

Gutachten zur Klärung von Entgeltfragen

nach AEG und EIBV

Z 25-5 / B 2570

KURZFASSUNG

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	3
A. Begriffsbestimmungen.....	5
B. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben in Bezug auf Entgeltmaßstab und Entgeltgrundsätze.....	6
C. Entgeltmaßstab und Entgeltgrundsätze aus AEG und EIBV	9
I. Entgeltmaßstab bei Schienenwegen	9
II. Entgeltgrundsätze bei Schienenwegen	9
III. Entgeltmaßstab Serviceeinrichtungen	13
IV. Entgeltgrundsätze Serviceeinrichtungen	15
V. Entgeltmaßstab und Entgeltgrundsätze bei Zusatz- und Nebenleistungen	15
D. Kostenrechnerische Einzelfragen.....	15
E. Rendite	19
F. Anreizregulierung.....	21
G. Kostennachweispflichten.....	22

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 ein Vollkosten- oder ein Effizienzkostenansatz oder eine Zwischenlösung („Vollkosten minus Anreiz“; Preishöhenmissbrauchsmaßstab etc.) 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 be-

schränkt 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 Kostennachweispflichten 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.

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 Schienennetz-Nutzungsbedingungen 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 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 sind damit jedenfalls ein reiner Vollkostenansatz ohne Anreizelemente einerseits und ein reiner Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung andererseits, letzterer, weil dieser nicht angemessen die tatsächliche Kostensituation als Ausgangspunkt berücksichtigt.

Das schließt jedoch nicht aus, dass innerhalb des Entgeltmaßstabs „Vollkosten minus Anreiz“ eine *Orientierung* an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung erfolgt. Denn eine solche Orientierung bezieht sich auf die Ausgestaltung des Anreizelements, ohne dass von dem Ausgangspunkt der Vollkosten abgewichen wird. Ebenso wenig schließt es diese Vorgabe aus, dass irgendwann das Ziel der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung erreicht wird bzw. werden soll.

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 Effizienanreiz“) 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 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 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 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**).

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 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 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 Anzeielementes 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 *Entgelt*bestandteile (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 **Bauskastensystem** 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 Zuganspruchs 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 Umweltaufschlag 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 Verbraucherperspektive 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 substituierfähig 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 Differen-

zierung 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 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 Regulierungs-

behörde 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 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 **Mittlung der Entgelte** über einen angemessenen Zeitraum. Im Falle einer solchen Mittlung 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 Mittlung muss allerdings darauf geachtet werden, dass die Mittlung 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 Mittlung 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 Mittlung erfolgen.

Insgesamt erstreckt sich die Möglichkeit der **Mittlung 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 ange-

messen 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 Vergleichsmarktverfahren 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 herauszurechen.

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 Praktikabilitätsabwägungen 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 Sondersi-

tuation 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 markt-orientierte 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 Anreiz-elementen** 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 Weegeentgelte 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 **Verhältnismäßigkeitsabwägungen**.

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 Anordnungscompetenz 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.