

Карстен Отте
Karsten Otte

**Отношение железнодорожного
регулирувания
к гражданско-правовому
совершенствованию использования
инфраструктуры**

**Das Verhältnis
von Eisenbahnregulierung
zur zivilrechtlichen Ausgestaltung
der Infrastrukturnutzung**

Монография

Харьков
«Право»
2018

УДК 346.5:656.2

ББК 67.303

О-87

А в т о р:

Карстен Отте, профессор, доктор юридических наук, руководитель
Управления железнодорожного регулирования Федерального агентства
сетей Германии

Перевод с немецкого *Г. Г. Мошака*

Изложенное отражает частную точку зрения автора

Отте К.

О-87 Отношение железнодорожного регулирования к гражданско-правовому совершенствованию использования инфраструктуры = *Das Verhältnis von Eisenbahnregulierung zur zivilrechtlichen Ausgestaltung der Infrastrukturnutzung* : монография / Карстен Отте = *Karsten Otte* ; [пер. с нем. Г. Г. Мошака]. – Харьков : Право, 2018. – 98 с. – Текст рус., нем.

ISBN 978-966-937-308-3

Монография посвящена не исследованной в Украине теме – межотраслевым аспектам права железнодорожных перевозок. Она углубляет современное немецкое цивилистическое мышление и иллюстрирует его влияние на совершенствование правовой теории и практики.

Будет полезна ученым, а также всем, кто интересуется железнодорожными и смешанными перевозками.

УДК 346.5:656.2

ББК 67.303

© Отте Карстен, 2018

© Мошак Г. Г., перевод
на русский язык, 2018

ISBN 978-966-937-308-3

© Издательство «Право», 2018

Предисловие

В далекой древности или в период разработки и действия Кодекса Юстиниана, а также в XXI в. гражданское право было и остается важнейшей из основ, на которой развиваются другие отрасли права. Его ключевая роль в ФРГ отображается в структуре юридических факультетов и институтов университетов, которые обычно имеют одну кафедру уголовного и три кафедры гражданского права. Доказана важная роль гражданского права в наказании за преступление и предотвращении его. Автор этих строк осуществил выбор для перевода предложенного произведения, исходя из необходимости углубить понимание современного немецкого цивилистического мышления и его влияния на совершенствование правовой теории и практики. Работа профессора Карстена Отте «Отношение железнодорожного регулирования к гражданско-правовому совершенствованию использования инфраструктуры» посвящена не исследованной в Украине теме – межотраслевым аспектам права железнодорожных перевозок. К. Отте в 1996–2006 гг., работая на кафедрах гражданского и транспортного права университетов, развивал цивилистические теории в контексте транспортных проблем и продолжает сохранять приверженность цивилистике как основе их решения. Важную ценность имеют выводы автора о роли и пределах действия гражданского, административного и регуляторного права в вопросах совершенствования использования железнодорожной инфраструктуры. Он сформулировал их на базе оригинальных материалов 2006–2017 гг. Управления железнодорожного регулирования Федерального агентства сетей, которым руководит. Достоверным, интересным и убедительным является изображение К. Отте специфики действия принципов гражданского права в пестром сплетении общественных отношений и формулирование критериев разграничения разных отраслей права.

В отечественном гражданском праве по состоянию на июль 2017 г. термины «регуляторное право», «регуляторные нормы» еще не использовались. Однако они являются ключевыми в самостоятельной (так считают в ФРГ) отрасли регуляторного права – в описаниях деятельности Федерального агентства сетей, в материалах соответствующих исследовательских учреждений и созданного в 2013 г. Научного объединения общего регуляторного права (*Wissenschaftliche Vereinigung für das gesamte Regulierungsrecht*) и др. Использование наработок К. Отте сократит время и усилия, необходимые для адаптации законодательства Украины к законодательству ЕС.

В работе использованы отдельные нормативные акты, действие которых на момент выполнения перевода (лето 2017 г.) уже было отменено, о чем сделаны соответствующие оговорки в тексте. Для лучшего восприятия необычной для отечественных ученых терминологии в переводе использованы полные наименования учреждений, организаций, названия нормативных актов и т. п. – вместо аббревиатур, которые свойственны оригиналу, что привело к несколько большему объему перевода по сравнению с оригиналом.

Юридическая служба Одесского филиала «Укрзалізниці» рекомендовала перевод для применения в практической деятельности железнодорожников. Кафедра иностранных языков №2 Национального университета «Одесская юридическая академия» подтвердила корректность перевода и высказалась за использование его в качестве пособия студентам, изучающим право на немецком языке. Работа будет полезна ученым, а также всем, кто интересуется железнодорожными и смешанными перевозками.

Г. Г. Мошак,
заведующий кафедрой гражданского
и трудового права
Одесского национального
морского университета,
доктор юридических наук, профессор

Отношение железнодорожного регулирования к гражданско-правовому совершенствованию использования инфраструктуры

Основанием использования железнодорожной инфраструктуры и уплачиваемого за это возмещения является гражданско-правовой договор между организацией, эксплуатирующей инфраструктуру, и предприятием железнодорожного сообщения, получившим право доступа к ней. Между управомоченным на доступ и организацией, эксплуатирующей инфраструктуру, согласовываются детали доступа в соответствии с Предписанием о свободном от дискриминации доступе к железнодорожной инфраструктуре и о принципах возмещения за использование железнодорожной инфраструктуры (EIBV)* и на основании § 14 абз. 6 Общего закона о железных дорогах (AEG), в частности дата, срок пользования, уплачиваемое возмещение, а также прочие условия, включая положения, касающиеся безопасности. § 14 абз. 6 Общего закона о железных дорогах (AEG) обосновывает право и обязанность предоставления договорного доступа. Организация, эксплуатирующая инфраструктуру, обязана до заключения договора определить условия пользования и правила его оплаты. Федеральный законодатель не предусматривает – в отличие от иных сфер – определенного процесса и конкретных положений, которыми бы регулировался доступ к инфраструктуре и плата за него, процесс протекания разрешительного порядка, а только обязывает государства-участники разработать положения об осуществлении рамочного регулирования, контроля доступа и возмещения. В немецком железнодорожном праве рамочным регулированием до сих пор предусматривалась возможность контроля, осуществляемого до и после решения финансовых вопросов, наряду с параллельной возможностью урегулирования путем гражданского судопроизводства, конечно, без ожидаемых правовых гарантий.

* Предписание о свободном от дискриминации доступе к железнодорожной инфраструктуре и о принципах возмещения за использование железнодорожной инфраструктуры, на немецком языке – Verordnung über den diskriminierungsfreien Zugang zur Eisenbahninfrastruktur und über die Grundsätze zur Erhebung von Entgelt für die Benutzung der Eisenbahninfrastruktur (сокращенно – EIBV). Упомянутое Предписание (EIBV) 02.09.2016 г. заменено Законом о железнодорожном регулировании (Eisenbahnregulierungsgesetz) (*примеч. пер.*).

Так как при осуществлении контроля в рамках регулировочного права возникают отношения на базе гражданско-правовых норм, то они соприкасаются с нормами гражданского права, поэтому в судебной практике и в публикуемых материалах снова и снова находятся обоснования, касающиеся соотношения обеих юридических сфер и их ответвлений, вопросов о пределах полномочий, вытекающих из регулировочного права и гражданского права. В работе рассматриваются отдельные точки зрения.

А. Принцип «примата договора» и полномочия органов регулирования

Гражданско-правовая свобода договора существует в соответствии с дословным текстом § 14 абз. 6 Общего закона о железных дорогах (АЕГ) в пределах, определяемых Предписанием о свободном от дискриминации доступе к железнодорожной инфраструктуре (ЕІВV). Она ограничивается § 4 абз. 6 упомянутого Предписания (ЕІВV). Предписание (ЕІВV) выражает мнение законодателя о том, что в соответствии с § 14 абз. 1 Общего закона о железных дорогах (АЕГ) зафиксированное право на свободное от дискриминации использование железнодорожной инфраструктуры должно достигаться первоначально без подключения органа государственной власти, на основании соглашения между обязанным и управомоченным предприятием. Вместе с тем действует – в отличие от сферы регулирования энергии, связи и почты – примат частноправового договора, видоизмененного публично-правовым путем, т. е. предприятия, эксплуатирующие инфраструктуру, и ее пользователи принимают взаимные обязательства по использованию инфраструктуры согласно договору, однако с учетом предписаний железнодорожного права¹. Это публично-правовое видоизменение договора имеет целью создать всем управомоченным лицам недискриминационный, равный доступ к инфраструктуре и, согласно предписанию Бундесрата (BR-Drs. 249/05, S. 38), предоставить возможность *надлежащего судебного рассмотрения*.

Договорное соглашение между предприятием, эксплуатирующим инфраструктуру железнодорожного транспорта, и ходатайствующим

¹ OVG NRW, Urteile v. 17.6.2014–13 A 1381/13, Umdruck, S. 25; v. 8.4.2014–13 A 884/13 juris, Rn. 128, und v. 7.10.2013–13A1444/12- juris, Rn. 49; Gerstner, in: Hermes/Sellner, AEG Kommentar (2014), § 14 Rn. 173; Kirchhartz, in: Ronellenfitsch/Schweinsberg/Henseler-Unger (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts XVIII, 2013, S. 59 (66); Kramer, in: Kunz (Hrsg.), Eisenbahnrecht, Stand: 25. EL 2009, § 14 AEG Erl. 48; s. auch BVerwG, Urt. v. 29.9. 2011–6 C 17.10 juris, Rn. 27 mit Anm. Schmitt, N&R 2012, 33–43; K. Otte, N&R 2012, 84–93.

предприятием имеет, прежде всего в этом видоизменении, преимущество перед априори руководящим суверенным решением². Осуществлять право на свободное от дискриминации (со-)пользование железнодорожной инфраструктурой необходимо сначала без подключения органа государственной власти, а на основе соглашения. Действует принцип *договорного* доступа к сетям, который ограничивается материально-правовыми регулируемыми пределами, при несоблюдении которых возникает право на вмешательство с использованием должностных полномочий³. Поискам недостатков должностными лицами органов регулирования должно предшествовать как можно дольше ожидание договорных соглашений, и в случае неудачи – сначала попытаться инициировать по возможности конформные железнодорожно-правовые соглашения сторон⁴. Предприятие, эксплуатирующее железнодорожную инфраструктуру, может иметь несколько возможностей выбора. Если участникам удастся достичь соглашения во время текущего переговорного процесса о доступе, не выходя за пределы имеющейся у них свободы действий⁵, то необходимости вмешательства надзорного органа не возникает⁶. Если только заключение соглашения не представляется возможным или видится безнадежным – только тогда официальное регулирующее воздействие может заменить договорное соглашение⁷. Вмешательство официальных органов, заменяющее договорное регулирование в соответствии с § 14f абз. 3 Общего закона о железных дорогах (AEG), наступает *тогда, когда* договорное соглашение, – как это предусматривает абз. 2, – не осуществляется и вследствие этого существующее право доступа к публичной железнодорожной инфраструктуре⁸ – ограничивается. Обозначенные два вида действий рассматриваются § 14f абз. 3 пп. 1 и 2 Общего закона о железных дорогах (AEG) как равнозначные. Выбор вида действия зависит от усмотрения регулирующего органа.

² OVG NRW, Beschluss 12.12.2005, S. 2f.; Gerstner aaO, Rn. 224 unter Verweis auf § 10 Abs. 3 Richtlinie 91/440/EWG, jetzt Art. 10 Abs. 1 Richtlinie 2012/34/EU.

³ Gerstner aaO, § 14 Rn. 2 der 24; Fehling, zur Bahnreform, DÖV 2002, 793 (798); Trute/Broemel, Die Regulierung des Zugangs in den Netzwirtschaften, ZHR 170 (2006), 706, 709f.

⁴ Gleiches gilt für die Abänderung von Nutzungsbedingungen.

⁵ Gerstner aaO § 14 Rn. 229.

⁶ Ähnlich Gerstner aaO § 14 Rn. 52, 224 ff., 229, 173f.

⁷ Gerstner aaO § 14f AEG, Rn. 52.

⁸ Dazu sogleich B.

Если орган регулирования принудительно устанавливает условия договорного доступа к инфраструктуре и предписывает введение их в действие⁹, то этот доступ – как любое иное административное вмешательство – ограничивает принцип пропорциональности¹⁰. Решение, которым по-новому определяются возможности пользования, только тогда правомерно, если по-новому найденное распределение не является *злоупотреблением полномочной возможностью* устранить сложившуюся дискриминацию. Оспаривания без основания быть не должно¹¹. Адресату оспаривания необходимо разъяснить, как может быть устранена проблема.

Последствие преимущества договора (при определенных обстоятельствах к одному и тому же объекту проверки осуществляется раздельное применение гражданско-правовых и регулировочно-правовых проверочных критериев): по гражданско-правовым вопросам ответственными будут суды по гражданским делам, по регулировочно-правовым вопросам – органы регулирования и контролирующие их административные суды. Разграничение проводится не по предмету (условия пользования, договор пользования, реальное использование инфраструктуры), который при определенных обстоятельствах может быть одинаковым или частично идентичным, а по методу (способу) рассмотрения¹². В качестве проверочного критерия Федеральное агентство сетей и административные суды могут использовать только публично-правовые предписания о доступе к железнодорожной инфраструктуре.

Регулировочно-правовые действия ограничиваются вопросами доступа к инфраструктуре, связанными с ними услугами и оплачиваемыми сборами с точки зрения их недискриминационности, соответствия тарификации и шкале пошлин. Вышеупомянутый метод применяется (см. D.) как к условиям доступа, так и к определению эффекта их при-

⁹ Gerstner aaO § 14f Rn. 32, 50, 52 («in erster Linie soll das Konfliktbewältigungsprogramms zwischen den Marktteilnehmern abgearbeitet werden, ohne hoheitlichen Eingriff der Behörde»); Kramer, in: Kunz, Eisenbahnrecht Bd I A, 4.1 § 14 Erl. 48.

¹⁰ Weitergehend Gerstner aaO Rn. 51 («Einschränkungen, die das Recht auf diskriminierungsfreie Benutzung für die behördliche Befugnis bedeutet»).

¹¹ Wenngleich der «Totalwiderspruch» in der Vergangenheit nur dazu gedacht war, den regulierten Unternehmen einen größeren Gestaltungsspielraum zu geben, als eine begrenzte Beanstandung dies erlaubt hätte. Dagegen aber OVG NRW, Beschluss v. 28.1.2008–13 B 2014/07 – juris Rn. 11 («unverhältnismäßig»); OVG NRW, Beschluss v. 15.2.2008–13 B 2091/07 – juris Rn. 13.

¹² Etwa bei der Vorabprüfung von Schienennetz-Benutzungsbedingungen – BVerwG Urt. v. 29.9.2011 – Az.: VerwG 6 C 17.10 – Rn. 29.

менения. Напротив, органу регулирования запрещается устанавливать специфические гражданско-правовые контрольные критерии, например контроль оговорки согласно § 307 и другим параграфам Гражданского уложения Германии¹³, или контролировать договор пользования по вопросу справедливости или злоупотребления¹⁴. Какие гражданско-правовые последствия имеет регулирование для частноправовых отношений доступа, ведет ли и когда требование регулирующего органа устранить нарушение к недействительности договора пользования в соответствии с § 134 Гражданского уложения Германии¹⁵ или положение договора рассматривается как необязательное вопреки официальному решению о нем как о несправедливом¹⁶ – не подлежит разрешению ни в регулировочном, ни в смежном административном судебном процессе¹⁷. Аналогичным образом относится к юрисдикции судов по гражданским делам вынесение решений по вопросам права или вопросам толкования и/или действительности положений договорного регулирования¹⁸. Это также означает, что правовое регулирование юридически свободно от необходимости учитывать положения железнодорожного права или гражданско-правовые последствия. Это четкое разграничение, если выражаться с необходимой сдержанностью, не очень удачно при оценке типичных гражданско-правовых спорных вопросов¹⁹. При характеристике

¹³ BVerwG Urt. v. 29.9.2011 – Az.: BVerwG 6 C 17.10 – Rn. 29. – Rn. 29; Kramer, in: Kunz, Eisenbahnrecht Bd I A, 4.1 § 14e AEG Erl. 3; Serong, a.a.O.

¹⁴ OVG NRW 17.6.2014, 13 A 1381/13, Umdruck, S. 25.

¹⁵ LG Berlin, Urt. vom 17.3.2009–98 O 25/08 – juris Rn. 74, 89 = IR 2009, 93f.

¹⁶ Palandt/Grüneberg § 315 Rn. 16.

¹⁷ OVG NRW, Urt. v. 17.6.2014, 13 A 1381/13, Umdruck, S.25.

¹⁸ St. Rspr., OVG NRW, Urt. v. 17.6.2014, 13 A 1381/13, Umdruck, S. 25; Kramer, in: Kunz, Eisenbahnrecht Bd I A, 4.1 § 14 Erl. 49; LG Leipzig, Urt. v. 8.3.2001 – Az.: 2 O 1999/01; OLG Frankfurt I. Kartellsenat, Urt. v. 23.4.2014, Az.: 11 U 84/11 (Kart); KG Berlin Kartellsenat, Urt. v. 29.10.2012, Az.: 2 U 10/09 Kart; OLG München Kartellsenat, Urt. v. 23.02.2012, Az.: U 3365/11 Kart; OLG Frankfurt I. Kartellsenat, Urt. v. 17.01.2012, Az.: 11 U 43/09 (Kart); LG Düsseldorf, 7. Kammer für Handelssachen, Urt. v. 29.12.2011, Az.: 37 O 38/10; aA LG Berlin, Urt. vom 17.3.2009–98 O 25/08 – juris Rn. 94 = IR 2009, 93f.

¹⁹ Grundlegend OVG NRW, Beschluss vom 28.1.2008–13 B 2014/07 – juris Rn. 13 = N&R 2008, 94–97 mit Anm. Kramer/Kardetzky/Schmitt («Die Fokussierung auf das Eisenbahnrecht gebietet dabei zumindest eine Zurückhaltung der Regulierungsbehörde bei der Beurteilung von durch Nutzungsbedingungen aufgeworfenen typischen zivilrechtlichen Streitfragen, deren Klärung den Zivilgerichten vorbehalten ist, sowie bei der hoheitlichen Durchsetzung ihrer zivilrechtlichen Wertung, zumal in einem solchen Fall auf Grund der Mechanismen des AEG und der EIBV ein rechtzeitiger und damit effektiver zivilgerichtlicher Rechtsschutz zumindest erschwert wird. Insoweit sind das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebot schon generell keine Instrumente, um letztlich jede, an sich zivilgerichtlicher Kontrolle unterliegende Rechtsfrage oder Frage der Auslegung und/oder der Wirk-

полномочий в сфере регулирования делается ссылка на необходимость принимать во внимание смежные гражданско-правовые требования²⁰.

Вопреки призыву о необходимости раздельного рассмотрения вопросов гражданского и регулировочного права в ряде случаев проникают ошибочные решения, в которых соприкасаются обе отрасли. Поднимаются вопросы о воздействии договора на регулировочное право и влиянии регулировочного права на договорное право и соответственно также вопрос, не являются ли похожими критерии проверки, положенные в основу, или же они связаны друг с другом. Позволяет ли вообще примат договорного права осуществлять право доступа? (к этому – В.). Влияет ли на право доступа договорное право отказа от исполнения обязательства при неуплате или при платеже с оговоркой? (к этому – С.). Можно ли для цели исследования процесса дискриминации в доступе к инфраструктуре учитывать только форму договора пользования и условия пользования, а также обосновать реально неравное пользование или неравное *обращение* управомоченного на доступ *влиянием* договоров пользования и условий доступа с помощью гражданского права? Или в какой мере иногда все же связано различающееся обхождение (влияние) с договорными отношениями? (для этого D.). Наконец, – в различном виде – возникают вопросы о принципиальном и конкретном соотношении регулировочного контроля возмещения и гражданско-правового определения цен (для этого E.). В соответствии с приматом права договора в некоторых исследованиях аргументируется отсутствие самостоятельного значения железнодорожного права доступа.

V. Примат договора и право доступа

Примат договора значит, что у просителя, исходя из § 14 абз. 1 Общего закона о железных дорогах (AEG), отсутствует непосредственное право доступа, доступ к сети должен быть исключительно «договорным»²¹. Право доступа осуществляется только посредством договора.

samkeit vertraglicher Regelungen zum Gegenstand eines Widerspruchs nach § 14e AEG zu machen.»); ebenso OLG Düsseldorf, 3.3.2010, Az: VI-U (Kart) 16/09 – juris.

²⁰ OVG NRW, Urt. v. 17.6.2014, Az.: 13 A 1381/13, amtl. Umdruck, S. 23, 26, 27, 28 (Begrenzung der Diskriminierungskontrolle, mit Hinweis auf die getrennte Beurteilung von Zivil- und Regulierungsrecht).

²¹ Gerstner aaO § 14 Rn. 225; Schmitt/Staebe, Marktverhaltensregulierung im Eisenbahnrecht, VerwArchiv2009, 228, 230f; Förster/Kadetzky, in: Schmitt/Staebe, Einführung in das Eisenbahn-Regulierungsrecht (2010), (2010), Rn. 282f.; Ruge, Diskriminierungsfreier Netzzugang im liberalisierten Eisenbahnmarkt in Deutschland, AöR 131 (2006) 1, 18ff.; aA zu Recht Kramer, in: Kunz, Eisenbahnrecht, A 4.1 Erl. 7 zu § 14 AEG (subjektiv-öffentlich-rechtlicher Zugangsanspruch); Kühling/Ernert, NVwZ 2006, 33, 35 (originäres Recht an Benutzung und derivatives Recht auf Zugang); Wittenberg/Heinrichs/Mitmann/Zwanziger § 14 Rn. 12af.