



Ludger Pflug

Eisenbahnregulierung
zwischen öffentlichem Recht
und Privatrecht



Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	5
Einleitung.....	17
Gang der Arbeit	19
1. Teil: Öffentliches und privates Recht	21
1. Entwicklung der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht	21
a) Geschichtliche Entwicklung der Unterscheidung zwischen öffent- lichem und privatem Recht bis zum Anfang des 19. Jahrhunderts	22
b) Entwicklung von der Zweiteilung der Rechtsordnung zu gegensätz- lichen Ordnungen bis zum Ende des 19. Jahrhunderts	23
c) Stand der Forschung: keine strikte Dichotomie zwischen öffent- lichem und privatem Recht, sondern Leitgedanke der wechselseitigen Auffangordnungen	25
aa) Raiser	25
bb) Hoffmann-Riem, Schmidt-Aßmann: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen	26
cc) Burgis Verbund-Perspektive	27
d) Zwischenfazit	29
2. Dualismus der Rechtsordnung: Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht	30
a) Einwände gegen die Trennung der Rechtsordnung in Teilordnungen.....	30
aa) Schaffung von Gemeinrecht als dritter Ebene	30
bb) Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft.....	30
cc) Zusammenfassung	32
b) Notwendigkeit der Unterscheidung der Teilrechtsordnungen im positiven Recht	33
c) Übersicht über die Abgrenzungstheorien	33
aa) Interessentheorie	33
bb) Subordinationstheorie	34

cc)	Modifizierte Subjekttheorie (Zuordnungs-, Sonderrechtstheorie).....	34
dd)	Gesetzgebungskompetenztheorie.....	34
d)	Kritik an den Abgrenzungstheorien.....	34
e)	Abgrenzung der Teilrechtsordnungen durch die Rechtsprechung: Kasuistik.....	38
aa)	Anknüpfung an außerrechtliche Topoi	38
bb)	prozessökonomische Tendenzen.....	39
f)	Fazit.....	39
2.	Teil.....	41
1.	Die geschichtliche Entwicklung der Eisenbahn	41
a)	Die Anfänge im 19. Jahrhundert.....	41
b)	Nach der Reichsgründung	42
c)	Zwischen den Weltkriegen	42
d)	Zeit des Nationalsozialismus	43
e)	Die Bonner Republik.....	43
f)	Dreistufige Bahnstrukturreform ab 1994.....	44
2.	Ökonomische Grundlagen des Eisenbahnsektors.....	46
a)	Ökonomische Sondersituation in den regulierten Netzsektoren	46
3.	Grundbegriffe des Regulierungsrechts.....	47
a)	Regulierungsbegriff.....	47
aa)	Notwendigkeit eines Regulierungsbegriffes	47
bb)	Sozialwissenschaftlicher Begriff	48
cc)	Regulierung aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht	49
dd)	Rechtswissenschaftlicher Regulierungsbegriff.....	50
aaa)	Beschränkung der Regulierung auf das Privatisierungs- folgenrecht.....	50
bbb)	Beschränkung der Regulierung auf monopolistisch geprägte Märkte.....	51
ee)	Begriffsannäherung durch Definition der Regulierungsziele/ Finalität des Regulierungsbegriffes	51
aaa)	Definition Fehlings	52
bbb)	Eigene Definition des Regulierungsbegriffes	52
ccc)	Regulierung und Planungsrecht.....	53
ddd)	Die Regulierungsmaßnahme als neue Handlungsform des Verwaltungsrechts	53
b)	Wettbewerbsbegriff.....	54
aa)	Definition des Wettbewerbs als neuartiges Rechtsproblem.....	54
bb)	Anknüpfung an ökonomische Modelle.....	55

aaa)	Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes.....	56
bbb)	Wettbewerbstheorie	58
ccc)	Wettbewerbsbegriff des AEG.....	61
	i) Wirksamkeit des Wettbewerbs	61
	ii) Unverfälschter Wettbewerb.....	61
cc)	Zwischenfazit	63
dd)	Herstellung unverfälschten Wettbewerbs durch Regulierung.....	63
ee)	Regulierung als Übergangsphänomen	64
ff)	Beschränkung des Regulierungsrechts auf Netzwirtschaften	65
gg)	Regulierte Selbstregulierung	65
c)	Eisenbahnbegriff.....	66
d)	Eisenbahninfrastruktur	67
aa)	Europarechtlicher Infrastrukturbegriff, Verhältnis Verkehrs- wege – Eisenbahninfrastruktur	68
bb)	Serviceeinrichtungen als Infrastruktur.....	69
cc)	Eisenbahnspezifischer Infrastrukturbegriff.....	69
	aaa) Zur allgemeinen wissenschaftlichen Diskussion über den Infrastrukturbegriff.....	69
	bbb) Verwendung des Infrastrukturbegriff in der Recht- sprechung.....	70
dd)	Einschränkende Auslegung des Infrastrukturbegriffes: Beschränkung auf fehlende Marktalternativen?	71
e)	Betreiber der Schienenwege.....	72
4.	Einordnung des allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG) in das System des besonderen Verwaltungsrechts.....	73
5.	Verfassungs- und europarechtlicher Rahmen der Schienenregulierung.....	74
a)	Der verfassungsrechtliche Rahmen der Schienenregulierung	74
aa)	Art. 87e GG	74
	aaa) Verpflichtung zu wirtschaftlicher Führung, Art. 87e Abs. 3 S. 1 GG.....	75
	bbb) Gewährleistungsverantwortung, Art. 87e Abs. 4 S. 1 GG.....	75
	ccc) Keine Fortführung der Staatszwecklehre im Paradigma des Gewährleistungsstaates.....	77
	ddd) Privatisierungsschranke in Art. 87e Abs. 3 S. 2 GG.....	78
bb)	Grundrechte	78
	aaa) Abwehrrechte aus Art. 12, 14 GG	78
	bbb) Die Deutsche Bahn AG als Grundrechtsträger	79
	i) HEW-Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes	79
	ii) Urteil des Bundesverwaltungsgericht zur Deutschen Telekom AG.....	79

iii)	Rechtsprechung des OVG Münster zur Grundrechtsfähigkeit der Deutschen Bahn AG	80
ccc)	Verfassungsmäßigkeit von Regulierungsmaßnahmen	81
ddd)	Kosten durch besondere Pflichten, die Monopolisten auferlegt werden als verfassungsrechtliches Problem?.....	83
eee)	Grundrechtliche Schutzpflichten	83
cc)	Einordnung der Regulierungsverwaltung in das Gewaltenschema: Verwaltung iSd Art. 20 Abs. 2 GG.....	85
b)	Der europarechtliche Rahmen	86
aa)	Eisenbahnpakete	87
bb)	Transeuropäische Netze, Art. 154 ff. EG.....	87
6.	Das System der Schienenregulierung.....	88
a)	Materielle Netzzugangsregulierung im Eisenbahnsektor	89
aa)	Regulierungsrechtsverhältnis: Systematisierung, Einordnung und Überblick, Regulierungsebenen.....	89
bb)	Eisenbahnrechtlicher Netzzugang zwischen Regulierung und Verhandlung	91
aaa)	Regulierter Netzzugang	91
bbb)	Verhandelter Netzzugang	91
cc)	Mischtyp in der Schienenregulierung	93
aaa)	Privatautonomer Infrastrukturnutzungsvertrag.....	93
bbb)	Verfahrensvoraussetzungen für das Zustandekommen des Nutzungsvertrags.....	94
ccc)	Anzeigespflicht der EIU gem. § 14d AEG.....	95
ddd)	Ex-Ante-Regulierung: Widerspruchsrecht der Bundesnetzagentur in § 14e Abs. 1 AEG	95
eee)	Ex-Post-Regulierung	96
i)	Überprüfungsverfahren: Verpflichtung zur Änderung von SNB oder deren Ungültigerklärung (§ 14f Abs. 1 AEG)	96
ii)	Zugangsverfahren: Verpflichtung zur Änderung der Entscheidung (§ 14f Abs. 2 AEG) oder Anordnung des Zugangsvertrages (§ 14f Abs. 3 AEG).....	97
fff)	Verdichtung des Diskriminierungsverbotes zu einem Kontrahierungszwang; Anordnung als privatrechtsgestaltender Hoheitsakt.....	97
dd)	Das eisenbahnrechtliche Diskriminierungsverbot (§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG)	98
aaa)	Relevanz des Diskriminierungsverbotes in der Praxis.....	99

bb)	Inhalt des Diskriminierungsverbotes; kartellrechtsanaloge Interpretation des Diskriminierungsbegriffes	100
ccc)	Materieller Diskriminierungsbegriff der Bundesnetzagentur, Transparenzgebot.....	101
ddd)	Wandel der Rechtsprechung des OVG Münster hin zum Diskriminierungsbegriff der Bundesnetzagentur	102
eee)	Fazit: materielles Diskriminierungsverbot, Transparenzgebot	105
ee)	Einschränkung des Diskriminierungsverbotes/ Zugangsbegrenzungsgründe	106
aaa)	§ 14 Abs. 1 S. 2 AEG: Berücksichtigung des vertakteten und ins Netz eingebundenen Verkehrs	106
bbb)	Einschränkung durch die Kapazität der Infrastruktur	106
ccc)	Weitere Zugangsbeschränkungsgründe	108
ff)	Zugangsberechtigung.....	109
gg)	Zugangspflichtung	109
b)	Netzentgeltregulierung	110
aa)	Überblick	110
bb)	Ökonomische Problematik einer staatlichen Entgeltregulierung... ..	111
aaa)	Preisermittlungsmethoden	112
bbb)	Externe Effizienzvergleiche.....	112
ccc)	Interne Kostenkontrollen	113
cc)	Entgeltregulierung im AEG.....	114
dd)	Entgeltmaßstab (§ 14 Abs. 4 S. 1, Abs. 5 AEG): Vollkostendeckung minus Effizienzsteigerungsanreiz.....	115
ee)	Regulierung der Entgeltgrundsätze.....	116
ff)	Anreizregulierung.....	117
gg)	Europarechtswidrigkeit des AEG wegen fehlender Anreizregulierung.....	118
hh)	Rolle der LuV (Ergänzung der Anreizregulierung?)	118
ii)	Fazit	119
c)	Unbundling-Regime, §§ 9, 9a AEG	119
aa)	Begriff des Unbundling	119
bb)	Ökonomische Ausgangslage.....	119
aaa)	Verbundvorteile.....	120
bbb)	Quersubventionierung	120
ccc)	Konzernrechtliche Verflechtung.....	121
cc)	Funktion des Unbundling	121
dd)	Arten des Unbundling.....	122

ee)	Konkrete Ausgestaltung des Unbundling im AEG, §§ 9, 9a AEG: Gebote der buchhalterischen, organisatorischen und gesellschaftsrechtlichen Entflechtung.....	123
d)	Sonstige Regulierungsinstrumente	127
e)	Flankierende kartellrechtliche Regulierung.....	127
aa)	Art. 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB.....	128
bb)	§ 20 Abs. 1 GWB	128
cc)	Artt. 81, 82 EGV.....	129
f)	Kartellrechtliche Regulierung als Unterfall der sektorspezifischen Regulierung?	129
g)	Das Verhältnis zwischen Regulierungsrecht und Kartellrecht im AEG.....	130
aa)	Anwendungsvorrang des AEG	130
bb)	parallele Anwendbarkeit AEG/GWB	131
cc)	Fazit	132
7.	Die institutionelle Ausgestaltung der Schienenregulierung	133
a)	Bundesnetzagentur	133
b)	Das Eisenbahnbundesamt.....	134
c)	Zuständigkeiten der Bundesnetzagentur: Netzzugangs- und Entgelt- regulierung.....	134
d)	Zuständigkeiten des Eisenbahnbundesamt: Unbundling-Regulierung und sonstiges Eisenbahnrecht.....	135
e)	Verhältnis Eisenbahnbundesamt – Bundesnetzagentur	135
f)	Eisenbahninfrastrukturbeirat	136
g)	Monopolkommission.....	136
3.	Teil: Verknüpfungen zwischen öffentlichem und privatem Recht in der Schienenregulierung	137
1.	Verknüpfungen beim Netzzugangssystem	137
a)	Anspruch auf diskriminierungsfreie Behandlung bei Abschluss des Nutzungsvertrages oder unmittelbarer Zugangsanspruch?.....	137
aa)	Zugangsanspruch nur nach Abschluss eines Infrastrukturnutzungsvertrages	138
aaa)	Anspruch auf diskriminierungsfreie Behandlung	139
bbb)	Anspruch auf Abschluss eines Nutzungsvertrages (Kontrahierungszwang)	139
bb)	Unmittelbarer gesetzlicher Anspruch auf Zugangsgewähr.....	141
aaa)	Wortlautargument.....	141
bbb)	Gesetzessystematische Auslegung.....	142
ccc)	Teleologische Auslegung.....	142

ddd) Rechtsvergleichende Auslegung.....	143
eee) Europarechtskonforme Auslegung	143
fff) Rechtsnatur des Zugangsanspruches	144
b) Sowohl zivil- als auch verwaltungsrechtlicher Nutzungsanspruch.....	145
c) Stellungnahme	145
aa) Kritik an der Zweistufigkeit des Zugangsanspruches, der Unterscheidung zwischen „ob“ und „wie“ des Zuganges.....	146
bb) Zwischenergebnis	148
cc) Exkurs: Kontrahierungszwang als neutrales Recht.....	148
2. Rechtsschutz.....	149
a) Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte	150
b) Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte.....	151
c) Parallelität der Rechtswege	152
aa) Zivilprozessuales Rechtsschutzbedürfnis	153
bb) Vollstreckbarkeit einer zivilgerichtlichen Entscheidung	154
cc) Zwischenfazit zum alternativen Rechtsschutz	155
d) Besonderheiten der Rechtswege: Verwaltungsrechtsweg.....	155
aa) Klagebefugnis der Wettbewerber im verwaltungsbehördlichen und -gerichtlichen Verfahren, § 42 Abs. 2 VwGO	155
bb) Beteiligte des Verwaltungsverfahrens/Verwaltungsprozesses.....	158
e) Prozessuale Besonderheiten des Zivilrechtswegs.....	158
aa) Besonderheiten beim vorläufigen Rechtsschutz	159
bb) Kontrolldichte der Gerichte: Anerkennung von Beurteilungsspielräumen der Bundesnetzagentur	159
aaa) Zivilgerichte	160
bbb) Verwaltungsgerichte.....	160
f) Fazit zu parallelen Rechtsschutzmöglichkeiten.....	161
g) Zur Vereinheitlichung der Rechtswege im Regulierungsrecht	161
aa) Befürwortende Argumente: Gefahr divergierender Entscheidungen	161
bb) Tendenzen in der Rechtsprechung hin zu Rechtsschutzverweigerungen	163
cc) Argumente für den Verwaltungsrechtsweg: Sachnähe	163
dd) Einheitliche Fortentwicklung der Verwaltungsdogmatik	164
ee) Stellungnahme	164
3. Prüfungsumfang der Bundesnetzagentur in der Ex-Ante-Kontrolle: Widersprüche gegen Bedingungen, die in „zivilrechtlichen“ AGB vereinbart sind?	166
a) Unterschiedliche Rechtsnatur von AGB und SNB	167

b)	Beanstandung rechtswidriger AGB, die nicht in SNB/NBS enthalten sind	169
aa)	Ex-Ante-Kontrolle	169
bb)	Ex-Post-Regulierung	169
cc)	TKG: Keine zivilgerichtliche Prüfung von AGB nach Entgeltanordnung: BGH – Urteil vom 24.5.2007 (Az. III ZR 467/04)	170
c)	Zwischenfazit	171
4.	Ex-Post-Kontrolle der Bundesnetzagentur: Erwägungen auf Rechtsebene bei der Beanstandung rechtswidriger Vertragsbedingungen und der Vertragsanordnung	172
a)	Orientierung an zivilrechtlichen Grundsätzen	173
b)	Kollision mit Bindungen der Exekutive	173
c)	Orientierung am Planungsrecht	174
d)	Parallelproblematik in anderen Netzsektoren: Maßstäbe der Zugangsanordnung nach § 25 Abs. 5 TKG	175
e)	Übertragung der Grundsätze auf das eisenbahnrechtliche Anordnungsverfahren in § 14f Abs. 3 Nr. 2 AEG	177
aa)	Umfassende Befugnis der Bundesnetzagentur zur Anordnung des Nutzungsvertrages	177
bb)	Pflichtgemäße Ausübung des Auswahlermessens	178
cc)	Beschränkung des Anordnungsermessens und konkrete Abwägungsdirektiven	179
aaa)	Verpflichtung zur Übernahme bereits ausgehandelter Teile des Nutzungsvertrages?	179
bbb)	Prüfungsmaßstab bei der Inhaltskontrolle von Vertragsbedingungen	180
dd)	Verfassungsrechtliche Legitimation einer an zivilrechtlichen Grundsätzen orientierten Anordnung	181
5.	Gestaltungsspielräume der Unternehmen beim Netzzugang: Geltung zivilrechtlicher Zurückbehaltungsrechte (§ 273 BGB) des EIU gegenüber zugangsbegehrenden EVU im Regulierungsrechtsverhältnis	182
a)	Zivilrechtliche Natur des regulierungsrechtlichen Nutzungsvertrages	183
b)	Abschließende Regelung des Regulierungsrechtsverhältnisses durch die EIBV (§ 5 Abs. 1 EIBV)?	183
c)	Verbleibende Gestaltungsspielräume der Unternehmen im Regulierungsrechtsverhältnis/Reichweite des Diskriminierungsverbotes	184
d)	Fazit	187
6.	Zivilrechtliche Folgen eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot aus § 14 Abs. 1 S. 1 AEG	187

a) Diskriminierungsverbot als Verbotsnorm iSd § 134 BGB	187
aa) Literatur: Diskriminierungsverbot als Gebotsnorm	187
bb) Eigene Auffassung: Verbotsnorm.....	188
b) Zivilrechtliche Sekundäransprüche: Schadensersatz/Unterlassung	190
7. Verknüpfungen im System der Entgeltregulierung.....	191
a) Monopolpreis-Rechtsprechung des BGH.....	191
b) Kritik	192
c) Stellungnahme	192
 Fazit und Thesen.....	 195
 Literaturverzeichnis	 201