



Stellungnahme der Deutschen Bahn AG
zu dem **Referentenentwurf**
eines Gesetzes zur Weiterentwicklung des
Eisenbahnregulierungsrechts
(ERegG)



A) Vorbemerkungen

1. Die Deutsche Bahn AG (DB) dankt für die Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem vom Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) vorgelegten Referentenentwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts (GWE-E). Der Entwurf des Artikelgesetzes enthält umfangreiche Vorschläge zur Änderung des Eisenbahnregulierungsgesetzes (ERegG-E) und zur Änderung des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG-E). Dem Gesetzgebungsvorhaben liegt der Auftrag aus dem Koalitionsvertrag zugrunde, das geltende Eisenbahnregulierungsrecht, wie es sich aus dem Eisenbahnregulierungsgesetz (ERegG) und den aufgrund der Richtlinie 2012/34/EU erlassenen Durchführungsrechtsakten der Europäischen Union ergibt, zu evaluieren. Einen weiter gehenden Auftrag zur Überarbeitung bzw. Weiterentwicklung des geltenden Regulierungsrahmens enthält der Koalitionsvertrag nicht.
2. Der GWE-E setzt auf ein seit 15 Jahren bestehendes, in der behördlichen und gerichtlichen Anwendungspraxis erprobtes Regulierungsregime auf. Seit Inkrafttreten der Dritten AEG-Novelle (2005) sind die Vorschriften vom Gesetzgeber fortlaufend weiter entwickelt worden. Das ERegG wurde zuletzt insbesondere im Zuge der Umsetzung der Richtlinie 2012/34/EU i.d.F. der Richtlinie (EU) 2016/2370 („Viertes Eisenbahnpaket“) angepasst. Seither ergangene europäische Rechtsakte erfordern keine neuerliche Änderung des ERegG. Eine umfangreiche Änderung des bestehenden Rechtsrahmens liegt deshalb zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht nahe. Diese nimmt das GWE-E jedoch vor. Dass im Zuge der Rechtsanwendung praktische Fragen auftreten, die sich in einer bestimmten Verwaltungspraxis oder Rechtsprechung (auch des EuGH) niederschlagen, ist kein Grund für eine Novellierung des bestehenden Rechts. Auch die (schrittweise) Einführung des Deutschlandtakts mit ggf. erforderlichen neuen Verfahren der Kapazitätszuweisung kann zunächst auf der Basis des geltenden Rechts bewältigt werden.
3. Die im GWE-E enthaltenen Gesetzgebungsvorschläge sind daran zu messen, ob sie den europarechtlichen Vorgaben für das deutsche Eisenbahnregulierungsrecht, insbesondere der Richtlinie 2012/34/EU i.d.F. der Richtlinie 2016/2370, entsprechen. Die „1:1 - Umsetzung“ in nationales Recht gehört zu den Grundsätzen des Koalitionsvertrages und stellt ein *level playing field* im europäischen Eisenbahnraum sicher. Neue Regelungen sollten sich systemkonform und widerspruchsfrei in das vorliegende Gesetz einfügen und den wirtschaftlichen und wettbewerblichen Gegebenheiten des Sektors Rechnung tragen. Sie sollten einen erkennbaren Beitrag zur Steigerung des Marktanteils der Schiene und zur Förderung von Investitionen der Eisenbahninfrastruktur- und -verkehrsunternehmen leisten. Wesentlich vor diesem Hintergrund ist auch, dass ein stabiles finanzielles Gleichgewicht für die Infrastrukturunternehmen erreichbar bleibt. Dafür sind die geeigneten Regulierungsinstrumente abzuwägen und mit den sektorspezifischen Finanzierungsinstrumenten zu verzahnen.
4. Die einzelnen Gesetzgebungsvorschläge des GWE-E enthalten z.T. erhebliche Verschärfungen des Regulierungsrahmens. Das Prinzip der „1:1-Umsetzung von Unionsrecht“ findet nicht durchgehend Beachtung. In wichtigen Punkten gehen die Vorschläge über die europarechtlichen Vorgaben hinaus. Für mehrere Änderungsvorschläge sind die sachliche Veranlassung und der Beitrag zu Verlagerung und Investitionen nicht nachvollziehbar. Das Gesetzgebungsvorhaben sollte daher zumindest auf solche Punkte begrenzt werden, die Verbesserungen gegenüber dem Status Quo versprechen, wie die Neuregelungen zum Rahmenvertrag sowie die sogenannte Erprobungsklausel. Dies würde den zusätzlichen finanziellen Erfüllungsaufwand erheblich reduzieren.

Anpassungsbedarf am GWE-E besteht insbesondere in folgenden Punkten:

- Von der Aufnahme eines umfassenden Bußgeldkatalogs sollte abgesehen werden. Diese würde die Handlungsfreiheit der hiervon bedrohten Unternehmen und der einzelnen Mitarbeiter übermäßig beschränken, ohne damit ein in der Praxis relevantes Problem zu lösen. Derartige Bußgeldandrohungen könnten eine lähmende Vorfeldwirkung auf das Personal haben und im Zweifel einer kundenorientierten und rechtlich zulässigen Zusammenarbeit entgegenstehen.
- Der geplante Austausch der Begrifflichkeiten von „Schienenwegen“ zu „Eisenbahnanlagen“ birgt das Risiko von Fehlinterpretationen. Um der Intention der Anpassung gerecht zu werden, bedarf es klarstellender Präzisierungen. Anderenfalls käme es zu einer nicht gewollten überschießenden Umsetzung der Entflechtungsvorgaben des Unionsrechts im nationalen Recht und einem unnötigen administrativen Zusatzaufwand.
- Die Folgeanpassungen zur Umsetzung des EuGH-Urteils „Westbahn“ in den Details der Entgeltregulierung bergen unmittelbare finanzielle Risiken sowohl beim Trassenpreissystem (TPS) als auch beim Stationspreissystem (SPS). Der vorgesehene Entfall einer Entgeltgenehmigung würde überdies Stationsentgelte erneut dem Risiko nachträglicher zivilrechtlicher Anfechtungen aussetzen und zu Rechts- und Planungsunsicherheit führen.
- Für die vorgeschlagenen Anpassungen bei der Anreizregulierung der Trassenentgelte gibt es keinen Anlass. Mit ihr droht eine Absenkung der Kostenbasis, die die Auskömmlichkeit der Erlöse massiv gefährdet.
- Die Aufgabe der von der gesamten Branche für sinnvoll erachteten Befreiungen der Wartungseinrichtungen von einem Teil der Regulierung und die zusätzlichen Auskunftspflichten gegenüber der Bundesnetzagentur würden zu einem erheblichen administrativen Zusatzaufwand führen.
- Die Verkürzung des Instanzenzugs ist unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten abzulehnen.
- Die Einfügung einer sogenannten Erprobungsklausel zur Pilotierung neuer Modelle der Kapazitätsvergabe ist jenseits der Frage des richtigen Zeitpunkts im Grundsatz zu unterstützen. Die Gesetzesvorschläge müssen aber nachgebessert werden, damit es nicht zu einer unionsrechtswidrigen Reduktion oder Aufgabe der Rolle des Infrastrukturbetreibers bei der Kapazitätsvergabe zugunsten staatlicher Stellen kommt. Außerdem ist neben der Trasse auch die Kapazitätsvergabe in Serviceeinrichtungen zu berücksichtigen. Weitere ggf. angezeigte Änderungen zur Umsetzung des Deutschlandtakts werden aktuell in der Branche diskutiert und könnten in der nächsten Legislaturperiode aufgegriffen werden.

Der Gesetzentwurf enthält Artikel zur Änderung des ERegG (Art. 1 GWE-E) und des AEG (Art. 2 GWE-E) sowie eine Bestimmung zum Inkrafttreten des Gesetzes (Art. 3 GWE-E). Hierzu wird nachstehend im Detail Stellung genommen. Zur besseren Orientierung dient folgende Inhaltsübersicht.

Inhaltsübersicht

- A) Vorbemerkungen
- B) Zur Änderung des Eisenbahnregulierungsgesetzes (Art. 1 GWE-E)
 - I. Einführung von Bußgeldvorschriften (zu Art. 1 Nr. 50 GWE-E)
 - II. Neuregelung der Regulierung der Personenbahnsteige und Laderampen (zu Art. 1 Nr. 9, Nr. 3 lit. d und lit. I, Nr. 13, 16 und 17 sowie Nr. 51 und 52 GWE-E)
 - III. Anwendungsbereich der Entflechtungsvorschriften (zu Art. 1 Nr. 2 und Nr. 5 bis Nr. 7 GWE-E)
 - IV. Änderungen der Zugangsregulierung für Schienenwege (zu Art. 1 Nr. 8, Nr. 13, Nr. 25, Nr. 29 bis 31, Nr. 33 bis Nr. 36, 38, 53 und 58 GWE-E)
 - V. Änderungen des Regimes für Rahmenverträge (zu Art. 1 Nr. 27 und 28 GWE-E)
 - VI. Einstieg in den „Deutschlandtakt“ (zu Art. 1 Nr. 32 GWE-E)
 - VII. Änderungen im Regime der überlasteten Schienenwege (zu Art. 1 Nr. 37 GWE-E)
 - VIII. Änderungen der Zugangsregulierung für Serviceeinrichtungen (zu Art. 1 Nr. 10 und 11, Nr. 13, Nr. 22 und 26 GWE-E)
 - IX. Änderungen der Entgeltregulierung (zu Art. 1 Nr. 14 und 15, Nr. 17 bis 21, Nr. 23 und 24 sowie Nr. 54 GWE-E)
 - X. Änderungen des Verfahrensrechts (zu Art. 1 Nr. 12, Nr. 40 bis Nr. 44 und Nr. 46 bis 49 GWE-E)
 - XI. Verkürzung des Instanzenzuges (zu Art. 1 Nr. 40 und 45 GWE-E)
 - XII. Neufassung der Ausnahmetatbestände und Wegfall der „Werkstattaussnahme“ (zu Art. 1 Nr. 4 und 39 GWE-E)
- C) Zur Änderung des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (Art. 2 GWE-E)

B) Zur Änderung des Eisenbahnregulierungsgesetzes (Art. 1 GWE-E)

Der Gesetzentwurf enthält redaktionelle Anpassungen der Inhaltsübersicht des ERegG (vgl. Art. 1 Nr. 1 GWE-E), auf die im Rahmen dieser Stellungnahme nicht eingegangen wird. Ferner umfasst er Änderungen der Begriffsbestimmungen (vgl. Art. 1 Nr. 3 und Art. 2 Nr. 1 GWE-E) sowie Vorschläge zu zahlreichen formellen und materiellen Vorschriften (vgl. Art. 1 Nr. 2 und Nr. 3 bis 56 sowie Art. 2 Nr. 2 und 3 GWE-E). Auf diese Änderungen bezieht sich die nachfolgende Stellungnahme. Die Berücksichtigung der geänderten Begriffsbestimmungen erfolgt jeweils im Zusammenhang mit den formellen und materiellen Änderungen, für die sie relevant werden.

I.

Einführung von Bußgeldvorschriften (zu Art. 1 Nr. 50 GWE-E)

1. Eine wesentliche Neuerung des Entwurfs besteht in der Einführung eines neuen Abschnitts mit Bußgeldvorschriften. Aus Sicht der DB sollte von der Aufnahme eines umfangreichen Bußgeldkatalogs in § 81 ERegG-E mit einer weitgehenden Haftung für vorsätzliche und fahrlässige Verstöße gegen eine Vielzahl gesetzlicher Bestimmungen und Verpflichtungen abgesehen werden. Die Verhängung von Bußgeldern von bis zu 500.000 Euro gegen natürliche Personen ist ebenso wenig sachgerecht wie die Bußgeldobergrenze von 10 Prozent des weltweiten Gesamtumsatzes für den Fall von Bußgeldern gegen das Unternehmen.
2. Zu den bußgeldbewehrten Verpflichtungen zählen etwa der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen (§ 4 ERegG-E), das Verbot der Überleitung öffentlicher Gelder (§ 7 Abs. 3 ERegG-E) und die Vorgaben zur rechtlichen und operationellen Entflechtung des Betreibers der Schienenwege sowie die finanzielle Transparenz zwischen dem Betreiber der Schienenwege und Eisenbahnverkehrsunternehmen (§§ 8 bis 8d ERegG-E). Auch Pflichten aus dem Bereich der Zugangsregulierung (vgl. §§ 19 Abs. 5, 42 und 67 ERegG-E) und der Entgeltregulierung (vgl. §§ 31a, 33, 43, 45, 48, 52 und 56 ERegG-E) sowie verfahrensrechtliche Bestimmungen (vgl. § 73 ERegG-E) sollen Gegenstand einer Bußgeldsanktion werden (siehe § 81 Abs. 1 ERegG-E). Gleiches gilt für Verstöße gegen die Verordnung (EU) 2017/2177 über den Zugang zu Serviceeinrichtungen, bestimmte hierauf gestützte Allgemeinverfügungen sowie den Delegierten Beschluss (EU) 2017/2075 der Kommission zur Ersetzung des Anhangs VII zur Richtlinie 2012/34/EU (siehe § 81 Abs. 2 bis 4 ERegG-E). Schließlich enthält das Gesetz allgemeine Bestimmungen zum Ordnungswidrigkeitenrecht (§ 81 Abs. 5 bis 9 und Abs. 11 bis 13 ERegG-E). Ergänzend ist insoweit auch das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) anwendbar. Ausweislich der Gesetzesbegründung dient die Aufnahme von Bußgeldtatbeständen in das ERegG der Verhinderung wiederholter Verstöße gegen das Gesetz oder Beschlüsse der Regulierungsbehörde. Die Bußgeldtatbestände sollen zum einen Fallkonstellationen erfassen, bei denen in der Vergangenheit wiederholt Verstöße beobachtet wurden. Des Weiteren sollen Zuwiderhandlungen berücksichtigt werden, bei denen ein irreversibler Schaden droht und die für den Eisenbahnsektor „wesentliches Gewicht“ haben (vgl. Begründung zum GWE-E, S. 123 ff., 42f., S. 94 und S. 101).
3. Das europäische Recht steht der Einführung eines Sanktionensystems für die Verletzung regulierungsrechtlicher Bestimmungen nicht entgegen, schreibt diese aber auch nicht vor. Die Aufnahme von Bußgeldtatbeständen in das ERegG steht daher mit dem Grundsatz der „1:1-Umsetzung von Unionsrecht“ nicht im Einklang. Ein dem vorliegenden Entwurf

vergleichbares weitgehendes Sanktionensystem ist – soweit ersichtlich – in keinem anderen EU-Mitgliedstaat verankert.

4. Bußgeldtatbestände sind im Regulierungsrecht der Netzwirtschaften zwar nicht unbekannt. TKG, EnWG und PostG enthalten vergleichbare, wenn auch unterschiedlich umfangreiche Regelungen. Im Unterschied zu den Adressaten dieser Regelungen ist der Eisenbahnsektor allerdings in einzigartiger Weise von der Rolle eines Unternehmens geprägt, das im alleinigen Eigentum des Bundes steht und vielfältiger öffentlicher Kontrolle unterliegt. Anders als in anderen Netzindustrien ergibt sich die Kontrolle der öffentlichen Hand im Eisenbahnsektor auch aus den erheblichen Investitionen des Bundes in die Eisenbahninfrastruktur und den hiermit verbundenen Finanzierungsvereinbarungen, Berichtspflichten und Mitwirkungs- bzw. Prüfungsmöglichkeiten. Vor diesem Hintergrund leuchtet es nicht ein, wieso ausgerechnet die Erfüllung der Pflichten aus dem Eisenbahnregulierungsrecht nun auch mit Bußgeldsanktionen versehen werden müssen. Hinzu kommt, dass ein konkreter praktischer Anlass für die Einführung eines Sanktionensystems in der Begründung des GWE-E nicht dargelegt wird: Die behaupteten „wiederholten Verstöße gegen das ERegG oder Beschlüsse der Regulierungsbehörde“ in den nunmehr bußgeldbewehrten Bereichen liegen nicht vor. Der Hinweis, wonach sich der „bewusste Missbrauch der Vorgaben“ durch Bußgeldsanktionen besser verhindern lässt, mag zwar zutreffend sein. Er geht aber ins Leere, wenn von vorsätzlichen Regelverstößen in Wahrheit keine Rede sein kann. Auch eine Sanktionierung der fahrlässigen Verwirklichung von Tatbeständen lässt sich so nicht rechtfertigen.

Im Einzelnen erweisen sich die Bußgeldsanktionen als zu weitgehend und teilweise auch als unbestimmt. Ausweislich des Referentenentwurfs sollen die Bußgeldtatbestände „den Kernbereich des Gesetzes und seine regulatorischen Ziele“ betreffen (Begründung GWE-E, S. 127). Tatsächlich erfassen die Tatbestände des § 81 ERegG-E allerdings nahezu sämtliche Anwendungsbereiche der Eisenbahnregulierung: Entflechtungsvorgaben, Aufstellung von Nutzungsbedingungen, Entgeltfestsetzung, Trassenzuweisung, Zugang zu Serviceeinrichtungen, Transparenzvorgaben bis hin zu Auskunftspflichten gegenüber der Regulierungsbehörde. Dies führt dazu, dass nahezu jede Verhaltensvorschrift des ERegG bei Nichtbeachtung – ob vorsätzlich oder fahrlässig – im gleichen Maße sanktioniert werden kann. Es ist nicht Sinn und Zweck von Bußgeldvorschriften, jedes Gebot in ein sanktioniertes Verbot umzukehren. Vielmehr sollten Bußgeldvorschriften nur dann eingeführt werden, wenn die Befolgung von Regeln, die einem schützenswerten Zweck dienen, auf anderem Wege nicht oder nur unzureichend erreicht werden kann. Dies trifft auf die Eisenbahnregulierungsvorschriften nicht zu:

- Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen (§ 81 Abs. 1 Nr. 1 ERegG-E) ist bereits durch das Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG) gewährleistet. Dieses sieht – dem individuellen Schutzzweck entsprechend – Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche der Betroffenen sowie im Einzelfall strafrechtliche Sanktionen vor. Eines zusätzlichen Bußgeldtatbestands im ERegG bedarf es nicht.
- Es besteht kein Anlass, die in §§ 7, 8, 8a und 8b ERegG genannten Entflechtungsvorschriften mit Bußgeldtatbeständen (§ 81 Abs. 1 Nr. 2 bis 5 ERegG-E) zu versehen. § 70 ERegG ermöglicht der Regulierungsbehörde die Überwachung der Entflechtungsvorschriften. Von den dort verankerten Überprüfungsmöglichkeiten hat die Bundesnetzagentur in der Vergangenheit regen Gebrauch gemacht, die DB ist den Aufforderungen der Behörde stets fristgerecht und umfassend nachgekommen. Ein Bedürfnis zur Sanktionierung von Fehlverhalten kann daher nicht festgestellt werden.

- Ebenso verhält es sich mit den Tatbeständen zur Entgeltgenehmigung (§ 81 Abs. 1 Nr. 7, 8 und 11 ERegG-E) und zur Genehmigung von Schienennetznutzungsbedingungen und Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen (§ 81 Abs. 1 Nr. 19 ERegG-E). Diese sollen einem potentiellen Missbrauch durch die Erhebung nicht genehmigter Entgelte bzw. durch die verfrühte Veröffentlichung und Verwendung nicht genehmigter Nutzungsbedingungen vorbeugen, dem die Behörde im Nachhinein nicht mehr entgegenwirken kann (Begründung GWE-E, S. 124, 125). Derartige Missbrauchshandlungen sind fernliegend. Entgelte der Betreiber von Schienenwegen und der Betreiber von Personenbahnhöfen bedürfen der Genehmigung durch die Regulierungsbehörde. Die DB-Unternehmen führen daher jedes Jahr aufwändige Entgeltgenehmigungsverfahren bei der Bundesnetzagentur durch, legen diverse Berechnungen und Dokumente vor und diskutieren offene Punkte regelmäßig in persönlichen oder telefonischen Terminen mit Vertretern der Behörde. In ähnlicher Weise wird bei der Genehmigung der Schienennetznutzungsbedingungen und Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen verfahren. Die DB hat zu keinem Zeitpunkt nicht genehmigte Entgelte oder Nutzungsbedingungen in Kraft gesetzt. Dies gilt nicht zuletzt auch, um sich nicht Rückforderungsansprüchen der Zugangsberechtigten auszusetzen, die bereits in der Vergangenheit versucht haben, vermeintlich zu Unrecht erhobene Entgelte zurückzufordern. Vor diesem Hintergrund besteht aus Sicht der DB daher keine Notwendigkeit, entsprechende Bußgeldvorschriften einzuführen.
- Auch für Bußgeldvorschriften betreffend die Zuweisung von Schienenwegkapazität (§ 81 Abs. 1 Nr. 12, 13 und 14 ERegG-E) sowie betreffend den Zugang zu Serviceeinrichtungen (§ 81 Abs. 2, 3 und 4 ERegG-E) besteht kein Anlass. Ausweislich der Gesetzesbegründung dienen diese Tatbestände einer besseren Planung und Abstimmung von Infrastrukturmaßnahmen (Begründung, S. 126 GWE-E). Ein solcher Zweck kann jedoch nicht durch Bußgeldvorschriften erreicht werden, sondern allenfalls - sofern erforderlich - durch die Optimierung von Zuweisungsverfahren in der Praxis. Bereits heute wird die Schienenwegkapazität der DB Netz AG in einem aufwändigen Verfahren vergeben, das mehrere Abstimmungsrunden, Koordinierungsverfahren und seit dem letzten Jahr sogar eine vorgelagerte Informationsveranstaltung für alle Zugangsberechtigten beinhaltet. Wie der Referentenentwurf zutreffend ausführt, ist das oberste Ziel eines Koordinierungsverfahrens die gemeinsame Lösungsfindung, um „möglichst alle Erfordernisse zu erfüllen und allen Anträgen soweit wie möglich stattzugeben“ (Begründung, S. 125 GWE-E). Dies gelingt am besten im Dialog mit den Zugangsberechtigten und wird von der DB Netz AG sehr ernst genommen. Diskriminierendes Verhalten, etwa zugunsten der DB-eigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen, hat auch die Bundesnetzagentur nicht feststellen können. Dem sektorübergreifenden Ziel einer konstruktiven Zusammenarbeit bei der Zuweisung von Kapazitäten (auf den Schienenwegen und in Serviceeinrichtungen) dienen die vorgesehenen Bußgeldvorschriften nicht. Sie sollten ersatzlos entfallen.
- Die Bußgeldvorschriften in § 81 Abs. 1 Nr. 15 bis 18 ERegG-E sind überschießend. Sie betreffen Verstöße durch nicht fristgemäße oder falsche Auskunftserteilung gegenüber der Regulierungsbehörde. Ein solches - u.U. lediglich fahrlässiges - Fehlverhalten hat nicht die Qualität eines bußgeldbewehrten Verstoßes und fällt sicher nicht in den Kernbereich der regulatorischen Ziele des Gesetzes. Das Schadenspotential ist gering, in keiner Weise ist die Funktionsfähigkeit des Schienenverkehrs gefährdet, wenn die entsprechenden Auskünfte verspätet erteilt werden. Sollte es dennoch im Einzelfall dazu kommen, wäre eine Ahndung durch die im Verwaltungsvollstreckungsgesetz

vorgesehenen Zwangsmittel ausreichend und angemessen. Demgegenüber stehen Bußgelder in Höhe von bis zu 10 Prozent des Unternehmens- bzw. Konzernumsatzes völlig außer Verhältnis zu diesen minderschweren Verfehlungen.

- Auch die Bußgeldsanktionen selbst gehen zu weit. Sie ermächtigen die Regulierungsbehörde – unabhängig von der Art und Qualität der Zuwiderhandlung – zum Erlass eines Bußgeldes von bis zu 10 Prozent des Umsatzes eines Unternehmens bzw. der wirtschaftlichen Einheit. Den DB-Unternehmen drohen damit im schlimmsten Fall Bußgelder von bis zu 4 Mrd. Euro (= 10 Prozent des DB-Konzernumsatzes). Gegen natürliche Personen kann ein Bußgeld von bis zu 500.000 Euro erlassen werden. Ausweislich der Gesetzesbegründung sind die Verfahrensvorschriften der Absätze 5 bis 13 des § 81 ERegG-E den Vorschriften des § 81 Absätze 3a bis 6 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) nachempfunden. Dies ist zwar zutreffend im Hinblick auf die Grundstruktur und insbesondere die Regelungen zur Zurechnung, zur Rechtsnachfolge und zur Gesamtschuld (§ 81 Abs. 5 bis 9 ERegG-E) sowie im Hinblick auf die Zumessung der Geldbuße in den Absätzen 11 bis 13. Gerade der den Bußgeldrahmen betreffende § 81 Abs. 10 ERegG-E enthält jedoch entscheidende – und aus Sicht der DB nicht sachgerechte – Unterschiede zu dem vergleichbaren § 81 Abs. 4 GWB.
 - § 81 Abs. 10 ERegG-E sieht keinerlei Differenzierung des Bußgeldrahmens vor, weder im Hinblick auf die Art der Zuwiderhandlung, noch im Hinblick auf die Art der Begehung (Vorsatz vs. Fahrlässigkeit). Demgegenüber verfolgt § 81 GWB einen abgestuften Ansatz: Der maximale Bußgeldrahmen von bis zu 10 Prozent des Unternehmens- bzw. Konzernumsatzes (und 1 Mio. Euro für natürliche Personen) gilt nur für bestimmte, besonders gravierende Zuwiderhandlungen (z.B. Verstoß gegen das Kartellverbot, Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung). Darunter fallen beispielsweise die nicht richtige oder nicht vollständige Anmeldung eines fusionskontrollpflichtigen Zusammenschlusses oder die nicht vollständige Erteilung von Auskünften bzw. Übermittlung von Informationen an das Bundeskartellamt.
 - Darüber hinaus enthält § 81 Abs. 4 Satz 6 GWB eine Bußgeldbemessungsregel, wonach „für die Festsetzung der Höhe der Geldbuße sowohl die Schwere der Zuwiderhandlung als auch deren Dauer“ zu berücksichtigen sind. Damit wurden zwei wichtige Aspekte der Bußgeldbemessung gesetzlich verankert. Eine entsprechende Regelung fehlt im § 81 ERegG-E. Im Gegensatz zu den Kartellbehörden kann die Bundesnetzagentur zudem bei einer potentiellen Bußgeldbemessung nicht auf bestehende Bußgeldleitlinien zurückgreifen. Da Bußgeldtatbestände von den europäischen Regulierungsvorschriften nicht vorgesehen sind, mangelt es an entsprechenden Regelungen, die als Orientierung für eine Bußgeldbemessung durch die nationale Behörde dienen könnten.
4. Aus Sicht der DB ist die Einführung von Bußgeldvorschriften in das ERegG insgesamt nicht erforderlich und nicht zielführend. In jedem Fall ist die Einführung eines einheitlichen, für sämtliche unter § 81 ERegG-E erfassten Tatbestände geltenden Bußgeldrahmens unverhältnismäßig. Im Extremfall könnte auf dieser Grundlage ein Bußgeld von bis zu 10 Prozent des Konzernumsatzes für eine lediglich fahrlässige verspätete Auskunftserteilung nach § 67 ERegG erlassen werden. Es müsste mindestens eine Abstufung des Bußgeldrahmens je nach Schwere und Qualität der Zuwiderhandlung vorgesehen werden. Fahrlässigkeitstatbestände sollten vollständig aus dem Bußgeldkatalog gestrichen oder wenigstens auf Fälle grober Fahrlässigkeit beschränkt werden. Zudem wären geeignete gesetzliche Regelungen zu den Kriterien der Bußgeldbemessung vonnöten.

Die Einführung von Bußgeldtatbeständen hätte eine nachhaltig negative Wirkung auf das Funktionieren des Eisenbahnbetriebs. Es ist zu erwarten, dass der Bußgeldkatalog bei potentiell betroffenen Mitarbeitern eine lähmende Vorfeldwirkung auslöst. Entscheidungen könnten verzögert oder gar nicht mehr getroffen werden. Die „Tendenz zur Absicherung“ dürfte steigen. Dadurch würden Innovationen und Qualitätsverbesserungen gehemmt und die konstruktive Zusammenarbeit zwischen Infrastrukturbetreibern und Zugangsberechtigten gerade auch in zeitkritischen Phasen, wie z.B. der Netzfahrplanerstellung behindert. Das politische Ziel einer stärkeren Verlagerung von Verkehr auf die Schiene würde konterkariert, weil Verfahren komplexer und zeitaufwändiger würden, um Risiken zu minimieren. Die DB müsste zusätzliche Compliance-Aktivitäten (Schulungen, Monitoring, etc.) in nahezu allen vom Regulierungsrecht betroffenen Bereichen ergreifen, um das Bußgeldrisiko zu reduzieren. Dies bedeutet einen deutlichen finanziellen und personellen Mehrbedarf. Hinzu kommt, dass etwaige Bußgeldverfahren dem Image des Sektors insgesamt schaden würden.

Im Ergebnis sollte der Gesetzgeber von gesonderten Bußgeldsanktionen im ERegG Abstand nehmen, weil sie die Handlungsfreiheit der hiervon bedrohten Unternehmen und ihrer einzelnen Mitarbeiter übermäßig beschränken und in der Praxis kein Handlungsbedarf besteht. Mindestens sollte in Erwägung gezogen werden, die persönliche Haftung einzelner Mitarbeiter fallen zu lassen bzw. auf Personen in Leitungsfunktionen oder Organmitglieder der Gesellschaften zu beschränken. Notwendig wäre zudem eine drastische Beschränkung der einzelnen Bußgeldtatbestände bei gleichzeitiger Präzisierung sowie die Beschränkung der Bußgeldsanktion auf Fälle der groben Fahrlässigkeit bzw. des Vorsatzes. Aus Sicht der DB sind die der Regulierungsbehörde zur Verfügung stehenden Überprüfungs- und Ahndungsmöglichkeiten ausreichend und haben sich bewährt. Für die Einführung eines Bußgeldkatalogs besteht daher kein Bedürfnis.

II.

Neuregelung der Regulierung der Personenbahnsteige und Laderampen (zu Art. 1 Nr. 9, Nr. 3 lit. d und lit. I, Nr. 13, Nr. 16, Nr. 17, Nr. 51 und Nr. 52 GWE-E)

1. Der GWE-E unternimmt mit § 10a ERegG-E den Versuch, den vom EuGH in seinem Urteil vom 10.07.2019 in der Rechtssache C-210/18 getroffenen Feststellungen Rechnung zu tragen (Art. 1 Nr. 9 GWE-E). Dafür und für die Folgeänderungen besteht weder ein praktisches noch ein (europa-) rechtliches Bedürfnis. Der damit verbundene Verwaltungsaufwand könnte ohne Weiteres vermieden werden. Um das Urteil in Bezug auf Personenbahnsteige gesetzgeberisch umzusetzen, könnte in Anlage 2 Nr. 2 zum ERegG das Wort „Bahnsteig“ (als Teil der Serviceeinrichtung Personenbahnhof) durch das Wort „Hochbahnsteig“ ersetzt werden. Eine Neuregelung in Bezug auf Laderampen kann ersatzlos entfallen, da sie durch das Urteil des EuGH nicht veranlasst ist.
2. Die „besonderen Regeln für Betreiber der Personenbahnsteige und Betreiber der Laderampen“ sehen unter anderem vor, dass die Entgeltermittlung im Wesentlichen nach den Vorschriften für die Betreiber der Schienenwege erfolgt (§ 10a Abs. 1 ERegG-E). Sind Betreiber von der Anwendung des § 34 Abs. 3 ERegG ausgenommen, sind die Entgelte nach § 32 ERegG zu bemessen (§ 10a Abs. 2 ERegG-E). Werden Personenbahnsteige oder Laderampen zusammen mit den angrenzenden Schienenwegen betrieben, unterliegen die Eisenbahnanlagen in ihrer Gesamtheit den Vorgaben der Betreiber der Schienenwege (§ 10a Abs. 3 ERegG-E). Betreiber, die von der Anwendung des § 34 Abs. 3 ERegG ausgenommen sind, haben die Wahl, ob sie die Entgelte für die Gesamtheit der Eisenbahnanlagen oder für Schienenwege, Personenbahnsteige und Laderampen getrennt ermitteln wollen (§ 10a Abs. 4

ERegG-E). Schließlich unterliegen Betreiber von Personenbahnsteigen einer besonderen Pflicht bei der Aufstellung ihrer Nutzungsbedingungen: Sie müssen die für den Personenverkehr erbrachten Leistungen mindestens hinsichtlich der zugesicherten Ausstattung, Qualität und zeitlichen Verfügbarkeit beschreiben (§ 10a Abs. 5 ERegG-E).

Diese Regelungen stehen im Zusammenhang mit zahlreichen weiteren Änderungen und Ergänzungen in Bezug auf Personenbahnsteige und Laderampen sowie den auch künftig vorhandenen Serviceeinrichtungen der Personenbahnhöfe:

- In § 1 ERegG-E finden sich die relevanten Definitionen: Abs. 5 und Abs. 5a definieren als Betreiber der Personenbahnsteige und der Laderampen denjenigen, der für Bau, Betrieb, Unterhaltung, Instandhaltung und Erneuerung der jeweiligen Eisenbahnanlagen zuständig ist (vgl. Art. 1 Nr. 3 lit. d GWE-E). Abs. 26 und Abs. 27 definieren die Begriffe Personenbahnsteig und Laderampe selbst. Danach ist der Personenbahnsteig „der am Schienenweg gelegene Bereich für den Ein- und Ausstieg von Fahrgästen einschließlich aller Aufbauten und Einrichtungen, soweit sie nicht gesetzlich dem Betrieb des Personenbahnhofs zugewiesen sind“ (vgl. Art. 1 Nr. 3 lit. l GWE-E). Laderampen sind die „an Schienenwegen liegenden ortsfesten baulichen Anlagen, die die Be- und Entladung von Güterwagen erleichtern, indem sie der Überwindung des Höhenunterschieds zwischen dem Güterwagen und der Umgebung dienen“ (vgl. Art. 1 Nr. 3 lit. l GWE-E).
- Um Schienenwege, Personenbahnsteige und Laderampen begrifflich zusammenzufassen, wird der Begriff der Eisenbahnanlagen verwendet. Adressaten der Entflechtungsvorgaben (hierzu ausführlich u. B. III.) sind künftig nicht mehr die Betreiber der Schienenwege, sondern die Betreiber von Eisenbahnanlagen (vgl. Art. 1 Nr. 2 und Nr. 5 bis Nr. 7 GWE-E).
- Die von Betreibern der Personenbahnsteige und Laderampen erhobenen Infrastrukturnutzungsentgelte richten sich künftig nach § 31a ERegG-E. Das Entgelt für das Mindestzugangspaket, zu dem Personenbahnsteige und Laderampen gehören, ist in Euro je Nutzungsfall auszuweisen (vgl. Art. 1 Nr. 16 GWE-E). Die Regelung wird in § 31 Abs. 1 Satz 2 ERegG-E ergänzt durch die Bestimmung, dass mit diesem Entgelt das „gesamte Mindestzugangspaket“ abgegolten sei. § 31 Abs. 2 ERegG-E regelt die Genehmigungspflicht der Entgelte für Betreiber der Personenbahnsteige. Für die Genehmigung sollen künftig dieselben Entgeltvorschriften gelten wie für den Betreiber der Schienenwege.
- Die bisherige Genehmigungspflicht für die Entgelte für Personenbahnhöfe wird ersatzlos gestrichen (vgl. § 33 Abs. 1 ERegG-E). Gleiches gilt für die Pflicht zur Aufstellung von Nutzungsbedingungen (vgl. Art. 1, Nr. 13 lit. b GWE-E).
- Nicht zuletzt werden Anlage 1 und Anlage 2 Nr. 2 Satz 1 zum ERegG geändert (vgl. Art. 1 Nr. 51 und 52 GWE-E). Die Aufzählung der die Eisenbahnanlagen bildenden baulichen Anlagen soll nämlich um „Personenbahnsteige und Laderampen, auch in Personenbahnhöfen und Güterterminals“ sowie um Zugangs- bzw. Zufahrtswege für Passagiere und Güter erweitert werden (Anlage 1 Nr. 2 und Nr. 6 zum ERegG). Im Gegenzug sollen die Beschreibung Personenbahnhof um die Personenbahnsteige sowie Zugangs- bzw. Zufahrtswege bereinigt werden (vgl. Anlage 2 Nr. 2 Satz 1 lit. a zum ERegG-E). In ähnlicher Weise werden aus der Beschreibung der Güterterminals die Laderampen sowie die Zugangs- bzw. Zufahrtswege gestrichen (vgl. Anlage 2 Nr. 2 Satz 1 lit. b zum ERegG-E).

Nach der Entwurfsbegründung soll mit der Neuordnung der Personenbahnsteige und Laderampen und der Begründung eines neuen Regimes der Zugangs- und Entgeltregulierung gleichwohl möglichst wenig Änderungsbedarf für die Eisenbahninfrastruktur- und die Eisenbahnverkehrsunternehmen entstehen. Zugleich soll ein hohes Maß an Flexibilität ermöglicht werden. Die Regelung lasse verschiedene Betreibermodelle zu, „um die Beibehaltung des Status Quo in größtmöglichem Umfang zu ermöglichen“ (zum Ganzen Begründung zum GWE-E, S. 102).

3. Anlass dieser Vorschläge ist die im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens eines österreichischen Gerichts getroffene Feststellung des EuGH, dass die in Anhang I zur Richtlinie 2012/34 genannten Personenbahnsteige Bestandteil der Eisenbahninfrastruktur seien, deren Benutzung unter das Mindestzugangspaket falle (EuGH, Urteil vom 10.7.2019, C-210/18 *Westbahn*). Zu Laderampen hat sich der EuGH im genannten Urteil hingegen nicht geäußert. Insgesamt ergibt sich aus dem Urteil zum einen die Anforderung, dass der Zugang zu den Personenbahnsteigen und Laderampen im Rahmen des Mindestzugangspakets gewährleistet werden muss. Zum anderen müssen die Entgelte für diesen Zugang im Rahmen der Entgelte für das Mindestzugangspaket ermittelt und erhoben werden.

Beide Voraussetzungen sind im deutschen Recht spätestens seit der Dritten AEG-Novelle (2005) erfüllt: Über die Halte entlang einer Trasse und damit über den Zugang zu Personenbahnsteigen entscheidet die DB Netz AG als Betreiberin der Schienenwege im Rahmen der Trassenzuweisung. Die Halte an den Personenbahnsteigen sind Bestandteil des Mindestzugangspakets des Betreibers der Schienenwege. Da der Begriff des Personenbahnsteigs weder im europäischen Richtlinien- oder Verordnungsrecht definiert, noch von der Rechtsprechung des EuGH vorgegeben wird, stand und steht dem deutschen Gesetzgeber insoweit ein Umsetzungsspielraum zu. Spätestens seit der Dritten AEG-Novelle (2005) ist unter dem Personenbahnsteig als Bestandteil des Mindestzugangspakets der neben den Gleisen befindliche Grund und Boden ohne weitere Aufbauten oder bauliche Anlagen zu verstehen. Der Grund und Boden unter und neben den Gleisen befindet sich bereits seit der Bahnreform im Eigentum der DB Netz AG, die diese Flächen an die DB Station&Service AG verpachtet hat. Die DB Station&Service AG entrichtet für die Nutzung dieser Flächen (als Personenbahnsteige) eine jährliche Pacht, die in den Kosten der Stationsentgelte im Rahmen der Regulierung im jährlichen Entgeltgenehmigungsverfahren berücksichtigt wird.

Auch für die Laderampen ergibt sich keine Notwendigkeit einer Neuregelung. Sie waren bereits nicht Gegenstand des oben genannten EuGH-Urteils (C-210/18 – *Westbahn*). Hinzu kommt, dass die Laderampen nur dann zur Eisenbahninfrastruktur i.S.d. Anhangs 1 der Richtlinie 2012/34/EU gehören, wenn sie an Hauptgleisen liegen. Über diese Anforderung geht die vorgesehene Definition von Laderampen in § 1 Abs. 27 ERegG-E jedoch hinaus, da sie sich nicht auf die Laderampen an Hauptgleisen beschränkt. Die Regelung ist insoweit überschießend und trägt der bisherigen Sach- und Rechtslage nicht Rechnung: Soweit die Laderampen an Hauptgleisen liegen, entscheidet auch hier in der Regel bereits der Schienenwegbetreiber über den Halt und damit über den Zugang zu diesen Rampen. Soweit es sich um Rampen an Nebengleisen handelt, gehören sie in der Regel zur jeweiligen Serviceeinrichtung, so dass hier die Vorschriften über den Zugang zu Serviceeinrichtungen gelten. Aus europarechtlicher Sicht besteht daher kein Grund, an der bisherigen Rechtslage und Regulierungspraxis etwas zu ändern.

4. Dies gilt nicht nur, weil die im GWE-E enthaltenen Vorschläge zahlreiche Folgeänderungen nach sich ziehen (vgl. u. B. III.). Entscheidend ist, dass eine selektive Nutzung nur von Personenbahnsteigen (ohne Nutzung des Personenbahnhofs) weder aus tatsächlichen noch

aus rechtlichen Gründen möglich ist. So ist z.B. in Anhang II Nr. 2 zur Richtlinie 2012/34/EU ausdrücklich vorgesehen, dass zum Personenbahnhof die Gebäude sowie die Einrichtungen zur Anzeige von Reiseauskünften gehören. Es ist nicht vorstellbar, dass Zugangsberechtigte nur den Personenbahnsteig nutzen, ihre Fahrgäste aber im Einzelfall nicht die Möglichkeit haben sollen, Reisendeninformationsanlagen zu nutzen. Bereits dieses Beispiel zeigt, dass die Leistungen, die durch die Zurverfügungstellung des Personenbahnsteiges erbracht werden, so mit den Leistungen des Personenbahnhofes verschränkt sind, dass eine Trennung hinsichtlich einer selektiven Nutzung weder rechtlich noch tatsächlich möglich ist. Die obligatorische Nutzung der Personenbahnsteige in Verbindung mit den Personenbahnhöfen durch die Zugangsberechtigten ist zwingend notwendig und sachlich geboten. Jede auch nur virtuelle Trennung hätte weitreichende Konsequenzen hinsichtlich der Finanzierung der Anlagen und der operativen Prozesse.

Hinzu kommt, dass die nun für die Personenbahnsteige vorgesehenen Entgeltvorschriften offensichtlich nicht „passen“. Dies gilt insbesondere für die nun für den Betreiber von Personenbahnhöfen vorgesehene Anwendung von Vorschriften zur Bildung von Entgeltbestandteilen, die die Knappheit der Schienenwegkapazität widerspiegeln, § 35 Abs. 1 ERegG, oder die Bildung von Entgelten für vorgehaltene Schienenwegkapazität gemäß § 40 ERegG. Der Betreiber der Personenbahnsteige (i.S.d. § 1 Abs. 26 ERegG-E) selbst weist überhaupt keine Kapazitäten an den Personenbahnsteigen zu, da dies bereits der Betreiber der Schienenwege übernimmt. Ein anderer Befund ergibt sich auch dann nicht, wenn die Personenbahnsteige auch vom Betreiber der Schienenwege betrieben werden. Denn dann gelten die genannten Vorschriften, § 35 Abs. 1 und § 40 ERegG bereits heute.

Ein weiterer Beleg für die unpassenden Entgeltvorschriften findet sich in der Durchführungsverordnung 2015/909 der Kommission. In dieser werden die Grundsätze der Berechnung der unmittelbaren Kosten des Zugbetriebs geregelt. Eine Übertragung dieser Methodik auf Personenbahnsteige ist offensichtlich abwegig und zu Recht nicht vorgesehen, da die unmittelbaren Kosten des Zugbetriebes in einer der Einheiten Fahrzeugkilometer, Zugkilometer oder Bruttotonnenkilometer ausgewiesen werden müssen (Artikel 5 der Durchführungsverordnung 2015/909). Für Personenbahnsteige ist der Grenzkostenansatz fragwürdig, ohnehin wäre allenfalls eine Herleitung auf Basis des Zughaltes denkbar. Hätte die EU-Kommission die Anwendung der Entgeltbildungsregeln der Schienenwegbetreiber auf den Betreiber der Personenbahnsteige vorgesehen, wäre dies in der Durchführungsverordnung aufgeführt worden.

Hinzu kommt, dass künftig die Vorschrift des § 37 Abs. 3 ERegG nicht mehr für Personenbahnsteige und Investitionen in Personenbahnsteige gelten würde, da er allein auf Personenbahnhöfe abstellt. Dies würde die ohnehin problematische finanzielle Situation der DB Station&Service AG beim Betrieb der Verkehrsstationen weiter verschärfen. Sollte an der Definition der Eisenbahnanlage festgehalten werden, müsste deshalb zumindest § 37 Abs. 3 um „und Personenbahnsteige“ ergänzt werden. Die Regelung des § 37 Abs. 3 würde sonst in ihrem Anwendungsbereich ungewollt eingeschränkt.

Durch den ersatzlosen Wegfall der bislang im ERegG geltenden Vorschriften zur Pflicht zur Aufstellung von Nutzungsbedingungen und der Beantragung einer Entgeltgenehmigung für die Betreiber von Personenbahnhöfen würden künftig nur noch die Nutzungsentgelte für Bahnsteige, aber nicht mehr die Nutzungsentgelte von Personenbahnhöfen der Entgeltgenehmigung unterliegen. Da die Kosten, die bei einem Betreiber von Verkehrsstationen „im regulierten Bereich“ anfallen, zwingend entweder den „Eisenbahnanlagen“ oder der „Serviceeinrichtung Personenbahnhof“ zuzuordnen sind (ggf. auch geschlüsselt), besteht eine

faktische Akzessorietät zwischen den beiden Entgeltkomponenten. Wenn für die „Eisenbahnanlagen“ zukünftig ein anderes Entgeltverfahren mit längeren Prüf Fristen gilt, als für die Serviceeinrichtung Personenbahnhof (zwei Monate mit Verlängerungsoption vs. sechs Wochen) kann dies erhebliche rechtliche Folgeprobleme verursachen: z.B. wenn im laufenden „Entgeltverfahren Eisenbahnanlage“ entschieden wird, dass eine Kostenposition nicht der „Eisenbahnanlage“ zuzurechnen ist, sondern der Serviceeinrichtung Personenbahnhof, das „Entgeltverfahren Personenbahnhof“ zu diesem Zeitpunkt aber bereits abgeschlossen ist. Nach Ablauf der beiden Prüfverfahren würde diese verwaltungsrechtliche Unsicherheit weiterbestehen, da die Entgeltgenehmigung bzgl. der „Eisenbahnanlagen“ nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bestandskräftig wird, während bzgl. der Entgelte „Personenbahnhöfe“ jederzeit ein nachträgliches Prüfverfahren eröffnet werden könnte (von Amts wegen oder aufgrund Beschwerde eines Zugangsberechtigten). Hinzu kommt neue Rechtsunsicherheit bei den Betreibern der Personenbahnhöfe in zivilrechtlicher Hinsicht, da einer behördlichen Entgeltgenehmigung von den Zivilgerichten in der Regel ein größeres Gewicht beigemessen werden dürfte als einer bloßen Mitteilung der Entgelte gemäß § 72 ERegG und einer sich daran anschließenden Prüfungsfrist. In der Konsequenz käme es wieder in erhöhtem Maße zu zivilrechtlichen Auseinandersetzungen zwischen den Zugangsberechtigten und der DB Station&Service AG um die Rechtmäßigkeit von Entgelten. Die durch § 33 ERegG vorgenommene Stärkung der Rolle der Regulierungsbehörde bei der Regulierung der Entgelte der Personenbahnhöfe und die damit einhergehende Beschränkung eines Auseinanderfallens der Rechtswege bei der Überprüfung von Entgelten würde wieder rückgängig gemacht.

5. **Im Ergebnis** sollte die vorgeschlagene Regelung erheblich geändert werden. Eine Neuregelung in Bezug auf Laderampen kann ersatzlos entfallen, da sie durch das Urteil des EuGH nicht veranlasst ist. Um das Urteil in Bezug auf Personenbahnsteige gesetzgeberisch umzusetzen, könnte in Anlage 2 Nr. 2 zum ERegG das Wort „Bahnsteig“ (als Teil der Serviceeinrichtung Personenbahnhof) durch das Wort „Hochbahnsteig“ ersetzt werden. Damit würde klargestellt, dass der Aufbau auf dem Bahnsteig zum Personenbahnhof gehört und als Teil der Serviceeinrichtung bepreist wird, der Bahnsteig selber aber Teil des Entgelts für das Mindestzugangspaket ist. Eine Konsequenz aus einer solchen Regelung könnte dann eine Herabsetzung des von DB Station&Service an die DB Netz gezahlten Pachtzinses auf Null sein, da die Kosten für die so definierten Bahnsteige dann Kosten des Mindestzugangspakets wären. Für einen solchen Ansatz spricht, dass er mit nur minimalen Änderungen in der Regulierungspraxis einhergehen würde. Damit würde auch für die Vergangenheit keine Rechtsunsicherheit bezüglich möglicher Rückforderungen bzw. Schadensersatzansprüchen wegen einer -vermeintlich- nicht korrekten Richtlinienumsetzung bestehen. Denn bei anderen Abgrenzungsszenarien kann ein solches Risiko tendenziell umso größer sein, je weiter die Definition des Personenbahnsteigs vorgenommen würde. Die bislang geltenden Regelungen zur Genehmigung der Entgelte der Personenbahnhöfe in § 33 ERegG können hingegen erhalten bleiben. Zumindest sollte eine eindeutige und damit rechtssichere Legaldefinition des Begriffs „Personenbahnsteig“ in Abgrenzung zum „Personenbahnhof“ verwendet werden. Gemäß Anhang II Nr. 2 a der RL 2012/34 EU gehören zum Personenbahnhof mindestens „deren Gebäude und sonstige Einrichtungen, einschließlich der Einrichtungen für die Anzeige von Reiseauskünften sowie geeigneter Örtlichkeiten für den Fahrscheinverkauf“. Da europarechtlich keinerlei Aufbauten (zwingend) dem Personenbahnsteig zugeordnet sind, besteht die rechtssicherste Legaldefinition darin, dem Personenbahnhof sämtliche Aufbauten zuzuordnen, „sonstige Einrichtungen“ also dahingehend zu verstehen, dass damit sämtliches „Grundstückszubehör“ zu verstehen ist, das es kein Gebäude ist.

Die derzeit geplante Regelung des § 1 Abs. 26 gemäß der zum Personenbahnsteig „alle Aufbauten und Einrichtungen“ gehören, soweit sie „nicht gesetzlich dem Betrieb des Personenbahnhofs zugewiesen sind“, sollte gestrichen werden. Sie würde extreme Unsicherheit schaffen, da einerseits „sonstige Einrichtungen“ europarechtlich zwingend dem Personenbahnhof zugewiesen sind, es aber andererseits keine Definition gibt, was alles unter „sonstigen Einrichtungen“ fällt: Wäre eine Vitrine nach der geplanten Definition des § 1 Abs. 26 stets als „sonstige Einrichtung“ Bestandteil des Personenbahnhofs? Oder wäre es abhängig davon, ob in der Vitrine ein Fahrplan und damit „Reiseauskünfte“ ausgehängt sind oder ein Plan bzgl. Flucht- und Rettungswegen im Brandfall, dann Bestandteil des Mindestzugangspaket wie die Fluchtwege selbst? Wäre ein Dach stets als „sonstige Einrichtung“ dem Personenbahnhof zuzurechnen? Oder wäre nur der Teil des Dachs dem Personenbahnhof zuzurechnen, der die „geeigneten Örtlichkeiten für den Fahrscheinverkauf“ vor Witterung schützt? Wäre es für die Zuordnung des Dachs von Bedeutung, ob es ein freistehendes Dach ist oder ob das Dach baulich mit einem „Gebäude“ gemäß Anhang II Nr. 2 a der RL 2012/34 EU verbunden ist?

Keinesfalls kommt es in Betracht, unter „sonstiger Einrichtung“ i.S.d. Anlage 2 Nr. 2 a der RL 2012/ 34 EU nur „Einrichtungen für die Anzeige von Reiseauskünften“ zu subsumieren, denn damit würde der Begriff der „sonstigen Einrichtung“ leerlaufen. Weiterhin wird mit der Verwendung des Worts „einschließlich“ der deutliche Wille des europäischen Gesetzgebers zum Ausdruck gebracht, dass der Begriff der „sonstigen Einrichtung“ als Oberbegriff zu verstehen ist und die „Einrichtungen für die Anzeige von Reiseauskünften“ lediglich ein Element sein sollen, welches unter diesen Oberbegriff fällt. Aus alledem wird deutlich, dass die einzige eindeutige und rechtsichere Abgrenzung zwischen Personenbahnsteig und Personenbahnhof darin besteht, dem Personenbahnhof sämtliche Aufbauten zuzuordnen.

III.

Begriffliche Klarstellung im Bereich der Entflechtungsvorschriften (zu Art. 1 Nr. 2 und Nr. 5 bis Nr. 7 GWE-E)

1. Infolge der Änderungen zu Personenbahnsteigen und Laderampen (hierzu bereits o. B. II.) sieht der Gesetzentwurf eine begriffliche Änderung im Anwendungsbereich der Entflechtungsvorschriften vor, die sich bisher an den Betreiber der Schienenwege richten:
 - Die bisherige Bestimmung des Begriffs der Eisenbahnanlagen soll aus § 1 Abs. 5 ERegG in § 6a AEG-E überführt und dort um einen neuen Abs. 7 ergänzt werden (vgl. Art. 2 Nr. 1 GWE-E). Eisenbahnanlagen sind danach die in Anlage 1 zum ERegG aufgeführten Eisenbahninfrastrukturen. § 1 Abs. 7 AEG-E bestimmen als Betreiber von Eisenbahnanlagen diejenigen, die für Betrieb, Instandhaltung, Ausbau und Erneuerung dieser Anlagen zuständig sind.
 - In §§ 8, 8a, 8b, 8c, 8d, 11, 14 und in Anlage 7 ERegG soll künftig anstelle des Betreibers der Schienenwege der Betreiber von Eisenbahnanlagen angesprochen werden (vgl. Art. 1 Nr. 6 und Nr. 2 GWE-E). In § 8 Abs. 7 ERegG wird der Begriff „Schienenwege“ – sprachlich korrekt – durch „Eisenbahnanlagen“ ersetzt (Art. 1 Nr. 6 lit. b GWE-E).
 - In § 7 Abs. 5 sollen der Begriff „Wegeentgelte“ durch „Entgelte für die Nutzung von Eisenbahnanlagen“ ersetzt und Abs. 6 gestrichen werden (Art. 1 Nr. 5 GWE-E).
 - In § 9 wird ebenfalls der Begriff „Schienenwege“ durch den Begriff „Eisenbahnanlagen“ ersetzt. Hinzu kommt eine Streichung des § 9 Abs. 1 Satz 5 ERegG. Die Vorschrift wird in einen neuen § 9 Abs. 1a ERegG-E überführt, wonach die Beteiligung eines

Netzbeirates bei der Aufstellung des Geschäftsplans nur erfolgt, wenn ein Netzbeirat eingerichtet worden ist (Art. 1 Nr. 7 GWE-E).

Nach der Entwurfsbegründung handelt es sich insoweit um Folgeänderungen, die sich aus der Zuordnung der Personenbahnsteige und Laderampen zum Mindestzugangspaket ergeben. Darüber hinaus gehende inhaltliche Änderungen sind nicht beabsichtigt (vgl. Begründung zum GWE-E, S. 42f., S. 94 und S. 101). Dies ist aus Sicht der DB zu begrüßen, sollte aber im Wortlaut des Gesetzes ausdrücklich bekräftigt werden.

2. Die Regelungen des GWE-E verstoßen nicht gegen die Richtlinie 2012/34/EU. Sie sind vielmehr von dem Bemühen getragen, die Begriffsbestimmungen des europäischen Rechts in das nationale Recht umzusetzen, indem der in Art. 3 Nr. 3 der Richtlinie 2012/34/EU definierte Begriff der „Eisenbahninfrastruktur“ mit „Eisenbahnanlage“ übersetzt wird. Der Begriff der Eisenbahninfrastruktur verweist auf Anhang I zur Richtlinie 2012/34/EU. Für den Begriff der „Eisenbahnanlage“ wird auf Anlage 1 zum ERegG verwiesen. Die dortige Aufzählung der Eisenbahnanlagen umfasst bauliche Anlagen („Grundstücke“, „Bahnkörper“, „Kunstabauten“, „Sicherungs-, Signal- und Fernmeldeanlagen“, etc.), sofern diese zu den „Haupt- und Dienstgleisen“ (Anhang I) bzw. zu den „Haupt- und Nebengleisen“ (Anlage 1) gehören. Ausgenommen werden jeweils „Gleise innerhalb der Ausbesserungswerke, Bahnbetriebswerke oder Lokomotivschuppen sowie private Gleisanschlüsse“.

Die zu den „Hauptgleisen“ gehörenden baulichen Anlagen dürften nach heutigem Begriffsverständnis den Schienenweg bilden. Dagegen werden die zu den „Dienstgleisen“ bzw. „Nebengleisen“ gehörenden baulichen Anlagen nach dem bisherigen Begriffsverständnis auch in Serviceeinrichtungen betrieben. Nebengleise sind aus betrieblicher Sicht sämtliche Gleise, auf denen Rangierbewegungen stattfinden. Sie sind folglich innerhalb von Serviceeinrichtungen zu finden. Die Aufzählung der Eisenbahnanlagen nimmt ausdrücklich hierauf Bezug. „Sicherungs-, Signal- und Fernmeldeanlagen“ sind nämlich auch dann Eisenbahnanlagen, wenn sie „auf Bahnhöfen und Rangierbahnhöfen“ betrieben werden.

3. Vor diesem Hintergrund besteht die Gefahr, dass die beabsichtigte redaktionelle Änderung der Begriffsbestimmungen zu einer Erweiterung des Anwendungsbereichs der Entflechtungsvorschriften in Richtung auf die Betreiber von Serviceeinrichtungen führt, soweit hier (auch) Eisenbahnanlagen betrieben werden. In diesem Fall läge ein Fall überschießender Richtlinienumsetzung vor, die vom Gesetzentwurf – ausweislich seiner Begründung – nicht angestrebt wird. Aus DB-Sicht wäre sie weder systemkonform noch sachgerecht. Angesichts der Vielzahl von Eisenbahnanlagen, die bisher ohne die Vorgabe einer rechtlichen Trennung auch von Eisenbahnverkehrsunternehmen betrieben werden, ohne dass es insoweit zu Zugangsbeschränkungen oder sonstigen Behinderungen gekommen wäre, wäre eine weitergehende Entflechtung falsch. Schlimmstenfalls würde sich der gesamte Eisenbahnsektor über lange Zeit mit der Frage der richtigen Immobilienzuordnung befassen. Der hiermit verbundene wirtschaftliche Aufwand steht in keinem vernünftigen Verhältnis zu etwaigen Effekten auf dem nachgelagerten Markt. Erprobte und bisher nicht beanstandete Rollen- und Aufgabenverteilungen wie insbesondere die Nutzung von Rangierbahnhöfen mit Personal des nutzenden EVU, würden so in Frage gestellt.
4. Der Gesetzgeber könnte dem Ziel noch besser Rechnung tragen, die begrifflichen Änderungen wirklich auf die redaktionelle Klarstellung zu begrenzen, die durch die Änderungen zu Personenbahnsteigen und Laderampen veranlasst wurden. Die in Anlage 1 zum ERegG-E vorhandene Ausnahme, wonach „Gleise in Ausbesserungswerken, Bahnbetriebswerken oder Lokomotivschuppen“ nicht zu den Eisenbahnanlagen gehören, dürfte eine trennscharfe Abgrenzung zwischen entflechtungsbedürftiger und nicht entflechtungsbedürftiger

Eisenbahninfrastruktur kaum ermöglichen. Sinnvoller wäre es, im Zusammenhang mit den Entflechtungsvorgaben für Serviceeinrichtungen eine entsprechende Klarstellung vorzunehmen. Diese könnte in der Ergänzung des § 12 Abs. 3 um einen Satz 2 mit folgendem Wortlaut bestehen:

„Im Übrigen finden die §§ 8, 8a, 8b, 8c, 8d, 11 und 14 auf Betreiber von Serviceeinrichtungen keine Anwendung, auch wenn innerhalb der Serviceeinrichtungen Eisenbahnanlagen betrieben werden.“

IV.

Änderungen der Zugangsregulierung für Schienenwege

(zu Art. 1 Nr. 8, Nr. 13, Nr. 25, Nr. 29 bis 31, Nr. 33 bis Nr. 36, Nr. 38, 53 und 58 GWE-E)

1. Neben den bereits behandelten Themenkomplexen sieht der Entwurf zahlreiche Änderungen im Bereich der Zugangsregulierung für die Schienenwege vor, zu denen insbesondere Änderungen des Regimes für Rahmenverträge (hierzu u. B.V.), eine „Erprobungsklausel“ für den Einstieg in einen „Deutschlandtakt“ (hierzu u. B.VI.) und Änderungen im Regime der überlasteten Schienenwege (hierzu u. B.VII.) gehören. Sonstige zugangsrechtliche Änderungen betreffen entweder die Klarstellung einer etablierten und unstrittigen Verwaltungspraxis oder dienen rein redaktionellen oder sprachlichen Erfordernissen (vgl. § 19 und § 47, § 52 Abs. 10, § 53 Abs. 1 Satz 1, § 54 Satz 1 und § 60 Abs. 2a ERegG-E sowie der Änderung von Anlage 3 zum ERegG) bzw. der Berücksichtigung des einschlägigen europäischen Rechts (vgl. § 10 Abs. 4, § 50 Abs. 1, § 51 und § 53a ERegG-E sowie Streichung der Anlage 8 zum ERegG).
2. Aus DB-Sicht ist eine Stellungnahme im gegenwärtigen Stadium der Verbändeanhörung nur zu § 53 Abs. 1 Satz 3 ERegG-E veranlasst. Ergänzender Vortrag hierzu bleibt vorbehalten. Nach § 53 Abs. 1 Satz 3 ERegG-E sollen die Betreiber der Schienenwege verpflichtet werden, zum vorläufigen Netzfahrplanentwurf die beabsichtigten Ablehnungen zu begründen. Die vorgeschlagene Änderung gehört nicht zu den Anforderungen des Art. 45 Abs. 3 der Richtlinie 2012/34/EU zum Anhörungsverfahren zum vorläufigen Netzfahrplanentwurf. Das Prinzip der „1:1-Umsetzung von Unionsrecht“ wird hier nicht eingehalten und die beabsichtigte Änderung ist überschießend. Die Aufnahme einer Begründungspflicht zum vorläufigen Netzfahrplanentwurf für beabsichtigte Ablehnungen ist auch aus sonstigen Gründen nicht erforderlich. Die Zugangsberechtigten sind aus dem Koordinierungsverfahren mit der Konfliktsituation vertraut. Sie wissen, dass mangels einer einvernehmlichen Lösung der Konflikt im Rahmen des Streitbeilegungsverfahrens zu lösen ist. Die Kriterien des Streitbeilegungsverfahrens sind abschließend in § 52 Abs. 7 und 8 ERegG geregelt, so dass ein Ermessensspielraum auf Seiten des Betreibers der Schienenwege nicht gegeben ist. Sofern ein Zugangsberechtigter zum vorläufigen Netzfahrplanentwurf darüber informiert wird, dass beabsichtigt ist, seine Trassenanmeldung abzulehnen, so kann die Ablehnung nur auf die (entweder gesetzlich oder in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen) definierten Kriterien des Streitbeilegungsverfahrens gestützt werden, die dem Zugangsberechtigten bekannt sind. Eine Offenlegung der Prüfung der Kriterien des Streitbeilegungsverfahrens des Konfliktpartners ist aus Gründen der Geheimhaltung dagegen nicht möglich. Die Mitteilung von Gründen der beabsichtigten Ablehnung bedeutet auf Seiten des Zugangsberechtigten keinen Mehrwert für seine Entscheidung, ob er von seinem Anhörungsrecht Gebrauch machen möchte, während zugleich auf Seiten des Betreibers der Schienenwege ein zusätzlicher und erheblicher Aufwand in einem sehr engen zeitlichen Korsett der Netzfahrplanerstellung begründet wird. Sinnvoller wäre es, dem Betreiber der Schienenwege die Möglichkeit einzuräumen, die

Unterrichtung über beabsichtigte Ablehnungen sofort vornehmen zu können, so dass dadurch schneller Rechtsklarheit hergestellt wird. Aus diesen Gründen sollte von der beabsichtigten Einfügung des § 53 Abs. 1 Satz 3 ERegG Abstand genommen werden.

V.

Änderungen des Regimes für Rahmenverträge (zu Art. 1 Nr. 27 und 28 GWE-E)

1. Ein in der Vergangenheit besonders kontroverser Bereich der Zugangsvorschriften betrifft die Rahmenverträge über die Nutzung von Schienenwegkapazität über mehr als eine Netzfahrplanperiode hinweg. Hier sieht der Entwurf neben redaktionellen Anpassungen (vgl. § 49 Abs. 1 Satz 3 und Satz 4, Abs. 6, Abs. 8, Abs. 10 und Abs. 11 ERegG-E) insbesondere die Einführung einer Genehmigungspflicht mit besonderen verfahrensrechtlichen „Leitplanken“ vor. Diese Regelungen stellen insgesamt einen guten Kompromiss zwischen den Bedürfnissen des Marktes nach mehr Verlässlichkeit geschlossener Verträge und den europarechtlichen Anforderungen der Durchführungsverordnung (EU) 2016/545 der Kommission vom 7. April 2016 dar. Im Einzelnen:
 - Rahmenverträge und ihre nachträgliche Änderung bedürfen der vorherigen Genehmigung durch die Regulierungsbehörde (§ 49 Abs. 2 ERegG-E).
 - Rahmenverträge dürfen die Nutzung der Schienenwege durch andere Zugangsberechtigte nicht ausschließen (§ 49 Abs. 3 ERegG-E). Ihre nachträgliche Änderung oder Einschränkung muss im Interesse einer Optimierung der Kapazitätsnutzung möglich bleiben (§ 49 Abs. 4 ERegG-E).
 - Artikel 9 Absätze 3 bis 6 und Artikel 10 der Durchführungsverordnung (EU) 2016/545 der Kommission vom 7. April 2016 sind nicht anzuwenden (§ 49 Abs. 9 ERegG-E)
 - Zudem wird das Verfahren zur Genehmigung von Rahmenverträgen näher geregelt (§ 49a ERegG-E).

Die Einführung einer formalen Genehmigungspflicht für Rahmenverträge wird mit einer zeitlichen Flexibilisierung verbunden. § 49a ERegG-E schreibt nicht vor, dass die Genehmigung von Rahmenverträgen nur zu bestimmten Zeitpunkten oder innerhalb definierter Fristen beantragt werden kann. Folglich ist der Abschluss von Rahmenverträgen künftig jederzeit möglich.

2. Die vorgeschlagenen Änderungen entsprechen den europarechtlichen Vorgaben für den Abschluss von Rahmenverträgen in Art. 42 der Richtlinie 2012/34/EU und der ergänzenden Durchführungsverordnung (EU) 2016/545. Zunächst sieht Art. 42 Abs. 3 der Richtlinie die in § 49 Abs. 4 ERegG-E vorgesehene Möglichkeit der nachträglichen Änderung oder Einschränkung im Interesse einer Optimierung der Kapazitätsnutzung ausdrücklich vor. Art. 8 Abs. 3 der Durchführungsverordnung eröffnet aber die Möglichkeit, eine Genehmigungspflicht für Rahmenverträge mit der Folge vorzusehen, dass Art. 9 Abs. 3 bis 6 und Art. 10 der Durchführungsverordnung nicht mehr anwendbar sind. So entfällt die Regelung des Art. 9 Abs. 3 Satz 2 der Durchführungsverordnung, in dem es heißt:

„Sofern die zweite Koordinierungsrunde ohne Erfolg bleibt und der beantragte Rahmenvertrag eine bessere Nutzung der Infrastruktur vorsieht, verlangt der Infrastrukturbetreiber eine Änderung der aufgrund der bestehenden Rahmenverträge zugewiesenen Rahmenkapazität“.

Ist diese Regelung nicht mehr anwendbar, bleibt es allein bei der prinzipiellen Festlegung, dass nachträgliche Änderungen oder Einschränkungen im Interesse einer Optimierung der Kapazitätsnutzung möglich bleiben müssen. Ohne Anwendung des Art. 9 Abs. 3 der Durchführungsverordnung verfügt der Betreiber der Schienenwege hier über einen erheblichen Beurteilungsspielraum.

3. Jenseits der europarechtlichen Grundlagen ist die Möglichkeit der nachträglichen Änderung oder Einschränkungen von Rahmenverträgen im Interesse der Optimierung der Kapazitätsnutzung in praktischer Hinsicht als kritisch zu bewerten. Für Verträge gilt grundsätzlich das Prinzip *pacta sunt servanda*. Nur so vermitteln sie beiden Vertragsparteien die mit einem Vertragsabschluss typischerweise angestrebte rechtliche Sicherheit, die u.a. für die eigene Investitionstätigkeit und die Vertragstreue in anderen Beziehungen, etwa bei Verkehrsverträgen, Bedeutung hat.

Insbesondere die Regelung des § 49 Abs. 3 ERegG ist zu unbestimmt. Sie dürfte zu einem erheblichen Konfliktpotential in Bezug auf die mit Rahmenverträgen zu bindende Kapazität führen. § 49 Abs. 3 ERegG sollte daher so konkretisiert werden, dass die in Art. 8 Abs. 2 Durchführungsverordnung (EU) 2016/545 geltende Höchstbelegungsgrenze von 70 Prozent der Höchstkapazität einer Strecke pro Stunde ausdrücklich genannt wird.

4. Der „Masterplan Schienenverkehr“ des BMVI formuliert als zentrale Aufgabe der Weiterentwicklung des Trassenzugangs, den Eisenbahnverkehrsunternehmen eine größere Planungs- und Investitionssicherheit zu verschaffen. Das europarechtlich hierfür vorgesehene Instrument des Rahmenvertrages spielt hierbei eine entscheidende Rolle. Im Hinblick auf die Vorgabe des Art. 42 Abs. 3 der Richtlinie ist die Genehmigungspflicht für Rahmenverträge und der damit verbundene Anwendungsausschluss von Art. 9 Abs. 3 der Durchführungsverordnung aus DB-Sicht daher grundsätzlich ein guter Kompromiss: Rahmenverträge werden künftig wieder verlässlicher als sie bei voller Anwendung der Durchführungsverordnung wären. Das praktische Bedürfnis nach noch mehr Verlässlichkeit geschlossener Rahmenverträge ist allerdings nach wie vor vorhanden. Dies gilt auch für die Notwendigkeit, neben rahmenvertraglich gebundenen Kapazitäten sowohl im Netzfahrplan als auch für den Gelegenheitsverkehr möglichst genügend Kapazität für Trassenanmeldungen anderer Verkehrsarten vorzuhalten.

Positiv hervorzuheben ist die zeitliche Flexibilisierung, die sich aus dem Umkehrschluss aus § 49a ERegG-E ergibt. Dort ist nicht vorgesehen, dass die Genehmigung von Rahmenverträgen nur zu bestimmten Zeitpunkten oder innerhalb definierter Fristen beantragt werden kann. Da eine solche Einschränkung fehlt, ist der Abschluss von Rahmenverträgen letztlich jederzeit möglich. Eine Pflicht, nur bestimmte Abschlussfristen für Rahmenverträge vorzusehen, findet sich übrigens auch nicht in der Durchführungsverordnung; sie lässt vielmehr in ihrem Art. 5 Abs. 2 zu, dass keine jährliche oder mehrjährige Frist für den Abschluss von Rahmenverträgen vorgesehen wird. Diese Flexibilität wird durch § 49a ERegG-E nicht eingeschränkt.

Um der unzureichenden Bestimmtheit des § 49 Abs. 3 ERegG-E Rechnung zu tragen, könnte die Vorschrift um folgenden Satz ergänzt werden:

“Mit Rahmenverträgen dürfen nicht mehr als 70 Prozent der Höchstkapazität einer Strecke innerhalb einer Stunde belegt werden.”

VI.
Einstieg in den „Deutschlandtakt“
(zu Art. 1 Nr. 32 GWE-E)

1. Im Zusammenhang mit aktuellen Diskussionen im Rahmen des „Runden Tisches Kapazität“ und im Zusammenhang mit dem „Masterplan Schienenverkehr“ des BMVI sieht der Gesetzentwurf neben den Änderungen am Regime der Rahmenverträge insbesondere eine Klausel zur Erprobung neuer Konzepte zur Kapazitätsnutzung vor: § 52a ERegG-E enthält eine Klausel über „Pilotprojekte zur Erprobung neuer Konzepte der Kapazitätsnutzung und Fahrplannerstellung sowie des Deutschlandtakts“. Sie enthält eine Ermächtigung des BMVI zum Erlass von Rechtsverordnungen, mit denen Strecken festgelegt werden, auf denen im Rahmen von Pilotprojekten neue Konzepte zur Fahrplannerstellung und Kapazitätsnutzung erprobt werden sollen. Sie sollen der etappenweisen Einführung des europäischen Branchenprojekts *Timetable Redesign* (TTR) sowie des Deutschlandtakts dienen und können insbesondere mit Vorgaben über die Aufstellung eines Kapazitätsnutzungsplans verbunden werden. Aus Sicht der DB ist die vorgesehene Erprobung der Konzepte zu begrüßen. Es bestehen jedoch gegen die vorgeschlagene Erprobungsklausel in der genauen Ausgestaltung rechtliche und inhaltliche Bedenken, insbesondere im Hinblick auf die Aufgabenverteilung zwischen dem Betreiber der Schienenwege und öffentlichen Stellen.
2. Mit einer Verordnungsermächtigung des BMVI zur Regelung der Zuweisung von Schienenwegkapazität weicht der Gesetzgeber von der bestehenden Aufgabenverteilung zwischen staatlichen Stellen und der DB Netz AG als Betreiberin der Schienenwege ab. Auch wenn die Regelung ausdrücklich Ausnahmecharakter hat und Pilotprojekte zur Erprobung neuer Konzepte und Methoden ermöglichen soll, steht sie in einem potentiellen Widerspruch zur Vorgabe des Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2012/34/EU. Die Vorschrift bestimmt:

„Der Infrastrukturbetreiber ist unter Beachtung der Rahmenbedingungen betreffend die Entgelterhebung und die Kapazitätszuweisung und der von den Mitgliedstaaten festgelegten Einzelvorschriften für seine eigene Geschäftsführung, Verwaltung und interne Kontrolle verantwortlich.“

Zu den in dieser Vorschrift angesprochenen Rahmenbedingungen zur Kapazitätszuweisung gehört u.a. Art. 26 der Richtlinie, wonach

„... die Mitgliedstaaten ... dafür Sorge [tragen], dass die Entgelt- und Kapazitätszuweisungsregelungen für die betreffenden Fahrwege den in dieser Richtlinie festgelegten Grundsätzen entsprechen und es dem Infrastrukturbetreiber so ermöglichen, die verfügbare Fahrwegkapazität zu vermarkten und so effektiv wie möglich zu nutzen.“ (Hervorhebung nur hier)

Im Ergebnis wird durch diese (und weitere) Richtlinienbestimmungen ausgeschlossen, dass staatliche Stellen der EU-Mitgliedstaaten in die Zuweisung von Schienenwegkapazität eingreifen. Diese Aufgabe obliegt allein dem Infrastrukturbetreiber bzw. dem Betreiber der Schienenwege, der insofern auch als öffentliches Unternehmen eine europarechtlich verbürgte Unabhängigkeit vom Mitgliedstaat genießt.

Vor diesem Hintergrund ist zumindest zweifelhaft, ob eine gesetzliche Bestimmung wie § 52a ERegG-E, die dem nationalen Verkehrsministerium eine Vorstrukturierung der Kapazitätszuweisung durch Rechtsverordnung erlaubt, überhaupt richtlinienkonform ausgestaltet werden kann. Insofern bietet sich mindestens eine informelle Klärung mit der Europäischen Kommission an. Rechtliche Risiken, die sich im Rahmen von Rechtsstreitigkeiten auch später noch ergeben können, lassen sich so zwar begrenzen, nicht aber endgültig ausräumen.

3. Zusätzliche Zweifel an der Vereinbarkeit der Regelung in § 52a ERegG-E mit höherrangigem Recht ergeben sich aus Art. 80 Abs. 1 GG. Satz 1 der Vorschrift regelt die Möglichkeit zur Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen durch die Schaffung einer Verordnungsermächtigung zu Gunsten der Bundesregierung, eines Bundesministers oder den Landesregierungen. Satz 2 bestimmt:

„Dabei müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden.“

Ob diese Grenze im Fall der vorliegenden Verordnungsermächtigung des § 52a ERegG-E erfüllt ist, ist fraglich. Zwar wird als Inhalt der Delegationsbefugnis bestimmt, das Strecken festgelegt werden, auf denen Pilotprojekte durchgeführt werden sollen. Der Zweck dieser Ermächtigung liegt darin, Modelle der Kapazitätszuweisung im Hinblick auf den Deutschlandtakt zu erproben. Aussagen zum Ausmaß der Ermächtigung fehlen hingegen. Ihrem Wortlaut nach könnte das BMVI (nach dem Wortlaut des Art. 80 Abs. 1 GG: der Minister) durch Verordnung das gesamte Schienennetz der DB Netz AG durch Verordnung zum Erprobungsfall erklären. Diese weitgehende und in ihrem Ausmaß unklare Ermächtigung sollte im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens präzisiert werden, um das Risiko der Verfassungswidrigkeit der Erprobungsklausel zu minimieren.

4. Unabhängig von den rechtlichen Bedenken hält die DB die Erprobungsklausel in der vorgeschlagenen Form aus mehreren Gründen nicht für sachgerecht:

- Zum einen sollte die Rolle der DB Netz AG als Betreiberin der Schienenwege nicht nur im Hinblick auf Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2012/34, sondern auch aus Sachgründen stärker in den Blick genommen werden. Aus Sicht der DB hätte ein neues Modell der Kapazitätszuweisung dann die besten Durchsetzungschancen, wenn die Umsetzung eines im Rahmen der politischen Planung entwickelten Zielfahrplans über einen iterativen Prozess der Konsultation mit Zugangsberechtigten und anderen Stakeholdern über mehrere Stufen bis hin zur einzelnen Zugfahrt heruntergebrochen werden würde. Vorstellbar wäre hier die nachfolgend dargestellte Schrittfolge, bei der die Vorgaben des Zielfahrplans über ein langfristiges Kapazitätsnutzungskonzept (KNK) und den Abschluss von periodenübergreifenden Rahmenverträgen in einen jährlichen Kapazitätsnutzungsplan (KNP) mündet, der die Grundlage für die Trassenanmeldung und -zuweisung im Netzfahrplan und im Gelegenheitsverkehr bildet.
- In jedem Fall darf sich die Einführung neuer Instrumente der Kapazitätszuweisung nicht, wie es der Gesetzentwurf vorsieht, auf einzelne Strecken und den Fahrplan nach dem heutigen Verständnis beziehen. Jeder zukunftsorientierte Ansatz des Kapazitätsmanagements muss von vornherein weiter ausgreifen, d.h. er muss sich auf das Gesamtnetz der Schienenwege und die zugehörigen Serviceeinrichtungen beziehen.
- Die auf den Kapazitätsnutzungsplan eingeschränkte Mitwirkung des Betreibers der Schienenwege ist mit Bezug auf das Zielbild zur Einführung des Deutschlandtakts zu eng gestaltet und begegnet überdies den oben dargestellten übergeordneten europä- und verfassungsrechtlichen Bedenken. Die Erprobungsklausel sollte ermöglichen, weitere Endprodukte wie das Kapazitätsnutzungskonzept ggf. auch Endprodukte aus dem TTR-Grundkonzept (Capacity Strategy, Capacity Model, Capacity Partitioning und Capacity Planning) ebenso zu pilotieren.
- Nicht zuletzt bedarf es neben der Weiterentwicklung der Kapazitätszuweisung für Schienenwege auch flankierender Regelungen für die Kapazitätszuweisung in Serviceeinrichtungen.

5. Der Ansatz, eine Erprobungsklausel vorzuschlagen, entspricht zwar grundsätzlich den Empfehlungen des „Runden Tisches Kapazität“. Die vorliegende Fassung sollte gleichwohl aus den genannten Gründen nicht weiterverfolgt werden. Ein Alternativvorschlag müsste von einer anderen Aufgabenverteilung zwischen dem Betreiber der Schienenwege und öffentlichen Stellen ausgehen. Die Nutzung der Serviceeinrichtungen müssten von vornherein einbezogen werden. Der Entwurf sollte zudem Konsultationsverfahren für die betroffenen Zugangsberechtigten vorsehen und gegenständlich nicht auf einzelne, mehr oder weniger zufällig ausgewählte Strecken begrenzt werden. Im Interesse der Rechtssicherheit sollte der Gesetzgeber die Rahmenbedingungen klarer benennen. Kriterien wie der „gesellschaftliche Nutzen“ müssten spezifiziert werden. Letztlich darf das Recht eines Zugangsberechtigten, Trassen nach seinen Vorstellungen anzumelden (und damit auf dem nachgelagerten Markt in den Wettbewerb einzutreten) nicht völlig ausgeschlossen werden.

VII.

Änderungen im Regime der überlasteten Schienenwege (zu Art. 1 Nr. 37 GWE-E)

1. Die ausschließlich in § 59 ERegG-E enthaltenen vielfältigen Änderungen für das Regime der überlasteten Schienenwege sind sowohl inhaltlicher als auch verfahrensrechtlicher Natur. In § 59 Abs. 1 Satz 2 ERegG-E sollen die Vorgaben für den Plan zur Erhöhung der Schienenwegkapazität (PEK) um die Kosten-Nutzen-Analyse (Nr. 5) und den Zeitplan (Nr. 6) für die möglichen Maßnahmen zur Erhöhung der Schienenwegkapazität ergänzt werden, die zuvor in Satz 3 enthalten waren. Einheitlich soll der Begriff „Maßnahmen“ verwendet. Nach dem neuen § 59 Abs. 3 ERegG-E soll die Eisenbahnaufsichtsbehörde im Einvernehmen mit der Regulierungsbehörde nach Vorlage durch den Betreiber der Schienenwege die Rechtmäßigkeit des PEK innerhalb von sechs Wochen feststellen. Hierbei soll die Eisenbahnaufsichtsbehörde Empfehlungen bezüglich der Realisierung konkreter Maßnahmen abgeben. Anknüpfend daran sollen nach Abs. 4 die Betreiber der Schienenwege verpflichtet werden, den als rechtmäßig festgestellten PEK auf ihrer Internetseite bis zur Beseitigung der Überlastung zu veröffentlichen. Bei beabsichtigten Änderungen des PEK soll ein Änderungsverfahren durchgeführt werden, das durch Verweise auf die vorangehenden Absätze dem Verfahren zur Aufstellung eines PEK entspricht. Nach § 59 Abs. 7 ERegG-E sollen die Betreiber der Schienenwege bei positiven Entscheidungen über die Finanzierung der Maßnahmen nach Abs. 6 zur unverzüglichen Umsetzung dieser verpflichtet werden.
2. Die Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben zu den „überlasteten Schienenwegen“ in Art. 51 der Richtlinie 2012/34/EU ist bereits vollständig in § 59 ERegG erfolgt. Die bisherige Fassung des § 59 Abs. 1 ERegG entspricht einer „1:1 Umsetzung“ des Art. 51 Abs. 2 Unterabsatz 2 und 3 der Richtlinie 2012/34/EU. Eine Ergänzung des zwingenden Inhaltes des Plans zur Erhöhung der Schienenwegkapazität um die beabsichtigten Nummern 5 und 6 ist europarechtlich nicht gefordert. Art. 51 Abs. 2 letzter Unterabsatz der Richtlinie 2012/34/EU räumt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, den Plan zur Erhöhung der Kapazität unter einen Genehmigungsvorbehalt zu stellen. Der deutsche Gesetzgeber hat bisher von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht (BT-Drucks. 18/8834 S. 216). Die beabsichtigte Neufassung des § 59 Abs. 3 ERegG-E sieht eine Feststellung der Eisenbahnaufsichtsbehörde im Einvernehmen mit der Regulierungsbehörde vor, dass im Plan zur Erhöhung der Schienenwegkapazität die Anforderungen der Absätze 1 und 2 eingehalten worden sind. Die beabsichtigte Pflicht zur Veröffentlichung des Plans zur Erhöhung der Schienenwegkapazität in § 59 Abs. 4 ERegG-E auf der Internetseite des Betreibers der Schienenwege knüpft an die

Feststellung seiner Rechtmäßigkeit an, so dass mit dieser Feststellung Rechtsfolgen einhergehen. Zugleich soll jedoch in Abs. 3 Satz 2 geregelt werden, dass die Aufsichtsbehörde in der Feststellung auch Empfehlungen zu vorrangig umzusetzenden Maßnahmen abgibt. Dem Wortlaut des § 59 Abs. 3 ERegG-E und den Ausführungen im Referentenentwurf hierzu (S. 117) lässt sich nicht ausdrücklich entnehmen, dass ein Genehmigungsvorbehalt eingeführt werden soll. Nach dem Referentenentwurf wird durch den neuen Abs. 3 die Prüfintensität der Aufsichtsbehörden erhöht. In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage nach dem Zusammenspiel mit § 59 Abs. 10 ERegG-E, der nur redaktionelle Anpassungen enthält und auf die Absätze 1 und 2 verweist. Aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit ist eine Klarstellung im Gesetz erforderlich, ob eine Genehmigung des Plans zur Erhöhung der Schienenwegkapazität eingeführt werden soll.

Europarechtliche Vorgaben sehen die Neufassung des § 59 Abs. 7 ERegG-E nicht vor. Das Prinzip der „1:1-Umsetzung von Unionsrecht“ wird hier nicht eingehalten und die beabsichtigte Änderung ist überschießend. Die Verpflichtung zur unverzüglichen Umsetzung der Maßnahmen nach der positiven Entscheidung zur Finanzierung ist nicht mit den bestehenden Verfahren zur Umsetzung von Baumaßnahmen in Einklang zu bringen. Es ist anzunehmen, dass eine unverzügliche Umsetzung im Sinne des § 59 Abs. 7 ERegG-E nicht mit den aus inhaltlicher und zeitlicher Sicht speziellen Verfahren für die Planung und Umsetzung von Baumaßnahmen kompatibel ist. Verbindliche Vorgaben für die Umsetzung von Baumaßnahmen ergeben sich insbesondere aus dem Delegierten Beschluss 2017/2075 der Kommission vom 04.09.2017. Sowohl die Fristenregelungen des Delegierten Beschlusses 2017/2075 der Kommission vom 04.09.2017, die nach dem vorliegenden ERegG-E bußgeldbewährt sind, und die Regelungen des Planungsrechts sind einzuhalten.

3. Aus § 59 Abs. 3 ERegG-E wird nicht deutlich, ob ein Genehmigungsvorbehalt eingeführt werden soll. Diesbezüglich wird eine Klarstellung als notwendig erachtet. Aus Gründen der Unvereinbarkeit des § 59 Abs. 7 ERegG-E mit den bestehenden Verfahren bei Baumaßnahmen sollte von der Einführung dieser Vorschrift Abstand genommen werden.

VIII.

Änderungen der Zugangsregulierung für Serviceeinrichtungen (zu Art. 1 Nr. 10 und 11, Nr. 13, Nr. 22 und 26 GWE-E)

1. Für das Zugangsregime der Serviceeinrichtungen finden sich wenige Änderungsvorschläge mit klarstellendem bzw. redaktionellem Charakter (vgl. § 12 Abs. 1 und Abs. 3 sowie § 13 Abs. 2 ERegG-E). Teilweise dienen sie der Bekräftigung der Durchführungsverordnung (EU) 2017/2177 über den Zugang zu Serviceeinrichtungen und schienenverkehrsbezogenen Leistungen (vgl. § 13 Abs. 2 ERegG-E). Im Hinblick auf die unmittelbare Anwendbarkeit dieser Verordnung sollte sich der deutsche Gesetzgeber auf ergänzende Regelungen in Bereichen beschränken, die europarechtlich nicht geregelt sind. Statt dessen sieht der Gesetzentwurf verschiedentlich konkurrierende Regelungen vor. Im Einzelnen:
 - Zunächst wird das im bisherigen § 13 Abs. 2 ERegG-E geregelte Koordinierungsverfahren formal abgeschafft. Es wird lediglich auf Artikel 11 der Durchführungsverordnung verwiesen. Sachgerechter erscheint hier, auch um Missverständnisse der anzuwendenden Vorschriften im Koordinierungsverfahren zu vermeiden, ein Verweis auf die Artikel 10 bis 12 der Durchführungsverordnung. Ein solcher Verweis scheint auch deshalb geboten, da in § 13 Abs. 3 ERegG-E auf die tragfähige Alternative Bezug genommen wird, die Gegenstand des Artikel 12 der Durchführungsverordnung ist.

- Ferner wird in § 72 ERegG-E durch Verweis auf Artikel 10 der Durchführungsverordnung die Unterrichtungspflicht bei Teilablehnung eingeschränkt. Hier wird klargestellt, dass Veränderungen von Inhalten der Anmeldung, die im Rahmen eines Verfahrens nach Artikel 10 der Durchführungsverordnung einvernehmlich erfolgen, nicht als teilweise Ablehnung gelten (vgl. Art. 1 Nr. 42 GWE-E).
 - Mit der Neufassung der bisherigen Regelungen in § 13 Abs. 3 bis 6 ERegG entfällt das Vorrangkriterium des sog. Eigentümvorbehalts bei Werkstätten.
 - Das bisherige Recht des Zugangsberechtigten nach § 13 Abs. 5 ERegG, sich innerhalb von drei Arbeitstagen bei der Regulierungsbehörde über eine Zugangsablehnung zu beschweren, wird nach § 13 Abs. 3 ERegG-E in ein unbefristetes Beschwerderecht umgewandelt. Die Regulierungsbehörde prüfe unabhängig den Fall von der Entscheidung nach § 73 Abs. 1 Nr. 1 ERegG und werde tätig, „damit ein angemessener Teil der Kapazität dem Zugangsberechtigten zugewiesen“ werde.
 - Nach § 13 Abs. 2 ERegG-E *kann* der Betreiber das Höchstpreisverfahren nach § 52 Abs. 8 ERegG-E als Kriterium vorsehen. Dies war vorher in § 13 Abs. 3 Nr. 5 ERegG zwingend vorzusehen.
 - In § 43 Abs. 4 ERegG-E wird ein neues Kündigungsrecht aufgenommen für den Fall, dass das Recht auf Nutzung einer Serviceeinrichtung innerhalb eines Monats nach Beginn einer Netzfahrplanperiode oder dem vereinbarten Benutzungsbeginn ganz oder teilweise aus Gründen nicht wahrgenommen wird, die der Zugangsberechtigte zu vertreten hat. Ist die Kündigung noch nicht erfolgt und stellt ein dritter Zugangsberechtigter einen Antrag auf die Nutzung dieser Serviceeinrichtung, ist das Angebot dem Dritten gegenüber unter der aufschiebenden Bedingung der Kündigung zu unterbreiten. Hat der Dritte dieses Angebot angenommen, muss der Betreiber der Serviceeinrichtung die bestehende Vereinbarung insoweit kündigen. Insoweit wird ein Gleichklang zur entsprechenden Regelung für Schienenwege (vgl. § 60 ERegG) hergestellt.
 - In § 48 ERegG-E hingegen wird der bisherige Gleichklang von Schienenwegen und Serviceeinrichtungen aufgehoben. Danach konnte bisher ein Betreiber der Schienenwege oder ein Betreiber einer Serviceeinrichtung mit Rücksicht auf berechnete Erwartungen hinsichtlich seiner künftigen Erlöse und hinsichtlich der Schienenwegnutzung oder der Nutzung der Serviceeinrichtung Anforderungen an Zugangsberechtigte festlegen. Die Bezugnahme auf Betreiber der Serviceeinrichtung fällt weg.
 - Daneben finden sich in Anlage 2 Nummer 2 (neben der Streichung der Personenbahnsteige und Laderampen, s. hierzu o. B.II.) folgende Neufassungen der lit. h und i:
 - „h) Einrichtungen für die Aufnahme von Brennstoffen und alternativen Kraftstoffen und die Bereitstellung von Brennstoffen und alternativen Kraftstoffen in diesen Einrichtungen, deren Preis auf der Rechnung getrennt auszuweisen ist*
 - i) Ladeeinrichtungen, in denen die Ladung der Fahrzeuge mit Strom ausschließlich während des Fahrzeugstillstands erfolgt und die Bereitstellung von Ladestrom, deren Preis auf der Rechnung getrennt von den für die Nutzung der Ladeeinrichtung erhobenen Entgelten auszuweisen ist, unbeschadet der Vorschriften des Energiewirtschaftsgesetzes.“*
2. Europarechtliche Vorgaben stehen den hier vorgeschlagenen Änderungen zwar nicht entgegen, schreiben sie aber auch nicht ausdrücklich vor. Im Einzelfall liegt sogar eine Richtlinienumsetzung bzw. Ausgestaltung europarechtlicher Rahmenbedingungen vor.

- So entspricht die Umwandlung des bisherigen Beschwerderechts nach § 13 Abs. 5 ERegG in ein unbefristetes Beschwerderecht der Regelung in Art. 14 der Durchführungsverordnung. Die Regelung, wonach die Regulierungsbehörde den Fall unabhängig von der Entscheidung im Vorabprüfungsverfahren nach § 73 Abs. 1 Nr. 1 ERegG prüfe, schafft aber zusätzlichen administrativen Aufwand. Das bisherige Beschwerderecht konnte noch als Teil des Vorabprüfungsverfahrens verstanden werden. Das neue Verfahren tritt nun „unabhängig“ daneben. Künftig können danach selbst nach erfolgter Vorabprüfung auf eine unbefristete Beschwerde hin noch Zuweisungen in Frage gestellt werden. Da die Beschwerde sich nicht allein auf die Rechtmäßigkeit bezieht, sondern bewirkt, dass die Behörde ggf. einen „angemessenen Teil“ der Kapazität dem anderen Zugangsberechtigten zuweist, wird hier erhebliche Planungsunsicherheit verursacht: Eine nach Vorabprüfung erfolgte Zuweisung kann nicht allein aus Rechtsgründen wieder entzogen werden, sondern allein deshalb, weil die erfolgte Zuweisung mit Blick auf eine Beschwerde „unangemessen“ ist. Aus Gründen der Rechts- und Planungssicherheit erscheint es daher ratsam, eine zeitliche Befristung des Beschwerderechtes beizubehalten. Schlimmstenfalls könnten Änderungen auch nur eines einzigen Abstellgleises kurz vor dem Fahrplanwechsel zur Folge haben, dass Fahrzeugumläufe, Instandhaltungszyklen, der Personaleinsatz, etc. neu geplant werden müssen. Der hiermit verbundene Aufwand ist weder für die betroffenen EVU noch – im Fall des SPNV – für die Aufgabenträger akzeptabel. Die bisherige zeitliche Befristung des Beschwerderechtes auf drei Arbeitstage war aus Sicht der Betroffenen durchaus sachgerecht.
 - Auch in Bezug auf den notwendigen Inhalt der Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen geht der Entwurf über die Anforderungen des Europarechts hinaus. Zwar werden die in der Durchführungsverordnung enthaltenen Anforderungen an die Beschreibung der Serviceeinrichtungen in § 13 Abs. 5 ERegG-E in nationales Recht „übersetzt“. Der Entwurf geht aber über den europarechtlich geforderten Inhalt dieser Beschreibung hinaus, indem in § 13 Abs. 5 ERegG-E auf die nach den §§ 13 Abs. 6, § 21, § 34 Abs. 2, § 39 Abs. 2 und 4 sowie § 47 Abs. 9 geforderten Bedingungen verwiesen wird.
3. Unabhängig von der überschießenden Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben fällt die Bewertung von Änderungen im Regulierungsregime für die Serviceeinrichtungen aus DB-Sicht gemischt aus. Positiv zu bewerten ist, dass den Betreibern von Serviceeinrichtungen keine zwingenden Vorgaben mehr im Hinblick auf die Festsetzung von Entscheidungskriterien gemacht werden.

Der Verweis in § 13 Abs. 2 ERegG-E lediglich auf Artikel 11 der Durchführungsverordnung erscheint nicht ausreichend. Sachgerechter erscheint, auch um Missverständnisse der anzuwendenden Vorschriften im Koordinierungsverfahren zu vermeiden, ein Verweis auf die Artikel 10 bis 12 der Durchführungsverordnung. Ein solcher Verweis scheint auch deshalb geboten, da in § 13 Abs. 3 ERegG-E auf die tragfähige Alternative Bezug genommen wird, die Gegenstand des Artikel 12 der Durchführungsverordnung ist.

Wenig überzeugend ist, dass Betreiber von Serviceeinrichtungen scheinbar nicht mehr befugt sein sollen, mit Rücksicht auf berechnete Erwartungen hinsichtlich ihrer künftigen Erlöse Anforderungen an Zugangsberechtigte festzulegen. Es ist nicht ersichtlich, warum sich der Betreiber einer Serviceeinrichtung hier nicht in einer vergleichbaren Interessenlage wie der Betreiber der Schienenwege befinden sollte, dem eine solche Befugnis von den Bestimmungen der Durchführungsverordnung (EU) 2015/10 ausdrücklich zugestanden wird.

Schließlich stellt auch der Hinweis in § 72 ERegG-E, wonach als teilweise Ablehnung nicht solche Veränderungen von Inhalten der Anmeldung gelten, die im Rahmen eines Verfahrens nach Artikel 10 der Durchführungsverordnung (EU) 2017/2177 einvernehmlich erfolgen, nur eine scheinbare „Liberalisierung“ dar: Sinngemäß wird hier zum Ausdruck gebracht, dass andere Veränderungen von Inhalten der Anmeldung eine Ablehnung sein könnten. Dies ist indes nicht der Fall: Ändert der Zugangsberechtigte seine Anmeldung oder nimmt er sie zurück, so ist dies ihm zuzurechnen und nicht als „Ablehnung“ durch den Betreiber der Serviceeinrichtung anzusehen.

Hinsichtlich der Änderung in Anhang 2 Nummer 2 lit. i wird Bezug genommen auf Ladeeinrichtungen, in denen die Ladung im Stand erfolgt. Klargestellt werden sollte, dass nur Ladeeinrichtungen als Serviceeinrichtungen erfasst werden, die ausschließlich zur Ladung im Stand geeignet sind. Die Regelung sollte daher wie folgt umformuliert werden:

i) Ladeeinrichtungen, in denen die Ladung der Fahrzeuge mit Strom aufgrund der Bauart der Einrichtung ausschließlich während des Fahrzeugstillstands erfolgten kann und die Bereitstellung von Ladestrom, dessen Preis auf der Rechnung getrennt von den für die Nutzung der Ladeeinrichtung erhobenen Entgelten auszuweisen ist, unbeschadet der Vorschriften des Energiewirtschaftsgesetzes.

4. Angesichts der nach wie vor verbleibenden Divergenzen zwischen dem nationalen Recht und parallelen Regelungen in der Durchführungsverordnung (EU) 2017/2177 über den Zugang zu Serviceeinrichtungen und schienenverkehrsbezogenen Leistungen stellt sich die Frage, ob der deutsche Gesetzgeber nicht in den Regelungsbereichen, die von der Durchführungsverordnung abgedeckt werden, ganz auf eigene Normen verzichten sollte. Selbst der im Hinblick auf den Anwendungsvorrang des Unionsrechts überflüssige Hinweis auf die Geltung der Durchführungsverordnung müsste nur der guten Ordnung halber erfolgen. Im Übrigen sollte sich der deutsche Gesetzgeber auf ergänzende Regelungen in Bereichen beschränken, die von der Durchführungsverordnung nicht abgedeckt werden.

IX.

Änderungen der Entgeltregulierung

(zu Art. 1 Nr. 14 und 15, Nr. 17 bis 21, Nr. 23 und 24 sowie Nr. 54 GWE-E)

1. Für den Bereich der Entgeltregulierung bei Schienenwegen und Serviceeinrichtungen sind im Entwurf vielfältige Detailänderungen vorgesehen. Sie betreffen z.T. die Entgelte für Betreiber der Personenbahnsteige und Laderampen (hierzu o. B.II.). Z.T. dienen sie der Klarstellung einer von der Bundesnetzagentur favorisierten Verwaltungspraxis (vgl. § 25 Abs. 1 Satz 4, § 28 Abs. 1 und § 36 Abs. 2 ERegG-E sowie Anlage 4 zum ERegG), rein redaktionellen oder sprachlichen Erfordernissen (vgl. § 33 und § 34 ERegG-E sowie Anlage 5 zum ERegG) bzw. der Berücksichtigung des einschlägigen europäischen Rechts (vgl. Streichung des § 36 Abs. 6 ERegG). Hervorzuheben sind folgende Änderungen:
 - Nach § 25 Abs. 1 Satz 4 ERegG-E sollen künftig nicht nur die Gesamtkosten, sondern auch die Betriebsleistung bei der Bestimmung des Ausgangsniveaus der Gesamtkosten zugrunde gelegt werden.
 - In § 35 Abs. 6 ERegG-E wird die Regelung des § 35 Abs. 5 TKG wörtlich übernommen.
 - In § 37 Abs. 2b ERegG-E soll in Zukunft die Bezugsmenge ("angefallene Verkehrsleistung"), die bisher in Bezug auf das Jahr 2016/2017 ermittelt wurde, auf das Jahr 2020/2021 aktualisiert werden: Die Summe der Entgelte darf maximal 101,8 Prozent

der Summe der nach Abs. 2a für die Netzfahrplanperiode 2021/2022 und für Personenbahnhöfe für das Jahr 2022 berechneten Entgelte betragen.

- In § 45 ERegG-E soll das bereits praktizierte Vorgehen, dass die Bundesnetzagentur Entgelte in einer Weise festsetzt, wie sie vom Betreiber der Schienenwege nicht beantragt wurden, gesetzlich verankert werden.
 - Die Neufassung von Anlage 4 Satz 1 Nr. 1.3. sieht vor, dass die „Anreizformel I-P“ bereits auf den Pfad vom Basisjahr bis zum Beginn der Anreizregulierungsperiode angewandt wird.
2. Die Änderungen im Bereich der Entgeltvorschriften gehen über die europarechtlichen Vorgaben hinaus. Die wirtschaftlichen Auswirkungen können erheblich sein. Schon die Anpassung der sog. „Absprungbasis“ für die Bestimmung des Ausgangsniveaus der Gesamtkosten (vgl. § 25 Abs. 1 Satz 4 ERegG-E und Anlage 4) dürfte sich unmittelbar negativ auf die Erlöse der DB Netz AG auswirken.
 3. Die Übernahme der parallelen TKG-Vorschrift in § 35 Abs. 6 ERegG-E hat in der vorliegenden Fassung zur Folge, dass Entgelte, die sich nach Abschluss eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens als von Anfang an rechtmäßig herausstellen, nicht mehr rückwirkend erhoben werden können, nur weil die Verwaltungsgerichte im Eilverfahren dieses Ergebnis nicht als überwiegend wahrscheinlich erachtet hatten. Die Übernahme der parallelen TKG-Vorschrift in den sektorspezifischen Regulierungsrahmen des Eisenbahnsektors ist nicht sachgerecht. Die Norm des (dortigen) § 35 Abs. 5 TKG bezieht sich auf eine andere Marktsituation, in der insbesondere Substitutionsmöglichkeiten zwischen Festnetz und Mobilfunk bestehen. Sie ist auf den Eisenbahnsektor nicht übertragbar, zumal sie hier zu einer unangemessenen asymmetrischen Risikoverteilung zum Nachteil des Betreibers der Schienenwege führt. Zudem ist sie auch rechtsstaatlich bedenklich (siehe zur parallelen Problematik bei § 35 Abs. 5 TKG Berger-Kögler/Cornils, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, § 35 Rn. 110). Im Übrigen könnte es dazu kommen, dass der Betreiber der Schienenwege nur wegen dieser verwaltungsgerichtlichen Verfahrensvorschrift nicht die Obergrenze der Gesamtkosten mit den zu vereinnahmenden Entgelten verdienen könnte, so dass ein Verstoß gegen § 31 Abs. 2 Satz 1 ERegG und gegen Art. 8 Abs. 4 UAbs. 1 der Richtlinie 2012/34/EU vorläge. Es sei auch darauf hingewiesen, dass die Norm eine Veränderung der Rechtsprechung zum Eilrechtsschutz in Entgeltverfahren mit sich bringen würde. Die dargestellte Problematik könnte entschärft werden, wenn in Satz 2 das Wort "überwiegend" gestrichen und Satz 4 vollständig gestrichen würde. Zuletzt stellt sich die Frage, ob die Regelungen des § 35 Abs. 6 Satz 2 ff. ERegG-E systematisch besser im Zusammenhang mit anderen Verfahrensvorschriften zu treffen wären.
 4. Ein besonderer Fall ist die wiederholte Änderung des § 37 ERegG innerhalb kürzester Zeit. Der Begründung zufolge dienen diese Änderungen in erster Linie der – rechtlich nicht erforderlichen – Abbildung der Neuordnung von Personenbahnsteigen zum Mindestzugangspaket. Diese Änderungen sollen „aufkommensneutral“ sein, was mit dem vorliegenden Entwurf jedoch aus mehreren Gründen nicht gelingt:
 - In der bisherigen Fassung des § 37 wird die Entwicklung der „durchschnittlichen Entgelte“, also der Trassenpreise (Trassenentgelte je Trassenkilometer) und der Stationspreise (Stationsentgelte je Stationshalt) an die Steigerungsrate der Regionalisierungsmittel aus § 5 Abs. 3 RegG gekoppelt, konkret 1,8 Prozent jährlich. Es handelt sich damit um eine Preiskopplung. Mengensteigerungen (bzw. Mengensenkungen) führen daher zu einem höheren (bzw. niedrigeren) Entgeltvolumen. Wie bei der als Preiskappe

ausgestalteten Anreizregulierung der Trassenpreise erhalten die Eisenbahninfrastrukturunternehmen dadurch Anreize, die Verkehrsmengen zu steigern. Die nun aufgenommene Formulierung „Summe der Entgelte“ in Absatz 2b bezieht sich jedoch nicht mehr auf die Preise, sondern auf die Erlöse. Es ist unklar, ob die weitere Fortschreibung gemäß Absatz 2c sich dann wieder auf die Preise, oder weiter auf die Erlöse beziehen soll. Letzteres würde zu hohen Rückgängen der SPNV-Deckungsbeiträge führen.

- Der gleiche Effekt folgt aus der Regelung in Absatz 2b, nach der die Neuberechnung der Entgelte über eine Neujustierung der Leistungsmengen des Jahres 2021 erfolgen soll. Auch diese Neujustierung führt zu einer Wegnahme des Mengeneffekts aus den Jahresscheiben von 2017 bis 2021.
- Durch Hinzufügen des Wortes „maximal“ wird die Kopplung der Preissteigerung einseitig nach unten aufgelöst. Dies widerspricht dem Ziel, die Anpassung aufkommensneutral zu gestalten. Dies gelänge nur dann, wenn auch eine Öffnung nach oben zugelassen würde, um Unterschreitungen in einzelnen Fällen durch Überschreitungen in anderen Fällen ausgleichen zu können. Dies würde jedoch den Zweck des § 37 insgesamt in Frage stellen. Das Wort „maximal“ sollte daher gestrichen werden.

Bliebe es bei der vorliegenden Neufassung des § 37, müssten die Umsatzrückgänge im Fall der Schienenwege durch weit überproportionale Preiserhöhungen im Schienengüter- und im Schienenpersonenfernverkehr kompensiert werden. Im Fall der Personenbahnhöfe fehlt eine derartige Kompensationsmöglichkeit. Die bereits heute signifikante Kostenunterdeckung bei der Stationsnutzung der DB Station & Service AG würde sich zusätzlich verschärfen.

Neu ist die Ausweitung des räumlichen Anwendungsbereichs auf Aufgabenträgergebiete im Falle der Personenbahnhöfe und des zeitlichen Anwendungsbereichs auf das Kalenderjahr im Falle der Bahnsteige in Absatz 1. Für Personenbahnsteige hätte dies die negative Folge, dass die bisherige Preisbildungslogik von Aufgabenträgergebiet auf Land umgestellt werden müsste und von Kalenderjahr auf Netzfahrplanperiode. Diese Umstellung führt zu größeren Preisverwerfungen in Bundesländern mit mehr als einem Aufgabenträger. Die Umstellung auf Netzfahrplanperiode führt zudem zu einem unerwünschten zeitlichen Auseinanderdriften der Preislogik der kombinierten Leistung aus Personenbahnhof und Personenbahnsteig. Das Auseinanderdriften der Preise hinsichtlich Geltungsdauer (Fahrplanjahr vs. Kalenderjahr) und Ebene (Aufgabenträger vs. Land) bzgl. Personenbahnhöfen und Personenbahnsteigen würde auch bei den Zugangsberechtigten zu administrativem Mehraufwand führen.

Insgesamt lassen sich aufwendige und konfliktbehaftete Verwerfungen im Bereich des § 37 nur durch Übernahme der unter B.II.4. vorgeschlagenen Anpassungen bezüglich der Neuregelungen zu Bahnsteigen vermeiden. Die Auswirkungen des Vorschlags zu § 37 Abs. 2b ERegG-E würden vermieden, wenn die Vorschrift anstelle des im Referentenentwurf vorgesehenen folgenden neuen Wortlaut erhielte:

„(2b) ¹Für Personenbahnhöfe werden die Entgelte ab dem Jahr 2023 neu gegliedert in Entgelte für die Nutzung von Personenbahnsteigen und Entgelte für die Nutzung von Personenbahnhöfen. ²Für die Entgelte für die Nutzung von Personenbahnsteigen je Land oder Aufgabenträgergebiet und für die Entgelte für die Nutzung von Personenbahnhöfen je Land oder Aufgabenträgergebiet erfolgt eine Neuberechnung. ³Die Summe der mit der Zahl der Halte aus dem Jahr 2017 multiplizierten Entgelte für die Nutzung der Personenbahnsteige und der mit der Zahl der Halte aus dem Jahr 2017 multiplizierten Entgelte für die Nutzung der Personenbahnhöfe muss dem Betrag entsprechen, der sich bei Anwendung der bis zum [Vortrag des Inkrafttretens dieses Gesetzes] geltenden

Fassung dieser Regelung aus dem Produkt der Entgelte für die Nutzung der Personenbahnhöfe und der Zahl der Halte ergeben hätte. Die Summe beider Entgelte je Land oder Aufgabenträgergebiet für die Nutzung der Personenbahnsteige und die Nutzung der Personenbahnhöfe darf im Jahr 2023 101,8 Prozent der für das Jahr 2022 genehmigten Entgelte für die Personenbahnhöfe betragen.“

5. Die in § 45 ERegG-E vorgesehene Möglichkeit einer Entgeltfestsetzung durch die Bundesnetzagentur begegnet denselben Bedenken wie die bereits diskutierte Verordnungsermächtigung nach § 52a ERegG-E (vgl. hierzu bereits o. B.VI.). Sie verstößt insbesondere gegen die in Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2012/34/EU verankerte Unabhängigkeit des Betreibers der Schienenwege von staatlichen Stellen. Diese müssen sich sowohl bei der Zuweisung von Schienenwegkapazität als auch bei der Festsetzung von Infrastrukturnutzungsentgelten zurückhalten. Die Festsetzung von Nutzungsentgelten obliegt auch im Genehmigungsverfahren grundsätzlich dem Betreiber der Schienenwege selbst.
6. Die in Anlage 4 Satz 1 Nr. 1.3 vorgesehene Fortschreibungspflicht ist prinzipiell positiv zu bewerten, weil der nach bisheriger Rechtslage eröffnete Ermessensspielraum und die damit verbundene Ermessensprüfung entfallen. Kritisch zu bewerten ist hingegen die Ausgestaltung der Fortschreibung, die erstmals und ohne Anlass eine Anreizsetzung vor der Regulierungsperiode einführt. Diese fällt zudem noch schärfer aus als während der Regulierungsperiode selbst. Dies wird der Kosten- und Ergebnissituation der DB Netz AG nicht gerecht. Die vorgeschlagene Neuregelung könnte für sie dazu führen, dass das Ausgangsniveau der Gesamtkosten in erheblichem Umfang unterhalb der Kosten des Mindestzugangspakets liegt. Dieser Basiseffekt würde in jedem der fünf Jahre der Regulierungsperiode auftreten. Die Auskömmlichkeit der Trassenerlöse wäre nicht mehr gegeben. Im Einzelnen:
 - Der geltende Rechtsrahmen sieht keine Effizienzabschläge zum Startpunkt der Regulierungsperiode vor. Die für das (in der Vergangenheit liegende) Basisjahr ermittelten Gesamtkosten sollen als prognostische Ist-Kosten bis zum „Absprungjahr“ der nächsten Regulierungsperiode fortgeschrieben werden. Wie dies im Einzelnen zu erfolgen hat, ist bisher nicht geregelt. Eine Klarstellung ist insofern zu begrüßen. Es besteht jedoch kein Anlass, dabei einen neuen Kostenmaßstab einzuführen. Die in Ziffer 1.3 vorgesehene Regelung führt nunmehr eine Fortschreibung der Kosten anhand des Produktivitätsindex und der Inflation ein und wirkt so im Sinne einer Anreizsetzung. Zusätzlich die Mengen prognostisch auf das Jahr vor Beginn der Regulierungsperiode fortzuschreiben, geht sogar über die Anreizsetzung in der Regulierungsperiode hinaus. Diese erfolgt über die Kumulierung des Produktivitätsfortschritts und der Inflation, nicht jedoch über eine Fortschreibung der Menge.

Bei Annahme steigender Mengen führen beide Effekte zu einer Absenkung der Entgelte. Chancen aus Mengeneffekten werden bereits vor der anreizsetzenden Regulierungsperiode abgeschnitten, so dass für das Eisenbahninfrastrukturunternehmen kein Anreiz besteht, Mehrverkehr auf der Schiene zu etablieren.

Richtig wäre hingegen eine prognostisch sachgerechte Ist-Kostenfortschreibung ohne Anreizabschläge. Nur in diesem Falle wäre auch eine Fortschreibung der Mengen annehmbar, denn dann würde sowohl bei den Kosten als auch bei den Mengen der prognostische Sachstand zum Startpunkt der Regulierungsperiode abgebildet. Mit dem vorliegenden Entwurf würde hingegen eine nicht begründbare doppelte Beschränkung der Kostenbasis erfolgen.

- Die Fortschreibung über Produktivitätsfortschritt und Inflation statt über prognostische Ist-Kosten kann zu einer Unterdeckung führen. Die Kumulation aus Produktivitätsfortschritt und Inflation führt zu negativen Steigerungsraten (2018: -1,44 Prozent, 2019: -0,83 Prozent und 2020: -0,20 Prozent), was letztlich zu einem Abschmelzen der Kosten schon vor Beginn der Regulierungsperiode führen würde.
- Auch die Anwendung der weiteren in Ziffer 1.3 vorgeschlagenen Elemente der Anreizregulierung sind aus den oben genannten Gründen abzulehnen. Sachgerecht wäre lediglich eine Fortschreibung der LuFV-Kosten. Diese wäre aber automatisch durch den vorgeschlagenen Ist-Kosten-Ansatz gedeckt. In jedem Fall ist sicherzustellen, dass die in der LuFV vereinbarten Kosten vollständig und zwingend beim Ausgangsniveau der Gesamtkosten anzusetzen sind.
- Vor diesem Hintergrund sollte Ziffer 1.3 wie folgt gefasst werden:
 „1.3 Die Kosten des Basisjahres sind bis zum Jahr vor Beginn der Regulierungsperiode fortzuschreiben. Hierzu werden die für das Basisjahr ermittelten Kosten bis zum Ende des Jahres vor Beginn der Regulierungsperiode sachgerecht fortgeschrieben. ~~beginnend mit dem mittleren Jahr des für das Basisjahr zu Grunde gelegten Zeitraumes und endend im Jahr vor Beginn der Regulierungsperiode, um einen jährlich kumulierten Betrag auf der Grundlage einer Inflationierung nach § 28 Absatz 1 erhöht und um einen jährlich kumulierten Betrag auf der Grundlage des Produktivitätsfortschritts nach § 28 Absatz 2 reduziert. Bei einer geraden Anzahl von Jahren im Basisjahrzeitraum ist einmalig eine entsprechend anteilige Fortschreibung vorzunehmen, danach sind entsprechend jährliche Beträge zu kumulieren. Darüber hinaus Dabei ist die angemessene Berücksichtigung einer sachgerechten Fortschreibung in entsprechender Anwendung des §§ 25 Absatz 3 bis 5, 26 und 27 möglich, sowie eine Berücksichtigung der Regelungen des § 29 Absatz 5 sicherzustellen. Die Betriebsleistung für die einzelnen Verkehrsdienste und deren Marktsegmente des Basisjahres ist bis zum Jahr vor Beginn der Regulierungsperiode fortzuschreiben.“~~

X.

Änderungen des Verfahrensrechts

(zu Art. 1 Nr. 12, Nr. 40 bis Nr. 44 und Nr. 46 bis 49 GWE-E)

1. Der Entwurf sieht zahlreiche verfahrensrechtliche Änderungen vor, zu denen insbesondere die Verkürzung des Instanzenzuges bei der gerichtlichen Anfechtung behördlicher Entscheidungen (hierzu u. B.XI.) und die Einführung von Bußgeldvorschriften (hierzu u. B.I.) gehören. In diesen Zusammenhang ist eine Ausweitung der behördlichen Befugnisse im Bereich der Marktüberwachung einzuordnen, die sich künftig auch auf die Märkte für Serviceeinrichtungen beziehen und Pilotprojekte im Zusammenhang mit dem Deutschlandtakt in den Blick nehmen soll (vgl. § 17 Abs. 2 und Abs. 3 ERegG-E). Sonstige verfahrensrechtliche Änderungen dienen redaktionellen Klarstellungen und Anpassungen bzw. der Berücksichtigung des einschlägigen europäischen Rechts.
2. Europarechtliche Vorgaben für die hier angesprochenen Änderungen sind nicht ersichtlich, stehen ihnen aber auch nicht entgegen.

Die Klarstellungen des Art. 1 Nr. 40, 42 und 43 sind grundsätzlich sinnvoll. Ausdrücklich zu begrüßen ist die in § 73 Abs. 2 neu eingeführte Möglichkeit, Nutzungsbedingungen bereits vor Ablauf der Prüffrist in Kraft setzen zu können. Auch die Fokussierung des Prüfungsmaßstabs auf die jeweilige konkrete Maßnahme in § 73 Abs. 4 erscheint sachgerecht.

Nicht ersichtlich ist, wieso es mit Blick auf die betreffende beabsichtigte Anpassung des § 77 Abs. 1 in Art. 1 Nr. 44 einer Abweichung von der Bekanntgabefiktion des § 41 Abs. 2 Satz 2 VwVfG bedarf. Bei dieser handelt es sich um eine bewährte überkommene verwaltungsrechtliche Standardregelung. Die beabsichtigte Neufassung beeinträchtigt demgegenüber die berechtigten Interessen der jeweiligen Adressaten, ohne dass hierfür eine sachliche Rechtfertigung ersichtlich wäre. Die Anpassung ist vor diesem Hintergrund unverhältnismäßig und sollte nicht übernommen werden.

Fragwürdig ist auch die in Art. 1 Nr. 44 ebenfalls enthaltene Anpassung des § 77 Abs. 6 an die Verwaltungspraxis. In § 77 Abs. 6 ERegG wurde die Durchführung einer öffentlich-mündlichen Verhandlung eingeschränkt, bisher musste eine solche durchgeführt werden, wenn nicht alle Beteiligten darauf verzichtet haben. Nunmehr kann eine solche durchgeführt werden, wenn ein Beteiligter einen entsprechenden Antrag stellt und die Beschlusskammer über diesen Antrag im Rahmen einer Ermessensentscheidung („kann“) positiv entscheidet. Dies ist eine wesentliche Einschränkung des Rechtsschutzes und der Möglichkeit Verfahrensrechte wahrzunehmen. Darüber hinaus ist diese beabsichtigte Änderung mit der Justizähnlichkeit des Beschlusskammerverfahrens nicht vereinbar, die dem Umstand Rechnung trägt, dass die Regulierungsbehörde häufig eine Entscheidung im Streit zweier Unternehmen trifft (BT-Drucks. 18/8334 S. 226). Um den durch die aufwändigen Abfragen zum Verzicht auf die öffentliche mündliche Verhandlung entstehenden Aufwand bei der Beschlusskammer zu minimieren (siehe Referentenentwurf, S. 122 und 123) und dadurch dem Zweck dieser Änderung Rechnung zu tragen, sollte die Regelung dergestalt lauten, dass auf Antrag eines Beteiligten die öffentliche mündliche Verhandlung verpflichtend durchzuführen ist. Sofern ein entsprechender Antrag durch einen Beteiligten nicht gestellt wird, wird auch keine Pflicht durch die Beschlusskammer begründet, eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen. Die Durchführung der öffentlichen mündlichen Verhandlung auf Antrag eines Beteiligten sollte folglich nicht in das Ermessen der Beschlusskammer gestellt werden. Durch einen entsprechenden Antrag bringt der Beteiligte unmissverständlich zum Ausdruck, dass die öffentliche mündliche Verhandlung aus seiner Sicht einen Erkenntnisgewinn bedeutet und dadurch seinem Recht auf rechtliches Gehör Rechnung getragen wird. Durch eine solche Anpassung wird den Interessen zum einen der Beteiligten und zum anderen der Beschlusskammer entsprochen. Vor diesem Hintergrund ist die beabsichtigte Änderung des § 77 Abs. 6 ERegG-E abzulehnen.

XI.

Verkürzung des Instanzenzuges (zu Art. 1 Nr. 40 und 45 GWE-E)

1. § 77a ERegG-E enthält eine Neuregelung des gerichtlichen Verfahrens gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörde. Zunächst wird der bisher in § 68 Abs. 4 ERegG enthaltene Ausschluss der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage in § 77a Abs. 1 ERegG-E übernommen. § 77a Abs. 3 ERegG-E schließt, wiederum mit Ausnahme von Gebührenverfahren, die Berufung gegen Urteile und die Beschwerde gegen Beschlüsse und andere Entscheidungen des Verwaltungsgerichts grundsätzlich aus. Der Instanzenzug für den gerichtlichen Rechtsschutz wird damit um die Mittelinstanz des Oberverwaltungsgerichts verkürzt. Möglich bleibt allein die Revision zum Bundesverwaltungsgericht.
2. Für die Ausgestaltung des gerichtlichen Rechtsschutzes existieren keine detaillierten europarechtlichen Vorgaben. Die Forderung, den Instanzenzug insbesondere um die Mittelinstanz des Oberverwaltungsgerichts zu verkürzen, war in der Vergangenheit immer wieder

Gegenstand entsprechender Gesetzgebungsvorschläge. Sie konnte sich bisher nicht durchsetzen, gerade auch weil das zuständige Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen durch qualitativ hochwertige Entscheidungen ganz wesentlich zur richterlichen Rechtsfortbildung im Eisenbahnregulierungsrecht beigetragen hat, und zwar regelmäßig auch zu Lasten der DB. Aus Sicht der DB wäre es zu begrüßen, an diesem Zustand festzuhalten. Dies gilt umso mehr, als die richterliche Rechtsfortbildung ein wesentliches Element einer ausdifferenzierten Rechtsentwicklung des vergleichsweise jungen Eisenbahnregulierungsrechts ist. Nicht zu unterschätzen ist in diesem Zusammenhang im Sinne einer qualitativ hochwertigen Rechtsprechung die Verfügbarkeit einer zweiten Tatsacheninstanz, die sich im Eisenbahnbereich ebenfalls grundlegend bewährt hat. Nicht ersichtlich ist demgegenüber, dass die Entscheidungszeiträume eine nicht vertretbare Rechtsunsicherheit mit sich bringen würden. Denn durch das Entfallen des Vorverfahrens und der aufschiebenden Wirkung von Rechtsmitteln gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörde ist diese bereits mit äußerst wirksamen Instrumenten der Verfahrensbeschleunigung ausgestattet. Im Sinne der verfahrensrechtlichen Ausgewogenheit insgesamt sollte dem ein umso fundierterer gerichtlicher Rechtsschutz gegenüberstehen.

Eine wesentliche Verkürzung des Instanzenrechtszuges würde insb. im Eilrechtsschutz bei Entgeltverfahren zu einer Verkürzung des Rechtsschutzes führen, so dass zumindest hier eine Beschwerdeinstanz auch zur Rechtssicherheit aller Parteien erforderlich ist.

XII.

Neufassung der Ausnahmetatbestände und Wegfall der „Werkstattausnahme“ (zu Art. 1 Nr. 4 und 39 GWE-E)

1. Die bislang in §§ 63 ff. ERegG für Betreiber von Wartungseinrichtungen verankerte Ausnahme vom Anwendungsbereich der Regulierungsvorgaben soll nach dem vorliegenden Gesetzesentwurf ersatzlos entfallen. Zudem werden die grundsätzlichen Ausnahme- und Befreiungstatbestände des § 2 ERegG in §§ 2 bis 2b ERegG-E überführt und umfassend neu geregelt. Die Neuregelung unternimmt den Versuch einer stärkeren Systematisierung, indem klarer als bisher zwischen Ausnahmen und Befreiungen von den Entflechtungsvorgaben (vgl. § 2 ERegG-E), von den Entgelt- und Zuweisungsvorschriften für Eisenbahnanlagen (vgl. § 2a ERegG-E) und von Entgelt- und Zuweisungsvorschriften für Serviceeinrichtungen (vgl. § 2b ERegG-E) unterschieden wird. Zudem erfolgt eine Harmonisierung der bisherigen Tatbestände mit den Regelungen der Durchführungsverordnung (EU) 2017/2177 über den Zugang zu Serviceeinrichtungen und schienenverkehrsbezogenen Leistungen.
2. In Bezug auf die Neuregelungen der allgemeinen Ausnahme- und Befreiungstatbestände ist auf folgenden Zusammenhang hinzuweisen: Schon mit der Einführung der derzeit geltenden Ausnahme- und Befreiungstatbeständen durch das ERegG (2016) hat der Gesetzgeber eine Abkehr von dem für die Regulierung des Eisenbahnsektors ursprünglich prägenden Grundsatz der symmetrischen Regulierung vollzogen. Diese Abkehr wird durch die nunmehr vorgesehenen Klarstellungen bekräftigt und durch die Ersetzung des in § 63 ERegG enthaltenen, gesetzlichen Ausnahmetatbestands durch ein System der Einzelfreistellung sogar noch deutlich verschärft. Dieses schneidet den Konzernunternehmen des DB-Konzerns aufgrund ihrer Marktstellung in vielen Fällen von vornherein systematisch Befreiungsmöglichkeiten ab. Neue, über die bisherigen Regelungen hinausgehende Bestimmungen wie etwa die Ausnahme von der Anreizregulierung für Betreiber kleinerer Schienennetze (vgl. § 2a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 ERegG-E) verstärken hingegen die Asymmetrie der regulierungsrechtlichen Anforderungen, denen einerseits die DB und andererseits die überwiegende Mehrzahl

der Betreiber von Schienenwegen bzw. Serviceeinrichtungen im deutschen Markt ausgesetzt sind. Im Hinblick auf den Wettbewerb auf den nachgelagerten Märkten, auf denen alle Unternehmen in gleicher Weise um Endkunden werben, wäre ein echtes *level playing field* im Bereich der Vorleistungserbringung ordnungspolitisch vorzugswürdig.

3. Die befristete Ausnahme nach §§ 63 ff. ERegG wird nicht verlängert bzw. erneut angeordnet. Der Gesetzentwurf beruft sich in seiner Begründung darauf, dass seit dem Inkrafttreten der Durchführungsverordnung (EU) 2017/2177 der Kommission vom 22. November 2017 über den Zugang zu Serviceeinrichtungen und schienenverkehrsbezogenen Leistungen teilweise entgegenstehendes Europarecht bestehe, welches Anwendungsvorrang gegenüber § 63 ERegG genieße sowie auf eine Gleichbehandlung gegenüber anderen Serviceeinrichtungen.

Mit dieser Darstellung verkennt der Entwurf den bestehenden Handlungsspielraum des Gesetzgebers.

Eine Umsetzung der europäischen Mindestvorgaben im Bereich der Wartungseinrichtungen steht - solange diese auch hier gelten - außer Frage. Der vorliegende Gesetzentwurf überschreitet die europäischen Mindestvorgaben jedoch deutlich (z.B. durch die Wiedereinführung der Entgeltregulierung, die Aufnahme von Bußgeldtatbeständen sowie die weiteren, in Kapitel VIII. aufgeführten Neuregelungen u.a. in § 13 Abs. 5 oder § 43 des Gesetzentwurfs) ohne dass eine entsprechende Notwendigkeit hierfür besteht.

So geht auch die BNetzA davon aus, dass eine Entgeltregulierung im Bereich der Wartungseinrichtungen europarechtlich nicht erforderlich ist: „Nicht von der SE-DVO umfasst sind Regelungen zur Entgeltbildung, da die SE-DVO nur Regelungen für den Zugang zu Serviceeinrichtungen trifft. Dementsprechend trifft die SE-DVO auch keine Regelungen zur Befreiung von Entgeltvorschriften. (ERegG-Evaluierungsbericht der BNetzA, S. 14).

Soweit die Erläuterungen zum Gesetzentwurf hierzu ausführen, dass nunmehr ca. 150 Betreiber von Wartungseinrichtungen Nutzungsbedingungen aufzustellen hätten (was keinen nennenswerten Mehraufwand begründe) und dass die Regelungen über die Entgeltregulierung gemäß § 32 ERegG nun zwar anwendbar, hiervon - mit Blick auf die Befreiungsmöglichkeiten - jedoch höchstens ca. 20 Unternehmen betroffen seien, verkennt der Entwurf die Tragweite der künftig für Werkstattbetreiber geltenden Regelungen. Sie führen letztlich zum Verlust der Kalkulationssicherheit für die Marktteilnehmer, zum weiteren Entfall von Investitionsanreizen, zu einem verstärkten Abfließen von Leistungen in andere Länder sowie zum Entfall von Arbeitsplätzen.

- Dies gilt insbesondere mit Blick auf die Regelungen zur Berechnung und Veröffentlichung von Entgelten und Geschäftsbedingungen sowie zu deren (auch nachträglicher) Überprüfung, die für die Marktteilnehmer zu Kalkulationsunsicherheiten führen.
- Hinzu kommt, dass Betreiber von Wartungseinrichtungen aus Ländern, in denen solche zusätzlichen, nationalen Anforderungen nicht bestehen; in denen die Regulierungsvorgaben weniger strikt durchgesetzt werden oder die den europarechtlichen Vorgaben gar nicht erst unterlegen, die Konditionen einzelner Anbieter in Deutschland einsehen und das eigene Angebot darauf ausrichten können, diese (knapp) zu unterbieten. Auch vor diesem Hintergrund ist die Abkehr von der Regelung des § 63 ERegG sowie die Erweiterung der Regulierungsvorgaben z.B. durch die Regelungen in § 13 Abs. 5 GWE-E im Bereich der (schweren) Instandhaltung verfehlt.
- Gleiches gilt aufgrund der im Gesetzentwurf vorgesehenen, asymmetrischen Anwendung der Freistellungstatbestände. Dies würde dazu führen, dass kleinere Unternehmen, die in Summe aber doch nennenswerte Anteile auf sich vereinen, vollen Zugriff

auf die zu veröffentlichenden Entgelte und Geschäftsbedingungen der DB-Konzernunternehmen hätten und ihr Geschäftsverhalten darauf ausrichten könnten, selbst aber von Befreiungsmöglichkeiten profitieren würden und keine Entgelte und Geschäftsbedingungen publizieren und der Bundesnetzagentur zur Prüfung vorlegen müssten.

- Soweit die Gesetzesbegründung ausführt, die Überprüfung der Marktbedingungen durch die Bundesnetzagentur habe aufgezeigt, dass der Markt für Wartungseinrichtungen differenzierter sei als bei der Schaffung des ERegG angenommen und dass für Märkte, auf denen kein oder nur ein geringer Wettbewerb bestehe, eine Regulierung angezeigt sei, kann dies sowie die - auf Grundlage dieser Begründung wieder eingeführte - Vollregulierung nicht nachvollzogen werden.
- In ihrer Marktabgrenzung hat die BNetzA insgesamt fünfzehn Marktsegmente identifiziert. Nach ihrer Einschätzung herrscht in sechs Marktsegmenten stabiler Wettbewerb, in sieben Marktsegmenten moderater Wettbewerb und lediglich in zwei von fünfzehn Marktsegmenten fehlender Wettbewerb. Dies ist insoweit bemerkenswert, als der Gesetzesentwurf einen kompletten Markt der Regulierung unterziehen will, obwohl auf diesem bereits nach Einschätzung der BNetzA ganz überwiegend intakter oder moderater Wettbewerb besteht.
- Dies widerspricht auch dem Ansatz der Monopolkommission: „Die Entscheidung, einen Wirtschaftsbereich der Regulierung zu unterstellen, ist sehr weitreichend, sodass strengere Kriterien als das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung herangezogen werden sollten“ (6. Sondergutachten Bahn (2017), Tz. 24).
- Hinzu kommt, dass die allgemeinen Vorgaben der Regulierung von Serviceeinrichtungen auf den Markt für Wartungseinrichtungen - insbesondere im Bereich der schweren Instandhaltung - schlicht nicht passen. Die Leistungen der schweren Instandhaltung sind eher mit dem Anlagenbau vergleichbar. Die vom Kunden häufig geforderten Festpreise sind jeweils abhängig von den unterschiedlichen Vorgaben der Besteller sowie von dem konkreten Zustand der Fahrzeuge spezifisch zu kalkulieren. Um solche Angebote zu erstellen, bedarf es umfassender Vorläufe, die in regulierten Szenarien nicht abbildbar sind (z.B. zur Auswertung der Instandhaltungshandbücher, Erstellung von Arbeitsplänen, Kalkulation von Personalkosten unter Berücksichtigung der unterschiedlichen erforderlichen Qualifikationen, der Erfragung von Materialpreisen, etc.). Auch die sonstige Systematik des ERegG (z.B. Unterscheidung nach Anmeldung zum Regelfahrplan oder Ad hoc Verkehren) macht im Bereich der schweren Instandhaltung keinen Sinn, da diese nicht an die Erstellung des Netzfahrplans gebunden ist. Vor diesem Hintergrund fordern auch andere Marktteilnehmer, darunter auch die Kunden der Wartungseinrichtungen, eine unbefristete Ausnahme für Wartungseinrichtungen
- Richtigerweise sollte sich das BMVI daher - statt die nationalen Vorgaben zu verschärfen - für einen Entfall der Regulierung von Wartungseinrichtungen auch auf europäischer Ebene einsetzen.
- Bei Entfall der Regulierungsvorgaben für Wartungseinrichtungen im ERegG wäre auch kein „Vakuum“ zu befürchten: Auch ohne die mit dem Entwurf wiedereingeführten, zusätzlichen Vorschriften des ERegG bestehen über den Durchführungsrechtsakt für Serviceeinrichtungen noch weitgehende Befugnisse der BNetzA und korrespondierende Pflichten der Betreiber von Wartungseinrichtungen. Schließlich wären bei Entfall der Regulierung für Wartungseinrichtungen noch die kartellrechtlichen Vorgaben zu beachten.

4. Eine - zumal noch erheblich über die europäischen Vorgaben hinausgehende - Regulierung insbesondere der schweren Instandhaltung ist weder aus Kunden- noch aus Anbieter-sicht gerechtfertigt. Mit Blick auf die Marktgegebenheiten sowie die besonderen Abläufe insbesondere in der schweren Instandhaltung wäre es vielmehr angezeigt, es im Rahmen des GWE-E ausschließlich bei den europäischen Vorgaben der Durchführungsverordnung zu belassen (sei es über eine Anpassung der heutigen Vorschrift in § 63 ERegG, sei es über eine Anpassung der Freistellungsregelungen nach §§ 2 ff im Sinne der Ergänzung symmetrischer Ausnahmen für Wartungseinrichtungen), von darüberhinausgehenden nationalen Anforderungen abzusehen und sich auf europäischer Ebene für einen Entfall der Vorgaben in diesem Bereich einzusetzen.

C) Zur Änderung des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (Art. 2 GWE-E)

1. Neben Änderungen des ERegG enthält der Entwurf auch Vorschläge für das Allgemeine Eisenbahngesetz (vgl. Art. 2 GWE-E). Sie beziehen sich zunächst auf Begriffsbestimmungen (vgl. Art. 2 Nr. 1 und 3 GWE-E), die vor allem für Änderungsvorschläge des ERegG im Bereich der Entflechtungsvorgaben und die Neuregelung des Regulierungsregimes der Personenbahnhöfe und Laderampen Bedeutung haben (vgl. o. B. I. und B.II.). Inhaltliche Bedeutung kommt allenfalls der vorgeschlagenen Änderung zu § 11 AEG zu, der die Betriebspflicht für Betreiber von Eisenbahnanlagen und Serviceeinrichtungen betrifft. Die Vorschrift stellt in Anknüpfung an den bisherigen Wortlaut klar, dass die Antrags- und Genehmigungspflicht nur im Fall der mehr als geringfügigen Verringerung der Kapazität einer Strecke (Fall 1) oder im Fall der dauernden Einstellung des Betriebs einer Strecke, einer Serviceeinrichtung, eines Personenbahnsteigs oder einer Laderampe (Fall 2) besteht. Damit wird klargestellt, dass die in der Überschrift zu § 11 AEG erwähnte Abgabe einer Strecke oder Serviceeinrichtung zum Zwecke des Weiterbetriebs durch einen anderen Betreiber weiterhin nicht unter die Genehmigungstatbestände des § 11 AEG-E fällt.
2. Aus europarechtlicher Sicht ist die Regelung nicht zu kritisieren. Nicht ganz unproblematisch ist allerdings, dass im Zuge der Neuformulierung des § 11 Abs. 1 Satz 2 AEG-E das Merkmal des „für die Betriebsabwicklung wichtigen Bahnhofs“ entfällt, das durch „Bahnhof oder einer anderen Serviceeinrichtung“ ersetzt werden soll. Gemäß Anlage 2 Nr. 2a ERegG ist der Personenbahnhof eindeutig eine Serviceeinrichtung. Die Gesetzesbegründung enthält keinen Hinweis darauf, auf welche Eisenbahninfrastrukturanlagen der Begriff des „Bahnhofs“ sich im Kontext der Durchführung eines Stilllegungsverfahrens gemäß § 11 AEG zukünftig beziehen soll. Mit dem Terminus „eines für die Betriebsabwicklung wichtigen Bahnhofs“ ist dieser bisher stets auf den betrieblichen Anlagenbegriff (Gleisinfrastruktur) zu beziehen. So führt die Handreichung des Bundesverkehrsministeriums (§ 11 AEG Auslegung) aus dem Jahr 2008 dazu aus:

„Ein für die Betriebsabwicklung wichtiger Bahnhof ist der Anschlussbahnhof einer Strecke, an den Strecken unterschiedlicher Betreiber angeschlossen sind.“

Der Begriff des Bahnhofs ist im betrieblichen Kontext zu verstehen. Nach § 4 Abs. 2 Satz 1 EBO bedeutet dies: „Bahnhöfe sind Bahnanlagen mit mindestens einer Weiche, wo Züge

beginnen, enden, ausweichen oder wenden dürfen.“ Der eindeutig betriebliche, auf die Gleisinfrastruktur bezogene Kontext wird durch den geplanten Wegfall des Zusatzes „ein für die Betriebsabwicklung wichtiger...“ aufgelöst. Da die Gesetzesbegründung keinen Auslegungshinweis enthält und der „Bahnhof“ durch die Reihung in einen anderen Zusammenhang („oder einer anderen Serviceeinrichtung“) gestellt wird, ist für die zukünftige Rechtsanwendung unklar, welcher eigenständiger Bedeutungsgehalt dem Begriff „Bahnhof“ zukünftig noch zukommen soll. Aufgrund der Unbestimmtheit in der Begriffswahl sind Auslegungsschwierigkeiten im Rahmen der Rechtsanwendung zu befürchten. In der Gesetzesbegründung sollte daher eine Klarstellung erfolgen.
