

PROFESSOR DR. iur. DR. rer. pol. DR. h.c. FRANZ JÜRGEN SÄCKER

DIREKTOR DES INSTITUTS FÜR DEUTSCHES UND EUROPÄISCHES WIRTSCHAFTS-,  
WETTBEWERBS- UND REGULIERUNGSRECHT DER FREIEN UNIVERSITÄT BERLIN

TEL.: (030) 83 85 38 30

FAX: (030) 83 85 38 80

Herrn  
Dr. Anton Hofreiter  
Vorsitzender des Ausschusses für Verkehr, Bau  
und Stadtentwicklung  
Deutscher Bundestag  
Platz der Republik 1  
11011 Berlin

Ausschuss für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung  
**AUSSCHUSSDRUCKSACHE 17. WP**  
**Nr. 17(15)281-C**  
**53. Sitzung am 19.10.2011**  
**BERATUNGSUNTERLAGE**  
***Bitte aufbewahren!***

Berlin, 11.10.2011  
ys/44a-11/V&A


**Anhörung am 19.10.2011**

Sehr geehrter Herr Dr. Hofreiter,

in der Anlage übersende ich Ihnen die von mir erbetene schriftliche Stellungnahme zu den drei Anträgen der Fraktionen SPD, DIE LINKE und BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN.

Meine Stellungnahme als Direktor des Instituts für deutsches und europäisches Wirtschafts-, Wettbewerbs- und Regulierungsrecht beschränkt sich auf die juristischen, insbesondere die EU- rechtlichen Aspekte der Anträge.

Mit freundlichen Grüßen



**Rechtliche Rahmenbedingungen für eine Eisenbahnstrukturreform**

*Gliederung*

<b>I.</b>	<b>Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<b>II.</b>	<b>Netzneutralität als Grundbedingung für einen effektiven, diskriminierungsfreien Zugang zu den Eisenbahninfrastrukturnetzen.....</b>	<b>1</b>
<b>III.</b>	<b>Die Interpretation des § 9a Abs. 1 S. 1 AEG .....</b>	<b>4</b>
<b>IV.</b>	<b>Folgerungen aus dem EU – rechtlichen Schutz der Unabhängigkeit des Schienennetzbetreibers .....</b>	<b>6</b>
	<b>1. Personelle Konsequenzen .....</b>	<b>6</b>
	<b>2. Konsequenzen für Beherrschungsverträge zwischen den (Mutter-) Verkehrsunternehmen und den Infrastrukturunternehmen.....</b>	<b>8</b>
	<b>a. Uneingeschränkte Beherrschungsverträge.....</b>	<b>8</b>
	<b>b. Eingeschränkte Beherrschungsverträge.....</b>	<b>10</b>
	<b>3. Konsequenzen für Ergebnisabführungsverträge.....</b>	<b>11</b>

## I. Einleitung

Jede stabile, in die Zukunft weisende Reform des Eisenbahnrechts hat die verfassungs- und unionsrechtlichen Vorgaben zu beachten, die sich aus dem Grundgesetz und den EU-Eisenbahnrichtlinien ergeben. Ihre Missachtung führt zwangsläufig zu objektiv unnötigen Klagen<sup>1</sup> bzw. zu Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland.<sup>2</sup> Die nachfolgenden Darlegungen zeigen in wesentlicher Übereinstimmung mit der Position der Monopolkommission<sup>3</sup> und der Rechtsposition der EU-Kommission im laufenden Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland auf, dass Deutschland den im Dritten Eisenbahnpaket gefundenen Kompromiss auf EU-Ebene (keine Notwendigkeit zu einem ownership unbundling zwischen Eisenbahnverkehrs- und Schieneninfrastrukturgesellschaften, wohl aber legal unbundling mit effektiver schienennetzbezogener Unabhängigkeit der Netzgesellschaft) nicht konsequent genug durchgeführt hat, sondern die DB-Netzgesellschaft unter anderem durch Abschluss des Beherrschungsvertrages mit der DB AG nicht mit der EU-rechtlich gebotenen effektiven Unabhängigkeit ausgestattet hat.

## II. Netzneutralität als Grundbedingung für einen effektiven, diskriminierungsfreien Zugang zu den Eisenbahninfrastrukturnetzen

Das Unionsrecht sieht in einer wettbewerbsorientierten sozialen Marktwirtschaft – das gilt auch für die Netzindustrie – die Grundlage für Konsumentenwohlfahrt. Es geht daher darum, jedem (potentiellen Wettbewerber einer Eisenbahnverkehrsgesellschaft einen diskriminierungsfreien Zugang zum Eisenbahnnetz zu eröffnen, gleichgültig, ob dieser sich in

---

<sup>1</sup> Siehe nur BVerwG, Urt. v. 18.5.2010, BVerwGE 137, 58 ff. zum unzureichend durchgeführten Unbundling.

<sup>2</sup> Europäische Kommission, Schienenverkehr: Kommission unternimmt rechtliche Schritte gegen 13 Mitgliedstaaten wegen mangelhafter Umsetzung des ersten Eisenbahnpakets, Pressemitteilung v. 24.6.2010, IP/10/807.

<sup>3</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 60, Bahn 2011: Wettbewerbspolitik unter Zugzwang, 2011.

der öffentlichen Hand des Staates oder in der Hand einer privatrechtlichen Gesellschaft befindet. Deshalb heißt es zu Recht in einem Beitrag des Staatssekretärs im Bundesverkehrsministerium, Scheurle:

„Wichtigste Voraussetzung für Wettbewerb auf der Schiene ist der diskriminierungsfreie Zugang zur Infrastruktur [...]. Ende 2009 gab es in Deutschland 388 zugelassene Eisenbahnunternehmen. 323 Wettbewerber nutzten das Schienennetz der DB Netz AG. Im Schienenpersonennahverkehr liegt ihr Anteil bei der Verkehrsleistung 2009 bei 9,9%, im Schienengüterverkehr sogar bei 24,1%.“<sup>4</sup>

Er betont daher die Notwendigkeit, die geltende Eisenbahnregulierung unter Umsetzung des europäischen Rechts „auf den Prüfstand der Effizienz und Kohärenz zu stellen.“

Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 18.5.2010<sup>5</sup> hat bereits einen wichtigen Schritt in Richtung auf mehr Effizienz und Kohärenz des Schieneninfrastrukturrechts vollzogen, das insbesondere für die ausländischen, seit dem 1.1.2010 in der EU zugelassenen Eisenbahnunternehmen das Vertrauen in unabhängige, neutrale Entscheidungen über einen diskriminierungsfreien Netzzugang erhöhen soll.

Die Herstellung von den Verkehrsgesellschaften unabhängiger Entscheidungsstrukturen bei den Infrastrukturgesellschaften durch juristische und organisatorische Entflechtung ist keine autonome Entscheidung des deutschen Gesetzgebers, sondern Ergebnis der Umsetzung EU-rechtlicher Vorgaben in das deutsche Recht,<sup>6</sup> insbesondere der Art. 4 Abs. 2 und 14 Abs. 2 der RL 2001/14/EG. Die EU-Richtlinien konkretisieren Art. 102 AEUV, der jedem Unternehmen, das zum Transport seiner Produkte oder zur Anbietung seiner Dienstleistungen auf die Nutzung von natürlichen Infrastrukturmonopolen angewiesen ist, einen diskriminierungsfreien

<sup>4</sup> Scheurle, Wettbewerb im Eisenbahnverkehr-Bilanz und Maßnahmen zur Verbesserung, N&R 2010, S. 125 ff.

<sup>5</sup> BVerwG, Urt. v. 18.5.2010, BVerwGE 137, 58 ff.

<sup>6</sup> Vgl. BR-Drucksache 131/93, S. 99f, und BT-Drucksache 15/3280, S. 16.

Zugang zu diesen natürlichen Monopolen gegen angemessenes Nutzungsentgelt gewährt (essential facilities-Doktrin<sup>7</sup>).

§ 9 Abs. 1 lit. c AEG gebietet in Vollzug dieser EU-Vorgaben, dass die Bereiche „Erbringung von Verkehrsleistungen“ und „Betrieb der Eisenbahninfrastruktur“ in organisatorisch voneinander getrennten Unternehmensbereichen ausgeübt werden, wobei Entscheidungen über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur und das dafür zu entrichtende Entgelt von dem Unternehmensbereich zu treffen sind, der die Eisenbahninfrastruktur betreibt. Soweit zusätzliche gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen nach Abs. 3 bestehen, sind diese unter Beachtung der in Abs. 3 aufgestellten zusätzlichen Anforderungen an eine strukturelle Separierung zu erfüllen.<sup>8</sup> Aus Abs. 1 lit. c und Abs. 3 ergibt sich die klare und unmissverständliche Verpflichtung, nicht nur eine formale, sondern eine materielle (tatsächliche) organisatorische Trennung der beiden Bereiche durchzuführen,<sup>9</sup> die durch § 9a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AEG dahin stabilisiert wird, dass diese Bereiche in eigenen juristischen Personen geführt werden.

Die Unbundlingvorschriften, namentlich § 9a Abs.1 Satz 2 Nr. 5 AEG gewährleisten – so das Bundesverwaltungsgericht - die Unabhängigkeit der netzzugangsrelevanten Entscheidungen des Schienenwegebetreibers gegen fremde Einflussnahme. Dass die Einflussnahme manipulativ ist, also den Charakter einer nicht offengelegten oder sachwidrigen Fremdbestimmung trägt, ist entgegen der Annahme des Berufungsgerichts nicht erforderlich, auch die offene und sachorientierte Einflussnahme soll unterbunden werden.

<sup>7</sup> *Emmerich*, in: FS Söllner, 2000, S. 35; *Emmerich*, in: Dausers, EU-Wirtschaftsrecht, 25. Aufl. 2010, Rn. 393; *Müller*, Die Essential-Facilities-Doktrin im Europäischen Kartellrecht, EuZW 1998, 234; *Eilmansberger*, in: MüKoWettbR, Bd. I, 2007, Art. 82, Rn. 332ff.; EU-Kommission, COMP/C-3/37.792 – Microsoft; EuGH, Slg. 1995, I-743, Rn. 54 - Magill; Rs. C-418/01 vom 29. April 2004, Rn. 38 - IMS Health

<sup>8</sup> Zum folgenden vgl. bereits näher *Säcker*, Regulierungsrecht als komplexes Rechtsgebiet im Spannungsfeld zwischen öffentlicher und privater Rechtsdurchsetzung, in: Ronellenfitsch/Schweinsberg/Henseler-Unger (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts XIV, 2009, S. 159-178.

<sup>9</sup> Vgl. *Gerstner*, in: Hermes/Sellner, AEG-Kommentar, § 9a AEG Rn. 30.

Der rechtspolitische Sinn der Unbundlingvorschriften ist klar: Effektiver Wettbewerb der Unternehmen, die auf das Netz zum Transport ihrer Produkte und Dienstleistungen angewiesen sind, ist nur möglich, wenn der Netzbetreiber in gleich weiter, neutraler Ferne gegenüber allen Wettbewerbern steht. Der diskriminierungsfreie, rechtlich gesicherte Netzzugang zu angemessenen, transparenten Bedingungen ist der einzige Weg, über den ein unverfälschter Wettbewerb der auf die Netznutzung angewiesenen Wettbewerber möglich ist.<sup>10</sup>

### III. Die Interpretation des § 9a Abs. 1 S. 1 AEG

Durch § 9a Abs. 1 Satz 1 AEG wird die Freiheit der Deutschen Bahn AG, die Unternehmensgruppe in Form konzernverbundener Aktiengesellschaften zu organisieren nicht angetastet.

„Weil der Netzbetreiber ein faktisches Monopol innehat, aber über den Zugang zu seinem Netz entscheidet, muss sichergestellt werden, dass er diese Entscheidungen diskriminierungsfrei trifft.“<sup>11</sup>

Das wiederum setzt aber voraus, dass diese Entscheidungen von jeglicher Einflussnahme seitens der beteiligten Eisenbahnverkehrsunternehmen freigehalten werden. § 9a AEG dient dazu, die Unabhängigkeit des Schienenwegebetreibers in seinen netzzugangsrelevanten Entscheidungen auch unter den Bedingungen einer Konzernstruktur zu sichern. Die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers, bestehende Konzernstrukturen soweit wie möglich zu schonen, findet „ihre Grenze in der auch gemeinschaftsrechtlich gebotenen Sicherung der Unabhängigkeit des Schienenwegebetreibers in seinen netzzugangsrelevanten Entscheidungen“. Es geht de lege lata weder im Energie-, Telekommunikations- noch im Eisenbahnrecht um ein Ownership-Unbundling oder um die Auflö-

<sup>10</sup> Vgl. Art. 14 AEG; § 3 Abs. 1 EIBV; Art. 6 RL 2001/14/EG; Art. 10 RL 1991/440/EWG; BT-Drs. 12/4609, S. 58, 98 f.; *Rittner/Dreher*, Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht, § 35 Rn. 71 ff.; vgl. *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004 S. 182 ff.; *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, 3. Aufl. 2008, S. 101ff.; *Säcker/Boesche*, BerlKommEnR, Bd. 1, 2. Aufl. 2010, § 20 Rn. 3.

<sup>11</sup> BVerwG, Urt. v. 18.5.2010, BVerwGE 137, 58 ff.

sung der Holding-Struktur im DB-Konzern<sup>12</sup>, sondern es geht um die Beachtung der rechtlichen Vorgaben zur Herstellung *realer* Entscheidungsunabhängigkeit der Netzgesellschaften bei infrastrukturbezogenen Maßnahmen im integrierten Verkehrskonzern. Die Sicherung der Unabhängigkeit der Eisenbahninfrastrukturanbieter bei netzzugangsrelevanten Entscheidungen darf also nicht durch eine umfassende zentralistische Konzernstruktur ausgehöhlt werden.

Nach Art. 6 Abs. 3 der RL 91/440/EWG haben die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass die Entscheidungen über die Trassenzuweisung und über die Wegeentgelte (Anhang 2, 2. und 3. Spiegelstrich), die für einen gerechten und nichtdiskriminierenden Zugang zur Infrastruktur ausschlaggebend sind, auf Stellen oder Unternehmen übertragen werden, die selbst keine Eisenbahnverkehrsleistungen erbringen. Nach Art. 4 Abs. 2 der RL 2001/14/EG müssen Entscheidungen über die Wegeentgelte und nach Art. 14 Abs. 2 dieser Richtlinie auch Entscheidungen über die Zuweisung der Fahrwegkapazität von Stellen des Infrastrukturunternehmens oder von Dritten getroffen werden, die rechtlich, organisatorisch und in ihren Entscheidungen vom Eisenbahnverkehrsunternehmen unabhängig sind.<sup>13</sup>

Das Bundesverwaltungsgericht stellt dazu fest, dass diese Anforderungen durch die Zielvorgaben in § 9a Abs. 1 S. 1 AEG und den nachfolgenden Satz 2 umgesetzt werden.

Damit Satz 2 nicht als limitative Aufzählung missverstanden wird<sup>14</sup>, sollte er durch die Einfügung des Wortes „insbesondere“ ergänzt werden. § 9a Abs. 1 S. 1 AEG sei keine Generalklausel. Ich selbst halte diese Auffassung für unzutreffend. Das Bundesverwaltungsgericht beruft sich dafür, dass § 9a Abs. 1 S. 1 AEG keine exemplarische, sondern eine limitative Aufzählung von Maßnahmen enthalte, die die Unabhängigkeit

<sup>12</sup> Gegen ein Ownership-Unbundling im Bahnbereich sprechen vielfältige Gründe; vgl. näher *Säcker*, *Der Independent System Operator: Ein neues institutionelles Design für Netzbetreiber*, 2007, S. 81 ff.

<sup>13</sup> RL 2001/14/EG, ABl. EG L 75/29 v. 15.03.2001

<sup>14</sup> So BVerwG, Urt. v. 18.5.2010, BVerwGE 137, 58 ff., Rn. 26.

des Infrastrukturunternehmens sicherstellen sollen, auf das Fehlen eines Wortes wie „insbesondere“. Das wäre ein zwingender Hinweis für die Auslegung des Satzes 2 im Sinne von bloßen Regelbeispielen.

Denn „eine Einflussnahme im Interesse eines (im Konzern verbundenen) Eisenbahnverkehrsunternehmens muss „unterbunden“, das heißt tatsächlich wirksam ausgeschlossen werden. Das Gesetz bekämpft damit nicht erst die Einflussnahme selbst, sondern bereits die Gefahr der Einflussnahme; und es gebietet nicht erst wirksame Maßnahmen gegen eine konkret drohende Einflussnahme, sondern wirksame Vorkehrungen gegen jede Möglichkeit der Einflussnahme. Insofern stellt § 9a Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 AEG einen abstrakten Gefährdungstatbestand dar; darauf hat das Verwaltungsgericht zutreffend hingewiesen. Dies steht im Einklang mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht; hiernach muss die Unabhängigkeit des Schienenwegebetreibers nicht nur rechtlich, sondern auch tatsächlich wirksam gesichert sein.“

Die formale Entbindung von der konzernbezogenen Interessenwahrungspflicht bei Wahrnehmung von bestimmten Aufgaben für die DB Netz AG sichert nicht in ausreichendem Maße die faktisch-institutionelle Handlungsunabhängigkeit, die § 9a AEG in Übereinstimmung mit den EU-Vorgaben gewährleisten will, und zwar erst recht nicht aus der Sicht der Konkurrenten der DB-Verkehrsunternehmen, wie deren Widerstand gegen die unzureichende Durchführung der Unbundlingvorschriften zeigt.<sup>15</sup>

#### **IV. Folgerungen aus dem EU-rechtlichen Schutz der Unabhängigkeit des Schienennetzbetreibers**

##### **1. Personelle Konsequenzen**

Zur Unabhängigkeit der Netzgesellschaft gehört, dass sie arbeitsrechtlich Herrin des Personals ist, mit dem sie ihre Managementfunktionen ausfüllt. Andernfalls wäre ihre tatsächliche Unabhängigkeit in Frage gestellt.<sup>16</sup> Sie ist daher allein zuständig für den Abschluss der Dienstverträ-

<sup>15</sup> Vgl. Beschwerde des Netzwerkes Privatbahnen bei der EU Kommission [http://www.netzwerk-privatbahnen.de/pdf/Update\\_EU-Beschwerde.pdf](http://www.netzwerk-privatbahnen.de/pdf/Update_EU-Beschwerde.pdf) und *Stüler*, Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts XVI- Bericht über die Tagung in Tübingen, DVBl 2010, 1220, 1223.

<sup>16</sup> Presseerklärung EBA v. 27.11.2006, abrufbar unter: [http://www.netzwerkprivatbahnen.de/pdf/061127\\_EBA\\_Presseerklaerung\\_Konzernjuristen.pdf](http://www.netzwerkprivatbahnen.de/pdf/061127_EBA_Presseerklaerung_Konzernjuristen.pdf).



ge, und sie regelt die Konditionen, zu denen ihr Personal beschäftigt wird.

Art. 26 der Energie-RL 2009/72 EG stellt, um personelle Verflechtungen auszuschließen, klarstellend fest: Um seine Entscheidungsbefugnisse unabhängig vom integrierten Versorgungsunternehmen erfüllen zu können, muss der Netzbetreiber „über die erforderlichen Ressourcen, einschließlich personeller, technischer, materieller und finanzieller Ressourcen verfügen“. Das Infrastrukturunternehmen darf für Managementfunktionen im zugangsrelevanten Bereich nicht auf die Kräfte der (Mutter-) Verkehrsgesellschaft zurückgreifen.

Die Vorstandsmitglieder der Netzgesellschaft müssen, damit ihre organisatorische Selbständigkeit und berufliche Handlungsunabhängigkeit gewahrt bleibt, nicht nur vom Aufsichtsrat der Infrastrukturgesellschaft bestellt, sondern auch dienstvertraglich angestellt werden. Doppelfunktionen auf Vorstandsebene im Konzern müssen zur Wahrung der Neutralität generell unterbunden werden, da der Vorstand gesellschaftsrechtlich eine umfassende, nicht einschränkbare Gesamtzuständigkeit und Gesamtverantwortung bezüglich des Netzes hat (§§ 76ff. AktG). § 9a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 und Nr. 6 AEG bringen dies unmissverständlich zum Ausdruck.<sup>17</sup>

Der Mutter-Konzernvorstand hat darüber hinaus keine Kompetenz, **Konzerntarifverträge** abzuschließen, die die Netzgesellschaft in ihrer Fähigkeit beeinträchtigen, die ihr vom Gesetz übertragenen Aufgaben nach eigenen Vorstellungen kosteneffizient zu erfüllen<sup>18</sup>; denn zu hohe Kosten wirken sich in Form erhöhter Nutzungsentgelte nachteilig auf den Kunden aus.<sup>19</sup> Deshalb muss auch eine Bevollmächtigung des Konzernvor-

<sup>17</sup> Auf der Aufsichtsratsebene der Netzgesellschaft ist dagegen eine Amtswahrnehmung durch Vorstandsmitglieder der Obergesellschaft nicht zu unterbinden, da andernfalls die faktische Konzernstruktur aufgelöst würde, vgl. dazu *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, 2005, S. 99.

<sup>18</sup> Vgl. *Säcker*, Das neue „institutionelle Design“ des Independent System Operator, et 2007, 89.

<sup>19</sup> Gerade wenn man in § 14 Abs. 4 AEG keinen effizienzorientierten Entgeltmaßstab sieht, vgl. *Ruge*, AöR 131, 2006, S. 59ff.; dagegen *Säcker*, Der Independent System Operator: Ein neues institutionelles Design für Netzbetreiber, 2007, S. 78.

standes zum Abschluss von konzernweiten Tarifverträgen ausgeschlossen sein. Aus der Sachverantwortung der Netzgesellschaft folgt konsequent eine entsprechende Personalverantwortung. Der Netzgesellschaft hat demgemäß zu entscheiden, mit wieviel Personal sie ein sicheres Netz betreibt, welche Kündigungsfristen sie in Tarif- und Arbeitsverträgen vereinbart und ob es Arbeitsverträge mit dem Verbot ordentlicher Kündigungen gibt. § 9a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AEG verlangt, dass Entscheidungen bezüglich des Netzzugangs nur vom Personal der Netzgesellschaft unabhängig von der Muttergesellschaft getroffen werden müssen, ebenso wie dies § 8 Abs. 2 EnWG tut. Nr. 4 verlangt darüber hinaus, dass Weisungen Dritter gegenüber dem Schienennetzbetreiber im zugangsrelevanten Bereich und im Bereich der Zugangsentgelte völlig unterbleiben.

## **2. Konsequenzen für Beherrschungsverträge zwischen den (Mutter-) Verkehrsunternehmen und den Infrastrukturunternehmen**

### **a. Uneingeschränkte Beherrschungsverträge**

Das Unabhängigkeitsprinzip gebietet, dass dem Infrastrukturunternehmen untersagt ist, einen Beherrschungsvertrag mit einem Verkehrsunternehmen oder dessen Muttergesellschaft abzuschließen.

Zwischen der DB AG und der DB Netz AG besteht ein Beherrschungsvertrag, der indes zur Konstituierung einer Konzernstruktur unstreitig nicht benötigt wird (s. § 18 Abs. 1 S. 3 AktG). Der Beherrschungsvertrag hebt die selbstständige Leitungsverpflichtung des Vorstandes der Netz AG gemäß § 76 AktG auf und räumt der Holdinggesellschaft – anders als im faktischen Konzern (vgl. §§ 311, 317 AktG) – umfassende Einwirkungsmöglichkeiten auf die abhängige Gesellschaft ein (§ 308 AktG). Anstelle des Gesellschaftsinteresses als Maßstab des unternehmerischen Verhaltens (§ 93 AktG) tritt das Konzerninteresse, das über dem Unternehmenswohl der abhängigen Gesellschaft steht. Was dem Konzerninteresse dienlich ist, hat grundsätzlich die Konzernleitung zu entscheiden. Führungsstruktur und Zuordnung der Verantwortung im Konzern würden

verwischt, wenn daneben eine konkurrierende Zuständigkeit des Vorstandes der abhängigen Gesellschaft bestünde“.<sup>20</sup>

Der Bundesgerichtshof<sup>21</sup> beschreibt die Wirkungen eines kombinierten Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages mit den Worten:

„Durch den Unternehmensvertrag in der Form des kombinierten Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages (§ 291 AktG) werden u.a. die abhängige Gesellschaft der Leitung durch das herrschende Unternehmen unterstellt, das die organschaftliche Verantwortlichkeit bei Ausrichtung des Gesellschaftszweckes am Konzerninteresse für die Konzernleitung übernimmt (§§ 308ff. AktG), die Bindung des Gesellschaftsvermögens eingeschränkt (§ 291 Abs. 3 AktG) und die Zuständigkeit der Hauptversammlung für die Gewinnverwendung aufgehoben. Das herrschende Unternehmen erlangt dadurch das Recht, der abhängigen Gesellschaft nachteilige, die Interessen des herrschenden Unternehmens oder des Konzerns verfolgende Weisungen zu erteilen (§ 308 Abs. 1 AktG) und den von der abhängigen Gesellschaft erzielten Gewinn zu vereinnahmen. [...] Darüber hinaus ist das herrschende Unternehmen infolge seiner Weisungsbefugnis in der Lage, die abhängige Gesellschaft ihrer Vermögenswerte weitgehend zu entkleiden oder sie vollständig in den Konzern einzubinden“.

Der Beherrschungsvertrag überlagert und verändert die Pflicht des Vorstandes der beherrschten Gesellschaft, das Unternehmen unter eigener Verantwortung zu leiten. Durch den Beherrschungsvertrag werden die für die AG zentralen Vorschriften über die Vermögensbindung (§§ 57, 58 und 60 AktG) aufgehoben (§ 291 Abs. 3 AktG). Aus der selbstständig handelnden AG wird eine beherrschte juristische Person ohne geschützte eigene Willensbildung, die dem umfassenden Weisungsrecht der Holdinggesellschaft im Konzerninteresse unterliegt. Eine solche Organisation ist das Gegenteil einer Gesellschaft, die in wesentlichen Funktionen unabhängig ist, um Konkurrenten der DB-Verkehrsgesellschaften glaubwürdig einen diskriminierungsfreien Infrastrukturzugang zu wettbewerbsfähigen Preisen zu gewähren. Der uneingeschränkte Beherr-

<sup>20</sup> *Koppensteiner*, Kölner Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2004, § 308 Rn. 2.

<sup>21</sup> BGHZ 135, S. 374, 378.

schungsvertrag ist daher gemäß § 9a Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 und 4 AEG unwirksam (§ 134 BGB). Er darf demgemäß nicht praktiziert werden.

#### **b. Eingeschränkte Beherrschungsverträge**

Die Unabhängigkeit der Netzgesellschaft bei netzzugangsbezogenen Entscheidungen kann auch nicht dadurch hergestellt werden, dass netzzugangsrelevante Entscheidungen vom Beherrschungsvertrag ausgenommen werden. Eine solche formale Ausgrenzung des Bereichs der zugangsrelevanten Entscheidungen ist im Alltag des Unternehmens wegen des Sachzusammenhangs mit sonstigen Entscheidungen nicht praktikabel. Wer durch einen Beherrschungsvertrag zu prinzipiell umfassendem Gehorsam und Bindung an das Konzerninteresse verpflichtet ist, kann nicht partiell von dieser konzernbezogenen Abhängigkeit auf Unabhängigkeit und Eigeninteresse umschalten und gegen die Mutter entscheiden.<sup>22</sup>

Fast allen EU-Staaten ist ein Beherrschungsvertrag zur rechtlichen Zementierung der Konzernstruktur unbekannt. Auch das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft kennt keinen Beherrschungsvertrag, der der Obergesellschaft umfassende vertragliche Weisungsrechte zum Nachteil der Tochtergesellschaft einräumt. Die EU-Kommission sieht daher, was auch das Bundesverwaltungsgericht unkommentiert zur Kenntnis nimmt<sup>23</sup>, den auf EU-Ebene gefundenen Beratungskompromiss abredewidrig dadurch ausgehöhlt, dass die DB AG und ihre Netztochtergesellschaft einen Beherrschungsvertrag zur Petrifizierung der Konzernstruktur abgeschlossen haben.

Die rechtliche Verfestigung der Holding-Struktur durch einen formal eingeschränkten Beherrschungsvertrag ist mit einer EU-konformen Auslegung des § 9a Abs. 1 S. 2 Nr. 5 AEG unvereinbar. Der Vorstand der

<sup>22</sup> *Säcker*, Der Independent System Operator: Ein neues institutionelles Design für Netzbetreiber, 2007, S. 78.

<sup>23</sup> BVerwG, Urt. v. 18.5.2010, BVerwGE 137, 58 ff.

Netz AG hat die über den Beherrschungsvertrag tatsächlich erleichterte Möglichkeit der Muttergesellschaft, auf alle Entscheidungen der Tochter durch deren uneingeschränkte Bindung an das Konzerninteresse Einfluss zu nehmen, zu unterbinden. Sein Abschluss war wegen Verstoßes gegen § 9a Abs. 1 S. 1 und S. 2 Nr. 5 AEG gemäß § 134 BGB unwirksam. § 9a Abs. 1 AEG schützt auch – das Bundesverwaltungsgericht lässt das offen – die Wettbewerber vor Strukturen, die die Neutralität des Netzbetreibers bei zugangsrelevanten Fragen unterminieren. Eine Auslegung des § 9a Abs. 1 AEG, die eine umfassende Beeinflussung abhängiger Infrastrukturgesellschaften mit Hilfe eines Beherrschungsverträgen bei tatsächlich infrastrukturbezogenen Entscheidungen nicht ausschließen kann, gefährdet die Neutralität bei netzbezogenen Entscheidungen und höhlt die EU Vorgabe, die Infrastrukturunternehmen in eigenständiger Rechtsform tatsächlich unabhängig zu führen, substantiell aus.

### **3. Konsequenzen für Ergebnisabführungsverträge**

Vorstehende Überlegungen gelten auch für isolierte Gewinnabführungsverträge. Diese schränken die Freiheit der Netzgesellschaft ein, mögliche Gewinne für Investitionen in das Netz zu verwenden, auch wenn sie diese für erforderlich hält, um ihre gesetzliche Verpflichtungen für ein sicheres Netz zu erfüllen. Dadurch wird die Abhängigkeit von der Zahlungsbereitschaft der Muttergesellschaft verstärkt.<sup>24</sup> Zugleich wird die Fähigkeit der Infrastrukturgesellschaft erschwert, Fremdkapital bei Banken aufzunehmen, da der Gewinnabführungsvertrag den Selbstfinanzierungsbeitrag der Gesellschaft, der zur Erreichung einer günstigen Fremdfinanzierung erforderlich ist, schmälert. Durch Ausgleichszahlungen der Muttergesellschaft an die Netzgesellschaft wird diese Abhängigkeit nicht beseitigt, sondern intensiviert. Betroffen sind davon die Wettbewerber, die dann unter einer unzureichenden Trassenbereitstellung leiden.

<sup>24</sup> Zu Gewinnabführungsverträgen vgl. *Altmeppen* in: MünchKommAktG Bd. I, 3. Aufl. 20008, § 291 Rn. 141 ff.; *Mühl/Wagenseil*, Der Gewinnabführungsvertrag - gesellschafts- und steuerrechtliche Aspekte, NZG 2009, 1253-1259