliegend nicht weiter zu vertie-

²³ So auch die Arbeitsunterlage der Kommission, KOM(1998)480endg., S. 74.

²⁴ Verstanden als vollständige Ausnutzung jeweils vorhandener Kostensenkungspotentiale.

²⁵ Verstanden als die Kosten eines idealeffizienten Unternehmens.

fen, da jedenfalls im geltenden AEG kein solcher Maßstab zugrunde gelegt wird (dazu unten C.).

2. Entgeltmaßstab für die Bemessung der Entgelte für den Zugang zu Serviceeinrichtungen

Fraglich ist, ob dieser Entgeltmaßstab gleichermaßen für die Bemessung der Entgelte für den Zugang zu Serviceeinrichtungen anzulegen ist. Ebenso wie für den Zugang zu Schienenwegen findet sich in der Richtlinie hierfür keine explizite Definition eines Entgeltmaßstabs. Damit ist durch Auslegung zu ermitteln, ob der Entgeltmaßstab auf die Bemessung der Entgelte für den Zugang zu Serviceeinrichtungen übertragen werden kann.

a. Wortlaut

Insoweit stellen sich diejenigen Wortlautelemente, die die wesentlichen Anknüpfungspunkte für die Bestimmung des Entgeltmaßstabs für den Zugang zu Schienenwegen bilden, in Bezug auf die Zugangsentgelte für Serviceeinrichtungen – zumindest dem deutschen Wortlaut nach – als nicht eindeutig übertragbar dar. So bezieht sich die Kostendeckungspflicht nach Art. 6 Abs. 1 des deutschen Wortlauts der Richtlinie allein auf Fahrwegausgaben des Betreibers der Infrastruktur. Die Bezugnahme auf Fahrwegausgaben deutet nach einem ersten Verständnis darauf hin, dass allein für Ausgaben für Schienenwege eine Kostendeckungspflicht besteht. Eine solche Interpretation würde auf eine grundsätzliche systematische Trennung zwischen der Entgeltbemessung für den Zugang zu Schienenwegen und der Entgeltbemessung für den Zugang zu Serviceeinrichtungen hindeuten.

Eine derartige Wortlautauslegung im Sinne einer Differenzierung zwischen Fahrwegausgaben im Sinne von Ausgaben für Schienenwege und Ausgaben für Serviceeinrichtungen wird jedoch durch die übrigen Sprachfassungen nicht gestützt. So stellen sowohl die englische als auch die französische Sprachfassung ausschließlich auf die Ausgaben für Infrastruktur ab, ohne eine weitere Unterscheidung zwischen Fahrwegausgaben und Ausgaben für Serviceeinrichtungen zu treffen.²⁶ Allerdings ist auch insoweit zu beachten, dass der in anderen Sprachfassungen verwendete Begriff der Infrastruktur sich nicht zwingend auch auf Serviceeinrichtungen beziehen muss. Allerdings könnte insoweit die Legaldefinition des Betreibers der Infrastruktur in Art. 2 lit. h als Ansatzpunkt herangezogen werden. Danach ist Betreiber der Infrastruktur „eine Einrichtung oder ein Unternehmen, die bzw. das insbesondere für die Einrichtung und Unterhaltung der Fahrwege der Eisenbahn zuständig ist“. Klarheit bringt diese Le-

²⁶ Die englische Fassung verwendet den Begriff der „infrastructure expenditure“, in der französischen Sprachfassung heißt es „les dépenses d’infrastructure“. Die niederländische Sprachfassung spricht von „infrastructuuruitgaven“, in der spanischen Sprachfassung heißt es „los gastos de infraestructura“.

galdefinition insoweit jedoch nicht, denn auch hier wird der Fahrweg als wesentliches Element der Infrastruktur angesehen, ohne deutlich zu machen, ob auch noch andere Leistungen wie die Serviceeinrichtungen dazu zählen. Es bleibt letztlich offen, was unter den Begriff der Infrastruktur in den übrigen Sprachfassungen und unter den Begriff der Fahrwege in der deutschen Sprachfassung gefasst werden kann. Der Wortlaut ist insoweit unpräzise.²⁷ Stellt man jedoch darauf ab, dass der Infrastrukturbegriff – unabhängig von möglichen spezifischen Verwendungszusammenhängen in anderen Sprachen – für sich genommen weit gefasst ist und keine strikte gegenständliche Begrenzung – wie etwa auf die Schienen – aufweist, können die anderen Sprachfassungen zumindest ein Indiz dafür darstellen, dass sich Art. 6 Abs. 1 RL 2001/14/EG nicht ausschließlich auf die Schienenwege beschränkt. Das gleiche Ergebnis gilt auch hinsichtlich der Überschrift des Art. 6, die in der deutschen Sprachfassung auf Fahrwegkosten abstellt. Auch hier beziehen sich die übrigen Sprachfassungen allgemeiner jeweils auf Infrastrukturkosten.²⁸

In gleichem Maße unklar bleibt insoweit auch der Wortlaut des Art. 6 Abs. 2. Danach sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, den Betreibern der Infrastruktur Anreize zur Kosten- und Zugangsentgeltsenkung zu setzen. Dabei bezieht sich diese Kosten- und Entgeltsenkung wiederum auf die mit der Fahrwegbereitstellung verbundenen Kosten und Zugangsentgelte, ohne dass deutlich wird, welche Kosten der Fahrwegbereitstellung zuzurechnen sind. Allerdings gilt auch hier wiederum, dass sich nach den übrigen Sprachfassungen die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, den Betreibern Anreize zur Kosten- und Entgeltsenkung zu setzen, auf die mit der Bereitstellung von Infrastruktur verbundenen Kosten und Zugangsentgelte bezieht. Legt man auch hier den Infrastrukturbegriff weit aus, werden sowohl Schienenwege als auch Serviceeinrichtungen davon erfasst.

Damit aber sprechen dem Wortlaut nach insgesamt die besseren Gründe dafür, dass der im Bereich der Zugangsentgelte für Schienenwege identifizierte Entgeltmaßstab „Vollkosten minus Anreiz“ auch im Bereich der Serviceeinrichtungen Anwendung findet. Aufgrund der unklaren Sprachfassung ist diese Wortlautauslegung jedoch nicht zwingend.

b. Systematik

Folglich ist insoweit zu prüfen, ob sich eine solche Wortlautauslegung durch eine systematische Auslegung stützen oder noch konkretisieren lässt. Hier ist zunächst fraglich, welche

²⁷ Diese Ungenauigkeit ist genetisch bedingt, dazu sogleich unter B.I.2.c.

²⁸ Die englische Sprachfassung verwendet hier den Begriff „Infrastructure cost“ und die französische Fassung bezieht sich auf „Coût de l'infrastructure“. Die niederländische Sprachfassung spricht von „Infrastructuurkosten“, in der spanischen Sprachfassung heißt es „Costes [...] de la infraestructura“.

Hinweise sich aus den noch im Detail darzustellenden²⁹ gemeinschaftsrechtlichen Entgeltgrundsätzen hinsichtlich der Bemessung des Entgelts für den Zugang zu Serviceeinrichtungen gewinnen lassen.

Im Rahmen dieser Darstellung wird sich zeigen, dass allein Art. 7 Abs. 7 als Entgeltgrundsatz auf die Zugangsentgelte für Serviceeinrichtungen Anwendung findet. Es liegt also im Bereich der Entgeltgrundsätze eine vollständige gemeinschaftsrechtliche Differenzierung zwischen Zugangsentgelten für Schienenwege und Zugangsentgelten für Serviceeinrichtungen vor. Allerdings stellt aufgrund der Wesensverschiedenheit von Entgeltmaßstab und Entgeltgrundsatz³⁰ nicht schon die Existenz einer solchen Differenzierung auf der Ebene der Entgeltgrundsätze einen Hinweis dafür dar, dass auch auf der Ebene des Entgeltmaßstabs eine Differenzierung zu erfolgen hat.

Nach Art. 7 Abs. 7 ist bei der Festsetzung des Entgeltes die Wettbewerbssituation zu berücksichtigen. Weitere Vorgaben existieren insoweit nicht. Die systematischen Erkenntnisse aus diesem Entgeltgrundsatz für den anzulegenden Entgeltmaßstab sind jedoch gering. Denn schon der Entgeltgrundsatz selbst ist für sich genommen weitgehend unbestimmt und kann in dem hier relevanten Zusammenhang unterschiedlich interpretiert werden. Im Übrigen spricht die explizite Differenzierung in Art. 7 Abs. 7 systematisch dafür, dass der in Art. 6 Abs. 1 formulierte Entgeltmaßstab für beide Bereiche gleichermaßen gilt.

Abgesehen davon ist dieser Entgeltgrundsatz durchaus kompatibel mit einem Entgeltmaßstab „Vollkosten minus Anreiz“. So schließt er eine Orientierung an Vollkosten jedenfalls nicht aus und zwingt doch gleichzeitig dazu, der Wettbewerbssituation des Eisenbahnverkehrs Rechnung zu tragen. Diese Situation des Eisenbahnverkehrs bedarf jedoch sowohl in intermodaler als auch in intramodaler Hinsicht der Einführung von Anreizen zur Senkung der Kosten der Infrastrukturbereitstellung und der Zugangsentgelte. Das gilt für den Zugang zu Schienenwegen ebenso wie für den an dieser Stelle relevanten Zugang zu Serviceeinrichtungen.

Systematisch lässt sich schließlich noch der Begriff des Betreibers der Infrastruktur – und damit das hinter dem Terminus „Infrastruktur“ stehende Begriffsverständnis und folglich der Anwendungsbereich der in Art. 6 Abs. 1 normierten Kostendeckungspflicht – aus den Vorschriften der Unabhängigkeit des Infrastrukturbetreibers gegenüber den Eisenbahnverkehrsunternehmen nach Art. 6 ff. RL 2001/12/EG ableiten. Denn im Rahmen der Separierungsvorga-

²⁹ Dazu unter B.II.

³⁰ Dazu oben unter A.I.1.

ben erfolgt innerhalb der Abgrenzung von Eisenbahnverkehrsunternehmen einerseits und Infrastrukturbetreibern andererseits im Bereich der Infrastrukturbetreiber gerade keine Differenzierung zwischen Betreibern von Schienenwegen und Betreibern von Serviceeinrichtungen. Der Zugangsanspruch ist also sowohl hinsichtlich der Schienenwege als auch hinsichtlich der Serviceeinrichtungen durch die Separierungsvorschriften abgesichert. Eine Nichterfassung der Betreiber von Serviceeinrichtungen unter dem Begriff des Infrastrukturbetreibers im Bereich der Entgeltregulierung ist dann aber nicht überzeugend. Denn insoweit ist nicht ersichtlich, warum gerade der Zugang zu Serviceeinrichtungen im Bereich der Entgeltregulierung durch die Verwendung eines abweichenden Infrastrukturbegriffs schwächer geschützt werden sollte. Das bestätigt sich auch in Anbetracht der jeweils identischen Begriffsdefinition des Infrastrukturbetreibers in Art. 3 Spiegelstrich 2 RL 2001/12/EG und Art. 2 lit. h RL 2001/14/EG. Insoweit ist von einer einheitlichen Verwendung des Begriffs der Infrastrukturbetreiber und damit auch einem einheitlichen Infrastrukturverständnis auszugehen, das Schienenwege und Serviceeinrichtungen gleichermaßen erfasst. Da sich aber die in Art. 6 Abs. 1 enthaltene Kostendeckungspflicht allgemein auf Betreiber der Infrastruktur erstreckt, ist insoweit der sich daraus ergebende Entgeltmaßstab auch auf die Erhebung von Entgelten für den Zugang zu Serviceeinrichtungen zu erstrecken.

c. Genesis

Ein deutlicher Hinweis, dass der im Bereich der Zugangsentgelte für Schienenwege identifizierte Entgeltmaßstab unterschiedslos auch für die Zugangsentgelte für Serviceeinrichtungen Anwendung finden soll, lässt sich zudem der Genese der Richtlinie entnehmen. Denn die Differenzierung zwischen Schienenwegen und Serviceeinrichtungen, wie sie in der letztlich verabschiedeten Richtlinie im Bereich der Entgeltgrundsätze enthalten ist, war in den ursprünglichen Entwurfsfassungen nicht angelegt. Stattdessen wurde ausschließlich auf Zugangsleistungen abgestellt, die ausweislich des entsprechenden Leistungskatalogs im Anhang des Entwurfs sowohl die späteren Pflichtleistungen im Schienenbereich als auch die späteren Serviceleistungen erfassten. Der für den Entgeltmaßstab insbesondere maßgebliche Art. 6 war jedoch schon im Ausgangsentwurf weitgehend identisch mit der später verabschiedeten Form. Damit wird ebenfalls deutlich, dass Art. 6 unterschiedslos auf Schienenwege und Serviceeinrichtungen Anwendung finden soll und folglich auch für das Zugangsentgelt zu Serviceeinrichtungen der Entgeltmaßstab „Vollkosten minus Anreiz“ greift.

Vor diesem Hintergrund der ursprünglich nicht vorgesehenen Differenzierung lassen sich dann auch die sprachlichen Ungenauigkeiten in Art. 6 erklären. Denn insoweit wurden unter den schon ursprünglich in der deutschen Sprachfassung verwendeten etwas irreführenden Begriff der Fahrwege eben nicht nur Schienenwege gefasst, sondern auch Serviceeinrichtungen. Dieses Verständnis entspricht in den übrigen Sprachfassungen dem deutlich weiteren – und damit auch treffenderen – Begriff der Infrastruktur.

d. Teleologische Auslegung

Hinsichtlich der teleologischen Erwägungen lässt sich weitgehend auf den Bereich des Zugangs zu Schienenwegen verweisen (vgl. oben B.I.1.d.). Denn insoweit bestehen von der Ausgangs- und der gegenwärtigen Wettbewerbssituation her keine Unterschiede. Auch vor diesem Hintergrund ist das Anlegen eines Entgeltmaßstabs „Vollkosten minus Anreiz“ im Bereich der Serviceeinrichtungen überzeugend.

e. Zwischenergebnis zum Entgeltmaßstab beim Zugang zu Serviceeinrichtungen

Damit zeigt sich insgesamt, dass der Art. 6 zu entnehmende Entgeltmaßstab „Vollkosten minus Anreiz“ auch für die Zugangsentgelte zu Serviceeinrichtungen gilt.

3. Abzug der Subventionen/Zwischenergebnis

In Bezug auf die Frage der kostenrechnerischen Einordnung etwaiger staatlicher Finanzierungen folgt aus Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 die Verpflichtung, diese von den Vollkosten abzuziehen. Denn hier werden die staatlichen Finanzierungsmaßnahmen neben den Entgelten und Einnahmen aus sonstigen wirtschaftlichen Tätigkeiten gleichrangig als Einnahmepositionen definiert. Das gilt sowohl für den Fahrwegbereich als auch für die Serviceeinrichtungen, da dieser Entgeltmaßstab für beide Bereiche gleichermaßen greift.

4. Entgeltmaßstab für Zusatz- und Nebenleistungen

a. Anwendung des Entgeltmaßstabs aus Art. 6 Abs. 1?

aa. Wortlaut

Fraglich ist im Weiteren, ob sich dieser Entgeltmaßstab auch in gleichem Maße auf die Bemessung der Entgelte für Zusatz- und Nebenleistungen erstreckt. Das hängt grundsätzlich davon ab, ob auch die Erbringer von Zusatz- und Nebenleistungen als Betreiber von Infrastruktur zu qualifizieren sind. Das ist aber schon nach einer unbefangenen Wortlautbetrachtung abzulehnen, da es sich bei Zusatz- und Nebenleistungen um Dienstleistungen handelt, die nicht notwendig infrastrukturegebunden sind. Im Übrigen stellt auch Art. 7 Abs. 8 auf einen Dienstleister und nicht auf einen Betreiber der Infrastruktur ab. Da der Erbringer von Zusatz- und Nebenleistungen also nicht zwingend Betreiber einer Infrastruktur im Sinne des Art. 2 lit. h sein muss, können aber auch solche Betreiber von Infrastrukturen, die auch Zusatz- und Nebenleistungen anbieten, bei der Bemessung der diesbezüglichen Entgelte nicht an den Entgeltmaßstab „Vollkosten minus Anreiz“ gebunden sein.

Dieses Wortlautergebnis wird durch die übrigen Sprachfassungen bestätigt. So unterscheidet etwa die englische Sprachfassung zwischen „infrastructure manager“ einerseits und „supplier“

andererseits. Der insoweit deutlich weitere Begriff des „supplier“ bringt hinreichend zum Ausdruck, dass Erbringer der Zusatz- und Nebenleistungen nicht zwingend „infrastructure manager“ sein müssen.³¹

bb. Systematik

Bei systematischer Betrachtung fällt auf, dass die Anwendung der Entgeltgrundsätze für den Bereich der Zusatz- und Nebenleistungen nicht explizit ausgeschlossen wird, wie im Fall des Art. 7 Abs. 7 für den Bereich der Serviceeinrichtungen. Daraus könnte nun einerseits geschlossen werden, dass diese auch für Zusatz- und Nebenleistungen greifen. Das wäre jedoch wenig überzeugend, da sie zum einen nur begrenzt passen und zum anderen kein Grund dafür besteht, diese komplexen und anspruchsvollen Grundsätze (siehe dazu sogleich II.) auf die Serviceeinrichtungen nicht anzuwenden, hingegen eine Anwendung für die Zusatz- und Nebenleistungen vorzusehen. Daher ist vielmehr der umgekehrte Schluss nahe liegender, dass die Anwendung deshalb nicht ausgeschlossen wird, weil der Anwendungsbereich der Art. 6 - 9 per se für Zusatz- und Nebenleistungen nicht eröffnet ist.

cc. Genesis

Darüber hinaus lassen sich auch keine vergleichbaren genetischen Hinweise dafür finden, dass der Entgeltmaßstab aus Art. 6 auch für Zusatz- und Nebenleistungen Anwendung finden soll. Zwar werden im ursprünglichen Kommissionsentwurf der Zugang zu Schienenwegen und Serviceeinrichtungen mit dem Zugang zu Zusatz- und Nebenleistungen im Rahmen des dem jetzigen Art. 7 Abs. 8 entsprechenden Art. 8 Abs. 7 des Kommissionsentwurfs gleichgestellt. Das bezieht sich jedoch nur darauf, dass für den Fall, dass der Zugang zu Schienenwegen und Serviceeinrichtungen ebenfalls nur von einem einzelnen Anbieter erbracht wird, auch insoweit die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung verhindert werden sollte. Eine vollkommene Gleichstellung ergibt sich daraus nicht.

dd. Teleologische Auslegung

Auch eine teleologische Betrachtung verläuft keinesfalls parallel zu den beiden Fällen der Schienenwege und der Serviceeinrichtungen. Schon der Wortlaut des Art. 7 Abs. 8 macht deutlich, dass hier in einigen Fällen durchaus mehrere Dienstleister bereit stehen. Jedenfalls dürften die verschiedenen Zusatz- und Nebenleistungen nur teilweise natürliche Monopole darstellen. Das liegt für die Überwachung von Gefahrguttransporten und die technische In-

³¹ Exemplarisch kann in diesem Sinne auch die französische Sprachfassung herangezogen werden, die zwischen „gestionnaire de l’infrastructure“ einerseits und „fournisseur“ andererseits unterscheidet.

spektion des rollenden Materials auf der Hand. Auch die entsprechenden Begründungserwägungen zur Effizienzsteigerung (39, 40) beziehen sich auf den Fahrweg³² und nicht auf Zusatz- und Nebenleistungen und verweisen im Übrigen auf den Charakter der Angebote als natürliches Monopol.

ee. Zwischenergebnis zum Entgeltmaßstab für Zusatz- und Nebenleistungen

Aber selbst wenn durchaus teleologische Erwägungen für eine Entgeltregulierung am Maßstab „Vollkosten minus Anreiz“ bzw. unter Anwendung eines vergleichbaren Effizienzmaßstabs sprächen, so kann der klare Wortlaut, der sich gegen eine Übertragung dieser Vorgabe versperrt, nicht durch derartig unbestimmte und daher anfechtbare Erwägungen überspielt werden. Art. 6 Abs. 1 ist demnach nicht auf Zusatz- und Nebenleistungen anwendbar.

b. Entgeltmaßstab aus Art. 7 Abs. 8

aa. Vorgaben aus Art. 7 Abs. 8

Fraglich ist dann aber, welcher Entgeltmaßstab sich insoweit dem Gemeinschaftsrecht entnehmen lässt. Ein einziger Hinweis hinsichtlich der Ausgestaltung der Entgelte für die Inanspruchnahme von Zusatz- und Nebenleistungen im Sinne von Anhang II Nr. 3 und 4 ist in Art. 7 Abs. 8 enthalten. Das ist insoweit unglücklich, als sich Art. 7 auch ausweislich seiner Überschrift auf Entgeltgrundsätze und nicht auf den Entgeltmaßstab bezieht. Nach Art. 7 Abs. 8 muss das erhobene Entgelt für die Zugangs- und Nebenleistungen zu den Kosten für deren Erbringung – berechnet auf der Grundlage des tatsächlichen Nutzungsumfangs – in Beziehung stehen. Allerdings greift auch diese Vorgabe schon nur dann, wenn die Zusatz- und Nebenleistungen nur von einem einzigen Dienstleister angeboten werden. Dieser Einschränkung des Anwendungsbereichs liegt das Verständnis zugrunde, dass andernfalls der Preis für die Zugangs- und Nebenleistung über den Wettbewerb der verschiedenen Anbieter gebildet wird und es insofern keiner regulatorischen Vorgaben – weder hinsichtlich eines Entgeltmaßstabs noch hinsichtlich eines Entgeltgrundsatzes – bedarf.³³

Offen ist damit aber noch die Frage, welche Entgeltvorgaben sich Art. 7 Abs. 8 im Detail für den Fall nur eines vorhandenen Anbieters entnehmen lassen. Soweit das Entgelt zu den Kosten für deren Erbringung in Zusammenhang stehen muss, stellt sich die Frage, ob insoweit auf

³² Also in den anderen hier betrachteten Sprachfassungen die „railway infrastructure“ bzw. „l’infrastructure ferroviaire“.

³³ Arbeitsunterlage der Kommission, KOM(1998)480, S. 77 f.; siehe auch *Zellhofer*, Der Wettbewerb auf den Europäischen Schienenverkehrsmärkten, 2003, S. 151.

die tatsächlich entstehenden Kosten abzustellen ist. So könnte „Kosten für deren Erbringung“ auch auf die hypothetischen Kosten der Bereitstellung abzielen. Da aber im gesamten Regelungskontext und insbesondere beim Entgeltmaßstab nach Art. 6 stets von tatsächlichen Kosten ausgegangen wird, wäre ein nunmehriges Abstellen auf einen hypothetischen Entgeltmaßstab ein Systemwechsel, der besonderer Rechtfertigung bedarf. Eine solche ist jedoch weder aus genetischen noch aus systematischen noch aus teleologischen Gründen ersichtlich. Die Gesetzesmaterialien enthalten keinen Hinweis für einen derartigen hypothetischen Kostenansatz. Sie deuten vielmehr auf eine Beschränkung der Rendite hin, die einen diesbezüglichen Missbrauch einer marktbeherrschenden Kontrolle bezwecken soll.³⁴ Ein teleologischer Grund für einen strengeren Maßstab für den Bereich der Zusatz- und Nebenleistungen ist ebenfalls nicht ersichtlich.

Stattdessen ist von den tatsächlichen Kosten auszugehen. Diese Bezugnahme gilt sodann in doppelter Hinsicht. Denn zum einen darf eine Deckung der tatsächlich entstehenden Kosten erfolgen. Zum andern aber darf die Entgelthöhe nicht – unangemessen³⁵ – über diese Kosten hinausgehen. Angemessen in diesem Sinne ist dann jedoch jedenfalls alles, was sich noch innerhalb einer marktüblichen Renditeerzielung bewegt. Dies wird in den übrigen Sprachfassungen noch deutlicher („relate to the cost“; „liée au coût“), wenn als Bezugsgröße für die Entgeltbemessung die Kosten identifiziert werden. Dann darf diese Kostenhöhe aber auch nicht unangemessen überschritten werden. Insoweit ist im Ergebnis festzustellen, dass im Falle nur eines vorhandenen Dienstleisters die Vollkosten zuzüglich einer angemessenen Rendite erwirtschaftet werden dürfen.

Die Vorgabe, dass die Entgeltberechnung auf der Grundlage der tatsächlichen Nutzung erfolgen soll, verpflichtet dabei zu einer nutzungsorientierten Kostenzuschlüsselung, die jegliche nicht nutzungs- und kostengetriebene Preisdifferenzierung (beispielsweise eine konzerninterne Begünstigung) ausschließt. Insoweit ergibt sich daraus faktisch ein materielles Diskriminierungsverbot in Bezug auf die Berechnung der Entgelte für Zusatz- und Nebenleistungen. Jedem Nutzer dürfen auf der Basis der tatsächlich erfolgten Nutzung die Kosten im Rahmen eines Entgeltes berechnet werden, die ihm auch tatsächlich zugerechnet werden können. Es werden also die Einzel- und Gemeinkosten entsprechend der Nutzung diskriminierungsfrei zugerechnet. Das schließt die Berücksichtigung einer angemessenen Rendite nicht aus.

³⁴ Arbeitsunterlage der Kommission, KOM(1998)480, S. 77 f.

³⁵ So die Vorgabe des Arbeitspapiers der Kommission, KOM(1998)480endg., S. 77 f. Näher dazu auch *Zellhofer*, Der Wettbewerb auf den Europäischen Schienenverkehrsmärkten, 2003, S. 151.

bb. Zwischenergebnis zum Entgeltmaßstab für Zusatz- und Nebenleistungen

Aus Art. 7 Abs. 8 folgt damit als Entgeltmaßstab eine Verpflichtung zur nutzungsorientierten Kostenzuschlüsselung, was letztlich einem Vollkostenansatz mit Diskriminierungsverbot entspricht und auch eine angemessene Rendite umschließt.

II. Entgeltgrundsätze

1. Zusammenhang zwischen Entgeltmaßstab und Entgeltgrundsätzen

Wurde anhand des Entgeltmaßstabs („Vollkosten minus Effizienzanreiz“) ermittelt, welche Gesamtkosten das Unternehmen auf die Entgelte verteilen darf, stellt sich in einem weiteren Schritt die Frage, wie die Kosten auf die verschiedenen Nachfrager verteilt werden, wie also die Entgelte konkret zu bilden sind. Diese Frage wird durch die Entgeltgrundsätze behandelt. Die Entgeltgrundsätze differieren dabei mit Blick auf die unterschiedlichen Leistungen, nämlich der Bereitstellung der Schienenwege (dazu 2.), der Serviceeinrichtungen (dazu 3.) und sonstiger Zusatz- und Nebenleistungen (dazu 4.).

2. Entgeltgrundsätze für das Zugangsentgelt für Schienenwege

a. Das „Baukastenprinzip“

Nach Art. 7 Abs. 3 „ist das Entgelt für das Mindestzugangspaket und den Schienenzugang zu Serviceeinrichtungen in Höhe der Kosten festzulegen, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen“. Der Wortlaut des Art. 7 Abs. 3 deutet insoweit darauf hin, dass das Entgelt zunächst anhand der real anfallenden Grenzkosten des Zugbetriebs zu berechnen ist.³⁶ Art. 7 Abs. 3 nimmt des weiteren Bezug auf Art. 7 Abs. 4 und 5 sowie Art. 8. Nach Art. 7 Abs. 4 kann das Wegeentgelt einen Entgeltbestandteil umfassen, der die Knappheit der Fahrwegkapazität bei Überlastung widerspiegelt. Es handelt sich um den Entgeltbestandteil der die Nachfrageelastizität widerspiegelt. Für einen Trassenabschnitt mit nur sehr geringer Nachfrageelastizität und entsprechend hoher Nachfrage ergibt sich so ein deutlich höherer Aufschlag als für einen Trassenabschnitt mit hoher Nachfrageelastizität, bei dem die Eisenbahnverkehrsunternehmen in der Trassenwahl flexibel sind und so auf weniger nachgefragte Trassen ausweichen können. Dadurch, dass Art. 7 Abs. 4 ausdrücklich auf einen Entgeltbestandteil des Wegeentgelts abstellt, wird bereits deutlich, dass sich das Wegeentgelt aus verschiedenen Bestandteilen zusammensetzt und der Knappheitsfaktor neben dem nach Art. 7 Abs. 3 zu berechnenden Entgeltbestandteil steht. Gleiches gilt nach Art. 7 Abs. 5 für die Anlastung um-

³⁶ So auch Freise, TranspR 2003, 265 (275); Ostendorf/Grün, IR 2005, 275.

weltbezogener Kosten. Weitere Aufschläge können nach Art. 8 Abs. 1 und 2 erhoben werden. Ebenso sieht Art. 9 Abs. 3 die Möglichkeit eines Nachlasses zur Förderung neuer Eisenbahnverkehrsdienste oder zur Förderung der Benutzung von Strecken mit sehr niedrigem Auslastungsgrad vor. Insoweit handelt es sich um einen negativen Entgeltbestandteil.

In der Gesamtschau ergibt sich damit, dass sich das Entgelt nach dem System der gemeinschaftsrechtlichen Entgeltgrundsätze anhand drei verschiedener Kategorien von Entgeltbestandteilen berechnet. Art. 7 Abs. 3 normiert ein nach den realen Einzelkosten zu bemessendes Basisentgelt. Auf dieses Basisentgelt können sowohl Aufschläge erhoben als auch Nachlässe gewährt werden.

b. Entgeltgrundsätze und Kostendeckungspflicht

Fraglich ist insoweit, wie es sich auswirkt, dass sich das Basisentgelt nach Art. 7 Abs. 3 allein auf Grundlage der Grenzkosten berechnet und Gemeinkosten insoweit keinen Eingang in die Berechnung der Entgelthöhe finden. Auch die Aufschläge für die Knappheit und für die Internalisierung der aufgrund des Zugbetriebs aufgetretenen umweltbezogenen Auswirkungen geben insoweit nicht die Möglichkeit, die Gemeinkosten des Infrastrukturbetreibers in der Entgeltberechnung (vollständig) zu berücksichtigen. Nach diesem Ergebnis wären die Gemeinkosten des Infrastrukturbetreibers kein Entgeltbestandteil. Das würde jedoch zumindest teilweise dem Entgeltmaßstab widersprechen, der insoweit gerade einen Vollkostenansatz als Ausgangspunkt wählt. Ein vollständiger Verzicht auf die Berücksichtigung der Gemeinkosten ist jedoch auch durch ein Anzeilelement allein nicht zu begründen. Die Aufschläge zur Kosteninternalisierung umweltbezogener Auswirkungen müssen erlösneutral sein, solange eine solche Kosteninternalisierung bei anderen Verkehrsträgern nicht ebenfalls erfolgt. Auch darüber kann folglich die Deckung der Gemeinkosten nicht gewährleistet werden. Ebenfalls ist nicht sicher, ob die Knappheitsaufschläge in der Summe die Gemeinkosten tragen können. Das gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass nach Art. 9 Abs. 3 auch Nachlässe auf besonders wenig nachgefragte Strecken gewährt werden können.

Eine weitere Möglichkeit zur Erhebung eines Aufschlags ergibt sich aus Art. 8 Abs. 2. Danach können Aufschläge für Infrastrukturprojekte erhoben werden, die zu einer Steigerung der Effizienz und/oder Kostenwirksamkeit führen und ohne die Aufschläge nicht durchgeführt werden könnten oder – soweit es sich um bereits abgeschlossene³⁷ Projekte handelt – nicht durchgeführt worden wären.

³⁷ Das Projekt darf jedoch frühestens 15 Jahre vor Inkrafttreten der Richtlinie abgeschlossen worden sein.

aa. Vollkostenaufschlag in Art. 8 Abs. 1

Um der grundsätzlichen Kostendeckungspflicht dennoch nachkommen zu können, ermöglicht Art. 8 Abs. 1 die Erhebung eines Aufschlages zur vollen Deckung der dem Betreiber der Infrastruktur entstehenden Kosten, sofern der Markt dies tragen kann, die Aufschläge nach effizienten, transparenten und nichtdiskriminierenden Grundsätzen erhoben werden und die bestmögliche Wettbewerbsfähigkeit, insbesondere des grenzüberschreitenden Schienengüterverkehrs gewährleistet ist.³⁸ Damit übernimmt der Vollkostenaufschlag³⁹ partiell⁴⁰ die Funktion der Gemeinkostenzuschlüsselung etwa bei der Bestimmung der Entgelte in der Telekommunikationsordnung, die durch Addition der Einzelkosten und einem entsprechenden Gemeinkostenanteil zuzüglich einer angemessenen Rendite erfolgt (vgl. § 31 Abs. 2 S. 1 TKG). Die Diskriminierungsfreiheit verlangt insoweit nicht eine vollkommen kostenäquivalente Kostenallokation. Eine Diskriminierung ist vielmehr mit Blick auf das Ziel der Richtlinie, intramodalen Wettbewerb zu schaffen⁴¹, vor allem dann gegeben, wenn die Preisdifferenzierung gerade Wettbewerber behindert.

In diesem Zusammenhang ist vorab zu betonen, dass die Möglichkeit der Erhebung eines Vollkostenaufschlags nicht den Entgeltmaßstab modifizieren kann. D.h., dass mit dem Vollkostenaufschlag - wie mit den übrigen Aufschlägen auch – insgesamt nur ein Entgeltvolumen vereinnahmt werden darf, das den insgesamt berücksichtigungsfähigen Kosten entspricht, also den Vollkosten abzüglich eines Anreizelements. Das Anreizelement kann durch den Vollkostenaufschlag also nicht relativiert werden.

bb. Deckelung des Vollkostenaufschlags in Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 (Marktausschluss-Test)

Eine Deckelung des Vollkostenaufschlags ergibt sich im Übrigen aus Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2, demzufolge die Höhe der Entgelte nicht die Nutzung der Fahrwege durch Marktsegmente

³⁸ Ähnlich auch *Gersdorf*, ZHR 168 (2004), 576 (608 f.), der darauf hinweist, dass der Grenzkostenansatz des Art. 7 durch die Norm des Art. 8 deutlich relativiert wird. Allerdings geht *Gersdorf* nicht von dem hier dargestellten Baukastenprinzip der Entgeltgrundsätze aus und differenziert auch nicht zwischen dem Entgeltmaßstab in Art. 6 und den Entgeltgrundsätzen der Art. 7-9 und kommt daher zu dem Ergebnis, dass die (nach unserem Verständnis nur scheinbar) widersprüchlichen Ansätze das genetische Spannungsverhältnis zwischen möglichst niedrigen, den intermodalen Wettbewerb fördernden Entgelten einerseits und einer Gewährleistung kostendeckender Entgelte andererseits zum Ausdruck bringe. Vgl. auch *Fehling*, DÖV 2002, 793 (802).

³⁹ Unklar *Ostendorf/Grün*, IR 2005, 275 (275 f.), die bzgl. Art. 8 Abs. 1 RL 2001/14/EG einerseits auf einen Aufschlag zur Deckung der Vollkosten abstellen, gleichzeitig aber nur diejenigen Kosten berücksichtigen wollen, die bei einer effizienten Leistungsbereitstellung entstehen würden.

⁴⁰ Sie wird nur partiell übernommen, da ein Teil der Gemeinkosten durch die übrigen Aufschläge und die gewährten Subventionen abgedeckt werden.

⁴¹ Vgl. nur Erwägungsgrund 16 der Richtlinie 2001/14/EG.

ausschließen darf, die mindestens die Kosten, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen sowie eine Rendite, die der Markt tragen kann, erbringen können. Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 bringt damit zum Ausdruck, dass der Zugangsanspruch von Marktsegmenten, die in der Lage sind, ein Entgelt in der Höhe der Einzelkosten zuzüglich einer marktüblichen Rendite zu bezahlen, durch die Erhebung eines Aufschlags nach Art. 8 Abs. 1 und der sich daraus ergebenden Entgelthöhe nicht an der Ausübung des Zugangsanspruchs gehindert werden dürfen („Marktausschluss-Test“). Damit statuiert Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 einerseits eine zulässige Mindesthöhe des Entgeltes in Höhe der Grenzkosten zuzüglich einer marktüblichen Rendite. Jedes Entgelt, das der Höhe nach oberhalb dieser als zulässig festgelegten Grenze liegt, steht andererseits unter der Einschränkung, dass dadurch die Wahrnehmung des Zugangsanspruchs durch Marktsegmente, die die jedenfalls zulässige Entgelthöhe tragen können, nicht verhindert werden darf.⁴²

Es ist bereits an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass sich Bedenken in Bezug auf die Praktikabilität der Grenze des Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 ergeben.⁴³ Denn die Entgelte sind ex ante vom Betreiber der Schienenwege zu kalkulieren. Er muss also grundsätzlich bei der Berechnung des Vollkostenaufschlags mit berücksichtigen, ab wann ein Marktsegment von der Nutzung der Infrastruktur ausgeschlossen wird. Dies dürfte regelmäßig schwierig sein. Insoweit dürfte das Modell primär im Rahmen der Nachjustierung bei folgenden Entgeltperioden zum Tragen kommen.

cc. Keine Deckelung der übrigen Aufschläge

Fraglich ist, ob die Deckelung nach Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 ausschließlich für Aufschläge zur Vollkostendeckung nach Art. 8 Abs. 1 greift, oder ob vielmehr auch die Höhe der Aufschläge nach Art. 7 Abs. 4 und 5, insbesondere bei ihrer kumulativen Anwendung, hierdurch begrenzt wird. Letzteres würde bedeuten, dass etwa auch Aufschläge für Knappheit für ein Marktsegment maximal die Höhe einer marktüblichen Rendite besitzen dürfen, wenn andernfalls diesem Marktsegment die Wahrnehmung des Zugangsanspruchs verhindert würde.

Der deutsche Wortlaut des Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 gibt letztlich keinen Aufschluss. Dieser stellt nur allgemein auf die Höhe der Entgelte ab, ohne dass insoweit klar wird, ob die Höhe

⁴² Anders offensichtlich *Ostendorf/Grün*, IR 2005, 275 (275 f.).

⁴³ So auch *Zellhofer*, Der Wettbewerb auf den Europäischen Schienenverkehrsmärkten, 2003, S. 155.

der Entgelte grundsätzlich gemeint ist oder aber nur die Höhe der Entgelte nach Erhebung des Aufschlags zur Vollkostendeckung nach Art. 8 Abs. 1.⁴⁴

Die Systematik spricht aufgrund der Stellung der formulierten Obergrenze in Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 eher gegen eine Übertragung dieser Grenze auch auf die Aufschläge nach Art. 7 Abs. 4 und 5. Insoweit weist diese Obergrenze eine besondere Nähe zum Aufschlag nach Art. 8 Abs. 1 auf. Im Fall einer allgemeingültigen Obergrenze hätte vielmehr eine eigenständige Formulierung in einem eigenen Absatz und unter Umständen auch schon innerhalb des Art. 7 erfolgen müssen.⁴⁵ Auch die systematische Einordnung der Aufschläge nach Art. 7 Abs. 4 spricht gegen eine Übertragung der Schranke des Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 auf diesen. Denn die Aufschläge aus Gründen der Knappheit nach Art. 7 Abs. 4 bringen gerade das Allokationskriterium des Marktes zum Ausdruck, welches die effizienteste Nutzung des knappen Gutes verspricht: den Preis. Ein knappes Gut soll von demjenigen genutzt werden, der den höchsten Preis dafür bezahlen kann, da insoweit davon auszugehen ist, dass dieser Nutzer in der Lage ist, das knappe Gut in der effizientesten Art und Weise zu nutzen.

Der Genese der Richtlinie lassen sich letztlich keine zwingenden Hinweise entnehmen, ob auf die absolute Entgelthöhe nach Erhebung sämtlicher Aufschläge oder lediglich auf die Höhe des Aufschlags zur Vollkostendeckung abzustellen ist.

Aus teleologischer Sicht lässt sich die systematische Argumentation jedoch stützen. Denn das Ziel ist die Implementierung von Wettbewerb – sowohl zunächst in intramodaler Hinsicht und langfristig auch in intermodaler Hinsicht. Das setzt einerseits die Sicherung des Zugangsanspruchs sämtlicher Eisenbahnverkehrsunternehmen voraus. Gleichzeitig erfordert es jedoch auch, dass die Mechanismen des Marktes sich entfalten können. Das bedeutet aber auch, dass der Knappheitsaufschlag als zentrales Allokationskriterium zum Zuge kommen muss. Würde sich die Beschränkung des Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 auch auf die Höhe der Knappheitsaufschläge beziehen, würde dieser Aufschlag jedoch untauglich.

⁴⁴ Ebenso auch die englische Sprachfassung die nur auf „the level of charges“ abstellt. Auch die französische Fassung stellt nur allgemein auf „le niveau des redevances“ ab.

⁴⁵ Dem steht es auch nicht entgegen, dass der ursprüngliche Kommissionsentwurf einen allgemeinen Art. 9 Abs. 2 S. 1 enthielt, nachdem die Mitgliedstaaten sicherstellen sollten, „dass jeder Verkehrsdienst, der zumindest für die durch ihn verursachten Kosten aufkommen kann, durch die Entgeltregelung nicht an der Nutzung der Fahrwegkapazität gehindert wird“. Denn diese abstrakte Formulierung stellt nur eine grundsätzliche Vorgabe dar, der kein grundsätzlicher jederzeitiger Anspruch auf einen Zugang zu einem Entgelt in der Höhe der durch ihn verursachten Kosten einräumt. Denn insoweit bleiben Kapazitätsengpässe im Rahmen der allgemeinen Vorgabe vollkommen unbeachtet. Der ursprüngliche Art. 9 Abs. 2 S. 1 ist insoweit vielmehr dahingehend zu verstehen, dass der grundsätzliche Zugangsanspruch nicht im Wege der Entgelterhebung wieder ausgehebelt werden darf.

Insgesamt steht folglich nur der Aufschlag nach Art. 8 Abs. 1 zur Vollkostendeckung unter der Einschränkung des Marktausschluss-Tests. Für die übrigen Aufschlagsmöglichkeiten findet diese Einschränkung keine Anwendung.

dd. Vollkostendeckung und Deckelung des Vollkostenaufschlags

Damit relativiert sich auch das Problem eines etwaigen Spannungsverhältnisses zwischen der Kostendeckungspflicht nach Art. 6 Abs. 1 und der Deckelung des Vollkostenaufschlags nach Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 erheblich. Das gilt insbesondere dann, wenn ein Kapazitätsengpass vorliegt und insoweit ein Knappheitsaufschlag erhoben werden kann. So wird die Deckelung der Zuschlüsselung von Gemeinkosten nach Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 maßgeblich durch die übrigen Aufschläge (Knappheit, Umwelt), insbesondere aber auch durch staatliche Förderleistungen und entsprechende Anzeielemente für Kostensenkungen kompensiert.

Nur im eher theoretischen Fall, dass dennoch ein Unterdeckungsdelta übrig bleibt (d.h. insbesondere nach entsprechendem Knappheitsaufschlag, der ja keiner Deckelung nach Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 und damit keinem entsprechendem Marktausschluss-Test unterliegt), würde sich die Frage stellen, ob sodann nach Ausschöpfung der Anzeielemente die weiteren Kosten gedeckt werden oder nicht, ob sich also Art. 6 Abs. 1 oder Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 durchsetzt. Aus der systematischen Stellung des Art. 6 als grundlegendem Entgeltmaßstab und der Entgeltgrundsätze als diesen ausfüllende Berechnungsmethode wäre dann davon auszugehen, dass sich der Entgeltmaßstab durchsetzt und die Deckelung insoweit durchbrochen wird. Es ist allerdings zu betonen, dass die gemeinschaftsrechtliche Systematik einen solchen Konflikt durch die zulässigen Subventionszahlungen, die übrigen Aufschläge und den Effizienzanreiz eigentlich auszuschließen gedenkt.

c. Mittelung nach Art. 7 Abs. 6

Bezogen auf die drei Entgeltbestandteile Basisentgelt, Umwelt- und Knappheitsaufschlag ist gemäß Art. 7 Abs. 6 sowohl hinsichtlich vergleichbarer Zugverkehrsdienste als auch in zeitlicher Hinsicht eine Mittelung zulässig. Mit anderen Worten wird damit erlaubt, einerseits die Entgelte bezogen auf die unterschiedlichen Nachfrager zu typisieren und andererseits, die über einen Zeitraum gegebenenfalls sogar täglich schwankenden Kosten für eine angemessene Zeitperiode zu mitteln. Wichtig ist nach Art. 7 Abs. 6 jedoch, dass die Höhe der Wegeentgelte auch gemittelt noch zu den von den Verkehrsdiensten verursachten Kosten in Beziehung stehen müssen. D.h. die Typisierung darf die Kostenrelationen nicht aus den Augen verlieren. Es ist also immer nur eine Mittelung innerhalb strukturell vergleichbarer Nachfragergruppen zulässig.

3. Entgeltgrundsatz für den Zugang zu Serviceeinrichtungen

Fraglich ist, ob die Entgeltgrundsätze für Schienenwege auch für Serviceeinrichtungen gelten (dazu a.) oder ob insoweit weniger strenge Vorgaben greifen (dazu b.).

a. Keine Entgeltgrundsätze aus Art. 7 - 9

Art. 7 Abs. 7 nimmt die Erbringung der in Anhang II Nr. 2 genannten Leistungen vom Anwendungsbereich des Art. 7 aus.⁴⁶ Anhang II Nr. 2 stellt auf den Schienenzugang zu Serviceeinrichtungen und die entsprechende Erbringung von Leistungen ab. Damit sind der Zugang und die Erbringung von Serviceleistungen nicht vom Anwendungsbereich des Art. 7 umfasst. Fraglich ist insoweit, ob sich dieser Ausschluss aus dem System der Entgeltgrundsätze auf Art. 7 beschränkt, oder ob darüber hinaus nicht ein vollständiger Ausschluss des in Art. 7-9 geregelten Systems der Entgeltgrundsätze erfolgt. Letzteres ist schon aus systematischen Gründen anzunehmen, weil die Regelungen der Art. 8 und 9 Ausnahmen und Ergänzungen zu den Vorgaben des Art. 7 Abs. 3 – 6 darstellen. Ohne die Anwendbarkeit des Art. 7 bleibt demnach kein in sich geschlossenes und damit funktionierendes System der Entgeltgrundsätze übrig. Die isolierte Anwendung der Art. 8 und 9 ergibt folglich keinen Sinn. Demnach greifen für den Zugang zu Serviceeinrichtungen die gesamten Entgeltgrundsätze der Art. 7-9 nicht.⁴⁷

Der vollständige Ausschluss der für den Bereich der Zugangsentgelte für Schienenwege geltenden Entgeltgrundsätze lässt sich im Übrigen zumindest ansatzweise auch genetisch begründen. Die Kommissionsentwürfe sahen zwar zunächst grundsätzlich keine Unterscheidung hinsichtlich der Berechnung von Entgelten für den Zugang zu Schienenwegen und dem Zugang zu Serviceeinrichtungen vor.⁴⁸ Der Gemeinsame Standpunkt hingegen nimmt die Berechnung der Zugangsentgelte für Serviceeinrichtungen schon in Art. 7 Abs. 3 S. 2 und damit innerhalb der Einstiegsnorm der Entgeltgrundsätze vom Anwendungsbereich „dieses Artikels“ aus. Die systematische Stellung dieses Ausschlusses im Anschluss an die Einstiegsnorm für die Berechnung der Zugangsentgelte für Schienenwege deutet insoweit klar darauf hin, dass das System der Entgeltgrundsätze grundsätzlich unterschiedlich auszugestalten ist. Das bestätigt sich noch vor dem Hintergrund, dass in der endgültigen Fassung dieser Ausschluss nun in einen eigenen Absatz (Art. 7 Abs. 7) gefasst und gleichzeitig insoweit mit dem Ver-

⁴⁶ Wenig überzeugend daher insoweit Ehricke, IR 2006, 1 (11), der Art. 7 Abs. 3 RL 2001/14/EG auf das Zugangsentgelt zu Serviceeinrichtungen anwendet.

⁴⁷ A.A. Ehricke, IR 2006, 1 (11).

⁴⁸ Vgl. Art. 8 Abs. 3 des geänderten Vorschlags für eine Richtlinie des Rates über die Zuweisung von Fahrwegkapazitäten, die Erhebung von Wegeentgelten im Eisenbahnverkehr und die Sicherheitsbescheinigung, vorgelegt am 29.11.1999, ABl. C 116E/40. Der Zugang zu Serviceeinrichtungen wird hier noch als Zugang zu Dienstleistungen bezeichnet, wie sich dem Anhang des geänderten Vorschlags entnehmen lässt.

weis auf die Berücksichtigung der Wettbewerbssituation ein weit gefasstes Ausgestaltungskriterium normiert wurde.

b. Gehalt des Entgeltgrundsatzes nach Art. 7 Abs. 7 RL 2001/14/EG

Durch das Abstellen auf die Wettbewerbssituation des Eisenbahnverkehrs normiert Art. 7 Abs. 7 keinen expliziten Entgeltgrundsatz. Er eröffnet den Mitgliedstaaten jedoch die Möglichkeit, im Rahmen der Richtlinienumsetzung für den Bereich der Serviceeinrichtungen ähnliche Entgeltgrundsätze aufzustellen wie für die Schienenwege. So sind Knappheitsaufschläge grundsätzlich ebenso zulässig wie eine an den „Einzelkosten + Rendite“ orientierte Bepreisung von weniger nachfrageelastischen Marktsegmenten. Auch eine Mittelung ist im Rahmen des zu den Fahrwegen Ausgeführten prinzipiell zulässig.

4. Entgeltgrundsatz für die Erbringung von Zusatz- und Nebenleistungen

Hinsichtlich der Ausgestaltung der Entgelte für die Erbringung von Zusatz- und Nebenleistungen ist festzuhalten, dass die Vorgabe des Art. 7 Abs. 8 ohnehin nur dann greift, wenn diese Leistungen nur von einem einzigen Anbieter erbracht werden. Ist das der Fall, lässt sich als Entgeltgrundsatz Art. 7 Abs. 8 lediglich entnehmen, dass eine nutzungsabhängige Kostenzuschlüsselung zu erfolgen hat.⁴⁹

III. Zusammenhang von Entgeltmaßstab, Entgeltgrundsätzen und Rendite

Damit ergibt sich als Gesamtbild folgender Zusammenhang von Entgeltmaßstab, Entgeltgrundsätzen und Rendite: Der Entgeltmaßstab bestimmt, welche Kosten bei der Entgeltbemessung insgesamt zugrunde gelegt werden dürfen, nämlich mit Blick auf die Schienenwege und Serviceeinrichtungen die Vollkosten abzüglich eines Anreizelementes und zuzüglich eines Renditeaufschlags. Die so ermittelte Summe der berücksichtigungsfähigen Kosten ist so dann im Wege der Kostenzuschlüsselung auf die einzelnen Nachfrager bzw. auf die einzelnen Produkte als Entgelt umzulegen. Die Angemessenheit der Kostenzuschlüsselung für den Schienenwegsbereich wird dabei überlagert durch die Entgeltgrundsätze. Die Entgeltgrundsätze strukturieren folglich die Verteilung der Summe der insgesamt berücksichtigungsfähigen Kosten vor.

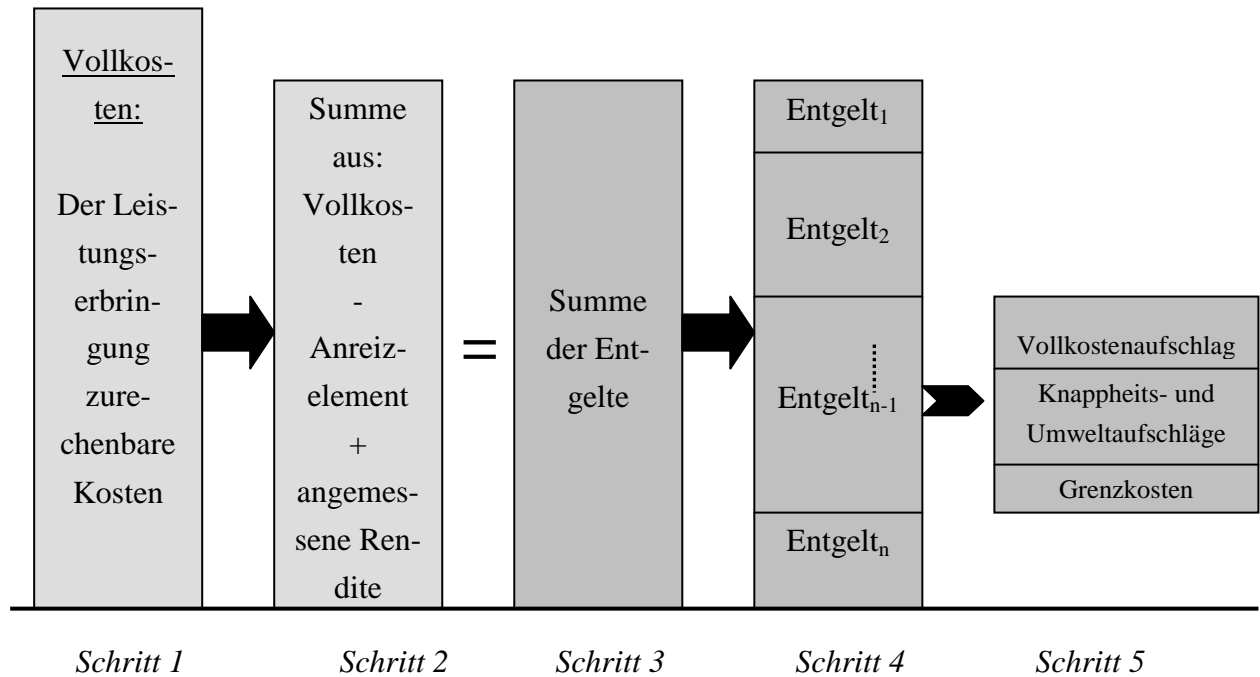
Damit muss folgende Trennung beachtet werden: In einem ersten Schritt sind die tatsächlichen Kosten bei der Bereitstellung der Pflichtleistungen zu ermitteln, d.h. von den Gesamtkosten des Unternehmens sind die berücksichtigungsfähigen Vollkosten zu ermitteln. Für die

⁴⁹ Dazu schon oben unter B.I.4.b.

weitere Berechnung der berücksichtigungsfähigen Kosten ist von den Vollkosten in einem zweiten Schritt ein Anzeilelement abzuziehen und eine marktübliche Rendite auf das eingesetzte Kapital aufzuschlagen. Die so ermittelte Summe ist dann in einem dritten Schritt mit der Summe der Entgelteinnahmen abzugleichen. Des Weiteren ist diese Summe entsprechend der Entgeltgrundsätze auf die einzelnen Entgelte zu verteilen (Schritt 5). Für den Bereich der Zugangsentgelte bedeutet das, dass für jede Leistung ein Basisentgelt mit entsprechenden Auf- und Abschlägen erhoben wird. Die Summe der Entgelte darf die Summe der nach dem Entgeltmaßstab ermittelten Kosten dann jedoch nicht übersteigen. Neben der Einhaltung der Entgeltgrundsätze ist bei der Verteilung der ermittelten berücksichtigungsfähigen Kosten auf die einzelnen Entgelte die Einhaltung des Diskriminierungsverbots zu beachten (Schritt 4).

Das bedeutet, dass sich die Rendite im Fahrwegbereich nicht auf einzelne *Entgeltbestandteile* (Einzelkosten, Umwelt-, Knappheits- und Vollkostenaufschlag) bezieht. Die weiteren Ausführungen werden vielmehr zeigen, dass sie auf das eingesetzte Kapital zu beziehen ist (dazu E.I.3.). Nur beim Marktausschluss-Test nach Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 wird die Rendite ausnahmsweise auf einen Kostenanteil bezogen, nämlich auf die Grenzkosten, da jedem Verkehr, der die Grenzkosten zuzüglich einer marktüblichen Rendite tragen kann, zu einem aus diesen beiden Positionen bestehenden Entgelt (gegebenenfalls zuzüglich eines Umwelt- und/oder Knappheitsaufschlags) Zugang zu gewähren ist.

Ebenso bezieht sich der Anreizabzug auf den gesamten *Kostenblock* und nicht auf einzelne *Entgeltbestandteile*.



Schritt 1:

Ermittlung der der Leistungserbringung zurechenbaren Kosten (Vollkosten) als Teil der Gesamtkosten des Unternehmens.

Schritt 2:

Ermittlung der nach dem Entgeltmaßstab berücksichtigungsfähigen Kosten: Von den ermittelten Vollkosten ist das Anzeilement abzuziehen sowie eine angemessene Rendite aufzuschlagen. Ebenso sind von den Vollkosten die allgemeinen Subventionen abzuziehen.⁵⁰

Schritt 3:

Abgleich, ob die ermittelte Summe der nach dem Entgeltmaßstab berücksichtigungsfähigen Kosten mit der Summe der Einnahmen durch Entgelte übereinstimmt bzw. nicht überschritten wird.

⁵⁰ Dazu unter D.IV.

Schritt 4:

Prüfung der Einhaltung des Diskriminierungsverbots bei der Zuschlüsselung der berücksichtigungsfähigen Kosten auf die einzelnen Entgelte.

Schritt 5:

Prüfung der Einhaltung der Entgeltgrundsätze bei der Bildung der einzelnen Entgelte.

IV. Zwischenergebnis zu den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zu Entgeltmaßstab, Entgeltgrundsatz und Rendite

Für den Zugang zu Schienenwegen greift als **Entgeltmaßstab** nach Art. 6 Abs. 1 und 2 die Vorgabe einer „**Vollkostendeckung minus Effizienzsteigerungsanreiz**“. Nähere Hinweise, in welchem Umfang entsprechende Anreize gesetzt werden sollen, lassen sich dem Gemeinschaftsrecht nicht entnehmen. Insofern verfügen die Mitgliedstaaten über einen weiten Umsetzungsspielraum, der lediglich anhand der allgemeinen Regulierungsvorgaben und hier insbesondere dem Ziel der Schaffung von Wettbewerb beschränkt wird. Insofern müssen die Anreize zumindest so ausgestaltet sein, dass einerseits eine hinreichend starke Beseitigung von Ineffizienzen erfolgt und andererseits Sicherheits- und Qualitätsinteressen bei der Entgeltabsenkung angemessen berücksichtigt werden. Orientierungspunkt können insoweit die Effizienzsteigerungsmöglichkeiten sein, die bei vergleichbaren Monopolunternehmen möglich sind. Ausgeschlossen ist damit jedenfalls ein reiner Vollkostenansatz ohne Anreizelemente. Ebenso ausgeschlossen ist ein Entgeltmaßstab, der nicht von den Ist-Kosten des Unternehmens ausgeht, sondern stattdessen auf ein **idealeffizientes Vergleichsunternehmen** abstellt. Jedenfalls ist damit keinesfalls der Maßstab der **Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung**⁵¹ zwingend vorgegeben. Vielmehr haben die Mitgliedstaaten einen erheblichen **Spielraum**, wie sie das Anreizelement sowohl im Rahmen der Fixierung des Entgeltmaßstabs als auch bei der methodischen Prüfung der Einhaltung dieses Maßstabs zur Geltung bringen wollen.

Denkbar ist in diesem Zusammenhang insbesondere, dass zur Umsetzung des Entgeltmaßstabs „Vollkosten minus Anreiz“ eine *Orientierung* an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung vorgegeben wird. Denn eine solche Orientierung bezieht sich auf die Ausgestal-

⁵¹ Verstanden als vollständige Ausnutzung vorhandener Kostensenkungspotentiale.

tung des Anzelements, ohne dass von dem Ausgangspunkt der Vollkosten abgewichen wird.

Der so umschriebene Entgeltmaßstab gilt sowohl für das **Mindestzugangspaket** als auch für den **Zugang zu Serviceeinrichtungen**, **nicht** jedoch für die **Zusatz-** und **Nebenleistungen**.

Für die **Zusatz-** und **Nebenleistungen** lässt sich dem Gemeinschaftsrecht lediglich die Vorgabe einer **Vollkostenorientierung** mit **Diskriminierungsverbot** (einschließlich einer nutzungsorientierten Kostenzuschlüsselung) und die Zulässigkeit einer **angemessenen Renditeerwirtschaftung** entnehmen.

In Bezug auf die Frage der kostenrechnerischen Einordnung etwaiger **staatlicher Finanzierungen** folgt aus Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 die Verpflichtung, diese von den Vollkosten **abzuziehen**. Dies gilt angesichts des einheitlichen Entgeltmaßstabs sowohl für den Fahrwegsektor als auch für den Bereich der Serviceeinrichtungen.

Wurde anhand des Entgeltmaßstabs („Vollkosten minus Effizienzanreiz“) ermittelt, welche Gesamtkosten das Unternehmen auf die Entgelte verteilen darf, stellt sich in einem weiteren Schritt die Frage, wie diese Entgelte konkret zu bilden sind. Diese Frage wird durch die Entgeltgrundsätze beantwortet. So normiert das Gemeinschaftsrecht in Art. 7 - 9 verschiedene **Entgeltgrundsätze**. Diese beziehen sich grundsätzlich nur auf das **Mindestzugangspaket**, da der Zugang zu **Serviceeinrichtungen** in Art. 7 Abs. 7 S. 1 von einer Anwendung dieser Grundsätze ausdrücklich ausgenommen ist. Für **Zusatz- und Nebenleistungen** lässt sich als Entgeltgrundsatz Art. 7 Abs. 8 lediglich entnehmen, dass eine nutzungsabhängige Kostenzuschlüsselung zu erfolgen hat. Dieser Entgeltgrundsatz gilt – wie auch der Entgeltmaßstab – nur für den Fall, dass nur ein Anbieter tätig ist.

Die für das Mindestzugangspaket geltenden Entgeltgrundsätze verlangen, dass die Entgelte im Kern nach folgendem „Baukastenprinzip“ gebildet werden: Zunächst ist ein **Basisentgelt** zu berechnen, das von den Kosten ausgeht, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen (Art. 7 Abs. 3 RL 2001/14/EG). Damit sind zunächst die dem einzelnen Zugbetrieb unmittelbar zuschüsselbaren Einzelkosten gemeint. Dieses Basisentgelt kann durch zwei Standardaufschlagstypen erhöht werden, nämlich einerseits durch den **Knappheitszuschlag** nach Art. 7 Abs. 4 und andererseits den **Umweltaufschlag** gemäß Art. 7 Abs. 5 RL 2001/14/EG. Bezogen auf diese drei Entgeltbestandteile ist gemäß Art. 7 Abs. 6 sowohl hinsichtlich vergleichbarer Zugverkehrsdienste als auch in zeitlicher Hinsicht eine **Mittelung** zulässig. Mit anderen Worten wird damit erlaubt, einerseits die Entgelte bezogen auf die unterschiedlichen Nachfrager zu typisieren und andererseits, die über einen Zeitraum gegebenenfalls sogar täglich schwankenden Kosten für eine angemessene Zeitperiode zu mitteln. Zusätzlich ist nach Art. 8 Abs. 1 ein Aufschlag zur Deckung der Vollkosten zulässig. Dieser **Vollkostenauf-**

schlag ist nach Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 dahingehend **gekappt**, dass durch ihn nicht solchen Nachfragern der Zugang faktisch verwehrt werden darf, die das Basisentgelt zuzüglich einer marktüblichen Rendite zahlen können (**Marktausschluss-Test**).

Das aus dieser Kappung des Vollkostenaufschlags resultierende **Spannungsverhältnis** zwischen dem Vollkostenansatz als Entgeltmaßstab und der Kappung des Vollkostenaufschlags als Entgeltgrundsatz ist dabei eher theoretischer Natur. Denn regelmäßig dürften die ungekappten zwei Standardaufschlagstypen (Knappheit; Umwelt) genügen, um die Vollkosten tatsächlich zu decken. Dort wo kein Knappheitsaufschlag erhoben wird, weil kein Engpass besteht, kann zudem auch solange jedem Nachfrager zu unter Umständen gekappten Entgelten Zugang gewährt werden, bis ein Engpass entsteht und der Engpassaufschlag zum Tragen kommt. Im Übrigen werden die Gemeinkosten ja partiell durch die hoheitlichen Subventionen getragen und angesichts der Effizienzsteigerungsanreize wird ein Kostensenkungspfad induziert.

Im Ergebnis erfolgt damit bei der Entgeltberechnung keine „Einzelkostenzurechnung + Gemeinkostenzuschlüsselung“ (wie etwa im deutschen TKG), sondern eine „Grenzkostenzurechnung + Auf- und Abschläge“. Dabei übernehmen die Aufschläge eine vergleichbare Aufgabe wie eine Gemeinkostenzuschlüsselung, was insbesondere beim Vollkostenaufschlag deutlich wird.

Die mit Blick auf die **Serviceeinrichtungen** in Art. 7 Abs. 7 S. 2 getroffene Vorgabe, bei der Entgeltbemessung die „Wettbewerbssituation des Eisenbahnverkehrs“ zu berücksichtigen, ist ein sehr weicher Entgeltgrundsatz, der am ehesten noch durch eine entsprechende Differenzierung im Rahmen der Anreizsetzung berücksichtigt werden kann. Gleichwohl sind angesichts dieses Maßstabs ähnliche betriebliche Entgeltgrundsätze zulässig wie für den Zugang zu Schienenwegen. So sind Knappheitsaufschläge grundsätzlich ebenso erlaubt wie eine an den „Einzelkosten + Rendite“ orientierte Bepreisung von weniger nachfrageelastischen Marktsegmenten. Auch eine Mittelung ist im Rahmen des zu den Fahrwegen Ausgeführten prinzipiell zulässig.

Damit ergibt sich folgender **Zusammenhang von Entgeltmaßstab, Entgeltgrundsätzen und Rendite**: Der Entgeltmaßstab bestimmt, welche Kosten bei der Entgeltbemessung insgesamt zugrunde gelegt werden dürfen, nämlich mit Blick auf die Schienenwege und Serviceeinrichtungen die Vollkosten abzüglich eines Anzelelementes und zuzüglich eines Renditeaufschlags. Die so ermittelte Summe ist sodann auf die einzelnen Nachfrager bzw. auf die einzelnen Produkte im Rahmen der Entgelte umzulegen, wobei die Angemessenheit der Kostenzuschlüsselung für den Schienenwegsbereich überlagert wird durch die Entgeltgrundsätze. Das bedeutet, dass sich der Anreizabzug auf den gesamten *Kostenblock* und nicht auf einzelne *Entgeltbestandteile* bezieht. Ebenso wenig ist die Rendite im Fahrwegsbereich auf

einzelne *Entgelt*bestandteile (Einzelkosten, Umwelt-, Knappheits- und Vollkostenaufschlag) zu beziehen, sondern auf das eingesetzte Kapital (dazu unten E.I.3.).

C. Entgeltmaßstab und Entgeltgrundsätze aus AEG und EIBV

Die Analyse des Gemeinschaftsrechts ergibt, dass in der RL 2001/14/EG zum einen als Entgeltmaßstab eine Kostendeckungspflicht kombiniert mit einer Verpflichtung, Anreize zur Senkung der mit der Infrastrukturbereitstellung verbundenen Kosten zu setzen, normiert ist und sich dieses Grundprinzip („Kostendeckung minus Anreize“) sowohl auf den Zugang zu Schienenwegen als auch auf den Zugang zu Serviceeinrichtungen bezieht. Zum anderen enthält die RL 2001/14/EG getrennt davon gemeinschaftsrechtliche Entgeltgrundsätze. Innerhalb der Entgeltgrundsätze erfolgt eine Differenzierung zwischen der Berechnung der Zugangsentgelte für Schienenwege und denen für den Zugang zu Serviceeinrichtungen. AEG und EIBV haben diese strukturelle Trennung jedoch so nicht übernommen. Vielmehr ist im AEG – und insoweit der Differenzierung zwischen Schienenwegen und Serviceeinrichtungen in Bezug auf die Entgeltgrundsätze der Richtlinie folgend – in § 14 Abs. 4 AEG für die Entgelte für den Zugang zu Schienenwegen und in § 14 Abs. 5 AEG für die Entgelte für den Zugang zu Serviceeinrichtungen zumindest dem Wortlaut nach ein unterschiedlicher Regelungsansatz gewählt worden, der sich auch auf den Entgeltmaßstab bezieht. Angesichts dieser Aufspaltung muss nachfolgend jeweils getrennt untersucht werden, welcher Entgeltmaßstab sich aus den gesetzlichen Regelungen ableitet.

I. Entgeltmaßstab für die Bemessung der Entgelte für den Zugang zu Schienenwegen

In § 14 Abs. 4 AEG finden sich die Kernaussagen bezüglich des Entgeltmaßstabs und der Entgeltgrundsätze jeweils für den Zugang zu Schienenwegen. Ebenso wie die Richtlinie enthält diese Norm jedoch keine explizite Definition des Entgeltmaßstabs.⁵² Folglich ist durch Auslegung zu ermitteln, welcher Entgeltmaßstab sich § 14 Abs. 4 AEG entnehmen lässt. Darüber hinaus findet sich – und insoweit abweichend vom Gemeinschaftsrecht – auch keine systematische Differenzierung von Entgeltmaßstab und Entgeltgrundsätzen. Stattdessen enthält § 14 Abs. 4 AEG ein komplexes Normgeflecht aus Entgeltmaßstab (S. 1) und Entgeltgrundsätzen (S. 2 und 3), das als ganzes mit den darin enthaltenen Widersprüchen aufgelöst werden muss.

⁵² Insofern unterscheidet sich der im AEG gewählte Ansatz des Gesetzgebers auch von dem in der Telekommunikationswirtschaft. Hier wurde für die Vorleistungsregulierung mit § 31 Abs. 1 S. 1 TKG ausdrücklich der Entgeltmaßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung festgeschrieben. In der Energiewirtschaft wird der Entgeltmaßstab in § 21 Abs. 2 S. 1 EnWG näher umschrieben – wenn auch nicht so klar wie in der Telekommunikationsordnung.

1. Wortlaut des § 14 Abs. 4 AEG in Bezug auf Entgeltmaßstab und Entgeltgrundsatz

a. Kostenausgleichspflicht nach § 14 Abs. 4 S. 1 AEG als Entgeltmaßstab

Gemäß § 14 Abs. 4 S. 1 AEG haben die Betreiber von Schienenwegen „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“. Unbeschadet einer Konkretisierung durch die EIBV hinsichtlich der Berechnung der Entgelthöhe im Einzelnen müssen die Betreiber von Schienenwegen bei der Bemessung der Entgelte bestrebt sein, die mit der Erbringung der Pflichtleistungen verbundenen Kosten auszugleichen. Dabei haben die Betreiber der Schienenwege nach dem Wortlaut des § 14 Abs. 4 S. 1 AEG diesen Kostenausgleich zunächst allein über die Bemessung der Entgelte herbeizuführen. Ein ergänzender Kostenausgleich über sonstige Einnahmen, wie sie etwa Art. 6 Abs. 1 RL 2001/14/EG mit Erlösen aus sonstigen wirtschaftlichen Tätigkeiten und staatlichen Finanzierungen vorsieht, lässt sich § 14 Abs. 4 S. 1 AEG so nicht entnehmen. Das deutet zunächst darauf hin, dass der deutsche Gesetzgeber von seiner in Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2001/14/EG ausdrücklich eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht hat und die Betreiber von Schienenwegen verpflichtet, ihre Kosten auch ohne staatliche Finanzierungen zu decken. Eine solche Auslegung scheint jedoch in erheblichem Widerspruch zur deutschen Subventionspraxis im Bereich der Eisenbahninfrastruktur zu stehen. Dieser Widerspruch lässt sich ausräumen, wenn man den Begriff der mittels der Entgelte auszugleichenden Kosten in § 14 Abs. 4 S. 1 AEG als berücksichtigungsfähige Kosten interpretiert. Berücksichtigungsfähig hinsichtlich der Bemessung der Entgelte ist nur der Anteil der insgesamt aufgrund der Erbringung der Pflichtleistung entstehenden Kosten, der nicht durch staatliche Finanzierungsleistungen gedeckt wird.⁵³ Denn anderenfalls würden die staatlichen Finanzierungsleistungen, die nicht zuletzt dazu dienen, die Entgelte zu senken, ihre beabsichtigte Wirkung verlieren.⁵⁴ Damit wird deutlich, dass auch § 14 Abs. 4 S. 1 AEG das gemeinschaftsrechtliche Verständnis zugrunde liegt, dass die insgesamt auszugleichenden Kosten sowohl durch Entgelte als auch durch staatliche Finanzierungsleistungen gedeckt werden dürfen.

Der Umfang des vorgeschriebenen Kostenausgleichs durch Entgelte und staatliche Finanzierungsleistungen ergibt sich dem Wortlaut nach aus der Bezugnahme auf die ihnen insgesamt für die Erbringung der Pflichtleistungen entstehenden Kosten. Ausgleichspflichtig – und da-

⁵³ Vgl. Koenig/Neumann/Schellberg, WuW 2006, 139 (143 mit Fn. 16).

⁵⁴ Zur Berücksichtigung staatlicher Finanzierungsleistungen im Einzelnen näher unter D.IV.

mit zugleich ausgleichsfähig – sind somit Kosten, die insgesamt durch die Erbringung der Pflichtleistungen entstehen. Nach § 14 Abs. 1 S. 1 AEG umfassen diese Pflichtleistungen die diskriminierungsfreie Benutzung der Eisenbahninfrastruktur und die diskriminierungsfreie Erbringung der von ihnen angebotenen Leistungen in dem durch Rechtsverordnung zu bestimmenden Umfang. § 3 Abs. 1 S. 2 EIBV verweist zur näheren Bestimmung des Umfangs der Pflichtleistungen auf die Anlage 1 Punkt Nr. 1 zur EIBV. Der Umfang der Pflichtleistungen ergibt sich somit aus dem in Anhang 1 Nr. 1 zur EIBV enthaltenen Leistungskatalog. Danach umfassen die Pflichtleistungen des Betreibers der Schienenwege die Bearbeitung von Anträgen auf Zuweisung von Zugtrassen, die Gestattung der Nutzung zugewiesener Zugtrassen und der Anlagen zur streckenbezogenen Versorgung mit Fahrstrom, die Bedienung der für eine Zugbewegung erforderlichen Steuerungs- und Sicherungssysteme, die Koordination der Zugbewegungen und die Bereitstellung von Informationen über die Zugbewegungen, sowie alle anderen Informationen, die zur Durchführung des Verkehrs, für den Kapazität zugewiesen wurde, erforderlich sind. Aufgrund der Bezugnahme in § 14 Abs. 4 S. 1 AEG auf diesen Leistungskatalog, unterliegen die Kosten, die den Betreibern der Schienenwege für die Erbringung dieser Leistungen entstehen, dem Erfordernis des Kostenausgleichs. Auszugleichen sind also alle Kosten, die einer Leistung im Sinne des Leistungskatalogs nach Anlage 1 Punkt Nr. 1 zugerechnet werden können.

Dem Kostenausgleich unterliegen nach diesem Ansatz also nicht nur die Summe der Grenzkosten der jeweiligen Zugbetriebe, sondern die Kosten die durch das Anbieten der Pflichtleistungen im Sinne einer leistungs- und nicht einer zugbezogenen Zurechnung entstehen. Erfasst werden damit die Grenz- und die Gemeinkosten. Das bestätigt sich auch, wenn man beachtet, dass § 14 Abs. 4 S. 1 AEG dem Wortlaut nach gerade nicht auf unmittelbar aufgrund des Zugbetriebes entstehende Kosten abstellt und damit keine auf Grenzkosten hindeutende Formulierung verwendet, während genau das in § 14 Abs. 4 S. 2 AEG der Fall ist. Damit wird deutlich, dass § 14 Abs. 4 AEG dem Wortlaut nach hinsichtlich der jeweiligen Bezugsgrößen differenziert und § 14 Abs. 4 S. 1 AEG somit gerade kein Grenzkostenverständnis zugrunde liegt.

Der so über die Summe der bei der Bereitstellung den einzelnen Pflichtleistungen entstehenden Kosten zu bestimmende Umfang der auszugleichenden Kosten stellt zugleich eine Kostendeckelung dar. Denn insoweit sind gerade nicht die Gesamtkosten des Schienenwegbetreibers auszugleichen, sondern nur die Kosten, die bei der Erbringung der Pflichtleistungen in zurechenbarer Weise entstehen. Damit fließen nur in dieser Weise zurechenbare Kosten in die Bemessung der Entgelte für den Zugang zu Schienenwegen ein. Maßstab der Entgeltbemessung ist damit gerade nicht der Ausgleich der Gesamtkosten des Schienenwegbetreibers.

Gleichzeitig bringt der Wortlaut zum Ausdruck, dass sich das Erfordernis des Kostenausgleichs auf die tatsächlich entstehenden Kosten bezieht und nicht auf die Höhe der Kosten

beschränkt ist, die bei einer effizienten Leistungsbereitstellung entstehen würden. Das ergibt sich dem Wortlaut nach aus der ausdrücklichen Bezugnahme auf die entstehenden Kosten. Denn es entstehen nur solche Kosten, die tatsächlich anfallen. Damit ist ein hypothetischer bzw. idealer Bezugspunkt dem Wortlaut nach ausgeschlossen.⁵⁵

b. Zuzüglich einer Rendite, § 14 Abs. 4 S. 1 AEG

Ferner verweist der Entgeltmaßstab auf die Anerkennung einer Rendite. Deren genaue Bestimmung ist eigens zu analysieren (dazu unten E.).

c. Entgeltgrundsätze nach § 14 Abs. 4 S. 2 AEG i.V.m. EIBV

Fraglich ist, inwieweit diese Wortlautaussagen zum Entgeltmaßstab mit den Wortlautaussagen zu den Entgeltgrundsätzen vereinbar sind. Denn während der Entgeltmaßstab die Summe der insgesamt berücksichtigungsfähigen Kosten bestimmt, ergibt sich aus den Entgeltgrundsätzen, nach welchen Vorgaben diese Summe auf die einzelnen Entgelte zu verteilen ist.

aa. Gemeinschaftsrechtlich vorgegebenes Baukastenprinzip: „Einzelkosten + Aufschläge“

Nach § 14 Abs. 4 S. 2 AEG können die Betreiber von Schienenwegen „Aufschläge auf die Kosten, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen, erheben“. Der Wortlaut nimmt insoweit das gemeinschaftsrechtliche System der Entgeltgrundsätze für die Berechnung des Entgelts für den Zugang zu Schienenwegen bestehend aus Basisentgelt und Aufschlägen auf.⁵⁶ Als Basisentgelt wird auf die „Kosten, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen“ abgestellt. Das entspricht wortwörtlich der Formulierung des Art. 7 Abs. 3 RL 2001/14/EG. Der Basisentgelt bemisst sich dem Wortlaut nach also auch insoweit anhand der bei der Leistungserbringung tatsächlich anfallenden Einzelkosten. Zusätzlich zu diesem Basisentgelt ermöglicht § 14 Abs. 4 S. 2 AEG die Erhebung von Aufschlägen, jedoch ohne dass diese Aufschläge näher konkretisiert werden. Diese Konkretisierung erfolgt, dem Ausgestaltungsvorbehalt des § 14 Abs. 4 S. 1 AEG⁵⁷ entsprechend, in der EIBV. Nach § 21 Abs. 2 EIBV kann ein Aufschlag zur Kosteninternalisierung umweltbezogener Auswirkungen erhoben werden, der sich jedoch neutral zu den Gesamterlösen des Betreibers der Schienenwege verhalten muss. Nach § 21 Abs. 3 EIBV kann ein Aufschlag erhoben werden, der die Knappheit der Schienenwegkapazität auf einem bestimmbar Schienenwegabschnitt in Zeiten der

⁵⁵ A.A. Ostendorf/Grün, IR 2005, 275 (276).

⁵⁶ Kramer, in: Kunz (Hrsg.), Eisenbahnrecht, Losebl.-Slg. Stand 20. Ergl. Mai 2006, A 4.1, S. 198; a.A. Ruge, AöR 2006, 1 (62).

⁵⁷ I.V.m. § 26 Abs. 1 Nr. 7 AEG.

Überbelastung widerspiegelt. Damit werden in § 21 Abs. 2 und 3 EIBV die gemeinschaftsrechtlichen Entgeltgrundsätze nach Art. 7 Abs. 4 und 5 RL 2001/14/EG – wiederum fast wortgleich – umgesetzt. Das gilt ebenso für die – in § 14 Abs. 4 S. 2 AEG dem Wortlaut nach nicht ausdrücklich vorgesehenen – Möglichkeiten nach § 23 EIBV, Nachlässe auf die Entgelte für den Schienenzugang zu gewähren, die weitgehend Art. 9 RL 2001/14/EG entsprechen.

bb. Wahrung des Kostendeckungsprinzips / Möglichkeit eines Vollkostendeckungsaufschlags

Fraglich ist jedoch, ob diese Entgeltgrundsätze überhaupt die Erfüllung des in § 14 Abs. 4 S. 1 AEG normierten Erfordernisses des Ausgleichs der insgesamt aufgrund der Erbringung der Pflichtleistung entstehenden Kosten ermöglichen. Dass eine solche Erfüllung mittels der Erhebung von Entgelten in Bezug auf die berücksichtigungsfähigen Kosten der Regelfall sein soll, wurde soeben dargelegt.⁵⁸ Das Erreichen des Ausgleichs der berücksichtigungsfähigen Kosten wird jedoch durch ein Entgelt, das sich allein auf der Basis der Grenzkosten zuzüglich von Aufschlägen für Knappheit und der Kosteninternalisierung umweltbezogener Auswirkungen berechnet, keinesfalls sichergestellt. Denn insbesondere die Grenzkosten des unmittelbaren Zugbetriebs als Basisentgelt fallen in Relation zu den hohen Gemeinkosten des Betriebs der Schienenwege vergleichsweise gering aus.

Aus diesem Grund sieht das Gemeinschaftsrecht in Art. 8 Abs. 1 RL 2001/14/EG ausdrücklich die Möglichkeit vor, einen Aufschlag zur vollständigen Deckung der Infrastrukturkosten zu erheben. Eine solche Möglichkeit lässt sich der – den § 14 Abs. 4 S. 2 AEG konkretisierenden – EIBV nicht ausdrücklich entnehmen. Allerdings könnte sich diese Möglichkeit bereits aus § 14 Abs. 2 S. 2 AEG selbst ergeben. Denn dem Wortlaut nach können die Betreiber der Schienenwege „hierbei“ Aufschläge auf die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallenden Kosten erheben. Das vorangestellte „hierbei“ bezieht sich auf die unmittelbar zuvor in § 14 Abs. 4 S. 1 AEG normierte Vorgabe des Kostenausgleichs. Demzufolge könnten allgemein nach § 14 Abs. 4 S. 2 AEG Aufschläge erhoben werden, die zur Erreichung des nach § 14 Abs. 4 S. 1 AEG vorgeschriebenen Kostenausgleichs erforderlich sind.⁵⁹ Der Aufschlag könnte also in der Höhe erhoben werden, in der die übrige Entgelthöhe gerade nicht ausreicht, um die insgesamt aufgrund der Erbringung der Pflichtleistungen entstehenden und nach Abzug der allgemeinen staatlichen Finanzierungsleistungen noch berücksichtigungsfähigen Kosten auszugleichen. Das wäre jedoch ausgeschlossen, wenn aufgrund des Ausgestaltungsvorbehalts in § 14 Abs. 4 S. 1 AEG nur solche Aufschläge erhoben werden könnten, die die

⁵⁸ Vgl. dazu unter C.I.1.a.aa.

⁵⁹ Ehricke, IR 2006, 1 (12).

EIBV ausdrücklich vorsieht. Allerdings bezieht sich S. 2 und damit die Möglichkeit der Erhebung von Aufschlägen gerade nicht vornehmlich auf den in S. 1 enthaltenen Ausgestaltungsvorbehalt der EIBV. Die Ausgestaltung der Aufschlagstypen als Bestandteil der Entgeltgrundsätze wird nicht ausdrücklich der EIBV überlassen. Der Ausgestaltungsvorbehalt bezieht sich dem Verweis des S. 1 nach zunächst einmal auf die Zielvorgabe der Kostendeckung in S. 1 und damit auf die Konkretisierung des Entgeltmaßstabs. Insoweit kann zwar auch eine Konkretisierung des S. 2 im Bereich der Entgeltgrundsätze durch die EIBV erfolgen. Eine vollständige Verdrängung des Regelungsgehalts des S. 2 durch die EIBV kann sich daraus jedoch solange nicht ergeben, wie dadurch die Bezugnahme des S. 2 (Entgeltgrundsatz) auf das Ziel der Kostendeckung (Entgeltmaßstab) in Frage gestellt wird. Ein solches Spezialitätsverhältnis kann auch schon aufgrund der Normhierarchie zwischen Gesetz und Verordnung ohne ausdrückliche Normierung im Gesetz nicht gelten. Folglich ist die Erhebung eines Aufschlags zur Deckung der nach § 14 Abs. 4 S. 2 AEG dem Ausgleichserfordernis unterliegenden Kosten nicht dadurch ausgeschlossen, dass ein solcher Aufschlag in der EIBV nicht vorgesehen ist. Der Wortlaut des § 14 Abs. 4 S. 2 AEG lässt die Erhebung eines solchen Aufschlags zu.

Dieses Ergebnis rechtfertigt sich auch vor dem Hintergrund einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung. Denn auch Art. 8 Abs. 1 RL 2001/14/EG lässt die Erhebung eines Vollkostenaufschlags als Regelbestandteil der Entgeltgrundsätze ausdrücklich zu.⁶⁰ Allerdings sieht das Gemeinschaftsrecht in Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2001/14/EG ausdrücklich vor, dass ein Vollkostenaufschlag nur in der Höhe erhoben werden darf, wie dadurch kein Marktsegment, das in der Lage ist, ein Entgelt in Höhe der Grenzkosten des jeweiligen Zugbetriebs zuzüglich einer marktüblichen Rendite zu zahlen, von der Wahrnehmung des Zuganspruchs ausgeschlossen wird. Eine solche ausdrückliche Schranke lässt sich § 14 Abs. 4 S. 2 AEG nicht entnehmen. Allerdings wird sich zeigen, dass sich ein entsprechendes Schutzniveau mit vergleichbarer Schutzrichtung aus § 14 Abs. 4 S. 3 AEG ableiten lässt.⁶¹

Demnach ist davon auszugehen, dass – wie im Gemeinschaftsrecht – auch im nationalen Recht bei den Entgeltgrundsätzen auf die Grenzkosten der Vollkostenaufschlag und die beiden Standardaufschläge (Umwelt; Knappheit) aufzuschlagen sind und folglich eine der Gemeinkostenzuschlüsselung vergleichbare Aufgabe übernehmen.

⁶⁰ Dazu oben unter B.II.2.b.

⁶¹ Dazu sogleich unter C.I.2.

cc. Differenzierung nach Verkehrsleistungen

Hinsichtlich der Erhebung der Aufschläge kann nach § 14 Abs. 4 S. 2 AEG sowohl je nach den Verkehrsleistungen Schienenpersonenfernverkehr, Schienenpersonennahverkehr oder Schienengüterverkehr als auch innerhalb dieser drei Verkehrsleistungen wiederum nach einzelnen Marktsegmenten unterschieden werden. Diese Differenzierungsmöglichkeit greift zunächst unabhängig von der Art des Aufschlags und steht dem Wortlaut des § 14 Abs. 4 S. 2 AEG zufolge im Ermessen des Schienenwegbetreibers. Eine Konkretisierung für die Erhebung eines Aufschlags zur Deckung der dem Ausgleichserfordernis unterliegenden Kosten enthält insoweit § 21 Abs. 4 EIBV. Danach dürfen erhöhte Kosten, die eine Verkehrsleistung im Verhältnis zu anderen Verkehrsleistungen verursacht, nur für diese Verkehrsleistung berücksichtigt werden. Vor dem Hintergrund, dass ein Ausgleich der insgesamt aufgrund der Erbringung der Pflichtleistungen entstehenden Kosten des Schienenwegbetreibers zu erreichen ist, würde das dazu führen, dass der Schienenwegbetreiber im Fall erhöhter Kosten einer Verkehrsleistung nicht nur nach den Verkehrsleistungen differenzieren kann, sondern differenzieren müsste.⁶² Es wäre für jede der drei Verkehrsleistungen getrennt zu ermitteln, welcher Anteil an den dem Ausgleichserfordernis unterliegenden Kosten des Schienenwegbetreibers mit den Entgelten für diese Verkehrsleistungen gedeckt werden muss.

Allerdings steht eine solche Interpretation im Widerspruch zum Wortlaut des § 14 Abs. 4 S. 2 AEG, der auch eine Differenzierung nach Verkehrsleistungen gerade in das Ermessen des Schienenwegbetreibers stellt. Dürften bei einer Verkehrsleistung jedoch nur diejenigen Anteile dieser Verkehrsleistung an den auszugleichenden Vollkosten berücksichtigt werden, bestünde gerade kein unternehmerischer Gestaltungsspielraum, wie ihn § 14 Abs. 4 S. 2 AEG gerade eröffnen soll.⁶³ Eine solche Interpretation stünde auch im Widerspruch dazu, dass sich § 14 Abs. 4 S. 2 AEG grundsätzlich auf alle Aufschlagsarten bezieht. Ein Knappheitsaufschlag ist jedoch abhängig von dem Engpass und nicht von den diesen Engpass nachfragenden Verkehrsleistungen zu erheben. Das Modell der anteiligen Vollkostenverteilung kann damit in dieser Stringenz nicht durchgehalten werden. Eine solche dem Wortlaut widersprechende Konkretisierung des § 14 Abs. 4 S. 2 AEG durch § 21 Abs. 4 EIBV ist auch schon normhierarchisch nicht möglich.⁶⁴

Eine gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation hilft hier jedoch zumindest in Bezug auf den Vollkostenaufschlag weiter. Denn nach Art. 8 Abs. 1 RL 2001/14/EG ist dieser in effi-

⁶² So *Ostendorf/Grün*, IR 2005, 275 (276).

⁶³ Vgl. Beschlussempfehlung des Ausschusses für Bau-, Verkehr- und Wohnungswesen, BT-Drs. 15/4419, S. 17.

⁶⁴ Dazu auch schon soeben unter bb.

zienter, transparenter und nichtdiskriminierender Art und Weise zu erheben. Legt man diese Vorgabe zugrunde, darf in Bezug auf die Erhebung des Vollkostenaufschlags nur insoweit differenziert werden, wie eine solche Vorgehensweise hinreichend transparent ist und keine Diskriminierung einer Verkehrsleistung oder eines Marktsegments darstellt. Umgekehrt muss der Infrastrukturbetreiber dann zwischen Verkehrsleistungen und Marktsegmenten differenzieren, wenn ohne eine solche Differenzierung eine Diskriminierung vorläge.

Ein solches Diskriminierungsverbot lässt sich im nationalen Recht dem § 14 Abs. 1 S. 1 AEG entnehmen. Dieses Diskriminierungsverbot bezieht sich auch auf die Ausgestaltung der Entgelte für den Zugang zu Schienenwegen. Insoweit erstreckt sich der Anwendungsbereich jedoch auf das Entgelt insgesamt und nicht nur auf die Erhebung des Vollkostenaufschlags. Daraus ergibt sich etwa, dass der Knappheitsaufschlag nach dem vorhandenen Engpass zu bestimmen ist und insoweit für die jeweiligen Nachfrager dieses Engpasses gleichermaßen zu bestimmen ist. Andernfalls verlöre der Knappheitsaufschlag auch seine allokativen Wirkung.

Hinsichtlich der Erhebung des Vollkostenaufschlags – und damit dem maßgeblichen Anwendungsbereich der Differenzierung nach Verkehrsleistungen und Marktsegmenten – kann damit festgehalten werden, dass eine Differenzierung dann zu erfolgen hat, wenn eine gleichmäßige Verteilung der Vollkosten eine Diskriminierung einer Verkehrsleistung darstellt. Das wird jedenfalls immer dann der Fall sein, wenn eine solche gleichmäßige Verteilung zu dem Ergebnis führt, dass die Verteilung der erhöhten Kosten anderer Verkehrsleistungen die Wettbewerber in den weniger kostenintensiven Verkehrsleistungen behindert. Insofern lässt sich auch § 21 Abs. 4 EIBV in diesen Zusammenhang setzen, der offensichtlich typisierend von einer diskriminierenden Kostenverteilung bei einer fehlenden Differenzierung ausgeht. Sofern allerdings eine derartige wettbewerbsbehindernde Diskriminierung nicht festzustellen ist, tritt § 21 Abs. 4 EIBV hinter § 14 Abs. 4 S. 2 AEG zurück.

dd. Differenzierung nach Marktsegmenten und innerhalb von Marktsegmenten

Der gleiche Maßstab gilt hinsichtlich der Preisdifferenzierung zwischen Marktsegmenten. Auch hier muss dann differenziert werden, wenn andernfalls eine Diskriminierung aufgrund einer ungerechtfertigten Verteilung der erhöhten Kosten eines Marktsegments vorliegt. Voraussetzung ist insoweit, dass Marktsegmente bestehen, die höhere Kosten verursachen als andere Marktsegmente dieser Verkehrsleistung.

Fraglich ist dann nur noch, ob auch innerhalb eines Marktsegments eine Preisdifferenzierung erfolgen darf. Diese Möglichkeit sieht § 14 Abs. 4 S. 2 AEG nicht explizit vor. Sie ist damit nicht per se zulässig, aber ebenso wenig per se unzulässig. Insoweit greift vielmehr das Diskriminierungsverbot. Dabei ist zu beachten, dass eine Preisdifferenzierung wiederum Einfluss auf die Marktabgrenzung haben und dazu führen kann, dass zwei unterschiedliche Märkte

entstehen, so dass sich das Problem entschärft. Im Übrigen ist zu prüfen, ob die Preisdifferenzierung zu einer unzulässigen Diskriminierung führt. Das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn gerade diejenigen Strecken Kosten zugeschlüsselt bekommen, die überwiegend von Wettbewerbern genutzt werden. Maßstab ist also die Behinderung von Wettbewerbern.

ee. Grenze der Wettbewerbsfähigkeit der Verkehrsleistung aus § 14 Abs. 4 S. 2 AEG

Grenze der Erhebung von Aufschlägen ist daher nach § 14 Abs. 4 S. 2 AEG die Gewährleistung der Wettbewerbsfähigkeit der Verkehrsleistungen und insbesondere die des grenzüberschreitenden Schienengüterverkehrs. Insoweit ist unklar ob auf die Fähigkeit der Verkehrsleistungen abgestellt werden muss, im intermodalen Wettbewerb konkurrenzfähig zu sein, oder ob vielmehr die Aufrechterhaltung eines intramodalen Wettbewerbs gemeint ist. Der Wortlaut des § 14 Abs. 4 S. 2 AEG deutet aufgrund der Bezugnahme auf die Wettbewerbsfähigkeit eher auf den intermodalen Wettbewerb hin. Denn bei einer Bezugnahme auf den intramodalen Wettbewerb hätte vielmehr auf die Gewährleistung des Wettbewerbs innerhalb der Verkehrsleistung als auf deren Wettbewerbsfähigkeit abgestellt werden müssen.

Damit ist nach der Wortauslegung auf die Gewährleistung des intermodalen Wettbewerbs abzustellen. Aufgrund der derzeitigen Situation des intermodalen Wettbewerbs ist insoweit zu gewährleisten, dass die Entgelthöhe kurzfristig nicht dazu führen darf, dass der intermodale Wettbewerb noch stärker zu Lasten des Schienengüterverkehrs behindert wird und sich in langfristiger Sicht durch eine entsprechende Ausgestaltung der Entgelte die Wettbewerbsfähigkeit des Schienengüterverkehrs gegenüber anderen Verkehrsträgern erhöht. Wann das jedoch im Detail der Fall ist, lässt sich § 14 Abs. 4 S. 2 AEG wiederum nicht entnehmen.

d. Entgeltgrundsatz der Entgeltobergrenze nach § 14 Abs. 4 S. 3 AEG

Eine weitere Schranke der Bemessung der Entgelte findet sich in dem Entgeltgrundsatz des § 14 Abs. 4 S. 3 AEG. Danach darf das Entgelt im Fall des Satzes 2, also des Erhebens von Aufschlägen auf die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallenden Kosten, bezogen auf ein Marktsegment die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen Kosten zuzüglich einer Rendite, die am Markt erzielt werden kann, nicht übersteigen. Die Bedeutung von S. 2 und S. 3 zusammengefasst führt zumindest dem Wortlaut nach zu dem Befund, dass die Aufschläge in der Summe die Höhe einer Rendite, die am Markt erzielt werden kann, nicht überschreiten dürfen. Die nach § 14 Abs. 4 S. 3 AEG insgesamt zulässige Entgelthöhe berechnet sich demnach auf der Basis der bezogen auf ein Marktsegment anfallenden Grenzkosten zuzüglich einer marktüblichen Rendite. Allerdings enthält § 14 Abs. 4 S. 3 AEG ebenso wie § 14 Abs. 4 S. 1 AEG keine weiterführenden Hinweise, was insoweit unter einer marktüblichen Rendite zu verstehen ist.

e. *Zwischenergebnis Wortlaut: Widerspruch zwischen Entgeltmaßstab und Entgeltgrundsatz*

Nimmt man den Wortlaut des § 14 Abs. 4 AEG insgesamt in Bezug, ergibt sich ein in sich widersprüchliches Ergebnis. Denn nach § 14 Abs. 4 S. 1 AEG sind die Betreiber der Schienenwege verpflichtet, ihre Entgelte so zu bemessen, dass die insgesamt für die Erbringung der Pflichtleistungen entstehenden Kosten zuzüglich einer marktüblichen Rendite ausgeglichen werden. Der Umfang der so auszugleichenden Kosten stellt sich dabei als Summe der jeweiligen Kosten der Pflichtleistungen dar. Gleichzeitig schreibt der Entgeltgrundsatz des § 14 Abs. 4 S. 3 AEG jedoch fest, dass das Entgelt die Höhe der Einzelkosten zuzüglich einer marktüblichen Rendite nicht überschreiten darf. Wenn aber bei S. 1 und S. 3 ein einheitlicher Maßstab hinsichtlich der marktüblichen Rendite anzulegen ist, bedeutet das, dass die Summe der Grenzkosten als Summe der Basisentgelte den insgesamt für die Erbringung der Pflichtleistungen entstehenden Kosten – also den der Erbringung der Pflichtleistung zurechenbaren Vollkosten – entsprechen müssen.⁶⁵ Das ist jedoch gerade nicht der Fall, so dass dem Wortlaut nach der Entgeltgrundsatz des § 14 Abs. 4 S. 3 AEG nicht zu einer sinnvollen Verteilung der nach dem Entgeltmaßstab des S. 1 berücksichtigungsfähigen Kosten auf die einzelnen Entgelte führt. Insoweit ist der Wortlaut des § 14 Abs. 4 AEG in sich widersprüchlich. Aufgelöst wird dieser Widerspruch auch nicht durch die Konkretisierungen der EIBV. Denn darin finden sich weder Hinweise auf die Bestimmung einer marktüblichen Rendite noch darauf, wie die Obergrenze des § 14 Abs. 4 S. 3 AEG näher zu interpretieren ist.

2. Systematik

Möglicherweise kann eine systematische Betrachtung jedoch zu einer Auflösung des Widerspruchs von Entgeltmaßstab und Entgeltgrundsatz führen. Das bezieht sich zum einen auf die Systematik der Norm in sich und zum anderen auf die Einordnung der Norm in den systematischen Gesamtzusammenhang des Zugangs zu Schienenwegen.

a. *Innere Systematik des § 14 Abs. 4 AEG*

Die innere Systematik des § 14 Abs. 4 AEG ist geprägt durch die Vorgabe eines Ziels (Entgeltmaßstab S. 1) und der Normierung von Vorgaben zur Zielerreichung (Entgeltgrundsätze S. 2 und 3). S. 1 enthält den grundlegenden Kosten- bzw. Entgeltmaßstab und die S. 2 und 3 die Entgeltgrundsätze. Während § 14 Abs. 4 S. 1 AEG die Verpflichtung aufgibt, durch die Bemessung der Entgelte insgesamt einen Ausgleich der mit der Erbringung der Pflichtleistungen verbundenen Kosten herbeizuführen und zusätzlich eine marktübliche Rendite zu erwirtschaften, gibt § 14 Abs. 4 S. 2 AEG mit dem darin normierten Entgeltgrundsatz einen metho-

⁶⁵ A.A. offensichtlich *Ostendorf/Grün*, IR 2005, 275 (276).

dischen Anhaltspunkt, wie die Berechnung der konkreten Entgelthöhe und damit die Verteilung der berücksichtigungsfähigen Kosten auf die einzelnen Entgelte erfolgen kann. Danach kann der Schienenwegbetreiber auf die Einzelkosten der Leistung je nach Verkehrsleistung oder Marktsegment Aufschläge erheben.⁶⁶ Die Heranziehung von § 21 Abs. 4 EIBV hat zudem gezeigt, dass im Falle erhöhter Kosten einer Verkehrsleistung eine Differenzierung nach den Verkehrsleistungen nicht nur erfolgen kann, sondern zu erfolgen hat, soweit andernfalls eine Diskriminierung einer weniger kostenintensiven Verkehrsleistung erfolgt (vgl. soeben 1.c.cc.). § 14 Abs. 4 S. 2 AEG i.V.m. § 21 Abs. 4 EIBV führen damit insgesamt zu einem Ausgleich der dem Kostendeckungserfordernis nach § 14 Abs. 4 S. 1 AEG unterliegenden Kosten des Schienenwegbetreibers, wobei diese Kosten auf die drei Verkehrsleistungen verteilt werden können. Innerhalb dieser Verteilung der auszugleichenden Kosten auf die Verkehrsleistungen kann dann wiederum eine Differenzierung zwischen den verschiedenen Marktsegmenten einer Verkehrsleistung erfolgen.

Vor diesem Hintergrund lässt sich die Regelung des § 14 Abs. 4 S. 3 AEG in die innere Systematik des § 14 Abs. 4 AEG einfügen. Denn § 14 Abs. 4 S. 3 AEG limitiert im Falle der Erhebung von Aufschlägen nach S. 2 die Entgelthöhe bezogen auf ein Marktsegment auf die Höhe der Grenzkosten zuzüglich einer marktüblichen Rendite. Die Bezugnahme auf S. 2 darf jedoch nicht nur auf die Erhebung von Aufschlägen beschränkt werden, sondern muss zugleich vor allem auch auf die Differenzierung nach Marktsegmenten innerhalb einer Verkehrsleistung referenziert werden. Vor diesem Hintergrund dient § 14 Abs. 4 S. 3 AEG also als Schranke einer zu weitgehenden Differenzierung zwischen verschiedenen Marktsegmenten einer Verkehrsleistung. Aus der inneren Systematik des § 14 Abs. 4 AEG ergibt sich insoweit ein insgesamt gestuftes Verhältnis von S. 1 über S. 2 zu S. 3.⁶⁷ Denn S. 1 gibt mit dem Ausgleich der insgesamt aufgrund der Erbringung der Pflichtleistungen anfallenden Kosten das Ziel der Entgeltbemessung vor. S. 2 zeigt im Sinne eines Entgeltgrundsatzes auf, dass diese auszugleichenden Kosten bezogen auf die Erhebung von Entgelten für einzelne Verkehrsleistungen auf diese einzelnen Verkehrsleistungen zu verteilen sind und das dabei wiederum innerhalb der Verkehrsleistungen nach Marktsegmenten unterschieden werden kann. S. 3 stellt dann wiederum klar, dass eine Grenze hinsichtlich der Unterscheidung nach Marktsegmenten innerhalb einer Verkehrsleistung besteht, wobei die konkrete Fassung dieser Gren-

⁶⁶ Aus der konkretisierenden EIBV ergibt sich gemäß § 23 zudem, dass gleichermaßen auch Nachlässe gewährt werden können.

⁶⁷ *Staebe*, WuW 2006, 493 (496 f.), und im Ergebnis *Ruge*, DVBl. 2005, 1405 (1412), gehen hingegen davon aus, dass der Gesetzgeber mit S. 1 als Vollkostenmodell einerseits und S. 2 und 3 als Modell aus „Grenzkosten + Aufschlag“ andererseits zwei alternative Entgeltbildungsmodelle anbieten wollte. Diese Interpretation berücksichtigt jedoch nicht hinreichend die Unterscheidung von Entgeltmaßstab und Entgeltgrundsatz sowie die diesbezüglich eindeutigen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben.

ze dem Wortlaut nach widersprüchlich zum Gesamtziel des Kostenausgleichs nach S. 1 formuliert ist und insoweit noch einer weitergehenden Auslegung bedarf.

Vor dem Hintergrund des gestuften Rangverhältnisses von S. 1 zu S. 3 wird insoweit davon auszugehen sein, dass S. 3 dem Kostenausgleich nach S. 1 jedenfalls nicht entgegenstehen darf. Insoweit ist die Schranke zur Differenzierung nach Marktsegmenten innerhalb einer Verkehrsleistung nach S. 3 vor dem Hintergrund zu interpretieren, dass diese Schranke unter der Bedingung steht, dass eine Deckung des Vollkosten durch die Entgelte zumindest weitgehend möglich ist.

b. § 14 Abs. 4 AEG in der Gesamtsystematik des Zugangs zu Schienenwegen

Das Ziel einer solchen Beschränkung der Differenzierung nach Marktsegmenten innerhalb einer Verkehrsleistung erschließt sich, wenn man § 14 Abs. 4 AEG insgesamt in das System des Zugangs zu Schienenwegen einordnet. Nach § 14 Abs. 1 S. 1 AEG ist den Eisenbahnverkehrsunternehmen ein diskriminierungsfreier Zugang zu den Schienenwegen zu eröffnen. Der so normierte Zugangsanspruch ist damit das rechtliche Kernelement der Eröffnung des Wettbewerbs auf der Schiene, so dass der Möglichkeit, von diesem Zugangsanspruch auch tatsächlich Gebrauch zu machen, eine hohe Bedeutung zukommt. Gleichzeitig ist dieser Zugang nicht kostenlos zu gewähren, sondern er steht vielmehr unter dem Vorbehalt der Leistung eines Entgelts. Das Entgelt dient dem Infrastrukturbetreiber zur Finanzierung seiner Unternehmenstätigkeit.⁶⁸ Die für die Initiierung eines Wettbewerbs auf der Schiene so wichtige Wahrnehmung des eingeräumten Zugangsanspruchs zur Infrastruktur darf folglich nicht durch die Höhe des Entgelts verhindert werden. In Bezug auf die Differenzierung zwischen verschiedenen Marktsegmenten darf das Entgelt also nicht eine Höhe erreichen, die eine Wahrnehmung des Zugangsanspruchs für gewisse Marktsegmente von vornherein ausschließt.

Eine solche Verhinderung der Wahrnehmung des Zugangsanspruchs wird vermieden, wenn die Differenzierung nach Marktsegmenten durch die Festlegung einer Entgeltobergrenze beschränkt wird. Eine solche Entgeltobergrenze entspricht Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2001/14/EG. Danach dürfen Marktsegmente, die in der Lage sind ein Entgelt in der Höhe der Einzelkosten zuzüglich einer marktüblichen Rendite als Entgelt zu zahlen, durch die aufgrund der Erhebung eines Vollkostenzuschlags tatsächliche Entgelthöhe nicht an der Wahrnehmung ihres Zugangsanspruchs gehindert werden. Damit wird eine individuell für jedes Marktsegment zu bestimmende Obergrenze festgelegt, die flexibel auf die Nachfrage des Marktsegments und die Marktsituation in dem betreffenden Marktsegment abstellt. Auf diese Art und

⁶⁸ Vgl. Art. 7 Abs. 1 RL 2001/14/EG.

Weise kann das Zugangsentgelt an der (Entgelt-)Leistungsfähigkeit des Marktsegmentes ausgerichtet werden.

Problematisch ist – das sei sogleich hinzugefügt – bei einer solchen in Abhängigkeit zur Leistungsfähigkeit des Marktsegmentes stehenden Obergrenze jedoch deren tatsächliche Bestimmung, die in der Realität die Durchführung umfangreicher ökonomischer Tests hinsichtlich der Leistungsfähigkeit eines Marktsegments erfordert. Problem verschärfend kommt dabei hinzu, dass eine solche Bestimmung der Obergrenze ex ante durchzuführen ist.

c. Zusammenschau von innerer und äußerer Systematik des § 14 Abs. 4 AEG

Dem Wortlaut des § 14 Abs. 4 S. 3 AEG lässt sich die Regulationsintention der Absicherung des Marktzugangs nicht entnehmen. Aus der Einbindung des § 14 Abs. 4 AEG in die Gesamtsystematik des Zugangsanspruchs ergibt sich jedoch, dass die in S. 3 enthaltende Festlegung einer Obergrenze gerade dieser Absicherung des eingeräumten Zugangsanspruchs und dabei der Beschränkung der Differenzierung nach Marktsegmenten innerhalb einer Verkehrsleistung dient. Damit zeigt sich eine vergleichbare Lösungsmöglichkeit wie im Gemeinschaftsrecht auf: Zunächst bezieht sich die Kappungsgrenze des § 14 Abs. 4 S. 3 AEG nur auf den Vollkostenaufschlag und nicht auf die sonstigen Aufschläge (Umwelt; Knappheit). Dass es gleichwohl zu einer Unterdeckung der berücksichtigungsfähigen⁶⁹ Kosten kommt, erscheint dann nur noch als theoretische Möglichkeit.⁷⁰

S. 3 würde sich insoweit allein auf die Beschränkung der Differenzierung nach Marktsegmenten bei der Erhebung eines Aufschlags zur Erreichung des Kostenausgleichs beziehen, so dass lediglich eine zu ungleichmäßige Verteilung der nach S. 1 insgesamt auszugleichenden Kosten verhindert wird. Eine absolute Grenze der Entgelthöhe würde S. 3 insoweit nicht darstellen. Für diesen Ansatz spricht aus systematischer Sicht insbesondere, dass unterschiedliche Marktsegmente einer Verkehrsleistung möglicherweise voneinander abweichende Fahrwege nachfragen und damit auch unterschiedlichen Knappheitsaufschlägen unterliegen. Würde sich in diesem Fall die Obergrenze der Aufschläge nach S. 3 auch auf die Knappheitsaufschläge beziehen, würde das im Ergebnis dazu führen, dass auf die Marktsegmente mit niedrigeren Knappheitsaufschlägen ein höherer Aufschlag zur Erreichung des Kostenausgleichs nach S. 1 erhoben werden müsste als auf die Marktsegmente mit hohen Knappheitsaufschlägen, da andernfalls der Kostenausgleich nicht erreicht wird. Rückhalt findet diese Lösung auch in den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben. Denn auch wenn die bereits erwähnte flexible Obergrenze

⁶⁹ Zur Unterscheidung von Kosten, die durch die Erbringung der Pflichtleistung entstehen, und solchen, die im Sinne der Entgeltbemessung berücksichtigungsfähig sind, siehe unter C.I.1.a.

⁷⁰ Vergleiche dazu auch schon oben unter B.II.2.b.dd..

ze in Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2001/14/EG vom methodischen Ansatz her nicht vollständig mit dem Ansatz des § 14 Abs. 4 S. 3 AEG übereinstimmt, bezieht sich die Einschränkung der Entgelthöhe zum Schutz des Zugangsanspruchs nach Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2001/14/EG doch ausschließlich auf die Erhebung eines Aufschlags zur Deckung der insgesamt entstehenden Kosten. Eine Limitierung der absoluten Entgelthöhe nach Erhebung der Knappheitsaufschläge ergibt sich daraus nicht.

Beide Interpretationsergebnisse (Beschränkung der Kappung auf den Vollkostenaufschlag; Durchbrechung der Kappung im Fall mangelnder Kostendeckung) sind mit dem Wortlaut des § 14 Abs. 4 S. 3 AEG nicht vollkommen vereinbar. Fraglich ist daher, ob diese Ansätze durch genetische und teleologische Erwägungen bestätigt werden.

3. Genesis

Hinsichtlich der Ausgestaltung des § 14 Abs. 4 AEG ist die Gesetzesbegründung, die insoweit dem für die Einfügung dieses Absatzes verantwortlichen Ausschuss für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen entstammt, äußerst knapp gehalten. Die daraus ableitbaren Erkenntnisse für die hier aufgeworfenen Fragen sind daher begrenzt.

Gleichwohl stützen sie einige der hier aus dem Wortlaut und der Systematik gewonnenen Ergebnisse. So muss nach der Begründung zu § 14 Abs. 4 S. 1 AEG der Betreiber der Schienenwege „mindestens die Deckung der durch den Betrieb der Schienenwege entstehenden Kosten erreichen“.⁷¹ Über die Wiederholung des Wortlauts der Norm selbst geht diese Begründung zwar kaum hinaus. Durch die ausdrückliche Bezugnahme auf die „durch den Betrieb der Schienenwege entstehenden Kosten“ wird jedoch die Beschränkung auf eine Vollkostendeckung betont. Es sind also nur solche Kosten mittels der Erhebung von Entgelten auszugleichen, die dem Betrieb der Schienenwege und damit der Erbringung der Pflichtleistungen zurechenbar sind. Alle anderen Kosten können nach der Gesetzesbegründung gerade nicht in die Bemessung der Entgelte einbezogen werden.

Hinsichtlich der Vorgaben für die Verteilung der nach S. 1 auszugleichenden Kosten auf die jeweiligen Verkehrsleistungen und innerhalb dieser auf die einzelnen Marktsegmente bleibt

⁷¹ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, BT-Drs. 15/4419, S. 17.

die Gesetzesbegründung unergiebig. Insoweit wird lediglich die sich daraus ergebende Stärkung der unternehmerischen Position des Schienenwegbetreibers betont.⁷²

Einen genetischen Hinweis, der das hier zu § 14 Abs. 4 S. 2 AEG durch Auslegung ermittelte Rahmenmodell zur Entgeltberechnung stützt, findet sich jedoch in der Begründung des ersten Änderungsentwurfs zur EIBV. In diesem Änderungsentwurf war der damals noch nicht im AEG implementierte Abs. 4 des § 14 AEG schon weitgehend angelegt.⁷³ Die insofern ausführliche Begründung verdeutlicht dann das System der differenzierten Verteilung der insgesamt nach S. 1 auszugleichenden Kosten auf die Verkehrsleistungen und innerhalb dieser Verkehrsleistung der dann wiederum möglichen freien Verteilung dieser anteiligen Kosten auf einzelne Marktsegmente.⁷⁴ Diese freie Verteilung auf die Marktsegmente innerhalb der Verkehrsleistung wird insoweit als Mischkalkulation bezeichnet. Die Begründung stellt jedoch zugleich klar, dass sich die so erfolgende Mischkalkulation auf den Bereich einer Verkehrsleistung beschränken muss, also die der Verkehrsleistung anteilig zugewiesenen auszugleichenden Kosten durch Entgelte dieser Verkehrsleistung insgesamt gedeckt werden müssen.⁷⁵ Denn andernfalls würde die Vorschrift des § 21 Abs. 4 in der jetzt gültigen EIBV umgangen, nach der die erhöhten Kosten einer Verkehrsleistung nur bei dieser Verkehrsleistung berücksichtigt werden dürfen.⁷⁶

Die Gesetzesbegründung zu § 14 Abs. 4 S. 3 AEG stützt des Weiteren die hier befürwortete Auflösung des nach § 14 Abs. 4 S. 1 und 3 AEG bestehenden Widerspruchs zugunsten des Kostenausgleichserfordernisses nach S. 1. Denn die Gesetzesbegründung geht davon aus, dass unter der Voraussetzung, dass insgesamt mindestens eine Kostendeckung erreicht wird, S. 3 sicherstellen soll, dass einzelne Marktsegmente nicht von der Nutzung der Schienenwege ausgeschlossen werden.⁷⁷ Damit wird der grundsätzliche Vorrang des S. 1 vor S. 3 bestätigt. Zudem wird eine Beschränkung der Kappungsgrenze auf den Vollkostenaufschlag gestützt.

⁷² Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, BT-Drs. 15/4419, S. 17.

⁷³ Siehe § 22 Abs. 1 des Entwurfs einer Verordnung zum Erlass und zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften, BR-Drs. 891/04.

⁷⁴ Begründung zu § 22 des Entwurfs einer Verordnung zum Erlass und zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften, BR-Drs. 891/04, S. 55.

⁷⁵ Begründung zu § 22 des Entwurfs einer Verordnung zum Erlass und zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften, BR-Drs. 891/04, S. 55.

⁷⁶ Siehe auch die Begründung zu § 21 des verabschiedeten Entwurfs einer Verordnung zum Erlass und zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften, BR-Drs. 249/05, S. 56.

⁷⁷ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, BT-Drs. 15/4419, S. 17.

4. Teleologische Auslegung

In teleologischer Hinsicht können die Entgeltgrundsätze jedenfalls nicht mehr verworfen werden. Denn der Telos des Zugangsanspruchs, der auf die Schaffung von Wettbewerb zielt,⁷⁸ ist zu grob, als dass er noch zu einer Feinjustierung dieser schon sehr detaillierten Vorgaben zur Entgeltberechnung beitragen könnte.

Fraglich ist jedoch, ob das auch hinsichtlich des gewonnenen Entgeltmaßstabs gilt. Denn das Ziel der Schaffung von Wettbewerb in intermodaler und intramodaler Hinsicht bedarf der Senkung der mit der Erbringung der Pflichtleistungen verbundenen Kosten auf das Maß der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung. Bezüglich des intermodalen Wettbewerbs bezieht sich das auf das Erfordernis, insbesondere im Bereich der Schienengüterverkehrsleistungen zu niedrigeren Endkundenentgelten zu gelangen, um auf diese Weise gegenüber dem Gütertransport auf der Straße wettbewerbsfähig zu werden. Auch in intramodaler Hinsicht bedarf es einer Senkung der Vorleistungsentgelte, soll etwa das Entstehen einer Kosten-Preis-Schere von vornherein wirksam ausgeschlossen werden.

Teleologisch würde insoweit einiges für die Anlegung eines Effizienzkostenansatzes sprechen. Ein solcher ist jedoch mit dem Wortlaut, der insoweit die Grenze einer teleologischen Interpretation bildet und der hier ausdrücklich auf die entstehenden Kosten abstellt, nicht vereinbar. Ein weiteres Instrument, welches zu einer Senkung der Vorleistungskosten und damit der Vorleistungsentgelte führt, besteht in der Implementierung von Anreizelementen zur Senkung der Infrastrukturkosten. Ausdrückliche Anknüpfungspunkte für solche Anreizelemente finden sich im Wortlaut jedoch nicht. Angesichts der Tatsache, dass in die Entgeltbemessung nur die der Erbringung der Pflichtleistungen zurechenbaren Kosten einfließen dürfen, besteht immerhin ein Anreiz für den Schienenwegbetreiber, die übrigen nicht zurechenbaren Kosten zu reduzieren. Insoweit wird eine Kostendisziplin zumindest in denjenigen nicht zurechenbaren Kostenbereichen erwirkt, die keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung für den Schienenwegbetreiber besitzen. Eine Wirkung, wie sie mit der Normierung von Anreizelementen im Entgeltfestsetzungsverfahren einhergeht, lässt sich damit jedoch keinesfalls erzielen.

5. Umsetzungsdefizit und gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung

Fraglich ist, ob dieses – gemessen an den teleologischen Vorgaben – festzustellende Defizit auch mit Blick auf die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für den Entgeltmaßstab vorliegt (dazu a.), da das Gemeinschaftsrecht in Art. 6 Abs. 2-4 RL 2001/14/EG die Mitgliedstaaten

⁷⁸ Dazu grundlegend *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 182 ff.

ausdrücklich zur wirksamen Implementierung von Anreizelementen verpflichtet. Sofern ein derartiges Defizit besteht, stellt sich weiter die Frage, ob dieses im Wege einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung beseitigt werden kann (dazu b.).

a. Keine Umsetzung des Art. 6 Abs. 3 RL 2001/14/EG

Nach Art. 6 Abs. 3 kann der nationale Gesetzgeber Anreizelemente entweder im Rahmen einer vertraglichen Finanzierungsvereinbarung mit dem Infrastrukturbetreiber oder aber durch die Festlegung entsprechender Befugnisse im Rahmen des regulatorischen Entgeltfestsetzungsverfahrens nachkommen. Eine diesbezügliche Festlegung entsprechender Befugnisse lässt sich jedoch dem Wortlaut des AEG nicht entnehmen. Auch in den weiteren eisenbahnrechtlichen Vorgaben – etwa im Gesetz über den Ausbau der Schienenwege des Bundes (BSWAG) – finden sich keine Elemente, die als hinreichende Implementierung entsprechender Anreizelemente in der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung zwischen dem Bund und der DB Netz AG angesehen werden könnten. Das im Wege der Auslegung anhand des Wortlauts, der Systematik und der Genese ermittelte Ergebnis eines Vollkostenansatzes (bezogen auf die den Verkehrsleistungen zurechenbaren Kosten) ohne Anreizelemente entspricht demnach nicht den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben.

b. Gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung?

Mangels einer expliziten Umsetzung stellt sich die Frage, ob die mitgliedstaatliche Umsetzung jener Anreiz-Verpflichtungen nicht im Rahmen einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts gewährleistet werden kann.

Dazu müsste sich § 14 Abs. 4 AEG interpretatorisch so öffnen lassen, dass der Norm Anreizelemente für eine Kostenminimierung entnommen werden können. In der Literatur wird eine derartige gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung mit dem Ergebnis erwogen, dass im nationalen Recht ein Effizienzkostenansatz greift.⁷⁹ Es wurde aber dargelegt, dass das Gemeinschaftsrecht gerade keinen reinen Effizienzkostenansatz bzw. „KeL“-Maßstab zwingend vorsieht, sondern einen breiten mitgliedstaatlichen Spielraum für die Fixierung eines Anreizelements unterhalb der Vollkosten belässt.⁸⁰ Eine „gemeinschaftsrechtskonforme“ Auslegung unter Zugrundelegung eines „KeL“-Maßstabs scheidet also schon insoweit aus als dieser gemeinschaftsrechtlich gar nicht zwingend herleitbar ist.

⁷⁹ So *Ostendorf/Grün*, IR 2005, 275 (276), die insoweit den Begriff der „entstehenden Kosten“ als „bei effizienter Betriebsführung entstehende Kosten“ interpretieren.

⁸⁰ Siehe oben B.I.1.

Insoweit erweist es sich hier als problematisch, dass das Gemeinschaftsrecht über die abstrakte methodische Vorgabe der vertraglichen Festschreibung oder der Einräumung der regulatorischen Befugnisse hinaus keine näheren Vorgaben hinsichtlich der Ausgestaltung der Anreizelemente enthält. Letztlich lässt sich so kein hinreichend konkreter Entgeltmaßstab ermitteln, da der Entgeltmaßstab „Vollkosten minus Anreizelemente“ bezüglich der Anreizelemente zu unbestimmt ist. Eine gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation müsste insoweit zugleich den gemeinschaftsrechtlich eingeräumten Umsetzungsspielraum des Gesetzgebers ausfüllen und das „Anreizelemente-Delta“ ermitteln bzw. konkretisieren. Das ist aber im Rahmen einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung – gegen den Wortlaut der Norm – nicht mehr möglich.

Die Tatsache, dass der *Gesetzgeber* seiner Umsetzungspflicht nicht nachgekommen ist, kann nämlich nicht dazu führen, dass bei einem extrem weiten Umsetzungsspielraum ein letztlich „beliebiges“ Instrument für die Setzung von Anreizen ohne irgendeinen Anhaltspunkt im Wortlaut des Gesetzes im Wege einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung in die entsprechende nationale Norm durch die *Exekutive* oder *Judikative* hineininterpretiert wird. Denn die Norm enthält – wie dargelegt – weder vom Wortlaut her noch in genetischer Hinsicht einen Anhaltspunkt für irgendwelche Anreizelemente. Letztlich findet die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung damit ihre Grenze in der Auslegungsfähigkeit des nationalen Rechts.⁸¹ Unabhängig davon ist darauf hinzuweisen, dass eine entsprechende richterliche Rechtsfortbildung auch erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken aufwürfe, da ein derartig richterrechtlich mehr oder weniger „willkürlich“ fixiertes Anreizelement ohne textliche und genetische Grundlage die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung überschreiten dürfte.⁸² Damit kann diesbezüglich nur ein Verstoß gegen die Umsetzungspflichten festgestellt werden, der sich interpretatorisch nicht beseitigen lässt.

c. Keine unmittelbare Wirkung

Eine unmittelbare Wirkung der Richtlinie aufgrund einer fehlenden oder fehlerhaften Umsetzung des Gemeinschaftsrechts nach Ablauf der Umsetzungsfrist scheidet aus. Hierfür fehlt es bereits an der notwendigen Bestimmtheit⁸³ der Richtlinie. Darüber hinaus weist eine Anreiz-

⁸¹ Vgl. dazu *Streinz*, Europarecht, 7. Aufl. 2005, Rn. 455.

⁸² Zu den Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung BVerfGE 34, 269 (287).

⁸³ Ausdrücklich zur RL 2001/14/EG VG Köln, Beschluss vom 20.06.2005, Az. 11 L 882/05, Ziff. 32 ff. Siehe auch *Ruge*, AöR 2006, 1 (9 f.).

regulierung einen belastenden Charakter für das regulierte Unternehmen auf, der einer unmittelbaren Anwendung der Richtlinie entgegensteht.⁸⁴

6. Zwischenergebnis zum Kostenmaßstab

Die **Betreiber von Schienenwegen** können nach § 14 Abs. 4 S. 1 AEG bei der Bemessung der Entgelte die mit der Erbringung der Pflichtleistungen verbundenen Kosten ausgleichen. Auszugleichen sind alle Kosten, die einer Leistung im Sinne des Leistungskatalogs nach Anlage 1 Punkt Nr. 1 zur EIBV zugerechnet werden können. In diesem Kriterium der aufgrund der **Erbringung der Pflichtleistungen entstehenden Kosten** kommt zugleich eine Deckelung der auszugleichenden Kosten zum Ausdruck. Denn insoweit sind gerade nicht die Gesamtkosten des Schienenwegbetreibers auszugleichen, sondern nur die Kosten, die bei der Erbringung der Pflichtleistungen entstehen. Zugleich stellt der eindeutige Wortlaut („entstehende Kosten“) klar, dass Kostenmaßstab nicht die Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung sind. Vielmehr liegt als Entgeltmaßstab ein Vollkostenansatz vor.

Der ermittelte Kostenmaßstab (**Vollkostenansatz**) wird jedoch – anders als gemeinschaftsrechtlich vorgegeben – durch **kein Anreizelement** modifiziert.⁸⁵ Auf die Umsetzung der entsprechenden Vorgabe des Art. 6 Abs. 2 RL 2001/14/EG hat der deutsche Gesetzgeber verzichtet. Insoweit liegt ein **Umsetzungsdefizit** vor. Dieses kann aber nicht durch eine **gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung** geschlossen werden, da es dazu schon an den hierfür erforderlichen detaillierten gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben aufgrund des extrem weiten Umsetzungsspielraums fehlt. Auch eine **unmittelbare Wirkung** scheidet insoweit aus.

II. Entgeltgrundsätze für die Berechnung der Entgelte für den Zugang zu Schienenwegen

1. Bisherige Ergebnisse zu den Entgeltgrundsätzen

Die Analyse des Entgeltmaßstabes hat zugleich eine Reihe von Ergebnissen mit Blick auf die **Entgeltgrundsätze** geliefert. So nimmt der Wortlaut des § 14 Abs. 4 S. 2 AEG das gemeinschaftsrechtliche **Baukastensystem** bestehend aus Basisentgelt und Aufschlägen auf. Als **Basisentgelt** wird insoweit entsprechend der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben auf die „Kosten, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen“, also auf die **Grenzkosten** eines Zugbetriebs abgestellt. Hinsichtlich der Aufschläge finden sich in der EIBV entsprechend der

⁸⁴ Zu den Voraussetzungen einer unmittelbaren Wirkung einer Richtlinie *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 5. Aufl. 2006, Rn. 339 ff.

⁸⁵ So auch *Koenig/Neumann/Schellberg*, WuW 2006, 139 (149).

gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben ein **Knappheitsaufschlag** nach § 21 Abs. 3 EIBV sowie ein **Umweltaufschlag** nach § 21 Abs. 2 EIBV. Die Möglichkeit, einen **Vollkostenaufschlag** zu erheben, sehen § 14 Abs. 4 S. 2 AEG sowie die EIBV nicht ausdrücklich vor. Allerdings lässt sich durch Auslegung ermitteln, dass zur Erreichung des in § 14 Abs. 4 S. 1 AEG vorgegebenen Ziels der Vollkostendeckung auch die Erhebung eines Vollkostenaufschlags möglich ist.

Die Aufschläge können nach **§ 14 Abs. 4 S. 2 AEG** sowohl je nach den Verkehrsleistungen Schienenpersonenfernverkehr, Schienenpersonennahverkehr oder Schienengüterverkehr als auch innerhalb dieser drei Verkehrsleistungen wiederum nach einzelnen Marktsegmenten unterschiedlich ausgestaltet werden. Nach § 21 Abs. 4 EIBV dürfen erhöhte Kosten, die eine Verkehrsleistung im Verhältnis zu anderen **Verkehrsleistungen** verursacht, jedoch nur für diese Verkehrsleistung berücksichtigt werden. Folglich kann nicht nur, sondern *muss* nach § 21 Abs. 4 EIBV hinsichtlich des Ausgleichs dieser erhöhten Kosten einer Verkehrsleistung eine differenzierende Entgeltausgestaltung erfolgen. Dieser Widerspruch (zwischen AEG und EIBV) ist angesichts des vorrangig zu beachtenden § 14 Abs. 4 S. 2 AEG dahin gehend aufzulösen, dass die regulierten Unternehmen grundsätzlich eine **Zuschlüsselungsfreiheit** in Bezug auf den **Vollkostenaufschlag** haben. **Grenze** etwaiger **Mischkalkulationen** ist das **Diskriminierungsverbot** des § 14 Abs. 1 S. 1 AEG bzw. nach § 14 Abs. 4 S. 2 AEG die Gewährleistung der **Wettbewerbsfähigkeit** der Verkehrsleistungen und insbesondere die des grenzüberschreitenden Schienengüterverkehrs im intermodalen Wettbewerb. Danach hat eine Differenzierung dann zu erfolgen, wenn eine gleichmäßige Verteilung der Vollkosten eine Diskriminierung einer Verkehrsleistung darstellt. Das wird jedenfalls immer dann der Fall sein, wenn eine solche gleichmäßige Verteilung zu dem Ergebnis führt, dass die Verteilung der erhöhten Kosten anderer Verkehrsleistungen die Wettbewerber in den weniger kostenintensiven Verkehrsleistungen behindert. Insofern lässt sich auch § 21 Abs. 4 EIBV in diesen Zusammenhang setzen, der offensichtlich typisierend von einer diskriminierenden Kostenverteilung bei einer fehlenden Differenzierung ausgeht. Sofern allerdings eine derartige wettbewerbsbehindernde Diskriminierung nicht festzustellen ist, tritt § 21 Abs. 4 EIBV hinter § 14 Abs. 4 S. 2 AEG zurück.

Eine weitere **Schranke** der Erhebung von Aufschlägen findet sich in **§ 14 Abs. 4 S. 3 AEG**. Die darin formulierte – zu § 14 Abs. 4 S. 1 AEG tendenziell – widersprüchliche Entgeltobergrenze der unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallenden Kosten zuzüglich einer marktüblichen Rendite findet Anwendung bei der Differenzierung nach Marktsegmenten bei der Erhebung von Aufschlägen. Da von S. 1 zu S. 3 eine normative Abstufung erfolgt, darf S. 3 dem Kostenausgleich nach S. 1 nicht entgegenstehen. Die eigentliche Aussage des § 14 Abs. 4 S. 3 AEG ist darin zu sehen, dass die Differenzierung zwischen verschiedenen Marktsegmenten nicht zu einer Entgelthöhe führen darf, die eine Wahrnehmung des Zuganspruchs für gewisse Marktsegmente von vorneherein ausschließt. Insoweit ergibt die Ausle-

gung, dass sich die **Kappungsgrenze** des § 14 Abs. 4 S. 3 AEG nicht auf eine maximale Entgelthöhe, sondern auf die Erhebung eines **Vollkostenaufschlags** beschränkt. Die Erhebung von Knappheits- und Umweltaufschlägen werden dadurch nicht erfasst. S. 3 dient insoweit allein der Beschränkung der Differenzierung nach Marktsegmenten bei der Erhebung eines Aufschlags zur Erreichung des Kostenausgleichs und verhindert damit eine zu ungleichmäßige Verteilung der nach S. 1 insgesamt auszugleichenden Kosten. Damit bleiben die Funktionen der übrigen Aufschläge für Knappheit (Allokation eines knappen Gutes) und Umwelt (Kosteninternalisierung) gewahrt. Sollte der theoretische Fall eintreten, dass es trotz der nicht gekappten Knappheits- und Umweltaufschläge zu einem **Konflikt** zwischen der **Kappungsgrenze** und der **Vollkostendeckung** kommt, setzt sich nicht zuletzt angesichts der entsprechenden Auslegung des Gemeinschaftsrechts auch für das nationale Recht das Gebot der Vollkostendeckung durch.

Die weitere Analyse hat gezeigt, dass § 14 Abs. 4 S. 3 AEG der Funktion eines **Marktausschluss-Tests** entsprechend die gemeinschaftsrechtliche Vorgabe des Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2001/14/EG erfüllt. D.h., er findet nur Anwendung, wenn und soweit ein nachfragendes Marktsegment nicht im Stande ist, einen entsprechenden Vollkostenaufschlag zu tragen. Das bedeutet auch, dass das Entgelt nicht notwendig auf die Höhe als „Grenzkosten + Rendite“ fixiert wird. Im Ergebnis unterbindet der Marktausschluss-Test den Vollkostenaufschlag ab derjenigen Höhe oberhalb von „Grenzkosten + Rendite“, die zum Marktausschluss eines bestimmten Marktsegmentes führt. Das bedeutet, dass das entgeltregulierte Unternehmen sein Entgeltmodell so aufsetzen muss, dass dieser Test entsprechend berücksichtigt wird.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass es hinsichtlich des Marktausschluss-Tests angesichts der **Schwierigkeiten einer Ex-ante-Prognose** des regulierten Unternehmens zuvörderst Aufgabe der in den betroffenen Marktsegmenten agierenden Unternehmen sein wird, einen etwaigen Marktausschluss substantiiert darzulegen. Sodann wird das entgeltregulierte Unternehmen nicht umhin kommen, eine entsprechende Marktabgrenzung durchzuführen. Die Bundesnetzagentur hat dies im Weiteren anhand der hier aufgezeigten Grundsätze zu prüfen.

2. Kontrollvorgaben aus den Entgeltgrundsätzen

Während aus dem Entgeltmaßstab damit die Aufgabe der Bundesnetzagentur folgt, zu prüfen, ob die durch die Entgelte insgesamt vereinnahmten Summen höchstens den Kosten entsprechen, die bei der Erbringung der Pflichtleistungen anfallen (abzüglich der Subventionen; zuzüglich einer angemessenen Rendite, vgl. unten E.I.), ob also keine Fehlzuschlüsselungen erfolgen und auch die Gesamtkosten nachgewiesen sind, bedingen die Entgeltgrundsätze mehrere unterschiedliche Kontrollvorgaben.

- Zunächst ist zu untersuchen, ob das „Baukasten-Prinzip“ eingehalten wurde, ob also die Entgelte auf der Grundlage eines Basisentgelts zuzüglich entsprechender Aufschläge gebildet wurden.
- Darüber hinaus ist die Richtigkeit der möglichen Aufschläge zu prüfen. Für den Umlaufaufschlag bedeutet dies, dass gemäß § 21 Abs. 2 EIBV kontrolliert werden muss, ob der Größenordnung der verursachten Auswirkungen hinreichend Rechnung getragen wurde. Beim Knappheitsaufschlag ist gemäß § 21 Abs. 3 EIBV darauf zu achten, dass dieser auch tatsächlich eine Überlastung in bestimmten Zeiten widerspiegelt. Der Vollkostenaufschlag ist gemäß Art. 8 RL 2001/14/EG bzw. § 14 Abs. 1 AEG insbesondere auf seine Diskriminierungsfreiheit hin zu untersuchen.
- Schließlich ist zu prüfen, ob die Anforderungen des Marktausschluss-Tests nach § 14 Abs. 4 S. 3 AEG erfüllt sind. Es ist also zu gewährleisten, dass der Vollkostenaufschlag nicht dazu führt, dass die Nutzergruppe in einem Marktsegment von der Nutzung ausgeschlossen wird, sofern jene Nutzergruppe zumindest die Grenzkosten zuzüglich einer angemessenen Rendite zu zahlen imstande ist.

3. Abgrenzung von Marktsegmenten nach § 14 Abs. 4 S. 2 und 3 AEG

a. Grundstruktur und Anwendungsbereich der §§ 14 Abs. 4 S. 2 und 3 AEG

Obwohl damit der Anwendungsbereich des § 14 Abs. 4 S. 2 AEG mit Blick auf Vollkostenaufschläge schon weitgehend bestimmt ist, bleibt die Frage, wie Marktsegmente im Rahmen des § 14 Abs. 2 S. 2 und 3 AEG abgegrenzt werden. Dabei ist zunächst zu betonen, dass für den Marktausschluss-Test von entscheidender Bedeutung ist, was als Marktsegment zu verstehen ist. Im Folgenden soll vor allem dargelegt werden, dass das „Marktsegment“ letztlich als Markt im kartellrechtlichen Sinne verstanden werden kann (dazu b.). Damit ist aber für eine weitere Bestimmung der Marktsegmente eine eigenständige umfassende Marktabgrenzung erforderlich, die nicht Gegenstand dieses Gutachtens sein kann. Stattdessen sollen jedoch einige Hinweise erfolgen, auf welche Besonderheiten angesichts des spezifischen Funktionskontextes der Marktabgrenzung im AEG einerseits und der Struktur der Eisenbahnmärkte andererseits zu achten ist (dazu c.).

b. Marktsegment als Markt im kartellrechtlichen Sinne

Da sich Verkehrsleistungen nach § 14 Abs. 4 S. 2 AEG in Marktsegmente aufspalten lassen, stellen sie ein Minus gegenüber einer eigenständigen Verkehrsleistung dar.⁸⁶ In Bezug auf die Frage der Abgrenzung von Marktsegmenten nach § 14 Abs. 4 S. 2 und 3 AEG wäre es vom Wortlaut her durchaus denkbar, dass hier das im betriebswirtschaftlichen Marketing bekannte Konzept einer Aufteilung des Marktes nach Nachfragergruppen gemeint ist. Allerdings bestehen gegenüber einem solchen Ansatz erhebliche teleologische Bedenken, da er angesichts des Bezugspunktes der unternehmerisch vorgenommenen Aufteilung nach Nachfragergruppen erhebliche Diskriminierungspotenziale in sich birgt und insoweit nur schwerlich mit dem Ziel des AEG zu vereinbaren ist, derartige Diskriminierungspotenziale gerade abzubauen. Es ist auch kein Grund ersichtlich, warum eine Entgeltdifferenzierung nach den unternehmerischen Bedürfnissen des regulierten Unternehmens erfolgen sollte. Vielmehr verweist gerade auch der Regelungskontext und -ursprung des § 14 Abs. 4 S. 2 und 3 AEG im Art. 8 Abs. 1 U-Abs. 2 auf die Zahlungsfähigkeit bestimmter Marktsegmente darauf hin, dass auf die Perspektive der Nachfrager abzustellen ist. Diese variiert jedoch grundsätzlich entsprechend der Nachfrager auf einem bestimmten Markt. Vor diesem Hintergrund spricht alles dafür, dass mit dem Verweis auf Marktsegmente eine Marktabgrenzung nach kartellrechtlichen Grundsätzen gemeint ist. D.h. es ist jeweils nach der Zugehörigkeit eines Produktes zu einem Markt gemäß seiner funktionalen Austauschbarkeit aus Sicht der Marktgegenseite zu fragen.

Gegen diese Betrachtung sprechen auch nicht die Hinweise in den Gesetzesmaterialien zum AEG und zur EIBV. Der Verweis auf die Seehafenhinterlandverkehre⁸⁷ und den kombinierten Verkehr⁸⁸ in den Gesetzesmaterialien kann gerade auch als ein eigener sachlich relevanter Markt verstanden werden. Weitere genetische Hinweise sind nicht ersichtlich. Da auch bei der kartellrechtlichen Marktabgrenzung die Kundendifferenzierung seitens des anbietenden Unternehmens (insbesondere im Fall eines natürlichen Monopolisten) einen Einfluss auf die Marktabgrenzung hat, müssen diese in einem ersten Schritt berücksichtigt werden. Denn solange der Monopolist zwischen einzelnen Kundengruppen den Preis dauerhaft differenzieren kann, ohne dadurch Ausweichreaktionen der Nachfrager hervorzurufen, müssen diese unterschiedlichen relevanten Märkten zugeordnet werden (dazu sogleich 2.c.aa). Der Unterschied zwischen den Prüfungsansätzen besteht jedoch darin, dass in einem Fall lediglich (subjektiv)

⁸⁶ Vgl. Ostendorf/Grün, IR 2005, 275 (276).

⁸⁷ Entwurf einer Verordnung zum Erlass und zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften, BR-Drs. 891/04, Begründung zu § 22.

⁸⁸ Geänderter Entwurf einer Verordnung zum Erlass und zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften, BR-Drs. 249/05, Begründung zu § 20 Abs. 1.

auf die unternehmensseitige Preisdifferenzierung abgestellt wird, während bei einer kartellrechtlichen Marktabgrenzung (objektiv) das Nachfragerverhalten betrachtet wird.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass jede Marktabgrenzung im spezifischen Funktionskontext zu sehen ist, d.h. einer funktionalen Anpassung unterliegt.⁸⁹ Vor diesem Hintergrund kann angesichts des Ziels einer Ausdifferenzierung der Entgelte mit einem entsprechenden Marktausschluss-Test für weniger „zahlungskräftige“ Marktsegmente gegebenenfalls eine kleinteiligere Marktabgrenzung als üblich vorgenommen werden.

c. Funktionale Anpassung der allgemeinen kartellrechtlichen Marktabgrenzung

Die Marktabgrenzung ist dabei sowohl in sachlicher als auch in räumlicher Hinsicht durchzuführen.

aa. Sachlich und räumlich relevanter Markt/Zusammenhang

Der sachlich relevante Produktmarkt „umfasst alle jene Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden“.⁹⁰ Wie im Rahmen der Missbrauchsaufsicht nach Art. 82 EGV und der Fusionskontrolle ist vom Bedarfsmarktkonzept auszugehen.⁹¹ Maßgebliches Kriterium für die Zugehörigkeit eines Produktes zu einem Markt ist danach seine funktionale Austauschbarkeit. Die Substituierbarkeit ist aus Sicht der Marktgegenseite, d.h. der Nachfrageseite zu bestimmen. Die Beurteilung der Substitutionsbeziehungen hat sich dabei nicht nur an den technischen Gegebenheiten, sondern auch an den rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen zu orientieren.⁹²

Das deutsche Wettbewerbsrecht ging bei der Marktabgrenzung zunächst im Wesentlichen vom Konzept des verständigen Nachfragers aus.⁹³ Dieses leitet sich aus dem Bedarfsmarktkonzept ab und geht von der Fragestellung aus, was ein verständiger Nachfrager als aus-

⁸⁹ Götting, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht, Band 2. GWB, 2006, § 19 Rn. 1.

⁹⁰ Europäische Kommission, ABl. 1997, Nr. C 372/5, Ziff. 7, vgl. auch das Formblatt A/B zur Verordnung Nr. 17/62 (ABl. 1962 L 13/204, geändert durch VO (EG) 1216/1999 des Rates vom 10.6.1999, ABl. 1999 L 148/5).

⁹¹ Näher zur Marktabgrenzung im Beihilfenrecht sowie der diesbezüglichen Vergleichbarkeit mit der Fusions- sowie Missbrauchskontrolle Koenig, in: Koenig/Roth/Schön (Hrsg.), Aktuelle Fragen des EG-Beihilfenrechts, 2001, S. 9 (19 ff.).

⁹² Drauz/Schroeder, Praxis der europäischen Fusionskontrolle, 3. Aufl. 1995, S. 73; vgl. zu der Einbeziehung zeitlicher Aspekte: Korah, EC Competition Law and Practice, 6. Aufl. 1997, S. 85 f., Ziff. 3.2.3.3.

⁹³ Hierzu und zum Folgenden Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit, Internetplattformen in der Unternehmenspraxis, 2002, S. 92 ff.

tauschbar ansehen würde.⁹⁴ Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Produkte nicht vollständig gegeneinander austauschbar sein müssen. Sie müssen also nicht in allen Verwendungszwecken als substituierbar angesehen werden. Es reicht, wenn lediglich ein signifikanter Teil der Nachfrager das jeweilige Produkt als Substitut im Fall einer Preiserhöhung ansehen würde. Dies kann über Befragungen der Nachfrager, die Ermittlung von Elastizitäten sowie durch Beobachtungen der Vergangenheit ermittelt werden. Die Angebotssubstituierbarkeit wird von den deutschen Kartellbehörden und von der EU-Kommission⁹⁵ als weniger relevant angesehen und spielt vorliegend gerade beim Marktausschluss-Test angesichts der Ausrichtung auf die Kaufkraft der Nachfrager keine bedeutende Rolle.

Neben verschiedenen Produktgruppen sind außerdem unterschiedliche Kundengruppen zu identifizieren. Solange es für einen Anbieter möglich ist, zwischen einzelnen Kundengruppen den Preis dauerhaft zu differenzieren, ohne dass die Nachfrager ausweichen, sind diese unterschiedlichen relevanten Märkten zuzuordnen. Allerdings unterscheiden sich die Kundengruppen häufig auch in ihrer Nachfrage unterschiedlicher Produktmerkmale. Daher fällt die Abgrenzung nach Kundengruppen mit der Abgrenzung unterschiedlicher Produktarten regelmäßig zusammen.⁹⁶

In räumlicher Hinsicht ist dasjenige Gebiet umfasst, „in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von den benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet“.⁹⁷

Der geografisch relevante Markt bildet somit eine Untermenge des sachlich relevanten Marktes. Im Extremfall fallen geografischer und sachlicher Markt zusammen. Dies ist insbesondere in den Netzwirtschaften häufig der Fall, da es sich im Wesentlichen um ortsbezogene Angebote handelt, die nicht an einem anderen Ort substitutionsfähig erbracht werden können. Die sachliche und die räumliche Marktabgrenzung gehen daher ineinander über.⁹⁸ Die Stromversorgung am Haus 1 kann eben nicht durch die Stromversorgung von Haus 2 substituiert werden, ebenso wenig wie die Terminierung eines Telefongesprächs an den Festnetzanschluss des Hauses 1 substituiert werden kann durch eine solche an den Festnetzanschluss des Hauses

⁹⁴ Vgl. *Schwarz-Schilling/Plum*, Marktabgrenzung im Telekommunikations- und Postsektor, WIK-Diskussionspapier Nr. 200, 2000, S. 35ff.

⁹⁵ Europäische Kommission, ABl. 1997, Nr. C 372/5, Ziff. 20 f.

⁹⁶ Vgl. *Schwarz-Schilling/Plum*, Marktabgrenzung im Telekommunikations- und Postsektor, WIK-Diskussionspapier Nr. 200, 2000, S. 33.

⁹⁷ Europäische Kommission, ABl. 1997, Nr. C 372/5, Ziff. 8.

⁹⁸ Hierzu ausführlich *Elspass*, Marktabgrenzung in der Telekommunikation, 2005, S. 133 f. und passim.

2. Auch in der Eisenbahnwirtschaft treten derartige Effekte auf: Die Verkehrsverbindung von Hamburg nach Berlin kann eben nicht substituiert werden durch eine Verkehrsverbindung von Hamburg nach Münster. Da es aber wenig sinnvoll ist, jede einzelne Verkehrsverbindung als einen einzelnen Markt anzusehen – ebenso wenig wie jede einzelne Terminierungsleistung als ein Markt qualifiziert werden sollte⁹⁹ – ist in einem zweiten Schritt eine gewisse Zusammenfassung erforderlich.

bb. Denkbare Märkte bzw. Marktsegmente innerhalb der Verkehrsleistungen

Vor dem Hintergrund dieser allgemeinen Vorgaben für eine Marktabgrenzung wird deutlich, dass deren Durchführung den Rahmen des vorliegenden Gutachtens sprengen würde. Gleichwohl können einige strukturierende Hinweise erfolgen. Dabei ist zunächst zu betonen, dass die Marktabgrenzung im Bereich von Vorleistungsmärkten im Bahnbereich einigen Besonderheiten unterliegt, die in anderen Netzindustrien wie der Telekommunikation oder der Energiewirtschaft in dieser Form nicht bestehen. Insbesondere ist der exakte Weg bzw. die Trassenführung für die Nutzer von Vorleistungen im Bahnbereich von großer Bedeutung, da mit der Trassenführung die für den Transport von Personen bzw. Gütern benötigte Zeit stark zusammenhängt. Außerdem besteht die Möglichkeit, dass für bestimmte Strecken verschiedene Trassen differierender Güte existieren, die z.B. verschieden hohe Geschwindigkeiten erlauben.

Eine sachliche Marktabgrenzung kann sich zunächst an den im Gesetz genannten drei Verkehrsleistungen orientieren, wobei im Bahnsektor regelmäßig eine weitere Aufteilung des Güterverkehrs zu beobachten ist, so dass insgesamt vier Märkte unterschieden werden können, nämlich der Schienenpersonennahverkehr, der Schienenpersonenfernverkehr, der Massengutverkehr und der Einzelwagenladungsverkehr.

Diese Einteilung kann grundsätzlich auch zur Marktabgrenzung von Vorleistungsmärkten herangezogen werden. Hierbei bleibt allerdings zu berücksichtigen, dass, wie bereits oben ausgeführt, unterschiedliche Qualitäten auf verschiedenen Trassen existieren können, welche differierende Geschwindigkeiten erlauben. In diesem Kontext kann dem Trassenangebot der DB Netz AG in seinen unterschiedlichen Qualitäten im Rahmen einer Marktabgrenzung zumindest dem Ansatz nach gefolgt werden. Dementsprechend ist der Schienenpersonenfernverkehr nach unterschiedlichen Nutzungsanforderungen hinsichtlich der Strecken auszdifferenzieren. So wird insbesondere eine Nachfragergruppe für Hochgeschwindigkeitsfernverbin-

⁹⁹ Und auch in der Regulierungspraxis nicht qualifiziert wurde, siehe dazu *Heinen*, in: Sacker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, 2006, § 9 Rn. 53 f.

dungen abzugrenzen sein, wie es die DB Netz AG bereits mit der Fernstrecke „Fplus“ tut. Ebenso wird die Bildung weiterer Streckenkategorien vergleichbar den Kategorien F1 etc. der DB Netz AG sinnvoll sein, wobei deren genaue Abgrenzung unter Anwendung der oben beschriebenen Methodik zu erfolgen hat.

Was die räumliche Marktabgrenzung anbelangt, ist eine weitere geografische bzw. nachfrageorientierte Ausdifferenzierung erforderlich. So sind die Wettbewerbs- sowie die korrespondierende Nachfragesituation in unterschiedlichen geografischen Regionen stark heterogen. Beispielsweise ist die Nachfrage im Ruhrgebiet sowie im Rheinland oder den Großräumen Berlin und Hamburg sicherlich wesentlich stärker als in weiten Teilen Ostdeutschlands. Grundsätzlich könnte sich also eine Differenzierung anhand der jeweiligen Bevölkerungsdichte anbieten.¹⁰⁰ Danach würde in den Ballungszentren wie z.B. dem Ruhrgebiet, Berlin oder dem Großraum Frankfurt die stärkste Nachfrage existieren, wodurch hier eine Abgrenzung von anderen Gebieten erfolgt und dementsprechend Unterschiede in den Nachfragestrukturen angemessen berücksichtigt würden. Darüber hinaus steht mit der Binnenschifffahrt im Rheinland sowie über einige Kanäle auch im Ruhrgebiet ein potenzielles Substitut im Bereich des Güterverkehrs zur Verfügung. Eine adäquate Marktabgrenzung muss daher auch derartige Substitute berücksichtigen und darüber hinaus die Nachfragesituation in die Analyse einbeziehen. Die Besonderheiten der Binnenschifffahrt kann auch zu der in der Genese¹⁰¹ angesprochenen Identifikation eines sachlich relevanten Marktes „Seehafeninterlandverkehr“ in bestimmten Regionen Deutschlands führen. Darüber hinaus kann auch eine divergierende Fördersituation eine räumliche Marktdifferenzierung erforderlich machen, da dies die Wettbewerbssituation nachhaltig verändern kann.

Um das Verfahren der Marktabgrenzung für die regulatorische Praxis handhabbar zu machen, ist sicherlich ein pragmatischer Weg einzuschlagen. Würde eine sehr detaillierte Marktabgrenzung vorgenommen werden, lägen als Resultat unter Umständen sogar einzelne Bahnstrecken als relevante Märkte vor. Dies kann allerdings keineswegs als ein praktikabler Weg charakterisiert werden. Eine Marktabgrenzung, die sich wie hier geschildert neben den bereits genannten Marktsegmenten und dem Klassifikationssystem der Trassen der DB AG auch an

¹⁰⁰ Das Abstellen auf in der Geografie gängige Strukturierungen Deutschlands anhand der Bevölkerungsdichte der jeweiligen Regionen hat den Vorteil, dass handhabbare Klassifikationen bereits existieren. In diesem Zusammenhang empfiehlt es sich, die Anzahl der Klassen der Bevölkerungsdichte möglichst überschaubar zu halten, um keine unübersehbare Zahl von geografischen Regionen zu erhalten. Häufig verwendete Klassifikationen Deutschlands anhand der Bevölkerungsdichte ziehen in der Regel etwa fünf verschiedene Dichteklassen heran, was auch zum Zwecke der geografischen Marktabgrenzung im Bahnbereich als angemessen erscheint.

¹⁰¹ Entwurf einer Verordnung zum Erlass und zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften, BR-Drs. 891/04, Begründung zu § 22.

geografischen Aspekten sowie der Nachfrage orientiert, stellt hingegen einen angemessenen und praktikablen Ansatz dar.

d. Zwischenergebnis zur Abgrenzung von Marktsegmenten nach § 14 Abs. 4 S. 2 und 3 AEG

Der Begriff des Marktsegments i.S.d. § 14 Abs. 4 S. 2 und 3 AEG ist als „Markt“ im kartellrechtlichen Sinne zu verstehen. Die Abgrenzung von Marktsegmenten entspricht daher sowohl in sachlicher als auch in räumlicher Hinsicht einer **kartellrechtlichen Marktabgrenzung**. Gleichwohl ist darauf hinzuweisen, dass jede Marktabgrenzung im spezifischen Funktionskontext zu sehen ist, d.h. einer **funktionalen Anpassung** unterliegt. Vor diesem Hintergrund kann angesichts des Ziels einer Ausdifferenzierung der Entgelte mit einem entsprechenden Marktausschluss-Test für weniger „zahlungskräftige“ Marktsegmente gegebenenfalls eine kleinteiligere Marktabgrenzung als üblich vorgenommen werden.

Die **sachliche Marktabgrenzung** erfolgt aus der Nachfragerperspektive nach dem Bedarfsmarktkonzept. Der geografisch relevante Markt bildet eine Untermenge des sachlich relevanten Marktes. Im Extremfall fallen geografischer und sachlicher Markt zusammen. Dies ist insbesondere in den Netzwirtschaften häufig der Fall, da es sich im Wesentlichen um ortsbezogene Angebote handelt, die nicht an einem anderen Ort substitutionsfähig erbracht werden können.

Vor dem Hintergrund dieser allgemeinen Vorgaben kann eine sachliche Marktabgrenzung prinzipiell der im Bahnsektor regelmäßig vorgenommenen **Einteilung in die Teilsegmente Schienenpersonennahverkehr, Schienenpersonenfernverkehr, Massengutverkehr und Einzelwagenladungsverkehr** folgen. Darüber hinaus sind unterschiedliche Qualitäten auf verschiedenen Trassen, welche differierende Geschwindigkeiten erlauben, zu berücksichtigen. In diesem Kontext kann dem Trassenangebot der DB AG in seinen unterschiedlichen Qualitäten im Rahmen einer Marktabgrenzung jedenfalls dem Ansatz nach gefolgt werden.

Was die **räumliche Marktabgrenzung** anbelangt, ist eine weitere geografische bzw. nachfrageorientierte Ausdifferenzierung erforderlich. So könnte sich beispielsweise eine Differenzierung anhand der jeweiligen Bevölkerungsdichte anbieten. Eine adäquate Marktabgrenzung muss auch Substitute (wie die Binnenschifffahrt) berücksichtigen und darüber hinaus die Nachfragesituation in die Analyse einbeziehen. Die Besonderheiten der Binnenschifffahrt können auch zu der in der Genese angesprochenen Identifikation eines sachlich relevanten Marktes „Seehafenhinterlandverkehr“ in bestimmten Regionen Deutschlands führen. Darüber hinaus kann auch eine divergierende Fördersituation eine räumliche Marktdifferenzierung erforderlich machen, da dies die Wettbewerbssituation nachhaltig verändern kann.

Um das Verfahren der Marktabgrenzung für die regulatorische Praxis handhabbar zu machen ist sicherlich ein **pragmatischer Weg** einzuschlagen. Würde eine sehr detaillierte Marktabgrenzung vorgenommen werden, lägen als Resultat unter Umständen sogar einzelne Bahnstrecken als relevante Märkte vor. Dies kann allerdings keineswegs als ein praktikabler Weg charakterisiert werden. Eine Marktabgrenzung, die sich wie hier geschildert neben den bereits genannten Marktsegmenten und dem Klassifikationssystem der Trassen der DB Netz AG auch an geografischen Aspekten sowie der Nachfrage orientiert, stellt hingegen einen angemessenen und praktikablen Ansatz dar.

III. Entgeltmaßstab und Entgeltberechnungsmethode für die Bemessung der Entgelte für den Zugang zu Serviceeinrichtungen

Fraglich ist, ob der für die Bemessung der Entgelte für den Zugang zu Schienenwegen identifizierte Entgeltmaßstab auch auf die Bemessung der Entgelte für den Zugang zu Serviceeinrichtungen übertragen werden kann. Diese Frage stellt sich insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber in § 14 Abs. 5 AEG auf den ersten Blick einen anderen Ansatz gewählt hat als mit § 14 Abs. 4 AEG im Bereich der Schienenwege. Dabei wurde bereits festgestellt,¹⁰² dass der grundsätzliche Maßstab für die Bemessung der Entgelte zumindest dem Gemeinschaftsrecht nach für Schienenwege und Serviceeinrichtungen identisch ist. Unterschiede bestehen insoweit vielmehr hinsichtlich der Entgeltgrundsätze. Dabei lässt sich schon an dieser Stelle festhalten, dass im nationalen Recht weder im AEG noch in der EIBV Entgeltgrundsätze für die Berechnung der Zugangsentgelte für Serviceeinrichtungen normiert sind.¹⁰³

1. Identifizierung eines Entgeltmaßstabs in § 14 Abs. 5 AEG durch Auslegung

a. Wortlaut

Der Wortlaut des § 14 Abs. 5 AEG weist insoweit keine Ähnlichkeit zu dem des § 14 Abs. 4 AEG auf. Nach Abs. 5 haben Eisenbahninfrastrukturunternehmen „ihre Entgelte für den Zugang zu Serviceeinrichtungen einschließlich der damit verbundenen Leistungen so zu bemessen, dass die Wettbewerbsmöglichkeiten der Zugangsberechtigten nicht missbräuchlich beeinträchtigt werden“. Dem Wortlaut nach enthält § 14 Abs. 5 AEG damit anders als § 14 Abs. 4 AEG nicht das Erfordernis, dass die durch den Betrieb der Infrastruktur entstehenden Kosten zuzüglich einer marktüblichen Rendite mittels der Erhebung der Entgelte ausgeglichen werden müssen. Die in Art. 6 Abs. 1 RL 2001/14/EG enthaltene Vorgabe zum Ausgleich der Inf-

¹⁰² Dazu oben unter B.I.2.

¹⁰³ Dazu unter C.IV.

rastrukturkosten durch Einnahmen hat damit für den Bereich der Entgelte für Serviceeinrichtungen in dem Wortlaut des § 14 Abs. 5 AEG keinen Niederschlag gefunden. Ebenso ist dem Wortlaut – wie auch bei § 14 Abs. 4 AEG – keine explizite Normierung von Anzeilelementen zu entnehmen.

Stattdessen normiert § 14 Abs. 5 S. 1 AEG ein Verbot, die Wettbewerbsmöglichkeiten der Zugangsberechtigten durch die Entgeltbemessung missbräuchlich zu beeinträchtigen. S. 2 normiert als Hauptanwendungsfall dieses Missbrauchsverbotes eine differenzierende Tarifierung in Bezug auf vergleichbare Zugangspetenten. Dabei kann das in S. 2 enthaltene Diskriminierungsverbot als Umsetzung des allgemeinen Diskriminierungsverbots des Art. 5 Abs. 1 S. 2 RL 2001/14/EG im Entgeltbereich verstanden werden. Konkretisiert wird dieses Diskriminierungsverbot noch einmal durch § 24 Abs. 4 EIBV, demzufolge die Entgelte gegenüber jedem Zugangsberechtigten in gleicher Weise zu berechnen sind.

Abgesehen von der Normierung des Regelbeispiels in S. 2 lässt der Wortlaut des § 14 Abs. 5 S. 1 AEG jedoch offen, wann eine missbräuchliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsbedingungen der Zugangsberechtigten vorliegt. Hier bleibt auch eine weitere Konkretisierung durch die EIBV aus. Dem insoweit einschlägigen § 24 EIBV lassen sich keine Maßstäbe für das Vorliegen einer missbräuchlichen Entgeltgestaltung entnehmen.

Allerdings deutet bereits der Wortlaut des § 14 Abs. 5 AEG auf eine Parallele zu § 19 GWB hin. Nach § 19 Abs. 1 GWB ist der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung verboten, wobei nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB ein Missbrauch insbesondere bei der Erhebung eines Entgelts vorliegt, das bei Bestehen wirksamen Wettbewerbs in dieser Höhe so nicht erhoben werden könnte. Nach § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB liegt ein Missbrauch zudem vor, wenn das Unternehmen von vergleichbaren Abnehmern unterschiedliche Entgelte fordert. Das in § 14 Abs. 5 S. 2 AEG normierte Regelbeispiel der diskriminierenden Entgeltgestaltung weist dem Wortlaut nach folglich erhebliche Parallelen zu § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB auf, so dass insoweit eine Konkretisierung des § 14 Abs. 5 S. 2 AEG über die Heranziehung der Maßstäbe von § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB möglich erscheint. Fraglich ist sodann, ob darüber hinaus bei § 14 Abs. 5 AEG insgesamt grundsätzlich ein Entgeltmaßstab anzuwenden ist, der einer kartellrechtlichen Missbrauchsprüfung entspricht. In diesem Fall könnten auch die übrigen Missbrauchstatbestände in § 19 Abs. 4 GWB und insbesondere der des Preishöhenmissbrauchs nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB greifen. Der Wortlaut des § 14 Abs. 5 AEG lässt weitere Missbrauchstatbestände zu, wie sich aus der nur „insbesondere“ erfolgenden Bezugnahme in S. 2 ergibt.

b. Systematik

Es muss folglich in systematischer Hinsicht geklärt werden, inwieweit zur Konkretisierung der in § 14 Abs. 5 AEG enthaltenen Maßstäbe auf diejenigen des § 19 Abs. 4 GWB zurück-

gegriffen werden kann. Damit wird nicht die vielfach diskutierte Frage aufgeworfen, inwieweit § 19 GWB neben den spezialgesetzlichen Regelungen noch Anwendung finden kann. Hier geht es vielmehr darum zu klären, inwieweit die Maßstäbe der allgemeineren Norm in systematischer Hinsicht auf die spezialgesetzliche Regelung übertragen werden können.

aa. Verdrängung der allgemeineren Norm?

Systematisch könnte insoweit ein Zurückgreifen auf die Maßstäbe der allgemeineren Norm ausgeschlossen sein, da es andernfalls der spezialgesetzlichen Regelung gar nicht bedürfte. Diese Argumentation trifft jedoch allein bei einer materiellen Betrachtung zu. Vor dem Hintergrund divergierender Vollzugszuständigkeiten kann insoweit durchaus eine Notwendigkeit bestehen, entsprechende Regelungen und die damit einhergehenden Maßstäbe spezialgesetzlich erneut zu normieren. Insbesondere wäre auch eine Verweisung ein diesbezüglich geeignetes und hinsichtlich einer Klarstellung auch sinnvolles Element der Gesetzgebung. Fraglich ist daher, ob sich aus dem Fehlen einer solchen Verweisung gerade darauf schließen lässt, dass die in der allgemeineren Norm und der diesbezüglich gefestigten Anwendungspraxis enthaltenen Maßstäbe gerade nicht auf die spezialgesetzliche Norm übertragen werden sollen. Dem kann jedoch wiederum entgegengehalten werden, dass in einem solchen Fall jedenfalls speziellere Maßstäbe zur Konkretisierung des im Übrigen scheinbar vergleichbar ausgestalteten Missbrauchstatbestands ausdrücklich hätten normiert werden müssen. Im Übrigen spricht gegen eine Verweisung, dass es der Gesetzgeber gegebenenfalls zu Recht auch offen lassen kann, ob der allgemeine Maßstab im spezielleren Gesetz nicht einer entsprechenden Modifizierung bedarf.

Vor diesem Hintergrund ist jedenfalls in systematischer Hinsicht ein Rückgriff auf die Maßstäbe der allgemeineren Norm nicht ausgeschlossen. Das bestätigt sich auch dadurch, dass § 14 Abs. 5 S. 2 AEG als Regelbeispiel eines Missbrauchs nach § 14 Abs. 5 S. 1 AEG zumindest dem Wortlaut nach mit dem Missbrauchstatbestand des § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB nahezu identisch ist und damit gerade keine spezielleren Maßstäbe formuliert. Wenn jedoch schon bei einer ausdrücklichen Normierung eines Regelbeispiels auf die Normierung abweichender Maßstäbe verzichtet wird, ist nicht ersichtlich, warum bei den übrigen implizit enthaltenen Missbrauchstatbeständen nicht auf die bestehenden allgemeineren Missbrauchstatbestände nach § 19 Abs. 4 GWB zurückgegriffen werden sollte.

bb. Strukturelle Vergleichbarkeit von § 19 GWB und § 14 Abs. 5 AEG

Die Tatsache, dass die Systematik allgemeiner und spezialgesetzlicher Normierung einer Übertragung der Maßstäbe aus der vom Anwendungsbereich allgemeineren Norm auf die speziellere Norm nicht entgegenstehen, klärt jedoch noch nicht die Frage, ob die Konstellationen beider Normen systematisch nicht nur scheinbar, sondern auch tatsächlich vergleichbar sind.

§ 19 GWB bezieht sich ausweislich des Abs. 1 insoweit auf das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. § 14 Abs. 5 AEG verbietet hingegen lediglich Betreibern von Eisenbahninfrastrukturen, ihre Zugangsentgelte für Serviceeinrichtungen so zu bemessen, dass die Wettbewerbsmöglichkeiten der Zugangsberechtigten dadurch missbräuchlich beeinträchtigt werden. Während § 19 GWB damit das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung voraussetzt, stellt § 14 Abs. 5 AEG uneingeschränkt auf jeden Eisenbahninfrastrukturbetreiber ab, der eine Serviceeinrichtung betreibt. Allerdings ist insoweit davon auszugehen, dass § 14 Abs. 5 AEG die typisierende Normierung einer marktbeherrschenden Stellung des Betreibers der Serviceeinrichtung enthält.¹⁰⁴ Das bestätigt sich auch vor dem Hintergrund, dass § 14 Abs. 5 AEG im Übrigen keine Wirkung gegenüber einem – ausnahmsweise aufgrund konkurrierender Infrastrukturen – nicht marktbeherrschenden Infrastrukturbetreiber entfaltet, da dieser schon aufgrund seiner Marktposition nicht in der Lage ist, ein missbräuchliches Entgelt zu erheben. Damit aber sind die Anwendungsbereiche von § 19 GWB und § 14 Abs. 5 AEG insgesamt strukturell vergleichbar. Einer Übertragung der Missbrauchsmaßstäbe steht insoweit nichts entgegen.

Einer solchen Übertragung steht schließlich auch der spezielle Missbrauchstatbestand des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB nicht entgegen. Denn auch in anderen Netzwirtschaften sind insoweit parallel allgemeine Missbrauchsmaßstäbe im Rahmen der Entgeltregulierung normiert wie insbesondere in § 28 Abs. 1 TKG.

c. Genesis

Eine derartige Übertragung der Maßstäbe hinsichtlich einer missbräuchlichen und diskriminierenden Entgeltgestaltung aus § 19 Abs. 4 GWB kann auch genetisch begründet werden. Zwar fehlt es zu § 14 Abs. 5 AEG an einer amtlichen Begründung, da Abs. 5 erst im Vermittlungsverfahren in das AEG eingeführt wurde.¹⁰⁵ Genetische Hinweise lassen sich jedoch dem zu diesem Zeitpunkt vorliegenden Entwurf einer neuen EIBV entnehmen.¹⁰⁶ Gemäß § 24 Abs. 1 des damaligen Entwurfs sollten die Betreiber der Serviceeinrichtungen die Entgelte für den Zugang von Serviceeinrichtungen frei gestalten dürfen. In der dazugehörigen Begründung heißt es, dass die allgemeinen Regelungen, insbesondere § 19 GWB, hiervon unberührt bleiben.¹⁰⁷ Damit sollte also § 19 GWB den expliziten Kontrollmaßstab für die Bemessung der

¹⁰⁴ Das ergibt sich auch aus der Genese des Gesetzgebungsprozesses, dazu sogleich unter c.

¹⁰⁵ Siehe Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses zu dem Dritten Gesetz zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften, BT-Dr. 15/5122, S. 2.

¹⁰⁶ Entwurf für eine Verordnung zum Erlass und zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften, BR-Drs. 891/04.

¹⁰⁷ Entwurf für eine Verordnung zum Erlass und zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften, BR-Drs. 891/04, S. 57.

Entgelte für den Zugang zu Serviceeinrichtungen darstellen. Hinsichtlich der gemeinschaftsrechtlichen Entgeltvorgaben aus Art. 7 Abs. 7 und 8 RL 2001/14/EG heißt es in der Begründung entsprechend, dass es einer Umsetzung in eisenbahnrechtlichen Vorschriften nicht bedürfe, da entsprechende Vorschriften bereits in § 19 Abs. 4 Nr. 2 und Nr. 3 GWB enthalten seien.¹⁰⁸ In der Begründung wird damit bereits ausdrücklich auf die Missbrauchstatbestände des Preishöhenmissbrauchs nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB sowie der diskriminierenden Tarifierung nach § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB hingewiesen.

Damit wird deutlich, dass dem Gesetzgeber ursprünglich vorschwebte, die Zugangsentgelte zu Serviceeinrichtungen ausschließlich einer kartellrechtlichen Missbrauchsprüfung nach § 19 GWB zu unterwerfen. Im Zuge der ebenfalls im Vermittlungsverfahren erfolgten Ausgestaltung der Aufgaben der Bundesnetzagentur als Regulierungsbehörde und der damit verbundenen Zuständigkeit für die Kontrolle der Entgeltgrundsätze und Entgelthöhen,¹⁰⁹ war es jedoch nur folgerichtig, einen entsprechenden Missbrauchsmaßstab auch im AEG selbst zu verankern. Insoweit handelt es sich lediglich um eine Folge, die sich aus der entsprechenden Zuständigkeitszuweisung ergibt. Für eine inhaltliche Maßstabsänderung finden sich keine ausdrücklichen Anhaltspunkte. Hinsichtlich der Maßstäbe des so in § 14 Abs. 5 AEG verankerten Missbrauchstatbestandes kann folglich auch aus genetischen Aspekten auf § 19 GWB zurückgegriffen werden.

d. Teleologische Auslegung

Das bestätigt sich auch vor dem Hintergrund einer teleologischen Auslegung. Denn Hauptziel der Entgeltregulierung ist die Absicherung des grundsätzlich gewährten Zugangsanspruchs zu Serviceeinrichtungen und damit die Schaffung von intramodalem Wettbewerb.¹¹⁰ Das ausdrücklich in § 14 Abs. 5 S. 2 AEG normierte Regelbeispiel des Diskriminierungsverbots stellt mit dem Verbot einer differenzierenden Tarifierung zwischen gleichartigen Zugangspetenten auf ein wesentliches Element zur Schaffung von intramodalem Wettbewerb ab. Denn die Bevorzugung des vertikal integrierten Eisenbahnverkehrsunternehmens durch den Betreiber der Serviceeinrichtung wird damit verboten. Eine vollständige Sicherung des Zugangsanspruchs aus § 14 Abs. 1 S. 1 AEG wird dadurch jedoch nicht erreicht. Denn auch wenn eine diskriminierende Entgeltgestaltung ausgeschlossen ist, kann ein nichtdiskriminierender Preishöhen-

¹⁰⁸ Entwurf für eine Verordnung zum Erlass und zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften, BR-Drs. 891/04, S. 57.

¹⁰⁹ Die §§ 14b-14f AEG wurden ebenfalls erst im Vermittlungsausschuss eingeführt, siehe Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses zu dem Dritten Gesetz zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften, BT-Dr. 15/5122, S. 2 ff.

¹¹⁰ Allgemein zum Verhältnis von Zugangs- und Entgeltregulierung Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 275 ff.

missbrauch gleichermaßen zum Ausschluss der Wahrnehmung des eingeräumten Zugangsanspruchs führen. Soll also ein wirksamer Schutz des Zugangsanspruchs im Bereich der Entgeltgestaltung gewährt werden, muss notwendig eine über das Diskriminierungsverbot hinausgehende Kontrolle der Entgelthöhe an sich erfolgen.¹¹¹ Für einen solchen Preishöhenmissbrauch ist ein entsprechender Maßstab in § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB normiert. Danach liegt ein Preishöhenmissbrauch vor, wenn ein Entgelt gefordert wird, das höher ist als das, welches sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit einstellen würde. Soll der Zugangsanspruch zu den Serviceeinrichtungen wirkungsvoll sein, wird auch diesbezüglich ein vergleichbarer Maßstab Anwendung finden müssen.

Fraglich ist jedoch, wieweit das teleologisch identifizierte Schutzbedürfnis des Zugangsanspruchs und des Ziels der Herstellung von Wettbewerb reicht. Das Ausmaß dieses Schutzes ist entscheidend dafür, ob über die in § 19 Abs. 4 Nr. 2 und 3 GWB enthaltenen Missbrauchstatbestände auch das Behinderungsverbot nach § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB auf § 14 Abs. 5 S. 1 AEG übertragen werden kann. Nach dem Behinderungsverbot handelt missbräuchlich, wer die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in einer für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Weise ohne sachlich gerechtfertigten Grund beeinträchtigt. Eine verbotene Wettbewerbsbehinderung liegt damit bei jeder Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen vor, für die kein sachlich gerechtfertigter Grund vorgebracht werden kann.¹¹² Übertragen auf die Ausgestaltung der Zugangsentgelte für Serviceeinrichtungen würde damit jedes Entgelt, das zu einer Verschlechterung der Wettbewerbssituation der Zugangsberechtigten führt und das nicht durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt werden kann, eine missbräuchliche Entgelterhebung darstellen. Dass auch ein solcher Missbrauchstatbestand teleologisch dem Missbrauchsverbot des § 14 Abs. 5 S. 1 AEG inhärent ist, ergibt sich aus dem unterschiedlichen Anwendungsbereich beider Missbrauchstatbestände. Denn der Behinderungsmissbrauch bezieht sich anders als der Preishöhenmissbrauch als Maßstab nicht auf eine Entgelterhebung, die bei wirksamem Wettbewerb möglich wäre. Stattdessen ist jedes Verhalten und damit auch jede Entgeltausgestaltung, die zu einer weiteren Verschlechterung der Marktbedingungen führt und für die kein sachlicher Grund besteht, als missbräuchlich zu bewerten. Damit wird von der Wirkrichtung her weniger die Entgelthöhe an sich, als die Ausgestaltungsmodalitäten der Entgelterhebung insgesamt erfasst. Beispiel einer in diesem Sinne missbräuchlichen Entgelterhebung ist bei einem vertikal integrierten Unternehmen insbesondere die Anlegung einer Preis-Kosten-Schere.¹¹³ Eine solche liegt vor, wenn das Unternehmen hohe Vorleistungs-

¹¹¹ Das bestätigt sich auch vor dem systematischen Hintergrund, dass der in § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB normierte allgemeine Netzzugangsanspruch die Anwendbarkeit der Missbrauchstatbestände nach § 19 Abs. 4 Nr. 1-3 GWB nicht ausschließt.

¹¹² *Bechthold*, GWB, 3. Aufl. 2002, § 19 Rn. 63.

¹¹³ *Götting*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht, Band 2. GWB, 2006, § 19 Rn. 68.

entgelte und gleichzeitig nur sehr niedrige, kaum über die Höhe der Vorleistungsentgelte hinausgehende Endkundenentgelte erhebt und damit Wettbewerber aus dem nachgelagerten Markt drängt. Ein solches Verhalten ist missbräuchlich, obwohl unter Umständen die Entgelthöhe an sich noch nicht nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB missbräuchlich und auch nicht nach § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB diskriminierend ist. Soll aber die Entfaltung von Wettbewerb auf dem Eisenbahnverkehrsmarkt wirksam geschützt werden, muss folglich auch eine derart missbräuchliche Entgeltausgestaltung verhindert und damit vom Missbrauchstatbestand des § 14 Abs. 5 S. 1 AEG erfasst werden.

Aus teleologischer Sicht lässt sich damit über das genetisch schon angelegte Ergebnis hinaus auch die Erfassung eines Behinderungsverbots begründen. Damit ergibt sich, dass dem Missbrauchsverbot des § 14 Abs. 5 S. 1 AEG insgesamt grundsätzlich identische Maßstäbe wie dem des § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 GWB zugrunde liegen. Folglich kann aufgrund dieser Parallelität der Maßstäbe zur Konkretisierung insoweit auf § 19 Abs. 4 Nr. 1, Nr. 2 und 3 GWB und die dazu in der Praxis entwickelte Anwendungsübung zurückgegriffen werden.

e. Zwischenergebnis

Für die Bemessung der Entgelte für den Zugang zu Serviceeinrichtungen gelten damit als Kontrollmaßstäbe ein Behinderungsverbot, ein Diskriminierungsverbot und ein Verbot des Preishöhenmissbrauchs. Damit wird deutlich, dass sich die Betreiber der Serviceeinrichtungen bei der Entgeltbemessung vorrangig nicht an einem Kostenausgleich, sondern an der nicht missbräuchlichen Ausgestaltung der Entgelte zu orientieren haben.

2. Konkretisierung des Missbrauchsverbots im Hinblick auf die Kontrolle der Entgelthöhe

Für die Entgeltgestaltung besonders relevant bleibt damit gerade in einer ersten Phase der Entgeltregulierung das Preishöhenmissbrauchsverbot, dessen Konkretisierung jedoch besondere Schwierigkeiten bereitet und das in besonderem Maße angesichts der regulatorischen Besonderheiten des § 14 Abs. 5 AEG angepasst werden muss. Bei den übrigen Missbrauchstatbeständen kann hingegen weitgehend auf die entsprechende kartellrechtliche Praxis verwiesen werden.¹¹⁴ Nachfolgend stellt sich daher die Frage nach der konkreten Anwendung des Preishöhenmissbrauchsverbots. Es geht also darum zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen ein Entgelt missbräuchlich überhöht ist.

¹¹⁴ Dazu schon soeben unter C.III.1.

a. Der Kostenmaßstab bei wirksamem Wettbewerb

Nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 Hs. 1 GWB ist insoweit auf die Preise abzustellen, die sich „bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden“. Bei wirksamem Wettbewerb bildet sich der Preis über den Mechanismus des Marktes aus.¹¹⁵ Der Anbieter ist dazu gezwungen, den jeweils attraktivsten Angebotspreis zu erzielen und damit die größte Nachfrage auf sein Angebot zu ziehen. Das gelingt ihm jedoch nur dann, wenn seine Leistungsbereitstellung effizient ist.

Als Missbrauchsmaßstab ist die bloße Bezugnahme auf einen solchen hypothetischen Marktpreis für den Zugang zu den Serviceeinrichtungen jedoch noch nicht praktikabel. Daher muss geklärt werden, wie ein solcher hypothetischer Marktpreis ermittelt werden kann (dazu c.). Dabei gilt aufgrund der weitgehenden Parallelität der Maßstäbe von § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB und § 14 Abs. 5 S. 1 AEG, dass zur Ermittlung eines Preishöhenmissbrauchs grundsätzlich auf die Ermittlungsmethoden verwiesen werden kann, auf die auch das Bundeskartellamt bei der Anwendung des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB zurückgreift. Allerdings ist bei der Prüfung der Reichweite der Parallelen zu berücksichtigen, dass es sich bei § 14 Abs. 5 AEG um ein sektorspezifisches Missbrauchsverbot handelt, das in den Kontext der sektorspezifischen Regulierung der Entgelte eingeordnet werden muss (dazu b.).

b. Sektorspezifischer Missbrauchsmaßstab

Insofern ist zu fragen, wie dem regulatorischen Ziel, durch die Kontrolle der Vorleistungsentgelte Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt zu ermöglichen, Rechnung getragen werden kann, ohne dabei die Realität der Kostenstrukturen der am Markt agierenden Unternehmen und v.a. des vormals monopolistischen Unternehmens DB Station & Services AG außer Acht zu lassen. Denn es ist es schlechterdings unmöglich, zu erwarten, dass dieses seine Kosten ad hoc auf die Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung reduziert. Eine solche Betrachtungsweise entspricht zugleich dem gemeinschaftsrechtlich vorgegebenen Entgeltmaßstab „Vollkostendeckung minus Anreiz“. Denn oberhalb des Maßstabs der Vollkostendeckung minus Anreiz liegt bei gemeinschaftsrechtskonformer Interpretation jedenfalls ein Preishöhenmissbrauch vor. Insofern ist zu fragen, wie der Missbrauchsmaßstab im Rahmen der Entgeltbemessung nach § 14 Abs. 5 AEG unter Berücksichtigung und Ausgleich dieser Vorgaben festzusetzen ist.

Nach dem gemeinschaftsrechtlichen Entgeltmaßstab „Vollkosten minus Anreiz“ ist die Identifikation eines Anreizfaktors erforderlich. Das Gemeinschaftsrecht gibt dabei keine konkrete

¹¹⁵ Vgl. Götting, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht. Band 2 GWB, 2006, § 19 Rn. 27.

Größe hinsichtlich dieses Anreizfaktors vor. Insoweit ist es als hinreichend, jedoch zugleich als notwendig anzusehen, mindestens einen Anreizpfad zugrunde zu legen. Auf diese Art und Weise kann dann durch die Initiierung eines Kostensenkungsprozesses auch den Kostenstrukturen – und damit dem zweiten sektorspezifischen Funktionszusammenhang – Rechnung getragen werden. Maßgeblich ist es dann also, Kostensenkungspotenziale zu identifizieren, die einerseits dem Anreizfaktor gerecht werden und gleichzeitig aufgrund der bestehenden Kostenstrukturen realisierbar sind. Entscheidend ist damit weniger das konkret erreichte Ausmaß der Kostensenkung, als dass es sich um eine langfristige Entwicklung eines Kostensenkungsprozesses handeln muss. Missbräuchlich ist ein Preis danach immer dann, wenn die entsprechenden Kostensenkungspotenziale nicht realisiert wurden.

Diese besondere Vorgabe ist bei der Adaption des allgemeinen kartellrechtlichen Missbrauchsmaßstabs auf das AEG zu beachten. Dabei ist zu betonen, dass eine Anpassung des Maßstabs des Preishöhenmissbrauchs sogar innerhalb des GWB keine Besonderheit darstellt, wie die Auslegung des § 103 Abs. 5 GWB a.F. gezeigt hat (vgl. sogleich c.aa.(3.)).

c. Feststellung eines Preishöhenmissbrauchs

Dann stellt sich aber die Frage nach der Methode zur Identifikation entsprechender Kostensenkungspotenziale. Hier liegt es nahe, sich zunächst am kartellrechtlichen Methodenkanon zur Bestimmung eines Preishöhenmissbrauchs zu orientieren (dazu aa.) und dabei jeweils zu prüfen, welche Besonderheiten sich aus dem sektorspezifischen Kontext des § 14 Abs. 5 AEG ergeben (dazu bb.).

aa. Kartellrechtliche Bestimmung eines Preishöhenmissbrauchs

Methodisch ist nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 Hs. 2 GWB insbesondere auf die Verhaltensweisen von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb abzustellen (so genanntes Vergleichsmarktverfahren (dazu (1.)). Allerdings weist das Vergleichsmarktverfahren die erhebliche Schwäche auf, dass häufig kein hinreichend vergleichbarer Markt als Referenzpunkt existiert und damit ermittelte Vergleichspreise einer Korrektur bedürfen. Insofern sind Korrekturauf- und -abschläge notwendig (dazu (2.)). Unabhängig davon stellt sich die Frage, inwiefern ein Erheblichkeitszuschlag anzuwenden ist (dazu (3.)). In Märkten, die natürliche Monopole darstellen, ist es oftmals ausgeschlossen, überhaupt einen aussagekräftigen Vergleichsmarkt zu finden, auf dem funktionsfähiger Wettbewerb herrscht.¹¹⁶ Hier kann regelmäßig nur auf gleichermaßen regulierte Märkte zurückgegriffen werden. Daher stellt sich

¹¹⁶ Siehe dazu insgesamt BKartA, Az.B11-38/01, *Stadtwerke Mainz*, Ziff. 2.3, Entscheidung im Internet abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Kartell/Kartell03/B11_38_01.pdf.

die Frage, ob auch methodische Alternativen zum Vergleichmarktv erfahren bestehen (dazu (4.)).

(1.) Grundkonzept des Vergleichmarktv erfahrens

In der kartellrechtlichen Praxis wird mit Hilfe des kartellrechtlichen Vergleichsmarktkonzepts der Marktpreis eines vergleichbaren Marktes ermittelt. Anhand dieses Vergleichsmaßstabs kann dann ermittelt werden, ob das erhobene Entgelt im Falle eines wirksamen Wettbewerbs nicht erhoben werden könnte.¹¹⁷ Als Vergleichsmarkt, dessen Marktpreis herangezogen werden kann, wird insoweit auf einen in räumlicher und sachlicher Hinsicht vergleichbaren Markt abgestellt.¹¹⁸ In räumlicher Hinsicht werden geographisch eingegrenzte Märkte herangezogen, die von der Größe und der Struktur dem zu vergleichenden Markt entsprechen. Ist der zu vergleichende Markt auf das ganze Bundesgebiet bezogen, kann insoweit auch auf einen ausländischen Markt abgestellt werden.¹¹⁹

Als sachlicher Vergleichsmarkt ist auf einen Markt mit den gleichen oder verwandten Waren oder Leistungen abzustellen. Entscheidend ist eine Vergleichbarkeit des Produkts als Handelsgut und nicht nur eine reine technische Vergleichbarkeit.¹²⁰ Insofern sind unter Umständen auch die bei technischer Identität aufgrund verschiedener Abnehmerstrukturen erfolgenden Produktdiversifizierungen zu berücksichtigen (z.B. Großkunden).

Ein Markt, der von seiner räumlichen Struktur und auch hinsichtlich des gehandelten Gutes dem zu vergleichenden Markt hinreichend ähnlich ist, eignet sich jedoch nur dann als Vergleichsmarkt, wenn auf diesem Markt selbst wiederum funktionsfähiger Wettbewerb herrscht.¹²¹ Denn andernfalls handelt es sich bei dem auf diesem Markt etablierten Marktpreis selbst nicht um einen solchen, der sich bei funktionsfähigem Wettbewerb einstellen würde. Der Vergleich mit einem ebenfalls preishöhenmissbräuchlichen Marktpreis ist gerade nicht geeignet, einen Preishöhenmissbrauch auf dem zu vergleichenden Markt zu identifizieren.

¹¹⁷ *Bechthold*, GWB, 3. Aufl. 2002, § 19 Rn. 70; *Götting*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht. Band 2 GWB, 2006, § 19 Rn. 74; *Wiedemann*, in: ders. (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 1999, § 23 Rn. 51.

¹¹⁸ *Bechthold*, GWB, 3. Aufl. 2002, § 19 Rn. 72 ff.; *Möschel*, in: Mestmäcker (Hrsg.), GWB, 3. Aufl. 2001, § 19 Rn. 162 ff.; *Wiedemann*, in: ders. (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 1999, § 23 Rn. 53.

¹¹⁹ *Bechthold*, GWB, 3. Aufl. 2002, § 19 Rn. 73.

¹²⁰ *Bechthold*, GWB, 3. Aufl. 2002, § 19 Rn. 73; *Götting*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht. Band 2 GWB, 2006, § 19 Rn. 75; *Wiedemann*, in: ders. (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 1999, § 23 Rn. 53.

¹²¹ BGH, WuW/E 2309 (2311) – *Glockenhaide*; *Bechthold*, GWB, 3. Aufl. 2002, § 19 Rn. 72; *Götting*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht. Band 2 GWB, 2006, § 19 Rn. 74.

(2.) *Korrekturauf- und Abschläge auf den ermittelten Vergleichspreis*

In der Regel findet sich jedoch kein Vergleichsmarkt, der in räumlicher oder in sachlicher Hinsicht mit dem zu vergleichenden Markt vollkommen identisch ist. Das ergibt sich insbesondere angesichts unterschiedlicher regionaler Strukturen. Soweit in sachlicher Hinsicht nicht auf einen Markt mit dem identischen Produkt abgestellt werden kann, ergibt sich auch insoweit immer eine gewisse Schieflage, die dazu führt, dass es sich um einen Marktpreis handelt, der tatsächlich nicht demjenigen entspricht, der sich bei funktionsfähigem Wettbewerb auf dem sachlich und geographisch nicht vollkommen identischen Markt einstellen würde. Um diese Unterschiede auszugleichen, muss entsprechend der festzustellenden Abweichungen der ermittelte Marktpreis mit Hilfe eines Korrekturfaktors modifiziert werden.¹²² Hierbei handelt es sich in der Regel um einen Korrekturaufschlag auf den auf dem Vergleichsmarkt ermittelten Marktpreis. Lässt der Charakter der Abweichung jedoch auch Rückschlüsse darauf zu, dass der sich bei funktionsfähigem Wettbewerb einstellende Preis auf dem zu vergleichenden Markt niedriger wäre, kann auch ein Korrekturabschlag erfolgen.

Entscheidend ist dabei, dass nur objektive, also dem Vergleichsmarkt selbst inhärente Strukturunterschiede im Rahmen eines solchen Korrekturfaktors berücksichtigt werden können. Individuelle Besonderheiten des überprüften Unternehmens – wie etwa eine gewachsene Kostenstruktur – können nicht als Strukturunterschiede herangezogen werden.¹²³

Der Korrekturfaktor muss dabei aufgrund einer möglichst genauen Identifikation der Strukturunterschiede und daraus konkret ableitbarer Auswirkungen auf den Vergleichspreis bestimmt werden. Eine solche konkrete Bestimmung lässt sich jedoch regelmäßig nicht vollständig aufschlüsseln und muss insoweit hilfsweise auf Schätzungen zurückgreifen. Um dem wiederum ungenauen Charakter einer solchen Schätzung Rechnung zu tragen, kann insoweit zusätzlich zum Korrekturaufschlag ein Sicherheitsaufschlag zugunsten des vermeintlich missbräuchlich handelnden Unternehmens erhoben werden.¹²⁴ Ein Sicherheitsaufschlag ist damit letztlich immer dann zu erheben, wenn auch nach dem Korrekturfaktor eine vollständige Vergleichbarkeit zwischen dem Vergleichsmarkt und dem zu vergleichenden Markt nicht eindeutig gegeben ist und insoweit kognitive Unsicherheiten bleiben.

¹²² Bechthold, *GWB*, 3. Aufl. 2002, § 19 Rn. 74; Götting, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), *Kartellrecht*. Band 2 *GWB*, 2006, § 19 Rn. 76; Möschel, in: Mestmäcker (Hrsg.), *GWB*, 3. Aufl. 2001, § 19 Rn. 163; Wiedemann, in: ders. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 23 Rn. 53.

¹²³ BGHZ 68, 23 (33); Möschel, in: Mestmäcker (Hrsg.), *GWB*, 3. Aufl. 2001, § 19 Rn. 163; Wiedemann, in: ders. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 23 Rn. 53.

¹²⁴ BGH WuW/E 2967 (2975) – *Strompreis Schwäbisch Hall*; Bechtold, *NJW* 2001, 3159 (3162); Wiedemann, in: ders. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 23 Rn. 55.

(3.) Anwendung eines Erheblichkeitszuschlages?

Über diese Korrektur des ermittelten Vergleichspreises und die Erhebung eines Sicherheitszuschlags hinaus kann unter Umständen ein weiterer Aufschlag auf den ermittelten Vergleichspreis erhoben werden. Dieser so genannte Erheblichkeitsaufschlag soll sich aus der Annahme ergeben, dass ein missbräuchliches Verhalten nicht schon bei einer nur geringfügigen Überschreitung des ermittelten Vergleichspreises vorliegen könne.¹²⁵ Vielmehr sei erforderlich, dass eine erhebliche Überschreitung des ermittelten Vergleichspreises vorliege, um tatsächlich von einem Missbrauch (und dem damit verbundenen Unwerturteil) ausgehen zu können.

Diese Argumentation kann jedoch dann nicht überzeugen, wenn aufgrund der Marktstruktur auch eine nur geringfügige Überschreitung des ermittelten Marktpreises schon als missbräuchlich einzustufen ist. Das kann insbesondere bei der auch nur geringfügigen Ausnutzung eines (ehemaligen) hoheitlich eingeräumten oder geduldeten Monopols der Fall sein. In diesem Fall wäre ein Erheblichkeitszuschlag nicht zulässig.

Eine solche Vorgehensweise ist von der Rechtsprechung zu § 103 Abs. 5 GWB a.F. entwickelt worden.¹²⁶ Das Bundeskartellamt hat versucht, diesen Maßstab auch nach der Novellierung des GWB hinsichtlich der Preishöhenkontrolle von Unternehmen, die auf durch natürliche Monopole geprägten Märkten agieren, zu aktivieren und hat daher bei der Kontrolle der Stromnetznutzungsentgelte keinen Erheblichkeitszuschlag angelegt.¹²⁷ Der BGH hat jedoch insoweit mittlerweile klargestellt, dass eine solche Vorgehensweise nicht mit der gesetzgeberischen Intention der Novellierung des GWB vereinbar ist.¹²⁸ Vielmehr sei vor dem Hintergrund, dass die betroffenen Monopolmärkte hinsichtlich der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle nach § 19 Abs. 4 GWB mit allen übrigen freien Wettbewerbsmärkten unterschiedslos gleichgestellt seien, jeweils grundsätzlich auch ein Erheblichkeitszuschlag zu erheben. Allerdings könne der Tatsache, dass es sich bei dem betroffenen Markt um einen natürlichen Monopolmarkt handle, unter Umständen durch eine Reduzierung des Erheblichkeitsmaßstabs auf ein angemessenes Maß begegnet werden. Eine Festlegung der konkreten Höhe des Erheblichkeitszuschlags hat der BGH jedoch nicht vorgenommen.

¹²⁵ Götting, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht. Band 2 GWB, 2006, § 19 Rn. 77; Wiedemann, in: ders. (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 1999, § 23 Rn. 55.

¹²⁶ BGH WuW/E 2967 (2974) – *Strompreis Schwäbisch Hall*.

¹²⁷ BKartA, Az. B11-38/01, *Stadtwerke Mainz*, Ziff. 2.3.1, Entscheidung im Internet abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Kartell/Kartell03/B11_38_01.pdf.

¹²⁸ BGH, NVwZ 2006, 853 (855 f.).

(4.) *Grenzen des Vergleichsmarktverfahrens und methodische Alternativen, insbesondere Prüfung der Kostenzuschlüsselung*

Eine Ermittlung eines Vergleichsmarktes und eines diesbezüglichen Vergleichspreises als Maßstab für den Preis nach „Als-Ob-Wettbewerb“ ist jedoch nicht immer möglich. Vor allem dann, wenn die in räumlicher und sachlicher Hinsicht möglichen Vergleichsmärkte selbst keinen wirksamen Wettbewerb aufweisen und damit kein frei gebildeter Marktpreis existiert, stößt das Vergleichsmarktverfahren an seine Grenzen. Insbesondere in Netzwirtschaften tritt aufgrund des Vorliegens natürlicher Monopole auf zahlreichen Märkten das Problem auf, dass es an entsprechenden Vergleichsmärkten mit funktionsfähigem Wettbewerb fehlt. Zwar existieren mit vergleichbaren Infrastrukturen sachliche und räumliche Vergleichsmärkte. Regelmäßig sind diese jedoch einer sektorspezifischen Regulierung unterworfen, so dass die Marktpreisbildung nicht ausschließlich durch Wettbewerb erfolgt. Ein Vergleich würde insoweit lediglich aufzeigen können, welche Marktpreise mit Hilfe einer sektorspezifischen Regulierung erzielt werden können. Darin besteht grundsätzlich die Möglichkeit, ein jedenfalls bestehendes Kostenreduzierungspotenzial zu identifizieren. Ein Marktpreis, der sich bei funktionsfähigem Wettbewerb einstellen würde, lässt sich so in der Regel aber nicht bestimmen.¹²⁹ Allerdings ist selbst dieser Erkenntnisgewinn nicht vorhanden, wenn der zu prüfende Markt gegenüber dem Vergleichsmarkt trotz des vermuteten Preishöhenmissbrauchs noch einen geringeren Preis aufweist und damit auf eine effizientere Leistungsbereitstellung hinweist. Fraglich ist daher, ob zu dem Vergleichsmarktkonzept methodische Alternativen oder Ergänzungen bestehen.

In Bezug auf § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB wird insoweit aus dem Wortlaut schon deutlich, dass das Vergleichsmarktkonzept nur „insbesondere“ herangezogen werden soll. Das Heranziehen weiterer Indikatoren für die Feststellung eines Preishöhenmissbrauchs ist insoweit zulässig. In der kartellrechtlichen Praxis ist als methodische Alternative insbesondere eine Prüfung der der Entgeltbildung zugrunde liegenden Kalkulation einschließlich der Zuschlüsselung der Kostenträger und Kostenstellen anerkannt.¹³⁰

Eine solche Prüfung kann sowohl anhand einer Einzelkostenprüfung als auch anhand eines Vergleichs mit einem analytischen Kostenmodell erfolgen. Während bei der Einzelkostenprü-

¹²⁹ Alternativ stellt das BKartA daher auch auf eine Erlösgröße pro Leistung anstatt auf den Preis selbst ab, um auf diese Weise einen Vergleichsparameter zu gewinnen, der eine Aussage über die Effizienz der Leistungsbereitstellung trifft, BKartA, Az.B11-38/01, *Stadtwerke Mainz*, Ziff. 2.3.2, Entscheidung im Internet abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Kartell/Kartell03/B11_38_01.pdf. Allerdings kann bei einem Vergleich mit einem ebenfalls monopolistischen Anbieter auch insoweit nur ein Indiz eines Kostensenkungspotenzials gewonnen werden.

¹³⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.4.2002, WuW 2002, 866 (867 f.).

fung eine Überprüfung der tatsächlich entstehenden Kosten erfolgt, wird bei einem Vergleich mit einem analytischen Modell darauf abgestellt, ob das erhobene Entgelt der Höhe nach den analytisch ermittelten Kosten entspricht, die sich bei einer Leistungserbringung im wirksamen Wettbewerb einstellen würden. Dazu wird ein hypothetisches Idealunternehmen – regelmäßig ausgehend von den Kostenunterlagen des real existierenden Unternehmens – moduliert.¹³¹ Insoweit besitzen beide Methoden zumindest dem ersten Anschein nach in Bezug auf den spezifischen Missbrauchsmaßstab erhebliche Vorteile. Denn insoweit könnte dadurch, dass sowohl bei einer Einzelprüfung der entstehenden Kosten als auch bei einem analytischen Kostenmodell direkt auf Kosten und nicht erst auf Preise abgestellt wird, erwartet werden, dass sich Kostensenkungspotenziale insoweit deutlich besser identifizieren lassen.

bb. Übertragbarkeit dieser Ansätze mit Blick auf das AEG

Zu prüfen ist nun, inwieweit sich diese der kartellrechtlichen Praxis entnommenen Methoden auf die Bestimmung eines Preishöhenmissbrauchs bei den Zugangsentgelten für Serviceeinrichtungen – mit dem besonderen Fokus auf die Identifikation von Kostensenkungspotenzialen – übertragen lassen. Fraglich ist insoweit welcher Indikator sinnvoller Weise zur Feststellung eines Preishöhenmissbrauchs herangezogen werden kann oder herangezogen werden sollte. Eine solche Einschätzung kann sich jedoch nur auf offensichtliche Einschränkungen des Erkenntniswertes beziehen. Gewissheit über den tatsächlichen Erkenntniswert kann nur die praktische Anwendung dieser Ermittlungsmethoden bringen.

Dabei ist zunächst festzuhalten, dass § 14 Abs. 5 S. 1 AEG – anders als § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB mit dem Hinweis auf das Vergleichsverfahren – keine Vorgabe hinsichtlich einer Regelmethode zur Bestimmung des Preishöhenmissbrauchs trifft und insoweit keine methodische Einschränkung aufgibt. Daher ist das Vergleichsverfahren ein grundsätzlich nur zulässiges jedoch keinesfalls rechtlich vorzugswürdiges oder rechtlich zwingend anzuwendendes Ermittlungsverfahren. Die Bundesnetzagentur ist somit bei der Auswahl der anzuwendenden Ermittlungsmethode zumindest gesetzlich nicht beschränkt.

Eine Einschränkung könnte sich jedoch insoweit aus der Eignung der einzelnen Ermittlungsmethoden ergeben. Die Bundesnetzagentur ist gemäß § 24 Abs. 1 VwVfG zur vollständigen Sachverhaltsaufklärung verpflichtet. Sie hat insofern diejenige Ermittlungsmethode anzuwenden, die zu einer möglichst genauen Identifikation eines Preishöhenmissbrauchs führt. Das

¹³¹ Zu den entsprechenden Vorgehensweisen im Telekommunikations-Sektor *Busse von Colbe*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, 2006, Vor § 27 Rn. 30 ff.

zwingt unter Umständen auch dazu, mehrere Ermittlungsmethoden als verschiedene Indikatoren eines möglichen Preishöhenmissbrauchs heranzuziehen.

(1.) Durchführung eines Vergleichsmarktverfahrens

(a.) Grundstruktur des Vergleichsverfahrens

Die Durchführung eines Vergleichsmarktverfahrens im Bereich der Serviceeinrichtungen setzt zunächst einmal die detaillierte Bestimmung des sachlichen Vergleichsgegenstandes voraus. Dabei wird auf die einzelnen Serviceleistungen, für die eine jeweils getrennte Inanspruchnahme erfolgt, abzustellen sein, sofern sie einen sachlich relevanten Markt bilden. Insofern wird jeweils ein eigenständiges Vergleichsmarktverfahren durchzuführen sein.¹³² Nach der Bestimmung des sachlichen Vergleichsgegenstandes ist dann wiederum eine detaillierte Analyse des räumlichen Vergleichsgegenstandes durchzuführen. Dabei können sich je nach Serviceeinrichtung und -leistung Unterschiede ergeben. Grundsätzlich ist zu prüfen, ob in räumlicher Hinsicht aus Sicht des Nachfragers Substitutionsmöglichkeiten bestehen. So wird etwa bei Güterbahnhöfen jeder Bahnhof in ländlichen Regionen einen eigenen sachlich und räumlich relevanten Markt darstellen, während etwa in Ballungsräumen unter Umständen ein räumlich relevanter Markt mehrere Güterbahnhöfe umfasst.¹³³

Wurde auf diese Weise ein jeweils sachlich und räumlich relevanter Vergleichsgegenstand identifiziert, ist ein passender Vergleichsmarkt zu suchen. Dabei ist ein Vergleich mit einem sachlich und räumlich relevanten Vergleichsmarkt dann nur begrenzt aussagekräftig, wenn auf diesem Markt jeweils der gleiche Anbieter tätig ist. Der Erkenntnisgewinn des Vergleichs eines Bahnhofs der DB Station & Services in Bayern mit einem Bahnhof der DB Station & Services in NRW dürfte daher begrenzt sein, selbst wenn es sich um jeweils sachlich und räumlich strukturell vergleichbare Märkte handelt, denn in beiden Fällen agiert dasselbe regulierte Unternehmen mit der Vermutung identischer Preise. Nur wenn die Preise ohne sachlichen Grund differieren, hätte man möglicherweise einen (wenn auch nur schwachen) Ansatzpunkt für einen Vergleich.

¹³² Eigenständig bedeutet nicht, dass nicht ein zusammenhängendes Verfahren durchgeführt werden dürfte. Es hat jedoch jeweils eine nach Serviceleistungen getrennte Ermittlung und Analyse der Vergleichskennzahlen zu erfolgen.

¹³³ Voraussetzung ist jedoch, dass die Güterbahnhöfe sachlich vergleichbar sind. So können sich zwar in einem Ballungsraum mehrere Güterbahnhöfe in räumlicher Nähe befinden. Wenn jedoch die Bahnhöfe nicht substituierbar sind, weil sie etwa bestimmte Verkehre nicht abwickeln können, besteht schon sachlich kein einheitlicher Markt.

Da aber die DB Station & Services AG im Wesentlichen als *monolithischer* Monopolist agiert, d.h. auf fast allen regionalen Märkten das jeweilige marktbeherrschende Unternehmen darstellt, stellt sich die Frage, ob im Bundesgebiet überhaupt Vergleichsmärkte für einzelne Serviceleistungen bestehen. Das ist ausgeschlossen, wenn keine alternativen Betreiber solcher Serviceeinrichtungen existieren. Das unterscheidet die Situation deutlich von der Energiewirtschaft, da sich hier die lokalen Verteilernetze als natürliche Monopole in der Hand einer Vielzahl meist kommunaler Energieunternehmen befinden. Daher erstaunt es auch nicht, dass das EnWG methodisch zunächst auf das Vergleichsmarktverfahren setzt (vgl. § 21 Abs. 2-4 EnWG).

(b.) Inländische Vergleichsmärkte bei kleineren Bahnhöfen

Gleichwohl kann es für einige Serviceeinrichtungen durchaus inländische Vergleichsmärkte geben. Dies soll vorliegend exemplarisch mit Blick auf die Personenbahnhöfe skizzenhaft dargelegt werden. So könnten im Rahmen der Suche nach geeigneten inländischen Vergleichsmärkten insbesondere die von der DB Station & Service AG verkauften Bahnhöfe als mögliche Vergleichsmärkte in Betracht gezogen werden. In diesem Zusammenhang ist allerdings zu beachten, dass die DB AG lediglich nicht betriebsnotwendiges Vermögen veräußert. Im Rahmen eines Paketverkaufs an die Bahnflächenentwicklungsgesellschaft NRW mbH (BEG) wurden 38 Bahnhofsempfangsgebäude veräußert.¹³⁴ Die BEG dient den Kommunen dazu, leer stehende Bahnhofsgebäude in neue Verwendungen zu überführen. Man kann davon ausgehen, dass solche veräußerten Objekte keine geeigneten Vergleichsmärkte darstellen. Darüber hinaus bleibt festzuhalten, dass für große Bahnhöfe ohnehin keine nationalen Vergleichsmärkte existieren werden, da Objekte in einer solchen Größenordnung von der DB Station & Service AG selbst betrieben werden.

Allerdings betreiben einige alternative Eisenbahngesellschaften kleinere Bahnhöfe in Eigenregie. Beispiele für solche Gesellschaften sind die Havelländische Eisenbahn AG, die AKN Eisenbahn AG und die Hohenzollerische Landesbahn AG. In diesen Fällen handelt es sich nicht um eine bloße Übernahme von Empfangsgebäuden, sondern um einen vollständigen Betrieb von Bahnhöfen. Die Hohenzollerische Landesbahn AG hat bereits Nutzungsbedingungen für ihre Serviceeinrichtungen veröffentlicht und darüber hinaus die Bekanntgabe der entsprechenden Entgelte angekündigt.¹³⁵ Somit steht im Bereich der Serviceeinrichtungen nach einem ersten Eindruck für kleinere Bahnhöfe durchaus im nationalen Bereich eine

¹³⁴ Eine detaillierte Beschreibung der bisher veräußerten Bahnhofsgebäude findet sich unter http://www.beg-nrw.de/index.php?SITE=beg_4&M=4.

¹³⁵ Nähere Informationen finden sich unter <http://www.hzl-online.de/html/vorlagen/hzlinfrastruktur.html>.

Benchmarkmöglichkeit sowohl für Entgelte direkt als auch für Kostenvergleiche zur Verfügung. Detailliertere Ausführungen sind zur Bestimmung von Vergleichsmärkten hier nicht möglich und sinnvoll, da die Bestimmung eines Vergleichsmarktes immer vom konkreten Einzelfall abhängt und außerdem die relevanten Informationen nicht öffentlich verfügbar sind. Im Übrigen müssten die vorliegenden Überprüfungen für sämtliche Serviceleistungen erfolgen.

Abschließend sei noch hervorgehoben, dass ein Vergleich anderer inländischer Netzindustrien angesichts sachlicher Unterschiede für einen direkten Entgeltvergleich im Rahmen einer Vergleichsmarktbetrachtung ausscheidet.

(c.) Ausländische Vergleichsmärkte

Liegen keine inländischen Vergleichsmärkte vor, ist auf ausländische Vergleichsmärkte abzustellen. Allerdings ist insoweit wiederum problematisch, dass auch auf ausländischen Vergleichsmärkten nicht zwingend ein funktionsfähiger Wettbewerb herrscht. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn jede Serviceeinrichtung einen eigenen Markt darstellt, der nicht – etwa im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens – „wettbewerblich betrieben“ wird. In diesem Fall greifen die Ausführungen zu der Problematik fehlender inländischer Vergleichsmärkte mit funktionsfähigem Wettbewerb. Mangels eines durch einen funktionsfähigen Wettbewerb gebildeten Marktpreises ist der Erkenntnisgewinn für das Vergleichsmarktverfahren zur Identifizierung von Kostensenkungspotenzialen reduziert.

Es ist jedoch immerhin feststellbar, ob unter Umständen auf vergleichbaren Märkten ohne funktionsfähigen Wettbewerb ein niedrigerer Preis erzielt wird. Das kann ein Indiz für das Vorliegen von Kostensenkungspotenzialen darstellen. Sofern eine Vergleichbarkeit des Marktes gegeben ist, können jedenfalls schon Kostensenkungspotenziale bis zu diesem Grad des niedrigeren Vergleichspreises identifiziert werden, auch wenn aufgrund des ebenfalls nicht als Wettbewerbspreis zu beurteilenden Vergleichspreises nicht alle bestehenden Kostensenkungspotenziale identifiziert werden können.

Sofern die ausländischen Märkte hingegen reguliert werden, kann zudem die Erkenntnis gewonnen werden, welche Kostensenkungen auf diesen Märkten regulatorisch induziert wurden. Gegenwärtig liegen nur für Großbritannien detaillierte Dokumentationen bezüglich des Regulierungsansatzes und der Reviewprozesse sowie Zahlenmaterial in Bezug auf konkrete Preise vor. In Großbritannien werden sowohl die Schienenwege als auch die Serviceeinrichtungen reguliert. Hierbei fällt auf, dass insbesondere Benchmarkverfahren eine große Rolle spielen. Gerade im Rahmen der Ermittlung von Renditen und Produktivitätsfortschrittsraten, denen bei der Beurteilung und Festsetzung von Entgelten eine erhebliche Bedeutung zukommt, wird regelmäßig auf Erfahrungen und Werte aus den seit längerer Zeit regulierten

Netzindustrien Großbritanniens wie z.B. der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft zurückgegriffen. Aber auch die Entwicklung des Bahnsektors als Ganzes wird als Anhaltspunkt in die Analyse einbezogen. Es ist allerdings hervorzuheben, dass ein Vergleichsmarktverfahren i.d.R. nicht als alleiniges Instrument eingesetzt wird. Stattdessen werden ergänzend detaillierte Studien zu Kosten und anderen Aspekten in jedem Reviewprozess in Auftrag gegeben und von der Regulierungsbehörde Office of Rail Regulation (ORR) in die künftige Regulierungspraxis einbezogen. Dies zeigt, dass ein Vergleichsmarktverfahren ein sinnvolles Begleitinstrument im Rahmen der Regulierung sein kann, aber nur selten als alleiniger Ansatz verwendet wird. Ohnehin fällt auf, dass die britische Regulierungsbehörde ORR im Rahmen der jeweiligen Review-Prozesse diverse Aspekte extern untersuchen und begutachten lässt.¹³⁶ Es bleibt abzuwarten, ob der massive Einsatz des Vergleichsmarktverfahrens auch nach Fertigstellung des analytischen Kostenmodells beibehalten wird, welches im Rahmen der Vorbereitungen des Review-Prozesses 2008 erstmals eingesetzt wurde.

Ob damit insgesamt ein Vergleichsmarktverfahren zur Identifizierung von Kostensenkungspotenzialen durchgeführt werden sollte, ist letztlich von dem zu vergleichenden Markt abhängig. Es muss für jede Serviceleistung aufgrund der gegebenen Anbieter und Wettbewerbssituation eine getrennte Vorabschätzung hinsichtlich des möglichen Erkenntnisgewinns eines solchen Vergleichsmarktverfahrens erfolgen. Für einen Teil der Serviceleistungen können Vergleichsmarktverfahren durchaus als ein Erkenntnisinstrument herangezogen werden, da unter Umständen jedenfalls ein Teil bestehender Kostensenkungspotenziale identifiziert werden kann. Das gilt insbesondere für kleinere Bahnhöfe. Da insgesamt ein Anreizpfad und ein Kostensenkungsprozess in Gang gesetzt werden muss, kann auch darin bereits ein sinnvoller Einstieg in eine Regulierung der Entgelte für Serviceeinrichtungen bestehen.

(d.) Erheblichkeitszuschlag bei einer Vergleichsmarktbetrachtung

Fraglich ist sodann, ob hinsichtlich der Identifizierung eines Preishöhenmissbrauchs im Sinne des § 14 Abs. 5 AEG auch ein Erheblichkeitszuschlag zu berücksichtigen ist. Das wäre der Fall, wenn die Argumentation des BGH zu § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB auch auf die Prüfung eines Preishöhenmissbrauchs im Rahmen der sektorspezifischen Regulierung übertragen werden müsste. Die Betonung der gesetzgeberischen Intention der GWB-Novelle im Rahmen der Argumentation des BGH bezieht sich jedoch ausschließlich auf die innere Systematik des GWB. Vor diesem Hintergrund ist eine Übertragung der Argumentation des BGH und damit eine Anwendung eines Erheblichkeitszuschlages nicht zwingend. Das ergibt sich auch aus

¹³⁶ Detaillierte Informationen zum Regulierungsdesign finden sich in den Konsultationsunterlagen zu den Review-Prozessen 2000, 2003, 2008. Vgl. <http://www.rail-reg.gov.uk/server/show/nav.164>.

dem unterschiedlichen teleologischen Hintergrund des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB und des § 14 Abs. 5 AEG. Während sich § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB insbesondere auf die Situation *nach* der Schaffung von Wettbewerb und damit auf die Sicherung des Wettbewerbs bezieht, dient die innerhalb der sektorspezifischen Regulierung erfolgende Kontrolle der Zugangsentgelte insbesondere der *Schaffung* des Wettbewerbs auf der nachgelagerten Ebene. Im Übrigen hat aber auch der BGH schon anerkannt, dass dem Charakter eines Marktes als natürliches Monopol durch einen entsprechend niedrigeren Erheblichkeitszuschlag Rechnung getragen werden kann.¹³⁷ Das gilt jedoch erst recht bei regulierten Märkten. Vor diesem Hintergrund lässt sich der Verzicht, jedenfalls aber die Erhebung eines nur sehr geringen Erheblichkeitszuschlags rechtfertigen.

Auch die kontextspezifischen Besonderheiten des § 14 Abs. 5 AEG sprechen gegen eine Berücksichtigung eines Erheblichkeitszuschlags. Denn insoweit liegt ein Missbrauch vor, wenn Kostensenkungspotenziale nicht ausgenutzt wurden. Da aber insgesamt ein Kostensenkungsprozess zu beschreiten ist und insoweit gerade nicht darauf abgestellt wird, dass der Infrastrukturbetreiber ein Entgelt auf der Basis der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung bildet, ist die mit der Berücksichtigung eines Erheblichkeitszuschlags verfolgte Intention, ein Unwerturteil über den überhöhten Preis zu fällen, schon berücksichtigt.

(2.) *Erstellung eines analytischen Kostenmodells und Einzelkostenprüfung – die Erfahrungen in Großbritannien*

Alternativ oder zusätzlich zur Durchführung eines Vergleichsmarktverfahrens ist die Erstellung eines analytischen Kostenmodells zu erwägen. Dabei wurde bereits festgestellt, dass diese Methode – ebenso wie eine Einzelkostenprüfung – zumindest dem Ansatz nach hinsichtlich der Identifikation von Kostensenkungspotenzialen als geeignet erscheint. Allerdings dürfen diese Vorteile nicht über die mit dieser Methode verbundenen Schwierigkeiten hinwegtäuschen.

Denn auch hierbei handelt es sich um ein äußerst aufwendiges Verfahren. Es ist für jede Serviceleistung gegebenenfalls ein eigenes analytisches Kostenmodell zu erstellen. Dies erscheint aus Praktikabilitäts Gesichtspunkten jedenfalls nur mittelfristig umsetzbar, da sich im Rahmen der Entwicklung eines geeigneten Kostenmodells in Großbritannien zeigt, dass hierzu eine mehrjährige Vorlaufzeit notwendig ist. Allerdings hat die Bundesnetzagentur im Be-

¹³⁷ BGH, NVwZ 2006, 853 (855 f.).

reich der Telekommunikationsregulierung bereits positive Erfahrungen mit einem analytischen Kostenmodell sammeln können.¹³⁸

Die Erstellung eines analytischen Kostenmodells wird allgemein aufgrund spezifischer Besonderheiten des Bahnsektors dort jedoch als ungleich komplizierter eingestuft. Die britische Regulierungsbehörde für den Bahnsektor ORR hat die Entwicklung eines analytischen Kostenmodells beschlossen und inzwischen in Auftrag gegeben.¹³⁹ Mit Hilfe dieses Modells soll die Bestimmung der Höhe unterschiedlicher Kostenarten möglich werden. In das Kostenmodell sollen laut den Angaben in den entsprechenden Konsultationsdokumenten aber auch andere Elemente wie Serviceeinrichtungen einbezogen werden. Eine Hauptaufgabe des Modells wird in der Unterstützung der in fünfjährigem Turnus stattfindenden Reviewprozesse liegen. Eine erste Version des Modells sollte bis zum Frühjahr des Jahres 2006 fertig gestellt werden. Dieser Zeitplan wurde allerdings von ORR als sehr ambitioniert eingeschätzt.¹⁴⁰ Erstmals soll das Modell in einer Vollversion im nächsten Review-Prozess im Jahr 2008 Verwendung finden. Neben der Analyse aktueller Kosten sollen auch Prognosen für einen Zeitraum von 10 bis 15 Jahren möglich sein. Im Rahmen der Planungen für eine neue Struktur von Netzzugangsentgelten im Güterverkehrsbereich wurde das analytische Kostenmodell erstmals eingesetzt, um verschiedene Kostenaspekte für die künftigen, ab 2008 geltenden, Netzzugangsentgelte zu schätzen.

Die Anlegung eines analytischen Kostenmodells führt im Übrigen zu der Problematik, dass hierbei ein vollständig effizientes Unternehmen simuliert und damit zum Vergleichsmaßstab wird. Eine Anlegung eines reinen Effizienzkostenansatzes ist jedoch gemeinschaftsrechtlich nicht vorgegeben und darf auch nicht mittelbar durch die Anlegung eines analytischen Kostenmodells zur Anwendung gelangen. Vielmehr ist ein Kostensenkungsprozess zu beschreiben. Insofern gehen die anhand eines analytischen Kostenmodells ermittelbaren Kostensenkungspotenziale über den vorgegebenen Maßstab hinaus, da den Kostenstrukturen des Infrastrukturbetreibers keine Rechnung getragen wird. Insoweit stellt sich dann das Problem, wie das Ideal der Kostensenkungspotenziale angemessen auf den vorhandenen Maßstab reduziert wird. Anders formuliert: Nach einer denkbaren analytischen Identifikation effizienter Kosten sind entsprechende Modifikationen erforderlich, um dem regulierten Unternehmen die Anpassung an die entsprechende Kostenstruktur zu ermöglichen. Dies entspricht im Übrigen auch

¹³⁸ Mit Nachweisen *Busse von Colbe*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, 2006, Vor § 27 Rn. 30 ff.

¹³⁹ ORR, Periodic Review 2008, Consultation on Caps for Freight, Track Access Charges, 2006, S. 31.

¹⁴⁰ ORR, Structure of Costs and Charges Review: Emerging Views on Key Issues, 2005, S. 43 f.

der Praxis der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post in der Anfangszeit der Entgeltregulierung in der Telekommunikation.

Auf der Basis eines solchen analytischen Kostenmodells – aber auch unabhängig von diesem – können zudem effizienzorientierte Einzelkostenprüfungen hinsichtlich der Plausibilität und Effizienz einzelner Kostenpositionen erfolgen. Auch insoweit lassen sich Kostensenkungspotenziale identifizieren. Unter Umständen kann eine solche Vorgehensweise auch automatisch zu einer angemesseneren Berücksichtigung des vorhandenen Missbrauchsmaßstabs führen. Denn insoweit kann bereits unter der Berücksichtigung der gewachsenen Kostenstrukturen ein sachnäheres Kostensenkungspotenzial identifiziert werden. Insbesondere kann so auch ein Kostensenkungsplan erstellt werden, bei dessen Einhaltung ein Missbrauch ausscheidet.

(3.) Kombination der verschiedenen Methoden

Daraus ergibt sich jedoch insgesamt die Problematik, dass in der Regel keine Methode existiert, die allein für sich für eine zutreffende Bestimmung eines Preishöhenmissbrauchs herangezogen werden kann. Während das Vergleichsmarktverfahren aufgrund eines nicht durch wirksamen Wettbewerb gebildeten Vergleichspreises nur einen Teil der vorhandenen Missbrauchs- bzw. Kostensenkungspotenziale identifiziert, besteht bei der isolierten Anlegung eines analytischen Kostenmodells die Gefahr, dass der gemeinschaftsrechtliche Entgeltmaßstab missachtet wird. Eine detaillierte Einzelkostenprüfung ist hinsichtlich der vorhandenen Behördenressourcen zumindest in kurzer Zeit nicht zu bewältigen. Vor diesem Hintergrund ist tendenziell eine Kombination der verschiedenen Methoden und ihre Anwendung auf unterschiedliche Einzelmärkte der Serviceleistungen angezeigt.

Diesbezüglich können dann auch die Vorteile der einzelnen Methoden am besten in Ansatz gebracht werden. Denn während das Vergleichsmarktverfahren Kostensenkungspotenziale über den Preis identifiziert und es insoweit dem regulierten Unternehmen überlässt, wie es diese realisiert, können gleichermaßen über die kostenbezogenen Methoden konkrete Ansatzpunkte für Kostensenkungen identifiziert werden. Der Umfang des Missbrauchs bzw. der Kostensenkungspotenziale oder umgekehrt des Anzeilelements lässt sich dann aus der zusammenhängenden Bewertung der verschiedenen ermittelten Indizien heraus bestimmen. Dabei ist eine Gewichtung der verschiedenen Indizien vorzunehmen. So ist etwa das Ergebnis eines Vergleichsmarktverfahrens sehr stark zu gewichten, wenn ein sachlicher und räumlicher Vergleichsmarkt mit annähernd wirksamem Wettbewerb gefunden werden konnte.

3. Zwischenergebnis zum Maßstab für die Bemessung der Entgelte für den Zugang zu Serviceeinrichtungen nach § 14 Abs. 5 AEG

§ 14 Abs. 5 S. 1 AEG enthält ein Verbot, die Wettbewerbsmöglichkeiten der Zugangsberechtigten durch die Entgeltbemessung missbräuchlich zu beeinträchtigen. S. 2 normiert als Re-

gelbeispiel dieses Missbrauchsverbotes eine differenzierende Entgeltbemessung in Bezug auf unterschiedliche Zugangspetenten. Über dieses Regelbeispiel hinaus fehlt es jedoch an gesetzlichen Vorgaben, wann eine missbräuchliche Entgeltgestaltung vorliegt.

Insgesamt liegt dem **Missbrauchsverbot** ein Verständnis zugrunde, das den Missbrauchstatbeständen der kartellrechtlichen Missbrauchsprüfung nach § 19 Abs. 4 GWB entspricht. Ein Missbrauch liegt danach über die schon als Regelbeispiel aufgeführte **diskriminierende Entgeltgestaltung** hinaus bei einer **behindernden Ausgestaltung** sowie bei einem **Preishöhenmissbrauch** vor.

Von großem Interesse ist insbesondere der **Preishöhenmissbrauch**. Der Preishöhenmissbrauch ist dabei kontextbezogen auf die Vorgabe des § 14 Abs. 5 AEG **sektorspezifisch** zu **adaptieren**. Das bedeutet, dass ein Preishöhenmissbrauch letztlich dann vorliegt, wenn – dem gemeinschaftsrechtlich vorgegebenen Maßstab „Vollkosten minus Anreiz“ entsprechend – verglichen mit anderen Märkten **entsprechende Kostensenkungspotenziale nicht ausgeschöpft** und deshalb überhöhte Entgelte verlangt werden.

Die Ermittlung des derart adaptierten Preishöhenmissbrauchs kann – entsprechend der etablierten kartellrechtlichen Methodik – v.a. mittels eines **Vergleichsmarktverfahrens**, aber auch im Wege einer **effizienzorientierten** Einzelkostenprüfung und auch mittels eines **analytischen Kostenmodells** erfolgen. Anders als nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB schreibt § 14 Abs. 5 AEG keine Regelermittlungsmethode fest, so dass insoweit allein nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten zu entscheiden ist, welche Methode angewandt wird. Dabei ist auch eine kumulative Anwendung möglich und unter Umständen geboten. Denn das Vergleichsmarktverfahren ist nur bedingt geeignet, einen Preishöhenmissbrauch bzw. entsprechende Entgelt- und Kostensenkungspotenziale zu ermitteln, da regelmäßig schon keine sachlich und räumlich vollständig vergleichbaren Märkte existieren. Insoweit bedarf es erheblicher Korrekturen des ermittelten Vergleichspreises mit entsprechenden, schwer zu ermittelnden Korrekturfaktoren in Form von Zu- oder Abschlägen. Darüber hinaus herrscht aufgrund der natürlichen Monopolstruktur auf den Vergleichsmärkten in der Regel kein funktionsfähiger Wettbewerb, so dass der auf diesen Märkten geltende Marktpreis in der Regel selbst Gefahr läuft, missbräuchlich zu sein.

Darüber hinaus ist fraglich, ob im Rahmen eines solchen **Vergleichsmarktverfahrens** noch ein zusätzlicher **Erheblichkeitsfaktor** berücksichtigt werden müsste. Die entsprechende Argumentation des BGH zu § 19 Abs. 4 GWB lässt sich auf § 14 Abs. 5 AEG nicht übertragen, so dass die Berücksichtigung eines Erheblichkeitszuschlages im allgemeinen kartellrechtlichen Sinn verneint werden kann.

Trotz der insgesamt bestehenden Einschränkungen der Erkenntniswerte kann die Durchführung eines Vergleichsverfahrens dennoch zumindest ein Indiz für einen Preishöhenmissbrauch erbringen, wenn schon auf den ermittelten Vergleichsmärkten ein entsprechend niedrigeres Entgelt verlangt wird. Als heranzuziehende Vergleichsmärkte kommen hier z.T. **inländische regionale Vergleichsmärkte** (insbesondere kleinere Personenbahnhöfe) sowie **ausländische Verkehrsmärkte** und dabei insbesondere diejenigen Großbritanniens und Schwedens in Betracht. Allerdings liegen nur für **Großbritannien** detaillierte Dokumentationen bezüglich des vollständigen Regulierungsansatzes und der Reviewprozesse sowie Zahlenmaterial in Bezug auf konkrete Preise vor.

Alternativ kann ein Preishöhenmissbrauch mit Hilfe einer **effizienzorientierten Einzelkostenprüfung** oder einem **analytischen Kostenmodell** ermittelt werden. Während bei der Einzelkostenprüfung eine Überprüfung der tatsächlich entstehenden Kosten erfolgt, wird bei einem Vergleich mit einem analytischen Modell darauf abgestellt, ob das erhobene Entgelt der Höhe nach in Relation zu den analytisch ermittelten Kosten steht, die bei einer Leistungserbringung im funktionsfähigem Wettbewerb entstehen würden. Die Erstellung eines analytischen Kostenmodells wird allgemein aufgrund spezifischer Besonderheiten des Bahnsektors jedoch als extrem kompliziert eingestuft. Erste diesbezügliche Erfahrungen der Regulierungsbehörde in Großbritannien liegen jedoch vor. Sowohl beim analytischen Kostenmodell als auch bei der effizienzorientierten Einzelkostenprüfung ist darauf zu achten, dass der gemeinschaftsrechtlich vorgegebene Entgeltmaßstab nicht missachtet wird. Denn dieser geht gerade zunächst nicht von den Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung, sondern von Vollkosten aus und verlangt dann ein Anreizelement.

IV. Entgeltgrundsätze für die Berechnung der Zugangsentgelte für den Zugang zu Serviceeinrichtungen / Zwischenergebnis

Anders als § 14 Abs. 4 AEG im Bereich der Vorgaben für die Zugangsentgelte zu Schienenwegen enthält § 14 Abs. 5 AEG **keinerlei Entgeltgrundsätze** hinsichtlich der Berechnung der Zugangsentgelte zu Serviceeinrichtungen. Gleiches gilt auch für die EIBV. Insofern ist es den Betreibern der Serviceeinrichtungen freigestellt, wie sie die Entgelte berechnen, solange sie dem Entgeltmaßstab entsprechen. Ein solcher Verzicht auf die Normierung von Entgeltgrundsätzen ist auch gemeinschaftsrechtskonform. Denn der insoweit allein einschlägige Art. 7 Abs. 7 RL 2001/14/EG ermöglicht zwar das Aufstellen von Entgeltgrundsätzen, verpflichtet jedoch nicht dazu, solange das Entgelt die Wettbewerbssituation berücksichtigt. Dies ist bei Einhaltung des unter C.III. entwickelten Entgeltmaßstabs aber der Fall.

V. Entgeltmaßstab und Entgeltgrundsätze für Zusatz- und Nebenleistungen

1. Ausgestaltung des „Ob“ des Zugangs

Das AEG erwähnt die Zusatz- und Nebenleistungen nicht ausdrücklich bei der Fixierung des Entgeltmaßstabs und der Entgeltgrundsätze in § 14 Abs. 4 und Abs. 5 AEG. Sie werden explizit lediglich in § 3 EIBV im Rahmen der Differenzierung der Gegenstände des Zugangsrechts erwähnt, wobei die Ausgestaltung des Art. 5 RL 2001/14/EG übernommen wird: Danach ist die Zugangsgewährung zum Mindestzugangspaket/Pflichtleistungen und zu den Serviceeinrichtungen obligatorisch (Art. 5 Abs. 1 RL 2001/14/EG; § 14 Abs. 1 S. 1 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 und S. 2 EIBV). Daraus ergibt sich für den Zugangsberechtigten zu Schienenwegen und Serviceeinrichtungen ein originäres Zugangsrecht.¹⁴¹ Anders ist das bei den Zusatzleistungen. Der Infrastrukturbetreiber ist zur Erbringung der Zusatzleistungen nicht verpflichtet, soweit er die Zusatzleistungen erbringt, muss das ohne eine Diskriminierung der Nachfrager erfolgen (Art. 5 Abs. 2 RL 2001/14/EG und § 3 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 EIBV). Diese Konstellation kann als derivatives Zugangsrecht bezeichnet werden. Soweit die Leistung überhaupt erbracht wird, müssen die Konditionen und damit auch die Entgelte für alle Nachfrager gleich ausgestaltet sein. Wiederum anders ist die Ausgestaltung im Bereich der Nebenleistungen. Auch hier ist der Infrastrukturbetreiber nicht zur Erbringung der Nebenleistungen verpflichtet. Doch selbst dann, wenn der Infrastrukturbetreiber die Nebenleistungen erbringt, ist er nicht dazu verpflichtet, hierbei diskriminierungsfrei vorzugehen. Denn eine entsprechende Vorgabe fehlt bezüglich der Nebenleistungen. Damit ergibt sich in Bezug auf die Ausgestaltung des „Ob“ eine Dreistufung: Für die Pflichtleistungen (und gegebenenfalls den Zugang zu Serviceeinrichtungen) greift ein „originäres“ Zugangsrecht, für Zusatzleistungen ein derivatives Zugangsrecht, für Nebenleistungen nicht einmal ein solches.

2. Weitere Vorgaben für das „Wie“ des Zugangs

Das entspricht – wie soeben ausgeführt – den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben. Fraglich ist, ob hinsichtlich des „Wie“ des Zugangs noch weitere Vorgaben existieren. Insofern enthält das Gemeinschaftsrecht mit der Entgeltnorm des Art. 7 Abs. 8 RL 2001/14/EG eine spezifische Kontrollvorgabe für den Fall, dass nur ein einziger Anbieter der Zusatz- oder Nebenleistung existiert. Der in Art. 7 Abs. 8 RL 2001/14/EG enthaltene Maßstab der leistungs- und nutzungsabhängigen Entgeltberechnung verlangt diesbezüglich eine nutzungsorientierte Kostenzuschlüsselung.¹⁴² Dem einzelnen Nachfrager dürfen damit nur diejenigen Kosten im

¹⁴¹ Dabei wurde für die Serviceeinrichtungen in der EIBV kein eigenständiger Katalog im Anhang formuliert. Danach ist fraglich, ob auch insoweit ein originäres Zugangrecht besteht.

¹⁴² Dazu oben schon unter B.I.4.b.

Rahmen des Entgeltes berechnet werden, die auch der für ihn erbrachten Leistung zugeschlüsselt werden dürfen. Demnach enthält das Gemeinschaftsrecht im Bereich der Zusatzleistungen über das derivative Zugangsrecht hinaus zumindest für den Fall nur eines Anbieters einen Entgeltgrundsatz in Form eines materiellen Diskriminierungsverbots. Dieses materielle Diskriminierungsverbot gilt gleichermaßen auch im Bereich der Nebenleistungen, obwohl hier nicht einmal ein Zugangsrecht besteht.

Fraglich ist, ob das auch für das nationale Recht gilt. Hier fehlt es an einer eigenständigen Vorgabe für Zusatz- und Nebenleistungen. Für Zusatzleistungen ergibt sich angesichts des durch § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV aktivierten § 14 Abs. 1 S. 1 AEG und in Anbetracht des eigenständigen Regelungsgehalts des § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV ein materielles Diskriminierungsverbot (vgl. zu diesem schon oben C.I.1.c.cc).

Das eigens in der EIBV in § 3 Abs. 1 S. 1 normierte Diskriminierungsverbot erfasst allerdings – anders als im Gemeinschaftsrecht – nicht die Nebenleistungen. Insoweit kann jedoch das allgemeine Diskriminierungsverbot des § 14 Abs. 1 S. 1 AEG herangezogen werden. Damit wird zwar im Ergebnis der Anwendungsbereich des § 14 Abs. 1 S. 1 AEG hinsichtlich des „Wie“ weiter gefasst als in Bezug auf das durch § 3 EIBV näher ausgestaltete „Ob“ des Zugangs, da auch ohne entsprechendes derivatives Zugangsrecht ein Diskriminierungsverbot für Nebenleistungen angenommen wird. Diese Interpretation wird durch den Wortlaut nicht eben nahe gelegt, weil eine derartige Differenzierung in ein- und derselben Norm sicherlich deutlicher hätte zum Ausdruck gebracht werden müssen. Allerdings ergibt sich eine solche Interpretation aus der Verpflichtung zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung, da insoweit die Vorgabe eines Diskriminierungsverbots eindeutig ist. Da eine derartige Auslegung mit dem Wortlaut noch in Einklang gebracht werden kann, spricht vieles dafür, ihr zu folgen.

Demnach kann mit guten Gründen davon ausgegangen werden, dass auch für Nebenleistungen das materielle Diskriminierungsverbot aus § 14 Abs. 1 S. 1 AEG greift.

3. Zwischenergebnis

Hinsichtlich der Entgelte für **Zusatzleistungen** lässt sich § 14 Abs. 1 S. 1 AEG unproblematisch ein **materielles Diskriminierungsverbot** entnehmen, das der Vorgabe des Art. 7 Abs. 8 RL 2001/14/EG entspricht. Für **Nebenleistungen** lässt sich bei gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung ebenfalls ein **materielles Diskriminierungsverbot** aus § 14 Abs. 1 S. 1 AEG ableiten. Ein **Entgeltgrundsatz** ist weder für Zusatz- noch für Nebenleistungen normiert.

D. Kostenrechnerische Einzelfragen

Auf der Basis der unter B. dargelegten gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben und der unter C. erörterten Aussagen des deutschen Eisenbahnrechts zum Entgeltmaßstab und zu den Entgeltgrundsätzen herausgearbeiteten Ergebnissen ist nunmehr eine Beantwortung des von der Bundesnetzagentur aufgeworfenen Fragenkatalogs zu den kostenrechnerischen Einzelaspekten möglich. Die folgenden Ausführungen sind entsprechend der Vorgaben in sechs Fragenkreise aufgeteilt:

- I. Auswirkung von § 21 Abs. 4 und 5 EIBV auf die Ermittlung anrechenbarer Kosten;
- II. Berücksichtigungsfähigkeit einer Konzernumlage;
- III. Berücksichtigungsfähigkeit kostenmindernder Erlöse;
- IV. Berücksichtigung öffentlicher Zuschüsse und Subventionen;
- V. Kalkulatorische Abschreibungen und
- VI. Berücksichtigung von Personalreserven

I. Auswirkung von § 21 Abs. 4 und 5 EIBV auf die Ermittlung anrechenbarer Kosten

1. Berücksichtigung erhöhter Kosten einer Verkehrsleistung nach § 21 Abs. 4 EIBV

Gemäß § 21 Abs. 4 EIBV dürfen erhöhte Kosten, die eine Verkehrsleistung gegenüber anderen Verkehrsleistungen verursacht, nur für diese Verkehrsleistung berücksichtigt werden. Der Regelungsgehalt dieser Vorgabe erschließt sich, wenn man § 21 Abs. 4 EIBV in Zusammenhang zu § 14 Abs. 4 S. 1 und 2 AEG setzt. § 14 Abs. 4 S. 1 AEG legt als Entgeltmaßstab fest, dass durch die Erhebung der Entgelte die Summe der der Erbringung der Pflichtleistungen zurechenbaren Kosten zuzüglich einer marktüblichen Rendite auszugleichen sind. Nach § 14 Abs. 4 S. 2 AEG kann dabei zwischen den verschiedenen Verkehrsleistungen Schienenpersonenfernverkehr, Schienenpersonennahverkehr und Güterverkehr sowie innerhalb dieser Verkehrsleistungen noch einmal nach Marktsegmenten unterschieden werden.

Aus der Zusammenschau von § 14 Abs. 4 S. 1 und S. 2 AEG ergibt sich, dass der Schienenwegbetreiber durch die Differenzierungsoption hinsichtlich der Entgelte die Möglichkeit besitzt, die Vorgabe aus S. 1 im Wege einer Mischkalkulation zu erfüllen. Entscheidend ist zunächst, dass die Summe der Entgelte die Summe der der Erbringung der Pflichtleistungen zurechenbaren Kosten zuzüglich einer marktüblichen Rendite ausgleicht. § 21 Abs. 4 EIBV

schränkt diese Möglichkeit der Mischkalkulation dem Wortlaut nach auf den Bereich einer Verkehrsleistung ein. Verursacht eine Verkehrsleistung Kosten, die eine andere Verkehrsleistung nicht erzeugt, sind diese Kosten aus den Entgelten zu decken, die innerhalb dieser Verkehrsleistung erhoben werden. Das würde jedoch bedeuten, dass gemäß § 21 Abs. 4 EIBV bei der Berechnung der Entgelte und somit bei der Erhebung der Aufschläge nicht nur nach Verkehrsleistungen differenziert werden kann, sondern muss.¹⁴³ Es wurde allerdings schon darauf hingewiesen (siehe oben C.I.1.c.cc.), dass diese Differenzierungspflicht gegen die anders lautende und normhierarchisch vorrangige Bestimmung des § 14 Abs. 4 S. 2 AEG verstieße, die insoweit eine Option und keine Pflicht normiert. Insofern ist § 21 Abs. 4 EIBV wie erläutert so zu verstehen, dass er typisierend von einer diskriminierenden Kostenverteilung bei einer fehlenden Differenzierung ausgeht. Sofern dagegen eine derartige wettbewerbsbehindernde Diskriminierung nicht festzustellen ist, tritt § 21 Abs. 4 EIBV hinter § 14 Abs. 4 S. 2 AEG zurück.

Unproblematisch ist im Übrigen, wenn innerhalb einer Verkehrsleistung bei der Ausgestaltung der Entgelte eine Mischkalkulation zwischen verschiedenen Marktsegmenten zugrunde gelegt wird. Diese Möglichkeit nach § 14 Abs. 4 S. 2 AEG wird durch § 21 Abs. 4 EIBV nicht eingeschränkt.

2. Mittelung der Entgelte über einen angemessenen Zeitraum nach § 21 Abs. 5 EIBV

a. Grundsätze

Nach § 14 Abs. 4 S. 2 AEG kann ein Schienenwegbetreiber Aufschläge auf die Kosten erheben, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen. Durch die Bezugnahme auf die „Kosten, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen“, wird deutlich, dass die Entgeltberechnung grundsätzlich auf den Einzelkosten des jeweiligen Zugbetriebs aufsetzen soll. Die Grenzkosten des Zugbetriebs schwanken jedoch ebenso wie umweltbezogene Auswirkungen differieren und Knappheiten über bestimmte Betrachtungszeiträume schwanken können. Müssten diese jeweiligen Schwankungen in den Entgelten vollständig abgebildet werden, wäre dies mit einem enormen Berechnungsaufwand verbunden.¹⁴⁴ § 21 Abs. 5 EIBV ermöglicht dem Schienenwegbetreiber daher eine Mittelung der Entgelte über einen angemessenen Zeitraum.

¹⁴³ So Ostendorf/Grün, IR 2005, 275 (276).

¹⁴⁴ So für die entsprechende gemeinschaftsrechtliche Vorgabe des Art. 7 Abs. 6 RL 2001/14/EG Zellhofer, Der Wettbewerb auf den Europäischen Schienenverkehrsmärkten, 2003, S. 153 f.

§ 21 Abs. 5 EIBV setzt damit Art. 7 Abs. 6 S. 1 RL 2001/14/EG um. Allerdings fehlt in § 21 Abs. 5 EIBV der klarstellende Hinweis des Art. 7 Abs. 6 S. 2 RL 2001/14/EG. Danach muss „die relative Höhe der Wegeentgelte [...] zu den von den Verkehrsdiensten verursachten Kosten in Beziehung stehen“. Damit wird deutlich, dass durch die Mittelung die grundsätzliche Vorgabe, dass die Berechnung der Entgelte auf der Grundlage der Einzelkosten des Zugbetriebs aufsetzen muss, in Bezug auf die Entgelthöhe nicht vollständig ausgehebelt werden darf. Die Mittelung darf also nur zu einer Mischkalkulation innerhalb eines Marktsegmentes führen, die sich so weit wie möglich an den tatsächlich anfallenden Kostenstrukturen orientiert.

b. Zeitliche Perspektive

Die Mittelung kann über einen angemessenen Zeitraum erfolgen. Unklar ist jedoch, welcher Zeitraum angemessen ist. Weder der Genese der Richtlinie noch der Entstehungsgeschichte der EIBV lassen sich diesbezüglich Ausführungen entnehmen, welchen Zeitraum die Normgeber als angemessen ansehen. Einen Hinweis gibt § 21 Abs. 7 S. 2 EIBV. Danach gelten die Entgelte für die gesamte neue Fahrplanperiode. Folglich ist es auch angemessen, eine Mittelung auf den Zeitraum einer solchen Fahrplanperiode zu beziehen. Allerdings ist auch insoweit die gemeinschaftsrechtliche Vorgabe des Art. 7 Abs. 6 S. 2 RL 2001/14/EG zu beachten. Treten Veränderungen im Bereich der unmittelbar aufgrund des Zugbetriebes anfallenden Kosten auf, die dazu führen, dass die gemittelten Entgelte zu den von den Verkehrsdiensten verursachten Kosten nicht mehr in Beziehung stehen, muss eine Anpassung der Mittelung erfolgen.

c. Reichweite: Umwelt- und Knappheitsaufschlag

Die Mittelung bezieht sich nach § 21 Abs. 5 EIBV auf die Entgelte nach den Absätzen 2 und 4 sowie die Entgelte für die Pflichtleistungen. Mit der Bezugnahme auf die Entgelte für die Pflichtleistungen ist insoweit eine Mittelung der Basisentgelte nach § 14 Abs. 4 S. 2 AEG möglich. Darüber hinaus besteht aufgrund der Verweise auch eine Möglichkeit der Mittelung der Aufschläge, wie sich aus dem Verweis in § 21 Abs. 5 auf die Abs. 2 und 4 ergibt.

Allerdings läuft der Verweis auf § 21 Abs. 4 EIBV leer. Denn die Mittelung kann sich sinnvoller Weise nicht auf das in Abs. 4 enthaltene Verbot der Mischkalkulation beziehen. Auch wenn in der Begründung zum Verordnungsentwurf auf § 21 Abs. 4 EIBV referenziert wird¹⁴⁵, so doch nur mit dem Hinweis, dass die Mittelung nicht das Verbot der Mischkalkulation zwischen verschiedenen Verkehrsleistungen durchbrechen darf. Dies ist auch zutreffend, rechtfertigt

¹⁴⁵ Siehe die BR-Drs. 891/04 vom 5. November 2004, S. 54 und die BR-Drs. 249/05 vom 15. April 2005, S. 56.

tigt aber keinen Verweis auf § 21 Abs. 4 EIBV im Normtext des § 21 Abs. 5 EIBV selbst. Denn ausweislich des Textes von § 21 Abs. 5 EIBV bezieht sich dieser auf „die in den Absätzen 2 und 4 genannten Entgelte“. In § 21 Abs. 4 EIBV werden jedoch gar keine *Entgelte* benannt, sondern es wird auf die *Kosten* einzelner Verkehrsleistungen referenziert. Entgelte werden nur in § 21 Abs. 2 und 3 EIBV benannt, nämlich jeweils das „Wegeentgelt“ mit dem jeweiligen aufschlagbezogenen zusätzlichen Entgeltbestandteil (Umweltaufschlag Abs. 2, Knappheitsaufschlag Abs. 3). Da auch Art. 7 Abs. 6 S. 1 RL 2001/14/EG bei der Mittelung stattdessen auf den Umweltaufschlag *und* den Knappheitsaufschlags des Art. 7 Abs. 5 und 4 RL 2001/14/EG Bezug nimmt, ist nicht zuletzt bei gemeinschaftsrechtskonformer Interpretation davon auszugehen, dass sich die Mittelungsmöglichkeit auch im nationalen Recht sowohl auf den Umwelt- als auch auf den Knappheitsaufschlag bezieht. Die Referenz in § 21 Abs. 5 EIBV ist also fehlerhaft und soll statt den Absätzen 2 und 4 die Absätze 2 und 3 in Bezug nehmen. Es ist also davon auszugehen, dass insofern ein Redaktionsversehen vorliegt und der Verweis auf die Absätze 2 und 4 des § 21 EIBV in Wirklichkeit die Absätze 2 und 3 meint. Dies zeigt im Übrigen die genetische Analyse auch insoweit als der ursprüngliche Entwurf in § 21 Abs. 6 noch auf die Absätze 1, 3 und 4 der damaligen Fassung des § 21 EIBV-E verwiesen hat und mit den Absätzen 3 und 4 – zutreffend – auf die jeweiligen Entgeltaufschläge (Umwelt/Knappheit) und nicht auf das Verbot der Mischkalkulation im damaligen Absatz 5 referenziert hat.¹⁴⁶

Insgesamt erstreckt sich damit die Möglichkeit der Mittelung auf jeden einzelnen Entgeltbestandteil. Sowohl das Basisentgelt als auch die umwelt- und knappheitsbezogenen Aufschläge können damit jeweils gemittelt erhoben werden, so dass in diesem Fall keine Berechnung des Entgelts für jeden einzelnen Zugbetrieb erfolgen muss. Insoweit stellt § 21 Abs. 5 EIBV unter der (gemeinschaftsrechtlichen) Einschränkung der Orientierung an den tatsächlichen Kosten eine Typisierungserlaubnis dar.¹⁴⁷

II. Berücksichtigungsfähigkeit einer Konzernumlage

1. Grundsatz: Abhängigkeit vom Entgeltmaßstab

Eine Konzernumlage stellt das Instrument dafür dar, die in einem Konzern zentral anfallenden Kosten auf die einzelnen Konzernunternehmen zu verteilen.¹⁴⁸ Es handelt sich bei der Konzernumlage also regelmäßig um Gemeinkosten des Unternehmens mit den daraus resultieren-

¹⁴⁶ Siehe die BR-Drs. 891/04 vom 5. November 2004, S. 19.

¹⁴⁷ Für den Vollkostenaufschlag gilt im Ergebnis nichts anderes, da hier die Steuerungsvorgaben der Effizienz, Transparenz und Diskriminierungsfreiheit eine Mittelung bis zur Grenze der Diskriminierung zulassen.

¹⁴⁸ Siehe dazu *Dichtl/Issing*, Vahlens großes Wirtschaftslexikon, 1994, S. 1207 f.

den Zuschlüsselungsproblemen. Die Grenze der Berücksichtigungsfähigkeit der Konzernumlage in den der Entgeltberechnung zugrunde zulegenden Kosten ergibt sich unmittelbar aus dem entwickelten Kostenmaßstab.

2. Schienenwegebene

a. Grund und Grenzen der Berücksichtigungsfähigkeit

Nach § 14 Abs. 4 S. 1 AEG ist mittels der Zugangsentgelte für Schienenwege die Summe der der Erbringung der Pflichtleistungen zurechenbaren Kosten zuzüglich einer marktüblichen Rendite auszugleichen. Ob eine Konzernumlage im Rahmen der Entgeltberechnung für den Zugang zu Schienenwegen berücksichtigungsfähig ist, hängt also davon ab, inwieweit diese Konzernumlage den Pflichtleistungen zurechenbar ist. Eine Zurechenbarkeit ist dann gegeben, wenn Kosten für zentral erbrachte Dienste umgelegt werden, die der Schienenwegbetreiber zur Erbringung der Pflichtleistungen andernfalls im eigenen Unternehmen hätte leisten müssen.

b. Zuschlüsselungsgrundsätze

Damit geht es im Rahmen der Prüfung von § 14 Abs. 4 AEG insbesondere um die Frage, ob eine angemessene Zuschlüsselungsmethode für die Konzernkosten angewandt wird. Im Rahmen der Zuschlüsselung einer Konzernumlage auf verschiedene Tochterunternehmen kommt eine Vielzahl von möglichen Methoden in Frage. Mögliche Größen, anhand derer bestimmte Kosten auf Tochterunternehmen verteilt werden können, sind beispielsweise:

- Lohnsummenverhältnis
- Umsatz
- Wertschöpfung
- Materialkosten
- Erwarteter bzw. tatsächlicher Nutzen
- Maschinenstunden

Der Konzernumlage kommt die Aufgabe zu, bestimmte Dienstleistungen wie z.B. EDV, Marketing oder Forschung und Entwicklung abzurechnen. Grundsätzlich soll dabei das Prinzip des Fremdvergleichs gelten, d.h., dass der Umlageschlüssel sich daran ausrichten hat, mit welchem Anteil sich ein unabhängiges Unternehmen bei Bezug der entsprechenden Leistung

an den Kosten beteiligt hätte.¹⁴⁹ Abweichend davon kann auch das Kriterium des erwarteten Nutzens angewandt werden.¹⁵⁰ In der betriebswirtschaftlichen Literatur wird eine Zuschlüsselungsmethode genau dann als angemessen betrachtet, wenn sie die Nutzung konzernübergreifender Dienste durch einzelne Konzerntöchter adäquat abbildet. Sowohl die OECD als auch die deutsche Finanzverwaltung gehen davon aus, dass der Umlageschlüssel im Rahmen von Konzernumlagen dem konkreten Verhältnis des erwarteten Nutzens der beteiligten Unternehmen entsprechen soll. In der Praxis wurde lange Zeit eine Zuschlüsselung anhand des Umsatzes bevorzugt, wogegen in jüngster Zeit auch andere Maßzahlen, wie z.B. Gewinne oder Wertschöpfung, herangezogen werden. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass dem Umsatz als Umlageschlüssel nach wie vor eine große Bedeutung in der Praxis zukommt, da viele Autoren der Auffassung sind, dass sich auch mit komplizierteren Methoden kaum ein besserer Schlüssel finden lässt. Darüber hinaus ist die Verwendung des Umsatzes als Umlageschlüssel verhältnismäßig einfach zu handhaben. Ob eine solche Zuschlüsselung aus regulatorischer Sicht angemessen ist, kann pauschal kaum beurteilt werden. Die Angemessenheit kann ausschließlich im jeweiligen Einzelfall anhand der konkreten Größen beurteilt werden. Eine weitere Konkretisierung auf dieser abstrakten Ebene erscheint uns an dieser Stelle nicht sinnvoll, da eine Angemessenheitsprüfung erst im Kontext der praktischen regulatorischen Arbeit sinnvoll möglich ist.

Auch an dieser Stelle sollte eine Methodenoffenheit bevorzugt werden, da unabhängig vom verwendeten Verfahren zunächst geprüft werden sollte, ob die Konzernumlage der regulierten Unternehmen und insbesondere der DB AG angemessen ist. Das Ziel der betriebswirtschaftlichen Angemessenheit kann sicherlich mit diversen Verfahren erreicht werden, weshalb die Festlegung auf ein bestimmtes Verfahren nicht sinnvoll ist. Ob eine Konzernumlage angemessen ist, wird auch von Seiten der Finanzverwaltung geprüft. Unter Umständen kann sich der Regulierer diese Teilentscheidung im Rahmen der Einschätzung der Angemessenheit der Konzernumlage zu Nutze machen.¹⁵¹

3. Serviceeinrichtungen

Eine solche restriktive Kostenzurechnung ist aufgrund des abweichenden Ansatzes des § 14 Abs. 5 AEG für den Bereich der Serviceeinrichtungen so nicht zu entnehmen. Maßgeblich ist innerhalb eines Vergleichsmarktverfahrens insoweit ohnehin ausschließlich der Maßstab des

¹⁴⁹ Vgl. Ditz, Der Betrieb 2004, 1949.

¹⁵⁰ Vgl. Ditz, Der Betrieb 2004, 1949 (1952). Eine detaillierte Diskussion sowie ein Anwendungsbeispiel für die Methode anhand von Prozessmengen findet sich auf den Seiten 1952 bis 1955.

¹⁵¹ Vgl. Lacher, Rechtsfragen der Unternehmensfinanzierung im Konzern, in: Krimphove/Tytco (Hrsg.), Praktiker-Handbuch Unternehmensfinanzierung, 2002, S. 514-515.

ermittelten Vergleichspreises, unabhängig davon, welche Kosten damit gedeckt werden. Wird innerhalb des Vergleichsverfahrens jedoch ein Kostenvergleich durchgeführt, kann auch darauf abgestellt werden, welche Konzernumlagen im Rahmen eines funktionsfähigen Wettbewerbs auf den Schienenwegbetreiber umgelegt werden würden. Gleiches gilt für die Erstellung eines analytischen Kostenmodells und einer Einzelkostenprüfung. Insoweit kann geprüft werden, inwieweit die Konzernumlage bei funktionsfähigem Wettbewerb gleichermaßen auf den Betreiber der Serviceeinrichtung umgelegt werden könnte.

III. Berücksichtigung kostenmindernder Erlöse

Kostenmindernde Erlöse sind einmalige und nicht wiederkehrende Einnahmeereignisse. Sie lassen sich daher von einem Unternehmen in der Preiskalkulation nur schwer und wenn nur im Rahmen einer Prognose berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund ist es fraglich, ob kostenmindernde Erlöse in der Entgeltbemessung überhaupt zu berücksichtigen sind. In der Energiewirtschaft hat sich der Gesetzgeber mit § 9 StromNEV und § 9 GasNEV für die Berücksichtigung kostenmindernder Erlöse entschieden, soweit sie sachlich dem Netzbetrieb zurechenbar sind. Dieser Maßstab greift auch hinsichtlich des Betriebs der Schienenwege. Denn nach dem Entgeltmaßstab des § 14 Abs. 4 S. 1 AEG sind insgesamt nur diejenigen Kosten auszugleichen, die durch die Erbringung der Pflichtleistungen entstehen. § 14 Abs. 4 S. 1 AEG lässt sich jedoch eine summenmäßige Betrachtung entnehmen, so dass insoweit auch einmalige Erlöse zu berücksichtigen und in Abzug zu bringen sind. Andernfalls läge ein Verstoß gegen die dem Vollkostenansatz inhärente Kostendeckelung vor. Voraussetzung ist jedoch – spiegelbildlich zu den zurechenbaren Kosten – dass die kostenmindernden Erlöse selbst der Erbringung der Pflichtleistungen zurechenbar sind. Das ist dann der Fall, wenn sie dem Geschäftsfeld der Pflichtleistungserbringung entstammen.

Problematischer ist im Weiteren, wie derartigen kostenmindernden Erlösen im Rahmen der Entgeltbemessung angemessen Rechnung getragen werden kann. Denn insoweit ist eine Zuschlüsselung auf den einzelnen Zugbetrieb nur schwer möglich. Anknüpfungspunkt kann hier jedoch die nach § 21 Abs. 5 EIBV zulässige Mittelung der Entgelte sein. Denn im Rahmen dieser Mittelung kann insoweit auch ein prognostisches Element bezüglich kostenmindernder Erlöse berücksichtigt werden.

Das gilt im Ergebnis in gleicher Weise für die Entgeltkontrolle nach § 14 Abs. 5 AEG. Die Einzelheiten hängen hier von der konkreten Methode der Ermittlung eines Preishöhenmissbrauchs ab. Sofern insoweit ein Vergleichsverfahren durchgeführt wird, sind die kostenmindernden Erlöse im Rahmen von Korrekturauf- und -abschlägen zu berücksichtigen. Das bedeutet, dass im Falle kostenmindernder Erlöse des regulierten Unternehmens, die so im Vergleichsmarkt nicht anfallen, das Vergleichsentgelt um diese Einmaleffekte bereinigt ermittelt werden muss. Genauso gilt umgekehrt, dass Einmaleffekte im Vergleichsland abgezogen

werden müssen, sofern diese beim regulierten Unternehmen nicht angefallen sind. Dies verlangt allerdings eine Kenntnis des Ausmaßes entsprechender Erlöse im Vergleichsland, die regelmäßig nicht vorliegen dürfte. Sofern insoweit eine begründete Vermutung besteht, bieten sich entsprechende Sicherheitsaufschläge an.

In der betriebswirtschaftlichen Literatur werden als typische Beispiele für kostenmindernde Erlöse Zins- und Beteiligungserträge genannt. Ein Beispiel für solche Posten sind Skontoerträge. Aus unserer Sicht werden diese Formen kostenmindernder Erlöse im Bereich des Netzes der DB Netz AG sicherlich keine besonders große Rolle spielen. Unter Umständen kommen im Bahnbereich eher aktivierte Eigenleistungen als kostenmindernde Erlöse in Frage. Hierbei handelt es sich um selbst erstellte Erzeugnisse des Anlagevermögens, welche nicht für den Verkauf vorgesehen sind. Dies sind regelmäßig selbst erstellte Maschinen und Gebäude, die zu Herstellungskosten aktiviert werden. Es stellt sich allerdings im Netzbereich der DB Netz AG die Frage, ob solche kostenmindernden Erlöse überhaupt häufig vorkommen werden, da der Gleisbau inzwischen von einer separaten Gesellschaft, der Deutsche Bahn Gleisbau GmbH, durchgeführt wird. Von dort bezogene Leistungen würden wiederum keine Eigenleistungen darstellen. Unter Umständen könnten Baukostenzuschüsse, wie sie auch im § 9 GasNEV im Gassektor und in § 9 StromNEV im Stromsektor berücksichtigt werden, im Falle der DB Netz AG kostenmindernde Erlöse darstellen, da von Seiten der öffentlichen Hand Zuschüsse in Form von Baukostenzuschüssen gewährt werden.¹⁵² Diese wären somit als kostenmindernde Erlöse in der Kosten- und Leistungsrechnung zu erfassen, wie sich auch aus den folgenden Ausführungen ergibt.

IV. Berücksichtigung öffentlicher Zuschüsse und Subventionen

Bei der Berücksichtigung öffentlicher Zuschüsse und Subventionen muss grundsätzlich zwischen allgemeinen und spezifischen Subventionen unterschieden werden (1.). Dabei stellt sich jedoch allgemein das Problem einer erheblichen Intransparenz der öffentlichen Mittelvergabe (2.).

1. Allgemeine und spezifische Subventionen und Zuschüsse

a. Unterscheidung zwischen allgemeinen und spezifischen Subventionen und Zuschüssen

Die Unterscheidung zwischen allgemeinen und spezifischen Subventionen und Zuschüssen richtet sich danach, welches Ziel mit der Vergabe der Subvention bzw. des Zuschusses ver-

¹⁵² Vgl. *Monopolkommission*, Die Privatisierung der Deutschen Bahn AG, Sondergutachten § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB 2006, S. 7.

folgt wird. In der Regel zielen Subventionen und Zuschüsse darauf ab, die Nutzerentgelte niedrig zu halten oder aber eine Investition zu ermöglichen, ohne dass die Nutzerentgelte erheblich ansteigen.¹⁵³ Die Differenzierung zwischen allgemeinen und spezifischen Subventionen und Zuschüssen bezieht sich darauf, ob dieser Effekt allen oder nur einem bestimmten Teil der Nutzer zugute kommen soll. Während sich allgemeine Subventionen und Zuschüsse gleichermaßen auf die Entgelte aller Nutzer auswirken, werden von spezifischen Subventionen und Zuschüssen nur bestimmte Nachfragergruppen begünstigt. Aus dieser Unterscheidung ergeben sich Unterschiede in Bezug auf die Berücksichtigung der Subventionen und Zuschüsse im Rahmen der Entgeltbemessung und Entgeltberechnung.

b. Behandlung allgemeiner Subventionen und Zuschüsse

Hinsichtlich der Zugangsentgelte zu Schienenwegen sind allgemeine Subventionen bereits im Rahmen des Entgeltmaßstabs von den tatsächlichen Vollkosten abzuziehen. Dies geschieht bei der allgemeinen Förderung von Investitionsprojekten etwa in Form der Absetzung der Zuschüsse von den Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten sowie der Verringerung der Abschreibungen. Als Ergebnis bleiben die dann noch berücksichtigungsfähigen Kosten, die zusätzlich einer Rendite durch die Entgelte zu decken sind. Dadurch, dass die Subventionen von den entstehenden Kosten abgezogen werden, wird sichergestellt, dass sich der Nutzen der Subvention bzw. des Zuschusses auf alle Nachfrager gleichermaßen verteilt. Denn die durch Entgelte zu deckenden Kosten werden insgesamt reduziert. In der Entgeltberechnung bedürfen allgemeine Subventionen und Zuschüsse damit keiner weiteren Berücksichtigung, da ihre Wirkung sich schon im Vorfeld der Entgeltberechnung durch die Senkung der zu deckenden Kosten entfaltet. Im Bereich der Zugangsentgelte für Schienenwege sind die im Wege des Vergleichsmarktverfahrens ermittelten Preise bei allgemeinen Subventionen entsprechend einer anteiligen Zuschlüsselung grundsätzlich zu bereinigen, so dass sich insoweit ein verringerter Vergleichspreis ergibt.

c. Behandlung spezifischer Subventionen und Zuschüsse

Anders verhält es sich bei spezifischen Subventionen und Zuschüssen. Dadurch, dass diese gerade keine allgemeine Wirkung entfalten sollen, können sie hinsichtlich der Entgelte zu Schienenwegen nicht schon auf der Ebene des Entgeltmaßstabs bei der Ermittlung der insgesamt zu deckenden Vollkosten berücksichtigt werden. Stattdessen sind die spezifischen Subventionen und Zuschüsse erst im Rahmen der Entgeltberechnung entsprechend ihrer intendierten Wirkrichtung von den Entgelten abzuziehen. Spezifische Subventionen und Zuschüsse sind also im Rahmen der Entgeltberechnung in Bezug auf die Entgelte der zu begünstigenden

¹⁵³ Freise, TranspR 2003, 265 (267).

Nachfragergruppe in Abzug zu bringen. Hinsichtlich der Entgelte für Serviceeinrichtungen ist auch hier der ermittelte Vergleichspreis entsprechend der staatlichen Förderung zu bereinigen.

Die Möglichkeit der besonderen Berücksichtigung spezifischer Investitionen sieht insoweit auch § 20 Abs. 1 EIBV für den Fall von Investitionen Dritter vor. Hier kann durch eine Vereinbarung darüber entschieden werden, in welcher Form diese Mittel bei der Entgeltbemessung Berücksichtigung finden sollen, auf welche Entgeltgruppen etwaige Vorteile also „durchgereicht“ werden sollen. Entscheidender Regelungsgehalt des § 20 EIBV ist dabei aber dessen Abs. 1 S. 2, der vorgibt, dass eine diskriminierende Berücksichtigung für unterschiedliche Zugangsberechtigte ausgeschlossen ist. Insoweit soll es Zugangsberechtigten unmöglich sein, sich durch die Finanzierung von Infrastrukturinvestitionen gegenüber anderen Zugangsberechtigten einen Vorteil zu erkaufen. Allerdings kann nach Abs. 1 S. 3 die Berücksichtigung der Finanzierungsmaßnahme auf ein Marktsegment beschränkt werden. Insoweit ist die Diskriminierungsfreiheit dann nur innerhalb dieses Marktsegments gewahrt. Diese Differenzierung nach Marktsegmenten stellt zugleich das hier dargelegte Charakteristikum spezifischer Subventionen dar, denn es werden nur einer Nutzergruppe, die ein spezifisches Marktsegment bildet, entsprechende Kostenvorteile gewährt.

Allerdings ergibt sich daraus noch nicht, inwieweit sich öffentliche Finanzierungsmaßnahmen auf die Entgeltberechnung auswirken bzw. auswirken müssen. In systematischer Hinsicht ist insoweit auf § 14 Abs. 4 S. 1 AEG abzustellen. Danach sind die Entgelte so zu bemessen, dass die insgesamt für die Erbringung der Pflichtleistungen anfallenden Kosten zuzüglich einer marktüblichen Rendite ausgeglichen werden. Soweit Investitionskosten der Erbringung der Pflichtleistungen zurechenbar sind, würde eine Nichtberücksichtigung entsprechender öffentlicher Finanzierungsmaßnahmen in der Entgeltberechnung dazu führen, dass sich der Nettoerlös des Schienenwegbetreibers deutlich erhöht. Das widerspricht jedoch regelmäßig der Intention der öffentlichen Finanzierungsmaßnahme, die neben dem Infrastrukturausbau vielmehr auf eine Reduzierung der Zugangsentgelte ausgerichtet sein wird. Schon insoweit liegt es im Interesse der öffentlichen Hand im Rahmen einer Vereinbarung nach § 20 Abs. 1 EIBV festzulegen, wie entsprechende Finanzierungen zu berücksichtigen sind. Doch selbst dann, wenn eine solche Vereinbarung nicht ausdrücklich getroffen wurde, ergibt sich insoweit aus der Vorgabe des § 14 Abs. 4 S. 1 AEG unmittelbar eine Berücksichtigungspflicht hinsichtlich der öffentlichen Mittel. Denn soweit es sich um Finanzierungsmaßnahmen für Infrastrukturmaßnahmen handelt, reduzieren sich die entsprechenden Kosten des Schienenwegbetreibers. Folglich können dann aber die Kosten nur verringert der Entgeltbemessung zugrunde gelegt werden.

d. Nichtberücksichtigung bei einer Renditeberechnung

Wichtig ist es schließlich, darauf hinzuweisen, dass sowohl bei allgemeinen als auch bei spezifischen Subventionen vor der Bemessung der Rendite eine Bereinigung der Investitionssummen um die Subventionen erfolgen muss. Andernfalls würde zweckwidriger Weise auf hoheitliche Subventionen eine Rendite gezahlt. Subventionen stellen jedoch bei betriebswirtschaftlicher Betrachtung ein kostenloses Fremdkapital dar, so dass schon aus dem Gedanken einer Kostenorientierung heraus keine Rendite zu zahlen ist, da keine entsprechenden Kosten entstehen (vgl. dazu auch E.I.3).

2. Überblick über die gegenwärtige Mittelvergabe / Intransparenz

Der Bund kommt seiner Infrastrukturverpflichtung im Eisenbahnsektor dadurch nach, dass er die Investitionen in das Bestandsnetz und Neu- und Ausbauvorhaben zu einem großen Teil trägt, vgl. § 8 Abs. 1 S. 1 BSWG. Bestandsnetzinvestitionen sind insbesondere Erneuerungsmaßnahmen, während Instandhaltung und Betrieb des Netzes Aufgaben des Eisenbahninfrastrukturunternehmens darstellen. Die Finanzierung der Infrastruktur lässt sich wie folgt darstellen.

Tabelle 1: Finanzierung der Bahninfrastruktur

	Finanzierungsverantwortung für	Finanzmittelquellen	Finanzierungsart
Bund	<ul style="list-style-type: none"> • Neu- und Ausbauinvestitionen • Bestandsnetzinvestitionen 	<ul style="list-style-type: none"> • Finanzmittel des Bundes 	<ul style="list-style-type: none"> • Baukostenzuschüsse • Zinslose Darlehen
DB Netz AG	<ul style="list-style-type: none"> • Neu-/Ausbauinvestitionen • Bestandsnetzinvestitionen • Instandhaltung • Betriebsführung 	<ul style="list-style-type: none"> • Erlöse aus Trassenentgelten • Eigenmittel 	<ul style="list-style-type: none"> • Cashflow • Fremdkapital

Quelle: Booz Allen Hamilton, Privatisierungsvarianten der Deutschen Bahn AG „mit und ohne Netz“, 2006, S. 137.

Im Jahr 2004 leistete der Bund folgende Zahlungen:

- nicht rückzahlbare Baukostenzuschüsse: 3,4 Mrd. Euro
- zinslose Darlehen 232 Mio. Euro.¹⁵⁴

Wie bereits oben ausgeführt, werden Baukostenzuschüsse als kostenmindernde Erlöse in die Kostenrechnung des Infrastrukturbetreibers aufgenommen. Dies geschieht in Form der Absetzung der Zuschüsse von den Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten sowie der Verringerung der Abschreibungen. Dieser allgemeine Grundsatz kann im Rahmen von zinslosen Darlehen nicht übertragen werden, da hier eine Rückzahlung der entsprechenden Mittel erfolgen muss. Allerdings sind insofern potenzielle Finanzierungsvorteile zu quantifizieren und nachfolgend abzuziehen. Dies sollte von der Regulierungsbehörde anhand des konkreten Einzelfalls entschieden werden.

Eine tiefer greifende Behandlung der Subventionen und Zuschüsse insbesondere an die DB Netz AG kann an dieser Stelle nicht erfolgen, da zu einer gezielteren Analyse der Einblick in die Kostenunterlagen der DB AG notwendig wäre. Denn die genauen Mittelflüsse einschließlich der unterschiedlichen Ausgestaltung der Finanzierungsmaßnahmen lassen sich frei verfügbaren Informationsquellen nicht entnehmen. Vielmehr besteht eine erhebliche Intransparenz in Bezug auf die Finanzierungsleistungen des Bundes an die Infrastrukturbetreiber einschließlich der DB AG. Das liegt nicht zuletzt auch daran, dass bislang Zuschüsse des Bundes nicht in der Bilanz der DB AG passiviert wurden und dementsprechend auch keine Abschreibungen vorgenommen wurden.¹⁵⁵ Folglich können auch dem Geschäftsbericht in dieser Hinsicht keine hilfreichen Informationen entnommen werden. Dem Regulierer bietet sich jedoch die Möglichkeit, die zur Erfassung der öffentlichen Subventionen und Zuschüsse erforderlichen Unterlagen im Rahmen der Anforderung der Kostennachweise vom regulierten Unternehmen einzuholen. Denn eine vollständige Kontrolle der den Entgelten zugrunde liegenden Kosten kann erst dann erfolgen, wenn eine genaue Kenntnis über die entsprechenden staatlichen Finanzierungsleistungen und deren Verwendung besteht (vgl. G.II.3.).

¹⁵⁴ Darüber hinaus existieren weitere Investitionsprogramme wie z.B. das „Zwei-Milliarden-Investitionsprogramm“, womit der Bund weitere Unterstützung im Rahmen des Infrastrukturerhalts sowie – aufbaus leistet.

¹⁵⁵ Vgl. Hellwig, Wirtschaftsdienst, Wie bringt man einen Verlustmacher an die Börse? Kritische Anmerkungen zur Privatisierung der DB AG, 2006, S. 506.

V. Kalkulatorische Abschreibungen und kalkulatorische Zinsen

Die Detailprobleme der kalkulatorischen Abschreibung lassen sich nur mit Blick auf konkrete Regulierungsprobleme lösen, die im Rahmen der Anwendung der Entgeltvorschriften auftauchen werden und vor dem Hintergrund einer Aufnahme der Kostenrechnungsstrukturen des regulierten Unternehmens. Vorliegend sollen insoweit erste grundlegende Hinweise erfolgen. Diese beziehen sich einerseits auf die normativen Vorgaben für kalkulatorische Abschreibungen (dazu 1.) und andererseits auf die diesbezüglich zu berücksichtigende Kapitalbasis (dazu 2.).

1. Normative Vorgaben für kalkulatorische Abschreibungen

a. Grundsätzliche Zulässigkeit kalkulatorischer Abschreibungen

Kalkulatorische Abschreibungen können dazu dienen, über die Abschreibung der tatsächlichen Anschaffungs- und Herstellungskosten hinaus eine substanzielle Kapitalerhaltung zu erreichen, indem einem ansteigenden Wiederbeschaffungswert und damit der tatsächlichen Wertminderung kostenrechnerisch Rechnung getragen wird. Insoweit handelt es sich bei kalkulatorischen Abschreibungen um einen festen Bestandteil der Kostenrechnung und Preiskalkulation eines Unternehmens, der dazu beiträgt, die Substanz der Sachmittel durch die Bildung entsprechender Rückstellungen langfristig zu sichern.

Vor diesem Hintergrund können auch kalkulatorische Abschreibungen als Kosten in der Entgeltbemessung berücksichtigt werden, sofern hierdurch die langfristige Erbringung der Pflichtleistungen gesichert wird. Das gilt jedenfalls in dem Maße, wie sich die kalkulatorischen Abschreibungen an der tatsächlichen Entwicklung der Wiederbeschaffungswerte orientieren. Gleichzeitig können sich die kalkulatorischen Abschreibungen nur auf solche Sachmittel beziehen, die für die Erbringung der Pflichtleistungen erforderlich sind. Das ergibt sich schon daraus, dass die Entgelte nur auf Grundlage der der Erbringung der Pflichtleistungen zurechenbaren Kosten bemessen werden dürfen.

Dieses Ergebnis bestätigt sich auch durch einen Vergleich mit den entsprechenden Vorgaben in der Energiewirtschaft. Insoweit hat der Gesetzgeber in § 6 Abs. 1 StromNEV und § 6 Abs. 1 GasNEV eine konkrete Regelung hinsichtlich der Behandlung kalkulatorischer Abschreibungen getroffen. Danach sind kalkulatorische Abschreibungen anstelle der Abschreibungen der tatsächlichen Anschaffungs- und Herstellungskosten im Rahmen der Entgeltkalkulation in Ansatz zu bringen. In der Begründung zum Verordnungsentwurf wird insoweit

ausdrücklich klargestellt, dass es sich bei der kalkulatorischen Abschreibung zum Zwecke der Substanzerhaltung um eine zulässige Entgeltkalkulationsmethode handelt.¹⁵⁶

b. Zugrunde zu legender Zeitraum

Fraglich ist dann allerdings noch, über welchen Zeitraum kalkulatorische Abschreibungen in Ansatz gebracht werden dürfen. Möglich ist hier zum einen der Zeitraum der bilanziellen Abschreibung des vorhandenen Sachmittels und zum anderen eine Abschreibung über den Zeitraum der tatsächlichen Nutzung. Sinnvoll ist insoweit ein Abstellen auf den Zeitraum der tatsächlichen Nutzung, denn dieser reicht über den bilanziellen Zeitraum regelmäßig hinaus. Steigende Wiederbeschaffungskosten nach Ablauf der bilanziellen Abschreibung könnten insoweit nicht mehr berücksichtigt werden. Das Ziel der Substanzerhaltung würde insoweit gefährdet. Allerdings ergibt sich bei der Ansetzung kalkulatorischer Abschreibungen über den vollen Zeitraum der tatsächlichen Nutzung die Gefahr, dass die so erwirtschafteten Rückstellungen tatsächlich über die Höhe der gestiegenen Wiederbeschaffungskosten hinausgehen. In § 9 Abs. 5 StromNEV wird dieser Gefahr insoweit Rechnung getragen, dass dieser Überschuss in der nachfolgenden Kalkulationsperiode kostenmindernd in Ansatz zu bringen ist. Umgekehrt ist eine Kosten steigernde Ansetzung zulässig, wenn die kalkulatorischen Abschreibungen nicht ausreichen, um die Wiederbeschaffungskosten zu decken. Diesem Ansatz ist in der Eisenbahnwirtschaft zu folgen.

c. Auswirkung einer langfristigen Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung

Wird eine langfristige Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung abgeschlossen, hat das erhebliche Auswirkungen auf die Ansetzung der kalkulatorischen Abschreibungen. Kalkulatorische Abschreibungen können nur noch insoweit angesetzt werden, als dass die Wiederbeschaffung nicht von der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung gedeckt ist. Denn andernfalls würden Rückstellungen auf der Basis kalkulatorischer Abschreibungen gebildet, bei denen schon im Voraus bekannt ist, dass sie zur Wiederbeschaffung der Sachmittel nicht erforderlich sind.

2. Regulatorische Kapitalbasis und Abschreibungsmethodik

Im Rahmen der Festlegung angemessener Abschreibungen stellt sich für den Regulierer (wie bei der Prüfung einer angemessenen Rendite auch) das Problem der Bestimmung einer adäquaten Kapitalbasis. In Großbritannien wird in diesem Kontext vom ORR das Konzept der Regulatory Asset Base (RAB) gleichermaßen für den Energiesektor als auch für den Eisen-

¹⁵⁶ Entwurf einer Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen (Stromnetzentgeltverordnung - StromNEV), BR-Drs. 245/05, S. 33.

bahnsektor verwendet. Die RAB im britischen Energiesektor entspricht in etwa dem Anlagevermögen in der vormaligen deutschen Systematik (Verbändevereinbarung).¹⁵⁷ In anderen Staaten, wie z.B. in der norwegischen Energieregulierung, wird hingegen auf einen Durchschnittswert der Ist-Kosten zurückgegriffen. Dabei bestimmt die Regulierungsbehörde anhand der angeforderten Kostenunterlagen bzw. des Jahresabschlusses Durchschnittswerte unter Zuhilfenahme verschiedener Zeitperioden. Dies sind i.d.R. drei bis fünf Jahre. Zur Bestimmung der RAB geht man vom Marktwert der Anlagen des regulierten Unternehmens zum Zeitpunkt der Privatisierung bzw. des Börsengangs aus und subtrahiert davon die Verschuldung. Dies wird auch als eine Sonderform einer „Historical Cost Asset Base“ bezeichnet. Vom ursprünglichen Marktwert ausgehend, werden die kumulativen Kapitalausgaben zu den historischen Kosten addiert und die kumulativen historischen Abschreibungen subtrahiert.¹⁵⁸ Die Berechnung der Kapitalbasis besitzt somit einen entscheidenden Anteil an der Amortisation von Investitionen.¹⁵⁹ Abschreibungen werden im Rahmen von Regulierungsverfahren i.d.R. linear bestimmt. Die Nutzungsdauer ist regelmäßig gesetzlich festgelegt bzw. wird nach den üblichen technischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten festgesetzt. Einen ausführlichen Überblick über entsprechende Verfahren und Werte aus dem Energiesektor in England, Wales, Dänemark, Niederlande, Norwegen und Deutschland aus dem Jahr 2001, zum Zeitpunkt der Verbändevereinbarung II, gibt die Studie von Frontier Economics und dem Energiewirtschaftlichen Institut der Universität zu Köln (2001). Hier werden auch konkrete Abschreibungszeiträume für diverse Positionen des Anlagevermögens (z.B. technische Gebäude in Dänemark werden über 40 Jahre abgeschrieben) genannt. Darüber hinaus werden alternative Methoden zur Berechnung der Kapitalbasis diskutiert.

Aus Praktikabilitätsabwägungen spricht einiges für eine Verwendung des britischen Ansatzes, da hier nicht nur Erfahrungen aus der konkreten Anwendung der Methode vorhanden sind, sondern durch die offene Informationspolitik der Regulierungsbehörde auch Werte für Abschreibungsdauern als Erfahrungswerte auch im Bahnbereich bekannt sind.

Alternativ könnte sicherlich auch auf die in der Regulierung des deutschen Energiesektors verwendete (abweichende) Methode zurückgegriffen werden, wodurch Informationen genutzt würden, die bereits innerhalb der Bundesnetzagentur vorhanden wären. Damit könnten methodische Probleme und Unklarheiten verhindert werden, da andere Abteilungen der Bundes-

¹⁵⁷ Vgl. *Frontier Economics*, Zusammenstellung von Kostenrechnungsansätzen für kalkulatorische Kosten von Stromnetzen (Transport und Verteilung) in den Ländern Norwegen, England/Wales, Dänemark und Niederlande, Kurzgutachten im Auftrag des BMWi 2001, S. 20.

¹⁵⁸ Vgl. *Knieps*, Zeitschrift für Betriebswirtschaft, Entscheidungsorientierte Ermittlung der Kapitalkosten in liberalisierten Netzindustrien, 2003, S. 1002.

¹⁵⁹ Vgl. *ORR*, Initial Assessment Review 2008, 2006, S. 62.

netzagentur bereits mit der Anwendung vertraut sind. In diesem Zusammenhang ist allerdings zu beachten, dass hier das Problem der Übertragbarkeit auf den Bahnsektor auftreten würde, wogegen die britische Methodik bereits im Bahnsektor erprobt ist.

3. Kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung

Die Frage einer kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung ist eine Frage der angemessenen Renditegewährung und wird daher unter E.I.1. behandelt.

VI. Berücksichtigung von Personalreserven

Inwieweit die durch die Bereithaltung von Personalreserven entstehenden Kosten in der Entgeltberechnung berücksichtigt werden können, lässt sich zunächst mit Hilfe des Entgeltmaßstabs beantworten. Danach können im Rahmen der Entgeltberechnung für Fahrwege nach § 14 Abs. 4 AEG alle Kosten berücksichtigt werden, die der Erbringung der Pflichtleistungen zurechenbar sind. Eine solche Zurechenbarkeit ist bei Kosten für die Bereithaltung einer Personalreserve gegeben, wenn die entsprechenden Personalreserven in nachvollziehbarer Weise, insbesondere aufgrund einer betriebswirtschaftlichen Gebotenheit den jeweiligen Pflichtleistungen zugeschlüsselt werden.

Ein spezifisches Problem ehemals staatlicher Unternehmen stellt jedoch der erhebliche Personalüberhang dar. Dieser ist regelmäßig gerade nicht betriebswirtschaftlich geboten und insoweit der Erbringung der Pflichtleistungen grundsätzlich nicht zurechenbar. Ob dennoch eine Berücksichtigung innerhalb der der Entgeltbemessung zugrunde zu legenden Kosten erfolgen kann, ist bereits in anderen Netzwirtschaften ein heftiger Streitpunkt. Eine Lösung dieser Problematik kann an dieser Stelle nicht erfolgen, da über die bloße Frage der Zurechenbarkeit insbesondere auch Fragen der Rechtsnachfolge und des Arbeitsrechts zu diskutieren sind, die den Umfang einer eigenständigen gutachterlichen Prüfung aufweisen. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass in der Telekommunikationswirtschaft diese Diskussion¹⁶⁰ am Maßstab der Kosten der effizienten Leistungserstellung geführt wird. Daher ist eine Übertragung etwaiger Ergebnisse mit Erschwernissen verbunden. Im Rahmen des Prüfungsprogramms des § 14 Abs. 5 AEG wird es mangels entsprechender effizienzorientierter Prüfungsvorgaben darum gehen zu kontrollieren, ob nicht ein Personalüberhang ungerechtfertigt überwiegend den Monopolbereichen zugeordnet wird.

¹⁶⁰ Siehe etwa jüngst den Antrag der DT AG auf Genehmigung einer erhöhten monatlichen Mietgebühr für die Teilnehmeranschlussleitung, die u.a. zur Begründung für die Erhöhung auf die „besonderen Lasten für den sozialverträglichen Personalabbau verweist“, vgl. den Bericht in der F.A.Z. v. 23.1.2007, S. 12.

Im Rahmen der Entgeltkontrolle für Serviceeinrichtungen nach § 14 Abs. 5 AEG ist hingegen ein strengerer Prüfungsansatz möglich. Hier ist davon auszugehen, dass im Wege einer Vergleichsmarktbetrachtung, einer Einzelkostenanalyse oder eines analytischen Kostenmodells zunächst überprüft wird, ob die Personalreserven angemessen sind. Im Rahmen einer Vergleichsmarktbetrachtung stößt dies regelmäßig an Erkenntnisgrenzen, da entsprechende Informationen kaum vorliegen. Letztlich können bei einer anreizorientierten Preishöhenmissbrauchskontrolle jedenfalls nur diejenigen Personalreserven kostenrechnerisch berücksichtigt werden, die im Rahmen des Kostensenkungsgleitpfads als angemessen angesehen werden.

VII. Zwischenergebnis

Gemäß § 21 Abs. 4 EIBV dürfen erhöhte Kosten, die eine **Verkehrsleistung** gegenüber anderen Verkehrsleistungen verursacht, nur für diese Verkehrsleistung berücksichtigt werden. Das bedeutet grundsätzlich, dass bei der Berechnung der Entgelte und somit bei der Erhebung der Aufschläge nicht nur nach Verkehrsleistungen differenziert werden kann, sondern muss. Das gilt allerdings angesichts der normhierarchisch vorrangigen und abweichenden Vorgabe des § 14 Abs. 4 S. 2 AEG nur, sofern eine mangelnde Differenzierung eine Diskriminierung im Sinne des § 14 Abs. 1 S. 1 AEG darstellen würde, weil Wettbewerber dadurch behindert werden. Innerhalb einer Verkehrsleistung kann der Ausgestaltung der Entgelte eine **Mischkalkulation zwischen verschiedenen Marktsegmenten** zugrunde gelegt werden. Diese Möglichkeit nach § 14 Abs. 4 S. 2 AEG wird durch § 21 Abs. 4 EIBV nicht eingeschränkt.

§ 21 Abs. 5 EIBV ermöglicht dem Schienenwegbetreiber eine **Mittelung der Entgelte** über einen angemessenen Zeitraum. Im Falle einer solchen Mittelung erfolgt also gerade keine Berechnung mehr auf Grundlage des unmittelbar stattfindenden Zugbetriebs. Dem Schienenwegbetreiber wird eine aufwendige Entgeltberechnung für jeden einzelnen Zugbetrieb erspart. Bei der Mittelung muss allerdings darauf geachtet werden, dass die Mittelung nur vergleichbare Zugleistungen zusammenfasst, um nicht den Kostenbezug aus den Augen zu verlieren. Dies wird in der gemeinschaftsrechtlichen Vorgabe des Art. 7 Abs. 6 S. 2 RL 2001/14/EG deutlicher. In zeitlicher Hinsicht ist es entsprechend dem Gedanken des § 22 Abs. 7 S. 2 EIBV angemessen, eine Mittelung auf den Zeitraum einer Fahrplanperiode zu beziehen. Allerdings ist auch insoweit die gemeinschaftsrechtliche Vorgabe des Art. 7 Abs. 6 S. 2 RL 2001/14/EG zu beachten. Treten Veränderungen im Bereich der unmittelbar aufgrund des Zugbetriebes anfallenden Kosten auf, die dazu führen, dass die gemittelten Entgelte zu den von den Verkehrsdiensten verursachten Kosten nicht mehr in Beziehung stehen, muss eine Anpassung der Mittelung erfolgen.

Insgesamt erstreckt sich die Möglichkeit der **Mittelung auf jeden einzelnen Entgeltbestandteil**. Sowohl das **Basisentgelt** als auch die **Aufschläge** können damit jeweils gemittelt erhoben werden, so dass in diesem Fall keine individuelle Berechnung des Entgelts für einen Zug-

betrieb erfolgen muss. Insoweit stellt § 21 Abs. 5 EIBV unter der (gemeinschaftsrechtlichen) Einschränkung der Orientierung an den tatsächlichen Kosten eine Typisierungserlaubnis dar. Der Verweis auf Abs. 2 und 4 in § 21 Abs. 5 EIBV stellt dabei ein Redaktionsversehen dar; zutreffend ist ein Verweis auf die Aufschläge in Abs. 2 und 3. Insoweit sollte das Gesetz de lege ferenda korrigiert werden.

Bei einer **Konzernumlage** handelt es sich um Gemeinkosten des Unternehmens mit den daraus resultierenden Zuschlüsselungsproblemen. Die Grenze der Berücksichtigungsfähigkeit der Konzernumlage in den der Entgeltberechnung zugrunde zulegenden Kosten ergibt sich unmittelbar aus dem entwickelten Kostenmaßstab. Nach § 14 Abs. 4 S. 1 AEG ist die Konzernumlage im Rahmen der Zugangsentgelte für **Schienenwege** insoweit berücksichtigungsfähig, wie ein angemessener Schlüssel für die Zuschlüsselung dieser Gemeinkostenposition angewandt wird. Auch an dieser Stelle sollte eine **Methodenoffenheit** bevorzugt werden, da unabhängig vom verwendeten Verfahren zunächst geprüft werden sollte, ob die Konzernumlage der regulierten Unternehmen und insbesondere der DB AG angemessen ist. Das Ziel der betriebswirtschaftlichen Angemessenheit kann mit verschiedenen Verfahren erreicht werden, weshalb die Festlegung auf ein bestimmtes Verfahren nicht sinnvoll ist. Ob eine Konzernumlage angemessen ist, wird auch von Seiten der Finanzverwaltung geprüft. Unter Umständen kann sich der Regulierer diese Teilentscheidung im Rahmen der Einschätzung der Angemessenheit der Konzernumlage zu Nutze machen.

Im Rahmen des Kostenmaßstabs des § 14 Abs. 5 AEG für den Zugang zu **Serviceeinrichtungen** hängt die weitere Prüfung von der angewandten Ermittlungsmethode für die Prüfung eines etwaigen Preishöhenmissbrauchs ab. Innerhalb eines Vergleichsmarktverfahrens ist insoweit ohnehin ausschließlich der Maßstab des ermittelten Vergleichspreises maßgeblich, unabhängig davon, welche Kosten damit gedeckt werden. Wird innerhalb des Vergleichsmarktverfahrens bereits ein Kostenvergleich durchgeführt, kann auch darauf abgestellt werden, welche Konzernumlagen auf funktionsfähigen oder regulierten Märkten auf den Schienenwegbetreiber umgelegt werden. Im Rahmen der Erstellung eines analytischen Kostenmodells kann insoweit eine hypothetische Prüfung erfolgen. Dann kann geprüft werden, inwieweit die Konzernumlage bei funktionsfähigem Wettbewerb gleichermaßen auf den Betreiber der Serviceeinrichtung umgelegt werden könnte.

Kostenmindernde Erlöse sind einmalige und nicht wiederkehrende Einnahmeereignisse. Sie lassen sich daher von einem Unternehmen in der Preiskalkulation nur schwer, und wenn nur im Rahmen einer Prognose berücksichtigen. Sie können im Rahmen der Entgeltbemessung für Schienenwege nach § 14 Abs. 4 AEG nur soweit berücksichtigt werden, wie sie **sachlich dem Netzbetrieb zurechenbar** sind.

Das gilt im Ergebnis in gleicher Weise für die Entgeltkontrolle nach § 14 Abs. 5 AEG für **Serviceeinrichtungen**. Die Einzelheiten hängen hier von der konkreten Methode der Ermittlung eines Preishöhenmissbrauchs ab. Sofern insoweit ein Vergleichsverfahren durchgeführt wird, sind die kostenmindernden Erlöse im Rahmen von Korrekturauf- und -abschlägen zu berücksichtigen. Das bedeutet, dass im Falle kostenmindernder Erlöse des regulierten Unternehmens, die so im Vergleichsmarkt nicht anfallen, das Vergleichsentgelt um diese Einmaleffekte bereinigt ermittelt werden muss. Genauso gilt umgekehrt, dass Einmaleffekte im Vergleichsland abgezogen werden müssen, sofern diese beim regulierten Unternehmen nicht angefallen sind. Dies verlangt allerdings eine Kenntnis des Ausmaßes entsprechender Erlöse im Vergleichsland, die regelmäßig nicht vorliegen dürfte. Sofern insoweit eine begründete Vermutung besteht, bieten sich entsprechende Sicherheitsaufschläge an.

Öffentliche Zuschüsse und Subventionen sind bei der Kostenrechnung insoweit zu berücksichtigen als sie im Rahmen der Vollkostenermittlung nach § 14 Abs. 4 S. 1 AEG in **Abzug** zu bringen sind. Das gilt auch für die Prüfung eines Preishöhenmissbrauchs gemäß § 14 Abs. 5 AEG. Vor diesem Hintergrund sind gerade bei der Anwendung des Vergleichsmarktkonzepts verschiedene Subventionszahlungen zu beachten. Im Übrigen ist zwischen allgemeinen und spezifischen Subventionen und Zuschüssen zu unterscheiden. Während erstere nur einem bestimmten Nutzerkreis etwa innerhalb einer Verkehrsleistung oder eines Marktsegments zugute kommen sollen, ist dies bei letzteren nicht der Fall. Allgemeine Subventionen und Zuschüsse sind von den insgesamt dem Infrastrukturbetreiber entstehenden Kosten abzuziehen. Spezifische Subventionen und Zuschüsse sind von den Kosten abzuziehen, die den entsprechenden Verkehrsleistungen bzw. Marktsegmenten zugeschlüsselt wurden. § 20 Abs. 1 S. 1 EIBV eröffnet für den Fall der Investitionen Dritter eine solche spezifische Zuschlüsselung. Diese darf aber nicht einzelne Zugangsberechtigte begünstigen, sondern nur Nachfragergruppen in einzelnen Verkehrsleistungen oder Marktsegmenten. Bei der **Renditebemessung** sind öffentliche Subventionen herauszurechnen.

Kalkulatorische Abschreibungen können als Kosten in der Entgeltbemessung insoweit berücksichtigt werden, als hierdurch die langfristige Erbringung der Pflichtleistungen gesichert wird. Das ist jedenfalls in dem Maße der Fall, wie sich die kalkulatorischen Abschreibungen an der **tatsächlichen Entwicklung der Wiederbeschaffungswerte** orientieren. Gleichzeitig können sich die kalkulatorischen Abschreibungen nur auf solche Sachmittel beziehen, die für die Erbringung der Pflichtleistungen erforderlich sind.

Fraglich ist allerdings dann noch, über welchen **Zeitraum** kalkulatorische Abschreibungen in Ansatz gebracht werden dürfen. Möglich ist hier zum einen der Zeitraum der bilanziellen Abschreibung des vorhandenen Sachmittels als auch eine Abschreibung über den Zeitraum der tatsächlichen Nutzung. Sinnvoll ist insoweit ein Abstellen auf den Zeitraum der tatsächlichen Nutzung, denn dieser reicht über den Zeitraum der bilanziellen Abschreibung der Sachmittel

regelmäßig hinaus. Sofern die dabei erwirtschafteten Rückstellungen über die Höhe der gestiegenen Wiederbeschaffungskosten hinausgehen, ist dieser Überschuss in der nachfolgenden Kalkulationsperiode kostenmindernd in Ansatz zu bringen. Umgekehrt besteht eine Möglichkeit der kostensteigernden Ansetzung, wenn die kalkulatorischen Abschreibungen nicht ausreichen, die Wiederbeschaffungskosten zu decken.

Wird eine langfristige **Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung** abgeschlossen, können kalkulatorische Abschreibungen nur noch insoweit angesetzt werden, als dass die Wiederbeschaffung nicht von der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung gedeckt ist.

Bei der Ermittlung der **Kapitalbasis** spricht aus Praktikabilitätsbetrachtungen einiges für eine Verwendung des britischen Regulierungsansatzes des Regulatory Asset Base, da hier nicht nur Erfahrungen aus der konkreten Anwendung der Methode vorhanden sind, sondern durch die offene Informationspolitik der Regulierungsbehörde Werte für Abschreibungsdauern als Erfahrungswerte bekannt sind. Abweichend könnte sicherlich auch auf Erfahrungen in der Regulierung des deutschen Energiesektors zurückgegriffen werden, wodurch Informationen genutzt würden, die bereits innerhalb der Bundesnetzagentur vorhanden wären. Hier bestünde aber das Problem der Übertragbarkeit auf den Bahnsektor.

Inwieweit die durch die Bereithaltung von **Personalreserven** entstehenden Kosten in der Entgeltberechnung berücksichtigt werden können, hängt vom anzuwendenden Entgeltmaßstab ab. Danach können im Rahmen der Entgeltberechnung für **Schienenwege** nach § 14 Abs. 4 AEG alle Kosten berücksichtigt werden, die der Erbringung der Pflichtleistungen zurechenbar sind. Dabei ist insbesondere darauf zu achten, dass Kosten für einen Personalüberhang nicht ungerechtfertigt in den Monopolbereich geschlüsselt werden. Im Rahmen der Entgeltkontrolle für **Serviceeinrichtungen** nach § 14 Abs. 5 AEG ist hingegen davon auszugehen, dass im Wege einer Vergleichsmarktbetrachtung, einer Einzelkostenanalyse oder eines analytischen Kostenmodells überprüft wird, ob die Personalreserven **angemessen** sind. Letztlich können bei einer anreizorientierten Preishöhenmissbrauchskontrolle nur diejenigen Personalreserven kostenrechnerisch berücksichtigt werden, die im Rahmen des Kostensenkungsgleitpfads als angemessen angesehen werden.

E. Rendite

Die Frage des Ausmaßes einer Renditekontrolle richtet sich zum einen danach, in welchem Umfang tatsächlich hohe Renditen von den regulierten Unternehmen erzielt werden. Sofern das nicht der Fall ist, erübrigt sich eine entsprechende Angemessenheitskontrolle (zu dieser insbesondere I.2.). Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass bei der Regulierung der Fahrwegentgelte die Ermittlung einer „Rendite, die am Markt erzielt werden kann“ auch für die Anwendung des Marktausschluss-Tests nach § 14 Abs. 4 S. 2 AEG erforderlich werden kann, da insoweit (mindestens) die „Grenzkosten + Rendite“ zu zahlen sind. Da der unter I. analysierte Renditebegriff wortgleich definiert wird mit demjenigen des Marktausschluss-Tests und keine Anzeichen dafür vorliegen, dass insoweit ein divergierender Maßstab formuliert werden sollte, gelten die entsprechenden Ausführungen auch für jenen Begriff. Eine Auseinandersetzung mit dem Renditebegriff ist vor diesem Hintergrund jedenfalls in mehrfacher Hinsicht von Bedeutung.

I. Rendite im Rahmen der Entgeltregulierung von Fahrwegen nach § 14 Abs. 4 AEG

Nach § 14 Abs. 4 S. 1 AEG kann der Schienenwegbetreiber in die Entgeltbemessung eine „Rendite, die am Markt erzielt werden kann“ einbeziehen. Unklar ist jedoch, was darunter konkret zu verstehen ist.

So stellt sich zunächst die Frage, ob auch nach nationalem Recht eine entsprechende kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung zulässig ist, wie sie etwa § 7 GasNEV im Gassektor oder § 7 StromNEV im Stromsektor vorsehen (dazu 1.). Sofern eine solche Eigenkapitalverzinsung grundsätzlich zulässig ist, ist des Weiteren zur Bestimmung der zulässigen Renditehöhe das eingesetzte Kapital zu ermitteln (dazu 2.). Was die Kapitalbasis anbelangt, kann auf die Bestimmung der Kapitalbasis für die kalkulatorischen Abschreibungen verwiesen werden (dazu oben D.V.2.).

1. Möglichkeit einer kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung

a. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben

Mit Blick auf die Möglichkeit einer kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung stellt sich zunächst die Frage, welche gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben insoweit greifen. Eine Untersuchung der RL 2001/14/EG ergibt insoweit, dass der Begriff „Rendite“ lediglich in deren Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 und damit nur im Rahmen der Entgeltgrundsätze (bzw. im Rahmen der Ausnahmen von diesen), nicht aber im Rahmen des Entgeltmaßstabes in Art. 6 Abs. 1 RL 2001/14/EG explizit erwähnt wird. Bei Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2001/14/EG handelt es sich jedoch um eine Vorgabe zur Mindesthöhe eines zu zahlenden Entgelts von „zahlungsschwachen“ Nachfragergruppen. Aus den dort angeführten „Grenzkosten + Rendite“ lässt sich kei-

nesfalls eine allgemeine Renditevorgabe ableiten, da ein Großteil der Rendite ja bei den Gemeinkosten anfällt, diesbezüglich aber keine nähere Vorgabe gemacht wird. Damit kann die Bestimmung lediglich als Indiz gewertet werden, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber von einer Renditegewährung ausgeht.

Dies indiziert auch die weitere Wortlautauslegung des Art. 6 Abs. 1 RL 2001/14/EG. Wenig weiterführend ist allerdings der Hinweis auf den Maßstab der „normalen geschäftlichen Umstände“ („normal business conditions“; „dans des conditions normales d’activité“). Letztlich ist diese Vorgabe nicht zuletzt angesichts des Zusammenhangs mit dem Verweis auf einen angemessenen Zeitraum so zu verstehen, dass auf den unter normalen Umständen innerhalb eines angemessenen Zeitraums berechneten Geschäftsbetrieb abzustellen ist. Vor diesem Hintergrund dürfen sowohl außergewöhnliche Einnahme- als auch Ausgabenereignisse nicht als Maßstab für die (aktuelle) Entgeltbemessung herangezogen werden. Es ist davon auszugehen, dass außergewöhnliche Umstände allenfalls langfristig entsprechend eingepreist werden müssen. Daraus kann jedenfalls keine konkrete Vorgabe für den Renditemaßstab entwickelt werden.

Unter diesen normalen geschäftlichen Umständen sollen sich die Einnahmen und die Infrastrukturkosten jedoch „zumindest“ ausgleichen. Aus dem Hinweis auf das „zumindest“ wird schon deutlich, dass eine Renditeerzielung jedenfalls zulässig und auch erwünscht¹⁶¹ ist. Zwingend vorgeschrieben ist sie danach jedoch nicht.

Die Berechtigung einer solchen Renditeerzielung folgt aber aus einer systematisch-teleologischen Betrachtung. Denn die avisierte Schaffung von Wettbewerb auf den Eisenbahnverkehrsmärkten setzt eine angemessene Investitionstätigkeit voraus. Diese verlangt aber eine marktübliche Rendite, da andernfalls keine Investitionsrisiken eingegangen werden. So betont die Begründungserwägung 34 der Richtlinie die Bedeutung von angemessenen Investitionsanreizen. Begründungserwägung 39 S. 2 verweist explizit darauf, dass die Mitgliedstaaten eine „Rendite, die der Markt tragen kann“, vorsehen dürfen. Schließlich würde im Übrigen eine sinnwidrige Privilegierung der Fremdkapitalfinanzierung erfolgen. Die Kosten, die durch eine Fremdkapitalfinanzierung entstehen, können nämlich problemlos als Kosten der Infrastrukturbereitstellung verstanden werden, während dies bei der Eigenkapitalverzinsung nicht gleichermaßen möglich ist.

Daher ist aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht davon auszugehen, dass eine angemessene, Investitionsanreize setzende Renditegewährung auch für die Eigenkapitalbereitstellung geboten

¹⁶¹ Skeptisch diesbezüglich Freise, TranspR 2003, 265 (275 f).

ist. Methodische Vorgaben für die Ermittlung einer solchen Rendite lassen sich daraus jedoch nicht ableiten.

b. Auslegung des § 14 Abs. 4 S. 1 AEG

Im nationalen Recht ist der Wortlaut des § 14 Abs. 4 S. 1 AEG in Bezug auf den Renditemaßstab zunächst insofern offen, als er auf die Rendite verweist, die am Markt erzielt werden kann. Damit wird keine zwingende Ausrichtung, sondern eine von den jeweiligen Marktverhältnissen abhängige Renditeermittlung normiert. Dann hängt das Ergebnis stark davon ab, auf welchen Markt abgestellt wird (dazu 2.a.).

Dieser Ansatz wird von der Genese bestätigt, wenn davon die Rede ist, dass ein mit Blick auf die Marktsituation angemessener Gewinn¹⁶² ausgekehrt werden soll. Viel stärker wird damit der Gesetzeswortlaut aber nicht konkretisiert, da auch danach unklar bleibt, auf welchen Markt abzustellen ist.¹⁶³

Bei einer systematischen Betrachtungsweise lassen sich weder dem Wortlaut des § 14 Abs. 4 AEG insgesamt noch dem gesamten Kontext des AEG weiter führende Hinweise entnehmen.

Allein in teleologischer Sicht spricht vieles dafür, dass eine kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung zulässig sein muss. Insoweit greifen die bereits im Rahmen der Analyse der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben angeführten Argumente, dass ohne eine derartige Verzinsung keine angemessenen Investitionsanreize für das Eigenkapital bestünden und der Eigenkapitaleinsatz diskriminiert würde.

Darüber hinaus ist nur so eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung möglich, da nach hiesiger Lesart des Gemeinschaftsrechts eine Eigenkapitalverzinsung grundsätzlich vorgesehen sein muss.

Schließlich spricht auch eine verfassungsrechtskonforme Auslegung dafür, eine angemessene Eigenkapitalverzinsung zuzulassen, da andernfalls ein hinreichender Schutz der Eigentumsfreiheit der privaten Betreiber von Schieneninfrastrukturen nach Art. 14 GG nicht gewährleistet wäre. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass einer derartigen Interpretation die diesbezüglich möglicherweise fehlende Grundrechtsberechtigung der DB AG als hoheitlich beherrschter juristischer Person des Privatrechts nicht im Wege steht, da die entsprechende Gesetzesformulierung

¹⁶² Beschlussempfehlung des Ausschusses für Bau-, Verkehr- und Wohnungswesen, BT-Drs. 15/4419, S. 17.

¹⁶³ So wohl auch Gerstner, in: Hermes/Sellner (Hrsg.), Beck'scher AEG-Kommentar, 2006, § 14, Rn. 186 ff.

lierung eine symmetrische Regulierung vorsieht und die übrigen Betreiber von Schieneninfrastrukturen gleichermaßen erfasst. Diese sind aber zumindest zum Teil in privater Hand¹⁶⁴ und werden damit vom persönlichen Schutzbereich der Eigentumsfreiheit erfasst. Eine vertieftere Prüfung ist jedoch nicht erforderlich, da das Auslegungsergebnis bereits eindeutig ist.

Als Ergebnis kann demnach festgehalten werden, dass eine kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung erforderlich ist.

2. Höhe der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung

Sodann stellt sich die Frage, was unter dem Maßstab einer am Markt erzielbaren Rendite zu verstehen ist, welche Höhe der Kapitalverzinsung also als marktüblich anzusehen ist.

a. „Angemessenheit“ als relevanter Maßstab

Hier wird in der Literatur die Frage aufgeworfen, auf welchen Markt abzustellen ist. So wird erwogen, auf den jeweils nachgelagerten Markt und dessen Nachfrageelastizität abzustellen.¹⁶⁵ Es wäre also zu prüfen, welche Rendite den die Infrastruktur nachfragenden Unternehmen aufgebürdet werden kann, ohne dass das Zugangsrecht leer läuft. Dies würde sich aber angesichts des weitgehend monopolistischen Engpasscharakters der bereit zu stellenden Infrastrukturen kaum um einen angemessenen Test handeln. So ist beispielsweise nicht einzusehen, warum eine höhere Monopolrendite eingefahren werden kann, nur weil die Nachfrageelastizität des betroffenen Marktes gering ist. Jedenfalls würde damit ein Renditemaßstab ermittelt werden, der im Bereich der Regulierung von Netzmonopolen absolut unüblich wäre.

So wird in der Energiewirtschaft (§ 21 Abs. 2 S. 1 EnWG) und in der Telekommunikationswirtschaft (§ 31 Abs. 2 TKG) auf eine „angemessene“ Verzinsung des eingesetzten Kapitals abgestellt. Es wird also danach gefragt, was angesichts der Regulierungsziele und der Marktgegebenheiten als angemessene Rendite anzusehen ist, die einerseits dem regulierten Unternehmen ein kostendeckendes und gewinnbringendes Entgelt ermöglicht, andererseits aber auch das Interesse an der Herstellung eines funktionsfähigen Wettbewerbs verfolgt, d.h. vor allem Entgelte zu gewährleisten sucht, die sich bei einem funktionsfähigen Wettbewerb einstellen würden.¹⁶⁶ Diese Regulierungsvorgaben entsprechen auch den Vorgaben des AEG.

¹⁶⁴ Siehe etwa die RP Eisenbahn GmbH, die Augsburger Localbahn GmbH.

¹⁶⁵ Gerstner, in: Hermes/Sellner (Hrsg.), Beck'scher AEG-Kommentar, 2006, § 14, Rn. 187 ff., der dies im Ergebnis – wenn auch mit anderer Begründung (zu geringe Rendite, die „gegen Null tendiert“) – ablehnt.

¹⁶⁶ Besonders deutlich insoweit das OVG NW, Beschluss vom 19. August 2005, 13 A 1521/03, Rn. 38.

So greift die eisenbahnregulatorische Zielvorgabe der Herstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs nicht nur auf der Ebene der Eisenbahnverkehrsleistungen, sondern auch auf der Ebene des Betriebs der Infrastrukturen. Das folgt aus dem klaren Wortlaut des § 1 Abs. 1 AEG. Trotz dieses klaren Wortlautbefunds wird in der Literatur vertreten, dass sich jene Vorgabe nur auf die „Schlüsselstellung von Infrastrukturbetreibern bei der Herstellung von Wettbewerb“ bezöge¹⁶⁷. Das Ergebnis einer solchen Interpretation wäre eine unnötige Dopplung bzw. ließe die zweite Stoßrichtung des Wettbewerbs in Bezug auf die Infrastrukturen leer laufen. Diese Auffassung wäre allerdings konsequent und überzeugend, wenn die Prämisse zuträfe, dass ein „wirksamer Wettbewerb“ im Sinne des § 1 Abs. 1 S. 1 AEG im Eisenbahnsektor nur dann gegeben sei, wenn – wie weiter behauptet wird – mehrere auf dem Markt für Schienenverkehrsleistungen tätige Eisenbahnunternehmen tatsächlich konkurrieren. Dies hätte zur Folge, dass wirksamer Wettbewerb im Infrastrukturbereich nicht möglich ist, weil grundsätzlich keine parallelen Infrastrukturen bestehen und insoweit nicht mehrere Unternehmen miteinander konkurrieren könnten. Ein solches Leitbild mehrerer konkurrierender Infrastrukturen ist aber für die Begründung von Wettbewerb keinesfalls zwingend. Ein wirksamer Wettbewerb setzt keinesfalls eine Mehrzahl von in einem sachlich und geografisch relevanten Markt agierenden Unternehmen voraus. So könnte in den Block der Eisenbahninfrastrukturangebote Wettbewerb durch eine Aufspaltung des Eigentums am Schienennetz von der Funktion des Betreibers erzeugt werden, mit dem Ziel, dass etwa ein Ausschreibungswettbewerb um den Betrieb geschaffen wird.¹⁶⁸ Auch kann in gewissem Umfang durch erfolgreiche alternative Betreiber von Schienenwegen, die stillgelegte Infrastrukturen kaufen, ein Wettbewerbsdruck von außen erzeugt werden.

Schließlich ist in genetischer Hinsicht aus den Gesetzgebungsmaterialien keinesfalls ersichtlich, dass eine Beschränkung des Wettbewerbs auf die Verkehrsebene erfolgen soll. Die Änderung des § 1 AEG geht auf die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen zurück und dort auf den Vorschlag, § 1 AEG entsprechend mit Blick auf eine Anpassung an das TKG zu ändern. In diesem ursprünglichen Vorschlag ist explizit von einer Wettbewerbsförderung auch im Bereich der Eisenbahninfrastruktur die Rede¹⁶⁹.

Danach sprechen gute Gründe dafür, die Wettbewerbsförderung – notfalls im Wege einer Ausschreibung – auch auf der Infrastrukturebene als Zielvorgabe des AEG anzusehen, auch

¹⁶⁷ *Hermes*, in: ders./Sellner (Hrsg.), Beck'scher AEG-Kommentar, 2006, § 1 Rn. 11.

¹⁶⁸ Denkbar wäre im Übrigen auch, dass durch Regulierung ein „Als-ob-Wettbewerb“ simuliert wird. Insoweit wäre allerdings zu Recht die Frage aufzuwerfen, ob das noch einen „wirksamen Wettbewerb“ im Sinne der besagten Norm darstellte.

¹⁶⁹ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, BT-Drs. 15/4419, S. 12.

wenn es primär um den Wettbewerb der Eisenbahnverkehrsunternehmen auf der Schiene geht. Unabhängig davon ist zu betonen, dass der Ausschluss einer überhöhten Rendite gerade auch für den Wettbewerb der Eisenbahnverkehrsunternehmen relevant ist, da diese ihre Endkunden nur dann erreichen, wenn sie keinen überzogenen Vorleistungspreisen unterliegen.

Vor dem Hintergrund einer insoweit ähnlichen Zielstruktur hinsichtlich der Schaffung von Wettbewerb im AEG und TKG und dem offenen Wortlaut des unbestimmten Rechtsbegriffs einer „Rendite, die am Markt erzielt werden kann“ ist der Angemessenheits-Ansatz aus der Telekommunikationsregulierung folglich auf das AEG übertragbar, auch wenn der Wortlaut des AEG bei der Renditebemessung nicht wie im TKG (und EnWG) explizit auf einen solchen Maßstab der Angemessenheit abstellt.¹⁷⁰

Dies ist auch mit der Gesetzesbegründung vereinbar, die auf einen der Marktsituation angemessenen Gewinn verweist.¹⁷¹

Vor diesem Hintergrund und der gemeinschaftsrechtlichen Vorgabe einer angemessenen Rendite sprechen die überwiegenden Gründe dafür, von einer angemessenen Rendite auch bei der Auslegung des § 14 Abs. 4 S. 1 AEG auszugehen. Dabei kann der im TKG anhand der Regulierungsziele konkretisierte Angemessenheits-Maßstab im Wesentlichen mit einem „Marktüblichkeits“-Maßstab gleich gesetzt werden, da es in beiden Fällen darum geht, einen angemessenen Ausgleich des regulierten Unternehmens und der Zugangspetenten herzustellen und dabei letztlich eine Näherung an eine Rendite unter hypothetischen Wettbewerbsbedingungen erfolgt.

Ein solcher für das AEG im Ergebnis bezüglich der Rendite strengerer Ansatz als hinsichtlich der Kosten kann gerade nicht mit dem Hinweis zurückgewiesen werden, dass eine derartige Parallele zum TKG schon deswegen nicht greift, weil dort eine Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung erfolgt und nicht wie im AEG eine Vollkostenorientierung. Ganz im Gegenteil besteht im deutschen Eisenbahnrecht angesichts der fehlenden Normierung von Anzelementen ohnehin ein gemeinschaftsrechtliches Umsetzungsdefizit bei der Entgeltermittlung „zugunsten“ der Schienenwegbetreiber. Daher ist ein (strenger) marktüblicher bzw. an der „Angemessenheit“ orientierter Renditemaßstab anzulegen. Ein solcher Maßstab wird auch dem Ziel gerecht, langfristig Investitionsanreize zu setzen, um so eine funktionsfähige Infrastruktur aufrecht zu erhalten.

¹⁷⁰ So im Ergebnis wohl auch *Gerstner*, in: Hermes/Sellner (Hrsg.), Beck'scher AEG-Kommentar, 2006, § 14 Rn. 186, und *Kramer*, in: Kunz (Hrsg.), Eisenbahnrecht, Losebl.-Slg. Stand 20. Ergl. Mai 2006, A 4.1, S. 198.

¹⁷¹ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, BT-Drs. 15/4419, S. 17.

b. Funktionsadäquatheit der Methode bei der Ermittlung einer angemessenen Rendite

aa. Grundlegende rechtliche Vorgaben

Gleichwohl bleibt die Aufgabe, die Methode zu bestimmen, um eine solche „marktübliche“ Rendite zu ermitteln. Dazu müssen die in der betriebswirtschaftlichen Praxis üblichen Renditebewertungsmethoden auf ihre Funktionsangemessenheit im vorliegenden Regulierungskontext geprüft werden. Das gilt insbesondere für die in der eisenbahnrechtlichen Literatur vorgeschlagene Ermittlungsmethode des WACC/CAPM-Ansatz¹⁷², da diese Methode jedenfalls in ihrer Anwendungsart seitens der DT AG von der Regulierungsbehörde in der Telekommunikationswirtschaft unter Billigung des OVG Münster¹⁷³ zurückgewiesen wurde.

Zunächst ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass der Marktüblichkeitsmaßstab nicht notwendig eine Vergleichsmarktbetrachtung verlangt, sondern auch analytisch ermittelt werden kann für eine Situation eines „Als-ob-Wettbewerbs“. Als Ausgangspunkt wäre zunächst die Renditeermittlung seitens des regulierten Unternehmens heranzuziehen. Ergänzend kann geprüft werden, was tatsächlich auf Eisenbahninfrastrukturmärkten für eine Rendite erzielt wird. D.h. es wird abgefragt, welche Renditen am Markt tätige Eisenbahn-Infrastrukturbetreiber erzielen. Dies kann jedoch allenfalls ein Indiz sein, da einerseits aufgrund des monopolistischen Charakters eine überhöhte Rendite denkbar ist, andererseits aber auch mangels hinreichender Renditeorientierung einzelner Infrastrukturbetreiber eine unangemessen niedrige Rendite möglich ist. Daher sollte zur Kontrolle geprüft werden, welche Renditen auf vergleichbaren ausländischen Märkten erzielt werden, insbesondere auf solchen Märkten, auf denen eine Renditekontrolle an einem vergleichbaren Maßstab erfolgt. Ebenso kann geprüft werden, was für eine Rendite Unternehmen in vergleichbaren Infrastrukturmärkten wie der Telekommunikations- und Energiewirtschaft erlangen und es kann sodann untersucht werden, inwiefern aufgrund divergierender Risiken ein Abschlag oder Aufschlag vorzunehmen ist.

Im Übrigen muss sich die Bundesnetzagentur bei der Prüfung der Angemessenheit der Renditeberechnung durch das regulierte Unternehmen von allgemeinen Zweckmäßigkeitserwägungen der verschiedenen Renditebemessungsmethoden und ihrer Situationsangemessenheit leiten lassen. So spricht für ein Benchmark, also für ein Abstellen auf regulierte Bahnmärkte im Ausland (z.B. Großbritannien, Schweden), dass dieser Maßstab verhältnismäßig einfach zu handhaben ist. Er weist allerdings die Nachteile einer fehlenden exakten Vergleichbarkeit und

¹⁷² Gerstner, in: Hermes/Sellner (Hrsg.), Beck'scher AEG-Kommentar, 2006, § 14 Rn. 190.

¹⁷³ OVG NW, Beschluss v. 19.8.2005, Az. 13 A 1521/03; abgedruckt in CR 2006, 101 ff.

einer Abhängigkeit von der Methodenwahl der jeweiligen Regulierungsbehörde auf. Kapitalmarktorientierte Methoden (CAPM und Erweiterungen) stellen hingegen zwar theoretisch fundierte Ermittlungsmethoden dar. Es besteht jedoch das Problem der Bestimmung geeigneter börsennotierter Vergleichsunternehmen und die Gefahr einer Verzerrung bei der Risikomessung. Eine Ableitung der Rendite aus den Bilanzdaten des regulierten Unternehmens hat ihrerseits wiederum den Vorteil verfügbarer Basisinformationen für sich, belässt dem regulierten Unternehmen aber Bilanzierungsspielräume, die zu Diskriminierungen genutzt werden können.

bb. Wirtschaftswissenschaftliche Hinweise zur Ermittlung der Kapitalkosten

Vor dem Hintergrund einer im Wesentlichen an Zweckmäßigkeitserwägungen orientierten Auswahl der Renditeermittlungsmethoden seitens der Bundesnetzagentur ist nach wenigen Hinweisen zur Vorgehensweise zur Bestimmung der Kapitalkosten (dazu (1.)) eine nähere Betrachtung der verschiedenen Verfahren zur Ermittlung der Eigenkapitalkosten erforderlich (dazu (2.)). Daraus können dann im Weiteren auch entsprechende Empfehlungen für das weitere Vorgehen der Bundesnetzagentur gezogen werden (dazu (3.)).

(1.) Vorgehensweise zur Bestimmung der Kapitalkosten

Im Rahmen der Ermittlung der Kapitalkosten ist es entscheidend, zwischen Eigen- und Fremdkapitalkosten zu differenzieren. Die Anteilseigner eines Unternehmens verlangen eine Rendite für die Bereitstellung des Eigenkapitals, während für die Nutzung des Fremdkapitals Zinsen an die Gläubiger abzuführen sind. Die Gesamtkapitalkosten werden aus diesem Grund als gewichteter Durchschnitt der Kosten für das Eigen- bzw. für das Fremdkapital berechnet, was auch als Weighted Average Cost of Capital (WACC) bezeichnet wird.¹⁷⁴ Mit Hilfe des WACC-Ansatzes wird somit ein gewichteter Durchschnitt der Eigen- und Fremdkapitalkosten ermittelt, wobei hier i.d.R. Marktwerte zur Berechnung herangezogen werden. Diese Art der Ermittlung der Kapitalkosten wird inzwischen von der Mehrheit der Regulierungsbehörden befürwortet.¹⁷⁵

¹⁷⁴ Vgl. Gerke/Bank, Finanzierung, 2003, S. 42.

¹⁷⁵ Vgl. Knieps, Zeitschrift für Betriebswirtschaft, Entscheidungsorientierte Ermittlung der Kapitalkosten in liberalisierten Netzindustrien, 2003, S. 996 sowie für ermittelte Werte in den Netzwirtschaften Großbritanniens S. 1001.

Zur Ermittlung von Fremdkapitalkosten lassen sich zwei Methoden unterscheiden:

1. die Ermittlung aus Rechnungslegungsdaten
2. die Ermittlung als Summe aus risikofreiem Zinssatz und unternehmensspezifischem Risikoaufschlag.

Da vorliegend ein Vollkostenansatz greift, ist es nur sachlogisch die erste Berechnungsmethode anzuwenden, da Fremdkapitalkosten wie sonstige Kostenpositionen zu erfassen und zuzuschlüsseln sind.

(2.) Schätzung der Eigenkapitalkosten

Daher ist allein die Schätzung bzw. Ermittlung der Eigenkapitalkosten von Belang. Insoweit werden unterschiedliche Ansätze verwendet. An dieser Stelle sei darauf verwiesen, dass nicht alle Methoden direkt auf die Regulierung des Bahnsektors in Deutschland angewendet werden können.¹⁷⁶ Allerdings kann die Kenntnis der Methoden im Rahmen eines Benchmarkings mit Werten, welche von ausländischen Regulierungsbehörden ermittelt wurden, von Vorteil sein, weshalb die Methoden hier thematisiert werden. Diese lassen sich in marktorientierte Bewertungsmethoden sowie Methoden auf der Basis von Buchwerten unterteilen und sind in der folgenden Tabelle dargestellt:

Methoden zur Schätzung der Eigenkapitalkosten:

Marktorientierte Methoden

- CAPM
- APT
- DCF-Modelle

Methoden auf der Basis von Buchwerten

- Comparable Earnings Standard
- Individualmethoden

¹⁷⁶ Diese Problematik beruht auf der Tatsache, dass Marktwerte i.S.d. CAPM i.d.R. nur dann existieren, wenn ein Unternehmen börsennotiert ist. Dies ist bei den Schienenwegbetreibern einschließlich der DB Netz AG zurzeit allerdings nicht der Fall.

Die Durchsicht der relevanten Literatur mit Bezug zur Ermittlung der Eigenkapitalkosten zu Regulierungszwecken zeigt, dass das Capital-Asset-Pricing-Model (CAPM) die vorwiegend genutzte marktorientierte Methodik darstellt. Von der Verwendung der Arbitrage Pricing Theory (APT) sowie der Discounted-Cash-Flow-Methode wird in weitaus geringerem Maße Gebrauch gemacht. Im folgenden Abschnitt wird aus diesem Grund überwiegend auf das CAPM mit seinen Vor- und Nachteilen abgestellt.

(a.) Marktorientierte Bewertungsmethoden

Die Intention der neoklassischen Kapitalmarkttheorie liegt in der Bestimmung einer objektiven Risikoprämie. Ihr zentraler Ansatz ist das CAPM.¹⁷⁷ Darin werden systematische und unsystematische Risiken unterschieden. Unsystematische Risiken können durch Portfoliobildung komplett ausgeschaltet werden. Dagegen ist dies bei systematischen Risiken nicht möglich, weshalb zur Übernahme dieser Risiken eine Risikoprämie von den Investoren gefordert wird.¹⁷⁸

Die Umsetzung dieses Modells in der Praxis bereitet einige Schwierigkeiten. Zunächst muss ein geeignetes Marktportfolio konstruiert werden, um die durchschnittliche Markttrendite zu schätzen. Zur Approximation eines Marktportfolios wird i.d.R. ein Aktienindex herangezogen. Dieser Aktienindex besteht natürlich überwiegend aus nicht regulierten Unternehmen. In diesem Kontext ist somit die Frage zu stellen, ob die Risiken dieser Unternehmen mit denen des regulierten Unternehmens überhaupt vergleichbar sind. Darüber hinaus existiert in der Literatur eine Debatte bezüglich der korrekten Durchschnittsbildung, auf die an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden soll.¹⁷⁹ Neben der Frage der einzubeziehenden Unternehmen, ist insbesondere die Frage des Schätzzeitraums von Bedeutung. Hier wird regelmäßig dahingehend argumentiert, dass der Schätzzeitraum möglichst lang sein sollte, um die Standardabweichung der geschätzten Werte, also ihre Streuung, niedrig zu halten.

Auch im Rahmen der Schätzung des Beta-Faktors können diverse Schwierigkeiten auftreten. Der Beta-Faktor ist ein Maß für das systematische Risiko, d.h. er misst das systematische Risiko des Unternehmens in Relation zum Marktrisiko. In diesem Kontext sind zur Ermittlung des Betas monatliche Renditen ihren täglichen Pendanten vorzuziehen, da Betas, welche aus

¹⁷⁷ Für einen detaillierten Überblick bezüglich des CAPM und seiner Eigenschaften siehe *Cochrane*, Asset Pricing, 2005, S. 152–165.

¹⁷⁸ Vgl. *Gerke/Bank*, Finanzierung, 2003, S. 242–243.

¹⁷⁹ Vgl. dazu *Pedell*, in: *Piepenbrock/Schuster/Ruhle* (Hrsg.), Regulierung und Kapitalmarktbewertung in der Telekommunikation, 2004, S. 68.

täglichen Renditen geschätzt werden, stärker fluktuieren.¹⁸⁰ Die Schätzung des Betas aus historischen Daten birgt darüber hinaus regulierungsspezifische Risiken. Sollten in der Schätzperiode starke Veränderungen bezüglich der Regulierung auftreten, spiegeln sich diese auch in den geschätzten Betas wider.

Aus der Kritik am CAPM wurde die APT entwickelt, welche ebenfalls die Bestimmung von Wertpapierrenditen zum Ziel hat. Diese hat allerdings in der Praxis aufgrund verschiedenster Probleme kaum Anwendung gefunden und wird deshalb hier nicht weiter vorgestellt.

Neben den bislang behandelten Modellen, existiert weiterhin die Klasse der Discounted-Cash-Flow-Modelle. Die Grundidee dieser Modelle besteht darin, die Kapitalkosten anhand erwarteter Cash Flows der Investoren und dem aktuellen Börsenkurs zu schätzen. Soll dieser Ansatz zu Regulierungszwecken genutzt werden, entstehen diverse Probleme, sowohl für konstante durchschnittliche als auch mit konstanter Wachstumsrate steigende Dividenden. Die DCF-Modelle betrachten immer das zukünftige Dividendenwachstum, was impliziert, dass sowohl die künftige Dividende als auch das Dividendenwachstum geschätzt werden müssen. Als Schätzmethode für das Dividendenwachstum werden sowohl die Schätzung aus historischen Daten als auch die Auswertung von Analystenprognosen vorgeschlagen. Den Schätzungen aus historischen Daten inhärent ist das Problem, dass aus ihnen nicht automatisch auf künftiges Unternehmensverhalten geschlossen werden kann, weil Faktoren wie z.B. die konjunkturelle Entwicklung oder inflationäre Tendenzen nur schwer berücksichtigt werden können. In Bezug auf die Zuhilfenahme von Analystenmeinungen wird in der Literatur kritisch angemerkt, dass diese im Regelfall stark subjektive Komponenten beinhalten und somit für regulatorische Zwecke zumindest als problematisch angesehen werden.¹⁸¹ Darüber hinaus besteht im Zusammenhang mit den DCF-Modellen ein aus regulatorischer Sicht ebenfalls wichtiges Problem. Die mit Hilfe der DCF-Modelle berechnete Rendite des regulierten Unternehmens wird unter anderem von den Preisen des Unternehmens determiniert. Diese werden wiederum reguliert. Daraus ergibt sich ein Zirkelschluss. Es ist nicht sinnvoll, eine Rendite zu regulieren, die bereits aufgrund regulierter Preise zustande gekommen ist.

Zusammenfassend kann man festhalten, dass marktorientierte Bewertungsverfahren, im Allgemeinen gleichbedeutend mit dem CAPM, von weiten Teilen der Regulierungsbehörden

¹⁸⁰ Vgl. *Pedell*, in: Piepenbrock/Schuster/Ruhle (Hrsg.), *Regulierung und Kapitalmarktbewertung in der Telekommunikation*, 2004, S. 67.

¹⁸¹ Auch weitere Ansätze wie z.B. die Rentention-Ratio-Method bringen gegenüber den oben vorgestellten Ansätzen kaum Vorteile. Vgl. dazu *Pedell*, in: Piepenbrock/Schuster/Ruhle (Hrsg.), *Regulierung und Kapitalmarktbewertung in der Telekommunikation*, 2004, S. 83.

anerkannt und trotz ihrer Nachteile aufgrund der grundsätzlich einfachen Handhabbarkeit genutzt werden.

(b.) Methoden auf der Basis von Buchwerten

Im Gegensatz zu den marktorientierten Bewertungsverfahren bestimmen buchwertgestützte Methoden die angemessene Verzinsung nicht mit Hilfe kapitalmarkttheoretischer Modelle. An dieser Stelle sollen sowohl der Comparable-Earnings-Standard als auch die so genannten Individualmethoden vorgestellt werden.

Dem Comparable-Earnings-Standard (CES) liegt die Idee zugrunde, dass regulierte Unternehmen die gleichen Renditen wie vergleichbare nicht regulierte Unternehmen mit ähnlichem Risiko erwirtschaften sollen. Die Renditen werden auf der Basis von Buchwerten einer großen Anzahl von ähnlichen nicht regulierten Unternehmen geschätzt. Diese Vorgehensweise wird damit begründet, dass hierdurch keinerlei regulatorische Einflüsse in den Renditen enthalten sind. Der Vorteil liegt unter anderem darin, dass das im Zusammenhang mit den DCF-Verfahren diskutierte Zirkularitätsproblem vermieden wird. Der CES ist allerdings nicht frei von Schwächen. Zunächst einmal sollte festgehalten werden, dass die auf der Basis von Buchwerten ermittelten Renditen keineswegs mit den tatsächlichen Renditen übereinstimmen müssen. Buchwerte stellen oftmals keine guten Indikatoren für die tatsächlichen Renditen dar, weil sie durch bilanztechnische Maßnahmen aufgrund bestimmter Bilanzierungsziele verzerrt sind.

Darüber hinaus muss man sich auch hier die Frage stellen, ob nicht regulierte Unternehmen ein sinnvoller Maßstab sind. Zum einen ist unklar, ob die Verzerrung zwischen Buchwert und tatsächlichem Wert bei ihnen nicht von der Verzerrung bei regulierten Unternehmen differiert. Zum anderen ist es fraglich, ob die Risikostruktur bzw. der Umfang des Risikos zwischen regulierten und nicht regulierten Unternehmen vergleichbar ist. Sollte beispielsweise das Risiko eines regulierten Unternehmens niedriger als das eines nicht regulierten Unternehmens sein, würde der CES zu einer Überschätzung der Kapitalkosten führen. Die Anwendung des CES unter Verwendung anderer nicht regulierter Unternehmen würde ebenfalls Probleme in sich bergen. Zum einen ist die Anzahl vergleichbarer regulierter Unternehmen gering und zum anderen würden diese eventuell anderen regulatorischen Regimen unterliegen, die nicht ohne weiteres vergleichbar sind. Dieser Kritikpunkt sollte aber nicht zwangsläufig zu einer Ablehnung der Methode führen, da ein Zahlenvergleich mit ausländischen regulierten Unternehmen dann sinnvoll sein kann, wenn die regulatorischen Maßnahmen in diesem Land als erfolgreich eingeschätzt und angemessen identifiziert werden können.

Davon abweichend können Buchwertmethoden auch als so genannte Individualmethoden angewendet werden. Individualmethoden ermitteln die Kapitalkosten ausschließlich aus den

Bilanzdaten des regulierten Unternehmens. Dadurch werden zwar die oben genannten Vergleichbarkeitsprobleme umgangen, die Schwierigkeiten hinsichtlich bilanzpolitischer Maßnahmen existieren aber auch hier. Außerdem stellt sich die Frage, ob das regulierte Unternehmen dadurch nicht einen gewissen Einfluss auf die Regulierungsentscheidungen bekommen könnte.

Als Fazit gelangt man zu der Erkenntnis, dass jede der diskutierten Methoden mit mehr oder weniger schwerwiegenden Problemen behaftet ist. Da in der regulatorischen Praxis aber eine Methodenauswahl getroffen werden muss, wird es letztendlich auf eine Kombination bestimmter Methoden hinauslaufen, um mögliche Schwächen auszugleichen (z.B. Vergleichbarkeitsprobleme kapitalmarktorientierter Methoden durch den ergänzenden Einsatz von buchwertgestützten Methoden ausgleichen). Kann das CAPM nicht angewendet werden, könnte stattdessen eine buchwertgestützte Individualmethode verwendet werden, welche durch die Verwendung des CAPM unter Zuhilfenahme vergleichbarer Unternehmen abgesichert wird.

(c.) Renditebestimmung in der Praxis der Eisenbahnregulierung Großbritanniens

Schließlich erscheint es hilfreich zu untersuchen, wie die Renditebestimmung in Großbritannien, dem Vorreiterland der Eisenbahnregulierung, erfolgt ist.

Insoweit ist zunächst festzuhalten, dass die britische Regulierungsbehörde den oben skizzierten RAB-Ansatz verwendet.¹⁸² Die eigentliche Renditeermittlung erfolgt dann in zwei Schritten. Im ersten Schritt werden die Fremdkapitalkosten bestimmt, damit der Betreiber der Schieneninfrastruktur in Großbritannien, seinen Zinsverpflichtungen nachkommen kann. Dies geschieht vor allem anhand des Ratings und den damit verbundenen Zinshöhen, die von den Ratingagenturen veröffentlicht werden. In diesem Kontext wird davon ausgegangen, dass Ratings und somit auch die Fremdkapitalkosten im Allgemeinen über längere Zeiträume stabil sind und dementsprechend Prognosen über künftige Fremdkapitalkosten erlauben.¹⁸³

In einer zweiten Stufe wird dann ermittelt, welche darüber hinausgehende Rendite dem Unternehmen gewährt werden soll. Im Gegensatz zu den meisten anderen Regulierungsbehörden in Großbritannien hat das Office of the Rail Regulator (ORR) hier keine kapitalmarktorientierten Modelle verwendet. Der Verzicht auf eine marktbasierende Ermittlung der Eigenkapital-

¹⁸² Vgl. *Office of Rail Regulation, Access Charges Review 2003: Final Conclusions*, 2003, S. 30; die Modifikation wird notwendig, da das Infrastrukturunternehmen in Großbritannien ebenfalls nicht börsennotiert ist.

¹⁸³ Vgl. zum Thema Rating *Pellens et al.*, *Internationale Rechnungslegung*, 2004, S. 42 f.

kosten wird damit begründet, dass das Infrastrukturunternehmen in Großbritannien keine börsennotierte Aktiengesellschaft sei und eine Ermittlung durch z.B. das CAPM daher nicht zweckmäßig erscheint. Dieses Argument ist schon deshalb interessant, weil die Schienenwegbetreiber einschließlich der DB AG bislang ebenfalls nicht börsennotiert sind und aus diesem Grund ebenfalls eine marktorientierte Bewertung problematisch erscheint. Stattdessen wird in Großbritannien ein zweistufiger Ansatz verfolgt:

1. Benchmarking: Vergleich der Rendite ähnlicher Unternehmen
2. Modellsimulation: Rate of Return als Ergebnis von Cash-Flow-Analysen.

Im Rahmen des Benchmarkings greift die Regulierungsbehörde in Großbritannien insbesondere auf Renditen anderer regulierter Unternehmen zurück. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass die übrigen britischen Regulierungsbehörden sehr wohl auf Modelle wie das CAPM zurückgreifen und ORR deshalb indirekt doch auf kapitalmarkttheoretische Methoden vertraut. Die folgende Tabelle gibt über die Höhe solcher Renditen einen Überblick:

Von britischen Regulierungsbehörden genehmigte Renditen:

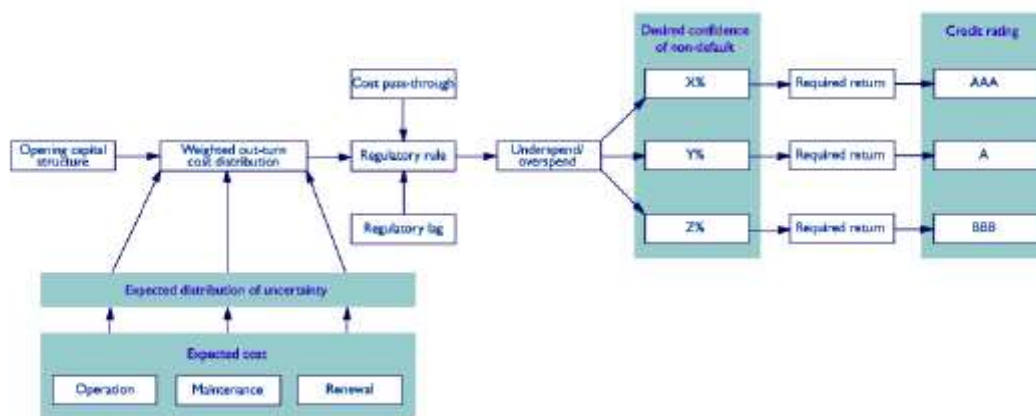
Sector	Regulator	Pre-tax return
Rail	ORR	8,0%
Water and sewerage	Ofwat	6,8%
Electricity transmission	Ofgem	6,25%
Electricity distribution	Ofgem	6,5%
Gas transmission	Ofgem	6,25%
Gas distribution	Ofgem	6,25%
Airports	CAA	7,75%

Quelle: ORR, Access Charges Review 2003, Final Conclusions, 2003, S. 190.

Letztendlich wurde für die Reviewperiode 2004 bis 2008 eine Rendite vor Steuern von 6,5 bis 7% auf die Regulatory Asset Base (RAB) genehmigt. Damit wich ORR von seiner vorherigen genehmigten Rendite von 8,0% nach unten ab und korrigierte sich somit anhand der für die übrigen Netzsektoren festgelegten Renditen. Dies wurde vom Anbieter der Infrastruktur vor

allem deswegen kritisiert, weil das Unternehmen seiner Auffassung nach wesentlich höheren unternehmerischen Risiken ausgesetzt ist als die übrigen regulierten Unternehmen. Zur Begründung der höheren Risiken führt das Unternehmen v.a. an, dass es nur wenige große Kunden besitzt und vom Ausfall eines Kunden durch Konkurs extrem stark betroffen wird. Bevor die Genehmigung erteilt wird, überprüft ORR seine Ergebnisse mit Hilfe einer Simulationsanalyse, die im folgenden Schaubild skizziert wird:

Simulationsanalyse zur Prüfung der Plausibilität der mit Benchmarking ermittelten Rendite:



Quelle: ORR, Reviewdocumentation, Final Conclusion, 2003, S. 127.

In diesem Ansatz, der in den Konsultationsdokumenten ausführlich geschildert wird, betrachtet man die Rendite als Ergebnis unterschiedlicher Cash Flows des Unternehmens und kann so verschiedenste Situationen simulieren.

An dieser Stelle sei noch darauf verwiesen, dass die Einbeziehung weiterer vorgeschlagener Benchmarks, insbesondere nicht regulierter Unternehmen, unter Verweis auf Vergleichbarkeitsprobleme unterlassen wurde.

3. Relevante Kapitalbasis

Im Rahmen der meisten der oben diskutierten Ansätze ist die Bestimmung der Kapitalbasis des regulierten Unternehmens von entscheidender Bedeutung. Grundsätzlich kann die Kapitalbasis ebenfalls auf der Basis von Markt- oder von Buchwerten ermittelt werden. Berechnet man die Kapitalbasis unter Zuhilfenahme von Marktwerten, wird i.d.R. der Wert direkt nach Börsengang des privatisierten Unternehmens verwendet, wobei dies verdeutlicht, dass dazu eine Börsennotierung vorhanden sein muss. Die Ermittlung auf Basis der Buchwerte hat den Vorteil, dass keine Abhängigkeit von einer potenziellen Börsennotierung existiert, und somit auf Rechnungslegungsunterlagen des Unternehmens zurückgegriffen werden kann. Dabei dürfen die Einflussmöglichkeiten aufgrund von Bilanzierungsspielräumen des Unternehmens

nicht unterschätzt werden. Knieps führt an, dass eine entscheidungs- und zukunftsorientierte Bewertung von den britischen Regulierungsbehörden grundsätzlich akzeptiert wird, eine konsequente Umsetzung dieses Konzepts in der Praxis allerdings bisher fehlt.¹⁸⁴

In der Regulierungspraxis in Großbritannien wird hingegen der Regulatory-Asset-Base-Ansatz (RAB) verwendet. Der RAB-Ansatz soll an dieser Stelle nicht weiter diskutiert werden. Diesbezüglich kann auf die Ausführungen zur Kapitalbasis im Kapitel kostenrechnerische Einzelfragen verwiesen werden.¹⁸⁵ In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die RAB keineswegs mit dem Marktwert und somit den Opportunitätskosten des eingesetzten Kapitals übereinstimmen, dementsprechend stimmen aufgrund von RAB bzw. Marktwert ermittelte WACC-Werte ebenfalls nicht mehr überein. An dieser Stelle sei auf die Arbeit von Pedell (2006) verwiesen, der ein Konzept entwickelt, mit dessen Hilfe eine für regulatorische Zwecke geeignete Kapitalbasis bestimmt werden kann und die ausführlich die Gründe für Differenzen zwischen Buch- und Marktwerten regulierter Unternehmen diskutiert.¹⁸⁶

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass bei der Bestimmung der Kapitalbasis darauf zu achten ist, dass nicht auf hoheitliche Subventionen eine entsprechende Rendite gewährt wird (vgl. dazu schon oben D.IV.1.d.).

4. Empfehlungen für die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der methodische Ansatz, den die Bundesnetzagentur zur Renditeermittlung wählt, ebenso wie der angemessene Aufwand davon abhängig ist, zu welchem Zweck eine entsprechende Renditeermittlung erfolgt. So kann für die Prüfung, ob der Marktausschluss-Test eingehalten worden ist, eine zurückgenommene Prüfungsdichte angezeigt sein, sofern auf diese Weise einfach ermittelt werden kann, ob diesbezüglich eine unzulässige Vollkosten-Zuschlüsselung erfolgt. Im Übrigen wird sich die Bundesnetzagentur einen Überblick über die – insbesondere im Schienenwegbereich – zurzeit tatsächlich erzielten Renditen verschaffen müssen, um den Aufwand in Relation zu etwaigen akuten Missbrauchspotenzialen zu halten.

Im Übrigen sollte, sofern eine umfassende Ermittlung der angemessenen Rendite erforderlich wird, aufgrund der spezifischen Verhältnisse in Deutschland zunächst auf buchwertorientierte

¹⁸⁴ Vgl. Knieps, Zeitschrift für Betriebswirtschaft, Entscheidungsorientierte Ermittlung der Kapitalkosten in liberalisierten Netzindustrien, 2003, S. 1002.

¹⁸⁵ Siehe unter D.V.2..

¹⁸⁶ Vgl. Pedell, Regulatory Risk and the Cost of Capital, Determinants and Implications for Rate Regulation, 2006, S. 119–161.

Methoden zurückgegriffen werden, da ein Börsengang der Schienenwegbetreiber einschließlich der DB Netz AG bislang nicht erfolgt ist und somit die Anwendungsmöglichkeiten marktorientierter Verfahren nicht gegeben sind. Um potenziellen Problemen durch Bilanzierungsspielräume der Schienenwegbetreiber einschließlich der DB Netz AG vorzubeugen, empfiehlt sich eine unterstützende Anwendung von Benchmarkverfahren. Hier sollten primär die gut verfügbaren Werte aus Großbritannien verwendet werden. Ergänzend ist auch die Einbeziehung von Erfahrungen aus anderen inländischen Netzindustrien denkbar. In diesem Kontext sei darauf hingewiesen, dass dies auch in Großbritannien praktiziert und als praktikabel erachtet wird. Selbstverständlich existieren auch hier Vergleichbarkeitsprobleme in Bezug auf die vorhandenen Vergleichsmärkte. Diese scheinen aber nicht so gravierend zu sein, dass von der Anwendung eines Vergleichsmarktverfahrens abzuraten ist.

In Bezug auf die Kapitalbasis erscheint eine Ermittlung auf der Basis von Buchwerten angemessen, da die RAB stark marktorientiert ist und eine Börsennotierung der Schienenwegbetreiber einschließlich der DB Netz AG bislang nicht existiert. Eine solche ist zwar zur Verwendung der RAB nicht zwingend erforderlich und könnte durch eine marktorientierte Unternehmensbewertung substituiert werden, würde aber die Anwendung stark vereinfachen.

III. Berücksichtigung einer Rendite im Rahmen der Regulierung der Serviceeinrichtungen nach § 14 Abs. 5 AEG

Mit Blick auf die Renditeermittlung innerhalb des § 14 Abs. 5 AEG könnte auf den ersten Blick bereits in Frage gestellt werden, ob hier überhaupt eine marktübliche Rendite zu berücksichtigen ist, da der Wortlaut anders als § 14 Abs. 4 S. 1 AEG eine solche nicht erwähnt. Allerdings ist dies bei der Formulierung eines Missbrauchsverbots auch nicht erforderlich, weil eine Missbrauchskontrolle die Akzeptanz einer angemessenen Rendite automatisch impliziert. Insofern kann auf die Methode der Prüfung eines Preishöhenmissbrauchs verwiesen werden, die auch mit Blick auf die Prüfung der Rendite Anwendung findet. D.h. insbesondere, wenn ein Vergleichsmarktverfahren durchgeführt wird, müssen dabei auch vergleichbare Renditen bzw. die jeweiligen Eigenkapitalverzinsungen ermittelt werden. Im Übrigen finden im Ergebnis dieselben Methoden Anwendung wie im Rahmen der Renditeermittlung nach § 14 Abs. 4 AEG.

IV. Zwischenergebnis

Aus **gemeinschaftsrechtlicher Sicht** ist davon auszugehen, dass eine **angemessene, Investitionsanreize setzende Renditegewährung** auch für die Eigenkapitalbereitstellung geboten ist. Methodische Vorgaben für die Ermittlung einer solchen Rendite lassen sich daraus jedoch nicht ableiten.

Angesichts der expliziten Normierung eines Vollkostenmaßstabs zuzüglich einer Rendite in § 14 Abs. 4 S. 1 AEG ist eine **kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung** auch nach **nationalem Recht** zulässig.

Wesentlich offener ist hingegen die Beantwortung der Frage, was unter einer „Rendite, die am Markt erzielt werden kann“, zu verstehen ist. Hier ergibt die Auslegung, dass insoweit nicht auf die tatsächliche Durchsetzbarkeit auf dem nachgelagerten Markt abzustellen ist, sondern auf eine **marktübliche Rendite**. Insoweit kann trotz abweichenden Wortlauts der **Angemessenheits-Maßstab** aus der Telekommunikationsregulierung übertragen werden.

Gleichwohl bleibt die Aufgabe, die **Methode** zu bestimmen, um eine solche „marktübliche“ Rendite zu ermitteln. Dazu müssen die in der betriebswirtschaftlichen Praxis üblichen Renditebewertungsmethoden auf ihre Funktionsangemessenheit im vorliegenden Regulierungskontext geprüft werden. Das gilt insbesondere für die in der eisenbahnrechtlichen Literatur vorgeschlagene Ermittlungsmethode des WACC/CAPM-Ansatzes, da diese Methode jedenfalls in ihrer Anwendungsart seitens der DT AG von der Regulierungsbehörde in der Telekommunikationswirtschaft unter Billigung des OVG Münster zurückgewiesen wurde. Diese Sondersituation lässt sich auf den vorliegenden Regulierungszusammenhang jedoch nur sehr bedingt übertragen.

Im Übrigen muss sich die Bundesnetzagentur bei der Prüfung der Angemessenheit der Renditeberechnung durch das regulierte Unternehmen von **allgemeinen Zweckmäßigkeitserwägungen** der verschiedenen Renditebemessungsmethoden und ihrer Situationsangemessenheit leiten lassen. So spricht für ein **Benchmark**, also für ein Abstellen auf regulierte Bahnmärkte im Ausland (z.B. Großbritannien, Schweden), dass dieser Maßstab verhältnismäßig einfach zu handhaben ist. Er weist allerdings die Nachteile einer fehlenden exakten Vergleichbarkeit und einer Abhängigkeit von der Methodenwahl der jeweiligen Regulierungsbehörde auf. **Kapitalmarktorientierte Methoden** (CAPM und Erweiterungen) stellen hingegen zwar theoretisch fundierte Ermittlungsmethoden dar. Es besteht jedoch das Problem der Bestimmung geeigneter börsennotierter Vergleichsunternehmen und die Gefahr einer Verzerrung bei der Risikomessung. Eine Ableitung der Rendite aus den **Bilanzdaten** des regulierten Unternehmens hat ihrerseits wiederum den Vorteil verfügbarer Basisinformationen für sich, belässt dem regulierten Unternehmen aber Bilanzierungsspielräume, die zu Diskriminierungen genutzt werden können.

Ohne weitere Prüfung der Unterlagen der regulierten Unternehmen lässt sich abstrakt lediglich feststellen, dass die Bundesnetzagentur zur Überprüfung der Angemessenheit der Rendite grundsätzlich auf **sämtliche drei Berechnungsmethoden** – gegebenenfalls auch kombiniert – zurückgreifen kann, um die Marktüblichkeit der vom regulierten Unternehmen ermittelten Rendite zu prüfen. Sie darf die Art und Weise der Berechnung der Rendite durch das regulier-

te Unternehmen allerdings nur dann zurückweisen, wenn diese aufgrund fallbezogener Überlegungen mit den Regulierungszielen des AEG nicht vereinbar ist.

Aufgrund der spezifischen Verhältnisse in Deutschland dürfte es sich im Übrigen anbieten, im Rahmen der Renditeermittlung zunächst auf **buchwertorientierte Methoden** zurückzugreifen, da ein Börsengang der Schienenwegbetreiber einschließlich der DB Netz AG bislang nicht erfolgt ist und somit die Anwendungsmöglichkeiten kapitalmarktorientierter Verfahren stark eingeschränkt sind. Um potenziellen Problemen durch Bilanzierungsspielräume der Schienenwegbetreiber einschließlich der DB Netz AG vorzubeugen, empfiehlt sich eine unterstützende Anwendung von **Benchmarkverfahren**. Hier sollten primär die gut verfügbaren Werte aus Großbritannien verwendet werden. Ergänzend ist auch die Einbeziehung von Erfahrungen aus anderen inländischen Netzindustrien denkbar. In diesem Kontext sei darauf hingewiesen, dass dies auch in Großbritannien praktiziert und als praktikabel erachtet wird.

In Bezug auf die **Kapitalbasis** erscheint eine Ermittlung auf der Basis von Buchwerten angemessen, da die RAB stark marktorientiert ist und eine Börsennotierung der Schienenwegbetreiber einschließlich der DB Netz AG bislang nicht existiert. Eine solche ist zwar zur Verwendung der RAB nicht zwingend erforderlich und könnte durch eine marktorientierte Unternehmensbewertung substituiert werden, würde aber die Anwendung stark vereinfachen.

Auch **de lege ferenda** ist von der Normierung einer spezifischen Berechnungsmethode abzuraten, da sie eine angemessene situative Reaktion auf unterschiedliche regulierte Unternehmen und unterschiedliche Regulierungssituationen ausschließt.

In Bezug auf die **Serviceeinrichtungen** ergibt sich im Übrigen die Renditebemessung aus den allgemeinen Ausführungen zum Entgeltmaßstab und der Feststellung eines Preishöhenmissbrauchs. Im Rahmen dieser Prüfung ist eine angemessene Rendite zu ermitteln, wobei hier insbesondere die Anwendung der Vergleichsmarktmethode auch für die Renditeermittlung zweckmäßig erscheint. Im Übrigen sind dieselben Zweckmäßigkeitsüberlegungen wie bei der Renditeprüfung für Schienenwegentgelte anzustellen und es ist zu untersuchen, ob die angewandte Renditeermittlungsmethode den Regulierungsvorgaben entspricht. So muss etwa vermieden werden, dass diese Methode Diskriminierungs- und Quersubventionierungsspielräume ermöglicht, wie es das OVG Münster etwa für die WACC/CAPM-Methode für die Ermittlung der Rendite im Festnetzbereich der DT AG festgestellt hat.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der methodische Ansatz, den die Bundesnetzagentur zur Renditeermittlung wählt, ebenso wie der **angemessene Aufwand** davon abhängig ist, zu welchem **Zweck** eine entsprechende Renditeermittlung erfolgt. So kann für die Prüfung, ob der Marktausschluss-Test des § 14 Abs. 4 S. 2 AEG eingehalten worden ist, eine zurückgenommene Prüfungsdichte angezeigt sein, sofern auf diese Weise einfach ermittelt werden

kann, ob diesbezüglich eine unzulässige Vollkosten-Zuschlüsselung erfolgt. Im Übrigen wird sich die Bundesnetzagentur einen Überblick über die – insbesondere im Schienenwegbereich – zurzeit tatsächlich erzielten Renditen verschaffen müssen, um den Aufwand in Relation zu etwaigen akuten Missbrauchspotenzialen zu halten.

F. Anreizregulierung

I. Keine Anreizregulierung aus § 21 Abs. 1 EIBV und § 24 Abs. 1 EIBV

§ 21 Abs. 1 und § 24 Abs. 1 EIBV enthalten jeweils eine Verpflichtung zur Berücksichtigung von Anreizen, allerdings bezogen auf die Verringerung von Störungen und auf die Erhöhung der Leistungsfähigkeit. Damit besteht jeweils ein Bezug zur Verbesserung der Leistung, nicht jedoch zur Verbesserung des Preis-Leistungs-Verhältnisses, auf das sich eine effizienzorientierte Anreizregulierung üblicherweise bezieht. Denn eine Erhöhung des Preises wird hier jeweils gerade nicht ausgeschlossen. Dieser Verpflichtung kann kein allgemeiner Rechtsgedanke einer Anreizregulierung entnommen werden.

Das wird insbesondere deutlich, wenn man die § 21 Abs. 1 und § 24 Abs. 1 EIBV an den jeweiligen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben spiegelt. Insoweit stellen § 21 Abs. 1 und § 24 Abs. 1 EIBV eine Umsetzung des Art. 11 RL 2001/14/EG dar. Dass sich die darin aufgeführten Anreize jedoch gerade nicht auf eine Verbesserung des Preis-Leistungs-Verhältnisses im Sinne der klassischen Anreizregulierung beziehen wird deutlich, wenn man Art. 6 Abs. 2-4 RL 2001/14/EG berücksichtigt. Denn insoweit ergeben sich unterschiedliche Anwendungsbereiche. Vor diesem Hintergrund ergibt sich dann aber auch aus § 21 Abs. 1 und § 24 Abs. 1 EIBV kein Gedanke einer klassischen Anreizregulierung.

II. Umsetzungsdefizit im Bereich der Zugangsentgelte für Schienenwege

Im Rahmen der Ausführungen zum Entgeltmaßstab im Bereich der Entgelte für den Zugang zu Schienenwegen wurde insoweit schon festgestellt, dass es an der gemeinschaftsrechtlich verpflichtend vorgegebenen Implementierung von Anzeilelementen fehlt.

III. Anzeilelemente im Bereich der Zugangsentgelte für Serviceeinrichtungen

Im Bereich der Entgelte für den Zugang zu Serviceeinrichtungen können solche Anzeilelemente im Rahmen einer gemeinschaftsrechtskonformen Interpretation des Missbrauchsmaßstabs in § 14 Abs. 5 AEG berücksichtigt werden. Ein Zugangsentgelt ist danach missbräuchlich, wenn der Infrastrukturbetreiber bestehende und realisierbare Kostensenkungspotenziale nicht aktiviert. Insoweit liegt kein Umsetzungsdefizit vor.

Allerdings ist es *de lege ferenda* auch hier sinnvoll, eine normative Konkretisierung des in § 14 Abs. 5 AEG enthaltenen Missbrauchstatbestands vorzunehmen. Angesichts der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben empfiehlt es sich, der Regulierungsbehörde die Möglichkeit eines Anreizregulierungs-Verfahrens für den Schienenwegbereich und für die Serviceeinrichtungen möglichst einheitlich einzuräumen. Dieses kann sich an der Price-Cap-Regulierung

des § 34 TKG und der Anreizregulierung des § 21a EnWG orientieren. Es sollte dabei jedoch deutlich werden, dass es darum geht, Anreize für eine schrittweise Anpassung an die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu setzen.

Grundidee einer solchen Anreizregulierung ist es, dass das Preisniveau monopolistischer Dienste nicht stärker ansteigen soll als die Inflationsrate und zugleich noch verbliebene Effizienzpotenziale gehoben werden. Zu diesem Zweck wird ein Produktivitätsfortschritt als Effizienzelement bestimmt, der insoweit von den erhobenen Entgelten in Abzug zu bringen ist. Eine solche „explizite Anreizregulierung“ ist dasjenige Verfahren, das dem gemeinschaftsrechtlichen Kostenmaßstab am besten entspricht und sich zugleich in das bestehende Entgeltregulierungssystem am leichtesten implementieren lässt. Allerdings sind auch hier noch weitere Details zu prüfen. So ist insbesondere die Produktivitätsfortschrittsrate zu ermitteln. Im Übrigen empfiehlt es sich bei jeglicher Anreizregulierung auf die umfangreichen Erfahrungen mit einer Anreizregulierung in Großbritannien zu verweisen (siehe oben unter C.III.2.c.bb.(2.)).

IV. Zwischenergebnis

Aus § 21 Abs. 1 und § 24 Abs. 1 EIBV ergibt sich **kein** Gedanke einer klassischen **Anreizregulierung**.

Der **gemeinschaftsrechtliche Entgeltmaßstab** des Art. 6 RL 2001/14/EG „Vollkosten minus Anreiz“ läuft auf eine klassische Anreizregulierung für den Bereich der Schienenwege und der Serviceeinrichtungen hinaus.

Die Regulierung der Entgelte für den **Zugang zu Schienenwegen** weist in **AEG** und **EIBV** trotz entsprechender gemeinschaftsrechtlicher Vorgabe **keine Implementierung von Anzelementen** auf.

Das in § 14 Abs. 5 AEG für den **Zugang zu Serviceeinrichtungen** enthaltene **Preishöhenmissbrauchsverbot** kann hingegen im Rahmen der Erläuterungen zum sektorspezifisch adaptierten Preishöhenmissbrauchsverbot (dazu C.III.2.) als Grundlage einer Anreizregulierung angewendet werden. Ein Zugangsentgelt ist danach dann missbräuchlich, wenn der Infrastrukturbetreiber bestehende und realisierbare Kostensenkungspotenziale nicht aktiviert.

G. Kostennachweispflichten

I. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben

Gemeinschaftsrechtlich findet sich lediglich in Art. 7 Abs. 2 RL 2001/14/EG eine Vorgabe. Diese gibt in S. 1 vor, dass die Mitgliedstaaten den Betreibern der Infrastruktur die Vorlage aller erforderlichen Informationen zu den erhobenen Entgelten vorschreiben *können*. Damit wird also die Möglichkeit einer „aktiven“ Vorlagepflicht normiert. In S. 2 wird hingegen eine „passive“ Belegpflicht für den Betreiber der Infrastruktur dahingehend normiert, dass die berechneten Wegeentgelte den in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen niedergelegten „Verfahren, Regeln und gegebenenfalls Tabellen“ entsprechen. Während die an die Mitgliedstaaten gerichtete Vorgabe des Satzes 1 fakultativ formuliert ist, sieht die an die Infrastrukturbetreiber gerichtete Formulierung des Satzes 2 keinen Umsetzungsspielraum vor. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie der Bezug des Satzes 2 auf Satz 1 („Diesbezüglich“ „in this regard“, „A cet égard“) zu verstehen ist. So könnte davon ausgegangen werden, dass die Pflicht zur Vorhaltung der Nachweise von der Umsetzung der ersten Vorgabe, also der Verpflichtung zur Vorlage abhängt. Der Bezug kann jedoch auch dahingehend verstanden werden, dass auf das Regelungsobjekt referenziert wird, nämlich die erforderlichen Informationen. Diese werden in Satz 1 zum Gegenstand einer fakultativ von den Mitgliedstaaten umzusetzenden aktiven Vorlagepflicht und in Satz 2 zum Objekt einer für die regulierten Unternehmen zwingenden (und daher auch von den Mitgliedstaaten umzusetzenden) passiven Be-reithaltungspflicht gemacht. Angesichts der Bedeutung effektiver Nachweispflichten für eine effektive Entgeltregulierung ist diese zweite Interpretation überzeugender. Hätte auch die passive Pflicht lediglich in das Umsetzungs-messen des Mitgliedstaates gestellt werden sollen, wäre eine explizite derartige Formulierung auch näher liegender gewesen. Dieses Ergebnis wird auch durch genetische Hinweise gestützt.¹⁸⁷ Art. 7 Abs. 2 RL 2001/14/EG ist daher entsprechend der überzeugenderen teleologischen Erwägungen und einem näher liegenden Wort-lautverständnis im zweiten Sinne zu interpretieren.

Demnach sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, ausweislich des Art. 7 Abs. 2 S. 2 RL 2001/14/EG dafür Sorge zu tragen, dass die Unternehmen hinreichende Belege dafür bereithalten, dass die Entgelte gemäß den Entgeltgrundsätzen und nach den bekannt gegebenen Schienennetz-Nutzungsbedingungen berechnet wurden. Insoweit muss die Regulierungsbehörde die Möglichkeiten haben, solange Kostennachweise anzufordern, bis sie in der Lage ist, die Vereinbarkeit der Entgelte mit dem Entgeltmaßstab und den Entgeltgrundsätzen zu prüfen.

¹⁸⁷ Siehe Arbeitsunterlage der Kommission, KOM(1998)480endg., S. 76.

Insgesamt verbleibt den Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung entsprechender Pflichten der regulierten Unternehmen und Befugnisse der Regulierungsbehörde ein weiter Umsetzungsspielraum folglich nur für aktive Vorlagepflichten. Passive Bereithaltungspflichten sind hingegen zwingend umzusetzen, auch wenn hier in den Details der Umsetzung ein gewisser Spielraum besteht.

II. Kostennachweispflichten aus § 14c Abs. 3 S. 1 Nr. 2 AEG

Inwieweit die Infrastrukturunternehmen hinsichtlich der in der Entgeltbemessung angesetzten Kosten einer Kostennachweispflicht unterliegen und über welche Befugnisse die Bundesnetzagentur in diesem Zusammenhang verfügt, muss im Übrigen im Wege einer umfassenden Normanalyse der einschlägigen eisenbahnrechtlichen Normen im deutschen Recht herausgearbeitet werden.

Auffällig ist zunächst erneut deren vergleichsweise geringere Regelungsdichte. Während die EIBV vollständig schweigt, finden sich im AEG nur allgemeine Befugnisse der Regulierungsbehörde und keine vergleichbaren spezifischen Zugriffsmöglichkeiten wie in der Telekommunikations- oder Energieregulierung. So sieht § 29 TKG beispielsweise die Befugnis vor, konkrete Berechnungsmethoden anzuordnen. Im Rahmen der Ex-ante-Entgeltregulierung besteht gemäß § 33 TKG die Pflicht, entsprechende Kostenunterlagen mit dem Antrag vorzulegen. Die allgemeinen Befugnisse der Bundesnetzagentur treten lediglich ergänzend hinzu (§ 137 TKG Auskunftsverlangen; § 138 TKG Ermittlungen; § 129 TKG Beschlagnahme). Auch in der Energiewirtschaft findet sich eine Vielzahl entsprechender Vorgaben: von den detaillierten Mitteilungspflichten gegenüber der Regulierungsbehörde im Rahmen des Vergleichsverfahrens gemäß § 26 StromNEV (Schlüssel im Rahmen der Kostenzuschlüsselung; Einnahmenhöhe in Bezug auf kostenmindernde Erlöse etc.) über die allgemeinere Anordnungsbefugnis hinsichtlich der zu übermittelnden Informationen nach § 29 StromNEV¹⁸⁸ bis hin zu den allgemeinen Befugnissen (§ 65 EnWG Aufsichtsmaßnahmen; § 68 EnWG Ermittlungen; § 69 EnWG Auskunftsverlangen, Betretungsrecht; § 70 EnWG Beschlagnahme).

Gleichwohl wird sich zeigen, dass mit § 14c AEG eine weit reichende Befugnisnorm formuliert wurde, die sogar die Möglichkeit umschließt, bestimmte Kostenrechnungsmethoden anzuordnen (dazu III.). Der Gegenstand der Nachweispflichten kann vor diesem Hintergrund weit gefasst werden (dazu 3.). Die Grenze der Befugnisnorm stellen im Übrigen v.a. die Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dar (dazu 4.). Etwaige Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des regulierten Unternehmens setzen insoweit keine relevanten Gren-

¹⁸⁸ Siehe entsprechend für die Gaswirtschaft die §§ 25 und 29 GasNEV.

zen gegenüber dem Zugriff der Bundesnetzagentur (dazu 5.). Die Weite des Anwendungsbereichs ergibt sich zum einen aus der Anwendung des § 14c AEG auf das gesamte Regulierungsverfahren einschließlich der Vorabprüfung und der nachträglichen Prüfung gemäß den §§ 14e und f AEG (dazu 1.) sowie der kumulativen Anwendung der einzelnen Befugnisse und Pflichten der Absätze 2 und 3 des § 14c AEG (dazu 2.).

1. Anwendbarkeit des § 14c Abs. 2 und 3 AEG im Rahmen der vorläufigen und nachträglichen Regulierung nach §§ 14 e und 14 f AEG

Mit Blick auf das AEG ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Betretungs- und Einsichtsrechte sowie die Bereitstellungs-, Auskunfts- und Nachweispflichten aus § 14c Abs. 2 und 3 AEG auch im Rahmen der vorläufigen und nachträglichen Regulierung nach § 14e und 14f AEG greifen und nicht nur für die Maßnahmebefugnisse nach § 14c Abs. 1 AEG. Dies ergibt sich bereits aus der weiten Wortlautformulierung der Absätze 2 und 3 des § 14c AEG, die jeweils auf die Durchführung der Aufgaben der Regulierungsbehörde abstellen, zu denen im Kern ja gerade die Vorabprüfung nach § 14e AEG und die nachträgliche Prüfung nach § 14f AEG zählen. Es wird also keinerlei Beschränkung auf die Befugnisse des § 14c Abs. 1 AEG, sondern ganz im Gegenteil eine weite Formulierung gewählt. Im Übrigen enthalten die §§ 14e und 14f AEG keine speziellen Mitwirkungs- und Duldungspflichten oder Durchsetzungsmöglichkeiten.¹⁸⁹

2. Keine Spezialität des § 14c Abs. 2 AEG gegenüber § 14c Abs. 3 S. 1 Nr. 2 AEG

Die Pflichten der Absätze 2 und 3 stehen dabei in einem kumulativen Verhältnis und nicht in einem solchen der wechselseitigen Spezialität. Ein Spezialitätsverhältnis scheidet schon deshalb aus, weil die Aktivierung der jeweiligen Pflichten unterschiedliche Zwischenziele verfolgen kann. So können beispielsweise die Betretungs- und Einsichtsrechte nach Abs. 2 gegebenenfalls der Überprüfung der Nachweise dienen, die nach Abs. 3 zur Verfügung gestellt wurden.

Selbst aus Sicht des regulierten Unternehmens stehen die Befugnisse der Absätze 2 und 3 des § 14 c AEG nicht in einem Verhältnis der Subsidiarität, da abstrakt-generell weder das passive Betreten und Einsehen noch das aktive Bereitstellen von Nachweisen einen intensiveren Eingriff darstellt.

Daher ist auch die Ansicht *Gerstners* abzulehnen, der die Nachweispflicht des Abs. 3 S. 1 Nr. 2 für die bereits in Bezug auf die Einsichtspflicht nach Abs. 2 Nr. 2 dokumentierten Ge-

¹⁸⁹ Wie hier auch *Gerstner*, in: Beck'scher AEG-Kommentar, § 14c, Rn. 4; vgl. auch sogleich III.2.

genstände als gesperrt ansieht, da insoweit nur eine Duldungspflicht bestehe.¹⁹⁰ Das ist in zweifacher Hinsicht wenig überzeugend: Zum einen geht die Bereitstellungspflicht bezüglich der geeigneten Datenträger in Abs. 2 Nr. 2 schon über eine bloße Duldungspflicht hinaus. Zum anderen können sich Nachweispflichten und Einsichtnahmen sehr wohl wechselseitig ergänzen, indem die jeweiligen aus ihnen gewonnenen Erkenntnisse zur wechselseitigen Überprüfung eingesetzt werden.

Auch dem Wortlaut nach greifen die zwei Pflichten grundsätzlich nebeneinander. Soll eine wechselseitige Beschränkung normiert werden, muss dies entsprechend explizit formuliert werden. Das ist jedoch nicht der Fall. So ist Abs. 2 keinesfalls so formuliert, dass die Regulierungsbehörde in Bezug auf den jeweiligen Sachgegenstand nur das darf, was in Abs. 2 formuliert ist und nicht mehr, sondern so, dass sie jedenfalls das darf, was dort aufgenommen wurde. Soll aus der kumulativen Normierung verschiedener Pflichten des regulierten Unternehmens bzw. entsprechender Befugnisse der Regulierungsbehörde eine wechselseitige Einschränkung der jeweiligen Anwendungsbereiche herausgelesen werden, bedarf es dazu weiterer Anhaltspunkte im Wortlaut oder im Rahmen einer systematischen, teleologischen oder genetischen Auslegung. Derartige Anhaltspunkte sind aber nicht ersichtlich.

Ganz im Gegenteil ist in teleologischer Hinsicht davon auszugehen, dass die eingeräumten Befugnisse der Regulierungsbehörde einen effektiven Vollzug ihrer Regulierungspflichten ermöglichen sollen. Dies folgt nicht nur aus dem allgemeinen Ziel des § 1 Abs. 1 AEG, einen wirksamen Wettbewerb zu schaffen, der eine effektive Kontrolle der Entgelte durch die Regulierungsbehörde voraussetzt. Vielmehr ist der Wortlaut des § 14c AEG selbst in beiden Absätzen diesbezüglich streng gefasst, wenn er auf die Durchführung der Aufgaben der Regulierungsbehörde abstellt und darauf bezogene entsprechende Duldungs- und Handlungspflichten normiert. Aus einer gemeinschaftsrechtskonformen (zu den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben I.) und einer verfassungsrechtskonformen Auslegung ergeben sich jedenfalls keine gegenteiligen Anhaltspunkte.

Eine gewisse Steuerungsfunktion weist insoweit lediglich das Adjektiv „erforderlichen“ und der allgemeine Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auf (dazu sogleich 4.).

¹⁹⁰ Gerstner, in: Beck'scher AEG-Kommentar, § 14c, Rn. 33.

3. Gegenstand der Nachweispflichten aus § 14 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 AEG

Damit sind der Regulierungsbehörde auf deren Anordnung hin sämtliche Nachweise zu erbringen, die für die Erfüllung der Aufgaben der Entgeltregulierung erforderlich sind. Dies können grundsätzlich folgende Angaben sein:

- 1) Jahresabschluss (gegebenenfalls nach HGB sofern gesetzlich vorgegeben; vom WP testiert, soweit vorhanden)
- 2) Überleitung der geprüften Jahresabschlusszahlen zur Kostenbasis (Überleitungsrechnung)
- 3) Vollständige Struktur der Kostenstellen- und der Kostenträgerrechnung
- 4) Gemeinkostenschlüssel
- 5) Kontenplan
- 6) Anlagenspiegel
- 7) Detaillierte Nachweise über Subventionen und öffentliche Zuschüsse
- 8) Detaillierte Nachweise bestimmter Kostenstellen und Kostenträger
- 9) Detaillierte Anlagenspiegel je nach einzelner Sachanlage
- 10) Verrechnungspreise und Verfahren der Kostenverrechnung
- 11) Kostennachweise (Rechnungen)

Diese Liste ist nicht abschließend, da ausschließlich maßgeblich ist, ob die Kostenunterlagen zur Erfüllung der Aufgabe durch die Bundesnetzagentur erforderlich sind.¹⁹¹ Das kann z.B. auch bedeuten, dass die Bundesnetzagentur im Rahmen der Entgeltberechnung die zum Verständnis der Kostenunterlagen notwendigen Infrastrukturdaten vom Betreiber der Infrastruktur anfordert.

¹⁹¹ Vgl. *Neumann*, in: Ronellenfitch/Schweinsberg (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts IX, 2006, S. 155 (164 ff.)

Die Kostennachweispflichten erfassen auch detaillierte Nachweispflichten über die erhaltenen Subventionen und öffentlichen Zuschüsse. Das ergibt sich schon daraus, dass allgemeine Subventionen schon bei der Feststellung der berücksichtigungsfähigen Kosten im Rahmen des Entgeltmaßstabs zu berücksichtigen sind. Soweit spezifische Subventionen erfolgt sind, die innerhalb der Entgeltberechnung von den Entgelten der begünstigten Nachfrager abgezogen werden müssen, müssen in Bezug auf eine Kontrollierbarkeit durch die Regulierungsbehörde auch insofern detaillierte Nachweise erbracht werden. Schon aufgrund der hohen Summe staatlicher Zuwendungen erscheint eine Entgeltregulierung ohne eine vollständige Aufstellung der erhaltenen Subventionen ausgeschlossen.

4. Grenze: Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Eingrenzungsmaßstab des Umfangs der Kostennachweispflichten ist im Übrigen das Tatbestandsmerkmal „erforderlich“ in § 14c Abs. 1 AEG, das im Ergebnis auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung verweist.

a. Kontrollgegenstand und Erforderlichkeit

Der Erforderlichkeitsmaßstab beschränkt die Nachweispflichten zunächst auf solche Gegenstände, die prinzipiell geeignet sind, der Aufgabenerfüllung zu dienen. Da die Auslegung ergeben hat, dass de lege lata § 14 Abs. 4 AEG keinen Effizienzmaßstab enthält, ist beispielsweise eine Überprüfung der Effizienz einzelner Kostenpositionen ausgeschlossen, so dass auch keine dazu erforderlichen Unterlagen angefordert werden können. Dies kann im Rahmen der Kontrolle nach § 14 Abs. 5 AEG hingegen der Fall sein. Daher sind die Kostennachweispflichten rückgekoppelt an die Kontrollzwecke der Bundesnetzagentur. Diese umschließen nach § 14 Abs. 4 AEG zunächst die Prüfung der Einhaltung der Vollkosten. Dazu ist jedenfalls ein Gesamtkostennachweis notwendig. Aber schon die Prüfung, ob nur Kosten, die zur Erbringung der Pflichtleistungen erforderlich sind, zugeschlüsselt wurden, kann darüber hinaus erfordern, eine Kostenaufschlüsselung nach Kostenarten, -stellen und -trägern durchzuführen. Auch die Prüfung des Diskriminierungsverbots bei der Verteilung der Vollkostenaufschläge kann eine entsprechende Übergabe erforderlich machen. Ähnlich ist bezüglich der weiteren Unterlagen streng auf die Korrelation mit dem jeweiligen Kontrollgegenstand zu achten.

b. Erforderlichkeit/Verhältnismäßigkeit und abgestufte Vorgehensweise

Vor dem Hintergrund der Erforderlichkeit bzw. Verhältnismäßigkeit wird es sich tendenziell anbieten zu differenzieren. So könnte zunächst nur ein Teil der Kostenunterlagen angefordert und anschließend detaillierte Unterlagen verlangt werden. Möglicherweise stellt sich in der Regulierungspraxis gegebenenfalls heraus, dass zunächst die unter 3. 1) - 7) angeführten Unterlagen anzufordern sind und erst auf Nachfrage die unter 3. 8) - 11) aufgelisteten Dokumen-

te. Möglicherweise ist es aber auch sinnvoll, direkt die Unterlagen 9) und 10) mit der ersten Nachfrage anzufordern und Hinweise zu 8) und 11) zumindest exemplarisch mitzuverlangen.

In jedem Fall wird man insoweit gerade am Anfang der Regulierung von einem weiten behördlichen Spielraum auszugehen haben, da gerade zu Beginn der Regulierungspraxis Unklarheit darüber herrschen wird, welche Unterlagen zwingend erforderlich sind. So kann auch in einem zweiten Schritt ein zunächst weiter gefasster Unterlagenkanon eingegrenzt werden.

5. Grenze: Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des bzw. der regulierten Unternehmen spielen in diesem Verfahrensstadium keine Rolle, da der Schutz derartiger Geheimnisse nur gegenüber den Wettbewerbern und nicht gegenüber der Regulierungsbehörde greift. Insoweit bestehen lediglich entsprechende Sorgfaltspflichten der Bundesnetzagentur im Umgang mit den entsprechenden Unterlagen.

III. Anordnungsmöglichkeit in Bezug auf bestimmte Kostenrechnungsmethoden aus § 14 c Abs. 1 AEG

1. Keine Spezialität von § 14 e und 14 f AEG gegenüber § 14c Abs. 1 AEG

Fraglich ist zunächst, ob der Anwendungsbereich des § 14c Abs. 1 AEG deshalb sehr eng ist, weil im Wesentlichen die spezielleren Vorschriften der §§ 14e und 14f AEG greifen, wie in der Literatur behauptet wird.¹⁹² Dieser Auffassung liegt jedoch ein unzutreffendes Verständnis von Spezialität zwischen verschiedenen Normen zugrunde. Schon eine Wortlautbetrachtung des § 14c Abs. 1 AEG macht deutlich, dass hier ersichtlich eine weit reichende flankierende und unterstützende Auffangkompetenznorm formuliert werden sollte, die der Regulierungsbehörde eine effektive Aufgabenwahrnehmung ermöglicht. Dies ergibt sich auch aus einer teleologischen Betrachtung. So ist es ein wichtiges Ziel des novellierten Eisenbahnrechts gewesen, gerade eine effektive behördlich begleitete Umsetzung des Zugangsrechts in der Praxis zu gewährleisten.¹⁹³ Die institutionelle Flankierung ist damit ein Herzstück des Reformprozesses gewesen. Dies ist auch erforderlich, um das wichtige Regulierungsziel der Schaffung von Wettbewerb zu erreichen. Aus teleologischer Sicht besteht also überhaupt kein Anlass, eine Einschränkung der weiten Kompetenznorm des § 14c Abs. 1 AEG anzunehmen.

¹⁹² So Gerstner, in: Beck'scher AEG-Kommentar, § 14c, Rn. 5 ff.

¹⁹³ Dazu Kühling/Ernert, NVwZ 2006, 33 (36 ff.).

Der unergiebigsten genetischen Analyse lassen sich im Übrigen ebenso wenig (gegenteilige) Hinweise entnehmen wie einer systematischen Betrachtung. Auch wenn die Kompetenzen der §§ 14e und 14f AEG ursprünglich einer eigenen Institution, nämlich der Trassenagentur, übertragen werden sollte, sagt dies nichts über das endgültige Verhältnis der beiden Normen zum § 14c Abs. 1 AEG nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens aus. Jedenfalls sind den Materialien keine entsprechenden Hinweise auf den Wunsch einer strengen Einschränkung des § 14c Abs. 1 AEG zu entnehmen. Derartige Hinweise wären im Übrigen ohnehin von begrenztem Aussagewert, weil sie im weit gefassten Wortlaut des § 14c Abs. 1 AEG keinerlei Ausdruck gefunden haben.¹⁹⁴

Damit ergibt sich das klare Ergebnis, dass nur für diejenigen Spezialvorgaben der §§ 14e und 14f AEG, die eine konkrete Verfahrensausgestaltung enthalten, ein Spezialitätsverhältnis gegenüber § 14c Abs. 1 AEG besteht. Dies entspricht im Übrigen der allgemeinen Interpretationslehre, dass die speziellere Norm die allgemeinere nur soweit verdrängt, wie sie speziellere Inhalte aufweist. Das bedeutet etwa, dass die Bundesnetzagentur nicht abweichend vom Verfahren der §§ 14e und 14f AEG eine Genehmigungspflicht anordnen dürfte oder Fristen modifizieren könnte. Im Übrigen tritt der § 14c Abs. 1 AEG aber ergänzend neben die genannten Normen. Eine bestimmte Kostenrechnungsmethode anzuordnen, wird demnach nicht durch die §§ 14e und 14f AEG ausgeschlossen, da sich diese Normen zu jener Frage nicht verhalten. Dieses Ergebnis korrespondiert im Übrigen mit der Verhältnisbestimmung zwischen den verschiedenen Kompetenznormen etwa im TKG.

2. Anordnungen auf der Basis von § 14 c Abs. 1 AEG

Die Literatur verweist diesbezüglich teilweise auf ein Spannungsverhältnis zwischen einem Beurteilungsspielraum der Bundesnetzagentur einerseits und einer Bindung an fachlich begründete oder begründbare Meinungen des preiskontrollierten Unternehmens andererseits.¹⁹⁵ Das erscheint bereits auf den ersten Blick als eine verzerrende Zuspitzung auf zwei extreme Alternativen. In der Sache kann die Bundesnetzagentur die Kostenrechnung in der Methode und im Einzelfall jedenfalls nur akzeptieren, wenn es sich um eine Methode handelt, die nicht zu Wettbewerbsverzerrungen führt. Das bedeutet, dass sie eine vertretbare Kostenrechnungsmethode solange akzeptieren muss, wie sie nicht zu einer von den Regulierungszielen abweichenden Wettbewerbsverzerrung führt. Dies kann im Einzelfall dazu führen, dass nur eine bestimmte Kostenrechnungsmethode angemessen ist.

¹⁹⁴ Grundlegend BVerfGE 11, 126 (130).

¹⁹⁵ Gerstner, in: Hermes/Sellner (Hrsg.), Beck'scher AEG-Kommentar, 2006, § 14 Rn. 185.

Ob sie diese Methode sodann auch anordnen kann, ergibt sich aus einer weiteren Analyse des § 14c Abs. 1 AEG. Diese Norm verweist insbesondere auf eine Erforderlichkeitsprüfung. So muss die Bundesnetzagentur im jeweiligen Fall zeigen, dass nur eine derartige Maßnahme die angemessene Wahrnehmung ihrer Entgeltkontrollaufgabe ermöglicht, weil nur so nachvollzogen werden kann, ob die Kosten in einem regulierten Unternehmen angemessen zugerechnet werden und andernfalls die Besorgnis besteht, dass etwa eine diskriminierende Kostenrechnung erfolgt. Das bedeutet, dass abstrakt betrachtet, eine entsprechende Anordnungsbefugnis mit § 14c Abs. 1 AEG besteht. Dagegen spricht auch nicht der – gesetzesübergreifende – systematische Hinweis, dass – anders als in der Telekommunikationsordnung (§ 29 Abs. 1 Nr. 2 TKG) – im AEG keine explizite Kompetenzgrundlage normiert wurde, eine bestimmte Kostenrechnungsmethode aufzuerlegen. Die Gesetzgebungsprozesse und Normenwerke des AEG und des TKG sind nämlich keinesfalls so aufeinander abgestimmt, dass sich aus der expliziten Regelung in einem Gesetz Rückschlüsse auf die Regelung im anderen Gesetzeswerk ziehen ließen. Auch denkbare grundrechtlich bedingte Schranken (insbesondere die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG) sprechen – sofern es sich beim regulierten Unternehmen überhaupt um einen Grundrechtsträger handelt – nicht gegen dieses Ergebnis. Sie sind vielmehr im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu aktualisieren.

Ob die Anordnung einer Kostenrechnungsmethode konkret zulässig ist, richtet sich nämlich sodann nach den besonderen Umständen des Einzelfalls. Dabei werden folgende Gesichtspunkte zu prüfen sein: Ist nur eine Methode angemessen? Weigert sich das Unternehmen, eine angemessene Methode anzuwenden und führt dies zu Diskriminierungsgefahren? Sind die befürchteten Diskriminierungen von einer solchen Relevanz, dass sie einen derart scharfen Eingriff wie die Anordnung einer Kostenrechnungsmethode rechtfertigen (Verhältnismäßigkeitsprüfung)?

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung, die durch das Tatbestandsmerkmal „erforderlich“ in § 14c Abs. 1 AEG eigens betont wird, lässt einen solch scharfen Eingriff demnach nur als ultima ratio zu, also nur für den Fall, dass anderweitig keine effektive Kontrolle auf etwaige Preisdiskriminierungen möglich ist (siehe oben II.4.). Alternativ könnte die Bundesnetzagentur auch Entgelte, die nicht auf einer angemessenen Entgeltgrundlage erlassen wurden, nicht akzeptieren, da das Einhalten des Maßstabs aus § 14 Abs. 4 bzw. 5 AEG nicht ersichtlich ist.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass derartige Anordnungen auch im Vorfeld eines Regulierungsverfahrens getroffen werden können, wie es in § 29 Abs. 1 TKG explizit geregelt worden ist. Dasselbe Ergebnis ergibt sich im AEG angesichts des Abstellens auf die „Verhütung künftiger Verstöße“. Damit wird gleichermaßen eine vorbeugende Anordnungsbefugnis normiert.

IV. Zwischenergebnis

Aus **gemeinschaftsrechtlicher Sicht** verbleibt den Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung der Kostennachweispflichten der regulierten Unternehmen und der entsprechenden Befugnisse der Regulierungsbehörde ein weiter Umsetzungsspielraum nur für **aktive Vorlagepflichten**. **Passive Bereithaltungspflichten** sind hingegen zwingend umzusetzen. Dabei müssen detaillierte Nachweise bereit gehalten werden, die belegen können, dass die „tatsächlich berechneten Wegeentgelte den in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen vorgesehenen Verfahren, Regeln und gegebenenfalls Tabellen entsprechen“, Art. 7 Abs. 2 S. 2 RL 2001/14/EG.

Im **AEG** sind tief greifende Anordnungsmöglichkeiten normiert. So verfügt die Bundesnetzagentur insbesondere mit **§ 14c AEG** über eine **weit reichende Kompetenzgrundlage**, um Rechtsverstöße der regulierten Unternehmen abzustellen oder zu verhindern.

Sie kann auf der Grundlage insbesondere von § 14c Abs. 3 S. 1 Nr. 2 AEG alle für die Entgeltprüfung **erforderlichen Kostennachweise** anfordern. Die Bundesnetzagentur kann insbesondere anordnen, folgende Kostennachweise **im Einzelnen** zu erbringen: einen Jahresabschluss nach HGB (soweit gesetzlich vorgeschrieben; vom WP testiert, soweit vorhanden); die Überleitung der geprüften Jahresabschlusszahlen zur Kostenbasis (Überleitungsrechnung); eine vollständige Struktur der Kostenstellen- und der Kostenträgerrechnung; Gemeinkostenschlüssel; Kontenpläne; Anlagenspiegel; detaillierte Nachweise bestimmter Kostenstellen und Kostenträger; detaillierte Anlagenspiegel je nach einzelner Sachanlage; Verrechnungspreise und Verfahren der Kostenverrechnung sowie einzelne Kostennachweise (Rechnungen). Diese Liste ist **nicht abschließend**. Allerdings ist streng darauf zu achten, dass die Unterlagen erforderlich sind, um die spezifischen Entgeltkontrollaufgaben zu erfüllen (Vollkostenkontrolle; Preishöhenmissbrauchskontrolle; Überprüfung von Kostenzuschlüsselungen im Rahmen des Marktausschluss-Tests etc.).

§ 14c Abs. 2 Nr. 2 AEG stellt diesbezüglich keine verdrängende Spezialnorm dar; vielmehr sind die Absätze 2 und 3 in einem wechselseitigen Ergänzungsverhältnis zu sehen. § 14c Abs. 2 und 3 AEG werden auch nur insoweit von § 14e und § 14 f AEG verdrängt, wie diese Bestimmungen spezifische Verfahrensvorgaben enthalten. So kann die Bundesnetzagentur keine Anordnungen auf der Basis des § 14c Abs. 1 AEG mit abweichenden Fristen treffen. Auch kann sie keine Entgeltgenehmigungspflicht anordnen.

Zur weit reichenden Kompetenzgrundlage des § 14c Abs. 1 AEG gehört hingegen als ultima ratio sehr wohl die Befugnis, die Verwendung einer bestimmten **Kostenrechnungsmethode anzuordnen**. § 14c Abs. 1 AEG wird insoweit nicht von §§ 14e und f AEG verdrängt. Derartige Anordnungen können – soweit erforderlich – sogar schon **im Vorfeld eines Regulierungsverfahrens** getroffen werden.

Ob diese Unterlagen im Einzelfall sofort in vollem Umfang verlangt werden können oder gegebenenfalls eine **abgestufte Verfahrensweise** erforderlich ist, richtet sich nach allgemeinen **Verhältnismäßigkeitserwägungen**.

Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass dieses Ergebnis in der Literatur bestritten wird. Daher spricht Einiges dafür, **de lege ferenda** eine entsprechende Klarstellung im Gesetzestext aufzunehmen. So könnte etwa die Anordnungskompetenz für Rechnungsmethoden wie im § 29 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 TKG explizit in das AEG aufgenommen werden. Damit würden unnötige Rechtsstreitigkeiten vermieden werden, wie sie noch unter der Geltung des alten TKG geführt wurden und auch für das AEG zu erwarten sind.

Karlsruhe/Oberhausen, 26. Februar 2007

Prof. Dr. iur. Jürgen Kühling

Guido Hermeier

Dipl.-Kfm. Ulrich Heimeshoff

Anhang: Zusammenstellung der Zwischenergebnisse

(A. Begriffsbestimmungen)

Der **Entgeltmaßstab** ist der Kontrollmaßstab für die Überprüfung der berechneten Entgelthöhe. Der Entgeltmaßstab gibt also vor, in welcher Höhe Kosten berücksichtigt werden dürfen. Dies sind beim **Effizienzkostenansatz** als Entgeltmaßstab nur solche Kosten, die bei einer (hypothetischen) effizienten Leistungsbereitstellung entstehen würden. Beim **Vollkostenansatz** sind dies hingegen solche, die bei der Leistungserbringung tatsächlich entstehen. Das **Verbot des Preishöhenmissbrauchs** tendiert als Entgeltmaßstab in Richtung Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung. Die Einzelheiten hängen insoweit von seinem konkreten Verwendungskontext ab.

Unter **Entgeltgrundsätzen** sind die Vorgaben für die Verteilung der berücksichtigungsfähigen Kosten auf die verschiedenen Benutzungsentgelte zu verstehen. Bei den normativen Entgeltgrundsätzen handelt es sich um normierte Vorgaben in Bezug auf die Entgeltberechnung, wie sie insbesondere in Art. 7 und 8 (Ausnahmen) RL 2001/14/EG und § 14 Abs. 4 S. 2 und 3 AEG sowie §§ 20 – 24 EIBV geregelt sind. Bei den betrieblichen Entgeltgrundsätzen im Sinne von Anhang I Punkt 2 RL 2001/14/EG und von Anlage 2 Punkt 2 EIBV geht es um diejenigen Angaben, die der Schienennetzbetreiber als verpflichtenden Inhalt der Schienennetznutzungsbedingungen anführen muss und die erkennen lassen müssen, auf welche Art und Weise sich das von ihm zu zahlende Entgelt berechnet. Im Gutachten wird zur Klarstellung ausnahmsweise von betrieblichen Entgeltgrundsätzen gesprochen, wenn diese und nicht die (normativen) Entgeltgrundsätze gemeint sind, die primär Gegenstand des Gutachtens sind.

Entgeltgrundsätze stellen eine **sektorspezifische Besonderheit** der Regulierung der Entgelte im Eisenbahnsektor dar. In den anderen Netzwirtschaften erfolgt die Entgeltberechnung ausschließlich anhand einer Kostenzuschlüsselung auf die einzelnen Leistungen. Im Eisenbahnsektor wird eine solche Zuschlüsselung durch die Entgeltgrundsätze und die darin enthaltene Aufspaltung verschiedener Entgeltbestandteile normativ vorstrukturiert und insoweit überlagert.

Für die regulatorische Kontrolle der Entgelte ergibt sich aus Entgeltmaßstab und Entgeltgrundsätzen ein **logischer Zwischenschritt**: Zunächst sind die gemäß dem Entgeltmaßstab berücksichtigungsfähigen Kosten zu ermitteln, bevor zu prüfen ist, ob diese Kosten entsprechend der Entgeltgrundsätze auf die einzelnen Entgelte verteilt wurden.

Vom Begriff des Entgeltmaßstabs wiederum streng zu trennen ist die Methode, mit der geprüft wird, ob der Entgeltmaßstab eingehalten worden ist (**Entgeltprüfungsmethode**). Hauptmethode beim Vollkostenansatz ist die Prüfung der Kostennachweise des Unterneh-

mens. Bei Effizienzkostenansätzen reichen die Entgeltprüfungsmethoden vom Vergleichsmarktverfahren über analytische Kostenmodelle bis hin zu einer effizienzorientierten Einzelkostenprüfung.

Einzelkosten stellen in der Kostenrechnung Kosten dar, die eindeutig einem Kostenträger zugeordnet werden können. Einzelkosten werden i.d.R. als weitgehend identisch mit den variablen Kosten betrachtet. Der Begriff der Einzelkosten wird in der Eisenbahnregulierung darüber hinaus weitgehend synonym mit dem Begriff der **Grenzkosten** verwendet.

Demgegenüber sind **Gemeinkosten** solche Kosten, die der einzelnen Leistungseinheit nicht unmittelbar zugeordnet werden können. Prinzipiell bestehen die Gemeinkosten überwiegend aus fixen Kosten. Der Gemeinkostenanteil ist im Bahnsektor – wie in anderen Netzwirtschaften auch – sehr hoch.

Inkrementelle Kosten eines Produktes sind solche zusätzlichen Kosten, die anfallen, falls alle übrigen Produkte eines Unternehmens ohnehin angeboten werden.

(B. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben in Bezug auf Entgeltmaßstab und Entgeltgrundsätze)

Für den Zugang zu Schienenwegen greift als **Entgeltmaßstab** nach Art. 6 Abs. 1 und 2 RL 2001/14/EG die Vorgabe einer „**Vollkostendeckung minus Effizienzsteigerungsanreiz**“. Nähere Hinweise, in welchem Umfang entsprechende Anreize gesetzt werden sollen, lassen sich dem Gemeinschaftsrecht nicht entnehmen. Insofern verfügen die Mitgliedstaaten über einen weiten Umsetzungsspielraum, der lediglich anhand der allgemeinen Regulierungsvorgaben und hier insbesondere dem Ziel der Schaffung von Wettbewerb beschränkt wird. Insofern müssen die Anreize zumindest so ausgestaltet sein, dass einerseits eine hinreichend starke Beseitigung von Ineffizienzen erfolgt und andererseits Sicherheits- und Qualitätsinteressen bei der Entgeltabsenkung angemessen berücksichtigt werden. Orientierungspunkt können insoweit die Effizienzsteigerungsmöglichkeiten sein, die bei vergleichbaren Monopolunternehmen möglich sind.

Ausgeschlossen ist damit jedenfalls ein reiner Vollkostenansatz ohne Anzeilelemente. Ebenso ausgeschlossen ist ein Entgeltmaßstab, der nicht von den Ist-Kosten des Unternehmens ausgeht, sondern stattdessen auf ein **idealeffizientes Vergleichsunternehmen** abstellt. Jedenfalls ist damit keinesfalls der Maßstab der **Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung**¹⁹⁶

¹⁹⁶ Verstanden als vollständige Ausnutzung vorhandener Kostensenkungspotentiale.

zwingend vorgegeben. Vielmehr haben die Mitgliedstaaten einen erheblichen **Spielraum**, wie sie das Anreizelement sowohl im Rahmen der Fixierung des Entgeltmaßstabs als auch bei der methodischen Prüfung der Einhaltung dieses Maßstabs zur Geltung bringen wollen.

Denkbar ist in diesem Zusammenhang insbesondere, dass zur Umsetzung des Entgeltmaßstabs „Vollkosten minus Anreiz“ eine *Orientierung* an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung vorgegeben wird. Denn eine solche Orientierung bezieht sich auf die Ausgestaltung des Anreizelements, ohne dass von dem Ausgangspunkt der Vollkosten abgewichen wird.

Der so umschriebene Entgeltmaßstab gilt sowohl für das **Mindestzugangspaket** als auch für den **Zugang zu Serviceeinrichtungen**, **nicht** jedoch für die **Zusatz- und Nebenleistungen**.

Für die **Zusatz- und Nebenleistungen** lässt sich dem Gemeinschaftsrecht lediglich die Vorgabe einer **Vollkostenorientierung** mit **Diskriminierungsverbot** (einschließlich einer nutzungsorientierten Kostenzuschlüsselung) und die Zulässigkeit einer **angemessenen Renditerwirtschaftung** entnehmen.

In Bezug auf die Frage der kostenrechnerischen Einordnung etwaiger **staatlicher Finanzierungen** folgt aus Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 RL 2001/14/EG die Verpflichtung, diese von den Vollkosten **abzuziehen**. Dies gilt angesichts des einheitlichen Entgeltmaßstabs sowohl für den Fahrwegsektor als auch für den Bereich der Serviceeinrichtungen.

Wurde anhand des Entgeltmaßstabs („Vollkosten minus Effizienzanreiz“) ermittelt, welche Kosten das Unternehmen insgesamt auf die Entgelte verteilen darf, stellt sich in einem weiteren Schritt die Frage, wie diese Entgelte konkret zu bilden sind. Diese Frage wird durch die Entgeltgrundsätze beantwortet. So normiert das Gemeinschaftsrecht in Art. 7 - 9 RL 2001/14/EG verschiedene **Entgeltgrundsätze**. Diese beziehen sich grundsätzlich nur auf das **Mindestzugangspaket**, da der Zugang zu **Serviceeinrichtungen** in Art. 7 Abs. 7 S. 1 RL 2001/14/EG von einer Anwendung dieser Grundsätze ausdrücklich ausgenommen ist. Für **Zusatz- und Nebenleistungen** lässt sich als Entgeltgrundsatz Art. 7 Abs. 8 RL 2001/14/EG lediglich entnehmen, dass eine nutzungsabhängige Kostenzuschlüsselung zu erfolgen hat. Dieser Entgeltgrundsatz gilt – wie auch der Entgeltmaßstab – nur für den Fall, dass nur ein Anbieter tätig ist.

Die für das Mindestzugangspaket geltenden Entgeltgrundsätze verlangen, dass die Entgelte im Kern nach folgendem „Baukastenprinzip“ gebildet werden: Zunächst ist ein **Basisentgelt** zu berechnen, das von den Kosten ausgeht, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen (Art. 7 Abs. 3 RL 2001/14/EG). Damit sind zunächst die dem einzelnen Zugbetrieb unmittelbar zuschüsselbaren Einzelkosten gemeint. Dieses Basisentgelt kann durch zwei Standard-

aufschlagstypen erhöht werden, nämlich einerseits durch den **Knappheitszuschlag** nach Art. 7 Abs. 4 und andererseits den **Umweltaufschlag** gemäß Art. 7 Abs. 5 RL 2001/14/EG. Bezogen auf diese drei Entgeltbestandteile ist gemäß Art. 7 Abs. 6 RL 2001/14/EG sowohl hinsichtlich vergleichbarer Zugverkehrsdienste als auch in zeitlicher Hinsicht eine **Mittelung** zulässig. Mit anderen Worten wird damit erlaubt, einerseits die Entgelte bezogen auf die unterschiedlichen Nachfrager zu typisieren und andererseits, die über einen Zeitraum gegebenenfalls sogar täglich schwankenden Kosten für eine angemessene Zeitperiode zu mitteln. Zusätzlich ist nach Art. 8 Abs. 1 RL 2001/14/EG ein Aufschlag zur Deckung der Vollkosten zulässig. Dieser **Vollkostenaufschlag** ist nach Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2001/14/EG dahingehend **gekappt**, dass durch ihn nicht solchen Nachfragern der Zugang faktisch verwehrt werden darf, die das Basisentgelt zuzüglich einer marktüblichen Rendite zahlen können (**Marktausschluss-Test**). Des Weiteren kann durch den Vollkostenaufschlag nicht der durch Art. 6 RL 2001/14/EG vorgegebene Entgeltmaßstab relativiert werden, eine Kostendeckung kann also auch durch ihn maximal bis zu einer Höhe „Vollkosten minus Anreiz“ erreicht werden.

Das aus der Kappung des Vollkostenaufschlags resultierende **Spannungsverhältnis** zwischen dem Entgeltmaßstab „Vollkostenansatz minus Anreiz“ einerseits und der Kappung des Vollkostenaufschlags als Entgeltgrundsatz andererseits ist dabei eher theoretischer Natur. Denn regelmäßig dürften die ungekappten zwei Standardaufschlagstypen (Knappheit; Umwelt) schon erheblich dazu beitragen, die Vollkosten tatsächlich zu decken. Dort wo kein Knappheitsaufschlag erhoben wird, weil kein Engpass besteht, kann zudem auch solange jedem Nachfrager zu unter Umständen gekappten Entgelten Zugang gewährt werden, bis ein Engpass entsteht und der Engpassaufschlag zum Tragen kommt. Im Übrigen werden die Gemeinkosten ja partiell durch die hoheitlichen Subventionen getragen und angesichts der Effizienzsteigerungsanreize wird ein Kostensenkungspfad induziert.

Im Ergebnis erfolgt damit bei der Entgeltberechnung keine „Einzelkostenzurechnung + Gemeinkostenzuschlüsselung“ (wie etwa im deutschen TKG), sondern eine „Grenzkostenzurechnung + Auf- und Abschläge“. Dabei übernehmen die Aufschläge eine vergleichbare Aufgabe wie eine Gemeinkostenzuschlüsselung, was insbesondere beim Vollkostenaufschlag deutlich wird.

Die mit Blick auf die **Serviceeinrichtungen** in Art. 7 Abs. 7 S. 2 RL 2001/14/EG getroffene Vorgabe, bei der Entgeltbemessung die „Wettbewerbssituation des Eisenbahnverkehrs“ zu berücksichtigen, ist ein sehr weicher Entgeltgrundsatz, der am ehesten noch durch eine entsprechende Differenzierung im Rahmen der Anreizsetzung berücksichtigt werden kann. Gleichwohl sind angesichts dieses Maßstabs ähnliche betriebliche Entgeltgrundsätze zulässig wie für den Zugang zu Schienenwegen. So sind Knappheitsaufschläge grundsätzlich ebenso erlaubt wie eine an den „Einzelkosten + Rendite“ orientierte Bepreisung von weniger nach-

frageelastischen Marktsegmenten. Auch eine Mittelung ist im Rahmen des zu den Fahrwegen Ausgeführten prinzipiell zulässig.

Damit ergibt sich folgender **Zusammenhang von Entgeltmaßstab, Entgeltgrundsätzen und Rendite**: Der Entgeltmaßstab bestimmt, welche Kosten bei der Entgeltbemessung insgesamt zugrunde gelegt werden dürfen, nämlich mit Blick auf die Schienenwege und Serviceeinrichtungen die Vollkosten abzüglich eines Anreizelementes und zuzüglich eines Renditeaufschlags. Die so ermittelte Summe ist sodann auf die einzelnen Nachfrager bzw. auf die einzelnen Produkte im Rahmen der Entgelte umzulegen, wobei die Angemessenheit der Kostenzuschlüsselung für den Schienenwegsbereich überlagert wird durch die Entgeltgrundsätze. Das bedeutet, dass die sich der Anreizabzug auf den gesamten *Kostenblock* und nicht auf einzelne *Entgeltbestandteile* bezieht. Ebenso wenig ist die Rendite im Fahrwegbereich auf einzelne *Entgeltbestandteile* (Einzelkosten, Umwelt-, Knappheits- und Vollkostenaufschlag) zu beziehen, sondern auf das eingesetzte Kapital.

(C. Entgeltmaßstab und Entgeltgrundsätze aus AEG und EIBV)

(I. Entgeltmaßstab bei Schienenwegen)

Die **Betreiber von Schienenwegen** können nach § 14 Abs. 4 S. 1 AEG bei der Bemessung der Entgelte die mit der Erbringung der Pflichtleistungen verbundenen Kosten ausgleichen. Auszugleichen sind alle Kosten, die einer Leistung im Sinne des Leistungskatalogs nach Anlage 1 Punkt Nr. 1 zur EIBV zugerechnet werden können. In diesem Kriterium der aufgrund der **Erbringung der Pflichtleistungen entstehenden Kosten** kommt zugleich eine Deckelung der auszugleichenden Kosten zum Ausdruck. Denn insoweit sind gerade nicht die Gesamtkosten des Schienenwegbetreibers auszugleichen, sondern nur die Kosten, die bei der Erbringung der Pflichtleistungen entstehen. Zugleich stellt der eindeutige Wortlaut („entstehende Kosten“) klar, dass Kostenmaßstab nicht die Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung sind. Vielmehr liegt als Entgeltmaßstab ein Vollkostenansatz vor.

Der ermittelte Kostenmaßstab (**Vollkostenansatz**) wird jedoch – anders als gemeinschaftsrechtlich vorgegeben – durch **kein Anreizelement** modifiziert. Auf die Umsetzung der entsprechenden Vorgabe des Art. 6 Abs. 2 RL 2001/14/EG hat der deutsche Gesetzgeber verzichtet. Insoweit liegt ein **Umsetzungsdefizit** vor. Dieses kann aber nicht durch eine **gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung** geschlossen werden, da es dazu schon an den hierfür erforderlichen detaillierten gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben aufgrund des extrem weiten Umsetzungsspielraums fehlt. Auch eine **unmittelbare Wirkung** scheidet insoweit aus.

(II. Entgeltgrundsätze bei Schienenwegen)

Die Analyse des Entgeltmaßstabes hat zugleich eine Reihe von Ergebnissen mit Blick auf die **Entgeltgrundsätze** geliefert. So nimmt der Wortlaut des § 14 Abs. 4 S. 2 AEG das gemeinschaftsrechtliche **Baukastensystem** bestehend aus Basisentgelt und Aufschlägen auf. Als **Basisentgelt** wird insoweit entsprechend der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben auf die „Kosten, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen“, also auf die **Grenzkosten** eines Zugbetriebs abgestellt. Hinsichtlich der Aufschläge finden sich in der EIBV entsprechend der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben ein **Knappheitsaufschlag** nach § 21 Abs. 3 EIBV sowie ein **Umweltaufschlag** nach § 21 Abs. 2 EIBV. Die Möglichkeit, einen **Vollkostenaufschlag** zu erheben, sehen § 14 Abs. 4 S. 2 AEG sowie die EIBV nicht ausdrücklich vor. Allerdings lässt sich durch Auslegung ermitteln, dass zur Erreichung des in § 14 Abs. 4 S. 1 AEG vorgegebenen Ziels der Vollkostendeckung auch die Erhebung eines Vollkostenaufschlags möglich ist.

Die Aufschläge können nach **§ 14 Abs. 4 S. 2 AEG** sowohl je nach den Verkehrsleistungen Schienenpersonenfernverkehr, Schienenpersonennahverkehr oder Schienengüterverkehr als auch innerhalb dieser drei Verkehrsleistungen wiederum nach einzelnen Marktsegmenten unterschiedlich ausgestaltet werden. Nach § 21 Abs. 4 EIBV dürfen erhöhte Kosten, die eine Verkehrsleistung im Verhältnis zu anderen **Verkehrsleistungen** verursacht, jedoch nur für diese Verkehrsleistung berücksichtigt werden. Folglich kann nicht nur, sondern *muss* nach § 21 Abs. 4 EIBV hinsichtlich des Ausgleichs dieser erhöhten Kosten einer Verkehrsleistung eine differenzierende Entgeltausgestaltung erfolgen. Dieser Widerspruch (zwischen AEG und EIBV) ist angesichts des vorrangig zu beachtenden § 14 Abs. 4 S. 2 AEG dahin gehend aufzulösen, dass die regulierten Unternehmen grundsätzlich eine **Zuschlüsselungsfreiheit** in Bezug auf den **Vollkostenaufschlag** haben. **Grenze** etwaiger **Mischkalkulationen** ist das **Diskriminierungsverbot** des § 14 Abs. 1 S. 1 AEG bzw. nach § 14 Abs. 4 S. 2 AEG die Gewährleistung der **Wettbewerbsfähigkeit** der Verkehrsleistungen und insbesondere die des grenzüberschreitenden Schienengüterverkehrs im intermodalen Wettbewerb. Danach hat eine Differenzierung dann zu erfolgen, wenn eine gleichmäßige Verteilung der Vollkosten eine Diskriminierung einer Verkehrsleistung darstellt. Das wird jedenfalls immer dann der Fall sein, wenn eine solche gleichmäßige Verteilung zu dem Ergebnis führt, dass die Verteilung der erhöhten Kosten anderer Verkehrsleistungen die Wettbewerber in den weniger kostenintensiven Verkehrsleistungen behindert. Insofern lässt sich auch § 21 Abs. 4 EIBV in diesen Zusammenhang setzen, der offensichtlich typisierend von einer diskriminierenden Kostenverteilung bei einer fehlenden Differenzierung ausgeht. Sofern allerdings eine derartige wettbewerbsbehindernde Diskriminierung nicht festzustellen ist, tritt § 21 Abs. 4 EIBV hinter § 14 Abs. 4 S. 2 AEG zurück.

Eine weitere **Schranke** der Erhebung von Aufschlägen findet sich in **§ 14 Abs. 4 S. 3 AEG**. Die darin formulierte – zu § 14 Abs. 4 S. 1 AEG tendenziell – widersprüchliche Entgeltobergrenze der unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallenden Kosten zuzüglich einer marktüblichen Rendite findet Anwendung bei der Differenzierung nach Marktsegmenten bei der Erhebung von Aufschlägen. Da von S. 1 zu S. 3 eine normative Abstufung erfolgt, darf S. 3 dem Kostenausgleich nach S. 1 nicht entgegenstehen. Die eigentliche Aussage des § 14 Abs. 4 S. 3 AEG ist darin zu sehen, dass die Differenzierung zwischen verschiedenen Marktsegmenten nicht zu einer Entgelthöhe führen darf, die eine Wahrnehmung des Zugangsanspruchs für gewisse Marktsegmente von vorneherein ausschließt. Insoweit ergibt die Auslegung, dass sich die **Kappungsgrenze** des § 14 Abs. 4 S. 3 AEG nicht auf eine maximale Entgelthöhe, sondern auf die Erhebung eines **Vollkostenaufschlags** beschränkt. Die Erhebung von Knappheits- und Umweltaufschlägen werden dadurch nicht erfasst. S. 3 dient insoweit allein der Beschränkung der Differenzierung nach Marktsegmenten bei der Erhebung eines Aufschlags zur Erreichung des Kostenausgleichs und verhindert damit eine zu ungleichmäßige Verteilung der nach S. 1 insgesamt auszugleichenden Kosten. Damit bleiben die Funktionen der übrigen Aufschläge für Knappheit (Allokation eines knappen Gutes) und Umwelt (Kosteninternalisierung) gewahrt. Sollte der theoretische Fall eintreten, dass es trotz der nicht gekappten Knappheits- und Umweltaufschläge zu einem **Konflikt** zwischen der **Kappungsgrenze** und der **Vollkostendeckung** kommt, setzt sich nicht zuletzt angesichts der entsprechenden Auslegung des Gemeinschaftsrechts auch für das nationale Recht das Gebot der Vollkostendeckung durch.

Die weitere Analyse hat gezeigt, dass § 14 Abs. 4 S. 3 AEG die Funktion eines **Marktausschluss-Tests** entsprechend der gemeinschaftsrechtlichen Vorgabe des Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2001/14/EG erfüllt. D.h., er findet nur Anwendung, wenn und soweit ein nachfragendes Marktsegment nicht im Stande ist, einen entsprechenden Vollkostenaufschlag zu tragen. Das bedeutet auch, dass das Entgelt nicht notwendig auf die Höhe als „Grenzkosten + Rendite“ fixiert wird. Im Ergebnis unterbindet der Marktausschluss-Test den Vollkostenaufschlag ab derjenigen Höhe oberhalb von „Grenzkosten + Rendite“, die zum Marktausschluss eines bestimmten Marktsegmentes führt. Das bedeutet, dass das entgeltregulierte Unternehmen sein Entgeltmodell so aufsetzen muss, dass dieser Test entsprechend berücksichtigt wird.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass es hinsichtlich des Marktausschluss-Tests angesichts der **Schwierigkeiten einer Ex-ante-Prognose** des regulierten Unternehmens zuvörderst Aufgabe der in den betroffenen Marktsegmenten agierenden Unternehmen sein wird, einen etwaigen Marktausschluss substantiiert darzulegen. Sodann wird das entgeltregulierte Unternehmen nicht umhin kommen, eine entsprechende Marktabgrenzung durchzuführen. Die Bundesnetzagentur hat dies im Weiteren anhand der hier aufgezeigten Grundsätze zu prüfen.

Während aus dem Entgeltmaßstab damit die Aufgabe der Bundesnetzagentur folgt, zu prüfen, ob die durch die Entgelte insgesamt vereinnahmten Summen höchstens den Kosten entsprechen, die bei der Erbringung der Pflichtleistungen anfallen (abzüglich der Subventionen; zuzüglich einer angemessenen Rendite, vgl. unten E.I.), ob also keine Fehlzuschlüsselungen erfolgen und auch die Gesamtkosten nachgewiesen sind, bedingen die Entgeltgrundsätze mehrere unterschiedliche **Kontrollvorgaben**.

- Zunächst ist zu untersuchen, ob das „**Baukasten-Prinzip**“ eingehalten wurde, ob also die Entgelte auf der Grundlage eines Basisentgelts zuzüglich entsprechender Aufschläge gebildet wurden.
- Darüber hinaus ist die Richtigkeit der möglichen **Aufschläge** zu prüfen. Für den Umlaufaufschlag bedeutet dies, dass gemäß § 21 Abs. 2 EIBV kontrolliert werden muss, ob der Größenordnung der verursachten Auswirkungen hinreichend Rechnung getragen wurde. Beim Knappheitsaufschlag ist gemäß § 21 Abs. 3 EIBV darauf zu achten, dass dieser auch tatsächlich eine Überlastung in bestimmten Zeiten spiegelt. Der Vollkostenaufschlag ist gemäß Art. 8 RL 2001/14/EG bzw. § 14 Abs. 1 AEG insbesondere auf seine Diskriminierungsfreiheit hin zu untersuchen.
- Schließlich ist zu prüfen, ob die Anforderungen des **Marktausschluss-Tests** nach § 14 Abs. 4 S. 3 AEG erfüllt sind. Es ist also zu gewährleisten, dass der Vollkostenaufschlag nicht dazu führt, dass die Nutzergruppe in einem Marktsegment von der Nutzung ausgeschlossen wird, sofern jene Nutzergruppe zumindest die Grenzkosten zuzüglich einer angemessenen Rendite zu zahlen imstande ist.

Der Begriff des Marktsegments i.S.d. § 14 Abs. 4 S. 2 und 3 AEG ist dabei als „Markt“ im kartellrechtlichen Sinne zu verstehen. Die Abgrenzung von Marktsegmenten entspricht daher sowohl in sachlicher als auch in räumlicher Hinsicht einer **kartellrechtlichen Marktabgrenzung**. Gleichwohl ist darauf hinzuweisen, dass jede Marktabgrenzung im spezifischen Funktionskontext zu sehen ist, d.h. einer **funktionalen Anpassung** unterliegt. Vor diesem Hintergrund kann angesichts des Ziels einer Ausdifferenzierung der Entgelte mit einem entsprechenden Marktausschluss-Test für weniger „zahlungskräftige“ Marktsegmente gegebenenfalls eine kleinteiligere Marktabgrenzung als üblich vorgenommen werden.

Die **sachliche Marktabgrenzung** erfolgt aus der Nachfragerperspektive nach dem Bedarfsmarktkonzepts. Der geografisch relevante Markt bildet eine Untermenge des sachlich relevanten Marktes. Im Extremfall fallen geografischer und sachlicher Markt zusammen. Dies ist insbesondere in den Netzwirtschaften häufig der Fall, da es sich im Wesentlichen um ortsbezogene Angebote handelt, die nicht an einem anderen Ort substituionsfähig erbracht werden können.

Vor dem Hintergrund dieser allgemeinen Vorgaben kann eine sachliche Marktabgrenzung prinzipiell der im Bahnsektor regelmäßig vorgenommenen **Einteilung in die Teilsegmente Schienenpersonennahverkehr, Schienenpersonenfernverkehr, Massengutverkehr und Einzelwagenladungsverkehr** folgen. Darüber hinaus sind unterschiedliche Qualitäten auf verschiedenen Trassen, welche differierende Geschwindigkeiten erlauben, zu berücksichtigen. In diesem Kontext kann dem Trassenangebot der DB AG in seinen unterschiedlichen Qualitäten im Rahmen einer Marktabgrenzung jedenfalls dem Ansatz nach gefolgt werden.

Was die **räumliche Marktabgrenzung** anbelangt, ist eine weitere geografische bzw. nachfrageorientierte Ausdifferenzierung erforderlich. So könnte sich beispielsweise eine Differenzierung anhand der jeweiligen Bevölkerungsdichte anbieten. Eine adäquate Marktabgrenzung muss auch Substitute (wie die Binnenschifffahrt) berücksichtigen und darüber hinaus die Nachfragesituation in die Analyse einbeziehen. Die Besonderheiten der Binnenschifffahrt können auch zu der in der Genese angesprochenen Identifikation eines sachlich relevanten Marktes „Seehafenhinterlandverkehr“ in bestimmten Regionen Deutschlands führen. Darüber hinaus kann auch eine divergierende Fördersituation eine räumliche Marktdifferenzierung erforderlich machen, da dies die Wettbewerbssituation nachhaltig verändern kann.

Um das Verfahren der Marktabgrenzung für die regulatorische Praxis handhabbar zu machen ist sicherlich ein **pragmatischer Weg** einzuschlagen. Würde eine sehr detaillierte Marktabgrenzung vorgenommen werden, lägen als Resultat unter Umständen sogar einzelne Bahnstrecken als relevante Märkte vor. Dies kann allerdings keineswegs als ein praktikabler Weg charakterisiert werden. Eine Marktabgrenzung, die sich wie hier geschildert neben den bereits genannten Marktsegmenten und dem Klassifikationssystem der Trassen der DB AG auch an geografischen Aspekten sowie der Nachfrage orientiert, stellt hingegen einen angemessenen und praktikablen Ansatz dar.

(III. Entgeltmaßstab bei Serviceeinrichtungen)

§ 14 Abs. 5 S. 1 AEG enthält ein Verbot, die Wettbewerbsmöglichkeiten der Zugangsberechtigten durch die Entgeltbemessung missbräuchlich zu beeinträchtigen. S. 2 normiert als Regelbeispiel dieses Missbrauchsverbotes eine differenzierende Entgeltbemessung in Bezug auf unterschiedliche Zugangspetenten. Über dieses Regelbeispiel hinaus fehlt es jedoch an gesetzlichen Vorgaben, wann eine missbräuchliche Entgeltgestaltung vorliegt.

Insgesamt liegt dem **Missbrauchsverbot** ein Verständnis zugrunde, das den Missbrauchstatbeständen der kartellrechtlichen Missbrauchsprüfung nach § 19 Abs. 4 GWB entspricht. Ein Missbrauch liegt danach über die schon als Regelbeispiel aufgeführte **diskriminierende Entgeltausgestaltung** hinaus bei einer **behindernden Ausgestaltung** sowie bei einem **Preishöhenmissbrauch** vor.

Von großem Interesse ist insbesondere der **Preishöhenmissbrauch**. Der Preishöhenmissbrauch ist dabei kontextbezogen auf die Vorgabe des § 14 Abs. 5 AEG **sektorspezifisch** zu **adaptieren**. Das bedeutet, dass ein Preishöhenmissbrauch letztlich dann vorliegt, wenn – dem gemeinschaftsrechtlich vorgegebenen Maßstab „Vollkosten minus Anreiz“ entsprechend – verglichen mit anderen Märkten **entsprechende Kostensenkungspotenziale nicht ausgeschöpft** und deshalb überhöhte Entgelte verlangt werden.

Die Ermittlung des derart adaptierten Preishöhenmissbrauchs kann – entsprechend der etablierten kartellrechtlichen Methodik – v.a. mittels eines **Vergleichsmarktverfahrens**, aber auch im Wege einer **effizienzorientierten** Einzelkostenprüfung und auch mittels eines **analytischen Kostenmodells** erfolgen. Anders als nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB schreibt § 14 Abs. 5 AEG keine Regelermittlungsmethode fest, so dass insoweit allein nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten zu entscheiden ist, welche Methode angewandt wird. Dabei ist auch eine kumulative Anwendung möglich und unter Umständen geboten. Denn das Vergleichsmarktverfahren ist nur bedingt geeignet, einen Preishöhenmissbrauch bzw. entsprechende Entgelt- und Kostensenkungspotenziale zu ermitteln, da regelmäßig schon keine sachlich und räumlich vollständig vergleichbaren Märkte existieren. Insoweit bedarf es erheblicher Korrekturen des ermittelten Vergleichspreises mit entsprechenden, schwer zu ermittelnden Korrekturfaktoren in Form von Zu- oder Abschlägen. Darüber hinaus herrscht aufgrund der natürlichen Monopolstruktur auf den Vergleichsmärkten in der Regel kein funktionsfähiger Wettbewerb, so dass der auf diesen Märkten geltende Marktpreis in der Regel selbst Gefahr läuft, missbräuchlich zu sein.

Darüber hinaus ist fraglich, ob im Rahmen eines solchen **Vergleichsmarktverfahrens** noch ein zusätzlicher **Erheblichkeitsfaktor** berücksichtigt werden müsste. Die entsprechende Argumentation des BGH zu § 19 Abs. 4 GWB lässt sich auf § 14 Abs. 5 AEG nicht übertragen, so dass die Berücksichtigung eines Erheblichkeitszuschlages im allgemeinen kartellrechtlichen Sinn verneint werden kann.

Trotz der insgesamt bestehenden Einschränkungen der Erkenntniswerte kann die Durchführung eines Vergleichsmarktverfahrens dennoch zumindest ein Indiz für einen Preishöhenmissbrauch erbringen, wenn schon auf den ermittelten Vergleichsmärkten ein entsprechend niedrigeres Entgelt verlangt wird. Als heranzuziehende Vergleichsmärkte kommen hier z.T. **inländische regionale Vergleichsmärkte** (insbesondere kleinere Personenbahnhöfe) sowie **ausländische Verkehrsmärkte** und dabei insbesondere diejenigen Großbritanniens und Schwedens in Betracht. Allerdings liegen nur für **Großbritannien** detaillierte Dokumentationen bezüglich des vollständigen Regulierungsansatzes und der Reviewprozesse sowie Zahlenmaterial in Bezug auf konkrete Preise vor.

Alternativ kann ein Preishöhenmissbrauch mit Hilfe einer **effizienzorientierten Einzelkostenprüfung** oder einem **analytischen Kostenmodell** ermittelt werden. Während bei der Einzelkostenprüfung eine Überprüfung der tatsächlich entstehenden Kosten erfolgt, wird bei einem Vergleich mit einem analytischen Modell darauf abgestellt, ob das erhobene Entgelt der Höhe nach in Relation zu den analytisch ermittelten Kosten steht, die bei einer Leistungserbringung im funktionsfähigen Wettbewerb entstehen würden. Die Erstellung eines analytischen Kostenmodells wird allgemein aufgrund spezifischer Besonderheiten des Bahnsektors jedoch als extrem kompliziert eingestuft. Erste diesbezügliche Erfahrungen der Regulierungsbehörde in Großbritannien liegen jedoch vor. Sowohl beim analytischen Kostenmodell als auch bei der effizienzorientierten Einzelkostenprüfung ist darauf zu achten, dass der gemeinschaftsrechtlich vorgegebene Entgeltmaßstab nicht missachtet wird. Denn dieser geht gerade zunächst nicht von den hypothetischen Kosten einer idealeffizienten Leistungsbereitstellung, sondern von Vollkosten aus und verlangt dann ein Anreizelement.

(IV. Entgeltgrundsätze bei Serviceeinrichtungen)

Anders als § 14 Abs. 4 AEG im Bereich der Vorgaben für die Zugangsentgelte zu Schienenwegen enthält § 14 Abs. 5 AEG **keinerlei Entgeltgrundsätze** hinsichtlich der Berechnung der Zugangsentgelte zu Serviceeinrichtungen. Gleiches gilt auch für die EIBV. Insofern ist es den Betreibern der Serviceeinrichtungen freigestellt, wie sie die Entgelte berechnen, solange sie dem Entgeltmaßstab entsprechen. Ein solcher Verzicht auf die Normierung von Entgeltgrundsätzen ist auch gemeinschaftsrechtskonform. Denn der insoweit allein einschlägige Art. 7 Abs. 7 RL 2001/14/EG ermöglicht zwar das Aufstellen von Entgeltgrundsätzen, verpflichtet jedoch nicht dazu, solange das Entgelt die Wettbewerbssituation berücksichtigt. Dies ist bei Einhaltung des unter C.III. entwickelten Entgeltmaßstabs aber der Fall.

(V. Entgeltmaßstab und Entgeltgrundsätze bei Zusatz- und Nebenleistungen)

Hinsichtlich der Entgelte für **Zusatzleistungen** lässt sich § 14 Abs. 1 S. 1 AEG unproblematisch ein **materielles Diskriminierungsverbot** entnehmen, das der Vorgabe des Art. 7 Abs. 8 RL 2001/14/EG entspricht. Für **Nebenleistungen** lässt sich bei gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung ebenfalls ein **materielles Diskriminierungsverbot** aus § 14 Abs. 1 S. 1 AEG ableiten. Ein **Entgeltgrundsatz** ist weder für Zusatz- noch für Nebenleistungen normiert.

(D. Kostenrechnerische Einzelfragen)

Gemäß § 21 Abs. 4 EIBV dürfen erhöhte Kosten, die eine **Verkehrsleistung** gegenüber anderen Verkehrsleistungen verursacht, nur für diese Verkehrsleistung berücksichtigt werden. Das bedeutet grundsätzlich, dass bei der Berechnung der Entgelte und somit bei der Erhebung der Aufschläge nicht nur nach Verkehrsleistungen differenziert werden kann, sondern muss. Das gilt allerdings angesichts der normhierarchisch vorrangigen und abweichenden Vorgabe des § 14 Abs. 4 S. 2 AEG nur, sofern eine mangelnde Differenzierung eine Diskriminierung im Sinne des § 14 Abs. 1 S. 1 AEG darstellen würde, weil Wettbewerber dadurch behindert werden. Innerhalb einer Verkehrsleistung kann der Ausgestaltung der Entgelte eine **Mischkalkulation zwischen verschiedenen Marktsegmenten** zugrunde gelegt werden. Diese Möglichkeit nach § 14 Abs. 4 S. 2 AEG wird durch § 21 Abs. 4 EIBV nicht eingeschränkt.

§ 21 Abs. 5 EIBV ermöglicht dem Schienenwegbetreiber eine **Mittelung der Entgelte** über einen angemessenen Zeitraum. Im Falle einer solchen Mittelung erfolgt also gerade keine Berechnung mehr auf Grundlage des unmittelbar stattfindenden Zugbetriebs. Dem Schienenwegbetreiber wird eine aufwendige Entgeltberechnung für jeden einzelnen Zugbetrieb erspart. Bei der Mittelung muss allerdings darauf geachtet werden, dass die Mittelung nur vergleichbare Zugleistungen zusammenfasst, um nicht den Kostenbezug aus den Augen zu verlieren. Dies wird in der gemeinschaftsrechtlichen Vorgabe des Art. 7 Abs. 6 S. 2 RL 2001/14/EG

deutlicher. In zeitlicher Hinsicht ist es entsprechend dem Gedanken des § 22 Abs. 7 S. 2 EIBV angemessen, eine Mittelung auf den Zeitraum einer Fahrplanperiode zu beziehen. Allerdings ist auch insoweit die gemeinschaftsrechtliche Vorgabe des Art. 7 Abs. 6 S. 2 RL 2001/14/EG zu beachten. Treten Veränderungen im Bereich der unmittelbar aufgrund des Zugbetriebes anfallenden Kosten auf, die dazu führen, dass die gemittelten Entgelte zu den von den Verkehrsdiensten verursachten Kosten nicht mehr in Beziehung stehen, muss eine Anpassung der Mittelung erfolgen.

Insgesamt erstreckt sich die Möglichkeit der **Mittelung auf jeden einzelnen Entgeltbestandteil**. Sowohl das **Basisentgelt** als auch die **Aufschläge** können damit jeweils gemittelt erhoben werden, so dass in diesem Fall keine individuelle Berechnung des Entgelts für einen Zugbetrieb erfolgen muss. Insoweit stellt § 21 Abs. 5 EIBV unter der (gemeinschaftsrechtlichen) Einschränkung der Orientierung an den tatsächlichen Kosten eine Typisierungserlaubnis dar. Der Verweis auf Abs. 2 und 4 in § 21 Abs. 5 EIBV stellt dabei ein Redaktionsversehen dar; zutreffend ist ein Verweis auf die Aufschläge in Abs. 2 und 3. Insoweit sollte das Gesetz de lege ferenda korrigiert werden.

Bei einer **Konzernumlage** handelt es sich um Gemeinkosten des Unternehmens mit den daraus resultierenden Zuschlüsselungsproblemen. Die Grenze der Berücksichtigungsfähigkeit der Konzernumlage in den der Entgeltberechnung zugrunde zulegenden Kosten ergibt sich unmittelbar aus dem entwickelten Kostenmaßstab. Nach § 14 Abs. 4 S. 1 AEG ist die Konzernumlage im Rahmen der Zugangsentgelte für **Schienenwege** insoweit berücksichtigungsfähig, wie ein angemessener Schlüssel für die Zuschlüsselung dieser Gemeinkostenposition angewandt wird. Auch an dieser Stelle sollte eine **Methodenoffenheit** bevorzugt werden, da unabhängig vom verwendeten Verfahren zunächst geprüft werden sollte, ob die Konzernumlage der regulierten Unternehmen und insbesondere der DB AG angemessen ist. Das Ziel der betriebswirtschaftlichen Angemessenheit kann mit verschiedenen Verfahren erreicht werden, weshalb die Festlegung auf ein bestimmtes Verfahren nicht sinnvoll ist. Ob eine Konzernumlage angemessen ist, wird auch von Seiten der Finanzverwaltung geprüft. Unter Umständen kann sich der Regulierer diese Teilentscheidung im Rahmen der Einschätzung der Angemessenheit der Konzernumlage zu Nutze machen.

Im Rahmen des Kostenmaßstabs des § 14 Abs. 5 AEG für den Zugang zu **Serviceeinrichtungen** hängt die weitere Prüfung von der angewandten Ermittlungsmethode für die Prüfung eines etwaigen Preishöhenmissbrauchs ab. Innerhalb eines Vergleichsmarktverfahrens ist insoweit ohnehin ausschließlich der Maßstab des ermittelten Vergleichspreises maßgeblich, unabhängig davon, welche Kosten damit gedeckt werden. Wird innerhalb des Vergleichsmarktverfahrens bereits ein Kostenvergleich durchgeführt, kann auch darauf abgestellt werden, welche Konzernumlagen auf funktionsfähigen oder regulierten Märkten auf den Schienenwegbetreiber umgelegt werden. Im Rahmen der Erstellung eines analytischen Kostenmodells kann in-

soweit eine hypothetische Prüfung erfolgen. Dann kann geprüft werden, inwieweit die Konzernumlage bei funktionsfähigem Wettbewerb gleichermaßen auf den Betreiber der Serviceeinrichtung umgelegt werden könnte.

Kostenmindernde Erlöse sind einmalige und nicht wiederkehrende Einnahmeereignisse. Sie lassen sich daher von einem Unternehmen in der Preiskalkulation nur schwer, und wenn nur im Rahmen einer Prognose berücksichtigen. Sie können im Rahmen der Entgeltbemessung für Schienenwege nach § 14 Abs. 4 AEG nur soweit berücksichtigt werden, wie sie **sachlich dem Netzbetrieb zurechenbar** sind.

Das gilt im Ergebnis in gleicher Weise für die Entgeltkontrolle nach § 14 Abs. 5 AEG für **Serviceeinrichtungen**. Die Einzelheiten hängen hier von der konkreten Methode der Ermittlung eines Preishöhenmissbrauchs ab. Sofern insoweit ein Vergleichsverfahren durchgeführt wird, sind die kostenmindernden Erlöse im Rahmen von Korrekturauf- und -abschlägen zu berücksichtigen. Das bedeutet, dass im Falle kostenmindernder Erlöse des regulierten Unternehmens, die so im Vergleichsmarkt nicht anfallen, das Vergleichsentgelt um diese Einmaleffekte bereinigt ermittelt werden muss. Genauso gilt umgekehrt, dass Einmaleffekte im Vergleichsland abgezogen werden müssen, sofern diese beim regulierten Unternehmen nicht angefallen sind. Dies verlangt allerdings eine Kenntnis des Ausmaßes entsprechender Erlöse im Vergleichsland, die regelmäßig nicht vorliegen dürfte. Sofern insoweit eine begründete Vermutung besteht, bieten sich entsprechende Sicherheitsaufschläge an.

Öffentliche Zuschüsse und Subventionen sind bei der Kostenrechnung insoweit zu berücksichtigen als sie im Rahmen der Vollkostenermittlung nach § 14 Abs. 4 S. 1 AEG in **Abzug** zu bringen sind. Das gilt auch für die Prüfung eines Preishöhenmissbrauchs gemäß § 14 Abs. 5 AEG. Vor diesem Hintergrund sind gerade bei der Anwendung des Vergleichsmarktkonzepts verschiedene Subventionszahlungen zu beachten. Im Übrigen ist zwischen allgemeinen und spezifischen Subventionen und Zuschüssen zu unterscheiden. Während erstere nur einem bestimmten Nutzerkreis etwa innerhalb einer Verkehrsleistung oder eines Marktsegments zugute kommen soll, ist dies bei letzteren nicht der Fall. Allgemeine Subventionen und Zuschüsse sind von den insgesamt dem Infrastrukturbetreiber entstehenden Kosten abzuziehen. Spezifische Subventionen und Zuschüsse sind von den Kosten abzuziehen, die den entsprechenden Verkehrsleistungen bzw. Marktsegmenten zugeschlüsselt wurden. § 20 Abs. 1 S. 1 EIBV eröffnet für den Fall der Investitionen Dritter eine solche spezifische Zuschlüsselung. Diese darf aber nicht einzelne Zugangsberechtigte begünstigen, sondern nur Nachfragergruppen in einzelnen Verkehrsleistungen oder Marktsegmenten. Bei der **Renditebemessung** sind öffentliche Subventionen herauszurechnen.

Kalkulatorische Abschreibungen können als Kosten in der Entgeltbemessung insoweit berücksichtigt werden, als hierdurch die langfristige Erbringung der Pflichtleistungen gesichert

wird. Das ist jedenfalls in dem Maße der Fall, wie sich die kalkulatorischen Abschreibungen an der **tatsächlichen Entwicklung der Wiederbeschaffungswerte** orientieren. Gleichzeitig können sich die kalkulatorischen Abschreibungen nur auf solche Sachmittel beziehen, die für die Erbringung der Pflichtleistungen erforderlich sind.

Fraglich ist allerdings dann noch, über welchen **Zeitraum** kalkulatorische Abschreibungen in Ansatz gebracht werden dürfen. Möglich ist hier zum einen der Zeitraum der bilanziellen Abschreibung des vorhandenen Sachmittels als auch eine Abschreibung über den Zeitraum der tatsächlichen Nutzung. Sinnvoll ist insoweit ein Abstellen auf den Zeitraum der tatsächlichen Nutzung, denn dieser reicht über den Zeitraum der bilanziellen Abschreibung der Sachmittel regelmäßig hinaus. Sofern die dabei erwirtschafteten Rückstellungen über die Höhe der gestiegenen Wiederbeschaffungskosten hinausgehen, ist dieser Überschuss in der nachfolgenden Kalkulationsperiode kostenmindernd in Ansatz zu bringen. Umgekehrt besteht eine Möglichkeit der kostensteigernden Ansetzung, wenn die kalkulatorischen Abschreibungen nicht ausreichen, die Wiederbeschaffungskosten zu decken.

Wird eine langfristige **Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung** abgeschlossen, können kalkulatorische Abschreibungen nur noch insoweit angesetzt werden, als dass die Wiederbeschaffung nicht von der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung gedeckt ist.

Bei der Ermittlung der **Kapitalbasis** spricht aus Praktikabilitäts Erwägungen einiges für eine Verwendung des britischen Regulierungsansatzes des Regulatory Asset Base, da hier nicht nur Erfahrungen aus der konkreten Anwendung der Methode vorhanden sind, sondern durch die offene Informationspolitik der Regulierungsbehörde Werte für Abschreibungsdauern als Erfahrungswerte bekannt sind. Abweichend könnte sicherlich auch auf Erfahrungen in der Regulierung des deutschen Energiesektors zurückgegriffen werden, wodurch Informationen genutzt würden, die bereits innerhalb der Bundesnetzagentur vorhanden wären. Hier bestünde aber das Problem der Übertragbarkeit auf den Bahnsektor.

Inwieweit die durch die Bereithaltung von **Personalreserven** entstehenden Kosten in der Entgeltberechnung berücksichtigt werden können, hängt vom anzuwendenden Entgeltmaßstab ab. Danach können im Rahmen der Entgeltberechnung für **Schienenwege** nach § 14 Abs. 4 AEG alle Kosten berücksichtigt werden, die der Erbringung der Pflichtleistungen zurechenbar sind. Dabei ist insbesondere darauf zu achten, dass Kosten für einen Personalüberhang nicht ungerechtfertigt in den Monopolbereich geschlüsselt werden. Im Rahmen der Entgeltkontrolle für **Serviceeinrichtungen** nach § 14 Abs. 5 AEG ist hingegen davon auszugehen, dass im Wege einer Vergleichsmarktbetrachtung, einer Einzelkostenanalyse oder eines analytischen Kostenmodells überprüft wird, ob die Personalreserven **angemessen** sind. Letztlich können bei einer anreizorientierten Preishöhenmissbrauchskontrolle nur diejenigen Personalreserven

kostenrechnerisch berücksichtigt werden, die im Rahmen des Kostensenkungsgleitpfads als angemessen angesehen werden.

(E. Rendite)

Aus **gemeinschaftsrechtlicher Sicht** ist davon auszugehen, dass eine **angemessene, Investitionsanreize setzende Renditegewährung** auch für die Eigenkapitalbereitstellung geboten ist. Methodische Vorgaben für die Ermittlung einer solchen Rendite lassen sich daraus jedoch nicht ableiten.

Angesichts der expliziten Normierung eines Vollkostenmaßstabs zuzüglich einer Rendite in § 14 Abs. 4 S. 1 AEG ist eine **kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung** auch nach **nationalem Recht** zulässig.

Wesentlich offener ist hingegen die Beantwortung der Frage, was unter einer „Rendite, die am Markt erzielt werden kann“, zu verstehen ist. Hier ergibt die Auslegung, dass insoweit nicht auf die tatsächliche Durchsetzbarkeit auf dem nachgelagerten Markt abzustellen ist, sondern auf eine **marktübliche Rendite**. Insoweit kann trotz abweichenden Wortlauts der **Angemessenheits-Maßstab** aus der Telekommunikationsregulierung übertragen werden.

Gleichwohl bleibt die Aufgabe, die **Methode** zu bestimmen, um eine solche „marktübliche“ Rendite zu ermitteln. Dazu müssen die in der betriebswirtschaftlichen Praxis üblichen Renditebewertungsmethoden auf ihre Funktionsangemessenheit im vorliegenden Regulierungskontext geprüft werden. Das gilt insbesondere für die in der eisenbahnrechtlichen Literatur vorgeschlagene Ermittlungsmethode des WACC/CAPM-Ansatzes, da diese Methode jedenfalls in ihrer Anwendungsart seitens der DT AG von der Regulierungsbehörde in der Telekommunikationswirtschaft unter Billigung des OVG Münster zurückgewiesen wurde. Diese Sondersituation lässt sich auf den vorliegenden Regulierungszusammenhang jedoch nur sehr bedingt übertragen.

Im Übrigen muss sich die Bundesnetzagentur bei der Prüfung der Angemessenheit der Renditeberechnung durch das regulierte Unternehmen von **allgemeinen Zweckmäßigkeitserwägungen** der verschiedenen Renditebemessungsmethoden und ihrer Situationsangemessenheit leiten lassen. So spricht für ein **Benchmark**, also für ein Abstellen auf regulierte Bahnmärkte im Ausland (z.B. Großbritannien, Schweden), dass dieser Maßstab verhältnismäßig einfach zu handhaben ist. Er weist allerdings die Nachteile einer fehlenden exakten Vergleichbarkeit und einer Abhängigkeit von der Methodenwahl der jeweiligen Regulierungsbehörde auf. **Kapitalmarktorientierte Methoden** (CAPM und Erweiterungen) stellen hingegen zwar theoretisch fundierte Ermittlungsmethoden dar. Es besteht jedoch das Problem der Bestimmung geeigneter börsennotierter Vergleichsunternehmen und die Gefahr einer Verzerrung bei der

Risikomessung. Eine Ableitung der Rendite aus den **Bilanzdaten** des regulierten Unternehmens hat ihrerseits wiederum den Vorteil verfügbarer Basisinformationen für sich, belässt dem regulierten Unternehmen aber Bilanzierungsspielräume, die zu Diskriminierungen genutzt werden können.

Ohne weitere Prüfung der Unterlagen der regulierten Unternehmen lässt sich abstrakt lediglich feststellen, dass die Bundesnetzagentur zur Überprüfung der Angemessenheit der Rendite grundsätzlich auf **sämtliche drei Berechnungsmethoden** – gegebenenfalls auch kombiniert – zurückgreifen kann, um die Marktüblichkeit der vom regulierten Unternehmen ermittelten Rendite zu prüfen. Sie darf die Art und Weise der Berechnung der Rendite durch das regulierte Unternehmen allerdings nur dann zurückweisen, wenn diese aufgrund fallbezogener Überlegungen mit den Regulierungszielen des AEG nicht vereinbar ist.

Aufgrund der spezifischen Verhältnisse in Deutschland dürfte es sich im Übrigen anbieten, im Rahmen der Renditeermittlung zunächst auf **buchwertorientierte Methoden** zurückzugreifen, da ein Börsengang der Schienenwegbetreiber einschließlich der DB Netz AG bislang nicht erfolgt ist und somit die Anwendungsmöglichkeiten kapitalmarktorientierter Verfahren stark eingeschränkt sind. Um potenziellen Problemen durch Bilanzierungsspielräume der Schienenwegbetreiber einschließlich der DB Netz AG vorzubeugen, empfiehlt sich eine unterstützende Anwendung von **Benchmarkverfahren**. Hier sollten primär die gut verfügbaren Werte aus Großbritannien verwendet werden. Ergänzend ist auch die Einbeziehung von Erfahrungen aus anderen inländischen Netzindustrien denkbar. In diesem Kontext sei darauf hingewiesen, dass dies auch in Großbritannien praktiziert und als praktikabel erachtet wird.

In Bezug auf die **Kapitalbasis** erscheint eine Ermittlung auf der Basis von Buchwerten angemessen, da die Regulatory Asset Base stark marktorientiert ist und eine Börsennotierung der Schienenwegbetreiber einschließlich der DB Netz AG bislang nicht existiert. Eine solche ist zwar zur Verwendung der RAB nicht zwingend erforderlich und könnte durch eine marktorientierte Unternehmensbewertung substituiert werden, würde aber die Anwendung stark vereinfachen.

Auch **de lege ferenda** ist von der Normierung einer spezifischen Berechnungsmethode abzuraten, da sie eine angemessene situative Reaktion auf unterschiedliche regulierte Unternehmen und unterschiedliche Regulierungssituationen ausschließt.

In Bezug auf die **Serviceeinrichtungen** ergibt sich im Übrigen die Renditebemessung aus den allgemeinen Ausführungen zum Entgeltmaßstab und der Feststellung eines Preishöhenmissbrauchs. Im Rahmen dieser Prüfung ist eine angemessene Rendite zu ermitteln, wobei hier insbesondere die Anwendung der Vergleichsmarktmethode auch für die Renditeermittlung zweckmäßig erscheint. Im Übrigen sind dieselben Zweckmäßigkeitsüberlegungen wie bei der

Renditeprüfung für Schienenwegentgelte anzustellen und es ist zu untersuchen, ob die angewandte Renditeermittlungsmethode den Regulierungsvorgaben entspricht. So muss etwa vermieden werden, dass diese Methode Diskriminierungs- und Quersubventionierungsspielräume ermöglicht, wie es das OVG Münster etwa für die WACC/CAPM-Methode für die Ermittlung der Rendite im Festnetzbereich der DT AG festgestellt hat.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der methodische Ansatz, den die Bundesnetzagentur zur Renditeermittlung wählt, ebenso wie der **angemessene Aufwand** davon abhängig ist, zu welchem **Zweck** eine entsprechende Renditeermittlung erfolgt. So kann für die Prüfung, ob der Marktausschluss-Test des § 14 Abs. 4 S. 2 AEG eingehalten worden ist, eine zurückgenommene Prüfungsdichte angezeigt sein, sofern auf diese Weise einfach ermittelt werden kann, ob diesbezüglich eine unzulässige Vollkosten-Zuschlüsselung erfolgt. Im Übrigen wird sich die Bundesnetzagentur einen Überblick über die – insbesondere im Schienenwegbereich – zurzeit tatsächlich erzielten Renditen verschaffen müssen, um den Aufwand in Relation zu etwaigen akuten Missbrauchspotenzialen zu halten.

(F. Anreizregulierung)

Aus § 21 Abs. 1 und § 24 Abs. 1 EIBV ergibt sich **kein** Gedanke einer klassischen **Anreizregulierung**.

Der **gemeinschaftsrechtliche Entgeltmaßstab** des Art. 6 RL 2001/14/EG „Vollkosten minus Anreiz“ läuft auf eine klassische Anreizregulierung für den Bereich der Schienenwege und der Serviceeinrichtungen hinaus.

Die Regulierung der Entgelte für den **Zugang zu Schienenwegen** weist in **AEG** und **EIBV** trotz entsprechender gemeinschaftsrechtlicher Vorgabe **keine Implementierung von Anzeilelementen** auf.

Das in § 14 Abs. 5 AEG für den **Zugang zu Serviceeinrichtungen** enthaltene **Preishöhenmissbrauchsverbot** kann hingegen im Rahmen der Erläuterungen zum sektorspezifisch adaptierten Preishöhenmissbrauchsverbot (dazu C.III.2.) als Grundlage einer Anreizregulierung angewendet werden. Ein Zugangsentgelt ist danach dann missbräuchlich, wenn der Infrastrukturbetreiber bestehende und realisierbare Kostensenkungspotenziale nicht aktiviert.

(G. Kostennachweispflichten)

Aus **gemeinschaftsrechtlicher Sicht** verbleibt den Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung der Kostennachweispflichten der regulierten Unternehmen und der entsprechenden Befugnisse

der Regulierungsbehörde ein weiter Umsetzungsspielraum nur für **aktive Vorlagepflichten**. **Passive Bereithaltungspflichten** sind hingegen zwingend umzusetzen. Dabei müssen detaillierte Nachweise bereit gehalten werden, die belegen können, dass die „tatsächlich berechneten Wegeentgelte den in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen vorgesehenen Verfahren, Regeln und gegebenenfalls Tabellen entsprechen“, Art. 7 Abs. 2 S. 2 RL 2001/14/EG.

Im **AEG** sind tief greifende Anordnungsmöglichkeiten normiert. So verfügt die Bundesnetzagentur insbesondere mit **§ 14c AEG** über eine **weit reichende Kompetenzgrundlage**, um Rechtsverstöße der regulierten Unternehmen abzustellen oder zu verhindern.

Sie kann auf der Grundlage insbesondere von § 14c Abs. 3 S. 1 Nr. 2 AEG alle für die Entgeltprüfung **erforderlichen Kostennachweise** anfordern. Die Bundesnetzagentur kann insbesondere anordnen, folgende Kostennachweise **im Einzelnen** zu erbringen: einen Jahresabschluss nach HGB (soweit gesetzlich vorgeschrieben; vom WP testiert, soweit vorhanden); die Überleitung der geprüften Jahresabschlusszahlen zur Kostenbasis (Überleitungsrechnung); eine vollständige Struktur der Kostenstellen- und der Kostenträgerrechnung; Gemeinkostenschlüssel; Kontenpläne; Anlagenspiegel; detaillierte Nachweise bestimmter Kostenstellen und Kostenträger; detaillierte Anlagenspiegel je nach einzelner Sachanlage; Verrechnungspreise und Verfahren der Kostenverrechnung sowie einzelne Kostennachweise (Rechnungen). Diese Liste ist **nicht abschließend**. Allerdings ist streng darauf zu achten, dass die Unterlagen erforderlich sind, um die spezifischen Entgeltkontrollaufgaben zu erfüllen (Vollkostenkontrolle; Preishöhenmissbrauchskontrolle; Überprüfung von Kostenzuschlüsselungen im Rahmen des Marktausschluss-Tests etc.).

§ 14c Abs. 2 Nr. 2 AEG stellt diesbezüglich keine verdrängende Spezialnorm dar; vielmehr sind die Absätze 2 und 3 in einem wechselseitigen Ergänzungsverhältnis zu sehen. § 14c Abs. 2 und 3 AEG werden auch nur insoweit von § 14e und § 14 f AEG verdrängt, wie diese Bestimmungen spezifische Verfahrensvorgaben enthalten. So kann die Bundesnetzagentur keine Anordnungen auf der Basis des § 14c Abs. 1 AEG mit abweichenden Fristen treffen. Auch kann sie keine Entgeltgenehmigungspflicht anordnen.

Zur weit reichenden Kompetenzgrundlage des § 14c Abs. 1 AEG gehört hingegen als ultima ratio sehr wohl die Befugnis, die Verwendung einer bestimmten **Kostenrechnungsmethode anzuordnen**. § 14c Abs. 1 AEG wird insoweit nicht von §§ 14e und f AEG verdrängt. Derartige Anordnungen können – soweit erforderlich – sogar schon **im Vorfeld eines Regulierungsverfahrens** getroffen werden.

Ob diese Unterlagen im Einzelfall sofort in vollem Umfang verlangt werden können oder gegebenenfalls eine **abgestufte Verfahrensweise** erforderlich ist, richtet sich nach allgemeinen **Verhältnismäßigkeitserwägungen**.

Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass dieses Ergebnis in der Literatur bestritten wird. Daher spricht Einiges dafür, **de lege ferenda** eine entsprechende Klarstellung im Gesetzestext aufzunehmen. So könnte etwa die Anordnungskompetenz für Rechnungsmethoden wie im § 29 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 TKG explizit in das AEG aufgenommen werden. Damit würden unnötige Rechtsstreitigkeiten vermieden werden, wie sie noch unter der Geltung des alten TKG geführt wurden und auch für das AEG zu erwarten sind.