



UNIVERSITÄT
LEIPZIG



enreg. Institut für Energie- und
Regulierungsrecht Berlin

Geschäftsführender Direktor:
Prof. Dr. Jochen Mohr, Universität Leipzig

Entflechtung der Infrastruktur im vertikal integrierten Eisenbahnkonzern

Eisenbahnregulierung im Umbruch

Prof. Dr. Jochen Mohr

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wettbewerbsrecht,
Energierrecht, Regulierungsrecht und Arbeitsrecht,
Universität Leipzig

Geschäftsführender Direktor des enreg.

I. PROBLEMAUFRISS

I. PROBLEMAUFRISS

- **Konzernstruktur der DB AG**

- Deutsche Bahn ist als mehrstufiger Konzern unter der Führung der DB AG als operativer Dachgesellschaft (Holding) organisiert
- DB InfraGO AG ist Betreiberin der Infrastruktur
- Ein Unterordnungskonzern nach § 18 Abs. 1 S. 1 AktG liegt vor, wenn abhängige Gesellschaft mit anderen Gesellschaften unter der Leitung der Obergesellschaft zusammengefasst wird.
- Zentrales Merkmal ist die **einheitliche Leitung** der verbundenen Unternehmen iSd §§ 15, 17 AktG

I. PROBLEMAUFRISS

- Im **Eisenbahnsektor** ist eine **vertikale Integration** des Infrastrukturbetreibers nach dem EuGH sowie dem europäischen und nationalen Gesetzgeber **zulässig**.
- Eine **vertikale Integration** steht grundsätzlich in einem **Zielkonflikt** mit der **Regulierung**, deren übergeordnetes Ziel die Sicherstellung wirksamen Wettbewerbs auf den der Infrastruktur vor- und nachgelagerten Märkten ist.
 - Die **Entflechtungsregulierung** ist ein **Hilfsmittel** der Zugangs- und Entgeltregulierung zur Erreichung dieses Ziels.
- Vor diesem Hintergrund müssen die sektorale Grundentscheidung für eine **vertikale Integration** und die **Entflechtungsregelungen** bei der Auslegung der entsprechenden Normen in einen **sachgerechten Ausgleich** gebracht werden.

I. PROBLEMAUFRISS

- Bei diesem Ausgleich spielt die **Unterscheidung zwischen wesentlichen und nicht wesentlichen Funktionen** des Infrastrukturbetriebs sowie den damit verbundenen **normativen Anforderungen** an beide eine entscheidende Rolle. Im Rahmen einer Abwägung ist diese Unterscheidung zu beachten.
 - In Bezug auf die **wesentlichen Funktionen** besteht eine **relevante Diskriminierungsgefahr** der Infrastrukturnutzer, was der Gesetzgeber mit **ausführlichen Regelungen** zur **operationellen Entflechtung** adressiert hat.
 - In Bezug auf die **nicht wesentlichen Funktionen** besteht nur eine **geringe Diskriminierungsgefahr**, weshalb nur **rudimentäre Entflechtungsregelungen** bestehen.
 - Als **materielle Vorgabe** für die **operationelle Entflechtung** ist hier die **Freiheit von Interessenkonflikten** statuiert.

II. UNIONSRECHTLICHER HINTERGRUND

II. UNIONSRECHTLICHER HINTERGRUND

- **Vorschlag der EU-Kommission für eine sog. „Governance“-Richtlinie (2013)**
 - Die Kommission plädierte 2013 in ihrem Richtlinienvorschlag zunächst für umfassende Auflösung der organisatorischen Verflechtungen zwischen Wettbewerbs- und Infrastrukturbereichen (operationelle Entflechtung).
 - Vorschläge orientierten sich unter Beachtung der eisenbahnspezifischen Besonderheiten eng an der Rechtslage im Energiewirtschaftsrecht.
 - Vorschläge sahen **keine** Differenzierung zwischen den **wesentlichen Funktionen** (etwa Infrastrukturzugang und -entgelte) und der **nicht wesentlichen Funktionen** (etwa Instandhaltungsplanung) vor.
 - Als Regelfall war eine **vollständige institutionelle Entflechtung** von Schienennetz und Eisenbahnverkehr vorgesehen, um das Konstrukt von Holdinggesellschaften weitgehend auszuschließen.

II. UNIONSRECHTLICHER HINTERGRUND

- **EuGH zur Zulässigkeit einer Konzernholdingstruktur (Urt. v. 28.2.2013 – Rs. C-556/10 – Europäische Kommission/Bundesrepublik Deutschland)**
 - EuGH bestätigt das **Konzernholdingmodell** als ein **zulässiges Organisationsmodell** für Eisenbahnverkehrsunternehmen.
 - Die entflechtungsrechtliche Reduktion der Leitungsmacht der Konzernobergesellschaft durch spezifische Begrenzung von Weisungsrechten schafft folglich keinen neuen Typus einer Holdinggesellschaft, sondern orientiert sich an den etablierten Strukturen des Konzernrechts.
 - Unionsrechtliche Entflechtungsvorschriften können nationales Konzernrecht zwar punktuell beschränken. **Rechtliche Mindestbedingungen einer Konzernierung müssen aber unangetastet bleiben**, vor allem Kernelemente der einheitlichen Leitung iSd § 18 Abs. 1 S. 1 AktG.
 - Dies führt i.E. zu einer **Differenzierung** der Anforderungen an die sog. **wesentlichen Funktionen** des Infrastrukturbetriebs (Infrastrukturzugang und -entgelte) und die sonstigen, **nicht wesentlichen Funktionen** (etwa Instandhaltungsplanung).

II. UNIONSRECHTLICHER HINTERGRUND

- „**Governance**“-Richtlinie (EU) 2016/2370 modifiziert Eisenbahnrichtlinie 2012/34/EU
 - „**Governance**“-Richtlinie als Bestandteil des Vierten Eisenbahnpakets wurde **maßgeblich** durch **EuGH-Urteil** vom 28.2.2013 **beeinflusst**, insbesondere hinsichtlich der **Entflechtung**.
 - **Zentrale Bestandteile** sind die neu gefassten und punktuell erweiterten **Entflechtungs-Regeln** für Eisenbahninfrastrukturbetreiber mit **Fokus** auf der **operationellen („funktionellen“)** **Unabhängigkeit** des Betreibers der Infrastruktur hinsichtlich der wesentlichen Funktionen.
 - Wichtige inhaltliche **Abweichungen** im Vergleich zum Kommissionsvorschlag 2013:
 - I.E. **keine strikte institutionelle Entflechtung** unter Aufhebung von Konzernstrukturen;
 - **Keine Nivellierung** der **Regulierungsvorgaben** für **wesentliche** und **nicht-wesentliche (sonstige) Funktionen** des Infrastrukturbetreibers.
 - **Konzerninterne Unabhängigkeit** ermöglicht erst **Diskriminierungsfreiheit**: nur wer im Innenverhältnis hinreichend unabhängig ist, kann im Außenverhältnis **unparteiisch**, also diskriminierungsfrei agieren

II. UNIONSRECHTLICHE VORGABEN

- **Unterschiedliche normative Anforderungen an wesentliche und nicht wesentliche Funktionen des Infrastrukturbetriebs (1)**
 - Materielle Vorgaben und Erwägungsgründe der „Governance“-Richtlinie (EU) 2016/2370 fokussieren sich auf die **operationelle Trennung** der aus Entflechtungssicht **wesentlichen Funktionen** des Infrastrukturbetriebs (insb. **Infrastrukturzugang** und **–entgelte**).
 - Nach Art. 7 Abs. 1 S. 2 stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass der Infrastrukturbetreiber **Entscheidungen hinsichtlich der wesentlichen Funktionen frei von einem bestimmenden Einfluss** durch andere rechtliche Einheiten des vertikal integrierten Unternehmens **treffen** kann.
 - Der **Wortlaut** („bestimmenden Einfluss“) lässt die Schlussfolgerung zu, dass **nicht jede Form der Einflussnahme ausgeschlossen** ist; die Entflechtung **wesentlicher Funktionen** soll eine zulässige vertikale Integration in Form der Konzernierung **nicht kategorisch zurückdrängen**:
 - Als **Kern der Leitung** iSd § 18 Abs. 1 AktG **müssen gewahrt** bleiben:
 - **Fundamentale Kontrollbefugnisse** der Muttergesellschaft im Hinblick auf die **langfristige Unternehmensplanung** und die **Rentabilität** ihres Infrastrukturtochterunternehmens sowie
 - der **sachgerechten Verwendung** der durch den deutschen Staat u.a. mittels der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung (LuFV) zur Verfügung gestellten **Finanzmittel**.

II. UNIONSRECHTLICHE VORGABEN

- **Unterschiedliche normative Anforderungen an wesentliche und nicht wesentliche Funktionen des Infrastrukturbetriebs (2)**
 - „**Nicht wesentliche Funktionen**“ des Infrastrukturbetriebs umfassen etwa die Instandhaltungs- und Erneuerungsplanung.
 - Hinsichtlich der **nicht wesentlichen Funktionen** sollen Mitgliedstaaten vor allem Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass diese **unparteiisch** ausgeführt werden (EG 11 S. 1).
 - Diskriminierungsschutz ist nach allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen auch ohne operationelle Entflechtung möglich (vgl. Art. 102 S. 2 lit. c AEUV).
 - Art. 7b Abs. 1 der Eisenbahnrichtlinie 2012/34/EU regelt die Unparteilichkeit des Infrastrukturbetreibers hinsichtlich des Verkehrsmanagements und der Instandhaltungsplanung.
 - Die normativ als Ziel angestrebte **Unparteilichkeit** ist im Wege einer transparenten, diskriminierungsfreien und interessenkonfliktfreien Ausführung der von Verkehrsmanagement und Instandhaltungsplanung als **nicht wesentlichen Funktionen** zu erreichen.

II. UNIONSRECHTLICHE VORGABEN

- **Unterschiedliche normative Anforderungen an wesentliche und nicht wesentliche Funktionen des Infrastrukturbetriebs (3)**
 - Diskriminierungsfreiheit und Transparenz sind zentrale Ziele der Zugangs- und Entgeltregulierung und damit auch der Entflechtung als deren Hilfsinstrument.
 - Die **Freiheit von Interessenkonflikten** als generelles Postulat stellt demgegenüber eine **Ausprägung der operationellen Entflechtung** dar. Die **Freiheit von Interessenkonflikten** beinhaltet im Kontext der Instandhaltungsplanung als **nicht wesentliche Funktion** somit die **einzigste materiell-rechtliche Vorgabe** von Art. 7b der Eisenbahnrichtlinie 2012/34/EU hinsichtlich einer **operationellen Trennung**.

III. ENTFLECHTUNG NACH DEM EREGG

III. ENTFLECHTUNG NACH DEM ERREG

- **Entflechtungsvorschriften**

- §§ 7 ff. ERegG adressieren die Unabhängigkeit der Infrastrukturbetreiber im vertikal integrierten Unternehmen.
- §§ 8 bis 8e ERegG enthalten Umsetzung der Vorgaben der „Governance“-Richtlinie (EU) 2016/2370 (vgl. BR-Drs. 157/19, 18, 108).
- Somit findet die Differenzierung zwischen der Entflechtung **wesentlicher Funktionen** (§ 8a ERegG) und derjenigen des Verkehrsmanagements und der Instandhaltungsplanung als **nicht wesentlicher Funktionen** (§ 8b ERegG) auch im ERegG Niederschlag.
- § 8 ERegG stellt – nach Maßgabe des Art. 7 der Eisenbahnrichtlinie 2012/34/EU – die grundlegende Vorschrift zur Unabhängigkeit des Betreibers der Schienenwege dar.

III. ENTFLECHTUNG NACH DEM ERREG

- **§ 8b ERegG: Unparteilichkeit in Bezug auf die Instandhaltungsplanung und die bauliche Planung**
 - Umsetzung von Art. 7b der Eisenbahnrichtlinie 2012/34/EU.
 - § 8b ERegG soll sicherstellen, dass **Diskriminierungsfreiheit** bereits im Planungsstadium Beachtung findet (vgl. BR-Drs. 157/19, 18, 113).
 - Mit dem Diskriminierungsverbot gem. § 8b Abs. 1 S. 1 ERegG bezieht sich der Normgeber auf den übergreifenden Schutzzweck der Netzzugangs- und Entgeltregulierung.
 - Art. 102 AEUV und § 19 GWB zeigen, dass einem Diskriminierungsverbot auch unter den Bedingungen einer vertikalen Integration entsprochen werden kann.

III. ENTFLECHTUNG NACH DEM ERREG

- **Personelle Entflechtung durch § 8b Abs. 1 S. 2 ERegG**
 - Entscheidungen nach Satz 1 dürfen gem. § 8b Abs. 1 S. 2 ERegG nur vom Personal des Betreibers von Eisenbahnanlagen getroffen werden, das keine Funktionen in Eisenbahnverkehrsunternehmen oder mit diesen verbundenen Unternehmen ausübt.

Können zulässige Weisungen innerhalb des vertikal integrierten Konzerns einen Interessenkonflikt iSd § 8b Abs. 1 S. 2 ERegG begründen?

- Art. 7 Abs. 1 letzter HS der Richtlinie soll durch § 8b Abs. 1 S. 2 ERegG **konkretisiert** werden → **weder** der **Unionsgesetzgeber** noch der **deutsche Gesetzgeber** wollen **grundlegende Änderungen** an der **vertikalen Integration** des DB-Konzerns herbeiführen.
- **Schlussfolgerung: § 8b Abs. 1 S. 2 ERegG** dient dem **Ausschluss** von **Interessenkonflikten** unter **Wahrung** der unionsrechtlich zulässigen **Grundentscheidung** für die Möglichkeit einer **vertikalen Integration** in Form einer Holdingstruktur.

IV. VERGLEICH MIT DEM ENWG

IV. Vergleich mit dem Energiewirtschaftsrecht

- **Vergleichende Betrachtung liegt aus folgenden Gründen nahe:**
 1. Richtlinienvorschlag der Kommission aus 2013 basierte auf der Rechtslage im Energiewirtschaftsrecht nach dem Energiebinnenmarktpaket 2009.
 2. Die Kommission argumentierte im Aufsichtsverfahren 2013 vor dem EuGH mit dem Energiewirtschaftsrecht.
 3. **Vergleich** mit dem Energiewirtschaftsrecht **ermöglicht** das **Aufzeigen** von **Grenzen** der **Entflechtungsregulierung** bei einer unionsrechtlich **zulässigen vertikalen Integration** in Form einer Konzernholdingstruktur.
 - **§ 7a Abs. 4 S. 3 EnWG** enthält eine **verallgemeinerungsfähige Regelung**.
 - Regelungsgegenstand ist die **Schaffung** eines **angemessenen Ausgleichs** zwischen einem **diskriminierungsfreien Netzbetrieb** und den **zentralen Kontrollbefugnissen** des **Mutterunternehmens** (insbesondere Unternehmensplanung und Rentabilität).

IV. VERGLEICH MIT DEM ENERGIEWIRTSCHAFTSRECHT

- **Entflechtung von Transportnetzbetreibern** gem. §§ 8 ff. EnWG **differenziert nach drei Modellen:**
 1. **Eigentumsrechtliche Entflechtung** gem. § 8 EnWG („Ownership Unbundling“, kurz: **OU**)
 2. **Unabhängiger Systembetreiber** gem. 9 EnWG („Independent System Operator“, kurz: **ISO**)
 3. **Unabhängiger Transportnetzbetreiber** gem. den §§ 10 bis 10e EnWG („Independent Transmission Operator“, kurz: **ITO**)
 - §§ 8 bis 10e EnWG **widersprechen** der Rechtslage im ERegG allerdings im zentralen Punkt der dort statuierten **Zulässigkeit der Konzernierung**.
- Naheliegender ist ein **Vergleich** mit den Vorschriften zur **operationellen Entflechtung von Verteilernetzbetreibern** (§§ 7, 7a EnWG).
 - **§§ 7, 7a EnWG** gehen von **fortbestehender Konzernbindung** der **Infrastrukturgesellschaft** aus.
 - **§ 7 EnWG** verpflichtet Betreiber von Verteilernetzen zu einer **rechtlichen Entflechtung**.
 - **Kern der Entflechtung** von Verteilernetzbetreibern liegt in der **operationellen Entflechtung** gem. § 7a EnWG.

IV. VERGLEICH MIT DEM ENERGIEWIRTSCHAFTSRECHT

- **Operationelle Entflechtung von Verteilernetzbetreibern (§§ 7, 7a EnWG)**
 - **Grundaussage des § 7a EnWG: Maßnahmen der allgemeinen Konzernplanung und Konzernsteuerung sind zulässig, soweit der Betrieb der Infrastruktur sowie gebotene Instandhaltungs- und Erneuerungsinvestitionen nicht beeinträchtigt werden.**
 - **§ 7a Abs. 4 EnWG** enthält Regelungen zur Schaffung eines **Ausgleichs** zwischen **Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten** des **Mutterunternehmens** mit den **Befugnissen** des **Netz-betreibers** zum Netzbetrieb und Netzausbau.
 - Gem. § 7a Abs. 4 S. 3 EnWG sind zur **Wahrnehmung** der **wirtschaftlichen Befugnisse** der **Leitung** der Konzernmutter und ihrer **Aufsichtsrechte** „**Maßnahmen der allgemeinen Unternehmenssteuerung**“ **zulässig**.
 - Umfasst sind nach § 7a Abs. 4 S. 3 EnWG beispielhaft die **Weisung**, die **Festlegung allgemeiner Verschuldungsobergrenzen** und die **Genehmigung jährlicher Finanzpläne** oder gleichwertiger Instrumente, sofern seitens der Muttergesellschaft ein **berechtigtes Interesse** besteht.
 - Ein solches Interesse ist zu bejahen, wenn die **wirtschaftlichen Befugnisse** und **Aufsichtsrechte** der Muttergesellschaft **berührt** sind
 - **Weisungen zum laufenden Netzbetrieb** sind nach § 7a Abs. 4 S. 5 EnWG **unzulässig**.

IV. VERGLEICH MIT DEM ENERGIEWIRTSCHAFTSRECHT

- **Vergleichende Bewertung der Entflechtungsregelungen im Eisenbahnregulierungsrecht und im Energiewirtschaftsrecht**
 - Die **Grundentscheidung** für eine **vertikale Integration** der DB AG durch den deutschen Gesetzgeber **steht der Interpretation der Entflechtungsvorschriften** des ERegG anhand der **§§ 8 ff. EnWG entgegen**.
 - **Vorzugswürdig** ist ein **Vergleich** mit **§ 7a EnWG**, der konsistente Vorgaben zur operationellen Entflechtung enthält:
 - **Unzulässig** sind Weisungen zum laufenden Betrieb.
 - **Zulässig** sind Maßnahmen der allgemeinen Unternehmenssteuerung, soweit ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse des Konzerns besteht
 - Der Infrastrukturbetreiber ist **verpflichtet**, sich bei Durchführung von Instandhaltungs- und Erneuerungsinvestitionen im **Rahmen** der **allgemeinen Weisungen** der Konzernmutter **zu bewegen**.

IV. VERGLEICH MIT DEM ENERGIEWIRTSCHAFTSRECHT

- **Schlussfolgerungen für § 8b Abs. 1 S. 2 ERegG:**
 - Vorgaben zur **Kontrolle finanziell erheblicher Investitionen verstoßen nicht** gegen die **Entscheidungsbefugnisse** des Infrastrukturbetreibers hinsichtlich der **konkreten Investitionsplanung**.
 - Die **Wahrnehmung zulässiger Einflussnahmemöglichkeiten** im Konzern begründet **nicht per se** einen **Interessenkonflikt** iSd § 8b Abs. 1 S. 2 ERegG.



UNIVERSITÄT
LEIPZIG



ICH WÜNSCHE UNS ALLEN EINE ERTRAGREICHE VERANSTALTUNG!

jochen.mohr@uni-leipzig.de

mohr@enreg.eu

www.enreg.eu