



# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

BVerwG 3 C 21.09  
OVG 20 A 3609/07 u. 3607/07

Verkündet  
am 18. Mai 2010  
Jesert  
Hauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 3. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
auf die mündliche Verhandlung vom 18. Mai 2010  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Kley und  
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Liebler, Prof. Dr. Dr. h.c. Rennert,  
Buchheister und Dr. Wysk

für Recht erkannt:

Das Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land  
Nordrhein-Westfalen vom 20. Mai 2009 wird geändert. Die  
Berufungen der Klägerinnen gegen die Urteile des Verwal-  
tungsgerichts Köln vom 14. November 2007 werden zu-  
rückgewiesen.

Die Klägerinnen tragen jeweils die Kosten des sie betref-  
fenden Berufungsverfahrens bis zur Verbindung der Ver-  
fahren. Die danach entstandenen Kosten des Berufungs-  
verfahrens und die Kosten des Revisionsverfahrens tra-  
gen sie jeweils zur Hälfte.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Klägerin zu 1 betreibt in der Rechtsform der Aktiengesellschaft einen Großteil der Eisenbahnschienenwege in Deutschland. Ihre Gesellschaftsanteile werden von der Klägerin zu 2 gehalten, an die sie auch durch einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag gebunden ist. Die Klägerin zu 2 ist ebenfalls eine Aktiengesellschaft, deren Aktien die beklagte Bundesrepublik Deutschland hält. Zu ihrem Konzern gehören neben der Klägerin zu 1 auch verschiedene Eisenbahnverkehrsunternehmen. Für ihre Konzerntöchter hält sie verschiedene zentrale Servicefunktionen vor, die von diesen durch eine Konzernumlage finanziert werden. Dazu zählt eine zentrale Rechtsabteilung, in der etwa 160 Juristen - im Folgenden: Konzernjuristen - beschäftigt sind, die überwiegend auch als Rechtsanwälte zugelassen sind. Diese berät und vertritt alle Gesellschaften des Konzerns, so auch die Klägerin zu 1, namentlich in Regulierungssachen gegenüber der Bundesnetzagentur und anderen Stellen.
- 2 Die Beteiligten streiten über die Zulässigkeit der Inanspruchnahme dieser Dienste durch die Klägerin zu 1 in Angelegenheiten, die die Zuweisung von Zugtrassen und die Weegeentgelte betreffen. Anlass hierzu bot der Erlass von § 9a AEG im Jahre 2005, der in Umsetzung europarechtlicher Richtlinien die Unabhängigkeit der Betreiber von Schienenwegen von Eisenbahnverkehrsunternehmen in netzzugangsrelevanten Entscheidungen sicherzustellen sucht.
- 3 Die Klägerinnen haben auf die Neuregelung mit verschiedenen organisatorischen Maßnahmen reagiert. Im Mai 2005 haben sie ihren Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag dahin geändert, dass von dem Weisungsrecht der Klägerin zu 2 die Unabhängigkeit der Klägerin zu 1 in netzzugangs- und entgeltrelevanten Fragen unberührt bleibe. Zugleich bestimmte die Klägerin zu 1, dass Vorstandsmitglieder, die auch Funktionen in Eisenbahnverkehrsunternehmen ausübten, von Entscheidungen in Netzzugangs- und Entgeltfragen ausgeschlossen seien. Die Klägerin zu 2 bildete in der konzernzentralen

Rechtsabteilung (GR) in der Unterabteilung „Regulierungs-, Wettbewerbs- und Kartellrecht“ (GRK) ein eigenständiges Arbeitsgebiet „Regulierung“ (GRK R, später GRK 1 bzw. ARK 1), das aus sieben Juristen besteht und mit der umfassenden und ausschließlichen Wahrnehmung der rechtlichen Interessen der Eisenbahninfrastrukturunternehmen des Konzerns, darunter vor allem der Klägerin zu 1, gegenüber der Bundesnetzagentur und anderen staatlichen Stellen in sämtlichen Netzzugangs- und Regulierungsverfahren betraut ist. Die Juristen dieses Arbeitsgebiets unterstehen dem Direktionsrecht des Leiters der Unterabteilung GRK. Nach einer Arbeitsanweisung ist ihnen nicht gestattet, in ihrem Arbeitsgebiet Eisenbahnverkehrsunternehmen zu beraten oder zu vertreten oder deren Interessen wahrzunehmen; Informationen haben sie vertraulich zu behandeln. Innerhalb der Klägerin zu 1 sind die Aufgaben betreffend Netzzugang und Wegeentgelte dem Vorstandsressort „Marketing/Vertrieb (I.NM)“ zugewiesen. Operative Entscheidungen werden dezentral von den regionalen Niederlassungen getroffen. Ihnen ist die zentrale Organisationseinheit „Grundsätze Netzzugang/Regulierung“ (I.NMN) vorgeordnet, die mit fünf Mitarbeitern besetzt ist, davon zwei Juristen. Zu ihren Aufgaben gehört es, in Abstimmung mit der zuständigen Konzernrechtsabteilung über die Einlegung von Rechtsbehelfen gegen Maßnahmen der Aufsichts- und Regulierungsbehörden zu entscheiden. Die Erarbeitung von Entgeltgrundsätzen obliegt der zentralen Organisationseinheit „Marketing/Preispolitik“ (I.NMM), deren Mitarbeiter nach einer internen Konzernrichtlinie keinerlei Einflussnahmen Dritter außerhalb der Klägerin zu 1 zulassen dürfen. Schließlich bestellte die Klägerin zu 1 einen Unabhängigkeitsbeauftragten.

- 4 Mit Bescheid vom 24. November 2006 untersagte das Eisenbahn-Bundesamt der Klägerin zu 1, bei Entscheidungen über den Netzfahrplan, bei der sonstigen Zuweisung von Zugtrassen und bei Entscheidungen über die Wegeentgelte nebst der Vorbereitung dieser Entscheidungen Juristen der Klägerin zu 2 mit der Rechtsberatung oder Rechtsvertretung zu beauftragen, und verpflichtete sie, die damit angeordnete Umorganisation ihrer rechtlichen Beratung und Vertretung unverzüglich anzuzeigen. Zur Begründung hieß es: Seit 2005 seien öffentliche Betreiber der Schienenwege gesetzlich verpflichtet, rechtlich, organisatorisch und in ihren Entscheidungen von Eisenbahnverkehrsunternehmen

unabhängig zu sein, soweit Entscheidungen über die Zuweisung von Zugtrassen und über die Wegeentgelte betroffen seien. Zum einen dürften derartige Entscheidungen nur von dem Personal des Betreibers der Schienenwege getroffen werden, das keine Funktionen in Eisenbahnverkehrsunternehmen oder mit diesen verbundenen Unternehmen ausübe (§ 9a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AEG); zum anderen müssten in Infrastrukturunternehmen, die über ein Mutterunternehmen mit einem Eisenbahnverkehrsunternehmen verbunden sind, unternehmensinterne Regelungen bestehen, die die Einflussnahme Dritter auf diese Entscheidungen unterbänden (§ 9a Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 AEG). Gegen beide Gebote verstoße die Klägerin zu 1, wenn sie - ohne eigene Rechtsabteilung - sich von Juristen der zentralen Rechtsabteilung ihrer Konzernmutter bei Fragen der Zuweisung von Zugtrassen und der Wegeentgelte beraten und vertreten lasse. Das personelle Trennungsgebot betreffe nicht nur Entscheidungen im operativen Geschäft, sondern schon jede Grundsatzentscheidung wie die Formulierung der „Schienennetz-Benutzungsbedingungen (SNB)“, und nicht nur die Entscheidungen selbst, sondern auch deren Vorbereitung und erfasse deshalb auch die Beratung der Entscheidungsorgane der Klägerin zu 1 und deren Vertretung im Rechtsverkehr. Durch die Beauftragung von Juristen der Konzernmutter werde dieser und mittelbar auch den Konzernschwestern die Möglichkeit der Einflussnahme eröffnet, womit zugleich gegen das Gebot der Unterbindung derartiger Einflussnahmen verstoßen werde. Ob es tatsächlich zu Einflussnahmen der Konzernmutter gekommen sei, sei unerheblich, da im Interesse eines auch in den Augen der Wettbewerber und der Öffentlichkeit neutralen Netzbetreibers bereits die Möglichkeit der Einflussnahme unterbunden werden solle.

- 5 Die verfügte Untersagung sei auch erforderlich, um die gesetzlichen Anforderungen sicherzustellen, mildere Mittel seien nicht ersichtlich. Namentlich reichten die internen Organisationsregeln der Klägerinnen nicht aus. Der Beherrschungsvertrag zwischen den Klägerinnen sehe zwar vor, dass die Klägerin zu 2 der Klägerin zu 1 keine Weisungen erteile, die deren rechtlicher und organisatorischer Unabhängigkeit in Bezug auf Entscheidungen über die Zuweisung von Zugtrassen und die Wegeentgelte zuwiderliefe; er wiederhole damit aber lediglich den Gesetzeswortlaut. Dasselbe gelte für die Geschäftsordnung des

Vorstandes der Klägerin zu 1, wonach Vorstandsmitglieder, die Funktionen in verbundenen Eisenbahnverkehrsunternehmen ausübten, von der Beschlussfassung über Entscheidungen zu den in Rede stehenden Gegenständen ausgeschlossen seien. Auch die neuen - seinerzeit noch geplanten - Bestimmungen der unternehmensinternen Richtlinie 048.2001 seien unzureichend. Auch wenn die gerichtliche und außergerichtliche Vertretung hiernach auf den Zeitraum nach Abschluss des Entscheidungsprozesses beschränkt werde, so bleibe die Modifikation der getroffenen Entscheidung doch unbenommen; zugleich würden künftige Entscheidungen vorgeprägt. Zudem betreffe die Beschränkung nur die rechtliche Vertretung und lasse die vorherige Beratung unberührt. Die weitere Bestimmung, Geschäftsgeheimnisse der Klägerin zu 1 und ihrer Kunden geheimzuhalten, und das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen seien intransparent und nicht zu überwachen und schon deshalb ungeeignet, die gesetzlichen Anforderungen zu erreichen. Sie seien ohnehin wenig praxistauglich, zumal sich eine Interessenkollision auch erst einige Zeit nach Auftragserteilung herausstellen könne, eine Auftragskündigung aber wenig wahrscheinlich sei; auch sei die Vertretung gegenläufiger Interessen in nachfolgenden Verfahren ebensowenig ausgeschlossen wie die gleichzeitige Vertretung gegenläufiger Interessen durch enge Kollegen und deren Einflussnahme im Wege kollegialer Kommunikation.

- 6 Mit ihren Widersprüchen rügten die Klägerinnen einen Eingriff in ihre unternehmerische Organisationsfreiheit, wenn die Einrichtung zentraler Servicefunktionen im Konzern verboten und damit die Erzielung entsprechender Synergieeffekte unmöglich gemacht werde; damit werde die Konzernstruktur insgesamt in Frage gestellt. Ein derartiger Eingriff bedürfe einer eindeutigen gesetzlichen Grundlage und eines überragenden öffentlichen Belangs. An beidem fehle es. Das Gesetz begründe zwar Betreiberpflichten, überlasse es aber der unternehmerischen Freiheit, mit welchen Maßnahmen diese Pflichten umzusetzen seien. In der Sache untersage es nur die bestimmende Einflussnahme auf die Entscheidungen der Organe des Schienenbetreibers, nicht aber den gesamten vorherigen Prozess der Entscheidungsfindung und auch nicht den anschließenden Vollzug der Entscheidung in einzelnen Anwendungsfällen einschließlich der Verteidigung einer Maßnahme gegenüber Behörden und vor Gericht.

Sowohl das Europarecht als auch ein Vergleich mit dem Energiewirtschafts- und dem Aktienrecht sprächen für diese enge Auslegung. An den eigentlichen Entscheidungen in diesem Sinne wirkten die Juristen der Konzernmutter aber nicht mit. Sie berieten die Klägerin zu 1 nur zum rechtlichen Rahmen, aber nicht zum Inhalt einer Entscheidung und verträten sie im Folgenden nur in einzelnen Anwendungsfällen. Die Entscheidungen würden von den Organen der Klägerin zu 1 getroffen, nämlich von deren Vorstand und von der Organisationseinheit I.NMN.

- 7 Den Widerspruch der Klägerin zu 1 wies das Eisenbahn-Bundesamt mit Widerspruchsbescheid vom 11. April 2007, denjenigen der Klägerin zu 2 mit Widerspruchsbescheid vom 17. April 2007 zurück. Der Widerspruch der Klägerin zu 2 sei unzulässig. Sie sei nicht Adressatin des Untersagungsbescheides. Sie könne auch nicht als Dritte in ihrer unternehmerischen Entscheidungsfreiheit betroffen sein; als ein reines Staatsunternehmen sei sie nicht grundrechtsfähig. Der Widerspruch der Klägerin zu 1 sei aus den Gründen der Ausgangsentscheidung unbegründet; was die Klägerin einwende, greife nicht durch. Insbesondere sei der Begriff der „Entscheidung“ im Eisenbahngesetz gerade im Gegensatz zu dem Begriff der „Letztentscheidung“ im Energiewirtschaftsgesetz weit zu verstehen.
- 8 Das Verwaltungsgericht hat die Klagen mit Urteilen vom 14. November 2007 abgewiesen. Die Klägerin zu 2 sei nicht in eigenen Rechten betroffen. Ob sie auch als öffentliches Unternehmen wegen Art. 87e GG grundrechtsfähig sei, könne offenbleiben. Keinesfalls könne ihre Berechtigung aus Art. 12, Art. 14 und Art. 2 Abs. 1 GG weiter reichen als ihre Rechte nach „einfachem“ Recht. Die Klägerin zu 2 habe sich aber durch den Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag in den hier in Rede stehenden Angelegenheiten des Netzzugangs und der Wegeentgelte jedes Weisungsrechts gegenüber der Klägerin zu 1 begeben. Sie habe daher auch keinen rechtlich begründeten Einfluss darauf, von welchen Juristen sich die Klägerin zu 1 bei netzzugangsrelevanten Entscheidungen beraten lasse. Die Klägerin zu 1 sei in eigenen Rechten betroffen, aber nicht verletzt. Die Untersagungsverfügung finde ihre Rechtsgrundlage in § 9a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AEG. Diese Vorschrift verlange, dass die netzzu-

gangsrelevanten Entscheidungen ausnahmslos vom Personal des Infrastrukturunternehmens zu treffen seien. Das erfasse zwar nicht jede Vorarbeit zu einer Entscheidung - insofern genügte interne Schutzvorkehrungen -, umfasse aber jede maßgebliche inhaltliche Beteiligung an der Entscheidungsfindung. Hinsichtlich der Konzernjuristen liege eine Organisationsstruktur vor, die diesen in bestimmten Fällen eine unzulässige Mitentscheidung eröffne. Mit zunehmender Komplexität der aufgeworfenen Rechtsfragen nehme der Einfluss der Konzernjuristen auf die zu treffende Entscheidung zu; gerade in komplexen Fällen könne die eigene Organisationseinheit I.NMN der Klägerin zu 1 kaum mehr als eine Plausibilitätskontrolle leisten. Die Untersagungsverfügung lasse sich zudem auf § 9a Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 AEG stützen; denn die gegebene Organisationsstruktur ermögliche dem Vorstand der Klägerin zu 2 vermöge seines Direktionsrechts gegenüber den Konzernjuristen eine inhaltliche Einflussnahme auf die Entscheidungen der Klägerin zu 1. Das interne Reglement der Klägerin zu 2 reiche nicht aus, diese Einflussnahme völlig auszuschließen, und dürfe es nach § 76 AktG auch gar nicht. Die Untersagungsverfügung sei auch verhältnismäßig; der Klägerin zu 1 entstünden bei Übernahme der fünf bis sieben Konzernjuristen keine nennenswerten Mehrkosten, und die behaupteten Synergieeffekte blieben gewahrt.

- 9 Auf die Berufungen der Klägerinnen hat das Oberverwaltungsgericht die beiden Verfahren zu gemeinsamer Verhandlung und Entscheidung verbunden. Mit Urteil vom 20. Mai 2009 hat es den Bescheid des Eisenbahn-Bundesamtes vom 24. November 2006 und die beiden Widerspruchsbescheide aufgehoben. Zur Begründung hat es ausgeführt: Die Untersagungsverfügung sei rechtswidrig; sie finde in § 9a Abs. 1 AEG keine Grundlage. Die beanstandete Beauftragung von Konzernjuristen führe nicht dazu, dass diese entgegen § 9a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AEG Entscheidungen über den Netzzugang oder die Wegeentgelte trafen. Die Vorschrift habe nur die Entscheidungsträger des Infrastrukturunternehmens selbst im Blick und ordne deren persönliche Unabhängigkeit an. Daher erfasse der Begriff der Entscheidung nur den Abschluss eines Willensbildungsprozesses mit Anspruch auf Verbindlichkeit und Umsetzung, nicht aber Vorarbeiten wie die Erarbeitung des Sachverhalts oder von Handlungsalternativen. Auf die Phase der Entscheidungsvorbereitung ziele vielmehr § 9a Abs. 1



Satz 2 Nr. 5 AEG; hier sollten Einflussnahmen Dritter durch unternehmensinterne Organisationsregeln unterbunden werden. Die Konzernjuristen trafen keine Entscheidungen im vorbeschriebenen Sinne und wirkten an solchen auch nicht mit; es sei sichergestellt, dass ihre Tätigkeit erst einsetze, wenn das eigene Personal der Klägerin zu 1 eine Entscheidung bereits getroffen habe. Dies gelte für die allgemeinen Festlegungen in Rahmenverträgen und den Schienennetz-Nutzungsbedingungen ebenso wie für einzelne Trassenzuweisungen und Wegegeldfestsetzungen. Mit ihrer Tätigkeit gehe aber auch keine Einflussnahme der Klägerin zu 2 auf die Entscheidungen der Klägerin zu 1 einher, die sich nicht durch unternehmensinterne Regelungen ausschließen ließen und hinlänglich ausgeschlossen seien. Der Arbeit der Konzernjuristen wohne nicht schon für sich ein auf die Durchsetzung der Interessen konzernzugehöriger Verkehrsunternehmen ausgerichtetes manipulatives Element inne; die Konzernjuristen seien allein für die Klägerin zu 1 tätig und unterlägen nur deren Weisungen. Ein solches manipulatives Element ergebe sich auch nicht daraus, dass sie Angestellte der Klägerin zu 2 seien. Das allein begründe nicht den Verdacht ihrer Voreingenommenheit; verbleibende Risiken seien durch unternehmensinterne Regeln unterbunden. Das Weisungsrecht der Klägerin zu 2 als Arbeitgeberin schließlich sei ausreichend beschränkt; aktienrechtlichen Bedenken gegen die rechtliche Wirksamkeit dieser Beschränkung bestünden nicht. Insgesamt halte das Gesetz - jenseits der Funktionstrennung auf der Ebene der Entscheidungsträger - unternehmensinterne Regelwerke unter flankierender Kontrolle eines Unabhängigkeitsbeauftragten im Regelfalle für ausreichend. Allein die Bekämpfung eines „bösen Scheins“ rechtfertige keine weiterreichenden Maßnahmen. Auch das europäische Gemeinschaftsrecht lasse integrierte Eisenbahnkonzerne weiterhin zu und fordere lediglich eine Ausgestaltung, bei der die Unabhängigkeit des Schienenwegebetreibers von Verkehrsunternehmen in Fragen des Netzzugangs und der Wegeentgelte gesichert sei. Auch gemeinschaftsrechtlich seien für eine Konzernstruktur typische unternehmensübergreifende Dienstleistungen wie die hier in Rede stehenden daher nicht ausgeschlossen. Sei die angefochtene Untersagungsverfügung nach allem rechtswidrig, so verletze sie nicht nur die Klägerin zu 1 als Adressatin, sondern auch die Klägerin zu 2 in eigenen subjektiven Rechten, nämlich in ihrer Organisationshoheit als konzernbeherrschendes Unternehmen, die durch ihre Privat-

autonomie und durch Art. 87e GG rechtlich geschützt sei. Dagegen lasse sich nicht mit dem Verwaltungsgericht einwenden, die Klägerin zu 2 habe sich ihres Weisungsrechts begeben; der Ausschluss eines inhaltlichen Weisungsrechts lasse ihr organisatorisches Weisungsrecht - die Dienste der zentralen Rechtsabteilung in Anspruch zu nehmen - unberührt, das aber durch die Untersagungsverfügung verkürzt werde.

- 10 Das Oberverwaltungsgericht hat die Revision zugelassen. Das Berufungsurteil ist der Beklagten am 15. Juni 2009 zugestellt worden. Die Beklagte hat am 12. Juni 2009 Revision eingelegt und am 30. September 2009 - dem letzten Tag der Frist - begründet. Der 46-seitige Begründungsschriftsatz ist nur auf der ersten Seite unterschrieben; dort befinden sich der Revisionsantrag sowie ein Verweis auf die nachstehenden Gründe der Anfechtung. Zur Sache macht die Beklagte geltend: Beiden Klägerinnen fehle die Klagebefugnis. Als öffentliche Unternehmen seien sie nicht grundrechtsfähig; einfachgesetzliche Abwehrrechte gegen Regulierungsverfügungen des Bundes stünden ihnen aber nicht zu. Das Berufungsurteil verletze auch in der Sache Bundesrecht. Ziel des Gesetzes sei die Gewährleistung eines chancengleichen, diskriminierungsfreien und funktionsfähigen Wettbewerbs auf der Schiene und hierzu die prinzipielle Trennung von Netz (Schiene) und Betrieb (Verkehr). Das sei prinzipiell gefährdet, wenn das Infrastrukturunternehmen zwar rechtlich von Verkehrsunternehmen getrennt werde, diesen aber durch eine Konzernstruktur verbunden bleibe und dem Mutterkonzern durch einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag unterworfen sei. Der Gesetzgeber habe Konzernstrukturen gleichwohl erlaubt, suche aber gleichzeitig sicherzustellen, dass das Infrastrukturunternehmen in Fragen des Netzfahrplans, des Netzzugangs und der Wegeentgelte frei von der Beeinflussung durch Eisenbahnverkehrsunternehmen sei. Hierzu ordne § 9a Abs. 1 Satz 1 AEG in Umsetzung europarechtlicher Vorgaben ausdrücklich nicht nur die rechtliche, sondern auch die organisatorische Unabhängigkeit des Schienenbetreibers an. Unternehmerische Funktionen, die Netzzugangsfragen betreffen, müssten deshalb von Organisationseinheiten des Schienenbetreibers wahrgenommen werden, die von der sonstigen Konzernorganisation getrennt seien. § 9a Abs. 1 Satz 1 AEG sei kein bloßer Programmsatz, sondern die Grundnorm, die in Satz 2 durch Regelbeispiele in bestimmter Hinsicht konkreti-

siert werde und zugleich deren Auslegung steuere. Wenn dessen Nr. 3 Entscheidungen über Netzzugang und Wegeentgelte dem eigenen Personal des Infrastrukturunternehmens vorbehalte, so ziele das nicht bloß auf das formaljuristisch zuständige Organ, sondern auf das gesamte Management in einem funktionalen Sinne, weshalb der Begriff der Entscheidung den Prozess der Entscheidungsfindung umfasse, soweit in ihm inhaltliche Vorfestlegungen getroffen würden. Das werde durch Nr. 5 dahin ergänzt, dass auch weitere mögliche Einflussnahmen zu unterbinden seien, ohne dass diese deshalb manipulativ sein müssten. Rechtsberater und Bevollmächtigte aber seien in den Prozess der Entscheidungsfindung eingebunden. Das gelte umso mehr, als die Rechtsposition der Klägerin zu 1 gegenüber den Aufsichts- und Regulierungsbehörden praktisch allein von den Konzernjuristen formuliert und vertreten werde. Es sei wirklichkeitsfern anzunehmen, die Konzernjuristen seien hierbei allein der Klägerin zu 1 verpflichtet und keinem bestimmenden Einfluss ihrer Arbeitgeberin, der Klägerin zu 2, ausgesetzt oder könnten einen solchen gar ignorieren oder zurückweisen. Bloße konzerninterne Richtlinien seien ungeeignet, dieser Gefahr zu begegnen, zumal das Europarecht bloß rechtliche Vorkehrungen nicht genügen lasse, sondern den Nachweis ihrer praktischen Wirksamkeit fordere.

- 11 Die Klägerinnen halten die Revision für unzulässig, da sie formgerecht nicht fristgemäß begründet worden sei. In der Sache verteidigen sie das Berufungsurteil mit im Wesentlichen übereinstimmenden Argumenten. § 9a Abs. 1 Satz 1 AEG sei keine Generalermächtigung mit nachfolgenden Regelbeispielen, sondern eine Zielvorgabe mit nachfolgenden Zielerreichungsmitteln. Diese Mittel allerdings seien abschließend, schon weil sie das Ergebnis der gesetzgeberischen Abwägung zwischen der - zulässigen - Konzernstruktur und der gebotenen Unabhängigkeit des Schienenbetreibers seien. Nach § 9a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 und 5 AEG sei die Unabhängigkeit des Infrastrukturunternehmens gewährleistet, wenn die netzzugangs- und entgeltrelevanten Entscheidungen von seinem Personal getroffen würden (Nr. 3) und interne Regelungen die Einflussnahme während der Entscheidungsfindung verhinderten (Nr. 5). Die juristischen Berater und Bevollmächtigten gehörten nicht zum Entscheidungspersonal. Das Berufungsgericht habe in tatsächlicher Hinsicht bindend festgestellt, dass das interne Regelwerk der Klägerinnen hinreichend und effektiv sei, eine Einfluss-

nahme der Klägerin zu 2 über die Konzernjuristen während der Entscheidungsfindung zu verhindern, insbesondere dass die Konzernjuristen erst nach getroffener Entscheidung eingeschaltet und ihre Empfehlungen von eigenen Juristen des Infrastrukturunternehmens geprüft würden.

## II

- 12 Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Wiederherstellung des klageabweisenden erstinstanzlichen Urteils.
- 13 A. Die Revision ist zulässig. Sie wurde insbesondere ordnungsgemäß begründet.
- 14 1. Gemäß § 139 Abs. 3 VwGO ist die Revision innerhalb einer Frist von einem Monat, die von dem Vorsitzenden auf Antrag verlängert werden kann, zu begründen; die Begründung muss einen bestimmten Antrag enthalten, die verletzte Rechtsnorm und, soweit Verfahrensmängel gerügt werden, die Tatsachen angeben, die den Mangel ergeben. Dabei versteht sich von selbst, dass die Begründung der Revision - ebenso wie nach § 139 Abs. 1 Satz 1 VwGO deren Einlegung - schriftlich erfolgen muss (vgl. auch § 173 VwGO i.V.m. § 551 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Schriftform verlangt grundsätzlich die eigenhändige Unterschrift des dazu Berechtigten (Urteil vom 6. Dezember 1988 - BVerwG 9 C 40.87 - BVerwGE 81, 32 <33>; Beschlüsse vom 27. Januar 2003 - BVerwG 1 B 92.02 - und vom 5. Februar 2003 - BVerwG 1 B 31.03 - Buchholz 310 § 81 VwGO Nr. 17 und 16). Die Unterschrift muss den Inhalt der Erklärung räumlich decken, also hinter oder unter dem Text stehen. Das verlangt § 440 Abs. 2 ZPO für die Beweiskraft von Privaturkunden und folgt auch ganz allgemein aus der Funktion der Unterschrift, nicht nur die Gewähr für das Erklärte zu übernehmen, sondern auch das Erklärte abzuschließen (BGH, Urteil vom 20. November 1990 - XI ZR 107/89 - BGHZ 113, 48). Eine „Oberschrift“ erlaubt regelmäßig nicht den sicheren Schluss, dass das Nachfolgende vom Unter- bzw. Überzeichner herührt und nicht blanko gegeben wurde (BGH, Beschluss vom 15. Juni 2004 - VI ZB 9/04 - NJW-RR 2004, 1364).

- 15 Allerdings ist das Schriftformerfordernis kein Selbstzweck. Die Rechtsprechung hat deshalb in Einzelfällen Ausnahmen zugelassen, wenn seinem Sinn und Zweck auf anderem Wege genügt ist. Durch das Schriftformerfordernis soll die verlässliche Zurechenbarkeit des Schriftsatzes sichergestellt werden. Es muss gewährleistet sein, dass nicht nur ein Entwurf, sondern eine gewollte Prozessklärung vorliegt, ferner, dass die Erklärung von einer bestimmten Person herrührt und diese für den Inhalt die Verantwortung übernimmt. Deshalb werden Ausnahmen von dem Grundsatz handschriftlicher Unterzeichnung zugelassen, wenn sich aus dem bestimmenden Schriftsatz allein oder in Verbindung mit beigefügten Unterlagen die Urheberschaft und der Wille, das Schreiben in den Rechtsverkehr zu bringen, hinreichend sicher, das heißt ohne die Notwendigkeit einer Klärung durch Rückfrage oder durch Beweiserhebung, ergeben (Urteile vom 26. August 1983 - BVerwG 8 C 28.83 - Buchholz 310 § 81 VwGO Nr. 9 und vom 6. Dezember 1988 - BVerwG 9 C 40.87 - BVerwGE 81, 32 <36>). Aus Gründen der Rechtssicherheit kann dabei freilich nur auf die dem Gericht bei Eingang des Schriftsatzes erkennbaren oder bis zum Ablauf der Frist bekannt gewordenen Umstände abgestellt werden (Beschluss vom 27. Januar 2003 - BVerwG 1 B 92.02 - Buchholz 310 § 81 VwGO Nr. 17 = NJW 2003, 1544).
- 16 2. Im vorliegenden Fall ist diesen Anforderungen noch genügt.
- 17 a) Die Beklagte hat am letzten Tag der Revisionsbegründungsfrist einen Schriftsatz eingereicht, der den Revisionsantrag sowie die Revisionsgründe enthielt. Zwar hat der Prozessbevollmächtigte die Revisionsbegründungsschrift nur auf ihrer ersten Seite - nach den Revisionsanträgen - unterschrieben. Gleichwohl konnte kein Zweifel bestehen, dass auch die nachfolgende Darlegung der Revisionsgründe von ihm herrührt und von ihm willentlich in den Rechtsverkehr gebracht worden war. Allerdings bietet eine Unterschrift auf der ersten Seite Anlass zu Zweifeln, ob die Unterschrift bereits vor der Endkorrektur geleistet wurde und deshalb die Endkontrolle durch den Unterzeichner nicht mehr gewährleistet war. Hier kommt aber zum einen hinzu, dass die unterschriebene erste Seite einen inhaltlich abgeschlossenen Text darstellt, der für sich genommen bereits wesentliche Teile der Revisionsbegründung - nämlich

die Revisionsanträge - enthält und im Sinne einer wenn auch knapp gehaltenen Übersicht auf die nachstehenden Gründe der Anfechtung verweist. Damit steht fest, dass der gesamte Text keinen bloßen Entwurf mehr darstellt, sondern mit dem Willen des Prozessbevollmächtigten in den Rechtsverkehr gegeben wurde; und es ist hinlänglich dokumentiert, dass der Prozessbevollmächtigte auch für den Inhalt der Gründe der Anfechtung die Verantwortung übernimmt (vgl. auch BFH, Beschluss des Großen Senats vom 5. November 1973 - GrS 2/72 - BFHE 111, 278 = NJW 1974, 1582). Beides wird zum anderen durch die Vorgeschichte bekräftigt: Der Prozessbevollmächtigte hat bereits zwei Wochen zuvor eine frühere Fassung derselben Revisionsbegründung eingereicht, diese dann aber wieder zurückgefordert, weil die nötige Abstimmung mit dem Beklagten noch ausstehe. Wenn nunmehr die überarbeitete Revisionsbegründung mit dem erwähnten Vorblatt vorgelegt wird, besteht kein vernünftiger Zweifel mehr an der Verbindlichkeit und der Authentizität des Schriftsatzes. Dementsprechend hat auch keiner der Beteiligten einen derartigen Zweifel geäußert.

- 18 b) Nachdem die Klägerinnen die fehlende Unterschrift auf der letzten Seite der Revisionsbegründung gerügt hatten, hat der Prozessbevollmächtigte der Beklagten das Fehlen damit erläutert, er habe nach Erstellen und Unterschreiben des Schriftsatzes noch einige wenige Ergänzungen vorgenommen, die seine Mitarbeiterin aber weisungswidrig nicht als „a-Seiten“ in den unterschriebenen Ausdruck eingefügt habe; stattdessen sei die Datei verändert und insgesamt nochmals ausgedruckt worden. Auch dieser Vortrag führt nicht dazu, die Revision für unzulässig zu erachten. Zwar legt der Prozessbevollmächtigte damit selbst dar, dass der Schriftsatz nach Beifügung der Unter- oder hier der Oberschrift noch verändert worden sei, was deren Beglaubigungsfunktion in Zweifel zieht. Er hat aber durch Vorlage des Manuskripts zugleich nachgewiesen, dass die nachträglichen Veränderungen von seiner Hand stammten und seinem Büro als Endkorrektur zur Einarbeitung übermittelt wurden. Dass dieser Nachweis erst nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist geführt wurde, ist unschädlich, weil auch die Zweifel, die er ausräumt, erst nach diesem Zeitpunkt aufgetaucht sind.

- 19 B. Die Revision hat nicht schon deshalb Erfolg, weil die Klagen unzulässig wären. Die Klägerinnen sind klagebefugt. Das hat das Berufungsgericht zutreffend erkannt.
- 20 1. Die Beklagte meint, beiden Klägerinnen fehle die Klagebefugnis schon deshalb, weil sie öffentliche Unternehmen seien, deren Geschäftsanteile - unmittelbar oder mittelbar - sämtlich von der beklagten Bundesrepublik Deutschland gehalten würden. Dem kann nicht gefolgt werden. Nach § 42 Abs. 2 VwGO besteht die Klagebefugnis, wenn der Kläger eine Verletzung seiner subjektiv-öffentlichen Rechte geltend macht und dies immerhin möglich ist. Die Klägerinnen machen geltend, das Eisenbahn-Bundesamt werfe ihnen zu Unrecht eine Verletzung ihrer Pflichten aus § 9a des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG) vom 27. Dezember 1993 (BGBl I S. 2378, 2396) in der Fassung des Dritten Gesetzes zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften vom 27. April 2005 (BGBl I S. 1138) vor und greife deshalb ohne zureichenden Grund in ihre unternehmerische Handlungs- und Organisationsfreiheit ein. Dieser Vortrag ist geeignet, eine Verletzung ihrer subjektiv-öffentlichen Rechte als möglich erscheinen zu lassen. Namentlich steht den Klägerinnen die Handlungs- und Organisationsfreiheit eines Eisenbahnunternehmens zu, die vom Allgemeinen Eisenbahngesetz vorausgesetzt wird. Hierfür ist gleichgültig, ob das Eisenbahnunternehmen in privater oder öffentlicher Hand ist. Ebenso ist unerheblich, ob sich die Klägerinnen auf Grundrechte berufen können und ob sie diese obendrein mit der Verfassungsbeschwerde geltend machen könnten (vgl. hierzu Windthorst in Sachs, Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl. 2009, Rn. 49 zu Art. 87e GG; Dreier in ders. <Hrsg.>, Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 2. Aufl. 2004, Rn. 68 ff. zu Art. 19 Abs. 3 GG; Burgi, DVBl 2006, S. 269; Kühne, JZ 2009, 1071; zu Energiewirtschaftsunternehmen BVerfG, Kammerbeschlüsse vom 16. Mai 1989 - 1 BvR 705/88 - NJW 1990, 1783 und vom 18. Mai 2009 - 1 BvR 1731/05 - NVwZ 2009, 1282; zu Telekommunikationsunternehmen BVerfG, Beschluss vom 14. März 2006 - 1 BvR 2087/03 u.a. - BVerfGE 115, 205 <227 f.>; BVerwG, Urteil vom 25. April 2001 - BVerwG 6 C 6.00 - BVerwGE 114, 160 <189>).

- 21 2. Auch der Klägerin zu 2 kann die Klagebefugnis nicht abgesprochen werden. Sie ist zwar nicht Adressatin der angefochtenen Bescheide, wird von diesen aber als Dritte in eigenen Rechten nachteilig betroffen.
- 22 Die angefochtenen Bescheide beruhen auf dem Vorwurf einer nach Maßgabe des § 9a AEG unzulänglichen Entflechtung zwischen der Klägerin zu 1 und ihrem Mutterkonzern, der Klägerin zu 2. Die genannte Vorschrift dient zwar der Herstellung und Aufrechterhaltung der Unabhängigkeit des konzernangehörigen Schienenwegebetreibers, begründet aber Pflichten nicht nur für diesen, sondern korrespondierend auch für die konzernverbundenen Eisenbahnverkehrsunternehmen und für das gemeinsame Mutterunternehmen. Hierbei tariert sie das jeweilige Interesse an der unternehmerischen Organisationsfreiheit des Konzerns und seiner Unternehmen einerseits und das öffentliche Entflechtungsinteresse andererseits aus. Indem sie das öffentliche Entflechtungsinteresse zugleich begründet und begrenzt, dient die Vorschrift auch dem Schutz des privaten Interesses des Konzerns und seiner Unternehmen an der Achtung ihrer unternehmerischen Organisationsfreiheit; insofern ist sie Schutznorm zu deren Gunsten. Ob § 9a AEG darüber hinaus auch Schutznorm zugunsten der mit dem verbundenen Eisenbahnverkehrsunternehmen konkurrierenden Eisenbahnverkehrsunternehmen ist, ist eine andere Frage (verneinend Kramer in Kunz, Eisenbahnrecht, Rn. 4 zu § 9a AEG).
- 23 Die angefochtenen Bescheide betreffen die Klägerin zu 2 auch tatsächlich nachteilig. Auch wenn der Ausgangsbescheid nur an die Klägerin zu 1 gerichtet ist, so hat das darin verfügte Verbot, sich der Dienste der Rechtsabteilung der Klägerin zu 2 zu bedienen, für diese doch unmittelbare tatsächliche Folgen. Diese Folgen bestehen entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts unabhängig davon, ob die Klägerin zu 2 in dem gemeinsamen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag auf die Ausübung ihres Weisungsrechts in Angelegenheiten des Netzzugangs und der Wegeentgelte verzichtet hat.
- 24 C. Die Revision ist aber in der Sache begründet. Das Berufungsgericht hätte die Berufungen der Klägerinnen gegen die klageabweisenden Urteile des Verwaltungsgerichts zurückweisen müssen; denn die angefochtenen Bescheide



sind rechtmäßig. Zwar hält das Berufungsurteil den Einwänden der Beklagten stand, soweit sie § 9a Abs. 1 Satz 1 AEG (dazu 1.) und § 9a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AEG betreffen (dazu 2.). Die angefochtenen Bescheide finden ihre Grundlage jedoch in (§ 5a Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1, § 5 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m.) § 9a Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 AEG (dazu 3.). Mit Recht hat das Verwaltungsgericht die Untersagungsverfügung auch für verhältnismäßig erachtet (dazu 4.).

- 25 1. a) Das Berufungsgericht hat es mit Recht abgelehnt, schon einen Verstoß der Klägerin zu 1 gegen § 9a Abs. 1 Satz 1 AEG anzunehmen, der die Aufsichtsbehörde zum Einschreiten veranlassen könnte. Diese Vorschrift stellt keine Generalklausel dar, sondern formuliert die Ziele, denen die in § 9a Abs. 1 Satz 2 AEG im Einzelnen vorgesehenen Maßnahmen und Pflichten der Eisenbahnunternehmen dienen. Sie leitet damit deren Auslegung, vermag jedoch allein für sich keine Pflichten zu begründen, die dort nicht vorgesehen sind.
- 26 Das ergibt sich zweifelsfrei aus dem Wortlaut der Eingangswendung in Satz 2, welche die nachstehende Liste von Maßnahmen und Pflichten der Eisenbahnunternehmen mit den Worten „zur Erreichung der in Satz 1 genannten Ziele“ an den Satz 1 anschließt. Es ergibt sich auch aus der Abfolge dieser Liste, welche die in Satz 1 angesprochenen Hinsichten der gebotenen Unabhängigkeit des Schienenwegebetreibers abhandelt (Nr. 1 - rechtliche Unabhängigkeit; Nr. 2 - organisatorische Unabhängigkeit; Nr. 3 bis 5 - Unabhängigkeit in den Entscheidungen) und um eine Bestimmung über die Besetzung der Aufsichtsräte (Nr. 6) ergänzt. Hingegen fehlen typische Wendungen zur Kennzeichnung von bloßen Regelbeispielen („insbesondere“, „etwa“). Es ergibt sich schließlich aus dem Gebot der Bestimmtheit eines Gesetzes, das wie § 9a Abs. 1 AEG privaten Unternehmen Pflichten auferlegt (ebenso Gerstner in Hermes/Sellner, AEG-Kommentar, Rn. 30 zu § 9a AEG).
- 27 b) In § 9a Abs. 1 Satz 1 AEG eine Formulierung der Gesetzesziele zu sehen, stimmt mit europäischem Gemeinschaftsrecht überein. § 9 Abs. 1c AEG dient der Umsetzung der Richtlinie 91/440/EWG des Rates vom 29. Juli 1991 zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft (ABI Nr. L 237 S. 25) in der Fassung der Änderungsrichtlinie 2001/12/EG des Europäischen

Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2001 (ABI Nr. L 75 S. 1) - im Folgenden: Richtlinie 91/440/EWG -, § 9a AEG obendrein der Umsetzung der Richtlinie 2001/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2001 über die Zuweisung von Fahrwegkapazitäten der Eisenbahn, die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur und die Sicherheitsbescheinigung (ABI Nr. L 75 S. 29). Nach Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie 91/440/EWG treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die Funktionen nach Anhang II - das sind hier Entscheidungen über die Trassenzuweisung und über die Wegeentgelte (zweiter und dritter Spiegelstrich) -, die für einen gerechten und nichtdiskriminierenden Zugang zur Infrastruktur ausschlaggebend sind, an Stellen oder Unternehmen übertragen werden, die selbst keine Eisenbahnverkehrsleistungen erbringen. Nach Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2001/14/EG müssen Entscheidungen über die Wegeentgelte und nach Art. 14 Abs. 2 dieser Richtlinie auch Entscheidungen über die Zuweisung von Fahrwegkapazität von Stellen (des Infrastrukturunternehmens oder von Dritten) getroffen werden, die rechtlich, organisatorisch und in ihren Entscheidungen von Eisenbahnverkehrsunternehmen unabhängig sind. Diese Anforderungen greift § 9a Abs. 1 Satz 1 AEG in derselben Rechtsqualität wie die Richtlinien - als Zielvorgabe - auf und setzt sie im Katalog des nachfolgenden Satzes 2 um. Die zwischen der Europäischen Kommission und der Bundesrepublik Deutschland kontrovers diskutierte Frage, ob § 9a Abs. 1 AEG - zusammen mit weiteren Maßnahmen - zur Umsetzung der genannten Richtlinien genügt, richtet sich daher allein an den Katalog des § 9a Abs. 1 Satz 2 AEG, vermag aber die Rechtsqualität des § 9a Abs. 1 Satz 1 AEG nicht zu verändern.

- 28 c) Die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts müssen nicht nur rechtlich umgesetzt werden; die Umsetzung muss zur Verwirklichung des Entflechtungsziels auch tatsächlich wirksam sein. Das entspricht dem allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz des „effet utile“. Es kommt zudem in Art. 6 Abs. 3 Satz 2 der Richtlinie 91/440/EWG zum Ausdruck, wonach die Mitgliedstaaten ungeachtet der Organisationsstrukturen der beteiligten Unternehmen den Nachweis zu erbringen haben, dass das Ziel der Entflechtung erreicht worden ist (vgl. auch Monopolkommission, Sondergutachten 46, 2007, Rn. 67 f.). Zwar gehen

Art. 4 Abs. 2, Art. 14 Abs. 2 der Richtlinie 2001/14/EG als spezielleres Recht dem Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie 91/440/EWG vor (insoweit zutreffend Hermes in Hermes/Sellner, a.a.O., Einführung B Rn. 42 ff.). Das lässt aber den beschriebenen Grundsatz einschließlich seiner Ausprägung in Art. 6 Abs. 3 Satz 2 der Richtlinie 91/440/EWG unberührt.

- 29 2. § 9a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AEG verbietet Doppelfunktionen des entscheidenden Personals des Schienenwegebetreibers. Das bezieht - und beschränkt - sich auf die zu im Rechtssinne bindenden Entscheidungen berufenen Organe und Mitarbeiter des Infrastrukturunternehmens. Hiergegen hat die Klägerin zu 1 nicht verstoßen. Das hat das Berufungsgericht zutreffend erkannt; die Angriffe der Revision gehen insoweit fehl.
- 30 a) Der in § 9a Abs. 1 AEG mehrfach verwendete Begriff der Entscheidung ist durchgängig in demselben Sinne zu verstehen. Entscheidungen sind Willensentschlüsse von hierzu befugten Organen und Mitarbeitern des Infrastrukturunternehmens, die dessen Handeln steuern. Dies gilt gleichermaßen für Entscheidungen, die unmittelbar nach außen wirken, wie für solche, die durch ein anderes Organ oder einen anderen Mitarbeiter des Unternehmens umgesetzt werden müssen, sofern dieser hierzu rechtlich verpflichtet oder nach den Gepflogenheiten des Unternehmens hierzu gehalten ist (vgl. BVerfG, Urteil vom 31. Oktober 1990 - 2 BvF 3/89 - BVerfGE 83, 60 <73>). Entscheidungscharakter hat auch die Wahrnehmung von Mitentscheidungsbefugnissen.
- 31 Entscheidungen in diesem Sinne sind nicht nur Entscheidungen des Vorstands oder anderer gesetz- oder satzungsmäßiger Organe der Gesellschaft; sie können auch von nachgeordneten - angestellten - Mitarbeitern getroffen werden, sofern diese nach den unternehmensinternen Regeln hierzu befugt sind. Entscheidungen sind auch nicht nur Grundsatzentscheidungen. Die Versuche der Klägerinnen, Einzelfallentscheidungen, die in Ausführung von Grundsatzentscheidungen ergehen (Entscheidungen im operativen Geschäft), den Charakter einer Entscheidung im Sinne des § 9a Abs. 1 AEG abzusprechen, gehen fehl; sie übersehen, dass § 9a Abs. 1 AEG anders als § 8 Abs. 2 Nr. 1 des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) vom 7. Juli 2005 (BGBl I S. 1970, 3621) gerade

nicht einengend nur von „Letztentscheidungen“ spricht. Umgekehrt lässt sich auch bei Grundsatzentscheidungen der Entscheidungscharakter nicht allein deshalb bestreiten, weil sie rechtlich bindende Außenwirksamkeit erst vermöge nachfolgender Einzelentscheidungen erlangen. Entscheidung in diesem Sinne ist damit auch das Aufstellen der Schienennetz-Benutzungsbedingungen (vgl. § 14d Abs. 1 Nr. 6 AEG sowie § 4 Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung vom 3. Juni 2005, BGBl I S. 1566).

- 32 b) § 9a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 bis 5 AEG sucht die Unabhängigkeit des Schienenwegebetreibers in seinen Entscheidungen auf verschiedene Weise zu sichern (vgl. BTDrucks 15/3280 S. 12 und 16). Nr. 3 sichert die persönliche Unabhängigkeit des zur Entscheidung berufenen Personals, Nr. 4 die rechtliche Entscheidungsfreiheit gegenüber fremden Weisungen, Nr. 5 schließlich die sachliche Unabhängigkeit der Entscheidung gegenüber fremder Einflussnahme. Allen diesen Sicherungen ist gemein, dass sie den Vorgang der Entscheidungsfindung betreffen. Zwar lässt sich begrifflich zwischen dem Inhalt der Entscheidung als dem Entschiedenen und dem Vorgang der Entscheidungsfindung als dem Entscheiden in derselben Weise unterscheiden, wie dies aus dem Planungsrecht zwischen dem Abwägungsergebnis als dem inhaltlich Abgewogenen und dem Abwägungsvorgang als dem Prozess des Abwägens bekannt ist. Es führt aber in die Irre, hieraus Schlüsse für das systematische Verhältnis ziehen zu wollen, in dem § 9a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 und Nr. 5 AEG zueinander stehen. § 9a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AEG betrifft nicht das inhaltliche Ergebnis einer Entscheidung, sondern stellt ebenso wie Nr. 4 und 5 Anforderungen an den Vorgang der Entscheidungsfindung. Der Vorgang der Entscheidungsfindung wird lediglich unter verschiedenen Aspekten erfasst. Dabei greift in rein zeitlicher Betrachtung allerdings Nr. 5 am weitesten aus, weil hier auch Tätigkeiten nicht selbst entscheidungsbefugter Mitarbeiter erfasst werden, die lediglich der Entscheidungsvorbereitung dienen. Insofern - aber auch nur insofern - ist es richtig, § 9a Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 AEG der Entscheidungsvorbereitung, § 9a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 und 4 AEG hingegen eher der Entscheidung selbst zuzuordnen (vgl. BTDrucks 15/3280 S. 16 f.).

- 33 Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem europäischen Gemeinschaftsrecht. Es ist zwar richtig, dass der Anhang II zur Richtlinie 91/440/EG im ersten Spiegelstrich zwischen „Vorarbeiten“ und „Entscheidung“ unterscheidet. Damit wird aber der Begriff der „Entscheidung“ weder auf die abschließende Phase der Entscheidungsfindung - das Treffen der Entscheidung - noch gar auf die inhaltliche Entscheidung im Sinne des Entschiedenen beschränkt. Das hieße nämlich, dass Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie 91/440/EG bei netzzugangsrelevanten Entscheidungen, welche der Anhang II im zweiten und dritten Spiegelstrich anspricht, überhaupt keine Anforderungen zum Vorfeld dieser abschließenden Phase stellt; das kann nicht richtig sein. Im Übrigen dient § 9a AEG, wie gezeigt, nicht nur der Umsetzung des Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie 91/440/EG, sondern vor allem der Umsetzung der - insofern spezielleren - Art. 4 Abs. 2 und Art. 14 Abs. 2 der Richtlinie 2001/14/EG.
- 34 c) § 9a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AEG ordnet nicht an, dass der Schienenwegebetreiber seine Entscheidungen selbst, d.h. durch eigenes Personal trifft; das setzt die Vorschrift - als Ergebnis der rechtlichen (Nr. 1) und organisatorischen (Nr. 2) Selbständigkeit - voraus. Nr. 3 bestimmt vielmehr, dass dieses Personal des Infrastrukturunternehmens nicht zugleich Funktionen in verbundenen Verkehrsunternehmen ausüben darf. „Funktionen“ meint vergleichbare Entscheidungskompetenzen in dem verbundenen Verkehrsunternehmen oder dem gemeinsamen Mutterkonzern; dabei ist gleichgültig, ob die dortige Funktion sachlich zu einer Einflussnahme auf die Entscheidungen des Infrastrukturunternehmens führen kann (zu eng insofern Gerstner in Hermes/Sellner, AEG-Kommentar, Rn. 35 zu § 9a AEG). Die Vorschrift verfügt damit ein Mitwirkungsverbot für eigene Funktionsträger des Infrastrukturunternehmens mit Doppelfunktion; es handelt sich um eine Inkompatibilitätsnorm.
- 35 Aus dem Prozess der Entscheidungsfindung erfasst die Vorschrift nur dessen Abschluss, das „Treffen“ der Entscheidung. Damit betrifft die Vorschrift nur dasjenige Personal, das Entscheidungen des Schienenwegebetreibers in dem eingangs beschriebenen Sinne „treffen“ kann, das mit anderen Worten den Schienenwegebetreiber binden (festlegen) kann, also die Organe (Organwalter) sowie die nach den unternehmensinternen Regeln hierfür zuständigen Mitarbeiter

des Infrastrukturunternehmens. Hingegen ist das zu- und vorarbeitende Personal ohne eigene Entscheidungskompetenz nicht von Nr. 3 erfasst; insofern ist dem Berufungsgericht gegen die Angriffe der Revision zuzustimmen.

- 36 Rechtliche Berater und Bevollmächtigte zählen jedoch nicht zum entscheidenden Personal des Schienenwegebetreibers. Das gilt auch, soweit sie als dessen Vertreter im Rechtsverkehr über dessen Entscheidungen - etwa bei Vertrags- und Vergleichsverhandlungen - disponieren dürfen. Vertreter sind keine Organe; sie sind vielmehr an ihren Auftrag gebunden und unterliegen der Weisung des auftraggebenden Organs; nur dieses ist dem Unternehmen gegenüber rechtlich verantwortlich. Wollte man dies anders sehen, so dürfte das Infrastrukturunternehmen auch keine selbständigen Rechtsanwälte mehr beauftragen, weil es sich nicht um „Personal des Betreibers der Schienenwege“ handelt.
- 37 3. Indem die Klägerin zu 1 Juristen ihrer Konzernmutter mit ihrer rechtlichen Beratung und Vertretung beauftragt, verstößt sie aber gegen die in § 9a Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 AEG normierte Pflicht, die Einflussnahme von Dritten auf ihre netzzugangsrelevanten Entscheidungen zu unterbinden. Das hat das Berufungsgericht verkannt.
- 38 a) § 9a Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 AEG sichert die Unabhängigkeit der netzzugangsrelevanten Entscheidungen des Schienenwegebetreibers gegen fremde Einflussnahme. 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. BTDrucks 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. Die Vorschrift geht damit deutlich über § 8 Abs. 4 EnWG hinaus. Auch Nachbereitungshandlungen kommen in Betracht, wenn sie auf die Entscheidung noch - etwa verändernd - Einfluss haben können. Nicht erfasst werden lediglich rein

technische Handlungen wie Schreifarbeiten, Anmietung von Räumen und dergleichen.

- 39 Jede Vorarbeit nimmt potentiell Einfluss auf eine Entscheidung; darin liegt gerade ihr Sinn. Das will die Vorschrift nicht ausschließen. Sie will nicht jegliche Einflussnahme bekämpfen, sondern nur die im Interesse eines Eisenbahnverkehrsunternehmens. Das ergibt sich aus ihrem Zweck, den Schienenwegebetreiber in seinen netzzugangsrelevanten Entscheidungen von Eisenbahnverkehrsunternehmen unabhängig zu stellen (vgl. § 9a Abs. 1 Satz 1 AEG sowie oben C.1.). Dass die Einflussnahme obendrein manipulativ ist, also den Charakter einer nicht offengelegten oder sachwidrigen Fremdbestimmung trägt, ist entgegen der Annahme des Berufungsgerichts nicht erforderlich; auch die offene und sachorientierte Einflussnahme soll unterbunden werden. Jedenfalls soll die Einflussnahme im Interesse eines Verkehrsunternehmens ausgeschlossen werden, das mit dem Schienenwegebetreiber in einem Konzern verbunden ist, wie die Eingangswendung des § 9a Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 AEG zeigt; „Unternehmen gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3“ sind gerade derart integrierte Eisenbahnunternehmen. Ob auch Vorkehrungen gegen eine Einflussnahme im Interesse eines anderen, nicht konzernverbundenen Verkehrsunternehmens geboten sind, mag offenbleiben.
- 40 Mit „Einflussnahme von Dritten außerhalb des Betreibers der Schienenwege“ ist in erster Linie diese ideelle - sachlich-inhaltliche - Einflussnahme im Interesse eines (verbundenen) Eisenbahnverkehrsunternehmens gemeint. Eine andere Frage ist, ob die Wendung obendrein den möglichen Träger der Einflussnahme anspricht, ob mit anderen Worten nur die Einflussnahme durch solche Personen unterbunden werden soll, die dem Infrastrukturunternehmen nicht selbst angehören. Hierdurch würde die Reichweite der Vorschrift allerdings eingeschränkt, ihre praktische Wirksamkeit erheblich relativiert. Dann wären nämlich Vorkehrungen gegen Einflussnahmen im Interesse eines (verbundenen) Eisenbahnverkehrsunternehmens durch eigene Bedienstete des Infrastrukturunternehmens nicht geboten - auch nicht durch solche, die zugleich im Dienst des Eisenbahnverkehrsunternehmens stehen, noch durch solche, die zuvor bei ihm beschäftigt waren oder demnächst zu diesem wechseln oder zurückkehren

(vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 46, Rn. 68). Doch bedarf auch diese Frage keiner Entscheidung.

- 41 Eine Einflussnahme im Interesse eines (im Konzern verbundenen) Eisenbahnverkehrsunternehmens muss „unterbunden“, das heißt tatsächlich wirksam ausgeschlossen werden. Das Gesetz bekämpft damit nicht erst die Einflussnahme selbst, sondern bereits die Gefahr der Einflussnahme; und es gebietet nicht erst wirksame Maßnahmen gegen eine konkret drohende Einflussnahme, sondern wirksame Vorkehrungen gegen jede Möglichkeit der Einflussnahme. Insofern stellt § 9a Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 AEG einen abstrakten Gefährdungstatbestand dar; darauf hat das Verwaltungsgericht zutreffend hingewiesen. Dies steht im Einklang mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht; hiernach muss die Unabhängigkeit des Schienenwegebetreibers nicht nur rechtlich, sondern auch tatsächlich wirksam gesichert sein (vgl. oben C.1.c). Ob das Gesetz darüber hinaus auch dem „bösen Schein“ wehren will, wie zwischen den Beteiligten umstritten und von den Vorinstanzen mit unterschiedlichem Ergebnis erörtert worden ist, kann offenbleiben.
- 42 b) Die Beauftragung der „Konzernjuristen“ begründet die Gefahr der Einflussnahme im Interesse eines konzernverbundenen Eisenbahnverkehrsunternehmens auf die netzzugangsrelevanten Entscheidungen des Schienenwegebetreibers.
- 43 Juristische Berater und Bevollmächtigte nehmen in dem beschriebenen Sinne Einfluss auf die Entscheidungen ihres Auftraggebers. Das gilt zweifelsfrei für die juristische Beratung; sie zeigt Handlungsalternativen auf und bewertet sie nach ihrer rechtlichen Realisierbarkeit und ihren - auch wirtschaftlichen - Folgen. Es gilt aber auch für die Vertretung des Schienenwegebetreibers im Rechtsverkehr mit Dritten, sei es mit dessen Kunden, sei es mit Behörden und vor Gericht. Schon soweit dabei lediglich bereits getroffene Entscheidungen verteidigt werden, sind Bevollmächtigte regelmäßig auch zu deren Veränderung befugt, etwa im Vergleichswege; die Möglichkeit der Einflussnahme besteht auch dann, wenn der ihrer Vollmacht zugrundeliegende Auftrag eine Disposition über die getroffene Entscheidung nur nach Rücksprache und Zustimmung zulässt.



Regelmäßig bereiten rechtliche Vertreter aber auch künftige Entscheidungen vor, sei es, dass sie Verhandlungen für künftige Verträge führen, sei es, dass sie die Entscheidungsfreiheit des Unternehmens gegenüber behördlichen Eingriffen zu wahren suchen. Deshalb lässt sich die Möglichkeit ihrer sachlichen Einflussnahme zeitlich nicht auf die Phase der Entscheidungsvorbereitung beschränken und demzufolge auch nicht dadurch ausschließen, dass eine Mandatierung nur für die Phase der Verteidigung einer getroffenen Entscheidung vorgesehen wird.

- 44 Wenn solche juristischen Berater und Bevollmächtigten Angestellte eines mit dem Infrastrukturunternehmen verbundenen Eisenbahnverkehrsunternehmens oder des gemeinsamen Mutterunternehmens sind, begründet dies die Gefahr, dass sie ihre - Einfluss nehmende - Tätigkeit (auch) im Interesse des Eisenbahnverkehrsunternehmens entfalten. Hierfür ist gleichgültig, ob sie innerhalb ihres eigenen Unternehmens von Weisungen ihres Arbeitgebers freigestellt sind, ob mit anderen Worten eine gezielte Einflussnahme des Eisenbahnverkehrsunternehmens oder des Mutterunternehmens vermittels seines Arbeitnehmers auf einzelne Entscheidungen des Infrastrukturunternehmens ausgeschlossen ist; die zwischen den Beteiligten umstrittene und von den Vorinstanzen unterschiedlich beantwortete Frage, ob eine derartige Freistellung von Weisungen gesellschafts- und arbeitsrechtlich überhaupt möglich und ob sie tatsächlich wirksam wäre, bedarf daher keiner Entscheidung. Eine Einflussnahme im Interesse des (verbundenen) Eisenbahnverkehrsunternehmens kann nämlich - auch ohne Weisung - von dem Arbeitnehmer selbst ausgehen, weil die Beförderung der Interessen des Eisenbahnverkehrsunternehmens zugleich in seinem eigenen persönlichen Interesse liegt. Ein „Konzernjurist“ ist als Arbeitnehmer persönlich von seinem Arbeitgeber abhängig. Verfolgen der Arbeitgeber und der fremde Auftraggeber unterschiedliche Interessen, wie dies zwischen einem Verkehrsunternehmen und einem Infrastrukturunternehmen vielfach der Fall ist, so gerät der Konzernjurist typischerweise in eine Interessenkollision. Es besteht die naheliegende Gefahr, dass er den Interessen seines Arbeitgebers im Zweifel den Vorzug gibt, schon weil er dort seine bisherige berufliche Laufbahn zurückgelegt hat - beruflich „groß geworden“ ist - und seine künftige Laufbahn nicht in Frage stellen will. Auch wenn er also aufgrund unter-

nehmensinterner Regeln sachlichen Weisungen seines Arbeitgebers in den Angelegenheiten des Infrastrukturunternehmens nicht unterliegt, ist doch nicht ausgeschlossen und kann schlechterdings wirksam nicht ausgeschlossen werden, dass der Konzernjurist - bewusst oder nicht - auch in diesen Angelegenheiten die Interessen seines Arbeitgebers zur Geltung bringt.

- 45 Hiergegen können die Klägerinnen nicht auf das professionelle Selbstverständnis eines juristischen Beraters und seine persönliche Integrität verweisen. Anwaltliches Standesrecht und Berufsethos sind wichtige Grundpfeiler einer Rechtspflege, die allein dem Recht verpflichtet ist. Insofern wirken sie einer interessengeleiteten Rechtsberatung entgegen; sie vermögen sie jedoch nicht sicher auszuschließen und machen deshalb rechtliche Vorkehrungen gegen Interessenkollisionen nicht entbehrlich. Auch die richterliche Unabhängigkeit und das sie tragende richterliche Berufsethos kann Rechtsvorschriften über den Ausschluss und die Ablehnung von Richtern wegen der Besorgnis der Befangenheit nicht erübrigen.
- 46 c) Die Klägerinnen haben keine unternehmensinternen Regelungen geschaffen, die die beschriebene Gefahr der Einflussnahme seitens der Konzernjuristen auf die netzzugangsrelevanten Entscheidungen der Klägerin zu 1 wirksam unterbinden. Zwar richtet sich § 9a Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 AEG an beide miteinander verbundenen Unternehmen und erlaubt und gebietet beiderseitige interne Regelungen, welche die gebotene Unterbindung gegebenenfalls im Zusammenwirken bewerkstelligen. Im vorliegenden Fall aber könnte die Gefahr der Einflussnahme wirksam nur durch eine Regelung der Klägerin zu 1 mit dem Inhalt unterbunden werden, dass die Beauftragung externer - d.h. nicht unternehmensangehöriger - Juristen als ihre rechtlichen Berater oder Vertreter nur in Betracht kommt, wenn diese nicht Arbeitnehmer der Klägerin zu 2 oder eines in deren Konzern verbundenen Eisenbahnverkehrsunternehmens sind. Eine solche Regelung wäre nicht wegen § 43a, § 46 BRAO überflüssig. Sie fehlt; die Klägerin zu 1 weigert sich, sie zu erlassen.
- 47 Hiergegen kann nicht eingewendet werden, von dem Schienenwegebetreiber könne eine derartige unternehmensinterne Regelung nach § 9a Abs. 1 Satz 2

Nr. 5 AEG ihrer Art nach nicht verlangt werden. Richtig ist allerdings, dass der Gesetzgeber offenbar vornehmlich an interne Regelungen zur Beschränkung der unternehmensübergreifenden konzerninternen Kommunikation dachte; die Gesetzesbegründung spricht daher von „chinese walls“ (BTDrucks 15/3280 S. 16 f.), also von unternehmensinternen Regelungen zur Abschottung des Informationsverkehrs gegenüber anderen konzernverbundenen Unternehmen (vgl. Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 351 f.; Masing, 66. Deutscher Juristentag, D 116 f.; Gerstner in Hermes/Sellner, AEG-Kommentar, Rn. 37 zu § 9a AEG; Soldner, Liberalisierung des Eisenbahnwesens, 2008, S. 140 ff.). Daraus lässt sich aber nicht schließen, dass der Schienenwegebetreiber eine bestehende Möglichkeit der Einflussnahme nur auf dem Wege von Kommunikationsregeln unterbinden müsste, sie aber, soweit solche untauglich sind, hinnehmen oder gar selbst eröffnen dürfte. Ebenso wenig ist der Schienenwegebetreiber auf den Erlass eines diesbezüglichen Verhaltenskodex („code of conduct“) beschränkt, durch den in Ergänzung der Arbeitsverträge die Mitarbeiterpflichten seiner Arbeitnehmer konkretisiert werden, auch wenn arbeitsrechtliche Regelungen selbstverständlich unbenommen sind. Erst recht lässt sich § 9a Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 AEG nicht auf das Gebot einer unternehmensinternen Gleichbehandlungsrichtlinie oder eines Gleichbehandlungsprogramms im Sinne des § 8 Abs. 5 EnWG reduzieren. Die Vorschrift verlangt vielmehr den Erlass einer jeglichen unternehmensinternen Regelung, die zur Unterbindung fremder Einflussnahme geeignet ist, auch etwa einer organisatorischen. Es ist deshalb ohne Belang, ob eine unternehmensinterne Regelung, dass Konzernjuristen nicht mit der rechtlichen Beratung oder Vertretung des Schienenwegebetreibers beauftragt werden dürfen, ihrer Art nach eine solche der informationellen oder der organisatorischen Desintegration wäre.

- 48 4. Findet die angefochtene Untersagungsverfügung damit in § 5a Abs. 1 und 2, § 5 Abs. 1 Nr. 1, § 9a Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 AEG eine hinreichende Rechtsgrundlage, so hat das Eisenbahn-Bundesamt auch sein Ermessen fehlerfrei ausgeübt. Das hat zwar - von seinem rechtlichen Standpunkt aus folgerichtig - nicht das Berufungsgericht, wohl aber das Verwaltungsgericht geprüft und mit Recht angenommen.

- 49 a) Die Untersagung ist zur Zweckerreichung geeignet und erforderlich. Wie gezeigt, gebietet § 9a Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 AEG dem Infrastrukturunternehmen den Erlass eigener unternehmensinterner Regeln, die seinem Personal die Beauftragung von Juristen, die bei einem konzernverbundenen Eisenbahnverkehrsunternehmen oder bei dem gemeinsamen Mutterunternehmen beschäftigt sind, als rechtliche Berater und/oder Vertreter untersagen. Weigert sich das Infrastrukturunternehmen, derartige unternehmensinterne Regeln zu erlassen, so kommt für die Eisenbahnaufsichtsbehörde nur in Betracht, die fehlende unternehmensinterne Regel durch eine hoheitliche Regelung zu ersetzen. Dies stellt keine Ersatzvornahme im vollstreckungsrechtlichen Sinne dar, setzt also insbesondere nicht die vorherige Anordnung voraus, die fehlende unternehmensinterne Regelung zu erlassen; die möglichen Aufsichtsmaßnahmen werden durch § 5a Abs. 2 AEG nicht in diesem Sinne beschränkt. Davon unberührt bleibt die Möglichkeit des Eisenbahninfrastrukturunternehmens, durch Erlass der fehlenden unternehmensinternen Regelung - und deren tatsächliche Befolgung - die hoheitliche Aufsichtsmaßnahme zu erübrigen.
- 50 b) Durch die Untersagung wird die Freiheit der beteiligten Unternehmen, sich als konzernverbundene Aktiengesellschaften zu organisieren, nicht übermäßig eingeschränkt. Auch hier mag offenbleiben, ob das Recht der Klägerinnen zur unternehmerischen Selbstorganisation nicht nur einfach-rechtlich, sondern auch als Grundrecht besteht, obwohl sie unmittelbare oder mittelbare Bundesunternehmen sind. Die Einschränkungen dieses Rechts stehen jedenfalls offensichtlich nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der damit verfolgten öffentlichen Belange.
- 51 Das Gesetz bezweckt, den Wettbewerb der Eisenbahnverkehrsunternehmen auf dem Eisenbahnnetz herzustellen und zu sichern. Das setzt den freien und gleichen Zugang aller Verkehrsunternehmen zum Netz voraus. Weil der Netzbetreiber ein faktisches Monopol innehat, aber über den Zugang zu seinem Netz entscheidet, muss sichergestellt werden, dass er diese Entscheidungen diskriminierungsfrei trifft. Das wiederum setzt voraus, dass sie von jeglicher Einflussnahme seitens eines der beteiligten Eisenbahnverkehrsunternehmen frei

gehalten werden. § 9a AEG dient dazu, die Unabhängigkeit des Schienenwegbetreibers in seinen netzzugangsrelevanten Entscheidungen auch unter den Bedingungen einer Konzernstruktur zu sichern. Das Gesetz verfolgt damit einen Gemeinwohlbelang von erheblichem Gewicht, der zudem durch das europäische Gemeinschaftsrecht vorgegeben ist. Es ist zugleich bemüht, bestehende Konzernstrukturen so weit wie möglich zu schonen; der Gesetzgeber ist nicht so weit gegangen, Konzernverbindungen zwischen dem Netzbetreiber und einzelnen Eisenbahnverkehrsunternehmen gänzlich zu untersagen.

- 52 Das auf § 9a Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 AEG gestützte, an den Schienenwegbetreiber gerichtete Verbot, Konzernjuristen zu beauftragen, führt nicht dazu, dass die Konzernmutter - die Klägerin zu 2 - keine zentrale Rechtsabteilung für alle Konzerntöchter mehr vorhalten könnte. Deren Tätigkeit für die konzernangehörigen Eisenbahnverkehrsunternehmen bleibt unbenommen, ebenso deren Tätigkeit für die konzernangehörigen Infrastrukturunternehmen, soweit es nicht um Angelegenheiten des Netzzugangs und der Wegeentgelte geht. Die Sorge der Klägerinnen, dass damit sämtliche zentralen Dienste („shared services“) der Konzernmutter in Frage gestellt werden, überzeichnet das Gewicht des Eingriffs erheblich; in der Folge der hier untersagten Dienstleistungen der zentralen Rechtsabteilung mögen zwar weitere zentrale Dienste wie etwa zentrale EDV-Abteilungen einer genaueren Überprüfung anhand von § 9a Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 AEG zu unterziehen sein, doch kann keine Rede davon sein, dass die Grundentscheidung, Konzernverbindungen weiterhin zu akzeptieren, weitgehend oder gar völlig unterlaufen würde. Im Übrigen muss betont werden, dass diese Grundentscheidung ihre Grenze in der auch gemeinschaftsrechtlich gebotenen Sicherung der Unabhängigkeit des Schienenwegbetreibers in seinen netzzugangsrelevanten Entscheidungen findet.

53 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2, § 159 Satz 1 VwGO, § 100 Abs. 1 ZPO.

Kley

Liebler

Prof. Dr. Dr. h.c. Rennert

Buchheister

Dr. Wysk

Sachgebiet:

BVerwGE: ja

Verkehrswirtschaftsrecht

Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

VwGO § 139

AEG § 9a

Stichworte:

Rechtsmittel; Revision; Rechtsmittelbegründung; Revisionsbegründung; Frist; Rechtsmittelbegründungsfrist; Revisionsbegründungsfrist; Schriftform; Unterschrift; Eisenbahn-Bundesamt; Regulierung; Regulierungsbehörde; Eisenbahnunternehmen; Eisenbahninfrastrukturunternehmen; Eisenbahnverkehrsunternehmen; Schienenwegebetreiber; Konzern; Eisenbahnkonzern; verbundene Unternehmen; vertikal verbundene Unternehmen; Entflechtung; unbundling; Entscheidung; Entscheidungsvorbereitung; Einflussnahme; Rechtsberater; rechtliche Berater; juristische Berater; Konzernjuristen.

Leitsatz:

Die Vorschrift des § 9a Abs. 1 Satz 1 AEG stellt keine Generalklausel dar, sondern formuliert die Ziele, denen die in § 9a Abs. 1 Satz 2 AEG im Einzelnen vorgesehenen Maßnahmen und Pflichten der Eisenbahnunternehmen dienen. Sie leitet damit deren Auslegung, kann jedoch für sich allein keine Pflichten begründen, die dort nicht vorgesehen sind.

§ 9a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AEG verbietet Doppelfunktionen des entscheidenden Personals des Schienenwegebetreibers. Das bezieht - und beschränkt - sich auf die zu im Rechtssinne bindenden Entscheidungen berufenen Organe und Mitarbeiter des Schienenwegebetreibers.

§ 9a Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 AEG sucht die Unabhängigkeit der netzzugangsrelevanten Entscheidungen des Schienenwegebetreibers gegen jede Einflussnahme im Interesse eines konzernverbundenen Eisenbahnverkehrsunternehmens zu sichern. Erfasst werden alle Vorbereitungshandlungen, mit denen sachlich auf die zu treffende Entscheidung Einfluss genommen werden kann.

Ein Schienenwegebetreiber darf sich in netzzugangsrelevanten Angelegenheiten nicht von Juristen rechtlich beraten oder vertreten lassen, die Angestellte eines konzernverbundenen Eisenbahnverkehrsunternehmens oder des gemeinsamen Mutterunternehmens sind.

Urteil des 3. Senats vom 18. Mai 2010 - BVerwG 3 C 21.09

- I. VG Köln vom 14.11.2007 - Az.: VG 18 K 1596/07 u.1572/07 -
- II. OVG Münster vom 20.05.2009 - Az.: OVG 20 A 3609/07 u. 3607/07 -