



Beschlusskammer 10

BK10-19-0199\_U

## Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren  
aufgrund der Beschwerde

der Schienenverkehrsgesellschaft mbH (SVG), Marienbader Straße 48, 70372 Stuttgart,  
vertreten durch die Geschäftsführung,

Beschwerdeführerin,

g e g e n

die DB Netz AG, Theodor-Heuss-Allee 7, 60486 Frankfurt am Main,  
vertreten durch den Vorstand,

Beschwerdegegnerin,

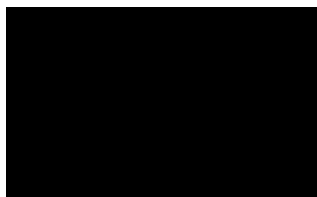
vom 11.08.2019 wegen behaupteten Verstoßes gegen die Unabhängigkeit der Geschäftsführung,

Hinzugezogene:

DB Fernverkehr AG, Stephensonstraße 1, 60326 Frankfurt am Main,  
vertreten durch den Vorstand,

– Verfahrensbevollmächtigte:

der Beschwerdegegnerin:



hat die Beschlusskammer 10 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

durch

den Vorsitzenden Dr. Ulrich Geers,  
den Beisitzer Jan Kirchhartz und  
den Beisitzer Wolfram Krick

am 05.05.2020

beschlossen:

1. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, ihre organisatorische Entscheidung, bei Entscheidungen über den Zugang zu im Schienenpersonenfernverkehr genutzten Abstellgleisen Angestellte der Deutsche Bahn AG mit der Rechtsberatung oder Rechtsvertretung zu beauftragen, dahingehend zu ändern, dass eine derartige Beauftragung unterbleibt, sofern diese Angestellten in Organisationsbereichen tätig sind, die nicht nach Maßgabe der Ausführungen in den Gründen von Organisationsbereichen getrennt sind, welche (auch) rechtsberatend oder rechtsvertretend für die Hinzugezogene tätig sind.
2. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, die Beschlusskammer innerhalb von drei Monaten über die getroffenen Maßnahmen zur Umsetzung der unter Ziffer 1 genannten Verpflichtung zu informieren.
3. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.
4. Für den Fall, dass die Beschwerdegegnerin die unter Ziffern 1 und 2 genannten Verpflichtungen nicht innerhalb von drei Monaten nach Bekanntgabe des Beschlusses umsetzt, wird ihr ein Zwangsgeld in Höhe von jeweils 10.000 EUR angedroht.



II. 4.1.1.3.2.2.2.2 Kein getrennter Bereich innerhalb des Konzerns.....	38
II. 4.1.2 Beeinträchtigung der Beschwerdeführerin .....	46
II. 4.2 Rechtsfolge .....	47
II. 4.2.1 Legitimer Zweck .....	48
II. 4.2.2 Geeignetheit und Erforderlichkeit der Verpflichtung zur Erreichung des Zwecks .....	48
II. 4.2.3 Verhältnismäßigkeit der Verpflichtung im engeren Sinne .....	49
II. 4.2.4 Auflage .....	50
II. 4.2.5 Zwangsgeldandrohung .....	50
II. 4.3 Ablehnung im Übrigen.....	51
II. 5 Hinweis: Beabsichtigte Umsetzung durch die Beschwerdegegnerin.....	51

### **Abbildungsverzeichnis**

Abbildung 1 - eigenständige juristische Personen .....	36
Abbildung 2 - Innerhalb ein und desselben Unternehmens.....	38
Abbildung 3 - Beispiele für konzernintegrierten getrennten Bereich.....	39
Abbildung 4 - Getrennte Bereiche auf Holding-Ebene .....	41
Abbildung 5 - Vorschlag der Beschwerdegegnerin .....	44

## I. Sachverhalt

Die Beschwerdeführerin ist ein in Stuttgart ansässiges Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU), das insbesondere Fahrten mit Charterzügen durchführt – unter anderem Sonderfahrten für Betriebsausflüge, Messe- und Sportveranstaltungsbesuche und Eventzüge. Zur Durchführung der Charterverkehre nutzt die Beschwerdeführerin Abstellgleise u. a. auf der Eisenbahninfrastruktur der Beschwerdegegnerin.

Die Beschwerdegegnerin gehört zum Konzern der Deutsche Bahn (DB) AG. Sie betreibt als Eisenbahninfrastrukturunternehmen (EIU) das mit Abstand größte Schienennetz und eine Vielzahl von Serviceeinrichtungen in der Bundesrepublik Deutschland. Unter anderem betreibt sie Abstellgleise in Berlin-Grunewald und in der Umgebung.

Die Hinzugezogene ist ein EVU, das ebenfalls dem Konzern der DB AG angehört. Die Hinzugezogene erbringt Schienenpersonenfernverkehre auf dem Netz der Beschwerdegegnerin und nutzt u. a. Abstellgleise der Beschwerdegegnerin in Berlin-Grunewald und der Umgebung.

Gegenstand des Verfahrens ist ein angeblicher Verstoß seitens der Beschwerdegegnerin gegen die Unabhängigkeit der Geschäftsführung und gegen Datenschutzvorgaben.

Die Beschwerdeführerin stellte am 24.07.2019 über die internetbasierte Bestellplattform Anlagenportal-Netze (APN) bei der Beschwerdegegnerin einen Nutzungsantrag für ein Gleis in der Betriebsstelle Berlin-Grunewald für verschiedene Zeiträume im Herbst 2019. Hintergrund der Nutzungsanfrage der Beschwerdeführerin waren von ihr eingegangene Verträge über Sonderzugfahrten, die in Berlin beginnen und enden sollten.

Der Antrag der Beschwerdeführerin konfliktierte mit bestehenden Nutzungsrechten der Hinzugezogenen. Die Beschwerdegegnerin beabsichtigte deshalb, den Zugangsantrag der Beschwerdeführerin abzulehnen.

Der zuständige Bereichsleiter des Regionalbereichs Ost der Beschwerdegegnerin teilte der Beschwerdeführerin die Ablehnungsabsicht mit E-Mail vom 09.08.2019 mit. Der E-Mail war ein Schreiben der Beschwerdegegnerin zur Begründung der Ablehnung des Antrages beigelegt. In diesem Schreiben waren nähere Angaben zum Antragsgegenstand enthalten, die bis dahin nur der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin bekannt waren. Die E-Mail vom 09.08.2019 ging abschriftlich (CC-E-Mail) auch dem Verfahrensbevollmächtigten der Beschwerdegegnerin im hiesigen Verfahren, Herrn [REDACTED] von der Rechtsabteilung der DB AG, der Muttergesellschaft der Beschwerdegegnerin, zu.

Herr [REDACTED] vertritt (wie auch andere Juristen der Rechtsabteilung der DB AG) aufgrund entsprechender Dauervollmachten sowohl die Beschwerdegegnerin als auch EVU der DB AG einschließlich der Hinzugezogenen im Rahmen von eisenbahnrechtlichen Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozessen.

Die Grundsätze für ein Tätigwerden der zentralen Rechtsabteilung ergeben sich aus der „Konzernrichtlinie Risikominimierung“ der DB AG. Im Hinblick auf die Rechtsberatung wird das Ziel der Richtlinie wie folgt beschrieben:

*„Dieser Teil der Konzernrichtlinie schafft die Voraussetzungen dafür, dass die rechtlichen Risiken des DB-Konzerns so weit wie möglich im Rahmen des Legalitätsprinzips wirtschaftlich sinnvoll minimiert werden. Die Nutzung einer vorausschauenden und konzernweit konsistenten Rechtsberatung ermöglicht es, rechtliche Probleme frühzeitig zu erkennen und interessengerechte Lösungen zu finden.“*

Die sogenannte Gruppen- und Governancefunktion Recht (HL) betreut nach der Richtlinie innerhalb Deutschlands grundsätzlich alle Rechtsangelegenheiten mit Ausnahme bestimmter

Aufgaben, bei denen andere Funktionen die Rechtsberatung und das Führen von Gerichts- und wichtigen Behördenverfahren sowie die Beauftragung und Steuerung externer Rechtsberater übernehmen. Sie dient nach Angaben der Beschwerdegegnerin neben der Steigerung der Effizienz und der Kostensenkung unter anderem auch der Schaffung von Synergieeffekten und ist derzeit im Zuständigkeitsbereich des Personalvorstandes angesiedelt.

Laut interner Richtlinie ist die Gruppenfunktion Recht (HL) weisungsunabhängig.

Die Richtlinie schreibt eine Pflicht zum frühzeitigen Einschalten der Gruppenfunktion bei allgemeinen Rechtsangelegenheiten von wesentlicher Bedeutung vor, wobei eine wesentliche Bedeutung dann anzunehmen ist, wenn das wirtschaftliche Risiko für den DB-Konzern einen bestimmten Geldbetrag überschreitet oder die Angelegenheit grundsätzliche Bedeutung hat. Die Betreuung von Rechtsangelegenheiten durch die Konzernrechtsabteilung ist jedoch im Bereich des Zugangs zu Schienenwegen und der hierfür erhobenen Entgelte eingeschränkt.

Mit Schreiben vom 11.08.2019 hat sich die Beschwerdeführerin an die Bundesnetzagentur gewandt und sich über die Einbindung von Herrn [REDACTED] durch die Beschwerdegegnerin beschwert.

Die Beschlusskammer hat daraufhin das vorliegende Verfahren eingeleitet und den Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die Einleitung des Verfahrens hat die Beschlusskammer auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur ([www.bnetza.de](http://www.bnetza.de)) veröffentlicht.

Mit Beschluss vom 12.09.2019 hat das Verwaltungsgericht (VG) Köln im Zusammenhang mit einem wegen der Kapazitätsvergabe in Berlin-Grünwald geführten verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren, in dem die hiesige Beschwerdegegnerin und die hiesige Hinzugezogene jeweils durch Herrn [REDACTED] vertreten wurden, Folgendes ausgeführt:

*„Die Prozessvertretung der Antragstellerin durch einen Rechtsanwalt der DB AG begegnet zwar im Hinblick auf § 12 Abs. 1 Satz 1 ERegG durchgreifenden Bedenken. Denn diese Vorschrift ist gegenüber § 46 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BRAO als spezieller anzusehen mit der Folge, dass hier die Vertretung eines verbundenen Unternehmens nicht erfolgen darf. Wegen des vorrangigen Interesses der Rechtsordnung an der Rechtsbeständigkeit von Prozesshandlungen führt der Verstoß gegen das Tätigkeitsverbot des Rechtsanwalts jedoch nicht zur Unwirksamkeit der Prozessvollmacht und der für die Antragstellerin vorgenommenen Antragstellung (vgl. die ausdrückliche Regelung des § 155 Abs. 5 BRAO für Berufs- und Vertretungsverbote).“*

VG Köln, Beschluss 18 L 1887/19 vom 12.09.2019, S. 2.

Die Beschwerdeführerin trägt vor, die Versendung der E-Mail am 09.08.2019 impliziere, dass Herr [REDACTED] im Vorfeld der E-Mail in den Sachverhalt involviert und als Rechtsanwalt beratend tätig geworden sei. Selbst die Kenntnisnahme der Ablehnungsabsicht durch Herrn [REDACTED] sei bereits rechtswidrig, da die Beschwerdegegnerin sich nicht von Konzernjuristen der Muttergesellschaft beraten lassen dürfe und im Übrigen ein Interessenkonflikt bestehe, da die Hinzugezogene Hauptnutzerin der Gleise in Berlin-Grünwald sei. Die Beschwerdegegnerin habe demnach mit ihrem Handeln gegen § 12 Abs. 1, 2 i. V. m. § 8 ERegG i. V. m. Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2012/34/EU verstoßen und im Übrigen auch noch unberechtigtweise Daten der Beschwerdeführerin an Dritte weitergegeben.

Die Beschwerdeführerin trägt weiter vor, das Eisenbahn-Bundesamt habe der Beschwerdegegnerin mit seinem Bescheid vom 24.11.2006 (Konzernjuristenentscheidung) jegliche Art rechtsberatender Tätigkeit durch Juristen des Konzerns DB AG untersagt. Die Vorgaben des § 9a AEG a. F. fänden sich in den zuvor zitierten Vorgaben des ERegG wieder und seien auch auf Betreiber einer Serviceeinrichtung mit marktbeherrschender Stellung anzuwenden. Die

Beschwerdeführerin gehe davon aus, dass das Eisenbahn-Bundesamt seinerzeit entsprechende Zwangsentgelte bei Zuwiderhandlung gegen die Beschwerdegegnerin angedroht habe, die nunmehr von der Bundesnetzagentur zu vollstrecken seien.

Weiterhin trägt die Beschwerdeführerin vor, dass durch die Verletzung von §§ 8, 12 ERegG auf nationaler Ebene zugleich auch Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2012/34/EU verletzt sei. Daher sei zudem zu bedenken, dass nach der Rechtsprechung des EuGH wirksame und abschreckende Sanktionen bei Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht zu gewährleisten seien. Enthalte das Gemeinschaftsrecht keine besondere Vorschrift, die im Fall eines Verstoßes gegen die gemeinschaftsrechtliche Regelung eine Sanktion vorsehe, so seien die Mitgliedstaaten verpflichtet, alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die Geltung und Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten. Demnach seien wirksame und abschreckende Maßnahmen und Sanktionen seitens der Bundesnetzagentur gegen die Beschwerdegegnerin unumgänglich.

Die Beschwerdeführerin beantragt

festzustellen, dass die rechtswidrige Kenntnisnahme und Beratung von Herrn [REDACTED] [REDACTED] in Angelegenheiten des von Gesetzes wegen unabhängigen Betreibers einer Serviceeinrichtung (DB Netz AG) unzulässig und rechtswidrig ist und von Amts wegen, etwaige Vollstreckungsmaßnahmen der damaligen Regulierungsbehörde (Eisenbahn-Bundesamt) i. S. einer Annex-Kompetenz-Entscheidung oder behördenübergreifenden Entscheidung zu vollstrecken (vgl. nach Ansicht der Beschwerdeführerin gleichwertige und adäquate Fallkonstellation des BVerwG, Urteil vom 18.05.2010, Az. C 21.09) sowie weitere erforderliche Maßnahmen zu treffen.

Die Beschwerdegegnerin beantragt sinngemäß,  
die Beschwerde abzulehnen.

Die Beschwerdegegnerin trägt vor, dass sie als Betreiberin von Serviceeinrichtungen nicht der Regelung des § 12 Abs. 1 ERegG unterliege. Sie werde von keinem Unternehmen unmittelbar oder mittelbar kontrolliert, das in den inländischen Schienenverkehrsmärkten tätig sei, für die die betreffende Serviceeinrichtung genutzt werde, und das eine beherrschende Stellung habe. Die Beschwerdegegnerin sei eine 100-prozentige Tochter der DB AG. Die unmittelbare Kontrolle erfolge somit durch die DB AG. Eine mittelbare Kontrolle erfolge durch den Bund als Alleineigentümer der DB AG. Die DB AG sei nicht in den inländischen Schienenverkehrsmärkten tätig. Zwar kontrolliere sie ihrerseits auch die EVU der DB. Der Begriff „tätig“ lasse aber bereits nach dem Wortsinn darauf schließen, dass hier eine eigene operative Aktivität vorausgesetzt werde und nicht lediglich ein gesellschaftsrechtliches Beherrschungsverhältnis. Auch ein Vergleich mit § 7 Abs. 1 und § 12 Abs. 2 ERegG lasse erkennen, dass es bei diesem Begriff um operative Aktivitäten gehe: Das Erbringen von Verkehrsleistungen und Betrieb von Serviceeinrichtungen seien danach „Tätigkeitsbereiche“. Das gesellschaftsrechtliche Beherrschen bzw. Kontrollieren eines solchen Unternehmens unterfalle diesem Begriff erkennbar nicht.

Zur Frage der organisatorischen Sicherstellung der Unabhängigkeit der Beschwerdegegnerin trägt diese vor, dass die Beschwerdegegnerin mangels Anwendbarkeit des § 12 Abs. 1 ERegG nicht so organisiert zu sein brauche, dass sie hinsichtlich ihrer Serviceeinrichtungen in den Entscheidungen von Dritten unabhängig sei. Wie andere Konzernunternehmen auch

unterliege sie aufgrund eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages den für integrierte Konzerne üblichen gesellschaftsrechtlichen Bindungen. Das entbinde sie allerdings nicht davon, die in der Frage angesprochenen Grundsätze der Transparenz und Diskriminierungsfreiheit etwa nach Maßgabe der §§ 10 Abs. 4, 19 Abs. 4 ERegG zu beachten. Dies stelle die Beschwerdegegnerin auch sicher. Soweit die Beschwerdeführerin die Rechtsberatung des Konzerns anspreche, ergebe sich bereits aus dem Wortsinn, dass es sich lediglich um „Beratung“ handele, also um keine verbindliche Vorgabe eines bestimmten Entscheidungsinhalts. Es könne also vorkommen und verstoße weder gegen gesetzliche Bestimmungen, interne Richtlinien noch gegen andere Vorgaben, dass die Beschwerdegegnerin sich gegen einen bestimmten Rechtsrat der Konzernrechtsabteilung entscheide. Die Beschwerdegegnerin entscheide also gerade mit Blick auf rechtliche Beratung „unabhängig“ von dieser. Die Beschwerdegegnerin trägt weiter vor, dass die Rechtsabteilung des Konzerns die Beschwerdegegnerin auch dahingehend berate, dass diese etwaige Weisungen der DB AG, die zu einer Verletzung von Rechtspflichten der Beschwerdegegnerin führen würden, nicht zu befolgen habe. Das ergebe sich zwar, wie erörtert, nicht unmittelbar aus § 12 Abs. 1 ERegG, wohl aber aus der Pflicht zur Diskriminierungsfreiheit.

Selbst wenn allerdings die Anwendbarkeit des § 12 Abs. 1 ERegG auf die Beschwerdegegnerin bejaht würde, läge in der Rechtsberatung der Beschwerdegegnerin bezüglich Serviceeinrichtungen kein Verstoß gegen diese Vorschrift vor. Denn die Beratung der Beschwerdegegnerin durch eine Abteilung der DB AG in Bezug auf Serviceeinrichtungen sei auch gemäß § 12 Abs. 1 ERegG zulässig. Denn gemäß § 12 Abs. 1 S. 2 ERegG könne die Vorgabe der Unabhängigkeit der Serviceeinrichtung von einem EVU auch dadurch gewährleistet werden, dass zwei voneinander getrennte Bereiche eingerichtet werden, „ohne dass eine eigenständige juristische Person zu schaffen ist“. Dies bedeute, dass es nach dem ERegG auch zulässig sei, dass ein EVU selbst als Betreiber von Serviceeinrichtungen tätig sei. Es sei damit folglich sogar zulässig, dass eine Beratung des Betreibers der Serviceeinrichtung auch durch Angestellte des EVU selbst erfolge, solange die Serviceeinrichtung organisatorisch unabhängig betrieben werde. Dann könne erst recht nicht gegen § 12 Abs. 1 ERegG verstoßen, dass ein Betreiber einer Serviceeinrichtung als eigenständige juristische Person von einem Angestellten einer anderen juristischen Person, die selbst keine Eisenbahnverkehrsleistungen betreibt, beraten werde. Es komme also im Rahmen der nach § 12 Abs. 1 ERegG geforderten Unabhängigkeit des Betriebs der Serviceeinrichtung nicht darauf an, wo die rechtlichen Berater des Betreibers der Serviceeinrichtung angestellt seien. Es komme vielmehr – wenn § 12 Abs. 1 ERegG anwendbar wäre – darauf an, dass der Betrieb der Serviceeinrichtung organisatorisch unabhängig von einem EVU in einem eigenen Bereich erfolge. Übertragen auf die Beschwerdegegnerin sei das schon deshalb der Fall, weil der Betrieb der Serviceeinrichtungen in einer gesellschaftsrechtlich eigenständigen Einheit, eben der Beschwerdegegnerin, erfolge.

In Bezug auf die Vermutungsregel des § 12 Abs. 3 ERegG führt die Beschwerdegegnerin an, dass durch diese Vorschrift nur auf § 8 ERegG und nicht etwa auf die Erfüllung früherer Regelungen aus dem AEG verwiesen werde. Die neue Regelung verlange nach § 8 Abs. 2 ERegG nunmehr einen „bestimmenden Einfluss“ und nicht mehr lediglich einen „Einfluss“. Ein solch bestimmender Einfluss sei jedoch durch eine Rechtsberatung nicht zu befürchten.

Hinsichtlich des von der Beschwerdeführerin ins Feld geführten „Konzernjuristenurteils“ des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) vom 18.05.2010, Az. 3 C 21.09, trägt die Beschwerdegegnerin vor, dass dieses noch auf Grundlage von Entflechtungsvorschriften ergangen sei, die mittlerweile mehrfach geändert worden seien. Grundlage für diese Entscheidung sei das frühere Recht gewesen, sodass vor dem Hintergrund der zwischenzeitlichen EU-rechtlich geprägten Änderungen die Ausführungen des BVerwG zur angeblichen abstrakten Gefahr (der

Beeinflussung) nicht mehr übertragbar bzw. überholt seien. Auch zeige die 15-jährige Erfahrung in der Rechtsberatung der Beschwerdegegnerin durch die Rechtsabteilung der DB AG im Bereich Serviceeinrichtungen, dass es zu keinen Unregelmäßigkeiten hinsichtlich der Unabhängigkeit bzw. bei der Beeinflussung relevanter Entscheidungen gekommen sei. Die angebliche abstrakte Gefahr habe sich – auch in vorliegendem Fall – dementsprechend nie realisiert. Auch sei das Verhalten der Beschwerdegegnerin von Seiten der Bundesnetzagentur nie beanstandet worden. Des Weiteren habe sich auch die Sach- und Rechtslage in Bezug auf die Rechtsberatung durch als Syndikusrechtsanwälte angestellte Juristen durch das Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Syndikusrechtsanwälte grundlegend geändert. Diese seien von Gesetzes wegen und nach deren Zulassungsbescheid nicht weisungsgebunden. Dies verlange § 46 Abs. 4 der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO). Durch die fehlende Weisungsgebundenheit sei ein potentieller Einfluss „unterbrochen“. Durch die Gleichstellung mit einem Rechtsanwalt könne der Syndikusrechtsanwalt sowohl DB EVU als auch DB EIU beraten und vertreten, sofern kein Interessenkonflikt bestehe. Dieser bestehe jedoch gerade nicht im hiesigen Verfahren, da sowohl die Beschwerdegegnerin als auch die Hinzugezogene das Interesse gehabt hätten, an dem Einzelnutzungsvertrag für Serviceeinrichtungen (ENV-SE) festzuhalten. Jedenfalls ginge es im vorliegenden Fall auch nicht um die durch das BVerwG seinerzeit zu prüfende Beratung zu Trassenzuweisung und -entgelten, sondern um die Beratung bezüglich Serviceeinrichtungen.

Der Schutz der Geschäftsgeheimnisse werde im konkreten Fall und im Allgemeinen dadurch sichergestellt, dass Herr [REDACTED] als Syndikusrechtsanwalt nach § 43a Abs. 2 i. V. m. § 46c Abs. 1 BRAO zur Verschwiegenheit verpflichtet sei. Gleiches gelte aufgrund von Compliance-Grundsätzen auch für Mitarbeiter der Rechtsabteilung, die nicht Syndikusrechtsanwälte seien. In einer Frage der Bundesnetzagentur werde insinuiert, dass die Rechtsabteilung daran gehindert werden müsse, auf „entsprechende Daten zugreifen zu können“. Das sei aber unrichtig. Soweit die Rechtsabteilung mit der Bearbeitung eines Falles befasst werde, werde sie natürlich auch mit den diesbezüglichen Informationen versorgt. Dass hierbei etwaige Informationen über Wettbewerber nicht an etwaige andere Verfahrensbeteiligte weitergegeben würden, stünde aus den bereits vorgetragenen Gründen fest. Die Vorwürfe und Befürchtungen der Beschwerdeführerin entbehrten daher jeder Grundlage.

Die Beschwerdegegnerin trägt hinsichtlich der Ausführungen des VG Köln im Verfahren über die Ablehnung von Kapazität in der Serviceeinrichtung Berlin-Grunewald (BK10-19-0198\_Z) weiter vor, dass sie im Schriftsatz an das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (OVG NRW) vom 17.09.2019 dargelegt habe, warum die Bedenken des VG Köln hinsichtlich § 12 Abs. 1 ERegG unzutreffend seien, und verweist auf ihre dortigen Ausführungen. Obwohl das OVG NRW die Diskussion gekannt habe, habe es sich hierzu in keiner Weise geäußert. Da das Gericht seine Entscheidung mit den überwiegenden Erfolgsaussichten der Beschwerdegegnerin in der Hauptsache begründet habe, hätte es sich mit einem Verstoß gegen § 12 Abs. 1 ERegG und dem durch das VG für möglich erachteten Vertretungsverbot auseinandersetzen müssen, wenn es hierin ein rechtliches Problem gesehen hätte. Das habe das OVG NRW jedoch nicht getan. Die Beschwerdegegnerin werte dies daher als „beredtes Schweigen“. Sie gehe mithin davon aus, dass diese Erwägungen des VG Köln, sofern das Gericht sie aufrechterhalte, einer Prüfung durch das OVG NRW nicht standhalten würden.

Im Rahmen einer mündlichen Anhörung am 21.01.2020 hat die Beschwerdegegnerin angekündigt, Änderungen im Hinblick auf die Beauftragung von Syndikusrechtsanwälten vorzuschlagen, auf deren Grundlage sich das vorliegende Verfahren ohne Sachentscheidung beenden lasse. Diese Vorschläge hat sie mit Schreiben vom 31.01.2020 präzisiert. Danach könne ohne Anerkennung einer Rechtspflicht Folgendes für die Zukunft gelten:

- Die Beschwerdegegnerin wird im Hinblick auf Serviceeinrichtungen künftig ausschließlich von Syndikusrechtsanwälten der DB AG beraten und vertreten.
- In behördlichen oder gerichtlichen Verfahren wird keine gemeinsame Vertretung von Beschwerdegegnerin und DB-EVU durch einen Syndikusrechtsanwalt mehr vorgenommen. Sind also auch DB-EVU beteiligt, müssen diese von einer anderen Person innerhalb der Rechtsabteilung oder eigenständig vertreten werden.
- Die Syndikusrechtsanwälte wahren die Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdegegnerin, indem sie die Unterlagen über die die Beschwerdegegnerin betreffenden Verfahren in verschließbaren Zimmern und dort in abschließbaren Schränken aufbewahren und sowohl Zimmer als auch Schränke jeweils abschließen, wenn sie das Zimmer verlassen.
- Die genannten Kriterien werden Gegenstand von Inhouse-Schulungen der Mitarbeiter der Rechtsabteilung sowie der Verantwortlichen bei der Beschwerdegegnerin.
- Die genannten Kriterien werden als Spezifizierung der Konzernrichtlinie Risikominimierung innerhalb der Beschwerdegegnerin und der DB AG beschlossen.

Die Beschwerdeführerin hat Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem Vorschlag der Beschwerdegegnerin erhalten. Die Beschwerdeführerin hat mitgeteilt, dass es aus ihrer Sicht eines verbindlichen Abschlusses des Verfahrens bedürfe.

Mit E-Mail vom 08.04.2020 hat die Beschlusskammer das Bundeskartellamt um Stellungnahme zu dem Beschlussentwurf vom selben Tage gebeten.

Das Bundeskartellamt hat per E-Mail vom 22.04.2020 wie folgt Stellung genommen:

*„Die Beschlussabteilung hat in jüngerer Vergangenheit keinen Anlass gehabt, sich im Rahmen eines Verfahrens mit der Marktabgrenzung im Bereich des Schienenpersonenverkehrs auseinanderzusetzen bzw. eigene Ermittlungen anzustellen. Daher vermag die Beschlussabteilung nicht zu beurteilen, ob die im Rahmen Ihrer Zuständigkeit von der Bundesnetzagentur entwickelte Einschätzung zur Marktabgrenzung auf einen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu prüfenden Sachverhalt übertragbar wären. Sie hält jedoch die Ergebnisse der Bundesnetzagentur zur Marktabgrenzung für Verkehrsleistungen im Schienenpersonenfernverkehr und zur Feststellung der marktbeherrschenden Stellung der DB Fernverkehr AG für die Zwecke der Regulierung bzw. Durchsetzung von Entflechtungsvorschriften für nachvollziehbar.“*

Die Beschwerdegegnerin hat per E-Mail vom gleichen Tag einen weiteren Vorschlag zur Beendigung des Beschwerdeverfahrens und zur Vermeidung eines Rechtsstreits über einen möglichen Beschluss eingereicht und anhand eines Eckpunktepapiers die nähere Ausgestaltung eines eigenständigen Bereichs mit der Zuständigkeit für Serviceeinrichtungen definiert. Das Eckpunktepapier umfasst die folgenden Punkte:

- Einrichtung einer formal abgegrenzten Organisationseinheit („Arbeitsbereich“) „Beratung und Vertretung der Betreiber von Serviceeinrichtungen im Eisenbahnregulierungsrecht“ innerhalb der Organisationseinheit „Kartellrechtliche Verfahren und Regulierungsrecht“ (HLC 1) in der Konzernrechtsabteilung (HL) der DB.
- Personelle Besetzung des Arbeitsbereichs (zur Sicherstellung von Vertretungsregelungen, etwa im Krankheits- und Urlaubsfalle) mit mindestens zwei zugelassenen Syndikusrechtsanwälten.

- Die jederzeitige umfassende fachliche Unabhängigkeit der Syndikusrechtsanwälte des Arbeitsbereichs wird von ihrem Arbeitgeber vertraglich zugesichert. Die Syndikusrechtsanwälte sind ausschließlich im Interesse der jeweiligen Betreiber der Serviceeinrichtungen tätig, die sie im Einzelfall mit der Wahrnehmung ihrer Interessen beauftragen. Sie unterliegen den berufsrechtlichen Pflichten der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) und sind an Weisungen nicht gebunden.
- Die DB wird die Bundesnetzagentur vorab über die konkrete Besetzung des Arbeitsbereichs (unter Mitteilung von Namen und Funktion der Syndikusrechtsanwälte sowie ihrer aufsichtführenden Rechtsanwaltskammer) informieren.
- Die im Arbeitsbereich „Beratung und Vertretung der Betreiber von Serviceeinrichtungen im Eisenbahnregulierungsrecht“ tätigen Syndikusrechtsanwälte werden nicht für Eisenbahnverkehrsunternehmen des DB-Konzerns im Bereich des Eisenbahnregulierungsrechts tätig. Dies umfasst sämtliche rechtlichen Tätigkeiten im Eisenbahnregulierungsrecht, einschließlich der Beratung und der Vertretung der Eisenbahnverkehrsunternehmen.
- Die im Arbeitsbereich „Beratung und Vertretung der Betreiber von Serviceeinrichtungen im Eisenbahnregulierungsrecht“ tätigen Syndikusrechtsanwälte unterliegen besonderen Anforderungen an die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen der Betreiber von Serviceeinrichtungen und dürfen diese Geschäftsgeheimnisse nicht an die mit dem DB-Konzern verbundenen Eisenbahnverkehrsunternehmen weitergeben. Um den Schutz von Geschäftsgeheimnissen zu wahren, werden besondere Vorkehrungen getroffen. Hierzu gehört die Nutzung eigener IT-Laufwerke/Ordner sowie die Nutzung eigener abschließbarer Büros.
- Die jeweiligen Betreiber der Serviceeinrichtungen und die DB informieren die Bundesnetzagentur auf Anforderung über Inhalt und Umfang der konkreten aufbau- und ablauforganisatorischen Maßnahmen.
- Die DB wird zur Einrichtung des Arbeitsbereichs „Beratung und Vertretung der Betreiber von Serviceeinrichtungen im Eisenbahnregulierungsrecht“ die für derartige Organisationsmaßnahmen erforderliche „Funktionsbeschreibung“ mit der Bundesnetzagentur abstimmen.

Die Beschwerdeführerin hat mit E-Mail vom 23.04.2020 Gelegenheit zur Stellungnahme zu diesem weiteren Vorschlag erhalten.

Mit E-Mail vom selben Tag hat die Beschwerdeführerin um Entscheidung durch die Beschlusskammer gebeten. Dabei hat sie insbesondere betont, dass es ihr neben etwaigen Abhilfemaßnahmen auch um die Feststellung des Rechtsverstoßes gehe. Eine freiwillige Verpflichtung der Beschwerdegegnerin erscheine ihr nicht zielführend. Die Beschwerdeführerin hat zudem verschiedene von der Bundesnetzagentur in Betracht zu ziehende Maßnahmen – etwa auf Ebene der Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen (NBS), in Bezug auf die Benennung eines Beauftragten zur Wahrung der Unabhängigkeit sowie hinsichtlich der Einführung eines Qualitätsmanagementsystems unter gleichzeitiger Berücksichtigung von DIN ISO 9001 i.V.m. § 15 Abs. 1 Nr. 1 Triebfahrzeugführerscheinverordnung (TfV) – angeregt.

Die Beschlusskammer hat den Parteien mit E-Mail vom 30.04.2020 mitgeteilt, dass sie beabsichtige, innerhalb der nächsten Woche (bis zum 08.05.2020) zu entscheiden.

In der Folge hat die Beschwerdegegnerin am 04.05.2020 telefonischen Kontakt mit der Beschlusskammer aufgenommen und im Anschluss hieran einen weiteren Vorschlag zur Neuregelung der Rechtberatung von Serviceeinrichtungen eingebracht, der dieses Mal aber auf die Beschlussumsetzung gerichtet war (vgl. zu den Einzelheiten unter Abschnitt II.5).

Die Beteiligten haben auf die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung verzichtet. Eine solche hat auch nicht stattgefunden.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Verfahrensakten und auf die Ausführungen unter Ziffer II. verwiesen.

## II. Gründe

Die Beschwerde der Beschwerdeführerin hat überwiegend Erfolg. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, ihre organisatorische Entscheidung, bei Entscheidungen über den Zugang zu im Schienenpersonenfernverkehr (nachfolgend auch: SPFV) genutzten Abstellgleisen Angestellte der DB AG mit der Rechtsberatung oder Rechtsvertretung zu beauftragen, dahingehend zu ändern, dass eine derartige Beauftragung unterbleibt, sofern diese Angestellten in Organisationsbereichen tätig sind, die nicht nach Maßgabe der nachfolgenden Ausführungen von Organisationsbereichen getrennt sind, welche (auch) rechtsberatend oder rechtsvertretend für die Hinzugezogene tätig sind. Die Beschwerdegegnerin nimmt die Änderung spätestens drei Monate nach Bekanntgabe dieses Beschlusses vor und unterrichtet die erkennende Kammer darüber. Zur Durchsetzung der Verpflichtung werden Zwangsmittel angedroht. Sofern die Beschwerdeführerin mit ihrem Antrag zudem die Vollstreckung von etwaigen Zwangsmaßnahmen des Eisenbahn-Bundesamtes aus dessen Bescheid vom 24.11.2006 begehrt, wird dieser Antrag zurückgewiesen.

Die Entscheidung beruht auf § 68 Abs. 2 i. V. m. § 66 Abs. 1, § 12 Abs. 1 und Abs. 3 i. V. m. § 8 Eisenbahnregulierungsgesetz (ERegG).

Der nach Auslegung ermittelte Beschwerdeantrag (hierzu in Abschnitt II.1), für dessen Behandlung die Beschlusskammer zuständig ist (hierzu in Abschnitt II.2), ist zulässig (hierzu unter Nr. II.3) und im tenorierten Umfang begründet (hierzu in Abschnitt II.4). Für die Beschlussumsetzung ergeben sich zudem Hinweise (hierzu in Abschnitt II.5).

### II. 1 Auslegung des Antrags

Der Antrag ist dahingehend auszulegen, dass beantragt wird, die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, ihre organisatorische Entscheidung, bei Entscheidungen über den Zugang zu im Schienenpersonenfernverkehr genutzten Abstellgleisen Angestellte der DB AG mit der Rechtsberatung oder Rechtsvertretung zu beauftragen, dahingehend zu ändern, dass eine derartige Beauftragung unterbleibt, sofern diese Angestellten in Organisationsbereichen tätig sind, die nicht von Organisationsbereichen getrennt sind, welche (auch) auch rechtsberatend oder rechtsvertretend für die Hinzugezogene tätig sind. Zudem wird beantragt, die Verpflichtung durch Androhung eines empfindlichen Zwangsgeldes durchzusetzen. Ferner wird beantragt, etwaige Zwangsmaßnahmen, die das Eisenbahn-Bundesamt in seinem Bescheid vom 24.11.2006 angedroht habe, zu vollstrecken.

Da die Beschwerdeführerin ihren Antrag in den Schreiben vom 11.08.2019 und 21.09.2019 jeweils leicht modifiziert und eingekleidet in einen Sachvortrag gestellt hat, war es erforderlich, diesen Antrag in entsprechender Anwendung des § 133 BGB nach dem Sinn und den Begleitumständen auszulegen

vgl. BVerwG, Urteil vom 03. März 2005 – 2 C 13.04.

Der wörtliche Antrag auf „Feststellung“ (Schreiben vom 11.08.2019, S. 2) bildet hier nur einen Teil des gesamten Antrages und bezieht sich zudem auf ein weiterhin fortbestehendes, vermeintlich rechtswidriges Verhalten der Beschwerdegegnerin, welches die Beschwerdeführerin darin erkennen will, dass der Bevollmächtigte der Beschwerdegegnerin im hiesigen Verfahren als Jurist der zentralen Rechtsabteilung der DB AG sowohl die Betreiber von Serviceeinrichtungen als auch die EVU des Unternehmensverbundes berät. Ein gewichtiger weiterer Teil des Antrages zielt darauf ab, „von Amts wegen“ sowohl Vollstreckungsmaßnahmen des Eisenbahn-Bundesamtes zu vollstrecken als auch weitere erforderliche Maßnahmen zu treffen. Im Schreiben vom 21.09.2019 wird der Feststellungsantrag mit der „Aufforderung“ verbunden, die für rechtswidrig gehaltenen Vorgehensweisen der Beschwerdegegnerin zu untersagen.

Dieses Element des Antrags wird durch die E-Mail vom 04.02.2020 gestützt, in der die Beschwerdeführerin darstellt, dass ihr eine verbindliche Untersagung des aus ihrer Sicht rechtswidrigen Handelns der Beschwerdegegnerin für die Zukunft wichtig sei (Vertragsstrafe oder Zwangsgeld). In der Gesamtschau bringt die Beschwerdeführerin letztlich zum Ausdruck, dass es ihr in erster Linie darum geht, dass behauptete rechtswidrige Verhalten der Beschwerdegegnerin abzustellen, und weniger darum, eine bloße Feststellung der behaupteten Rechtswidrigkeit dieses Verhaltens zu erreichen. Entsprechend hat die Beschwerdeführerin auch nichts dazu vorgetragen, warum sie eine reine Feststellung begehren würde. Im Gegenteil bezieht sich der gesamte Sachvortrag auf die bereits dargestellte angestrebte Unterlassung durch die Beschwerdegegnerin.

Der Antrag ist zudem einschränkend dahingehend auszulegen, dass er sich lediglich auf die Serviceeinrichtung „Abstellgleis“ im Zusammenhang mit Schienenpersonenfernverkehr bezieht. Dies ergibt sich aus dem vorgetragenen Sachverhalt. Dieser bildet die Grundlage für die Beschwerde. Er ist zudem limitierender Faktor für die Annahme eines Beschwerderechts der Beschwerdeführerin. Dieses Recht ergibt sich gemäß § 66 Abs. 1 ERegG aus einer Entscheidung des Infrastrukturunternehmens und einer hierzu im Kausalzusammenhang stehenden Rechtsverletzung bzw. Diskriminierung,

vgl. *el-Barudi*, in: Staebe, Eisenbahnregulierungsgesetz, Kommentar, 1. Auflage 2018, § 66, Rn. 4.

Nach ihrem eigenen Sachvortrag begehrte die Beschwerdeführerin Zugang zu Abstellgleisen der Beschwerdegegnerin, um dort die im Fernverkehr genutzten Fahrzeuge abstellen zu können. Aufgrund der Ablehnung der Nutzungsanfragen durch die Beschwerdegegnerin unter Einbeziehung der Konzernrechtsabteilung, namentlich von Herrn [REDACTED] ist die Beschwerdegegnerin auch lediglich in diesem Umfang beschwert.

Auf der anderen Seite war der Beschwerdeantrag dahingehend weit zu verstehen, dass jegliche Einflussnahme von „Konzernjuristen“ (Schreiben vom 11.08.2019, S. 13) unterbunden werden soll und nicht lediglich eine Tätigkeit von Herrn [REDACTED]. Das ergibt sich u. a. daraus, dass „derart rechtswidrige Praktiken“ (Schreiben vom 21.09.2019) unterbunden werden sollen und zudem allgemein gerügt wird, dass Geheimnisse unzulässigerweise „an Vertreter der DB Fernverkehr AG weitergereicht“ (ebenda) wurden.

## **II. 2 Zuständigkeit und Verfahren**

Die Beschlusskammer ist für die Durchführung des Beschwerdeverfahrens zuständig. Die Zuständigkeit für die Durchführung von Beschwerdeverfahren liegt gemäß § 4 Abs. 2 Satz 2 des Gesetzes über die Eisenbahnverkehrsverwaltung des Bundes (Bundeseisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz – BEVVG) i. V. m. § 77 Abs. 1 Satz 1 ERegG bei einer Beschlusskammer der Bundesnetzagentur. Nach dem Organisationsplan der Bundesnetzagentur ist für Entscheidungen über Beschwerden nach § 66 Abs. 1 ERegG die Beschlusskammer 10, Eisenbahnen, zuständig.

Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden. Die Entscheidung ergeht nach Anhörung der Beteiligten (§ 77 Abs. 6 S. 1 ERegG). Die Beteiligten haben auf die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung verzichtet.

Zur Wahrung einer einheitlichen Spruchpraxis in Fällen vergleichbarer oder zusammenhängender Sachverhalte und zur Sicherstellung, dass Regulierungsmaßnahmen aufeinander abgestimmt sind, ist die Entscheidung behördenintern abgestimmt worden.

Das Bundeskartellamt wurde entsprechend § 9 Abs. 3 BEVVG an dem Verfahren beteiligt.

### II. 3 Zulässigkeit der Beschwerde

Die Beschwerde ist zulässig.

Der Antrag der Beschwerdeführerin ist gemäß § 66 Abs. 1 ERegG statthaft. Danach hat ein Zugangsberechtigter, der der Auffassung ist, durch Entscheidungen eines EIU diskriminiert oder auf andere Weise in seinen Rechten verletzt worden zu sein, das Recht, die Regulierungsbehörde anzurufen.

Der Statthaftigkeit steht insbesondere der Vorrang einer Beschwerde nach § 66 Abs. 4 i. V. m. § 68 Abs. 3 ERegG gegenüber einer Beschwerde nach § 66 Abs. 1 i. V. m. § 68 Abs. 2 ERegG,

vgl. hierzu etwa Beschluss BK 10-18-0038\_E vom 11.10.2019, Ziffer II.2.2.2.1.1,

nicht entgegen. Denn vorliegend ist kein Regelbeispiel aus § 66 Abs. 4 Nr. 1 bis 11 ERegG erfüllt. Obgleich die Vorschrift des § 66 Abs. 4 Nr. 11 ERegG die Vorgaben der §§ 8 bis 8d ERegG in den Blick nimmt, gilt dies nicht für die hier streitgegenständliche Norm des § 12 ERegG, auch wenn letztere in Absatz 3 auf § 8 ERegG verweist.

Die – in der „Konzernrichtlinie Risikominimierung“ manifestierte – Verhaltensweise der Beschwerdegegnerin, bei der Entscheidung über den Zugang zu Serviceeinrichtungen auf die Beratung und Vertretung durch Personal einer zentralen Rechtsabteilung zurückzugreifen, während die entsprechende Organisationseinheit auch Schienenverkehrsunternehmen der Unternehmensgruppe berät und vertritt, stellt auch eine „Entscheidung“ im Sinne des § 66 Abs. 1 ERegG dar.

Der Begriff der „Entscheidung“ ist weit zu verstehen und umfasst neben der Entscheidung über den Zugang zur Infrastruktur selbst auch andere unternehmerische Entscheidungen wie eben diejenige über die Beauftragung verbundener Unternehmen mit der Rechtsberatung und Rechtsvertretung. Dies ergibt sich namentlich aus Art. 56 Abs. 1 der RL 2012/34/EU, in dem die dort unter den Buchstaben a bis j aufgeführten Prüfungsgegenstände ebenfalls als Entscheidungen bezeichnet werden. Zu den Entscheidungsgegenständen gehören eine ganze Reihe von Maßnahmen, bei denen der Infrastrukturbetreiber Regelungen oder Handlungen vorgibt. U. a. ist auch die Erfüllung der Anforderungen in Bezug auf Entflechtungsvorgaben des Betreibers der Schienenwege (Buchstabe j) betroffen. Der Begriff „Entscheidung“ bezeichnet daher in Art. 56 RL 2012/34/EU auch eine vorgelagerte Entscheidung zu einer bestimmten Handlung oder Vorgabe und nicht nur die konkrete Entscheidung über eine Zugangsgewährung. Das Begriffsverständnis strahlt auf § 66 Abs. 1 ERegG und § 68 Abs. 2 ERegG aus, da insoweit europarechtliche Vorgaben umgesetzt werden.

Die Beschwerde ist auch nicht aufgrund Erledigung unzulässig. Zwar ist der dem Verfahren BK10-19-0198\_Z zugrundeliegende Sachverhalt der Ablehnung beantragter Kapazität in Serviceeinrichtungen durch die Beschwerdegegnerin aufgrund Ablaufs der beantragten Nutzungszeiträume erledigt. Die Beschwerde betreffend die Unabhängigkeit der Geschäftsführung geht jedoch über diesen Sachverhalt hinaus. Denn die gerügte Entscheidung der Beschwerdegegnerin, bei Entscheidungen über den Zugang zu im Schienenpersonenfernverkehr genutzten Abstellgleisen Angestellte der DB AG mit der Rechtsberatung oder Rechtsvertretung zu beauftragen, dauert nach wie vor an.

So ist festzustellen, dass in den unter Beteiligung der Beschwerdegegnerin und/oder der Hinzugezogenen geführten Beschlusskammerverfahren durchweg keine Trennung bei der Beratung bzw. Vertretung der Bereiche Verkehrsunternehmen und Infrastrukturunternehmen er-

folgt. Herr [REDACTED] trat beispielsweise in den folgenden Verfahren für EVU im Konzernverbund auf: BK10-19-0212\_Z (SNB 2021 der DB Netz AG), BK10-19-0178\_E (TPS 2021), BK10-19-0075-B sowie BK10-19-0284\_B (Anträge der S-Bahn Berlin GmbH zur Befreiung von regulatorischen Vorschriften). Für Infrastrukturunternehmen war er beispielsweise in den Verfahren BK10-19-0022\_B (Antrag der DB Fahrzeuginstandhaltung GmbH auf eine Ausnahme von regulatorischen Vorschriften), BK10-19-0165\_Z (Festlegung von Fristen nach Art. 9 der Durchführungsverordnung (EU) 2017/2177) sowie in dem Verfahren BK 10-19-0198\_Z zur Kapazitätsvergabe in Serviceeinrichtungen tätig, aus dem das vorliegende Verfahren hervorgegangen ist. Dieses Vorgehen von Beschwerdegegnerin und Hinzugezogener steht im Einklang mit den Vorgaben der „Konzernrichtlinie Risikominimierung“, wonach die Beauftragung der Konzernrechtsabteilung in bestimmten Fällen vorgegeben ist. Dementsprechend hat die Beschwerdegegnerin eine dauerhafte Entscheidung getroffen, die Konzernrechtsabteilung in bestimmten Fallgestaltungen mit ihrer Rechtsberatung und Rechtsvertretung zu beauftragen. Diese Entscheidung droht nicht nur, sondern sie ist bereits getroffen, dauert nach wie vor an und kann daher gemäß § 66 Abs. 1 ERegG gerügt und – soweit die Rüge begründet ist – mit Maßnahmen nach § 68 Abs. 2 ERegG abgestellt werden.

## **II. 4 Begründetheit der Beschwerde**

Die zulässige Beschwerde ist im tenorierten Umfang begründet; ansonsten ist sie unbegründet.

Gemäß § 68 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ERegG verpflichtet die Regulierungsbehörde das EIU zur Änderung einer Entscheidung, wenn diese das Recht eines Zugangsberechtigten auf Zugang zur Eisenbahninfrastruktur beeinträchtigt.

Die Beschwerdegegnerin beeinträchtigt das Recht der Beschwerdeführerin auf Zugang zur Eisenbahninfrastruktur durch ihre Entscheidung, sich durch eine Organisationseinheit rechtlich beraten und vertreten zu lassen, die auch für die Hinzugezogene tätig ist (hierzu unter II.4.1). Die Beschlusskammer hat daher die Änderung der Entscheidung angeordnet (hierzu unter II.4.2). Im Übrigen ist die Beschwerde unbegründet, soweit die Durchführung einer untauglichen Maßnahme begehrt wird (hierzu unter II.4.3).

### **II. 4.1 Beeinträchtigung des Zugangsrechts**

Durch ihre Entscheidung, sich entgegen § 12 ERegG durch eine Organisationseinheit vertreten zu lassen, die auch für die Hinzugezogene tätig ist (hierzu unter Ziffer II.4.1.1), beeinträchtigt die Beschwerdegegnerin das Recht der Beschwerdeführerin auf Zugang zur Eisenbahninfrastruktur (hierzu unter II.4.1.2).

#### **II. 4.1.1 Verstoß gegen § 12 Abs. 1 ERegG**

Die organisatorische Entscheidung der Beschwerdegegnerin, bei Entscheidungen über den Zugang zu im Schienenpersonenfernverkehr genutzten Abstellgleisen Angestellte der DB AG mit der Rechtsberatung und Rechtsvertretung zu beauftragen, die in einem Organisationsbereich tätig sind, der auch für die Hinzugezogene tätig ist, verstößt gegen § 12 Abs. 1 ERegG.

Gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 ERegG muss ein Betreiber einer Serviceeinrichtung im Sinne der Anlage 2 Nr. 2 Buchstabe a, b, c, d, g und i, sofern er unmittelbar oder mittelbar von einem Unternehmen kontrolliert wird, das auch in den inländischen Schienenverkehrsmärkten tätig ist, für die die betreffende Serviceeinrichtung genutzt wird, und das eine beherrschende Stellung hat, zur Gewährleistung der vollständigen Transparenz und Nichtdiskriminierung in Bezug

auf den Zugang zu den betreffenden Serviceeinrichtungen und zur Gewährleistung der Erbringung der betreffenden Leistungen, so organisiert sein, dass diese Serviceeinrichtungen organisatorisch und in den Entscheidungen von dem Dritten unabhängig sind.

Die Beschwerdegegnerin ist Betreiberin einer der aufgeführten Serviceeinrichtungen (hierzu unter II.4.1.1.1) und wird mit der DB AG von einem Unternehmen kontrolliert, welches in den inländischen Schienenverkehrsmärkten tätig ist, für die die betreffende Serviceeinrichtung genutzt wird (hierzu unter II.4.1.1.2). Die damit auch für sie geltenden Vorgaben zur Entflechtung aus § 12 ERegG erfüllt sie nicht (hierzu unter II.4.1.1.3).

#### **II. 4.1.1.1 Betreiber einer der in Anlage 2 Nummer 2 Buchstabe a, b, c, d, g und i aufgeführten Serviceeinrichtungen**

Die Beschwerdegegnerin ist Betreiberin von Serviceeinrichtungen i. S. d. Anlage 2 Nr. 2 lit. d) ERegG, also von Abstellgleisen.

#### **II. 4.1.1.2 Unmittelbare oder mittelbare Kontrolle von einem Unternehmen, das auch in den inländischen Schienenverkehrsmärkten tätig ist, für die die betreffende Serviceeinrichtung genutzt wird**

Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdegegnerin handelt es sich bei ihr um ein Unternehmen, das unmittelbar oder mittelbar von einem Unternehmen, der DB AG, kontrolliert wird (hierzu unter II.4.1.1.2.1), das in den inländischen Schienenverkehrsmärkten tätig ist (hierzu unter II.4.1.1.2.2), für die die betreffende Serviceeinrichtung genutzt wird (hierzu unter II.4.1.1.2.3), und dort eine marktbeherrschende Stellung hat (hierzu unter II.4.1.1.2.4).

##### **II. 4.1.1.2.1 Kontrolle**

Die Beschwerdegegnerin wird von der DB AG kontrolliert.

Sie ist eine 100-prozentige Tochter der DB AG. Durch diese erfolgt eine mittelbare Kontrolle im Wege eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages,

vgl. *Leitzke*, in: *Staebe, Eisenbahnregulierungsgesetz Kommentar*, 1. Auflage 2018, § 12 Rn. 8.

##### **II. 4.1.1.2.2 Tätigkeit auf den inländischen Schienenverkehrsmärkten durch Beteiligungen an Eisenbahnverkehrsunternehmen**

Die DB AG ist aufgrund ihrer Beteiligung an der Hinzugezogenen, einem EVU, selbst am inländischen Schienenpersonenfernverkehrsmarkt tätig.

Die DB AG tritt am Markt zwar nicht in eigener Person als Anbieterin von Schienenpersonenfernverkehrsleistungen auf. Vielmehr ist der Unternehmensgegenstand ausweislich der Satzung der Aktiengesellschaft auf eine Holdingfunktion ausgerichtet:

*„(1) Gegenstand des Unternehmens ist die Leitung einer Gruppe von Unternehmen, die insbesondere auf folgenden Geschäftsfeldern tätig sind:*

- 1. Betreiben und Vermarkten der Eisenbahninfrastruktur, insbesondere Planung, Bau, Unterhaltung sowie Führung von Betriebsleit- und Sicherheitssystemen;*
- 2. Verkehrsleistungen zur Beförderung von Gütern und Personen, insbesondere auf dem Gebiet des Schienenverkehrs;*
- 3. Logistikleistungen aller Art, insbesondere Transport-, Speditions-, Fracht- und Lagerleistungen;*

*4. Beratungs- und Dienstleistungen aller Art, insbesondere in den Bereichen Verkehr, Logistik, IT und Telekommunikation.*

*(2) Die Gesellschaft kann in den in Absatz 1 genannten Geschäftsfeldern auch selbst tätig werden.*

*(3) Die Gesellschaft ist zu allen Geschäften und sonstigen Maßnahmen berechtigt, die zur Förderung des Unternehmensgegenstandes geeignet erscheinen. Hierzu gehören auch der Erwerb, das Halten und die Veräußerung von Beteiligungen an Unternehmen sowie die Errichtung von Zweigniederlassungen im In- und Ausland.“*

vgl. § 2 der Satzung der DB AG in der am 15.07.2016 beschlossenen Fassung.

Jedoch ist die Hinzugezogene ausweislich der Satzung der Aktiengesellschaft auf dem inländischen Schienenpersonenfernverkehrsmarkt tätig:

*„(1) Gegenstand des Unternehmens der Gesellschaft sind folgende Tätigkeiten:*

*1. Erbringen, Vermarkten und Koordinieren von Verkehrsleistungen, insbesondere Eisenbahnverkehrsleistungen des Personenfernverkehrs und die damit im Zusammenhang stehenden Dienstleistungen;*

*[...].“*

vgl. § 2 der Satzung der DB Fernverkehr AG in der am 18.07.2008 beschlossenen Fassung.

Diese Tätigkeit der Hinzugezogenen ist der DB AG derart zuzurechnen, dass letztere als auf den inländischen Schienenverkehrsmärkten „tätig“ im Sinne von § 12 ERegG gilt. Dies ergibt sich vor allem aus dem zwischen der DB AG und der Hinzugezogenen, einem 100-prozentigen Tochterunternehmen, bestehenden Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag, wonach die Leitung der Tochtergesellschaft der Muttergesellschaft unterstellt ist und erstere hinsichtlich der Leitung der Gesellschaft von Weisungen der letzteren abhängig ist.

Die mittelbare Betätigung über ein Tochterunternehmen ist als ausreichend für eine Zuordnung der Tätigkeit der Konzernmutter selbst anzusehen. Entgegen dem Vortrag der Beschwerdegegnerin setzt der Wortlaut des § 12 Abs. 1 Satz 1 ERegG keine eigene operative (also: „unmittelbare“) Tätigkeit des beherrschenden Unternehmens voraus. Der Begriff des „Tätigseins“ ist weit zu verstehen und umfasst grundsätzlich „sämtliche wirtschaftliche Betätigung im Bereich Schienenverkehr“,

vgl. *Leitzke*, in: *Staebe, Eisenbahnregulierungsgesetz, Kommentar*, 1. Auflage 2018, § 12, Rn. 9.

Er umschreibt damit die jeweilige Marktzugehörigkeit. Auch aus den Erläuterungen des Entwurfs der Bundesregierung zu § 12 ERegG ergibt sich keine andere Lesart: Hier ist lediglich die Rede davon, dass eine Unabhängigkeit von „marktbeherrschenden Akteuren“ gewährleistet sein soll. Eine eigene operative Tätigkeit ist weder nach dem Wortlaut zwingend noch offenkundig nach dem Willen des Gesetzgebers vorgesehen,

vgl. BT-Drs. 18/8334, S. 179.

Auch fordert der Gesetzeswortlaut nicht, dass es sich bei dem kontrollierenden Unternehmen um ein EIU oder EVU handeln muss, also eine Tätigkeit „als ein solches Unternehmen“ zu fordern ist. Insofern verfängt das hierauf gerichtete Argument aus dem in Bezug genommenen

Schriftsatz der Beschwerdegegnerin an das OVG vom 17.09.2019 im Verfahren BK10-19-0198\_Z nicht.

Dies hält auch einer systematischen Auslegung stand. Wie von der Beschwerdegegnerin vorgetragen, differenziert das ERegG zwischen verschiedenen Tätigkeitsbereichen, vgl. §§ 7 Abs. 1, 12 Abs. 2 ERegG. Tätigkeitsbereiche sind dabei im Zusammenhang mit § 12 ERegG, wie von der Beschwerdegegnerin vorgetragen, das Erbringen von Verkehrsleistungen oder der Betrieb von Serviceeinrichtungen. Aus diesem systematischen Argument folgt jedoch nicht denkbare, dass eine mittelbare Tätigkeit auf dem Schienenverkehrsmarkt über das Beherrschen bzw. Kontrollieren eines Unternehmens ausgeschlossen sein soll. Auch wenn die Erbringung von Verkehrsleistungen am Beispiel des § 7 Abs. 1 ERegG „durch“ EVU erfolgt, so verbleibt nach dem Wortlaut dennoch Raum für ein „Tätigsein“ auf dem Schienenverkehrsmarkt durch Beteiligung an solchen EVU, die wiederum die Verkehrsleistung in ihrem „Tätigkeitsbereich“ erbringen.

Sofern die Beschwerdegegnerin mit ihrem Verweis auf die Stellungnahme an das OVG vom 17.09.2019 im Verfahren BK10-19-0198\_Z ergänzend darauf verweist, dass das Gesetz (etwa in §§ 8 Abs. 3 Nr. 4, 8c ERegG), sofern es von „solchen Kontrollen“ spricht, diese auch explizit bezeichne, so ist dem zwar grundsätzlich beizupflichten. Warum hieraus der Begriff des Tätigseins selbst jedoch nicht in dem Sinne weit auszulegen sein soll, dass er neben eigener operativer Tätigkeit auch die Kontrolle als mittelbare Tätigkeit umfasst, ist nicht ersichtlich. Dies gilt auch deshalb, weil etwa § 8 Abs. 3 Nr. 4 ERegG sich – entgegen § 12 Abs. 1 ERegG – nicht mit der Tätigkeit von Unternehmen, sondern mit der Tätigkeit von Personen in bestimmten Positionen befasst. Insofern fehlt es bereits an einer Vergleichbarkeit.

Auch § 12 Abs. 1 ERegG selbst spricht von „Kontrolle“. Dieses Tatbestandsmerkmal bezieht sich auf die Kontrolle des Unternehmens über den Betreiber der Serviceeinrichtung. Das Tatbestandsmerkmal des Tätigseins steht letztlich als zusätzliches Element neben dem Kriterium der Kontrolle und ist bereits dem Wortlaut nach weiter gefasst. Insofern ist dieser Begriff auch weiter zu verstehen als der durch die Beschwerdegegnerin in Bezug genommene Begriff der „Kontrolle“ aus § 8c Abs. 1 ERegG. Der Wortlaut des § 12 ERegG schließt die „Kontrolle“ über ein EVU als eine Form des Tätigseins mit ein. Er schließt indes andere Formen des Tätigseins begrifflich nicht aus. § 8c Abs. 1 ERegG greift hier kürzer und bezieht sich lediglich auf die Auslagerung von Arbeiten des Schienenwegbetreibers auf EVU oder auf Unternehmen, die solche EVU kontrollieren oder von solchen kontrolliert werden. § 8c Abs. 1 ERegG bezieht sich also auf bestimmte Kontrolltatbestände, während § 12 Abs. 1 ERegG mit dem Begriff des Tätigseins zwar auch solche Kontrolltatbestände umfasst, sich begrifflich jedoch gerade nicht auf diese beschränkt.

§ 12 Abs. 1 ERegG bezieht sich – anders als etwa § 12 Abs. 2 ERegG – nicht auf einen bestimmten Tätigkeitsbereich, sondern insgesamt auf den inländischen Schienenverkehrsmarkt. Sofern in der Literatur darauf hingewiesen wird, dass der Begriff der Tätigkeit im Schienenverkehrsmarkt vor allem Aktivitäten von Zugangsberechtigten im Sinne des § 1 Abs. 12 Nr. 2 ERegG umfasse,

so wohl: *Leitzke*, in: *Staebe*, Eisenbahnregulierungsgesetz, Kommentar, 1. Auflage 2018, § 12, Rn. 9,

mag dies zutreffen. Es ist jedoch hervorzuheben, dass der Gesetzgeber – hätte er den Begriff etwa auf Zugangsberechtigte limitieren wollen – sich der entsprechend legaldefinierten Terminologie hätte bedienen können. Der in der Kommentierung enthaltene Hinweis, es könne auch der Betrieb von Serviceeinrichtungen oder Schienenwegen darunterfallen, sofern der Relativsatz (für die die betreffende Serviceeinrichtung genutzt wird) nicht existierte,

vgl. hierzu: *Leitzke*, in: *Staebe, Eisenbahnregulierungsgesetz, Kommentar*, 1. Auflage 2018, § 12, Rn. 9,

greift damit letztlich etwas zu kurz.

Für diese Auslegung sprechen zudem Sinn und Zweck der Vorschrift.

Die Entflechtungsvorschrift des § 12 ERegG dient der Unabhängigkeit bei der Entscheidungsfindung des Betreibers der Serviceeinrichtung von Einflüssen eines beherrschenden Unternehmens, die sich insbesondere in der Gewährleistung der vollständigen Transparenz und Nichtdiskriminierung in Bezug auf den Zugang zu den betreffenden Serviceeinrichtungen und zur Gewährleistung der Erbringung der betreffenden Leistungen ausdrückt (vgl. § 12 Abs. 1 ERegG). Sie dient damit letztlich dem generellen Zweck der Entflechtung. Diese verfolgt durch die Vorgabe bestimmter Verhaltensweisen und Strukturmaßnahmen „präventiv eine wettbewerbsanaloge und gemeinwohlbezogene Regulierung“ sowie einen Ausgleich „antikompetitiver Effekte“. Damit einher geht das Streben des Gesetzgebers nach einer Erhöhung der Transparenz und einer Abschwächung von Anreizen, die zur Privilegierung der Wettbewerbsbereiche des vertikal integrierten Unternehmens führen,

so in Bezug auf die Entflechtungsvorgabe des § 10c Abs. 5, 6 EnWG – Anstellungsverbote/Karenzzeiten – bei Energieversorgungsunternehmen: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.03.2017 – VI-3 Kart 10/16 (V) –, Rn. 80 und 89; im Ergebnis unter Hinweis auf die Entflechtungszielsetzung eines transparenten und diskriminierungsfreien Netzbetriebs bestätigt durch: BGH, Beschluss vom 13.11.2018 – EnVR 30/17 –, Rn. 29 ff.

Der Zweck besteht somit auch darin, möglichen Missbrauchspotentialen in vertikal integrierten Unternehmen entgegenzuwirken,

vgl. *Ernert*, in: *Schmitt/Staebe, Einführung in das Eisenbahnregulierungsrecht*, 1. Auflage 2010, Rn. 137.

Anhaltspunkte für den Zweck von Entflechtungsvorgaben im Bereich des Eisenbahnrechts ergeben sich zudem auch aus der Rechtsprechung des BVerwG zu § 9a AEG a.F.: Danach bezweckt das Gesetz die Herstellung und Sicherung des Wettbewerbs, wobei hierfür die Sicherstellung eines diskriminierungsfreien Zugangs erforderlich ist. Diese Vorgabe verbiete „jegliche [...] Einflussnahme seitens eines der beteiligten Eisenbahnverkehrsunternehmen“,

BVerwG, Urteil v. 18.05.2010, Az.: 3 C 21.09, Rn. 51.

Diese Grundsätze sind übertragbar auf den Fall des § 12 ERegG. Wäre die Unabhängigkeit der Entscheidungsfindung auf eine Unabhängigkeit von beherrschenden operativ tätigen Unternehmen beschränkt, ergäbe sich im Hinblick auf den Sinn und Zweck der Vorschriften über die Entflechtung eine Umgehungsgefahr. Durch Konzernstrukturen, bei welchen das Mutterunternehmen keine eigene operative Tätigkeit ausführt, könnten sich Unternehmen den Vorgaben des Entflechtungstatbestands entziehen.

Auch nach dem Grundsatz der effektiven Durchsetzung des EU-Rechts („effet utile“) ist § 12 Abs. 1 ERegG dahingehend auszulegen, dass das beherrschende Unternehmen keine eigene operative Tätigkeit erbringen muss. Dem § 12 Abs. 1 ERegG liegt die Vorschrift des Art. 13 Abs. 3 der Richtlinie 2012/34/EU zugrunde. Auch dieser nennt nicht die Voraussetzung einer eigenen operativen Tätigkeit des beherrschenden Unternehmens. Vielmehr sieht die zugrundeliegende Richtlinie im Erwägungsgrund Nr. 26 als Ziel vor, dass ein fairer Wettbewerb, eine vollständige Transparenz und eine Gleichbehandlung in Bezug auf den Zugang zu Serviceeinrichtungen und deren Erbringung zu gewährleisten sind. Der diskriminierungsfreie Zugang zu

Serviceeinrichtungen soll es EVU ermöglichen, Nutzern eine bessere Dienstleistung anbieten zu können,

vgl. Richtlinie 2012/34/EU, Erwägungsgrund Nr. 27.

Generell stehen die Entflechtungsvorgaben damit „*im gewichtigen öffentlichen Interesse der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten*“,

vgl. zum Energiebereich: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.03.2017 – VI-3 Kart 10/16 (V) –, Rn. 88.

Diesen Zielen würde ein einengendes Verständnis der „Tätigkeit“ widersprechen. Das BVerwG hat die Bedeutung der effektiven Umsetzung des Gemeinschaftsrechts auch in seinem vorgenannten Urteil besonders hervorgehoben: Die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts seien dementsprechend nicht schlicht rechtlich umzusetzen, sondern auch wirksam auszugestalten,

vgl. BVerwG, a.a.O., Rn. 28.

Im Übrigen und schlussendlich stimmt die hiesige Einschätzung zur Tätigkeit der DB AG auf den Schienenverkehrsmärkten auch mit deren Selbstverständnis überein. Letztere sieht sich selbst in der Rolle eines großen Anbieters von Leistungen im Schienenpersonen(fern)verkehr. Denn auf dem Internetauftritt des Konzerns heißt es (auszugsweise):

*„Die Deutsche Bahn AG transportiert jeden Tag über 7 Millionen Bahnkunden und ist heute eines der größten Transport- und Logistikunternehmen weltweit.“*,

abrufbar unter: [https://www.deutschebahn.com/de/konzern/InfoHub/verkehr\\_politik-3844352](https://www.deutschebahn.com/de/konzern/InfoHub/verkehr_politik-3844352), zuletzt: 04.05.2020, 08:04 Uhr.

#### **II. 4.1.1.2.3 Abstellgleise werden für den Schienenpersonenfernverkehr genutzt**

Die von der Beschwerdegegnerin betriebenen Abstellgleise werden auch für die hier fraglichen inländischen Schienenverkehrsmärkte des Schienenpersonenfernverkehrs (dazu genauer sogleich) genutzt. Das vorliegende Beschwerdeverfahren setzt auf einen Konflikt zwischen der Hinzugezogenen und der Beschwerdeführerin um die Nutzung solcher Abstellgleise auf.

#### **II. 4.1.1.2.4 Marktbeherrschende Stellung des kontrollierenden Unternehmens im Schienenpersonenfernverkehr**

Die DB AG (hier in ihrem Verbund mit der Hinzugezogenen verstanden) nimmt zudem eine marktbeherrschende Stellung im inländischen Schienenpersonenfernverkehrsmarkt ein.

In Ermangelung besonderer Vorschriften des ERegG ist die Frage nach der Definition einer Marktbeherrschung dem Kartellrecht zu entnehmen,

so auch: *Leitzke*, in: *Staebe, Eisenbahnregulierungsgesetz, Kommentar*, 1. Auflage 2018, § 12 Rn. 10.

Gemäß § 18 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ist ein Unternehmen dann marktbeherrschend, wenn es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt ohne Wettbewerber ist, keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat. Für die Ermittlung marktbeherrschender Stellungen ist es zunächst erforderlich, den für die Betrachtung des wettbewerblichen Handelns sachlich und räumlich relevanten Markt einzugrenzen,

vgl. *Paschke* in: *Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, 94. Lieferung 08.2019, § 18 GWB Rn. 12.

Als sachlich und räumlich relevanter Markt ist vorliegend der bundesweite Markt für das Angebot von Schienenpersonenfernverkehrsleistungen anzusehen (hierzu unter II.4.1.1.2.4.1). Auf diesem Markt hat die DB AG eine marktbeherrschende Stellung inne (hierzu unter II.4.1.1.2.4.2).

#### **II. 4.1.1.2.4.1 Abgrenzung des relevanten Marktes**

Im vorliegenden Fall ist nach sachlichen (hierzu unter II.4.1.1.2.4.1.1) und räumlichen (hierzu unter II.4.1.1.2.4.1.2) Kriterien auf den bundesweiten Markt für das Angebot von Schienenpersonenfernverkehrsleistungen abzustellen.

##### **II. 4.1.1.2.4.1.1 Sachliche Marktabgrenzung**

Sachlich ist auf den Markt des Schienenpersonenfernverkehrs abzustellen (hierzu unter II.4.1.1.2.4.1.1.1). Dieser Markt ist nach dem Bedarfsmarktkonzept weder auf schienengebundene Personennahverkehrsleistungen oder Güterverkehrsleistungen (hierzu unter II.4.1.1.2.4.1.1.2) noch auf nicht schienengebundene Verkehrsleistungen (hierzu unter II.4.1.1.2.4.1.1.3) zu erweitern. Zudem ist eine Einengung auf einzelne Segmente innerhalb des Schienenpersonenfernverkehrsmarktes nicht erforderlich (hierzu unter II.4.1.1.2.4.1.1.4).

##### **II. 4.1.1.2.4.1.1.1 Leistungen des SPFV als sachlich relevanter Markt**

Nach sachlichen Abgrenzungskriterien ist auf das Angebot von Endkundenleistungen des Schienenpersonenfernverkehrs abzustellen.

Die Abgrenzung erfolgt in erster Linie nach dem sogenannten Bedarfsmarktkonzept als Form eines Substitutionskonzeptes, wonach die Austauschbarkeit von Waren und Dienstleistungen für die jeweilige Marktgegenseite (z. B. Verbraucher) analysiert wird. Eine vollständige Gleichheit der Dienstleistungen ist für die Zurechnung zu einem bestimmten Markt nicht erforderlich; ausschlaggebend ist die Zuführung zu einem übereinstimmenden Verwendungszweck,

vgl. *Paschke* in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 94. Lieferung 08.2019, § 18 GWB, Rn. 31 f., 51 ff. m. w. N., vgl. zudem BGH, Beschluss vom 05. Oktober 2004 – KVR 14/03, Rn. 18.

§ 12 Abs. 1 S. 1 ERegG grenzt die relevanten Märkte dahingehend ab, dass (inländische) Schienenverkehrsmärkte betroffen sein müssen. Schienenverkehrsmärkte sind die ökonomischen Orte, an denen sich das Angebot von und die Nachfrage nach Schienenverkehrsleistungen treffen. Betrachtet werden also die Märkte zwischen Anbietern von Schienenverkehren und deren Nachfragern.

Einen weitergehenden Hinweis enthalten § 2 Abs. 2 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG) und § 36 ERegG, wonach sich die Schienenverkehrsdienste in Schienengüterverkehre (nachfolgend auch: SGV), Schienenpersonennahverkehre (nachfolgend auch: SPNV) und Schienenpersonenfernverkehre aufteilen.

Der Fokus des vorliegenden Falls liegt auf Schienenpersonenfernverkehren, da der auslösende Konflikt zwischen zwei Unternehmen des Schienenpersonenfernverkehrs bestand.

Eine ausdrückliche gesetzliche Definition der Abgrenzung zwischen Schienenpersonenfernverkehr und Schienenpersonennahverkehr liegt nicht vor. Gemäß § 2 Abs. 12 AEG handelt es sich jedoch bei Verkehrsdiensten, deren Hauptzweck es ist, die Verkehrsbedürfnisse im Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr abzudecken, um Schienenpersonennahverkehr. Dies ist im Zweifel der Fall, wenn in der Mehrzahl der Beförderungsfälle eines Zuges die gesamte

Reiseweite 50 Kilometer oder die gesamte Reisezeit eine Stunde nicht übersteigt. Im Umkehrschluss liegt ein Schienenpersonenfernverkehr vor, wenn diese Grenzen überschritten werden.

Die Monopolkommission hat ihrerseits herausgearbeitet, dass "eine sachgerechte Abgrenzung zwischen Nah- und Fernverkehr [...] im gesetzlich intendierten Wettbewerbsansatz" zu erkennen sei. Während SPNV-Leistungen unter Verwendung von Regionalisierungsmitteln durch die Bundesländer bzw. durch von diesen beauftragte Aufgabenträger in einem Vergabeprozess bestellt würden, basiere der Schienenpersonenfernverkehr auf dem Prinzip der Eigenwirtschaftlichkeit,

vgl. 55. Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 36 AEG, Bahn 2009: Wettbewerb erfordert Weichenstellung, 2009, S 57.

Die Schienennetz-Benutzungsbedingungen (SNB) der Beschwerdegegnerin greifen beide Definitionen auf. In Ziffer 6.1.2.2.1 der SNB (Stand: SNB 2021) heißt es:

*„Schienenpersonennahverkehr im Sinne dieser SNB dient überwiegend der Beförderung von Personen im Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr.*

*Verkehre, die zwei Metropolbahnhöfe mit einer Durchschnittsgeschwindigkeit von mindestens 130 km/h verbinden, dienen nicht dem Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr.*

*Der Verkehr auf allen sonstigen Halteabschnitten dient im Zweifel dann dem Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr, wenn ein Zug mehrheitlich Reisende befördert, deren Reiseweite 50 km oder deren Reisezeit eine Stunde nicht überschreitet. Zur Zuordnung von Trassen, die sowohl dem Schienenpersonennahverkehr als auch dem Schienenpersonenfernverkehr dienen, siehe nachfolgende Ziffer 6.1.2.2.2 der SNB.*

*Wenn Zweifel darüber bestehen, ob in der Mehrzahl der Beförderungsfälle die Reiseweite von 50 Kilometer oder die Reisezeit von einer Stunde überschritten wird, ist die DB Netz AG berechtigt, den Nachweis der Betrauung mit öffentlichen Personenverkehrsdiensten, die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterliegen, durch einen Aufgabenträger des Schienenpersonennahverkehrs im Sinne des § 1 Abs. 2 des Regionalisierungsgesetzes oder die Vorlage einer repräsentativen, anerkannten wissenschaftlichen Standards genügenden Erhebung der Reiseweiten anhand der Fahrkarten bzw. der Reisedauer der Beförderungsfälle anhand einer Verkehrszählung pro Halteabschnitt auf Kosten des Zugangsberechtigten zu verlangen. Bei Neuverkehren kann an Stelle der Erhebung der Reiseweiten eine entsprechende Marktstudie vorgelegt werden. Für die Vorlage gelten die Fristen nach Ziffern 4.2.1.1 bzw. 4.2.2.2 dieser SNB entsprechend.“*

Der Schienenpersonenfernverkehr wird hiervon negativ abgegrenzt, vgl. Ziffer 6.1.2.2.2 der SNB (Stand: SNB 2021):

*Dem Schienenpersonenfernverkehr im Sinne dieser SNB sind Zugtrassen zuzuordnen, die der Personenbeförderung dienen und kein Schienenpersonennahverkehr sind. Zusätzlich werden dem Schienenpersonenfernverkehr alle Trassen des Marktsegments Charter/Nostalgie (Ziffer 6.2.1.2.7 der SNB) unabhängig von der Länge zugeordnet.*

Auf diese Definition kann vorliegend zurückgegriffen werden. Sie ist Grundlage zur Berechnung der Trassenentgelte und auch zwischen den Parteien dieses Verfahrens nicht umstritten. Sie findet ferner in der Marktbeobachtung der Bundesnetzagentur Berücksichtigung.

#### **II. 4.1.1.2.4.1.2 Verhältnis zu SPNV- und SGV-Leistungen**

Schienegebundene Personennahverkehrsleistungen und Güterverkehrsleistungen sind nicht in den Markt mit einzubeziehen. Die vorgenannten Leistungen sind letztlich nicht mit den Leistungen des Schienenpersonenfernverkehrs austauschbar.

Dabei ist zunächst der öffentliche Personennahverkehr vom Fernverkehr zu unterscheiden. Der Nahverkehr stellt grundsätzlich keine Alternative zum Fernverkehr dar

vgl. BKartA, Beschluss B 9-(60200-U-)142/01 vom 19.06.2002, S. 4.

In Bezug auf die hier zu betrachtende Abgrenzung im Rahmen von Schienenverkehrsleistungen ergibt sich dies auch aus der bereits zuvor unter II.4.1.1.2.4.1.1.1) dargelegten begrifflichen Abgrenzung zwischen Schienenpersonennah- und -fernverkehr. Hauptzweck des Schienenpersonennahverkehrs ist es, die Verkehrsbedürfnisse im Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr abzudecken. Die Bedürfnisse eines Nachfragers nach Fernverkehrsreisen im Sinne der vorgenannten begrifflichen Abgrenzung können daher mit Verkehrsleistungen des Schienenpersonennahverkehrs nicht gedeckt werden. Insbesondere mit Blick auf die erforderlichen Reisezeiten stellt auch eine Kombination regionaler Nahverkehrsleistungen für die Endkunden kein Substitut für Fernverkehrsleistungen dar. Es besteht damit keine über eine Randsubstitution hinausgehende Substituierbarkeit,

vgl. zur Abgrenzung von Schienenpersonenregional- und fernverkehr zudem: Beschluss der Kommission vom 18.12.2013, COMP/AT.39678/Deutsche Bahn I und COMP/AT.39731/Deutsche Bahn II, Rn. 33.

Daneben ist auch der Markt des Schienengüterverkehrs vom Schienenpersonenfernverkehrsmarkt zu trennen. Bereits § 2 Abs. 2 AEG trennt begrifflich zwischen den Verkehrsdiensten Schienenpersonenfernverkehr, Schienenpersonennahverkehr und Schienengüterverkehr. Daneben legt § 2 Abs. 3 AEG fest, dass EVU unter anderem solche sind, die Eisenbahnverkehrsdienste zur Beförderung von Gütern oder Personen leisten. Hieraus ergibt sich bereits die Differenzierung zwischen dem Markt für transportierte Güter und dem Markt für transportierte Personen (im Nah- oder Fernverkehr). Auch die im ERegG enthaltenen Vorgaben zur Entgeltbestimmung trennen nach Verkehrsleistungen (vgl. etwa § 36 Abs. 2 ERegG). Nach der Wortdefinition im Duden bezeichnet das „Gut“ dabei insbesondere ein Stück, eine Ware für den Transport, ein Frachtgut oder ein Stückgut oder auch einen Besitz, der materiellen oder geistigen Wert darstellt,

vgl. <https://www.duden.de/rechtschreibung/Gut>.

Der Güterverkehr dient damit im Wesentlichen dem Transport von Sachen. Für die Marktgegenseite (Verbraucher) besteht damit keine Substituierbarkeit, sofern es ihr – wie im vorliegend zu beurteilenden Fall – um den Transport von Personen geht.

#### **II. 4.1.1.2.4.1.3 Verhältnis zu nicht-schienegebundenen Verkehrsleistungen**

Der Schienenpersonenfernverkehr stellt zudem im Verhältnis zum Fernverkehr mit anderen Verkehrsträgern einen separaten Markt dar. Das ergibt sich bereits aus dem gesetzlichen Wortlaut („auf den [...] Schienenverkehrsmärkten“), wird aber auch durch die sachliche Markt-abgrenzung bestätigt. Insbesondere agieren die Verkehrsträger Flugzeug, Fernbus und motorisierter Individualverkehr (insb. Pkw) nicht auf dem gleichen sachlich abgegrenzten Markt. Insofern besteht lediglich eine allenfalls geringfügige Substituierbarkeit.

Dies gilt zunächst für den Verkehrsträger Flugzeug. Ob Fernfahrten mit der Bahn innerhalb Deutschlands pauschal günstiger sind als Inlandsflüge, dürfte vor dem Hintergrund aktueller Entwicklungen zumindest zweifelhaft sein,

vgl. Mofair/NEE/VPI, Wettbewerber-Report Eisenbahn 2017/18, Zugkraft für den Verkehrssektor, S. 89.

Die Monopolkommission hat jedoch hervorgehoben, dass für das Verhältnis zwischen Bahnfahrten und Flugverbindungen aufgrund der Streckenabhängigkeit nur eine begrenzte Austauschbarkeit (auf einzelnen Relationen) gilt. Auch seien Substitutionsbeziehungen zwischen Bahn und Flugzeug vor allem bei Distanzen zwischen 400 und 600 km ausgeprägt, während bei geringerer Strecke Fahrgäste typischerweise die Bahn bevorzugten und bei längeren Strecken das Flugzeug,

vgl. 76. Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 78 ERegG, Bahn 2017: Wettbewerbspolitische Baustellen, 2017, S 68.

Hinzu kommt ebenfalls, dass auch die Anzahl an Verkehrsflughäfen hinter der Anzahl an Bahnhöfen zurücktritt und damit auch vor dem Hintergrund der direkten Erreichbarkeit von Standorten nur eine begrenzte Substituierbarkeit besteht,

vgl. auch Beschluss der Kommission vom 18.12.2013, COMP/AT.39678/Deutsche Bahn I und COMP/AT.39731/Deutsche Bahn II, Rn. 33.

Auch in Bezug auf den Fernbus ist – trotz der Entwicklungen der vergangenen Jahre – weiterhin nur von einer begrenzten Substituierbarkeit auszugehen. Die Statistik zeigt eine Zunahme in der Inanspruchnahme von Fernbussen bis etwa 2016. Seitdem hat sich diese Inanspruchnahme indes auf einem stabilen Niveau eingependelt, während seit 2015 eine Steigerung der Inanspruchnahme des Schienenpersonenfernverkehrs zu verzeichnen ist. Das Konzept des Fernbusses hat es damit nicht erreicht, dass Züge „leergefahren“ werden,

vgl. hierzu Mofair/NEE, Wettbewerber-Report Eisenbahnen 2019/20, S. 19, abrufbar unter: <https://mofair.de/wp-content/uploads/2019/10/Wettbewerber-Report-Eisenbahnen-Kurzfassung.pdf>.

Aus der Entwicklung der Fahrgastzahlen lasse sich zwar nach Ansicht der Monopolkommission nicht schließen, dass zwischen den beiden Verkehrsträgern kein Substitutionswettbewerb herrsche. Die Monopolkommission ist zudem – jedoch auch unter Verweis auf die wenig belastbare wissenschaftliche Evidenz – der Auffassung, dass eine Substitutionskonkurrenz zwischen den Verkehrsträgern grundsätzlich bestehe. Sie bestätigt jedoch auch, dass es sich nur um eine partielle Konkurrenz (nach Nutzergruppen und Relationen differenziertes intermodales Wettbewerbsverhältnis) handele,

vgl. 76. Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 78 ERegG, Bahn 2017: Wettbewerbspolitische Baustellen, 2017, S. 77 ff. und 83 ff.

Die Substituierbarkeit ist zudem auch im Hinblick auf den motorisierten Individualverkehr (insb. Pkw) eingeschränkt. Zwar ergeben sich bestimmte Überschneidungen, sofern davon ausgegangen wird, dass sowohl der Schienenpersonenfernverkehr als auch die (Fern-) Reise mit einem anderen motorisierten „Individual“-Fahrzeug der Beförderung von Personen von einem Start- an einen Zielort dienen. Zudem dürfte auch vor dem Hintergrund der Streckenlänge eine gewisse Substituierbarkeit angenommen werden können. Möglicherweise liegt zudem eine gewisse positive Kreuzpreiselastizität der Nachfrage zwischen den beiden Verkehrsträgern vor, sodass steigende Preise in dem einen Segment zur vermehrten Inanspruchnahme des zweiten Segments durch die Marktgegenseite führen könnte. Im Ergebnis jedoch erfolgen die beiden Verkehrsleistungen unter völlig verschiedenen Bedingungen. Zunächst ermöglicht der motorisierte Individualverkehr das Ansteuern von Orten, die aufgrund der Gebundenheit an Bahnhöfe mit dem Schienenpersonenfernverkehr nicht direkt erreichbar sind. Daneben wird

im Schienenpersonenfernverkehr von der Marktgegenseite eine entgeltliche Verkehrsdienstleistung nachgefragt, die bei der Eigenbeförderung im motorisierten Individualverkehr nicht gefordert wird,

vgl. hierzu in Bezug auf den SPNV: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Dezember 2004 – VI-Kart 1/04 (V) –, Rn. 62 ff., sowie insgesamt in Bezug auf den liniengebundenen ÖSPV auch: OLG Düsseldorf, Urteil vom 04. Mai 2005 – VI-Kart 19/04 (V) –, Rn. 43.

Ob vor dem Hintergrund der aktuellen Entwicklung von Car-Sharing- und Mietwagen-Angeboten sowie Mitfahrzentralen möglicherweise im Bereich der Entgeltlichkeit dennoch eine gewisse Substituierbarkeit angenommen werden kann,

so die Andeutung der Monopolkommission, 76. Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 78 ERegG, Bahn 2017: Wettbewerbspolitische Baustellen, 2017, S 69,

dürfte fraglich sein. Diese wäre vor dem Hintergrund der weiteren Unterschiede jedenfalls sehr begrenzt. Auch die Kosten für Anschaffung, Kraftstoff und Versicherung im motorisierten Individualverkehr stellen eine grundsätzlich andere Nachfrage als die nach einer entgeltlichen Beförderungsleistung im Schienenpersonenfernverkehr dar. Zudem ist hervorzuheben, dass der Schienenpersonenfernverkehr grundsätzlich jedem offensteht, der die Gegenleistung erbringt, während die Fahrt mit dem motorisierten Fahrzeug in der Regel voraussetzt, dieses Fahrzeug zu besitzen und steuern zu dürfen (Fahrerlaubnis) sowie den Unterhalt hierfür aufbringen zu können,

vgl. hierzu in Bezug auf den SPNV: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Dezember 2004 – VI-Kart 1/04 (V) –, Rn. 62 ff., sowie umfassend in Bezug auf den liniengebundenen ÖSPV: OLG Düsseldorf, Urteil vom 04. Mai 2005 – VI-Kart 19/04 (V) –, Rn. 43.

Auch vor dem Hintergrund der Entwicklungen im Car-Sharing-Bereich (o. ä.) dürfte lediglich eine allenfalls geringfügige Substituierbarkeit bestehen.

#### **II. 4.1.1.2.4.1.1.4 Keine Einengung auf einzelne Marktsegmente**

Der Schienenpersonenfernverkehrsmarkt ist auch ein in sich homogener Markt, der keiner weiteren Unterteilung bedarf.

Die Beschwerdegegnerin unterteilt auf der Vorleistungsebene (d. h. bei den Trassenangeboten, die sie den Zugangsberechtigten unterbreitet) den Schienenpersonenfernverkehrsmarkt zum Zwecke der Bepreisung in die Teilmärkte „Metro Tag“, „Basic“, „Nacht“, „Charter / Nostalgie“, „Lok-/Leerfahrt“, „Punkt-zu-Punkt“ und weitere „Unter-Teilmärkte“. Dabei ist teilweise ein Wechsel der Marktsegmente im Rahmen des Zuglaufs möglich (vgl. Ziffer 6.2.1.2 der SNB, Stand SNB 2021).

Für die Zwecke der vorliegenden Marktabgrenzung auf der Endkundenebene ist diese oder eine ähnliche Untersegmentierung nicht erforderlich. Der Markt ist insoweit für die vorliegenden Zwecke in sich hinreichend homogen abgegrenzt.

Die Marktabgrenzung erfolgt mit dem Zweck festzustellen, ob die Beschwerdegegnerin von einem Unternehmen kontrolliert wird, das auf einem Markt, für den die betroffene Serviceeinrichtung genutzt wird, eine marktbeherrschende Stellung hat. Die hier betroffenen Serviceeinrichtungen werden von allen o. g. Segmenten genutzt. Sollten sich diese Segmente auch auf Endkundenebene wiederfinden, würde es daher ausreichen, wenn das die Beschwerdegegnerin beherrschende Unternehmen in einem der Segmente (als eigenem Teilmarkt) eine marktbeherrschende Stellung hätte. Indem auf der Endkundenebene auf den Gesamtmarkt

abgestellt wird, werden möglicherweise auch Segmente mit in die Marktabgrenzung einbezogen, auf denen die DB AG einschließlich der Hinzugezogenen keine beherrschende Stellung aufweist. Die Marktabgrenzung wäre dann zu Gunsten des beherrschenden Unternehmens zu weit ausgefallen. Da die DB AG allerdings, wie sich in Abschnitt II.4.1.1.2.4.2 zeigen wird, zumindest in den gewichtigen Endkundenmarktsegmenten (die auf der Vorleistungsebene den Segmenten Metro Tag und Basic einschließlich der zugehörigen Lok-/Leerfahrten entsprechen) über eine deutliche Marktdominanz verfügt, ist für die Zwecke des hier vorliegenden Verfahrens eine detailliertere Marktabgrenzung nicht erforderlich.

#### **II. 4.1.1.2.4.1.2 Räumliche Marktabgrenzung**

In räumlicher Hinsicht handelt es sich bei dem abzugrenzenden Markt nach dem Bedarfsmarktkonzept um den (gesamten) bundesweiten Markt.

Ein relationsspezifischer Markt scheidet bereits aufgrund der von der DB AG bundesweit einheitlich vorgenommenen Leistungs- und Tarifgestaltung im Schienenpersonenfernverkehr aus. Gleiches spricht gegen die Beschränkung des räumlich relevanten Marktes auf einen regionalen Bereich. Verkehrsleistungen auf dem regionalen Markt sind vor dem Hintergrund der bereits eingangs erwähnten Unterschiede zwischen Nahverkehrs- und Fernverkehrsdiensten räumlich nicht mit Fernverkehrsleistungen substituierbar. Insbesondere mit Blick auf die erforderlichen Reisezeiten und das Erfordernis vieler Umstiege stellt auch in räumlicher Hinsicht eine Kombination regionaler Nahverkehrsleistungen für die Endkunden kein Substitut für Fernverkehrsleistungen dar.

Der räumlich relevante bundesweite Markt ist zudem vom europäischen Markt abzugrenzen. Das ergibt sich bereits aus dem gesetzlichen Wortlaut („auf den inländischen Schienenverkehrsmärkten“), wird aber auch durch die räumliche Marktabgrenzung bestätigt. Denn die Präferenzen und Gewohnheiten der Nachfrager zielen im Schwerpunkt auf die Nutzung inländischer Verkehrsleistungen,

vgl. zu diesen Kriterien etwa BGH, Urteil KVR 2/03 vom 13.07.2004, Rz. 10 ff. (juris).

Ebensowenig besteht auf Seiten ausländischer Anbieter eine relevante Angebotsumstellungsflexibilität,

vgl. zu diesem Kriterium die Bekanntmachung der Europäischen Kommission über die Definition des relevanten Marktes, ABl. Nr. C 372/5 vom 09.12.1997, Rz. 30.

Nach wie vor liegen insbesondere aufsichtsrechtliche und technische Anforderungen an den Markteintritt vor, die verhindern, dass Anbieter ausländischer Verkehrsleistungen einen unmittelbaren Wettbewerbsdruck auf die Anbieter inländischer Schienenpersonenfernverkehrsleistungen ausüben können,

vgl. Beschluss der Kommission vom 18.12.2013, COMP/AT.39678/Deutsche Bahn I und COMP/AT.39731/Deutsche Bahn II, Rn. 35; Beschluss der Kommission vom 11.08.2010, COMP/M.5855 – DB/Arriva, Rn. 160).

#### **II. 4.1.1.2.4.2 Marktbeherrschung**

Auf dem so abgegrenzten Markt für inländischen Schienenpersonenfernverkehr ist die DB AG marktbeherrschend. Gemäß § 18 Abs. 4 GWB wird vermutet, dass ein Unternehmen marktbeherrschend ist, wenn es einen Marktanteil von 40% aufweist. Bei der Betrachtung des Kriteriums der Marktbeherrschung sind gemäß § 18 Abs. 3 Nr. 4 GWB insbesondere auch Verflechtungen mit anderen Unternehmen in Augenschein zu nehmen. Verbundene Unternehmen, etwa im Sinne des § 36 Abs. 2 GWB i. V. m. § 17 AktG, sind dabei als ein Unternehmen zu bewerten,

vgl. *Paschke* in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 94. Lieferung 08.2019, § 18 GWB, Rn. 214.

Die Hinzugezogene ist eine 100-prozentige Tochter der DB AG. Über sie wurden 2018 knapp unter 99 % des inländischen Schienenpersonenfernverkehrs abgewickelt,

vgl. in Bezug auf den Schienenpersonenfernverkehr insgesamt: Marktuntersuchung Eisenbahnen 2019 der Bundesnetzagentur, S. 24.

Der Grenzwert von etwa 40 % Marktanteil zur Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung gemäß § 18 Abs. 4 GWB ist damit bei Weitem überschritten. Es kann in diesem Zusammenhang kaum von einem effektiven Wettbewerb ausgegangen werden,

vgl. auch das 7. Sektorgutachten Bahn der Monopolkommission nach § 78 ERegG, Mehr Qualität und Wettbewerb auf der Schiene, 2019, S. 16.

Aus der Kontrolle des Mutterkonzerns DB AG über die DB Fernverkehr AG als gemäß der Fiktion aus § 17 Abs. 2 AktG abhängiges Unternehmen folgt demgemäß nach kartellrechtlicher Betrachtung auch, dass die DB AG selbst eine marktbeherrschende Stellung im Bereich des Schienenpersonenfernverkehrs einnimmt. Dies wird auch durch die Ausführungen des Bundeskartellamtes in seiner Entscheidung vom 24.05.2016 (Az.: B 9-136/13) untermauert: Zwar betraf das dortige Verfahren den Bereich des Fahrkartenvertriebs. Gleichwohl leitete das Bundeskartellamt die marktbeherrschende Stellung der DB AG und der mit ihr nach § 36 Abs. 2 GWB verbundenen Unternehmen im Bereich dieses Fahrkartenbetriebs (auch) aus ihrer überragenden Marktstellung auf dem vorgelagerten Markt für die Erbringung von Verkehrsleistungen im Schienenpersonenfernverkehr ab, auf dem sie nahezu ohne Wettbewerber agierte,

vgl. BKartA, Beschluss v. 24.05.2016, Az.: B 9-136/13, Rn. 24 ff. sowie 76. Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 78 ERegG, Bahn 2017: Wettbewerbspolitische Baustellen, 2017, S. 36.

Die marktbeherrschende Stellung im Fernverkehr wird nicht zuletzt durch die im Konzern bestehende und von keinem Wettbewerber auch nur annähernd erreichte Verfügbarkeit von Zugmaterial (z. B. Flotte von 274 ICE-Zügen; Lokomotiven der Hinzugezogenen: 407; Reisezugwagen der Hinzugezogenen: 2.498), Personal (16.548 MitarbeiterInnen der Hinzugezogenen), einer entsprechenden Finanzkraft und auch durch den Bekanntheitsgrad bzw. die Reputation (vgl. etwa: 5,254 Mio. BahnCards 2018; Kundenzufriedenheit von 75,1 Punkten bei einem Ziel von ca. 79 Punkten in 2020+) begründet,

vgl. bzgl. der Zahlen: Deutsche Bahn, Daten und Fakten 2018, S. 4 und 17 ff., abrufbar unter: [https://www.deutschebahn.com/resource/blob/3992278/1d136e983334750ef4f24072d49c7cdf/20190325\\_bpk\\_2019\\_daten\\_fakten-data.pdf](https://www.deutschebahn.com/resource/blob/3992278/1d136e983334750ef4f24072d49c7cdf/20190325_bpk_2019_daten_fakten-data.pdf), zuletzt: 19.12.2019).

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die DB AG im Bereich des Schienenpersonenfernverkehrs nahezu keinem Wettbewerb ausgesetzt ist, letztlich hohe Marktzutrittsschranken bestehen und ihre unternehmerischen Verhaltensspielräume in diesem Bereich von nahezu keinerlei Konkurrenz beschränkt werden. Ein Endkunde, der Leistungen des Schienenpersonenfernverkehrs in Anspruch nehmen möchte, kommt an dem Verbund von DB AG und Hinzugezogener letztlich kaum vorbei.

#### **II. 4.1.1.3 Entflechtungsvorgaben nicht eingehalten**

Die Beschwerdegegnerin verstößt bezüglich der unter Ziffer II.4.1.1.1 genannten Serviceeinrichtungen gegen die Vorgaben zur Unabhängigkeit von Entscheidungen gemäß § 12 ERegG.

Bei Vorliegen der zuvor genannten Voraussetzungen ist es nach dem Gesetz erforderlich, bestimmte Entflechtungsvorgaben einzuhalten. Dabei kann die Einhaltung der Vorgaben des § 12 Abs. 1 ERegG dadurch erreicht werden, dass die Voraussetzungen nach § 12 Abs. 3 i. V. m. § 8 ERegG entsprechend für das Verhältnis zwischen dem Betreiber einer Serviceeinrichtung und dem EVU eingehalten werden (hierzu unter II.4.1.1.3.1), oder ansonsten dadurch, dass die Voraussetzungen des § 12 Abs. 1 ERegG selbst erfüllt werden (hierzu unter II.4.1.1.3.2). Beides ist vorliegend nicht der Fall.

#### **II. 4.1.1.3.1 Erfüllung der Fiktion des § 12 Abs. 1, Abs. 3 i. V. m. § 8 ERegG (entsprechend)**

Die Beschwerdegegnerin erfüllt nicht die Vorgaben des § 12 Abs. 3 i. V. m. § 8 ERegG.

Gemäß § 12 Abs. 3 ERegG gelten die Anforderungen des § 12 Abs. 1 und 2 ERegG als erfüllt, wenn die Serviceeinrichtung von einem Betreiber der Schienenwege betrieben wird oder der Betreiber einer Serviceeinrichtung unmittelbar oder mittelbar von einem Betreiber der Schienenwege kontrolliert wird und die Anforderungen des § 8 ERegG für EVU und für Betreiber einer Serviceeinrichtung entsprechend eingehalten werden.

Die Beschwerdegegnerin ist neben der Eigenschaft als Betreiberin der Serviceeinrichtungen auch Betreiberin der Schienenwege (hierzu unter II.4.1.1.3.1.1).

§ 8 Abs. 1 ERegG schreibt vor, dass ein Betreiber der Schienenwege rechtlich von EVU und in vertikal integrierten Unternehmen von anderen Bereichen innerhalb des Unternehmens getrennt sein muss.

Gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 ERegG darf in vertikal integrierten Unternehmen keiner der anderen Bereiche einen bestimmenden Einfluss auf die Entscheidungen des Betreibers der Schienenwege hinsichtlich der wesentlichen Funktionen ausüben.

Zwar werden die Vorgaben der rechtlichen Trennung durch die Beschwerdegegnerin grundsätzlich erfüllt (hierzu unter II.4.1.1.3.1.2), allerdings ist ein bestimmender Einfluss auf Entscheidungen hinsichtlich der wesentlichen Funktionen nicht ausgeschlossen (hierzu unter II.4.1.1.3.1.3).

##### **II. 4.1.1.3.1.1 Serviceeinrichtung wird vom Betreiber der Schienenwege betrieben**

Die Beschwerdegegnerin ist neben ihrer Funktion als Betreiberin von Serviceeinrichtungen auch Betreiberin von Schienenwegen im DB-Konzern.

##### **II. 4.1.1.3.1.2 Rechtliche Trennung innerhalb eines vertikal integrierten Unternehmens gem. § 8 Abs. 1 Nr. 2 ERegG (entsprechend)**

Die Vorgaben von § 8 Abs. 1 ERegG zur rechtlichen Trennung von Infrastrukturbetrieb und Verkehrsunternehmen werden grundsätzlich eingehalten.

§ 8 Abs. 1 ERegG schreibt in entsprechender Anwendung eine rechtliche Trennung des Betreibers der Serviceeinrichtungen von EVU (Nr. 1) bzw. bei vertikal integrierten Unternehmen eine rechtliche Trennung von anderen Bereichen innerhalb des Unternehmens (Nr. 2) vor.

Beim Konzern DB AG handelt es sich um ein integriertes Unternehmen im Sinne des § 8 Abs. 1 Nr. 2 ERegG. Der Definition aus § 1 Abs. 25 Nr. 1 ERegG nach liegt ein vertikal integriertes Unternehmen dann vor, wenn ein Betreiber der Schienenwege von einem Unternehmen kontrolliert wird, das gleichzeitig mindestens ein EVU kontrolliert, das Schienenverkehrsdienste auf dem Netz des Betreibers der Schienenwege durchführt.

Die verschiedenen Unternehmensbereiche sind durch die Auslagerung in Tochtergesellschaften auch grundsätzlich als rechtlich getrennt anzusehen.

#### **II. 4.1.1.3.1.3 Bestimmender Einfluss anderer Bereiche auf Entscheidungen des Betreibers der Serviceeinrichtung gem. § 8 Abs. 2 ERegG (entsprechend)**

Durch die Beauftragung von Syndikusanwälten des Mutterkonzerns DB AG, darunter auch [REDACTED] verletzt die Beschwerdegegnerin allerdings die bei analoger Anwendung des § 8 ERegG geltenden Pflichten zur ordnungsgemäßen Trennung der Bereiche Schienenpersonenfernverkehr und der Serviceeinrichtung Abstellgleise. Die zentrale rechtliche Beratung im Konzern hat zur Folge, dass andere Bereiche des vertikal integrierten Unternehmens einen nicht mit den Entflechtungsvorgaben in Einklang zu bringenden Einfluss auf Entscheidungen im Bereich der Serviceeinrichtung Abstellgleise nehmen können.

§ 8 Abs. 2 Satz 1 ERegG sieht in entsprechender Anwendung vor, dass in vertikal integrierten Unternehmen keiner der anderen Bereiche einen bestimmenden Einfluss auf die Entscheidungen des Betreibers der Serviceeinrichtungen hinsichtlich der wesentlichen Funktionen haben darf.

Als wesentliche Funktion des Betreibers einer Serviceeinrichtung ist die Entscheidung über den Zugang zu Serviceeinrichtungen und die Gewährung der betreffenden Leistungen anzusehen. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 12 Abs. 1 Satz 1 ERegG, der bei der Betrachtung des Begriffs der wesentlichen Funktionen aus § 8 Abs. 2 Satz 1 ERegG mitzulesen ist. Diese Definition des Begriffs stimmt auch mit der Legaldefinition des Begriffs der wesentlichen Funktionen für den Bereich Schienenwege aus § 1 Abs. 4a ERegG überein. Danach sind von den wesentlichen Funktionen in diesem Bereich vor allem die Entscheidung über Zugtrassenzuweisung und über die Wegeentgelte erfasst.

Aus dem Wortlaut des § 8 Abs. 2 Satz 1 ERegG ergibt sich, dass bereits ein bestimmender Einfluss auf Entscheidungen des Betreibers der Serviceeinrichtung ausreicht, um eine Verletzung dieser Trennungsvorschriften zu bewirken. Nicht erforderlich ist dagegen eine tatsächliche („letzte“) Entscheidung durch den anderen Bereich. Insofern ergeben sich Parallelen zur Rechtsprechung des BVerwG. Dieses hatte in einer als „Konzernjuristengericht“ bekanntgewordenen Entscheidung zur Vorgängernorm des § 8 ERegG a. F., dem damaligen § 9a Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 AEG a. F., der bereits die Einflussnahme von Dritten auf Entscheidungsprozesse bei der Trassenzuweisung zu unterbinden suchte, ausgeführt:

*„Im Verfahren der Entscheidungsfindung zielt die Vorschrift damit nicht nur auf deren abschließende Phase - das "Treffen“ der Entscheidung – und auch nicht nur auf das die Entscheidung "treffende“ Personal, sondern nimmt auch weitere Phasen der Entscheidungsvorbereitung (vgl. BT-Drucks 15/3280 S. 16 f.) und die insofern befassten Personen in den Blick. Erfasst werden damit alle Vorbereitungshandlungen, mit denen sachlich auf die zu treffende Entscheidung Einfluss genommen wird oder Einfluss genommen werden kann. Auch Nachbereitungshandlungen kommen in Betracht, wenn sie auf die Entscheidung noch - etwa verändernd - Einfluss haben können.“*

BVerwG, Urteil v. 18.05.2010, Az.: 3 C 21.09, Rn. 38.

Die mit der Beauftragung von Konzernjuristen zusammenhängende Gefahr einer Beeinflussung von Entscheidungen ist der juristischen Beratung letztlich immanent, da diese Handlungsalternativen aufzeigt und sie nach ihrer rechtlichen Realisierbarkeit und auch wirtschaftlichen Folgen bewertet. Unter dem Gesichtspunkt der juristischen Vertretung gilt letztlich nichts anderes. Selbst bei einer bloßen Verteidigung einer bereits getroffenen Entscheidung ist ein Bevollmächtigter regelmäßig auch zu deren Veränderung – etwa im Vergleichswege – befugt. Der Einflussnahme steht letztlich auch das möglicherweise bestehende Erfordernis einer Rücksprache oder Zustimmung nicht entgegen,

vgl. BVerwG a. a. O., Rn. 42 f.

Das Gericht wies zudem auf die Unterschiede zum Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) hin, aufgrund derer bereits nach dem Wortlaut lediglich die „Letztentscheidung“ umfasst werde,

vgl. BVerwG a. a. O, Rn. 31.

Auch gehe die Bestimmung aus § 9a Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 AEG „deutlich über § 8 Abs. 4 EnWG [jetzt: § 7a Abs. 4 EnWG] hinaus“,

vgl. BVerwG a. a. O., Rn. 38.

Der damalige Wortlaut des § 9a Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 AEG a. F. stimmt zwar nicht mehr mit der heutigen Fassung überein. Insbesondere ist im neuen ERegG nur noch von einem „bestimmenden Einfluss“ auf Entscheidungen des Betreibers der (entsprechend) Serviceeinrichtung und nicht mehr schlicht von „Einflussnahme“ die Rede. Diese Wortwahl entspricht letztlich der Wortwahl des zugrundeliegenden Art. 7 der Richtlinie (EU) 2016/2370. Eine weitreichende Einengung des Wortlauts etwa durch Beschränkung auf „Letztentscheidungen“ wie in den Parallelvorschriften des EnWG wurde indes nicht vorgenommen. Auch ist mit dem Willen des Gesetzgebers davon auszugehen, dass der Begriff „bestimmend“ nicht eng zu verstehen ist. So heißt es im Gesetzentwurf etwa, dass die Entscheidungen zu wesentlichen Funktionen des Betreibers der Schienenwege in vertikal integrierten Unternehmen „unbeeinflusst von sonstigen Unternehmenseinheiten und Interessen sein“ müssen,

vgl. BR-Drs. 157/19, S. 109.

Die Gesetzesbegründung folgt im Ergebnis den Erwägungen der Richtlinie. Diese umschreibt das Treffen von Entscheidungen (hier: bezüglich Zugtrassenzuweisung und Wegeentgelte) durch Infrastrukturbetreiber als eine wesentliche Funktion, um den gerechten und diskriminierungsfreien Zugang zur Infrastruktur zu gewährleisten. Es sollten – nach dem Willen des europäischen Gesetzgebers – „strikte Schutzmaßnahmen eingerichtet werden, um jegliche unzulässige Einflussnahme auf Entscheidungen des Infrastrukturbetreibers in Bezug auf solche Funktionen zu verhindern“,

vgl. Richtlinie (EU) 2016/2370, Erwägungsgrund 10.

Die gleichen Erwägungen dürften aufgrund des Verweises des § 12 Abs. 3 ERegG auch für die Betreiber von Serviceeinrichtungen gelten. Gemessen an dem damit beabsichtigten Zweck kann daher nicht von einem einschränkenden Verständnis dieser Norm ausgegangen werden.

Gegen die Annahme einer restriktiveren Lesart der neuen Bestimmungen spricht letztlich auch die bereits mit den Vorgängernormen verfolgte (gewissermaßen: historisch gewachsene) Intention des Gesetzgebers. Aus den Gesetzgebungsmaterialien geht hervor, dass etwa auch § 8 Abs. 4 ERegG in der Fassung vom 29.08.2016 bereits die Besonderheit des integrierten Unternehmens in den Blick nahm. Die damalige Gesetzesbegründung führte insbesondere aus, dass im Falle integrierter Unternehmen „die Gefahr diskriminierendes Verhaltens und Zusammenwirkens der einzelnen Tochterunternehmen zum Nachteil von Wettbewerbsunternehmen besonders groß“ sei,

vgl. BT-Drs. 18/8334, S. 177.

Sofern die Beschwerdegegnerin in ihrer Stellungnahme vom 30.08.2019 daher darauf abstellt, die Beratung durch Juristen des Mutterkonzerns wahre trotz allem die unabhängige Entscheidungsmöglichkeit der Beschwerdegegnerin über den Zugang zu Serviceeinrichtungen, so kann dies vor dem Hintergrund der gesetzgeberischen Intention, die auf eine strikte Trennung der Bereiche abzielt, nicht gelten.

Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass die „Konzernrichtlinie Risikominimierung“ eine Unabhängigkeit von Entscheidungen (außer für den Bereich der Schienenwege) selbst nicht anstrebt. Zwar ist nach der Richtlinie die Funktion Recht (HL) weisungsunabhängig. Die Ziele der Konzernrichtlinie sprechen indes für eine konzernübergreifende Entscheidungsfindung. Demnach ermöglicht es die „*Nutzung einer vorausschauenden und konzernweit konsistenten Rechtsberatung [...], rechtliche Probleme frühzeitig zu erkennen und interessengerechte Lösungen zu finden.*“ Es geht somit um die Wahrung von Interessen des Konzerns, also aller Konzernunternehmen und einer danach orientierten „konzernweit konsistenten“ Rechtsberatung. Dieser Zielsetzung kann indes nur dann Rechnung getragen werden, wenn die rechtliche Beratung sich auch an all diesen Interessen orientiert. Dies ist jedoch mit der gesetzlichen Vorgabe unvereinbar.

Auch das Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte lässt keinen anderen Schluss zu. Sofern die Beschwerdegegnerin mit Hervorhebung dieses Punktes und unter Verweis auf ihre Ausführungen im Schriftsatz an das OVG vom 17.09.2019 im Zusammenhang mit dem Beschlusskammerverfahren BK10-19-0198\_Z andeutet, dass durch dieses Gesetz den Syndikusrechtsanwälten eine größere Unabhängigkeit in Bezug auf ihren Arbeitgeber zugestanden wurde, so ist hieraus nicht zu folgern, dass eine Interessenskollision damit ausgeschlossen wäre. Insbesondere vermag diese Unabhängigkeit keine „Unterbrechung“ der potentiellen Beeinflussung herbeiführen, die den Vorgaben zur Entflechtung genügt.

Dies ergibt sich zunächst aus dem Vorrang von Entflechtungstatbeständen. Diese Ausnahmestellung von Entflechtungsvorgaben wurde bereits durch den zum Parallelverfahren BK10-19-0198\_Z ergangenen Beschluss des Verwaltungsgerichts Köln deutlich gemacht,

vgl. VG Köln, Beschluss vom 12.09.2019, Az.: 18 L 1887/19.

Danach ist § 12 Abs. 1 Satz 1 ERegG gegenüber § 46 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BRAO, der die Betätigung eines Syndikusrechtsanwalts auch in verbundenen Unternehmen erlaubt, die speziellere Norm. Das Gericht hat insoweit letztlich die Rechtsansicht bestätigt, wonach eine Beratung von Tochterunternehmen, die sowohl Betreiber von Serviceeinrichtungen sein können als auch EVU, durch eine zentrale Rechtsabteilung im Mutterkonzern nicht mit der Entflechtungsvorgabe des § 12 Abs. 1 ERegG in Einklang zu bringen ist. Dies dürfte jedenfalls bezogen auf die in diesen Entflechtungsvorgaben genannten wesentlichen Entscheidungen gelten. Nichts anderes kann daher für die insoweit strenger zu verstehenden (vgl. BT-Drs. 18/8334, S. 179) Entflechtungstatbestände des hier vorrangig zu prüfenden § 8 ERegG gelten. Die Vorgaben der Entflechtung werden auch hier nicht durch die BRAO durchbrochen.

Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis wurde entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin auch nicht durch das OVG NRW in Frage gestellt. Sofern die Beschwerdegegnerin darauf hinweist, das OVG habe sich in seinem das VG Köln bestätigenden Beschluss vom 19.09.2019 (Az.: 13 B 1262/19) nicht dazu eingelassen, ob das vorgenannte Regel-Ausnahme-Verhältnis bestehe und damit – da es die Eilentscheidung von den Erfolgsaussichten in der Hauptsache abhängig gemacht habe – implizit zum Ausdruck gebracht, dass dieser Rechtsauffassung nicht zu folgen sei, überzeugt dies nicht. Denn sofern die Beschwerdegegnerin darauf abstellt, dass das OVG sich zu der Frage der rechtmäßigen Vertretung hätte äußern müssen, um die nachfolgende Frage zur Begründetheit des Eilantrages zu beantworten, so ist dem entgegenzuhalten, dass diese Vorfrage für das OVG nicht von Relevanz war. Denn auch wenn das VG Köln die Vertretung für rechtswidrig ansah, so hat es die Prozesshandlungen selbst letztlich aufgrund der Bestimmung des § 155 Abs. 5 BRAO für weiterhin wirksam erachtet und die Zulässigkeit des Eilantrages bestätigt. Eine Auseinandersetzung mit dieser

Frage wäre für das OVG vielmehr erst dann geboten gewesen, wenn das VG Köln das überwiegende Interesse der Rechtsordnung an der Rechtsbeständigkeit von Prozesshandlungen nicht angenommen und den Eilantrag damit als unzulässig erachtet hätte.

Darüber hinaus dürften indes auch weitere Punkte gegen eine Durchbrechung der Entflechtungsvorgaben durch die Neugestaltung des Rechts der Syndikusrechtsanwälte sprechen:

Zwar stellt § 46c Abs. 1 BRAO Syndikusrechtsanwälte den Rechtsanwälten gleich. Dies gilt indes nur, soweit nichts anderes durch das Gesetz bestimmt ist. Gemäß § 46 Abs. 5 BRAO ist die Befugnis des Syndikusrechtsanwalts zur Beratung und Vertretung jedoch auf die Rechtsangelegenheiten seines Arbeitgebers beschränkt. Zwar umfassen solche Rechtsangelegenheiten laut § 46 Abs. 5 Nr. 1 BRAO auch Rechtsangelegenheiten verbundener Unternehmen. Daher kann hier der Beschwerdeführerin in Bezug auf ihre Stellungnahme vom 17.09.2019 insofern zugestimmt werden, als dass eine Unabhängigkeit des Syndikusrechtsanwalts grundsätzlich auch im vertikal integrierten Unternehmen denkbar ist. Zeitgleich besteht aber nunmehr auch für den Syndikusrechtsanwalt eine uneingeschränkte Geltung des Verbots der Vertretung widerstreitender Interessen, wie es sich aus §§ 356 StGB, 43a Abs. 4 BRAO und § 3 Abs. 1 BORA ergibt. Ein solcher Interessenskonflikt kann auch in Konzernstrukturen entstehen, in denen Vertragsbeziehungen von Mutter- und Tochterunternehmen durch eine gebündelte Rechtsabteilung bearbeitet werden,

so: *Mayer* in: Gaier/Wolf/Göcken, *Anwaltliches Berufsrecht*, 3. Aufl. 2020, § 46c BRAO, Rn. 18.

Bereits die vorgenannte Entscheidung des BVerwG hatte sich mit der Frage der Unabhängigkeit von Syndikusanwälten zu befassen. Das Gericht stellte in diesem Zusammenhang maßgeblich auf die Eigenschaft des Syndikusanwalts als persönlich abhängiger Angestellter ab, ohne dass es entscheidend darauf ankam, ob die Syndikusanwälte innerhalb ihres eigenen Unternehmens von den Weisungen des Arbeitgebers freigestellt werden oder nicht oder ob eine solche Vereinbarung überhaupt Wirksamkeit entfalten konnte,

vgl. BVerwG a. a. O., Rn. 44.

Zwar dürfte die damalige Ansicht des BVerwG vor dem Hintergrund der Gesetzesänderung zu relativieren sein, sofern das Gericht damals die „persönliche Abhängigkeit“ hervorgehoben hatte. Unverändert bleibt jedoch die jedenfalls abstrakte Gefahr eines Interessenskonflikts in konzernverbundenen Unternehmen, ohne dass es aus der Perspektive der Entflechtung eines konkreten Verstoßes gegen dieses Verbot bedürfte. In der Literatur wird unter anderem angenommen, dass „die Annahme eines rein objektiv am Unternehmensinteresse orientierten Syndikusanwalts in der Praxis zumindest bedenklich“ erscheint,

vgl. *Mayer* in: Gaier/Wolf/Göcken, *Anwaltliches Berufsrecht*, 3. Aufl. 2020, § 46c BRAO BRAO, Rn. 25.

Vor dem Hintergrund der Besonderheiten des Entflechtungsrechts dürfte die Annahme eines rein objektiv handelnden Syndikusanwalts noch problematischer erscheinen, da letztlich jede strittige Zugangsentscheidung des Betreibers der Serviceeinrichtung einen entflechtungsrechtlichen Interessenkonflikt bei Personen auslösen muss, die ebenfalls EVU (im selben Konzern) beraten. Insofern vermag auch der in der mündlichen Anhörung vom 21.01.2020 vorgelegte Einwand der Beschwerdegegnerin, die Interessen der Hinzugezogenen und der Beschwerdegegnerin seien zumindest im konkreten Fall als gleichgelagert zu erachten, da beide ein Interesse daran gehabt hätten, an dem ENV-SE festzuhalten, nicht zu überzeugen. Zwar kann die Beschlusskammer nachvollziehen, dass die Unternehmen im Konzernverbund letzt-

lich ein gemeinsames Ziel im Sinne der Interessen des Konzerns verfolgen. Das Gesetz, insbesondere § 12 ERegG, gibt jedoch ein Interesse für den Betreiber der Serviceeinrichtung vor, dem er sich nicht verschließen darf. Dieses gesetzgeberisch vorgegebene Interesse bzw. Ziel ordnungsgemäßer Entflechtung darf nicht dadurch unterlaufen werden, dass auf vermeintlich darüberstehende Konzerninteressen verwiesen wird.

Wie bereits das BVerwG festgestellt hat, vermögen anwaltliches Standesrecht und Berufsethos hieran nichts zu ändern. Vielmehr bleiben rechtliche Vorkehrungen gegen Interessenskollisionen weiterhin erforderlich,

vgl. BVerwG a. a. O., Rn. 45.

Entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin ist die Entscheidung des BVerwG auch nicht deshalb ohne Bedeutung, weil es in dem damaligen Fall vor dem Eisenbahn-Bundesamt um Trassenzuweisungen bzw. –entgelte ging. Vielmehr ist der Entscheidung vor dem Hintergrund der Verweisung des § 12 Abs. 3 ERegG auf § 8 ERegG eine fortbestehende Bedeutung zuzumessen. Durch die Verweisung hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass in der Rechtsanwendung in Bezug auf Serviceeinrichtungen auch die Vorschrift des § 8 ERegG in Augenschein genommen werden kann. Im Rahmen des hier vorrangig zu prüfenden Sonderstatbestands des § 12 Abs. 3 ERegG ist eine Inbezugnahme nicht nur des Gesetzestextes aus § 8 ERegG, sondern auch der hierauf (bzw. zu § 9a AEG a. F.) ergangenen Entscheidung geboten, selbst wenn die Vorschrift des § 8 ERegG zwischenzeitlich Änderungen unterworfen war.

Sofern die Beschwerdegegnerin (ergänzend) darauf verweist, dass die Entscheidung des BVerwG im Hinblick auf die Ausführungen zur abstrakten Gefahr der Diskriminierung vor dem Hintergrund der veränderten Rechtsnormen nicht mehr übertragbar bzw. überholt sei und eine Gefahr der Diskriminierung sich weder hier noch in der Vergangenheit realisiert habe, so widerspricht dieser Ansatz dem Sinn und Zweck der Entflechtungsvorgaben, wie er sich auch aus der jüngeren Rechtsprechung ergibt. Der Nachweis einer konkreten Diskriminierung oder einer konkreten Diskriminierungsgefahr ist mit der Zwecksetzung von Entflechtungsvorgaben grundsätzlich nicht vereinbar. Die Entflechtung verfolgt vielmehr durch die Vorgabe bestimmter Verhaltensweisen und Strukturmaßnahmen „präventiv eine wettbewerbsanalogue und gemeinwohlbezogene Regulierung“. Die Ex-ante-Regulierung schließt letztlich den Nachweis eines konkreten Rechtsverstoßes aus,

so in Bezug auf die Entflechtungsvorgabe des § 10c Abs. 5, 6 EnWG (Anstellungsverbote/Karenzzeiten): OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08. März 2017 – VI-3 Kart 10/16 (V) –, Rn. 80 und 89 (dort auch mit Verweis auf die o. zitierte Entscheidung des BVerwG); im Ergebnis unter Hinweis auf die Entflechtungszielsetzung eines transparenten und diskriminierungsfreien Netzbetriebs bestätigt durch: BGH, Beschluss vom 13. November 2018 – EnVR 30/17 –, Rn. 29 ff.

#### **II. 4.1.1.3.2 Erfüllung der Vorgaben des § 12 Abs. 1 ERegG**

Die Beschwerdegegnerin erfüllt zudem nicht die subsidiär zu prüfenden (leichteren) Vorgaben des § 12 Abs. 1 ERegG für eine ordnungsgemäße Entflechtung.

Die Beschwerdegegnerin gewährleistet in Bezug auf den Zugang zu den betreffenden Serviceeinrichtungen und zur Gewährleistung der Erbringung der betreffenden Leistungen keine organisatorische Unabhängigkeit vom kontrollierenden Unternehmen.

Die Tätigkeit der Konzernjuristen betrifft den vorgenannten Zugang und die entsprechende Leistungsgewährleistung (hierzu unter II.4.1.1.3.2.1). Zudem verfügen die Konzernjuristen

nicht über die erforderliche organisatorische Unabhängigkeit, d. h. ihre Tätigkeit ist „dem Dritten“ im Sinne von § 12 Abs. 1 Satz 1 ERegG zuzurechnen (hierzu unter II.4.1.1.3.2.2).

#### **II. 4.1.1.3.2.1 Tätigkeit der Konzernjuristen betrifft den Zugang zu den Serviceeinrichtungen und die Leistungsgewährleistung**

Der Anwendungsbereich des § 12 Abs. 1 Satz 1 ERegG, der Entflechtungsvorgaben zur Gewährleistung der vollständigen Transparenz und Nichtdiskriminierung in Bezug auf den Zugang zu den betreffenden Serviceeinrichtungen und zur Gewährleistung der Erbringung der betreffenden Leistungen trifft, ist vorliegend eröffnet. Denn die Tätigkeit der Konzernjuristen betrifft den Zugang zu den betreffenden Serviceeinrichtungen und die Leistungsgewährung. Dies wurde bereits unter Ziffer II.4.1.1.3.1.3 dieses Beschlusses näher dargestellt. Auf die dortigen Ausführungen wird zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen.

#### **II. 4.1.1.3.2.2 Keine Unabhängigkeit in der Organisation**

Die Beschwerdegegnerin ist nicht so organisiert, dass die Serviceeinrichtungen organisatorisch und in den Entscheidungen von dem Dritten unabhängig im Sinne des § 12 Abs. 1 ERegG sind. § 12 Abs. 1 ERegG stellt insofern verschiedene Möglichkeiten der effektiven Trennung zur Auswahl, die die Beschwerdegegnerin derzeit jedoch nicht erfüllt. Vielmehr ist der von den Konzernjuristen ausgeübte bestimmende Einfluss „dem Dritten“ im Sinne von § 12 Absatz 1 Satz 1 ERegG, hier also dem Verbund von DB AG und Hinzugezogener, zuzurechnen. Denn weder liegen unterschiedliche juristische Personen (hierzu unter II.4.1.1.3.2.2.1) vor, noch sind voneinander getrennte Bereiche eingerichtet (hierzu unter II.4.1.1.3.2.2.2).

#### **II. 4.1.1.3.2.2.1 Keine getrennten juristischen Personen**

Entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin erfüllt sie die Vorgabe der Trennung nach juristischen Personen nicht. Sofern die Beschwerdegegnerin im Wege eines Erst-Recht-Schlusses auf § 12 Abs. 1 Satz 2 ERegG verweist, wonach die Vorgaben nach § 12 Abs. 1 Satz 1 ERegG dadurch erfüllt werden können, dass innerhalb desselben Unternehmens voneinander getrennte Bereiche eingerichtet werden, ohne dass zwingend eine eigenständige juristische Person für Serviceeinrichtungen errichtet werden muss, verfängt dieser Einwand in ihrem konkreten Fall nicht. Die Beschwerdegegnerin verkennt insofern, dass nicht sie selbst das Bezugsobjekt für die Trennung darstellt, sondern die den Konzernjuristen „beherbergende“ Organisationseinheit. In Bezug hierauf fehlt es an einer juristischen Trennung.

Sicherster Weg der Erfüllung der Entflechtungsvorgaben des § 12 Abs. 1 Satz 1 ERegG ist – was zwischen den Verfahrensbeteiligten unstrittig sein dürfte – die Trennung nach verschiedenen juristischen Personen. Dies folgt letztlich auch aus Satz 2, der die Gründung einer eigenständigen juristischen Person als Ausgangspunkt annimmt und hiervon eine Ausnahme in Form getrennter Bereiche zulässt.

Auch die juristische Trennung muss die Unabhängigkeit von dem in § 12 Abs. 1 Satz 1 ERegG benannten „Dritten“ sicherstellen. Dritter kann hierbei nur das kontrollierende und auf dem jeweiligen Schienenverkehrsmarkt dominante Unternehmen sein,

vgl. *Leitzke*, in *Staebe*, Eisenbahnregulierungsgesetz, Kommentar, 1. Auflage 2018, § 12, Rn. 11.

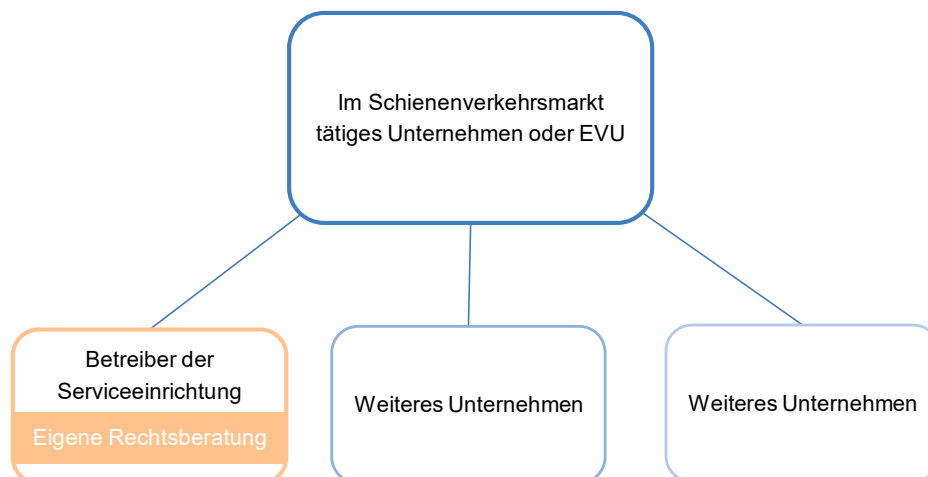
Vorliegend handelt es sich um das den bundesweiten Endkundenmarkt für das Angebot von Schienenpersonenfernverkehrsleistungen im Verbund mit der Hinzugezogenen beherrschende Mutterunternehmen der Beschwerdegegnerin, nämlich die DB AG. Von eben dieser muss die Unabhängigkeit der Serviceeinrichtung in Bezug auf Organisation und Entscheidungs-

gen vorliegen. Denn Ziel der Entflechtung ist wie bereits unter II.4.1.1.2.2 dargelegt, die Verhinderung untunlicher Einflussnahmen von Seiten eines beteiligten EVU bzw. eines im Schienenverkehrsmarkt tätigen Unternehmens, was nach Auffassung der Beschlusskammer auch die Trennung zwischen der Erbringung von Verkehrsleistungen und dem Betrieb der Serviceeinrichtung auf Ebene des Mutterunternehmens in marktbeherrschender Stellung mit einschließt. Der Ansicht der Beschwerdegegnerin, wonach die DB AG selbst keine Eisenbahnverkehrsleistungen anbiete, ist folglich insofern zu widersprechen, als dass nach der Vorschrift des § 12 Abs. 1 Satz 1 ERegG, wie bereits unter der vorgenannten Ziffer dargelegt, von einem weiten Verständnis des „Tätigseins“ auszugehen ist.

In Bezug auf die Konzernjuristen liegt im hiesigen Fall keine juristische Trennung im Verhältnis zum Mutterunternehmen DB AG vor. Diese befinden sich ausweislich der Konzernrichtlinie Risikominimierung und dem Vortrag der Beschwerdegegnerin innerhalb der Gruppen- und Governancefunktion Recht (HL), die dem Personalvorstand des Mutterunternehmens zugeordnet und damit Teil dieses Unternehmens selbst ist. Ohne Belang ist insofern, dass die (formelle) Betreiberin der Serviceeinrichtung, die Beschwerdegegnerin, eine eigenständige juristische Person gegenüber dem Mutterunternehmen bildet.

Durch die Übertragung der derzeit auf Konzernebene im Shared Service erbrachten rechtsberatenden und –vertretenden Tätigkeiten im Bereich Serviceeinrichtungen auf die Beschwerdegegnerin als eigenständige juristische Person ließe sich indes nach Auffassung der Beschlusskammer wohl am ehesten gewährleisten, dass eine effektive Trennung im Sinne des Gesetzes besteht (vgl. Abb. 1).

Abbildung 1 - eigenständige juristische Personen



#### II. 4.1.1.3.2.2.2 Kein getrennter Bereich

Die derzeitige Organisation der Beschwerdegegnerin und auch die durch sie vorgebrachten Vorschläge erfüllen nicht die Anforderungen, die § 12 Abs. 1 ERegG mit dem Begriff der „getrennten Bereiche“ an eine ordnungsgemäße Entflechtung stellt. Es ist kein getrennter Bereich

eingerrichtet – weder innerhalb des Unternehmens (hierzu unter II.4.1.1.3.2.2.1), noch innerhalb des Konzerns (hierzu unter II.4.1.1.3.2.2.2)

#### **II. 4.1.1.3.2.2.1 Kein getrennter Bereich innerhalb ein und desselben Unternehmens**

Die Anforderungen des § 12 Abs. 1 ERegG an den getrennten Bereich innerhalb ein und desselben Unternehmens werden – unabhängig von der Frage nach der genauen Ausgestaltung eines solchen Bereichs – durch die Beschwerdegegnerin nicht erfüllt.

Der Gesetzestext verweist explizit auf die Möglichkeit der Erfüllung der in § 12 Abs. 1 ERegG enthaltenen Vorgaben „innerhalb ein und desselben Unternehmens“. Dasselbe Unternehmen bezeichnet damit, obgleich im weiteren Verlauf der Vorschrift und insofern zweideutig auch der Begriff der juristischen Person Erwähnung findet, grundsätzlich nicht – wie ein Vergleich mit den englischen und französischen Versionen der Richtlinie zeigt – den Unternehmensverband, sondern vielmehr die einzelne juristische Person. So heißt es in der englischen Version an beiden Stellen „*legal entity*“, in der französischen jeweils „*entité juridique*“ was mit „juristischer Person“ übersetzt werden kann,

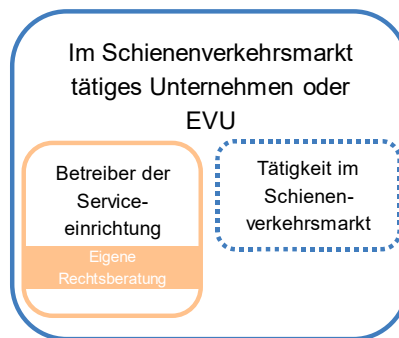
vgl. <https://de.pons.com/%C3%BCbersetzung/englisch-deutsch/legal+entity?bidir=1>;  
<https://www.linguee.de/franzoesisch-deutsch/uebersetzung/une+entit%C3%A9+juridique.html> .

Damit ist aufgrund der Richtlinie davon auszugehen, dass der europäische Gesetzgeber vor allem den Fall vor Augen hatte, dass ein EVU oder ein im Schienenverkehrsmarkt tätiges Unternehmen beabsichtigt, den ursprünglich ohne Trennung vom Verkehrsbereich betriebenen Bereich „Serviceeinrichtungen“ in Bezug auf Zugangsfragen und die Gewährleistung der Erbringung der betreffenden Leistungen fortan als eigenständige, getrennte Einheit zu betreiben, ohne eine (gewiss aufwändigere) Auslagerung in eine eigenständige juristische Person vorzunehmen,

vgl. hierzu den Fall des belgischen Unternehmens Société nationale des chemins de fer belges (SNCB), welches als Transportunternehmen und Eigentümer/Verwalter von Serviceeinrichtungen einen Bereich mit dem Namen „Rail Related Services“ (RRS) geschaffen hat, was von der belgischen Regulierungsbehörde „Service de Régulation du Transport ferroviaire et de l’Exploitation de l’Aéroport de Bruxelles-National“ (SRT) akzeptiert wurde: <https://www.belgiantrain.be/fr/about-sncb/entreprise/management-structure>; <https://www.belgiantrain.be/fr/3rd-party-services/rrs-services/rrs-services-2019>; Document de référence 2020 – Accès aux gares voyageurs, S. 5, abrufbar unter: <https://www.belgiantrain.be/fr/3rd-party-services/rrs-services/rrs-services-2020>; SRT, Décision n° D-2019-02-SC relative à la séparation décisionnelle et organisationnelle de la SNCB v. 23.04.2019, S. 15 sowie S. 4 und 5 zum Wortlaut der belgischen Vorschrift des Art. 9 § 3 Abs. 1 Code ferroviaire und seiner Ähnlichkeit zum deutschen § 12 Abs. 1 ERegG, abrufbar unter <https://www.regul.be/wp-content/uploads/2019/05/D-2019-02-SC.pdf>.

Diesen „klassischen“ Fall der Einrichtung eines getrennten Bereichs „innerhalb ein und desselben“ Unternehmens (vgl. Abb. 2) erfüllt die Beschwerdegegnerin jedoch jedenfalls nicht in eigener Person.

Abbildung 2 - Innerhalb ein und desselben Unternehmens



Sie selbst ist als Betreiberin der Serviceeinrichtung Abstellgleis ohne Funktion eines EVU bzw. ohne Tätigkeit auf dem Schienenverkehrsmarkt bereits nicht von der Vorgabe des Gesetzes betroffen. Zudem erfüllt aber auch die Muttergesellschaft DB AG diese Anforderungen nicht. Zwar ist diese ein im Sinne des § 12 Abs. 1 ERegG im Schienenverkehrsmarkt tätiges Unternehmen und damit grundsätzlich von § 12 Abs. 1 ERegG erfasst. Allerdings wurde die Beschwerdegegnerin gerade nicht in ihrer Funktion als Betreiberin von Serviceeinrichtungen als getrennter Bereich innerhalb der DB AG geschaffen, sondern vielmehr in eine eigene juristische Person ausgelagert. Dass dies im Falle der Beschwerdegegnerin und der DB AG dennoch nicht zu einer rechtskonformen Entflechtung führt, wurde bereits erläutert. Insofern wird auf die Ausführungen unter II.4.1.1.3.2.2.1 verwiesen. Dass insbesondere die Trennung aufgrund der Belassung von rechtsberatenden und –vertretenden Tätigkeiten im Mutterunternehmen nicht vollständig erfolgt ist, steht dieser Sichtweise ebenfalls nicht entgegen. Denn bei der Betrachtung der Trennung zwischen dem Betreiber der Serviceeinrichtung und dem im Schienenverkehrsmarkt tätigen Unternehmen kommt es nach Auffassung der Beschlusskammer nach dem vorgenannten Musterfall grundsätzlich auf eine vollständige Trennung (inklusive rechtsberatender bzw. –vertretender Tätigkeiten in Bezug auf die in § 12 Abs. 1 ERegG genannten Funktionen) an. Inwieweit das Gesetz von diesem klassischen Modell Abweichungen zulässt, ist Gegenstand der nachfolgenden Betrachtungen.

#### II. 4.1.1.3.2.2.2.2 Kein getrennter Bereich innerhalb des Konzerns

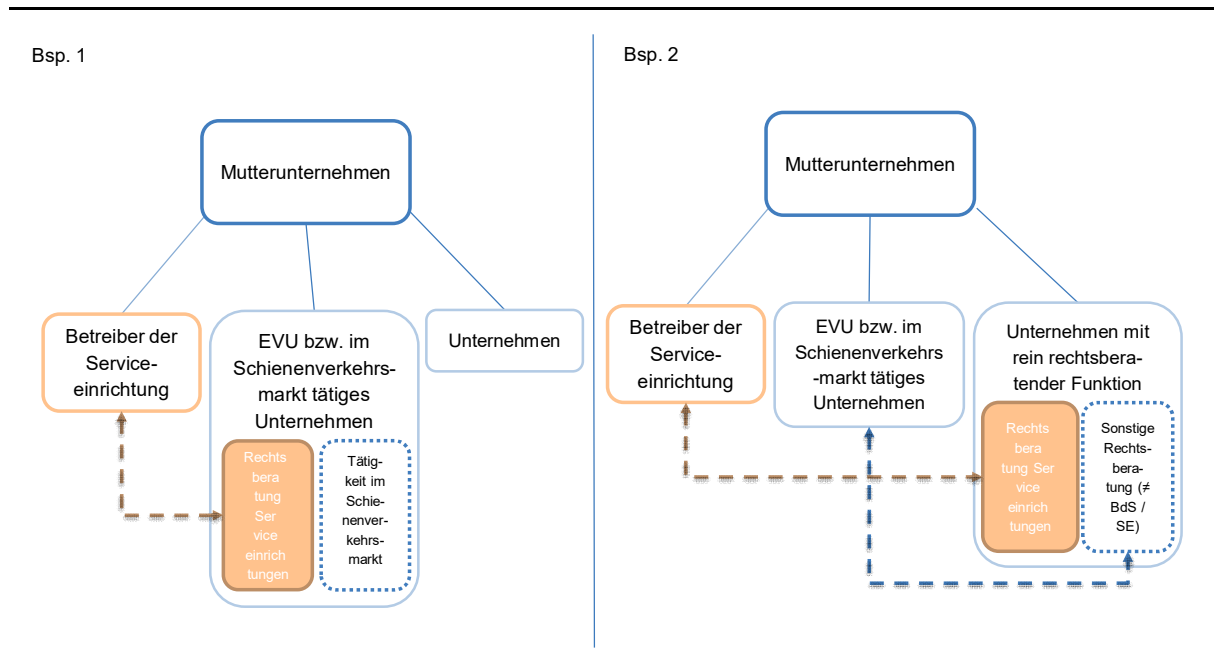
Die von § 12 Abs. 1 ERegG geforderte organisatorische Unabhängigkeit wird zudem auch nicht durch einen getrennten Bereich innerhalb des Konzerns sichergestellt. Ein solcher wäre zwar grundsätzlich zulässig (hierzu unter a), ist hier aber nicht erkennbar (hierzu unter b).

##### a) Grundsätzlich getrennter Bereich bei DB AG zulässig

Die Einrichtung eines getrennten Bereichs auch auf Ebene des Mutterunternehmens DB AG ist aus Sicht der Beschlusskammer grundsätzlich möglich. Dass dabei die organisatorische Ausgestaltung vom Leitbild des europäischen Gesetzgebers (hierzu unter II.4.1.1.3.2.2.2.1) abweicht, ist insofern unschädlich. Denn wenngleich § 12 Abs. 1 Satz 2 ERegG den Musterfall eines getrennten Bereichs innerhalb eines EVU bzw. eines im Schienenverkehrsmarkt tätigen

Unternehmen beschreibt, folgt aus einem Erst-Recht-Schluss, dass die Vorgaben des Gesetzes zur Unabhängigkeit auch durch einen von diesem Unternehmen getrennten Bereich innerhalb des Unternehmensverbundes, etwa auf Ebene des Mutterunternehmens, erfüllt werden können. Da es – wie auch die Beschwerdegegnerin betont – rechtlich zulässig ist, dass ein EVU bzw. ein im Schienenverkehrsmarkt tätiges Unternehmen selbst – getrennt – die hier relevanten Serviceeinrichtungen betreibt, muss dies erst Recht für eine – von diesem Unternehmen getrennte – Einheit im Konzern gelten (vgl. Abb. 3).

Abbildung 3 - Beispiele für konzernintegrierten getrennten Bereich



## b) Kein getrennter Bereich eingerichtet

Ein solcher getrennter Bereich liegt jedoch derzeit auch auf Konzernebene nicht vor und wird auch nicht durch die Vorschläge der Beschwerdegegnerin zu erreichen sein.

### Definition des getrennten Bereichs

Der Begriff des „getrennten Bereichs“ wird im Gesetz nicht näher definiert. Auch die Gesetzesbegründung spricht lediglich davon, dass die Richtlinie eine rechtliche Trennung nicht zwingend vorschreibe, sondern vielmehr eine rein organisatorische Trennung ausdrücklich genügen lasse,

vgl. BT-Drs. 18/8334, S. 179.

Der Begriff „Bereich“ bezeichnet nach der Wortdefinition im Duden in erster Linie einen „abgegrenzten Raum“ bzw. ein „Gebiet von bestimmter Ausdehnung“, daneben auch „Sachgebiete“, „Sektoren“ oder „Sphären“,

vgl. <https://www.duden.de/rechtschreibung/Bereich>.

Nach Ansicht des Wiktionary sind die primären Bedeutungen ein (mehr oder weniger abgegrenztes) „Gebiet“ (Ort) oder aber ein „Fach- oder Aufgabengebiet, das von anderen abgegrenzt ist“,

vgl. <https://de.wiktionary.org/wiki/Bereich>.

Die dargestellten Definitionen stellen somit insbesondere auf den abgrenzenden Charakter dieses Wortes ab.

Im Vergleich mit den Versionen der Richtlinie in anderen Sprachen zeigt sich, dass der Begriff „Bereich“ vor allen Dingen als eine Trennung nach Abteilungen oder Referaten aufgefasst werden muss. In der englischsprachigen Version der Richtlinie heißt es unter Art. 13 Abs. 3 UAbs. 1:

*„Such independence shall not imply the requirement of the establishment of a separate legal entity for service facilities and may be fulfilled with the **organisation of distinct divisions** within a single legal entity.“* (Hervorhebungen nur hier).

Der Begriff „*division*“ wird – unter Berücksichtigung seines oben erwähnten Abgrenzungscharakters – unter anderem mit „Abteilung“, „Sparte“ oder „Referat“ übersetzt,

vgl. <https://de.pons.com/%C3%BCbersetzung/englisch-deutsch/division?bidir=1>.

Auch der französische Text der Richtlinie verwendet den Begriff „*divisions distinctes*“, der im unternehmerischen Kontext mit „Abteilung“ übersetzt wird,

vgl. <https://de.pons.com/%C3%BCbersetzung/franz%C3%B6sisch-deutsch/division?bidir=1>.

Bereits die gesetzgeberische Wortwahl lässt aus Sicht der Beschlusskammer daher nur den Schluss zu, dass jedenfalls eine eigene Organisationseinheit zu schaffen ist,

so wohl auch SRT, Décision n° D-2019-02-SC relative à la séparation décisionnelle et organisationnelle de la SNCB v. 23.04.2019, S. 15 unter dem Verweis auf die Einrichtung einer separaten Abteilung (frz.: „*bureau*“) mit dem Namen „Rail Related Services“.

Dies begründet sich auch damit, dass der Begriff des getrennten Bereiches nicht allein auf die informationelle Entflechtung zu beziehen ist, sondern darüber hinaus auch die explizite Forderung des § 12 Abs. 1 ERegG nach einer organisatorischen sowie Entscheidungs-Unabhängigkeit erfüllen muss. Diese Forderung geht weiter als eine rein informationelle Trennung,

so zumindest in Bezug auf die energierechtlichen Entflechtungsvorschriften: *Kaufmann/Ramb* in: Hölters, Handbuch Unternehmenskauf, 9. Aufl. 2019, Regulierte Industrien, Rn. 17.129,

Auch Sinn und Zweck der Entflechtungsvorgaben sprechen für ein solches Verständnis des getrennten Bereiches. Die Entflechtung fordert zur Erhöhung von Transparenz und zu einer Abschwächung der Anreize von Privilegierungen der Wettbewerbsbereiche im integrierten Unternehmen insbesondere auch Strukturmaßnahmen,

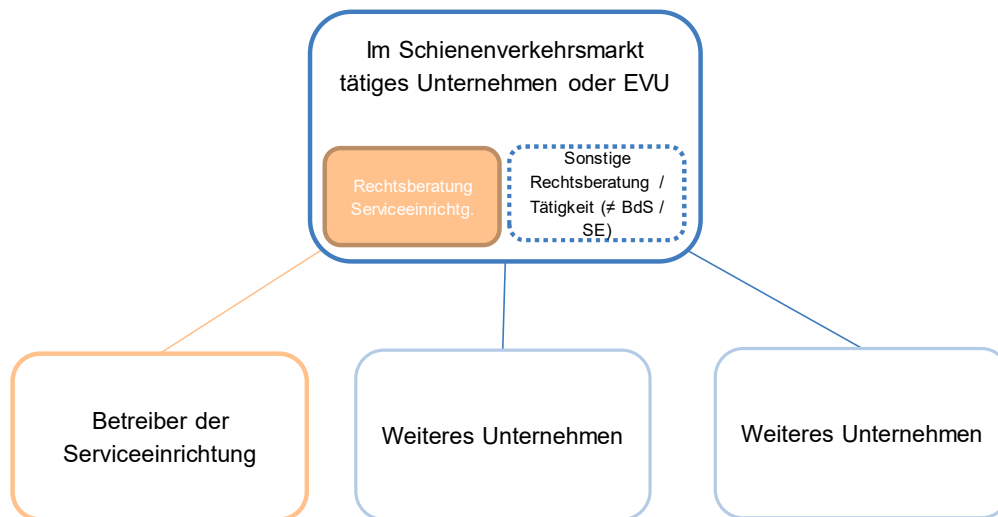
vgl. in Bezug auf die Entflechtungsvorgabe des § 10c Abs. 5, 6 EnWG – Anstellungsverbote/Karenzzeiten – bei Energieversorgungsunternehmen: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.03.2017 – VI-3 Kart 10/16 (V) –, Rn. 80 und 89; im Ergebnis unter Hinweis auf die Entflechtungszielsetzung eines transparenten und diskriminierungsfreien Netzbetriebs bestätigt durch: BGH, Beschluss vom 13.11.2018 – EnVR 30/17 –, Rn. 29 ff.

Die innere Organisation bzw. Struktur erfordert daher eine Trennung mit dem Ziel der Verkleinerung von Synergieeffekten, was mit dem durch die Beschwerdegegnerin selbst vorgetragenen und entsprechend verfolgten Ziel der Schaffung solcher Effekte durch eine zentrale, ungetrennte Rechtsabteilung nicht vereinbar ist. Auf informationeller Ebene ist die Verhinderung eines Austauschs betriebswichtiger Informationen zu fordern, ebenso wie letztlich die Unterbindung des Einflusses der Muttergesellschaft auf den laufenden Betrieb,

vgl. für den Energiebereich und die Verteilernetzebene: *Adenauer*, Betriebsführungsverträge und Unbundling im Energiesektor, 1. Aufl. 2018, S. 55, 64f.

Wortlaut und Sinn und Zweck der Entflechtungsvorgaben machen daher den Aufbau einer getrennten Organisationseinheit unentbehrlich (vgl. Abb. 4).

Abbildung 4 - Getrennte Bereiche auf Holding-Ebene



Entsprechend den Vorgaben im Bereich von Verhaltens-, Organisations- und Aufzeichnungspflichten – etwa nach WpHG – sind diese Organisationseinheiten als sogenannte „Vertraulichkeitsbereiche“ aufzufassen, die eine „echte“ Unabhängigkeit besitzen. Dies erfordert nach Auffassung der Beschlusskammer eine eigenständige Leitung, die in fachlicher Hinsicht unabhängig und allenfalls gegenüber dem Betreiber der Serviceeinrichtung selbst, also der Beschwerdegegnerin, fachlich weisungsgebunden ist, wobei diese Weisungsgebundenheit in Bezug auf die Syndikusrechtsanwälte nach Auffassung der Beschlusskammer letztlich ausgeschlossen sein dürfte. Sofern eine zentrale Rechtsabteilung an Vorgaben eines beauftragenden Verkehrsunternehmens oder des beherrschenden Konzerns gebunden sein sollte (etwa bzgl. der Frage, ob dem rechtlichen Rat des Unternehmensjuristen zu folgen wäre), wäre ebenfalls sicherzustellen, dass die Entscheidung (mindestens) von einem Bereich innerhalb des Verkehrsunternehmens getroffen würde, der von dem Bereich der Verkehrserbringung getrennt wäre.

Bezüglich der einzelnen organisatorischen Vorkehrungen, die für eine Trennung von Bereichen erforderlich ist, verbietet sich eine abstrakte Definition. Vielmehr ist eine Gesamtschau der Maßnahmen erforderlich, die ein Unternehmen getroffen hat und treffen konnte, um eine adäquate Trennung der betroffenen Bereiche sicherzustellen. Dabei sind u. a. die Größe und Bedeutung eines Unternehmens, die Gesellschaftsform, die räumliche Situation und informationstechnische Vorkehrungen in die Betrachtung einzubeziehen. Im Rahmen der Gesamtschau sind mindestens folgende Aspekte relevant:

- Es bedarf einer Entflechtung hinsichtlich der Entscheidungshierarchie und des Informationsflusses. Der Informationsfluss muss hierzu nicht nur gegenüber anderen Organisationseinheiten aus dem Bereich EVU unterbunden, sondern zudem auch auf übergeordneter Hierarchieebene (Hierarchieebene, der sowohl der Betrieb der Serviceeinrichtung als auch der Eisenbahnverkehrsbetrieb unterstellt ist) auf ein Minimum beschränkt werden. Eingriffe einer bereichsübergreifenden Führungsebene in das operative Geschäft sind zu untersagen, wobei rein wirtschaftliche, unternehmerische Entscheidungen hiervon grundsätzlich unberührt bleiben sollen, etwa bei der Genehmigung von Finanzplänen o. ä. Sensible Information aus dem operativen Bereich der Serviceeinrichtungen sollten der bereichsübergreifenden Führungsebene nur in anonymisierter Form und nur bei absoluter Notwendigkeit zugänglich sein. Die Beschlusskammer erachtet es daher als vorteilhaft zur Gewährleistung bestmöglicher Trennung, wenn die Organisationseinheit, die den Bereich Serviceeinrichtungen betreut, einem anderen Vorstandsressort zugeordnet würde als Organisationseinheiten oder Personen, die für den Bereich EVU tätig sind. Zwingend ist dies nach derzeitiger Einschätzung der Beschlusskammer indes nicht.
- In „physischer“ Hinsicht müssen Informationsschnittstellen und Entscheidungseinflüsse vermieden werden. So ist die Unterbringung der betreffenden Organisationseinheit in anderen Gebäuden oder Etagen zweckdienlich, jedenfalls jedoch die Unterbringung in von EVU-Bereichen getrennten Räumlichkeiten erforderlich, wobei der Zugang zu diesen Gebäuden, Etagen oder Räumlichkeiten auf die für den Bereich Serviceeinrichtungen tätige Organisationseinheit zu limitieren ist. Ebenso müssen Papierakten einem Zugriff durch Dritte entzogen sein.
- Auf IT-Ebene ist ebenfalls für eine entsprechende Trennung von E-Mail-Konten und ggf. Servern zu sorgen (vgl. hierzu auch § 8 Abs. 5 ERegG).
- Alle Maßnahmen sind durch Kodifizierung in den entsprechenden Richtlinien oder ggf. Arbeitsverträgen etc. festzuhalten und sicherzustellen.

Vgl. zu den einzelnen Punkten insbesondere: *Adenauer*, Betriebsführungsverträge und Unbundling im Energiesektor, 1. Aufl. 2018, S. 55 ff.; ERGEG, Leitlinien für eine gute Umsetzung zur operationellen und informatorischen Entflechtung von Verteilernetzbetreibern, Ref: C06-CUB-1 2-04b v. 15.Juli 2008; *Rothenhöfer*, in: Kümpel et al., Bank- und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2019, Investmentbanking - Verhaltens-, Organisations- und Aufzeichnungspflichten nach dem WpHG, 13.253 ff.; Commission Staff Working Paper v. 3.5.2006 SEC(2006)530, Annexes to the Communication on the implementation of the railway infrastructure package Directives ('First Railway Package'), {COM(2006) 189 final}, S. 33; SRT, Décision n° D-2019-02-SC relative à la séparation décisionnelle et organisationnelle de la SNCB v. 23.04.2019; BaFin, Rundschreiben 05/2018 (WA) - Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion und weitere Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten – MaComp; *Kumpan/Leyens*, ECFR 2008, 72, 87 f.; *Koenig/Schellberg/Schreiber*, WuW 2007, 981, 986; *Kramer*, AEG Kommentar, 1. Aufl. 2012, § 9, Rn. 5.

### **Nichterfüllung durch die Beschwerdegegnerin**

Die derzeitige Struktur auf Ebene des Mutterunternehmens DB AG genügt diesen Anforderungen erkennbar nicht. Derzeit bearbeiten der Shared Service und die dort beschäftigten Konzernjuristen sowohl Fälle aus dem EVU-Bereich als auch aus dem Bereich Serviceeinrichtungen. Eine Trennung dieser beiden Bereiche durch Einrichtung unterschiedlicher Organisationseinheiten besteht nicht. Auch der Verweis auf eine Weisungsunabhängigkeit der Gruppen- und Governancefunktion in der internen Richtlinie vermag hieran nichts zu ändern, da er nur

die Organisationseinheit als Ganzes in den Blick nimmt. Gleiches dürfte für die derzeit gegenüber den Mitarbeitern der (gesamten) Gruppen- und Governancefunktion Recht geltenden Compliance-Regelungen zur Vertraulichkeit gelten.

Die durch die Beschwerdegegnerin vorgeschlagenen Abhilfemaßnahmen sind darüber hinaus nicht vollständig geeignet, die geforderte strukturelle Trennung im Sinne des Gesetzes herbeizuführen.

Mit Blick auf den zuerst eingebrachten Vorschlag der Beschwerdegegnerin hält die Beschlusskammer fest, dass aus ihrer Sicht schon aus dem Wort „Bereich“ selbst hervorgeht, dass es sich dabei jedenfalls nicht um eine einzelne Person handeln kann, die es schlicht unterlässt, zeitgleich sowohl für ein EVU als auch für den Betreiber der Serviceeinrichtung tätig zu sein und damit die verschiedenen „Bereiche“ innerhalb ein und derselben Person vereint. Eine Abgrenzung innerhalb ein und derselben Person erscheint aus Sicht der Beschlusskammer vor dem Hintergrund der vorgenannten Definition des getrennten Bereichs unmöglich, da eine natürliche Person ihr vorhandenes Wissen grundsätzlich nicht „verschließen“ kann,

vgl. in Bezug auf die Karenzzeitenregelung nach § 10c Abs. 6 i. V. m. Abs. 2 Satz 1 und Abs. 5 EnWG: BGH, Beschluss vom 26.01.2016 – EnVR 51/14 –, Rn. 31.

Auch die Abgrenzung nach bestimmten Personen innerhalb ein und derselben Organisationseinheit – also eine Trennung nach natürlichen, jeweils gesondert zuständigen Personen „unter einem Dach“ – ist nach hiesiger Auffassung unzureichend, um die Definition des getrennten Bereichs nach § 12 Abs. 1 Satz 2 ERegG auszufüllen. Dies ergibt sich neben der Wortlautdefinition des Begriffs (getrennter) Bereich auch aus dem Erfordernis einer strukturellen Trennung zur Sicherstellung der Entflechtungsvorgaben. Auch kann nicht davon ausgegangen werden, dass alleine die unabhängige Stellung des Syndikusrechtsanwalts, die durch die Reform des Rechts der Syndikusrechtsanwälte und von der Beschwerdegegnerin umfangreich hervor gehoben wurde, ausreichend ist, um eine „Unterbrechung“ der potentiellen Einflussnahme herbeizuführen, die den – vom Gesetzgeber getragenen – Ansprüchen an eine strukturell ordnungsgemäße Entflechtung genügt (vgl. auch Ziffer II.4.1.1.3.1.3).

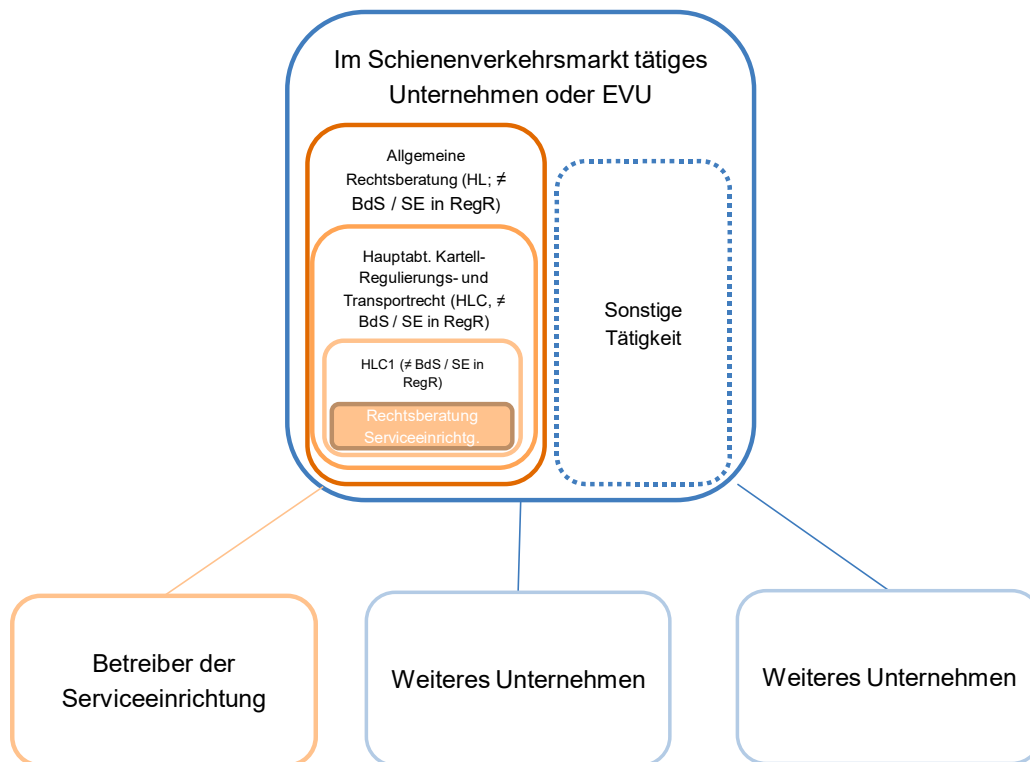
Positiv bewertet die Beschlusskammer indes die Bestrebungen der Beschwerdegegnerin, eine räumliche Trennung (verschießbare Zimmer) sowie eine getrennte Aufbewahrung von Papierakten (abschließbare Schränke) herbeizuführen, ebenso wie die Beschlusskammer den Ansatz begrüßt, etwaige neue Kriterien zum Gegenstand von Inhouse-Schulungen zu machen und als Spezifizierungen in die Konzernrichtlinie Risikominimierung aufzunehmen.

Auch die erneut – kurz vor Beschlussfassung – eingebrachten Vorschläge der Beschwerdegegnerin per E-Mail vom 22.04.2020 vermögen die Anforderungen an getrennte Bereiche nicht zu erfüllen.

Die Ausführungen der Beschwerdegegnerin lassen insbesondere ein dezidiertes Konzept vermissen, aus dem sich die Unabhängigkeit des vorgeschlagenen „Arbeitsbereichs“ als Organisationseinheit ergibt.

Der Vorschlag der Beschwerdegegnerin stellt sich wie folgt dar:

Abbildung 5 - Vorschlag der Beschwerdegegnerin



Zwar ist die Beschlusskammer grundsätzlich der Auffassung, dass es nicht nur eine denkbare Ausprägung der „getrennten Bereiche“ im Sinne des Gesetzes gibt, sondern dass die verlangte Trennung vielmehr unterschiedliche Gestalt annehmen kann. Bei jedweder Maßnahme müssen allerdings die Trennung der Bereiche EVU und EIU hinreichend klar erkennbar sein und insbesondere die bereits zuvor aufgeführten Aspekte berücksichtigt werden.

Zunächst wird durch die Unterbringung des „Arbeitsbereiches“ innerhalb einer Organisationseinheit (HLC1), die ihrerseits wiederum Teil der Hauptabteilung Kartell-, Regulierungs- und Transportrecht (HLC) des Bereichs Recht (HL) ist, ein Aufbau der Organisationsstruktur vorgeschlagen, der die nötige Transparenz (vgl. hierzu auch den Wortlaut des § 12 Abs. 1 ERegG) und äußerliche Erkennbarkeit der Trennung aus Sicht der Beschlusskammer nicht erbringen kann. Es handelt sich bei dem Arbeitsbereich nicht um eine Organisationseinheit, die neben der für Kartellrechtliche Verfahren und Regulierung der Eisenbahnverkehrsunternehmen zuständigen Organisationseinheit steht, sondern um einen Teilbereich.

Darüber hinaus sieht der Entwurf der Beschwerdegegnerin weder eine eigenständige Leitung dieses Bereiches vor, noch wird in diesem Zusammenhang näher beleuchtet, inwieweit eine mögliche Leitungsfunktion in die Konzernstruktur und in die Weisungsrechte eingebunden wäre und welche arbeitsrechtlichen und ggf. budgetrechtlichen Befugnisse sie hätte. Jedenfalls in personeller und organisatorischer Hinsicht unterliegen die Mitarbeiter des vorgeschlagenen Arbeitsbereichs unmittelbar der Weisungsbefugnis des Leiters der Organisationseinheit HLC1, die auch für Eisenbahnverkehrsunternehmen tätig ist. Auch ist die personelle Ausstattung der Organisationseinheit nicht klar herausgestellt worden. Zwar sieht der Vorschlag der Beschwerdegegnerin vor, dass – auch zur Verhinderung von Personalengpässen – zwei weisungsunabhängige Syndikusrechtsanwälte in diesem Bereich tätig sein werden und dass

vorab über die Besetzung dieses Arbeitsbereichs unterrichtet wird. Unklar bleibt indes, inwieweit andere Arbeitskräfte innerhalb oder außerhalb der Organisationseinheit eingesetzt werden. Hier fehlt aus Sicht der Beschlusskammer die klare Definition des „Vertraulichkeitsbereichs“, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass neben den Syndikusrechtsanwälten auch andere (unterstützende) Mitarbeiter zwischen den verschiedenen EVU- bzw. EIU-Bereichen wechseln oder beide Funktionen gleichzeitig bedienen. Eine Trennung der Bereiche kann jedoch nur dann effektiv sein, wenn auch die Mitarbeiter, die den Syndikusrechtsanwälten zuarbeiten, in den Vertraulichkeitsbereich mit aufgenommen werden, da ansonsten eine aus entflechtungsrechtlicher Sicht bedenkliche Informationsschnittstelle entstünde. Dabei ist aus Sicht der Beschlusskammer auch unerheblich, ob es die Syndikusrechtsanwälte selbst sind, die die Entscheidungen der jeweiligen Unternehmen beeinflussen. Denn aufgrund der strukturell zu fordernden Abgrenzungen im Bereich der Entflechtung muss auf den „getrennten Bereich“ abgestellt werden. Der Entwurf der Beschwerdegegnerin und der darin enthaltene Vorschlag der Mitteilung über die konkrete Besetzung legen zudem nahe, dass es zu Wechseln innerhalb der Belegschaft der Organisationseinheit kommen wird. Unbeachtet bleibt insofern die Frage, inwieweit vertrauliche Informationen bei diesen Wechseln geschützt werden können und inwieweit sich etwa die Vorgesetztenfunktion samt arbeitsrechtlicher Befugnisse bei solchen Wechseln ändert.

Auch mit Blick auf die Tätigkeitsbeschreibung der Konzernjuristen besteht aus Sicht der Beschlusskammer keine klare Abgrenzung. Zwar sieht das Eckpunktepapier vor, dass die Syndikusrechtsanwälte der betreffenden Organisationseinheit nicht für EVU des DB-Konzerns tätig werden. Dies beschränkt sich jedoch auf regulierungsrechtliche Angelegenheiten. Der Vorschlag lässt ausdrücklich zu, dass die Syndizi die EVU in anderen Belangen beraten. Angesichts des Zuständigkeitsbereichs der Organisationseinheit HLC1 kommen dazu insbesondere kartellrechtliche Verfahren in Betracht. Zwar ist richtig, dass § 12 Abs. 1 ERegG in erster Linie die Fragen des Zugangs und der Leistungsgewährung im Zusammenhang mit Serviceeinrichtungen in den Blick nimmt. Allerdings muss – auch nach dem Gesetzeswortlaut – eine vollständige Transparenz und Diskriminierungsfreiheit – und vor allen Dingen eine vollständige und nicht nur teilweise Trennung – gewährleistet sein. Der Vorschlag der Beschwerdegegnerin berücksichtigt in diesem Zusammenhang nicht, inwieweit eine anderweitige rechtliche Beratung oder Vertretung außerhalb des Regulierungsrechts möglicherweise Wissen bzw. Kenntnis über Umstände erbringt, die für die Frage des Zugangs und der Leistungserbringung nicht ebenso beeinflussend wirken können. Bezüglich dieser Tätigkeiten wären die Syndizi zudem auch von Bereichen der EVU abhängig, die ihrerseits nicht den getrennten Bereich Zuweisung und Betrieb von Serviceeinrichtungen umfassen.

In Bezug auf den Informationsfluss ist der Gedanke zu begrüßen, „besondere Anforderungen an die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen der Betreiber der Serviceeinrichtungen zu stellen“ und insbesondere die Weitergabe an konzernverbundene EVU zu unterbinden. Im Eckpunktepapier ist jedoch hierüber hinaus nicht hinreichend dargelegt, inwieweit weitere Informationsflüsse (insbesondere nach oben) verhindert werden. Es fehlen auch Erwägungen zu einer Entkoppelung der Organisationseinheit auf höheren Hierarchieebenen. Dies ist aus Sicht der Beschlusskammer jedoch integraler Bestandteil einer organisatorischen (und damit auch informationellen) Entflechtung. Wenngleich die Beschlusskammer eine Trennung nach Vorstandsressorts nicht für zwingend hält, so ist jedenfalls jedoch im Rahmen eines vollständigen Trennungskonzeptes darauf einzugehen, inwieweit Maßnahmen ergriffen werden, die einen unzulässigen, aber auch einen unnötigen Informationsfluss von vornherein verhindern (vgl. hierzu das sog. „need-to-know-principle“). Dies gilt umso mehr, als dass die bisherige Konzernrichtlinie Risikominimierung der Beschwerdegegnerin deutlich auf die „konzernweit kon-

sistente Rechtsberatung“ und damit auch auf angestrebte Synergieeffekte verweist. Umgekehrt zum Informationsfluss ist auch der Eingriff von höheren Hierarchieebenen aus zu begrenzen. Dass eine Unabhängigkeit zum Arbeitgeber arbeitsvertraglich vereinbart wird, ist hierbei ein erster Schritt, beleuchtet aber nicht hinreichend die Einflussnahme ggf. existierender, höherer Hierarchieebenen und den zuvor beschriebenen Wechsel von Personen aus anderen Organisationseinheiten des Konzerns.

Auch wenn das vorgelegte Konzept erste Ansätze einer räumlichen Trennung der Organisationseinheit und Ansätze einer IT-Entflechtung aufzeigt – wobei die Trennung von E-Mail-Konten nicht explizit Erwähnung findet – und auch eine arbeitsvertragliche Implementierung der Unabhängigkeit der Syndikusrechtsanwälte angestrebt wird, erscheint es aus Sicht der Beschwerdekammer unvollständig. Mit Blick auf die räumliche Trennung ist aus Sicht der Beschwerdekammer zudem bedenklich, dass neben der Trennung von Büros – die ein absolutes Mindestmaß der Entflechtung bei tendenziell eher kleineren Unternehmen darstellt – nicht eine räumliche Trennung in größerem Umfang angedacht ist. Der Eindruck der Unvollständigkeit des Konzeptes wird auch dadurch verstärkt, dass die Beschwerdegegnerin die genauere Ausgestaltung von aufbau- und ablauforganisatorischen Maßnahmen sowie der Funktionsbeschreibung des angekündigten Arbeitsbereichs auf zukünftige Verhandlungen mit der Bundesnetzagentur verschiebt.

Da die Kritik nicht nur „Details“ des Vorschlags der Beschwerdegegnerin betrifft, sondern dessen Grundsätze, versprechen weitere Nachbesserungen keinen Erfolg. Das gilt auch vor dem Hintergrund, dass sich die bisherigen Vorschläge, die die Beschwerdegegnerin zweimal kurz vor dem jeweils angekündigten Abschluss des Verfahrens eingebracht hat, sich nur in Nuancen unterscheiden und keine ernsthafte Verbesserung erkennen lassen.

#### **II. 4.1.2 Beeinträchtigung der Beschwerdeführerin**

Der vorstehend festgestellte Verstoß der Beschwerdegegnerin gegen die Vorschrift des § 12 Abs. 1 ERegG verletzt die Beschwerdeführerin in ihrem Recht auf Zugang zur Eisenbahninfrastruktur.

Für jeden Zugangsberechtigten besteht im Sinne des § 10 Abs. 3 ERegG (in den Grenzen des Abs. 4) grundsätzlich ein Recht auf Zugang zu Serviceeinrichtungen im Sinne der Anlage 2 Nr. 2 zu angemessenen, nichtdiskriminierenden und transparenten Bedingungen.

Eine Beeinträchtigung dieses Zugangsrechts ist nach der Rechtsprechung bereits dann anzunehmen, *„wenn eine zugangsrelevante Entscheidung des Eisenbahninfrastrukturunternehmens öffentlich rechtliche Vorschriften des Eisenbahnrechts verletzt“*,

vgl. OVG NRW, Urteil vom 17.06.2014 – 13 A 1381/13 –, Rn. 47 sowie OVG NRW, Urteil vom 17.06.2014 – 13 A 1382/13 –, Rn. 40.

Hierunter fallen auch solche Entscheidungen, mit denen gegen Entflechtungsvorgaben verstoßen wird. Dies ergibt sich bereits aus dem eingangs unter Ziffer II.3 dargestellten, weiten Verständnis des Begriffs der „Entscheidung“ nach Art. 56 Abs. 1 der RL 2012/34/EU. Dieser benennt auch Entflechtungsvorgaben als rügefähig. Dieses Verständnis wird auch durch § 12 Abs. 1 ERegG selbst bestätigt, der unmissverständlich auf die *„Gewährleistung der vollständigen Transparenz und Nichtdiskriminierung in Bezug auf den Zugang zu den betreffenden Serviceeinrichtungen“* hinweist und damit die Zugangsrelevanz dieser Vorschrift in den Vordergrund stellt.

Die Beeinträchtigung entfällt auch nicht deswegen, weil die Beschwerdeführerin ggf. nicht auf demselben Markt tätig wäre wie die Hinzugezogene (oben unter II. 4.1.1.2.4.1.1.4 offengelass-

sen, weil für die Zwecke der Marktabgrenzung unerheblich). Es ist für die Zwecke der Beeinträchtigung nicht erforderlich, dass der Beschwerdeführer mit dem Unternehmen, das unmittelbar oder mittelbar den Betreiber einer Serviceeinrichtung kontrolliert, auf einem Endkundenmarkt im Wettbewerb steht. Zweck der Unabhängigkeit von Entscheidungen für Serviceeinrichtungen ist die Sicherstellung eines angemessenen, transparenten und diskriminierungsfreien Zugangs für alle Nutzer von Serviceeinrichtungen – also der Schutz des Wettbewerbs um die Serviceeinrichtung.

Die Beeinträchtigung ergibt sich im vorliegenden Fall jedenfalls daraus, dass die Beschwerdeführerin die betroffenen Abstellgleise der Beschwerdegegnerin nutzen kann und nutzt.

## **II. 4.2 Rechtsfolge**

Um dem festgestellten Verstoß gegen § 12 Abs. 1 ERegG abzuwehren, wird die Beschwerdegegnerin verpflichtet, ihre organisatorische Entscheidung, bei Entscheidungen über den Zugang zu im Schienenpersonenfernverkehr genutzten Abstellgleisen Angestellte der DB AG mit der Rechtsberatung oder Rechtsvertretung zu beauftragen, dahingehend zu ändern, dass eine derartige Beauftragung unterbleibt, sofern diese Angestellten in Organisationseinheiten tätig sind, die nicht nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen von Organisationsbereichen getrennt sind, welche (auch) rechtsberatend oder rechtsvertretend für die Hinzugezogene tätig sind.

Zudem war der Beschluss mit der Auflage zu verbinden, die Beschlusskammer über die erfolgte Umsetzung zu informieren. Ergänzend war der Beschwerdegegnerin ein Zwangsgeld für den Fall der Zuwiderhandlung anzudrohen.

Die Bundesnetzagentur ist aufgrund von §§ 68 Abs. 2 i. V. m. 66 Abs. 1 ERegG ermächtigt und verpflichtet, bei festgestellten Gesetzesverstößen Abhilfemaßnahmen zu treffen und das EIU zur Änderung der Entscheidung zu verpflichten. Die im Tenor zu 1) enthaltene Verpflichtung zur Entscheidungsänderung bewegt sich im Rahmen der Anforderungen an ein verhältnismäßiges behördliches Handeln.

Im Rahmen von Entscheidungen nach § 68 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 Satz 3 ERegG liegt mit Blick auf das Entschließungsermessen eine gebundene Entscheidung vor. Die Norm räumt kein Entschließungsermessen ein, da bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen eine Tätigkeit der Regulierungsbehörde vorgegeben wird, wobei die Behörde grundsätzlich die Auswahl zwischen zwei Handlungsoptionen hat. Auch innerhalb der Handlungsoptionen verbleibt Spielraum für konkrete Ausgestaltungen der Anordnungen.

Die Beschlusskammer hat das insoweit bestehende Auswahlermessen zutreffend ausgeübt. Sie verfolgt mit der konkreten Anordnung einen legitimen Zweck (hierzu unter II. 4.2.1). Die Anordnung ist darüber hinaus auch erforderlich, um diesen Zweck zu erreichen (hierzu unter II. 4.2.2). Sie ist zudem, gemessen am verfolgten Zweck, verhältnismäßig im engeren Sinne (hierzu unter II. 4.2.3). Die Auflage zur Information über die erfolgte Umsetzung ist ihrerseits rechtmäßig (hierzu unter II. 4.2.4). Die Zwangsgeldandrohung genügt ebenfalls den Anforderungen des Gesetzes (hierzu unter II. 4.2.5).

Mit Blick auf die bislang zu § 68 Abs. 3 ERegG ergangene Rechtsprechung,

vgl. VG Köln, Beschluss vom 30.08.2019 - 18 L 1462/19,

stellt die Beschlusskammer vorsorglich fest, dass sie sich aus den nachstehenden Gründen auch dann für ein Einschreiten entschieden hätte, wenn ein Entschließungsermessen eröffnet sein sollte.

#### **II. 4.2.1 Legitimer Zweck**

Mit der Verpflichtungsverfügung verfolgt die Beschlusskammer den Zweck, die Einhaltung von Entflechtungsvorschriften des ERegG durchzusetzen. Sinn dieser Vorschriften ist – wie bereits näher dargelegt – die Schaffung einer Entscheidungsunabhängigkeit, die im Sinne des § 12 Abs. 1 Satz 1 ERegG die „Gewährleistung der vollständigen Transparenz und Nichtdiskriminierung in Bezug auf den Zugang zu den betreffenden Serviceeinrichtungen und zur Gewährleistung der Erbringung der betreffenden Leistungen“ sicherstellt. Die Legitimität dieses Zwecks ergibt sich nicht zuletzt aus den bereits zuvor benannten europarechtlichen Vorgaben über die Entflechtung und Regulierung von Eisenbahnen.

#### **II. 4.2.2 Geeignetheit und Erforderlichkeit der Verpflichtung zur Erreichung des Zwecks**

Die Verpflichtung zur Änderung der organisatorischen Entscheidung, bei Entscheidungen über den Zugang zu im Schienenpersonenfernverkehr genutzten Abstellgleisen Angestellte der DB AG mit der Rechtsberatung oder Rechtsvertretung zu beauftragen, dahingehend, dass eine derartige Beauftragung unterbleibt, sofern diese Angestellten in Organisationseinheiten tätig sind, die nicht nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen von Organisationsbereichen getrennt sind, welche (auch) rechtsberatend oder rechtsvertretend für die Hinzugezogene tätig sind, ist auch geeignet und erforderlich zur Erreichung des o. g. Zwecks.

Die Änderungsverpflichtung ist geeignet, um den vorgegebenen Zweck zu erreichen. Mit dem Unterbleiben einer Tätigkeit von Konzernjuristen sowohl für den Bereich Serviceeinrichtungen als auch für den Bereich Schienenverkehr wird die durch § 12 Abs. 1 ERegG beabsichtigte Trennung erzwungen.

Es ist auch kein milderes und dabei gleich effektives Mittel neben der tenorierten Änderungsverpflichtung ersichtlich. Der Beschwerdegegnerin wurde bereits aufgrund des Bescheids des Eisenbahn-Bundesamtes vom 24.11.2006 untersagt, im Falle der Trassenzuweisung und entsprechenden Entgeltentscheidungen mit den vorgenannten Beratungsmodellen zu arbeiten. In dem hier zu entscheidenden Sachverhalt zeigen sich deutliche Parallelen zur damaligen Situation. Die Beschwerdegegnerin lehnt es auch zum jetzigen Zeitpunkt ab, auf die Leistungen der zentralen Rechtsabteilung der DB AG zu verzichten. Hierdurch bleibt ein Zustand aufrechterhalten, der, wie bereits dargelegt, nicht mit den Entflechtungsvorschriften in Einklang zu bringen ist. Nur eine effektive Trennung, die eine Beteiligung von Personen bei Entscheidungen zugleich im Bereich Schienenverkehr und im Bereich der Serviceeinrichtung vollständig ausschließt, erfüllt letztlich die Vorgaben des § 12 ERegG.

Auch der Vorschlag der Beschwerdegegnerin in ihrem Schreiben vom 31.01.2020 stellt kein milderes, aber gleich effektives Mittel dar: Insbesondere vermag eine Umstellung der Vertretungs- und Beratungsbefugnisse dergestalt, dass lediglich eine parallele Beratung bzw. Vertretung durch ein und denselben Syndikusrechtsanwalt ausgeschlossen sein soll, sobald ein konzernerneigenes EVU beteiligt ist, den Ansprüchen an die Entflechtung – wie bereits unter Ziffer II.4.1.1.3.2.2.2 lit. b) dargestellt – nicht gerecht zu werden. Insbesondere ist auch nicht alleine die unabhängige Stellung des Syndikusrechtsanwalts ausreichend, um eine „Unterbrechung“ der potentiellen Einflussnahme herbeizuführen, die den – vom Gesetzgeber getragenen – Ansprüchen einer ordnungsgemäßen Entflechtung genügt (vgl. auch Ziffer II.4.1.1.3.1.3).

Vor diesem Hintergrund sind auch die übrigen bisherigen Bestrebungen und der generelle Verweis der Beschwerdeführerin auf die Pflichten zur Transparenz und Diskriminierungsfreiheit aus §§ 10 Abs. 4, 19 Abs. 4 ERegG oder auf die generelle Unabhängigkeit von Syndikus-

rechtsanwälten kein gleichwertiger Ersatz für die mit diesem Beschluss getroffene Verpflichtung. Wie bereits zuvor dargestellt, verhindert auch die Neugestaltung des Rechts der Syndikusrechtsanwälte nicht das Auftreten von Interessenskonflikten, die jedoch gerade vor dem Hintergrund der Entflechtungsvorgabe des § 12 Abs. 1 ERegG wirksam ausgeschlossen werden müssen. Hinzu treten zudem die rein praktischen Erwägungen, die auch das Eisenbahn-Bundesamt in seinem Bescheid vom 24.11.2006 geleitet haben: Es ist aufgrund der schwierigen Erkennbarkeit von Interessenskonflikten, dem (auch nach der Reform andauernden) Bezug des Konzernjuristen zu Rechtsangelegenheiten seines Arbeitgebers und der mit ihm verbundenen Unternehmen sowie der fehlenden Transparenz nach außen hin und der fehlenden Nachprüfbarkeit solcher Konflikte nicht als praxistauglich anzusehen, die Entflechtungsvorgaben mit Verweis auf das Diskriminierungsverbot und die anwaltliche Unabhängigkeit als erfüllt zu erachten.

Gleiches gilt auch für die Vorschläge, die die Beschwerdegegnerin mit Schreiben vom 22.04.2020 unterbreitet hat. Dem vorgeschlagenen Konzept mangelte es insbesondere weiterhin an einer Unabhängigkeit des für die Einrichtung vorgeschlagenen Bereichs, einer hinreichenden Vorgabe für die Vertraulichkeit von Informationen und eine hinreichende räumliche Trennung (vgl. zur genaueren Darstellung: II. 4.1.1.3.2.2.2.2 lit. b).

Beiden Vorschlägen mangelt es zudem an der Darstellung einer verfahrensseitigen Einkleidung, mit der eine Verbindlichkeit erreicht werden könnte, die die Beschwerdeführerin entfallen lassen könnte.

Eine darüberhinausgehende Anordnung zur Schaffung neuer Datenschutzvorgaben, wie sie die Beschwerdeführerin fordert, war hingegen nicht erforderlich, da die Anordnung zur Entflechtung weitergehend ist und diesen Aspekt bereits berücksichtigt. Insofern wird auch auf die unter Ziffer II.4.1.1.3.2.2.2.2 lit b) erwähnten Vorgaben an die Ausgestaltung der getrennten Bereiche hingewiesen.

### **II. 4.2.3 Verhältnismäßigkeit der Verpflichtung im engeren Sinne**

Die Verpflichtung ist darüber hinaus auch verhältnismäßig im engeren Sinne. Die Entscheidung zur Verpflichtung steht nicht außer Verhältnis zu dem verfolgten Zweck. Die Maßnahme ist der Beschwerdegegnerin somit zumutbar.

Hervorzuheben ist, dass die Änderungsverpflichtung es der Beschwerdegegnerin nicht schlichtweg verbietet, überhaupt auf Konzernjuristen in einer zentralen Rechtsabteilung zurückzugreifen. Die Verpflichtung greift vielmehr lediglich den oben genannten Zweck der Entflechtungsvorschriften auf, die Entscheidungen über den Zugang zu der Serviceeinrichtung Abstellgleis von den Entscheidungen im Bereich Schienenpersonenfernverkehr zu trennen. Dies ist damit auch die Reichweite der Änderungsverpflichtung. Der Beschwerdegegnerin ist es zuzumuten, dass sie Juristen beauftragt, die nicht mit der Beratung im Bereich des Schienenpersonenfernverkehrs der konzernverbundenen Unternehmen betraut sind. Eine solche Trennung hat sie im Übrigen laut ihrer eigenen Konzernrichtlinie Risikominimierung für den Bereich der Betreiber der Schienenwege bereits vorgenommen. Eine Umstrukturierung dergestalt, dass eine strikte Trennung der Kompetenzbereiche stattfindet, stellt vor diesem Hintergrund keinen übermäßigen Aufwand dar. Darüber hinaus bleibt es der Beschwerdegegnerin auch weiterhin unbenommen, sich eines externen Rechtsbeistands zu bedienen – oder die Rechtsberatung durch eine Einheit innerhalb des eigenen Unternehmens (DB Netz AG) zu erbringen (vgl. II.4.1.1.3.2.2.2.1 am Ende).

Der Verhältnismäßigkeit kann auch nicht entgegengehalten werden, dass der Beschluss ausschließlich die Rechtsberatung durch den Konzern aufgreift, ohne andere Themen zu adressieren. Dieser einengende Fokus ergibt sich aus der Beschwerde. Durch die Begrenzung auf den Beschwerdegegenstand erfolgte weder eine Sachverhaltsermittlung hinsichtlich anderer Konzernfunktionen, noch konnte diesbezüglich eine Beschlussfassung erfolgen. Soweit die Beschwerdegegnerin feststellt, dass auch andere Konzernfunktionen, die den Zugang zu Serviceeinrichtungen oder die Gewährleistung der Erbringung der betreffenden Leistungen betreffen, organisatorisch und in Entscheidungen nicht entsprechend unabhängig von marktbeherrschenden Tochterunternehmen der Deutsche Bahn AG sind, erscheint es sinnvoll, diesen Umstand anlässlich der Beschlussumsetzung aufzugreifen. Es könnte sich für diesen Fall möglicherweise anbieten, eine unabhängige Konzerneinheit (im Konzern oder bei Infrastruktur-Tochterunternehmen) einzurichten, die verschiedene Tätigkeitsfelder für Serviceeinrichtungen vereint.

Konkretere Vorgaben, etwa zu einer Regelung in den NBS oder eines Unabhängigkeitsbeauftragten für Serviceeinrichtungen erscheinen hingegen derzeit nicht angezeigt. Auch die Einführung eines Qualitätsmanagementsystems, wie es die Beschwerdeführerin anregt, verspricht derzeit keinen sachgerechten Nutzen, der über die durch die Tenorierung mögliche Prüfung der Beschlusskammer hinausgeht.

#### **II. 4.2.4 Auflage**

Der Beschwerdegegnerin wird im Tenor zu 2) dieses Beschlusses aufgegeben, die Beschlusskammer über die erfolgte Umsetzung der Vorgaben aus dem Tenor zu Ziffer 1) des Beschlusses zu informieren.

Die Auflage erfolgte gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG nach pflichtgemäßer Ermessensausübung. Die Auflage dient dem legitimen Zweck, die zutreffende Beschlussumsetzung sicherzustellen. Die Information über die Umsetzung – voraussichtlich in Form einer modifizierten Konzernrichtlinie „Risikominimierung“ – ermöglicht es der Beschlusskammer, die Beschlussumsetzung unmittelbar und umfassend zu prüfen. Da die Konzernrichtlinie nicht veröffentlicht ist und die Aufgabenzuteilung innerhalb des Konzerns auch im Übrigen nicht öffentlich verfügbar sind, wäre die Beschlusskammer ohne die Information nicht zu einer Überprüfung der Beschlussumsetzung in der Lage. Die Erforderlichkeit ergibt sich auch daraus, dass der Beschwerdegegnerin bei der Beschlussumsetzung gewisse Gestaltungsspielräume zukommen.

Die Informationsübersendung ist auch angemessen im engeren Sinne. Die Frist von 3 Monaten berücksichtigt die erforderlichen Abstimmungsfristen im Konzern eingedenk der bereits dargelegten Erfahrungen des Konzerns mit der Umstrukturierung im Hinblick auf die Trennung der Beratung von Betreibern der Schienenwege von der Beratung der konzernverbundenen EVU. Eine längere Frist wäre dagegen mit der zwingend umzusetzenden gesetzgeberischen Entflechtungsvorgabe und der aus einer Missachtung dieser Vorgabe möglicherweise weiterhin resultierenden Beeinträchtigung des Zugangsrechts und dem hiermit einhergehenden Vertrauensverlust in die Wettbewerbsneutralität der Beschwerdegegnerin nicht vereinbar.

#### **II. 4.2.5 Zwangsgeldandrohung**

Der Beschwerdegegnerin wird im Tenor zu 4) dieses Beschlusses ein Zwangsgeld in Höhe von jeweils 10.000 Euro angedroht für den Fall der Zuwiderhandlung gegen die Verpflichtung aus dem Tenor zu 1) und die Auflage aus Ziffer 2) dieses Beschlusses.

Die Notwendigkeit der schriftlichen Androhung von Zwangsmitteln folgt aus § 13 Abs. 1 Satz 1 VwVG. Sie bezieht sich auf ein bestimmtes Zwangsmittel im Sinne des § 13 Abs. 3 Satz 1

VwVG, nämlich das Zwangsgeld. Das Zwangsgeld ist als Zwangsmittel zulässig im Sinne des § 11 Abs. 2 VwVG. Es betrifft vorliegend den Fall, dass die Beschwerdegegnerin der Verpflichtung zuwiderhandelt, die im Tenor zu 1) näher beschriebene Handlung zu unterlassen bzw. der Auflage aus Ziffer 2) nachzukommen.

Der Betrag des Zwangsgeldes wird gemäß § 13 Abs. 5 VwVG in bestimmter Höhe angedroht. Die Höhe des angedrohten Zwangsgeldes ist auch angemessen. Gemäß § 67 Abs. 1 S. 2 ERegG kann die Bundesnetzagentur im Fall der Vollstreckung ihrer Anordnungen abweichend von § 11 Abs. 3 VwVG ein Zwangsgeld von bis zu 500.000 Euro festsetzen. Das angedrohte Zwangsgeld bewegt sich weit unterhalb dieser Höchstgrenze. Die Höhe des Zwangsgeldes orientiert sich an der Bedeutung der gesetzlichen Vorgaben. Die Erfüllung von Entflechtungsvorgaben stellt, wie bereits erläutert, ein sehr bedeutsames Ziel zur Wahrung eines diskriminierungsfreien Eisenbahnmarktes dar. Das gilt auch für die Information über die erfolgte Umsetzung, die wesentlich für die Kontrolle der Beschlussumsetzung ist. Beide Pflichten stehen nebeneinander, so dass auch jeweils ein Zwangsgeld anzudrohen war.

Der Beschwerdegegnerin wird im Rahmen der Zwangsgeldandrohung eine angemessene Frist zur Umsetzung der im Tenor zu 1) und 2) enthaltenen Verpflichtungen entsprechend der Vorgaben des § 13 Abs. 1 Satz 2 VwVG gewährt. Dieser fordert eine billigerweise zumutbare Fristsetzung dann, wenn eine Verpflichtung auferlegt wird. Die hier gewährte Frist von drei Monaten kann der Beschwerdegegnerin billigerweise zugemutet werden, wobei auf die Erwägungen im Abschnitt II. 4.2.4 verwiesen wird.

### **II. 4.3 Ablehnung im Übrigen**

Soweit die Beschwerdeführerin beantragt, etwaige Zwangsvollstreckungsmaßnahmen des Eisenbahn-Bundesamtes aus seinem Bescheid vom 24.11.2006 zu vollstrecken, wird dieser Antrag abgelehnt.

Das Eisenbahn-Bundesamt hat im Bescheid vom 24.11.2006 keine Zwangsmaßnahmen angedroht. Darüber hinaus betraf der Bescheid in seiner damaligen Form die DB Netz AG als Betreiberin der Schienenwege und nicht als Betreiberin von Serviceeinrichtungen.

### **II. 5 Hinweis: Beabsichtigte Umsetzung durch die Beschwerdegegnerin**

Die Beschwerdegegnerin hat per E-Mail vom 04.05.2020 – unmittelbar vor Beschlussfassung – einen Vorschlag eingebracht mit der Bitte, dass die Beschlusskammer diesen im Zuge der Entscheidung über die anhängige Beschwerde berücksichtigen solle.

Dem Vorschlag war ein Telefonat der Beschwerdegegnerin mit dem Vorsitzenden der Beschlusskammer vorausgegangen, in dem vereinbart wurde, dass ein erneuter Vorschlag der Beschwerdegegnerin nicht zur Beschlussabwendung dienen könne (u.a. weil der Vorschlag unmittelbar vor Beschlusserlass eingehen würde, er noch weiter ausformuliert werden müsse und nicht zuletzt auch die verfahrensseitige Absicherung der Umsetzung des Vorschlags offen bleiben würde), sondern nur umreißen könne, wie sich die Beschwerdegegnerin eine Beschlussumsetzung vorstelle. Eine Stellungnahme der Beschlusskammer zu dem Vorschlag könne eine gewisse Rechtssicherheit schaffen. Ggf. könne dann auch auf die Durchführung eines Klageverfahrens verzichtet werden. Dementsprechend ist die Unterbreitung des neuerlichen Vorschlags vom 04.05.2020 so zu verstehen, dass die Beschwerdegegnerin einen Hinweis der Beschlusskammer im Rahmen des hiesigen Beschlusses erbittet, ob und inwieweit die Umsetzung des (fortzuentwickelnden) Vorschlags geeignet wäre, die der Beschwerdegegnerin vorliegend auferlegten Pflichten zu erfüllen.

Der Vorschlag umfasst folgende Aspekte:

- Die Rechtsberatung innerhalb des DB-Konzerns wird so umorganisiert, dass die bestehende und formal abgegrenzte Organisationseinheit HLC 1 künftig nicht mehr für die regulierungsrechtliche Beratung der Konzernunternehmen in ihrer Funktion als Eisenbahnverkehrsunternehmen zuständig sein wird. Die Beratung und Vertretung im Eisenbahnregulierungsrecht bleibt vielmehr auf die Eisenbahninfrastrukturunternehmen und die Infrastrukturbereiche der übrigen Konzernunternehmen (= Betreiber von Serviceeinrichtungen) sowie auf die DB AG beschränkt. Die Zuständigkeiten für die regulierungsrechtliche Beratung der Eisenbahnverkehrsunternehmen werden auf andere Organisationseinheiten (mindestens) auf gleicher Hierarchieebene innerhalb der Rechtsabteilung übertragen.
- Die mit diesen neuen Zuständigkeiten versehene Organisationseinheit HLC 1 (Arbeits-titel: „Kartell- und Regulierungsrecht Infrastruktur“) wird personell ausreichend besetzt sein. Die Mitarbeiter unterliegen besonderen Anforderungen an die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen der Betreiber von Serviceeinrichtungen. Hierzu werden geeignete Vorkehrungen getroffen.
- Die DB wird die zur Neufassung der Zuständigkeiten der Organisationseinheit HLC 1 erforderliche „Funktionsbeschreibung“ mit der Bundesnetzagentur abstimmen.

Aus Sicht der Beschlusskammer ist der Vorschlag der Beschwerdegegnerin grundsätzlich für eine Beschlussumsetzung geeignet.

Wie bereits in Abschnitt II.4.1.1.3.2.2.2.2 lit. a) dargestellt, ist die grundsätzliche Auslagerung der rechtlichen Beratung für den Zugang zu Serviceeinrichtung und für die Erbringung der betreffenden Leistungen an eine Konzerneinheit möglich, wenn die Konzerneinheit ihrerseits hinreichend unabhängig ist. Dabei ist die Unabhängigkeit von dem kontrollierenden Dritten herzustellen, der auf einem Markt, für den die betreffende Serviceeinrichtung genutzt wird, eine marktbeherrschende Stellung aufweist.

Aus Sicht der Beschlusskammer ist es in diesem Zusammenhang pflichtenkonform, wenn die Beschwerdegegnerin die Rechtsberatung im Konzern so umorganisiert, dass die bestehende Organisationseinheit HLC1 künftig nicht mehr für die regulierungsrechtliche Beratung der Konzernunternehmen in ihrer Funktion als Eisenbahnverkehrsunternehmen zuständig sein wird. Dabei versteht die Beschlusskammer den Vorschlag (vorbehaltlich der Ausführungen im folgenden Absatz) so, dass die Beratung durch HLC1 auf den Bereich der kartell- und regulierungsrechtlichen Beratung hinsichtlich der von den DB-Tochterunternehmen betriebenen Serviceeinrichtungen beschränkt wird (eine Beratung hinsichtlich des Bereichs von Betreibern der Schienenwege dürfte wegen § 8a ERegG ausscheiden). Diese klare Einschränkung auf Fragestellungen für Serviceeinrichtungen dürfte auch im vorgeschlagenen Arbeitstitel der Organisationseinheit HLC1 „Kartell- und Regulierungsrecht Infrastruktur“ hinreichend klar zum Ausdruck kommen.

Der Beratungsumfang für die DB AG bedarf aus Sicht der Beschlusskammer der ergänzenden Klarstellung. § 12 ERegG schreibt eine Unabhängigkeit des Betreibers der Serviceeinrichtung in Bezug auf den Zugang zu den betreffenden Serviceeinrichtungen und zur Gewährleistung der Erbringung der betreffenden Leistungen vor. Die Vorgabe zur Unabhängigkeit bezieht sich auf den „Dritten“, also das kontrollierende Unternehmen, dass auf den inländischen Schienenverkehrsmärkten tätig ist und dort über eine beherrschende Stellung verfügt. „Dritter“ in diesem Sinne ist aufgrund der Kontrolle über ihre EVU-Töchter der Konzern Deutsche Bahn AG, wie bereits unter Abschnitt II.4.1.1.2.2 gezeigt wurde. Hinsichtlich der Beratung für den Konzern Deutsche Bahn AG kann sich die Beratung nicht auf Serviceeinrichtungen beziehen, weil die

Serviceeinrichtungen bei den Tochterunternehmen angesiedelt sind. Eine diesbezügliche Berichterstattung an den Konzern ist nur in den engen Grenzen der informationellen Entflechtung nach dem „need-to-know-principle“ möglich (also grundsätzlich nur aggregiert und anonymisiert). Auch scheidet eine Beratung des Konzerns hinsichtlich der EVU-seitigen Fragestellungen aus, weil hierdurch naheliegende Interessenskonflikte eintreten würden. Die Beschlusskammer versteht den Tätigkeitsumfang für den Konzern DB AG so, dass dort ausschließlich kartellrechtliche Fragestellungen relevant sind, die keine Anknüpfung zum Tätigkeitsfeld der DB AG oder der Tochterunternehmen als Eisenbahnverkehrsunternehmen aufweisen. Das können einerseits kartellrechtliche Themen der DB Infrastrukturunternehmen (einschließlich der Betreiber der Schienenwege), aber auch solche der durch EVU betriebenen Serviceeinrichtungen sein. Auch insoweit dürfte das Tätigkeitsprofil dem vorgeschlagenen Arbeitstitel der Organisationseinheit entsprechen.

Hinsichtlich der weiteren Vorgaben zur Anforderung an die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen der Betreiber von Serviceeinrichtungen geht der Vorschlag in die richtige Richtung, ist aber noch nicht hinreichend ausdifferenziert, um hier eine abschließende Beurteilung zu erlauben.

Insgesamt ist aus Sicht der Beschlusskammer positiv hervorzuheben, dass der Vorschlag das Thema Rechtsberatung für Serviceeinrichtungen insgesamt aufgreift und sich nicht auf den Beschwerdegegenstand dieses Verfahrens beschränkt.

### **Hinweis zu den Gebühren**

Gemäß § 69 ERegG erhebt die Regulierungsbehörde für individuell zurechenbare öffentliche Leistungen Gebühren und Auslagen. Die Geltendmachung der Gebühren erfolgt nach § 77 Abs. 1 Satz 2 ERegG in einem gesonderten Bescheid. Mit E-Mail vom 24.05.2019 hat das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur die Verbändeanhörung zu einem Entwurf einer Besonderen Gebührenverordnung für individuell zurechenbare öffentliche Leistungen im Bereich der Eisenbahnregulierung (EReg-BGebV) eingeleitet. Dem Entwurf ist eine Anlage mit dem Gebührenverzeichnis beigelegt. § 5 des Entwurfs enthält unter der Überschrift „Alt-Sachverhalte“ folgenden Regelungsvorschlag: „Für Sachverhalte, die nach dem 2. September 2016 und vor dem ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieser Verordnung nach Artikel 3] entstanden sind, gilt die Anlage mit Wirkung ab dem (einsetzen: Datum des Beginns der Verbändeanhörung).“ Dementsprechend werden für den vorliegenden Beschluss voraussichtlich Gebühren erhoben werden.

**Rechtsbehelfsbelehrung**

Gegen diesen Beschluss kann innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz 1, 50667 Köln, erhoben werden.

Bonn, den 05.05.2020

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Dr. Geers

Kirchhartz

Krick