Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Erste Kammer)

28. Februar 2013*

„Vertragsverletzung eines Mitgliedstaats — Verkehr — Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft — Richtlinie 91/440/EG — Art. 6 Abs. 3 und Anhang II — Richtlinie 2001/14/EG — Art. 4 Abs. 2 und 14 Abs. 2 — Betreiber der Infrastruktur — Organisatorische und entscheidungsbezogene Unabhängigkeit — Holdingstruktur — Unvollständige Umsetzung“

In der Rechtssache C-555/10

betreffend eine Vertragsverletzungsklage nach Art. 258 AEUV, eingereicht am 26. November 2010,

Europäische Kommission, vertreten durch H. Støvlbæk, B. Simon, G. Braun und R. Vidal Puig als Bevollmächtigte, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Klägerin,

gegen

Republik Österreich, vertreten durch C. Pesendorfer und U. Zechner als Bevollmächtigte, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Beklagte,

unterstützt durch

Italienische Republik, vertreten durch G. Palmieri als Bevollmächtigte im Beistand von S. Fiorentino, avvocato dello Stato, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Streithelferin,

erlässt

DER GERICHTSHOF (Erste Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten A. Tizzano, der Richter A. Borg Barthet (Berichterstatter), E. Levits und J.-J. Kasel und der Richterin M. Berger,

Generalanwalt: N. Jääskinen,

Kanzler: C. Strömholm, Verwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 23. Mai 2012,

* Verfahrenssprache: Deutsch.

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 6. September 2012

folgendes

Urteil

1 Mit ihrer Klageschrift beantragt die Europäische Kommission, festzustellen, dass die Republik Österreich gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 6 Abs. 3 und Anhang II der Richtlinie 91/440/EWG des Rates vom 29. Juli 1991 zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft (ABl. L 237, S. 25) in der durch die Richtlinie 2001/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2001 (ABl. L 75, S. 1) geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 91/440) sowie aus den Art. 4 Abs. 2 und 14 Abs. 2 der Richtlinie 2001/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2001 über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn und die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur (ABl. L 75, S. 29) in der durch die Richtlinie 2007/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 (ABl. L 315, S. 44) geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 2001/14) verstoßen hat, indem sie nicht die erforderlichen Maßnahmen getroffen hat, um sicherzustellen, dass die Stelle, die mit der Ausübung der wesentlichen Funktionen nach Anhang II der Richtlinie 91/440 betraut ist, von dem die Eisenbahnverkehrsleistungen erbringenden Unternehmen unabhängig ist.

Rechtlicher Rahmen

Unionsrecht

Richtlinie 91/440

2 Der vierte Erwägungsgrund der Richtlinie 91/440 lautet:

„Die künftige Entwicklung und eine wirtschaftliche Nutzung des Eisenbahnnetzes können durch eine Trennung zwischen der Erbringung der Verkehrsleistungen und dem Betrieb der Eisenbahninfrastruktur erleichtert werden. Dies setzt voraus, dass beide Bereiche in jedem Fall ein getrenntes Rechnungswesen erhalten und getrennt verwaltet werden."

3 Art. 6 Abs. 1 bis 3 dieser Richtlinie bestimmt:

„(1) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass getrennte Gewinn- und Verlustrechnungen und Bilanzen für die Erbringung von Verkehrsleistungen durch Eisenbahnunternehmen einerseits und für den Betrieb der Infrastruktur andererseits erstellt und veröffentlicht werden. Öffentliche Gelder zugunsten eines dieser beiden Tätigkeitsbereiche dürfen nicht auf den anderen übertragen werden.

Dieses Verbot muss auch in der Rechnungsführung der beiden Bereiche zum Ausdruck kommen.

(2) Die Mitgliedstaaten können ferner vorsehen, dass diese beiden Tätigkeiten in organisch voneinander getrennten Unternehmensbereichen innerhalb desselben Unternehmens ausgeübt werden oder dass eine getrennte Einrichtung den Betrieb der Infrastruktur übernimmt.

(3) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die Funktionen nach Anhang II, die für einen gerechten und nichtdiskriminierenden Zugang zur Infrastruktur ausschlaggebend sind, an Stellen oder Unternehmen übertragen werden, die selbst keine Eisenbahnverkehrsleistungen erbringen. Ungeachtet der Organisationsstrukturen ist der Nachweis zu erbringen, dass dieses Ziel erreicht worden ist.

Die Mitgliedstaaten können jedoch Eisenbahnunternehmen oder jeder anderen Stelle die Erhebung von Entgelten und die Verantwortung für die Verwaltung der Eisenbahninfrastruktur übertragen, wozu Investitionen, Wartung und Finanzierung gehören."

4 Anhang II der Richtlinie enthält das Verzeichnis der wesentlichen Funktionen nach Art. 6 Abs. 3:

„– Vorarbeiten und Entscheidungen über die Zulassung von Eisenbahnunternehmen, einschließlich der Gewährung einzelner Genehmigungen;

– Entscheidungen über die Trassenzuweisung, einschließlich sowohl der Bestimmung als auch der Beurteilung der Verfügbarkeit und der Zuweisung von einzelnen Zugtrassen;

– Entscheidungen über die Wegeentgelte;

– Überwachung der Einhaltung von Verpflichtungen zur Bereitstellung bestimmter Dienstleistungen für die Allgemeinheit".

Richtlinie 2001/14

5 Die Erwägungsgründe 11 und 16 der Richtlinie 2001/14 lauten:

„(11) Bei den Entgelt- und Kapazitätszuweisungsregelungen sollte allen Unternehmen ein gleicher und nichtdiskriminierender Zugang geboten werden und so weit wie möglich angestrebt werden, den Bedürfnissen aller Nutzer und Verkehrsarten gerecht und in nichtdiskriminierender Weise zu entsprechen.

…

(16) Entgelt- und Kapazitätszuweisungsregelungen sollten einen fairen Wettbewerb bei der Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen ermöglichen."

6 Art. 4 Abs. 2 dieser Richtlinie bestimmt:

„Ist der Betreiber der Infrastruktur rechtlich, organisatorisch oder in seinen Entscheidungen nicht von Eisenbahnunternehmen unabhängig, so werden die in diesem Kapitel dargelegten Aufgaben – außer der Erhebung von Entgelten – von einer entgelterhebenden Stelle wahrgenommen, die rechtlich, organisatorisch und in ihren Entscheidungen von Eisenbahnunternehmen unabhängig ist."

7 Art. 14 Abs. 1 und 2 der Richtlinie lautet:

„(1) Die Mitgliedstaaten können eine Rahmenregelung für die Zuweisung von Fahrwegkapazität schaffen, sofern dabei die Unabhängigkeit der Geschäftsführung gemäß Artikel 4 der Richtlinie 91/440/EWG gewahrt wird. Es werden spezifische Regeln für die Zuweisung von Fahrwegkapazität festgelegt. Der Betreiber der Infrastruktur führt die Verfahren zur Zuweisung von Fahrwegkapazität durch. Insbesondere gewährleistet der Betreiber der Infrastruktur, dass die Fahrwegkapazität auf gerechte und nichtdiskriminierende Weise unter Einhaltung des Gemeinschaftsrechts zugewiesen wird.

(2) Ist der Betreiber der Infrastruktur rechtlich, organisatorisch oder in seinen Entscheidungen nicht von Eisenbahnunternehmen unabhängig, so werden die in Absatz 1 genannten und in diesem Kapitel im Weiteren dargelegten Aufgaben von einer Zuweisungsstelle wahrgenommen, die rechtlich, organisatorisch und in ihren Entscheidungen von Eisenbahnunternehmen unabhängig ist."

Österreichisches Recht

8 Der zweite Teil („ÖBB-Holding AG") des Bundesbahngesetzes (BGBl. Nr. 825/1992) in geänderter Fassung (BGBl. I Nr. 95/2009) enthält die §§ 2 bis 4.

9 § 2 („Gründung und Errichtung") dieses Gesetzes bestimmt in Abs. 1:

„Der Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie hat eine Kapitalgesellschaft in Form einer Aktiengesellschaft mit einem Grundkapital in der Höhe von 1,9 Milliarden Euro, dem Firmenwortlaut ‚Österreichische Bundesbahnen-Holding Aktiengesellschaft', im Folgenden als ÖBB-Holding AG bezeichnet, und dem Sitz in Wien zu gründen und zu errichten, deren Anteile dem Bund zu 100 vH vorbehalten sind. Eine Gründungsprüfung entfällt."

10 § 3 („Verwaltung der Anteilsrechte") des Gesetzes lautet:

„Die Verwaltung der Anteilsrechte namens des Bundes obliegt dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie."

11 § 4 des Gesetzes sieht vor:

„(1) Unternehmensgegenstand der ÖBB-Holding AG ist die Wahrnehmung ihrer Anteilsrechte an den Gesellschaften, an denen sie unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist, mit der Zielsetzung einer strategischen Ausrichtung.

(2) Wesentliche Aufgaben der Gesellschaft sind:

1. die Gesamtkoordination der Erstellung und Umsetzung der Unternehmensstrategien der Gesellschaften;

2. die Sicherstellung der Transparenz der eingesetzten öffentlichen Mittel.

(3) Die ÖBB-Holding AG kann überdies sämtliche Maßnahmen setzen, die im Hinblick auf den ihr übertragenen Unternehmensgegenstand und ihre wesentlichen Aufgaben notwendig oder zweckmäßig sind. Dazu gehören im Personalwesen insbesondere strategische Maßnahmen für den Personalausgleich zwischen den Gesellschaften."

12 Der dritte Teil des Bundesbahngesetzes trägt die Überschrift „Umstrukturierung der Österreichischen Bundesbahnen".

13 § 25 des Gesetzes bestimmt:

„Zur Durchführung der Umstrukturierung der Österreichischen Bundesbahnen hat die ÖBB-Holding AG bis spätestens 31. Mai 2004 eine Aktiengesellschaft mit einem Grundkapital in der Höhe von 70 000 Euro, dem Firmenwortlaut ‚ÖBB-Infrastruktur Betrieb Aktiengesellschaft', im Folgenden als ÖBB-Infrastruktur … bezeichnet, und dem Sitz in Wien zu gründen und zu errichten."

14 § 62 („Zuweisungsstelle“) des Eisenbahngesetzes (BGBl. Nr. 60/1957) in geänderter Fassung (BGBl. I Nr. 95/2009) lautet:

„(1) Zuweisungsstelle ist das Eisenbahninfrastrukturunternehmen.

(2) Ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen, das rechtlich, organisatorisch und in seinen Entscheidungen von Eisenbahnverkehrsunternehmen unabhängig ist, kann die mit der Funktion als Zuweisungsstelle verbundenen Aufgaben ganz oder teilweise aber auch an die Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH oder an ein anderes geeignetes Unternehmen bzw. an eine andere geeignete Stelle mit schriftlichem Vertrag übertragen.

(3) Die Wahrnehmung der mit der Funktion einer Zuweisungsstelle verbundenen Aufgaben durch ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen, das rechtlich, organisatorisch und in seinen Entscheidungen von Eisenbahnverkehrsunternehmen nicht unabhängig ist, ist jedoch unzulässig. Ein solches Eisenbahninfrastrukturunternehmen hat sämtliche mit der Funktion einer Zuweisungsstelle verbundenen Aufgaben entweder an die Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH oder an ein anderes geeignetes Unternehmen bzw. eine andere geeignete Stelle, an die beiden Letztgenannten aber nur dann, wenn diese rechtlich, organisatorisch und in ihren Entscheidungen von Eisenbahnverkehrsunternehmen unabhängig sind, mit schriftlichem Vertrag zu übertragen, die sodann diese Aufgaben als Zuweisungsstelle an Stelle des Eisenbahninfrastrukturunternehmens eigenverantwortlich wahrzunehmen haben; der Vertrag darf keine Regelung enthalten, die eine gesetzeskonforme Ausübung der mit der Funktion einer Zuweisungsstelle verbundenen Aufgaben beeinträchtigen oder unmöglich machen würde.

(4) Eisenbahninfrastrukturunternehmen haben der Schienen-Control GmbH das Unternehmen bekannt zu geben, an das sie die mit der Funktion einer Zuweisungsstelle verbundenen Aufgaben ganz oder teilweise vertraglich übertragen haben.“

15 § 74 („Wettbewerbsaufsicht“) dieses Gesetzes bestimmt:

„(1) Die Schienen-Control Kommission hat von Amts wegen

1. einer Zuweisungsstelle hinsichtlich des Zuganges zur Schieneninfrastruktur einschließlich sämtlicher damit verbundener Bedingungen im Hinblick auf die administrativen, technischen und finanziellen Modalitäten wie etwa das Benützungsentgelt und hinsichtlich der Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen einschließlich sämtlicher damit verbundener Bedingungen im Hinblick auf die administrativen, technischen und finanziellen Modalitäten wie etwa angemessener Kostenersatz und branchenübliches Entgelt ein nichtdiskriminierendes Verhalten aufzuerlegen oder das diskriminierende Verhalten zu untersagen oder

2. einem Eisenbahnverkehrsunternehmen hinsichtlich der Zurverfügungstellung von Serviceleistungen und der Zusatzleistung Durchführung von Verschubbetrieb einschließlich sämtlicher damit verbundener Bedingungen im Hinblick auf die administrativen, technischen und finanziellen Modalitäten wie etwa angemessener Kostenersatz und branchenübliches Entgelt ein nichtdiskriminierendes Verhalten aufzuerlegen oder das diskriminierende Verhalten zu untersagen oder

3. diskriminierende Schienennetz-Nutzungsbedingungen, diskriminierende allgemeine Geschäftsbedingungen, diskriminierende Verträge oder diskriminierende Urkunden ganz oder teilweise für unwirksam zu erklären.

(2) Die Zuständigkeiten des Kartellgerichtes bleiben unberührt.“

16 § 70 („Leitung der Aktiengesellschaft“) des Aktiengesetzes (BGBl. Nr. 98/1965) sieht vor:

„(1) Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft so zu leiten, wie das Wohl des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses es erfordert.

(2) Der Vorstand kann aus einer oder mehreren Personen bestehen. Ist ein Vorstandsmitglied zum Vorsitzenden des Vorstands ernannt, so gibt, wenn die Satzung nichts anderes bestimmt, seine Stimme bei Stimmengleichheit den Ausschlag.“

17 § 75 („Bestellung und Abberufung des Vorstands“) des Aktiengesetzes bestimmt:

„(1) Vorstandsmitglieder bestellt der Aufsichtsrat auf höchstens fünf Jahre. Wenn die Bestellung eines Vorstandsmitglieds auf eine bestimmte längere Zeit, auf unbestimmte Zeit oder ohne Zeitangabe erfolgt, ist sie fünf Jahre wirksam. Eine wiederholte Bestellung ist zulässig; sie bedarf jedoch zu ihrer Wirksamkeit der schriftlichen Bestätigung durch den Vorsitzenden des Aufsichtsrats. Diese Vorschriften gelten sinngemäß für den Anstellungsvertrag.

(2) Eine juristische Person oder eine Personengesellschaft (offene Gesellschaft, Kommanditgesellschaft) kann nicht zum Vorstandsmitglied bestellt werden.

(3) Werden mehrere Personen zu Vorstandsmitgliedern bestellt, so kann der Aufsichtsrat ein Mitglied zum Vorsitzenden des Vorstands ernennen.

(4) Der Aufsichtsrat kann die Bestellung zum Vorstandsmitglied und die Ernennung zum Vorsitzenden des Vorstands widerrufen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ein solcher Grund ist namentlich grobe Pflichtverletzung, Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung oder Entziehung des Vertrauens durch die Hauptversammlung, es sei denn, dass das Vertrauen aus offenbar unsachlichen Gründen entzogen worden ist. Dies gilt auch für den vom ersten Aufsichtsrat bestellten Vorstand. Der Widerruf ist wirksam, solange nicht über seine Unwirksamkeit rechtskräftig entschieden ist. Ansprüche aus dem Anstellungsvertrag werden hiedurch nicht berührt.“

18 § 3 Abs. 4 der Satzung der ÖBB-Infrastruktur lautet in ihrer Fassung vom 30. Juni 2010:

„Die Verfolgung dieses Unternehmensgegenstandes liegt auch im gemeinsamen Interesse jener Gesellschaften, an denen die Österreichische Bundesbahnen-Holding Aktiengesellschaft direkt oder indirekt mehrheitlich beteiligt ist, und ist – soweit dadurch nicht die europarechtlich und im Eisenbahngesetz vorgesehene rechtliche, organisatorische und in der Entscheidung erforderliche Unabhängigkeit der ÖBB-Infrastruktur … von Eisenbahnverkehrsunternehmen (insbesondere in Bezug auf die Trassenzuweisung, Trassenentgeltfestsetzung, Erteilung von Sicherheitsbescheinigungen und Festlegung von Betriebsvorschriften) beeinträchtigt wird – unter Wahrung der gesamtstrategischen Ziele umzusetzen.“

Vorverfahren und Verfahren vor dem Gerichtshof

19 Im Mai 2007 legte die Kommission den österreichischen Behörden einen Fragebogen vor, um die Umsetzung der Richtlinie 2001/12, der Richtlinie 2001/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2001 zur Änderung der Richtlinie 95/18/EG des Rates über die Erteilung von Genehmigungen an Eisenbahnunternehmen (ABl. L 75, S. 26) und der Richtlinie 2001/14 durch die Republik Österreich zu überprüfen. Dieser wurde mit Schreiben vom 2. August 2007 beantwortet.

20 Mit Schreiben vom 27. Juni 2008 forderte die Kommission die Republik Österreich auf, den Richtlinien 91/440, 95/18 und 2001/14 nachzukommen.

21 Die Republik Österreich antwortete auf diese Aufforderung mit Schreiben vom 30. September 2008.

22 Am 19. März 2009 wurde in Brüssel zwischen Vertretern der Kommission und der österreichischen Regierung die Vereinbarkeit der österreichischen Rechtsvorschriften und des österreichischen Eisenbahnsystems mit den Richtlinien des ersten Eisenbahnpakets erörtert. Das anschließende Schreiben der Generaldirektion „Energie und Verkehr“ der Kommission vom 9. Juni 2009 an die Republik Österreich wurde von dieser mit Schreiben vom 16. Juli 2009 beantwortet.

23 Mit Schreiben vom 8. Oktober 2009 richtete die Kommission an die Republik Österreich eine mit Gründen versehene Stellungnahme, in der sie feststellte, dass dieser Mitgliedstaat seinen Verpflichtungen aus Art. 6 Abs. 3 und Anhang II der Richtlinie 91/440 sowie aus den Art. 4 Abs. 2 und 14 Abs. 2 der Richtlinie 2001/14 nicht nachgekommen sei. Die Kommission forderte den Mitgliedstaat auf, innerhalb von zwei Monaten nach Eingang der mit Gründen versehenen Stellungnahme die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um ihr nachzukommen.

24 Mit Schreiben vom 9. Dezember 2009 antwortete die Republik Österreich auf die mit Gründen versehene Stellungnahme und bestritt die ihr von der Kommission vorgeworfene Vertragsverletzung.

25 Da die Antwort der Republik Österreich die Kommission nicht zufriedenstellte, hat sie die vorliegende Klage erhoben.

26 Mit Beschluss vom 26. Mai 2011 hat der Präsident des Gerichtshofs die Italienische Republik als Streithelferin zur Unterstützung der Anträge der Republik Österreich zugelassen.

Zur Klage

Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

27 Die Kommission vertritt die Auffassung, die mit der Ausübung der in Anhang II der Richtlinie 91/440 aufgeführten wesentlichen Funktionen betraute Stelle müsse nicht nur in rechtlicher, sondern auch in wirtschaftlicher Hinsicht von dem die Eisenbahnverkehrsleistungen erbringenden Unternehmen unabhängig sein.

28 Auch wenn Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie 91/440 nicht ausdrücklich verlange, dass die mit der Ausübung der wesentlichen Funktionen betraute Stelle von den die Eisenbahnverkehrsleistungen erbringenden Unternehmen „unabhängig“ sei, müsse der in dieser Bestimmung verwendete Begriff „Unternehmen“ nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs gleichwohl dahin ausgelegt werden, dass er alle Einrichtungen umfasse, die, selbst wenn sie rechtlich getrennt seien, als „wirtschaftliche Einheit“ handelten.

29 Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie 91/440 sei dahin auszulegen, dass die in Anhang II der Richtlinie 91/440 aufgeführten wesentlichen Funktionen von einer von den Eisenbahnunternehmen sowohl rechtlich als auch organisatorisch und in ihren Entscheidungen unabhängigen Stelle wahrgenommen werden müssten.

30 Würden die genannten wesentlichen Funktionen von einer Gesellschaft ausgeübt, die – wie die ÖBB-Infrastruktur – von einer Eisenbahnholding abhängig sei, so müsse geprüft werden, inwieweit und unter welchen Bedingungen diese Gesellschaft, die auch der mit diesen wesentlichen Funktionen betraute Infrastrukturbetreiber sei, als vom Eisenbahnverkehrsleistungen erbringenden Unternehmen, d. h. der Holding und den von ihr abhängigen Gesellschaften, die Personen- und Güterverkehrsdienste erbrächten, „unabhängig“ angesehen werden könne, obwohl sie zum selben Konzern gehörten.

31 Die Republik Österreich habe aber keine wirkungsvollen Mechanismen vorgesehen, um sicherzustellen, dass der Betreiber der Eisenbahninfrastruktur, die ÖBB-Infrastruktur, organisatorisch und in seinen Entscheidungen unabhängig sei. Somit habe dieser Mitgliedstaat gegen seine Verpflichtungen aus Art. 6 Abs. 3 und Anhang II der Richtlinie 91/440 sowie aus den Art. 4 Abs. 2 und 14 Abs. 2 der Richtlinie 2001/14 verstoßen.

32 Um zu prüfen, ob die Mitgliedstaaten nachweisen könnten, dass ihre nationalen Eisenbahn-Holdinggesellschaften oder sonstigen Kontrolleinrichtungen die notwendige Unabhängigkeit der in Anhang II der Richtlinie 91/440 aufgeführten wesentlichen Funktionen gewährleisteten, dass Mutter- und Tochtergesellschaft nicht als wirtschaftliche Einheit und somit als ein Unternehmen agieren könnten und dass Interessenkonflikte vermieden würden, habe die Kommission bereits 2006 die Kriterien bekannt gegeben, anhand deren sie die von der Richtlinie 2001/14 geforderte Unabhängigkeit und die zu deren Gewährleistung vorgesehenen Maßnahmen überprüfe. Diese Kriterien seien in Anlage 5 des dem Bericht vom 3. Mai 2006 über die Durchführung des ersten Eisenbahnpakets (KOM[2006] 189) beigefügten Arbeitspapiers der Kommissionsdienststellen (im Folgenden: Anlage 5) aufgeführt.

33 Erstens müsse die Erfüllung der Unabhängigkeitsanforderungen von einer unabhängigen Behörde, etwa der Eisenbahn-Regulierungsbehörde, oder einem Dritten überwacht werden. Wettbewerbern sollte bei Verstößen gegen das Unabhängigkeitsgebot eine Beschwerdemöglichkeit offenstehen. Beides sei in der Republik Österreich nicht der Fall.

34 Zweitens sollte es gesetzliche oder zumindest vertragliche Regelungen über die Unabhängigkeit im Verhältnis zwischen der Holding und der mit den in Anhang II der Richtlinie 91/440 aufgeführten wesentlichen Funktionen betrauten Stelle sowie zwischen Letzterer und anderen Eisenbahnverkehrsleistungen erbringenden Unternehmen des Konzerns oder anderen von der Holding kontrollierten Einrichtungen geben, insbesondere der Versammlung der Anteilseigner der mit wesentlichen Funktionen betrauten Stelle.

35 Dass § 3 der Satzung und § 10 Abs. 3 der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats der ÖBB-Infrastruktur bestimmten, dass bei der Ausübung der wesentlichen Funktionen der Vorstand dieser Gesellschaft keinen Weisungen seitens des Aufsichtsrats oder der ÖBB-Holding AG (im Folgenden: ÖBB-Holding) unterliege, reiche nicht aus, um mögliche Interessenkonflikte des Leitungspersonals des Betreibers der Eisenbahninfrastruktur im Verhältnis zur Holding auszuschließen, da Manager, die von der Holding ernannt und entlassen werden könnten, dem Druck ausgesetzt seien, keine Entscheidungen zulasten der wirtschaftlichen Interessen ihrer Holding zu treffen.

36 Drittens sollten die Vorstandsmitglieder der Holdinggesellschaft und anderer Unternehmen der Holding nicht dem Vorstand der mit wesentlichen Funktionen nach Anhang II der Richtlinie 91/440 betrauten Stelle angehören.

37 Es lasse sich nämlich nur schwer argumentieren, dass der Vorstand der mit diesen wesentlichen Funktionen betrauten Stelle in seinen Entscheidungen vom Vorstand der Holding unabhängig sei, wenn beiden Vorständen dieselben Personen angehörten. Es bestehe keine gesetzliche Schranke zur Verhinderung dieser Situation.

38 Viertens gebe es keine Bestimmung, nach der Mitglieder des Leitungsgremiums der mit wesentlichen Funktionen nach Anhang II der Richtlinie 91/440 betrauten Stelle und die mit solchen Funktionen betrauten Führungskräfte während einer angemessenen Zahl von Jahren nach Aufgabe ihrer Tätigkeit für die betreffende Stelle keine Führungsposition in der Holding oder in anderen von der Holding kontrollierten Einrichtungen bekleiden dürften. In diesem Zusammenhang stehe der von der Republik Österreich ins Treffen geführte Art. 15 der Charta der Grundrechte, der ein Grundrecht auf

Berufsfreiheit und das Recht zu arbeiten begründe, jedoch unter dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt des Art. 52 dieser Charta. Eine angemessene Beschränkung der Berufsausübung sei daher gerechtfertigt.

39 Fünftens müsse die Ernennung der Mitglieder des Leitungsgremiums der mit wesentlichen Funktionen nach Anhang II der Richtlinie 91/440 betrauten Stelle unter klar definierten Bedingungen erfolgen und sei mit entsprechenden rechtlichen Verpflichtungen zu verbinden, damit die völlige Unabhängigkeit der Beschlussfassung sichergestellt sei. Sie sollten unter Aufsicht einer unabhängigen Behörde ernannt und abberufen werden.

40 Sechstens müsse die mit diesen wesentlichen Funktionen betraute Stelle über eigenes Personal verfügen und in separaten oder zugangsgesicherten Räumlichkeiten untergebracht sein.

41 Schließlich macht die Kommission geltend, die Vorkehrungen zur Sicherstellung der Unabhängigkeit der ÖBB-Infrastruktur von der ÖBB-Holding seien nicht ausreichend.

42 Die Kommission weist ferner darauf hin, dass es in anderen regulierten Sektoren Regelungen gebe, die die in Anlage 5 genannten Kriterien übernähmen. In ihrer mit Gründen versehenen Stellungnahme hat sie dabei die in den Bestimmungen über den Elektrizitäts- und den Erdgasbinnenmarkt vorgesehenen Zeiträume der Unvereinbarkeit bestimmter Aufgaben angeführt.

43 Die Republik Österreich macht geltend, es sei keine „wirtschaftliche Unabhängigkeit“ des Betreibers der Eisenbahninfrastruktur umzusetzen, da sich die Vorschriften des ersten Eisenbahnpakets zum einen an den in Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie 91/440 vorgesehenen Zielen und zum anderen an den in Art. 4 Abs. 2 und Art. 14 Abs. 2 der Richtlinie 2001/14 genannten Aufgaben orientierten. Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie 91/440 gebe lediglich die Erreichung eines Ziels vor, nämlich die Übertragung der in Anhang II dieser Richtlinie aufgeführten wesentlichen Funktionen an unabhängige Stellen oder Unternehmen, und die Art. 4 Abs. 2 und 14 Abs. 2 der Richtlinie 2001/14 gäben die Art und Weise der Wahrnehmung dieser Funktionen vor, nämlich durch eine rechtlich, organisatorisch und in ihren Entscheidungen von Eisenbahnunternehmen unabhängige Stelle.

44 Somit komme es nach den Vorschriften des ersten Eisenbahnpakets nicht darauf an, ob die ÖBB-Infrastruktur als „Stelle“ im Sinne von Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie 91/440 „wirtschaftlich“ unabhängig sei.

45 Die in Anlage 5 aufgestellten Kriterien zur Prüfung der Unabhängigkeit deckten sich nicht mit den im vorliegenden Fall relevanten verbindlichen Bestimmungen in Art. 6 Abs. 3 und Anhang II der Richtlinie 91/440 sowie in den Art. 4 Abs. 2 und 14 Abs. 2 der Richtlinie 2001/14. Weiter sei dieses Papier nicht im *Amtsblatt der Europäischen Union* veröffentlicht worden und stelle keinen verbindlichen Rechtsakt dar. Somit könne es im vorliegenden Verfahren nicht herangezogen werden.

46 Die Italienische Republik weist darauf hin, dass die vom Unionsgesetzgeber in Bezug auf die Funktionen der Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen und des Betriebs der Infrastruktur angeordnete Trennungspflicht die Rechnungsführung betreffe.

47 Was das Holding-Modell angehe, vertrete die Kommission dadurch, dass sie zu einer Vermutung der Unvereinbarkeit gelange, insofern einen widersprüchlichen Ansatz, als dieses Modell rechtlich anerkannt sei, aber nur dann mit den in Rede stehenden Richtlinien vereinbar sein könne, wenn die Holdinggesellschaft keine der typischen Vorrechte einer Holding innehabe oder ausübe.

48 Der Unionsgesetzgeber habe keineswegs eine Pflicht zur Eigentumstrennung oder eine Organisationsstruktur mit vergleichbaren Wirkungen auf der Ebene der Geschäftsführungsautonomie einführen wollen, sondern er habe die Entscheidungsfreiheit der Mitgliedstaaten und der betroffenen Unternehmen für verschiedene Organisationsmodelle achten und gewährleisten wollen.

Würdigung durch den Gerichtshof

49 Mit ihrer einzigen Rüge wirft die Kommission der Republik Österreich vor, keine spezifischen Maßnahmen getroffen zu haben, um die Unabhängigkeit des Betreibers der Eisenbahninfrastruktur – der mit bestimmten wesentlichen Funktionen nach Anhang II der Richtlinie 91/440 betrauten ÖBB-Infrastruktur – zu gewährleisten, obwohl die ÖBB-Infrastruktur zu einer Eisenbahnverkehrsunternehmen umfassenden Holding, nämlich der ÖBB-Holding, gehöre.

50 Nach Ansicht der Kommission ist es nämlich zur Gewährleistung der rechtlichen, organisatorischen und entscheidungsbezogenen Unabhängigkeit des genannten Betreibers im Sinne der Art. 4 Abs. 2 und 14 Abs. 2 der Richtlinie 2001/14 erforderlich, dass der Mitgliedstaat spezifische und detaillierte Regeln wie diejenigen erlässt, die sich aus Anlage 5 ergeben.

51 Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass Art. 6 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 91/440 lediglich bei der Rechnungsführung eine Trennung zwischen der Erbringung der Verkehrsleistungen durch die Eisenbahnunternehmen und dem Betrieb der Eisenbahninfrastruktur fordert; die Trennung zwischen der Erbringung der Verkehrsleistungen der Eisenbahnunternehmen und des Betriebs der Eisenbahninfrastruktur kann dabei mittels organisch voneinander getrennter Unternehmensbereiche innerhalb desselben Unternehmens erfolgen, wie dies bei einer Holding der Fall ist.

52 Allerdings sieht Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie 91/440 vor, dass die Mitgliedstaaten zur Gewährleistung eines gerechten und nichtdiskriminierenden Zugangs zur Eisenbahninfrastruktur die erforderlichen Maßnahmen treffen müssen, um sicherzustellen, dass die in Anhang II dieser Richtlinie aufgeführten wesentlichen Funktionen an Stellen oder Unternehmen übertragen werden, die selbst keine Eisenbahnverkehrsleistungen erbringen, wobei der Nachweis dafür ungeachtet der Organisationsstrukturen zu erbringen ist.

53 Art. 4 Abs. 2 und Art. 14 Abs. 2 der Richtlinie 2001/14 sehen jedenfalls vor, dass die mit den Entgelt- und Zuweisungsfunktionen betrauten Stellen rechtlich, organisatorisch und in ihren Entscheidungen unabhängig sind.

54 Im vorliegenden Fall ist die ÖBB-Infrastruktur als Betreiber der Eisenbahninfrastruktur in das Unternehmen ÖBB-Holding integriert, das als Holding auch über Eisenbahnunternehmen wacht. Die ÖBB-Infrastruktur muss also, um die Entgelt- und Zuweisungsfunktionen wahrnehmen zu können, von der ÖBB-Holding rechtlich, organisatorisch und in ihren Entscheidungen unabhängig sein.

55 Insoweit ist unstreitig, dass die ÖBB-Infrastruktur zum einen über eine von der ÖBB-Holding gesonderte Rechtspersönlichkeit verfügt und zum anderen über eigene Organe und Mittel, die sich von denjenigen der ÖBB-Holding unterscheiden.

56 Im Übrigen macht die Kommission in ihrer Klageschrift geltend, dass die in Anlage 5 vorgesehenen Kriterien heranzuziehen seien, um die entscheidungsbezogene Unabhängigkeit eines Infrastrukturbetreibers zu beurteilen, der wie die ÖBB-Infrastruktur in ein Unternehmen integriert sei, von dem bestimmte Teile Eisenbahnunternehmen seien.

57 So sieht diese Anlage Folgendes vor: Die Erfüllung der Unabhängigkeitsanforderungen sollte von einer unabhängigen Behörde oder einem Dritten überwacht werden, es sollte gesetzliche oder zumindest vertragliche Regelungen über die Unabhängigkeit geben, für die Leitungsorgane der verschiedenen Gesellschaften der Holding sollte ein Doppelfunktionsverbot vorgesehen werden, für den Fall des Wechsels von Mitgliedern der Geschäftsführung zwischen der mit wesentlichen Funktionen nach Anhang II der Richtlinie 91/440 betrauten Stelle und jeder anderen Stelle in der Holding sollte eine Karenzzeit eingeführt werden, und die Abberufung und Ernennung der Mitglieder des Leitungsgremiums des Betreibers der Eisenbahninfrastruktur sollten unter der Aufsicht einer unabhängigen Behörde erfolgen.

58 Erstens ist darauf hinzuweisen, dass die Anlage 5 rechtlich nicht verbindlich ist. Sie ist nämlich nie im *Amtsblatt der Europäischen Union* veröffentlicht worden und wurde fünf Jahre nach dem Inkrafttreten der Richtlinie 2001/14, also drei Jahre nach Ablauf ihrer Umsetzungsfrist, der Öffentlichkeit zugänglich gemacht. Mithin gab es die in dieser Anlage aufgeführten Kriterien nicht, als die Richtlinien 91/440 und 2001/14 umgesetzt wurden. Außerdem wurden, abgesehen von dieser zeitlichen Diskrepanz, die genannte Anlage und die dort aufgeführten Kriterien weder im Wortlaut der Richtlinie 91/440 oder der Richtlinie 2001/14 noch in einem anderen Rechtsakt aufgegriffen. Folglich kann einem Mitgliedstaat nicht vorgeworfen werden, diese Kriterien bei der Umsetzung der Richtlinien 91/440 und 2001/14 nicht in Rechts- und Verwaltungsvorschriften aufgenommen zu haben.

59 Zweitens kann dem Vergleich nicht gefolgt werden, den die Kommission zu den Bestimmungen über den Elektrizitäts- und den Erdgasbinnenmarkt anstellt. Denn die Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG (ABl. L 211, S. 55) und die Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG (ABl. L 211, S. 94) verleihen der Regulierungsbehörde weitreichende Aufsichtsbefugnisse hinsichtlich der Unabhängigkeit des Netzbetreibers. Nach Art. 19 Abs. 2 dieser beiden Richtlinien kann die jeweilige Regulierungsbehörde Einwände gegen die Ernennung und die Abberufung der Personen der obersten Unternehmensleitung und der Mitglieder der Verwaltungsorgane des Netzbetreibers erheben. Art. 19 Abs. 3 jeder der genannten Richtlinien sieht vor, dass bei dem vertikal integrierten Unternehmen, einem seiner Unternehmensteile oder bei anderen Mehrheitsanteilseignern als dem Netzbetreiber in den letzten drei Jahren vor der Ernennung von Personen der Unternehmensleitung und/oder Mitgliedern der Verwaltungsorgane des Netzbetreibers weder direkt noch indirekt berufliche Positionen bekleidet oder berufliche Aufgaben wahrgenommen noch Interessens- oder Geschäftsbeziehungen zu ihnen unterhalten werden dürfen. Nach Art. 19 Abs. 4 jeder dieser Richtlinien dürfen die Beschäftigten des Netzbetreibers keine beruflichen Positionen bei anderen Unternehmensteilen der Holdinggesellschaft des Energiesektors bekleiden. Art. 19 Abs. 7 der Richtlinien 2009/72 und 2009/73 sieht jeweils einen Zeitraum vor, während dessen die Wahrnehmung von Aufgaben beim Netzbetreiber und eine Tätigkeit im Zusammenhang mit einem anderen vertikal integrierten Unternehmensteil nicht miteinander vereinbar sind.

60 Diese beiden Richtlinien enthalten somit ausdrücklich Bestimmungen, die sich auf die Bedingungen für die Ausübung von Tätigkeiten bei der Netzbetreibergesellschaft und auf die Zeiträume, während deren Unvereinbarkeiten vorliegen, beziehen, was bei der Richtlinie 2001/14 nicht der Fall ist, denn sie stellt keine Kriterien für die Unabhängigkeit auf, die zwischen dem mit wesentlichen Funktionen nach Anhang II der Richtlinie 91/440 betrauten Betreiber der Infrastruktur und den Eisenbahnunternehmen zu gewährleisten ist; solche Kriterien können mithin nicht aus den Richtlinien 91/440 und 2001/14 hergeleitet werden, und von der Republik Österreich kann nicht verlangt werden, dass sie diese Kriterien beachtet.

61 Unter diesen Umständen ist festzustellen, dass sich allein aus der Nichtumsetzung von Kriterien, wie sie sich aus Anlage 5 ergeben, in das österreichische Recht nicht folgern lässt, dass die ÖBB-Infrastruktur als Betreiber der Infrastruktur in ihren Entscheidungen im Verhältnis zur ÖBB-Holding nicht unabhängig wäre.

62 Es entspricht aber ständiger Rechtsprechung, dass es im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 258 AEUV der Kommission obliegt, das Vorliegen der gerügten Vertragsverletzung nachzuweisen. Sie muss somit dem Gerichtshof die erforderlichen Anhaltspunkte liefern, anhand deren er das Vorliegen der Vertragsverletzung prüfen kann, ohne dass sie sich dabei auf irgendwelche Vermutungen stützen kann (vgl. u. a. Urteile vom 26. April 2005, Kommission/Irland, C-494/01, Slg. 2005, I-3331, Randnr. 41, vom 6. Oktober 2009, Kommission/Finnland, C-335/07, Slg. 2009, I-9459, Randnr. 46, und vom 10. Dezember 2009, Kommission/Vereinigtes Königreich, C-390/07, Randnr. 43).

63 Die Kommission hat jedoch keinen konkreten Beweis dafür vorgelegt, dass die ÖBB-Infrastruktur von der ÖBB-Holding in Bezug auf die Modalitäten der Entscheidungsfindung nicht unabhängig wäre.

64 Folglich hat die Kommission nicht nachzuweisen vermocht, dass die Republik Österreich zwingend Maßnahmen hätte ergreifen müssen, um zu gewährleisten, dass der mit den in Anhang II der Richtlinie 91/440 aufgeführten wesentlichen Funktionen betraute Infrastrukturbetreiber rechtlich, organisatorisch und in seinen Entscheidungen von Eisenbahnunternehmen unabhängig ist.

65 Insoweit handelt es sich, wie der Generalanwalt in den Nrn. 95 und 99 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, bei der Pflicht, ein Verbot von Doppelfunktionen vorzusehen, und dem Erfordernis für den Infrastrukturbetreiber, über eigenes Personal und eigene Räumlichkeiten zu verfügen, nicht um Verpflichtungen, die sich aus Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie 91/440 ableiten lassen. Desgleichen hat die Kommission nicht nachgewiesen, inwiefern die Klauseln zum Schutz der Vertraulichkeit in den Verträgen der Mitarbeiter nicht ausreichten.

66 Somit war es Sache der Kommission, unter Heranziehung nicht nur der Ziele der Richtlinien 91/440 und 2001/14, sondern auch sämtlicher Faktoren unter Einschluss von Faktoren privatrechtlicher Natur, die den Rahmen für die Beziehungen zwischen der ÖBB-Infrastruktur und der ÖBB-Holding bilden, den Beweis zu führen, dass die ÖBB-Infrastruktur in der Praxis bei ihren Entscheidungen nicht von der ÖBB-Holding unabhängig war.

67 Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Klage der Kommission abzuweisen ist.

Kosten

68 Nach Art. 138 Abs. 1 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Kommission mit ihrem Vorbringen unterlegen ist, sind ihr entsprechend dem Antrag der Republik Österreich die Kosten aufzuerlegen.

69 Gemäß Art. 140 Abs. 1 der Verfahrensordnung trägt die Italienische Republik ihre eigenen Kosten.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Erste Kammer) für Recht erkannt und entschieden:

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Europäische Kommission trägt die Kosten.

3. Die Italienische Republik trägt ihre eigenen Kosten.

Unterschriften